

## **Aktuelle Probleme im ärztlichen Berufsrecht und bei der ärztlichen Vertragsgestaltung – Tagung in Dortmund**

Am 27. Oktober 2006 fand in Dortmund eine gemeinsame Tagung der Arbeitsgruppen Vertragsgestaltung und Berufsrecht der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV statt. Unter der Leitung der Rechtsanwälte *Peter Peikert* und Dr. *Karl-Heinz Möller* versammelten sich ca. 50 Juristen, um Vorträge zu verschiedenen aktuellen Fragen zu hören und darüber zu diskutieren sowie ihre Erfahrungen auszutauschen.

Zunächst definierte Rechtsanwalt *Markus Henkel*, Rechtsanwälte Cramer Henkel aus München, den Gesellschaftszweck der Berufsausübungsgemeinschaften. Der Gesellschaftszweck sei notwendig, um die erwünschten von den unerwünschten Gesellschaften abzugrenzen (vgl. auch *Cramer*, MedR 2004, 552). Der konstitutive Zweck einer Berufsausübungsgemeinschaft sei die gemeinsame Berufsausübung. Diese Definition beinhalte zwei Elemente: Berufsausübung und gemeinsam.

Die Berufsausübung umfasse gem. § 2 Abs. 5 BÄO die Ausübung der Heilkunde, also die Erbringung ärztlicher Leistungen. Daraus ergebe sich, dass alle Gesellschafter ärztliche Leistungen aktiv erbringen müssten; bloße Kapitalbeteiligungen seien unzulässig. Aus § 138 BGB ergebe sich, dass bei einem groben Missverhältnis zwischen Leistungsbeitrag und Erfolgsbeteiligung eines Gesellschafters der Gesellschaftszweck unzulässig sei, wobei zur Bestimmung des Leistungsbeitrags die Definitionen aus GOÄ/EBM herangezogen werden könnten.

Der Begriff „gemeinsam“ bedeute keine Gesamtschuld, da es anderenfalls einen Zwang zu fachfremden Leistungen gebe, und normalerweise auch keine gemeinschaftliche Schuld; zumindest müsse aber ein Mindestmaß an Gemeinsamkeit vorhanden sein. Dies sei kein Problem bei Fachgleichheit. Bei fachübergreifenden Berufsausübungsgemeinschaften müsse es sich um einen gemeinsamen Behandlungs- oder Untersuchungsauftrag handeln, zu dem alle Ärzte beitragen können. Auf der Basis dieser Definitionen sei allerdings das Konzept der MVZs zu überdenken.

In der anschließenden Diskussion äußerte *Henkel* Kritik an der Definition des BSG, da dort das Kernelement „ärztliche Leistung“ fehle. Unsicherheit bestehe insbesondere bei überörtlichen Laborgemeinschaftspraxen in Bezug auf dieses Element.

Danach referierte der Justiziar der Ärztekammer Niedersachsen, Herr Dr. *Karsten Scholz*, über die Rechtsformenwahl aus Sicht der Ärztekammern. Er wies zunächst auf die Vielzahl an zur Verfügung stehenden Rechtsformen hin. Bei der Aufzählung der einzelnen möglichen Rechtsformen schied er bereits das Einzelunternehmen aus, da

dieses gem. § 19 Abs. 1 S. 2 MBO unerwünscht sei. § 18 Abs. 2 MBO stelle eine weitere Hürde dar, da danach nur eine nicht gewerbliche Tätigkeit gestattet sei. Dies bedeute, dass der Arzt eine nach Umständen und Gepräge freiberufliche Tätigkeit ausüben müsse. Für die Gesellschaftsformen bedeute dies, dass die GmbH & Co. KG ausscheide, genauso wie die oHG; insoweit habe der Gesetzgeber die Partnerschaftsgesellschaft geschaffen (vgl. auch *Peikert*, ZMGR 2004, 211, 214). Ungelöst sei noch die Frage, was das Verbot der Gewerblichkeit für die Frage der Gewerbesteuer bedeute; jedenfalls bedeute es kein Verbot der GmbH. Der neue § 17 Abs. 1 MBO entspreche eher der Realität, wenn dort die Berufsausübung – vorbehaltlich landesgesetzlicher Regelungen – nur noch an die Niederlassung in „einer“ Praxis gebunden sei, nicht mehr an die in „eigener“ Praxis.

Die juristische Person des Privatrechts sei zulässig u.a. in Baden-Württemberg, Bremen, Hessen und dem Saarland, in NRW nur nach Maßgabe des Berufsrechts, unzulässig (außer für MVZ) hingegen in Bayern und Sachsen. Die Bundeskompetenz für MVZ ergebe sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, allerdings sei das Berufsrecht zu beachten, besonders im Rahmen der Berufsausübung. *Scholz* wies darauf hin, dass die Ärztegesellschaft in Bayern und Niedersachsen ein aliud zur Heilkunde-GmbH sei, im Unterschied zu vielen anderen Ländern. Bei der GmbH gebe es weitere ungelöste Probleme: Wie kann eine Mehrheit ärztlicher Geschäftsführer bei nur zwei Geschäftsführern sichergestellt werden? Wie weit kann der Unternehmenszweck beschränkt werden? Die Limited als Alternative zur GmbH sei in Niedersachsen dadurch eingeschränkt worden, dass die Gesellschaft ihren Sitz im Bundesland haben müsse. Hinsichtlich des Erfordernisses der Niederlassung in eigener Praxis und der möglichen Stellung als Minderheitsgesellschafter wies *Scholz* darauf hin, dass wohl die Mehrheit der Geschäftsführer und auch der Gesellschafter Ärzte sein müssen (vgl. auch *OVG Lüneburg*, NdsVBl. 2006, 53). Zulässig sei die ärztliche Tätigkeit im Rahmen eines Vereins (vgl. *OLG Hamm*, NJW-RR 1997, 1530).

Rechtsanwalt Dr. *Hans Gummert* von Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf stellte in einem ausführlichen Referat spezielle Gestaltungsprobleme bei ärztlichen Kooperationen vor. Diese ergeben sich vor allem aus Konflikten zwischen Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Berufsrecht und Vertragsarztrecht.

Zunächst ging der Referent auf die möglichen Rechtsformen ein. Er stimmte *K. Schmidt* zu, dass die KG nach § 105 Abs. 2 HGB auch für Ärzte zulässig sei; dabei bestünden jedoch steuerliche Probleme. Die GmbH könne bei Privatversicherten wegen § 4 Abs. 2 MB/KK problematisch sein; jedenfalls aber dürfe der Arzt auch als Angestellter dort tätig werden. Bei den medizinischen Kooperationsgemeinschaften sei offen,

ob eine der in § 23b MBO genannten Berufsgruppen einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis beitreten dürfe. Die KV Nordrhein vertrete hierzu den Standpunkt, dass in einer medizinischen Kooperationsgemeinschaft nur ein Arzt tätig werden dürfe, aber nicht mehrere Ärzte. Angesichts des Regelungsdefizits im Vertragsarztrecht fragte *Gummert*, ob hier Parallelen zum MVZ gezogen werden könnten.

Bei der überörtlichen Kooperationsgemeinschaft bestehe das Problem der räumlichen Entfernung vom Verwaltungssitz und darüber hinaus die Frage der Regelung in § 24 Ärzte-ZV, wonach ein Arzt für einen bestimmten Sitz zugelassen sei. Hier seien Erleichterungen durch das VÄndG zu erwarten. Gerade bei den MVZ sei eine Ausweitung der sog. Satellitenmodelle vorzusehen. Eine „Stern-Gemeinschaftspraxis“ sei zwar gem. § 18 MBO zulässig, aber nicht nach § 24 Abs. 1 Ärzte-ZV für den vertragsärztlichen Bereich.

Ausführlich wurde die Problematik der Nullbeteiligungsgesellschaft (dazu *Gummert/Meier*, MedR 2007, 1) erörtert. Der Referent stellte klar, dass es keine Teilhabe am Praxissubstrat gebe. Gesellschaftsrechtlich sei es nur erforderlich, dass die Teilhabe am Gewinn nicht vollständig ausgeschlossen werden könne, denn der „freie Beruf“ verlange eine ausreichende Partizipation am Erfolg der eigenen Praxis; auch seien die Stimm- und Teilhaberechte nicht entziehbar. Hingegen kann die Teilhabe am Vermögen vollständig ausgeschlossen sein, da der Gesellschafter an der Gesellschaft, nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligt sei; das Vermögen gehöre der Gesellschaft. Ein Juniorpartner könne nicht auf Dauer ausgeschlossen werden, wobei die KV Nordrhein z.B. eine Beteiligung von 5 % genügen lasse. Ungeklärt seien nach wie vor Fragen zum Schicksal des Vertragsarztsitzes; ausreichend sei eine Quantifizierung des Anteils am immateriellen Wert der Gesellschaft.

Im Bereich der GbR sei zu beachten, dass nach der neuesten Rechtsprechung der Neugesellschafter auch für Altschulden hafte; dies gelte nur dann nicht, wenn er in eine Einzelpraxis eintrete. Eine Hinauskündigung neuer Gesellschafter sei nur bei einem sachlichen Grund möglich oder dann, wenn eine Probephase vereinbart worden sei. § 723 BGB sehe eine jederzeitige Kündigung vor, allerdings könne das Kündigungsrecht durch den Gesellschaftsvertrag – gerade bei umfangreichen Investitionen – beschränkt werden; eine starre Höchstgrenze gebe es jedoch nicht.

In der Diskussion wurde darauf hingewiesen, dass der Eintretende – möglicherweise – auch für Regresse der KV hafte, die sich aus der bisherigen alleinigen Tätigkeit seines Mitgesellschafters ergeben (vgl. *LSG NRW*, MedR 2006, 310; a.A. *Dahm* in Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Aufl., 2570-Honorarberichtigung Rn. 35 f.; *Engelmann*, ZMGR 2004, 3, 12; *Möller*, MedR 2004, 69, 71; *ders.*, MedR 2006, 621, 626; *Ureta*, GesR 2006, 508).

Anschließend führte Rechtsanwalt *Dirk Griebau*, Preißler Ohlmann & Partner in Fürth, in die Problematik der Teilgemeinschaftspraxis versus § 31 MBO ein. Er stellte mehrere Beispiele für Teilgemeinschaftspraxen vor, wobei er sich nicht auf die Regelungen im Gesellschaftsvertrag beschränkte, sondern besonders die Werbemaßnahmen darstellte und die daraus erkennbaren Intentionen der Gründer. Nach dem VÄndG sei die Teilgemeinschaftspraxis auch im vertragsärztlichen Bereich zulässig, außer für medizinisch-technische Leistungen.

Wichtig sei, dass die Gemeinsamkeit auch gelebt werde. Anhand der Selbstdarstellungen mehrerer großer Verbände werde aber deutlich, dass es eher um finanzielle Vorteile gehe. Das Zuwendungsverbot in § 31 MBO werde umgangen, indem die entsprechenden Zahlungen als Gewinnanteile der Teilgemeinschaftspraxis deklariert werden. Es gebe zwei grundlegende Modelle von Teilgemeinschaftspraxen: Im Facharzt-Modell binde der Facharzt seine Zuweiser; dabei gebe es aber Probleme mit der Abrechnung. So werde z.B. die Leistung der GOÄ-Ziffer 1 schon erbracht, bevor überhaupt die Entscheidung zur Überweisung in die Teilgemeinschaftspraxis gefallen sei. Beim Hausarzt-Modell, bei dem der Hausarzt den Zuweisungsempfänger einbeziehe, gebe es das gleiche Problem. Bei den Publikums-Teilgemeinschaftspraxen, um die es sich teilweise handele, gebe es nur eine Summe von Einzelleistungen, aber keine Beziehung zwischen allen Beteiligten; der Patient sehe jeweils nur wenige der Partner.

Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass sich die Rechtswidrigkeit aus dem Ziel ergebe, nicht aus dem Weg. Wenn zu starker Druck auf einen Arzt ausgeübt werde, sich der Teilgemeinschaftspraxis anzuschließen, könne u.U. sogar eine bandenmäßige Erpressung (§ 253 Abs. 4 StGB) vorliegen; jedenfalls bestehe ein wettbewerbsrechtliches Risiko (§ 4 Nr. 1, 10 UWG). Schließlich könne es sein, dass entsprechende Zahlungen wegen § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG nicht mehr als Betriebsausgaben geltend gemacht werden könnten.

Es gebe aber auch zulässige Teilgemeinschaftspraxen – sowohl fachgleich als auch fachübergreifend. Nur sollte der rechtliche Berater darauf hinweisen, dass der Patient im Mittelpunkt zu stehen habe und nicht das Geld. Dies gelte auch für die Disease-Management-Programme und die Integrierte Versorgung.

In der anschließenden Diskussion wurde besonders die unklare Haltung der Ärztekammern beklagt, die sich um eindeutige Entscheidungen (auch aus politischen Gründen) drücken. Ein besonderes Problem sei es, dass die Kammern nur den Vertrag, nicht aber auch die Werbepapiere vor der Genehmigung erhielten.

Bei großen Teilgemeinschaftspraxen sei es in praktischer Hinsicht problematisch, dass alle Beteiligten auf dem Hinweisschild und vor allem der Rechnung genannt sein müssten; auch müsse der Datenschutz ausreichend beachtet werden. Eine Teilgemeinschaftspraxis, in der sich nur Ärzte medizinisch-technischer Fachrichtungen zusammenschließen, z.B. nur Radiologen, sei unbedenklich, da hier keine internen Zuweisungen möglich seien. Hingewiesen sei auf den neuen § 18 Abs. 1a BO in Hamburg und Rheinland-Pfalz, der sich der Materie in erfreulicher Klarheit annehme, auch wenn die Begrifflichkeit nicht immer einheitlich sei (vgl. auch § 18 Abs. 1 S. 2-5 MBO i.d.F. v. 24.11.2006).

Im Anschluß stellte Rechtsanwalt *Dirk Niggehoff*, Möller und Partner Düsseldorf, ausgewählte Gestaltungsprobleme im zahnärztlichen Berufsrecht vor. Diese unterschieden sich oft nicht von denen im humanmedizinischen Bereich; allerdings sei zu beachten, dass es bei den Zahnärzten keine vergleichbare fachliche Ausdifferenzierung gebe. Auch sei die zahnärztliche Tätigkeit immer noch von Einzelpraxen geprägt. Die Problematik der Nullbeteiligungsgesellschaften gebe es bei Zahnärzten nicht. An Bedeutung gewinnen die Angestelltenverhältnisse, da nach dem VÄndG wieder ein Zuschlag für angestellte Zahnärzte im Rahmen der Budgetierung eingeführt werde. Die Franchise-Verträge, die von den Unternehmen McZahn bzw. McDent verwendet worden seien, erlaubten keine freie Berufsausübung mehr und seien rechtswidrig, so dass von einem Vertragsschluss nur abgeraten werden könne. Es gebe auch nur wenige Zahnärzte, die sich auf dieses Geschäftsmodell bisher eingelassen hätten.

Überörtliche Kooperationen seien bei Zahnärzten problematisch, da die Musterberufsordnung noch nicht überall umgesetzt worden sei. Klar sei hingegen, dass Kooperationen über den Bereich einer KZV hinaus nicht zulässig seien. Bei der Standortfrage für Praxisgemeinschaften gebe es besonderen Klärungsbedarf für das Praxislabor, in dem zahntechnische Leistungen erbracht werden. Bei einem gemeinsam betriebenen Labor gehe es insbesondere um Fragen der Gewerbesteuer und der Meisterpflicht sowie um die Frage, ob ein externes Labor einen weiteren (genehmigungspflichtigen) Praxissitz darstelle.

Aus der Diskussion bleibt mitzunehmen, dass Kooperationen zwischen Human- und Zahnmedizinern weiterhin problematisch seien, da ein Zahnarzt nur andere Zahnärzte anstellen könne. Bei MVZs vertrete die KZBV zwar eine ablehnende Haltung, jedoch gebe es auch bei Zahnärzten nach Weiterbildungsrecht mehrere Fachrichtungen, für die auch eine getrennte Bedarfsplanung betrieben werde, u.a. Zahnärzte und Kieferorthopäden.

Zum Abschluss wies Steuerberater Dr. *Rolf Michels*, Laufenberg Dr. Michels Köln, auf steuerliche Aspekte der neuen Kooperationsformen hin. Bei der integrierten Versorgung sei auf die Problematik der gewerbsteuerlichen Infizierung und der Umsatzsteuer für Management-Gesellschaften zu achten; eine getrennte Gesellschaft führe zu berufsrechtlichen Problemen. Zur Frage der Gewerblichkeit könne es vor allem dann zu Schwierigkeiten kommen, wenn der Inhaber nicht ausreichend eigenverantwortlich tätig sei. Die Teilgemeinschaftspraxis verlange eine echte Form der Mitunternehmerschaft; wenn es sich nur um eine Zuweisergemeinschaft handele, entstünden gewerbliche Einkünfte aus Patientenvermittlung, die umsatzsteuerpflichtig sein könnten. Zahlungen entgegen § 31 MBO stellten beim Empfänger gewerbliche und umsatzsteuerpflichtige Einnahmen dar; die Abzugsfähigkeit beim Leistenden als Betriebsausgaben sei hingegen fraglich. Wenn eine überörtliche Gemeinschaftspraxis gegründet werde, sei darauf zu achten, dass keine stillen Reserven aufgedeckt werden.

Zur Frage der Abschreibung der Aufwendungen für den „Erwerb“ einer Zulassung verwies *Michels* auf Erlasse verschiedener Oberfinanzdirektionen. Einen Marktwert gebe es aber nur dann, wenn es um eine Praxis in einem gesperrten Bereich gehe, bei dem die Zulassung eine besondere Bedeutung habe; in allen anderen Situationen habe die Zulassung als solche keinen Marktwert, es handele sich vielmehr um einen Teil des immateriellen Praxiswertes. Ein Preis sei nicht dem Wert einer Sache gleichzusetzen.

Dieses war bereits die zweite gemeinsame Veranstaltung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung. Die nächste Veranstaltung wird am 23. November 2007 in Düsseldorf stattfinden.

*RA Kyrill Makoski, LL.M. (Boston University), Düsseldorf*