

Udo H. Cramer, Markus P. Henkel, Bernd Maier und Gerhard Wimmer<sup>1</sup>

## Ideeller Wert, Praxiskartei und Nutzung der Arztpraxis<sup>2</sup>

### I. Die Entscheidungen

Der BGH hat seine Rechtsprechung zum Schutz der Patientendaten bei der Praxisabgabe fortgeführt. Im Anschluß an die „Patientenkarteientscheidung“<sup>3</sup> hat das Gericht erneut einen Praxisabgabevertrag wegen Verletzung der Patientenschutzvorschriften für unwirksam gehalten<sup>4</sup>. Die abgebende Radiologin erhielt nicht den vollen vereinbarten Kaufpreis. Die Parteien hatten vereinbart, die Karteien der Patienten mit zu veräußern, „soweit diese nicht ausdrücklich widersprechen“. Neu ist, daß der BGH die Regelung zum ideellen Wert der Praxis für so wesentlich hält, daß sie auch durch die im Abgabevertrag der Radiologin enthaltene salvatorische Klausel nicht geheilt werden soll. Eine solche fehlte im vom BGH ebenfalls entschiedenen Fall der nichtigen Abgabe einer Anwaltskanzlei<sup>5</sup>. Damit hatte das Berufungsgericht im Verfahren der Radiologin zu klären, ob und in welcher Höhe der Kaufpreis auf die Kartei entfiel, was verständlicherweise erhebliche Schwierigkeiten bereitete<sup>6</sup>.

Es soll hier nicht erneut zur Patientenkarteientscheidung Stellung genommen werden. Diese hatte in der Standespresse und der Ärzteschaft zunächst allgemeine Ratlosigkeit hervorgerufen, da überall Dritte neben dem direkt Untersuchenden oder Behandelnden, nämlich Studenten, AIPLer, Assistenten in Praxis und Krankenhäusern<sup>7</sup> ungehinderten Zugang zu den Behandlungsunterlagen haben. Die Entscheidung kam auch unerwartet und unvermittelt und wird soweit ersichtlich überwiegend als praxisfern eingestuft<sup>8</sup>. Trotz des überall zunehmenden Datenschutzbewußtseins hatte auch kein Patient das Verfahren geführt, sondern ein Arztkollege, dem bzw. dessen Bevollmächtigtem – wie so oft – eine Verfahrensfrage willkommen war, um den Vertrag zu Fall zu bringen. Inzwischen liegen diverse Gestaltungsvorschläge wie z. B. die „Münchener Empfehlungen“<sup>9</sup> zur Karteiübergabe vor, die die allgemeine Ratlosigkeit nach Bekanntwerden der Entscheidung gemildert haben dürfte.

Vielmehr soll versucht werden darzulegen, daß das Urteil seine Ursache in mangelnder Beschäftigung und damit mangelndem Einblick in die Zusammenhänge der medizinischen, wirtschaftlichen und psychologischen Grundlagen des Arzt-Patient-Verhältnisses hat. Diese Einflußgrößen sollen aus praktischer Sicht dargelegt werden, um auf dieser Grundlage Hinweise für die Gestaltungspraxis und Wertfindung zu geben.

Inzwischen hat das Kammergericht gedankenscharfe Überlegungen zum Wert der Nutzungen einer Zahnarztpraxis anstellen müssen, nachdem der Übergabevertrag mit einer Verwendungsklausel, wonach die Patienten über die Abgabe „in einer entsprechend der Berufsordnung zulässigen Form“ informiert werden sollten, ebenfalls der Nichtigkeit anheimgefallen und nach Bereicherungsvorschriften rückabzuwickeln war<sup>10</sup>. Die Ausführungen zum Nutzungswert der Praxis sollen kritisch überprüft werden und bedürfen der Ergänzung.

### II. Die Bedeutung der Praxiskartei für die Praxisfortführung

Der ideelle Wert einer Arztpraxis liegt darin, daß ein Nachfolger neben der Praxisausstattung samt Räumen (Sachwert) die Patienten- bzw. Zuweiserbeziehungen, die Praxisorganisation inkl. der „Einkaufs“-beziehungen (Medizintechnik, Ausstattung, laufender Praxisbedarf, Leasinggeber, Banken etc.), das Personal, den Bekanntheitsgrad ohne die Anlaufschwierigkeiten einer neu gegründeten Praxis übernehmen kann und dadurch die Chance erhält, das grundsätzlich personengebundene Vertrauen des Patienten auf sich zu übertragen<sup>11</sup>. Es ist erwiesen und von der Rechtsprechung anerkannt, daß darin ein geldwerter, aufgrund von Erfahrungswerten auch bezifferbarer Vorteil liegt, insbes. auch im Vergleich zum „Neugründer“, der am Anfang wegen der erst anlaufenden Praxis zu große insbes. Raum-, Geräte- und (seine eigenen) Arzt-Kapazitäten vorhalten und sich die Organisation der Praxis, verbunden mit u. U. hohem Zeitaufwand, erst erarbeiten muß und meist zunächst mit Verlust, zumindest aber geringerem Gewinn arbeitet.

#### 1. Die Patientenkartei

Bei der Beurteilung des Wertes der Praxiskartei ist zunächst zu bedenken, daß dieser höchst unterschiedlich anzusetzen ist, und zwar aus der Sicht

- des übernehmenden Arztes,
- des Patienten
- sowie in Abhängigkeit vom Fachgebiet der jeweiligen Arztpraxis.

---

Rechtsanwälte *Udo H. Cramer* und *Markus P. Henkel*,  
Öff. best. und vereid. Sachverständiger für Arztpraxen *Bernd Maier*,  
Gottfried-Keller-Straße 20, D-81245 München, und  
Dr. med. *Gerhard Wimmer*, Internist – Sozialmedizin,  
Kabastastraße 4, D-81243 München

---

- 1) Teil III verfaßt nur von *Cramer, Henkel* und *Maier*.
- 2) Zugleich Besprechung der Entscheidungen BGH v. 11. 10. 1995, NJW 1996, 773 = WM 1996, 22; und KG v. 9. 10. 1995, MedR 1996, 220.
- 3) BGH v. 11. 12. 1991, NJW 1992, 737 = MedR 1992, 104 – Orthopäde –.
- 4) BGH v. 11. 10. 1995 (Fn.2) – Radiologin –.
- 5) BGH v. 17. 5. 1995, NJW 1995, 2026, für die ohne Zustimmung ebenfalls unwirksame Übertragung der Akten einer Anwaltskanzlei.
- 6) Der Rechtsstreit zu o. Fn. 3 hat sich inzwischen durch Vergleich vor dem OLG erledigt.
- 7) Rechtlich ist der Unterschied allerdings, daß diese Personen nicht „Dritte“ i.S. des Arztvertrages sind, sondern Erfüllungsgehilfen des Arztes.
- 8) So z. B. *Kamps*, NJW 1992, 1545.
- 9) MedR 1992, 207.
- 10) KG (Fn. 2), MedR 1996, 220 – Zahnarzt –.
- 11) *Narr*, Ärztliches Berufsrecht, 2. Aufl., Rdnr. 1148 (Stand: 1988).

## a) Übernehmer

Der Übernehmer nutzt die Kartei des Abgebers unter normalen Umständen allenfalls als Nachschlagewerk in besonderen Fällen. Z. B. ist es hilfreich, bei schweren chronischen Erkrankungen deren Entwicklung anhand der Dokumentation zu verfolgen. Auch bei größeren Gutachten, z. B. für Versicherungen oder zur Verfolgung von Rentenansprüchen, bietet eine vollständige, sorgfältig geführte Kartei entscheidende Hilfestellung. Entscheidend ist aber dann, daß auch externe Daten wie Röntgen- und Krankenhausbefunde zur Verfügung stehen. Für die Gesamtpraxis gesehen erhält die Kartei wirkliche praktische Bedeutung nur in den Fällen einer ungeplanten, plötzlichen Übernahme der Praxis, wie sie etwa durch den Tod oder eine plötzliche Arbeitsunfähigkeit des früheren Praxisinhabers erforderlich wird. Bei einer von langer Hand geplanten Abgabe der Praxis dagegen, wie sie die Regel ist, schließt der abgebende Arzt möglichst alle Behandlungen ab, um diese abrechnen und auch haftungsrechtlich abschließen zu können.

Aus verschiedenen Gründen (Haftung, Übersichtlichkeit, Organisation, Umstellung auf EDV) und (vielleicht auch nur unbewußten) Gründen der Abgrenzung zu seinem Abgeber-Kollegen wird der Übernehmer in aller Regel mit Übernahme einer Praxis eine neue Kartei anlegen.

Der junge Arzt will neu beginnen – mit dem medizinischen Selbstverständnis seines Abgebers identifiziert er sich nur wenig, denn er

- kommt aus einer anderen (jüngeren) „Schule“,
- hat eine vollkommen andere Ausbildung genossen,
- gehört einer anderen Generation an,

und hat damit grundlegend andere Schwerpunkte in seiner medizinischen Tätigkeit. Er wird deshalb weitgehend das Krankheitsbild der übernommenen Patienten

- mit eigener Anamnese
- und eigenen Basisuntersuchungen

ermitteln.

Die Altkartei – soweit sie überhaupt lesbar ist – verwendet er überwiegend rein informatorisch, um zusätzliche Kenntnisse über den Patienten zu gewinnen, angefangen von der persönlichen Beurteilung aus der Sicht des Abgebers bis hin zu Ergebnissen medizin-technischer Untersuchungen, medikamentöser Therapien u. v. m.

Selbst bei Patienten, die den neuen Arzt zunächst nur wegen eines Wiederholungsrezepts konsultieren, stellt er in aller Regel selbst und nur ausnahmsweise und unterstützend mit der Karte des Abgebers fest, warum und wie der Patient behandelt wurde und warum er z. B. auf ein bestimmtes Medikament eingestellt ist etc.

Im Prinzip betreut der „Neue“ den Patienten so und lernt ihn so kennen, als hätte dieser von sich aus zu einem anderen Arzt gewechselt. Dies passiert im Behandlungsquartal (freie Arztwahl, Chipkarte) millionenfach. Auch diesem neuen Arzt steht ein solches Nachschlagewerk nicht zur Verfügung. Die Kostenträger bezahlen daher mit jedem Arztwechsel mehrfach neue Anamnesen, Diagnostik und auch Therapien – eine Vorschrift, die dazu verpflichtet, die Kartei einzusehen, gibt es nicht. Allenfalls indirekt wirkende Haftungs- und die Wirtschaftlichkeitsvorschriften des SGB V haben wenig praktische Auswirkungen.

Hinzu kommt ein fast banaler Grund: die Karteiführung. Jeder hat andere Vorstellungen und Maßstäbe. In der Regel decken diese sich nicht, so daß schon allein deshalb der Wert für den Übernehmer ein weit geringerer ist als für den Abgeber. Folgende Voraussetzungen für eine wirklich effektiv zu nutzende Kartei sind vor allem maßgeblich:

- übersichtliche und saubere Führung, Sortierung und Lesbarkeit

(z. B. identifizierbare Kürzel) in Bezug auf:

- die Basisdaten (Name, Adresse)
- die medizinischen Eintragungen (Verordnungen, Diagnosen, Anamnesen, Therapien),
- Vollständigkeit
- der gesamten Krankengeschichte (ggf. mit Verweisen),
- mit Fremdbefunden oder Hinweisen auf zusätzliche Ablagen,
- ggf. inkl. Röntgendiagnostikbefunden, Konsiliarbefunden etc.

Die Autoren haben nach langjähriger Tätigkeit auf diesem Gebiet noch keinen Arzt erlebt, der sich im Rahmen der Übernahme einer Praxis derart eingehend mit der Kartei des Abgebers befaßt hätte, um dies alles festzustellen.

Allerdings hat das Patientenkartei-Urteil des BGH<sup>12</sup> indirekte (sicherlich nicht gewollte und in der Konsequenz bedachte) Auswirkungen auf die Modalitäten der Praxisabgabe. Der BGH erwähnt ausdrücklich, daß der abgebende Arzt seine Patienten durch direktes Anschreiben, in dem er die Einverständniserklärung zur Übertragung der Kartei erbittet, auf die Übergabe hinweisen kann<sup>13</sup>. Damit kann ein bisher in dieser Form nicht zulässiger Werbeeffect verbunden sein, der den Wert der Kartei unter einem ganz neuen Aspekt erscheinen läßt<sup>14</sup>. Dabei ist aber zu beachten, daß als Adressenkartei nicht die ganze Kartei samt Aufzeichnungen benötigt wird, sondern nur Name und Anschrift des Patienten. Es liegt nahe, zur Wertbestimmung dieses Werbeeffectes die Preise für solche Adressenkarteien allgemein heranzuziehen, wenn es sich auch um andere Branchen handelt, die sich ansonsten wegen der Besonderheit der Arzt-Patient-Beziehung nicht vergleichen lassen.

Auch eines ist nicht zu verkennen: Der übernehmende Arzt nimmt mit der Altkartei und den damit verbundenen Aufbewahrungs- und Herausgabeverpflichtungen zusätzliche Arbeit und Kosten auf sich. Diese werden erfahrungsgemäß meist unterschätzt.

Zusammenfassend: Der Grund, für das Nachschlagewerk „Kartei“ etwas zu bezahlen, beschränkt sich für den übernehmenden Arzt auf den Werbeeffect sowie in Einzelfällen – der plötzlichen Übergabe – auf die Möglichkeit der Fortführung nicht beendeter Behandlungen.

## b) Patient

Nach Meinung vieler Praktiker kommt der Patient „auf Schienen“ in die Praxis. Er geht die eingetretenen Pfade und merkt erst, wenn er dem Arzt gegenübertritt, daß der Praxisinhaber gewechselt hat. Die Gründe für ein solches Verhalten sind vielfältig: Derselbe Weg, die bekannte Adresse, die gewohnte Praxisatmosphäre, die Helferinnen, die örtliche Nähe, die gespeicherte Telefonnummer. Manchen plagt auch schlicht die Neugier. Die Kartei ist aber bestimmt nicht der Grund. Jeder Patient, der den Arzt wechselt („Doktor-Hopping“), akzeptiert zwangsläufig, daß der neue Arzt ihn erst kennenlernen muß.

Damit zeigt sich, daß auch aus Sicht des Patienten die Kartei kein wesentlicher Grund ist, um den Praxisnachfolger aufzusuchen. Das reduziert deren Wert auch als Werbeargument.

12) BGH (Fn. 3).

13) BGH, NJW 1992, 737, 740.

14) *Narr* (Fn. 11), Rdnr. 1182 Nr. 7 – Postwurfsendung.

## c) Fachgebiet

Die Bedeutung der Kartei ist arztgruppenspezifisch zu sehen. Grundsätzlich kann wohl gesagt werden, daß die Bedeutung umso mehr abnimmt, je weniger eng die Patientenbeziehung aufgrund des Gebietsinhalts des Arztes ist. Insbes. in den Methodenfeldern wie z. B. Radiologie und Nuklearmedizin kommt der Patient nur selten oder wird dem Arzt nicht einmal persönlich bekannt (Labor).

Zudem ist zu beachten, daß Vertreter dieser Fächer nur auf Überweisung tätig sind<sup>15</sup>. Damit steht für den Arzt solcher Fachgruppen die Beziehung zum überweisenden Kollegen im Vordergrund, mit dem er im fachlichen Austausch steht, diejenige zum Patienten ist in der Regel weniger ausschlaggebend<sup>16</sup>. Wichtig für den Bestand der Praxis ist also, daß der Übernehmer aus Sicht der Überweiser deren diagnostische Wünsche ebenso gut oder besser als der Vorgänger erfüllt. Sicherlich ist es hier günstig, wenn für spätere Untersuchungen alte Röntgenbefunde und -bilder noch verfügbar sind, auch als Vergleichsgrundlage (z. B. Mammographie) oder zur Abklärung einer weitergehenden Diagnostik (Stufendiagnostik), z. B. mittels Schnittbildverfahrens nach konventioneller Röntgenuntersuchung. Entscheidend wertbestimmend ist dies jedoch nicht. Meist werden, auch wenn das – § 28 Abs. 4 und 6 RöV, § 10 Abs. 2 bis 4 MBO-Ä – nicht statthaft ist, die Bilder ohnehin den Patienten mitgegeben oder verbleiben beim Überweiser.

So sieht folgerichtig der Übergabevertrag im Radiologie-Verfahren<sup>17</sup> vertraglich auch die Übergabe der Überweiserkartei vor. Diese unterliegt selbstverständlich nicht der Schweigepflicht, da keine Patientendaten offenbart werden. Das Urteil läßt offen, in welcher Form sich dies auf die Nichtigkeit auswirkt.

## 2. Ideeller Wert und Kartei

Damit erschließt sich, daß die Patientenkartei im Rahmen des Praxisübergabevertrages, wenn überhaupt, eine weit untergeordnete Bedeutung hat. Entscheidend wichtig für eine kontinuierliche Praxisfortführung mit Minimierung der Übernahmeverluste sind vielmehr

- die Übernahme des Mietvertrages,
- die Übernahme des Personals,
- die Übernahme der Einrichtung und des „Ambiente“,
- Einführung und ggf.
- Einarbeitung des Nachfolgers.

Je eher es gelingt, mit diesen Maßnahmen das Vertrauen der Patienten zu gewinnen, umso reibungsloser wird der Praxisbetrieb weitergeführt und umso weniger Umsatzeinbußen entstehen. Im Sinne einer Ertragswertbetrachtung (Welche zukünftigen nachhaltig entnehmbaren Überschüsse lassen sich mit der Praxis erzielen?) bestimmt sich im wesentlichen nach diesen Fakten der ideelle Wert<sup>18</sup> und damit – zusammen mit dem Sachwert – der Praxiskaufpreis. Die Kartei hat dabei untergeordnete Bedeutung.

Zuweisungsgebundene Ärzte – wie beispielsweise Radiologen – haben ihr Hauptinteresse an einer Überweiserkartei. Den Übernehmer interessiert hier in erster Linie, welcher Kollege welche Fragestellungen überwiesen hat. Damit kann er die Schwerpunkte und Therapiekonzepte seiner Überweiser kennenlernen und daraus Schlüsse für seine Tätigkeit ziehen.

## 3. Gesperrtes Gebiet

Auch im zulassungsgesperrten Gebiet gem. §§ 99 ff. SGB V hat die Patientenkartei keine entscheidend größere Bedeutung. Im Zusammenhang mit dem Nachbesetzungsverfahren findet man die Ansicht, daß die Übernahme der Kartei grundlegend (mit-)entscheidendes Kriterium für die Beurteilung der Frage sei, ob tatsächlich eine Praxis im Sinne von § 103 Abs. 4 SGB V fortgeführt werde. Nur eine solche ist bekanntlich Schutzgegenstand dieser Vorschrift als

Ausprägung des Eigentumsschutzes nach Art. 14 Abs. 1 GG. Für die Beurteilung dieser Frage ist aber – dies erschließt sich nach dem zuvor Gesagten schon fast ohne Weiteres – das Schicksal der Kartei nicht von entscheidender Bedeutung. Vielmehr kommt es darauf an, daß die Praxis so wie sie „steht und liegt“ weitergeführt wird. Dafür kann die weitere Behandlung der Kartei allenfalls ein (geringfügiges) Teilkriterium sein. Kernfrage ist vielmehr: Führt der Übernehmer die eingeführte Praxis mit Standort, Organisation, Personal und Ausstattung als Sachgesamtheit weiter? Oder kommt es ihm darauf gar nicht an, z. B. weil er alsbald die Räume aufgibt, das Personal kündigt, bzw. dieses ohnehin aufhört, das Inventar verschrottet bzw. entsorgt, also nur an der vertragsärztlichen Zulassung ohne Praxis interessiert ist, z. B., weil er in eine größere bestehende Praxis einsteigen will?<sup>19</sup> Je nachdem, wie sich diese Frage in der Gesamtschau beurteilt, kann von einer Fortführung im Sinne von § 103 Abs. 4 SGB V gesprochen werden oder nicht.

## 4. Vertragsgestaltung

Was ergibt sich daraus für die Gestaltung eines Praxisübergabevertrages? In Frage kommen folgende Regelungen:

- Ausschluß der Übergabe der Kartei,
- ausdrückliche Wertfestlegung zur Kartei im Vertrag
- und Ergänzung der salvatorischen Klausel.

## a) Übergabe ohne Kartei

Damit wird man den Interessen beider Seiten wohl am wenigsten gerecht. Der Abgeber hat zum Ziel, daß er sich mit Abgabe seiner Praxis um die Aufbewahrung und Herausgabe seiner Kartei nicht mehr kümmern muß. Der Übernehmer will zumindest aus Kollegialität – das soll positiv unterstellt werden – das vom Abgeber geleistete Diagnose- und Therapiespektrum berücksichtigen und wenn auch nicht im Regelfall, so doch in besonderen Fällen auf Einzelkarteien zugreifen, wozu er allerdings den (möglichen) Zugriff auf den Gesamtbestand haben muß.

## b) Wertbestimmung

Unter Berücksichtigung dieser Interessenlage kommt als naheliegende Lösung in Betracht, entweder ausdrücklich zu vereinbaren, daß die Kartei keinen selbständigen Wert hat bzw. unentgeltlich erworben wird. Oder der Wert der Kartei wird nach dem oben Ausgeführten als geringer Bruchteil des ideellen Wertes bestimmt, d. s. höchstens 10 %, regelmäßig also etwa DM 5000 bis DM 10 000. Dagegen spricht, daß vor allem der Übernehmer oft keine definitive Wertfestlegung im Vertrag möchte, insbes., wenn noch eine gesonderte Kaufpreisaufteilung in Sachwert und ideellen Wert in Frage steht. Zumindest im Rahmen der zulässigen steuerlichen Bewertungsspielräume möchte er sich mehrere Optionen offenhalten, um die Abschreibungsmodalitäten steueroptimal zu gestalten. Außerdem käme in Betracht, daß aus steuerlicher Sicht der Übernahmepreis nicht voll als Betriebsausgabe beim Übernehmer anerkannt würde, wenn die Kartei unentgeltlich erworben oder deren Wert zu niedrig angesetzt wird.

15) Vgl. § 13 Abs. 4 BMV-Ä, § 7 Abs. 4 AEK-V.

16) Ausnahme z. B.: Mammographie durch den Radiologen, Strahlentherapie.

17) BGH (Fn. 4).

18) Kupsch, BZB 1994, 14 ff.

19) Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Gesundheitsreform 2000 (BT-Dr. 14/1245), nach dessen Art. 1 Nr. 53 a) und Nr. 55 (§§ 101 Abs. 1 S. 1 Nr. 6, 103 Abs. 4 S. 1 u. 2 neu) kleine Praxen in übertarnten Gebieten gegen Erstattung des Verkehrswertes geschlossen werden können und der Vertragsarztsitz von der Ausschreibung ausgenommen werden soll.

## c) Erweiterte Salvatorische Klausel

aa) *Teilnichtigkeit: Gesetzliche Regelung und Vertragsautonomie.* Im Rahmen der Vertragsautonomie bleibt es den Parteien unbenommen, vertraglich die Bedeutung einzelner Vereinbarungen für das Gesamtschicksal des Vertrages festzulegen<sup>20</sup>. Dies bewirkt, daß die Vermutung des § 139 BGB in ihr Gegenteil verkehrt wird<sup>21</sup>. Die Nichtigkeit einer einzelnen Bestimmung führt dann nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages.

Dies setzt jedoch voraus, daß die Nichtigkeit einen abtrennbaren Teil und nicht das gesamte Rechtsgeschäft betrifft<sup>22</sup>. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt eine selbständige Bestimmung in diesem Sinne nicht vor, wenn der Kaufpreis zwar Gegenleistung für die vertragliche Verpflichtung sein sollte, aber eine Aufschlüsselung des Kaufpreisanzeils auf die verschiedenen Teile der Leistung nicht möglich ist<sup>23</sup>. Wie oben dargelegt, ist dies bei Praxiskaufverträgen jedoch regelmäßig nicht der Fall, da ein Kaufpreisanzeil für die Kartei bestimmt werden kann.

Trotz einer salvatorischen Klausel ergreift die Teilnichtigkeit jedoch ausnahmsweise auch dann das gesamte Rechtsgeschäft, wenn der unwirksame Teil von schwerwiegender, grundlegender Bedeutung ist, also so wesentlich ist, daß sein Wegfall den Gesamtcharakter des Vertrages verändert<sup>24</sup>.

bb) *Patientenkartei und Vertragsschicksal.* Ohne eine ausdrückliche Regelung gehen Literatur und Rechtsprechung bisher davon aus, daß die Übernahme der Patientenkartei für die Praxisübergabe von ganz entscheidender Bedeutung ist<sup>25</sup>. Dies wirkt sich auch auf die Beurteilung des Vertragsschicksals im Falle von Rechtsstreitigkeiten aus. Sinn der o. a. Darlegungen war es zu zeigen, daß diese Würdigung regelmäßig nicht dem Parteiwillen entspricht. Beide Vertragspartner haben ganz andere, wichtigere Ziele. Dies bedeutet für die Vertragsgestaltung im einzelnen:

– Die Regelungen zur Patientenkartei sind keinesfalls so bedeutsam für den Vertrag, daß deren Nichtigkeit den Gesamtvertrag erfassen könnte; dies gilt auch, wenn gar keine salvatorische Klausel vereinbart wurde. Hier ist entgegen der Zweifelsregelung des § 139 BGB in aller Regel anzunehmen, daß der Vertrag auch ohne die nichtige Vereinbarung über die Patientenkartei geschlossen worden wäre.

– Die Gültigkeitsregel gilt aber vor allem in Zweifelsfällen, wenn die Parteien nichts Eindeutiges zur Kartei geregelt haben oder unklar ist, welche Bedeutung die Kartei im Rahmen des Gesamtvertrages hat.

Voraussetzung ist aber, daß der vertraglichen Regelung zur Patientenkartei korrespondierend ein bestimmbarer Teil der Gegenleistung zuordenbar ist, also ein bestimmter oder zumindest bestimmbarer Teil des Kaufpreises, der auf die Kartei entfällt.

Deshalb folgender Vorschlag für eine erweiterte salvatorische Klausel:

„Sollten eine oder mehrere Bestimmungen oder sollte ein wesentlicher Teil dieses Vertrages ganz oder teilweise rechtsunwirksam sein oder werden, so berührt dies die Wirksamkeit der übrigen Regelungen des Vertrages nicht. Dies gilt insbesondere für den Fall der Unwirksamkeit von Regelungen zur Übergabe der Patientenkartei.“

## 5. Zusammenfassung

Damit läßt sich zusammenfassen: Weder für den Übernehmer noch für den Patienten läßt sich feststellen, daß der Kartei ein nennenswerter Wert im Rahmen der Übergabe beigemessen würde – noch gar, daß sie ein wesentliches Motiv für die Praxisabgabe oder das Aufsuchen des Nachfolgers bildet. Zudem ist der Wert und die Bedeutung je nach Fachgebiet sehr unterschiedlich zu sehen. Für die Vertragsauslegung im Falle der Teilnichtigkeit der Rege-

lung zur Karteiübergabe sollte berücksichtigt werden, daß es gem. §§ 133, 157, 242 BGB allein auf den Parteiwillen ankommt, also nicht auf Motive oder Anschauungen Dritter. Es ist mithin zu fragen, welche Vereinbarungen die Parteien getroffen hätten, wenn Ihnen die Nichtigkeit der Regelung bekannt gewesen wäre. Unsere o. a. Ausführungen zeigen, daß diese

– zum einen auf jeden Fall den Vertrag hätten bestehen lassen wollen

– und zudem bei gebührender Berücksichtigung der Umstände auch ein Wert für den Kaufgegenstand „Kartei“ feststellbar gewesen wäre.

Gerade im Falle der Radiologin<sup>26</sup> liegt deshalb nahe, daß eher Wertanschauungen anderer als der Vertragsparteien, nämlich jene des Berufs- und Strafrechts aus Sicht der Gerichte, die Auslegung bestimmt haben. Dies wird der Vertragsautonomie in den Grenzen der Rechtsordnung<sup>27</sup> nicht gerecht.

## III. Nutzungswert der Praxis

## 1. Berechnungsweise des Kammergerichts

Das Kammergericht setzt den Wert der Nutzungen der Praxis (ideeller Wert und Sachwert) mit 25 % des durchschnittlichen Gewinns einer (Zahnarzt-)Praxis an, ohne auch nur ansatzweise zu begründen, wie es zu diesem Wert gekommen ist. Es wird apodiktisch behauptet, die persönliche Leistung habe am Gewinn den „überwiegenden Anteil“<sup>28</sup>. Zudem lehnt das Gericht eine Orientierung am Miet- oder Pachtzins wegen der standesrechtlichen Besonderheiten im ärztlichen Bereich ab<sup>29</sup>. Im konkreten Fall führt dies dazu, daß der Bereicherungsgläubiger vom Schuldner – also dem Praxisnutzer – p.a. ca. DM 46 000 an Nutzungsentschädigung erhält, also in etwa 7 % des Kaufpreises von DM 680 000. Dieser Beitrag soll zeigen, daß dies ein offensichtliches Mißverhältnis ist.

Es ist auch unbefriedigend, daß sich das KG mit einer Schätzung begnügt und sich nicht mit den betriebswirtschaftlichen Implikationen beschäftigt hat<sup>30</sup>. Dies führte zu unangemessenen Ergebnissen. Die Leistung des Praxisabgebers, nämlich die Überlassung der eingerichteten und ausgeübten Praxis, wird gegenüber der Arbeitsleistung des Praxisübernehmers unzutreffend, nämlich zu niedrig eingeschätzt. Dies liegt auch daran, daß das KG das Nutzungsentgelt auf der Basis der Vergleichszahlen der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung (KZBV) absolut, also nicht im Verhältnis zum Umsatz der Praxis ansetzt. Es wurde – offensichtlich unter Berufung auf die angeblich notwendige objektive Nutzungswertermittlung<sup>30a</sup> – nicht problematisiert, ob die Durchschnittszahlen der KZBV wirklich ein

20) Mayer=Maly, in: MüKo/BGB, Bd. 1, 3. Aufl. 1993, § 139, Rdnr. 4.

21) Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1992, § 32, 3.

22) BGH, NJW 1962, 913.

23) BGH, NJW 1996, 773, 774.

24) BGH, WM 1973, 900.

25) Narr (Fn. 11), Rdnr. 1149.

26) BGH (Fn. 4).

27) Nach der ausdrücklichen Formulierung der salvatorischen Klausel ist davon auszugehen, daß die Parteien ersatzweise eine rechtsgültige Regelung getroffen hätten und darauf auch ein gegenseitiger Rechtsanspruch besteht.

28) KG (Fn. 2), MedR 1996, 220, 223.

29) KG (Fn. 2), MedR 1996, 220, 222.

30) Anscheinend resultierte dies aus einer unzulänglichen gutachterlichen Beratung, so daß sich das Gericht genötigt sah, sich der Sache selbst anzunehmen.

30a) Dazu unten, sub 3. und 6.

für die Praxis des beklagten Veräußerers anwendbares Umsatz-/Ertragsverhältnis vorgeben.

Angeblich handelte es sich dabei um eine vergleichbare Praxis. Dies kann aber angesichts des Kaufpreises von DM 680 000 mit guten Gründen bezweifelt werden. Wenn man das Umsatz-/Wertverhältnis der Zahlen der KZBV von etwa 2 : 1 zugrunde legt, müßte damit der Umsatz dieser Praxis bei ca. TDM 1200 bis 1400 gelegen haben. Dies ergäbe einen Nutzungswert von ca. DM 490 000, also mehr als das Doppelte des vom KG ermittelten Betrages.

## 2. Problemstellung

Das Urteil zeigt exemplarisch, welche Schwierigkeiten die wirtschaftliche Rückabwicklung von Praxiskaufverträgen nach Bereicherungsrecht bereitet. Objekt der Bewertung ist eine Sachgesamtheit, also die Arzt-/Zahnarzt-Praxis als Wirtschaftsbetrieb in Form der Zusammenfassung von Sachausstattung sowie Personal, Organisation und Vertragsbeziehungen (Goodwill) mit dem Ziel, daß der Betreiber damit seinem Beruf nachgehen und ein Einkommen erwirtschaften kann. Die Rückabwicklung von Sachgesamtheiten ist per se ungleich schwieriger als diejenige von Einzelgegenständen, denn die Arztpraxis als Unternehmen setzt sich aus vielfältigen Komponenten zusammen, die sich noch dazu untereinander bedingen, und umfaßt sowohl Sach- als auch ideelle Bestandteile. Auch die Bewertung und Rückabwicklung immaterieller Vermögensgüter verursacht größere Probleme, wie die einschlägigen bereicherungsrechtlichen Entscheidungen zeigen<sup>31</sup>. Die gebotene sachgerechte Erfassung der einzelnen gegenseitigen Rückgewährpositionen bei einem fehlgeschlagenen Praxiskauf inkl. der beidseitigen Risikobereiche erfordert also eine Einzelanalyse der wirtschaftlichen Gegebenheiten und deren Einordnung in das System des Bereicherungsrechts.

Demnach sind Vorfragen: Was muß der Praxisnutzer zurückgewähren, was bleibt ihm? Welche Erfolgskomponenten sind dem Unternehmen Arztpraxis, welche dem Betreiber (hier – wenn auch nur zeitweilig – dem Nutzenden) zuzurechnen? Wie lassen sich die (zahn-)ärztliche Tätigkeit des Nutzenden einerseits und die Leistungen des Altpraxisinhabers, nämlich die – unfreiwillige – Praxisüberlassung als wirtschaftliche Einheit andererseits angemessen erfassen?

### a) Gewinnkomponenten

Dazu ist es zunächst angebracht, den Leistungserstellungsprozeß in der Arztpraxis mit seinen Erfolgskomponenten zu analysieren. Der Gewinn des Arztes nach Abzug der Praxiskosten ist eine globale Größe, die aus zwei unterschiedlichen Funktionen resultiert:

- der Arbeitsleistung des Arztes und
- der unternehmerischen Tätigkeit inkl. der Finanzierung.

Der Praxisgewinn abzüglich des ärztlichen Tätigkeitsanteils entgelt dem Arzt seine unternehmerischen Funktionen, nämlich die Organisation und Finanzierung des Praxisbetriebes einschl. des eingegangenen Unternehmerrisikos. Je nach Höhe des Gesamtgewinns im Verhältnis zum Arbeitsleistungsanteil, wie er gedanklich näherungsweise mit einem vergleichbaren Arztgehalt unter Berücksichtigung der sozialen Nebenleistungen und unterschiedlichem Tätigkeitsinhalt am Krankenhaus angesetzt werden kann<sup>32</sup>, bestimmt sich der eigentliche Ertragswert der Praxis. Dieser Unternehmerlohn kann selbstverständlich auch entfallen oder sogar negativ sein, nämlich wenn die Praxis keinen über die Tätigkeitsvergütung hinausgehenden Gewinn abwirft oder dieser darunterliegt<sup>33</sup>.

Dabei sind grundsätzlich zwei Einflußgrößen zu unterscheiden, nämlich die Kosten- und die Erlösseite:

- Bekanntlich hat tendenziell eine gut beschäftigte Praxis aufgrund des Kostendegressionseffekts (Grenzkostenkurve)

einen höheren Gewinn pro Sprechstunde, weil die Praxiskosten nicht proportional zur Beschäftigung steigen. Da der Arzthonoraranteil daran, gerechnet wieder pro Sprechstunde, im wesentlichen konstant bleibt, wirkt sich dies entscheidend auf den Unternehmergewinn pro Stunde aus<sup>34</sup>.

– Der Unternehmergewinn spiegelt auch die betriebliche Ressourceneffizienz wider: Setze ich zum Beispiel mein Personal rationell ein oder kaufe günstig ein (Fall: Zahnlaborleistungen!), liegt mein Unternehmergewinn höher als beim durchschnittlichen (Zahn-)Arzt.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Praxiskosten in die Gebührenordnungen ohne betriebswirtschaftliche Kalkulation, die diese Bezeichnung verdient, eingehen<sup>35</sup>. Die tendenziell eher pauschale ärztliche Vergütungsstruktur bewirkt entscheidende Rationalisierungseffekte mit der Folge eines steigenden Unternehmergewinns allein durch Wachstum<sup>36</sup>. Erst langsam gewinnt der Abstaffelungsgedanke Gestalt und Berücksichtigung, wonach in den Gebührenordnungen mit zunehmender Menge die Vergütung pro Leistung sinkt, weil mit steigender Beschäftigung auch die Kosten pro Leistungseinheit zurückgehen<sup>37</sup>.

Dadurch wird deutlich, daß ohne Berücksichtigung der Betriebsgröße und der Organisationsstruktur der Praxis sich systembedingt falsche Ergebnisse bei der Erfolgsermittlung als Ausgangspunkt der Nutzungswertermittlung zeigen.

### b) Praxisveränderungen

Erschwert wird das Problem dadurch, daß meist ein längerer Zeitraum in Frage steht, während dem die Beteiligten auf die Wirksamkeit des Praxisverkaufs vertrauen und selbst nach Klageerhebung beide nicht zuverlässig wissen, wie der Fall entschieden wird, ob also wirklich nach Rechtskraft der Entscheidung die Praxis zurückzugeben ist oder ob der Übernehmer sie behalten kann. Es kann also sein, daß der „Neue“ schon wesentlich investiert hat. Oder er ist der Typ „jung-dynamischer Unternehmerarzt“, der nach der Übernahme „so richtig loslegt“, um sich, dem Umfeld und dem Abgeber zu zeigen, wie man es richtig macht. Vielleicht ist er aber auch eher von der Art „Privatier“, der seine Praxis am Frühschicht schließt und die Hälfte des Personals des vordem rackenden Seniors entlassen hat.

Insbes. bei längeren Nutzungszeiten kann sich also die Praxis erheblich verändert haben. Dies kann z. B. daran liegen, daß der Nutzer

- die Patienten anders behandelt hat,
- einen anderen Ruf genießt oder
- die Praxis anders organisiert und geführt hat.

31) Übersicht bei *Thomas*, in: *Palandt*, BGB, 58. Aufl. 1999, § 812, Rdnrn. 28 ff., § 818, Rdnrn. 22 ff.

32) So trennen auch die gebräuchlichsten Praxisbewertungsmethoden (Ärztekammer-Methode und Ertragswertverfahren) die Arzttätigkeit von anderen Ertragskomponenten, vgl. dazu ausführlich *Cramer*, *MedR* 1992, 313 ff., 314.

33) Dies ist das Thema der sog. Selbstausbeutung, insbes. auch dann, wenn die mittätige Ehefrau kein Gehalt erhält.

34) Statistisch nachgewiesen für hier interessierende Zahnarztpraxen durch die Kostenermittlungen nach Größenklassen des Statistischen Bundesamtes, Kostenstruktur bei Arzt-, Zahnarzt- und Tierarztpraxen, Reihe 1.6.1, 1995, S. 52 f.

35) Nach wie vor werden ärztliche Gebühren ausgehandelt. Es finden sich allenfalls erste Ansätze ernst zu nehmender Kalkulationen, einhergehend auch mit dem Argumentationsdruck in den Honorarverhandlungen und bei Streitigkeiten über die angemessene Honorierung. Anschaulich dazu BSG v. 3. 3. 1999 – B 6 KA 8/98 R –, *Der Radiologe* 1999, 98 ff.

36) Infolge der Personalabhängigkeit insbes. sprunghaft bis zur Notwendigkeit der Einstellung weiterer Kräfte.

37) Vgl. die frühere Großgerätevergütungsregelung in § 87 Abs. 2a SGB V und die zahnärztliche Degressionsregelung in § 85 Abs. 4b SGB V.

Das Bild kann sich zwischen zwei Extremen bewegen:

– Im günstigsten Fall erhält der Bereicherungsgläubiger eine florierende Praxis zurück unter Bedingungen, die ein Weiterarbeiten für ihn selbst oder einen Dritten voll umfänglich ermöglichen,

– oder aber eine (technisch wie ideell) abgewirtschaftete Rumpfpraxis, die möglicherweise nur noch aufzugeben ist. Dies gilt insbes., wenn z. B. der Praxiskäufer sich „um die Ecke“ niederläßt und die (inzwischen eigenen) Patienten mitnimmt und/oder weil wegen einer Zulassungssperre die erneute Betriebsaufnahme für den Abgeber unmöglich ist. Denn dann hat im Regelfall der Senior seine Zulassung zu Gunsten des Juniors abgegeben und kann deshalb selbst nicht mehr vertragsärztlich praktizieren. Andererseits ist die Praxis bei Niederlassung des Juniors „um die Ecke“ auch an einen Dritten sicherlich nur mit großem Verlust zu veräußern.

Der Praxiskäufer hat also die Praxis nicht nur genutzt, sondern (im positiven Sinne) gepflegt oder (im negativen Sinne) abgenutzt.

Es gilt mithin, unter der Forderung eines möglichst billigen Bereicherungsausgleichs diesen betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten (vorstehend a)) und Entwicklungen (vorstehend b)) Rechnung zu tragen und sie den Bereicherungsbeteiligten nach den Grundsätzen der §§ 812 ff. BGB zuzuordnen.

### 3. Berechnungsmethoden zum bereicherungsrechtlichen Nutzungswert

Bereicherungsrechtliche Ausgangslage ist, daß der Käufer die Praxis zurückzugeben hat und der Verkäufer den Kaufpreis (§ 812 BGB). Der Käufer hat außerdem die gezogenen Nutzungen zu erstatten (§§ 812, 818 I BGB) oder dafür im Falle der Unmöglichkeit Wertersatz zu leisten (§ 818 II BGB). Durch die Saldotheorie<sup>37a</sup> sind diese Posten Positionen einer Gesamtrechnung.

Genutzt wird vom Käufer die Sachausstattung der Praxis sowie der Patientenstamm, also der Sachwert und der ideelle Wert der Praxis als Gesamtvermögenswert. Dagegen trägt der Käufer die Betriebskosten der Praxis (Raummiete, Personalkosten etc.) selbst, so daß dafür kein Ausgleich zu leisten ist.

Der Nutzungswert ist nach ganz h. M. zunächst objektiv zu bestimmen, nämlich als Möglichkeit, durch das Zurverfügung-Stellen der Praxis in dieser ärztlich/zahnärztlich tätig zu sein<sup>38</sup>.

#### a) Maßstab Mietzins oder Pacht

Dazu führt das KG aus, daß für die Bestimmung des objektiven Nutzungswertes nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich der übliche Miet- oder Pachtwert ein zulässiger Maßstab sei<sup>39</sup>. Da die Verpachtung einer Arztpraxis aber berufsrechtlich unzulässig und daher insoweit auch kein Markt vorhanden sei, gäbe es für einen marktüblichen Pachtzins keine genügenden Anhaltspunkte.

Die Verpachtung im Sinne einer erfolgsabhängigen Praxisgewinnabführung wird nach wie vor berufsrechtlich als unzulässig angesehen. Dies gilt jedoch nicht für umsatzbezogene Entgeltvereinbarungen, wie das Beispiel der berufsordnungsmäßig in vielen Punkten gleichbehandelten Apotheker zeigt: dort bestehen gegen die weit verbreitete umsatzabhängige Geschäftsraummiets keine Bedenken<sup>40</sup>. Entsprechende Modelle sind in der Ärzteschaft, wohl auch infolge früher engerer Behandlung, allerdings noch Seltenheit, so daß sich verbreitete Marktgepflogenheiten nicht feststellen lassen<sup>40a</sup>. Nicht zuletzt fehlt es deshalb auch an üblichen Kalkulationsgrundlagen.

Die Vermietung im Sinne einer erfolgsunabhängigen Zahlung über einen bestimmten oder unbefristeten Mietzeitraum – möglicherweise mit Anpassungsklausel – ist dagegen grundsätzlich anders zu sehen, da die Miete keine er-

folgsabhängige Komponente beinhaltet. Dies verkennt das KG. Es gibt dafür auch ausreichend Beispiele in der Praxis. Die meisten Praxisräume sind gemietet und oftmals vom Vermieter mit – unterschiedlicher – Ausstattung versehen, so daß genügend Vergleichsmaßstäbe bestehen. Auch Leasing von Geräten ist faktisch in diesem Sinne eine Miete, auch für die Praxisausstattung wäre damit ein ausreichend repräsentativer Maßstab vorhanden. Unabhängig davon wäre ein angemessener Mietzins auch betriebswirtschaftlich kalkulierbar. Bestandteile des Mietzinses sind vor allem der voraussichtliche Wertverlust des Mietobjekts, der Kapitalzins, der Risikozuschlag einschließlich Unternehmerlohn, wobei Bemessungsgrundlage auch der Zustand ist, in dem die Mietsache zurückzugeben ist (Substanzverlust). Die Gesamtkalkulation kann auch anhand der voraussichtlichen Erneuerungsaufwendungen erfolgen.

#### b) Wertminderung (BGH v. 25. 10. 1995 – Everetz I / Cugher)

Gegen die Nutzungswertberechnung der vergleichbaren Miete sprechen jedoch elementare bereicherungsrechtliche Grundsätze. Dies wird besonders deutlich, wenn man die Entscheidung des BGH zur Nutzung von Produktionsstraßenelementen vom 25. 10. 1995 heranzieht<sup>41</sup>. Danach scheidet eine Berechnung der Nutzungen nach dem Mietwert nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts deshalb aus, weil der Bereicherungsgläubiger nicht in den unverdienten Genuß fiktiver Mieterträge gelangen soll.

Statt des Mietwertes setzt der BGH den Nutzungswert mit dem Wert der Anlagen zum Zeitpunkt der Ingebrauchnahme abzüglich des nutzungsabhängigen Wertverlustes bezogen auf die voraussichtliche Gesamtnutzungsdauer gleich (zeitanteilige lineare Wertminderung)<sup>42</sup>.

### 4. Ertragswertminderung als Nutzungswert – Methodik

Diese Nutzungswertberechnung kann aber genauso wie für die Sachwerte der Einzelgegenstände auch für die Gesamt-

37a) Dazu Thomas (Fn. 31), § 818, Rdnr. 48 m.w.N.

38) H. M., vgl. BGHZ 99, 244, 248; 82, 299, 307 f.; BGH, DB 1966, 738, 739; BGH, JR 1954, 460, a. A.: *Koppensteiner*, NJW 1971, 1769.

39) KG (Fn. 2), MedR 1996, 220, 222.

40) Vgl. *Ahrens*, MedR 192, 141 ff. m.w.N. In den meisten ärztlichen Berufsordnungen gibt es keine ausdrückliche Verbotsvorschrift. Vielmehr wird das Verbot der Beteiligung von Dritten am Ertrag des Arztes aus dem Gebot der Niederlassung in eigener Praxis (vgl. z. B. § 17 MBO-Ä 1997) oder aus dem Gebot der fachlichen oder wirtschaftlichen Unabhängigkeit geschlossen. Das Bild ist der unabhängige Arzt, an dessen Tätigkeitsumfang und dessen Erfolg Dritte regelmäßig nicht teilhaben sollen. Oft ist die Grenze schwer zu ziehen, wenn man an erfolgsabhängige Finanzierungen, Stellvertreterpraxen und Betriebsgesellschaften (Kosten-GmbHs) etc. denkt.

40a) Am ehesten findet man erfolgsbezogene Vereinbarungen bei gewerblichen Betreibergesellschaften von Ärztehäusern in den neuen Bundesländern, die aber auf den hier vorliegenden Fall nicht zu übertragen sind.

41) BGH (8. Senat), NJW 1996, 250 ff.

42) BGH (Fn. 41), Leitsatz und S. 251. Darin sei kein Widerspruch zu anderen Entscheidungen zu sehen, da es dabei um andere Fallgruppen ging (vgl. BGH, NJW 1987, 2869 – Warenzeichenverletzung; BGH, NJW-RR 1992, 872 – Patent- und Gebrauchsmusterverletzung; BGH, NJW 1992, 1157 – Fotografie; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 113 – Computerprogramm), im übrigen (BGH, WM 1978, 1208 – Maschinen) halte er an seiner Rechtsauffassung nicht mehr fest. A. A.: *Gursky*, JR 1998, 7 ff.: Dieser Ansatz stelle insbes. den bösgläubigen Konditionsschuldner zu gut. Er greife auch zu kurz, weil er die Sonderregelungen nach §§ 818 ff. BGB nicht berücksichtige. In BGH, WM 1998, 1736, legt der Kartellsenat bei Rückabwicklung eines Patentlizenz- und Know-how-Vertrages die angemessene und übliche Lizenzgebühr zugrunde, ohne daß der Gegensatz zur Entscheidung des 8. Senats problematisiert würde.

praxis durchgeführt werden. Damit würde das vor allem zur Ermittlung des angemessenen Kaufpreises für Arztpraxen immer mehr im Vordringen begriffene Ertragswertverfahren auch in das Bereicherungsrecht Eingang finden. Dieses ermittelt den Praxiswert nicht mehr getrennt nach ideellem Wert und Sachwert, sondern als einheitlichen Wert mit der Fragestellung: Welche dauerhaften entnehmbaren Überschüsse können mit dieser Praxis erzielt werden?<sup>43</sup> Damit besteht die Aufgabenstellung darin zu ermitteln, wie sich der Gesamtwert der Praxis im Nutzungszeitraum verändert hat. Die Differenz ist in der Höhe als Nutzungswert auszugleichen, als dieser nach den bereicherungsrechtlichen Vorschriften ersatzfähig ist.

Notwendig dazu ist zunächst die Bestimmung der üblichen Nutzungsdauer der einzelnen Bestandteile des Ertragswertes, also der einzelnen Praxisgegenstände und der Einrichtung (Sachwert) und des ideellen Wertes. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der ideelle Wert einer Arztpraxis infolge der Personengebundenheit einer schnellen Verflüchtigung unterliegt.

Die Nutzungswertermittlung des ideellen Wertes hat von Folgendem auszugehen:

– Der ideelle Wert verflüchtigt sich gemäß Ärztekammernmethode<sup>44</sup> „rasch“, gemäß den Bewertungsgrundsätzen der Bayerischen Landes Zahnärztekammer<sup>45</sup> in drei bis fünf Jahren.

– Der Sachwert nutzt sich ebenfalls ab. Die Zeitdauer ist abhängig vom Wert bei Übernahme, also dem Alter des Inventars. Im Regelfall wird bei einer üblichen Praxis mit durchschnittlicher Altersstruktur des Inventars und dessen Zustand von einer Restnutzungszeit von ca. 5–6 Jahren ausgegangen.

– Bei einer durchschnittlichen Praxis lag noch bis vor wenigen Jahren die Gesamtnutzungsdauer, also die des ideellen und des Sachwertes, bei durchschnittlich 4–6 Jahren. Dieser Zeitraum hat sich, insbes. wegen technischer Entwicklungen, Verschärfung der Qualitätssicherungsvorschriften etc., erheblich verkürzt.

– Für den ersten Bewertungsstichtag – also den der Gebrauchsüberlassung – kann der Kaufpreis der Praxis ein nützlicher Anhaltspunkt sein<sup>46</sup>. Auf den Wert bei Praxisübernahme haben sich beide Parteien marktgerecht geeinigt. Dieser liegt fest. Unter Berücksichtigung der Zeitdifferenz zwischen Kauf und Nutzungsüberlassung und der Tatsache, daß Wert und Preis sich oft unterscheiden<sup>47</sup>, kann diese Angabe die Wertermittlung plausibler machen. Vorteilhaft wäre dabei zu wissen, welche Aspekte den Einigungswert beim Praxisverkauf vor allem bestimmt haben.

Unter Berücksichtigung dieser Wertermittlungsgrundsätze zeigt sich, daß das Kammergericht zu unzutreffenden Ergebnissen gekommen ist. Der durchschnittlich bezahlte Praxispreis betrug nach den – richtigen – Zahlen des Gerichtes:

(BRD-West) Zahnärzte 1991:	
Sachwert	DM 181 535
Ideeller Wert	<u>DM 105 881</u>
Gesamtpreis	DM 287 416

Dem liegen folgende Erfolgszahlen zugrunde:	
Umsatz	DM 572 816
Kosten	<u>DM 389 355</u>
Einnahmeüberschuß	<u>DM 183 461.</u>

Bei der durchschnittlichen Nutzungsdauer von fünf Jahren würde sich für die streitgegenständliche Praxis Anfang der 90er Jahre damit ein Nutzungswert p.a. von:

$$\text{DM } 287\,416 : 5 = \text{DM } 57.483, \text{ also ca. } \underline{\underline{\text{DM } 57\,500}}$$

ergeben. Dieser Betrag war schon für damalige Verhältnisse zu niedrig. Dies zeigt auch folgende Gegenprobe: Auf der Basis des vom Kammergericht errechneten Nutzungsentgelts von DM 45.865 p.a. errechnet sich eine durchschnittliche Nutzungsdauer für eine durchschnittliche Praxis von gerundet 6,3 Jahren (DM 287 417 : DM 45 865). Dieser Zeitraum ist bei weitem zu lang.

#### 5. Ertragswertminderung als Nutzungswert – Berechnung

Es hat sich gezeigt, daß sowohl die Praxiswerte als auch die Umsätze, Kosten und Erträge einzelner Praxen sehr unterschiedlich sind. Objektive Wertermittlung heißt nicht, daß alle Vergleichsgrundlagen über einen Kamm geschoren werden. Das Ergebnis zu vorstehend sub 4. muß mit der konkreten Praxis abgeglichen bzw. ins Verhältnis gesetzt werden, da die praxisbezogenen Rahmenbedingungen etc. denen des BRD-Durchschnittes sicher nicht gleichen. Das geht schon aus den tatsächlichen Daten hervor: Die Klägerpraxis hat DM 680 000 gekostet, das ist in etwa das Zweieinhalbfache der Durchschnittspraxis. Damit wird auch der oben sub III. 2. a) festgestellten unterschiedlichen Rentabilität nach Praxisgrößen Rechnung getragen.

Berücksichtigt man diese Zahlen, so errechnet sich folgender realistischer Nutzungswert einer durchschnittlichen Zahnarztpraxis nach den gegenwärtig aktuellen Verhältnissen:

	Kaufpreis	Nutzungs- dauer	Nutzungswert
Sachwert Praxis	DM 181 535	5–7 Jahre	DM 25 900 – 36 300
Ideeller Wert	<u>DM 105 881</u> DM 287.416	2–3 Jahre	<u>DM 35 300 – 52 900</u> DM 61 200 – 89 200

Arithmetisches Mittel des Nutzungswerts p.a. DM 75 200.

Wir haben in Übereinstimmung mit der Bewertungspraxis dabei Bandbreiten vorgegeben, die verdeutlichen sollen, daß sich je nach Alter und Verflüchtigung unterschiedliche Nutzungswerte ergeben können. Danach ist der Praxiswert nach 3,8 Jahren abgenutzt, ein sehr viel realistischerer Wert als die vorstehend ermittelten 6,3 Jahre. Bezogen auf die Gewinne der Durchschnittspraxis (s. o.) errechnet sich daraus ein Nutzungsanteil am Gesamtgewinn von knapp 38 % im Mittel.

Wir halten diesen Wert für weitaus realistischer als die vom KG ermittelten 25 %.

Der Unterschied resultiert daraus, daß das Kammergericht die Bundeszahlen viel kleinerer Praxen auf die streitgegenständliche übertragen hat, was wie ausgeführt nicht sachgerecht ist. Zieht man die Zahlen vergleichbarer Praxen heran, kommt man zu höheren Nutzungswerten. Daß diese möglicherweise nicht im angemessenen Verhältnis zum Gesamtgewinn stehen, steht auf einem anderen Blatt. Dies zeigt, daß im streitgegenständlichen Fall wahrscheinlicher der Kaufpreis zu hoch war.

#### 6. Sonderfälle

Der vorstehende Nutzungswert geht von dem Normalfall aus, in dem der Käufer

43) Vgl. dazu: Cramer, MedR 1992, 313, 315; Cramer/Henkel, Der Radiologe 1997, 94 ff., 123 ff.; Kupsch, BZB 1994, 14 ff.

44) DÄBl. 1987, 926 ff.

45) Kupsch, BZB 1994, 14 ff.

46) Nach BGH, NJW 1980, 229, 230, haben sich Wertermittlungen auch an üblichen Marktpreisen zu orientieren.

47) Vgl. dazu Maier, in: Scheuffler/Deutsch (Hrsg.), Die Arztpraxis als Unternehmen, Kap. Praxisbewertung, S. H 17.

- die Praxis nutzt, ohne eigene Investitionen zu tätigen,
- im üblichen Umfang ärztlich und unternehmerisch tätig ist,
- den ideellen Wert der Praxis, also den Patientenstamm während der Nutzungszeit weitgehend (je nach Nutzungsdauer) erwirbt, so daß er für den Abgeber nach Rückgewähr der Praxis nicht oder fast nicht mehr nutzbar ist.

Folgende besonderen, aber nicht unwahrscheinlichen Umstände können das Ergebnis mehr oder weniger deutlich verändern:

#### a) Vollständige Rückübertragung

Tritt der – insbes. im gesperrten Gebiet – seltene Fall ein, daß der Abgeber tatsächlich seine alte Praxis vollständig wiedererlangt, wäre der zwischenzeitlich vom Übernehmer gepflegte Patientenstamm in seinem ideellen Wert gegenzurechnen (Saldotheorie). Dies würde im gesperrten Gebiet aber bedeuten, daß der Übernehmer auch die erworbene Zulassung zurücküberträgt. Diese Fälle sind am ehesten denkbar, wenn der Erwerber, z. B. in einer Großstadt, sich in einem anderen Stadtteil niederläßt oder die Stadt verläßt. Immerhin muß dann auch der Zulassungsausschuß mitspielen und der Rückübertragung nach den Auswahlkriterien des § 103 Abs. 4 SGB V zustimmen.

#### b) Praxisumfang

Der Bereicherungsgläubiger muß – zumindest nach Eintritt der verschärften Haftung, also meist nach Rechtshängigkeit – die Praxis pflichtgemäß weiterführen. Dies bedeutet:

– Aufgrund der verschärften Haftung nach den §§ 818 Abs. 4, 292 Abs. 2, 987 BGB müssen ab Rechtshängigkeit alle schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen ersetzt werden. Dies würde bedeuten, daß alle Ertragswertschmälerungen, die darauf beruhen, daß der nutzende Arzt die Praxisausstattung nicht wie üblich genutzt hat, z. B. weil er die Praxis nur halbtags ausübte und dadurch Patienten abwanderten, zu ersetzen wären. Er könnte auch nicht einwenden, der Nutzungswert des Inventars liege niedriger als bei der vorher voll ausgeübten Praxis.

– Andererseits muß dem Käufer ein Anwachsen der Praxis aufgrund persönlicher Mehrleistung zugute kommen, wenn z. B. der nutzungsbedingte Wertverlust des Inventars ganz oder teilweise durch den daraus resultierenden Anstieg der Patientenzahlen, also des ideellen Werts kompensiert wird und er dadurch per Saldo eine geringere Nutzungsentschädigung zu leisten hat als im Normalfall. Das gleiche gilt, wenn der Praxisgewinn durch eine bessere Personalstruktur und -organisation des Nutzenden steigt.

Die Grenze ist abgesteckt durch das Institut der aufgedrängten Bereicherung<sup>48</sup>: Der Verkäufer muß dann nicht

seinerseits einen ggf. entstehenden Mehrwert der Praxis abgelten bzw. sich einen dadurch bewirkten geringeren Nutzungswert abziehen lassen, wenn er davon keinen Nutzen hat, z. B. als Senior nicht mehr eine größere Praxis als vorher führen will, die ihm aber aufgrund der angewachsenen Patientenzahlen aufgedrängt wird.

#### c) Investitionen und werterhöhende Reparaturen

Aufwendungen für notwendige Neuanschaffungen, z. B. für ersetztes Inventar oder auch für werterhöhende Reparaturen, wären – ggf. anteilig – ersatzfähig oder würden die Nutzungsentschädigung mindern (§§ 818 Abs. 4, 292 Abs. 2, 994 Abs. 2 BGB, Saldotheorie). Zu keiner Minderung würden dagegen zusätzlich – z. B. infolge Leistungsausweitung – beschaffte Geräte führen, wenn diese nicht notwendig sind oder für den Abgeber kein Interesse haben; auch hier sind also die Grundsätze der aufgedrängten Bereicherung anzuwenden. Diese Geräte müßte der Käufer entfernen bzw. ohne Anspruch auf Wertersatz belassen; das letztere gilt auch für nicht notwendige Geräteaufrüstungen oder auch Praxisrenovierungen.

#### 7. Zusammenfassung

Die Anwendung des Ertragswertverfahrens auch im Bereicherungsrecht zeigt, daß auch in diesem Bereich sachgerechte und betriebswirtschaftlich begründete Ergebnisse zum Nutzungswert der Arztpraxis erzielt werden können. Allerdings kann dies – wie bei der Wertermittlung anlässlich von Veräußerungs- oder Aufnahmevergängen auch – mit hohem Ermittlungsaufwand verbunden sein. Die meist nicht zu umgehende Einschaltung eines erfahrenen Gutachters, verbunden mit dessen Praxisanalyse, wird aber voraussichtlich zu einer adäquaten Nutzungswertermittlung führen, da die Einflußgrößen des Praxiserfolgs im Vergleich zur üblichen gleichwertigen Praxis offenkundig und die Veränderungen und deren Ursachen aufgedeckt werden. Unverzichtbar ist allerdings, daß dabei die normativen Vorgaben des Bereicherungsrechts beachtet werden. In der Praxis bedeutet dies, daß der Gutachter in enger Abstimmung mit dem Gericht, außergerichtlich mit den befaßten Rechtsanwälten, rechtliche Vorgaben erhält, die er seinen Berechnungen zugrunde zu legen hat.

48) Vgl. Gursky (1993), in: Staudinger, BGB, 13. Bearb., § 951, Rdnrn. 40 ff.; sowie die einschl. Rspr. des BGH, referiert bei Bassenge, in: Palandt (Fn. 31), § 951, Rdnrn. 18 ff.; Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. 1999, Rdnr. 899, plädiert ausdrücklich für die Anwendung eines „subjektiven Maßstabes“ mit der Fragestellung, was sich der Begünstigte wirklich zunutze macht.