

Ausgewählte Probleme der in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeübten ärztlichen Gemeinschaftspraxis

von Rechtsanwalt Dr. Bernd Luxenburger

Einleitung

1.

Nach § 22 der (Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte - MBO-Ä-1997 - sind zur gemeinsamen Berufsausübung (nur) die in Kapitel D Nrn. 7 - 11 geregelten Berufsausübungsgemeinschaften von Ärzten (Gemeinschaftspraxis, Ärztepartnerschaften), Organisationsgemeinschaften unter Ärzten (z.B. Praxisgemeinschaften, Apparategemeinschaften) und die medizinischen Kooperationsgemeinschaften sowie der Praxisverbund zugelassen. Dementsprechend heißt es unter D „ergänzende Bestimmungen zu einzelnen ärztlichen Berufspflichten“ in der MBO-Ä-1997 unter II. „Formen der Zusammenarbeit (Gemeinschaftspraxis, Partnerschaft, medizinische Kooperationsgemeinschaft, Praxisverbund“ in Nr. 8:

(1) Für die Berufsausübungsgemeinschaft dürfen Ärzte nur Gesellschaftsformen wählen, welche die eigenverantwortliche und selbständige sowie nicht gewerbliche Berufsausübung wahren. Solche Gesellschaftsformen sind die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) für die Gemeinschaftspraxis und die Partnerschaftsgesellschaft für die Ärztepartnerschaft. Es dürfen sich nur Ärzte zusammenschließen, welche ihren Beruf ausüben. ...

Ob dieser numerus clausus zulässiger Gesellschaftsformen für eine ärztliche Kooperation - etwa in Ansehung von Art. 12 GG - verfassungskonform ist, erscheint zumindest fraglich. Begründet wird die Begrenzung der Formenwahl - soweit es um Berufsausübungsgemeinschaften geht - auf BGB-Gesellschaft und Partnerschaftsgesellschaft damit, dass dies die einzigen Gesellschaftsformen seien, in denen die Eigenverantwortlichkeit und Selbständigkeit ärztlicher Berufsausübung gewahrt seien.¹ Das erscheint zumindest fraglich, denn die Ausübung des freien Berufes eines Rechtsanwaltes in der Gesellschaftsform einer GmbH oder gar einer Aktiengesellschaft ist zwischenzeitlich anerkannt.²

¹ Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Regelungen gemeinschaftlicher Berufsausübung von Vertragsärzten vgl. Sodan, NZS 2001, 169 ff.

² vgl. zur Rechtmäßigkeit der Anwalts-GmbH etwa BayObLG NJW 1995, 199, zur Entstehungsgeschichte der Anwalts-GmbH Zuck, Anwalts-GmbH 1999, S. 1 ff.

Dem gegenüber geht die MBO-Ärzte ersichtlich davon aus, dass die ambulante Ausübung ärztlicher Heilkunde in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, damit auch in der Form einer Ärzte-GmbH oder Heilkunde-GmbH unzulässig sei.³

Der interessanten Frage der rechtlichen Zulässigkeit des sich aus § 22 MBO ergebenden Formenzwangs für ärztliche Kooperationen kann an dieser Stelle nicht näher nachgegangen werden. Nur soviel sei angedeutet: dass die Heilkunde-GmbH derzeit nicht zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen wird, ist bedeutungslos, weil auch die BGB-Gesellschaft oder die Partnerschaftsgesellschaft als solche zur vertragsärztlichen Versorgung nicht zugelassen werden, sondern jeweils nur die einzelnen Ärzte. Das ergibt sich zwingend aus der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV). Ebenso ist es kein entscheidendes Argument gegen die Zulassung einer Heilkunde-GmbH, dass private Krankenkassen derzeit aufgrund der Musterbedingungen Rechnungen von GmbH's im ambulanten Bereich nicht erstatten müssen oder dass ein Arzt seine Werbeaktivitäten nicht auf „seine“ Heilkunde-GmbH verlagern kann.⁴

Dem gegenüber ist die Ärzte-ZV hinsichtlich der Anforderungen an die Zusammenarbeit von Ärzten im Vertragsarztrecht eher zurückhaltend. Nach § 33 Ärzte-ZV ist die gemeinsame Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit nur unter Vertragsärzten zulässig und bedarf der vorherigen Genehmigung durch den Zulassungsausschuss.⁵

2.

Die typische Berufsausübungsgemeinschaft ist die Gemeinschaftspraxis. Die Ärztepartnerschaft auf der Grundlage des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes spielt demgegenüber derzeit zahlenmäßig keine bedeutsame Rolle.

Unter einer Gemeinschaftspraxis versteht man den organisatorischen Zusammenschluss mehrerer Ärzte in gemeinsamen Räumen, mit gemeinsamem Personal, gemeinsamer Ausstattung und Organisation, Dokumentation und Abrechnung, wobei die ärztlichen Leistungen - abgesehen von der „fachübergreifenden Gemeinschaftspraxis“ von jedem der Partner er-

³ vgl. Ratzel in Ratzel-Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der Deutschen Ärzte (MBO), 3. Auflage, 2001, Rz. 12 zu § 22 MBO, Rz. 2 zu D II Nr. 8; Art. 18 Abs. 1 S. 2 des Bayerischen Kammer-Gesetzes enthält ein Verbot, eine ärztliche Praxis in der Rechtsform einer juristischen Person des privaten Rechts zu führen, diese Regelung hält der BayVersGH, NJW 2000, 3418 ff. für verfassungskonform; soweit in anderen Ländern lediglich in der Berufsordnung entsprechende Verbotsklauseln enthalten sind, bestehen indessen verfassungsrechtliche Bedenken schon deshalb, weil es an einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage fehlt: vgl. insoweit Saenger, NZS 2001, 234, 236; Ratzel, a.a.O. S. 333, Rz. 1

⁴ vgl. zu Einzelheiten Ratzel in Ratzel-Lippert, a.a.O., § 22 Rz. 12

⁵ Bedenken dagegen, dass die Ermächtigungsgrundlage von § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV. Den Anforderungen von Art. 80 I 2 GG nicht gerecht wird und hinsichtlich der Verfassungskonformität von § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV, wonach die gemeinsame Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit von einer Genehmigung des Zulassungsausschusses abhängig sein soll, macht Sodan, NZS 2001, 169, 172 ff. geltend.

bracht werden können, der Behandlungsvertrag mit den Patienten mit allen in der Gemeinschaftspraxis zusammengeschlossenen Ärzten zustande kommt und alle Ärzte der Gemeinschaftspraxis auch gegenüber den Patienten haften.⁶

Bei der ärztlichen Gemeinschaftspraxis steht derzeit in besonderem Maße die Frage im Vordergrund, wie der (BGB-)Gesellschaftsvertrag zwischen den Ärzten ausgestaltet sein muss, um berufsrechtlichen und vertragsarztrechtlichen „Vorgaben“ zu genügen. Diese Frage stellt sich insbesondere unter dem Aspekt, ob nach der vertraglichen Ausgestaltung - insbesondere aber danach, wie der Vertrag tatsächlich gelebt wird (!) - die kooperierenden Ärzte selbständige, freiberufliche Gesellschafter sind oder in einem Arbeitsverhältnis stehen. Der Hintergrund der Fragestellung wird offenkundig, wenn man sich vergegenwärtigt, dass kein Arzt „zulassungsfähig“ im Sinne des Vertragsarztes ist, der „Arbeitnehmer“ ist. Deshalb stellt eine im Widerspruch hierzu konkludent oder ausdrücklich im Rahmen des Zulassungsverfahrens abgegebene Erklärung, Ärzte wollten in einer Gemeinschaftspraxis in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft kooperieren - bei tatsächlich abweichender Gestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der tatsächlichen Handhabung dieses Vertrages - eine Täuschungshandlung gegenüber den Zulassungsgremien dar, mit der weiteren Folge, dass bei Vorliegen der entsprechenden subjektiven Tatbestandsmerkmale die Abrechnung der in Wirklichkeit im Rahmen einer „Scheingesellschaft“ erbrachten Leistungen den Tatbestand des Betruges im Sinne von § 263 StGB erfüllen könnte. Das setzt nicht nur die beteiligten Ärzte unter Umständen strafrechtlicher Verfolgung aus oder dem Risiko der Rückforderung der während der Dauer der „Scheingesellschaft“ vereinnahmten Honorare durch die jeweilige Kassenärztliche Vereinigung, sondern beinhaltet auch die Möglichkeit disziplinarrechtlicher Maßnahmen oder gar der Entziehung der Zulassung als Vertragsarzt. Auf die diesbezüglichen rechtlichen Problemstellungen wird unter I einzugehen sein.

Darüber hinaus wirft die BGB-Gesellschaft als für die ärztliche Gemeinschaftspraxis typische Gesellschaftsform nach der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Vielzahl weiterer Probleme auf, etwa hinsichtlich der Haftungsverfassung der Gesellschaft, der Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung zugunsten einzelner Gesellschafter, der Beschlussfassung, des Ausscheidens aus der Gesellschaft, der Ausschließung aus der Gesellschaft, der

⁶ vgl. Ehmann, Praxisgemeinschaft/Gemeinschaftspraxis, MedR 1994, 141, 145; BSGE 23, 170, 171; 55, 97, 104. Zur Definition der Gemeinschaftspraxis vgl. Ehmann, MedR 1994, 141, 144 m.w.N.; zur Haftung in der Gemeinschaftspraxis vgl.: BGHZ 97, 273 = NJW 1986, 2364; BGH NJW 1989, 2320; BGHZ 142, 126 = NJW 1999, 2731; BGHZ 144, 296 = NJW 2000, 2737; BGH VersR 2002, 233, und bei Fortsetzung der ambulant begonnenen Behandlung in einer Belegabteilung: BGHZ 144, 296 = NJW 2000, 2737; soweit ein Patient hinsichtlich der Erbringung ärztlicher Leistungen gerade Wert auf einen bestimmten Arzt der Gemeinschaftspraxis legt, kommt ein Vertrag nur mit diesem Arzt zustande: Steffen-Dressler, Arzthaftungsrecht, 9. Auflage, Rz 62 a; vgl. im übrigen zur Behandlerhaftung in der Gemeinschaftspraxis: Geiß-Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 4. Auflage, Rz 15 m.w.N.; Gehrein, Leitfaden zur Arzthaftpflicht, 2000, Rz 15

Abfindung, eines möglichen Wettbewerbsverbots, der Beendigung/Auseinandersetzung bzw. der Fortsetzung der Gesellschaft, um nur einige wichtige Fragestellungen zu nennen. Darauf wird unter II. näher eingegangen.

I.

1. Die Mindestanforderungen an die Gesellschafterstellung in der BGB-Gesellschaft

Das Oberlandesgericht Koblenz hat mit Beschluss vom 02.03.2000⁷ ausgeführt, für die Abgrenzung der freiberuflichen ärztlichen Tätigkeit von einem Angestelltenverhältnis seien in Rechtsprechung und Literatur verschiedene Kriterien entwickelt worden, deren Gewichtigkeit unterschiedlich bewertet würden und denen lediglich ein indizieller Beweiswert beigemessen werden könne. Maßgebliche Anhaltspunkte für eine freiberufliche Tätigkeit seien insoweit die Übernahme des vollen wirtschaftlichen Risikos, die wirtschaftliche Selbständigkeit, die betriebliche Dispositionsfreiheit und bei Gemeinschaftspraxen die Beteiligung an Gewinn und Verlust sowie die Teilhabe am materiellen und immateriellen Vermögen der Praxis (good will). Für das Vorliegen eines Arbeitnehmerverhältnisses sprächen hingegen die Weisungsgebundenheit, Zahlung eines festen Gehalts, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsvereinbarungen wie bei Arbeitnehmern und sonstige für Arbeitnehmerverhältnisse typische Regelungen, wie z.B. die Vereinbarung eines bezahlten Fortbildungsurlaubs.⁸

In der vom OLG Koblenz zitierten Ausarbeitung einer Arbeitsgruppe der Bundesärztekammer aus dem Jahre 1990 war davon ausgegangen worden, dass sich das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages nach den vermögensrechtlichen Regelungen, den Regelungen hinsicht-

⁷ 2 Ws 92-94/00; der Beschluss ist auszugsweise wiedergegeben in MedR 2001, 144;

Das OLG Koblenz ging davon aus, dass der „Kooperationsvertrag“ schon aufgrund der in ihm getroffenen Regelungen Anlass zu einer Bewertung als Angestelltenvertrag gebe und nahm als Anhaltspunkte dafür an, dass bereits in der Präambel festgelegt sei, dass der freie Mitarbeiter „zumindest zunächst“ kein wirtschaftliches Risiko tragen wolle, obwohl er einen Vertragsarztsitz mit Unterstützung des Praxisinhabers anstrebe, der bisherige Praxisinhaber sich bereit erklärt habe, das unternehmerische Risiko alleine zu tragen, dass eine „Miteigentümerschaft“ sowie eine steuerliche Mitunternehmerschaft jedweder Art des „Mitarbeiters“ an der Praxis des Praxisinhabers aus keinem möglichen Gesichtspunkt heraus begründet werde, der Mitarbeiter auch nicht am „good will“ der Praxis beteiligt sei, dass über diese in der Präambel enthaltenen Regelungen hinaus vereinbart worden sei, dass der Praxisinhaber den „Mitarbeiter“ im Innenverhältnis von allen Honorarkürzungs- oder Regressansprüchen freistelle, soweit dem Mitarbeiter nicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei, dass der Mitarbeiter von seiner im Außenverhältnis bestehenden Haftung im Innenverhältnis freigestellt werde, eine regelmäßige Vergütung bei 46 Wochen Arbeitsverpflichtung erhalte, was der Zahlung eines festen Gehaltes gleich komme und dem „Mitarbeiter“ zudem ein Jahresurlaub von 30 Werktagen - angeblich gesetzlicher Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers - zustehe, schließlich dem Mitarbeiter das Recht auf Abwesenheit zum Zwecke der Fort- und Weiterbildung bei Weiterzahlung seiner Vergütung eingeräumt sei.

⁸ Insoweit unter Bezugnahme auf ein - nicht veröffentlichtes - Urteil des LG Würzburg vom 15.12.1998 - 6 KLS 155 Js 704/97 - sowie auf die Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 09.03.1990 = DÄBl 1990, 1388 ff. und Möller, Rechtliche Probleme von „Nullbeteiligungsgesellschaften“ - Wieviel wirtschaftliches Risiko muss sein? in: MedR 1999, 433 ff. m.w.N.

lich Geschäftsführung und Vertretung und den Arbeitgeberfunktionen beantworte.⁹ Es mag sein, dass die Bundesärztekammer bei ihrer Stellungnahme aus dem Jahre 1990 sich davon hat leiten lassen, dass Grundtypen der BGB-Gesellschaft und der Partnerschaftsgesellschaft von der gesellschaftsrechtlichen Gleichberechtigung der Partner ausgehen, also davon, dass hinsichtlich der Frage, ob vom Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages ausgegangen werden könne, vornehmlich abgestellt worden auf die vermögensrechtlichen Regelungen, die Regelungen der Geschäftsführung und Vertretung und auf Arbeitgeberfunktionen.

Es mag sein, dass die Bundesärztekammer bei ihrer Stellungnahme aus dem Jahre 1990 sich hat davon leiten lassen, dass die Grundtypen der BGB-Gesellschaft unter Partnerschaftsgesellschaft von der gesellschaftsrechtlichen Gleichberechtigung der Partner ausgehen, also davon, dass eine gemeinschaftliche Geschäftsführung besteht (§ 709 I BGB), eine gemeinschaftliche Vertretung (§ 714 BGB), eine gemeinschaftliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen (§ 718 BGB), eine Verteilung des Gewinns nach Kopfteilen (§ 722 BGB), wobei übersehen wurde, dass das Recht der BGB-Gesellschaft vom Gesetzgeber im wesentlichen dispositiv gestellt worden ist.¹⁰

Prüft man, was die „essentialia negotii“ einer BGB-Gesellschaft sind, so folgt aus § 705 BGB, dass der Abschluss eines Vertrages, der nicht auf den Austausch von Leistungen, sondern auf die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks ausgerichtet ist und die Beteiligten, also die Gesellschafter, gegenseitig zur Förderung dieses Zweckes verpflichtet, das „Konstitutive“ einer BGB-Gesellschaft ist.¹¹

Dass die Förderung des gemeinsamen Zwecks durch die Gesellschafter konstitutiv für das Vorliegen einer BGB-Gesellschaft ist, ergibt sich auch aus einem Umkehrschluss aus § 726 BGB, denn die Gesellschaft endet nach dieser Bestimmung, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder sein Erreichen unmöglich geworden ist. Wie der gemeinsame Zweck gehört auch der Beitrag eines Gesellschafters, die von ihm als Primärpflicht geschuldete Zweckförderungsleistung, zu den Grundlagen und Grundvoraussetzungen der Gesellschaft bürgerlich-

⁹ Hinsichtlich der vermögensrechtlichen Regelungen war insbesondere abgestellt worden auf die Regelungen betreffend die Rechtsverhältnisse an Praxisgegenständen, die Gewinn/Verlustverteilungen und auf die Regelungen hinsichtlich der Auflösung der Gesellschaft und der wirtschaftlichen Folgen des Ausscheidens eines Gesellschafters.

¹⁰ Goette, Mindestanforderungen an die Gesellschafterstellung in der BGB-Gesellschaft, MedR 2002, 1

¹¹ Goette, a.a.O. S. 2; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, 2002, § 58 I 1: Die entscheidenden Merkmale der BGB-Gesellschaft sind das Vorhandensein mehrerer Gesellschafter, weil es keine Ein-Mann-BGB-Gesellschaft gibt, der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, der in der Regel formfrei möglich ist, das Vorhandensein eines gemeinsamen Zwecks und schließlich die Förderungspflicht der Gesellschafter; vgl. im übrigen auch Preißler/Sozietät Dr. Rehborn, Ärztliche Gemeinschaftspraxis versus Scheingesellschaft 2002, 13 und Stellungnahme der Arbeitsgruppe Berufsrecht in der AG Medizinrecht im DAV, Berufsrechtliche Anforderungen an ärztliche Berufsausübungsgemeinschaften, GesR 2002, 50, 53

chen Rechts.¹² Jedes den Gesellschaftszweck fördernde Tun oder Unterlassen kann Beitrag sein, etwa die Überlassung von Geschäfts- oder Praxisräumen, von Arbeitnehmern, von Einrichtungsgegenständen oder Geräten¹³, die persönliche Haftung¹⁴, Dienstleistungen (§ 706 III BGB)¹⁵, Gebrauchsüberlassungen - entgeltliche wie unentgeltliche - wobei die „Einbringung“ zu Eigentum (quoad dominium), zur Nutzung (quoad usum) oder dem Werte nach (quoad sortem) erfolgen kann.¹⁶

Die heute herrschende Meinung im Gesellschaftsrecht geht davon aus, dass das Vorhandensein von Gesamthandsvermögen kein notwendiges Merkmal der Außengesellschaft ist.¹⁷ Es ist vielmehr möglich, das Gesellschaftsvermögen als Bruchteilseigentum mit unterschiedlich hohen Anteilen zu halten¹⁸, ebenso ist es möglich - wie oben schon angedeutet - dass ein oder mehrere - aber nicht alle - Gesellschafter als Beitrag der Gesellschaft das Inventar zur Nutzung überlassen, wie die Gesellschaft schließlich auch von einem Dritten das Inventar mieten oder leasen könnte. Damit erweist sich die Forderung der Arbeitsgruppe der Bundesärztekammer aus dem Jahre 1990 als unzutreffend, dass

„für die Annahme einer gemeinschaftlichen Berufsausübung in Gemeinschaftspraxis und damit eines Gesellschaftsvertrages ... eine Beteiligung der Partner an Investitionen, ... erforderlich“

ist.

Und auch die unpräzise Formulierung, wonach

„Beteiligung am materiellen und immateriellen Gewinn ... ein Charakteristikum der Gesellschaft“

sei, ist so nicht zutreffend. Es bleibt offen, ob mit dieser Formulierung letztendlich wiederum die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen gemeint ist, worauf die missverständliche Formulierung vom „immateriellen Gewinn“ hindeuten könnte oder ob weiteres unverzichtbares Merkmal des Vorliegens einer BGB-Gesellschaft nach Auffassung der Bundesärztekammer die Ergebnisbeteiligung sein soll.

¹² Karsten Schmidt, a.a.O. § 20 II 1 a (S. 567)

¹³ Karsten Schmidt, a.a.O. § 20 II 2 a

¹⁴ RGZ 37, 58, 61

¹⁵ Karsten Schmidt, a.a.O. § 20 II 2 b; Goette, MedR 2002, 1, 2

¹⁶ MünchKomm-Ulmer, § 706 Rnr. 10 ff.; Karsten Schmidt, a.a.O. § 20 II 2 c, d

¹⁷ RGZ 80, 268, 271, 142, 13, 20 f.; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rnr. 221; Karsten Schmidt, a.a.O., § 58 II 2

¹⁸ MünchKomm-Ulmer, a.a.O. § 705, Rnr. 221; Goette, MedR 2002, 1, 3

Auch hier wird übersehen, dass die Regeln über die Gewinn- und Verlustbeteiligung in den §§ 721, 722 BGB dispositiv sind, bis hin zum Ausschluss einer Ergebnisbeteiligung.¹⁹ Zwar entspricht die Teilnahme eines Gesellschafters an Gewinnen und Verlusten der gesetzlichen Regel, sie ist aber - weil dispositiv - keine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen einer Gesellschaft.²⁰ Der Grundsatz der Vertragsfreiheit räumt den Gesellschaftern einer BGB-Gesellschaft allerdings noch in wesentlich größerem Umfang das Recht ein, vom gesetzlichen Modell dieser Gesellschaftsform abzuweichen. Während § 709 Abs. 1 BGB davon ausgeht, dass die Führung der Geschäfte der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht, setzt die Auslegungsregel des § 710 BGB ausdrücklich voraus, dass die Geschäftsführung in Abweichung zu § 709 Abs. 1 BGB auf bestimmte oder einen bestimmten Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag „übertragen“ worden ist, mit der Folge, dass die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Selbst der Stimmrechtsverzicht ist zulässig.²¹ Das gilt jedenfalls, soweit nicht in den „Kernbereich“ des Gesellschafterstatus eingegriffen wird.

Ausdrückliche gesellschaftliche Schranken finden sich nur in geringem Umfange, etwa hinsichtlich der Kontrollrechte der Gesellschafter (§ 716 Abs. 2 BGB) und der Kündigungsrechte der Gesellschafter (§§ 723 Abs. 3, 724 BGB). Nicht abbedungen werden kann auch das Recht eines Gesellschafters auf Anwesenheit und Mitsprache in Gesellschafterversammlungen.²²

Freilich ist zu beachten, dass zu den zentralen Rechtssätzen des Gesellschaftsrechts der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter gehört²³, der in mehreren in dispositiven Normen seinen Niederschlag gefunden hat, etwa in den §§ 706 Abs. 1, 709 Abs. 1 und 2, 711, 722 Abs. 1, 734, 735 BGB.²⁴ Dieser Grundsatz erfordert indessen keine schematische Gleichstellung aller Gesellschafter.²⁵ Der gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz besagt vielmehr nur, dass in dem Verhältnis zwischen Gesellschaft und ihren Mitgliedern gleiche Sachverhalte gleich und ungleiche Sachverhalte entsprechend ihren Besonderheiten behandelt werden müssen. Kernbestandteil des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist das gesellschaftliche Diskriminierungsverbot, so wie es in § 53 a AktG formuliert ist, wonach Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln sind, ein

¹⁹ MünchKomm-Ulmer, § 722, Rnr. 2, 4; Goette, MedR 2002, 1, 3

²⁰ BGH WM 1967, 346, 347; MünchKomm-Ulmer, § 722, Rnr. 2, 4

²¹ MünchKomm-Ulmer, § 709, Rnr. 58; Goette, MedR 2002, 1, 3; BGHZ 20, 363, 368 (für einen Kommanditisten)

²² BGHZ 14, 264, 270 f. (für einen stimmrechtslosen GmbH-Anteil); MünchKomm-Ulmer, § 709, Rnr. 59; Goette, MedR 2002, 1, 3

²³ vgl. MünchKomm-Ulmer, § 705, Rnr. 199 m.w.N.; Goette, MedR 2002, 1, 3

²⁴ MünchKomm-Ulmer a.a.O.

²⁵ BGH-WM 1965, 1284, 1286; Karsten Schmidt, a.a.O. § 16 II 4; MünchKomm-Ulmer, § 705, Rnr. 200; Goette, MedR 2002, 1, 3

Grundsatz, der über das Aktienrecht hinaus allgemeine Geltung im Gesellschaftsrecht erheischt.²⁶ Entscheidend ist, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Verwirklichung des Gerechtigkeitsprinzips dienen soll, mit der Folge, dass es geboten sein kann, einzelne Gesellschafter nicht gleich, sondern unterschiedlich zu behandeln.²⁷ Dass es das Gerechtigkeitsprinzip in sein Gegenteil umkehren würde, wenn ungleiche Gewichtungen zu Beginn einer Gesellschaft schematisch gleichgestellt würden, liegt auf der Hand. Es ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass anstelle der in § 722 Abs. 1 BGB vorgesehenen Gewinnverteilung nach Köpfen in der Regel eine Ergebnisbeteiligung entsprechend der unterschiedlichen Beitragsleistung der einzelnen Gesellschafter vereinbart wird. Dass es weitere Differenzierungsgesichtspunkte geben kann, die sich danach richten, wie der Kapitaleinsatz der einzelnen Gesellschafter ist, wie umfänglich deren jeweilige Tätigkeit ist, etwa auch ihre Akquisitivonstätigkeit, welche Erfahrung sie in die Gesellschaft einbringen, welche Verdienste sie bei der Gesellschaftsgründung erworben haben und in welchem - ungleichen - Umfang sie etwa haften, ist ebenfalls ohne weiteres nachvollziehbar.²⁸

Aus dem gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz lassen sich jedenfalls - soweit sachliche Gründe der Differenzierung bestehen - keine Schlussfolgerungen dahingehend ziehen, dass alle Gesellschafter an den materiellen und immateriellen Werten der Gesellschaft beteiligt sein müssen, dass es eine - gleich hohe - Ergebnisbeteiligung geben müsse, dass jeder Gesellschafter zur Vertretung und Geschäftsführung der Gesellschaft berufen ist. Die Schranken unterschiedlicher Behandlung ergeben sich zum einen aus dem Gebot sachlicher Rechtfertigung einer Differenzierung, zum anderen daraus, dass jedenfalls nicht in den „Kernbereich“ der Mitgliedschaft eines Gesellschafters eingegriffen werden darf und schließlich aus der durch § 138 BGB gezogenen Grenze. Der gesellschaftsrechtliche „Kernbereich“ in den nur mit Zustimmung des Gesellschafters eingegriffen werden darf, ist bisher nicht eindeutig definiert. Einigkeit besteht lediglich darüber, dass jedenfalls Teilnahme-, Antrags- und Kontrollrechte, Kündigungsrechte aus wichtigem Grund, das Verbot der „Hinauskündigung“ aus freiem Ermessen zu diesem Kernbereich zählen.²⁹

Eine grobe Ungleichbehandlung der Gesellschafter, insbesondere unter Ausnutzung der Vormachtstellung des einen Gesellschafters oder des Vertrauens und der Unerfahrenheit des anderen Gesellschafters kann gegen § 138 BGB verstoßen; das gilt insbesondere auch, wenn eine Gesamtbetrachtung zeigt, dass die Einzelregelungen in ihrer Kumulierung die

²⁶ Wegen der Einzelheiten, die hier nicht dargestellt werden können, sei auf Karsten Schmidt, a.a.O., § 16 II 4 und auf MünchKomm-Ulmer, § 705 Rnr., 199 ff. verwiesen.

²⁷ vgl. etwa MünchKomm-Ulmer, § 705, Rnr. 200, Goette, MedR 2002, 1, 3/4

²⁸ vgl. etwa MünchKomm-Ulmer, § 705, Rnr. 200

²⁹ vgl. Goette in Festschrift für Sigle, 2000, 145, 154 m.w.N., ders., MedR 2002, 1, 4; weitergehend: Palandt-Sprau, 62. Auflage, § 705, Rnr. 16 a

Grenze, die § 138 BGB zieht, überschreiten.³⁰ Freilich wird meist ein etwaiger Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB nicht das Gesellschaftsverhältnis als solches erfassen, sondern nur die sittenwidrige(n) Regelung(en), wohingegen der Gesellschaftsvertrag und damit auch der Gesellschafterstatus des einzelnen Partners regelmäßig bestehen bleibt.³¹

Daraus folgt aber zugleich, dass die häufig als nichtig angesehenen „Nullbeteiligungsgesellschaften“ nicht von vornherein als gegen den Kernbereich der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft verstoßend oder als sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB angesehen werden können. Es kann gerade nicht davon ausgegangen werden, dass eine Nichtbeteiligung an den materiellen und immateriellen Werten einer Gesellschaft der Annahme einer gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen einer Gemeinschaftspraxis entgegensteht.³² Dabei darf freilich nicht übersehen werden, dass - je marginaler die Rechte eines der an der Kooperation beteiligten Arztes sind - das Risiko wächst, dass nicht mehr von einem Gesellschaftsverhältnis, sondern von einem Angestelltenverhältnis ausgegangen wird.³³

Wer Arbeitnehmer ist, steht nach heute weitgehend anerkannter Definition fest, nämlich derjenige, der aufgrund privatrechtlichen Vertrages unselbständige Dienste für einen anderen zu erbringen hat.³⁴ Dass damit die Grenzziehung zwischen einem weitgehend „entrechteten“ Gesellschafter und einem Arbeitnehmer schwierig wird, liegt auf der Hand.

2. Berufs- und vertragsarztrechtliche Grenzen gesellschaftsrechtlicher Regelungen ?

Goette hat in den Mittelpunkt seines Beitrages zu den Mindestanforderungen an die Gesellschafterstellung in einer BGB-Gesellschaft die ärztliche Gemeinschaftspraxis gestellt und die Ansicht vertreten, wenn nach den Kriterien des Gesellschaftsrechtes eine BGB-Gesellschaft vorliege, sei es nicht angängig, den beteiligten Berufsträgern die gemeinsame Berufsausübung zu versagen. Richtiger Ansatzpunkt für eine solche Versagung könne nur das Berufsrecht selbst sein, soweit es Anforderungen stelle, die über das Vorhandensein einer BGB-Gesellschaft hinausgingen, will heißen, dass es einer Norm des Berufsrechts bedürfe, um einer ärztlichen oder zahnärztlichen Freiberuferssozietät, die zwar atypisch sei, aber mit dem BGB in Übereinstimmung stehe, die (berufsrechtliche) Anerkennung zu versagen.³⁵

³⁰ vgl. MünchKomm-Ulmer, § 705, Rnr. 101; Goette, MedR 2002, 1, 4

³¹ Preißler/Sozietät Dr. Rehborn, a.a.O., S. 19

³² so zutreffend Ratzel in Ratzel-Lippert, Rnr. 5 zu § 22 MBO; Moeller, MedR 1999, 493 ff.; BSGE 35, 247

³³ so zutreffend Ratzel in Ratzel-Lippert, Rnr. 5 zu § 22 MBO

³⁴ vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 10. Auflage, 2002, § 8 Rnr. 2; v. Hoyningen-Huene, Gesellschafter, „Scheingesellschafter“ oder Arbeitnehmer ?, NJW 2000, 3233, 3234.

³⁵ so Goette, MedR 2002, 1, 5

In die gleiche Richtung zielen die die Hinweise von Butzer³⁶, wonach sich als Mindestforderung an die Selbstverwaltungsgremien der Ärzteschaft ergebe - wenn sie Null- oder Geringbeteiligungsgesellschaften unter Ärzten als berufsrechtlich nicht hinnehmbar erachteten - in ihren Berufsordnungen jedenfalls eindeutige Verbotsregelungen zu schaffen und, wonach es aus rechts- und ordnungspolitischer Sicht wünschenswert sei, dass die Frage der berufsrechtlichen Zulässigkeit einer Null- oder Geringbeteiligungs-Gemeinschaftspraxis „einmal durch die juristischen Instanzen gezogen“ werden sollte. Dabei wird verkannt, dass die Ärztekammern berufsrechtliche Regelungen in Bezug auf Gemeinschaftspraxen mit unterschiedlicher Rechtsstellung der Gesellschafter nur dann setzen könnten, wenn in den Heilberufsgesetzen der Länder oder anderen Normen entsprechende Ermächtigungsgrundlagen enthalten wären. Für die Partnerschaftsgesellschaft sieht § 1 Abs. 3 PartGG einen Berufsrechtsvorbehalt vor. Danach kann die Berufsausübung in der Partnerschaft in Vorschriften über einzelne Berufe ausgeschlossen oder von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Deshalb heißt es in der MBO-Ärzte unter D II Nr. 7, dass soweit Vorschriften dieser Berufsordnung Regelungen des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes einschränkten, sie vorrangig seien aufgrund von § 1 Abs. 3 PartGG.³⁷ Hinsichtlich der BGB-Gesellschaft fehlt es indessen an entsprechenden Regelungen. Der in § 1 Abs. 1 MBO-Ärzte enthaltene Typusbegriff „freier Beruf“ ist nach völlig herrschender Meinung kein Kriterium, um den angestellten Arzt vom selbständigen Gesellschafter/Gemeinschaftspraxispartner abzugrenzen.³⁸

Aber auch das Vertragsarztrecht enthält - ungeachtet der Frage, ob insoweit überhaupt eine Regelungsbefugnis des Bundesgesetzgebers bestünde - jedenfalls keine Regelungen, die über das Berufsrecht hinausgehen, denn die in § 32 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV enthaltene Regelung, wonach die vertragsärztliche Tätigkeit persönlich „in freier Praxis“ auszuüben sei, besagt hinsichtlich der Ausgestaltung einer Gesellschaft unter Vertragsärzten nichts Entscheidendes. Diese Norm hebt vielmehr nur die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung als prägendes Merkmal freiberuflicher Tätigkeit hervor. Insbesondere besagt diese Norm nichts dazu, dass ein Arzt in einer Gemeinschaftspraxis an den materiellen und immateriellen Werten beteiligt sein müsste.³⁹ So hat schon das Bundessozialgericht ausgesprochen, dass eine „Niederlassung in eigener Praxis“ nicht die „Verfügungsgewalt des Eigentümers“ voraussetze und dass es „für die Ausübung des ärztlichen Berufs in eigener Praxis ... unerheblich“ sei, „ob dem Arzt das Eigentum an dem Gebäude oder dem Gebäudeteil zusteht, in dem sich die Praxis befinde, oder wie die Eigentumsverhältnisse an der Geräte-

³⁶ Butzer, Nullbeteiligungsgesellschaften unter Ärzten, MedR 2001, 604 ff., 613

³⁷ Zum Anwendungsbereich der Norm vgl. Ratzel in Ratzel-Lippert, a.a.O. D II Nr. 7 Rz. 1

³⁸ vgl. etwa Butzer, MedR 2001, 604, 609 f. m.w.N.

³⁹ Butzer, MedR 2001, 604, 610

und Materialausstattung der Praxis liegen“. Wesentlich für die Ausfüllung des Begriffsinhaltes sei, dass der Arzt in der Praxis seine ärztliche Berufstätigkeit in voller eigener Verantwortung ausführen könne.⁴⁰ Deshalb ist jedenfalls davon auszugehen, dass solange der niedergelassene Arzt den Behandlungsauftrag nach eigenem Ermessen übernehmen oder ablehnen kann und solange er Umfang, Zeitpunkt und Art seiner Durchführung bestimmt, das Merkmal „eigene Praxis“ erfüllt ist.⁴¹

Es erschiene im übrigen auch nicht wünschenswert, wenn durch Regelungen in den Heilberufsgesetzen oder Heilberufekammergesetzen oder auf der Grundlage entsprechender gesetzlicher Ermächtigungsnormen in ärztlichen Berufsordnungen „Minimalia“ der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung vorgeschrieben würden, denn es gibt vielfältige Gründe, von einer Vertragsgestaltung Abstand zu nehmen, die allen Partnern einer Gemeinschaftspraxis gleiche Rechte gewähren und gleiche Pflichten auferlegen. Die unterschiedliche Ausgestaltung in Gemeinschaftspraxisverträgen ist nicht immer Ausdruck eines „beherrschenden Willens“ des Seniorpartners gegenüber dem Juniorpartner. Vielfach werden etwa von jüngeren Ärztinnen und Ärzten die Risiken hoher Investitionen und schwankender Gewinne gescheut.

Gleichwohl: Auch wenn sich zusammenfassend feststellen lässt, dass es bei der Ausgestaltung des BGB-Gesellschaftsvertrages regelmäßig genügt, dass allen Partnern der Gemeinschaftspraxis in ausreichendem Umfang Mitwirkungs- und Kontrollrechte zustehen und eine Beteiligung am Ergebnis und am Gesellschaftsvermögen nicht erforderlich ist, kann letztendlich die Abgrenzung zwischen Gesellschafterstatus und einem verdeckten Beschäftigungsverhältnis nur aufgrund der Wertung der Gesamtumstände der vertraglichen Regelungen⁴² und vor allem ihrer tatsächlichen Handhabung erfolgen.⁴³ Da bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages beratende Anwälte den „sichersten Weg“ zu gehen haben⁴⁴, muss dringend dazu geraten werden, bei der Vertragsgestaltung die selbständige Berufsausübung durch alle Partner deutlich zu „konturieren“⁴⁵. So ist es sinnvoll, einen etwa neu eintretenden Gesellschafter mindestens am immateriellen Wert der Gesellschaft, aber auch an künftigen Investitionen in materielle Werte angemessen zu beteiligen und jedenfalls von einem „Fixum“ anstelle eines variablen Gewinns Abstand zu nehmen. Solche Regelungen enthalten deutliche Unterscheidungsmerkmale zum Arbeitsverhältnis.

⁴⁰ BSGE 35, 247, 250; vgl. auch Taupitz, Integrative Gesundheitszentren: neue Formen interprofessioneller ärztlicher Zusammenarbeit, MedR 1993, 367, 371

⁴¹ Butzer, MedR 2001, 604, 610

⁴² vgl. insoweit Möller, Rechtliche Probleme von „Nullbeteiligungsgesellschaften“ - wieviel wirtschaftliches Risiko muss sein ?, MedR 1999, 493 ff., 497

⁴³ so zutreffend OLG Koblenz 2 Ws 92-94/00, S. 3, insoweit nicht abgedruckt in MedR 2001, 144 ff.

⁴⁴ vgl. insoweit statt Vieler: Borgmann/Haug, Anwaltshaftung, 3. Auflage IV, Rz 113 ff. mit zahlreichen Hinweisen zur Judikatur

⁴⁵ ebenso Möller, MedR 1999, 497; in diesem Sinne auch Ratzel in Ratzel/Lippert, § 22, Rz 4, 8

Die Konsequenzen fehlerhafter anwaltlicher Beratung bei der Vertragsgestaltung liegen auf der Hand. Nur einige Beispiele seien genannt:

Besteht kein gemeinsamer Gesellschaftszweck, sondern vielmehr ein verdecktes Angestelltenverhältnis, so gelangen nicht etwa die Regeln über die „fehlerhafte Gesellschaft“⁴⁶ zur Anwendung, sondern die Ansprüche der an der „Scheingesellschaft“ Beteiligten bestimmen sich ausschließlich nach Bereicherungsrecht.⁴⁷ Besteht kein Gesellschaftsverhältnis, sondern in Wirklichkeit ein Arbeitsverhältnis, so ist ein vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot - unabhängig von der Frage, ob es den Anforderungen der Judikatur im übrigen genügen würde - nichtig, wenn es keine Karenzentschädigung für den vom Wettbewerbsverbot betroffenen Arzt vorsieht. Noch gravierender sind freilich mögliche disziplinar- und zulassungsrechtliche Konsequenzen, aber auch die Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen für Honorar, das auf der Grundlage falscher Statusangaben gezahlt wurde.

Ist gegenüber dem Zulassungsausschuss für Ärzte die Erklärung abgegeben worden, dass der seine Zulassung begehrende Arzt Gesellschafter in einer Gemeinschaftspraxis werde, während er rechtlich und faktisch Arbeitnehmer sein soll, verstoßen alle am Zulassungsverfahren beteiligten Ärzte gegen vertragsarztrechtliche Pflichten, mit der Folge, dass ihnen nach § 95 Abs. 6 SGB V die Zulassung entzogen werden kann. Die Voraussetzungen für eine Zulassungsentziehung sind gegeben, wenn der Vertragsarzt seine vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt oder die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen nicht vorgelegen haben oder nicht mehr vorliegen oder – was im Zusammenhang mit der vorliegenden Thematik außer Betracht gelassen werden kann – der Arzt die vertragsärztliche Tätigkeit nicht aufnimmt oder nicht mehr ausübt. Eine solche „gröbliche Pflichtverletzung“ liegt vor bei einem Pflichtverstoß, der schwer wiegt und solche Auswirkungen auf das System der vertragsärztlichen Versorgung hat, dass zu deren Schutz die Entziehung der Zulassung erforderlich erscheint.⁴⁸

Bei der Beurteilung der Frage, welches Gewicht einem Pflichtenverstoß beizumessen ist, sind in objektiver Hinsicht Art und Weise der „Tatbegehung“ sowie subjektiv der Grad der Vorwerfbarkeit und die Motivationslage des Arztes zu prüfen, wobei es entscheidend auf die Umstände des Einzelfalles ankommt.⁴⁹

⁴⁶ zur „fehlerhaften“ Gesellschaft bezogen auf die ärztliche Gemeinschaftspraxis: vgl. Dahm, Die „fehlerhafte“ Gesellschaft der Gemeinschaftspraxis in Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV, Band 2, S. 39 ff.

⁴⁷ BGHZ 97, 243, 250, 251

⁴⁸ vgl. etwa LSG Baden-Württemberg, MedR 1992, 303 ff; Hesral in Ehlers, Disziplinarrecht und Zulassungsentziehung, 2001, S. 154

⁴⁹ vgl. etwa BSGE 15, 177, 184; Hesral, a.a.O.

Abzustellen ist zum einen darauf, ob und in welcher Intensität die Pflichtverletzung sich auf das System der vertragsärztlichen Versorgung auswirkt, wobei insoweit bei einem besonders schweren Verstoß ein etwa fehlendes Verschulden nicht die Schwere der Verletzung entfallen lässt. Bei der Prüfung der „Gröblichkeit“ der Pflichtverletzung ist im übrigen auf die Ungeeignetheit zur weiteren Teilnahme an dem System vertragsärztlicher Versorgung zu achten. Eine solche Ungeeignetheit kann auch bei fehlender subjektiver Vorwerfbarkeit gegeben sein.⁵⁰ Auf der subjektiven Seite kommt es unter anderem darauf an, ob das Handeln des Arztes etwa durch Eigeninteresse, gar durch Gewinnerzielungsabsicht bestimmt war, ob dem Verhalten eine systemablehnende oder -feindliche Einstellung zugrunde lag, etc. Ist das für das Funktionieren der vertragsärztlichen Versorgung unerlässliche Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Kassenärztlicher Vereinigung oder zwischen Arzt und Krankenkassen so tiefgreifend gestört, dass eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr in Betracht kommt (was sich nach objektiven Umständen beurteilt), so ist der Arzt für die weitere vertragsärztliche Versorgung ungeeignet und die Zulassung ist ihm zu entziehen. Freilich ist zunächst zu prüfen, ob es nicht ebenso wirksame mildere Sanktionen gibt, etwa disziplinarische Maßnahmen, die auch in dem zeitweisen Ruhenlassen der Zulassung bestehen können.⁵¹ Das Erschleichen der Zulassung durch falsche Angaben gegenüber dem Zulassungsausschuss kann sich – je nach den Umständen des Falles – als gröbliche Pflichtverletzung erweisen, die so schwerwiegend ist, dass nur der Entzug der Zulassung auch unter Beachtung des Übermaßverbotes die einzig geeignete Reaktion der Zulassungsgremien darstellen kann. Um Missverständnisse zu vermeiden: Die Zulassungsentziehung kann nicht nur den „Seniorpartner“ treffen, der in Wirklichkeit nicht Mitgesellschafter, sondern Arbeitgeber des „aufgenommenen“ Arztes ist, sondern auch den „Scheingesellschafter“, der in Wirklichkeit Arbeitnehmerstatus hat. Auch er gibt gegenüber den Zulassungsgremien unrichtige Erklärungen ab, die ursächlich für die Erteilung der Zulassung sind und auch er erklärt – wahrheitswidrig – durch Unterzeichnung der sogenannten „Sammelerklärung“ bei Abgabe der Quartalsabrechnung, dass er Mitglied einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis ist, also Gesellschafterstatus hat. Freilich mag bei ihm die subjektive Seite seines Verhaltens häufig eine mildere Beurteilung zulassen.

3. „Scheingesellschaft“ und Honorarrückforderungsanspruch

Das Oberlandesgericht Koblenz hat in seinem bereits erwähnten Beschluss vom 2. März 2000⁵² die Auffassung vertreten, dass Ärzten, die gegenüber den Zulassungsgremien erklären, zwischen ihnen sei eine BGB-Gesellschaft vereinbart, während in Wirklichkeit ein An-

⁵⁰ vgl. etwa BSGE 43, 250, 52; 60, 76, 77; 66, 6, 8

⁵¹ Hesral, a.a.O., S. 155, m.w.N.

⁵² 2Ws92-94/00, teilweise abgedruckt in MedR 2001, 144

stellungsverhältnis gegeben ist, den Tatbestand des Betruges erfüllen, mit der – zivilrechtlichen – Folge, dass der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung ein Schadensersatzanspruch zusteht, der sich freilich nicht aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB, sondern als öffentlich-rechtlicher Schadensersatzanspruch aus den §§ 45, 48, 50 SGB X herleiten lassen dürfte. Freilich ist in der Literatur umstritten, ob überhaupt ein betrugsrechtlich relevanter Schaden gegeben sei.⁵³ Die Entscheidung des OLG Koblenz ist im Ergebnis zu Unrecht kritisiert worden. Zwar ist das OLG Koblenz von unzutreffenden Voraussetzungen für das Vorliegen einer BGB-Gesellschaft ausgegangen, hat jedoch Feststellungen dahingehend getroffen, dass jedenfalls die vertraglichen Absprachen zwischen den Parteien so „gelebt“ wurden, dass am Bestehen eines Anstellungsverhältnisses mit dem neu aufgenommenen Arzt kein Zweifel bestehen konnte und in dem fraglichen Fall offensichtlich von dem Rechtsberater side letter verfasst wurden, in denen von den vertraglichen Vereinbarungen, die den Zulassungsausschüssen vorgelegt wurden, abgewichen und letztlich arbeitsvertragliche Regelungen getroffen wurden. In diesem Zusammenhang kann auch nicht unerwähnt bleiben, dass das Bundessozialgericht⁵⁴ entschieden hat, dass ein mit erschlichener Zulassung arbeitender „Arzt“ sich nicht gegenüber dem Schadensersatzanspruch einer Krankenkasse wegen unzulässiger Verordnung auf einen Vorteilsausgleich dergestalt berufen kann, dass auch ein rechtmäßig zugelassener Arzt diese Verordnungen getätigt hätte. Ob sich diese Entscheidung auf Fallkonstellationen der „Scheingesellschaft“ erstrecken lässt, ist offen. Zwischenzeitlich ist in einem Verfahren betreffend die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes eine Entscheidung des LSG Niedersachsen-Bremen vom 13. August 2002 ergangen⁵⁵, in der das LSG den Anspruch einer Kassenärztlichen Vereinigung auf Honorarrückforderung wegen „Beteiligung eines Partners an einer Gemeinschaftspraxis“ verneint hat. Die Entscheidung ist bereits in der Literatur als „ermutigend“ begrüßt worden⁵⁶. So sehr dem LSG Niedersachsen-Bremen gefolgt werden kann, als es im einzelnen die Gründe aufzeigt, die es heute Ärzten erschweren, sich am Praxisvermögen zu beteiligen oder – im Hinblick auf ihre familiäre Situation – sich langfristig räumlich zu binden, so sehr ist kritisch anzumerken, dass das Gericht nicht einmal den Versuch unternommen hat, zu prüfen, ob überhaupt die Mindestanforderungen an das Vorliegen einer BGB-Gesellschaft gegeben waren. Nach dem mitgeteilten Sachverhalt ist allerdings fraglich, ob dem neu aufgenommenen Arzt überhaupt Gesellschafterrechte zustanden. Bei der Würdigung der Entscheidung darf nicht verkannt werden, dass es sich um eine Entscheidung im Rahmen einstweiligen Rechtsschutzes handelt und dass bisher nicht einmal die Hauptsacheentscheidung 1. Instanz durch das SG Hannover vorliegt.

⁵³ vgl. hierzu U. Stein, Betrug durch vertragsärztliche Tätigkeit in unzulässigem Beschäftigungsverhältnis? MedR 2001, 124; Volk, Zum Schaden beim Abrechnungsbetrag, NJW 2000, 3.385 ff.

⁵⁴ BSGE 76, 153

⁵⁵ MedR 2002, 540 ff.

⁵⁶ Kahlert, Gemeinschaftspraxis: „Scheingesellschaft“ doch zulässig? – Anm. zur Entscheidung des LSG Niedersachsen-Bremen v. 13.08.2002, GesR 2003, 35 ff.

Es kann deshalb prognostiziert werden, dass über lange Zeit – nämlich bis zur voraussichtlichen Entscheidung des BSG in der Hauptsache – die Entscheidung des LSG Niedersachsen-Bremen allenfalls weitere Unsicherheit auslösen wird. Zwischenzeitlich ist bekannt geworden, dass eine Arbeitsgruppe bei der Kassenärztlichen Bundesvereinigung ein Arbeitspapier „Gemeinsame und arbeitsteilige Berufsausübung in der vertragsärztlichen Versorgung“ – Stand 29.08.2002 – erarbeitet hat, das allerdings bisher nicht offiziell verabschiedet und publiziert worden ist⁵⁷. Nach diesem Arbeitspapier, das offensichtlich nicht die Zustimmung aller Kassenärztlichen Vereinigungen gefunden hat, kann die Genehmigung der gemeinsamen Berufsausübung nach § 33 II Ärzte-ZV nicht verweigert werden unter Hinweis auf eine fehlende Beteiligung am Gesellschaftsvermögen⁵⁸, oder mit dem Hinweis, nur einer der Gesellschafter sei nach dem Vertrag zur Geschäftsführung befugt oder dem Hinweis, die Abfindung beim Ausscheiden berücksichtige nicht ausreichend den mit erarbeiteten good will, denn nach Auffassung der Verfasser des Papiers müssen nicht alle Partner am Vermögen beteiligt sein, bringen die nicht am Vermögen beteiligten Gesellschafter gesellschaftsrechtlich zulässig ausschließlich ihre Dienstleistung in die Gesellschaft ein, sind die nicht am Vermögen beteiligten Gesellschafter bei ihrem Ausscheiden am good will zu beteiligen, wobei ein Ausschluss zulässig ist, wenn sachliche Gründe hierfür, etwa „Mitnahme der Zulassung“ gegeben sind. Die Geschäftsführung in vermögensrechtlicher Hinsicht kann ausschließlich den am Vermögen beteiligten Gesellschaftern zustehen; die nicht am Vermögen beteiligten Gesellschafter müssen eine Gewinnbeteiligung erhalten, die auch in einem festen Anteil am Geschäftsergebnis bestehen kann, die Gesellschafter müssen gleichgestellt sein, soweit es um die ärztliche Versorgung geht, da sie nur so die sich aus dem vertragsärztlichen Status ergebenden Pflichten erfüllen könnten, wobei dies beispielsweise für den Abschluss von Behandlungsverträgen ebenso wie ihre Unabhängigkeit in der Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit gelte. „Im Rahmen seiner gesellschaftsvertraglich definierten Gesellschafterstellung“ müsse der Arzt die Möglichkeit haben, auf die Gestaltung der Praxis Einfluss zu nehmen, in diesem Rahmen aber auch Entscheidungen der Gesellschafterversammlung hinnehmen. Ferner müsse das Arbeitgeberdirektionsrecht allen Gesellschaftern gleichartig und gleichberechtigt zustehen und insgesamt durch die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages sichergestellt sein, dass jeder einzelne Arzt die Pflichten gegenüber den Patienten, sie nach den Regeln ärztlicher Kunst zu behandeln, erfüllen könne, wobei auch die Möglichkeit auf „eigene Patienten“ wegen des Rechts des Patienten auf freie Arztwahl bestehen müsse. Auf elementare Gesellschafterrechte wie etwa Kündigungsrechte und Kontrollrechte wird in dem Arbeitspapier hingegen nicht näher eingegangen. Dass dieses Papier keine bindende Wirkung hat, weder für die einzelnen Kassenärztlichen Vereinigungen, noch für die

⁵⁷ vgl. Kahlert, GesR 2003, 35, 37, der allerdings lückenhaft aus dem Papier zitiert.

⁵⁸ In diesem Arbeitspapier wird davon ausgegangen, dass eine Nullbeteiligung nicht nur vorübergehend, sondern auf Dauer zulässig sei.

Gerichte oder Strafverfolgungsbehörden, liegt auf der Hand. Gleichwohl wird es die Diskussion um den zulässigen Inhalt von Gemeinschaftspraxisverträgen auch im Kontext mit der Entscheidung des LSG Niedersachsen-Bremen erneut anstoßen, auch soweit es um die Frage der Honorarrückforderung geht.

Nur am Rande sei noch ein Problem angesprochen, das sich aus der Entscheidung des LSG Niedersachsen-Bremen ergibt. Das LSG ist der Auffassung, dass dann, wenn der aus einer Gemeinschaftspraxis ausscheidende Vertragsarzt weder am Vermögen, noch am Gewinn der Gemeinschaftspraxis und damit auch nicht an dem sogenannten good will beteiligt sei, der Vertragsarztsitz keinen vom Übernehmer abzugeltenden Verkehrswert aufweise⁵⁹. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Hatte der ausscheidende Arzt – trotz Nullbeteiligung – Gesellschafterstatus, so kommt diesem Gesellschafterstatus, in den ein Nachfolger eintreten könnte, Vermögenswert zu, auch wenn dieser schwieriger zu bewerten sein dürfte als bei einer Beteiligung an den materiellen und immateriellen Werten der Praxis. Deshalb ist gleichwohl im Nachbesetzungsverfahren nicht etwa die öffentlich-rechtliche Zulassung, die kein Handelsobjekt sein kann, kostenlos abzugeben, sondern vielmehr ein Entgelt für die Übertragung der Gesellschafterstellung durch den Nachfolger zu entrichten. Handelt es sich hingegen bei dem ausscheidenden Arzt um einen Arbeitnehmer, nicht um einen Gesellschafter, so scheidet, weil die Zulassung als solche kein veräußerbares Wirtschaftsgut ist, eine Nachbesetzung – anders als dies das LSG Niedersachsen-Bremen meint – völlig aus⁶⁰.

II.

1. *Die BGB-Gesellschaft mit beschränkter Haftung?*

Das Recht der BGB-Gesellschaft ist in den zurückliegenden 3 Jahren durch zwei Grundsatzentscheidungen des BGH weiter entwickelt worden. Mit Urteil vom 27.09.1999⁶¹ hatte sich der BGH mit der Frage zu befassen, ob für die im Namen einer BGB-Gesellschaft begründeten Verpflichtungen die Gesellschafter auch persönlich haften und diese Haftung durch Namenszusatz, etwa „GbR mit beschränkter Haftung“ oder andere auf Haftungseinschränkung abzielende Hinweise beschränkt werden kann. Tendenzen, die persönliche Haftung der Gesellschafter auszuschließen und die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken, bestanden auch bei Kooperationen im Gesundheitsbereich, etwa bei Laborgemeinschaften in der Rechtsform der BGB-Gesellschaft oder bei großen Gemeinschaftspraxen, vornehmlich solchen mit hohem Investitionsbedarf wie etwa bei radiologischen Praxen mit

⁵⁹ LSG Niedersachsen-Bremen, MedR 540, 548.

⁶⁰ In diesem Sinne auch Ratzel in Ratzel-Lippert, § 22 Rz 10.

⁶¹ BGHZ 142, 315 = DStR 1999, 1704

Großgeräteinsatz. Die Auffassung, wonach eine solche Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen durch Namenszusätze wie etwa „mit beschränkter Haftung“ oder „die Haftung ist auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt“ oder „ohne persönliche Gesellschafterhaftung“ möglich sei, stützte sich auf die früher vom BGH vertretene „Doppelverpflichtungstheorie“, wonach das Gesellschaftsvermögen einerseits und das Privatvermögen der Gesellschafter andererseits als getrennte Gegenstände verstanden wurden, mit der Folge, dass es einer doppelten rechtlichen Verpflichtung bedurfte, wenn bei einem Rechtsgeschäft nicht nur das Gesamthandsvermögen, sondern zusätzlich jeder einzelne Gesellschafter mit seinem Privatvermögen verpflichtet werden sollte. Nach der Lehre von der „Doppelverpflichtungstheorie“ wurde davon ausgegangen, dass ein solcher doppelter Verpflichtungsakt regelmäßig vorliege, weil der geschäftsführende Gesellschafter bei seinem Handeln auch mit einer als vorhanden unterstellten Vertretungsmacht der einzelnen Gesellschafter handele. Deshalb erschien es möglich, die Vertretungsmacht zur persönlichen Verpflichtung der einzelnen Mitgesellschafter nach außen derart einzuschränken, dass es für den Vertragspartner erkennbar war, dass der geschäftsführende Gesellschafter lediglich das Gesellschaftsvermögen verpflichten wollte.

Der BGH hat in der Entscheidung vom 27. September 1999 ausdrücklich der Doppelverpflichtungstheorie eine Absage erteilt und sich der „Akzessorietätstheorie“ angeschlossen und die Auffassung vertreten, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine verpflichtungsfähige Rechtsperson ist und aus den sie betreffenden Schuldverhältnissen berechtigt ist und verpflichtet wird, die Gesellschafter selbst aber kraft Gesetzes gegenüber Dritten generell für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Zu dieser gesetzlichen Gesellschafterhaftung hat der BGH in der angeführten Entscheidung⁶² ausgeführt, dass soweit der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts persönlich hafte, das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Haftung des Gesellschafters derjenigen bei der offenen Handelsgesellschaft entspreche⁶³. Konsequenterweise muss daher durch individuelle – nicht etwa durch formularmäßige – Haftungsbeschränkung mit dem Vertragspartner vereinbart werden, dass dieser sich alleine an das Gesellschaftsvermögen soll halten dürfen. Ohne solche individuelle Vereinbarung kann eine entsprechende Haftungsbeschränkung durch Namenszusätze wie GbR mit beschränkter Haftung nicht erreicht werden⁶⁴. Zur Verdeutlichung sei angemerkt, dass diese Grundsätze selbstverständlich auch für den „Scheingesellschafter“ gelten. Auch wer im Innenverhältnis in Wirklichkeit nur Arbeitnehmer ist, nach außen aber als Partner einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft in Erscheinung tritt, haftet gegenüber Dritten und zwar nicht nur

⁶² BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056

⁶³ Zustimmung Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 60 III 2; NJW ders., NJW 2001, 993; Ulmer, ZIP 2001, 585

⁶⁴ vgl. auch die Urteilsanmerkung von Goette, DStR 1999, 1707 f

gegenüber der jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigung⁶⁵, oder gegenüber Patienten, sondern auch gegenüber allen sonstigen Geschäftspartnern, wobei die in solchen Scheingesellschaften typische Haftungsfreistellung im Innenverhältnis nur soviel wert ist, wie das Gesellschaftsvermögen und das Vermögen des wirklichen Gesellschafters ausreicht, die Verpflichtungen auch tatsächlich zu erfüllen.

2. *Haftung neu eintretender Gesellschafter für Altverbindlichkeiten?*

Steht auf Grund der Entscheidung des BGH vom 27. September 1999 und seiner weiteren Entscheidung zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft vom 29. Januar 2001⁶⁶ fest, dass sich das Verhältnis zwischen der Gesellschaftshaftung und der Gesellschafterhaftung wie bei der OHG nach §§ 128 f. HGB bestimmt, der Gesellschafter also jedenfalls mit seinem Privatvermögen für solche Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet, die während seiner Zugehörigkeit als Gesellschafter zur BGB-Gesellschaft entstanden sind. Kein Zweifel besteht auch daran, dass ein neu eintretender BGB-Gesellschafter für sogenannte „Altverbindlichkeiten“, also Verbindlichkeiten, die vor seinem Eintritt in die BGB-Gesellschaft entstanden sind, jedenfalls mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen haftet⁶⁷. In einem solchen Fall war der neu eingetretene Gesellschafter allerdings nicht zur Zahlung, sondern (nur) zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen verklagt und verurteilt worden, so dass sein Privatvermögen unberührt blieb⁶⁸.

Durch die beiden oben erwähnten neueren BGH-Entscheidungen ist nunmehr die Diskussion wieder belebt worden, ob auch § 130 HGB auf die BGB-Gesellschaft auszudehnen ist und damit eine persönliche unbeschränkte Haftung neu eintretender Gesellschafter auch für Alt-schulden der Gesellschaft besteht⁶⁹. Zwischenzeitlich liegen zwei einander im Ergebnis widersprechende OLG-Entscheidungen vor. Das OLG Hamm vertritt die Auffassung, § 130 HGB sei zentraler Bestandteil des auf dem Akzessorietätsprinzip beruhenden Haftungsregimes in der OHG (und KG) und deshalb auch auf die BGB-Gesellschaft zu übertragen⁷⁰. Zur Begründung hat das OLG Hamm im wesentlichen ausgeführt, dass durch die entsprechende Anwendung des § 130 HGB verlässliche Haftungsstrukturen im Rechtsverkehr geschaffen würden, weil ohne Anwendung dieser Norm ein Gesellschaftsgläubiger damit beschwert wäre, die im Zeitpunkt der Begründung seiner Forderung vorhandenen Gesellschafter zu bestimmen, was häufig auf Schwierigkeiten stoße. Darüber hinaus hat das OLG Hamm aus-

⁶⁵ Gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung haftet der Scheingesellschafter schon auf Grund der von ihm mit unterzeichneten „Sammelerklärungen“ bei der jeweiligen Quartalsabrechnung für Rückforderungen und Regresse jedweder Art.

⁶⁶ vgl. BGH-NJW 2001, 1056 ff. = BGHZ 146, 341

⁶⁷ vgl. etwa Palandt-Sprau, § 736 Rn 6; BGHZ 79, 374, 378 f.

⁶⁸ vgl. insoweit z.B. OLG Hamm, Urteil vom 22.11.2001 – 28 U 16/01 – = BB 2002, 370, 371 r. Spalte m.w.N.

⁶⁹ In diesem Sinne: Ulmer, ZIP 2001, 585, 598, Karsten Schmidt, a.a.O. § 60 III 2 d

⁷⁰ OLG Hamm BB 2002, 370 ff, in diesem Sinne schon OLG München NZG 2000, 477

geführt, die akzessorische Gesellschafterhaftung sei auch nicht unbillig, zumal demjenigen, der unabhängig von einer Zustimmung seines jeweiligen Vertragspartners einen Ausschluss der persönlichen Haftung erreichen wolle, eine Vielzahl gesetzlich vorgesehener Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung durch die entsprechende Wahl der Rechtsform zur Verfügung stehe, etwa durch Wahl einer GmbH oder der Partnerschaft für freiberufliche Sozietäten gem. § 8 Abs. 2, 3 PartGG. Das OLG Düsseldorf hingegen⁷¹ lehnt eine Anwendung von § 130 HGB ab mit Hinweis darauf, dass diese Norm als handelsrechtliche Sondervorschrift zu verstehen sei, die sich nicht verallgemeinern lasse⁷². Die Konsequenzen einer analogen Anwendung von § 130 HGB auf die BGB-Gesellschaft, damit auch auf die „echte“ ärztliche Gemeinschaftspraxis lassen sich leicht verdeutlichen: Tritt ein neuer Gesellschafter etwa im Jahre 2003 in eine ärztliche Gemeinschaftspraxis ein, der bisher zwei Gesellschafter angehörten, so würde er bei analoger Anwendung von § 130 HGB etwa haften für Rückforderungsansprüche der Kassenärztlichen Vereinigung bezüglich vor dem Jahre 2003 zu Unrecht gezahlter Honorare, für Arznei- und Sprechstundenbedarfsregresse aus der Zeit vor 2003, für etwaige Ansprüche von Patienten wegen Behandlungsfehlern, soweit die Versicherungssumme der von den Altgesellschaftern abgeschlossenen Haftpflichtversicherung zur Abdeckung des Schadens nicht ausreichen würde – ohne dass er zur fraglichen Zeit selbst haftpflichtversichert gewesen wäre! – aber auch für etwaige Forderungen von Lieferanten medizinisch-technischer Geräte, soweit diese auch schon vor seinem Eintritt in die Gesellschaft angeschafft worden waren. Die Haftung würde sich dabei nicht nur auf seinen „Anteil“ am Gesellschaftsvermögen beschränken sondern auch sein Privatvermögen erfassen. Die Konsequenzen der analogen Anwendung von § 130 HGB auch für den anwaltlichen Berater bei der Gestaltung von Gemeinschaftspraxisverträgen wären erheblich, müsste er doch von der Gesellschaftsform der BGB-Gesellschaft abraten, ohne dass die Partnerschaftsgesellschaft hinreichende Sicherheit bieten kann und ohne dass andere geeignete, die Haftung beschränkende Gesellschaftsformen, wie etwa die der GmbH im ärztlichen Bereich zur Verfügung stehen. Über die rechtliche Anerkennung der Heilkunde-GmbH müsste dann freilich seitens der ärztlichen Standesorganisationen ernsthaft nachgedacht werden. Ob künftig § 130 HGB auch auf die BGB-Gesellschaft anwendbar sein wird, wird sich in Kürze entscheiden, weil der BGH noch im Laufe des Monats März 2003 über die gegen das Urteil des OLG Hamm eingelegte Revision entscheiden wird⁷³.

⁷¹ ZIP 2002, 619

⁷² Kritsch bezüglich einer analogen Anwendung von § 130 HGB auch: Dauner-Lieb in Festschrift für Peter Ulmer, 2003, S. 73 ff.

⁷³ Mit den Auswirkungen der Entscheidung des BGH zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit von BGB-Gesellschaften auf die Haftungsverhältnisse in ärztlichen Kooperationsformen befasst sich auch der Beitrag von Walter, Haftungsverhältnisse in ärztlichen Kooperationsformen nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit von BGB-Gesellschaften in MedR 2002, 169 ff.

3. *Auswirkungen der neueren BGH-Rechtsprechung auf die Behandlerhaftung*

Der BGH mit Urteil vom 25. März 1986⁷⁴ eine gesamtschuldnerische vertragliche Haftung von in einer Gemeinschaftspraxis tätigen Ärzten gleicher Fachrichtung (Radiologen) zunächst nur für den Fall bejaht, dass die Ärzten nach außen als „Institut“ auftraten und weithin austauschbare Leistungen anboten, jedoch die Frage offen gelassen, ob ein Zusammenschluss von Ärzten in einer Gemeinschaftspraxis stets für die Annahme ausreichend sei, der die Behandlung durchführende Arzt wolle nicht nur sich, sondern auch seine ärztlichen Kollegen verpflichten. Mit Urteil vom 29. Juni 1999⁷⁵ hat der BGH alsdann die Auffassung vertreten, eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter einer Gemeinschaftspraxis sei auch dann gegeben, wenn diese nach außen zwar nicht als „Institut“ in Erscheinung treten, wohl aber als Gemeinschaft zur Erbringung gleichartiger Leistungen auf einem bestimmten Fachgebiet, mit der Folge, dass der Patient die ihm angebotenen Vorteile einer Gemeinschaftspraxis in Anspruch nehmen wolle, etwa wenn der primär behandelnde Arzt verhindert sei oder Bedarf für ein Konsil bestehe. Die in der Gemeinschaftspraxis zusammengeschlossenen Ärzte wollten dem auch entsprechen, wie ihr gemeinsames Auftreten auf Praxisschild und Briefbögen, Rezepten etc. zeige. Abweichend von der vertraglichen Haftung der in Gemeinschaftspraxis verbundenen Ärzte haftete aus Delikt aber nur der Arzt, der gegenüber dem Patienten die unerlaubte Handlung begangen hatte. Das hatte jedenfalls für Haftungsfälle, die vor dem 1. August 2002 – dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes – eingetreten waren, insoweit Konsequenzen, als Schmerzensgeldansprüche nur im Rahmen deliktischer Haftung über die §§ 823, 847 BGB geltend gemacht werden konnten, während nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung des Behandlungsvertrages im Hinblick auf die Regelung in § 253 a.F. BGB nur Ersatz des materiellen Schadens begehrt werden konnte. Diese Rechtslage hat sich für Haftungsfälle ab dem 01. August 2002 insoweit verändert, als Schmerzensgeldansprüche sowohl aus Vertrag als auch aus unerlaubter Handlung hergeleitet werden können.

Nachdem der BGH in seiner Entscheidung vom 29. Januar 2001 der BGB-Gesellschaft Rechtsfähigkeit und aktive und passive Parteifähigkeit zuerkannt hat⁷⁶, zugleich von der akzessorischen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden ausgeht, ist davon auszugehen, dass der Behandlungsvertrag mit der ärztlichen Gemeinschaftspraxis – also der BGB-Gesellschaft – zustande kommt und die in der ärztlichen Gemeinschaftspraxis zusammengeschlossenen Ärzte analog § 128 HGB für Behandlungsfehler haften. Für die deliktische Haftung ergibt sich insoweit eine Besonderheit, als auf Grund der Entscheidung des

⁷⁴ BGHZ 1997, 273, 277

⁷⁵ BGH-NJW 1999, 2731 ff

⁷⁶ vgl. BGHZ 146, 341

BGH vom 29. Januar 2001 die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft auch für gesetzliche – demnach auch für deliktische – Verbindlichkeiten der BGB-Gesellschaft persönlich haften, jedenfalls dann, wenn man § 31 BGB analog auch auf die BGB-Gesellschaft anwendet und die akzessorische Haftung der Gesellschafter nicht auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten beschränkt. Nach § 31 BGB, der auch im Deliktsrecht anwendbar ist, haftet ein Verein für Schäden, die ein verfassungsmäßig berufener Vertreter einem Dritten zufügt. Nach herrschender Meinung ist diese Bestimmung auch auf Personengesellschaften des Handelsrechts und Kapitalgesellschaften entsprechend anwendbar⁷⁷. Auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat der BGH bisher § 31 BGB nicht angewendet⁷⁸. Begründet wurde dies im wesentlichen damit, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts - anders als die OHG oder die KG - zu wenig körperschaftlich organisiert sei. Diese Rechtsprechung lässt sich im Hinblick auf die bereits erwähnte Entscheidung vom 29. Januar 2001 nicht mehr aufrecht erhalten. Vielmehr ist mit der herrschenden Meinung in der Literatur davon auszugehen, dass es auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Zurechnung von Organverschulden gibt⁷⁹. Haftet demnach über die Zurechnungsnorm des § 31 BGB die BGB-Gesellschaft für die von einem Gesellschafter begangene unerlaubte Handlung, so haften die Mitgesellschafter des deliktisch handelnden Gesellschafters insoweit ebenfalls analog §§ 128 ff. HGB. Zwar hat der BGH in der Entscheidung vom 29. Januar 2001 lediglich über die akzessorische Haftung von Gesellschaftern für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten der BGB-Gesellschaft entschieden, für gesetzliche Ansprüche kann indessen im Hinblick auf die analoge Anwendung der §§ 128 ff HGB nichts anderes gelten. Damit führt die neuere gesellschaftsrechtliche Judikatur des BGH im Bereich der Arzthaftung dazu, dass die Mitgesellschafter einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis auch für Ansprüche des Patienten wegen fehlerhafter Behandlung haften, soweit diese auf unerlaubte Handlung gestützt werden.

4. *Zur Auseinandersetzung einer aufgelösten ärztlichen Gemeinschaftspraxis*

Die Beendigung einer BGB-Gesellschaft führt nach den §§ 730 ff BGB zur Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens mit Verteilung des Überschusses bzw. des entstandenen Verlustes (§§ 734, 735 BGB). Allerdings kann nach § 738 BGB im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein, dass beim Ausscheiden eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht beendet und deshalb auch nicht auseinandergesetzt wird. In einem solchen Fall hat der Ausscheidende Anspruch auf die Abfindung, die er erhalten würde, wäre die Gesellschaft auseinandergesetzt worden (§ 738 Abs. 1, S. 2 BGB). Ist eine solche Übernahme nicht vorgesehen, so erfolgt eine Liquidation des Gesellschaftsvermögens entweder nach den dispositiven Be-

⁷⁷ vgl. statt vieler: Palandt-Heinrichs, § 31 Rn 3 m.w.N.

⁷⁸ s. etwa BGHZ 45, 311

⁷⁹ vgl. Karsten Schmidt, a.a.O. § 60 II 4 m.w.N.; vgl. auch Walter, MedR 2002, 169, 172

stimmungen der §§ 730 ff BGB oder aber nach dem etwa hiervon abweichenden gesellschaftsvertraglichen Regelungen. Dabei ist es rechtlich zulässig, eine Auseinandersetzungsregelung ohne Abfindung zu treffen, bei der die Sachwerte des Gesellschaftsvermögens unter Berücksichtigung der Verkehrswerte aufgeteilt werden und den Gesellschaftern der Gemeinschaftspraxis gestattet wird, ohne rechtliche Beschränkung die Patienten der früheren Gesellschaft für ihre jetzt in anderer Form fortgeführte berufliche Tätigkeit an sich zu binden⁸⁰. Eine solche Regelung ist nach der Rechtsprechung des BGH nicht als sittenwidrig anzusehen.

5. *Regelungen über den Vertragsarztsitz im Gemeinschaftspraxisvertrag*

In zwei Entscheidungen vom 22. Juli 2002⁸¹ hatte der BGH über die Frage zu entscheiden, ob eine gesellschaftsvertragliche Regelung, die den neu eingetretenen Vertragsarzt für den Fall, dass er freiwillig aus der Gemeinschaftspraxis ausscheidet, die Pflicht auferlegt, auf seine Zulassung als Vertragsarzt zu verzichten, gegen § 138 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG verstößt. In beiden Fällen hat der BGH diese Frage verneint mit Hinweis darauf, dass wegen der relativ kurzen Zeit der Mitarbeit der ausscheidende Arzt die Gemeinschaftspraxis noch nicht habe entscheidend mitprägen können. Beide Entscheidungen werden für die Vertragsgestaltung in Gemeinschaftspraxisverträgen erhebliche Bedeutung gewinnen, stellen sie für den anwaltlichen Berater doch fast eine Aufforderung dar, soweit er die „Altgesellschafter“ vertritt, eine solche Vertragsklausel in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. In beiden Entscheidungen ist der für Gesellschaftsrecht zuständige II. Senat des BGH davon ausgegangen, dass die Ärzte, die eine Gemeinschaftspraxis unter Einbeziehung des Vertragsarztsitzes des ausgeschiedenen Partners fortsetzen wollten, in ihrem Interesse durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt seien, dass andererseits diesen grundrechtlich geschützten Interessen das Grundrecht des ausgeschiedenen Arztes auf Berufsfreiheit gegenüber stehe und dieser Konflikt nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zu lösen sei, dergestalt, dass nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt oder maximal behauptet werde, sondern allen ein möglichst schonender Ausgleich zuteil werde. Dabei müsse ermittelt werden, welche verfassungsrechtliche Position für die konkret zu entscheidende Frage das höhere Gewicht habe; die schwächere Position dürfe nur insoweit zurückgedrängt werden, wie dies logisch und systematisch zwingend erscheine. Im Ergebnis räumt der BGH bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen dem Erhalt und Fortbestand der Gemeinschaftspraxis den Vorrang zu Lasten des ausscheidenden Arztes jedenfalls dann ein, wenn dieser wegen der kurzen Dauer der gemeinsamen Berufsausübung die Gemeinschaftspraxis noch nicht habe entscheidend mitprägen können. Nach der Entscheidung - II

⁸⁰ vgl. BGH, Urteil vom 6.12.1993, DStR 1994, 401 ff und für eine entsprechende Regelung bei Anwälten BGH WM 1979, 1064, 1065

⁸¹ II ZR 265/00, GesR 2002 = MedR 2002, 647 ff, 60 ff; II ZR 90/01, GesR 2002 91 ff

noch nicht habe entscheidend mitprägen können. Nach der Entscheidung - II ZR 265/00 -⁸² hatte der ausgeschiedene Arzt 21 Monate in der Praxis mitgearbeitet, nach dem der Entscheidung - II ZR 90/01 -⁸³ zugrundeliegenden Sachverhalt hatte die Zusammenarbeit zwischen den Ärzten knapp über 5 Monate gedauert. Beide Entscheidungen lassen nicht erkennen, bis zu welchem Zeitpunkt der Tätigkeit in der Gemeinschaftspraxis nach Auffassung des Senates noch eine „relativ kurze Zeit“ gegeben ist, in der der ausscheidende Arzt die Gemeinschaftspraxis noch nicht entscheidend mitprägen konnte. Jedenfalls scheint der Senat davon auszugehen, dass bei einer Zeitspanne von weniger als 2 Jahren das Vorliegen einer solchen „kurzen Zeit“ noch zu bejahen ist. Die höchstmögliche Zeitspanne dürfte bei 3 Jahren liegen, denn nach dieser Zeit kann davon ausgegangen werden, dass ein Arzt bereits einen immateriellen Wert (good will) miterarbeitet hat. Freilich begegnet die Entscheidung II ZR 265/00 Bedenken, die aus dem Vertragsarztrecht herrühren, denn eine Ausschreibung des Vertragsarztsitzes nach § 103 Abs. 6 SGB V ist nur möglich, wenn die Zulassung des ausscheidenden Partners endet, das war aber in dem der vorgenannten Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt gerade nicht der Fall, denn der ausscheidende Arzt setzte seine vertragsärztliche Tätigkeit in einer Einzelpraxis fort. Darüber hinaus fehlte es auch an einer fortführungsfähigen Gemeinschaftspraxis⁸⁴. Freilich würde der Umstand, dass ein Nachbesetzungsverfahren nicht möglich war, bei Zugrundelegen der Rechtsauffassung des BGH Schadensersatzansprüche der in der Gemeinschaftspraxis verbleibenden Ärzte gegen den ausgeschiedenen Partner wegen Nichterfüllung der ihm vertraglich obliegenden Verpflichtung auf seinen Vertragsarztsitz zu verzichten, unberührt lassen.⁸⁵

6. *Arbeitsrechtliche Auswirkungen der Fortführung einer ehemaligen Gemeinschaftspraxis durch einen der Gesellschafter*

Abschließend soll auf die arbeitsrechtliche Problematik eingegangen werden, dass eine – zweigliedrige – Gemeinschaftspraxis in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach Ausscheiden eines der Partner durch den anderen fortgeführt wird, wegen der Reduzierung des Praxisumfangs aber nicht sämtliche Arbeitnehmer weiter beschäftigt werden können. Hier stellt sich zunächst die Frage, wer Arbeitgeber der bisherigen Angestellten der Gemeinschaftspraxis ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Arbeitgeberstellung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁸⁶ ist die GbR keine Rechts-

⁸² GesR 2002, 60 ff

⁸³ GesR 2001, 91ff

⁸⁴ s. insoweit die Ausführungen von Rieger in MedR 2002, 647, 648; gegen das Urteil des BGH ist im übrigen Verfassungsbeschwerde eingelegt

⁸⁵ Mit der Frage der Rechtswirksamkeit eines vertraglich vereinbarten Verzichts auf die Zulassung als Vertragsarzt bei Ausscheiden aus einer Gemeinschaftspraxis hat sich auch befasst: OLG Hamm, MedR 2000, 427; LG Essen, MedR 1998, 565

⁸⁶ BB 1989, 2481

persönlichkeit, sie ist nicht rechtsfähig und kann daher grundsätzlich nicht Vertragspartner eines Arbeitsvertrages nach den §§ 611 ff BGB sein. Träger der Arbeitgeberrechte und –pflichten sollen vielmehr die Gesellschafter sein, die die Arbeitgeberstellung gemeinschaftlich und zur gesamten Hand verbunden einnehmen, selbst wenn im Arbeitsvertrag als Arbeitsvertragspartei nur die Gesellschaft genannt ist und diese sich durch einen gemeinsam geschaffenes Vertretungsorgan vertreten lässt. Diese Rechtsprechung des BAG steht im Widerspruch zur neusten Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfähigkeit einer Außengesellschaft⁸⁷. Es stellt sich deshalb die Frage, ob das BAG künftig die GbR als Arbeitgeber anerkennen wird. Das erscheint offen. Zum einen könnte das BAG an seiner Rechtsprechung festhalten, so dass eine Divergenz zur Rechtsprechung des BGH vorläge und deshalb der Gemeinsame Senat angerufen werden müsste, zum anderen könnte das BAG sich der Rechtsprechung des BGH anschließen und die BGB-Gesellschaft, jedenfalls soweit sie Außengesellschaft ist, als rechtsfähig ansehen, schließlich könnte sich das BAG auch formal der BGH-Rechtsprechung anschließen, gleichwohl wegen Besonderheiten des Arbeitsrechtes die Rechtsfähigkeit der GbR verneinen⁸⁸. Ungeachtet dessen stellt sich die Frage, ob bei Beendigung einer zweigliedrigen BGB-Gesellschaft durch Ausscheiden eines der Gesellschafter und Fortführung des Betriebes durch den anderen Gesellschafter die Grundsätze des § 613 a BGB anzuwenden sind. Das setzt voraus, dass der Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils auf einen anderen Inhaber durch Rechtsgeschäft erfolgt. Ein solcher Betriebsübergang liegt auch dann vor, wenn nicht mehr die Gesellschaft Betriebsinhaber ist, sondern der Betrieb lediglich von einem Gesellschafter fortgeführt wird, wobei es nach der arbeitsrechtlichen Judikatur unerheblich sein soll, ob dieser Umstand darauf beruht, dass die Gesellschaft als solche aufgelöst und liquidiert wurde oder Gesellschaftsanteile stillschweigend oder auf Grund vorheriger Absprache einem der Gesellschafter zuwachsen⁸⁹. Das Übernahmerecht wird dadurch ausgeübt, dass der verbleibende Gesellschafter die ärztliche Praxis fortführt⁹⁰. Dabei muss der Betriebsübergang nicht durch ein unmittelbares Rechtsgeschäft zwischen früherem und neuem Betriebsinhaber erfolgen. Ein Betriebsübergang setzt stets die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Bei der Prüfung dieser Frage sind sämtliche den betreffenden Vorgang prägenden Tatsachen zu berücksichtigen, insbesondere die Art des betreffenden Betriebes, der etwaige Übergang materieller Betriebsmittel, die Übernahme des Klientels, der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der betrieblichen Tätigkeit. Unter Berücksichtigung dessen hat das LAG Düssel-

⁸⁷ BGH NJW 2001, 1056

⁸⁸ vgl. Lessner-Klebeck, Zur Arbeitgeberfähigkeit der GbR, ZIP 2002, 1385 ff

⁸⁹ LAG Köln, Urteil vom 14.05.2001 – 2 Sa 1054/00, MDR 2001, 1175

⁹⁰ vgl. für eine zweigliedrige Steuerberatersozietät: LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 30.08.1999 – 2 Sa 48/99 -

dorf⁹¹ einen Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB bei Weiterführung einer Arztpraxis bejaht, wenn innerhalb der bisherigen Praxisräume die bestehende fachärztliche Ausrichtung beibehalten wurde, die vorhandenen medizinisch-technischen Einrichtungen sowie die Patientendokumentationen weiter genutzt wurden und durch organisatorische und personelle Vorkehrungen der bisherige Patientenkreis gezielt weiter an die Praxis herangeführt wurde. Liegt ein Betriebsübergang vor, so ist eine Kündigung, deren Beweggrund wesentlich durch den Betriebsinhaberwechsel bedingt ist, gemäß § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam⁹². Allerdings bleiben Kündigungsmöglichkeiten nach dem Kündigungsschutzgesetz unberührt, so dass eine Kündigung etwa dann in Betracht zu ziehen ist, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist⁹³. Das ist etwa dann zu bejahen, wenn aufgrund von Rationalisierungsmaßnahmen, Änderungen der Arbeitsorganisation oder Betriebseinschränkungen ein Personalüberhang entsteht oder Beschäftigungsmöglichkeiten entfallen. Hinsichtlich des ausgeschiedenen Gesellschafters stellt sich die Frage der Nachhaftung.

Mit Urteil vom 27. September 1999⁹⁴ hat der BGH zur Frage der Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters unter Aufgabe der sogenannten „Kündigungstheorie“ die Auffassung vertreten, Dauerschuldverhältnisse seien ohne Differenzierung nach gewissem oder ungewissem Verlauf in der Zukunft als Verbindlichkeiten im Sinne von § 160 Abs. 1 n.F. HGB anzusehen, wobei diese Regelung auch für zweigliedrige Gesellschaften bürgerlichen Rechts gelten soll, deren Betrieb von einem der Gesellschafter nach Übernahme der Gesellschaftsanteile des anderen Gesellschafters als Alleininhaber fortgeführt werden. Dabei sollen zu den „bis zum Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten“ auch solche aus Dauerschuldverhältnissen, mithin auch aus Arbeitsverhältnissen, gehören. Demgegenüber hat das LAG Bremen mit Urteil vom 24. Januar 2001⁹⁵ die Ansicht vertreten, dass die Entscheidung des BGH sich bei zweigliedrigen BGB-Gesellschaften nicht auf das Arbeitsrecht übertragen lasse, sondern bei Arbeitsverhältnissen § 613 a BGB eingreife, weil diese Norm gegenüber den Nachhaftungsregeln des BGB und des HGB als *lex specialis* anzusehen sei. Daraus folge, dass der Alleininhaber für die aus Dauerschuldverhältnissen resultierenden Verpflichtungen ab alleiniger Übernahme des Betriebes einzustehen habe und der ausgeschiedene Gesellschafter nach § 613 a Abs. 2 BGB nur für solche Verbindlichkeiten hafte, die vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden seien und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig würden. Die unterschiedliche Sichtweise hinsichtlich der Nachhaftung für arbeitsrechtliche Ansprüche von Arbeitnehmern zeigt, dass derzeit noch nicht absehbar ist, wie das

⁹¹ Urteil vom 29.2.2000 – 3 Sa 1896/99 - = NZA-RR 2000, 353 ff

⁹² LAG Düsseldorf, a.a.O.; BAG AP Nr. 74 zu § 613 a BGB

⁹³ vgl. etwa BAG NJW 1999, 1132, 1133

⁹⁴ II ZR 356/98, DStR 1999, 2041 ff

⁹⁵ II Sa 167/00

BAG künftig auf die Rechtsprechung des BGH zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR und zur akzessorischen Gesellschafterhaftung reagieren wird.