

## **Selbstständige freiberufliche Tätigkeit und Kooperationen**

-

### **In Berufsausübungsgemeinschaften**

-

#### **Anforderungen an die Vertragsgestaltung und die Leistungserbringung**

- Thesenpapier -

RA Dr. Andreas Meschke

Düsseldorf

#### **A. Empirie**

Die Anzahl der in Berufsausübungsgemeinschaften tätigen Ärzte steigt an. 2010 waren 50.136 Ärzte/Psychotherapeuten derart organisiert. 2016 sind es 53.262, ein Zuwachs von mehr als 6 % (Statistische Informationen aus dem Bundesarztregister, KBV).

#### **B. Begriffsbestimmungen**

##### **I. Selbstständige Tätigkeit**

Berufliche Selbständigkeit ist eine Form einer Erwerbstätigkeit. Die Einordnung als Selbständiger folgt in verschiedenen Bereichen des Rechts (Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht, Steuerrecht) unterschiedlichen Kriterien. Gemeinsames Merkmal ist die Unabhängigkeit von einem Arbeitgeber.

##### **II. Freiberufliche Tätigkeit – persönliche und freie Praxistätigkeit i.S. von § 32 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV**

„Persönliche Ausübung“/Persönliche Praxistätigkeit knüpft an den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung an.

Freie Praxistätigkeit beschreibt einen notwendigen Grad an individueller Unabhängigkeit und wirtschaftlicher Selbstständigkeit.

Beide Begriffe sind als Ausgangspunkt für jegliche Vertragsgestaltungen in den Sachverhalten und den Rechtsausführungen der Entscheidungen des BSG vom

23.6.2010 – B 6 KA 7/09 R – und des BFH vom 3.11.2015 – VIII R 63/13 bzw. VIII R 62/13 – kumuliert.

### III. Berufsausübungsgemeinschaft

Ausgangspunkt sind die berufsrechtlichen und vertragsarztrechtlichen Regelungen zu BAGs, die folgende Systematik im GKV-Bereich ergibt:

1. Berufsausübungsgemeinschaft erfordert bei Leistungserbringern, die unterschiedliche natürliche oder juristische Personen sind, die zivilrechtlichen Rechtsformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder der Partnerschaftsgesellschaft. Andere Rechtsformen (GmbH, Limited u.ä.) sind unzulässig.

Berufsausübungsgemeinschaften *eines* Leistungserbringers mit mehreren MVZ sind aufgrund der einrichtungsbasierten Definition gemäß § 1a Nr. 12 BMV durch Organisationsbeschluss ihrer MVZ-Trägersgesellschaft möglich.

2. Berufsausübungsgemeinschaften finden sich als medizinrechtliche Einheiten – im Wesentlichen - als
  - Berufsausübungsgemeinschaft
  - überörtliche Berufsausübungsgemeinschaft
  - Teil-Berufsausübungsgemeinschaft
    - „gemischte“ Berufsausübungsgemeinschaft zwischen Vertragsarzt und nur privatärztlich tätigem Arzt.
3. Das Kennzeichen ist die gemeinsame Berufsausübung (§§ 18 MBO, 33 Abs. 2 Satz 12 Ärzte-ZV, 1a Nr. 12 BMV). Gemeinsame Berufsausübung heißt aber nicht zwingend gemeinschaftliche Berufsausübung i.S. einer gemeinschaftlichen Patientenversorgung (der entsprechende § 15a Abs. 5 BMV verstößt gegen höherrangiges Recht; BSG, Urteile vom 25.3.2015 – B 6 KA 21/14 R – und – B 6 KA 24/14).

## C. Vertragsgestaltung und Leistungserbringung

Die Leistungserbringung sollte der Spiegel der Vertragsgestaltung sein, die wiederum auf den rechtmäßigen Vorstellungen der Gesellschafter zur Leistungserbringung beruhen sollte.

### I. Standard

Ausdrückliche Regelungen zur Festschreibung der freien Arztwahl, der individuellen Patientenbetreuung und der selbstständigen und eigenverantwortlichen, weisungsfreien ärztlichen Tätigkeit jedes Gesellschafters.

Unentziehbar ist die Berechtigung, die Behandlungsverträge mit Patienten abzuschließen.

### II. Besondere Situationen

#### a. Kennenlernphasen

Die nachwachsende Arztgeneration steht im Ruf, familiäre Abstimmung und einen gesteigerten Freizeitanteil zu suchen und gleichzeitig verunsichert zu sein über die Erfolgsaussichten der selbstständigen ärztlichen Tätigkeit und deren wirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Verlauf. Die ältere Arztgeneration bereitet gleichzeitig aus unterschiedlichen Gründen die Nachfolge nicht adäquat vor. So führen unterschiedliche Motive zu Kennenlernphase innerhalb von Berufsausübungsgemeinschaften, ohne dass die Möglichkeiten zur Anstellung genutzt werden (können). Dabei haben sich in der Praxis folgende Gestaltungen – mit dem Ziel der Einhaltung der Vorgaben der Rechtsprechung des BSG und des BFH - ergeben:

- Ergebnisbeteiligung (Gewinn und Verlust) immer mit variablem, prozentualem Anteil (überwiegend kombiniert mit Vorabgewinn/Gewinnvorab/Tätigkeitsvergütung/Basisgewinnanteil o.ä.);
- Vermögensbeteiligung in geringem Umfang (3 bis 5 %) gegen Kaufpreis mit Rückerstattungsgarantie bei Ausscheiden im Rahmen der Kennenlernphase;  
oder  
Vermögensbeteiligung, beschrieben durch keinen bzw. verkörpert in keinem prozentualen Anteil, sondern durch eine variable Geldsumme, die gleichzeitig

Abfindungsbetrag ist (berechnet vor allem durch Summe X pro Jahr mal Zugehörigkeitsjahre/-monate oder durch X %-Anteil an Gewinnanteil des Gesellschafters aus den Zugehörigkeitsjahren);

und

Ankaufsregelungen für einen relevanten, dauerhaft tragfähigen Gesellschaftsanteil zum Ablauf der Kennenlernphase;

oder

Beteiligung mit einem relevanten, dauerhaft tragfähigen Gesellschaftsanteil von vornherein, aber mit Rückerstattungsgarantie bei Ausscheiden im Rahmen der Kennenlernphase;

oder

Vermögensbeteiligungen über die Bildung von sog. Sonderbetriebsvermögen (steuerrechtlicher Begriff) bzw. über „Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlässt“ (§ 732 Satz 1 BGB);

- Gleiche Berechtigung wie alle Gesellschafter an der Geschäftsführung und Vertretung (ggf. gleichwohl kombiniert mit tradierten Alleingeschäftsführungsbefugnissen von Altgesellschaftern);
- Gleiche Berechtigung wie alle Gesellschafter im Rahmen von Beschlussfassungen.

Diese Modelle stellen teilweise hohe Anforderungen an eine klare Vertragsgestaltung hinsichtlich der Kennenlernphase, der Kündigungs-/Ausschlussvorgaben (einschließlich der Willensbildung der Altgesellschafter), der Abfindungsregelungen sowie auch und vor allem des Verbots zur „Mitnahme“ der Vertragsarztzulassung unter Berücksichtigung der mittlerweile dazu ergangenen zivilgerichtlichen Rechtsprechung.

#### b. „Drittinvestitionen“

Drittbeteiligungen sind seit je her (höchst) umstritten. Für eine Treuhandkonstellation (Leistungserbringer hat das LG Köln mit Urteil vom 1.12.2016 – 5 O 236/15 – die Nichtigkeit der Veräußerung der Geschäftsanteile und der Treuhandverträge festgestellt.

Bei jeder „Drittbeteiligung“ ist zu prüfen, welcher materielle Regelungsgehalt damit verbunden ist, der der Freiberuflichkeit entgegensteht oder entgegenstehen könnte.

Wenn man ein „Entgegenstehen-Können“ für ausreichend hält, ist maßgeblich der Grad der für notwendig gehaltenen entsprechenden Gefahr für die Freiberuflichkeit.

c. Überörtlichkeit

Bei einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft, die infolge Fusion vorheriger Praxen entsteht, wird zumeist für eine Kennenlernphase mit standortbezogenem Sonderbetriebsvermögen gearbeitet.

Die Ergebnisverteilung wird - bei gleichzeitiger Gesamtergebnisbeteiligung (Stichwort: steuerliche Mitunternehmerschaft) jedes Gesellschafters – häufig standortbasiert geregelt, wobei dann auch Sondervereinbarungen für Allgemeynkosten und die Honorarumsätze und -kosten bei Tätigkeiten an anderen Standorten als dem eigenen Vertragsarztsitz des jeweiligen Gesellschafters vorzusehen sind.

Für die Geschäftsführung einschließlich Beschlussfassung und Vertretung kann situationsabhängig (Charaktere im Gesellschafterkreis, Fachgebiete, Standortentfernungen u.ä.) ein diffiziles Regelungsgeflecht notwendig sein.

Eine konkrete Beschränkung der Tätigkeitsorte für die Gesellschafter auf zwei weitere neben dem Vertragsarztsitz ist mit Blick auf § 17 Abs. 2 MBO festzuschreiben, sobald die überörtliche Berufsausübungsgemeinschaft mehr als drei Standorte (mit jeweils mindestens einem Gesellschafter-Vertragsarztsitz) aufzuweisen hat.

d. Teilspektren

Rechtmäßige Gestaltungswünsche (vor allem ohne antikorrupsionsrechtlichen Einschlag) sind selten anzutreffen, sodass die Teil-Berufsausübungsgemeinschaft ein Randdasein fristet – sich bei der Patientenbehandlung miteinander abzustimmen, ist auch ohne Teil-Berufsausübungsgemeinschaft möglich. Ist eine solche Gestaltung aber gefunden – z.B. bei der Zusammenarbeit im Bereich der Drogensubstitution – bestehen zumeist bei den Gesellschaftern keine Befindlichkeiten, die die persönliche Tätigkeit in freier Praxis mit gemeinsamer Berufsausübung in Frage stellen. Häufig wird mit Sonderbetriebsvermögen und verursachungsbasierten Ergebnisanteilen – bei gleichzeitiger Gesamtergebnisbeteiligung (Stichwort: steuerliche Mitunternehmerschaft) jedes Gesellschafters - gearbeitet. Im Bereich der Geschäftsführung und Vertretung bestehen regelhaft keine Sonderregelungen.

f. Gemischter Gesellschafterkreis

Anzutreffen hauptsächlich in Großpraxen (> 5 Gesellschafter) mit hohem Privatanteil, Krankenhausgeschäft und/oder mehreren Standorten sowie „vielen“ kumulierten Vertretertagen.

Die h.L. erkennt die Konstellation an. Die Rechtsprechung hatte mit von der Literatur propagierten Modellen, soweit bekannt, noch nicht zu tun (ein undifferenzierter Gesellschaftszweck führte gemäß OLG München, Urteil vom 12.9.2005 - 21 U 2982/05 - zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages). Den Zulassungsausschüssen werden die Konstellationen durchaus bei Gesellschafterwechseln im GKV-Bereich bekannt; soweit erlebt, wird dagegen nicht interveniert.

Zielsetzung der Vertragsgestaltung ist die Umsetzung eines Trennungsprinzips für Tätigkeit, Vermögensbeteiligung und Ergebnisverteilung für einerseits den vertragsärztlichen Bereich und andererseits den privatärztlichen Bereich.