

Dokumenttyp:	Sonstiges
Quelle:	
	Deutscher Anwaltverlag, Bonn
Fundstelle:	ZMGR 2019, 113-118
Zitiervorschlag:	ZMGR 2019, 113-118

14. Tagung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung

Dr. Christian Maus, Düsseldorf1

Nach dem „Ausflug“ in den Industrie-Club Düsseldorf anlässlich der 13. Tagung fand die 14. Zusammenkunft 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, am 9.11.2018 erneut in einem Düsseldorfer Hotel statt, in dessen Tagungsraum die Anwesenden in den Genuss von fünf lebhaften und lehrreichen Vorträgen kamen.

Den Reigen eröffnete Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht *Dr. Horst Bonvie*, Großhansdorf, der über „**Die gemeinsame sektorenübergreifende Clearingstelle - Rechtskonformität im Spiegel des Ärztlichen Berufsrechts**“ insbesondere unter Berücksichtigung der Verfahrensgarantien, Risiken und Möglichkeiten referierte.

Die Geschichte der Clearingstellen begann mit den Gemeinsamen Empfehlungen der BÄK, KBV und DKG vom 15.10.2009, also zu einem Zeitpunkt, als bei der Beurteilung etwa der Zulässigkeit ärztlicher Kooperationen die berufsrechtlichen Normen und nicht das Strafrecht im Fokus standen. Seit Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB sei das Verfahren bei der Clearingstelle wieder zunehmend in das Bewusstsein kooperierender Ärzte gerückt, vor allem weil man sich von einer Unbedenklichkeitsbescheinigung einen „Persilschein“ für staatsanwaltschaftliche Ermittlungen erhoffe, schilderte Herr *Dr. Bonvie*.

Nach den Gemeinsamen Empfehlungen basiere das Verfahren auf der Prämisse, dass allen Zahlungen gleichwertige ärztliche Leistungen gegenüberstehen müssen und vertragliche Absprachen zur Kooperation zwischen Ärzten und Krankenhäusern keinesfalls zu einer Doppelabrechnung im Verhältnis zu Krankenhäusern und zu Kassenärztlichen Vereinigungen führen dürfen. Empfohlen wurde, so Herr *Dr. Bonvie*, eine Umsetzung auf Länderebene durch vertragliche Absprachen zwischen LÄK, LKHG, LKV, wobei eine Besetzung der Clearingstelle mit einem Mitglied aus LÄK, LKHG, LKV erfolgen solle. Ein Prüfauftrag sollte nach den Empfehlungen durch eine der beteiligten Organisationen bei Anrufung durch ein Mitglied dieser Organisation oder durch Anrufung aller Kooperationspartner gemeinsam erteilt werden können. Prüfungsgegenstand sollten Absprachen und Verträge (auch bereits abgeschlossene) niedergelassener Ärzte und Krankenhäuser sein, wobei die Absprachen und Verträge auf ihre berufsrechtliche, vertragsarztrechtliche, krankenhausrrechtliche und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin zu beurteilen sein sollten. Das Prüfungsverfahren im Einzelnen sollte durch Vereinbarungen auf Länderebene festgelegt werden. Die Empfehlungen sahen weiterhin eine von Herrn *Dr. Bonvie* im Hinblick auf ihre Zulässigkeit kritisch eingeschätzte gemeinsame rechtliche Beurteilung vor, die mit

den wesentlichen Gründen, ggfs. auch Bedenken und Vorbehalten einzelner Vertreter, zu versehen sei und nur einvernehmlich und anonymisiert veröffentlicht werden dürfe. Es sei, so Herr *Dr. Bonvie*, aber nicht unproblematisch, wenn eine juristische Person des Öffentlichen Rechts Rechtsberatung durchführe. Ungeklärt seien desweiteren rechtsstaatliche Verfahrensfragen: Kann eine mündliche Verhandlung erzwungen werden? Welcher Rechtsweg ist gegen Entscheidungen der Clearingstelle eröffnet?

Ungeachtet dieser nach wie vor einer Klärung harrenden Rechtsfragen sind nach den Schilderungen des Referenten die Empfehlungen durch vertragliche Vereinbarungen auf Landesebene in verschiedenen Bundesländern umgesetzt worden, exemplarisch beleuchtet wurden Bayern, Hessen und Schleswig-Holstein. In Bayern etwa überprüfe die Clearingstelle Kooperationen zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten auf ihre Rechtskonformität und zwar nicht nur bezogen auf das ärztliche Berufsrecht, das SGB V und den Bundesmantelvertrag, sondern auch auf andere gesetzliche und untergesetzliche Normen und bediene damit einen viel weiteren Prüfauftrag, als in den Empfehlungen vorgesehen. Die Geschäftsordnung der Clearingstelle Hessen hingegen zielt ganz auf eine „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ ab, da sie vorsehe, den Mitgliedern angesichts der in §§ 299a ff. Strafgesetzbuch geregelten Straftatbestände der Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen eine Hilfestellung zu geben, indem Entwürfe von (Kooperations-) Verträgen unter berufs-, vertrags- und krankenhausrechtlichen Gesichtspunkten geprüft werden, führte Herr *Dr. Bonvie* aus.

Als nächstes Rechtsproblem im Zusammenhang mit den Clearingstellen behandelte Herr *Dr. Bonvie* die Rechtsgrundlage ihrer Errichtung. Sozialrechtliche Normen wie §§ 81a, 197a SGB V könnten mangels Einbindung der Staatsanwaltschaften nicht herangezogen werden. Auch § 24 der MBO-Ä sowie § 54 VwVfG schieden ebenso

- 113 -

ZMGR 2019, 113-118

- 114 -

wie der exemplarisch für NRW beleuchtete § 6 Abs. HeilberG NRW aus, sodass nach Auffassung von Herrn *Dr. Bonvie*, der aus der Zuhörerschaft beigeprüft wurde, eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Errichtung der Clearingstelle fehle. Damit könne mangels gesetzlicher Grundlage für die Clearingstelle seitens des betreuenden Anwalts nur die Vorlage der Verträge an die Ärztekammer gemäß des bereits erwähnten § 24 MBO-Ä erfolgen. Das führte aber in einem vom Referenten aus seiner anwaltlichen Praxis geschilderten Fall dazu, dass die Ärztekammer die Anfrage von Amts wegen an die Clearingstelle abgab, wozu aber die Ärztekammer mangels Verweisungskompetenz nicht berechtigt war. Denn ausschließlich der Antragsteller bestimme die Art des Verfahrens: Entweder entscheide er sich für eine berufsrechtliche Prüfung, die der Ärztekammer obliege, oder er wähle die umfassendere Prüfung durch die Clearingstelle, die er dann aber direkt anrufen könne, so Herr *Dr. Bonvie*.

Die spiegelbildlich auftretende Frage, ob die Clearingstelle berechtigt sei, das Verfahren von Amts wegen an die Ärztekammer abzugeben bzw. die Ärztekammer von berufsrechtlichen Verstößen, festgestellt im Clearing-Verfahren, zu informieren, sei anhand der Befugnisse der Clearingstelle in ihrer jeweiligen Geschäftsordnung oder der zugrundeliegenden Vereinbarung zu beantworten. In Bayern sei diese Möglichkeit uneingeschränkt zu bejahen, da § 7 Abs. 2 der dortigen Vereinbarung vorsehe, dass bei bereits abgeschlossenen Verträgen eine Datenweitergabe des jeweiligen Vertreters der Clearingstelle an seine Organisation zum Zweck der Durchführung aufsichtsrechtlicher Schritte möglich sei und nicht dem Gebot der Geheimhaltung des Verfahrensinhalts gegenüber Dritten zuwiderlaufe. In Hessen hingegen sehe die Geschäftsordnung keine Ausnahme vom Verschwiegenheitsgebot vor, eine

Weitergabe von Erkenntnissen an die Ärztekammer von Amts wegen sei deshalb unzulässig. Danach stellte Herr *Dr. Bonvie* die Verfahrensgarantien im Falle der Einschaltung der Clearingstelle und im berufsrechtlichen Verfahren gegenüber und vertrat die Auffassung, dass nicht von einer Legitimation des Clearingstellenverfahrens durch ihre Verfahrensordnung selber ausgegangen werden könne, da die Verfahrensgarantien nicht ausreichend seien. So würden beispielsweise Beschlüsse der Clearingstelle im mündlichen Verfahren oder gar nur im Rahmen einer Telefonkonferenz bzw. mit Einverständnis aller Mitglieder der Clearingstelle im schriftlichen Umlaufverfahren getroffen, während das berufsgerichtliche Verfahren ein schriftliches Vorverfahren, ggfs. mit mündlicher Anhörung durch Mitarbeiter der Ärztekammer ebenso vorsehe, wie einen Beschluss durch das Kollegialorgan „Vorstand“ in nicht öffentlicher Sitzung. Zudem gebe es gegen die nicht in Bestandskraft erwachsenden Beschlüsse der Clearingstelle kein Rechtsmittel, während das berufsrechtliche Verfahren weitere rechtsstaatliche Garantien wie Widerspruch und Klage bereithalte. Zu bedenken gab der Vortragende ebenfalls, dass die Ärztekammer auch dann nicht an die Entscheidung der Clearingstelle gebunden sei, wenn sie an der Entscheidungsfindung mitgewirkt habe.

Dies führte unmittelbar zu der für zahlreiche Zuhörer praxisrelevanten Frage, ob das Votum der Clearingstelle als Instrument zur Begründung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums bei dem kooperierenden Arzt genutzt werden könne. Diese Chance wurde vom Dozenten als gering eingeschätzt, zu viele Bedingungen müssten dafür erfüllt sein. Es schloss sich ein angeregter Gedankenaustausch über die Thesen Herrn *Dr. Bonvies* an, in dem auch Praxiserfahrungen ausgetauscht und Ratschläge weitergegeben wurden. So könne beispielsweise eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Clearingstelle prophylaktisch auf der Website des Arztes veröffentlicht und müsse damit nicht erst im Rahmen einer Durchsuchung durch die Ermittlungsbehörden in das Verfahren eingeführt werden.

Im Anschluss referierte Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht *Dr. Stephan Rau*, McDermott Will & Emery, München, über „**Die Vertragsgestaltung in der MVZ-GmbH - unter besonderer Berücksichtigung des Freiberufler-MVZ**“. Unter Darlegung der Historie des MVZ schärfte Herr *Dr. Rau* zunächst die Wahrnehmung seiner Zuhörer für die maßgeblichen Begrifflichkeiten der Freiberuflichkeit als einem dem Handelsrecht entstammenden Terminus und dem „Freiberufler-MVZ“, in dem zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassene Ärzte als Gesellschafter und Leistungserbringer tätig sind. Dieses Verständnis sei durch die Entscheidung des BSG2 in Frage gestellt worden. In dieser Entscheidung wurde einer klagenden GmbH die Zulassung als MVZ versagt. Gesellschafter waren zu je 50% zwei Brüder, von denen der eine als Vertragsarzt an der vertragsärztlichen Versorgung teilnahm und diese Tätigkeit auf Grundlage eines „freien Dienstvertrages“ künftig im MVZ der Klägerin ausüben wollte. Der andere Bruder war Hilfsmittelerbringer und (der in diesem Fall anwendbaren Fassung des § 95 SGB V gemäß) MVZ-gründungsberechtigt. Er sollte alleiniger Geschäftsführer der GmbH sein. Die Mutter der beiden Gesellschafter (Zahnärztin), die nicht Gesellschafterin war, sollte, auch im Rahmen eines „freien Dienstvertrages“, zahnärztlich für das MVZ tätig werden. Weitere Ärzte oder Zahnärzte sollten im MVZ nicht tätig werden. Die zahnärztliche Leitung des MVZ sollte von der Mutter, die vertragsärztliche Leitung vom Sohn ausgeübt werden, wobei beide ihrem „freien Dienstvertrag zufolge“ der jeweiligen ärztlichen Leitung, d.h. sich selbst, unterstanden.

Obgleich es somit durchaus überraschende Sachverhaltsaspekte gab, die die Zulassungsfähigkeit des MVZ zumindest in Frage gestellt hätten, versagte das BSG die Zulassung unter Verweis auf die Rechtsgedanken von §23a MBO-Ä, d.h. einer Regelung, die nach Einführung des MVZ im SGB V in die MBO-Ä aufgenommen worden war und eine - in der Rechtspraxis bislang vollkommen irrelevante - sog. „Ärztegesellschaft“ in der Rechtsform einer GmbH als arztrechtliches Rechtsinstitut geschaffen hatte und an deren „Zulässigkeit“ besondere Anforderungen stellte. Danach sollten Ärzte verpflichtend die Mehrheit der Gesellschafter der sog. „Ärztegesellschaft“ bilden und ihnen müsse auch die Geschäftsführung obliegen. Beide Voraussetzungen enthalten die Regelungen des SGB V für MVZ be-

kanntlich nicht. Das BSG stellte fest, dass diese Voraussetzungen nun – zumindest teilweise – anzuwenden seien, um festzustellen, ob Ärzte als Vertragsärzte Gesellschafter einer MVZ-GmbH sein dürfen, wobei das BSG es ausdrücklich offenließ, ob alle Voraussetzungen der sog. Ärztesgesellschaft auf MVZ-GmbHs angewendet werden müssten, deren Gesellschafterkreis auch Vertragsärzte umfasst.

- 114 -

ZMGR 2019, 113-118

- 115 -

Herr *Dr. Rau* legte dar, dass es bedenklich sei, dass das BSG Anhaltspunkte für die Ausgestaltung der inneren Struktur einer Gesellschaft zur Wahrung eines Mindestmaßes an Selbständigkeit der im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses tätigen Ärzte in § 23a MBO-Ä erkannte. Mit gewichtigen Stimmen sei von einer Verfassungswidrigkeit dieser Regelung auszugehen, da die gesellschaftsrechtliche Struktur für MVZ-Trägergesellschaften in § 95 SGB V vom Bundesgesetzgeber umfassend geregelt worden sei und keinen Raum für landesrechtliche Zusatzbedingungen ließ. Folgerichtig sei § 23a MBO-Ä die Berufsordnungen für Ärzte einiger Länder auch nicht aufgenommen worden. Herr *Dr. Rau* erörterte anschließend einen Beispielsfall nebst Reaktion der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung: Eine Praxis sollte als zugelassenes MVZ durch eine GmbH betrieben werden, bei der die Klinik GmbH als Mehrheitsgesellschafterin der MVZ-GmbH vorgesehen war, wobei Gesellschafter der Klinik GmbH ebenfalls mehrheitlich in der Praxis tätige Ärzte waren. Alle ärztlichen Gesellschafter wollten ihre bisherige Tätigkeit als Vertragsärzte in der Praxis nach deren Zulassung als MVZ in gewohnter Weise fortsetzen. Dennoch verweigerte die KV dem „Freiberufler“-Krankenhaus-MVZ die Genehmigung, weil die Selbständigkeit der im MVZ tätigen Vertragsärzte nicht gewährleistet sei und sie keinen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben könnten. Diese Begründung überzeuge nicht, führte Herr *Dr. Rau* aus. Auch in einer Berufsausübungsgemeinschaft mehrerer Gesellschafter sei ein maßgeblicher Einfluss jedes einzelnen Gesellschafters bereits mathematisch ausgeschlossen.

Beim anschließenden Meinungsaustausch wurde kontrovers über die Frage diskutiert, ob eine Umsetzung des § 23a MBO-Ä in den Berufsordnungen der Länder Einfluss auf die Gestaltungsmöglichkeiten bei Freiberufler-MVZ habe. Ebenso lebhaft tauschten das Auditorium und der Referent ihre Auffassungen zu der Möglichkeit der „Einlageleistung“ eines Arztes in einer GmbH durch seine ärztliche Tätigkeit aus. Sei der Arzt nur für eine MVZ-GmbH tätig, bestünde nach Ansicht von Herrn *Dr. Rau* die Gefahr einer Scheinselbständigkeit. Ebenso warnte er davor, dass ein Vertragsarzt, der mit einer GmbH mehrere MVZ betreibe und beabsichtige, seine Praxis, in der er vertragsärztlich tätig sei, in das MVZ zu überführen, um dort als Angestellter zu arbeiten, seine Gründereigenschaft für die anderen MVZ verliere.

Als dritter Vortragender stieg Herr *Peter Kalb*, Rechtsreferent der Bayerischen Landesärztekammer, in den Ring und nahm seine Zuhörer auf einen lebendigen und äußerst kurzweiligen „Streifzug“ durch das Thema „**Telemedizin und Recht**“ mit. Rechtliche Ausgangspunkte des „Streifzugs“ waren § 7 Abs. 4 MBO-Ä (a.F.), wonach Behandlungen nicht ausschließlich über Print- und Kommunikationsmedien durchgeführt werden durften und auch bei telemedizinischen Verfahren ein unmittelbarer Arzt-Patienten-Kontakt zu gewährleisten war, Art. 3 RL 2011/24/EU, der bestimmt, dass bei telemedizinischen Leistungen die Gesundheitsversorgung als in dem Mitgliedstaat erbracht gilt, in dem der Gesundheitsdienstleister ansässig ist und § 48 Abs. 1 Satz 2 und 3 AMG, der grundsätzlich eine Abgabe von Arzneimitteln ohne direkten Kontakt zwischen Arzt und Patient untersagt, in begründeten Ausnahmefäl-

len, insbesondere, wenn der Patient dem Arzt aus einem vorangegangenen direkten Kontakt hinreichend bekannt ist und es sich lediglich um die Wiederholung oder die Fortsetzung der Behandlung handelt, aber gestattet. In Österreich reiche für die Bejahung eines unmittelbaren Kontaktes zwischen Patient und verordnendem Arzt auch ein Telefonat aus, berichtete Herr *Kalb* den von dieser Auffassung überraschten Anwesenden. Im Gegensatz dazu stünde § 7 Abs. 4 MBO-Ä in der Fassung des 121. Deutschen Ärztetages 2018, der eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien nur im Einzelfall erlaube, wenn dies ärztlich vertretbar sei und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt und der Patient über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt werde. Zu dieser zusätzlichen Aufklärungspflicht und einer damit eventuell verbundenen Prämienerrhöhung wegen der Risikoerhöhung gebe es bisher noch keine Rückmeldung der ärztlichen Berufshaftpflichtversicherer, so Herr *Kalb*.

Er setzte seinen Vortrag mit der Betrachtung der Umsetzung von § 7 Abs. 4 MBO-Ä in der Fassung des letzten Ärztetages in den Berufsordnungen der Ärztekammern fort. Herr *Kalb* wusste davon zu berichten, dass bisher die Ärztekammer Bremen, die Landesärztekammer Rheinland-Pfalz, die Sächsische Landesärztekammer und die Ärztekammer Schleswig-Holstein einer Änderung ihrer jeweiligen Berufsordnung, wenn auch zum Teil mit Abweichungen, zugestimmt haben. Abgelehnt habe die Landesärztekammer Brandenburg, während die überwiegende Zahl der verbleibenden Kammerversammlungen die Umsetzung bereits beschlossen hätte, diese aber noch nicht abschließend genehmigt sei. Die Bundesärztekammer habe mittlerweile die Einrichtung einer Projektgruppe angekündigt, die sich der Beantwortung der zahlreichen offenen Fragen wie beispielsweise Organisation, Umsetzung und rechtlichen Rahmenbedingungen widmen werde. Konkret werde es u.a. um die Problemfelder der Einbindung einer Fernbehandlung in bestehende Versorgungsstrukturen, das Diskriminierungsverbot bei Fernbehandlungen, die Abrechnung/Vergütung derselben und ggf. die Erarbeitung von Beispielen für eine Einbindung in das Versorgungssystem und eine mögliche ausschließliche Fernbehandlung gehen, erklärte Herr *Kalb* und wies daraufhin, dass er eine Beschleunigung der Abläufe durch die Telemedizin bezweifle und es beispielsweise für die aktuell lebhaft diskutierten E-Rezepte in den Apotheken an einer landesweiten Infrastruktur fehle. Er gab zudem zu bedenken, dass letzten Umfragen zufolge nur 27 % der Bevölkerung auch tatsächlich eine reine „Online-Sprechstunde“ annehmen würden, auch wenn die Befragten Vorteile im Vergleich zur herkömmlichen Sprechstunde wie Zugang zu räumlich weit entfernten Ärzten, Wegfall der Wartezeit in der Praxis, keine Ansteckungsgefahr und Ersparnisse bei Zeit und Kosten für die Anfahrt erkannten. Als Nachteile wurden die Sorge vor einer steigenden Zahl an Fehlbehandlungen, der Missbrauch sensibler Patientendaten und Einbußen für das Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt genannt.

Zum Ende seiner Ausführungen fasste der Vortragende den noch bestehenden umfangreichen Regelungsbedarf im Zusammenhang mit der Telemedizin und dem Ort der Leistungserbringung, den ärztlichen Verschreibungen von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, den ärztlichen Attesten, den Empfehlungen oder Befugnisnormen zur Dokumentation, den haftungsrechtlichen Konsequenzen (weitergehende Aufklärungspflicht, Deckungsumfang der bisherigen Versi

- 115 -

ZMGR 2019, 113-118

- 116 -

cherungsverträge) und den datenschutzrechtlichen Bestimmungen der DS-GVO zusammen.

Die anschließende Diskussion kreiste in erster Linie um adäquate Abrechnungstatbestände für die Telemedizin in der GOÄ, wobei die Auffassung vertreten wurde, dass unter den Begriff „fernmündlich“ auch telemedizinische Leistungen des Arztes subsumiert werden könnten.

Mit seinem beinahe schon als „traditionell“ zu bezeichnenden Beitrag **„Neues aus dem Steuerrecht“** brachte Herr Steuerberater Dipl.-Kfm. *Dr. Rolf Michels*, Laufenberg Michels und Partner, Köln, die Anwesenden auf den aktuellen Stand der für Ärzte und deren Berater steuerrechtlich relevanten Entscheidungen. Er begann mit den gewerbesteuerlichen Risiken bei der Anstellung von Ärzten. Das Gewerbesteuerisiko als „Finanzierungsbedarf von morgen“ dürfe nicht unterschätzt werden, erläuterte Herr *Dr. Michels* unter Bezugnahme auf zwei anschauliche Berechnungsmodelle. Insbesondere müsse jedem Berater die Trias aus der Gewerbesteuer als solcher, ihren Auswirkungen auf die Einkommensteuer des anstellenden Arztes und die Pflicht zur zukünftigen Bilanzierung klar vor Augen stehen. Zwar könne sich ein freiberuflich tätiger Arzt nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EstG der Mithilfe angestellter Ärzte bedienen und immer noch freiberufliche (und damit gewerbesteuerfreie) Einkünfte erzielen, allerdings müsse er nach der „Stempeltheorie“ der Steuerbehörden der Tätigkeit des Angestellten durch seine eigenen Fachkenntnisse, die leitende Tätigkeit und die Eigenverantwortlichkeit das Gepräge geben. Wenn aber beispielsweise eine aus Fachärzten für Radiologie bestehende Gemeinschaftspraxis einen Nuklearmediziner anstelle, könne sie dessen Tätigkeit mangels eigener Fachkenntnisse nicht überwachen mit der Folge, dass sämtliche Einnahmen der Gemeinschaftspraxis „infiziert“ würden und damit der Gewerbesteuerpflicht unterlägen. Die fehlende tatsächliche Überwachung der Tätigkeit eines angestellten Arztes komme auch dann zum Tragen, wenn etwa eine Zweigpraxis ausschließlich mit einem Angestellten betrieben werde, ohne dass einer der Gesellschafter dessen Tätigkeit vor Ort tatsächlich kontrolliere, erklärte Herr *Dr. Michels* und gab seinen Zuhörern zahlreiche Hinweise, wie die Überwachung der angestellten Ärzte praktisch sichergestellt werden könne. Er warnte aber vor der zunehmenden Sensibilisierung der Finanzbehörden für die tatsächlichen Abläufe in Arztpraxen: Einem Prüfer könne nur schwer plausibel dargelegt werden, dass ein Gesellschafter, der an einem Standort einer Gemeinschaftspraxis tätig sei, tatsächlich noch zudem die Abläufe in der Zweigpraxis überwache, indem er entweder jeweils eine Vor- oder Nachuntersuchung der vom angestellten Arzt behandelten Patienten vornehme oder allabendlich die Arbeitsnachweise des Angestellten abzeichne. Neben der Variante, den Standort, an dem nur ein angestellter Arzt tätig ist, von einem „0%-Gesellschafter“ führen zu lassen, riet Herr *Dr. Michels* zur „MVZ-Lösung“, bei der nur die MVZ-GmbH/GbR gewerbesteuerpflichtig werde, nicht aber auch die Einkünfte einer von den Gesellschaftern der MVZ GmbH/GbR weiterhin geführten Gemeinschaftspraxis.

Im Anschluss widmete sich Herr *Dr. Michels* der Nullbeteiligungsgesellschaft. Gesellschaftsrechtlich werde häufig in der Erprobungsphase, manchmal aber auch für die gesamte Gesellschaftszugehörigkeit vereinbart, dass ein Gesellschafter weder am materiellen noch am immateriellen Vermögen der Gesellschaft beteiligt wird. Steuerlich sei eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen zwar nicht zwingend erforderlich, um aber auch bei einer Berufsausübungsgemeinschaft das Risiko der Gewerbesteuerinfektion auszuschließen, müsse bei jedem Gesellschafter von einer Mitunternehmerschaft, gekennzeichnet durch die Merkmale des Mitunternehmerrisikos und der Mitunternehmerinitiative, ausgegangen werden können. So habe das FG Düsseldorf am 19.9.2013 – 11 K 3969/11 G, entschieden, dass bei einer reinen Umsatzbeteiligung einer „Nullgesellschafterin“ nur von einem schwach ausgeprägten Mitunternehmerrisiko die Rede sein könne, das auch nicht von einer besonders stark ausgeprägten Mitunternehmerinitiative ausgeglichen werde. Trotz einer zivilrechtlichen Gesellschafterstellung war die „Nullgesellschafterin“ deshalb nicht als Mitunternehmerin, sondern – in diesem Fall als freie Mitarbeiterin – i.d.R. aber als Angestellte zu qualifizieren, der gegenüber die beiden sie aufnehmenden Gesellschafter nicht leitend und eigenverantwortlich tätig waren, so dass die auf die „Nullgesellschafterin“ entfallenden Umsätze als gewerblich zu beurteilen waren, was wiederum aufgrund der für Perso-

nengesellschaften geltenden Abfärbetheorie dazu führte, dass die gesamten Einkünfte der Gemeinschaftspraxis als gewerblich anzusehen waren. Der BFH habe diese Entscheidung inzwischen bestätigt, so Herr *Dr. Michels* und warnte vor den weiteren lohnsteuer- und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen ebenso wie vor einem möglichen Abrechnungsbetrug auf vertragsärztlichem Gebiet. Eine bloße Beteiligung eines „Nullgesellschafters“ an seinen eigenen Umsätzen reiche also in keinem Fall aus; möglich wäre aber nach Auffassung des Referenten eine Verteilung des Gewinns der Praxis in Relation der von den Gesellschaftern erzielten Umsätze.

Danach wandte sich Herr *Dr. Michels* der Frage zu, unter welchen Umständen Einkünfte einer Mitunternehmerschaft als freiberuflich eingestuft werden können. Freiberuflich seien Einkünfte aus einer Mitunternehmerschaft immer dann erzielt, wenn die Mitunternehmerschaft selbständig wissenschaftlich, künstlerisch, schriftstellerisch, unterrichtend oder erziehend tätig, oder die Tätigkeit die eines sog. „Katalogberufs“ (wie z.B. Ärzte, Rechtsanwälte oder Architekten) sei. Wenn sich Angehörige eines solchen „Katalogberufs“ zu einer Personengesellschaft zusammenschließen, würden nur dann freiberufliche Einkünfte erzielt, wenn alle Gesellschafter die Merkmale eines freien Berufs erfüllen, erklärte Herr *Dr. Michels*.

Sei aber nur ein Gesellschafter rein kapitalmäßig an der Gesellschaft beteiligt oder übe Tätigkeiten aus, die nicht freiberuflich seien, führe dies zur Gewerbesteuerinfektion der gesamten Einkünfte der Personengesellschaft und auch der Einkünfte der Gesellschaften, die ihrerseits wiederum an der infizierten Gesellschaft beteiligt sind, warnte Herr *Dr. Michels*. Zur Risikominimierung riet er zur Beteiligung der Gesellschafter persönlich an der anderen Gesellschaft oder zur Zwischenschaltung einer Beteiligungs-GbR, an der wiederum die Gesellschafter der Personengesellschaft beteiligt seien.

Der nächste Komplex des Vortrags beschäftigte sich mit den Verträgen zur integrierten Versorgung. Wenn in diesem Zusammenhang Fallpauschalen mit Gemeinschaftspraxen vereinbart würden, komme es aufgrund des gewerblichen Anteils (Abgabe von Arzneien und Hilfsmitteln) zu einer gewerblichen Infizierung im Sinne von § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG der gesamten Einkünfte der Gemeinschaftspraxis, so Herr *Dr. Michels*. Zu beachten seien aber die vom

- 116 -

ZMGR 2019, 113-118

- 117 -

BFH gezogenen Geringfügigkeitsgrenzen von 3 % bzw. 24.500 EUR pro Jahr. Ebenso komme es zu keiner gewerblichen Infizierung, wenn im Rahmen der integrierten Versorgung Hilfsmittel verwendet werden, ohne deren Einsatz die ärztliche Heilbehandlung nicht möglich wäre, wie z.B. der Einsatz künstlicher Hüftgelenke oder künstlicher Augenlinsen; diese Hilfsmittel seien derart eng mit der eigentlichen Behandlung verbunden, dass ihre Abgabe nicht selbständig betrachtet werden könne, sondern als Bestandteil der ärztlichen Gesamtleistung gesehen werden müsse. Insoweit erbringe der Arzt eine einheitliche, heilberufliche Leistung, bei der die Abgabe von Hilfsmitteln und Medikamenten einen unselbständigen Teil der Heilbehandlung darstelle und eine gewerbliche Tätigkeit nicht gegeben sei. Anderenfalls empfahl Herr *Dr. Michels* zur Vermeidung die Gründung einer Managementgesellschaft-GmbH als Trägerin von Einrichtungen, die eine integrierte Versorgung nach § 140a SGB V durch zur Versorgung der Versicherten nach dem Vierten Kapitel des SGB V berechnete Leistungserbringer anbieten.

Zum Ende seiner Ausführungen beleuchtete Herr *Dr. Michels* noch die steuerrechtlichen Implikationen bei der Veräußerung einer Praxis an die zunehmend auf den Markt drängenden Investoren, bei

denen regelmäßig die Praxis in eine MVZ-GmbH umgewandelt und die Anteile an der GmbH an den Investor veräußert werden sollen. Dabei seien aus Sicht des steuerrechtlichen Beraters grundsätzlich drei Modelle denkbar: Die steuerneutrale Einbringung des Standorts in eine MVZ-GmbH zum Buchwert und spätere Veräußerung der GmbH-Beteiligung, die steuerpflichtige Einbringung des Standorts in eine MVZ-GmbH zum gemeinen Wert und spätere Veräußerung der GmbH-Beteiligung sowie die direkte Veräußerung des Standorts an die MVZ-GmbH. Naheliegend sei die erste Variante, die aber nicht die steuergünstigste sei, weshalb Herr *Dr. Michels* dringend dazu riet, stets jede Variante durchzurechnen, bevor eine Entscheidung getroffen werde.

Zum Abschluss des Tages ergriff Herr Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht *Christian Gerdts*, CausaConcilio Rechtsanwälte, aus Hamburg das Wort und referierte zu dem Thema „**Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot - Grenzen der vertraglichen Sanktionsmöglichkeiten**“. Sinn und Zweck des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes sei der Schutz von Gesellschaftern vor illoyaler Verwertung der Erfolge der gemeinsamen Arbeit durch ausgeschiedene Gesellschafter oder vor Missbrauch der Berufsausübungsfreiheit sowie der Schutz des Praxiskäufers vor einer „Mitnahme“ des immateriellen Wertes der übernommenen Praxis durch den Praxisabgeber. Das Wettbewerbsverbot finde seine Schranken in dem räumlich, zeitlich und gegenständlich notwendigen Maß, wobei die Notwendigkeit an dem Schutzzweck des Wettbewerbsverbots, nämlich der Verhinderung der illoyalen Verwertung des gemeinsamen Erfolgs, zu messen und die Grenze überschritten sei, wenn ein ausscheidender Partner oder der Praxisverkäufer als potentieller Wettbewerber ausgeschaltet werden solle.

Bei der Erläuterung der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen ein Wettbewerbsverbot differenzierte Herr *Gerdts* zwischen den gesetzlichen und den vertraglich vereinbarten. Neben der Unterlassung der das Wettbewerbsverbot verletzenden Handlung könne der Geschädigte auch Schadensersatz verlangen. Da es für ihn in der Regel problematisch sei, die Kausalität des Verstoßes für den entgangenen Gewinn und dessen konkrete Höhe zu beweisen, komme vertraglichen Sanktionierungsmöglichkeiten eine erhebliche Bedeutung zu. Häufig begegne man als vertraglichen Sanktionen dem Verlust des Anspruchs auf Abfindung des immateriellen Wertanteils, der Pflicht zur Zahlung einer Vertragsstrafe oder sog. „Mischmodellen“, bei denen beide Komponenten kombiniert oder auch eine Vertragsstrafe mit einem Anspruch auf Unterlassung bzw. Schadensersatz verbunden werde. Der anwaltliche Berater müsse sich bei der Gestaltung bzw. Überprüfung vertraglicher Sanktionsklauseln immer die Frage stellen, ob gesetzliche Regeln oder die Rechtsprechung der Zulässigkeit der Klauseln entgegenstünden. Eine vertragliche Bestimmung, bei der der ausscheidende Gesellschafter bei einem Wettbewerbsverstoß den Anspruch auf Abfindung seines immateriellen Gesellschaftsanteils verliere, müsse sich an § 138 BGB und § 723 Abs. 3 BGB messen lassen. Da der immaterielle Wert in erster Linie aus Patientenbindungen und Verbindungen zu den sogenannten ärztlichen „Zuweisern“ bestehe und diese Bindungen wiederum auf dem ärztlichen Ruf der Praxis beruhen, bestehe unter Aufgreifen einer Entscheidung des BGH³ ein Anspruch auf Abfindung des immateriellen Wertanteils nur, soweit keine konkurrierende Tätigkeit erfolge.

Herr *Gerdts* wies darauf hin, dass beispielsweise das LG Kiel⁴ und das OLG Celle⁵ bei einer Niederlassung des ausscheidenden Gesellschafters in unmittelbarer Nähe der bisherigen Praxis einen Anspruch auf Abfindung des immateriellen Gesellschaftsanteils verneinten, selbst wenn das vertragliche Wettbewerbsverbot nichtig oder im Vertrag überhaupt kein Wettbewerbsverbot vorgesehen sei.

Der Referent beschäftigte sich dann mit dem in Vertragsverhandlungen wiederholt anzutreffenden Argument, die für den Fall eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot zu verhängende Vertragsstrafe sei unangemessen hoch und warf die Frage auf, ob die Vertragsstrafe tatsächlich auf den Kaufpreis, der auf den immateriellen Wert der Praxis bzw. auf die Abfindung des immateriellen Wertanteils ent-

falle, zu begrenzen sei. Vor dem Hintergrund des § 343 BGB sei diese Frage immer einzelfallbezogen zu prüfen, erläuterte Herr *Gerdts*. Es sei jedes berechnete Interesse des Gläubigers einzubeziehen, wobei sich die Angemessenheit wegen des Sanktionscharakters primär nach der Schwere und dem Ausmaß der Vertragsverletzung und der Gefährlichkeit für den Gläubiger richte, was nach der Auffassung des Vortragenden dafür spreche, dass die Höhe der Vertragsstrafe auch die Höhe des Kaufpreises übersteigen dürfe, der auf den immateriellen Wert der Praxis entfällt. Auch die Kombination aus dem Verlust des immateriellen Abfindungsanteils mit einer Vertragsstrafe sei grundsätzlich zulässig, soweit die Vertragsstrafe nicht unangemessen hoch sei, erklärte Herr *Gerdts*. Er verwies insoweit auf die Vorschrift des § 343 Abs. 1 BGB. Ebenso könne eine Vertragsstrafe mit einem Schadensersatz verbunden werden, wobei unter Beachtung von § 340 Abs. 2 BGB grundsätzlich die Vertragsstrafe auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen sei, ein über die Vertragsstrafe hinausgehender Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aber möglich bleibe.

- 117 -

ZMGR 2019, 113-118

- 118 -

Die Praxisrelevanz der Darlegungen von Herrn *Gerdts* schlug sich auch in der anschließenden intensiven Diskussion nieder, die sich insbesondere um die Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten kreiste, die mit Ärzten vereinbart werden, die auf ihre Zulassung verzichten, um sodann als angestellte Ärzte bei einem anderen Vertragsarzt oder in einem MVZ tätig zu werden.

15. Gemeinsame Sitzung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung

15.11.2019 - Düsseldorf

10. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag

16.11.2019 - Düsseldorf

Fußnoten

- 1) Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht in der Kanzlei Möller & Partner, Kanzlei für Medizinrecht, Neuer Stahlhof, Breite Str. 69, 40213 Düsseldorf.
- 2) Urt. v. 29.11.2017 - B 6 KA 31/16 R, ZMGR 2018, 187.
- 3) Urt. v. 8.5.2000 - II ZR 308/98.
- 4) Urt. v. 8.12.2004 - 4 O 130/04.
- 5) Urt. v. 29.5.2002 - 9 U 310/01.

