

Organisation der Ärzte-AG

Im Spannungsfeld zwischen staatlicher Regulierung
und ärztlicher Selbstregulierung
Analyse de lege lata und Lösungsvorschläge
de lege ferenda

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Kerstin Noëlle Vokinger

von

Zürich und den Philippinen

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Thomas Gächter

und

Prof. Dr. Tomas Poledna

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Dank	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialienverzeichnis	LIII
Einleitung	1
I. Problemaufriss und Ziel	1
II. Vorgehen und Eingrenzung	3
Teil I: Ärztliche Berufsausübung in der ambulanten Medizin – Entwicklungen, Ziele und Analyse de lege lata	5
§ 1 Historische Entwicklungen und gegenwärtige Tendenzen	7
I. Einleitende Bemerkungen – Durchgangsstadium zu einem neuen Gesundheitswesen?	7
II. Wandel des Arztberufes	9
A. Vom Allgemeinpraktiker in der Einzelpraxis zur Fachärztin in der Ärzte-AG	9
1. Heterogenität in der Medizin	9
2. Feminisierung im Arztberuf	9
3. Ärztliche Zusammenschlüsse	10
a) Einige Zahlen zur Entwicklung	10
b) Gründe für ärztliche Zusammenschlüsse	12
c) Grundtypen ärztlicher Kooperation	13
4. Gründe für die Organisation als Aktiengesellschaft	15
a) Grosse Gestaltungsfreiheit im Aktienrecht	15
b) Risiko- bzw. Haftungsbeschränkung	16
c) Unabhängigkeit der Aktiengesellschaft vom Gesellschafterbestand	17
d) Geregelt Organisation	18

e) Attraktivität gegenüber GmbH?	19
B. Zulässigkeit der Ärzte-AG	20
1. (Theoretische) Arten von Ärzte-Aktiengesellschaften	20
2. Fehlende explizite bundesrechtliche Regelung	21
a) Fehlende Regelung im Medizinalberufegesetz	21
b) Bedeutung von Art. 36a KVG	22
3. Unterschiedliche kantonale Regelungen	23
a) Überblick	23
b) Kantonale Regelungen dargelegt am Beispiel der Kantone Aargau, Zürich und Freiburg	24
aa) Kanton Aargau	24
bb) Kanton Zürich	25
cc) Kanton Freiburg	26
c) Auswirkungen der unterschiedlichen kantonalen Praxen	27
aa) Problematik	27
bb) Interkantonale Freizügigkeit unter Berücksichtigung des Binnenmarktgesetzes	27
4. Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV für die Ärzte-AG	31
5. Folgerungen	32
C. Gewinnstrebigkeit des Arztes früher und heute	33
D. Rolle des Staates und der sozialen Krankenversicherungen	35
1. Von der ärztlichen Selbstverwaltung ...	35
2. ... zur Dominanz des Staates und der sozialen Krankenversicherer	37
a) Rolle der sozialen Krankenversicherungen	37
b) Managed Care im Besonderen	38
aa) Begriffliches	38
bb) Gesetzliche Rahmenbedingungen und Revisionsbestrebungen	40
c) Zulassung zur ärztlichen Berufsausübung	43
aa) Grundsatz: Staat als Regulator	43
bb) Unbefriedigende Unterscheidung im gegenwärtigen Medizinalberufegesetz	46
cc) Berufsausübungsbewilligung	49
dd) KVG-Zulassung	50
E. Berufsrecht – der rechtliche Rahmen ärztlichen Handelns	52
1. Verrechtlichung und Verdichtung der ärztlichen Berufspflichten	52
2. Staatliches Recht	54
a) Auftragsrechtliche Pflichten nach Art. 394 ff. OR	54
aa) Pflicht zur Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst	54

bb)	Pflicht zur persönlichen Leistung	56
cc)	Gebot der Wirtschaftlichkeit	56
dd)	Achtung des Selbstbestimmungsrechts	57
ee)	Nebenpflichten des Arztes	58
b)	Ärztliche Berufspflichten nach Art. 40 MedBG	58
c)	Kantonale Vorschriften	60
d)	Weitere Rechtsquellen	60
3.	Nicht-staatliche Vorschriften	61
a)	Standesordnung FMH und Richtlinien der SAMW	61
b)	Richtlinien der evidenzbasierten Medizin und klinische Guidelines	63
c)	Rechtliche Konsequenzen	64
F.	Arzt als Angehöriger eines «freien Berufs» – historisches Relikt oder gelebte Realität?	66
1.	Schwierigkeiten bei der Begriffsbestimmung des «freien Berufs»	66
2.	Entstehung und Entwicklung des Begriffs	67
3.	Vorliegende Ansicht und rechtliche Konsequenzen	68
G.	Grenzen ärztlichen Handelns und Anforderungen an den Arzt früher und heute	69
III.	Wertewandel in der Patientenrolle	71
A.	Vom «Einheitspatienten» ...	71
B.	... zum differenzierten Patientenbild	72
1.	Medizinische Fortschritte	72
2.	Patientengruppen	74
IV.	Synthese: Gegenüberstellung des Wandels des Arztberufes und des Patientengutes in Bezug auf die Ärzte-AG	76
A.	Vereinbarkeit der Ärzte-AG mit Wandel des Arztbildes und des Patientengutes	76
1.	Ausgangslage	76
2.	Ärztliche Berufspflichten als Dreh- und Angelpunkt in der Arzt-Patienten-Beziehung	77
3.	Medizinischer Fortschritt und Änderung der Patientenbedürfnisse	78
B.	Folgerungen für Organisation der Ärzte-AG	80
C.	Exkurs: Rechtsnatur des Behandlungsvertrages vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Tendenzen	82
1.	Neue Ausgangslage	82
2.	Konsequenz der neuen Ausgangslage für die Rechtsnatur des Behandlungsvertrages	83

a)	Typenmerkmale des Auftrages und Prüfung der Konvergenz mit dem Arzt-Patienten-Verhältnis in der Ärzte-AG	83
aa)	Inhaltliche Unbestimmtheit	83
bb)	Sorgfalts- und nicht Erfolgspflicht	84
cc)	Vertrauensverhältnis und persönliche Besorgung	84
b)	Organisatorische Selbständigkeit des Beauftragten	86
3.	Ergebnis und Ausblick	86
§ 2	Organisation der Ärzte-AG – Analyse de lege lata	87
I.	Vorbemerkungen	87
II.	Verhältnis zwischen OR und MedBG	87
III.	Anwendungsbereich der ärztlichen Berufspflichten nach Art. 40 MedBG	89
IV.	Allgemeine Eigenschaften der Aktiengesellschaft im Einklang mit den ärztlichen Berufspflichten?	91
A.	Kapitalbezogene Gesellschaft	91
B.	Eigene Rechtspersönlichkeit	93
C.	Wirtschaftlicher Zweck und Gewinnstrebigkeit	93
D.	Statuten als Verfassung	94
E.	Personenbezogene Elemente	95
V.	Organe und ihr Verhältnis zueinander	96
A.	Überblick über die Organe und deren Bedeutung für die Ärzte-AG	96
B.	Fehlendes Aufsichtsorgan im Sinne des Aktienrechts	98
VI.	Aktionariat	99
A.	Vier mögliche Konstellationen des Aktionärs in der Ärzte-AG	99
B.	Rechtsstellung des Aktionärs	100
1.	Allgemein	100
2.	Pflichten des Aktionärs	101
3.	Rechte des Aktionärs	102
a)	Recht auf Dividende und Gewinnstrebigkeit	102
b)	Informationsrecht	103
c)	Mitwirkungsrechte	104
4.	Folgerungen in Bezug auf die vier möglichen Konstellationen in der Ärzte-AG	106
a)	Erste Konstellation: Aktionär ist nicht Arzt	106
b)	Zweite Konstellation: Aktionär als Arzt und gleichzeitig ärztlicher Arbeitnehmer	106
c)	Dritte Konstellation: Aktionär als Arzt, aber nicht gleichzeitig ärztlicher Arbeitnehmer	107

d) Vierte Konstellation: Aktionär als Arzt und nachträgliche Auflösung des ärztlichen Arbeitsverhältnisses	108
e) Ergebnis	109
C. Beteiligung am Aktienkapital	110
1. Erwerb von Aktien	110
2. Arten von Aktien und deren Übertragung	111
a) Inhaberaktien	111
b) Namenaktien	112
aa) Gewöhnliche Namenaktien und vinkulierte Namenaktien	112
bb) Gesetzliche Übertragung	114
c) Weitere Aktienarten	116
3. Ausschluss der Mitgliedschaft	117
D. Aktionärbindungsverträge und deren Inhalt in der Ärzte-AG	117
1. Begriff, Ziele, Inhalt und Parteien von Aktionärbindungsverträgen	117
a) Begriff	117
b) Ziele	119
c) Inhalt	119
d) Vertragsparteien	121
2. Problematik der gesetzlichen Übertragung gem. Art. 685b Abs. 4 OR	122
3. Folgerungen für die Ärzte-AG	123
E. Exkurs: Gleiche Grundproblematik in der Ärzte-GmbH	124
1. Allgemeines	124
2. Überblick über die Organisation – besondere Berücksichtigung der Gesellschafterversammlung	125
3. Ergebnis	127
VII. Verwaltungsrat	128
A. Vier mögliche Konstellationen des Verwaltungsratsmitglieds in der Ärzte-AG	128
B. Rechtsstellung des Verwaltungsrates	129
1. Pflichten des Verwaltungsrates	129
a) Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates	129
b) Undelegierbare Kernkompetenzen	129
c) Treuepflichten im Besonderen	131
2. Rechte des Verwaltungsrates	132
a) Einsichts- und Auskunftsrecht	133
b) Weisungsrecht	135
3. Folgerungen in Bezug auf die vier möglichen Konstellationen in der Ärzte-AG	135

a) Erste Konstellation: Verwaltungsratsmitglied ist nicht Arzt	135
b) Zweite Konstellation: Verwaltungsratsmitglied als Arzt und gleichzeitig ärztlicher Arbeitnehmer	136
c) Dritte Konstellation: Verwaltungsratsmitglied als Arzt, aber nicht gleichzeitig ärztlicher Arbeitnehmer	137
d) Vierte Konstellation: Verwaltungsratsmitglied als Arzt und nachträgliche Auflösung des ärztlichen Arbeitsverhältnisses	137
e) Ergebnis	138
C. Wählbarkeit und Zusammensetzung	139
1. Gesetzliche Vorschriften	139
2. Weitere Voraussetzungen	139
3. Folgerungen für die Ärzte-AG	140
D. Reglemente und deren Inhalte in der Ärzte-AG	142
1. Organisationsreglement	142
2. Weitere Reglemente	143
3. Folgerungen für die Ärzte-AG	144
E. Exkurs: Gleiche Grundproblematiken in der Ärzte-GmbH wie in der Ärzte-AG	145
1. Organisation der Geschäftsführung	145
2. Ergebnis	145
VIII. Revisionsstelle	146
A. Notwendigkeit der Revisionsstelle	146
B. Auskunftsrecht und Geheimhaltungspflicht im Besonderen	146
IX. Ergebnis und Überleitung	148
Teil II: Staatliche Regulierung im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit – Analyse vor dem Hintergrund der Risikovorsorge und grundrechtlicher Schutzpflichten	151
§ 3 Staatliche Regulierung – von der Gefahrenabwehr zur Risikovorsorge?	153
I. Überblick	153
II. Begriffliche Trias: Gefahr – Risiko – Restrisiko	154
A. Gefahrbegriff im polizeirechtlichen Sinn	154
B. Risiko im Sinne des Vorsorgeprinzips	155
C. Restrisiko als rechtlich erlaubtes Risiko	158
D. Folgerungen	158

III.	Wandel vom klassischen Polizeirecht zur sozialgestaltenden Risikoversorge	159
	A. Historischer Abriss und gegenwärtige Tendenzen	159
	1. Vom Polizeistaat zum Sozialstaat	159
	2. Gegenwärtige Tendenzen – Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit	160
	B. Risikoversorge als Staatsaufgabe	163
	1. Staatsaufgabe – Begriffliches und Abgrenzungen	163
	2. Grundrechte als Legitimationsgrundlage	167
	3. Bundeskompetenzen als Legitimationsgrundlage	168
IV.	Staatliche Regulierungsinstrumente im Risikorecht	170
	A. «Traditionelle» verwaltungsrechtliche Regulierungsinstrumente	170
	1. Gebote und Verbote	170
	2. Bewilligungspflicht	172
	3. Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung	173
	4. Haftungsregeln, Disziplinarmaßnahmen und Strafbestimmungen	174
	5. Aufsicht	174
	B. «Marktbasierte» Regulierungsinstrumente	175
	C. Selbstregulierung als privatrechtliches Regulierungsinstrument	175
V.	Rechtlicher Umgang mit Risiken im Arztberuf – eine risikorechtliche Analyse des Medizinalberufegesetzes	177
	A. Medizin als Erscheinungsform eines Risikobereichs	177
	B. Regulierung des Arztberufes nach MedBG	178
	1. Bundeskompetenz nach Art. 95 Abs. 1 BV	178
	2. Zielsetzungen des Medizinalberufegesetzes	179
	3. Vorschriften des Medizinalberufegesetzes im Hinblick auf staatliche Regulierungsinstrumente – eine kritische Würdigung	180
	C. Folgerungen für Vorschriften de lege ferenda zur Ärzte-AG	182
§ 4	Bedeutung grundrechtlicher Schutzpflichten für staatliche Regulierung – Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit	185
I.	Wandel des Grundrechtsverständnisses	185
	A. Grundrechte als Abwehrrechte und staatliche Schutzpflichten	185
	B. Gesetzgeber als primärer Adressat der Umsetzung von Schutzpflichten	187
	C. Ungelährte Tragweite grundrechtlicher Schutzpflichten in Bezug auf staatliche Regulierung	188
II.	Prüfungsstruktur für staatliche Regulierung vor dem Hintergrund grundrechtlicher Schutzpflichten	190

A.	Vorliegen einer Verletzung oder Gefährdung	190
B.	Gesetzliche Grundlage	191
C.	Verhältnismässigkeit	192
1.	Eignung	192
2.	Erforderlichkeit bzw. Subsidiarität	192
3.	Interessenabwägung: Interessen des Beeinträchtigten bzw. Gefährdeten, Interessen privater Dritter und öffentliches Interesse	193
III.	Folgerungen in Bezug auf Vorschriften de lege ferenda zur Organisation der Ärzte-AG	194
A.	Prüfung für staatliche Regulierung vor dem Hintergrund grundrechtlicher Schutzpflichten	194
1.	Vorliegen einer Beeinträchtigung oder Gefährdung	194
2.	Gesetzliche Grundlage	194
3.	Verhältnismässigkeit	195
B.	Ergebnis	196
 Teil III: Organisation der Ärzte-AG – Erarbeitung von Lösungsansätzen de lege ferenda		 197
 § 5	 Überleitung	 199
 § 6	 Lösungsansätze de lege ferenda	 201
I.	Vorbemerkungen	201
II.	Vorschriften de lege ferenda und Kommentar	202
A.	Vorschriften de lege ferenda	202
B.	Kommentar	203
1.	Einleitende Bemerkungen	203
2.	Anwendungsbereich	204
3.	Vergleichende Betrachtungen mit Anwalts-AG	204
a)	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	204
b)	Doktrin	205
c)	Entwurf zum Anwaltsgesetz	206
aa)	Entstehung	206
bb)	Zulässige Rechtsformen	207
cc)	Zweckbeschränkung	207
dd)	Organisationsrechtliche Rahmenbedingungen	207
ee)	Genehmigungspflicht	209
4.	Zulässigkeit der Ärztesgesellschaft (nArt. 46a MedBG)	210
5.	Organisationsrechtliche Voraussetzungen (nArt. 46b MedBG)	211
6.	Betriebsbewilligung (nArt. 46c MedBG)	212

7. Disziplinarmaßnahmen (nArt. 46d MedBG)	214
8. Appell an Ärzteschaft	215
III. Konkretes Beispiel für Statuten, Aktionärbindungsvertrag sowie Organisationsreglement und Kommentar	215
A. Statuten	215
1. Statuten der Ärzte-AG	215
B. Aktionärbindungsvertrag	221
C. Organisationsreglement	225
D. Kommentar	229
1. Einleitende Bemerkungen	229
2. Vergleichende Betrachtungen	229
a) Bundesgerichtliche Rechtsprechung	229
b) Doktrin	230
c) Entwurf zum Anwaltsgesetz	232
3. Zusammensetzung des Aktionariats und des Verwaltungsrates	232
4. Wahlen und Beschlussfassung	234
5. Weitere Besonderheiten	235
Schlussbetrachtungen	237
I. Analyse de lege lata	237
II. Dogmatische Herausforderungen – Staatliche Regulierung vor dem Hintergrund grundrechtlicher Schutzpflichten	239
III. Lösungsvorschläge de lege ferenda	240
Anhang	243
Entwurf Schweizerisches Anwaltsgesetz	243
Stichwortverzeichnis	265