

MANDANTENINFORMATION | Dezember 2017



IN EIGENER SACHE

Zunächst beglückwünschen wir unsere Rechtsanwälte **Markus Winnacker, LL.M.** und **Sebastian Hauptmann** ganz herzlich zur Aufnahme in die Partnerschaft.

Auch unserem Rechtsanwalt **Dr. Jens Hausmanns** darf gratuliert werden. Er hat seine Promotion abgeschlossen und trägt nunmehr den akademischen Grad des **Dr. iur.**

Weitere Gratulationen gebühren unserer Rechtsanwältin **Birgit Lotz, LL.M.**, der der Titel der **Fachanwältin für Vergaberecht** verliehen wurde.

Wiederum können wir Neuzugänge vermelden. Unsere Bereiche Mergers & Acquisitions sowie Immobilienwirtschaftsrecht verstärkt von unserem Essener Büro aus nach langjähriger Tätigkeit als General Counsel eines DAX 30-Unternehmens Herr Rechtsanwalt **Dr. Thomas Görgemanns**.

Auch das Arbeitsrecht wächst weiter mit Frau Rechtsanwältin **Kathrin Buchholz**. An die Vorgenannten geht ein herzliches Willkommen.

Die Nachwuchsförderung gehört zur strategischen Ausrichtung von AULINGER. Mit dem neuen Stipendien-Programm „**AULINGER Fellows**“ schlagen wir erneut die Brücke zwischen Praxis und Ausbildung. Wir ermöglichen damit jährlich bis zu zehn jungen Juristen (m/w) Unterstützung in vielerlei Hinsicht, ideell und auch finanziell. Mehr unter www.aulinger-stipendium.eu.

Wir freuen uns auch in diesem Jahr wieder vom **JUVE Handbuch** zu den **Top 50 Kanzleien** gezählt zu werden.

Mit unserer letzten Ausgabe im Jahre 2017 wünschen wir Ihnen viel Spaß, schöne Festtage und einen guten Rutsch!

INHALT

ARBEITSRECHT GESELLSCHAFTSRECHT	Angriff fehlgeschlagen – Beschränkung der unternehmerischen Mitbestimmung auf Deutschland ist europarechtskonform	4
BAUVERTRAGSRECHT	Im Einheitspreis-Bauvertrag enthaltene Festpreisklausel des Auftraggebers ist unwirksam!	6
GESELLSCHAFTSRECHT	Die Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen nach Insolvenzreife gemäß § 64 GmbHG und der Ausgleich durch Gegenleistungen	8
	Die Tücken des § 179 a AktG	9
	Zur Haftung eines Alleingesellschafter-Geschäftsführers	10
INSOLVENZRECHT	Haftung des Steuerberaters – Hinweis- und Prüfungspflichten bei möglicher Insolvenzreife des Mandanten	12
	Die zwei Seiten des Rangrücktritts	14
MEDIZINRECHT	Der Ärger mit dem Speziallabor	15
	Neues zum Antikorruptionsgesetz	17

ANGRIFF FEHLGESCHLAGEN – BESCHRÄNKUNG DER UNTERNEHMERISCHEN MITBESTIMMUNG AUF DEUTSCHLAND IST EUROPARECHTSKONFORM

Seit 1976 gilt in Deutschland das Gesetz über die paritätische Mitbestimmung. In großen Kapitalgesellschaften ist danach ein Aufsichtsrat aus 20 Mitgliedern zu bilden. 10 dieser Mitglieder gehören der Arbeitnehmerseite an. Der Anteilseignerseite verbleibt ein kleines Übergewicht, weil der Vorsitzende ein Vertreter der Anteilseignerseite ist (§ 27 Abs. 2 Mitbestimmungsgesetz [MitbestG]) und im Falle von Stimmgleichheit bei einer erneuten Abstimmung 2 Stimmen hat (§ 29 Abs. 3 MitbestG).

Betroffene Unternehmen sind Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft, GmbH, KGaA), die in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen. Der Aufspaltung eines größeren in mehrere kleinere Unternehmen mit jeweils weniger als 2.000 Beschäftigten hat das Gesetz einen Riegel vorgeschoben: In Konzernen werden nämlich die Arbeitnehmer der abhängigen Gesellschaften der Konzernspitze zugerechnet mit der Folge, dass bei der Führungsgesellschaft der Aufsichtsrat dann paritätisch zu besetzen ist, wenn die Beschäftigungszahl konzernweit erreicht wird.

Der deutsche Sonderweg

Innerhalb Europas galt die deutsche Mitbestimmung immer als ein Sonderweg (für viele auch als Irrweg), und sie hat viele Bemühungen um Rechtsvereinheitlichung behindert, immerhin blieb die Mitbestimmung ein deutsches Phänomen. Denn nach bisher allgemeiner Praxis wurden **nur inländische Tochtergesellschaften in die Zurechnung** der Arbeitnehmerzahlen und die Wahlberechtigung **einbezogen**. Die Mitbestimmung endete sozusagen an der Grenze. Möglicherweise war das ein Grund dafür, dass nach anfänglichem Streit zwischendurch relative Ruhe eingekehrt war.

In den vergangenen Jahren sind nun aber findige Köpfe auf die Idee gekommen, das deutsche Mitbestimmungsrecht könne gerade wegen seiner Beschränkung auf deutsche Gesellschaften europarechtswidrig sein. Es werde nämlich gegen das europarechtliche Verbot der Diskriminierung von Arbeitnehmern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit ebenso verstoßen wie das Recht der Arbeitnehmer beeinträchtigt, ihren Beruf diskriminierungsfrei überall in der Europäischen Union auszuüben.

Mit einer solchen Argumentation beanstandeten mehrere Antragsteller vor Gericht, der Aufsichtsrat bestimmter Aktiengesellschaften sei nicht entsprechend den gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt.

Die Zielrichtung dieser Angriffe war und ist nicht ganz klar. Auf den ersten Blick scheint es, als wollten die Antragsteller eine Bresche für die Ausweitung von Arbeitnehmerrechten über die deutsche Grenze hinaus schlagen. Bei näherem Hinsehen entpuppen sich die Anträge allerdings wohl eher als ein **Angriff auf die Mitbestimmung**. Denn unternehmerische Mitbestimmung will organisiert sein. Zu den Regeln gehören Verfahrensvorschriften, die die Bestellung der Arbeitnehmervertreter für den Aufsichtsrat regeln und die entsprechenden deutschen Vorschriften sind nicht „mal so eben“ auf Unternehmen außerhalb Deutschlands übertragbar. Das Kalkül war also wohl, die Mitbestimmung durch Ausweitung auf ganz Europa undurchführbar zu machen.

Die Diskussion wurde nicht nur in Großunternehmen mit ohnehin mitbestimmten Aufsichtsräten, sondern auch im Mittelstand mit Spannung verfolgt. Denn viele Mittelständler beschäftigen in Deutschland weniger als

2.000 Arbeitnehmer, haben aber im europäischen Ausland Tochtergesellschaften teils erheblicher Größe. Wenn die Konzernzurechnungsnorm über die Grenze geöffnet worden wäre, hätte also in Deutschland in vielen Fällen ein paritätisch besetzter Aufsichtsrat gebildet werden müssen. Dementsprechend wurden vielfach schon Ausweichstrategien diskutiert und Notfallpläne geschmiedet.

Die klärende Entscheidung

Nun hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit Urteil vom 18.07.2017 den Hoffnungen oder Befürchtungen der Betroffenen und der gesamten Diskussion jedenfalls für den allergrößten Teil der Fälle den Zahn gezogen. Nach der Entscheidung (Rechtssache C-556/15, TUI) **verstößt es nicht gegen Europarecht**, wenn die deutsche Mitbestimmung auf Deutschland beschränkt wird. Das Primärrecht der Union könne insbesondere einem Arbeitnehmer nicht garantieren, „dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat als seinen Herkunftsmitgliedstaat in sozialer Hinsicht neutral ist, da ein solcher Umzug aufgrund der Unterschiede, die zwischen den Systemen und den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestehen, für die betreffende Person je nach Einzelfall Vorteile oder Nachteile in diesem Bereich haben kann.“

Der Antragsteller des Ausgangsverfahrens wird also mit seinen Angriffen gegen den Aufsichtsrat der TUI keinen

Erfolg haben, und die Diskussion wird sich jedenfalls für die typischen Konzernkonstellationen bald wieder beruhigen.

Der noch offene Punkt

Nicht entschieden vom Europäischen Gerichtshof wurde allerdings der Fall, dass ein deutsches Unternehmen seine Tätigkeit im Ausland nicht durch selbstständige Gesellschaften nach dem jeweiligen nationalen Recht entfaltet, sondern mit Hilfe von **Zweigniederlassungen**. Insoweit bleibt Raum für Diskussionen, dies umso mehr, als der Europäische Gerichtshof ganz bewusst die Fälle von Zweigniederlassungen aus seiner Entscheidung ausgeklammert hat und schon in der mündlichen Verhandlung auf den **Unterschied zu rechtlich selbstständigen Tochtergesellschaften** ebenso Wert gelegt hatte, wie dies auch der zuständige Generalanwalt in seinem Plädoyer getan hat. Ob diese Diskussion freilich noch einmal akut wird, nachdem der Generalangriff auf die deutschen Mitbestimmungsregeln wohl gescheitert ist, bleibt abzuwarten.



Dr. Andreas Eickhoff

Tel. +49 (234) 68 77 9-0
andreas.eickhoff@aulinger.eu

BAUVERTRAGSRECHT

IM EINHEITSPREIS-BAUVERTRAG ENTHALTENE FESTPREISKLAUSEL DES AUFTRAGGEBERS IST UNWIRKSAM!

Ein wesentlicher Punkt beim Abschluss eines Bauvertrages ist die Frage der Vergütung. Eine Variante ist dabei die Vereinbarung eines **Einheitspreis-Bauvertrages**. Er stellt mit Blick auf die Vergütungsstruktur den Standardfall nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) dar. Bei diesem Bauvertrag ist eine Vergütung zu Einheitspreisen für technisch und wirtschaftlich einheitliche Teilleistungen, deren Menge nach Maß, Gewicht oder Stückzahl vorgegeben wird, vereinbart (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A).

BGH-Entscheidung vom 20.07.2017 – VII ZR 259/16 (Sachverhalt)

Besondere Aufmerksamkeit in diesem Zusammenhang ist der jüngst ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 20.07.2017 zu widmen. Denn diese Entscheidung hat einen Sachverhalt zum Gegenstand, der für die Praxis der Vertragsgestaltung von höchster Relevanz ist.

Der Auftraggeber (AG) war Bauherr eines Neubauprojekts und beauftragte den Auftragnehmer (AN) damit, Erd-, Mauer- und Betonarbeiten auszuführen. Bei dem zwischen den Beteiligten geschlossenen Bauvertrag handelte es sich um einen **Einheitspreis-Bauvertrag**. Die Geltung der VOB wurde wirksam vereinbart.

In dem Bauvertrag findet sich in den einbezogenen – seitens des AG einseitig gestellten – Allgemeinen Vertragsbedingungen unter der Überschrift „Vergütung“ folgende **„Festpreisklausel“**:

„Die dem Angebot des Auftraggebers zu Grunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich. [...]“

Während der Ausführung der Erd-, Mauer- und Betonarbeiten kam es zu Minderleistungen. Daraufhin beanspruchte

der AN eine **Preis Anpassung** gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B unter anderem wegen ungedeckter Baustellengemeinkosten in Höhe von ca. 8.000 €. Der AG verweigerte die Preis Anpassung. Hiergegen wendete sich der AN mit seiner erhobenen Leistungsklage. Unter Verweis auf die genannte **„Festpreisklausel“** wiesen sowohl das Landgericht, als auch das Oberlandesgericht die Klage des AN mit der Begründung ab, dass § 2 Abs. 3 VOB/B wirksam abgedungen und somit eine **Preis Anpassung** ausgeschlossen sei. Hiergegen wendete sich der AN mit seiner eingelegten Revision. Mit Erfolg.

Die Rechtliche Würdigung des BGH

Der BGH sieht die **„Festpreisklausel“** als **unwirksam** an. Diese hält einer AGB-Kontrolle nicht stand. Denn sie benachteiligt den AN entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen, weil sie unabhängig von der Preis Anpassungsmöglichkeit nach § 2 Abs. 3 VOB/B auch den Anspruch auf Anpassung des Preises nach den Grundsätzen der **Störung der Geschäftsgrundlage** nach § 313 **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)** ausschließt (§ 307 Abs.1 S. 1 BGB). Jedenfalls geht aus der **„Festpreisklausel“** nicht eindeutig hervor, dass diese nur die Preis Anpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B erfassen soll. Zweifel bei der Auslegung einer Klausel gehen zu Lasten des Verwenders. Unter Berücksichtigung von § 305 c Abs. 2 BGB ist daher die Auslegung vorzuziehen, die sich zum Nachteil für den AN auswirkt. Somit ist die Klausel so zu verstehen, dass neben der Preis Anpassung nach der VOB/B auch die Anwendbarkeit des § 313 BGB ausgeschlossen ist. Dies ist deshalb problematisch, weil die Klausel somit Fälle erfasst, in denen dem AN ein Festhalten an dem unveränderten Vertragspreis unzumutbar ist. Selbst in diesen Fällen wäre eine Preis Anpassung ausgeschlossen.

Gerade die Fälle der Unzumutbarkeit, in denen sich Umstände gravierend verändert haben, die zwar nicht vertrag-

lich vereinbart, aber von beiden Vertragsparteien als gegeben vorausgesetzt worden sind, sind Gegenstand des Anwendungsbereichs des § 313 BGB. Dabei steht die Vertragsanpassung nach § 313 BGB in einem Spannungsverhältnis zu dem Grundsatz des Bürgerlichen Rechts, dass Verträge einzuhalten sind (pacta sunt servanda). Eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB erfasst also Sonderfälle. Gemeint sind Fallkonstellationen, in denen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durch nach Vertragsschluss eintretende Umstände so schwerwiegend gestört ist, dass ein Festhalten am unveränderten Vertrag jedenfalls für eine Vertragspartei unzumutbar ist.

Aus dieser wichtigen Funktion des § 313 BGB heraus erklärt sich, warum der BGH in der vorliegenden Entscheidung zur **Unwirksamkeit der „Festpreisklausel“** gelangt ist. Auch wenn in der vorliegenden Fallkonstellation eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB nicht in Betracht kommt, weil dessen strenge Voraussetzungen nicht erfüllt sind, so muss sich eine AGB-Klausel trotzdem abstrakt generell und nicht auf den Einzelfall bezogen auf ihre Wirksamkeit hin überprüfen lassen.

Was folgt daraus?

Die **Unwirksamkeit der „Festpreisklausel“** führt im vorliegenden Fall dazu, dass **§ 2 Abs. 3 VOB/B anwendbar** ist. Auch dies ist eine Besonderheit der vorliegenden Fallkonstellation. Grundsätzlich sieht § 306 Abs. 2 BGB vor, dass in dem Fall der Unwirksamkeit einer Klausel die gesetzlichen Vorschriften gelten sollen. Es würde somit allgemeines

Werkvertragsrecht (§§ 631 ff. BGB) Anwendung finden, welches keine nachträgliche Preisanpassungsmöglichkeit vorsieht. Der BGH vertritt hierzu in der genannten Entscheidung die Auffassung, dass dann, wenn die Geltung der VOB/B – wie im vorliegenden Fall – vereinbart worden ist, es dennoch bei der Anwendbarkeit der für den Werkunternehmer günstigeren Preisanpassungsregelung des **§ 2 Abs. 3 VOB/B** verbleibt.

Praxishinweis

Für die Praxis der Vertragsgestaltung ergibt sich daraus die Konsequenz, dass eine solche „Festpreisklausel“ unwirksam ist und daher in Einheitspreis-Bauverträgen keine Verwendung finden sollte. Das durch den Verwender verfolgte Ziel – eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B unter sonstiger Einbeziehung der VOB auszuschließen – wird durch eine in der oben genannten Form ausgestaltete „Festpreisklausel“ nicht erreicht. Das Gegenteil ist der Fall. § 2 Abs. 3 VOB/B bleibt anwendbar. Eine Preisanpassung ist deshalb weiterhin möglich.



Sebastian Armer

Tel. +49 (234) 68 77 9-421

sebastian.armer@aulinger.eu

DIE HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS FÜR ZAHLUNGEN NACH INSOLVENZREIFE GEMÄSS § 64 GmbHG UND DER AUSGLEICH DURCH GEGENLEISTUNGEN

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in seinem Urteil vom 04.07.2017 (Az.: – II ZR 319/15 –) zu einigen grundlegenden Fragen der **Haftung von Geschäftsführern für masseschmälernde Zahlungen** nach Eintritt der Insolvenzreife gemäß § 64 GmbHG Stellung genommen.

Sachverhalt

In dem entschiedenen Fall hatte der Kläger als Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Private Company Limited by Shares (Limited) nach englischem Recht deren Director (Geschäftsführungsorgan) auf Ersatz der von ihm vorgenommenen Auszahlungen vom Gesellschaftskonto in Anspruch genommen. Mit den Zahlungen waren Verbindlichkeiten der Gesellschaft u. a. bei den Energieversorgern der Gesellschaft sowie gegenüber Angestellten beglichen worden.

Rechtliche Beurteilung durch den Bundesgerichtshof

Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass der **Director der Limited** dem Kläger als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gesellschaft **zum Ersatz der nach Insolvenzreife getätigten Zahlungen verpflichtet** sei.

Zunächst bestätigte der BGH im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung, dass auch der Director einer nach englischem Recht gegründeten Gesellschaft, bei der die Gesellschafter nicht persönlich haften, in den Anwendungsbebereich von § 64 GmbHG falle. Der Director einer Limited ist daher ebenso wie ein Geschäftsführer einer GmbH nach deutschem Recht grundsätzlich zum Ersatz der Zahlungen an die Insolvenzmasse verpflichtet, die er nach Eintritt der Insolvenzreife getätigt hat.

Wesentlicher Gegenstand der Entscheidung des Bundesgerichtshofs war der mögliche **Entfall der Haftung** gemäß

§ 64 GmbHG, **wenn aufgrund der masseschmälernden Zahlung eine Gegenleistung in die Aktivmasse gelangt** ist.

Der BGH führte insoweit aus, dass eine im unmittelbaren Zusammenhang mit der masseschmälernden Zahlung erfolgende Gegenleistung die Haftung gemäß § 64 GmbHG entfallen lassen könne. Entgegen der noch vom Berufungsgericht vertretenen Ansicht kam der BGH allerdings zu dem Ergebnis, dass auf die masseschmälernden Zahlungen im Sinne des § 64 Satz 1 GmbHG die Vorschrift des § 142 InsO (Bargeschäft) nicht entsprechend anzuwenden sei. Ein Resultat dieser Rechtsprechung ist, dass im Unterschied zu den Voraussetzungen des Bargeschäfts grundsätzlich **kein enger zeitlicher Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung** erforderlich ist. Nach der Rechtsprechung des BGH besteht der wesentliche Unterschied des Anfechtungsrechts und der Haftung des Geschäftsführers nach § 64 GmbHG darin, dass es bei der Anfechtung sowohl auf die Verminderung der Aktivmasse als auch um die Vermehrung der Schuldenmasse gehe, während es bei der Haftung gemäß § 64 GmbHG ausschließlich um die Verkürzung der Aktivmasse gehe.

Im Einzelnen setzt sich der BGH in seiner Entscheidung damit auseinander, welche Anforderungen an die Gegenleistung zu stellen sind, damit diese zum Entfall der Haftung gemäß § 64 GmbHG führt. Zunächst stellt der BGH allgemein fest, dass die **in die Masse gelangende Gegenleistung für eine Verwertung durch die Gläubiger geeignet** sein müsse. Dies sei bei Arbeits- und Dienstleistungen regelmäßig nicht der Fall, da diese die Aktivmasse nicht erhöhen und daher keinen Ausgleich des Masseabflusses darstellen könnten.

Gleiches gilt nach der Entscheidung des BGH auch für Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienstleistungen oder Entgelte für andere nicht körperliche Leistungen, die die Aktivmasse nicht erhöhen. In Betracht kommt in den vorgenannten Fällen aber grundsätzlich ein Wegfall der Haftung gemäß § 64 S. 2 GmbHG, soweit Zahlungen im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns geleistet werden. Der BGH führt in der vorliegenden Entscheidung Zahlungen an, die getätigt werden, um den Zusammenbruch eines sanierungsfähigen Unternehmens zu verhindern und dadurch letztlich größeren Schaden von den Gesellschaftsgläubigern abzuwenden.

Aber auch für körperliche Gegenstände, die aufgrund der Zahlungen zur Masse geleistet werden, ist maßgeblich auf deren Verwertbarkeit durch die Gläubiger abzustellen. So scheidet nach Ansicht des BGH ein Entfall der Haftung bei geringwertigen Verbrauchsgütern regelmäßig aus.

Praxishinweis

Auch wenn der BGH in der vorliegenden Entscheidung die Möglichkeit des Ausgleichs von masseschmälernden Zahlungen im Sinne des § 64 GmbHG thematisiert, so zeigen die Ausführungen im Einzelnen, dass keinesfalls ein Automatismus bei Austauschverträgen besteht, sondern es maßgeblich auf die Verwertbarkeit der Gegenleistung für die Gesellschaftsgläubiger ankommt. Hervorzuheben ist aber, dass im Gegensatz zum Bargeschäft gemäß § 142 InsO grundsätzlich kein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen muss, um die Haftung gemäß § 64 GmbHG entfallen zu lassen.



Christopher Behne

Tel. +49 (234) 68 77 9-361
christopher.behne@aulinger.eu

DIE TÜCKEN DES § 179 a AktG

Gem. § 179 a Abs. 1 Satz 1 Aktiengesetz (AktG) in Verbindung mit § 179 Abs. 2 AktG bedarf ein schuldrechtlicher Vertrag, durch den sich eine AG zur Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens verpflichtet, zu seiner Wirksamkeit eines demnach beurkundungspflichtigen Beschlusses der Hauptversammlung mit satzungsändernder Mehrheit. Für die Wirksamkeit und den Vollzug der dinglichen Erfüllungshandlung ist der Beschluss nicht erforderlich, allerdings droht ohne Beschluss die Rückforderung des Geleisteten. Die Regelung soll die Gesellschafter davor schützen, dass die Vertreter der Gesellschaft ohne ihr Wissen und Wollen das Gesellschaftsvermögen als Grundlage der satzungsmäßigen Unternehmenstätigkeit völlig aus der Hand geben. Dem Erwerber droht das Rückforderungsrecht der AG oder ihres Insolvenzverwalters.

Anwendung auf die GmbH

Nach herrschender Meinung gilt die Regelung des § 179 a AktG auch entsprechend für die GmbH. Auch hier erfordert der Gesellschafterbeschluss eine satzungsändernde Mehrheit und bedarf der notariellen Beurkundung (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG analog). Umstritten ist, ob diese Regelung bei Projektgesellschaften, deren Unternehmensgegenstand von vornherein gerade auf die Veräußerung des Vermögens gerichtet ist, zur Anwendung kommt. Die herrschende Meinung bejaht dies mit der Begründung, dass ausschließlich maßgeblich ist, ob noch maßgebliches Restvermögen nach der Veräußerung zur Verfügung steht. Wird der zustimmende Gesellschafterbeschluss nicht spätestens im Beurkundungstermin über den Verkauf von Assets erteilt, muss hier eine Fälligkeitvoraussetzung vereinbart werden.

Anwendung auf Personengesellschaften

Die Beschränkungen für Gesamtvermögensgeschäfte gelten dem Grunde nach auch für Personengesellschaften analog, so dass auch hier ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist. Mithin ist auch bei KGs, OHGs und GbRs ein solcher Gesellschafterbeschluss zu fassen. Allerdings bedarf dieser Beschluss nach der wohl herrschenden Meinung nicht der notariellen Beurkundung, da im Personengesellschaftsrecht auch sonstige Änderungen des Gesellschaftsvertrages keiner besonderen Form bedürfen.

Fazit

Bei Gesamtvermögensgeschäften ist zur Absicherung des Käufers vor Rückforderungsansprüchen des Verkäufers

zwingend ein Gesellschafterbeschluss zu fassen. Dies muss bei entsprechenden Transaktionen bedacht werden, weil ansonsten die Rückabwicklung droht.



Dr. Thomas Huesmann

Tel. +49 (234) 68 77 9-321
thomas.huesmann@aulinger.eu

ZUR HAFTUNG EINES ALLEINGESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRERS

Das Landgericht München (LG München II, Urteil vom 26.01.2017, Az. 3 O 3420/15) hatte in einer Entscheidung über die **Haftung eines Alleingeschafters und -geschäftsführers** einer GmbH zu entscheiden, der als Geschäftsführer handelnd im streitgegenständlichen Zeitraum praktisch seine eigenen Gesellschafterweisungen ausführte. Der Kläger hat gegen den Beklagten aus abgetretenem Recht Ansprüche auf Schadensersatz und aus Bereicherungsrecht geltend gemacht.

Der Fall

Der Beklagte war mit 1 % am Stammkapital der O-GmbH für eigene Rechnung sowie **mit 99 % auf der Grundlage**

eines Treuhandverhältnisses für den Kläger beteiligt. Das entsprechende Treuhandverhältnis ist 2012 durch den Beklagten gekündigt worden. Von 2003 bis 2011 war der Beklagte alleiniger Geschäftsführer der O-GmbH; gleiches gilt für den Zeitraum von 2004 bis 2011 für die C-GmbH, einer hundertprozentigen Beteiligungsgesellschaft der O-GmbH.

In der Folgezeit, zwischen den Jahren 2011 bis 2013, fanden mehrmals Wechsel in der Geschäftsführung der Gesellschaften statt. Alleingeschäftsführerinnen beider Gesellschaften waren zwischenzeitlich sowohl die Ehefrau des Beklagten als auch A, die jedoch jeweils zugunsten des

Beklagten wieder als Geschäftsführerinnen ausschieden. Die Gesellschafterversammlung bestellte 2014 schlussendlich den Kläger zum Geschäftsführer der beiden Gesellschaften.

Der Kläger trägt vor, der Beklagte habe 2011 ohne entsprechenden Rechtsgrund **zulasten der Konten beider Gesellschaften eine Vielzahl von Zahlungen** vorgenommen. Unter anderem habe er rechtsgrundlose Gehaltszahlungen, rechtsgrundlose Zahlungen an eine dritte Gesellschaft sowie die Übernahme privater Kosten veranlasst. Der Kläger behauptet ferner, der Beklagte sei im gesamten Jahr 2011 zumindest faktischer Geschäftsführer beider Gesellschaften gewesen. Weder die Ehefrau des Beklagten noch die A hätten eigenständige Geschäftsführungsentscheidungen getroffen, sondern hätten stets auf Weisung und Veranlassung des Beklagten gehandelt. Die streitgegenständlichen Ansprüche seien dem Kläger Ende 2014 von den beiden Gesellschaften abgetreten worden. Der Beklagte bestreitet den Vortrag des Klägers.

Die Entscheidung

Die Klage hatte keinen Erfolg, da nach der vorliegenden Entscheidung des LG München weder Schadensersatzansprüche noch Bereicherungsansprüche des Klägers bestehen.

Ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten der beiden Gesellschaften wurde von der Kammer verneint. Es fehle bereits an den Voraussetzungen für das Vorliegen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Insbesondere mangle es im vorliegenden Fall an einem Einbeziehungsinteresse der Gesellschaften, da zwischen diesen und dem Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum **schon keine Rechtsbeziehung mit personalistischem Einschlag** bestanden habe. Insbesondere habe der Kläger im maßgeblichen Zeitraum keine Gesellschafterstellung inne gehabt. Zudem verneinte das Gericht eine Schutzbedürftigkeit der Gesellschaften, da zugunsten dieser eigene Ansprüche bestünden.

Einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 43 Abs. 2 GmbHG hat das Landgericht sodann mangels pflichtwidrigem Geschäftsführerverhaltens ebenfalls abgelehnt. Grundsätzlich müsse der Geschäftsführer einer GmbH den Weisungen der Gesellschafterversammlung folgen, sofern

er durch eine solche Weisungsbefolgung nicht gegen das Gesetz verstoße. Im Fall der Befolgung hafte der Geschäftsführer dann aber nicht mehr für einen durch die Ausführung der entsprechenden Weisung verursachten Schaden, was auch für die Ein-Personen-Gesellschaft gelte. Bezüglich der Weisungen des Alleingeschafters bedürfe es keines förmlichen Gesellschafterbeschlusses. Dies gelte entsprechend, wenn der Alleingeschafter zugleich als Geschäftsführer praktisch seine eigenen Weisungen ausführe. Abweichungen zu diesen Grundsätzen kämen nur in Betracht, wenn der Geschäftsführer gegen zwingende Kapitalerhaltungsvorschriften verstoße, Zahlungen nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung leiste oder existenzvernichtende Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen vornehme. Deshalb verneinte das Landgericht München auch Schadensersatzansprüche aus dem Deliktsrecht, genauso wie Ansprüche aus dem Bereicherungsrecht. Das Rechtsmittelverfahren wird derzeit vor dem Oberlandesgericht München durchgeführt.

Praxishinweis

Die Entscheidung veranschaulicht die **enthaftende Wirkung eines anweisenden Gesellschafterbeschlusses** zugunsten eines GmbH-Geschäftsführer, die auch in der Ein-Mann-GmbH besteht. Das LG München folgt mit der vorliegenden Entscheidung zudem der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insbesondere dahingehend, dass in der Ein-Personen-Gesellschaft ein förmlicher Gesellschafterbeschluss zur Anweisung des Geschäftsführers nicht erforderlich ist, da der entsprechende Wille des Alleingeschafters und des Geschäftsführer aufgrund der Personenidentität zwangsläufig gleich ist.



Dr. Jens Hausmanns

+49 (201) 95 98 6-41
jens.hausmanns@aulinger.eu



Constantin Schulte-Steinberg

+49 (201) 95 98 6-99
constantin.schulte-steinberg@aulinger.eu

INSOLVENZRECHT

HAFTUNG DES STEUERBERATERS – HINWEIS- UND PRÜFUNGS- PFLICHTEN BEI MÖGLICHER INSOLVENZREIFE DES MANDANTEN

Für Unternehmen und Unternehmer ist der **Steuerberater** in Regel der erste Ansprechpartner bei Fragen wirtschaftlicher oder auch rechtlicher Natur. Aufgrund der oftmals langjährigen Mandatsbeziehungen besteht zwischen den Beteiligten ein **Vertrauensverhältnis**, bei dem jedoch der Steuerberater seine **Haftungsrisiken** nicht zu gering einschätzen sollte. Insbesondere in den Fällen, in denen das Unternehmen in eine **wirtschaftliche Schieflage** gerät, sollte der Steuerberater mit Vorsicht agieren. Denn ein Insolvenzverwalter hat am Ende kaum Hemmungen, mögliche **Haftungsansprüche** gegen den Steuerberater aus dessen Tätigkeit im Zeitraum der Krise zu verfolgen.

Der Maßstab der Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich in der Vergangenheit bereits mehrfach dazu geäußert, ob und in welchem Umfang ein Steuerberater verpflichtet sein kann, eine mögliche Insolvenzreife seines Mandanten zu prüfen und entsprechende Hinweise zu erteilen. Hierbei zeigte sich der BGH bisher **zurückhaltend** damit, dem Steuerberater eine **allgemeine Hinweispflicht** aufzuerlegen. Nach dem BGH haftet der Steuerberater nicht, wenn er untätig blieb, sondern nur dann, wenn er falsch beriet.

Diese eher milden **Haftungsregeln** hat der BGH nunmehr konkretisiert und zum Teil auch deutlich **verschärft**. In seinem Urteil vom 26.01.2017 hat der BGH folgende Handlungspflichten des Steuerberaters aufgezeigt:

Im Rahmen der **Erstellung des Jahresabschlusses** ist der Steuerberater verpflichtet, auf der Grundlage der ihm vorliegenden Informationen zu prüfen, ob es tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten gibt, die einer Fortführung des Unternehmens entgegenstehen. Der Steuerberater haftet, wenn er trotz einer **bestehenden Insolvenzreife** des Unternehmens dem Jahresabschluss **Fortführungswerte** zugrunde

legt. Daneben trifft den Steuerberater, der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses beauftragt ist, auch eine **Hinweispflicht**, wenn Anhaltspunkte für das **Vorliegen eines Insolvenzgrundes** offenkundig sind und er annehmen muss, dass dem Mandanten die mögliche Insolvenzreife des Unternehmens nicht bewusst ist.

In dem vom BGH entschiedenen Fall erstellte der Steuerberater über vier Jahre hinweg die Jahresabschlüsse für das schuldnerische Unternehmen. In jedem Jahr wies der Jahresabschluss einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehbetrag aus. Erst nach mehr als zwei Jahren wies der Steuerberater allgemein auf die Prüfpflichten eines Geschäftsführers im Hinblick auf eine Überschuldung und / oder eine Zahlungsunfähigkeit hin. Erst im fünften Jahr erteilte der Steuerberater einen Hinweis auf die gestiegene Überschuldung des Unternehmens.

Eine Haftung des Steuerberaters kam in dem vom BGH entschiedenen Fall zunächst einmal wegen der **mangelhaften Erstellung** der Jahresabschlüsse in Betracht. Soweit Anhaltspunkte gegen eine Fortführung des Unternehmens sprachen, hätte der Steuerberater nicht mehr nach Fortführungswerten bilanzieren dürfen. Wenn es dem Insolvenzverwalter dann gelingt, nachzuweisen, dass der mangelhafte Jahresabschluss der Grund dafür war, dass die Geschäftsführung nicht eher einen Insolvenzabtrag stellte – und es ist davon auszugehen, dass sich die Geschäftsführung entsprechend einlassen wird, um der eigenen strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung zu entgehen – haftet der Steuerberater für den **Schaden**, der durch die **verspätete Antragstellung** entstanden ist.

Daneben trifft den Steuerberater eben doch eine **Warn- und Hinweispflicht**, wenn die Möglichkeit besteht, dass ein Insolvenzgrund vorliegt und der Steuerberater

davon ausgehen muss, dass dies dem Mandanten nicht bewusst ist.

Praxishinweis

Im Ergebnis gilt es nunmehr für Steuerberater, sich im Hinblick auf die Anzeichen einer Krise des Unternehmens weiter zu **sensibilisieren**, Erkenntnisse und Bewertungen umfassend zu **dokumentieren** und im Zweifel abzusichern

sowie den Mandanten frühzeitig darauf zu verweisen, sich in insolvenzrechtlicher Sicht **beraten zu lassen**.



Heike Middendorf

Tel. +49 234 68 77 9-341

heike.middendorf@aulinger.eu

DIE ZWEI SEITEN DES RANGRÜCKTRITTS

Der Rangrücktritt über eine Forderung dient der Beseitigung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung, ohne jedoch außerordentliche Erträge im Rahmen einer Steuerbilanz zu begründen. Die **Rechtsprechung** hierzu ist **uneinheitlich**. Maßgebliche Entscheider sind der Bundesgerichtshof (BGH) für die insolvenzrechtliche Frage der Vermeidung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung und der Bundesfinanzhof (BFH) für die Frage, ob steuerliche Mehrergebnisse begründet werden.

Die Anforderungen des BGH

In seiner Entscheidung vom 05.03.2015 hat der BGH den Anwendungsbereich von Rangrücktrittsvereinbarungen geklärt. Danach sind Rangrücktritte von Gesellschaftern, aber auch von außenstehenden Gläubigern möglich. Sie sind gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 Insolvenzordnung (InsO) trotz des eingrenzenden Wortlauts in beiden Fällen **geeignet, die Überschuldung zu vermeiden**.

Der Rangrücktritt darf nicht zeitlich begrenzt werden. Die Forderung darf nur aus ungebundenem Vermögen befriedigt werden. Eine Tilgung der Forderung ist möglich, wenn sichergestellt ist, dass dadurch nicht ein Insolvenzgrund verwirklicht oder verwirklicht zu werden droht.

Die Regelung sollte zwischen dem Zeitraum vor Insolvenzeröffnung und nach Insolvenzeröffnung entsprechend unterscheiden. Es reicht nunmehr aus, dass der Gläubiger mit der Forderung hinter die Forderungen aus § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO zurücktritt. Die Gleichstellung dieser Ansprüche mit solchen auf Rückgewähr der Einlagen ist nicht mehr erforderlich. Vielmehr soll es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter handeln.

Die Vorgaben des BFH

Der BFH hat mit Entscheidung vom 15.04.2015 zur Frage der Passivierung von im Rang zurückgetretenen Forderungen

Stellung genommen. Dabei war zu klären, ob eine im Rang zurückgetretene Forderung unter das Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2 a Einkommenssteuergesetz (EStG) fällt. Würde diese darunter fallen, dürfte sie in der Steuerbilanz nicht mehr passiviert werden mit der Folge, dass ein außerordentlicher Ertrag und damit Vernichtung von Verlustvorträgen oder **im schlechtesten Fall Steuern drohen**.

Was daraus folgt

Es kommt somit wie immer auf die Formulierung an und das genaue Treffen der Voraussetzungen des BGH und des BFH, um einerseits insolvenzrechtliche Überschuldung zu vermeiden und andererseits keine steuerlichen Probleme auszulösen:

- Abzurufen ist daher von einer Beschränkung des Rückzahlungsanspruchs auf künftige Einnahmen oder Gewinne, da hier insoweit das Problem entsteht, der derlei Verbindlichkeiten nicht passiviert werden dürfen. Aus steuerlichen Gründen ist daher immer auf das sogenannte freie Vermögen abzustellen.
- Aus insolvenzrechtlicher Sicht sind die beiden Zeiträume vor und nach Insolvenzeröffnung von Bedeutung. Maßgeblich ist hier das ungebundene Vermögen und insbesondere die Regelung, dass die Forderung hinter die Forderung aus § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO zurücktritt.



Dr. Thomas Huesmann

Tel. +49 (234) 68 77 9-321
thomas.huesmann@aulinger.eu

DER ÄRGER MIT DEM SPEZIALLABOR

Die **Abrechnung von Laborleistungen** ist seit jeher einer der umkämpfsten und sowohl zivil- als auch strafrechtlich für Ärzte **gefährlichsten Bereiche** bei der Abrechnung.

Allgemeine Problemstellung

Relativ unproblematisch sind abgesehen von Rückvergütungssystemen und damit einhergehender Strafbarkeiten nicht zuletzt nach dem neuen Antikorruptionsgesetz Abrechnungen von Leistungen, die durch Fremdlabore erbracht werden. Deutlich problematischer wird die Situation, wenn an dem „Fremdlabor“ Familienangehörige des Arztes beteiligt sind oder er gar selbst Gesellschafter ist.

In einer aktuellen Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 20.01.2017, Az. III-1 Ws 482/15) ging es nunmehr um die Frage, ob ein Arzt sich im Rahmen der Abrechnung von Leistungen durch ein sogenanntes Speziallabor strafbar gemacht hat.

Spezial- bzw. Eigenlabore als „Königsweg“?

Eigen- bzw. Speziallabore sind ein beliebter Weg, Laborleistungen selbst zu erbringen und an den wirtschaftlichen Vorteilen zu partizipieren, ohne hierdurch generell in die Gefahr von Verstößen gegen Korruptionsvorschriften zu gelangen. Häufig hat jedoch das Eigenlabor wenig gemein mit der laienhaften Vorstellung, dass der Arzt in seiner Praxis ggf. unter Zuhilfenahme von bei ihm beschäftigten speziell geschulten Mitarbeitern Proben auswertet. So war es auch in dem Fall, der der hier besprochenen Entscheidung zugrunde lag. Der angeschuldigte Arzt betrieb mit einem anderen Arzt eine Praxisgemeinschaft. Gleichzeitig war er zusammen mit 500 bis 1.000 Ärzten an einer **ärztlichen Apparategemeinschaft** beteiligt, die ein Laborbetrieb. Diese Apparategemeinschaft beschäftigte in Verwaltung und Labor eine Vielzahl von Mitarbeitern, die Geschäftsführung wurde durch zwei Ärzte betrieben, die zusätzlich noch ein Facharztlabor unterhielten. Der

angeschuldigte Arzt selber verfügte nicht über den erforderlichen **Fachkundenachweis für Labordiagnostik** oder eine entsprechende Äquivalenzbescheinigung.

Der angeschuldigte Arzt übersandte auszuwertende Proben an das Labor und ließ diese dort untersuchen. Nach Abschluss der Untersuchung führte ein Labormitarbeiter eine technische Validation durch und der Arzt erschien zu einem späteren Zeitpunkt selbst im Labor und gab an einem Computerarbeitsplatz einen Benutzernamen und ein Passwort ein. Er prüfte sodann die Befunde auf medizinische Plausibilität und gab den jeweiligen Befund per Knopfdruck frei. Die Leistungen rechnete der angeschuldigte Arzt nach der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) gegenüber seinen Privatpatienten als eigene Laborleistung ab.

Mögliche Strafbarkeit?

Die Staatsanwaltschaft klagte den Arzt in 367 Fällen wegen eines **Abrechnungsbetruges** an. Dies begründete die Staatsanwaltschaft damit, der Arzt habe zum Nachteil seiner Privatpatienten im Rahmen der Abrechnung wahrheitswidrig vorgespiegelt, er habe die abgerechneten Laborleistungen selbst erbracht. Tatsächlich seien die Leistungen jedoch unter Verstoß gegen das Gebot der persönlichen Leistungserbringung erfolgt.

Die große Strafkammer des Landgerichts lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens ab, das OLG Düsseldorf bestätigte diese Entscheidung in seinem Beschluss.

Einzelheiten unklar

Zunächst stellt das OLG fest, dass die Frage der Abrechnung von Leistungen durch Mitglieder einer Laborgemeinschaft in Rechtsprechung und Literatur **umstritten** sei. Unstreitig sei insoweit, dass ein Arzt Gebühren nur für selbstständige ärztliche Leistungen berechnen darf, die er entweder selbst erbracht hat oder im Falle einer zulässigen

Delegation auf nichtärztliches Personal unter seiner **Aufsicht und fachlichen Weisung** erbracht wurden. Für Laboruntersuchungen sei die Möglichkeit gegeben, solche Leistungen als eigene abzurechnen, die nach fachlicher Weisung unter der Aufsicht eines anderen Arztes in Laborgemeinschaften erbracht werden (§ 4 Abs. 2 S. 2 GOÄ). Entscheidend hierfür sei, dass die Leistung durch den abrechnenden Arzt ein **persönliches Gepräge** erhalte.

Eigener Fachkundenachweis erforderlich?

Kritisch sei zunächst, ob der abrechnende Arzt selbst über einen Fachkundenachweis für die Laboruntersuchungen verfügen müsse. Vertreten wird hierzu sowohl, dass eine persönliche Fachkundebescheinigung vorliegen müsse, als auch, dass die allgemeine Facharztqualifikation genüge. Das OLG Düsseldorf führt aus, es spreche zumindest einiges dafür, dass der Verordnungsgeber das Recht zur Abrechnung nicht an den Erwerb der jeweiligen Fachkundebescheinigung knüpfen wollte, so dass die fehlende Fachkundebescheinigung nicht zu einer Strafbarkeit führe.

Was ist höchstpersönliche Leistungserbringung?

Zur Erforderlichkeit der höchstpersönlichen Leistungserbringung bzw. der ärztlichen Überwachung führt das OLG Düsseldorf zunächst aus, der reine Probenversand reiche hierfür nicht aus. Alle weiteren Fragen seien jedoch ungeklärt. Teils werde verlangt, dass der abrechnende Arzt bei jedem Schritt der Laboruntersuchung persönlich anwesend sei. Andere Stimmen würden hingegen deutlich niedrigere Anforderungen stellen, da insbesondere bei **vollautomatischen Laborabläufen** eine Einwirkung des Arztes ausgeschlossen sei. Genügen würde daher eine kurzfristige persönliche Anwesenheit oder die telefonische Erreichbarkeit, wenn die Ergebnisse anschließend einer Plausibilitätskontrolle unterzogen werden. Teils würde sogar vertreten, dass alleine die medizinische Plausibilitätsprüfung nach Abschluss der Untersuchung dem Erfordernis der persönlichen Leistungserbringung genüge.

Vor diesem Hintergrund erschiene vorliegend die Abrechnung der Leistungen zumindest als vertretbar, da der Verordnungsgeber die Anforderungen nicht weiter konkretisiert habe. Zwar versichere jeder Arzt mit Liquidation von Leistungen, dass er zur Abrechnung berechtigt ist und die hierbei zugrunde gelegten Rechtsvorschriften der GOÄ eingehalten hat, doch würden hiermit keine weitergehen-

den konkludenten Erklärungen abgegeben. Falsch in einem strafrechtlich relevanten Sinne sei die mit der Rechnungslegung verbundene Behauptung einer ärztlichen Leistungserbringung nur dort, wo sie keinen Bezug zu tatsächlichen Vorgängen mehr aufweist, weil sie sich als Missachtung des eindeutigen und klaren Kernbereichs der in Bezug genommenen GOÄ-Norm darstellt. Sei die entsprechende Vorschrift allerdings in ihren **Randbereichen mehrdeutig** und könne die Privatliquidation auf eine vertretbare Auslegung zurückgeführt werden, so enthalte sie keine unwahren Tatsachenäußerungen im Sinne eines Betrugs, sondern eine bloße Rechtsbehauptung. Dies sei vorliegend bei Abrechnung der Laborleistungen der Fall, da sich der Arzt bei seiner Abrechnung auf eine zumindest vertretbare Rechtsauffassung stütze.

Folgen für die Praxis

Die Entscheidung ist in vielerlei Hinsicht interessant. Zunächst übt das OLG Düsseldorf **deutliche Kritik** an den Regelungen der GOÄ, die es als uneindeutig ansieht. Zwar seien die zugrunde liegenden Fragen dringend klärungsbedürftig, doch könne dies nicht durch ein Strafverfahren geleistet werden. Hierin ist dem OLG Düsseldorf generell zuzustimmen, da es letztendlich Aufgabe des Verordnungsgebers und sodann der Fachgerichte ist, Zweifelsfragen zu klären. In einem Strafverfahren gelten aufgrund der strengen strafrechtlichen Beweisanforderungen andere Maßstäbe, als in Zivilprozessen. Setzt sich diese Auffassung durch, dürfte zumindest in zahlreichen in den letzten Jahren angestregten Ermittlungsverfahren wegen vergleichbaren Konstellationen Klarheit herrschen. Hiervon zu trennen ist jedoch die Frage, ob entsprechende Konstellationen **gebührenrechtlich zulässig** sind und die Abrechnungen zu Recht erfolgten. Diese Frage kann das OLG Düsseldorf naturgemäß nicht beantworten, sodass erhebliche Risiken verbleiben, vereinnahmtes **Honorar zurückzahlen** zu müssen. Aber auch strafrechtlich sind damit nicht sämtliche Probleme vom Tisch, da die Grenze zwischen konkludenter Tatsachenbehauptung und bloßer Äußerung einer Rechtsansicht keinesfalls klar ist und in ähnlichen Zweifelsfragen nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Rechtsprechung für den Arzt günstige Auslegungen nicht mehr als vertretbar ansieht und damit eine Strafbarkeit bejaht. Ärzte sind im Rahmen der Abrechnung also gut beraten, weiter **Vorsicht** walten zu lassen und Grenzbereiche nicht bis zum vermeintlich Äußersten auszuschöpfen. Auch wenn am Ende keine strafrechtliche

Verurteilung eintritt, kann bereits ein **staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren** große Schäden anrichten, abgesehen von unter Umständen erheblichen **zivilrechtlichen Rückforderungsansprüchen**.



Markus Winnacker, LL.M.

Tel. +49 234 68 77 9-361
markus.winnacker@aulinger.eu

NEUES ZUM ANTIKORRUPTIONSGESETZ

Seit das Antikorruptionsgesetz in Kraft getreten ist warten die Betroffenen wie Ärzte, Pharmafirmen und sonstige Dienstleister der Gesundheitsbranche ebenso wie die Berater auf die Veröffentlichung erster Urteile. Bisher findet sich zwar eine Fülle von Literatur, in der teils über ein Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes noch Aufbau- und Inhalt erklärt werden, jedoch keine Rechtsprechung. Dies ist in Bezug auf Strafurteile nicht weiter erstaunlich, da besonders bei Wirtschaftsdelikten Ermittlungsverfahren erfahrungsgemäß relativ viel Zeit in Anspruch nehmen und gerade bei neuen Gesetzen nicht mit schnellen Entscheidungen gerechnet werden kann. Umso bemerkenswerter ist es, dass nunmehr ein erstes Urteil vorliegt, welches §§ 299 a, b StGB zumindest im Tatbestand zitiert. Es handelt sich jedoch nicht um das Urteil eines Strafgerichts, sondern der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hamburg in einer zivilrechtlichen **Wettbewerbsangelegenheit**.

Gegenstand der Entscheidung

Die Entscheidung betrifft einen Sachverhalt aus dem Bereich der **Abrechnung von Zahnarztleistungen** in Kombination mit einem Factoringmodell. Zunächst handelte es sich um ein übliches Factoringmodell, bei dem Forderungen von Zahnärzten gegen deren Patienten unter Übernahme des Forderungsausfallrisikos angekauft wurden. Wie in solchen Fällen üblich berechnete das Factoringunternehmen gegenüber dem Zahnarzt eine Factoringgebühr.

Eine Besonderheit galt für die Fälle, in denen die Zahnarztrechnung die Kosten eines Fremdlabors umfasste. In diesen Fällen wurde ein sogenanntes Partnerfactoring angeboten, welches dazu führte, dass das **Fremdlabor** in Höhe der abgerechneten Laborkosten die mit dem Zahnarzt vereinbarte prozentuale Gebühr für das Factoring übernahm und der Zahnarzt in dieser Höhe von der vereinbarten Gebühr entlastet wurde.

Argumentationen der Parteien

In dem Rechtsstreit nahm nunmehr ein konkurrierendes Abrechnungsunternehmen die betroffene Factoringgesellschaft auf Unterlassung in Anspruch. Es argumentierte damit, durch das Modell würden der Zahnarzt und das Dentallabor dazu angestiftet, die Straftatbestände der §§ 299 a, b StGB zu verwirklichen, da dem Zahnarzt als Gegenleistung für den erteilten Laborauftrag eine Zuwendung in Höhe der vom Labor übernommenen Factoringgebühr gewährt würde. Weiterhin läge ein Verstoß gegen **§ 9 Abs. 1 Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ)** vor, wonach der Zahnarzt dem Patienten nur die tatsächlich entstandenen angemessenen Kosten für zahntechnische Leistungen in Rechnung stellen darf. Das beklagte Factoringunternehmen wandte hingegen ein, es werde auch eine Dienstleistung für das Labor erbracht, welches von der Bevorschussung und Einziehung der Forderung in gleicher Weise wie der Zahnarzt profitiere. Der Sachverhalt sei zu beurteilen wie ein

Barzahlungsrabatt (Skonto), welcher auch bis zur Höhe von 3% zulässig sei und nicht an die Patienten weitergegeben werden müsse.

Entscheidung des Gerichts

Das Gericht gab dem klagenden Abrechnungsunternehmen Recht und verurteilte das Factoringunternehmen zur Unterlassung des geübten Modells. Seine Entscheidung stützte das Landgericht Hamburg auf § 9 Abs. 1 GOZ. Hierbei stellte das Gericht grundsätzlich fest, dass die Gewährung von Skontoabzügen und ihre **Nichtweitergabe an Patienten** mit § 9 GOZ vereinbar sei, auch wenn ein Abschlag in Höhe von 3 % im Hinblick auf das heutige Zinsniveau kaum noch marktüblich sein dürfte. Allerdings erfülle das streitgegenständliche Partnerfactoring die Voraussetzungen eines üblichen Barzahlungsrabattes nicht.

Ein Skontoabzug knüpfe an eine besonders **kurze Zahlungsfrist** an, was im Falle des Partnerfactorings nicht der Fall sei. Es komme gerade nicht auf die Abrechnung des Dentallabors gegenüber dem Zahnarzt, sondern auf die Abrechnung des Zahnarztes selbst gegenüber dem Patienten an. Die Zahlung des Zahnarztes an das Dentallabor sei durch das Modell in keiner Weise sichergestellt. Vielmehr würden kurze Zahlungsfristen regelmäßig nicht eingehalten.

Schließlich befasst sich das Gericht noch mit der Frage, ob nicht ein prinzipiell erlaubter Factoringvertrag zwischen dem Factoringunternehmen und dem Labor selbst vorliegt. Dies verneint das Gericht damit, dass es erneut nicht auf das Verhältnis zwischen Arzt und Labor ankomme, da gerade diese Forderungen nicht wesentlicher Bestandteil des Factoringvertrages seien. Dementsprechend würde beispielsweise auch nicht an die Bonität des Zahnarztes zur Berechnung der Factoringgebühr angeknüpft, sondern an diejenige der Patienten.

Das Antikorruptionsgesetz als Gegenstand der Entscheidung?

Zu §§ 299 a, b StGB macht das Gericht im Rahmen der Urteilsgründe keine weiteren Ausführungen, was in Anbetracht einer Bejahung eines Verstoßes gegen § 9 GOZ nachvollziehbar ist. Trotzdem ist es schade, dass hierzu nicht zumindest flankierende Überlegungen angestellt wurden.

Das Urteil ist in mehrfacher Hinsicht interessant. Zunächst mag der ein oder andere enttäuscht sein, dass sich das

Landgericht Hamburg jedenfalls in den Urteilsgründen nicht mit der Frage eines Verstoßes gegen die neuen Antikorruptionsvorschriften auseinandergesetzt hat. Bei Betrachtung des Falles kann man durchaus zu dem Ergebnis kommen, dass die Beteiligung an den Factoringkosten ein korruptionsrelevanter Vorgang ist. Der Fall zeigt jedoch erneut deutlich, dass in vielen Fällen die Antikorruptionsstraftatbestände **keine neuen Strafbarkeitsrisiken** begründen. Es ist nämlich seit Jahren anerkannt, dass Zahnärzte, welche entgegen § 9 GOZ höhere als die tatsächlich entstandenen Kosten gegenüber ihren Patienten abrechnen, einen **Betrug** gemäß § 263 StGB begehen können. Unabhängig von der neuen Rechtslage bestand also schon in der Vergangenheit bei entsprechenden Konstellationen ein Strafbarkeitsrisiko. Trotzdem bedeutet selbstverständlich nicht jeder Verstoß gegen § 9 GOZ automatisch eine Strafbarkeit, doch wird ein Verstoß regelmäßig zumindest einen **Anfangsverdacht** für die Einleitung eines **Ermittlungsverfahrens** durch die Staatsanwaltschaft darstellen.

Fazit

Zusammenfassend zeigt sich erneut, dass gerade durch das neue Antikorruptionsgesetz die Abrechnungspraxis bei Leistungserbringern der Gesundheitswirtschaft ebenso wie gelebte Kooperationsmodelle im Fokus von Wettbewerbern und sicherlich auch Strafverfolgungsbehörden stehen. In vielen Fällen hat das Antikorruptionsgesetz dabei nicht dazu geführt, dass neue Strafbarkeitsrisiken entstanden sind, sondern hat lediglich dafür gesorgt, die Aufmerksamkeit zu erhöhen. Gerade der Umstand, dass Konstellationen schon vor Inkrafttreten des neuen Antikorruptionsgesetzes strafbar waren, verschlimmert die Situation für viele Betroffene hierbei noch, da im Falle einer Strafbarkeit der Zeitraum, in dem Straftaten begangen wurden, und damit auch deren Anzahl durch die Zeiträume vor dem 01.08.2016, deutlich erhöht wird.

Für die Betroffenen bedeutet dies, falls noch nicht geschehen, bestehende Kooperationen und insbesondere auch Abrechnungsvorgänge kritisch zu hinterfragen und im Zweifelsfalle kompetent überprüfen zu lassen.



Markus Winnacker, LL.M.

Tel. +49 234 68 77 9-361

markus.winnacker@aulinger.eu

AKTUELLE VERÖFFENTLICHUNGEN

Dr. Stephan Löwisch, LL.M.	„Polizeikostenbeteiligung bei Risikospielen – Haftungsfälle Sportveranstaltung“, in: Causa Sport 2017, S. 110 ff.
Dr. Cornelius Kruse, LL.M. / Julius Busold, LL.M.	„Geschäftsführervergütung in der Krise der Gesellschaft“, in: Deutsches Steuerrecht 2017, S. 1608 - 1612
Dr. Nicola Ohrtmann / Katrin Weßler	„Große Freiheit bei der Vergabe?“, in: Kommunal 5/2017, S. 38 f.
Prof. Dr. Johannes Heyers, LL.M.	„Unter welchen Voraussetzungen sind Finanzhilfen, die öffentliche Unternehmen anderen Unternehmen gewähren, als Beihilfen i.S.d Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren?“, in: kommunal 12/2017
Prof. Dr. Johannes Heyers, LL.M.	„Rationalisierung – Priorisierung – Rationierung“, in: Der Gynäkologe 2017, S. 319 ff.
Prof. Dr. Johannes Heyers, LL.M.	„Verhaltenspflichten des Aufsichtsrats bei feindlichen Übernahmeangeboten“, in: Der Konzern 2017, S. 231 ff.
Dr. Stefan Mager	Kommentierung § 118 GWB, §§ 7, 42 bis 51 VgV, §§ 7, 45 – 50 SektVO, §§ 6 bis 6 e VOB/A EU, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, in 2 Bänden, 3. Auf. 2017, Hrsg. Burgi / Dreher

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 | Notare anzusprechen oder sich an eines unserer Büros in Bochum oder Essen zu wenden.

Für Fragen, Anregungen und Kritik zu diesem Mandantenrundschreiben stehen wir alle Ihnen gern zur Verfügung.
Redaktion: **Dr. Marco Krenzer / Dr. Bastian-Peter Stenslik**

AULINGER RECHTSANWÄLTE | NOTARE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

www.aulinger.eu

BÜRO BOCHUM

Josef-Neuberger-Straße 4, 44787 Bochum

Telefon +49 (0)234 68779-0

Telefax +49 (0)234 680642

info-bochum@aulinger.eu

BÜRO ESSEN

Frankenstraße 348, 45133 Essen

Telefon +49 (0)201 95986-0

Telefax +49 (0)201 95986-99

info-essen@aulinger.eu