

Veranstaltung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung am 5. November 2010

Am 5. November 2010 fand zum inzwischen sechsten Mal die gemeinsame Herbstveranstaltung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein statt. Circa siebzig Kolleginnen und Kollegen aus dem gesamten Bundesgebiet diskutierten unter der Leitung der Herren Rechtsanwälte Dr. *Karl-Heinz Möller* und *Peter Peikert* engagiert über verschiedene aktuelle Themen und trugen dabei auch aus ihren beruflichen Erfahrungen bei.

Den Reigen der Referenten eröffnete Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. *Joachim Schüttners*, Schüttners Hartmann HUG Rechtsanwälte, aus Dortmund, zum Thema „**Insolventer Gesellschafter – Was tun?**“. Zahlen zur Insolvenz von Ärzten lägen kaum vor. Insoweit könnten nur Vermutungen angestellt werden. Allerdings sei zu vermuten, dass die Zahl der Insolvenzen steigen werde. Ein Lösungsansatz, der von bestimmten Beratern häufig propagiert werde, sei die Durchführung einer Insolvenz in England oder Frankreich. Diese sei auch in Deutschland zu beachten (vgl. **BGH**, Urt. v. 18.9.2001, NJW 2002, 960). Grund für eine Insolvenz sei häufig eine zu große Belastung durch Gläubiger, die durch ein sonstiges externes Problem, welches häufig im Privaten liege, nicht mehr ausgeglichen werden könne. Hauptursachen seien insoweit Scheidung oder falsche private Anlageentscheidungen.

Herr Dr. *Schüttners* stellte die Antragsgründe für ein Insolvenzverfahren dar, nämlich Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit und drohende Zahlungsunfähigkeit. Danach komme es entweder zum Regelinsolvenzverfahren oder zum Insolvenzplanverfahren; das Verbrauchersolvenzverfahren sei bei Ärzten eher selten. Im Folgenden stellte Herr Dr. *Schüttners* die Grundstrukturen des Regelinsolvenzverfahrens dar.

Die Insolvenz eines GbR-Gesellschafters führe erst dann zur Auflösung der Gesellschaft, wenn das Verfahren als solches eröffnet sei. Dies sei jedoch kein plötzliches Ereignis, da zunächst ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt werde. Eine Abwicklung nach § 84 Abs. 1 Insolvenzordnung erfolge im Übrigen außerhalb der Regelungen der §§ 730 ff. BGB. Anschließend stellte Herr Rechtsanwalt Dr. *Schüttners* verschiedene Vorbeugungsmaßnahmen dar. Die Sicherungsmaßnahme „Übertragung von Gesellschaftsanteilen“ sei problematisch, da insoweit ein Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters bestehe für

sämtliche Übertragungen, die drei Monate vor Antragstellung erfolgt seien, bei Schenkungen verlängere sich diese Frist auf vier Jahre, bei Kenntnis der schlechten wirtschaftlichen Situation des Schuldners sogar auf zehn Jahre. Allerdings komme es auch bei Ausübung des Anfechtungsrechts oft zu Vergleichen wegen der langen Verfahrensdauern. Vorzugswürdig sei in jedem Fall eine Fortsetzungsklausel in dem Gesellschaftsvertrag, wonach der insolvente Gesellschafter ausscheide und die GbR durch die anderen Gesellschafter fortgesetzt werde. Bei der Abfindungsregelung könne durchaus berücksichtigt werden, dass das Ausscheiden plötzlich erfolge und insoweit andere Wertansätze gewählt werden müssten.

In der folgenden Diskussion trugen einige Teilnehmer ihre eigenen Erfahrungen vor. Eine Besonderheit sei, dass die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung insolvenzfest sei; daher tendierten viele Insolvenzverwalter dazu, den Betrieb der Arztpraxis frei zu geben. Problematisiert wurde auch die Frage, wie drohende Belastungen der GbR, z.B. Regresse, verteilt werden sollten; wenn hierfür der insolvente Gesellschafter verantwortlich sei, könne er kaum in Haftung genommen werden.

Sodann trug Herr Rechtsanwalt *Carsten Reiter* von der Sozietät Dr. Rehborn, Dortmund, zum **Urteil des BSG vom 23. Juni 2010 – B 6 KA 7/09 R** vor. Zunächst präsentierte er die Kernaussagen des Urteils des BSG und kommentierte diese anschließend kritisch. Rechtsgrundlage für die Aufhebung des Honorarbescheides seien die Regelungen in den Bundesmantelverträgen, insbesondere § 45 Abs. 2 BMV-Ä/§ 34 Abs. 4 EKV-Ä. Das Kriterium „in freier Praxis“ sei nicht zu unbestimmt; vielmehr ergebe es sich aus § 32 Abs. 1 S. 1 Ärzte-ZV und dem daraus abzuleitenden normativen Gehalt. Es sei auch sachlich gerechtfertigt, da der Selbständige vom Angestellten abzugrenzen sei, insbesondere wegen der Regelung zur Honorarbegrenzung (auch wenn diese nicht in jedem Fall vorhanden seien). Jedenfalls erfordere die „freie Praxis“ mehr als nach §§ 705 ff. BGB für die Stellung als Gesellschafter erforderlich sei. Ein wesentliches Kriterium sei das wirtschaftliche Risiko; dieses verbietet die Vereinbarung eines Festgehaltenes, auch während der Probezeit. Eine Beteiligung am materiellen Gesellschaftsvermögen sei „nicht ausnahmslos notwendig“, eine Beteiligung am immateriellen Wert der Praxis hingegen erforderlich. Dieser Anspruch könne allerdings durch vertragliche Regelung auf einen Abfindungsanspruch beschränkt werden. Im Hinblick auf Personalhoheit, entsprechende Weisungsbefugnisse und Sachherrschaft über die materiellen Praxisressourcen gehe das BSG davon aus, dass diese faktisch immer notwendig seien; anderes sei bei einem praktizierenden Arzt kaum denkbar. Der

Bescheid des Zulassungsausschusses entfalte im Verhältnis zur Kassenärztlichen Vereinigung keine tatbestandliche Wirkung. Zwar könne die Zulassung aus Systemgründen „im Außenverhältnis“ nicht rückwirkend aufgehoben werden, jedoch müsse der Arzt im Innenverhältnis zur Kassenärztlichen Vereinigung „materiell berechtigt“ sein, Leistungen als Vertragsarzt zu erbringen. Im Folgenden stellte Herr *Reiter* noch die Begriffe Tätigkeit in „freier Praxis“ und „freiberufliche Tätigkeit“ vor und verwies auf das Problem, ob es sich um juristische oder soziologische Begriffe handelt. Nur schwierig könne aus diesen Begriffen eine Abgrenzung zwischen Selbständigen und Angestellten abgeleitet werden und zwar im Hinblick auf deren historisch-legislativen Hintergrund und der entsprechenden Rechtsprechung des BVerfG. Der Begriff „Arbeitnehmer“ habe im Vertragsarztrecht offensichtlich eine andere Bedeutung als im Arbeitsrecht; der Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“ führe hier nicht zu einem anderen Ergebnis.

Zum Abschluss stellte Herr *Reiter* denkbare Gestaltungsvarianten vor. Eine Beteiligung am materiellen Gesellschaftsvermögen sei sowohl nach der Rechtsprechung des BSG als auch nach den berufsrechtlichen Vorgaben nicht ausnahmslos erforderlich. Fraglich sei, inwieweit eine Beteiligung am immateriellen Gesellschaftsvermögen zumindest während der Probezeit ausgeschlossen werden könne. Hierzu verwies Herr *Reiter* auf die Rechtsprechung des BGH zu den Regelungen über den Zulassungsverzicht für Gesellschafter innerhalb der ersten drei Jahre ihrer Gesellschaftszugehörigkeit. Die Zahlung fester Gewinnanteile müsse von der Zahlung eines Festgehältes abgegrenzt werden und sei nach dem BSG-Urteil wohl nicht per se untersagt, insbesondere ggf. im Rahmen einer „Gesamtbetrachtung“ aller Umstände oder für einen zeitlich befristeten Zeitraum. Auch bei der Job-Sharing-Gemeinschaftspraxis gemäß § 101 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SGB V könne dogmatisch das Kriterium „freie Praxis“ gelten, allerdings müsse es im Hinblick auf die Besonderheiten des Job-Sharings teleologisch in Teilbereichen anders interpretiert werden; so sei etwa zu überlegen, ob der Job-Sharer überhaupt nach Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Eigentum erwerbe und somit eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen per se nicht erforderlich sei; in jedem Fall dürfe aber auch der Job-Sharer kein Festgehalt erhalten. Fraglich sei, wie die Rechtslage zu behandeln sei, wenn ein – nicht den Vorgaben des BSG entsprechender – Gesellschaftsvertrag vorgelegt und genehmigt worden sei und somit sowohl dem Zulassungsausschuss als auch der Kassenärztlichen Vereinigung als Verfahrensbeteiligte bekannt sei bzw. hätte bekannt sein müssen. Eine Honorarrückforderung scheidet dann aus Sicht von Herrn *Reiter* wegen des Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG) aus. Der Vertrag sei nicht gemäß § 134 BGB i.V.m. den Vorschriften des StGB nichtig. Eine Nichtigkeit könne sich auch nicht aus

einem Verstoß gegen §§ 32 Abs. 1 S. 1, 33 Abs. 2 Ärzte-ZV ergeben, da ein genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft mit erteilter Genehmigung vollwirksam werde; dies möge lediglich bei einem „Schubladenvertrag“ nicht der Fall sein, wie er in der vom BSG entschiedenen Fallgestaltung zugrunde gelegen habe.

In der anschließenden Diskussion wurde vor allem die Frage angesprochen, wie mit Altverträgen umzugehen sei. Jeder Berater sei aufgerufen, sich die von ihm in den letzten Jahren erstellten Verträge anzusehen und zu prüfen, inwieweit sie den aktuellen Vorgaben entsprächen. Hierbei bestehe das Problem einer Anwaltshaftung. Ein Vertrauensschutz sei eher dann gegeben, wenn der Vertrag im Zulassungsausschuss diskutiert und aufgrund von Einwendungen geändert worden sei. Angesprochen wurde auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur echten Rückwirkung, die hier unter Umständen vorliege.

Danach referierte Herr Dr. med. *Heinz Pilartz*, Facharzt/Mediator aus Bonn/Alfter, über **Streit in ärztlichen Kooperationen – Erkennung der Ursachen und Konfliktmanagement**. Einem Konflikt könne man auf drei Weisen entgegen: Man könne vor ihm weglaufen, sich auf ihn einlassen oder daran sterben. Im Konfliktfall zeigen Betroffene eine von drei Reaktionen: Entweder sie ärgern sich, sie geraten in Empörung oder sie entwickeln Angst und/oder Ekel. Ein Konflikt entstehe dann, wenn unterschiedliche Interessen bestünden, die nicht gleichzeitig befriedigt werden können. Jeder Konflikt sei anders und jede Konfliktlösungsstrategie sei individuell unterschiedlich. Herr Dr. *Pilartz* stellte sodann die verschiedenen existierenden Persönlichkeitsstile vor. Bei Ärzten seien insbesondere dominierend die Persönlichkeitsstile Aufopfern, Gewissenhaft, Wachsam und Selbstbewusst. Eine Besonderheit für Arztpraxen sei, dass es fast nur weibliche Mitarbeiter gebe, einen weitgehend bargeldlosen Geldverkehr, viele „halbgebildete“ Kunden sowie eine Diskrepanz zwischen öffentlichem Ansehen und persönlicher Akzeptanz.

Die Situation in einer Gemeinschaftspraxis beginne sich zu verschlechtern, wenn die besondere Bedeutung einer Tätigkeit betont werde (kompetitive Wertung), wenn mit Fehlern negativ umgegangen werde („Siehste“) oder wenn bei bestehender Betroffenheit unsachlich kommentiert werde („Das hättest Du ...“). Ein Problem sei in Arztpraxen insbesondere, dass eine gerechte Verteilung der eingehenden Gelder und der erzielten Gewinne nicht möglich sei; dies beruhe vor allem auf der Komplexität des Honorarsystems. Unterschiedliche Geschwindigkeiten der Ärzte seien ebenso ein

Problem wie das unterschiedliche Gefühl der Gebundenheit an getroffene Vereinbarungen. Sobald innerhalb einer Arztpraxis Koalitionen aufgebaut werden, sei dies eine Kampfansage an den oder die anderen Gesellschafter. Zu berücksichtigen sei immer, dass die Diskussion von Überzeugungen vergeblich sei.

Als Tipp für eine gedeihliche Entwicklungsarbeit gab Herr Dr. *Pilartz* den Teilnehmern Folgendes auf den Weg: Zunächst sollten sich alle um eine gegenseitige Wertschätzung und Respekt bemühen. Das Leitbild einer Praxis könne nur sein „Alle wollen nur das Beste.“. Wichtig sei es auch, die Gefahr von Vorannahmen zu erkennen und alle Konflikte anzusprechen und auszuräumen; allein durch Warten lösten sich Konflikte nicht. Im Falle einer Eskalation seien unbedingt Dritte, z.B. ein Steuerberater, Rechtsanwalt oder Mediator, hinzuzuziehen. Als Lösungsansatz seien immer die Eigenarten der Gesellschafter zu berücksichtigen, insbesondere ihre Persönlichkeitsstile. Zudem seien im Sinne einer Konfliktdynamik die gegenseitigen Wirkungen von Handlungen zu beachten.

Der Vortrag wurde sehr interessiert aufgenommen und gerade bei der Schilderung der verschiedenen Persönlichkeitsstile konnten die anwesenden Kollegen den einen oder anderen Mandanten wiedererkennen.

Nach der Mittagspause referierte Herr Rechtsanwalt Dr. *Reimar Buchner*, Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Berlin, zum Thema „**Verpachtung einer Arztpraxis/Franchise-Modelle**“. Er stellte zunächst die verschiedenen Typen von Franchise- und Pachtverträgen vor und legte dar, dass im ärztlichen Bereich nur ein Partnerschafts- und Dienstleistungsfranchise möglich sei. Pachtmodelle seien seit der Einführung der MVZ und der damit eröffneten Möglichkeiten für Investoren, sich in der ambulanten Versorgung als Gesellschafter zu beteiligen, vermutlich weniger attraktiv geworden. Die rechtlichen Anforderungen an Franchise- und Pachtverträge seien im Berufsrecht und Vertragsarztrecht unterschiedlich. Berufsrechtlich stelle sich nach der Streichung der Verpflichtung zur ambulanten Tätigkeit in *eigener* Praxis (§ 17 Abs. 1 MBO a.F) in nahezu allen Berufsordnungen primär die Frage, ob eine eigenverantwortliche und weisungsfreie ärztliche Tätigkeit gesichert sei. Darüber hinausgehende Vorgaben ergäben sich berufsrechtlich aus der Definition des Arztberufs als freiem Beruf nicht, da es sich insoweit um einen soziologischen Begriff handele. Vertragsarztrechtlich sei nach der Rechtssprechung dagegen zusätzlich anknüpfend an § 32 Abs. 1 S. 1 Ärzte-ZV die Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos notwendig.

Franchisemodelle beruhen auf schuldrechtlichen Verträgen. Diese seien – auch soweit sie eine umsatzabhängige Vergütung enthielten – nach herrschender Meinung zulässig; allerdings gebe es einige Stimmen, die eine umsatzabhängige Vergütung immer für unzulässig hielten. Zu berücksichtigende Gesichtspunkte seien insoweit, dass eine umsatzabhängige Vergütung auf die Leistungsfähigkeit Rücksicht nehme und der Umsatz-Indikator für die Praxisauslastung sei. Zudem sichere eine umsatzabhängige Vergütung eine nicht gewerbliche Berufsausübung, weil nicht zunächst immer ein fester Vergütungsbetrag erwirtschaftet werden müsse. Problematischer sei insoweit eine hohe Verschuldung mit festen Raten. Herr Dr. *Buchner* verwies auf das Laborarzturteil des BSG (BSGE 35, 247) und fragte, inwieweit sich durch das Urteil des BSG vom 23.6.2010 Änderungen ergeben. Insbesondere sei auf die Formulierung in Rn. 46 abzustellen, wonach Gestaltungen zulässig sein „könnten“, in denen der Kapitaleinsatz der Ärzte gegen Null gehe. In der Vergangenheit habe das BSG Konstellationen ohne Kapitaleinsatz der Ärzte bereits gebilligt. Hinsichtlich der Werbebeschränkungen sei auf das Urteil des *BVerwG* vom 24.9.2009 zu *MacDent* (NJW 2010, 547) zu verweisen; die Verletzung mit dem Zeichen eines Franchisegebers sei zulässig, da es sich um eine sachliche Kennzeichnung handele. Bei allen Franchise- und Pachtverträgen zu prüfen sei, ob die eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit des Vertragsarztes vertraglich gesichert sei; vertragsarztrechtlich stelle sich daneben möglicherweise die Frage, ob eine Abfindung für einen selbst erarbeiteten Goodwill zwingend sei. Als Fazit hielt Herr Dr. *Buchner* fest, dass Verträge „kippen“ könnten. Außerhalb des Berufs- und Vertragsarztrechts seien bei der Vertragsgestaltung insbesondere die Frage der Umsatzsteuerpflicht bei entgeltlicher Erbringung von Dienstleistungen, sowie die Erlaubnispflicht der Überlassung von Personal nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zu beachten.

In der folgenden kontroversen Diskussion wurden verschiedene Punkte angesprochen, unter anderem das Problem der Verschwiegenheitspflicht und der ärztlichen Schweigepflicht sowie auch das Kriterium der Höhe der Gebühren. Insbesondere die Kontrollrechte des Verpächters oder Franchisegebers seien ein Problem. Jedenfalls solle sichergestellt sein, dass so wenige Daten wie möglich übergeben werden. Zur Kontrolle dürfte die Steuerbilanz ausreichen. Es wurde darauf hingewiesen, dass Ärztekammern Pachtmodelle und Franchisesysteme nicht gerne sähen. Dies könnte teilweise zu Problemen in berufsrechtlicher Hinsicht führen. Hinsichtlich von Mindestöffnungszeiten wurden Bedenken geäußert, die insbesondere die Pflicht zur Bestellung von Praxisvertretern betrafen. Zuletzt wurde auch die Problematik einer Praxis im

Krankenhaus angesprochen; problematisch sei hier insbesondere die Höhe des Abgabensatzes sowie die Steigerung einer Pacht oder Miete bei steigendem Umsatz.

Den Schlussvortrag hielt schon traditionell Herr Steuerberater Dr. *Rolf Michels*, Laufenberg, Michels und Partner, Köln. Sein Thema war die **Frage von Sonderbetriebsvermögen in der Gestaltungspraxis**. Nach der Definition des Sonderbetriebsvermögens als Wirtschaftsgut, das zivilrechtlich und wirtschaftlich im Eigentum eines Mitunternehmers stehe und dazu geeignet und bestimmt sei, dem Betrieb der Personengesellschaft zu dienen oder der Beteiligung des Gesellschafters an der Personengesellschaft förderlich sei, also unmittelbar der Begründung und der Stärkung dieser Beteiligung diene, stellte Herr Dr. *Michels* dar, wie Sonderbetriebsvermögen entsteht. Zu beachten seien insbesondere umsatzsteuerrechtliche Risiken. Wenn Leistungen gegen eine gewinnunabhängige Sondervergütung gewährt würden, liege ein steuerbarer Leistungsaustausch vor; würden hingegen die Leistungen gegen eine variable Beteiligung am Gewinn erbracht, liege ein nicht steuerbarer Gesellschafterbeitrag vor. Zu unterscheiden sei auch notwendiges und gewillkürtes Sonderbetriebsvermögen. Aus der jeweiligen Zuordnung ergäben sich teilweise Probleme bei der Besteuerung von stillen Reserven im Bereich einer Praxisveräußerung, z.B. bei einer Praxisimmobilie. Zudem würden bei der Gründung einer Gemeinschaftspraxis teilweise Besteuerungsprobleme entstehen, wenn die Vorgaben des § 24 UmwStG nicht entsprechend beachtet würden. Allerdings bestehen seit Jahresende 2006 Zweifel, ob steuerneutrale Übertragungen ins Sonderbetriebsvermögen noch möglich seien, da nur die Einbringung durch Einzelrechtsnachfolge steuerlich begünstigt sei. Insoweit bestehe zur Zeit noch Rechtsunsicherheit, bis ein entsprechendes BMF-Schreiben erlassen werde. Insoweit sei die Einholung einer gebührenpflichtigen verbindlichen Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO anzuraten. Die Überlassung des gesamten Vermögens im Sonderbetriebsvermögen und die Regelung, dass die Gesamthand kein eigenes Vermögen bilde, sei aus steuerlicher Sicht zu empfehlen (zumindest für die Probezeit), da dann eine Trennung der GP einfacher sei. Da sich in diesem Fall die Frage stelle, ob der Vorgang nach § 24 UmwStG oder § 6 Abs. 5 S. 2 EStG begünstigt sei und im Falle der Anwendung des § 24 UmwStG auch hier wie strittig sei, ob die Übertragung nur ins Sonderbetriebsvermögen im Rahmen dieser Vorschrift ausreichend sei, sei auch hier wieder ein Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft anzuraten.

Die Präsentationen der Referenten sind auf der Homepage der Arbeitsgemeinschaft abrufbar. Die nächste Veranstaltung der beiden Arbeitsgruppen findet am 4. November 2011 wiederum in Düsseldorf statt. Die Einladungen werden rechtzeitig versandt.

Dr. Kyrill Makoski

Fachanwalt für Medizinrecht

Möller und Partner

Pfeifferstraße 6

40625 Düsseldorf

<http://www.m-u-p.info>