

Die zahnärztliche Berufsausübungsgemeinschaft und ihre rechtlichen Herausforderungen, Teil 2

Dr. Daniel Gröschl, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht

Im ersten Teil dieses Artikels (ddm | Ausgabe 5 | 2016, S. 28 ff.) stellte der Autor Grundsätze zur zahnärztlichen Berufsausübungsgemeinschaft vor und zeichnete einleitend Fallstricke auf. Außerdem thematisierte er die Berufsausübungsgemeinschaft in Zusammenschau mit dem Gesellschaftsrecht¹ und dem Vertragszahnarztrecht². Nachfolgend geht es nun – wie angekündigt³ – um die steuer-, sozial- und arbeitsrechtlichen Implikationen.

1) Die Berufsausübungsgemeinschaft im Steuerrecht

Zu den in Teil 1⁴ vorgestellten Rechtsgrundsätzen gab noch der Bundesfinanzhof (fortan: BFH) „seinen Senf“ dazu.

Der BFH entschied, dass es nicht zwingend sei, dass eine zivil- und vertragsarztrechtlich zulässige Berufsausübungsgemeinschaft (fortan: BAG) Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit erziele. Dies könnten auch Einkünfte aus Gewerbebetrieb sein. Denn nur Gesellschafter, die steuerrechtlich als **Mitunternehmer** anzusehen sind, können Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit erzielen.⁵

Mitunternehmer ist, wer Mitunternehmerrisiko trägt und seine Mitunternehmerinitiative überhaupt entfalten kann.⁶ Dabei und insbesondere bei letzterem kommt es sehr auf den Einzelfall an. Dieser kann unter Umständen so vielschichtig sein, dass man es in diesem Rahmen nicht umfassend darstellen kann.

Dennoch ein Beispiel. Der BFH entschied in einem Fall von zwei Augenärzten. Sie nahmen eine weitere Augenärztin als Mitgesellschafterin auf. Diese war am **Vermögen** der Gesellschaft nicht beteiligt. Nach Ansicht des BFH war sie auch nicht am **Gewinn** der Gesellschaft beteiligt. Denn sie erhielt nur einen Prozentsatz

der von ihr erwirtschafteten Honorare. Im Fall des Verlustes seitens der Gesellschaft konnte dieser (nur) bis auf null gesenkt werden. Für **Verluste** musste die Augenärztin also nicht geradestehen. Sie war auch nicht an den **stillen Reserven** und den **Wirtschaftsgütern** der Gesellschaft beteiligt. Die Praxisinvestitionen trugen ausschließlich die zwei Altgesellschafter. Der BFH entschied dies wie folgt⁷:

„Erhält ein (Schein-) Gesellschafter eine von der Gewinnsituation abhängige, nur nach dem eigenen Umsatz bemessene Vergütung und ist er zudem an der Teilhabe an den stillen Reserven der Gesellschaft ausgeschlossen, kann wegen des danach nur eingeschränkt bestehenden Mitunternehmerrisikos eine Mitunternehmerstellung nur bejaht werden, wenn eine besonders ausgeprägte Mitunternehmerinitiative vorliegt. Hieran fehlt es jedoch, wenn zwar eine gemeinsame Geschäftsführungsbezugnis besteht, von dieser aber tatsächlich wesentliche Bereiche ausgenommen sind.“

Es fehlte also das Erfordernis der Mitunternehmerschaft. Die ursprünglich freiberuflichen Einkünfte wurden damit zu gewerblichen Einkünften. Nach Ansicht des BFH⁸ sind

„die Einkünfte einer Ärzte-GbR insgesamt solche aus Gewerbebetrieb, wenn die GbR auch Vergütungen aus ärztlichen Leistungen erzielt, die in nicht unerheblichem Umfang ohne leitende und eigenverantwortliche Beteiligung der Mitunternehmer-gesellschafter erbracht werden.“

Solche Fälle erleben wir in der anwaltlichen Beratung öfter als man denkt.

Zahnärzte schulden höchstpersönliche, individuelle Behandlung der Patienten. Jeder Zahnarzt muss deshalb einen wesentlichen Teil der zahnärztlichen Leistungen selbst erbringen.⁹

Erbringen nun die Gesellschafter einer Berufsausübungsgemeinschaft Leistungen teilweise – mangels Eigenverantwortlichkeit – gewerblich, so ist deren Tätigkeit insgesamt als gewerblich zu qualifizieren (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG).¹⁰ Die Juristen und Steuerberater bezeichnen dies als „Stempeltheorie“. Die Arbeitsleistung muss sozusagen den „*Stempel der Persönlichkeit*“ des Steuerpflichtigen tragen.¹¹

Ist das nicht der Fall, führt dies zu gewerblichen Einkünften durch den Mitunternehmer. Ist dabei die Schwelle von 3 % der Gesamteinkünfte der Berufsausübungsgemeinschaft überschritten, so färben diese gewerblichen Einkünfte ab und führen zu insgesamt gewerblichen Einkünften der Berufsausübungsgemeinschaft.¹²

Das Abfärben wiederum kann den Vorwurf des Abrechnungsbetruges begründen und zu erheblichen Regressforderungen der Kassenzahnärztlichen Vereinigung gegenüber der Berufsausübungsgemeinschaft führen.

2) Die Berufsausübungsgemeinschaft im Sozialrecht

In einer zahnärztlichen BAG sollte man das Sozialrecht nicht unbeachtet lassen. Ein Gesellschafter, der kein Mitunternehmer ist, kann kein Arbeitnehmer sein. Er ist Scheingesellschafter.

Dieser Scheingesellschafter kann als Beschäftigter anzusehen sein (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Dann droht nachträglich eine unvermeidbare kostenträchtige Rentenversicherungspflicht.

Ein „*beschäftigter*“ Zahnarzt hat im Zweifel keinen vorsorglichen Befreiungsantrag für die irgendwann als Beschäftigung qualifizierte Tätigkeit nach § 6 SGB VI gestellt. Konsequenz ist, dass der Dienstherr, sprich der Kollege, der sich als Partner einer Berufsausübungsgemeinschaft wähnte, Rentenversicherungsbeiträge für möglicherweise lange Zeiträume an die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRB) nachzahlen muss.

Anhaltspunkte für eine Beschäftigung in diesem Sinne sind u. a. Tätigkeiten nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Man kann die Einstufung als Beschäftigter nicht statisch beurteilen. Es kommt stets auf das tatsächliche und nicht nur das formale Gesamtbild der Arbeitsleistung im konkreten Einzelfall an.¹³

Genau hier ist der Haken. Zahnärzte – und übrigens auch Ärzte – sind schon berufsrechtlich (§§ 2 Abs. 1, 23 Abs. 2 MBO-Ärzte) in ihren Entscheidungen weisungsfrei von den zahnärztlichen Kol-

legen. Jeder behandelnde Zahnarzt trägt Verantwortung für die Patienten. Daran ändert sich nicht deshalb etwas, weil der Arbeitgeber für den angestellten Zahnarzt vertraglich mithaftet (§ 278 BGB), auch wenn dieser selbst deliktisch nur für eigene Fehler nach § 823 BGB haftet. Beide Zahnärzte, sowohl der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmer / Beschäftigte, fügen sich in ihrer Arbeitszeitgestaltung den Erfordernissen der Praxis. Genaugenommen sind sie also beide frei oder unfrei in ihrer Arbeitszeitgestaltung. Dies hängt ab von der Praxisorganisation, vom Terminkalender und den Patientenbedürfnissen.

Das Ergebnis wäre, dass nur noch derjenige nicht beschäftigt ist, der sich neben seiner Arbeit noch etwas um die Verwaltung der Praxis sowie die Steuerklärung kümmert und Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung hat. Das kann nicht richtig sein.

Zu Feststellung, ob eine Beschäftigung und Selbständigkeit vorliegt, kommt es auf die getroffene Vereinbarung und damit den Gesellschaftsvertrag an.¹⁴ Dennoch ist ein sauber gestalteter Gesellschaftsvertrag nicht immer eine Garantie zur Problemvermeidung. Denn er gilt nur, wenn es keine mündlichen Änderungen gab oder einfach etwas Anderes als das Vereinbarte praktiziert wurde.¹⁵ Denn dann wäre der Vertrag reine Schwindelei.

Im Ergebnis also kann vertragszahnarztrechtlich ein Zahnarzt Gesellschafter sein und sozialversicherungsrechtlich doch „nur“ ein Beschäftigter. Das muss man vermeiden.

3) Die Berufsausübungsgemeinschaft im Arbeitsrecht

Anders als gelegentlich vorschnell berichtet wird, verhält sich die Situation im Bereich des Arbeitsrechts ähnlich. Daran ändert auch die für 2017 anstehende Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) nichts.¹⁶ Damit soll außerdem ein neuer § 611a BGB den Begriff des Arbeitnehmers definieren.

Kriterien, nach denen jemand als Arbeitnehmer anzusehen sein soll, stellte die Rechtsprechung schon vor Jahrzehnten auf. Danach kam es auf das Gesamtbild der Verhältnisse an. Aktueller ist eine Zusammenfassung der in Betracht kommenden Kriterien des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz.¹⁷

Der Status eines Beschäftigten richtet sich nach der überwiegenden Ansicht der Arbeitsgerichte danach, wie die Vertragsbeziehungen nach ihrem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen sind. Wird der Vertrag nicht so gelebt wie die schriftliche Vereinbarung, so ist auch hier die tatsächliche Durchführung maßgebend.¹⁸

Das stimmt also mit dem Sozialrecht überein. Endlich Einheitlichkeit. Das Bundessozialgericht (BSG) entschied im Jahr 2012 wie folgt:¹⁹

„Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor [...]“

Dennoch hängt am Ende vieles vom Geschick der Anwälte bei der Tatsachenzusammenstellung ab und auch von der Vorliebe des Arbeitsrichters, ob der Zahnarzt Gesellschafter oder doch in Wirklichkeit aus dem arbeitsrechtlichen Blickwinkel Arbeitnehmer ist.

Empfehlungen

Bei der Gründung einer zahnärztlichen Berufsausübungsgemeinschaft (BAG) ist sehr viel zu beachten. Das folgt aus obigen Ausführungen und denen aus Teil 1 dieser Artikelreihe.²⁰ Deshalb ist es auch nicht damit getan, beliebige Musterverträge zu verwenden. Manchmal gibt es sogar Steuerberater die meinen, alles Erforderliche berücksichtigen zu können.

Bereits bestehende zahnärztliche BAGen sollten sich ihre Vertragsregelungen noch einmal bewusst vor Augen führen. Inzwischen wird verlangt, dass eigentlich jedem Zahnarzt die aus einer Scheingesellschaft resultierenden Folgen klar sein müssen.

Daran ändert sich nicht deshalb etwas, weil die beschriebene Situation verwirrend und teilweise misslich ist.

Die Konsequenzen des Steuerrechts zur Gewerbesteuer sind schwerwiegend. Dies insbesondere in Zusammenschau mit den Fragen zur Gewinnverteilung in Berufsausübungsgemeinschaften. Hiermit verbundene Diskussionen haben die am 04.06.2016 in Kraft getretenen §§ 299a und 299b StGB (sogenanntes Antikorruptionsgesetz) schon jetzt heraufbeschworen.

Um wegen der Neuerrungen des Antikorruptionsgesetzes und der Komplikationen der unterschiedlichen rechtlichen Regelungen, die einem im Rahmen einer Berufsausübungsgemeinschaft begegnen nicht unterzugehen, sollte man die gesellschaftsrechtlichen Strukturen der eigenen Praxis auf den Prüfstand stellen.

Zu prüfen ist, ob die vereinbarten Strukturen zulässig sind, ob man sie bejahendenfalls wirklich lebt oder am Ende doch etwas ganz anderes macht. Ist Letzteres der Fall, nützt der beste Gesellschaftsvertrag nichts.

So könnte beispielsweise ein Steuerberater der Auffassung sein, man brauche die ganzen Regelungen in einem Gesellschaftsvertrag nicht. Wenn er dann allerdings die Berufsausübungsgemeinschaft steuerlich als Einzelpraxis führt, bis die Deutsche Rentenversicherung aufschlägt und ein Statusfeststellungsverfahren durchführt, kann das, zurückhaltend formuliert, folgenreich sein.

Oder es könnte ein Scheingesellschafter im Streitfall eine Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht erheben. Möglicherweise zieht er Verhandlungsoptionen, die seine Stellung als Scheingesellschafter mit sich bringen. All dies birgt erhebliches Erpressungspotenzial. Anwaltliche Beratung und unnötige Kosten wären die Folgen. Geld, welches man besser schon im Vorfeld zur Streitvermeidung investiert hätte. Das wäre allemal lohnender gewesen.

Literatur

1. Gröschl, in: ddm, 5, 2016, 28 [29].
2. Gröschl, in: ddm, 5, 2016, 28 [30].
3. Gröschl, in: ddm, 5, 2016, 28 [31].
4. Gröschl, in: ddm, 5, 2016, 28 ff..
5. BFH, Urt. v. 03.11.2015 – VIII R 63/13 –, juris, Rn. 9.
6. BFH, Urt. v. 03.11.2015 – VIII R 63/13 –, juris, Rn. 20 ff.
7. BFH, Urt. v. 03.11.2015 – VIII R 63/13 –, juris, LS und Rn. 23, 24, 26, 47, 48.
8. BFH, Urt. v. 03.11.2015 – VIII R 62/13 –, juris, Leitsatz und Rn. 16, 18.
9. BFH, Urt. v. 16.07.2014 – VIII R 41/12 –, juris, Rn. 12f.
10. Vgl. BFH, Urt. v. 27.08.2014 – VIII R 6/12 –, juris, Rn. 21.
11. BFH, Urt. v. 16.07.2014 – VIII R 41/12 –, juris, Rn. 13; BFH, Urt. v. 22.01.2004 – IV R 51/01 –, juris, Rn. 30.
12. BFH, Urt. v. 27.08.2014 – VIII R 6/12 –, juris, Leitsatz 2 und Rn. 52f., 57f.
13. BSG, Urt. v. 29.07.2015 – B 12 KR 23/13 R –, juris, Rn. 16.
14. BSG, Urt. v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R –, juris, Rn. 17.
15. BSG, Urt. v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R –, juris, Rn. 17.
16. BR-Drs. 294/16 vom 02.06.2016.
17. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 28.07.2014 – 3 Sa 153/14 –, juris, Rn. 41.
18. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 28.07.2014 – 3 Sa 153/14 –, juris, Rn. 58; LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 19.09.2005 – 2 Ta 189/05 –, juris, Rn. 17; BAG, Urt. v. 23.04.1980 – 5 AZR 426/79 –, juris, Rn. 14.
19. BSG, Urt. v. 29.08.2012 – B 12 KR 25/10 R –, juris, Rn. 16.
20. Gröschl, in: ddm, 5, 2016, 28 ff..



Dr. Daniel Gröschl

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht

Rechtsanwalt bei Ratajczak & Partner mbB, einer der größten Anwaltskanzleien für Medizinrecht in Deutschland

Tätigkeitsgebiete:

- Recht der Heilberufe
- insbesondere Vertragszahnarztrecht und Vertragsarztrecht

- ärztliches Vertragsrecht
- Berufsrecht der Zahnärzte und Ärzte
- Zahnarzthaftungsrecht
- Strafrecht für Ärzte und Zahnärzte

Werdegang:

- Pressesprecher Landesschülervertretung Schleswig-Holstein
- 12 Jahre Radio- und Fernsehjournalist
- Studium der politischen Wissenschaften und der Rechtswissenschaften an der Christian-Albrechts Universität zu Kiel
- Rechtsanwalt
- Fachanwalt für Medizinrecht

Kontakt:

Rechtsanwalt Dr. Daniel Gröschl
Telefon: 0 70 31 / 95 05-18
E-Mail: groeschl@rpped.de