

13. Tagung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung

Dr. Christian Maus

Die 13. Tagung der Mitglieder der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung unter der Leitung der Herren Rechtsanwälte und Fachanwälte für Medizinrecht Jörg Müssig, pwk & Partner, Dortmund, und Dr. Andreas Meschke, Möller und Partner, Düsseldorf, fand am 10. November 2017 zum ersten Mal in den Räumlichkeiten des Industrie-Clubs Düsseldorf statt.

Die Reihe der äußerst interessanten und praxisrelevanten Vorträge eröffnete Frau Rechtsanwältin Dr. *Katharina Wodarz*, Rechtsanwälte McDermott Will & Emery München, mit ihren Ausführungen über „**Die Verträge bei der Behandlung ausländischer Patienten**“.

Dr. *Wodarz* gab zunächst einen Überblick über die Entwicklung der seit dem Jahr 2011 stetig steigenden Zahl ambulant oder stationär in Deutschland behandelter ausländischer Patienten und deren Herkunftsländer. Im Rahmen ihres Vortrags wollte sie sich auf die Fälle konzentrieren, in denen sich ausländische Patienten freiwillig nach Deutschland begeben, um ärztlich behandelt zu werden. Für deutsche Krankenhäuser und Ärzte stelle die Behandlung ausländischer Patienten eine zusätzliche Einnahmequelle dar; ausländische Patienten kommen wiederum nach Deutschland, weil sie sich hier eine bessere Behandlungsqualität versprechen.

Im Wesentlichen seien folgende Rechtsbeziehungen zu unterscheiden: Der Behandlungsvertrag zwischen Patient und ärztlichem Leistungserbringer (Krankenhaus oder Praxis) und der Vermittlungsvertrag zwischen Vermittlungsagentur und Leistungserbringer und/oder Patient.

Für den deutschen Leistungserbringer stelle sich in der Praxis regelmäßig die Frage, wo ein säumiger Patient gerichtlich in Anspruch zu nehmen sei, welches Recht gelte, wie ein höheres Haftungsrisiko des Behandelnden (z.B. durch *punitive damages* bei der Behandlung von US-amerikanischen Patienten) ausgeschlossen werden könne und ob es zulässig sei, einer Agentur eine pauschale bzw. prozentuale Vergütung für die Vermittlung eines ausländischen Patienten zu zahlen.

Den ausländischen Patienten interessiere in erster Linie der Preis der Behandlung in Deutschland, welche Rechtsansprüche er im Falle eines Behandlungsfehlers habe und ob er darauf gründende Ansprüche auch in seinem Heimatland durchsetzen könne. Eine

Vermittlungsagentur wolle vor allem sicherstellen, nicht für etwaige Fehler des vermittelten Leistungserbringers zu haften.

Frau Dr. *Wodarz* legte dem Auditorium dann zunächst die unterschiedlichen Gerichtsstände des internationalen Privatrechts bei deliktischen bzw. vertraglichen Ansprüchen dar. Maßgeblich seien die Vorschriften der VO (EU) Nr. 1215/2012 („EuGVVO“), die eine Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich zulassen, wenn es sich nicht um einen Verbrauchervertrag handle und zwingendes Recht des Staates, aus dem der Patient stammt, der Rechtswahl nicht entgegensteht. Ein Verbrauchervertrag liege vor, wenn der Vertrag von einer Person zu einem Zweck geschlossen wurde, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit der Person zugeordnet werden könne und sich die Tätigkeit des Vertragspartners (Leistungserbringers, Reiseveranstalter) auf den Mitgliedsstaat des Verbrauchers "ausrichte". Die Marketingaktivitäten des Leistungserbringers (z.B. Bereitstellung von Werbematerial in arabischer Sprache o.ä.) seien vor diesem Hintergrund besonders sorgfältig abzuwägen.

Für das anwendbare materielle Recht gelte ebenfalls das Prinzip der Rechtswahlvereinbarung („Rom I“), auch hier allerdings wieder mit Einschränkungen bei Verbraucherverträgen.

Hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des Leistungserbringers werde die Frage unterschiedlich beantwortet, ob ein KHG-Krankenhaus seine Leistungen gegenüber dem ausländischen Patienten nach DRG abrechnen müsse (bejahend der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages), oder ob es die Höhe der Vergütung frei verhandeln könne. Privatkliniken seien grundsätzlich nicht an das KHEntG bzw. KHG gebunden, solange es sich nicht um sog. „Ausgründungen“ von Privatkliniken handle (*BGH*, Beschl. v. 21.04.2011 - III ZR 114/10).

Abschließend wurde insbesondere über die Patientenvermittlung an deutsche Leistungserbringer im Spannungsfeld der §§ 299a, b StGB und die mögliche Nichtigkeit von Verträgen zwischen Krankenhausträgern und Patientenvermittlern diskutiert, insbesondere, wenn der Vertrag vorsieht, dass die vom Krankenhaus an den Vermittler zu zahlende Provision vom Krankenhaus gegenüber dem Patienten abgerechnet wird (*LG Kiel*, Urt. v. 28.11.2011 - 8 O 28/11).

Danach referierte Frau Dr. *Berit Jaeger*, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht, Rechtsanwälte Ratajczak & Partner mbB Sindelfingen, über „**Rechtsprobleme bei der Beschäftigung von Weiterbildungsassistenten (ambulant und stationär)**“.

Sie richtete ihr Hauptaugenmerk auf die Flexibilisierungen im Vertragsarztrecht und deren (mögliche) Auswirkungen auf die Weiterbildung. Im Zusammenhang mit den in § 5 der Muster-Weiterbildungsordnung (M-WBO) normierten Voraussetzungen wies Frau Dr. *Jaeger* darauf hin, dass der weiterbildende Arzt die Weiterbildung ganztägig durchführen müsse und dafür eine Präsenzzeit von 38,5 Wochenstunden vonnöten sei: Auch wenn der Weiterbildungsassistent seine Weiterbildung grundsätzlich in Teilzeit durchführen könne, dürfe einem Arzt ohne vollen Versorgungsauftrag keine alleinige Weiterbildungsbefugnis erteilt werden; werde der Versorgungsauftrag nachträglich reduziert, müsse die Weiterbildungsbefugnis angepasst werden.

Werde eine Weiterbildungsbefugnis befristet, müsse dies beim Anstellungsvertrag des Weiterbildungsassistenten berücksichtigt werden. Da die Weiterbildungsbefugnis auf einen bzw. mehrere Ärzte in einer konkreten Einrichtung bezogen sei, werde bei einem Wechsel des zur Weiterbildung befugten Arztes auch eine neue Genehmigung erforderlich. Gleiches gelte bei einem Wechsel des Mit-Weiterbilders und einer Umstrukturierung der Praxis (etwa in ein Medizinisches Versorgungszentrum (MVZ)). Werde ein Weiterbilder in mehr als zwei Einrichtungen tätig, seien auch zwei Weiterbildungsbefugnisse erforderlich, die aber aufgrund des Vollzeitfordernisses durch andere Ärzte ergänzt werden müssten.

Frau Dr. *Jaeger* wies darauf hin, dass es differierende Ansichten der (Landes-)Ärzttekammern (ÄKen) zu Weiterbildungsbefugnissen in MVZ gebe. Anhand eines Beispiels, bei dem das MVZ Teil einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft (üBAG) war, innerhalb der üBAG eine halbe Zulassung und eine halbe Anstellung existierten und damit für den Weiterbilder eine Vollzeit-Weiterbildung grundsätzlich möglich wäre, beschrieb sie, dass etwa die ÄK Baden-Württemberg die Auffassung vertrete, dass ein MVZ immer gesondert zu bewerten sei und der betreffende Arzt keine alleinige Weiterbildungsbefugnis erhalten könne. Die ÄK Nordrhein behandle die Konstellation als zwei Teilzeittätigkeiten, bei denen ebenfalls keine alleinige Weiterbildungsbefugnis in Betracht komme. Die ÄK Westfalen-Lippe komme zu demselben Ergebnis, allerdings mit der Begründung, dass eine Weiterbildungsbefugnis in der Regel ohnehin nur für eine Weiterbildungsstätte erteilt werden könne.

Anschließend legte die Referentin die in § 6 M-WBO normierten Voraussetzungen für die Zulassung als Weiterbildungsstätte dar. Sie wies auf die Besonderheit hin, dass eine Belegabteilung keine Weiterbildungsstätte im Rahmen der ambulanten Weiterbildungsbefugnis des Arztes für seine Praxis sein könne, da es sich um eine stationäre Versorgungsmöglichkeit der Patienten handle. Bei Praxen mit mehreren Standorten benötige jeder Standort eine gesonderte Zulassung als Weiterbildungsstätte. Nach Ansicht der ÄK Baden-Württemberg müsse zudem jeder Standort so organisiert sein, dass der Weiterbildungsassistent entsprechend der Präsenzzeiten des/der Weiterbilder(s) an allen Tätigkeitsorten zum Einsatz komme. Die ÄK Westfalen-Lippe sei der Ansicht, dass von mehreren Standorten nur einer Weiterbildungsstätte sein könne. Bei einer Einzelpraxis mit Zweigpraxis sei nur der Hauptstandort Weiterbildungsstätte. Ebenso argumentiere die ÄK Nordrhein, allerdings mit der inoffiziellen Erweiterung, dass auch der Ort der Zweigpraxis als Weiterbildungsstätte genutzt werden könne.

Neben den Genehmigungen der ÄKen bedarf ein Praxisinhaber noch der Genehmigung seiner Kassenärztlichen Vereinigung (KV) nach § 32 Abs. 2 Ärzte-ZV zur Beschäftigung des Weiterbildungsassistenten. Werde ein Weiterbildungsassistent nach Abschluss der Weiterbildung bis zum Fachgespräch weiterbeschäftigt, unterfalle dieser Zeitraum zwar dem § 32 Abs. 2 Satz 3 Ärzte-ZV, aber dieses Arbeitsverhältnis unterfalle nicht dem Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung, so Frau Dr. *Jaeger* unter Verweis auf eine Entscheidung des BAG vom 14.06.2017 - 7 AZR 597/15. Im Rahmen der sich daran anschließenden Diskussion empfahl sie, eine Befristung für den Zeitraum zwischen Abschluss der Weiterbildung und dem Fachgespräch nach allgemeinen Grundsätzen zu vereinbaren und sich nicht am Gesetz über befristete Arbeitsverträge für Ärzte in der Weiterbildung zu orientieren, da Tätigkeiten, die nicht mehr der Weiterbildung dienen, nicht für eine entsprechende Befristung herangezogen werden können (BT-Drs. 13/8668).

Sodann beleuchtete Frau Dr. *Jaeger* die Weiterbildung in Teilzeit. Die europäische Richtlinie 2005/36 setze die Mindeststandards für die Anerkennung von Berufsqualifikationen u.a. der Ärzte. Es gelte zwar der Grundsatz der Vollzeitweiterbildung bis zum Facharzt, eine Teilzeitweiterbildung sei aber möglich, sofern die Gesamtdauer, das Niveau und die Qualität der Teilzeitweiterbildung nicht geringer seien. Diesen Grundsätzen entspreche § 4 Abs. 6 M-WBO, der zusätzlich vorschreibt, dass die Teilzeittätigkeit mindestens die Hälfte der wöchentlichen Arbeitszeit zu betragen hat. Daran orientiere sich auch die Genehmigungspraxis der ÄKen in Deutschland.

Zum Abschluss ihrer Ausführungen wies Frau Dr. *Jaeger* darauf hin, dass auf dem Deutschen Ärztetag 2018 die novellierte M-WBO verabschiedet werden solle, nachdem die Abstimmung der Fachgesellschaften pp. bereits seit 2010 andauere. Ziel der Novellierung sei insbesondere die Flexibilisierung und die Digitalisierung der Weiterbildung.

Während des anschließenden Erfahrungsaustauschs berichteten Teilnehmer von der Genehmigungspraxis der KV Berlin, die die Genehmigung eines Weiterbildungsassistenten versage, wenn die Praxis die 2 bis 2,5fache Patientenzahl des Fachgruppenschlittschnitts habe; nach Ansicht der KV Berlin müsse die Praxis zunächst ihre Patientenzahl reduzieren. Das SG Berlin vertrete hierzu die Auffassung, dass diese Verknüpfung nur zulässig sei, wenn eine Kausalität zwischen der Weiterbildungsbefugnis und der Größe der Praxis nachweisbar sei. Sodann wurde lebhaft über die Frage diskutiert, ob ein befristeter Arbeitsvertrag mit einem Weiterbildungsassistenten für den Zeitraum zwischen dem Abschluss der Weiterbildung und dem Fachgespräch nicht schon nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 2 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes möglich sei. Aus der anwaltlichen Beratungspraxis wurde zudem berichtet, dass eine Weiterbildungsbefugnis auch bei einem Versorgungsauftrag von 0,75 bewilligt wurde, da der Antragsteller auch noch privatärztlich tätig war.

Im Folgenden brachte Frau Rechtsanwältin, Fachanwältin für Medizinrecht Dr. *Juliane Netzer-Nawrocki*, Rechtsanwälte Möller und Partner, Düsseldorf, ihren Zuhörern „**Typische medizinrechtliche Datenschutzsachverhalte im ambulanten Bereich**“ näher.

Ausgangspunkt aller datenschutzrechtlichen Überlegungen im Medizinrecht sei die ärztliche Schweigepflicht (§ 203 StGB, § 9 Musterberufsordnung Ärzte (MBO-Ä)). Darauf gründeten auch die deutschen und europäischen Datenschutzregelungen wie etwa die Europäische Datenschutzgrundverordnung (EU-DSGVO, Inkrafttreten 25. Mai 2018), die EU-Grundrechtscharta, die Landesdatenschutzgesetze sowie zahlreiche Normen in den Sozialgesetzbüchern. Mit der EU-DSGVO trete das bisherige Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) außer Kraft, das durch eine Neufassung abgelöst werde. Frau Dr. *Netzer-Nawrocki* informierte das Auditorium davon, dass zum 9. November 2017 § 203 StGB um einen neuen Absatz 3 ergänzt worden ist, der insbesondere den praktischen Problemen der ärztlichen Schweigepflicht in einer Praxis im Hinblick auf das dort beschäftigte nichtärztliche Personal Rechnung trägt; es liegt nun kein strafbares Offenbaren vor, wenn Ärzte Geheimnisse den bei ihnen berufsmäßig tätigen Personen zugänglich machen.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen widmete sich die Referentin den Schwerpunkten ihres Vortrags und zunächst dem Schutz der Patientenkartei bei einem Praxisübergabevertrag und dabei dem Streitpunkt, ob die Patienten in die Nutzung ihrer persönlichen Daten durch den Übernehmer der Praxis ausdrücklich (schriftlich) oder „nur“ konkludent einwilligen müssen. § 4a Abs. 1 des BDSG a.F. verlange für ihre Wirksamkeit, dass die Einwilligung des Patienten auf seiner freien Entscheidung beruhe und der Schriftform bedürfe, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen sei. Art. 4 Nr. 11 EU-DSGVO sehe zusammen mit Art. 7 i.V.m. Erwägungsgrund 32 der EU-DSGVO vor, dass unter einer Einwilligung jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung zu verstehen sei, mit der die betroffene Person erkläre, mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden zu sein. Damit verzichte die EU-DSGVO grundsätzlich auf das Erfordernis der Schriftform. Der „Normalfall“ sei nun eine unmissverständliche Willenserklärung durch eine Äußerung oder eine sonstige eindeutig zustimmende Handlung des Patienten.

Frau Dr. *Netzer-Nawrocki* legte dar, dass nach ihrer Auffassung das bloße Erscheinen des Patienten beim Praxiserwerber mit Behandlungswunsch nicht für eine wirksame Einwilligung in die Nutzung der personenbezogenen Daten ausreiche, da regelmäßig der Patient nicht über die konkrete Nutzung seiner Daten informiert werde. Dem müsse seitens des behandelnden Arztes durch eine vorformulierte Mustererklärung begegnet werden, die der Patient vor der Behandlung unterschreiben solle. Auch riet sie dazu, in Praxisübergabeverträge den Passus aufzunehmen, dass der Erwerber erst dann Zugriff auf die „Alt-Kartei“ nehmen dürfe, wenn der Patient *nach konkreter Vorinformation unmissverständlich* in die Nutzung seiner personenbezogenen Daten eingewilligt habe.

Danach stellte Frau Dr. *Netzer-Nawrocki* die Besonderheiten des Patientendatenschutzes bei der Trennung einer Berufsausübungsgemeinschaft (BAG) unter besonderer Berücksichtigung der in der Praxis häufig anzutreffenden „Spiegelung“ der Festplatte, auf der sämtliche Patientendaten gespeichert sind, dar. Eine Spiegelung unterfalle nach ihrer Ansicht dem Begriff der „Verarbeitung“ im Sinne von Art. 4 Nr. 2 EU-DSGVO und erfordere deshalb nach Art. 6 und Art. 9 der EU-DSGVO sowie § 22 BDSG n.F. eine Einwilligung aller davon betroffenen Patienten. Beim Beitritt eines neuen Gesellschafters in eine BAG müsse in der Beitrittsvereinbarung sichergestellt werden, dass der Beitretende erst dann auf vorhandene Daten zugreifen kann, wenn eine nach konkreter Vorinformation unmissverständlich erklärte Einwilligung des jeweiligen Patienten vorliege.

Auch nach dem Tod des Praxisinhabers seien die Patientendaten zu schützen. Bei einer Praxisübergabe durch die Erben an einen Nachfolger gelten die Regelungen wie bei einem Praxisverkauf „unter Lebenden“. Wird die Praxis nicht übergeben, sondern eingestellt, sind die Erben für den Schutz und die ordnungsgemäße Aufbewahrung der Patientenkartei verantwortlich, wobei die Schweigepflicht sich dann auf die Erben erstreckt, § 203 Abs. 4 Nr. 3 StGB. Gibt es keine Erben, könne die Patientenkarte beispielsweise der zuständigen Ärztekammer zur Verwahrung übergeben werden.

Der nächste Vortragsschwerpunkt lag auf dem sog. „Outsourcing“, also der Übertragung von Aufgaben an Dritte, die datenschutzrechtlich eine sog. „Auftragsdatenverarbeitung“ (§ 11 BDSG a.F.) bzw. eine „Auftragsverarbeitung“ (Art. 28 EU-DSGVO) durchführen. Als Beispiel behandelte Frau Dr. *Netzer-Nawrocki* die Übernahme des Telefondienstes einer Arztpraxis durch ein Callcenter. Das sei auf Basis einer Datenschutzvereinbarung gemäß § 11 Abs. 2 BDSG a.F. möglich, der Arzt müsse sich aber stets vergewissern, ob die datenschutzrechtlichen Vorgaben durch den Auftragnehmer eingehalten würden; eine Einwilligung des Patienten sei nicht erforderlich. Strafrechtlich drohten durch die Anpassung des § 203 StGB keine Risiken mehr.

Danach wurde das Speichern von personenbezogenen Daten in der Cloud thematisiert. Die Kassenärztliche Bundesvereinigung hege zumindest gegen die Archivierung von „Alt-Daten“ in einer Cloud keine Bedenken und stelle im Übrigen folgende grundsätzliche Anforderungen an die Speicherung von Daten in einer Cloud: Verschlüsselte Datenübertragung zwischen Praxis und Dienstleister, wobei die Daten schon in der Praxis verschlüsselt werden müssen, strikte Datentrennung von anderen gespeicherten Informationen durch den Anbieter, Vertrauenswürdigkeit des Anbieters (geeignetes IT-Sicherheitsmanagement und Zertifizierung).

Abschließend wies Frau Dr. *Netzer-Nawrocki* auf die Wahrung datenschutzrechtlicher Belange bei der Organisation des Empfangsbereichs einer Arztpraxis hin (ausreichend Raum für Diskretion, Gespräche mit Patienten nur in gedämpfter Lautstärke) und gab einen Ausblick auf mögliche datenschutzrechtliche Implikationen bei der Nutzung sozialer Medien durch den Arzt oder die Zugriffsmöglichkeiten von Apps auf den Datenspeicher des vom Arzt genutzten Mobiltelefons.

Beim anschließenden Meinungsaustausch wurde u.a. die Datenschutzproblematik des Mandantenkontaktes via E-Mail bzw. mittels eines Kontaktformulars auf der Homepage des Arztes ebenso erörtert wie die Frage, ob eine Einwilligung eines Patienten in die Nutzung

seiner personenbezogenen Daten bei Eintritt eines Gesellschafters in eine BAG tatsächlich nötig ist.

Als nächster Referent verschaffte Herr Steuerberater Dipl.-Kfm. Dr. *Rolf Michels*, Laufenberg Michels und Partner, Köln, den Anwesenden einen Überblick über „**Neues aus dem Steuerrecht**“.

Steuerrechtlich stelle eine Vertragsarztpraxis ein einheitliches „Chancenpaket“ (immaterieller Praxiswert als Summe aus verschiedenen nicht messbaren Einzelbestandteilen) dar. Es finde keine Aufteilung in den immateriellen „Praxiswert“ einerseits und den „Vorteil aus der Vertragsarztzulassung“ andererseits statt. Einen steuerrechtlichen Sonderfall stelle der Erwerb der Vertragsarztzulassung dar, denn bei einer wirtschaftlichen Betrachtung könne sich im Rahmen einer Gesamtwürdigung der „Vorteil aus der Vertragsarztzulassung“ zu einem selbständigen, nicht abnutzbaren immateriellen Wirtschaftsgut konkretisieren mit der Folge, dass der gesamte Kaufpreis steuerlich nicht abschreibungsfähig ist. Solch ein Sonderfall könne z.B. auch im Falle eines Gesellschafterbeitritts mit Sitzverlegung und zeitnahe Ausscheiden ohne Tätigkeit in der Gesellschaft vorliegen, wenn das Interesse ausschließlich auf die Vertragsarztzulassung gerichtet war. Deshalb sei es für die Beraterpraxis von Bedeutung, Indizien zu schaffen, die auf die Übertragung nicht nur der Vertragsarztzulassung hindeuten, damit die Chance der Abschreibungsfähigkeit des immateriellen Werts auf die Dauer von sechs bis zehn Jahren gewahrt bleibe. Herr Dr. *Michels* erörterte dann ausführlich den Inhalt des Urteils des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 21. Februar 2017 - VIII R 24/16 -, nach dem der „Vorteil aus einer Vertragsarztzulassung“ Sonderbetriebsvermögen eines (Neu)Gesellschafters oder auch Gesamthandsvermögen der Mitunternehmerschaft sein könne, wobei für die Beurteilung u.a. entscheidend sei, wer den Kaufpreis zahle und wie sich die Verkaufsverhandlungen konkret gestaltet hätten.

Sodann klärte Herr Dr. *Michels* über die Ausgestaltung der Mitgliedschaft bei ärztlichen Organisationsgemeinschaften auf. Maßgeblich sei, wie die Mitgliedschaft an einer Kostengemeinschaft gestaltet werden müsse, damit die Dienstleistungen der Kostengemeinschaft von einer Berufsausübungsgemeinschaft (GbR/PartG) für deren Heilbehandlungsleistungen verwendet werden könnten 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. Umsatzsteuerbefreit nach § 4 Nr. 14 lit. d UStG seien 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). Aufgrund der Rechtsunsicherheit empfahl Herr Dr. *Michels* die Überprüfung der Verträge bzw. Mitgliedschaften bei Kostengemeinschaften im Falle der Einbindung von Berufsausübungsgemeinschaften. Es müsse geklärt werden, ob die BAG oder nur die Gesellschafter Mitglieder der Kostengemeinschaft seien. Aus Beratersicht müsse die Umstellung auf eine Mitgliedschaft der BAG in der Kostengemeinschaft das Ziel sein, wobei das Risiko der Abfärbung gewerblicher Beteiligungseinkünfte gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 2. Alt. EStG erkannt und vom Berater dem Arzt gegenüber transparent dargelegt werde müsse.

Im Anschluss an diesen Themenkomplex wandte sich Herr Dr. *Michels* den steuerrechtlichen Grundlagen der sog. „Realteilung“ und der Unterscheidung zur „Sachwertabfindung“ zu. Finanzverwaltung und BFH verträten unterschiedliche Ansichten, wann eine Realteilung und wann eine Sachwertabfindung vorlägen. Während eine Realteilung nach Auffassung der Finanzverwaltung durch den Tatbestand der Betriebsaufgabe auf Ebene der Mitunternehmerschaft gekennzeichnet sei, der bisherige Betrieb also aufgegeben werde, schieden bei der Sachwertabfindung Mitunternehmer aus der weiter existierenden Mitunternehmerschaft gegen Übernahme von Sachwerten aus. Dem BFH reiche es hingegen für die Annahme einer Realteilung, dass der (komplette) Mitunternehmeranteil gegen Mitnahme eines Teilbetriebs und Fortführung der bisherigen Mitunternehmerschaft durch die verbleibenden Mitunternehmer aufgegeben werde. Auch das komplette Ausscheiden gegen Übernahme einzelner Wirtschaftsgüter stelle nach dem BFH eine Realteilung dar. Bleibe der abgefundene Mitunternehmer hingegen weiterhin Gesellschafter (Teilabfindung), handele es sich um eine Sachwertabfindung.

Auf der Basis der neueren Rechtsprechung des BFH könne nun zwischen einer „echten“ und der „unechten“ Realteilung unterschieden werden. Erfolge die Betriebsaufgabe auf der Ebene der Mitunternehmerschaft, handele es sich nach Ansicht des BFH um eine „echte“ Realteilung. Scheide ein Mitunternehmer aus einer Mitunternehmerschaft unter Übernahme eines Teilbetriebs oder einzelner Wirtschaftsgüter in das jeweilige Betriebsvermögen des einzelnen Mitunternehmers unter Fortbestand der Mitunternehmerschaft aus, liege eine „unechte“ Realteilung vor. Dem Begriff der Sachwertabfindung können deshalb zukünftig nur noch das Ausscheiden unter Mitnahme von Wirtschaftsgütern, die danach privat genutzt werden oder die (Teil-)Abfindung mit Sachmitteln ohne vollständiges Ausscheiden des Abgefundenen unterfallen.

Herr Dr. *Michels* legte den Zuhörern dar, dass die Frage, ob die Übernahme von Verbindlichkeiten im Rahmen des Ausscheidens aus einer Mitunternehmerschaft im Falle der „unechten“ Realteilung zu einer (teilweisen) Gewinnrealisierung durch die Aufdeckung stiller Reserven führe, durch die Finanzverwaltung noch nicht abschließend entschieden sei, wobei der BFH eine Unschädlichkeit bei der Übernahme eines Teilbetriebs annehme. Ausführlich wurde dann das Urteil des BFH vom 16. Dezember 2015 - III R 49/13 - besprochen. Auch in diesem Zusammenhang (Übernahme liquider Mittel bei „unechter“ Realteilung) müsse die Reaktion der Finanzverwaltung abgewartet werden.

Danach waren die Folgen eines steuerrechtlichen Sperrfristverstoßes Gegenstand seiner Ausführungen. Scheide ein Gesellschafter aus einer BAG aus und könne im Sinne einer Abfindung einzelne Patienten und/oder Geräte der BAG in seine neue Einzelpraxis überführen, bedeute dies steuerlich auf der „Primärebene“, dass der ausscheidende Gesellschafter die Buchwerte der übernommenen Wirtschaftsgüter fortführe, also kein Veräußerungsgewinn bei den verbleibenden Gesellschaftern entstehe. Diese hätten auch keine Anschaffungskosten, die Buchwerte der BAG reduzierten sich entsprechend. Auf der „Sekundärebene“ löse die steuerneutrale Buchwertübertragung eine dreijährige Behaltfrist aus, die mit der Abgabe der Steuererklärung durch die BAG beginne. In der Ausscheidensvereinbarung müsse eine Regelung vereinbart werden für den Fall, dass eine der Vertragsparteien gegen die Behaltfrist verstoße; diese Partei habe die steuerlichen Folgen des Verstoßes zu tragen und die anderen entsprechend freizustellen. Die Veräußerung der Einzelpraxis binnen der Behaltfrist stelle einen solchen Verstoß dar. Rückwirkend auf den Ausscheidensstichtag würden nun die übertragenen Wirtschaftsgüter nicht mehr mit dem Buch- sondern dem Verkehrswert angesetzt. Noch nicht abschließend beantwortet sei aber die Frage, ob bei einem Sperrfristverstoß bei einer „unechten“ Realteilung durch schriftliche Vereinbarung die Gewinnrealisierung alleine dem schädlich verfügenden Realteiler zugerechnet werden könne. Bei einer „echten“ Realteilung sei dies nach Ansicht der Finanzverwaltung möglich.

Zudem müsse der Berater bei Realteilungen neben einem Spitzenausgleich auch stets einen Steuerausgleich im Auge behalten. Die Unklarheit über Besteuerungsfolgen insbesondere bei der Übernahme bzw. Auszahlung liquider Mittel mache aus Beratersicht entsprechende Auffang- bzw. Anpassungsklauseln erforderlich. Zu empfehlen sei auch eine Schlussbilanz mit Übergangsgewinnermittlung. Ungeklärt sei auch die Haltung der Finanzverwaltung zu einer Übertragung in das Gesamthandsvermögen einer anderen Mitunternehmerschaft.

Abschließend wies Herr Dr. *Michels* darauf hin, dass Ärzte zunehmend Gegenstand von Betriebsprüfungen seien und auch die Verstöße gegen Sperrfristen von der Finanzverwaltung immer mehr überwacht würden.

Als letzter Referent erläuterte Herr Rechtsanwalt Dr. *Grimm*, Rechtsanwälte Flick Glocke Schaumburg, Bonn, dem Auditorium die Problematik von „**Stolperfallen bei gesellschaftsvertraglichen Klauseln für ärztliche BGB-Gesellschaften**“ und legte den Fokus auf die Bereiche „Geschäftsführung und Vertretung“, „Gesellschafterbeschlüsse“, „Ausscheiden und Abfindung“, „Wettbewerbsverbot“ und „Schiedsklausel“.

Insbesondere Mustergesellschaftsverträge wie etwa der von der KVNO im Internet vorgehaltene wiesen häufig in allen Bereichen unklare Regelungen auf. Es müsse bei der Geschäftsführungsbefugnis sauber zwischen dem Außen- und Innenverhältnis unterschieden werden. Im Innenverhältnis liege die Geschäftsführungsbefugnis nach dem BGB zunächst bei allen Gesellschaftern. Dieser „unpraktische“ Zustand müsse im Gesellschaftsvertrag korrigiert werden. Denkbar sei eine Aufteilung der Geschäftsführungsbefugnisse nach Ressorts, auch der Ausschluss einzelner Gesellschafter von der Geschäftsführungsbefugnis sei möglich. Viele Gesellschaftsverträge krankten zudem an problematischen Formulierungen bei den „Zustimmungskatalogen“. Herr Dr. *Grimm* gab zu bedenken, dass es sinnvoll sein könne, eine Generalklausel zu formulieren, wonach bei außergewöhnlichen Geschäften die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich sei, um dann eine beispielhafte und nicht abschließende Aufzählung außergewöhnlicher Geschäfte anzuschließen. Auch solle das Widerspruchsrecht gemäß § 711 BGB vertraglich ausgeschlossen werden.

Die Außenvertretungsregelungen liefen zwar grundsätzlich parallel zu den Bestimmungen zur Geschäftsführungsbefugnis, zwingend sei dies jedoch nicht, so Herr Dr. *Grimm*. Wegen des Grundsatzes der „Selbstorganschaft“ müsse immer mindestens ein Gesellschafter geschäftsführungsbefugt sein, was aber eine umfassende Bevollmächtigung eines Dritten im Außenverhältnis (z.B. eines Praxismanagers) nicht ausschließe. Im ärztlichen Bereich bleibe aber immer zwingend jeder Gesellschafter einzeln geschäftsführungs- und vertretungsbefugt.

Im Zusammenhang mit Gesellschafterbeschlüssen stelle das Gesetz den Grundsatz der Einstimmigkeit auf, von dem aber durch Gesellschaftsvertrag abgewichen werden könne. Dabei bestehe eine weitgehende Gestaltungsfreiheit. So könnten nach Ansicht des BGH auch grundsätzlich bloße Mehrheitsentscheidungen als ausreichend vereinbart werden, dies müsse aber ausdrücklich gesellschaftsvertraglich verankert werden.

Nicht gesetzlich geregelt hingegen seien Einzelheiten zur Einberufung und Abhaltung von Gesellschafterversammlungen. Jeder Gesellschaftsvertrag müsse aber zur Rechtssicherheit Regelungen zum Einberufungsrecht, zur Form der Einberufung, zur Einberufungsfrist, zum Versammlungsort, zur Beschlussfähigkeit und zu den Teilnahmerechten enthalten. Bei großen Gesellschaften biete es sich an, das Einberufungsrecht an Quoren zu knüpfen. Bei der Form müsse zwischen Flexibilität und Rechtssicherheit abgewogen werden, die Textform solle als ausreichend vereinbart, die Ladungsmöglichkeit per E-Mail ausdrücklich erwähnt werden. Grundsätzlich sei eine Ladungsfrist von 14 Tagen ausreichend, die in Eilfällen verkürzt werden könne, was im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich geregelt werden solle.

Bei kleineren Gesellschaften sei anzuraten, eine Beschlussfähigkeit nur bei Anwesenheit oder Vertretung aller Gesellschafter anzunehmen, so Herr Dr. *Grimm*, auch wenn Gesellschafter grundsätzlich nur berechtigt sind, an einer Gesellschafterversammlung teilzunehmen, nicht aber verpflichtet. Regelungen zur Teilnahme externer Berater könnten getroffen werden, allerdings erweise sich die Teilnahme externer Berater der einzelnen Gesellschafter häufig als kontraproduktiv. Regele der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes, richte sich das Stimmgewicht nach Köpfen.

Die Vereinbarung einer Protokollierungspflicht erachtete Herr Dr. *Grimm* als sinnvoll, ebenso riet er, eine Ausschlussfrist für Beschlussmängelklagen vorzusehen. Zwar stelle eine Zustimmung zu einem Beschluss grundsätzlich keinen Anfechtungsverzicht dar, eine abweichende Regelung sei aber möglich.

Danach widmete sich Herr Dr. *Grimm* den „Stolperfallen“ bei gesellschaftsvertraglichen Regelungen im Hinblick auf das Ausscheiden und die Abfindung eines Gesellschafters. Das Recht zur ordentlichen Kündigung könne nur zeitweilig, nicht aber dauerhaft ausgeschlossen werden. Bei der Formulierung eines Katalogs zu den Gründen einer außerordentlichen Kündigung sei dafür Sorge zu tragen, dass ein solcher Katalog nicht abschließend formuliert werde. Auch ließen viele Gesellschaftsverträge die klare Unterscheidung zwischen Kündigung und Ausschließung vermissen. Bei einer außerordentlichen Kündigung scheidet der kündigende Gesellschafter aus, weil in der Person eines oder mehrerer der *anderen* Gesellschafter ein wichtiger Grund vorliege, während im Fall des Ausschlusses derjenige Gesellschafter ausscheidet, in dessen Person der wichtige Grund vorliegt. Adressat einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung durch einen Gesellschafter sei die Gesellschaft. Es könne aber vertraglich geregelt werden, dass ein Gesellschafter als Empfangsberechtigter bestimmt werde. Herr Dr. *Grimm* fasste sodann die Vor- und Nachteile der Anschlusskündigung zusammen. Durch die Anschlusskündigung könne ein „Windhundrennen“ vermieden werden, auch könne das Recht zur Anschlusskündigung für

andere Ausscheidensfälle als eine Kündigung sinnvoll vereinbart werden, etwa wenn ein Hauptgesellschafter ausscheide, dem ein hoher Abfindungsanspruch zustehe.

Der Ausscheidende habe grundsätzlich einen Abfindungsanspruch in Höhe des vollen Verkehrswertes seines Gesellschaftsanteils. Herr Dr. *Grimm* warnte davor, den Abfindungsanspruch gesellschaftsvertraglich über Gebühr zu beschränken, da dann die Nichtigkeit der gesamten Abfindungsklausel drohe. Sog. Buchwertklauseln seien zwar grundsätzlich wirksam; weiche aber der Buchwert zu stark vom Verkehrswert ab, drohe die nachträgliche Unwirksamkeit der Klausel. Anerkannt sei die Wertberechnung nach dem Ertragswertverfahren (auch vereinfacht oder modifiziert), ebenso könnten Abschläge vereinbart werden, die bei „bad leavern“ bis zu 50 % betragen könnten. Für Abfindungszahlungen könnten auch Raten vorgesehen werden, wobei hinsichtlich der Länge der Ratenzahlungsvereinbarung Vorsicht geboten sei, da bei überlanger Laufzeit eine unzulässige Beschränkung des Abfindungsrechts vorläge. Laufzeiten mit bis zu fünf Jahren und entsprechender Begründung erachtete Herr Dr. *Grimm* als möglich.

Im Zusammenhang mit Wettbewerbsverboten wies Herr Dr. *Grimm* darauf hin, dass diese immer einer sachlichen Rechtfertigung bedürften, anderenfalls sie unwirksam seien. Auch sei es wichtig, klar zu regeln, dass ein Wettbewerbsverbot am besten direkt mit dem Ausscheiden Wirkung entfalte und nicht erst mit der Zahlung der Abfindung für den Goodwill. Dies sei umso bedeutsamer, als nicht selten zwischen dem Ausscheiden und der vollständigen Abfindungszahlung eine längere Zeitspanne liege. Verstöße gegen ein Wettbewerbsverbot seien klar und streng zu sanktionieren. So riet er dazu, bei einem Verstoß nicht nur den Abfindungsanspruch auf den Goodwill entfallen zu lassen, sondern gleichzeitig mit einer Vertragsstrafe zu verbinden, um eine „Wahlmöglichkeit“ des Verstoßenden zu verhindern.

Zu guter Letzt warf der Referent einen kritischen Blick auf die in Gesellschaftsverträgen häufig anzutreffenden Schiedsklauseln. Die vermeintlichen Vorteile (Qualifikation der Schiedsrichter, Beschleunigung, Nichtöffentlichkeit) kämen in der Praxis kaum zum Tragen. Deshalb sollten Schiedsklauseln nicht standardmäßig, sondern nur bei konkretem Bedarf im Einzelfall vorgesehen werden.

Die 14. Gemeinsame Sitzung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung wird am 9. November 2018 in Düsseldorf stattfinden. Am 10. November 2018 besteht die Gelegenheit zur Teilnahme am 9. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag.