

In diesem Monat haben wir folgende Themen für Sie aufbereitet:

- Der Arbeitsvertrag mit Praxispersonal – Befristung und Teilzeit
  - Vorsicht bei Nullbeteiligungsgesellschaften - zur Mitunternehmerstellung in einer Gemeinschaftspraxis
  - Umsatzsteuer bei Aufenthalt in einer Privatklinik
  - Keine zulässige Rezeptsammelstelle bei einer Apotheke mit Versandhandelserlaubnis
- 

### • Der Arbeitsvertrag mit Praxispersonal – Befristung und Teilzeit

*Von Milana Sönnichsen,,  
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht*

In der ärztlichen Berufspraxis kommen befristete Arbeitsverträge und Teilzeitarbeitsverträge mit dem überwiegend weiblichen medizinischen Personal ziemlich häufig vor. Genauso häufig wird bei Beendigung dieser Arbeitsverhältnisse, ob durch ordentliche oder außerordentliche Kündigung oder aufgrund des Fristablaufs, darüber gestritten, ob die Befristung zulässig war. Um unnötige und oft kostspielige spätere Kündigungsschutzprozesse zu vermeiden, empfiehlt es sich für ärztliche Arbeitgeber bei befristeten Arbeitsverträgen und Teilzeitarbeitsverträgen des Personals folgende Grundsätze zu beachten:

1. Ein Arbeitsverhältnis kann nur ausnahmsweise ohne einen sachlichen Grund befristet werden. In diesem Fall muss die Befristung nach dem Kalender erfolgen und darf eine Dauer von 2 Jahren nicht übersteigen. Darüber hinaus darf mit demselben Arbeitgeber nicht bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden haben, es sei denn, das Ende des vorausgegangenen Arbeitsver-

hältnisses mit demselben Arbeitgeber liegt mehr als 3 Jahre zurück.

2. Die Befristung muss schriftlich vereinbart werden, ansonsten ist sie unwirksam. Wird die Schriftform nicht eingehalten, gilt der Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen. In der Praxis sollte deshalb darauf geachtet werden, dass der Arbeitsvertrag von beiden Parteien noch vor Arbeitsantritt unterschrieben wird. Häufig werden Arbeitsverträge zunächst nur mündlich abgeschlossen und das mündlich Vereinbarte erst nach Arbeitsantritt schriftlich fixiert. Dadurch wird die Form unwirksamer Befristungsabrede nicht gewahrt und der Arbeitsvertrag gilt als für unbestimmte Zeit geschlossen.

3. Soll das Arbeitsverhältnis während seiner befristeten Laufzeit ordentlich kündbar sein, muss dies ausdrücklich schriftlich vereinbart werden. Andernfalls ist eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen.

4. Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist immer dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund für die Befristung vorliegt. In diesem Fall kann die Dauer des Arbeitsverhältnisses von dem Erreichen eines bestimmten Zwecks abhängig gemacht werden (Ausbildungsdauer, Schwan-

## Newsletter Medizinrecht 08/2016

---

gerschaftsvertretung, krankheitsbedingte Vertretung, etc.). Bei einer solchen Zweckbefristung ist zu beachten, dass (1) die Zweckbefristung im Arbeitsvertrag fixiert wird und (2) der Arbeitsgeber den Arbeitnehmer schriftlich über den Zeitpunkt der Zweckerreichung informiert, ansonsten läuft das Arbeitsverhältnis automatisch weiter.

5. Auch die Weiterbeschäftigung von Personal nach Erreichen der Altersgrenze ist u.U. mit einem sachlichen Grund für eine Befristung möglich, wenn z.B. ein bestimmtes Projekt, welches diese Mitarbeiter betreuen, noch zu Ende geführt werden soll. Dies ist u.a. bei Praxisübernahme durch einen jüngeren ärztlichen Kollegen vorstellbar.

6. Ein Teilzeitarbeitsverhältnis kann ebenfalls einvernehmlich z.B. durch sog. „Umwandlung“ des bisherigen Vollzeitvertrages begründet werden. Hierbei ist zu beachten, dass, wenn nicht nur die Anzahl der Wochenarbeitsstunden, sondern auch die Anzahl der Wochenarbeitstage verringert wird, die Urlaubstage dem Arbeitnehmer aus der Zeit seiner Vorzeittätigkeit erhalten bleiben. Dies kann im Ergebnis dazu führen, dass, wenn eine Arbeitnehmerin unmittelbar nach der Elternzeit von einer 5-Tage-Woche in eine 2-Tage-Woche wechselt und noch einen Resturlaub von 30 Tagen mitnimmt, diese Mitarbeiterin im darauffolgenden Jahr dem Arbeitgeber 15 Wochen wegen Resturlaus fehlt.

Um Überraschungen und spätere Kündigungsschutzklagen wirksam zu vermeiden, empfiehlt

es sich bei Arbeitsverträgen bzw. bei anstehenden Änderungen der Bedingungen eines Arbeitsverhältnisses mit den Mitarbeitern im Vorfeld einen juristischen Rat im Einzelfall einzuholen. Wir unterstützen Sie gerne dabei!

### • Vorsicht bei Nullbeteiligungsgesellschaften - zur Mitunternehmerstellung in einer Gemeinschaftspraxis

*Von Joachim Messner,  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht*

Der Bundesfinanzhof hat in einer Revisionsentscheidung sehr ausführlich begründet, warum eine (Schein-)Gesellschafterin in einer Gemeinschaftspraxis aus steuerlicher Sicht keine Mitunternehmerstellung innehat. Die Beurteilung des Bundesfinanzhofes orientierte sich an den Besonderheiten des Steuerrechts. Zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten von Gesellschaftsverträgen oder Gesellschaften bürgerlichen Rechts gelten zwar nach wie vor, es muss jedoch bei den gesellschaftsvertraglichen Regelungen darauf geachtet werden, dass die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes bei der Beurteilung einer Gesellschafterstellung bzw. einer steuerlichen Mitunternehmerschaft wesentlich strenger ist, als die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.

So ist denkbar, dass zivil- und gesellschaftsrechtlich eine Gesellschafterstellung vorliegt, aus steuerlicher Sicht aber das Vorliegen einer

## Newsletter Medizinrecht 08/2016

---

Mitunternehmerstellung eines Gesellschafters von der Finanzverwaltung als solche nicht anerkannt wird.

So ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes nicht jeder zivilrechtliche Gesellschafter einer Personengesellschaft auch Mitunternehmer im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG. Der Bundesfinanzhof nimmt eine Mitunternehmerstellung nur dann an, wenn der Mitgesellschafter aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen oder einer wirtschaftlich vergleichbaren Stellung Mitunternehmerinitiative ausüben kann und ein Mitunternehmerrisiko trägt. Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerrisiko sind die nach Ansicht des Bundesfinanzhofes entscheidenden Kriterien für die Annahme einer freiberuflichen Mitunternehmerschaft.

Mitunternehmerrisiko bedeutet nach Ansicht des Bundesfinanzhofes eine gesellschaftsrechtlich oder wirtschaftlich vergleichbare Teilnahme am Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens bzw. der Berufsausübungsgemeinschaft. Dieses Risiko wird grundsätzlich durch Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens einschließlich eines Geschäftswertes ermittelt. Die Beteiligung eines Gesellschafters am laufenden Gewinn ist für die Annahme einer Mitunternehmerschaft ohnehin verpflichtend vorzusehen.

So kann nach Ansicht des Bundesfinanzhofes zwar die Verlustbeteiligung auf die Höhe der Einlage beschränkt werden, wenn der Mitgesell-

schafter entsprechende Mitunternehmerinitiative entfaltet. Mitunternehmerinitiative bedeutet vor allem die Teilnahme an den unternehmerischen Entscheidungen und insbesondere die Ausübung von Gesellschafterrechten, die wenigstens den Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten angenähert sein sollten.

Zwar können nach Ansicht des Bundesfinanzhofes die Merkmale der Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerrisiko im Einzelfall mehr oder weniger ausgeprägt sein, allerdings müssen beide Merkmale vorliegen. Ob beide Merkmale vorliegen, ist unter Berücksichtigung aller rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände des Einzelfalles zu beurteilen.

In dem vom Bundesfinanzhof zu beurteilenden Ausgangsfall war eine Ärztin in eine bestehende Gemeinschaftspraxis eingetreten, ohne zunächst eine Kapitaleinlage zu leisten. Sie war an den materiellen Werten der Gesellschaft zunächst nicht beteiligt. Eine Regelung bezüglich der immateriellen Werte haben die Gesellschafter nicht getroffen. Die eintretende Kollegin hatte zwar das Recht, nach Ablauf einer bestimmten Laufzeit Gesellschaftsanteile zu erwerben. Dieses Recht wurde jedoch von der Gesellschafterin nicht ausgeübt. Erst nachdem einer der Hauptgesellschafter aus der Gemeinschaftspraxis ausgeschieden ist, hatte sie dann insgesamt einen Gesellschaftsanteil von 5% erworben.

Ohne auf die weiteren Einzelheiten dieser Entscheidung des Bundesfinanzhofes eingehen

zu wollen, ist für viele Praxisinhaber und Mitgesellschafter von ärztlichen oder zahnärztlichen Berufsausübungsgemeinschaften, Gemeinschaftspraxen oder Medizinischen Versorgungszentren wichtig, dass insbesondere bei Mitgesellschaftern, die eine Nullbeteiligung, also keine Beteiligung an den materiellen Werten haben, also weder eine Kapitalbeteiligung noch einen Anteil am ideellen Wert der Gesellschaft erworben haben, Vorsicht geboten ist. Gerade dann, wenn Gesellschafter darüber hinaus möglicherweise wenig Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko tragen, ist auch bei der Vertragsgestaltung darauf zu achten, dass die Faktoren wie Beteiligung am materiellen und immateriellen Wert, Gewinn- Verlusthaftung und darüber hinaus Einbeziehung bei unternehmerischen Entscheidungen vorliegen, sodass die Gesellschafter auch steuerlich ihren Mitunternehmerstatus haben.

Gemeinschaftspraxen, bei denen auf einen oder mehrere Gesellschafter die vorstehenden Kriterien nicht zutreffen, sollten als Gestaltungsalternative die Gesellschafterstellung in ein Angestelltenverhältnis umwandeln oder aber die Gesellschafterstellung, z.B. durch entsprechende Kapitaleinlagen und Teilhabe an Gesellschafterentscheidungen, stärken. In jedem Fall kann das Risiko einer zunächst fehlenden steuerlichen Mitunternehmerstellung geheilt bzw. steuerliche Risiken minimiert werden.

*Quelle: BFH Urteil vom 03.11.2015, Az.: VIII R 63/13*

#### • Umsatzsteuer bei Aufenthalt in einer Privatklinik

*Von Joachim Messner,  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht*

Wer eine Privatklinik nach § 30 Gewerbeordnung betreibt, hat gegen ihre Patienten einen Anspruch auf Umsatzsteuer für die Krankenhausunterbringung. Die Privatklinik ist gegenüber ihren Patienten nicht verpflichtet, eine Steuerbefreiung, deren Voraussetzung sie selbst nicht für gegeben hält, gegenüber dem Finanzamt geltend zu machen bzw. in langjährigen Verfahren durchzusetzen.

*Quelle: Amtsgericht Charlottenburg, Urteil 15.04.2016  
Az.: 209 C 86/15 noch nicht rechtskräftig*

#### • Keine zulässige Rezeptsammelstelle bei einer Apotheke mit Versandhandelserlaubnis

*Von Milana Sönnichsen,,  
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht*

Eine Versandhandelserlaubnis nach § 43 Abs. 1 S. 1 AMG, § 11a ApoG berechtigt nicht dazu, eine Rezeptsammelstelle in den Arztpraxen zu unterhalten, das hat das Oberverwaltungsgericht NRW in einem Beschluss vom 02.05.2016, AZ. 13 B 284/16 entschieden. Eine Apotheke mit Versandhandelserlaubnis sammelte Rezepte in einem Nieren- und Diabeteszentrum vor Ort persönlich durch seine Mitarbeiter und im Einzelfall durch Personal der Dialysestation ein

Newsletter Medizinrecht 08/2016

---

und lieferte die Arzneimittel über einen Boten in diese Dialysestation. Der Apotheker vertrat die Auffassung, dass das Einsammeln der Rezepte von der ihm erteilten Versandhandelserlaubnis gedeckt sei.

Das ApoG und die ApoBetrO gehen vom Grundsatz aus, dass der Apotheker in seinen Apothekenbetriebsräumen tätig wird und er Arzneimittel nur in der Apotheke bei gleichzeitiger Anwesenheit von Kunde und Apotheker in den Verkehr bringt. Der Gesetzgeber hat durch die Zulassung des Versandhandels zum 01.01.2004 seine Vorstellung hierzu aufgeweicht und eine Form der Arzneimittelabgabe zugelassen, bei der das Arzneimittel zwar aus einer Apotheke heraus abgegeben werden muss, der Kunde aber nicht mehr gehalten ist, die Apotheke zu betreten.

Allerdings wird durch die Eröffnung des Versandhandels als ein neuer Vertriebsweg für die Apotheken nicht vom Grundsatz des Verbotes von Rezeptsammelstellen abgewichen.

Aus diesem Grund ist das Sammeln von Verschreibungen über die an der Außenwand eines Dialysezentrums angebrachten Rezeptsammelboxen so wenig erlaubt wie das Einsammeln oder Einsammeln lassen von Verschreibungen auf den Dialysestationen oder in sonstigen Arztpraxen.

Der Betrieb einer Rezeptsammelstelle erfordert eine Erlaubnis nach § 24 ApoBetrO und kann ohne diese Erlaubnis nicht erfolgen.

*Quelle: OVG NRW Beschluss vom 02.05.2016, 13 B 284/16*

---

Mit freundlichen Grüßen



Joachim Messner und Milana Sönnichsen