

11. Tagung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung

Kyrill Makoski / Thomas Ruppel

Seit nunmehr 10 Jahren treffen sich Mitglieder der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein Anfang November in Düsseldorf. Die 11. Tagung fand am 13. November 2015 unter der Leitung der Vorsitzenden der Arbeitsgruppen, den Herren Rechtsanwälten und Fachanwälten für Medizinrecht *Peter Peikert*, pwk & Partner, Dortmund, und *Dr. Karl-Heinz Möller*, Möller und Partner, Düsseldorf.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht und Fachanwalt für Arbeitsrecht *Christian Krapohl*, Möller und Partner, Düsseldorf, referierte über den **Praxismietvertrag und seine Stolperfallen**.

Der Praxismietvertrag habe sowohl bei Mandanten als auch bei den Beratern nicht den Stellenwert, den etwa der Praxiskaufvertrag und der Gesellschaftsvertrag beanspruchten. Dabei würde in den Praxismietverträgen ein großes Konfliktpotential innewohnen, welches insbesondere bei der Trennung von Praxen teilweise existenzbedrohende Ausmaße annehmen könne.

Berater und Arzt müssten sich etwa bewusst sein, dass bei Praxismietverträgen kein gesetzlicher Kündigungsschutz greife. Der Standort der Praxis sei wesentliches Element des ideellen Wertes der Praxis und zugleich die Grundlage für die spätere Veräußerbarkeit.

Ärzte zögen oft den Vergleich mit den ihnen bekannten Wohnraummietverträgen und scheuten den zeitlichen wie finanziellen Aufwand bei der Beratung von Praxismietverträgen, die eher ein notwendiges Übel in der anspruchsvollen Zeit von Praxisübernahmen seien. Im Mittelpunkt stünde aus Sicht der Ärzte die Frage, ob die Räumlichkeiten zu ihnen passen würden und ob der Vertrag hinreichende Flexibilität hinsichtlich Laufzeit, Notsituationen und Praxisverkauf biete.

Der Berater müsse zunächst die Verhandlungsposition des Arztes, d.h. insbesondere die Marktstärke der Immobilie, ihre Lage und die Konkurrenzsituation klären. Sodann sei es wichtig, das Verhandlungsstadium richtig einzuordnen: Liegt bereits ein Entwurf eines Mietvertrages vor? Ist dies der Fall, könne es sinnvoll sein, auf weitere Verhandlungen zu verzichten, um in den Schutz des AGB-Rechts (§§ 305 ff BGB) zu

kommen. Offene Fragen sollten später in einem Nachtrag bereinigt werden. Wann immer möglich, sollte der Arzt den Mietvertrag stellen.

Im Mittelpunkt stehe zunächst die Herausarbeitung des Mandanteninteresses. Für die Geeignetheit der Immobilie in tatsächlicher Hinsicht sollten ggf. Sachverständige oder Architekten hinzugezogen werden. Für den Berater bietet sich es hier an, eigene Checklisten zu erstellen. Normale Gewerberaummietverträge seien für Arztpraxen nur sehr eingeschränkt nutzbar.

Insbesondere seien vielfach **spezifische ärztliche Sonderregelungen** erforderlich, etwa hinsichtlich der Gewährleistung der ärztlichen Schweigepflicht, von Kooperations- und Nachfolgeklauseln, etwaiger Genehmigungsvorbehalte des Zulassungsausschusses und der Tauglichkeit der Räume nicht nur aus bau- sondern auch aus arztrechtlicher Sicht. Schon deshalb sei die bisherige Nutzung zu klären. Bei Bestandsimmobilien könnten sich hier zudem Probleme aus Kettenmietverträgen ergeben, weil der Arzt Gefahr laufe, den Mietvertrag gar nicht mit dem Berechtigten zu schließen. Auch sei die Übernahme von Rückbauverpflichtungen zu prüfen.

Eine zentrale Frage sei, **wer Mieter** der Räumlichkeiten werde. Für eine Einzelpraxis sei diese Frage einfach zu beantworten – der Arzt persönlich. Aber bereits hier sei die Aufnahme einer ärztlichen Kooperationsklausel notwendig. Bei Praxisgemeinschaften oder Berufsausübungsgemeinschaften könnten zunächst diese selbst Mieter werden. Oftmals würden jedoch auch die Gesellschafter in den Mietvertrag aufgenommen. Dies sei in vielen Fällen nicht sachgerecht. *Krapohl* berichtete von einem Fall, in dem die beiden Gesellschafter in den Mietvertrag aufgenommen wurden. Nachdem über das Vermögen des einen Gesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, kündigte der Insolvenzverwalter dieses Gesellschafters das Mietverhältnis über die Praxisräume unter Berufung auf § 109 InsO mit einer Frist von drei Monaten. Der Insolvenzverwalter habe damit, wie es seine Aufgabe sei, weitere laufende Kosten des insolventen Arztes vermeiden wollen. Der BGH habe in seiner Entscheidung (Urt. v. 13.3.2013 – XII ZR 34/12) angenommen, dass damit auch für den nicht in die Insolvenz gefallenen Praxispartner das Mietverhältnis gekündigt sei – eine für diesen, zumal wenn vertragsärztlich tätig, bedrohliche Situation. Vor dieser könne man sich schützen, in dem allein die Gesellschaft Mieterin wird und in den Gesellschaftsvertrag eine Klausel aufgenommen wird, dass bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens der betroffene Gesellschafter ausscheide. Alternativ könne auch eine befriedigende Lösung über den

Mietvertrag erreicht werden, wenn in diesem vereinbart werde, dass das Mietverhältnis mit den verbleibenden Mietern fortbestehe.

Wichtig sei es auch, die **Wechselwirkungen von Miet- und Gesellschaftsvertrag** im Blick zu haben. Bedeutung käme hier der Konkurrenzschutzklausel im Gesellschaftsvertrag zu. In der Praxis relevant könne auch die Begrenzung der Nachhaftung sein. Nach § 736 Abs. 2 BGB i.V.m. § 160 Abs. 1 HGB treffe den ausgeschiedenen GbR-Gesellschafter eine Nachhaftung von fünf Jahren für Verbindlichkeiten. Diese sollte reduziert oder ausgeschlossen werden. Der Vermieter sollte, hieran werde in der Praxis oft nicht gedacht, über das Ausscheiden informiert werden.

In den Mietvertrag solle eine **Kooperations- und Nachfolgeklausel** aufgenommen werden. Diese müsse die mietrechtliche Zulässigkeit der Ausübung aller berufsrechtlich zulässigen Kooperationsformen beinhalten. Wenn möglich, solle auch ein Untervermietungsrecht vereinbart werden. Dem Mieter sollte das Recht zur Übertragung seiner Rechtsposition sowohl für den Fall des Praxisverkaufs als auch bei Gründung einer Berufsausübungsgemeinschaft, einer Praxisgemeinschaft oder einer MVZ-Trägersgesellschaft eingeräumt werden. Die Interessen des Vermieters und damit dessen Einwilligungsbereitschaft könnten durch ein Widerspruchsrecht aus wichtigem Grund gesichert werden.

Besondere Sorgfalt von Arzt und Berater seien bei der Prüfung geboten, welche Räumlichkeiten eigentlich genau gemietet werden und ob diese im Mietvertrag richtig bezeichnet werden. Der Referent berichtete von einem Fall, in dem der vom Vermieter gestellte Mietvertrag auf eine Anlage verwiesen habe. Die dort markierten Räumlichkeiten gehörten jedoch in Wahrheit zu einer Nachbarfläche.

Ein „Dauerbrenner“ seien Verstöße gegen die gesetzlich angeordnete **Schriftform** des § 550 BGB. Demnach gelte ein Mietvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen, wenn er für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen worden. Folge sei zwar nicht die Unwirksamkeit des Mietvertrages, jedoch seine Kündbarkeit gem. § 580a BGB. Um dies zu vermeiden, müsse nach der Rechtsprechung des BGH die unterzeichnete Urkunde selbst alle wesentlichen, der Schriftform unterliegenden Abreden enthalten (BGH, Urt. v. 18.12.2002 – XII ZR 253/01, NZM 2003, 281). Schriftlich vereinbart werden müssten dementsprechend die Parteien, die Laufzeit, die Miethöhe, Voraussetzungen eines Parteiwechsels und der Mietgegenstand. Hier seien, wie in dem oben geschilderten Fall deutlich geworden, oft Anlagen, Zeichnungen oder

technische Beschreibungen problematisch. Handelt es sich nicht um ein Bestandsgebäude, sondern um einen Neubau, müsse immer damit gerechnet werden, dass sich während des Baues noch Änderungen ergeben haben oder noch ergäben, die von den vorgelegten Plänen abweichen. Deshalb sei es so wichtig, sich den Verfahrensstand der Beratungssituation bewusst zu machen. Dringend abzuraten sei gerade bei noch im Bau befindlichen Objekten vom Ansinnen der Partei, den Mietgegenstand erst nach Abschluss des Mietvertrages zu konkretisieren, wenn die Pläne fertig seien. Der Hauptschutzzweck des Schriftformerfordernisses liege neben der Beweisfunktion darin, den Erwerber einer Immobilie in die Lage zu versetzen, einschätzen zu können, welche Mietverträge auf der von ihm erworbenen Immobilie lasteten.

Ein Augenmerk sollten die Beteiligten auf die **Festlegung des Mietzwecks** legen. Dieser solle möglichst weit sein, um auch zukünftig Praxiskonzepte flexibel anpassen zu können. So solle etwa der Mietzweck einer Augenarztpraxis auch den Betrieb einer Praxisklinik, eines Augendiagnostikzentrums und Randgeschäfte wie Linsen erfassen. Klarstellend solle vereinbart werden, dass der Vermieter für das Bau- und WEG-Recht und das sonstige öffentliche Recht, der Mieter hingegen für die Erlangung und Aufrechterhaltung der Zulassung verantwortlich sei. Aus dem Publikum wurde angeregt, auch die Sicherstellung der notwendigen hygienerechtlichen Voraussetzungen in den Mietvertrag aufzunehmen. Hierfür müsse an sich der Vermieter sorgen, denn dieser müsse die Nutzbarkeit entsprechend des Mietzwecks sicherstellen. Da jedoch die Richtlinien des Robert-Koch-Institutes nur den Ärzten, nicht jedoch Vermietern bekannt seien, sei hier Streit vorprogrammiert. Weiter wurde aus dem Publikum vor dem Hintergrund der besonderen Mietzwecke vorgeschlagen, einen einseitigen Anspruch des Mieters auf bauliche Veränderungen zu vereinbaren, wenn der Arzt diese aufgrund gesetzlicher Änderungen vornehmen müsse.

§ 580 BGB erlaube nicht nur dem Erben, sondern auch dem Vermieter die Kündigung des Mietverhältnisses im Falle des Todes des Mieters. Um den Verkauf der Praxis durch die Erben zu sichern, solle diese Norm für den Vermieter ausgeschlossen werden.

Gerade angesichts der spezifischen Anforderungen des Vertragsarztrechts kämen Mietbeginn, Laufzeit und Sonderkündigungsrechten eine besondere Bedeutung zu. So seien im Mietvertrag Vorkehrungen wie die Vereinbarung eines vertraglichen Rücktrittsrechts oder einer auflösenden Bedingung zu treffen für den Fall, dass der

Zulassungsausschuss einen Antrag auf Sitzverlegung ablehne. Für den Mieter hingegen sollten Sonderkündigungsrechte im Todesfalle, bei Berufsunfähigkeit, bei Verlust der Vertragsarztzulassung und/oder Approbation und bei Ablehnung der Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens vereinbart werden. Hinsichtlich der Berufsunfähigkeit solle nicht auf die Definitionen der Versorgungswerke, sondern auf die der privaten Versicherer verwiesen werden, die eine solche deutlich früher annähmen.

Zu beachten sei auch, dass bei Praxismietverträgen kein gesetzlicher Kündigungsschutz greife. Der Standort müsse daher durch feste Vertragslaufzeiten und Verlängerungsoptionen, in der Regel über je zehn Jahre, gesichert werden.

Neben diesen spezifischen Problemen ständen auch die **allgemeinen mietrechtlichen Fragestellungen**, etwa bei der Vermietung vom „Reißbrett“ aus, wenn die Immobilie nicht rechtzeitig fertiggestellt wird. Hier solle ein verbindlicher Fertigstellungstermin vereinbart und durch Konventionalstrafen und Rücktrittsrechten flankiert werden. Der tatsächliche Mietbeginn solle in einem schriftlichen Nachtrag gem. § 550 BGB festgehalten werden.

Der Referent wies darauf hin, dass der Mietzins gem. § 4 Nr. 12 UStG grundsätzlich umsatzsteuerfrei sei. Der Vermieter könnte jedoch auf die **Umsatzsteuerfreiheit** gem. § 9 UStG verzichten und die Vorsteuer aus dem Bau „ziehen“. Im Vertrag seien Vorkehrungen dergestalt zu treffen, dass entweder ein Mietzins zuzüglich etwaiger Umsatzsteuer vereinbart werde oder der Mieter erklärt, dass er nur umsatzsteuerpflichtige Leistungen erbringe. Hier sei jedoch Vorsicht geboten, denn sei diese Zusicherung falsch, könne sich der Mieter schadensersatzpflichtig machen.

Gerade bei Mietverträgen für Arztpraxen komme **Konkurrenzschutzklauseln** eine große Bedeutung zu. Die Verletzung einer solchen sei nach der Rechtsprechung des BGH ein Mangel an der Mietsache, der gemäß § 536 Abs. 1 S. 1 BGB zur Minderung berechtigten könne. Dieses Minderungsrecht trete aber nur bei „mehr als unerheblicher“ Beeinträchtigung ein. Nach Nachweis der Erheblichkeit der Beeinträchtigung könne problematisch sein. Maßgeblich für die Frage, ob der andere Mieter Konkurrent sein könne, sei die Weiterbildungsordnung. Aber selbst wenn der Konkurrent formal einer anderen Facharztgruppe angehöre, könne die Konkurrenzschutzklausel verletzt werden, wenn die Facharztgruppen über große inhaltliche Schnittmengen verfügen. Soweit in den Mietvertrag ein Aufrechnungsverbot

enthalten sei, könne selbst die berechtigte Minderung zur Kündigung des Vertrages durch den Vermieter führen.

Sinnvoll sei es, die Einhaltung der Konkurrenzschutzklauseln mit einer Vertragsstrafe abzusichern. Denn anders als bei dem neben der Mietminderung in Betracht kommenden Schadensersatz bräuchte der Mieter hier nicht seinen Schaden, d.h. Umsatzrückgänge durch den Verstoß gegen die Konkurrenzschutzklausel, nachweisen. Ein solcher Nachweis sei, abgesehen von seinen tatsächlichen Schwierigkeiten, auch nicht im Interesse des Arztes. Eine noch bevorstehende Vermietung an den Konkurrenzen könne mit einer einstweiligen Verfügung untersagt werden.

Besondere Bedeutung komme der vorausschauenden Regelung etwaiger **Störfälle** zu. Falle der Vermieter etwa in die Insolvenz, so trete der Erwerber zwar in die Miet- und Pachtverhältnisse ein, könne aber unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gem. § 111 Abs. 1 InsO kündigen. Auch im Falle der Zwangsversteigerung sei der Ersteher gem. § 57a ZVG zur Kündigung berechtigt. Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Mietvertrag befristet geschlossen wurde. Beim Verkauf der Immobilie trete der Erwerber zwar grundsätzlich in den Mietvertrag ein (§§ 578 Abs. 1, 566 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB), dies sei jedoch nicht der Fall, wenn der Verkäufer gar nicht der Vermieter war und/oder die Veräußerung vor der tatsächlichen Gebrauchsüberlassung an den Mieter erfolgte.

Zur Absicherung von sehr hohen Investitionen komme in Betracht, den Nutzungsanspruch aus dem Mietvertrag durch eine in das **Grundbuch einzutragende Dienstbarkeit** abzusichern (dazu auch Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 875).

Sei ausnahmsweise der Arzt selbst Eigentümer der Immobilie, bestünden zwar viele der genannten Probleme nicht, jedoch müssen auch die insb. die öffentlich-rechtlichen Vorgaben eingehalten werden und die Nutzbarkeit gegeben sein. Auch habe die Nutzung eigener Immobilien unter Umständen steuerliche Nachteile, die mit dem Steuerberater zu lösen seien.

Einen Rück- und Ausblick aus seinem reichhaltigen Erfahrungsschatz gewährte Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht Dr. *Reiner Schäfer-Gölz*, Meyer-Köring Bonn-Berlin, in seinem Vortrag über seine **Erfahrungen zur Vertragsgestaltung**.

Die anwaltliche Tätigkeit bei Vertragsgestaltungen müsse bereits bei der Frage beginnen, für wen man eigentlich tätig werde. Diese scheinbar so einfache Frage könne, übersehe man sie, zu Konflikten und zum Verlust des Honoraranspruches führen. So sei etwa bei einer MVZ-GmbH unbedingt danach zu trennen, ob man vertragsgestaltend für den ärztlichen Leiter (§ 95 Abs. 1 S. 3 SGB V), den Geschäftsführer, die Träger-GmbH oder die Gesellschafter tätig werde. Auch der Geschäftsführerdienstvertrag könne nur für eine Seite ausgearbeitet werden, selbst wenn es sich um eine Ein-Mann-GmbH handele. Besondere Vorsicht sei auch dann geboten, wenn alle (zukünftigen) Gesellschafter einer zu gründenden Gesellschaft vermeintlich oder tatsächlich konsensual den Anwalt bäten, den Gesellschaftsvertrag zu entwerfen.

In Fragen der **Honorarvereinbarungen** böte eine Honorierung nach Zeitaufwand für den Berater den Vorteil, nicht das Risiko überlanger Besprechungs- und Verhandlungsrunden tragen zu müssen. Allerdings bestehe in diesen Fällen das Problem, dass besonders erfahrene und schnelle Anwälte sich mit Zeithonoraren quasi selbst bestrafen. Dem könne man auch mit einer Erhöhung des Stundensatzes nur bedingt entgegen wirken. Seinen Erfahrungen nach seien Ärzte regelmäßig nicht bereit, mehr als 300 € je Anwaltsstunde aufzubringen. Gerade dem besonders erfahrenen Anwalt kämen deshalb Pauschalhonorare zugute. Bei diesen müssten Inhalt und Umfang der geschuldeten Leistungen so genau wie möglich beschrieben werden. Habe der Anwalt sich beim Pauschalieren verschätzt, könne oft erfolgreich nachverhandelt werden, wenn dies frühzeitig geschehe. Hierfür sei es hilfreich, wenn der Berater auch bei vereinbarten Pauschalhonoraren den Zeitaufwand erfasse.

Der mit Vertragsverhandlungen befasste Anwalt sei – zumindest bei ausgeglichenen Machtverhältnissen – gut beraten, die **Entwurfsregie** zu übernehmen. Zwar sei es einfacher, einen Vertragstext zu kritisieren als ihn zu entwerfen, und so müsse der Mandant, der nicht die Entwurfsregie habe, geringere Anwaltskosten aufbringen. Die Vorteile der Entwurfsregie überwögen jedoch zumeist. Die Seite, die den Entwurf vorlege, bestimme den inhaltlichen Rahmen der weiteren Verhandlungen. Sie habe zudem psychologische und taktische Vorteile gegenüber der reagierenden Seite, die sich ständig in der Rolle der kritisierenden Partei befände. Abzuraten sei von der Übernahme der Entwurfsregie jedoch in den Fällen, in denen keine ausgeglichenen Machtverhältnisse bestünden. So sei es nicht angebracht, dass der Arzt, der als Juniorpartner in eine alteingesessene Praxis eintreten wolle, eigene Entwürfe vorlege.

Besonderen Einfluss auf die Qualität von Verträgen habe die in ihnen verwendete **Sprache**. Je komplexer die zu regelnden Sachverhalte, desto einfacher und klarer sollten sie sprachlich niedergelegt werden. Hierzu empfahl *Schäfer-Gölz* das Werk von Michael Schmuck, „Deutsch für Juristen: Vom Schwulst zur klaren Formulierung“ (3. Aufl. 2011). Auch Aufbau und Gliederung eines Vertragstextes seien für die Qualität entscheidend. Oft werde gegen Standardregeln verstoßen, etwa, für denselben Gegenstand stets den gleichen Begriff zu verwenden. Auch müssten inhaltlich zusammenhängende Fragen immer im Zusammenhang geregelt werden; Verweisungstechniken seien gerade bei fortschreitenden Vertragsverhandlungen fehleranfällig. Die Verwendung von Überschriften Sorge für eine sinnvolle Abschnittsbildung.

Welchen Umfang Verträge haben sollten, hänge sehr vom persönlichen Stil des Anwaltes ab. Die überkommene Regel: „So wenig wie möglich, so viel wie nötig“ sei hierbei ein guter Leitfaden.

Schäfer-Gölz riet, die Struktur der **Entwurfshistorie** stets transparent zu halten. Die Entstehung eines Vertrages müsse chronologisch nachvollziehbar sein, was durch die Verwendung von Datums- und ggf. Uhrzeitmarkierungen sowie Versionsnummern gewährleistet werden könne. Wenngleich der Änderungsmodus in Textdateien hilfreich sei, sollte nicht allein auf diesen zurückgegriffen werden. Denn insbesondere bei mehrfachen Änderungen und einer Vielzahl von Bearbeitern würden die Texte durch die farblichen Hervorhebungen letztlich unübersichtlich. Ratsam sei es, **Zwischenergebnisse im Konsens** festzustellen und erst hiernach wieder Änderungen vorzunehmen, um im Zweifel die Rückverfolgung von Änderungen nur bis zum letzten Zwischenergebnis notwendig zu machen.

Inhaltlich seien Verträge oft dann mangelhaft, weil das Gestaltungsziel nicht deutlich genug herausgearbeitet werde. Unabdingbar sei es auch, sich gedanklich in jedem Stadium der Vertragsverhandlungen in die Situation der anderen Vertragsbeteiligten hineinzusetzen, um Konflikte zu vermeiden und das Verhandlungsklima zu verbessern. So müsse insbesondere die zeitliche Perspektive, die ein Vertrag abbilden soll, berücksichtigt, Flexibilität und Verlässlichkeit müssten zum Ausgleich gebracht werden.

Schäfer-Gölz ging sodann auf besondere Problembereiche der Vertragsgestaltung bei ärztlichen Gesellschaften ein: Hinsichtlich der **Gewinnverteilung** seien die gesetzlichen Regelungen so spärlich, dass eine vertragliche Regelung notwendig sei.

Nachhaltig für das Fortbestehen einer Gesellschaft seien dabei nur Vereinbarungen, bei denen bei gleichen Beiträgen auch gleiche Gewinnanteile vorgesehen werden, wobei Sachbeiträge und persönliche Leistungen getrennt voneinander zu regeln seien. Vertragsbestimmungen, die hiervon abweichen, dienen oftmals der Konfliktvermeidung, würden jedoch Gegenteiliges bewirken. Denn selbst wenn objektive messbare Kriterien vereinbart würden (etwa Patientenzahlen), könnten diese ganz unterschiedliche Ursachen haben.

Vorsichtig verhalten äußerte sich *Schäfer-Gölz* zur Verwendung von **Musterverträgen** und Checklisten. Diese würden zwar immer brauchbarer, würden jedoch nur Standardfälle abbilden. So sähen Muster beim Ausscheiden aus kleinen Praxen oft die Fortsetzung der Gesellschaft mit den verbleibenden Gesellschaftern vor. Dies sei jedoch angesichts der in kleinen Praxen besonderen Bindung der Patienten an die einzelnen Berufsträger selten sachgerecht; die Auflösung sei vorzugswürdig. Hinsichtlich zu vereinbarenden nachvertraglicher Wettbewerbsverbote sei es unbedingt ratsam, in zeitlicher Hinsicht trotz der möglichen geltungserhaltenden Reduktion die bekannte Zweijahresfrist nicht zu überschreiten. Denn eine Überschreitung hier könne negative Auswirkungen auf die Bewertung der räumlichen und gegenständlichen Regelungen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes haben, bei denen aufgrund der nach der Rechtsprechung fehlenden geltungserhaltenden Reduktion gerade keine Unsicherheiten entstehen dürften. Salvatorische Klauseln könnten die fehlende geltungserhaltende Reduktion nicht wirksam auffangen.

Aus dem Publikum wurde gefragt, wie der Referent einen Fall beurteile, in dem ein Arzt aus der Praxis ausschied und zusätzlich zu dem **nachvertraglichen Wettbewerbsverbot** festgehalten wurde, dass dieser nach Italien zöge. Letztlich zerschlugen sich jedoch die Italienpläne. Der Arzt wurde – außerhalb der räumlichen Grenzen des Wettbewerbsverbotes – wieder in Deutschland tätig. Das OLG Düsseldorf verpflichtete den Arzt gleichwohl, seine Abfindung zurückzuzahlen. *Schäfer-Gölz* pflichtete dem bei – selbst wenn der Arzt außerhalb der Grenzen des Wettbewerbsverbotes tätig geworden sei, müsse er die Abfindung zurückzahlen, wenn er nachweisbare Patientenabflüsse verursache. Der Arzt könne nicht zugleich eine Abfindung erhalten dafür, dass er den von ihm erarbeiteten Goodwill in der Praxis lasse, und diesen Goodwill selbst nutzen.

Ebenfalls aus dem Publikum wurde der verbreitete Fall geschildert, dass der abgehende Arzt noch als Angestellter in der Praxis weitergearbeitet habe. Nach zwei

Jahren sei er als Angestellter ausgeschieden und habe sich erneut selbstständig gemacht, wobei er sich auf dem Standpunkt gestellt habe, die Frist des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes gelte ab der Abgabe der Praxis. Nach *Schäfer-Gölz* müsse man – anders als der Arzt meine – auf den Zeitpunkt des Ausscheidens als Angestellter abstellen; andernfalls müsse zumindest die Abfindung zur Disposition gestellt werden. Hierzu wurde auf einen Beschluss des OLG Frankfurt am Main verwiesen, nachdem die Frist des Wettbewerbsverbotes erst nach dem Ausscheiden als Angestellter begänne (Beschl. v. 18.1.2002 – 13 W 4/02). Aus dem Publikum kam der Vorschlag, diesbezüglich eine vorbeugende Feststellungsklage zum Arbeitsgericht zu erheben; diese sei preiswert und führe zu einer schnellen Entscheidung.

Schäfer-Gölz stellte die Vor- und Nachteile der Anrufung von **Schiedsgerichten** statt ordentlicher Gerichte dar. Eindeutige Empfehlungen ließen sich nicht treffen. So sei der Instanzenzug zwar unter Umständen kostenträchtig, jedoch könnten auch Schiedsgerichte insbesondere bei langen Verfahren teuer werden. Auch böte der Abschluss einer Auseinandersetzung in einer Instanz nicht nur Vorteile. Hilfreich sei es hingegen, dass mittels Schiedsvereinbarung Einfluss auf die Wahl der Richter genommen werden könne. Es gebe sowohl sehr gute Berufs- als auch weniger erfahrene Schiedsrichter. Die Schiedsvereinbarung solle in jedem Falle Festlegungen über die medizinrechtliche Qualifikation zumindest eines Teils der Schiedsrichter enthalten. Der Ausschluss der Verfahrensöffentlichkeit sei ein Vorteil von Schiedsgerichten, allerdings könne diese in Einzelfällen auch gewünscht sein. In jedem Fall sei es bei der Vertragsgestaltung dringend geboten, Schiedsvereinbarungen deutlich von Regelungen über Schlichter und Schiedsgutachter abzugrenzen.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht *Dr. Thomas Willaschek*, Dierks + Bohle Rechtsanwälte, Berlin, referierte über die möglichen und notwendigen **Inhaltes eines ASV-Teamvertrages**. Die **ambulante spezialfachärztliche Versorgung** (ASV) umfasst gem. § 116b Abs. 1 S. 1 SGB V die Diagnostik und Behandlung komplexer, schwer therapierbarer Krankheiten, die je nach Krankheit eine spezielle Qualifikation, eine interdisziplinäre Zusammenarbeit und besondere Ausstattungen erfordern.

Die ASV sei durch das GKV-VSG deutlich erweitert worden, nachdem der Gesetzgeber auf das Erfordernis der „schweren Verlaufsformen“ in § 116b SGB V verzichtet habe. Dass die ASV von den Leistungserbringern bis heute nur zögerlich angenommen

werden, läge auch daran, dass der G-BA eineinhalb Jahre gebraucht habe, um Eckpunkte für die Erarbeitung krankheitsspezifischer Regelungen und die Reihenfolge für die Aufstellung der Anlagen zu der von ihm zu erlassenden ASV-Richtlinie festzulegen.

Die – bereits im SGB V erwähnte – interdisziplinäre Zusammenarbeit an den Schnittmengen ambulanter und stationärer Versorgung stelle **besondere Anforderungen an die Vertragsgestaltung**. In einem ASV-Teamvertrag werden die rechtlichen Rahmenbedingungen der Arbeit eines Teams, gebildet von einem Teamleiter, einem Kernteam und hinzuzuziehenden Fachärzten, vereinbart (vgl. § 3 Abs. 2 ASV-Richtlinie). Dabei könnten teilweise nicht nur natürliche Personen, sondern auch Institutionen (etwa BAG oder MVZ) benannt werden. Der Teamleiter übernehme die fachliche und organisatorische Koordination der spezialfachärztlichen Versorgung der Patienten. Das Kernteam werde von Fachärzten gebildet, deren Kenntnisse und Erfahrungen in die Behandlung eingebunden werden müssen. Deren Leistungen seien zumindest an einem Tag in der Woche am Tätigkeitsort der Teamleitung zu erbringen. Hinzuzuziehende Fachärzte sind solche, deren Kenntnisse und Erfahrungen typischerweise nur bei einem Teil der Patienten benötigt werden. Ihr Tätigkeitsort für unmittelbar am Patienten zu erbringende Leistungen müsse daher nicht am Tätigkeitsort der Teamleitung, aber in angemessener Zeit (regelmäßig 30 Minuten) erreichbar sein.

Notwendige Inhalte eines ASV-Teamvertrages seien zunächst die namentliche Benennung von Teamleitung und Kernteam, die Bezeichnung der Fachgebiete je nach Erkrankung entsprechend den Vorgaben der Anlagen zur ASV-Richtlinie des G-BA und damit auch, ob intra- oder intersektoral behandelt werden solle. Hinzu treten die Festlegungen der Grundsätze zur Zusammenarbeit (ob kooperativ oder hierarchisch) und der personellen und sächlichen Voraussetzungen.

Hinsichtlich des **Teamleiters** seien die fachlichen und organisatorischen Pflichten bei der Koordination der Patientenversorgung und der Korrespondenz mit dem jeweiligen erweiterten Landesausschuss festzulegen. Die Teammitglieder müssten sich insbesondere vertraglich verpflichten, die von der ASV-Richtlinie des G-BA gestellten Anforderungen zu erfüllen und die geforderten Behandlungsleistungen zu erbringen.

Festzulegen sei auch der Tätigkeitsort der Teamleitung, etwa am Sitz der Praxis des Teamleiters, eines MVZ oder Krankenhauses. Die Leistungserbringung habe am Tätigkeitsort entweder durchgängig oder zu festgelegten Zeiten, aber mindestens an

einem Tag in der Woche (Tumorkonferenz) zu erfolgen. Ausnahmen bestünden für Leistungen, die an immobilen Apparaten durchgeführt werden, d.h. Leistungen aus den Bereichen Pathologie und Radiologie. Diese Orte müssen jedoch auch regelmäßig in 30 Minuten vom Ort der Teamleitung erreichbar sein.

In den ASV-Teamvertrag seien Regelungen über die **Vertretung** aufzunehmen, sowohl für den Teamleiter als auch für andere Teammitglieder. Eine Vertretung sei grundsätzlich möglich, solange die Vertreter die fachlichen und organisatorischen Anforderungen erfüllen. Ratsam sei es, festzulegen, wer die Vertretung kommuniziere und organisiere. Dauere der Vertretungsfall länger als eine Woche, müssten der erweiterte Landesausschuss, die Landesverbände der Krankenkassen, die Ersatzkassen, die Kassenärztliche Vereinigung und die Landeskrankenhausgesellschaft informiert werden. Weiterbildungsassistenten könnten zur Durchführung ärztlicher Tätigkeiten einbezogen werden, sofern dies nicht bei Diagnosestellung und leitenden Therapieentscheidungen geschehe und die Tätigkeit unter der Verantwortung eines Weiterbildungsermächtigten erfolge.

Die **Abrechnung** der erbrachten Leistungen erfolge nicht durch das ASV-Team, sondern für jeden Leistungserbringer einzeln gegenüber der Krankenkasse. Die Kassenärztlichen Vereinigungen können mit der Abrechnung betraut werden. Gleichwohl sei eine gemeinsame Leistungsdokumentation erforderlich. Wie dies technisch geschehen solle, etwa über eine elektronische Fallakte und notwendigerweise eine einheitliche Software bei allen beteiligten Leistungserbringern (Krankenhaus, MVZ, einzelne Ärzte, BAG usw.), sei ebenso wenig gelöst wie datenschutzrechtliche Fragen. Sinnvoll sei es, dass ein auf Überweisung tätiges Teammitglied die Einwilligungserklärung zum Datenaustausch innerhalb des Teams einhole.

Von den Leistungserbringern nur unzureichend wahrgenommen werde die **Haftung** bei der Teilnahme am ASV-Teamvertrag für Behandlungsfehler, Regresse und bei vertraglichen Pflichtverletzungen. Übersehen würde insbesondere die Haftung für Auftragsleistungen hinzuzuziehender Fachärzte (§ 2 Abs. 4 S. 2 ASV-Richtlinie) und des Personals. Da das ASV-Team eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** sei, hafteten die Teammitglieder als Gesellschafter gesamtschuldnerisch, akzessorisch – aber nicht nachrangig – für Verbindlichkeiten der GbR (§ 128 HGB analog, §§ 421 ff BGB). Hier seien der gegenseitige Nachweis von Haftpflichtversicherungen sowie eine Haftungsfreistellung im Innenverhältnis ratsam. Ob es sich um eine rechtsfähige

Außen- oder eine Innen-GbR handele, hänge von den üblichen Abgrenzungskriterien, d.h. insbesondere dem Auftritt im Rechtsverkehr, ab. Aus dem Publikum wurde dieser Frage eine besondere Bedeutung zugemessen, weil im Falle einer Außen-GbR und ihrer fehlenden Haftungsbegrenzung die kommunalen Krankenhäuser sich nicht an derartigen ASV-GbR beteiligen dürften. Auch die steuerliche Behandlung hänge von der Frage, ob es sich um eine Innen- oder Außen-GbR handele, ab.

Auf Nachfrage äußerte *Willaschek*, einiges spreche dafür, dass Behandler **im Sinne des § 630a BGB** das gesamte ASV-Team, nicht nur der einzelne Arzt sei. Dies gelte, obwohl jedes Teammitglied selbst abrechne. Es wurde vorgeschlagen, hinsichtlich der Behandler-eigenschaft zwischen dem Kernteam einerseits und den hinzugezogenen Fachärzten zu unterscheiden. Diese Ansicht fand teilweise Unterstützung und wurde um den Gedanken ergänzt, dass die hinzugezogenen Fachärzte auch nicht mithaften dürften, weil sie weder Mitglieder der ASV-GbR seien noch unter Rechtsscheinsgesichtspunkten hafteten. Nach anderer Ansicht würden auch die hinzugezogenen Fachärzte Behandler sein und haften, weil diese nicht auf bloße Überweisung tätig seien. Es bestünde ein einheitlicher Behandlungsvertrag.

In der Praxis würden letztlich nur Minimalanforderungen vertraglich vereinbart, denn es sei angesichts der komplexen Materie bereits sehr anspruchsvoll, überhaupt mit allen Beteiligten eine Einigung zu erreichen.

Sinnvolle fakultative Vereinbarungen seien – sofern ein Krankenhaus nicht beteiligt sei – etwa die ausdrückliche Vereinbarung einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft bzw. einer überörtlichen Teilberufsausübungsgemeinschaft. Dies biete sich vor allem immer dann an, wenn Verträge wie Mietverträge, Nutzungsüberlassungen, zur Personalgestellung usw. abzuschließen sind. Die (Teil-)(überörtliche) Berufsausübungsgemeinschaft biete dabei die Möglichkeit, eine ggf. auch überregionale Marke zu bilden und zentrale Organisationsstrukturen einzuführen. Dabei sei unbedingt darauf zu achten, dass nicht der Eindruck von verbotenen **kick-back-Zahlungen** entstehe. Ob eine (Teil-)Berufsausübungsgemeinschaft unter Beteiligung eines Krankenhauses geschlossen werden könne, sei vor dem Hintergrund des § 23d MBO-Ä aber noch zu diskutieren.

Hier sollte insbesondere über **Wettbewerbsverbote** nachgedacht werden, die die Zugehörigkeit eines Facharztes zu einem anderen Team oder der Beteiligung in mehreren Teams verhindern. Dies könne zur Bindung besonders rarer Fachgebiete sinnvoll sein.

Möglich sei auch eine gemeinsame Abrechnung des Kernteams, bei der die Abrechnungsverantwortung auf die Teamleitung übertragen werde. Zu klären sei dann der Verteilungsschlüssel, der sich nach dem Umfang der einzelnen Beiträge, dem Zeitaufwand, Anteilen am Gesellschaftsvermögen oder paritätisch bemessen könne.

Schließlich sollten Regelungen zum **Ausscheiden** getroffen werden. Hierzu gehören ein Abwerbeverbot im Hinblick auf Personal, Patienten und Zuweiser und ein nachvertraglicher Konkurrenzschutz. In der Praxis noch ungeklärt sei, wem die Patientendaten gehören und ob ein Anteilsverkauf oder eine Abfindung bei der ASV-GbR ratsamer sei.

Sei man sich einig geworden, so sei die Teilnahme an einem ASV-Teamvertrag gemeinsam gegenüber dem erweiterten Landesausschuss anzuzeigen. Der Vertrag trete zwei Monate nach Eingang der gemeinsamen Anzeige in Kraft, sofern der erweiterte Landesausschuss nicht mitteile, dass die Voraussetzungen (noch) nicht erfüllt seien (§ 116b Abs. 2 S. 4 SGB V).

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht *Joachim Poetsch*, Düsseldorf, gab in seinem Referat den Teilnehmern ein **Update zu MVZ** und eine Übersicht zu neuen Chancen und deren Risiken.

Zunächst analysierte er die bekannte MVZ-Definition des § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V und zeigte, dass die scheinbar so vertraute Begriffsbestimmung bei genauerem Hinsehen einige Unsicherheiten – und damit Chancen und Risiken – in der Beratung und Vertragsgestaltung offenbare. So sei schon das Tatbestandsmerkmal der „Einrichtung“ ungenau. Nach dem DUDEN sei eine Einrichtung „etwas, von einer [...] staatlichen oder kommunalen Stelle, einem Unternehmen o.ä. zur [meist] öffentlichen Nutzung eingerichtet worden ist.“ Hingegen nutze die Gesundheitsberichterstattung des Bundes den Begriff der Einrichtung auf der sehr nützlichen Website www.gbe-bund.de zur Klassifikation von Gesundheitsausgaben nach den verschiedenen Leistungserbringern wie Apotheken, Arztpraxen, Krankenhäuser. Was eine Einrichtung im Sinne von § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V sei, bleibe unklar.

Ebenso verhalte es sich mit dem Tatbestandsmerkmal der **ärztlichen Leitung**. Aus Sicht der Kassenärztlichen Vereinigungen sei der ärztliche Leiter verantwortlich für die Einhaltung der vertragsärztlichen Pflichten aller im MVZ tätigen Ärzte. Diese Ansicht

fände jedoch keine Stütze im Gesetz oder in der Gesetzesbegründung. Eine Regelung, welche Aufgaben der ärztliche Leiter eines MVZ habe, fehle damit, anders als etwa hinsichtlich des ärztlichen Leiters des Rettungsdienstes. Ferner werde nirgendwo festgelegt, dass der ärztliche Leiter über seine Qualifikation als Arzt hinaus auch tatsächlich ärztlich tätig sein müsse. So könne womöglich eine reine – von einem Arzt ausgeführte – Verwaltungstätigkeit ausreichen. Nach Ansicht des Referenten könnten die ärztlichen Leiter auch freie Dienstnehmer nach § 611 BGB und müssten nicht beim MVZ angestellt sein. Die Zulassungsausschüsse sähen dies jedoch anders. Das die im MVZ tätigen Ärzte Fachärzte sein müssten, ergäbe sich aus der Notwendigkeit, in das Arztregister eingetragen zu sein (§ 95 Abs. 2 S. 3 SGB V i.V.m. § 95a Abs. 1 SGB V).

Mit dem GKV-Versorgungstrukturgesetz wurden einige Änderungen hinsichtlich von MVZ vorgenommen. Der Gesundheitsausschuss des Bundestages sei der Ansicht gewesen, dass Erfahrungen dahingehend bestünden, dass MVZ besonders in kapitalintensiven Bereichen immer häufiger von Investoren gegründet würden, die keinen fachlichen Bezug zur medizinischen Versorgung hätten. Es bestünde daher die Gefahr, dass medizinische Einrichtungen von Kapitalinteressen beeinflusst würden und die Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen nicht mehr gesichert sei. Diese Ansicht – und die daraus vom Gesetzgeber gezogenen Schlussfolgerungen – kritisierte *Poetsch*. Es gäbe keinerlei gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse zu den Thesen des Gesundheitsausschusses. Angesichts dessen, dass etwa im Jahr 2011 in Deutschland über 340.000 Ärzte berufstätig gewesen seien, von denen wiederum fast 143.000 in der ambulanten Versorgung tätig waren, sei die Zahl von damals etwa 1.800 MVZ hinsichtlich der befürchteten Gefahren zu vernachlässigen.

Die mit dem GKV-Versorgungstrukturgesetz vorgenommene Änderung, wonach der ärztliche Leiter selbst als angestellter Arzt oder als Vertragsarzt im MVZ tätig sein müsse, hielt *Poetsch* für falsch. Die ärztliche Leitung, die die Therapie- und Weisungsfreiheit der im MVZ tätigen Ärzte sicherstellen und sachfremde Erwägungen verhindern solle, könne auch ohne Anstellungszwang gewährleistet werden.

Ausführlich ging der Referent auf die möglichen **Gründervoraussetzungen** ein. Dies seien zunächst gem. § 95 Abs. 1a S. 1 Hs. 1 SGB V Vertragsärzte sowie die nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäuser. Zugelassen seien zudem die Erbringer nicht-ärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V und schließlich gemeinnützige Träger. Die Zulassung dieser erfolge insbesondere aufgrund des wichtigen Beitrages dieser für die Versorgung der Versicherten. Mittelabflüsse seien

aufgrund der fehlenden Gewinnorientierung bei gemeinnützigen Trägern nicht zu befürchten und die ärztliche Unabhängigkeit damit nach Ansicht des Gesetzgebers besonders gewahrt.

Die Gründung eines MVZ sei gem. § 95 Abs. 1a S. 1 Hs. 2 SGB V in der Rechtsform einer Personengesellschaft, einer GmbH oder einer eingetragenen Genossenschaft möglich.

Gem. § 95 Abs. 1a S. 2 SGB V genossen schon bisher zugelassene MVZ Bestandsschutz unabhängig von ihrer Trägerschaft oder Rechtsform. Der Bestandsschutz sei umfassend und umfasse alle Handlungsmöglichkeiten eines MVZ. Insbesondere seien Änderungen der Organisationsstruktur wie Rechtsformenwechsel, Änderungen der Träger- und der Gesellschafterstruktur zulässig.

Mit dem GKV-VSG sei eine flächendeckende, gut erreichbare Versorgung in den Mittelpunkt der gesetzgeberischen Aktivitäten gestellt worden. Dieses Ziel solle durch Flexibilisierung und Verbesserung der Rahmenbedingungen in der vertragsärztlichen Versorgung erreicht werden. Hierzu sei unter anderem die Voraussetzung der fachübergreifenden Tätigkeit der in einem MVZ tätigen Ärzte gestrichen worden. MVZ können damit auch arztgruppengleich gegründet werden. Die aus der ehemaligen DDR übernommene Idee der Polikliniken sei damit weggefallen. MVZ stünden nunmehr auch Zahnärzten und Psychotherapeuten offen.

Aus dem Publikum wurde gefragt, ob es seit dem **Wegfall des Erfordernisses der fachübergreifenden Tätigkeit** ausreichend sei, ein MVZ auch mit nur einem halben Vertragsarztsitz zu gründen. *Poetsch* hielt dies für unzulässig. Dies ergäbe sich bereits aus dem Wortlaut von § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V, dort seien Ärzte gerade im Plural genannt. Die Kassenärztliche Vereinigung Nordrhein verlange mindestens zwei halbe Sitze. Außerdem verwies *Poetsch* auf die Rechtsprechung zum Zentrumsbegriff und folgerte hieraus, dass auch bei einem Medizinischen Versorgungs„zentrum“ mehr als ein Arzt tätig sein müsste.

Bei dogmatischer Herangehensweise müsste ein MVZ auch wiederum ein MVZ gründen können. Denn § 95 Abs. 1a S. 1 Hs. 1 SGB V spräche von „zugelassenen Ärzten“ statt von „Vertragsärzten“ und ein MVZ sei im Sinne des SGB V zwar kein Vertragsarzt, gem. § 72 SGB V jedoch eben „zugelassenen Ärzten“ gleichgestellt.

MVZ könnten nach dem GKV-VSG auch durch **Kommunen** gegründet werden, um aktiv die Versorgung in den Regionen zu beeinflussen und zu verbessern. Hierzu

stunden öffentlich-rechtliche Rechtsformen zur Verfügung, so dass auch Eigen- und Regiebetriebe gegründet werden könnten. Die Bürgschaften, die die Zulassungsausschüsse verlangten, seien keine Höchstbetragsbürgschaften. Dies sei für Kommunen problematisch, weil diese nach den kommunalrechtlichen Vorgaben keine unbegrenzten Risiken eingehen dürften.

Hinsichtlich der Kommunen als möglichen Gründern von MVZ blieben nach *Poetsch* einige Unklarheiten. Bei der Aufbringung der Mittel sei insbesondere zu fragen, ob hier das Subventionsrecht greife und ob der Bürgermeister als MVZ-Geschäftsführer und der Gemeinderat als Gesellschafterversammlung fungierten.

Unklar sei die Formulierung gem. § 95 Abs. 1a S. 1 Hs. 1 SGB V hinsichtlich der **Krankenhäuser als möglicher Gründer**. Während die Norm von „Krankenhäusern“ spreche, sei vielmehr zu fragen, ob nicht eigentlich korrekt „Krankenhausträger“ gemeint sein müssten. Als Gründer kämen gem. § 108 SGB V Hochschulkliniken, Plan- und Vertragskrankenhäuser in Betracht. Sodann referierte *Poetsch*, unter welchen Voraussetzungen die Erbringer nicht-ärztlicher Dialyseleistungen und gemeinnützige Träger ein MVZ gründen könnten.

Zugelassene Rechtsformen seien aus dem Kreis der Personengesellschaften die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die Partnerschaftsgesellschaft. Nicht zugelassen seien hingegen die OHG und die KG, folglich auch nicht die GmbH & Co. KG. Alle diese Rechtsformen scheiterten daran, dass ein MVZ keine gewerblichen Leistungen erbringe.

Hinsichtlich der Personengesellschaften sei fraglich, ob ein **Gesellschafter auch Angestellter der Gesellschaft** sein könne. *Poetsch* hielt Konstellationen, in denen ein Arzt etwa nur seine Praxis als solche, nicht jedoch seine Arbeitskraft in die MVZ-Träger GbR einbringe und seine Arbeitskraft als Angestellter zur Verfügung stellt, für nur schwer umsetzbar.

Aus dem Publikum wurde von einem etwas anders liegendem Fall berichtet, dass ein Zulassungsausschuss eine MVZ-GbR verhindert habe, in der zwei Ärzte Gesellschafter werden wollten, jedoch nur einer von beiden dem MVZ auch seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen sollte. *Poetsch* führte aus, dass er diese Entscheidung des Zulassungsausschusses für falsch halte. Denn weder das SGB V noch das BGB

verlangten, dass ein Gesellschafter einer GbR auch seine Arbeitskraft in diese einbringen müsse.

Wenig verbreitet seien bisher die zugelassenen eingetragenen **Genossenschaften**. Problematisch sei insbesondere, dass Genossenschaften nach § 1 Abs. 1 GenG gerade darauf ausgelegt seien, mit nicht geschlossener Mitgliederzahl tätig zu werden. Hier müsse man objektive Kriterien aufstellen, nach denen man neue Mitglieder aufnehmen oder ablehne. Positiv sei hingegen ihre beschränkte Haftung gem. §§ 2, 6 Nr. 3 GenG.

Die klassische Rechtsform sei die **GmbH**, die auch in Form einer gemeinnützigen GmbH betrieben werden könne. In beiden Fällen seien die Gesellschafter zur Bürgschaftsstellung bzw. Sicherheitsleistung verpflichtet (§ 95 Abs. 2 S. 6 SGB V). Problematisch an der GmbH sei jedoch, dass sie kraft Rechtsform gewerbesteuerpflichtig ist. Zudem bestünde die Gefahr verdeckter Gewinnausschüttungen. Auch könnten Abschreibungen auf Anschaffungskosten nicht vorgenommen werden. Schließlich könne es im Wettbewerb nachteilig sein, dass die GmbH einer Veröffentlichungspflicht der Jahresabschlüsse unterläge.

Soweit eine **öffentlich-rechtliche Rechtsform** gewählt werde, stünden hierfür die Körperschaft, die Anstalt und auch die Stiftung des öffentlichen Rechts zur Verfügung. Zudem könnten MVZ auch als Eigenbetriebe, Regiebetriebe oder Sondervermögen geführt werden. Sie alle müssen gem. § 95 Abs. 2 S. 6 SGB V keine Bürgschaften oder Sicherheitsleistungen stellen.

Risiken sah *Poetsch* etwa bei der Zulassungsentziehung beim Wegfall der Gründereigenschaft gem. § 95 Abs. 6 S. 3 SGB V. Hier frage sich, wer diese prüfe. Nach dem BSG sei dies zumindest nicht der Zulassungsausschuss. Problematisch sei auch, dass die Zulassungsgremien teilweise bereits in einem bloßen Wechsel der Gesellschafter einen Trägerwechsel gesehen hätten. Insoweit habe das Urteil des BSG vom 22. Oktober 2014 (B 6 KA 36/13 R) Klarheit gebracht, wonach Gesellschafterwechsel der Trägergesellschaft keiner Genehmigung durch die Zulassungsgremien bedürften. Soweit jedoch eine Zulassungsentziehung erfolge, drohten Honorarrückforderungen im Rahmen von sachlich-rechnerischen Berichtungen (BSG, Urt. v. 23.6.2010 – B 6 KA 7/09 R).

Kontrovers diskutiert wurde im Anschluss an den Vortrag die These, dass die **Verbote der Zuweisung gegen Entgelt** nach § 73 Abs. 7 SGB V und § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V nur für Vertragsärzte, **nicht** jedoch **für MVZ** selbst gelten würden. Aus dem Publikum

wurde hiergegen die Ansicht geäußert, MVZ unterlägen diesen Vorschriften gem. § 72 Abs. 1 S. 2, 73 Abs. 7 SGB V. Hingegen seien bei MVZ angestellte Ärzte zumindest dann von diesen sozialrechtlichen Verboten betroffen, wenn sie KV-Mitglieder seien, d.h. zumindest einen hälftigen Versorgungsauftrag innehätten (§ 77 Abs. 3 SGB V). In jedem Falle sei das MVZ kein „Angehöriger eines Heilberufes“ nach den neuen §§ 299a, 299b StGB-E. Hinsichtlich der angestellten Ärzte sei aber zu überlegen, ob nicht vielleicht die Gehaltszahlung ein Vorteil sei.

Abschließend referierte Steuerberater *Dr. Rolf Michels*, Laufenberg, Michels und Partner, Köln, über **steuerliche Fragen bei der Übertragung von Anstellungsgenehmigungen**.

Wie immer bei den Vorträgen von *Michels* vor dem juristischen Publikum der Arbeitsgemeinschaften stand neben den steuerlichen Informationen die Schärfung des **Problembewusstseins der Rechtsberater für die steuerrechtlichen Fragestellungen** bei der Vertragsgestaltung im Mittelpunkt.

Der Referent stellte zunächst die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Übertragung der Anstellungsgenehmigung, die sich in § 24 Abs. 7 S. 2 Ärzte-ZV finden, vor. In der amtlichen Begründung heiße es dazu, dass die Verlegung einer Anstellungsgenehmigung analog den Vorschriften über die Sitzverlegung bei zugelassenen Vertragsärzten möglich sei, soweit Gründe der Versorgung dem nicht entgegenstehen. Dies gelte zur Vermeidung von Nachteilen auch für die Verlegung von Anstellungsgenehmigungen von einem MVZ in ein anderes MVZ bei gleicher Trägerschaft oder bei Identität der Gesellschafter.

Aus steuerrechtlicher Sicht sei bei der Verlegung insbesondere zu fragen, ob die **Übertragung der Anstellungsgenehmigung** Wirtschaftsgutcharakter habe und ob hierdurch stille Reserven aufgedeckt werden. Zudem sei zu fragen, ob die Anschaffungskosten der Anstellungsgenehmigung abschreibungsfähig seien und ob die Übertragung eine Umsatzsteuerpflicht nach sich ziehe.

Zu ersten Frage, ob die **Übertragung der Anstellungsgenehmigung den Charakter eines Wirtschaftsgutes** aufweise, habe sich der BFH in seinem Urteil vom 9. August 2011 (VIII R 13/08 – BStBl. II 2011, 875) geäußert. Demnach sei der Vorteil aus der Zulassung als Vertragsarzt zumindest grundsätzlich kein neben dem Praxiswert stehendes oder diesen überlagerndes selbstständiges Wirtschaftsgut. Ausnahmsweise

jedoch könne sich die (übertragene) Zulassung zu einem selbstständigen immateriellen Wirtschaftsgut konkretisieren. Diese Sonderfälle könnten etwa dann eintreten, wenn ein isolierter Erwerb der Vertragsarztzulassung ohne Übernahme materieller Wirtschaftsgüter, der Patientenkartei, Arbeitnehmern usw. unter Wegverlegung des Vertragsarztsitzes erfolge (hierzu etwa FG Köln, Urt. v. 26.1.2012 – 6 K 4538/07; FG Nürnberg, Urt. v. 12.12.2013 – 6 K 1496/12; FG Düsseldorf, Urt. v. 27.5.2014 – 11 K 2364/13 F; FG Nürnberg, Urt. v. 23.9.2014 – 1 K 1894/12). Lege man diese Maßstäbe an, so sei die isolierte Übertragung der Vertragsarztzulassung – hier in Form der dieser gleich gestellten Anstellungsgenehmigung – ein Sonderfall und weise den Charakter eines Wirtschaftsgutes auf.

Daraus folge, dass die **Abschreibung** nicht wie im Normalfall – in dem die Vertragsarztzulassung zugleich Teil des Praxiswertes sei – über 3 bis 10 Jahre erfolgen könne, sondern vielmehr nach Wegfall der Altersgrenze für Vertragsärzte fraglich sei.

Hinsichtlich des **Risikos der Umsatzsteuerpflicht** sei zunächst zu fragen, ob der Abgeber Kleinunternehmer im Sinne des § 19 UStG sei. Wenn dies der Fall sei, d.h. seine steuerpflichtigen Umsätze im Vorjahr unter 17.500 € gelegen haben und im laufenden Jahr voraussichtlich unter 50.000 € liegen werden, bestehe kein Umsatzsteuerrisiko. Sei der Abgeber hingegen kein Kleinunternehmer, sei zu differenzieren: Werde für die Übertragung der Vertragsarztzulassung bzw. Anstellungsgenehmigung kein Entgelt gezahlt und bestehe die Anstellungsgenehmigung bereits länger als fünf Jahre, dann entstehe auch in dieser Konstellation kein Umsatzsteuerrisiko. Bestünde die Anstellungsgenehmigung weniger als fünf Jahre, könne die Abgabe hingegen umsatzsteuerpflichtig sein. Soweit ein Abgeber, der kein Kleinunternehmer ist, die Anstellungsgenehmigung gegen Entgelt übertrage, bestehe ohnehin ein Umsatzsteuerrisiko.

Während die bereits angesprochene Gesetzesbegründung sich auf die Verlegung von Anstellungsgenehmigungen bei MVZ beziehe, seien aus steuerlicher Sicht bei der unentgeltlichen Übertragung folgende Übertragungswege zu differenzieren: Sie sei zunächst möglich zwischen zwei Standorten ein und desselben MVZ, sodann zwischen zwei in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführten MVZ, die jedoch die gleiche Gesellschafterstruktur aufweisen, drittens zwischen zwei MVZ-GbR, die nicht beteiligungsidentisch seien und schließlich zwischen zwei verschiedenen MVZ-GmbH:

Wie herausgearbeitet, sei die Übertragung von Anstellungsgenehmigungen ein Sonderfall im Sinne der BFH-Rechtsprechung, weil die Anstellungsgenehmigung vom Praxiswert gelöst werde und damit die Übertragung eines immateriellen Wirtschaftsgutes darstelle. Soweit sie – unentgeltlich – jedoch innerhalb des gleichen Betriebsvermögens einer MVZ-GbR oder MVZ-GmbH zwischen zwei Standorten erfolge, sei dies zwar vertragsrechtlich bedeutsam, steuerrechtlich jedoch unbeachtlich.

Umstritten sei die Behandlung der unentgeltlichen Übertragung von Anstellungsgenehmigungen zwischen zwei beteiligungsidentischen MVZ-GbR. Sowohl das abgebende als auch das aufnehmende MVZ, jeweils in der Rechtsform der GbR, haben eine identische Gesellschafterstruktur. Während das Bundesministerium der Finanzen, gestützt auf den Gesetzeswortlaut, der Ansicht sei, dass bei beteiligungsidentischen Personengesellschaften eine steuerneutrale Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern nicht möglich sei, sei der BFH in seinem Urteil vom 10. April 2013 (I R 80/12) dem entgegen getreten. Die Sache sei derzeit beim BVerfG (2 BvL 8/13) anhängig, welches zu klären habe, ob § 6 Abs. 5 EStG insoweit mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sei. Bis zur Klärung dieser Frage komme als Lösung in Betracht, die Anstellungsgenehmigung aus dem Gesamthandsvermögen der Abgeber-GbR in das Sonderbetriebsvermögen der Gesellschafter nach § 6 Abs. 5 Nr. 2 EStG (vgl. FG Düsseldorf, Ur. v. 27.5.2015 – 11 K 2364/13 F, EFG 2015, 1428) zu überführen.

Während die steuerrechtliche Behandlung der unentgeltlichen Übertragung der Anstellungsgenehmigung zwischen zwei beteiligungsidentischen MVZ-GbR noch strittig sei, sei sie von einer MVZ-GbR auf eine andere MVZ-GbR, bei denen die Gesellschafter nicht identisch sind, zur Zeit nicht strittig. Hier sei keine steuerneutrale Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern, wie sie isolierte Anstellungsgenehmigungen darstellen, möglich. Folglich sei beim Abgeber der Entnahmegewinn nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG zum Teilwert zu versteuern. Für die Erwerberseite stellt sich die unentgeltliche Übertragung als Einlage nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG da. Ob sie abschreibungsfähig sei, sei strittig und Gegenstand eines Revisionsverfahrens beim BFH (VIII R 56/14). Eine Lösung könne auch hier sein, die Anstellungsgenehmigung aus dem Vermögen der abgebenden GbR nicht in das Gesamthandsvermögen der erwerbenden GbR, sondern in das Sonderbetriebsvermögen der Gesellschafter zu übertragen.

Anders stelle sich die unentgeltliche Übertragung der Anstellungsgenehmigung zwischen zwei MVZ dar, die in der Rechtsform der GmbH geführt werden. Die Besteuerung von GmbH erfolge nach dem Trennungsprinzip. GmbH seien wie fremde Dritte zu behandeln und könnten naturgemäß keine Privatkonten führen. Geschäfte zwischen den Gesellschaftern und der GmbH müssten jeweils wie fremdüblich abgeschlossen werden. Werde hiergegen verstoßen, erfolge eine steuerliche Anpassung dahingehend, dass eine verdeckte Einlage bzw. eine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen werde. Werde beispielsweise die Anstellungsgenehmigung für 50.000 € veräußert und dies als verdeckte Gewinnausschüttung angesehen, werde diese Summe als Einkunft aus Kapitalvermögen betrachtet. Es erfolge eine außerbilanzielle Korrektur aufgrund der verdeckten Gewinnausschüttung, die zu einer Steuerbelastung von 15.000 € führe. Hinzu komme eine zusätzlich Steuerbelastung von 13.000 € der Gesellschafter. Das heiße, die unentgeltliche Übertragung einer Anstellungsgenehmigung im Wert von 50.000 € führe zu einer Steuerbelastung von 28.000 €.

Die Lösung könne angesichts der bereits genannten Vorgaben zur Fremdüblichkeit nur sein, ein angemessenes Entgelt für die Übertragung der Anstellungsgenehmigung zu vereinbaren. Dies habe zur Folge, dass beim Veräußerer ein steuerpflichtiger Gewinn entstehe und beim Erwerber Anschaffungskosten, deren Abschreibung jedoch strittig und Gegenstand des bereits genannten BFH-Verfahrens seien. In jedem Fall verbleibe, wenn der Abgeber kein Kleinunternehmer sei, das bereits gesprochene Umsatzsteuerrisiko.

Der zweite, ebenfalls MVZ betreffende, Themenkomplex, zu dem Michels referierte, betraf die Arbeitnehmerstellung eines GbR-Gesellschafters im Lichte des GKV-VSG aus steuerlicher Sicht. Gemäß § 95 Abs. 6 S. 4 SGB V in der Fassung vom 16. Juli 2015 bleibe die Gründereigenschaft eines Vertragsarztes für die Gründung eines MVZ auch für angestellte Ärzte bestehen, die auf ihre Zulassung zugunsten der Anstellung in einem MVZ verzichtet haben, solange diese dort tätig und Gesellschafter seien. Ob Arbeits- und Gesellschaftsrecht es zulassen, dass man zugleich Gesellschafter und Angestellter der gleichen GbR sei, sei im Einzelnen umstritten, werde von der Rechtsprechung aber überwiegend bejaht.

Nehme man die Zulässigkeit einer parallelen Gesellschafterstellung mit einem Arbeitsverhältnis an, dann könne ein typischer Fall so aussehen, dass die Vertragsärzte A (50 Jahre) und B (56 Jahre) gemeinsam eine Berufsausübungsge-

meinschaft in der Rechtsform der GbR betreiben. Der ältere Vertragsarzt B möchte seine gesamte Beteiligung an einen Krankenhausträger veräußern und aufhören zu arbeiten. Hierfür könnten A und B ihre Berufsausübungsgemeinschaft in eine MVZ-GbR überführen, bei der A als angestellter Arzt beschäftigt werde und zugleich Gesellschafter bleibe, während B seinen Anteil wie geplant an den Krankenhausträger veräußere.

Der Formenwechsel von der Berufsausübungsgemeinschaft in ein MVZ sei steuerlich unbeachtlich, da es sich bei beiden um GbR handle. Die Veräußerung von B an den Krankenhausträger sei steuerbegünstigt, weil B das 55. Lebensjahr bereits vollendet habe. Der sechs Jahre jüngere A möchte, um später ebenfalls in den Genuss des Steuervorteils zu kommen, abwarten, bis er das 55. Lebensjahr vollendet habe. Aus steuerrechtlicher Sicht frage sich deshalb, wie seine laufenden Einkünfte bis dahin zu qualifizieren seien. Steuerlich gelte dabei der Grundsatz, dass ein Gesellschafter das Mitunternehmerrisiko tragen und Mitunternehmerinitiative entfalten müsse. Die Vorgaben hierfür ähnelten der Rechtsprechung des BSG. Denn hierfür sei es zumindest erforderlich, dass der Gesellschafter eine gewinnabhängige Vergütung erhalte, am Zuwachs der stillen Reserven seit Eintritt partizipiere und an der Geschäftsführung sowie am Haftungsrisiko beteiligt werde. Würden diese Vorgaben nicht oder nicht mehr erfüllt, sei der Gesellschafter aus steuerlicher Sicht kein Mitunternehmer mehr, sondern Scheingesellschafter.

Erfülle der zugleich angestellte Gesellschafter diese Voraussetzungen noch, wird er in seiner Gesellschafterstellung also nur unmaßgeblich eingeschränkt, so bestehe die steuerliche Mitunternehmerstellung fort. Alle Einkünfte seien dementsprechend als Einkünfte aus selbstständiger Arbeit i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu qualifizieren. Die für die als Arbeitnehmer geleistete Tätigkeit gezahlten Löhne und Gehälter seien Sonderbetriebseinnahmen des Arztes im Sinne von § 15 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 Hs. 2 i.V.m. § 18 Abs. 4 EStG. Eine Gewerbesteuerbelastung finde nicht statt.

Soweit der zugleich als Angestellter und Gesellschafter tätige Arzt hingegen die oben genannten Anforderungen verfehle und als Scheingesellschafter zu qualifizieren sei, gehe seine steuerliche Mitunternehmerstellung verloren. Die gezahlten Löhne und Gehälter stellten in diesem Fall Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit dar. Wenn zudem noch die übrigen Gesellschafter der MVZ-GbR gegenüber dem Scheingesellschafter nicht leitend und eigenverantwortlich tätig (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG) seien, greife auch die Abfärbetheorie von § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG. Diese habe

zur Folge, dass die gesamten Einkünfte der MVZ-GbR gewerbesteuerpflichtig würden. Dieser Umstand sei nur dann zu vernachlässigen, wenn ohnehin ein Krankenhausträger an der MVZ-GbR beteiligt sei.

Offen bleibe, was etwa passiere, wenn der jüngere A aus dem gebildeten Beispielfall aufgrund seiner fehlenden Mitunternehmerstellung einen Aufgabegewinn versteuern müsse, aufgrund seiner gleichwohl vorhandenen zivilrechtlichen Gesellschafterstellung jedoch später ein hiervon abweichender Veräußerungspreis gezahlt werde. Sei dies ein rückwirkendes Ereignis oder sind dies steuerfreie Veräußerungsgewinne im Privatvermögen? Nach Michels müsse diese Frage danach beantwortet werden, zu welchem Zeitpunkt man den Übergang des wirtschaftlichen Wertes annehme. Unklar sei auch, wie der Fall zu beurteilen sei, dass A einen verbindlichen Käufertrag zur Übereignung seines Praxisanteils in fünf Jahren und gegen einen fixen Verkaufspreis bzw. mit einer Anpassungsklausel im Falle von Wertveränderungen schließe.

Am Ende der Tagung teilten die Vorsitzenden der Arbeitsgruppen mit, dass dies eine gute Gelegenheit sei, die Leitung in andere Hände zu geben. Die Anwesenden dankten *Peikert* und *Möller* für ihren langjährigen Einsatz und insbesondere die regelmäßige Organisation der Tagung, die für viele Teilnehmer zu einem festen Bestandteil des Kalenders geworden ist.

Als neuer Leiter der Arbeitsgruppe Berufsrecht stellten sich Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht *Jörg Müssig*, *pwk & partner*, Dortmund, vor, als neuer Leiter der Arbeitsgruppe Vertragsgestaltung Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht *Dr. Andreas Meschke*, *Möller und Partner*, Düsseldorf.

Die 12. Gemeinsame Veranstaltung ist bereits in Vorbereitung; sie wird am 16. November 2016 wiederum in Düsseldorf stattfinden. Am folgenden Samstag wird wiederum Gelegenheit sein, am Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag teilzunehmen.

RA, FA MedR Dr. Kyrill Makoski, LL.M. (Boston University)

RRef. Thomas Ruppel

Möller und Partner, Düsseldorf