



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht

17. Herbsttagung

vom 13. – 14. Oktober 2017 in Berlin

**Scheinselbstständige BAG-Partner – eine Problem des
Sozialversicherungs-, Zulassungs- und
Gewerbesteuerrechts**

Rechtsanwalt Dietmar Sedlaczek
Berlin

Scheinselbstständige BAG Partner

Zulassung Sozialversicherung Gewerbesteuer



Steuern. Recht. Wirtschaft.
METAX® - die Fachgesellschaft im Gesundheitsmarkt.

ZERTIFIZIERT NACH ISO 9001
www.metax-cert.de



SPS Sedlaczek Prüllage Schwinger
Steuerberater Rechtsanwalt Partnerschaft mbB

ZERTIFIZIERT NACH ISO 9001
PARTNER DER METAX®



Scheinselbstständige BAG-Partner

Dietmar Sedlaczek
Fachanwalt für Medizinrecht
Richter am Finanzgericht a.D.

SPS Sedlaczek Prüllage Schwinger Partnerschaft mbB
Bayerischer Platz 1
D-10779 Berlin

METAX®

Gemeinsam Eins.

Scheinselbstständige BAG-Partner

Begriff Scheinselbstständigkeit

- Kein Begriff der Scheinselbstständigkeit
- Unterschiedliche Definitionen des Beschäftigungsverhältnisses in den verschiedenen Zusammenhängen

Scheinselbstständige BAG-Partner

Begriff Beschäftigung sozialrechtlich

- § 7 Abs. 1 SGB IV Legaldefinition:

„Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

Es handelt sich, das ist lange anerkannt, um einen Typusbegriff.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Begriff Beschäftigung Sozialrechtlich

Typusbegriff ist verfassungsgemäß.

BVerfG Nichtannahmebeschluss 1 BvR 21/96, 20.05.1996:

- Begriff der Beschäftigung nicht zu unbestimmt;
- Unsicherheiten und auch eine dem jeweiligen Rechtsgebiet spezifische unterschiedliche Auslegung ist jeder Auslegung von Rechtsvorschriften immanent;
- Vielzahl denkbarer Fallgestaltungen schließt eine eindeutige Vorhersehbarkeit des Ergebnisses aus.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Begriff Beschäftigung sozialrechtlich

§ 7 Abs. 4 SGB IV bis 31.12.2002

Beschäftigung wird vermutet, wenn 3 von 5 Kriterien vorliegen:

1. Monatliches Arbeitsentgelt regelmäßig mehr als 325 Euro;
2. Auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig;

Scheinselbstständige BAG-Partner



Begriff Beschäftigung sozialrechtlich

3. Auftraggeber oder vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten;
4. Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen;
5. Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Begriff Beschäftigung Sozialrechtlich

Ständige Rechtsprechung des BSG z.B. B 12 KR 17/13
31.03.2015, Rz 17:

- Ausgangspunkt: Die vertraglichen Vereinbarungen:
- Dann folgt: „Umsetzungskontrolle“. Wird das gelebt, was vertraglich vereinbart wird?
- Es ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses (frei / abhängig) vorzunehmen.

Scheinselbstständige BAG-Partner

Begriff Beschäftigung Sozialrechtlich

Kriterien des BSG:

- In zeitlicher und räumlicher Hinsicht frei
- Keine Einbindung in einen festen Betriebsablauf
- Kein Direktionsrecht des Arbeitgebers
- Leistung kann durch Dritte erbracht werden
- Vertretung muss gestellt werden
- Eigene Arbeitsmittel
- Unternehmerinitiative (Einfluss auf die Geschäftspolitik)
- Unternehmerrisiko (Verlustrisiko, Chance auf ((hohen)) Gewinn)

Scheinselbstständige BAG-Partner

Begriff Beschäftigung Sozialrechtlich

Kriterien des BSG:

- Kein disziplinarischer Vorgesetzter
- Keine Einbindung in einen festen Betriebsablauf
- Bei fachlicher Weisungsfreiheit des Dienstverpflichteten (Arzt) und Diensten höherer Art verwendet das BSG ständig den Begriff „funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess“.

Scheinselbstständige BAG-Partner

Begriff Beschäftigung Sozialrechtlich

Ergebnis:

Ausgehend von der vertraglichen Vereinbarung ist die Ausgestaltung des Dienstverhältnisses anhand der vorstehend genannten Kriterien zu prüfen.

Scheinselbstständige BAG-Partner

Begriff Beschäftigung Sozialrechtlich

Beispiel, LSG BW, L 5 R 1176/15, 23.11.16:

BAG zwischen Zahnarzt (Senior) und Zahnärztin (Junior), genehmigt durch Zulassungsausschuss,

- Anlagevermögen Sondervermögen des Seniors
- Junior bedarf im Innenverhältnis die Zustimmung Senior bei Geschäften über 2.500 EUR
- Junior erhält 30 % des veranlassten Zahnarzthonorars
- Bei Kündigung Junior Verpflichtung, den Sitz zugunsten des Seniors auszuschreiben
- Abfindungsanspruch 15 % bzw. 20 % des in den letzten 2 bzw. 3 Jahren durchschnittlich erwirtschafteten Umsatzes

Scheinselbstständige BAG-Partner



Begriff Beschäftigung Sozialrechtlich

Beispiel, LSG BW, L 5 R 1176/15, 23.11.16:

Ergebnis: Sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis

Rechtsfolge:

- Nachzahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags § 28e Abs. 1 SGB V, rund 21 % der Bezüge durch den **Arbeitgeber**;
- § 28g Rückforderung beim Arbeitnehmer mit den 3 folgenden Lohnabrechnungen, es sei denn, den Arbeitgeber trifft kein Verschulden;
- § 25 Abs. 1 SGB IV Verjährung, 4 Kalenderjahre;
- § 24 Abs. 1 SGB IV Säumniszuschläge 1 % pro angefangenen Monat;

Scheinselbstständige BAG-Partner



Begriff Beschäftigung Sozialrechtlich

Beispiel, LSG BW, L 5 R 1176/15, 23.11.16:

Ergebnis: Sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis

Rechtsfolge:

„Gehalt“ für 01 2015:	3.500 EUR
Gesamtsozialversicherungsbeitrag gerundet	735 EUR
Säumniszuschläge bis 14.10.2017, 1 % pro Angefangen Monat, Fälligkeit 01 2015, (§ 23 SGB IV) 33 Monate = 33 % von 700 EUR	231 EUR
Gesamtnachzahlung ca.	28.100 EUR
Davon Säumniszuschläge	3.812 EUR

Scheinselbstständige BAG-Partner



Begriff Beschäftigung Sozialrechtlich

§ 266a StGB Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt

(1) Wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Begriff Beschäftigung Sozialrechtlich

Empfehlung bei unklarer Situation:

Statusfeststellungsverfahren § 7a SGB IV

- Bei Antragstellung binnen eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit,
- Versicherungspflicht erst mit Bekanntgabe der Entscheidung

Scheinselbstständige BAG-Partner



Zulassungsrecht

Schließlich:

Die rechtlichen Einordnungen des Vertrags(zahn)arztrechts und des (zahn)ärztlichen Berufsrechts sind für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung nach § 7 SGB IV nicht bindend.

LSG BW, L 5 R 1176/15, 23.11.16

Scheinselbstständige BAG-Partner



Zulassungsrecht

Normative Vorgaben:

§ 98 Abs. 2 Nr. 13 SGB V: Die Voraussetzungen regeln die Zulassungsverordnungen.

§ 32 Abs. 1 Ärzte-ZV: persönlich in freier Praxis;
Abs. 2 und 3 regeln Details,

§ 18 Abs. 2a MBO erlaubt ärztliche Kooperationen

Scheinselbstständige BAG-Partner



Zulassungsrecht

Leitentscheidung immer noch:

BSG vom 23.06.2010, B 6 KA 7/09:

1. Ein Vertragsarzt übt seine Tätigkeit nicht in "freier Praxis" aus, wenn er weder das wirtschaftliche Risiko der Praxis (mit)trägt noch am Wert der Praxis beteiligt ist. (amtlicher Leitsatz)
2. Weder der Status als Vertragsarzt noch die statusbegründende Genehmigung einer Gemeinschaftspraxis stehen Richtigstellungen aufgrund einer gesetzwidrigen Gestaltung der beruflichen Kooperation entgegen. (amtlicher Leitsatz)

Scheinselbstständige BAG-Partner



Zulassungsrecht

Sachverhalt:

Partner 1 gründete mit den Partnern 2 und 3 zum 01.10.1996 eine Gemeinschaftspraxis. Partner 2 und 3 übernahmen den Geschäftsanteil des Seniorpartners von Partner 1, waren aber schon zur vertragsärztliche Versorgung zugelassen. Die Zulassung des Seniors wurde zum 01.10.1996 auf Ph übertragen, der als 4. Partner der Gemeinschaftspraxis zugelassen wurde.

Ph sollte als freier Mitarbeiter tätig werden und nach einem Probejahr partnerschaftlich eingebunden werden. Bis dahin erhielt er ein Festgehalt. Zu einer Einbindung kam es nicht.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Zulassungsrecht

Sachverhalt:

Die KV verlangte die für die Tätigkeit von Ph gezahlten Honorare für die Quartale IV 1996 bis 01/2001 zurück.

Nach Auffassung des BSG zu recht.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Zulassungsrecht

Rechtsgrundlage Rückforderung:

§ 45 BMV-Ä Sachlich-rechnerische Berichtigung;

Jetzt iVm. § 106a SGB V,

Schlegel/Voelzke-Clemens, jurisPK-SGB V Rz. 4

Umfasst auch ob die Leistung im Einklang mit dem Vertragsarztrecht erbracht wurde BSG aaO. Rz 26.

Scheinselbstständige BAG-Partner

Zulassungsrecht

Kriterien für eine vollwertige Gesellschafterstellung:

Schriftlicher Gesellschaftsvertrag

- § 18 Abs. 2a S. 3 MBO,
- § 33 Abs. 3 S. 1 Ärzte-ZV, vorherige Genehmigung des Zulassungsausschusses erforderlich
- BSG vom 16.07.2003, B 6 KA 34/02 Gesellschaftsvertrag muss schriftlich abgefasst werden.

Scheinselbstständige BAG-Partner

Zulassungsrecht

Kriterien für eine vollwertige Gesellschafterstellung:

Auch ein BAG-Partner muss „in freier Praxis“ tätig sein.

- eigenes wirtschaftliches Risiko, sein Gewinn hängt maßgebend von seiner Arbeitskraft ab;
also Mitunternehmerinitiative und –risiko;
- die sind nicht allein aufgrund erheblicher fachlicher Entscheidungs- und Handlungsspielräume gegeben;
- Behandlung im freien Ermessen;
- Verfügungsmöglichkeit über die sachlichen und personellen Ressourcen;

Scheinselbstständige BAG-Partner

Zulassungsrecht

Kriterien für eine vollwertige Gesellschafterstellung:

Auch ein BAG-Partner muss „in freier Praxis“ tätig sein.

- offen gelassen, ob eine Beteiligung am materiellen Praxisvermögen erforderlich ist;
- Beteiligung am immateriellen Wert der Praxis, vor allem im Veräußerungsfall;
- mehr als nach §§ 705ff BGB für die Stellung als Gesellschafter erforderlich;

Scheinselbstständige BAG-Partner

Zulassungsrecht

Negativ-Kriterien gegen eine vollwertige Gesellschafterstellung:

- Festgehalt
- Keine Beteiligung am immateriellen Vermögen
- Kein verstecktes Anstellungsverhältnis

Scheinselbstständige BAG-Partner



Zulassungsrecht

Strafrechtlich:

BGH, Urteil vom 12.07.2017, 1 StR 535/16

Eine nach § 263 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßige Täuschung liegt auch vor, wenn Ärzte nach dem maßgeblichen Kassenarztrecht nicht berechtigt waren, ihre tatsächlich erbrachten und an sich abrechnungsfähigen Leistungen gegenüber der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung abzurechnen.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Gewerbesteuer

Gewerbsteuerpflichtig sind nur gewerbliche Einkünfte.

Solche haben,

- Kraft Rechtsform alle juristischen Personen, also z.B. GmbH, AG,
- Kraft Definition in § 15 Abs. 2 und 3 EStG Unternehmer und Mitunternehmer
- Freie Berufe durch Infektion/Abfärbung oder
- **der hier interessierende Fall durch Beschäftigung von zu vielen oder den falschen Mitarbeitern.**

Scheinselbstständige BAG-Partner



Gewerbesteuer

Auch ein freiberuflich tätiger Arzt kann sich nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG der Mithilfe fachlich fortgebildeter Arbeitskräfte (Angestellte oder freie Mitarbeiter bedienen und dennoch immer noch freiberufliche Einkünfte erzielen.

Voraussetzung ist allerdings, dass der Arzt immer noch aufgrund

- eigener Fachkenntnisse
- leitend
- eigenverantwortlich

tätig wird in so genannter Stempeltheorie

Scheinselbstständige BAG-Partner



Gewerbesteuer

BFH 16.07.2014 – VIII R 41/12 –

- Gemeinschaftspraxis für Anästhesie beschäftigte eine angestellte Ärztin.
- Die Gemeinschaftspraxis verfügt über keine eigenen Praxisräume, sondern übt ihre Tätigkeit als mobiler Anästhesiebetrieb in den Praxen anderer Ärzte aus, die Operationen unter Narkose durchführen wollten.
- Jeweils ein Gesellschafter nahm die Voruntersuchung vor und legte die Behandlungsmethode fest.
- Die angestellte Ärztin übernahm die Behandlung der einfach gelagerten Fälle selbst, ohne dass ein Gesellschafter anwesend war.
- Problematische Fälle blieben den Gesellschaftern vorbehalten.

Scheinselbstständige BAG-Partner

Gewerbbesteuer

Auffassung der Finanzverwaltung:

- die angestellte Ärztin sei während der Operation auf sich „allein gestellt“,
- anders als beim angestellten Zahnarzt, für den der Praxisinhaber jederzeit im Nebenzimmer erreichbar sei, müsse die angestellte Anästhesistin bei Komplikationen während der Operation selbst entscheiden.
- Die Gesellschafter seien gegenüber der angestellten Ärztin daher nicht leitend und eigenverantwortlich tätig gewesen.

Scheinselbstständige BAG-Partner

Gewerbbesteuer

BFH 16.07.2014 – Entscheidung des BFH –

- Selbstständige Ärzte üben ihren Beruf grundsätzlich auch dann leitend und eigenverantwortlich aus, wenn sie sich angestellter Ärzte bedienen.
- Führt ein selbstständiger Arzt
 1. die jeweils anstehenden Voruntersuchungen durch und
 2. legt für den Einzelfall die Behandlungsmethode fest und
 3. behält sich die Behandlung „problematischer Fälle“ vor,

Scheinselbstständige BAG-Partner



Gewerbbesteuer

BFH 16.07.2014 – Entscheidung des BFH –

→ sind die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG erfüllt, der Arzt wird hinreichend überwacht, es liegen keine gewerblichen Einkünfte und damit keine Gewerbesteuerpflicht vor.

- Die Auffassung der Finanzverwaltung überdehne die Anforderungen an die leitende und eigenverantwortliche Tätigkeit und würde den Einsatz angestellter Ärzte im Bereich der Heilberufe ausschließen.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Gewerbbesteuer

Nullbeteiligungsgesellschaft: BFH VIII R 63/13 vom 03.11.2015

Eine aus zwei Gesellschaftern bestehende Gemeinschaftspraxis (je 50 %) nahm eine weitere Ärztin (N) in die Gemeinschaft auf.

Die Wirtschaftsgüter der zuvor zweigliedrigen Gemeinschaftspraxis wurden durch die Altgesellschafter am Sonderbetriebsvermögen gehalten.

- Die Neugesellschafterin war weder materiell noch immateriell an der Praxis beteiligt, konnte aber optional nach drei Jahren 1/3 der Gemeinschaftspraxis erwerben.
- Die Gewinnabrede sah vor, dass N. jährlich 37 % der eigenen Honorarumsätze für die ersten 200.000,00 EUR und darüber hinaus 42 % der eigenen Honorarumsätze erhielt. N. machte nach Ablauf von drei Jahren keinen Gebrauch von der eingeräumten Option.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Gewerbbesteuer

Nullbeteiligungsgesellschaft: BFH VIII R 63/13 vom 03.11.2015

Auffassung der Finanzverwaltung:

- Das Mitunternehmerrisiko sei bei N. aufgrund der reinen Umsatzbeteiligung allenfalls schwach ausgeprägt.
- Zudem sei N. nicht erkennbar an den stillen Reserven beteiligt gewesen.
- Das schwach ausgeprägte Mitunternehmerrisiko werde auch nicht durch eine stark ausgeprägte Mitunternehmerinitiative kompensiert. N. war steuerlich keine Mitunternehmerin (trotz zivilrechtlicher Gesellschafterstellung).

Scheinselbstständige BAG-Partner



Gewerbbesteuer

- Nullbeteiligungsgesellschaft: BFH VIII R 63/13 vom 03.11.2015
- Der BFH folgt der Ansicht der Finanzverwaltung.
- N. war steuerlich keine Mitunternehmerin; gleichzeitig waren die Altgesellschafter gegenüber N. nicht leitend eigenverantwortlich tätig.
- Die auf N. entfallenden Umsätze waren damit gewerblich.
- Aufgrund der bei Personengesellschaften geltenden Abfärbetheorie waren die gesamten Einkünfte der Gemeinschaftspraxis als gewerblich anzusehen.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Gewerbesteuer

Nullbeteiligungsgesellschaft

Eine Mitunternehmerschaft setzt ein zivilrechtliches Gesellschaftsverhältnis oder ausnahmsweise ein vergleichbares Gemeinschaftsverhältnis voraus.

Eine Mitunternehmerschaft liegt steuerlich vor, wenn mehrere Personen

- durch gemeinsame Unternehmerinitiative und
- durch gemeinsame Übernahme des Unternehmerrisikos und
- mit Gewinnerzielungsabsicht auf Ebene der Gesellschaft

auf einen bestimmten Zweck hin tatsächlich zusammen arbeiten.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Gewerbesteuer

Mitunternehmerrisiko

trägt im Regelfall, wer am Gewinn und Verlust des Unternehmers und an den künftigen stillen Reserven, einschließlich eines etwaigen Geschäftswerts beteiligt ist.

Mitunternehmerinitiative

bedeutet vor allem Teilhabe an den unternehmerischen Entscheidungen, wie sie Gesellschafter oder diesen vergleichbare Personen als Geschäftsführer und Prokuristen und anderen leitenden Angestellten obliegen.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Gewerbbesteuer

Steht fest, dass eine dauerhafte Überwachung und Kontrolle des angestellten Arztes nicht mehr zu gewährleisten ist, kann die Gewerblichkeit verhindert werden, indem der vormals angestellte Arzt an der Praxis beteiligt wird.

- Eine Variante ist dabei die Beteiligung im Rahmen einer Nullbeteiligungsgesellschaft bzw. Minderheitsgesellschaft.
- Wichtig: Wenn eine Aufnahme eines Arztes geplant ist, dann aber bitte richtig! Insbesondere bei Nullbeteiligungsgesellschaften besteht das Risiko einer zu schwach ausgestalteten Mitunternehmerstellung.

Scheinselbstständige BAG-Partner



Gewerbbesteuer

Steuerliche Mindestvorgaben

Gewinnabhängige Vergütung des Partners notwendig

- Anteil am Zuwachs der stillen Reserven seit Eintritt
- Beteiligung an der Geschäftsführung
- Kein vollständiger Haftungsausschluss für die Partner

Werden diese Vorgaben nicht erfüllt, ist der neue Partner kein Mitunternehmer, sondern Scheingesellschafter.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Steuern. Recht. Wirtschaft.
METAX® - die Fachgesellschaft im Gesundheitsmarkt.

ZERTIFIZIERT NACH ISO 9001
www.metax-cvt.de



SPS Sedlaczek Prüllage Schwinger
Steuerberater Rechtsanwalt Partnerschaft mbB

ZERTIFIZIERT NACH ISO 9001
PARTNER DER METAX®

