

Karl-Heinz Möller

Rechtliche Probleme von „Nullbeteiligungsgesellschaften“ – wieviel wirtschaftliches Risiko muß sein?

I. Einleitung

Der Begriff der „Nullbeteiligungsgesellschaft“ beschreibt einen bestimmten Typus der Gestaltung des Innenverhältnisses einer Gemeinschaftspraxis oder Partnerschaftsgesellschaft, der in erster Linie auf die einseitige Beteiligung eines oder mehrerer Gesellschafter am Sachvermögen abzielt¹. So erhält häufig der in die Gesellschaft eintretende „Juniorpartner“ keinen oder nur einen äußerst geringen Anteil am Sachvermögen. Der Gesellschaftsvertrag sieht den Erwerb einer Beteiligung am materiellen Vermögen nicht oder erst nach mehreren Jahren vor. Eine Beteiligung am immateriellen Praxiswert (Goodwill) erfolgt in vielen Fällen nach Maßgabe des individuell erarbeiteten Umsatzes. Für die beschränkte Vermögensbeteiligung kann es durchaus billigen Motive geben. Häufig kennen die Ärzte sich vor Gründung der Gemeinschaftspraxis kaum; hier kann in allseitigem Interesse die Vereinbarung einer Kennenlernphase sinnvoll sein, bis zu deren Ende der „Einkauf“ in die Vermögenswerte der Gesellschaft ausgesetzt wird. Umgekehrt sind jüngere Ärzte häufig nicht in der Lage, sofort nennenswerte Anteile insbesondere an kapitalintensiven Praxen (z. B. Röntgen, Labor, Dialyse) zu erwerben. Andererseits darf man jedoch die Augen nicht vor der Realität verschließen, wonach Seniorpartner den hinzukommenden Kollegen primär zur Erlangung abrechnungstechnischer Vorteile (Erhöhung von Budgets, Vermeidung von Honorarkürzungen etc.) in die Gemeinschaftspraxis aufnehmen, ohne auch nur im geringsten daran zu denken, dem Kollegen eine Beteiligung am Vermögen und damit einhergehend Mitbestimmungs- und höhere Gewinnbeteiligungsrechte einzuräumen².

Für manche Zulassungsausschüsse ist die Beteiligung am Vermögen das wesentliche Abgrenzungskriterium zu einer „Scheingemeinschaftspraxis“. Als Argument wird oftmals lediglich auf „hergebrachte Grundsätze der Freiberuflichkeit“ verwiesen. Für die Praxis ist die Abgrenzung von immenser Bedeutung: Führt die rechtliche Wertung der Gesamtumstände zu der Annahme eines „verdeckten Angestelltenverhältnisses“, kann dies neben der Verpflichtung zur Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen Honorarrückforderungen der Kassenärztlichen Vereinigung, Disziplinarverfahren oder sogar Zulassungsentziehungsverfahren und im schlimmsten Falle eine Verurteilung wegen Betruges sowie den Verlust der Approbation nach sich ziehen³.

II. Struktur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Nach Kapitel D II Nr. 8 MBO⁴ dürfen Ärzte nur Gesellschaftsformen wählen, welche die eigenverantwortliche und selbständige sowie nichtgewerbliche Berufsausübung wahren. Für die Gemeinschaftspraxis wird die Rechtsform der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (BGB-Gesellschaft, §§ 705 ff. BGB) ausdrücklich vorgegeben. Es stellt sich mithin die Frage, ob die §§ 705 ff. BGB Anhaltspunkte zur Abgrenzung der notwendigen Einbindung des „Junior-

partners“ in die Gesellschaft – insbesondere in vermögensrechtlicher Hinsicht – liefern.

1. Grundvoraussetzungen der BGB-Gesellschaft

Die BGB-Gesellschaft ist geprägt durch die Dauerbeziehung der Gesellschafter, die sich vertraglich zur „Erreichung eines gemeinsamen Zweckes“ verbinden und sich verpflichten, diesen Zweck zu fördern⁵. Hinzu kommt die Treuepflicht gegenüber Gesellschaft und Mitgesellschaftern als wesentliches Bindungselement⁶.

2. Beteiligung am materiellen Vermögen

a) § 706 Abs. 2 Satz 1 BGB enthält die – widerlegbare – Vermutung, daß die in die Gesellschaft eingebrachten Gegenstände zu Eigentum der Gesellschaft (quoad dominium) eingebracht werden. Den Gesellschaftern steht es jedoch frei, im Gesellschaftsvertrag die Einbringung zum Zwecke der *Gebrauchsüberlassung* (quoad usum) vorzusehen. Der Gesellschaft wird in diesem Fall lediglich der Gebrauch ermöglicht. Eigentümer bleibt der das Nutzungsrecht einräumende Gesellschafter, der die Gegenstände regelmäßig in seinem Sonderbetriebsvermögen führen wird. Die Gebrauchsüberlassung hat mietähnlichen Charakter, wobei jedoch kein Mietvertrag abgeschlossen wird, sondern die Rechtsgrundlage für die Überlassung im Gesellschaftsvertrag zu finden ist. Auch ist kein gesonderter Mietzins zu vereinbaren, sondern die Vergütung für die Überlassung ist in der Gewinnbeteiligung enthalten⁷. Im Falle seines Aus-

Rechtsanwalt Dr. iur. Karl-Heinz Möller,
Pfeifferstraße 6, D-40625 Düsseldorf

- 1) Cramer, MedR 1994, 237, 239; Preißler, in: Ehlers (Hrsg.), Praxis der Fortführung von Arztpraxen, 1998, S. 172.
- 2) Mit der Abgrenzung zwischen ärztlicher Gemeinschaftspraxis und der Beschäftigung von Ärzten als Arbeitnehmern befaßt sich ausführlich die Stellungnahme, die der Vorstand der Bundesärztekammer in seiner Sitzung v. 9. 3. 1990 zustimmend zur Kenntnis genommen hat, DÄBl. 1990, A-1388 ff.
- 3) Vgl. Bericht in der Süddeutschen Zeitung Nr. 290 v. 16. 12. 1998: „Strafrechtlich relevant war indes, daß X wie auch sein Kollege mit der KVB (Kassenärztliche Vereinigung Bayern) über zwei angeblich selbständige Ärztinnen abgerechnet hatten, die in Wahrheit in der Gemeinschaftspraxis angestellt waren und ein festes Gehalt bezogen.“
- 4) (Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 – (DÄBl. 1997, A-2354 = NJW 1997, 3076 ff.).
- 5) Vgl. ausführlich Ulmer, in: MüKo/BGB, Bd. 5, 3. Aufl. 1997, vor § 705, Rdnrn. 4 ff., § 705, Rdnrn. 109 ff., 120 f.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, S. 1415.
- 6) Ulmer (Fn. 5), § 718, Rdnrn. 181 ff.
- 7) Bedenklich im Hinblick auf § 1 Abs. 1 UStG ist die Empfehlung der Bundesärztekammer in der Stellungnahme v. 9. 3. 1990 (Fn. 2), für die Überlassung eine gesonderte Nutzungsentschädigung vorzusehen, da die Nutzungsüberlassung gegen Entgelt einen steuerbaren Umsatz darstellt mit der Konsequenz, daß sich das Nutzungsentgelt um die Mehrwertsteuer erhöht (vgl. Abschnitt 6 UStR; BFH, Urt. v. 23. 10. 1969, BStBl. II 1970, 233).

scheidens aus der Gesellschaft oder bei deren Beendigung kann der Eigentümer die Herausgabe der Gegenstände verlangen.

b) *Gesamthandsvermögen der BGB-Gesellschaft.* § 718 BGB enthält den Grundsatz des gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögens. Danach werden die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Ebenso wie bei der Gründung der Gemeinschaftspraxis ist eine abweichende Parteivereinbarung zulässig⁸. Die Abdingbarkeit des § 718 BGB kann zum einen die Gründung einer Gesellschaft ohne jedes Gesamthandsvermögen bedeuten, zum anderen besteht bei mehreren Gesellschaftern die Möglichkeit, daß einzelne Gesellschafter am Gesamthandsvermögen nicht beteiligt sind. Mit Urteil vom 6. 4. 1987⁹ hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich betont, daß die Vermögensbeteiligung keine Voraussetzung für die Gesellschafterstellung ist.

3. Beteiligung am immateriellen Vermögen

a) *Grundsätzliche Überlegungen.* Die Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 9. 3. 1990¹⁰ sieht die Beteiligung am immateriellen Praxiswert (Goodwill) als wichtiges Abgrenzungskriterium für den Status des freiberuflich tätigen Arztes an¹¹. Konsequenterweise wird verlangt, daß dem ausscheidenden Gesellschafter ein auf den immateriellen Wert bezogener Abfindungsanspruch zustehen müsse. Dabei wird weder danach differenziert, ob der ausscheidende Arzt für die Einräumung einer Beteiligung am immateriellen Vermögen finanzielle Aufwendungen getätigt hat, noch danach, wie lange er der Gesellschaft angehört und welche Beiträge er geleistet hat.

Als der ideelle Praxiswert (immaterielle Wert = Goodwill) ist der Teil des Praxiswerts zu verstehen, der über den Betrag des Sachwerts (Substanzwert) hinausgeht¹². In vielen Fällen übersteigt der immaterielle Wert den Betrag für den Sachwert. Eine wesentliche Komponente des ideellen Praxiswerts besteht in der Chance, aufgrund des guten Rufs der Praxis den Patientenstamm zu festigen, möglicherweise neue Patienten zu gewinnen, um so die Praxis auszubauen und die Gewinnaussichten zu steigern¹³.

Der Bezeichnung als „immaterieller Wert“ ist die fehlende konkrete Faßbarkeit immanent. Bei Gemeinschaftspraxen, insbesondere geräteunterstützt tätigen Ärzten (z. B. Labor, Röntgen, Dialyse, Linksherzkathetermeßplätze etc.), die häufig schon aufgrund ihrer Größe wie verselbständigte Institute oder gewerbliche Einrichtungen nach außen auftreten, ist es schwierig, den immateriellen Wert (Goodwill) bestimmten Ärzten zuzuweisen. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie in der Praxis häufig – anonyme, nicht auf einen einzelnen Arzt hinweisende Bezeichnungen verwendet werden (z. B. Röntgenpraxis Prinzenstraße, Gemeinschaftspraxis für Laboratoriumsmedizin, Radiologische Praxis X-Stadt)¹⁴. Tritt ein Arzt in eine solche Praxis ein, dauert es oftmals mehrere Jahre, bis er eine Beziehung zu den Patienten und/oder Überweisern aufgebaut hat. Darüber hinaus ist zu fragen, ob das sich im Wert niederschlagende Image die Praxis insgesamt oder einen einzelnen Arzt (z. B. bekannten Spezialisten) betrifft.

Vielfach sehen Gemeinschaftspraxisverträge vor, daß der hinzukommende Arzt an dem ab seinem Eintritt zusätzlich erwirtschafteten Erfolg partizipiert, indem ihm hierfür eine Beteiligung am immateriellen Vermögen eingeräumt wird. Eine solche Regelung kann sachgerecht sein, um dem individuellen Beitrag Rechnung zu tragen. Andererseits kann es ohne weiteres vorkommen, daß der in die Praxis eintretende Arzt nicht in der Lage ist, den möglicherweise bereits hohen Umsatz der Praxis zu steigern. Gerade in Zeiten fallender Punktwerte oder bei Zuweisung individueller

Budgets sind Umsatz- und Gewinnsteigerungen kaum möglich. Oftmals muß es als Erfolg eingestuft werden, wenn die maßgeblichen wirtschaftlichen Parameter für den Praxiserfolg sich nicht negativ verändern.

Die Bundesärztekammer¹⁵ bezeichnet die Beteiligung am materiellen und immateriellen Gewinn (richtig: Vermögen) als ein Charakteristikum der Gesellschaft. Leider findet sich in der Ausarbeitung keine Begründung dieser These. Handelt es sich um eine arzttypische Konstellation? Vergegenwärtigt man sich die vertraglichen Gegebenheiten in Rechtsanwalts- und Steuerberaterkanzleien, so wird der Status des Freiberuflers dort wesentlich weniger mit einer Vermögensbeteiligung verknüpft. Scheidet ein jüngerer Partner nach einigen Jahren der Berufstätigkeit aus einer Anwaltssozietät aus, um beispielsweise eine Stelle in der Industrie anzunehmen, wird er regelmäßig nicht auf die Idee kommen, sofern ein solcher Anspruch vertraglich nicht ohnehin ausgeschlossen ist, eine Abfindung für seinen Anteil am immateriellen Praxiswert geltend zu machen.

Hält man an der Notwendigkeit eines individuellen immateriellen Goodwillanteils fest, verbietet sich jedoch jede allzu starre Festlegung. Auch die Abfindung muß verdient werden und darf nicht zu einer Gefährdung der verbleibenden Restpraxis führen. Gerade in Zeiten, in welchen viele Honorarverteilungsmaßstäbe individuelle Budgets vorsehen, bedarf es einer Umsetzung der Vorgaben auf gesellschaftsrechtlicher Ebene. Steht dem ausscheidenden Arzt/Zahnarzt z. B. ein Abfindungsanspruch zu, weil er sich nach seinem Ausscheiden aus der Praxis außerhalb des im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen 10 km-Umkreises niederläßt, können sich auch bei Einhaltung des Wettbewerbsverbots für die Restpraxis erhebliche Probleme ergeben. Neben dem Umstand, daß in zulassungsgesperrten Gebieten möglicherweise eine Nachbesetzung des Vertragsarztsitzes ausscheidet, wird infolge der angesprochenen HVM-Regelung das ehemalige Praxisbudget bei Fortführung einer aus zwei Ärzten bestehenden Gemeinschaftspraxis durch eine Einzelpraxis möglicherweise halbiert. Bei kapitalintensiven Praxen mit einem großen Gerätepark kann die Verringerung der Abrechnungsgrundlage zu existentiellen Schwierigkeiten führen. Hier muß bedacht werden, daß die Investitionsentscheidung häufig gemeinsam getroffen wurde und die Geräte auch nach dem Ausscheiden eines Arztes unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Vorgaben ausgelastet werden müssen. Nicht nur der ausscheidende Gesellschafter, sondern auch die Restpraxis ist schutzbedürftig, so daß es letztlich gilt, einen angemessenen Interessenausgleich zu finden.

Im Zusammenhang mit den Überlegungen zum Gesamthandsvermögen war herausgearbeitet worden, daß bei Vorhandensein mehrerer Gesellschafter durchaus die Möglichkeit besteht, einzelne von ihnen nicht am Gesamthandsvermögen zu beteiligen. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, diese Grundsätze für die Beteiligung am immateriellen Praxiswert nicht anzuerkennen. Immaterielle Rechte unterliegen dem rechtsgeschäftlichen Erwerb im

8) Ulmer (Fn. 5), § 718, Rdnrn. 10 ff.

9) BGH, NJW 1987, 3124, 3125.

10) Fn. 2.

11) Terminologisch verfehlt wird von der „Beteiligung am materiellen und immateriellen Gewinn“ gesprochen.

12) Cramer, MedR 1992, 313, 315; zur Berechnung ferner Küntzel, in: Ehlers (Hrsg.) (Fn. 1), S. 218 ff.

13) Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl. 1999, § 19, Rdnr. 1.

14) Nach Kapitel DI Nr. 2 Abs. 9 MBO darf allerdings die Bezeichnung „Gemeinschaftspraxis“ nur mit den zugehörigen Namen verwandt werden.

15) Fn. 2.

Sinne des § 718 Abs. 1 BGB¹⁶. Das BGB-Gesellschaftsrecht verlangt nicht, alle Gesellschafter an einer Erwerbchance zu beteiligen.

b) *Individuelle Vereinbarungen.* Auch wenn die Beteiligung am immateriellen Praxiswert zivilrechtlich kein Muß ist, bietet sie ein in vielfacher Hinsicht interessantes Gestaltungsmodell. Insbesondere in den Fällen, in denen der in die Gesellschaft eintretende Arzt nicht über die für den Einkauf in das Anlagevermögen benötigten finanziellen Mittel verfügt, kann die Beteiligung am – eventuell zusätzlich geschaffenen – immateriellen Wert dem individuellen Tätigkeitsbeitrag Rechnung tragen. Denkbar ist es, einen bestimmten Betrag jährlich gutzuschreiben, der im Falle des Erwerbs von Gesellschaftsanteilen angerechnet oder im Falle des Austritts ausgezahlt wird. Scheidet der Arzt aus der Gemeinschaftspraxis unter Verstoß beispielsweise gegen ein Wettbewerbsverbot aus oder nutzt er die Kontakte zu Überweisern und/oder Patienten zum Aufbau einer eigenen Praxis, kann der Anspruch auf Auszahlung entfallen oder gemindert werden.

Durch einen kontinuierlich wachsenden Goodwillaufbau findet eine echte Beteiligung am Gesellschaftsvermögen statt, die u. a. den Vorteil hat, die Identifikation mit der Praxis zu festigen.

Die Beteiligung zumindest am immateriellen Vermögen der Praxis erscheint vor einem anderen Hintergrund unabhängig: § 103 Abs. 4 SGB V läßt die Nachbesetzung eines Vertragsarztsitzes in zulassungsgesperrten Planungsbereichen zu¹⁷. Die Nachbesetzung ist auch in einen Gesellschaftsanteil einer Gemeinschaftspraxis möglich¹⁸. Motivation des Gesetzgebers für die Nachbesetzung war die Realisierung der Eigentumsgarantie¹⁹. Ist der ausgeschiedene Gesellschafter weder am materiellen noch am immateriellen Vermögen beteiligt, läuft der gesetzgeberische Zweck leer, so daß eine Nachbesetzung ausscheidet, wie das LSG Nordrhein-Westfalen mit Urteil vom 21. 10. 1998²⁰ zu Recht festgestellt hat.

III. Regelungen des Berufsrechts

1. Grundsatz der Freiberuflichkeit

Sowohl § 1 Abs. 2 BÄO als auch Kapitel B I § 1 Abs. 1 MBO legen fest, daß der ärztliche Beruf kein Gewerbe, sondern seiner Natur nach ein freier Beruf ist. Der Begriff des freien Berufs wird erstmals definiert in § 1 Abs. 2 PartGG²¹. Hiernach haben freie Berufe „im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt“.

§ 1 Abs. 2 Satz 2 PartGG zählt die Ärzte zum Katalog der Freiberufler, betont jedoch, daß ausschließlich die „selbständige Berufstätigkeit“ vom Gesetzeszweck umfaßt ist²². Der Begriff des freien Berufs ist als Typusbezeichnung zu verstehen; die Abgrenzung etwa zur gewerblichen Tätigkeit ist fließend²³. Da die Berufsordnung auch für angestellte Ärzte gilt, kann ein Arzt durchaus Angehöriger eines freien Berufsstandes sein, ohne selbst freiberuflich tätig zu werden²⁴. Kern der berufsrechtlichen Vorgaben sind die Nichtgewerblichkeit und die fachliche Unabhängigkeit des Arztes, verstanden als Freiraum für die Durchsetzung des ärztlichen Berufsethos²⁵.

Bei der freiberuflichen selbständigen Berufsausübung müssen indes weitere Komponenten vorliegen; so ist die „wirtschaftliche Selbständigkeit“ entscheidendes Kriterium zur Abgrenzung angestellter Ärzte²⁶. Auch das Bundesverfassungsgericht verlangt die Übernahme wirtschaftlichen

Risikos²⁷. Mit Beschluß vom 23. 7. 1963²⁸ betont das Bundesverfassungsgericht, daß der frei praktizierende Arzt das ganze wirtschaftliche Risiko seines Berufes selbst zu tragen habe und ihm Dritte (gemeint: Kassenärztliche Vereinigung) weder die Sorge um die Existenz noch um die Alterssicherung abnehmen.

Somit läßt sich feststellen, daß der freiberuflichen Berufsausübung die Übernahme eines wirtschaftlichen Wagnisses immanent ist. In diesem Zusammenhang drängt sich jedoch die weitergehende Frage auf, ob die Übernahme wirtschaftlichen Risikos die Eingehung von Verbindlichkeiten voraussetzt oder aber die Risikoübernahme sich auf die Einbringung der eigenen Arbeitskraft beschränken kann. Ist es mit dem Grundsatz der selbständigen freiberuflichen Berufsausübung in Einklang zu bringen, wenn ein Dritter – z. B. Heilberufs-GmbH²⁹ – dem Arzt die erforderlichen Ressourcen (Räume, Geräte, Personal)³⁰ zur Verfügung stellt und als Gegenleistung einen bestimmten Teil des Honorars erhält? Umsatzabhängige Miet- oder Pachtzinsen sind auch bei Arztpraxen zulässig³¹. Gerade für niederlassungswillige Ärzte wird es als vorteilhaft angesehen, in der Anfangsphase von allzu hohen Forderungen verschont zu bleiben; sie bevorzugen eine höhere Abgabe im Falle ausreichender Prosperität. Da der Gewinn des Arztes leistungsbezogen ist, partizipiert er unmittelbar am Erfolg der von ihm betriebenen Praxis. Als Kehrseite der Medaille verringert sich der Gewinn bei fehlendem Erfolg und kann bei Einstellung der Tätigkeit auf Null zurückfallen. Hieran wird deutlich, daß der Arzt ein volles wirtschaftliches Risiko

16) Ulmer (Fn. 5), § 718, Rdnr. 15.

17) Durch die am 1. 1. 2000 in Kraft tretende GKV-Gesundheitsreform 2000 (BT-Dr. 14/1245, Art. 1 Nrn. 53, 54) kann die Stilllegung eines Vertragsarztsitzes – allerdings erst nach Umsetzung der Norm durch den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen – insbesondere dann erfolgen, wenn der Praxisumfang erheblich unter dem Durchschnitt der Vergleichsgruppe liegt oder wenn aufgrund besonderer lokaler Verhältnisse kein Versorgungsbedarf für die Praxis besteht.

18) Zu erleichterten Ausschreibungsvoraussetzungen in der Gemeinschaftspraxis BSG, Urte. v. 25. 11. 1998, MedR 1999, 382 ff.

19) Vgl. ausführlich *Hesral*, in: *Ehlers* (Hrsg.) (Fn. 1), S. 66 f., 89 f.

20) LSG Nordrhein.-Westf., MedR 1999, 237; bestätigt durch BSG, Urte. v. 29. 9. 1999 – B 6 KA 1/99 R –.

21) Gesetz v. 22. 7. 1998, BGBl. I S. 1878; zur Abgrenzungsproblematik vgl. ausführlich *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 11 ff.; ferner *Lenz*, in: *Meilicke/v. Westphalen/Hoffmann/Lenz*, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, 1995, § 1, Rdnrn. 23 ff.; zum Typusbegriff des „Freien Berufs“ ausführlich *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1996, S. 15 ff.

22) Vor dem Hintergrund zunehmender Reglementierung der ärztlichen Berufsausübung wird neuerdings zu Recht kritisch hinterfragt, ob die Zuordnung der ärztlichen Tätigkeit zu den freien Berufen aufrecht erhalten werden kann, vgl. insofern *Ratzel/Lippert*, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 2. Aufl. 1998, § 1, Rdnr. 7; kritisch ebenfalls *Laufs*, NJW 1999, 1759.

23) Ausführlich *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.) (Fn. 13), § 3, Rdnrn. 1 ff.

24) *Sodan* (Fn. 21), S. 84; *Laufs* (Fn. 23), § 3, Rdnr. 1.

25) *Hess* (1997), in: *Narr*, Ärztliches Berufsrecht, S. 396, Rdnr. B 11; *Ahrens*, MedR 1992, 141, 143.

26) Vgl. insofern die ausführlichen Nachweise bei *Sodan* (Fn. 21), S. 84, dortige Fn. 430; ferner *Taupitz* (Fn. 21), S. 46.

27) BVerfGE 9, 339, 351 = NJW 1959, 1579, 1580.

28) BVerfGE 16, 286 ff. = NJW 1963, 1667 ff.

29) Vgl. hierzu *Meyer/Kreft*, GmbH-Rundschau 1997, 193 ff.; *Weber/Vogt-Weber*, Arztrecht 1997, 179 ff.; *Taupitz*, NJW 1996, 3033 ff.

30) Die gewerbsmäßige Überlassung des Personals ist gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG genehmigungspflichtig.

31) Ausführlich *Ahrens*, MedR 1992, 141, 145; zustimmend mit ergänzender Begründung *Taupitz*, MedR 1993, 367, 372 f.

trägt, da seine Existenz unmittelbar von seiner eigenen Arbeitsleistung abhängt. Der Arzt erhält keinerlei Zuwendungen für seine Lebensführung und trägt auch das Risiko der Altersvorsorge in vollem Umfang. Dabei versteht es sich von selbst, daß derartige Modelle die fachliche Unabhängigkeit des Arztes in seiner Berufsausübung gewährleisten müssen. Weisungsrechte Dritter verbieten sich von selbst. Keinesfalls darf die umsatzbezogene Abgabe unangemessen hoch sein, da die getroffenen Absprachen ansonsten gemäß § 138 Abs. 2 BGB nichtig wären³².

2. Niederlassung in eigener Praxis

Kapitel B IV § 17 Abs. 1 MBO bestimmt, daß die Ausübung ambulanter Tätigkeit außerhalb von Krankenhäusern an die „Niederlassung in eigener Praxis“ gebunden ist, soweit gesetzliche Vorschriften nicht etwas anderes zulassen. Unter Niederlassung ist eine zur Ausübung des ärztlichen Berufs geeignete, nach außen angekündigte Stelle zu verstehen³³.

Zum Begriff „Niederlassung in eigener Praxis“ hat das Bundessozialgericht in einer Grundsatzentscheidung vom 16. 3. 1973³⁴, die auch heute noch im Zusammenhang mit der Gründung von Betriebsgesellschaften, Kooperationsmodellen etc. häufig angeführt wird, hervorgehoben, daß die Niederlassung in eigener Praxis keinesfalls die Verfügungsgewalt eines Eigentümers voraussetze. Für die Ausübung des ärztlichen Berufs in eigener Praxis sei es unerheblich, ob dem Arzt das Eigentum an dem Gebäude zustehe oder wie die Eigentumsverhältnisse an der Geräte- und Materialausstattung gestaltet seien. Wesentlich sei, daß „der Arzt in der Praxis seine ärztliche Berufstätigkeit in voller eigener Verantwortung ausführen kann“.

Konkret zum Investitionsrisiko heißt es in der Entscheidung³⁵:

„Seine Freiberuflichkeit kann auch nicht mit dem Hinweis auf das mangelnde finanzielle Verlustrisiko verneint werden. Dieses Merkmal stellt ab auf die Frage des Kapitaleinsatzes und kann deshalb für den Bereich der sozialen Dienstleistungen, zu dem das Gesundheitswesen zu rechnen ist, nicht als entscheidend angesehen werden, wie insbesondere auch die von der KÄV und anderen Stellen übernommenen Umsatzgarantien und einstweiligen Praxisausstattungen für gewisse Praxen deutlich machen. Noch wesentlicher für den Arzt im Gebiet der gesetzlichen Krankenversicherung – das hat seinen Ausdruck in § 20 Abs. 1 ZO-Ärzte und in § 5 Nr. 7 EKV-Ärzte 1963 gefunden – ist das persönliche Tätigwerden. Die eingesetzte Arbeitskraft und Leistung bestimmen den wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit mindestens im gleichen Maße und sind daher wesentliche Faktoren freiberuflichen Risikos. Auch der Kläger trägt insoweit ein wirtschaftliches Risiko, als es maßgebend von seiner Arbeitskraft abhängt, in welchem Umfang seine freiberufliche Tätigkeit Einkünfte erbringt.“

3. Selbständige Berufsausübung in der Gemeinschaftspraxis³⁶

Ärzte dürfen nur Gesellschaftsformen wählen, welche die eigenverantwortliche und selbständige sowie nichtgewerbliche Berufsausübung wahren. Berufsausübungsgemeinschaften sind lediglich als BGB-Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB) sowie als Partnerschaftsgesellschaft zulässig. Die Berufsordnung enthält im übrigen keinerlei weitere Mindestanforderungen an die Ausgestaltung eines Gesellschaftsvertrages.

Die Kriterien der Eigenverantwortlichkeit, Selbständigkeit sowie Nichtgewerblichkeit decken sich mit den Voraussetzungen des in einer Einzelpraxis tätigen Arztes. Eigenverantwortliche Berufsausübung liegt vor, wenn der Arzt bei seiner medizinischen Tätigkeit keinen Weisungen Dritter unterworfen ist³⁷. Das Tatbestandsmerkmal der selbständigen Berufsausübung zeigt die Abgrenzung zu im Beschäftigungsverhältnis tätigen Ärzten auf. Eine Gemeinschafts-

praxis ist mihin nur möglich, wenn sämtliche Gesellschafter ihren ärztlichen Beruf gemeinschaftlich ausüben, ohne daß ein Anstellungsverhältnis vorliegt. Die selbständige Tätigkeit ist abzugrenzen von der Arbeitnehmerstellung. Interessanterweise wird die Arbeitnehmereigenschaft in der neueren arbeitsrechtswissenschaftlichen Literatur durch Gegenüberstellung zum Begriff des Selbständigen definiert³⁸. Während der Selbständige die Eigenvorsorge im eigenen Interesse selbst zu realisieren hat, besteht für den Arbeitnehmer ein umfassender Berufs- und Existenzschutz. Wesentliches Abgrenzungsmerkmal ist hiernach die freiwillige Übernahme des Unternehmerrisikos³⁹. Nach der Rechtsprechung bestimmt sich die Arbeitnehmereigenschaft nach einer Vielzahl von Einzelkriterien, wobei die Übernahme des Unternehmerrisikos nur ein Merkmal neben mehreren ist (z. B. Leistung fremdbestimmter Arbeit, ferner fachliche, örtliche und zeitliche Weisungsgebundenheit, Eingliederung in den Betrieb, soziale Schutzbedürftigkeit, Fremd-nützigkeit der Arbeitsleistung, Zahlung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben)⁴⁰. Anerkannt ist, daß den einzelnen Kriterien lediglich eine indizielle Wirkung zukommt. Im Einzelfall ist eine dezidierte Wertung der Gesamtumstände (Vertragsgestaltung, praktische Handhabung) vorzunehmen⁴¹, was an folgendem Beispiel verdeutlicht wird: Ein angestellter Chefarzt unterliegt regelmäßig, ebenso wie ein Gesellschafter „minderen Rechts“ in Gemeinschaftspraxen, in fachlicher Hinsicht keinerlei Weisungen; andererseits muß es in ärztlichen Gemeinschaftspraxen geplante Organisationsabläufe sowie gegebenenfalls einheitliche Therapieschemata geben, ohne die eine qualifizierte Teamarbeit undenkbar wäre⁴². Erhellend ist der Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 15. 4. 1993⁴³, in welchem der Gesellschafterstatus eines Rechtsanwalts bejaht wurde, obwohl dieser während der vereinbarten Vertragslaufzeit angesichts fehlender Verlustbeteiligung und seiner festen Gewinnbeteiligung kein Unternehmerrisiko zu tragen hatte und auf die Geschehnisse der Sozietät nur beschränkt Einfluß nehmen konnte.

Im Zusammenhang mit der Interpretation des Freiberuflichkeitsbegriffs sowie des Merkmals „Niederlassung in eigener = freier Praxis“ war festgestellt worden, daß die Übernahme eines investiven Risikos nicht vorausgesetzt wird. Modelle der umsatzabhängigen Vergütung wurden ausdrücklich als zulässig angesehen. Die gefundenen Ergebnisse können auf die Gemeinschaftspraxis übertragen werden. Gesellschafts- und berufsrechtlich bestehen keine Bedenken, wenn ein Gesellschafter nicht am Gesellschaftsvermö-

32) So auch *Ahrens*, MedR 1992, 141, 145; *Taupitz*, MedR 1993, 367, 372.

33) *Ratzel/Lippert* (Fn. 22), S. 122; zur Vielschichtigkeit des Begriffs der Niederlassung ausführlich *Schiller*, NZS 1997, 103 ff.

34) BSGE 35, 247, 250.

35) BSGE 35, 247, 252.

36) Soweit im folgenden von der Gemeinschaftspraxis gesprochen wird, gelten die Ausführungen entsprechend für die Partnerschaftsgesellschaft.

37) *Ratzel/Lippert* (Fn. 22), S. 138.

38) *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, Ergänzungsheft zur 8. Aufl., 1999, S. 5; *Richardi*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 1992, § 23, Rdnr. 34.

39) *Schaub* (Fn. 38), S. 5.

40) Vgl. die ausführlichen Rechtsprechungsnachweise bei *Bauer*, in: *Küttner* (Hrsg.), Personalbuch 1999, Stichwort: Arbeitnehmer, Rdnr. 50; ferner *Richardi* (Fn. 38), § 23, Rdnr. 13 ff.

41) *Schaub* (Fn. 38), S. 4; *Richardi* (Fn. 38), § 23, Rdnr. 12.

42) Die Abgrenzung zur gewerblichen Tätigkeit ist in der Praxis von untergeordneter Bedeutung. Lediglich in steuerrechtlichem Zusammenhang ist die Tendenz festzustellen, gerade Laborärzte der Gewerbesteuerpflicht zu unterwerfen.

43) BAG, NJW 1993, 2458.

gen beteiligt ist und die Berechnung des Gewinns nach Maßgabe des individuell erarbeiteten Umsatzes erfolgt. Gerade bei Anwaltssozietäten ist es nicht unüblich, den Gewinn leistungsbezogen zuzuweisen. Es spricht viel dafür, daß auch bei Ärzten der individuell erarbeitete Umsatz – gegebenenfalls unter zusätzlicher Berücksichtigung kapitalmäßiger Beteiligung – für die Gewinnverteilung maßgeblich ist. Was eine eventuelle Verlustbeteiligung betrifft, darf dieser Aspekt nicht überbewertet werden. Auch heute ist es noch so, daß die meisten Praxen einen Überschub erwirtschaften und eventuelle finanzielle Probleme ihre Ursache primär im privaten Bereich haben⁴⁴.

Für den Kern der Berufsausübung erscheint die Einräumung von Mitwirkungs- und Gestaltungsrechten von wesentlich größerer Bedeutung als eine Vermögensbeteiligung. Folgenden Rechten kommt insoweit eine besondere Bedeutung zu⁴⁵:

- Einsichtsrecht in Unterlagen, Kontrollmöglichkeiten;
- rechtliche und tatsächliche Mitbestimmungsrechte;
- Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht (Bankvollmacht);
- Arbeitgeberstatus (Auswahlrecht, Weisungs- und gegebenenfalls Kündigungsrecht).

Im Einzelfall bedarf es einer Gewichtung sämtlicher Umstände. Die Rechtswirklichkeit wird viel zu phantasievoll gestaltet, als daß allgemeingültige Prüfungsschemata zur Abgrenzung des „echten Gesellschafters“ zum „Scheingesellschafter“ vorgegeben werden könnten.

IV. Vertragsarztrecht

Aus § 98 Abs. 2 Nr. 13 SGB V folgt, daß der Gesetzgeber auf die vertragsärztliche Tätigkeit die Grundsätze der Ausübung eines freien Berufs anwendet. Nach § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV ist die gemeinsame Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit nur unter Vertragsärzten zulässig. Weitere Anforderungen an den Gehalt der gemeinsamen Berufsausübung finden sich nicht.

§ 32 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV bestimmt, daß der Vertragsarzt die vertragsärztliche Tätigkeit persönlich in freier Praxis auszuüben hat. Das Vertragsarztrecht geht vom traditionell überkommenen Verständnis der Freiberuflichkeit aus⁴⁶, zusätzliche, über das Berufsrecht hinausgehende Anforderungen an die Gemeinschaftspraxis werden demgemäß nicht gestellt.

Im Zusammenhang mit der vertragsärztlichen Tätigkeit ist allerdings zusätzlich § 20 Abs. 2 Ärzte-ZV zu beachten. Hiernach ist ein Arzt für die Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit nicht geeignet, „der eine ärztliche Tätigkeit ausübt, die ihrem Wesen nach mit der Tätigkeit des Vertragsarztes am Vertragsarztsitz nicht zu vereinbaren ist“. Zweck der Vorschrift ist es, im Interesse des Versicherten die ordnungsgemäße vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen und Interessen- und Pflichtenkollisionen auszuschließen⁴⁷. Das BSG hat zu Recht einen Verstoß gegen § 20 Abs. 2 Ärzte-ZV bejaht, wenn die prozentuale Honorarabführung gegen Gehaltszahlung an den Arbeitgeber erfolgt und die Gesamtumstände auf ein verdecktes Beschäftigungsverhältnis hinweisen⁴⁸. Aus der Rechtsprechung des BSG kann nicht gefolgert werden, daß jede honorarmäßige Beteiligung zur Ungeeignetheit des Vertragsarztes im Sinne des § 20 Abs. 2 Ärzte-ZV führt. Ist die selbständige Berufsausübung ohne Einflußnahme gewährleistet und ergibt sich

aus der Höhe des Abgabesatzes kein Verstoß gegen § 138 Abs. 2 BGB, ist von der vertragsarztrechtlichen Zulässigkeit auszugehen. Auch wird man nicht pauschal behaupten können, die prozentuale Abgabeverpflichtung führe zur Gefährdung des Wirtschaftlichkeitsgebots. Eine niedergelassene Praxis kann nicht ohne Betriebskosten geführt werden. Keinem Vertragsarzt verbleibt das ausgezahlte Honorar in voller Höhe als Gewinn. Insofern besteht kein grundsätzlicher Unterschied, ob Betriebskosten nach tatsächlich entstandenem Aufwand zu tragen sind oder für die Zurverfügungstellung der Ressourcen ein Pauschalbetrag gezahlt wird. Entsprechendes gilt für die Beteiligung am Gewinn innerhalb der Gemeinschaftspraxis. Allein die Verteilung des Gewinns nach Maßgabe individuell erzielter Umsätze führt nicht zur Ungeeignetheit. Anders stellt es sich selbstverständlich dar, wenn die Wertung der Gesamtumstände zur Annahme eines verdeckten Beschäftigungsverhältnisses führt.

V. Zusammenfassung

Die Überlegungen führen zu dem Ergebnis, daß die Gesellschafterstellung in einer Gemeinschaftspraxis nicht mit der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen oder der Übernahme investiver Risiken verbunden sein muß. Auch ist grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, wenn der Gewinn nach Maßgabe des individuell erzielten Umsatzes verteilt wird. Für die Frage, ob eine selbständige Berufstätigkeit vorliegt, kommt es maßgeblich darauf an, ob dem Arzt innerhalb der Gemeinschaftspraxis in ausreichendem Umfang Mitwirkungs- und gegebenenfalls Kontrollrechte zustehen. Die Abgrenzung zu einem verdeckten Beschäftigungsverhältnis kann nur aufgrund einer Wertung der Gesamtumstände erfolgen. Es ist dringend zu empfehlen, die Rechtsposition eines jeden Gesellschafters innerhalb der Gemeinschaftspraxis so auszugestalten, daß die selbständige Berufsausübung klar konturiert ist. Aus pragmatischen Gründen empfiehlt sich darüber hinaus die Beteiligung der Gesellschafter zumindest am immateriellen Praxiswert, da anderenfalls bei Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens keine schutzwürdige Vermögensposition vorliegt. Abschließend sei jenseits rechtlicher Erwägungen hervorgehoben, daß erfahrungsgemäß die zu strikte Beschneidung der Gesellschafterrechte allzu häufig dazu führt, daß der hiervon betroffene Arzt sich als Gesellschafter „minderen Rechts“ fühlt. Die hierdurch entstehende Unzufriedenheit führt oftmals nicht nur zu atmosphärischen Störungen in der Gemeinschaftspraxis, sondern gegebenenfalls zu permanenten Gesellschafterwechseln, was auf lange Sicht dem wirtschaftlichen Erfolg der Praxis nur abträglich sein kann.

44) Zur steuerrechtlichen Mitunternehmerschaft und Mitunternehmerstellung vgl. zur *Wiesche*, DB 1997, 244 ff.

45) Vgl. insofern auch die Stellungnahme der Bundesärztekammer v. 9. 4. 1990 (Fn. 2).

46) *Ahrens*, MedR 1992, 141, 144; vgl. ferner *Sodan* (Fn. 21), S. 34, 147 ff.

47) Ausführlich BSG, MedR 1996, 86, 87, im Zusammenhang mit der Privatisierung einer radiologischen Krankenhausabteilung; ferner BSG, MedR 1997, 515, 517; *Schallen*, Zulassungsverordnung für Vertragsärzte/Vertragszahnärzte, 2. Aufl. 1998, § 20, Rdnr. 256; *Schlammann/Buchner*, NJW 1998, 3401, 3402.

48) So auch *Hess* (1995), in: KassKomm., § 95 SGB V, Rdnr. 43.