

## Mandanteninformation

4/2005

### Inhalt

Arbeitsrecht/Gesellschaftsrecht:	Nachvertragliche Wettbewerbsverbote von Geschäftsführern	1
Gesellschaftsrecht:	BGH zur Zwangsausschließung – Grünes Licht für Mitarbeiter- und Geschäftsführerbeteiligungsmodelle	3
Steuerrecht/Steuerstrafrecht:	Neues aus Verwaltung und Rechtsprechung	4
Betriebliche Altersversorgung:	Vorsicht bei Abfindungsvereinbarungen	6
Arbeitsrecht:	Freistellung von Arbeitnehmern und Geschäftsführern	7
Sozialversicherungsrecht:	Vorverlegung der Fälligkeit für Sozialversicherungsbeiträge ab dem 1. Januar 2006	8
Ärztliches Berufsrecht:	Medizinische Versorgungszentren – Bestandsaufnahme und Ausblick nach zwei Jahren GMG	8
Vergaberecht:	Neue Aussagen des EuGH zur Inhouse-Vergabe und zur Dienstleistungskonzession	9
Elektro- und Elektronikgerätegesetz:	Rücknahmepflicht für Elektroschrott – Unternehmensinterne Anpassung jetzt vornehmen	11

### In eigener Sache

„JUVE KANZLEI DES JAHRES“. Der JUVE Verlag für juristische Information hat AULINGER Rechtsanwälte in dem soeben erschienenen Handbuch „Wirtschaftskanzleien – Rechtsanwälte für Unternehmen“ 2005/2006 als „Kanzlei des Jahres“ in der Region Ruhrgebiet/Westfalen ausgezeichnet. Ausdrücklich bestätigt wird unsere Entscheidung zur Eigenständigkeit, die wir seit Sommer 2003 in Bochum und Essen umsetzen. Die Ehreung ist für uns Ansporn in unserem Bemühen, Sie auch künftig mit klarem Profil, engagiert und auf höchstem qualitativem Niveau zu beraten.

Diese und unsere früheren Mandanteninformationen haben wir für Sie auch in elektronischer Form im Internet bereitgestellt. Von unserer Homepage [www.ra-aulinger.de](http://www.ra-aulinger.de) können Sie unter der Rubrik „Publikationen“ die Dokumente herunterladen. Gleichzeitig können Sie sich dort auch für die regelmäßige Zusendung unserer Mandanteninformation in elektronischer Form anmelden — natürlich für Sie kostenlos.

### Arbeitsrecht/Gesellschaftsrecht: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote von Geschäftsführern

Im Falle einer Trennung des Unternehmens von seinem Geschäftsführer – gleich von welcher Seite veranlasst – besteht auf Seiten des Unternehmens oft genug die Befürchtung, dass der Geschäftsführer die erworbenen Kontakte, Kenntnisse und Erfahrungen nutzt, um einen Konkurrenten zu stärken oder selber ein Konkurrenzunternehmen zu gründen. Auch wenn diesem Risiko durch Vereinbarung eines **nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes** begegnet wird, erlebt die Gesellschaft oft eine unangenehme Überraschung, weil die Gerichte viele der häufig verwendeten Klauseln für **unwirksam** halten. Dies gibt Anlass, hier noch einmal auf die wichtigsten Grundsätze hinzuweisen, die für nachvertragliche Wettbewerbsverbote gelten.

Geschäftsführer sind keine Arbeitnehmer, so dass die gesetzlichen Vorschriften über Wettbewerbsverbote in §§ 74 ff. HGB nur in Ausnahmefällen Anwendung finden. Inhaltlich setzt die Rechtspre-

chung nachvertraglichen Wettbewerbsverböten für Fremdgeschäftsführer oder Gesellschafter-Geschäftsführer gleichwohl enge Grenzen. Da diese die grundgesetzlich gestützte Berufsfreiheit einschränken, sind sie nur zulässig, wenn sie einerseits **dem Schutze eines berechtigten Interesses der Gesellschaft dienen** und andererseits **nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung und die wirtschaftliche Betätigung des Geschäftsführers nicht unbillig erschweren**.

Dabei wird grundsätzlich zwischen drei Arten nachvertraglicher Wettbewerbsverböte unterschieden:

**Kunden- oder Mandantenschutzklauseln** verbieten dem Geschäftsführer, mit solchen Unternehmen oder Personen Geschäfte abzuschließen, die bisher Kunden der Gesellschaft waren. Derartige Klauseln sind **in aller Regel zulässig**, weil das Unternehmen ein berechtigtes Interesse an der

Erhaltung seines Kundenstammes hat. Unter Umständen kann auch ein Lieferantenschutz sinnvoll und zulässig sein. Zeitlich darf in der Regel eine **Dauer von zwei Jahren** nicht überschritten werden. Sollte das Wettbewerbsverbot zu lang sein, wird es nicht insgesamt unwirksam, sondern auf die angemessene Zeitdauer reduziert.

Das zweite Modell stellen die so genannten **allgemeinen Konkurrenzklauseln** dar. Sie untersagen in unterschiedlichen Ausprägungen jegliche Tätigkeiten für einen Konkurrenten. Reine **Kapitalbeteiligungen** ohne Einfluss auf die Geschäftsführung dürfen nicht untersagt werden. Denn es ist kaum denkbar, welches berechtigte Interesse ein Unternehmen an diesem Verbot haben könnte.

Auch im Übrigen sieht die Rechtsprechung derartige allgemeine Konkurrenzklauseln für die Zeit nach Ausscheiden des Geschäftsführers äußerst restriktiv. Häufig besteht der Zweck solcher Verbote vor allem darin, **den Geschäftsführer vom Wettbewerb vollständig auszuschließen**. Wenn jedoch nicht nachgewiesen werden kann, weshalb sich für das Unternehmen **konkrete Nachteile** aus der Wettbewerbstätigkeit ergeben, während der ausgeschiedene Geschäftsführer sich unbillige Vorteile verschafft, ist ein solches Wettbewerbsverbot unwirksam. Berechtigte Gründe können beispielsweise **Kenntnisse von Vertriebsstrategien** sein – dann muss im Prozess nachgewiesen werden, dass tatsächlich besondere, geheime Strategien existieren und ihre Verbreitung an Wettbewerber dem Unternehmen schaden kann –, sowie die **Kenntnis von technischem Know-how**, besonderen **Planungen, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen**.

Gerade bei allgemeinen Konkurrenzklauseln ist der **zeitliche und räumliche Geltungsbereich** sorgfältig festzulegen. Die zeitliche Grenze liegt auch hier bei zwei Jahren, wenn nicht ungewöhnliche Umstände vorliegen. Da bei Vereinbarung eines zu großen räumlichen Gebietes das Wettbewerbsverbot **insgesamt unwirksam** wird, sollte es sich auf den **Kernbereich der Tätigkeit** konzentrieren. Ein Konkurrenzausschluss für die gesamte Bundesrepublik Deutschland wird sich nicht halten lassen, wenn das Unternehmen nur ausnahmsweise Geschäfte außerhalb weniger Bundesländer tätigt.

Drittens besteht die Möglichkeit, nachvertragliche Wettbewerbsverbote **tätigkeitsbezogen** zu begründen. In diesem Fall werden bestimmte Aufgaben oder Positionen in Wettbewerbsunternehmen untersagt. Dies bietet sich etwa für Geschäftsführer an, die ausschließlich im Vertrieb und im kaufmännischen Bereich tätig waren und nicht über besondere technische Kenntnisse verfügen, denen also ausschließlich die Tätigkeit im Vertrieb bzw. im Marketing von Konkurrenten verboten werden muss. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hält beispielsweise ein Verbot der Vertriebsarbeit in Wettbewerbsunternehmen gegenüber einem Techniker für nicht wirksam. Zeitlich und räumlich gelten dieselben Grundsätze wie hinsichtlich der allgemeinen Konkurrenzklauseln.

Die Umsetzung dieser Grundtypen ist nicht einfach, weil sich zu Beginn eines Vertragsverhältnisses häufig nicht absehen lässt, welche Tätigkeiten tatsächlich problematisch sein werden und ob der Geschäftsführer überhaupt für das Unternehmen gefährliche Kenntnisse erlangen wird. In solchen Fällen ist zu erwägen, **sowohl eine Kundenschutzklausel als auch ein allgemeines Konkurrenzverbot zu vereinbaren**, so dass zumindest ein Basischutz gewährleistet ist, auch wenn das allgemeine Konkurrenzverbot nichtig sein sollte.

Während bei Arbeitnehmern das nachvertragliche Wettbewerbsverbot auch **teilweise**, nämlich „insoweit“ unwirksam sein kann, als kein berechtigtes Interesse des Unternehmens besteht, ist bei Vereinbarungen mit Geschäftsführern ein zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot in vollem Umfang unwirksam. Helfen kann eine so genannte **salvatorische Klausel**, nach der bei Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen des Wettbewerbsverbotes die Rechtswirksamkeit der übrigen Bestimmungen unberührt bleibt und nach der weiter dann, wenn die Unwirksamkeit einer Bestimmung auf einem Maß der Leistung oder der Zeit beruht, das rechtlich zulässige Maß gilt. Ob diese so genannte geltungserhaltende Reduktion tatsächlich funktioniert, ist allerdings bisher nicht hinreichend abgesichert. Die Möglichkeit, eine salvatorische Klausel zu verwenden, darf daher nicht als Einladung missverstanden werden, das Wettbewerbsverbot „vorsorglich“ möglichst weit zu fassen.

Eine so genannte **Karenzentschädigung**, die das Gesetz für Arbeitnehmer voraussetzt, muss an Geschäftsführer **grundsätzlich nicht** gezahlt werden. Ausnahmen sind denkbar, z.B. wenn der Geschäftsführer selber sämtliche Kunden in das Unternehmen eingebracht oder sie akquiriert hat und seine weitere Tätigkeit in diesem Gewerbebereich bei Einhaltung des Wettbewerbsverbotes nicht möglich ist. Die Rechtsprechung nimmt eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Unternehmens und des Geschäftsführers vor und berücksichtigt, ob der Geschäftsführer eine Leistung erhält, durch die er während des Wettbewerbsverbotes seinen Unterhalt sichern kann. Dies können auch Abfindungszahlungen oder Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafter-Geschäftsführers sein. Insbesondere im Falle von allgemeinen Konkurrenzklauseln, die es dem Geschäftsführer praktisch unmöglich machen, auf seinem angestammten Geschäftsgebiet tätig zu werden, dürfte eine Entschädigungszahlung in der Regel unabdingbar sein. In der Höhe ist eine Orientierung an § 74 c HGB zu empfehlen; die dort verlangten 50 % des bisherigen Einkommens müssen jedoch nicht zwingend erreicht werden. Allgemeingültige Empfehlungen sind hier nicht möglich.

Wenn eine Entschädigungszahlung vereinbart wird, ist schließlich zu bedenken, dass bei einem Wechsel des Geschäftsführers in den Ruhestand oder in eine andere Branche häufig kein Interesse an einer Einhaltung des Wettbewerbsverbotes mehr besteht. Für diesen Fall sollte die Möglichkeit eines Verzicht-

tes auf die Einhaltung des Verbotes vorgesehen werden, der zu einem kurzfristigen Wegfall der Entschädigungszahlung führt. Darüber hinaus empfiehlt sich auch eine Vereinbarung über die zumindest teilweise Anrechnung anderweitiger Einkünfte, insbesondere Pensionszahlungen, auf die Entschädigungszahlung.

Problematisch ist immer die Kontrolle, ob das Wettbewerbsverbot tatsächlich eingehalten wird. Aus diesem Grunde ist es wichtig, dass das Risiko einer Verletzung des Wettbewerbsverbotes für den Geschäftsführer relativ hoch ist. Ein Wettbewerbsverbot sollte daher eine **Vertragsstrafenregelung** in einer abschreckenden Höhe enthalten.

*Inken Hansen / Dr. Carolin Fenck*

## **Gesellschaftsrecht: Bundesgerichtshof zur Zwangsausschließung – Grünes Licht für Mitarbeiter- und Geschäftsführerbeteiligungsmodelle**

Beteiligungsmodelle sind ein nicht selten praktiziertes Mittel, Mitarbeiter mit gutem Potenzial langfristig an ein Unternehmen zu binden. Den Mitarbeitern wird **eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung** an der das Unternehmen tragenden Gesellschaft **eingerräumt**. Das kann mittelbar über eine Beteiligungsgesellschaft oder als stille Beteiligung geschehen, aber auch in Form einer unmittelbaren Beteiligung, also durch Erwerb etwa eines GmbH-Geschäftsanteiles oder eines Kommanditanteils an einer KG. Für seinen Anteil zahlt der Mitarbeiter – dabei kann es sich um einen Angestellten, aber auch um einen Geschäftsführer handeln – meist nur einen verhältnismäßig geringen Preis; manchmal werden Anteile auch ohne Gegenleistung übertragen. Der erworbene Anteil vermittelt dem Mitarbeiter einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung; Gewinne werden auch regelmäßig ausgeschüttet. Demgegenüber ist der Anteil so klein, dass der Mitarbeiter keine Möglichkeit hat, Unternehmensentscheidungen gegen den Willen der mehrheitlich beteiligten Kapitalgeber durchzusetzen. Die Verträge verpflichten den Mitarbeiter, bei Ausscheiden aus den Diensten des Unternehmens auch als Gesellschafter auszuscheiden. Zu diesem Zweck bietet der Mitarbeiter den von ihm erworbenen Anteil bereits bei Erwerb zum **Rückwerb** an, und zwar regelmäßig ebenfalls gegen einen Kaufpreis in beschränkter Höhe, z.B. zu dem Preis, den der Mitarbeiter selbst bezahlt hat.

Durchführbar sind diese Modelle nur dann, wenn der Unternehmer sicher sein kann, dass er den Anteil bei Ausscheiden des Mitarbeiters auch wirklich zurückerhält. Daran sind in letzter Zeit Zweifel entstanden. In mehreren Fällen hatten betroffene Mitarbeiter geltend gemacht, die **Rückübertragungsverpflichtung** sei **sittenwidrig** und daher **nichtig**. Gesellschaftsrechtlich seien nämlich Regelungen verboten, die einem Gesellschafter, einer Gruppe von Gesellschaftern oder der Gesellschaftermehrheit das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund und gegen dessen Willen aus der Gesellschaft auszuschließen (sog. **Hinauskündigungsklauseln**). Die unwiderruflichen Rückerwerbsangebote hätten aber dieselbe Funktion wie eine Hinauskündigungsklausel. Dieser Begründung war das Oberlandesgericht Frankfurt gefolgt. Auch wenn die Begründung dafür wenig überzeugend war – vor einer Klarstellung durch den Bundesgerichtshof (BGH) konnte niemandem mehr ohne

Risiko zur Einrichtung eines Mitarbeitermodells geraten werden.

Es ist daher zu begrüßen, dass der BGH jetzt in zwei Parallelentscheidungen zugunsten der Mitarbeiterbeteiligungsmodelle wieder **Sicherheit geschaffen** hat. Der BGH nahm gleichzeitig die Gelegenheit wahr, seine bisherige Rechtsprechung zu Hinauskündigungsklauseln sowohl in der Personengesellschaft als auch in der GmbH zusammenzufassen und zu bestätigen. **Hinauskündigungsklauseln** sind danach auch weiterhin **grundsätzlich nichtig**. Wirksam sind sie demgegenüber, wenn sie wegen besonderer Umstände **sachlich gerechtfertigt** sind. Beispielhaft für solche besonderen Umstände führt der BGH u.a. den Fall an, dass in einer GmbH alle Gesellschafter persönlich mitarbeiten und ein Geschäftsanteil nach dem Gesellschaftsvertrag eingezogen werden kann, wenn ein Gesellschafter nicht mehr im Unternehmen tätig ist.

Sachliche Gründe, die eine Hinauskündigungsklausel rechtfertigen, erkennt der BGH auch für die Mitarbeiter- bzw. Geschäftsführerbeteiligungsmodelle an. Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung verdienter Mitarbeiter oder Geschäftsführer habe die Funktion, diese Mitarbeiter stärker an das Unternehmen zu binden, ihre Motivation zu steigern und zugleich einen Anreiz für weitere Mitarbeiter zu schaffen, durch entsprechend loyales Verhalten ebenfalls in den Genuss einer Beteiligung zu kommen. Wer von einem solchen Modell profitiere, gehe nur ein denkbar geringes eigenes Risiko ein, dem erhebliche Verdienstchancen gegenüberstünden. Mit der Beendigung der Mitarbeit entfalle der rechtfertigende Sinn für die Beteiligung, nämlich die Bindung an das Unternehmen, die Motivationssteigerung und die Belohnung für den erfolgreichen Einsatz. In dieser Situation **bedürfe es keines Schutzes des ausgeschiedenen Mitarbeiters vor einer Zwangseinziehung**. Im Gegenteil würde eine Teilhabe an dem künftigen Wertzuwachs des Gesellschaftsvermögens ohne eigene weitere Mitarbeit zu einem unverdienten Vermögensvorteil des ausgeschiedenen Mitarbeiters führen. Außerdem werde dem Unternehmen nur durch die Rückübertragung überhaupt die Möglichkeit eröffnet, andere verdiente Mitarbeiter mit Anteilen auszustatten und das Mitarbeitermodell weiterhin durchzuführen.

Der Umstand, dass ein Geschäftsführer jederzeit auch ohne wichtigen Grund abberufen werden könne und damit dem Risiko auch eines Anteilsverlustes ausgesetzt sei, ändere daran nichts. Ebenso wenig sei im Falle des Mitarbeitermodells das Einziehungsrecht arbeitsrechtlich als unzulässige Kündigungsbeschränkung zu Lasten des Arbeitnehmers anzusehen. Der Verlust der Beteiligung sei in beiden Fällen lediglich eine — zulässige — „Reflexwirkung“ der nach allgemeinen Grundsätzen zulässigen Kündigung des zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses.

Im Rahmen von Beteiligungsmodellen unbedenklich seien schließlich auch **Abfindungsbeschränkungen** zu Lasten des zwangsweise ausscheidenden Mitarbeiters. Das gilt jedenfalls dann, wenn der ausscheidende Mitarbeiter mindestens eine Abfindung in Höhe des von ihm selbst für die

Beteiligung aufgewandten Betrages erhält. Derartige Beschränkungen sind nach Auffassung des BGH bereits deswegen sachlich gerechtfertigt, weil anderenfalls nur die erste Generation von Mitarbeitergesellschaftern in den Genuss der Vorteile des Mitarbeitermodells gelange. Anderenfalls würde die für die weitere Durchführbarkeit des gesamten Modells erforderliche finanzielle Grundlage zerstört.

Mit den beiden Urteilen hat der Bundesgerichtshof in begrüßenswerter Klarheit die zuletzt aufgekommenen **Zweifel an der rechtlichen Durchführbarkeit** von Mitarbeiter- und Geschäftsführerbeteiligungsmodellen **ausgeräumt**. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sind solche Modelle also auch weiterhin durchführbar.

*Dr. Andreas Eickhoff*

## Steuerrecht/Steuerstrafrecht: Neues aus Verwaltung und Rechtsprechung

### Erbschaftsteuerliche Bewertung von Sachverhältnissen

**Grundbesitz** und steuerliches **Betriebsvermögen** sind nach den zurzeit geltenden Vorschriften schenkung- und erbschaftsteuerlich **begünstigt**. Die steuerlich maßgebenden Werte sind regelmäßig niedriger als die Verkehrswerte. Über mögliche Änderungen im Jahre 2006, insbesondere bei der schenkung- und erbschaftsteuerlichen Behandlung des Betriebsvermögens, hatten wir in unserem letzten Mandantenrundsreiben berichtet.

Die Vorteile bei der Bewertung von Grund- und Betriebsvermögen kommen **allen Miterben** entsprechend ihrer Erbquote zugute, also anteilig in gleicher Weise den Miterben, denen nicht begünstigte Vermögensgegenstände, wie z. B. Geld oder Wertpapiervermögen, zugewiesen worden sind wie denjenigen, die begünstigte Vermögensgegenstände, z. B. Grundbesitz oder Unternehmensbeteiligungen, erhalten sollen. Anders liegt es dagegen nach der bisherigen Rechtslage bei der Zuwendung im Wege eines **Vermächtnisses**: Der Anspruch des Vermächtnisnehmers wird mit dem erbschaftsteuerlich maßgebenden Wert des Vermächtnisgegenstandes bewertet. Dem Vermächtnisnehmer kommt also allein die steuerlich günstigere Bewertung von Grundbesitz oder Betriebsvermögen zugute.

Diese günstige erbschaftsteuerliche Behandlung beim Vermächtnisnehmer hat der Bundesfinanzhof (BFH) in einer allerdings nicht entscheidungserheblichen Passage (obiter dictum) einer Entscheidung vom 02.07.2004 in Frage gestellt. Danach neigt der BFH dazu, vermächtnisweise zugewandte Vermögensgegenstände beim **Vermächtnisnehmer** mit dem **gemeinen Wert**, also dem Verkehrswert zu besteuern. **Beim Erben** werden auf der Aktiv- und Passivseite des Nachlasses **nur die Steuerwerte** angesetzt, so dass sich bei ihm Vermögen und Schulden ausgleichen. Im wirtschaft-

lichen Ergebnis würde also die **Steuerbegünstigung** endgültig **verloren gehen**, da der Vermächtnisnehmer den Erwerb mit dem Verkehrswert versteuern müsste.

Regelmäßig wird durch ein solches obiter dictum eine Änderung der Rechtsprechung angekündigt. Ob es dazu tatsächlich kommt und ob sich die Finanzverwaltung diese Auffassung des BFH zu Eigen macht, ist natürlich offen. Die Entscheidung des BFH gibt aber Anlass, letztwillige Verfügungen daraufhin zu überprüfen und bei künftigen letztwilligen Verfügungen darauf zu achten, dass erbschaftsteuerlich begünstigte Vermögensgegenstände möglichst nicht im Wege eines Vermächtnisses zugewiesen werden. In Betracht kommt stattdessen die Einsetzung des zu Begünstigenden als Alleinerbe oder zumindest als Miterbe mit einer entsprechenden Teilungsanordnung. Eine solche Teilungsanordnung kann steuerunschädlich mit einem sog. Vorausvermächtnis verbunden werden, in dem geregelt wird, dass die Miterben etwaige Mehrwerte, die sie infolge der Teilungsanordnung gegenüber ihrer Erbquote erhalten, nicht ausgleichen müssen. Dabei kann auch bestimmt werden, dass die erbschaftsteuerlichen Begünstigungen im Innenverhältnis der Miterben untereinander allein denjenigen zugute kommen, die die betreffenden Vermögensgegenstände bei der Erbauseinandersetzung erhalten sollen.

Aber: Wenn sich im Nachlass gesellschaftsrechtliche Beteiligungen befinden, ist sorgfältig zu prüfen, ob die gesellschaftsrechtlichen Nachfolgeregelungen nicht im Widerspruch zu den geplanten erbrechtlichen Verfügungen stehen.

### Besteuerung von Einkünften aus Kapitalvermögen

Wer dem Finanzamt Einkünfte verschwiegen hatte, konnte diese während der Laufzeit des **Steuer-**

**amnestiegesetzes** unter Anwendung deutlich reduzierter Steuersätze nachversteuern. Ein ehrlicher Steuerpflichtiger, der seine Zinseinkünfte in den Jahren 2000 bis 2002 ordnungsgemäß erklärt hatte und zum normalen Tarif versteuert musste, empfand dies als ungerecht und erhob gegen die Einkommensteuerbescheide Klage vor dem Finanzgericht (FG) Köln. Der 10. Senat des FG Köln hat einen Verstoß gegen das Grundrecht auf Gleichbehandlung bejaht und den Fall dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vorgelegt. Unter Hinweis auf den **Vorlagebeschluss** des FG Köln vom 22.9.2005 – 10 K 1880/05 kann Einspruch gegen noch nicht bestandskräftig gewordene Einkommensteuerbescheide eingelegt und das Ruhen des Einspruchsverfahrens gemäß § 363 Abs. 2 S. 2 der Abgabenordnung (AO) bis zur Entscheidung des BVerfG beantragt werden. Nach unserer Einschätzung sind die Erfolgsaussichten des Vorlagebeschlusses allerdings eher gering.

### **Einbringung eines Einzelunternehmens zu Buchwerten in eine GmbH**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem ein **Einzelunternehmer** mit einem **Angehörigen** eine **GmbH** gegründet hatte, in die er dann im Wege einer Kapitalerhöhung sein Einzelunternehmen zu Buchwerten **einbrachte**. Solche Gestaltungen wurden bislang als Möglichkeit diskutiert, Ehegatten oder Kinder steuerfrei an den stillen Reserven eines Unternehmens zu beteiligen. Der BFH hat jetzt jedoch die Auffassung des Finanzamts bestätigt, dass der wirtschaftliche Übergang der stillen Reserven des Einzelunternehmens auf den Angehörigen entsprechend seiner Beteiligung an der GmbH eine steuerpflichtige Schenkung darstellt.

### **Steuerpflicht der Erträge aus der Beteiligung an einem „Schneeballsystem“**

Immer wieder fallen Anleger auf Betrüger herein, die hohe Gewinne aus Anlagegeschäften versprechen. Diese Geschäfte werden oftmals als sog. Schneeballsystem organisiert: Um die Anleger zu ködern, werden ihnen anfangs Gewinne ausgezahlt, die aus ihren eigenen oder aus den Einlagen anderer Anleger gespeist werden. In aller Regel werden die angeblichen Gewinne vom Anleger stehen gelassen, um weitere Gewinne zu erzielen. Die versprochenen Anlagegeschäfte werden meist überhaupt nicht getätigt, sondern die Gelder werden vom Initiator selbst verbraucht oder ins Ausland geschafft. Fliegt das System früher oder später auf, wird der Anleger, während er noch über den Geldverlust trauert, mit unangenehmen Nachfragen des Finanzamts konfrontiert. Es zeigt sich in der Praxis oft, dass die angelegten Beträge aus unversteuerten **Schwarzgeldbeständen** des Anlegers stammten. Auch die angeblich erzielten **Gewinne** wurden häufig in der **Steuererklärung nicht angegeben**.

Wurde Schwarzgeld angelegt, empfiehlt es sich, frühzeitig die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige zu prüfen. Was die angeblichen Gewinne betrifft, ist der betroffene Anleger meist der Auffassung, dass nicht zu versteuern sei, was tatsächlich gar nicht erzielt wurde. Die Rechtsprechung hat diesen Standpunkt schon in der Vergangenheit nicht geteilt: Sofern diejenigen Anleger, die die Auszahlung der angeblich erzielten Gewinne einforderten, eine **Auszahlung** erhielten, müssen **alle** Anleger die vermeintlichen Gewinne **versteuern**. Dies gilt selbst dann, wenn fest steht, dass das Geld gar nicht zur Befriedigung aller Anleger ausgereicht hätte. Denn jeder hätte es in der Hand gehabt, zu den Glücklichen zu gehören. Dies führt in aller Regel zur Steuerpflicht, denn in den meisten Fällen haben die Initiatoren an diejenigen Anleger, die dies massiv forderten, die angeblichen Gewinne ausgezahlt, um sie ruhig zu stellen.

Der BFH hat diese Rechtsprechung in zwei Urteilen bestätigt und präzisiert. Der 8. Senat hat entschieden, dass sich die Art und Weise der Besteuerung der vermeintlichen Gewinne danach richtet, was der Anleger aufgrund der Darstellung der Anlagebetriebe zu erzielen glaubte. Glaubte der Anleger, er erhalte Zinsen, sind die vermeintlichen **Zinseinkünfte** als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuern, d.h. der Sparer-Freibetrag ist ggf. abzuziehen. Glaubte der Anleger hingegen aus Gewinne aus Spekulationsgeschäften, sind die Gutschriften als **Spekulationsgewinne** zu versteuern. In Zweifelsfällen greift der Auffangtatbestand der **„sonstigen Kapitaleinkünfte“** gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG ein.

### **Versteuerung der Alterseinkünfte**

Wer in den Ruhestand tritt, verabschiedet sich häufig nicht nur aus dem Arbeitsleben, sondern beendet gleichzeitig auch sein Leben als Steuerpflichtiger. In dem Gefühl, dass **Renteneinkünfte** doch steuerfrei sein müssen, werden Steuererklärungen erst gar nicht mehr abgegeben. Der Verfolgungseifer der Finanzbeamten war in der Regel gering.

Dies wird sich jetzt ändern, denn erstmals für das Jahr 2005 müssen die Rentenkassen, die Rentenversicherer und die Versorgungswerke den Gesamtbetrag der jährlichen Zahlung an jeden Leistungsbezieher an die **Zentrale Stelle für Altersvermögen** (ZfA) melden. Die ZfA wird diese Daten dann an die Finanzbehörden weiterleiten. Das Finanzamt wird künftig also auch ohne Abgabe einer Steuererklärung sehr genau wissen, welche Altersbezüge der einzelne Rentner erhalten hat. Verschärft wird diese Problematik durch die Anhebung des steuerpflichtigen Teils der Renteneinkünfte. Dieser ist ab dem 01.01.2005 auf 50% gestiegen und wird für Neurentner in den nächsten Jahren schrittweise bis auf 100% des Rentenbezugs steigen.

Das Finanzamt wird auch weit besser als früher ermitteln können, welche **Einkünfte** aus

**Geldanlagen** neben der Rente vereinnahmt werden. Erstmals in diesem Jahr sind die Banken verpflichtet, Jahresbescheinigungen über die vom jeweiligen Kunden insgesamt erzielten Kapitaleinkünfte zu erteilen. Hinzu kommt, dass die Finanzämter seit April 2005 das Recht haben, online im Datenbestand der Banken abzurufen, ob und ggf. welche Konten ein einzelner Steuerpflichtiger besitzt.

Es ist also jedem Rentner anzuraten, kritisch zu überprüfen, ob in den vergangenen Jahren die Einkünfte nicht doch die Grenze zur Steuerpflicht überschritten haben. Ist dies der Fall, muss über eine **Selbstanzeige** nachgedacht werden. Auf diese Weise könnte zumindest **Straffreiheit** erlangt werden.

#### **Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen**

Wer als Arbeitgeber bzw. Geschäftsführer oder Vorstand nicht dafür sorgt, dass die **Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung** abgeführt werden, macht sich gemäß § 266a Abs. 1 des Strafgesetzbuchs (StGB) strafbar. Die Strafbarkeit erfasst nach dem Gesetzeswortlaut alle Sozialversicherungsbeiträge, die bis zum Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig geworden sind.

#### **Betriebliche Altersversorgung: Vorsicht bei Abfindungsvereinbarungen!**

Zusagen auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung (nachfolgend: Versorgungszusagen) enthalten häufig Regelungen über das Recht des Arbeitgebers, Versorgungsanwartschaften oder Ansprüche auf bereits laufende Versorgungsleistungen **durch Einmalzahlung abzufinden**. Solche Vereinbarungen bedürfen sorgfältiger Überprüfung unter arbeitsrechtlichen und steuerlichen Gesichtspunkten.

Das **Betriebsrentenrecht** verbietet seit dem 01.01.2005 grundsätzlich die Abfindung unverfallbarer Anwartschaften und räumt lediglich dem Arbeitgeber ein einseitiges Abfindungsrecht für **geringfügige** Versorgungsanwartschaften ein. Danach dürfen nur Anwartschaften abgefunden werden, wenn der Monatsbetrag der aus der Anwartschaft resultierenden laufenden Leistungen bei Erreichen der vorgesehenen Altersgrenze 1 % (derzeit 24,15 EUR), bei Kapitalleistungen 120 % (derzeit 2.898,00 EUR) der monatlichen sozialversicherungsrechtlichen Bezugsgröße nicht übersteigen würde. Dieselbe Regelung gilt für laufende Leistungen, wenn diese erstmals nach dem 31.12.2004 fällig geworden sind.

Aufgrund der gesetzlichen Neuregelung sind nicht nur einseitige Abfindungen, sondern auch **vertragliche Vereinbarungen** über Kapitalabfindungen in den Fällen **problematisch**, in denen die Versorgungszusage selbst keine Wahlmöglichkeit enthält, ob eine Rente oder ein Kapital gewährt werden soll

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) entschied jedoch im Jahr 2003, dass die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen, **die in der vom Gesetz eingeräumten Prüfungsfrist für die Stellung eines Insolvenzantrags fällig wurden**, nicht bestraft werden kann. Die Geschäftsführer bzw. Vorstände einer GmbH, einer AG oder einer Personengesellschaft, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, müssen innerhalb von drei Wochen ab dem Eintritt der Insolvenzreife einen Insolvenzantrag stellen. Während dieser Zeit haben sie die Insolvenzmasse zusammen zu halten. Die Kollision einerseits der Pflicht, die Insolvenzmasse zu sichern, und andererseits der Pflicht, die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung abzuführen, führt zur **Straflosigkeit der unterlassenen Beitragszahlung**. Nebenfolge der Straflosigkeit ist, dass der Geschäftsführer bzw. Vorstand dann auch nicht persönlich für die Zahlung des rückständigen Arbeitnehmerbeitrags haftet.

Der 5. Strafsenat hat diese Rechtsprechung jetzt eingeschränkt: Die Straflosigkeit setzt voraus, dass die **Pflicht, den Insolvenzantrag zu stellen, auch tatsächlich** in der gesetzlichen Frist **erfüllt wird**. Wer dies unterlässt, macht sich nicht nur wegen Insolvenzverschleppung strafbar, sondern kann auch uneingeschränkt gemäß § 266a Abs. 1 StGB verurteilt werden.

*Dr. Volker Weinreich / Reinhard Knälmann*

(Leistungsformwahlrecht). Die Fälle, in denen der Arbeitnehmer bereits nach dem Inhalt der Versorgungszusage bei Eintritt des Versorgungsfalls selbst entscheiden kann, ob eine Rente oder ein Kapital gewährt wird, werden von der gesetzlichen Regelung demgegenüber nicht erfasst, da es sich hierbei nicht um die Abfindung „laufender Leistungen“, sondern um die bloße Ausübung eines **Wahlrechtes** handelt. Das Abfindungsverbot erfasst weiter nicht Versorgungsanwartschaften, die gesetzlich nicht unverfallbar sind, aber **vertraglich** wie unverfallbare behandelt werden, sowie Versorgungsanwartschaften **ungekündigter** Arbeitnehmer.

Von Abfindungszahlungen und/oder –vereinbarungen sollte aufgrund der neuen Rechtslage nur **zurückhaltend** Gebrauch gemacht werden, da erhebliche Risiken im Hinblick auf eine mögliche Doppelzahlungsverpflichtung bestehen und die Rückforderung einer einmal gewährten Abfindung ausgeschlossen ist.

Aber auch in **steuerlicher** Sicht bergen Vereinbarungen über die Abfindung von Betriebsrenten erhebliche Gefahren:

Für die zusagenden Unternehmen ist die steuerwirksame Bildung von Pensionsrückstellungen eine wesentliche Finanzierungshilfe. Nach einem Schreiben des Bundesfinanzministeriums (BMF) vom 06.04.2005 können Abfindungsklauseln in Versorgungszusagen die steuerliche An-

erkenntnis von Pensionsrückstellungen gefährden. **Steuerschädlich** ist es danach, wenn die Versorgungszusage vom Arbeitgeber mit dem sog. **steuerlichen Teilwert**, also der bis zum Abfindungszeitpunkt mit steuerlicher Wirkung gebildeten oder möglichen Rückstellungen, abgefunden werden kann. Dabei ist unerheblich, welche Formulierungen in der Abfindungsklausel für die Ermittlung des Abfindungsbetrages gewählt worden sind. Maßgebend ist, ob sich der Sache nach der Abfindungsbetrag auf die steuerlich zulässige Rückstellung beschränken soll, wofür z.B. auch die bloße Bezugnahme auf das zum Zwecke der Ermittlung der Rückstellung eingeholte versicherungsmathematische Gutachten ausreicht.

Unschädlich sind dagegen Abfindungsklauseln, die eine Abfindung mit dem **vollen** (nicht nur dem bis zur Abfindung erdienten) **Barwert** der Versorgungsleistungen vorsehen, die der Arbeitgeber künftig ohne die Abfindung aufzubringen hätte. Dieser Barwert ist regelmäßig höher als der steuerliche Teilwert.

In dem BMF-Schreiben wird weiter darauf hingewiesen, dass die strengen Regelungen zum Schrift-

formerfordernis für die steuerliche Anerkennung von Pensionszusagen auch für in Pensionszusagen enthaltene **Abfindungsklauseln** gelten. Versorgungszusagen müssen danach eindeutige und präzise schriftliche Angaben zu Art, Form, Voraussetzungen und Höhe einschließlich aller Angaben zur versicherungsmathematischen Ermittlung der Höhe der Versorgungsverpflichtung und bei Abfindungsklauseln auch das **Berechnungsverfahren** zur Ermittlung des Abfindungsbetrages enthalten.

Die vorgenannten Grundsätze gelten ab sofort. Lediglich aus **Vertrauensschutzgründen** werden nach diesen Grundsätzen schädliche Abfindungsklauseln in Versorgungszusagen von der Finanzverwaltung nicht beanstandet, wenn sie bis zum **31.12.2005** unter Berücksichtigung der vorgenannten Grundsätze „repariert“, also durch schriftliche Zusatzvereinbarung angepasst werden.

Es besteht daher Anlass, alle Versorgungszusagen mit Abfindungsklauseln daraufhin zu überprüfen, ob sie den betriebsrentenrechtlichen und den steuerlichen Vorgaben entsprechen.

*Dr. Achim Tempelmann / Reinhard Knälmann*

## Arbeitsrecht: Freistellung von Arbeitnehmern und Geschäftsführern

Bei der Beendigung von Beschäftigungsverhältnissen von Geschäftsführern und Arbeitnehmern wird häufig der Ausscheidende vorzeitig von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt, sei es als Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes, um Konflikte während des Laufes der Kündigungsfrist zu vermeiden oder gar Schäden wegen bewusst nachlässiger Arbeitsleistung zu verhindern. Am 10.08.2005 haben die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger ein Besprechungsergebnis veröffentlicht, aus dem sich erhebliche Konsequenzen für die betriebliche Praxis solcher **Beendigungsvereinbarungen** ergeben werden. Die Sozialversicherungsträger stellen sich nämlich auf den Standpunkt, dass das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis **bei einer einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung von der Arbeitsleistung mit dem letzten tatsächlichen Arbeitstag endet**, und zwar unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung weiterhin zahlt.

Rechtliche Folge dieser Auffassung ist einerseits, dass **mit dem letzten Arbeitstag auch die soziale Absicherung endet**, d.h. der sozialversicherungsrechtliche Schutz der Kranken, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. In der gesetzlichen Krankenversicherung besteht zwar in vielen Fällen die Möglichkeit, eine freiwillige Versicherung herbeizuführen. Die Beiträge dafür trägt der Arbeitnehmer allerdings alleine. Gerade bei langen Freistellungszeiten kann dies zu erheblichen Nachteilen führen. Darüber hinaus ist der Arbeitnehmer bereits ab Beginn der Freistellung **beschäftigungslos** im Sinne des **Arbeitslosenrechtes**. Solange seine Vergü-

tung noch gezahlt wird, erwirbt er keinen Anspruch auf Leistungen. Unter Umständen – nämlich wenn die Freistellung in einer Abwicklungsvereinbarung erfolgt - kann aber in dieser Zeit bereits eine Sperrzeit verhängt werden, die die Bezugsdauer für das Arbeitslosengeld insgesamt verkürzt. Diese oft erheblichen Nachteile für den Arbeitnehmer können **vermieden** werden, wenn keine einvernehmliche, sondern eine **einseitige Freistellung durch den Arbeitgeber erfolgt** oder wenn ein Widerrufsrecht des Arbeitgebers vereinbart wird.

Die Rechtsauffassung der Sozialversicherungsträger kann aber auch im Interesse vor allem älterer Arbeitnehmer **genutzt** werden: wenn eine unwiderrufliche einvernehmliche Freistellung **vor dem 01.02.2006** erfolgt, wird der Arbeitnehmer mit dieser Freistellung beschäftigungslos. Daher richtet sich der Arbeitslosengeldbezug noch nach der „Altregelung“ und nicht nach „Hartz IV“, so dass der Arbeitnehmer noch die längeren Bezugsdauern in Anspruch nehmen kann. Erhalten bleibt dann jedoch auch die Erstattungspflicht für Arbeitslosengeld nach § 147 a SGB III. Auf dieser Grundlage müssen Arbeitgeber der Arbeitsagentur für bis zu 32 Monate das Arbeitslosengeld erstatten, wenn sie Arbeitnehmer entlassen, die das 55. Lebensjahr bereits vollendet haben, und nicht nachweisen können, dass diese Kündigung sozial gerechtfertigt war.

Gerade bei längeren Freistellungszeiten sollte daher eingehend geprüft werden, welche Regelung dem Interesse aller Beteiligten am besten gerecht wird.

*Inken Hansen*

## Sozialversicherungsrecht: Vorverlegung der Fälligkeit für Sozialversicherungsbeiträge ab dem 1. Januar 2006

Der Gesetzgeber hat die Fälligkeit der vom Arbeitgeber abzuführenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge 01.01.2006 neu geregelt. Erklärtes Ziel der Neuregelung ist die Stabilisierung des Beitragssatzes zur gesetzlichen Rentenversicherung bei 19,5 % jedenfalls für das Jahr 2006.

Nach der derzeitigen, noch bis zum Ende des Jahres geltenden Gesetzesfassung sind die Beiträge – abhängig von der Fälligkeit des Arbeitsentgelts – entweder bis spätestens zum 25. des laufenden Beitragsmonats oder zum 15. des Folgemonats abzuführen. Demgegenüber sieht die Neuregelung vor, dass die Beiträge einheitlich in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens **am drittletzten Bankarbeitstag des Monats** fällig sind, in dem die Beschäftigung oder **Tätigkeit**, mit der das **Arbeitsentgelt** oder Arbeitseinkommen **erzielt** wird, **ausgeübt** worden ist oder als ausgeübt gilt. Ein – aufgrund der ggf. erforderlichen Schätzung der Beitragsschuld – verbleibender Restbeitrag wird zum drittletzten Bankarbeitstag des Folgemonats fällig. Die Gesetzesnovelle **verlagert damit die Beitragsfälligkeit** im Regelfall **um gut zwei Wochen vor**. Sie führt zudem dazu, dass der Arbeitgeber im Jahr 2006 Gesamtsozialversicherungsbeiträge für

13 Beitragsmonate, nämlich Dezember 2005 bis Dezember 2006, abführen muss. Denn am 15.01.2006 werden die Beiträge für Dezember 2005 fällig, am 27.01.2006 bereits die Beiträge für Januar 2006.

Der Arbeitgeber sollte daher seine **Liquiditätsplanung** und -vorsorge rechtzeitig an die geänderte Rechtslage **anpassen**. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Strafbarkeit der verspäteten Abführung des Arbeitnehmeranteils zur Sozialversicherung nach § 266a Abs. 1 StGB. Um die finanzielle Mehrbelastung des Arbeitgebers abzufedern, sieht das Gesetz allerdings eine **Übergangsregelung** vor, nach der Beiträge für Januar 2006, die entgegen der Neufassung nicht bis zum 27.01.2006 gezahlt worden sind, jeweils in Höhe von einem Sechstel der Beitragsschuld mit den Beiträgen für die Monate Februar bis Juli 2006 fällig sind.

Zu beachten bleibt, dass abweichende Fälligkeitsbestimmungen durch die Satzungen der Sozialversicherungsträger gegenüber der gesetzlichen Regelung weiterhin vorrangig bleiben.

*Ronald Sieder*

## Ärztliches Berufsrecht: Medizinische Versorgungszentren – Bestandsaufnahme und Ausblick nach zwei Jahren GMG

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GMG) am 01.01.2004 können neben Vertragsärzten und ermächtigten Ärzten auch Medizinische Versorgungszentren (MVZ) an der vertragsärztlichen ambulanten Versorgung teilnehmen. Nach der Definition des Gesetzes sind MVZ **fachärztlich geleitete Einrichtungen, in denen Ärzte, die in das Arztregister eingetragen sind, als Angestellte oder Vertragsärzte tätig sind**. Der Gesetzgeber hat dem MVZ keinen spezifischen Versorgungsauftrag zugewiesen. Wie Vertragsärzte und ermächtigte Ärzte nimmt das MVZ auf der Grundlage einer eigenen Zulassung an der Betreuung gesetzlich krankenversicherter Patienten teil. Insbesondere kann auch eine hausärztliche Versorgung durch ein MVZ angeboten werden. Der Gesetzgeber bezweckte mit der Schaffung dieser neuen Versorgungsform die **Förderung der ganzheitlich medizinischen Versorgung aus einer Hand**. Hierdurch soll eine Qualitätssteigerung in der Patientenbetreuung bei gleichzeitiger Kostensenkung erreicht werden. Wesentliches Kriterium eines MVZ ist deshalb die **fachübergreifende Tätigkeit** der Leistungserbringer **innerhalb einer Einrichtung**, wobei dieses Erfordernis entweder durch eine interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Ärzten und Angehörigen nichtärztlicher Heilberufe oder aber durch eine Kooperation von Ärzten unterschiedlicher Fachrichtungen erfüllt werden kann.

Als **Gründer** eines MVZ kommen **alle Leistungserbringer** in Betracht, die wegen ihrer Zulassung, Ermächtigung oder aufgrund Vertrags an der medizinischen Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten teilnehmen. Neben Vertragsärzten, Zahnärzten und Psychotherapeuten können auch Krankenhausträger, ermächtigte Krankenhausärzte sowie sonstige Personen, die auf vertraglicher Grundlage im System der gesetzlichen Krankenversicherung tätig sind, ein MVZ gründen. Zu nennen sind hier etwa Apotheken, Reha- Einrichtungen oder Anbieter häuslicher Krankenpflege. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die Gründer eines MVZ anschließend tätig sind. Insbesondere müssen die Gründer - anders als seine Leistungserbringer - nicht verschiedenen Fachrichtungen angehören.

Wurde in der Vergangenheit noch heftig über den Nutzen von MVZ gestritten, so lässt sich nach nunmehr fast zwei Jahren feststellen, dass das MVZ als neue Versorgungsform zunehmend auf Akzeptanz stößt und vielfach als Schlüssel zur Verwirklichung einer qualitativen und effizienten Patientenbetreuung gesehen wird. Nicht zuletzt deuten die vom Bundesgesundheitsministerium veröffentlichten Gründungszahlen darauf hin, dass sich das MVZ als **bevorzugtes Versorgungsmodell** etabliert. So waren bundesweit **per 31.03.2005** bereits **126 MVZ zugelassen** (Quelle: Redaktionsbüro Gesundheit). Dabei haben sich neben den niedergelassenen Ver-



tragsärzten auch einige Klinikträger auf dieses neue Terrain vorgewagt. Als Vorreiter sind hier etwa die mittlerweile von Fresenius übernommene HELIOS Kliniken GmbH, die an drei Standorten MVZ gründete, sowie der AWO Gesundheitsdienst gGmbH zu nennen. Weitere Zulassungsanträge liegen vor, so dass mit einem großen Anstieg der MVZ zu rechnen ist.

**Aus Sicht der Patienten** liegen die Vorteile eines MVZ auf der Hand: Das fachübergreifende Leistungsangebot unter einem Dach **vermeidet** nicht nur **unnötige Wartezeiten** und **lange Wege** zu unterschiedlichen (Fach-)Ärzten, sondern ermöglicht insbesondere auch die **enge Zusammenarbeit zwischen den einzelnen Leistungserbringern**. Hierdurch können Doppeluntersuchungen vermieden und die Qualität der Behandlung insgesamt optimiert werden.

**Auch aus Sicht der Ärzte** ist das MVZ eine interessante Alternative zur herkömmlichen Vertragsarztpraxis. Vor allem jüngere Ärzte, die einerseits an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen wollen, andererseits aber die mit einer Praxisgründung verbundenen ökonomischen Risiken scheuen, können ein **Anstellungsverhältnis** in einem MVZ eingehen. Für bereits niedergelassene Vertragsärzte kann die Beteiligung an einem MVZ etwa mit Blick auf mögliche **Kosteneinsparungen**, etwa durch die gemeinschaftliche Nutzung medizinischer Geräte, interessant sein. Da auch die Aufspaltung einer Arztstelle in einem MVZ denkbar ist, können **flexiblere Arbeitszeiten** angeboten werden. Ein weiterer Vorteil liegt in der **Vergütung**. Ein MVZ erhält bei den Vergütungen Zuschläge, die je nach Facharzt-Kombination zu einer **beachtlichen Honorarsteigerung** führen können.

**Für Klinikträger** bietet die Gründung eines MVZ schließlich die Option, sich über die bisherigen gesetzlichen Möglichkeiten hinaus **an der ambulanten Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten zu beteiligen** und hierdurch eine **zusätzliche Einnahmequelle** zu erschließen. Darüber hinaus beinhaltet die Verzahnung von ambulanten und stationären Behandlungsangeboten die Chance, **das stationäre Patientenaufkommen zu sichern**. Ein weiterer wesentlicher Vorteil kann schließlich im **gemeinsamen Personal- und Sachmitteleinsatz** liegen.

Trotz der vorgenannten Vorteile und der schnellen Wachstumsrate ist die Entscheidung über die Gründung eines MVZ sorgfältig abzuwägen. Für bereits niedergelassene Vertragsärzte ist unter Be-

rücksichtigung des jeweiligen Einzelfalls etwa zu prüfen, ob eine fachübergreifende Zusammenarbeit nach den bisher vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Möglichkeiten vorzugswürdig ist. In diesem Zusammenhang ist auf die **Novellierungen im Bereich des Berufsausübungsrechts** hinzuweisen, die zu einer weitgehenden **Liberalisierung der fachübergreifenden Kooperationsmöglichkeiten** geführt haben. Zwar sind für den Bereich des Vertragsarztrechts diesbezüglich noch keine Anpassungen erfolgt, entsprechende Entwürfe werden aber derzeit im Bundesgesundheitsministerium diskutiert. Da weitestgehend Einigkeit über das Erfordernis einer Harmonisierung zwischen ärztlichem Berufsrecht und Vertragsarztrecht besteht, dürfte **in Kürze mit einer Gesetzesänderung zu rechnen** sein.

Auch sind **zahlreiche Rechtsfragen** nach wie vor **ungeklärt**. Was beispielsweise die möglichen **Rechtsformen eines MVZ** anbelangt, so ist der Betrieb eines MVZ in der Rechtsform der **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** sicherlich unproblematisch. Selbiges gilt für die **Partnerschaftsgesellschaft**, sofern nur natürliche Personen Gesellschafter des MVZ sind. Die Wahl anderer Gesellschaftsformen bedarf dagegen einer kritischen Prüfung: Die Gründung einer **GmbH** oder **AG** ist jedenfalls dann zulässig, wenn die für den Vertragsarztsitz maßgeblichen Kammer- und Heilberufsgesetze diese Rechtsformen zulassen. Innerhalb der einzelnen Kammerbezirke bestehen hier aber nach wie vor Unterschiede.

Weitere Rechtskonflikte können sich im Zusammenhang mit der **Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung** ergeben. Soll das MVZ in einem gesperrten Gebiet gegründet werden, kommt keine Neuzulassung, sondern der Erwerb eines bereits bestehenden Kassenarztsitzes in Betracht. Voraussetzung ist allerdings die vorherige positive Entscheidung des Zulassungsausschusses über die Fortführung des Vertragsarztsitzes.

**Fazit:** Das MVZ ist ein innovatives Versorgungsmodell, das ärztlichen sowie nichtärztlichen Leistungserbringern die Chance bietet, sich auch künftig den Herausforderungen des Gesundheitswesens mit Erfolg zu stellen. In Anbetracht der vielfältigen Kooperationsmöglichkeiten und der teilweise noch unklaren Rechtslage sollte aber vor Gründung eines MVZ oder vor Erwerb einer Beteiligung unbedingt rechtliche Beratung in Anspruch genommen werden.

*Dr. Martin Alberts / Dr. Melanie Koch*

## Vergaberecht: Neue Aussagen des EuGH zur Inhouse-Vergabe und zur Dienstleistungskonzession

Die **ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe** von Aufträgen an öffentliche Unternehmen unterliegt **immer engeren Grenzen** und die **Dienstleistungskonzession** als vergleichsweise **flexible**

Privatisierungs-**Alternative** gewinnt an Konturen: Diese Schlussfolgerungen lässt die jüngste Entscheidung der Luxemburger Richter in der

Rechtssache Parking Brixen vom 13. Oktober 2005 zu.

Die Gemeinde Brixen hatte mit der zu 100% in ihrem Anteilsbesitz stehenden Stadtwerke Brixen AG einen Vertrag zur Übertragung des Betriebs eines öffentlichen Parkplatzes für die Dauer von neun Jahren geschlossen; eine öffentliche Ausschreibung war nicht durchgeführt worden. Hiergegen wandte sich ein privater Parkplatzbetreiber. Der EuGH stufte das Vertragsverhältnis als Dienstleistungskonzession ein, deren Vergabe nicht den europäischen Vergaberichtlinien und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegt und damit auch nicht im Wege des Nachprüfungsverfahrens überprüft werden kann.

Ein öffentlicher **Dienstleistungsauftrag** umfasse eine **Gegenleistung**, die vom **öffentlichen Auftraggeber** unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt werde. Im vorliegenden Fall erfolge die Bezahlung des Auftragnehmers hingegen aus den Beträgen, die **Dritte** für die Benutzung des Parkplatzes entrichteten. *„Diese Art der Bezahlung bringt es mit sich, dass der Dienstleistungserbringer das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistung übernimmt, und ist damit kennzeichnend für eine öffentliche Dienstleistungskonzession.“* Nicht völlig klar wird bei dieser Aussage, ob letztlich die Art der Bezahlung – nämlich durch einen Dritten – oder aber die Überwälzung des Betriebsrisikos kennzeichnend für die Dienstleistungskonzession sein soll. Da die Definition der vom deutschen Gesetzgeber bis zum 31. Januar 2006 umzusetzenden Richtlinie 2004/18/EG dem Wortlaut nach gerade kein Dreiecksverhältnis verlangt, wird man auf das Kriterium „Überwälzung des Betriebsrisikos“ abstellen müssen. Mit diesem Begriff liefert der EuGH erstmalig ein zumindest einigermaßen scharfes **Abgrenzungskriterium zum Dienstleistungsauftrag**. Bislang war entsprechend der einschlägigen Mitteilung der Kommission als wesentliches Kennzeichen die Übernahme des *wirtschaftlichen Risikos* durch den Konzessionär angenommen worden. Indes blieb in der Entscheidungspraxis sowohl des EuGH als auch der deutschen Gerichte offen, wie dieses wirtschaftliche Risiko zu bestimmen sei und wie hoch es – zumal angesichts der in der Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit einer „Draufgabe“ durch die öffentliche Hand – ausfallen müsse. Unter dem Betriebsrisiko kann nunmehr das Risiko des Einnahmeausfalls infolge von Betriebsstörungen unabhängig von einem Verschulden des Konzessionärs, z.B. aufgrund von technischen Störungen, Witterungsbedingungen oder Problemen mit Subunternehmern, verstanden werden.

Hinsichtlich der Vergabe einer so umrissenen Dienstleistungskonzession bestätigt der Gerichtshof in seiner Entscheidung „Parking Brixen“ erstmalig, dass auf diese die **Grundsätze der Inhouse-Vergabe** aus der Rechtsprechung zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (Urteile „Teckal“ und „Stadt Halle“) Anwendung finden. Demnach kann eine **Konzession direkt** vergeben werden, wenn die die Konzession vergebende öffentliche Stelle

über den Konzessionär eine **„Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“** ausübt und der Konzessionär seine „Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Anteilseigner“ ausübt. Das Kontrollkriterium gestaltet der Gerichtshof in dem vorliegenden Urteil erstmals detailliert aus und **zieht** damit zugleich **die Grenzen für die Inhouse-Privilegierung nochmals enger**. Bereits in seiner Stadt-Halle-Entscheidung vom Januar dieses Jahres hatten die Luxemburger Richter die Möglichkeit einer ausschreibungsfreien Inhouse-Vergabe für den Fall **verneint**, dass an der zu beauftragenden Gesellschaft ein **privater Partner** beteiligt ist, und zwar unabhängig von dessen Anteilshöhe. Aufgrund der Ausführungen in den Entscheidungsgründen waren Rechtsprechung und Schrifttum allerdings einhellig davon ausgegangen, dass eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ - und damit vorbehaltlich des zweiten Kriteriums auch eine Inhouse-Vergabe – immer dann möglich sei, wenn an der Auftragnehmer-Gesellschaft eine oder verschiedene **ausschließlich öffentliche Stellen** beteiligt seien („Kommunale GmbH“). Diese Einschätzung muss nun revidiert werden.

Nach der Entscheidung „Parking Brixen“ kommt vielmehr auch in diesem Fall eine Ausschreibungspflicht in Betracht, wenn die zu beauftragende Gesellschaft über ein solches Maß an **Eigenständigkeit** gegenüber ihrem öffentlichen Gesellschafter verfügt, dass eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ nicht mehr gewährleistet ist. Maßgebliche Anhaltspunkte hierfür sollen sein:

- die „Natur“ der Gesellschaftsform;
- die sachliche Ausrichtung des Gesellschaftszwecks der kommunalen Gesellschaft über Bereiche der Daseinsvorsorge hinaus;
- der (über)örtliche Tätigkeitsbereich der Gesellschaft;
- die Möglichkeit der Aufnahme privater Anteilseigner;
- der Umfang der der Geschäftsführung übertragenen Vollmachten, die ohne Kontrolle des öffentlichen Anteilseigners ausgeübt werden können.

Im konkreten Fall kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass aufgrund der *„Marktausrichtung“* der Stadtwerke Brixen AG eine Kontrolle der Gemeinde Brixen über diese „wie über eine eigene Dienststelle“ nicht mehr gegeben und daher die Inhouse-Vergabe der Dienstleistungskonzession unzulässig war. Entscheidend waren dafür neben der Ausweitung des Gesellschaftszwecks auf neue, überörtlich ausgeübte Tätigkeitsbereiche hinaus u. a. der Umstand, dass die Kontroll- und Einflussnahmemöglichkeiten der Stadt auf den Verwaltungsrat auf **jene Rechte beschränkt** waren, die ihr als **Gesellschafter** nach dem Gesellschaftsrecht **ohnehin zustanden**.

Der Gerichtshof lässt mit diesem Urteil erneut das folgende ordnungspolitische Konzept erkennen: Die **Kommunen** müssen sich **entscheiden** zwischen

einer Beschränkung auf die Erfüllung der örtlichen **Daseinsvorsorge** mit dem Vorteil einer weitgehenden Suspendierung vom Beihilfe- und Vergaberecht oder der eigenen **Beteiligung am Wettbewerb** einschließlich des Verlusts dieser Privilegierung. Eine Sicherung des Heimatmarktes durch ausschreibungsfreie Inhouse-Vergaben bei gleichzeitiger Beteiligung am Wettbewerb durch überörtliche Expansion aber, dies hat der EuGH nunmehr deutlich gemacht, wird es mit ihm nicht geben.

Inwieweit damit etwaige Pläne für eine jeweils ausschreibungsfrei zu beauftragende „Kommunale GmbH“ mit mehreren öffentlichen Anteilseignern obsolet geworden sind, muss sich noch erweisen. In jedem Fall wird eine enge Anbindung der Gesell-

schaft an den kommunalen Anteilseigner, gegebenenfalls durch Abschluss von Unternehmens- und Organisationsverträgen (Beherrschungsverträge) mit entsprechenden Weisungsrechten, zur Wahrung der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ in der nunmehr durch den EuGH vorgelegten Ausprägung erforderlich sein. In Betracht kommt darüber hinaus eine umfassende Kompetenz der (kommunalen) Gesellschafterversammlung. Mit Blick auf das Damoklesschwert der Vertragsnichtigkeit wegen des Verstoßes gegen die Vorabinformationspflicht des § 13 Vergabeverordnung dürfte hierbei letztlich die rechtssichere Ausgestaltung zu Lasten der flexiblen Unternehmensführung gehen.

*Dr. Andreas Lotze / Dr. Carsten Jennert, LL.M.*

## Elektro- und Elektronikgerätegesetz: Rücknahmepflicht für Elektroschrott – Unternehmensinterne Anpassung jetzt vornehmen

Verbraucher werden ab dem 24. März 2006 ihre alten Elektro- und Elektronikgeräte kostenlos bei kommunalen Sammelstellen abgeben können. Zugleich müssen ab diesem Zeitpunkt die Hersteller dort gesammelte Geräte zurücknehmen und entsorgen. Das ist die Kernaussage des neuen Elektro- und Elektronikgerätegesetzes (ElektroG), mit dem in Deutschland zwei EU-Richtlinien über die Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten und die Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe in Neugeräten (sog. WEEE-Richtlinien) umgesetzt werden.

Der **Anwendungsbereich** des ElektroG ist denkbar weit. Insgesamt **zehn Gerätekategorien** zählt das Gesetz zu Elektro- oder Elektronikgeräten, wobei die Spannweite von Haushaltsgroß- und -kleingeräten (Kühlschränke, Mikrowelle, Klimageräte, Toaster, Staubsauger etc.) über Geräte der Informations- und Telekommunikationstechnik (alle Arten von Computern, Telefonen etc.) bis zu E-Werkzeugen (Bohrer, Nähmaschinen etc.) und Spiel-, Sport-, Freizeitgeräten sowie Medizinprodukten (Dialysegeräte, Laborgeräte etc.) reicht. Herstellern solcher Geräte bürdet das Gesetz zunächst die Pflicht auf, sich bei der EAR (Stiftung Elektro-Altgeräte-Register, mit Sitz in Fürth und gestiftet von den großen Elektronikkonzernen und verschiedenen Verbänden) registrieren zu lassen. Hier gilt der **24. November 2005** als wichtige Abschlussfrist: Hersteller, die ab diesem Datum **keine Registrierung** besitzen oder deren Registrierung widerrufen worden ist, **dürfen Elektro- und Elektronikgeräte nicht länger in Verkehr bringen**. Die Registrierung soll ausschließlich via Internet erfolgen ([www.earstiftung.de](http://www.earstiftung.de)). Bereits hierfür sind umfangreiche Vorarbeiten zu leisten. So ist etwa für jedes Gerät zu klären, ob es in den Geltungsbereich des ElektroG fällt und ob eine sog. b2b- oder b2c-Eigenschaft besteht (business to business/business to consumer). Weiter ist für **b2c-Geräte** eine – jährliche – **Garantie beizubringen** (Versicherung, gesperrtes Bankkonto, Teilnahme an einem geeigneten Rücknahmesystem), die die **Finanzierung der Entsorgung**

der produzierten Elektro- und Elektronikgeräte, die nach dem 13. August 2005 in Verkehr gebracht worden sind und in privaten Haushalten genutzt werden können, sichert.

Ab dem **24. März 2006** ist dann jeder **Hersteller verpflichtet**, Elektro- und Elektronikaltgeräte, die bei den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern gesammelt wurden, **abzuholen und schadlos zu entsorgen**. Hierzu haben die Hersteller den Kommunen Behältnisse zur Aufnahme der Altgeräte an den Sammelstellen zur Verfügung zu stellen und diese unverzüglich abzuholen, wenn eine bestimmte Menge in einer Altgerätegruppe erreicht ist. Die anschließende **Behandlung, Wiederverwendung oder Entsorgung** hat der Hersteller eigenständig zu organisieren und darüber **Nachweise** zu führen: Bei der Entsorgung sind bestimmte **Recycling- und Verwertungsquoten** zu erreichen. Was die konkrete Rücknahmemenge angeht, so berechnet die EAR auf der Grundlage ihrer Daten die Mengen von Altgeräten, die die Hersteller in Verkehr gebracht haben, und ermittelt daraus den Umfang der Rücknahmepflicht. Dann ordnet sie gegenüber einzelnen Herstellern die Abholung unter Berücksichtigung der Mengenberechnung an. Dies bedeutet, dass ein Hersteller nicht nur Geräte abholen und entsorgen muss, die von ihm selbst hergestellt wurden, sondern dass sich die **Rücknahmepflicht rein mengenmäßig nach Kategorien bestimmt**. Wichtig ist weiter, dass die Kommunen abfallrechtlich **nicht** für die Entsorgung von Altgeräten aus dem **rein gewerblichen Bereich verantwortlich** sind. Dies wird eigenständige Aufgabe der Hersteller, weshalb diese dazu verpflichtet sind, eine „zumutbare“ **Möglichkeit zur Rückgabe** zu schaffen und die Altgeräte zu entsorgen. Die Rücknahme und Entsorgung muss im rein gewerblichen Bereich allerdings **nicht völlig kostenfrei** sein. Vielmehr gestaltet sich die Zumutbarkeit nach den Gerätecharakteristika im Einzelfall.

Fest steht, dass nur wenige große Marktteilnehmer in effizienter Weise Altgeräte **individuell** zurück-

nehmen und entsorgen können. **Kooperationen unter Geräteherstellern** werden dauerhaft notwendig sein. Die meisten betroffenen Hersteller haben daher auch bereits angekündigt, die Abholung und Entsorgung durch beauftragte **Fachfirmen** sicherstellen oder mit anderen Herstellern **größere Rücknahmesystem-Einheiten bilden** zu wollen. Hierbei kommen auf die Hersteller **vertragsrechtliche Gestaltungsfragen** im Verhältnis zum beauftragten Entsorgungsunternehmen oder – bei einer Zusammenarbeit mit anderen Herstellern - unter Umständen **kartellrechtliche Risiken** zu, da eine Kooperation wettbewerbsrechtlich bedenklich sein kann. Auch hier sind also die erforderlichen rechtlichen Vorkehrungen (Stichwort: „Kartellrechtliche Selbstveranlagung“, hierzu Mandanteninfo 3/2005, GWB-Novelle in Kraft, S. 10) zu treffen.

Insgesamt birgt das neue ElektroG eine Menge Konfliktpotential, da der Gesetzgeber letztlich **eine Reihe neuer Marktteilnahmebedingungen eingeführt** hat. Die zuvor beschriebenen Mechanismen stellen nur die „Spitze des Eisbergs“ dar. Weitere Detailfragen ergeben sich insbesondere bei der dauerhaft erforderlichen **Produktkennzeichnungspflicht** mit dem Symbol des Elektronikrecyclings (durchgestrichene Restmülltonne), den ab dem 1. Juli 2006 geltenden **Stoffverboten** (z.B. für Quecksilber, Blei, Chrom) und den generellen **Mitteilungs- und Informationspflichten** gegenüber der EAR. Betroffenen Unternehmen kann nach alledem nur geraten werden, sich intensiv mit dem neuen ElektroG zu beschäftigen und die für einen ungestörten Betriebsablauf notwendigen Maßnahmen einzuleiten.

*Stefan Mager*

**Veranstaltungen (Seminare etc.) unter Beteiligung von Referenten von AULINGER Rechtsanwälte:**

**29. November 2005:** AULINGER-Immobilienrechtsfrühstück; Themen: Rechtsschutz im Vergabeverfahren – Unternehmerische Entscheidungen bei Bodenverunreinigungen – Neues zum Bauträgerrecht, Park Inn Hotel Bochum (Hans-Jochen Hütter, Dr. Egon Peus, Dr. Carsten Jennert)

**Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:**

Dr. Christian Stenneken	„Nutzung privater Grundstücke zum Leitungsbau im liberalisierten Markt“ N & R, Heft 4/05, Seiten 134 bis 138
Dr. Carsten Jennert, LL.M.	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ „Der Anspruch auf Notifizierung beihilfeverdächtiger kommunaler Maßnahmen“ Kommunaljurist 2005, Seiten 364 bis 368</li> <li>▪ „Das Urteil „Parking Brixen“: Übernahme des Betriebsrisikos als rechtssicheres Abgrenzungsmerkmal für die Dienstleistungskonzession?“</li> <li>• NZBau 2005, Seiten 623 bis 626</li> </ul>

In den einzelnen Beiträgen können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine gründliche Rechtsberatung! Sollten Sie feststellen, dass Sie im Einzelfall Beratungs- oder Handlungsbedarf haben, so bitten wir Sie, Ihren vertrauten Anwalt bei AULINGER Rechtsanwälte anzusprechen oder sich an eines unserer Büros in Bochum oder Essen zu wenden.

Für Fragen, Anregungen und Kritik zu diesem Mandantenrundsreiben stehen wir alle Ihnen gern zur Verfügung.

*Redaktion: Dr. Andreas Eickhoff*

Büro Bochum: ABC-Straße 5   44787 Bochum Telefon: +49 (234) 68 77 9-0 Telefax: +49 (234) 68 06 42 eMail: info-bochum@ra-aulinger.de	Dr. Leonhard Aulinger, Notar a.D. Reinhard Knälmann, Notar Hans-Jochen Hütter, Notar Dr. Karlheinz Lenkaitis, Notar Dr. Egon A. Peus, Notar Dr. Matthias Koch Dr. Andreas Eickhoff, Notar	Dr. Volker Weinreich, Notar Dr. Achim Tempelmann Dr. Thomas Huesmann Dr. Norbert Koch Dr. Markus Haggenev Inken Hansen	Büro Essen: "Villa Bredeney" Frankenstraße 348   45133 Essen Telefon: +49 (201) 95 98 6-0 Telefax: +49 (201) 95 98 6-99 eMail: info-essen@ra-aulinger.de	Dr. Andreas Lotze Dr. Martin Alberts Dr. Christian Stenneken Stefan Mager
Internet: <a href="http://www.ra-aulinger.de">www.ra-aulinger.de</a>				