

GMBH & CO. KG ALS KOOPERATIONSFORM VON ÄRZTEN UND DRITTEN?

BERLIN, DEN 23.09.2023

23. HERBSTTAGUNG AG MEDIZINRECHT

REFERENT:

DR. OLE ZIEGLER

FACHANWALT FÜR MEDIZINRECHT

FACHANWALT FÜR HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

MEDIATOR

COMPLIANCE OFFICER (C. H. BECK)

Rechtsquellen in Bezug auf Regelungen der ärztlichen Berufsausübung

- Zivil- und Gesellschaftsrecht: BGB, HGB, GmbHG
- SGB V
- BÄO
- Heilberufe- und Kammergesetze der Bundesländer
- Ärzte-ZV
- MBO-Ä

MoPeG

- Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (BGBl I 2021, 3436)
- Inkrafttreten am 01.01.2024

Rechtsformen einer ärztlichen Berufsausübungsgemeinschaft

- **Gesellschaft bürgerlichen Rechts**
 - Rechtsfähige GbR, § 705 - § 739 BGB
 - Berufsausübungsgemeinschaft in Abgrenzung zur Organisationsgemeinschaft
 - Scholz, VSSAR 2022, 233, 235: **Praxis- oder Apparategemeinschaft** regelhaft nicht rechtsfähige Gesellschaft (meines Erachtens zweifelhaft)
 - in das Gesellschaftsregister eingetragene GbR, § 707 BGB
 - Fakultativ

- Scholz, VSSAR 2022, 233, 236: **De lege ferenda** Änderung von § 33 Ärzte-ZV: **Pflicht zur Eintragung in das Gesellschaftsregister** für vertragsärztliche Berufsausübungsgemeinschaften
- Zwingender Rechtsformzusatz: „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“, vgl. § 707 a Abs. 2 BGB
- **PartG**

Zulässigkeit einer GmbH & Co. KG?

- GmbH & Co. KG ist eine Personengesellschaft, dh Kommanditgesellschaft: GmbH als Komplementärin und mindestens ein Kommanditist
- Haftung der Komplementärin
 - Haftung der GmbH mit dem Gesellschaftsvermögen
 - Grundsätzlich keine Haftung der GmbH-Gesellschafter, § 13 Abs. 2 GmbHG
- auf Einlage beschränkte Haftung des Kommanditisten (§ 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB)

- **Gesellschaftsrechtlich zulässiger Statuswechsel** von eGbR oder PartG zur **OHG oder GmbH & Co. KG**, § 707 c Abs. 1 BGB
 - Deklaratorisch, wenn die eGbR oder PartG die Schwelle zum Handelsgewerbe überschreitet
 - Konstitutiv (auch ohne Überschreiten der Schwelle zum Handelsgewerbe) unter den Voraussetzungen von **§ 107 Abs. 1 HGB** (vgl. dazu Wertbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 203 f.)
 - Wird bei einem solchen konstitutiven Statuswechsel eine GmbH als Komplementärin angemeldet, entsteht durch Eintragung in das Handelsregister eine GmbH & Co. KG (vgl. Wertbruch/Alm, ZPG 2023, 204, 209)

- **§ 161 Abs. 2 iVm § 107 Abs. 1 HGB**
 - „Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Absatz 2 Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, ist offene Handelsgesellschaft, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Dies gilt auch für eine Gesellschaft, deren Zweck die gemeinsame Ausübung Freier Berufe durch ihre Gesellschafter ist, **soweit** das **anwendbare Berufsrecht** die Eintragung zulässt.“
 - **Also:** Vorbehaltlich des **Berufsrechts**, vgl. § 107 Abs. 1 Satz 2 HGB
 - Beschluss des 71. Deutschen Juristentages in Essen 2016: Berufsrechtliche Besonderheiten sollen im Berufs- und nicht im Gesellschaftsrecht geregelt werden; einheitliche Regelungsstruktur für alle Freiberuflergesellschaften (Beschlüsse VI. Nr. 33, Ergebnis: angenommen 48:0:2)

- Handelsregister wird bei Eintragung prüfen, ob eine Bestätigung der nach Berufsrecht zuständigen Stelle über die berufsrechtliche Konformität vorliegt (Wertenbruch/Alm, ZPG 2023, 201, 204)
- Hansen (MedR 2022, 198, 204): Einheits-GmbH Co. KG ist zulässig
- Einheits-GmbH & Co. KG: Kommanditgesellschaft ist Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH und ab dem 1.1.2024 nehmen die Kommanditisten gem. § 170 Abs. 2 HGB n.F. die Rechte in der Gesellschafterversammlung der GmbH wahr
- Wirklich zulässig?

Zulässig für ärztliche Berufsausübungsgemeinschaften?

- § 1 Abs. 2 BÄO: Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe
- § 18 Abs. 2 MBO-Ä: „wenn ihre nicht gewerbliche ärztliche Berufsausübung gewährleistet ist“ (vgl. Ratzel, GesR 2022, 137; ders., in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 705 BGB, Rn. 3; Scholz, in: Spickhoff, 4. Auflage 2022, § 18 MBO-Ä, Rn. 8; Gummert/Remplik, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 5. Auflage 2019, § 25, Rn. 42; Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, § 22, Rn. 40)

- § 23 a MBO-Ä erwähnt nur die juristische Person des Privatrechts als „Ärztegesellschaft“
- GmbH & Co. KG ist nach der lex lata **keine zulässige Rechtsform**
- Vgl. auch zur Rechtslage bei Rechtsanwaltsgesellschaften vor den Änderungen der BRAO: BGH – Ur. v. 18.7.2011 – AnwZ (Brfg) 18/10; BVerfG – Beschl. v. 6.12.2011 – 1 BvR 2280/11

Exkurs: Was gilt für zahnärztliche Berufsausübungsgemeinschaften?

- Die MBO-Z entbehrt einer § 18 Abs. 2 MBO-Ä entsprechenden ausdrücklichen Regelung.
- Auch scheint § 16 Abs. 1 MBO-Z offener zu formulieren: „in allen für den zahnärztlichen Beruf **zulässigen Gesellschaftsformen**“
 - Kommentar der BZÄK zur MBO-Z, 3. Auflage 2021, § 16 Abs. 1, Rn. 2: „Nur durch Heilberufs- und Kammergesetze zu regeln, ob eine GmbH oder Aktiengesellschaft statthaft sind“
 - Rn. 4: BAG in der Rechtsform einer GbR oder PartG
 - Rn. 7: GmbH ist grundsätzlich zulässig

- Aber § 1 Abs. 4 ZHG: „Die Ausübung der Zahnheilkunde ist kein Gewerbe.“ Diese Regelung entspricht § 1 Abs. 2 BÄO.
- Flankiert wird § 1 Abs. 4 ZHG durch § 21 Abs. 4 MBO-Z (keine Verwendung der zahnärztlichen Berufsbezeichnung für gewerbliche Zwecke).
- Daher ist eine GmbH & Co. KG **keine** für den zahnärztlichen Beruf **zulässige Gesellschaftsform** im Sinne von § 16 Abs. 1 MBO-Z.

Zulässiger Rechtsträger von Medizinischen Versorgungszentren?

- Diskussion um investorenbetriebene MVZ
- Rechtsformen der **Trägersgesellschaft**, § 95 Abs. 1 a Satz 3 SGB V
 - Wortlaut „Personengesellschaft“
 - Auch Personenhandelsgesellschaft, d.h. OHG und KG bzw. GmbH & Co. KG?
 - Personengesellschaft umfasst als Oberbegriff zwar Personenhandelsgesellschaften

- Aber: Gesetzgeber versteht § 95 Abs. 1 a Satz 3 SGB als abschließenden Katalog
- Daher unabhängig von der Frage des Berufsrechts zweifelhaft, ob eine OHG bzw. KG bzw. GmbH & Co. KG Trägergesellschaften sein können (Scholz, VSSAR 2022, 233, 238)

De lege ferenda

- Ein Gebrauchmachen vom Berufsrechtsvorbehalt in § 107 Abs. 1 Satz 2 HGB erfordert:
 - Änderung der MBO-Ä und MBO-Z
 - Änderung der Heilberufs- und Kammergesetze
 - Wesentlichkeitsdoktrin des BVerfG (Scholz, VSSAR 2022, 233, 238 f.)
 - Vgl. Diskussion um die (Zahn-)ärzte-GmbH (z.B. Art. 18 Abs. 1 Satz 1 HKaG Bayern)

- Ist der (Landes-)gesetzgeber aus übergeordneten rechtlichen Gründen verpflichtet, vom Berufsrechtsvorbehalt Gebrauch zu machen und die ärztliche Berufsausübung in Gestalt einer GmbH & Co. KG zu ermöglichen?
 - Unionsrechtliche Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 Abs. 1 AEUV
 - Niederlassungsfreiheit
 - Dienstleistungs-Richtlinie der EU
 - EuGH – Urt. v. 19.5.2009 – C 171/07 und C 172/07: Zulässigkeit, den Betrieb einer Apotheke ausschließlich Apothekern vorzubehalten

- Welchen Spielraum hat der (Landes-)gesetzgeber betreffend die Anforderungen an die Verfasstheit einer GmbH & Co. KG?

- Berufsrechtliche Anforderungen bedürfen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung (Henssler, Band II/1, Sitzungsberichte 71. Deutscher Juristentag 2016, O 88, O 91-94)

- Außerdem bedürfen sie einer europarechtliche Rechtfertigung, vgl. Art. 65 AEUV, vgl. Art. 15 Abs. 2c, Abs. 3c Dienstleistungs-Richtlinie

- Sog. Fremdbesitzverbot
 - Verbot der Beteiligung von Berufsträgern, die nicht in der Gesellschaft selbst ihren Beruf ausüben
 - Verbot der Beteiligung von berufsfremden Dritten (Stichwort: Finanzinvestoren)
 - §§ 17, 18 Abs. 2 MBO-Ä
 - Heilberufe- und Kammergesetze der Länder, z.B. § 29 Abs. 2 Satz 3 Nr. 6 HKG-Niedersachsen und § 23 a Abs. 1 Satz 3 lit. c) MBO-Ä
 - § 1 Abs. 1 PartGG: Zusammenschluss von Angehörigen Freier Berufe „zur Ausübung ihrer Berufe“

- AGH München (Beschl. v. 20.4.2023 - BayAGH III-4-20/21 – Halmer Rechtsanwalts-gesellschaft UG zu §§ 59a, 59e-h BRAO a.F.)
- Vorlage an EuGH (anhängig C-295/23)
- Unionsrechtlicher Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (EuGH- Urt. v. 15.10.2015 – C- 168/15)
- Rechtfertigungsgrund für sog. Fremdbesitzverbot: Berufliche Unabhängigkeit, kein Einfluss auf das operative Geschäft der Berufsausübungsgemeinschaft

- Rechtfertigungsgrund für das sog. Fremdbesitzverbot: Berufsgeheimnis, d.h. keine Schutzlücken zu Lasten der Allgemeinheit und der Vertragspartner
- § 59 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BRAO; § 49 StBerG; § 27 WPO
- Gibt es mildere Mittel als ein Fremdbesitzverbot?
- Ärztliche Berufsausübungsgemeinschaft wie z.B. Rechtsanwaltsgesellschaften selbst zum **Berufsrechtssubjekt** und Adressaten von Berufspflichten machen

- **§ 59e Abs. 1 und Abs. 2 BRAO:**
 - „(1) Die §§ 43 bis 43b, 43d, 43e, 44, 45 Absatz 1 Nummer 2 und 3, die §§ 48, 49a bis 50, 53, 54, 56 Absatz 1 und 2 und die §§ 57 bis 59a **gelten für Berufsausübungsgesellschaften sinngemäß.**
 - (2) Die Berufsausübungsgesellschaft hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass berufsrechtliche Verstöße frühzeitig erkannt und abgestellt werden. Wenn an der Berufsausübungsgesellschaft Personen beteiligt sind, die Angehörige eines in § 59c Absatz 1 Satz 1 genannten Berufs sind, ist durch geeignete gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen sicherzustellen, dass die Berufsausübungsgesellschaft für die Erfüllung der Berufspflichten sorgen kann.

- **Zulassung** der ärztlichen BAG wie z.B. anwaltliche Berufsausübungsgemeinschaft (§ 59f BRAO)

- Normatives Problem bei Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG
 - § 59 f knüpft an „Berufsausübungsgemeinschaft“ an
 - Komplementär-GmbH ist keine zugelassene Rechtsanwaltsgesellschaft und unterliegt nicht der Berufsaufsicht
 - Daher erfährt Kammer nichts von gesellschaftsvertraglichen Änderungen auf Ebene der GmbH, § 59 f Abs. 5 BRAO bezieht sich alleine auf Änderung der Verhältnisse der KG (Nolting, ZPG 2023, 176, 182)

- De lege ferenda: Erweiterung des **Sanktionensystems** (vgl. § 71 Abs. 2 WPO)
- De lege ferenda: Anforderungen an gesellschaftsinterne **Compliance**-Maßnahmen, vgl. § 31 BORA sowie § 59 e Abs. 2 BRAO
- Gesellschaftsvertragliche **Beschränkung der Rechte der Gesellschafter** (vgl. AGH München)
 - Erstreckung der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht auf nicht-ärztliche Gesellschafter und Beschränkung des Auskunftsrechts (AGH München, Rn. 60)
 - Verhinderung eines unmittelbaren Einflusses der Gesellschafter auf die Geschäftsführung (AGH München, Rn. 49 f. zu § 37 GmbHG)
- **Rechtliche Gretchenfrage: Sind das mildere Mittel gegenüber einem Fremdbesitzverbot?**
 - Verneinend Stellungnahme Nr. 41 der BRAK (Juli 2023)
 - Aus meiner Sicht sind das mildere Mittel

- Faktische Frage: Ist eine GmbH & Co. KG überhaupt eine für ärztliche Betätigungen erstrebenswerte Rechtsform?

- Vgl. für den Anwaltsbereich enthusiastisch: Janßen/Grashoff, AnwBl 2023, 330
- Als Vorteile werden genannt: Tätigkeit in steuerlicher Mitunternehmerschaft; Ausschluss der persönlichen Haftung nicht nur bei Verletzung beruflicher Pflichten (Nolting, ZPG 2023, 176, 181)
- Aber: Ärzte-GmbH ist jetzt schon möglich

- Nachteile: Kosten für obligate Bilanzierung; Offenlegung Jahresabschluss gem. § 264 a iVm § 325 HGB; ggf. gem. §§ 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 GewStG Gewerbesteuerpflicht; Insolvenzantragspflicht, § 15 a InsO (Roßkopf/Hoffmann, ZPG 2023, 14, 26)
- Ist eine GmbH & Co. KG „hilfreich“ für Gründer von MVZ in Anbetracht der Entscheidung des BSG vom 26.1.2022 – B 6 KA 2/21 R?

(Vorläufiges) Fazit

- Diskussion um Zulässigkeit einer GmbH & Co. KG ist eher Ausdruck dessen, dass Sinnhaftigkeit des sog. Drittbeteiligungsverbots in Frage gestellt wird.
- Auch bei der Ärzte-GmbH stellt sich die Frage der Zulässigkeit einer Drittbeteiligung.
- Der sog. Berufsrechtsvorbehalt ist nichts, was spezifisch mit der Frage der Zulässigkeit einer GmbH & Co. KG zu tun hat.
- Es ist „ehrlicher“, eine Diskussion um das sog. Fremdbesitzverbot zu führen, anstatt am pauschalen Verbot der Rechtsform einer GmbH & Co. KG festzuhalten.

Dr. Ole Ziegler

Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Mediator
Compliance Officer (C. H. Beck)

Niederuau 13-19
60325 Frankfurt am Main

📞 069/971 20 641

📠 069/72 55 86

@ ole.ziegler@plagemann-rae.de

@ www.plagemann-rae.de