

12. Tagung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung

Dr. Christian Maus, Dr. Kyrill Makoski

Die 12. Tagung der Mitglieder der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung fand am 11. November 2016 in Düsseldorf erstmals unter der Leitung der Herren Rechtsanwälte und Fachanwälte für Medizinrecht *Jörg Müssig*, pwk & Partner, Dortmund, und Dr. *Andreas Meschke*, Möller und Partner, Düsseldorf, statt.

Zunächst gab Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht, Fachanwalt für Handel- und Gesellschaftsrecht und Mediator Dr. *Ole Ziegler*, Plagemann Rechtsanwälte Frankfurt, den Teilnehmern wichtige Hinweise zum Thema „**Scheinselbständigkeit im Gesundheitswesen in Folge fehlerhafter Vertragsgestaltung**“.

Grundsätzlich müsse bei der Abgrenzung einer abhängigen Beschäftigung von einer selbständigen Tätigkeit aufgrund der Entscheidungen des BSG eine sozialrechtliche Überlagerung der Rechtsprechung der Zivilgerichte festgestellt werden.

Bezugnehmend auf die paradigmatische Entscheidung des BSG (Urt. v. 23.6.2010 – B 6 KA 7/09 R, ZMGR 2010, 370) stellte er seinen Ausführungen drei unterschiedliche Konstellationen voran und erläuterte im Folgenden deren Auswirkungen in sozialversicherungsrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, arbeitsrechtlicher, strafrechtlicher und steuerrechtlicher Hinsicht.

Bei der ersten Konstellation sei die vertragliche Gestaltung fehlerhaft, weil vertraglich etwas vorgesehen sei, das so nicht gelebt werde. Im Rahmen der zweiten „typischen“ Fallgestaltung werde etwas vertraglich vorgesehen, das so nicht gelebt werden könne, da es nicht im Einklang mit der Rechtsordnung stehe. Die dritte Variante sei dadurch gekennzeichnet, dass bewusst eine Regelung getroffen werde, die so aber nicht gelebt werden solle.

Sozialversicherungsrechtlich erfolge die Abgrenzung der Beschäftigungsarten über § 7 SGB IV. Anhaltspunkte für eine nicht selbständige Tätigkeit seien eine persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber, eine Tätigkeit nach Weisungen im Hinblick auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausübung, sowie eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers. Sozialversicherungsrechtlich folge aus einer abhängigen Beschäftigung, dass die Beiträge zur Altersversorgung nicht in das jeweilige Versorgungswerk, sondern in die

gesetzliche Rentenversicherung gezahlt würden. Der Referent wies darauf hin, dass eine Befreiung von der Beitragspflicht zwar grundsätzlich möglich, aber in ihrer Rückwirkung durch § 6 Abs. 4 SGB VI zeitlich beschränkt sei. Der Arbeitgeber hafte für vorenthaltene Sozialversicherungsbeiträge der vergangenen vier Jahre gemäß § 28e SGB IV i.V.m. § 25 Abs. 1 SGB IV und könne gegenüber dem Arbeitnehmer nur sehr begrenzt Rückforderungsansprüche geltend machen.

Ziegler legte dann ausführlich die divergente Kasuistik zur Einordnung des sozialversicherungsrechtlichen Status von Beschäftigten im Krankenhaus, von Not- und Honorarärzten dar (siehe hierzu auch *Makoski/Krapohl*, GesR 2016, 616). Zwar gestatte § 2 Abs. 1 KHEntgG ausdrücklich die Beschäftigung „freier Mitarbeiter“. Das *LSG Baden-Württemberg* (Beschl. v. 20.8.2015 – L 4 R 1001/15, MedR 2016, 222 [228]) vertrete aber die Ansicht, das KHEntgG regle nur Vergütungsfragen und verhalte sich nicht zum sozialversicherungsrechtlichen Status im Krankenhaus beschäftigter Personen.

In der beratungsrechtlichen Praxis sollte zunächst festgestellt werden, welche vertraglichen Verpflichtungen die Parteien übernommen haben, um im nächsten Schritt wertend die Tätigkeit der einen oder anderen Sphäre zuzuordnen. Bei dieser Wertung seien bei Ärzten unterschiedliche Abgrenzungskriterien heranzuziehen. Es könne darauf abgestellt werden, ob die Ärzte noch anderweitig tätig seien und Einsätze ablehnen könnten. Zudem vertrete das *BSG* (Urt. v. 30.10.2013 – B 12 KR 17/11 R) die Ansicht, aus „betrieblichen Sachzwängen“ könne nicht ohne weiteres eine Einbindung in den fremden Betrieb hergeleitet werden.

Letzte Sicherheit böten aber auch die BSG-Entscheidung sowie die Abgrenzungskriterien nicht. Das *SG Dortmund* beispielsweise (Urt. v. 20.2.2015 – S 34 R2153/13, NZS 2015, 307) habe Honorarärzte, die auf einer Station als Stationsärzte mitwirkten, aufgrund ihrer Einbindung in die Arbeitsorganisation als Beschäftigte eingestuft, während das *SG Berlin* (Urt. v. 26.2.2014 – S 208 KR 2118/12, BeckRS 2014, 67253) und das *LSG Niedersachsen-Bremen* (Urt. v. 25.7.2014 - S 64 KR 206/12, BeckRS 2014, 73174) Honorarärzte als nicht abhängig Beschäftigte ansahen, da sie das letzte Entscheidungsrecht hätten, für das sie auch haftungsrechtlich einzustehen hätten. Diesen haftungsrechtlichen Ansatz begrüßte *Ziegler*. Die besondere Expertise des Arztes sei sein herausragendes Selbstständigkeitsmerkmal. Sowohl zivil- (§ 630a Abs. 2 BGB), als auch sozialrechtlich (SGB V) werde vom Arzt hohe Qualität gefordert. Diese gewährleiste der Arzt durch seine freie Fortbildung und Tätigkeit.

Nach den Honorarärzten stellte der Referent die Rechtsprechung zur Sozialversicherungspflicht der Notärzte dar. Während nach einem Besprechungsergebnis der

Deutschen Rentenversicherung der Notarzt als sozialversicherungspflichtiger Beschäftigter einzustufen sei, und z.B. das *LSG Baden-Württemberg* (Urt. v. 20.3.2013 – L 5 R 2329/12) dieser Ansicht folge, verträten das *LSG Berlin-Brandenburg* (Urt. v. 20.3.2015 – L 1 KR 105/13, NZS 2015, 630) und das *Bayerische LSG* (Urt. v. 24.10.2012 – L 12 KA 36/09) die nach seiner Ansicht zutreffende Gegenmeinung. Er wies darauf hin, dass nach Pressemeldungen derzeit an einer gesetzlichen Regelung der Sozialversicherungsfreiheit des Notarztes gearbeitet werde. Soweit vereinzelte Stimmen die Ansicht verträten, die Nichtzulassungsbeschwerde des *BSG* (v. 1.8.2016 – B 12 R 19/15 B, BeckRS 2016, 72157) sei gleichbedeutend mit der Ansicht, dass Notärzte als abhängig Beschäftigte anzusehen seien, sei das *BSG* dem mit einer Pressemitteilung entgegengetreten.

Zusammenfassend kritisierte *Ziegler*, dass die Sozialversicherungsträger nicht auf die Expertise und die Selbstverantwortung der Beauftragten abstellten, die seiner Meinung nach Merkmale einer selbständigen Tätigkeit seien, zumal auch das *BVerfG* in der „Honorararztentscheidung“ (Beschl. v. 3.3.2015 – 1 BvR 3226/14, ZMGR 2015, 121) am Status der Selbständigkeit keine Kritik geübt habe.

Gesellschaftsrechtlich gebe es eine klare typologische Unterscheidung zwischen einem Gesellschafter und einem Angestellten. Die klaren Grenzen verwischten aber, wenn Gesellschafter unterschiedliche Rechte und Pflichten trafen, ggf. kombiniert mit einer unterschiedlichen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen.

Vertragsarztrechtlich müssten die Vorschriften der *Ärzte-ZV* beachtet werden. § 32 Abs. 1 *Ärzte-ZV* spreche von der Tätigkeit in „freier Praxis“. Darunter sei eine in beruflicher und persönlicher Selbständigkeit gesicherte Tätigkeit ohne erhebliche Einflussnahme Dritter zu verstehen. Neben der Befugnis, den medizinischen Auftrag nach eigenem Ermessen auszugestalten, müsse der Arzt durch eine Beteiligung an Gewinn und Verlust ein wirtschaftliches Risiko tragen und auf die sächlichen und räumlichen Mittel einwirken können (*BSG*, Urt. v. 23.6.2010 – B 6 KA 7/09 R, ZMGR 2010, 370).

Der Vortragende wies auf die erheblichen Risiken hin, die drohten, wenn die Vorgaben des *BSG* nicht erfüllt würden: Honorarrückforderungen (§ 106a SGB V), Entziehung der Vertragsarztzulassung (§ 95 Abs. 6 S. 1 SGB V), strafrechtliche Konsequenzen wegen Abrechnungsbetruges, Gewerbesteuerpflicht aller ärztlichen Einkünfte der Gesellschaft, Auswirkungen auf die Nachbesetzung, wenn kein Praxissubstrat vorhanden sei.

Für die rechtsanwaltliche Beratungspraxis empfahl er die Überprüfung bereits bestehender Gesellschaftsverträge, keine Beschränkung des Gewinnanteils auf einen Anteil am eigenen Honorarumsatz, keine Beschränkung des wirtschaftlichen Risikos darauf, lediglich keinen Gewinn zu erhalten und eine Beteiligung zumindest am immateriellen Gesellschaftswert mit Abfindungsregelungen.

Voraussetzungen für ein Arbeitsverhältnis seien die Eingliederung in einen Betrieb und ein Weisungs- und Direktionsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der Arbeitszeit etc. Das LAG Hessen habe in einem Urteil (v. 30.11.2015 – 16 Sa 583/15, GesR 2016, 251; Nichtzulassungsbeschwerde verworfen mit Beschl. v. 10.5.2016 – 9 AZN 76/16) einen Honorararzt nicht als Arbeitnehmer des Klinikums angesehen, wenn er einzelne Aufträge ohne Angabe von Gründen ablehnen könne, noch anderweitig beschäftigt sei und damit nicht dem Direktionsrecht unterliege und wenn er entscheiden könne, ob und an welchen Tagen er seine Leistung erbringe.

Ziegler kritisierte die fehlende Rechtssicherheit beim Einsatz von Fremdpersonal im Krankenhaus, die auch nicht durch die geplante Legaldefinition des Arbeitnehmers im neuen § 611a BGB beseitigt werde. Einzige Auswege seien nach seiner Auffassung die Arbeitnehmerüberlassung oder die Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebes, bei dem sich mehrere rechtlich selbständige Unternehmen zur gemeinsamen Führung des Betriebes rechtlich verbinden und einen einheitlichen Leitungsapparat schafften.

Auch das Strafrecht werde mehr und mehr sozialrechtlich überlagert. *Ziegler* wies u.a. auf eine Entscheidung des BGH (Urt. v. 16.8.2016 – 4 StR 163/16, NJW 2016, 3253) hin, wonach ein Vertragsarzt eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Krankenkasse habe.

Im steuerrechtlichen Bereich erwähnte er kurz die bereits im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Ausführungen angesprochenen Faktoren der Mitunternehmerinitiative und des Mitunternehmerrisikos und warnte vor der Gefahr des „Abfärbens“, d.h. der Gewerbesteuerpflicht für sämtliche ärztlichen Einkünfte einer Gesellschaft für den Fall, dass Gesellschafter zumindest einen Teil ihrer Leistungen gewerblich erbrächten.

Im Folgenden informierte Herr Rechtsanwalt Dr. *Reinhard Lutz*, Fachanwalt für Steuerrecht, Rechtsanwälte LUTZ | ABEL, München, die Teilnehmer über „**Willensbildung, Beschlussfassung und Konfliktlösung in Berufsausübungsgemeinschaften**“.

Lutz stellte zunächst die Rechtsformen der Berufsausübungsgemeinschaften von Ärzten (GbR, PartG, PartG mbB, GmbH - letztere als Trägergesellschaft von MVZ) dar. Das Recht der Personengesellschaften sei im Vergleich etwa zum Aktienrecht wenig förmlich, weshalb ein gut ausformulierter Gesellschaftsvertrag gerade im Streitfall sehr hilfreich sei.

Exemplarisch beleuchtete er die besonderen Rechtsprobleme von Mehrheitsbeschlüssen in Personengesellschaften. Der Referent wies auf die nach einem Wechsel des Senatsvorsitzenden des II. Zivilsenates beim BGH im Jahr 2010 geänderte gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung hin. Anstatt des „Bestimmtheitsgrundsatzes“ und der „Kernbereichslehre“ gälten nun die Prüfungsmaßstäbe „formelle“ und „materielle Legitimation“ der Mehrheitsbeschlüsse (*BGH*, Ur. v. 16.10.2012 – II ZR 251/10, NZG 2013, 57, und Ur. v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 = NJW 2015, 859).

Bei der formellen Legitimation sei die Grundlage des Mehrheitsbeschlusses im Gesellschaftsvertrag für den konkreten Beschlussgegenstand zu überprüfen. Es reiche aus, dass sich aufgrund Auslegung ergebe, dass ein solcher Beschluss möglich sei. Materiell-rechtlich dürfe der Beschluss sodann nicht gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstoßen, er müsse im Interesse der Gesellschaft geboten und dem überstimmten Minderheits-Gesellschafter zumutbar sein.

Im Anschluss wandte sich der Referent den Stimmverboten zu. Gesetzliche Stimmverbote analog § 47 Abs. 4 GmbHG bestünden etwa bei der eigenen Entlastung eines Gesellschafters als Geschäftsführer, bei einer Befreiung des Gesellschafters von einer Verbindlichkeit, bei einer Entscheidung über ein Rechtsgeschäft zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, bei der Einleitung oder der Erledigung eines Rechtsstreits zwischen Gesellschaft und Gesellschafter oder in sonstigen gravierenden Fällen einer Interessenkollision. Ein persönliches Näheverhältnis eines Gesellschafters zu einem potentiellen Vertragspartner (z.B. bei der Entscheidung über den Abschluss eines Mietvertrags mit dem Ehepartner eines Gesellschafters) löse für sich grundsätzlich jedoch kein Stimmverbot aus (siehe auch *OLG Hamm*, Ur. v. 25.7.2016 – I-8 U 160/15). Die vertragliche Vereinbarung weitergehender Stimmverbote sei zulässig. Wirke ein Gesellschafter trotz Stimmverbotes an der Beschlussfassung mit, sei die abgegebene Stimme nicht zu berücksichtigen.

Aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht könne eine gesetzliche Stimmbindung folgen, so *Lutz*, und verwies auf das Urteil des *BGH* v. 12.04.2016 – II ZR 275/14, NJW 2016, 2739. Eine Zustimmungspflicht bestehe bei Entscheidungen der Gesellschafter über Maßnahmen der

Geschäftsführung, wenn – so der BGH in dem vorgenannten Urteil – „die Maßnahme für die Gesellschaft objektiv unabweisbar erforderlich“ und den „Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar“ ist. Eine treuwidrig unterbliebene Zustimmung könne nicht fingiert, sondern müsse mit der Leistungsklage (§ 894 ZPO) durchgesetzt werden. Aus dem Auditorium auf die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes angesprochen, schilderte der Referent seine weitgehend negativen Erfahrungen: Wegen des Verbotes der Vorwegnahme der Hauptsache seien solche einstweiligen Verfügungen kaum zu erlangen. Etwas Anderes könne in besonderen Fällen dann gelten, wenn einem Gesellschafter im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes untersagt werden soll, bei einer Beschlussfassung für einen Antrag zu stimmen, etwa wenn es offensichtlich an der materiell-rechtlichen Grundlage für den Beschluss fehle.

Als „typische Konfliktfelder“ in personalistischen Gesellschaften nannte *Lutz* sodann Entscheidungen über Maßnahmen der laufenden Geschäftsführung und die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis. In der PartG herrsche in Anlehnung an die Vorschriften zur oHG grundsätzlich das Recht der Einzelgeschäftsführung, in der Regel gesellschaftsvertraglich eingeschränkt durch einen Katalog außergewöhnlicher, zustimmungsbedürftiger Geschäftsführungsmaßnahmen. Die anderen geschäftsführenden Mitglieder der PartG hätten zudem die Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes durch ihre Widerspruchsmöglichkeit nach § 115 Abs. 1 HGB. Bei der GbR könne – vorbehaltlich anderslautender vertraglicher Regelungen – bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nur die gesellschaftsvertraglich übertragene Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis durch Beschluss entzogen werden (§§ 712 Abs. 1, 715 BGB), nicht aber das gesetzliche Recht zur Teilhabe an der Geschäftsführung.

Konfliktträchtig und schwer durchsetzbar seien Neuregelungen der Gewinnverteilung und/oder der Entnahmen durch Mehrheitsbeschluss. Regelmäßig fehle es an der formellen Legitimation, zumindest aber sei ein Verstoß gegen die Treuepflicht naheliegend (*BGH*, Urt. v. 11.12.2006 – II ZR 166/05, NJW 2007, 917).

Abschließend wies der Referent auf die Konflikte beim Ausschluss eines oder mehrerer Gesellschafter hin. Bei der PartG könne auch ohne vertragliche Grundlage Ausschließungsklage (§§ 9 Abs. 1 PartGG, 140 Abs. 1 HGB) erhoben werden. Bei der GbR sei ein entsprechender Mehrheitsbeschluss möglich, selbst wenn keine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag existiere, der Vertrag aber eine „Fortsetzungsklausel“ beinhalte (§ 737 BGB). Die „Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses“ unter den Gesellschaftern bilde einen praxisrelevanten, „wichtigen Grund“ für eine solche

Ausschließung. *Lutz* verwies diesbezüglich auf ein Urteil des *BGH* v. 24.09.2013 – II ZR 216/11, NZG 2013, 1344. Allerdings dürften die Gesellschafter, die sich auf die Zerrüttung als „wichtigen Grund“ stützen, ihrerseits nicht wesentlich zum Streit beigetragen oder in ihrer Person eigene, die Ausschließung rechtfertigende Gründe gesetzt haben.

Lutz schloss seine aufschlussreichen Ausführungen mit dem Rat: Problemvermeidung durch Vertragsgestaltung und „regelmäßige Vertragspflege“.

Danach verschaffte Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht *Dirk Niggehoff*, Rechtsanwälte Möller und Partner, Düsseldorf, den Zuhörern einen interessanten Überblick über „**Neuerungen im MVZ-Bereich, insbesondere Zahnärzte MVZ**“.

Nachdem *Niggehoff* Statistiken zu vertragsärztlichen MVZ präsentiert hatte, wandte er sich den Vergleichszahlen für MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung zu. Obwohl jede KZV der KZBV entsprechende Zahlen übermittele, halte die KZBV keine offiziellen Statistiken vor. Nichtsdestotrotz könne davon ausgegangen werden, dass im Bereich der KZV Bayern ca. 40 MVZ, im Bereich der KZV Nordrhein 36 MVZ (27 Rechtsträger in Form einer GmbH, 9 in Form einer Personengesellschaft), im Bereich der KZV Hessen 10 und im Bereich der KZV Sachsen 1 MVZ existieren.

Nachdem das *LSG Nordrhein-Westfalen* (Urt. v. 28.10.2009 – L 11 KA 94/08, ZMGR 2010, 94) in Zweifel gezogen hatte, ob Zahnärzte-MVZ überhaupt zulässig seien, habe das GK-VSG Klarheit gebracht: Zahnärzte-MVZ sind uneingeschränkt zulässig. *Niggehoff* berichtete allerdings, dass das Zahnärzte-MVZ bei den Zahnärzten eine untergeordnete Rolle spiele.

Zulässig sei auch das sog. „Misch-MVZ“, bestehend aus Ärzten und Zahnärzten. § 33 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 Ärzte-ZV und ZV-Zahnärzte gestatten die gemeinsame Beschäftigung von Zahnärzten und Ärzten. Die Teilnahme an der vertragszahnärztlichen Versorgung bedürfe der Zulassung durch den vertragszahnärztlichen Zulassungsausschuss und der Erteilung der Anstellungsgenehmigung durch den zahnärztlichen Zulassungsausschuss. Eine Genehmigung des vertragsärztlichen Zulassungsausschusses dürfte nach Ansicht des Referenten entbehrlich sein, er empfahl aber eine Information desselben. Grundsätzlich sei für das Misch-MVZ eine Doppelzulassung erforderlich, da die Versorgungsbereiche der KV bzw. KZV getrennt voneinander zu betrachten seien.

Bei einer Doppelzulassung (etwa MKG-Chirurg) sei allerdings wegen des „Splitting-Verbotes“ Vorsicht geboten: Vertragszahnärzte, die auch als Vertragsärzte an der Versorgung teilnehmen, können die in einem einheitlichen Behandlungsfall durchgeführten Leistungen entweder nur über die KZV oder die KV abrechnen (BSG, Urt. v. 4.5.2016 – B 6 KA 16/15 R, KrV 2016, 191). Einen MKG-Chirurgen treffen im Übrigen in vollem Umfang die Rechte und Pflichten aus beiden Zulassungen (BSG, Urt. v. 23.3.2016 – B 6 KA 7/15 R, SozR 4-2500 § 75 Nr. 16); er sei damit auch verpflichtet, am vertragsärztlichen Notdienst teilzunehmen.

Danach streifte *Niggehoff* kurz die Problematik der Nachbesetzung unter Berücksichtigung der Entscheidung des BSG v. 4.5.2016 – B 6 KA 21/15 R unter dem Begriff: „Die Judikative ersetzt die Legislative“. Mangels Bedarfszulassung entfalte das Urteil im vertragszahnärztlichen Bereich keine Wirkung. In der anwaltlichen Beratung begegne man den Auswirkungen durch eine modifizierte Vertragsgestaltung, bei der beispielsweise Arbeitsverträge mit Mindestdauer, ein wechselseitiger Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts bzw. eine Absicherung der „Käufer“ über einen teilweisen Einbehalt des Kaufpreises eine Rolle spielten.

Sodann stellte *Niggehoff* die Entscheidung des BSG zur Nachbesetzung von Viertel-Arztstellen dar (Urt. v. 4.5.2016 – B 6 KA 28/15 R). Bis zu diesem Urteil habe die Nachbesetzung einer Viertel-Arztstelle in einem MVZ keiner zeitlichen Beschränkung unterlegen. Nun solle das MVZ aber das Nachbesetzungsrecht verlieren, wenn es über ein Jahr keine ernsthaften Bemühungen zur Nachbesetzung unternehme und nicht belegen könne, dass und weshalb trotz des Zeitablaufs noch zeitnah mit einer Nachbesetzung gerechnet werden könne. Dies führe zu einem hohen Dokumentationsaufwand und der Unsicherheit, welche Bemühungen tatsächlich zum Nachweis ausreichend seien.

Rechtsfragen entzündeten sich auch an der Person des ärztlichen Leiters. Zwar müsse er keinerlei rechtliche Vertretungsbefugnisse haben, allerdings obliege es ihm eventuell, die vertrags(zahn)ärztliche Sammelerklärung zu unterzeichnen (z.B. § 1 Abs. 4 S. 5 HVM KV Nordrhein). Das LSG *Nordrhein-Westfalen* habe dem Geschäftsführer einer MVZ-Betreibergesellschaft, betrieben in der Rechtsform einer GmbH, diese Kompetenz abgesprochen (Beschluss v. 24.2.2016 – L 11 KA 58/15 B ER, GesR 2016, 381), solange eine satzungsrechtliche Norm die Unterzeichnung durch den ärztlichen Leiter vorsehe. Bestehe diese satzungsrechtliche Pflicht nicht, sei ein GmbH-Geschäftsführer nach § 35 GmbHG auch berechtigt, die Sammelerklärung zu unterschreiben, so *Niggehoff*. Den Risiken, die mit einem Ausfall des ärztlichen Leiters verbunden seien (gelte etwa für die Nachbenennung die Sechs-Monats-Frist des § 95 Abs. 6 S. 3 SGB V?) sollte durch die Einsetzung eines stellvertretenden ärztlichen Leiters begegnet werden.

Für die Zahl der in einem Zahnärzte-MVZ angestellten Ärzte fehle jegliche Regelung. *Niggehoff* berichtete aus der Praxis, dass zumindest eine KZV die Ansicht vertreten habe, es gälten die für Vertragszahnärzte getroffenen Regelungen (§§ 2 Abs. 2 lit. a BMV-Z, 5 Abs. 1 S. 2 EKV-Z) auch für MVZ. Dies bedeute nach §§ 4 Abs. 1 BMV-Z, 8 Abs. 3 BMV-Z, dass in einem Zahnärzte-MVZ maximal zwei Vollzeitangestellte tätig sein dürfen, eine Rechtsansicht, die der Referent als nicht nachvollziehbar bezeichnete. Derzeit werde über eine Novellierung und Vereinheitlichung der Bundesmantelverträge verhandelt.

Kritisch hinterfragte er auch die bisher herrschende Auffassung der KZVen, nach der nur ein Vorbereitungsassistent je Zahnärzte-MVZ beschäftigt werden könne (ebenso wie sonst pro Zahnarzt nur ein Vorbereitungsassistent genehmigt werde), was schon einige geplante Umwandlungen von Berufsausübungsgemeinschaften in MVZ gestoppt habe. Es deuteten sich erste sozialgerichtliche Auseinandersetzungen zu dieser Frage an.

Er wies die Teilnehmer dann auf eine Entscheidung des *SG Düsseldorf* vom 28.9.2016 – S 2 KA 1445/16 ER hin, nach der neben einer Vollzulassung eine Anstellung (im Umfang von 0,5) in einem MVZ nicht möglich sei. Das SG habe von der Begründung einer nicht vorgesehenen Rechtsposition gesprochen. Für diese Rechtsauffassung sprächen § 85 Abs. 4b S. 1 SGB V („Punktwertdegression“), der die Punktmenge „je Vertragszahnarzt“ und „je Kalenderjahr“ gewähre, der Umstand, dass derselbe Zahnarzt durch einen Statuswechsel auch nicht mittelbar weitere Freigrenzen generieren können solle sowie die Bestimmungen in § 5 Abs. 5 und 6 der Bedarfsplanungsrichtlinie-Zahnärzte, wonach im Falle einer gleichzeitigen Tätigkeit als zugelassener und angestellter Zahnarzt bei der Bemessung des Versorgungsgrades der Faktor 1,0 nicht überschritten werden dürfe und diese Regel auch für MVZ gelte. Auch das *BSG* (Urt. v. 16.12.2015 – B 6 KA 5/15 R) sehe neben einer vollen Zulassung keinen Raum für eine weitere Zulassung.

Zum Honorarwachstum bei einem MVZ zitierte der Referent aus einem Urteil des *Bayerischen LSG* (v. 16.12.2015 – L 12 KA 121/14; Revision anhängig unter B 6 KA 23/16 R). Ein MVZ gelte als „Aufbaupraxis“ mit der Möglichkeit eines gesteigerten Regelleistungsvolumens ab dem Zeitpunkt der MVZ-Zulassung, nicht erst ab dem Zulassungszeitpunkt des in ein MVZ eintretenden Arztes. Individuelle Bemessungsgrenzen bezeichnete er als im zahnärztlichen Bereich nicht mehr relevant, entscheidend sei zumeist die Fallzahl. In der „Degression“ zählten alle Angestellten, abhängig vom Beschäftigungsumfang.

Es sei umstritten, ob ein Zahnärzte-MVZ als „Zahnmedizinisches Versorgungszentrum“ firmieren könne. Zwar laute der gesetzliche Terminus auf „Medizinisches Versorgungszentrum“, die Bezeichnung als „Zahnmedizinisches Versorgungszentrum“ sei aber wohl zulässig.

Abschließend sensibilisierte der Referent die Zuhörer für die Problematik des gewerblichen Fremdlabors durch den Rechtsträger eines MVZ vor dem Hintergrund der §§ 299a ff. StGB. Nach § 16 Abs. 2 S. 1 EKV-Z bestätige der Vertragszahnarzt, dass die abgerechneten Leistungen persönlich erbracht worden seien und die Abrechnung sachlich richtig sei. Dazu gehöre auch, dass der Zahnarzt Rückvergütungen jeder Art weitergegeben habe. Dies sei aber tatsächlich häufig nicht der Fall, weshalb ein Anfangsverdacht für staatsanwaltschaftliche Ermittlungen nicht von der Hand zu weisen sei. Der Betrieb eines Eigenlabors durch ein MVZ sei zwar berufsrechtlich zulässig, da das MVZ durch die MBO-Z nicht erfasst werde; allerdings führe der Betrieb durch eine (MVZ-)GmbH als Rechtsträger per definitionem zu einer Gewerblichkeit.

Anschließend trug Herr Steuerberater Dipl.-Kfm. Dr. *Rolf Michels*, Laufenberg Michels und Partner, Köln **Aktuelles aus dem Steuerrecht** vor.

Unter dem Schlagwort „Vom Ende des Gewinnverzichtsmodells“ skizzierte er dessen Grundlagen und wies darauf hin, dass der BFH beim Gewinnverzichtsmodell keine unentgeltliche Anteilsübertragung annehme. Auch beim Gewinnverzicht entstehe nach § 16 Abs. 2 S. 1 EStG eine Kaufpreisforderung, weshalb beim Veräußerer ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft und beim Käufer ein entgeltliches Anschaffungsgeschäft vorliege (*BFH*, Ur. v. 27.10.2015 – VIII R 47/12, DStR 2016, 292). Offen bleibe die Frage, wann der Veräußerer den Gewinn zu versteuern habe. Dies müsse grundsätzlich sofort erfolgen, wenn die Höhe der Kaufpreisforderung zum Zeitpunkt der Übertragung des Mitunternehmeranteils bereits feststehe, aber noch der Zeitraum der Tilgung (wegen der Ungewissheit über die Gewinne der Gesellschaft) unbestimmt sei. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Sofortbesteuerung könne die Realisierung des Veräußerungsentgelts bei gewinnabhängigen Kaufpreisforderungen darstellen, die vom Veräußerer erst im Zuflusszeitpunkt erzielt werden.

Für die steuerliche Beratungspraxis bedeute dies, dass das Gewinnverzichtsmodell auf der Ebene des Veräußerers nur noch angewandt werden sollte, wenn der Veräußerer nicht weiß, welchen Kaufpreis er erhält und der Käufer nicht weiß, welchen Preis er zahlen soll. Auf der Ebene des Käufers bleibe es immer ein entgeltlicher Anschaffungsvorgang. Die Ungewissheit

mache es schwer, angemessene Abfindungsregelungen für den Fall des Ausscheidens des Käufers oder Verkäufers vor Ablauf der Gewinnverzichtphase zu finden. Aus dem Publikum wurde hierzu aus der Beratungspraxis berichtet, dass sich die Abfindung an der Höhe des bereits durch Verzicht „eingezahlten“ Betrages orientieren solle.

Anschließend referierte *Michels* über die Ausgestaltung der Mitgliedschaft bei ärztlichen Kostengemeinschaften. Die Kernfrage sei, wie die Mitgliedschaft ausgestaltet werden müsse, damit die Dienstleistungen der Kostengemeinschaft von einer Berufsausübungsgemeinschaft für deren Heilbehandlungsleistungen verwendet werden können und die Umsatzsteuerbefreiung erhalten bleibe. Rechtsgrundlage der Umsatzsteuerbefreiung sei § 4 Nr. 14 lit. d UStG. Steuerbefreit werden danach sonstige Leistungen von Gemeinschaften, deren Mitglieder ausschließlich Angehörige der in § 4 Nr. 14 lit. a UStG bezeichneten Berufe (insbesondere Ärzte) und/oder Einrichtungen im Sinne des § 4 Nr. 14 lit. b UStG seien. Es müsse sich aber um Leistungen an Mitglieder der Gemeinschaft handeln, Leistungen an Nicht-Mitglieder seien steuerpflichtig. *Michels* veranschaulichte die Problematik anhand folgendes Falles: Dres. A und B seien Gesellschafter der BAG A+B. Die BAG nutze die Ressourcen der Apparategemeinschaft, an der nicht die BAG, sondern nur deren Gesellschafter beteiligt seien. Das Finanzamt sei bei dieser Konstellation zu dem Ergebnis gekommen, dass die Leistungen der Apparategemeinschaft an die BAG der Umsatzsteuer unterlägen, da man bei Würdigung der Gesamtumstände nicht habe feststellen können, dass die BAG Gesellschafterin der Apparategemeinschaft gewesen sei. Umsatzsteuerbefreit nach § 4 Nr. 14 lit. d UStG seien aber nur Leistungen gegenüber den Mitgliedern der Kostengemeinschaft, d.h. hier die Gesellschafter (*FG Münster*, Urt. v. 19.5.2015 – 15 K 496/11 U, EFG 2016, 334; Revision anhängig unter V R 40/15). Bis zu einer Entscheidung des BFH empfahl *Michels* deshalb die Beteiligung sowohl der BAG, als auch der Gesellschafter an der Kostengemeinschaft. Er übte Kritik an der Entscheidung des FG, da nur Ärzte/Zahnärzte in Einzelpraxis alle Voraussetzungen nach dem Wortlaut der Norm erfüllen könnten. Ein Ausschluss von Berufsausübungsgemeinschaften von der Umsatzsteuerbefreiung dürfte aber klar unionsrechtswidrig und verfassungswidrig sein. Die Anwendbarkeit von § 4 Nr. 14 lit. d UStG müsse verfassungskonform über ihren Wortlaut hinaus ausgedehnt werden.

Abschließend griff *Michels* die bereits von *Ziegler* angesprochene Problematik des steuerrechtlichen Risikos bei „Scheingesellschaftern“ auf. Eine mitunternehmerische Beteiligung setze die Teilhabe am Erfolg bzw. den Gewinnchancen des Unternehmens zwingend voraus. Nur eine prozentuale Beteiligung am eigenen Honorarumsatz erfülle diese Voraussetzung nicht. Vielmehr gehe der BFH (Beschl. v. 3.3.2016 – VIII B 25/14, BeckRS 2016, 94683) bei einem nur umsatzabhängigen Vergütungsanspruch davon aus, der Arzt sei

nicht als Mitunternehmer, sondern als Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter anzusehen. Ist der (angenommene) Partner aber tatsächlich gar nicht Gesellschafter, sondern freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer, so hätten die Gesellschafter seine Tätigkeit überwachen müssen. Da dies aber aufgrund der Annahme der Partnerschaft nicht geschehen ist, liegen durch die Beschäftigung des Kollegen gewerbliche Einkünfte vor, die hier im Falle der BAG den Gesamtgewinn gewerblich besteuern. Dadurch drohe nachträglich eine doppelte Rentenversicherungspflicht (Mitgliedschaft im Versorgungswerk, gesetzliche Rentenversicherung). Ebenso könne ein Steuerschaden nicht ausgeschlossen werden, da ggf. die Höchstbeträge für die steuerlichen Sonderausgaben überschritten würden.

Neben das sozialversicherungsrechtliche Risiko trete das Honorarrisiko nach der Rechtsprechung des BSG. Voraussetzung für eine Kooperation in einer BAG sei, dass jeder Gesellschafter in „freier Praxis“ tätig werde. Dafür müsse der Gesellschafter über eine berufliche und persönliche Selbständigkeit verfügen. Dies erfordere das Mittragen des wirtschaftlichen Risikos und eine Beteiligung am Wert der Praxis; fehle es an beiden Merkmalen, werde die ärztliche Tätigkeit nicht in freier Praxis ausgeübt.

Herr Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht und Fachanwalt für Strafrecht Dr. *Alexander Dorn*, Dorn Medizinrecht, Mainz, nahm sich zum Abschluss des Tages des in der momentanen Beratungspraxis vorherrschenden Themas **„Kooperationen als Vorteil und Unrechtsvereinbarung im Sinne der §§ 299a/b StGB?“** an.

In Übereinstimmung mit dem Auditorium stellte *Dorn* eine große Verunsicherung der Ärzteschaft und der Beratenden im Zusammenhang mit §§ 299a ff. StGB fest. Die Verunsicherung sei durch den sehr weit gefassten Tatbestand ohne die Schaffung „sicherer Räume“ oder eine Geringfügigkeitsgrenze ebenso bedingt wie durch eine Gesetzesbegründung, die Anforderungen und Einschränkungen definiere, die sich im Gesetzestext nicht wiederfinden. Zudem sei die in der Öffentlichkeit geführte Debatte interessengesteuert und einseitig strafrechtlich besetzt, insbesondere bei der Frage der Angemessenheit der ärztlichen Vergütung. Er vermisse die medizinrechtliche Perspektive.

Der Referent stellte den Teilnehmern sodann seine Hauptthesen vor: Hauptzweck des Gesetzes der Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen sei die Verunsicherung der Marktteilnehmer. Durch die Diskussion um die angemessene Vergütung bezwecke man die Eindämmung der ärztlichen Verdienstmöglichkeiten. Dies treffe insbesondere die Ärzte, die sich durch Leistung, Einsatz und Kooperationsbereitschaft von den anderen Marktteilnehmern

abheben. Zukünftig erwarte er auch für den Bereich des Zulassungsrechts und der Kooperationen die „Herrschaft des Strafrechts“.

Soweit ärztliche Berufsausübungsgemeinschaften im Einklang mit dem Zivil- und Berufsrecht und den zulassungsrechtlichen Normen betrieben würden, drohe auch unter dem neuen § 299a StGB keine Gefahr, da weder der Wettbewerb beeinträchtigt werde, noch die Beteiligten unlauter handelten. Allerdings sollten die Motive der Zusammenarbeit dokumentiert und die geschlossenen Verträge auch gelebt werden.

Das Hauptaugenmerk der Ermittlungsbehörden werde aber auf Kooperationen mit anderen liegen. *Dorn* schilderte den Fall eines Operators, der eine Praxis mit angeschlossenen OP-Räumlichkeiten betreibt und diese zur besseren Auslastung anderen Operateuren gegen Entgelt vermiete. Sein Steuerberater habe ihm zur Vermeidung der Infektion seiner Einkünfte empfohlen, eine GmbH zu gründen, die die Räume sowohl an ihn als auch an andere vermiete. Hier sei davon auszugehen, dass der Behandlungsvertrag mit dem Operateur und nicht der GmbH zustande komme. Es sei also schon zweifelhaft, ob der Arzt überhaupt in Ausübung seines Berufs tätig werde. Auch sei die Rechtsform irrelevant, der sich der Operateur zur Vermietung bediene. Eine Strafbarkeit scheidet nach seiner Ansicht aus, da die Bevorzugung „einem anderen“ zu Gute kommen müsse.

Sobald allerdings Rabatte gewährt würden, lege eine solche Preisgestaltung einen Eingriff in den Wettbewerb nahe. Zudem müsse man in solchen Fällen auch von einem Verstoß gegen § 31 MBO und das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt ausgehen, wodurch wiederum eine Strafbarkeit nach § 299a StGB nahe liege. Immer dann, wenn durch Empfehlungen, Zuweisungen oder andere Formen der Zuführung von Patienten an Dritte ein neues Behandlungsverhältnis begründet werde, setze sich der Empfehlende jedenfalls dann strafrechtlichen Risiken aus, wenn er hierdurch profitiere.

Dorn kam dann auf die Kooperationen mit Krankenhäusern zu sprechen. Sei ein niedergelassener Arzt auch am Krankenhaus angestellt und operiere dort von ihm eingewiesene Patienten gegen eine prozentuale Beteiligung an der DRG, werde diese Kooperation in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der „angemessenen Vergütung“ diskutiert. Man gehe vor allem bei den Strafverfolgungsbehörden von einer verdeckten Zuweiserprämie aus, wenn das Entgelt nicht dem Wert der erbrachten Leistungen entspreche. *Dorn* berichtete von der Aussage eines Oberstaatsanwaltes, wonach das Entgelt dann noch angemessen sei, wenn es der Vergütung eines angestellten Facharztes entspreche. Dass für

diese Vergütung aber kein qualifizierter niedergelassener Arzt operiere, werde völlig außer Acht gelassen.

Der Referent kritisierte, dass der Bewertungsansatz der „unangemessenen Vergütung“ verkenne, dass auch eine Zuweisung gegen angemessenes Entgelt berufsrechtswidrig und damit unlauter in Sinne von § 299a StGB sei. Dies wiege umso schwerer, da an den Stellen, an denen in der Gesetzesbegründung auf eine „angemessene Vergütung“ abgestellt werde, das sog. „Konsiliararzt-Modell“ keine ausdrückliche Erwähnung finde. Auch für die Beeinträchtigung des Wettbewerbs sei es unerheblich, ob der Mitbewerber wegen eines angemessenen oder eines unangemessenen Entgelts benachteiligt werde. Alleine maßgeblich sei, ob tatsächlich im Einzelfall eine unlautere Wettbewerbsbeeinträchtigung angenommen werden könne. Er gab zu bedenken, dass sich häufig Patienten bei den niedergelassenen Ärzten vorstellten, denen bewusst sei, dass diese im Krankenhaus operieren und auch nur von diesen operiert werden wollen. Es fehle also schon an einer Zuführung. Ebenso könnten die Ärzte an mehreren Häusern operieren und die Patienten zuvor über Alternativen aufklären; auch dann fehle es seiner Ansicht an einem unlauteren Wettbewerbsverstoß. Das müsse umso mehr gelten, als dem Chefarzt, der in seiner Ambulanz die Indikation zur stationären Aufnahme stelle und später deswegen von einer Wahlleistungsvereinbarung profitiere, auch keine Wettbewerbsverletzung unterstellt werde. Letztlich sei die Höhe der vereinbarten Vergütung auch deshalb kein Indikator für eine „Unrechtsvereinbarung“, da nach der Ansicht des BGH bei Vereinbarungen zwischen Krankenhäusern und Ärzten die Parteien nicht an die GOÄ gebunden seien (Urt. v. 12.11.2009 – III ZR 110/09, BGHZ 183, 143 = ZMGR 2010, 37).

Ratsam sei es aber immer, den Entstehungsprozess und insbesondere die Motive der Beteiligten im Zusammenhang mit entsprechenden Kooperationsverträgen zu dokumentieren

Es schloss sich eine Diskussion mit Herrn Rechtsreferent *Peter Kalb*, Bayerischen Landesärztekammer, an. *Kalb* berichtete insbesondere von seinen Erfahrungen mit Kooperationsmodellen und schilderte eine steigende Zahl von Anfragen von Ärzten, die die Zulässigkeit von bestehenden Kooperationen überprüft wissen wollten. Er erkenne kein Problem der „Zuweisung“, wenn dem Patienten durch den operierenden Arzt sämtliche Alternativen aufgezeigt worden seien. Er begrüßte, dass nunmehr das ärztliche Berufsrecht mehr Bedeutung erfahre und erinnerte daran, dass das Schutzgut der Wettbewerb und nicht das Recht des Patienten sei. Er empfahl den Beteiligten, das Problembewusstsein der Ärzte zu schärfen, der Arzt müsse aber stets seine Entscheidungsfreiheit behalten.

Es gelte die Privatautonomie. Erhalte der Begünstigte für seine Vergütungszahlung einen entsprechenden Gegenwert, könne keine Unrechtsvereinbarung vorliegen. Trotzdem zeige die Praxis, dass insbesondere Klinikträger in letzter Zeit gehäuft Kooperationen kündigten, was die Bedenken der noch im Krankenhaus operierenden niedergelassenen Ärzte verstärke. Zum Abschluss der lebhaften und anregenden Diskussion über das Aufgreifkriterium der „angemessenen Vergütung“ riet *Kalb* zum Dialog mit Staatsanwälten und Strafrichtern. Der Gedankenaustausch sensibilisiere alle Beteiligten für die Argumente der Gegenseite und könne dazu beitragen, auch bei den Ermittlungsbehörden die medizinrechtliche Betrachtung in den Vordergrund zu rücken.

Die 13. Gemeinsame Sitzung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung wird am 10. November 2017 in Düsseldorf stattfinden. Am 11. November 2017 besteht die Gelegenheit zur Teilnahme am 8. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag.