



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Rahmenbedingungen einer Ärzte - GmbH“

Verfasserin

Mag. Yvonne Kehrer

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: o. Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner

## **Danksagung**

Ich möchte an dieser Stelle die Gelegenheit ergreifen, all jenen zu danken, die mich bei der Erstellung meiner Dissertation motiviert und unterstützt haben.

Mein Dank gilt zunächst meinem Betreuer, o. Univ.-Prof. Dr. Josef Helmut Ofner, der mich in meinem Vorhaben bestärkte, die vorliegende Rechtsmaterie eingehend zu untersuchen.

Ein besonderer Dank gebührt meinem Lebensgefährten, der mir zu jeder Zeit mit Rat und Tat zur Seite stand und mir die notwendige Motivation gab, diese Arbeit trotz meiner Konzipiententätigkeit fertig zu stellen. Meiner Familie, allen voran meinen Eltern, danke ich für die unentwegte Unterstützung den Zuspruch und die aufmunternden Worte. Bei meinen Freunden möchte ich mich für die wertvollen, kritischen Anregungen und Diskussionen bedanken, die mir zum Teil neue Sichtweisen eröffneten.

Nicht zuletzt möchte ich mich auch bei den engagierten Mitarbeitern des Gesundheitsministeriums bedanken, die sich bereitwillig für ein Fachgespräch zur Verfügung stellten, mir damit äußerst interessante Einblicke boten und andere Blickwinkeln verständlich machten.

Yvonne Kehler

Wien, 2014

<b>DANKSAGUNG .....</b>	<b>2</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....</b>	<b>10</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>14</b>
<b>A. EINLEITUNG .....</b>	<b>27</b>
<b>I. Problemstellung .....</b>	<b>27</b>
<b>II. Methode .....</b>	<b>29</b>
<b>III. Gang der Untersuchung.....</b>	<b>30</b>
<b>IV. Forschungsziel.....</b>	<b>31</b>
<b>B. ÖSTERREICH .....</b>	<b>32</b>
<b>I. Selbständige Ambulatorien .....</b>	<b>32</b>
1. Entwicklungsgeschichte und Hintergründe.....	32
2. Gesetzesbestimmungen bis heute .....	32
2.1 Reichssanitätsgesetz 1870.....	32
2.2 Krankenanstaltengesetz 1920 (KAG 1920) .....	32
2.3 Krankenanstaltengesetz 1957 (KAG 1957) .....	33
2.4 Kranken- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) .....	33
<b>II. Gruppenpraxis.....</b>	<b>34</b>
1. Entwicklungsgeschichte.....	34
2. Hintergründe .....	34
2.1 Der Fall Hartlauer.....	34
2.1.1 Der Sachverhalt .....	34
2.1.2 Rechtfertigungsversuche.....	35
2.1.3 Entscheidung des EuGH .....	37
2.1.4 Umsetzung der Entscheidung in Österreich.....	38
2.1.5 Exkurs: Begriffe .....	38
2.1.5.1 Bedarfsprüfung.....	39
2.1.5.2 Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) .....	39

2.1.5.3	Dienstleistungsfreiheit (Art. 56, 57 AEUV) .....	39
3.	Gesetzesvorschläge bis heute .....	40
3.1	Rechtslage vor dem ÄrzteG 1998 .....	40
3.1.1	Entwürfe für Gruppenpraxen 1995 .....	40
3.1.1.1	Ministerialentwurf des Gesundheitsministeriums .....	40
3.1.2	Ärztegesetz 1998 .....	42
3.2	Rechtslage nach der 2. Novelle des ÄrzteG 1998 .....	43
3.3	Rechtslage heute .....	47
4.	Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung .....	48
4.1	Allgemein .....	48
4.1.1	Begriff .....	48
4.1.2	Charakteristika .....	48
4.1.3	Gründungsvoraussetzungen .....	49
4.1.3.1	Vorgesellschaft .....	49
4.1.3.2	Gesellschaftsvertrag .....	50
4.1.3.2.1	Firma .....	51
4.1.3.2.2	Sitz .....	52
4.1.3.2.3	Gegenstand des Unternehmens .....	53
4.1.3.2.4	Stammkapital .....	54
4.1.3.2.5	Stammeinlage .....	55
4.1.3.3	Anmeldung und Eintragung .....	56
4.1.4	Organe .....	56
4.1.4.1	Gesellschafter .....	56
4.1.4.2	Geschäftsführer .....	57
4.1.5	Haftung .....	59
4.1.5.1	Haftung im Stadium der Vorgesellschaft .....	60
4.1.5.1.1	Gründerhaftung .....	60
4.1.5.1.2	Handelndenhaftung .....	61
4.1.5.2	Haftung der Gesellschaft .....	61
4.1.5.3	Haftung der Gesellschafter .....	62
4.1.5.4	Haftung der Geschäftsführer .....	62
4.1.5.4.1	Haftung gegenüber der GmbH .....	62
4.1.5.4.2	Haftung gegenüber Gesellschaftern .....	63
4.1.5.4.3	Haftung gegenüber Dritten .....	64
4.1.6	Ein-Personen-GmbH .....	65
4.2	Sondervorschriften .....	65
4.2.1	Gründungsvoraussetzungen .....	66
4.2.1.1	Vorgesellschaft .....	66

4.2.1.2	Gesellschaftsvertrag.....	67
4.2.1.2.1	Firma.....	67
4.2.1.2.2	Sitz.....	67
4.2.1.2.3	Gegenstand des Unternehmens.....	68
4.2.1.2.4	Stammkapital und Stammeinlage.....	69
4.2.1.2.5	Weitere Mindestinhalte.....	69
4.2.1.3	Anmeldung und Eintragung.....	70
4.2.1.4	Organe.....	70
4.2.1.4.1	Gesellschafter.....	70
4.2.1.4.2	Gesellschafterversammlung / Berufsausübung / Weisungen.....	74
4.2.1.4.3	Geschäftsführer.....	75
4.2.1.5	Anstellung von Ärzten/Gesellschaftern/Geschäftsführern.....	76
4.2.1.6	Anstellung von Mitgliedern anderer Gesundheitsberufe (Ambulatoriumgröße).....	79
4.2.1.7	Übertragung von Gesellschafterrechten / Geschäftsanteilen.....	80
4.2.1.8	Haftung.....	82
4.2.1.8.1	Haftung des behandelnden Arztes.....	82
4.2.1.8.1.1	Haftung aus dem Behandlungsvertrag.....	82
4.2.1.8.1.2	deliktische Haftung.....	83
4.2.1.8.1.3	Berufshaftpflichtversicherung.....	84
4.2.1.9	Bescheid des Landeshauptmanns.....	87
4.2.1.9.1.1	Gruppenpraxen ohne erstattungsfähige Leistungen.....	88
4.2.1.9.1.2	Gruppenpraxis mit erstattungsfähigen Leistungen.....	88
4.2.1.9.1.2.1	Wahlgruppenpraxen.....	88
4.2.1.9.1.2.2	Vertragsgruppenpraxen.....	90
4.2.1.10	Eintragung in die Ärzteliste.....	91
4.2.1.11	Ein-Personen-GmbH.....	92
<b>III.</b>	<b>Abgrenzung von selbständigen Ambulatorien und Gruppenpraxen.....</b>	<b>93</b>
1.	Organisationsformen von Ärzten.....	93
1.1	selbständige Ambulatorien.....	93
1.2	Gruppenpraxen.....	93
1.3	Ordinationsgemeinschaft.....	93
1.4	Apparatgemeinschaft.....	94
2.	Abgrenzungsversuche.....	94
2.1	Abgrenzung durch Gesetze.....	94
2.2	Abgrenzung durch den Verfassungsgerichtshof.....	96
2.3	Abgrenzung durch den Verwaltungsgerichtshof.....	97
2.4	Abgrenzung durch die Lehre.....	100

2.5 Zusammenfassung .....	102
<b>C. DEUTSCHLAND.....</b>	<b>105</b>
<b>I. Medizinisches Versorgungszentrum (MVZ) .....</b>	<b>105</b>
1. Entwicklungsgeschichte.....	105
2. Hintergründe .....	105
3. Gesetzesbestimmungen bis heute .....	105
<b>II. Ärzte-GmbH .....</b>	<b>108</b>
1. Entwicklungsgeschichte.....	108
2. Hintergründe .....	109
2.1 Fall Zahnheilkunde-GmbH .....	109
2.1.1 Sachverhalt.....	109
2.1.2 Entscheidung des BGH .....	109
2.1.3 Probleme .....	110
3. Gesetzesbestimmungen bis heute .....	111
3.1 Allgemeines .....	111
3.2 Rechtslage vor der Änderung der Musterberufsordnung der Ärzte 2004 (MBO-Ä).....	112
3.3 Rechtslage nach der Änderung der Musterberufsordnung der Ärzte 2004 .....	112
3.4 Umsetzung des § 23a MBO in den Landesärztekammern .....	114
3.4.1 Baden-Württemberg .....	114
3.4.2 Bayern .....	115
3.4.3 Berlin .....	115
3.4.4 Brandenburg .....	115
3.4.5 Bremen.....	115
3.4.6 Hamburg.....	116
3.4.7 Hessen.....	116
3.4.8 Mecklenburg- Vorpommern.....	116
3.4.9 Niedersachsen.....	116
3.4.10 Nordrhein .....	116
3.4.11 Rheinland- Pfalz.....	117
3.4.12 Saarland.....	117
3.4.13 Sachsen.....	117
3.4.14 Sachsen-Anhalt .....	117
3.4.15 Schleswig-Holstein.....	117
3.4.16 Thüringen .....	117
3.4.17 Westfalen-Lippe .....	118
3.4.18 Fazit .....	118

4.	Begriffe/Ärztliche Kooperationsformen .....	119
4.1	Medizinische Versorgungszentren.....	119
4.2	Gruppenpraxis .....	119
4.3	Berufsausübungsgesellschaft .....	119
4.4	Gemeinschaftspraxis.....	119
4.5	Praxisgemeinschaft.....	120
4.6	Partnerschaftsgesellschaften.....	120
4.7	Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB).....	120
4.8	Ärzte-GmbH .....	121
<b>III.</b>	<b>GmbH.....</b>	<b>121</b>
1.	Allgemeines .....	122
1.1	Begriff .....	122
1.2	Charakteristika.....	123
2.	Gründungsvoraussetzungen.....	123
2.1	Vorgesellschaft .....	123
2.2	Gesellschaftsvertrag .....	124
2.2.1	Firma .....	124
2.2.2	Sitz.....	125
2.2.3	Gegenstand des Unternehmens.....	126
2.2.4	Stammkapital .....	126
2.2.5	Stammeinlage/Geschäftsanteil .....	127
2.3	Exkurs: Unternehmergesellschaft.....	129
2.4	Anmeldung und Eintragung .....	130
2.5	Organe .....	131
2.5.1	Gesellschafter.....	131
2.5.2	Geschäftsführer.....	132
2.5.3	Haftung.....	134
2.5.3.1	Haftung im Stadium der Vorgesellschaft.....	134
2.5.3.1.1	Gründerhaftung .....	135
2.5.3.1.2	Handelndenhaftung.....	135
2.5.3.1.3	Haftung der Vor-GmbH.....	136
2.5.3.2	Haftung der Gesellschafter.....	136
2.5.3.3	Haftung der Geschäftsführer.....	138
2.5.3.3.1	Haftung gegenüber der GmbH .....	138
2.5.3.3.2	Haftung gegenüber den Gesellschaftern.....	139
2.5.3.3.3	Haftung gegenüber Dritten .....	139
2.5.3.4	Ein-Personen-GmbH.....	140

<b>IV. Sonderbestimmungen Ärzte-GmbH .....</b>	<b>140</b>
1. Gründungsvoraussetzungen.....	141
1.1 Vorgesellschaft .....	141
1.2 Gesellschaftsvertrag bzw. Kooperationsvertrag.....	142
1.2.1 Firma .....	142
1.2.2 Sitz.....	142
1.2.3 Gegenstand des Unternehmens.....	143
1.2.4 Stammkapital und Stammeinlage .....	144
1.3 Anmeldung und Eintragung .....	144
1.4 Organe .....	144
1.4.1 Gesellschafter.....	144
1.4.2 Gesellschafterversammlung/Weisungen .....	146
1.4.3 Geschäftsführer.....	146
1.5 Anstellung von Ärzten.....	147
1.6 Anstellung von Mitgliedern anderer Gesundheitsberufe .....	147
1.7 Übertragung von Gesellschafterrechten/Geschäftsanteilen .....	148
1.8 Haftung .....	149
1.8.1 Haftung des behandelnden Arztes.....	149
1.8.1.1 Haftung aus dem Behandlungsvertrag.....	149
1.8.1.2 deliktische Haftung.....	149
1.9 Berufshaftpflichtversicherung .....	150
1.10 Eintragung in die Ärzteliste .....	151
1.11 Ein-Personen-Ärzte-GmbH.....	153
<b>V. Verfassungsrechtliche Problematik.....</b>	<b>153</b>
1. Allgemeines .....	153
2. Zulässigkeit des Verbots .....	154
2.1 Art 12 GG Berufsfreiheit .....	155
2.1.1 Einschränkung .....	155
2.1.1.1 Einschränkungen in den Bundesländern: Bayern, Berlin und Nordrhein-Westfalen .	156
2.1.1.1.1 Generelles Verbot.....	156
2.1.1.1.2 Verbot der Niederlassung in eigener Praxis .....	156
2.1.2 Bedeutung der Einschränkung für einen Arzt .....	158
2.1.3 Bedeutung der Einschränkung für eine GmbH.....	159
3. Zulässigkeit der Einschränkung .....	159
4. Fazit .....	159
<b>D. GEGENÜBERSTELLUNG ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND .....</b>	<b>161</b>

I.	Wertung Teil Österreich .....	161
II.	Wertung Teil Deutschland .....	165
E.	ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK .....	168
	ABSTRACT .....	170
	LEBENS LAUF.....	171

## Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
Allg Einl	Allgemeine Einleitung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Art	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz 1998
ArztR	Zeitschrift Arztrecht
BÄO	Bundesärzteordnung
BayHKaG	Bayrisches Heilberuf- und Kammergesetz
BlnKaG	Berliner Kammergesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (1951ff)
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
bzw	beziehungsweise
DDR	Deutsche Demokratische Republik
d.h.	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
E	Entscheidung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGG	Erwerbsgesellschaftengesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
etc.	et cetera
EVHGB	Einführungsverordnung zum Handelsgesetzbuch

EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
FBG	Firmenbuchgesetz
ff	der, die folgend
FN	Fußnote
G	Gesetz
GBU	GmbH-Bulletin
GG	Grundgesetz
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GKK	Gebietskrankenkasse
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMG	GKV-Modernisierungsgesetze
GP	Gesetzgebungsperiode
HeilBerG NW	Heilberufgesetz Nordrhein-Westfalen
HeilprG	Heilpraktikergesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HRefG	Handelsreformgesetz – Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften
Hrsg	Herausgeber
InsO	Insolvenzordnung
iVm	in Verbindung mit
JB1	Juristische Blätter (1872-1938, 1946 ff)
LG	Landesgericht
LGB1	Landesgesetzblatt
lit	litera (Buchstabe)
Lit	Literatur
k.k.	kaiserlich königlich
KAG 1920	Krankenanstaltengesetz 1920
KAG 1957	Krankenanstaltengesetz 1957, BGBl 1957/1, seit BGBl I 2001/65 als KAKuG bezeichnet
KAKuG	Bundesgesetz über die Kranken- und Kuranstalten
KG	Kommanditgesellschaft

MBO-Ä	Musterberufsordnung für Ärzte
ME	Ministerialentwurf
mE	meines Erachtens
MedR	Zeitschrift für Medizinrecht
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH – Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MVZ	Medizinisches Versorgungszentrum
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenschrift (1947, 1948 ff)
NdsHKG	Niedersächsisches Heil- und Kammerberufsgesetz
NO	Notariatsordnung
Nr	Nummer
ÖÄZ	Österreichische Ärztezeitung
oeG	offene Erwerbsgesellschaft
OG	offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen - Zeitung
ÖSG	Österreichischer Strukturplan Gesundheit
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe - Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PublG	Gesetz über die Rechnungslegung bestimmter Unternehmen und Konzerne – Publizitätsgesetz
RdM	Recht der Medizin
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (2000 ff)
RGBI	Reichsgesetzblatt
RSG	Regionaler Strukturplan Gesundheit
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
S	Satz, Seite
SE	Societas Europea
SGB V	Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch
sog	sogenannte/r
SozSi	Fachzeitschrift Soziale Sicherheit

StGB	Strafgesetzbuch
StGBI	Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder
ua	unter anderem
UG	Unternehmergesellschaft
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UmwG	Umwandlungsgesetz
uU	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
usw	und so weiter
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes, Neue Folge (1921 -1933, 1946 ff)
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeit und Soziales
z.B.	zum Beispiel
ZHG	Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde
ZR	Zivilrecht
ZV	Zulassungsverordnung der Vertragsärzte (Ärzte-ZV)

## Literaturverzeichnis

### Österreich

*Aicher/Felts in Straube (Hrsg), GmbHG*

*Aicher/Kraus in Straube (Hrsg), GmbHG*

*Aigner in Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2012)*

*Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz 1998<sup>2</sup> (2001)*

*Aubauer/Thomas, Die Ärzte-GmbH, taxlex 2010, 324*

*Brandstetter/Zahl, Die strafrechtliche Haftung des Arztes, RdM 1994, 17*

*Brodil, Arzthaftung und Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (Teil 1), RdM 1994, 50*

*Budischowsky in Mayer, Kommentar EUV, AEUV*

*Chini, Grundlagen einer Ärztesgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH-Eigentumsverhältnisse, Geschäftsführung und Haftung, SWK 2007, W 90*

*Dehn in Krejci, RK UGB*

*Enzinger in Straube (Hrsg), GmbHG*

*Fleischmann/Neumayer-Stickler/Holzgruber/Mangi, Praxis-Leitfaden zum Ablauf der Gründung einer Vertragsgruppenpraxis, RdM 2010, 172*

*Funk, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (1980), 77*

*Fantur, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragsrichters, GES 2010, 158*

*Fantur/Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (I), ecolex 2000, 428*

*Fantur, Handelndenhaftung für die Vor-GmbH, ecolex 1998, 138*

*Fischer in Lenz/Borchardt*, Art 152 EGV

*Fritz*, Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich (2007)

*Füszl in Aigner* (Hrsg), Medizinrecht für die Praxis, IV/3

*Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG<sup>7</sup>(2009)

*Gloser*, Die Ärzte-GmbH - rascher Handlungsbedarf oder „Wait & See-Policy“?. VWT 2010, 223

*Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht (2010)

*Grünwald*, Gedanken zum Verhältnis zwischen der Vorgesellschaft und der „fertigen“ Kapitalgesellschaft, GesRZ 1996, 22

*Harrer*, Haftungsprobleme bei der RA-GmbH, GesRZ 2001, 4

*Heidinger* in MünchKomm, HGB I<sup>2</sup>

*Holzgruber in Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold* (Hrsg), Der Weg in die Ärzte-GmbH/-OG (2011)

*Hummelbrunner*, Die ärztliche Gruppenpraxis (2005)

*Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>4</sup>

*Joast*, Krankenanstaltenrecht (2011)

*Joklik*, Das Hartlauer- Urteil des EuGH und seine Folgen für die Bedarfsprüfung, RdM 2009, 148

*Juen*, Arzthaftungsrecht<sup>2</sup> (2005)

*Kaindl/Rieder*, Neuerung für das Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, GesRZ 2006, 247

*Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)

*Karollus*, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur Ärzte und zahnärztlichen „Gruppenpraxis neu“, RdM 2011, 195

*Koppensteiner*, Kommentar zur Gewerbeordnung

*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>

*Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer* (Hrsg), Firmenbuchgesetz

*Kopetz*, Die Anstellung von Ärzten bei Ärzten, ÖÄZ 1989, 32

*Krejci*, Persönliche Behandlungspflicht von Vertragsärzten, SoSi 1991, 478

*Krejci*, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010/41, 257

*Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005)

*Kux*, Zum Entwurf des Gruppenpraxengesetzes, RdM 1995, 99

*Kux*, Ärztegesetz mit Kommentar<sup>3</sup> (1988)

*Mazal*, Gruppenpraxis versus Anstaltsbegriff, RdM 2000, 129

*Minihold* in *Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold* (Hrsg), Der Weg in die Ärzte-GmbH/-OG (2011)

*Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)

*Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2008)

*Ostheim*, Probleme der Vorgesellschaft bei der GmbH, JBl 1978, 337

*Pfersmann*, Zum Begriff der Krankenanstalt, ÖJZ 1987, 390

*Pfleger*, Die falsa procuratio im Wandel - Haftung des Scheinvertreters nach dem Entfall des Art 8 Nr. 11 EVHGB und Auswirkungen auf verwandte Rechtsgebiete (2009)

*Petrasch/Verweijen* in *Straube* (Hrsg), GmbHG

*Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung, Band 1 (1975)

*Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (2009)

*Ratka* in *Straube* (Hrsg), GmbHG

*Rauter in Straube* (Hrsg), GmbHG

*Reich-Rohrwig in Straube* (Hrsg), GmbHG

*Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983)

*Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup>

*Reiner/Chini*, Die (neue) deutsche Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung, SWK 30/2012, 1290

*Rummel in Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB<sup>3</sup>

*Schacherreiter in Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON 1.00

*Scheider in Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2012)

*Schuhmacher/Fuchs in Straube* (Hrsg), UGB

*Sieh/Lumsden*, Die Ärzte-GmbH, ecolex 2010, 1122.

*Schmiegelt/Gerber in Müller/Winkeljohann* (Hrsg), Beck'sches Handbuch der GmbH<sup>4</sup> (2009)

*Scholz*, Gruppenpraxengesetze 2001 - Eine Regelung mit verfassungsrechtlichen Problemen, SozSi 2001, 639

*Scholz in Spickhoff* (Hrsg), Medizinrecht (2011)

*Scholz*, Werdegang eines Gruppenpraxengesetzes - was hat sich durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 1. März 1996 geändert?, SozSi 1996, 589

*Schrammel*, Kasseneigene Ambulatorien und ärztliche Ordinationsstätten, RdM 1994, 35

*Seiss*, Gesamtverträge für niedergelassene Ärzte- Kassenfreier Raum und aktuelle Probleme, SozSi 2000, 927

*Stärker*, Die Ärzte-GmbH (Teil 1), RdM 2011, 36

*Stärker*, Zur Abgrenzung zwischen Gruppenpraxen und selbständigen Ambulatorien nach der neuen Rechtslage, *ecolex* 2010, 1124

*Steinberg*, Rechtszuordnung und Gründerhaftung in der Vor-GmbH (2000)

*Stöger*, Ausgewählte öffentlich-rechtliche Fragestellungen des österreichischen Krankenanstaltenrechts (2008)

*Straube/Radka/Stöger/Völkl in Straube* (Hrsg), GmbHG

*Torggler in Straube* (Hrsg), GmbHG

*Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008)

*Van Husen/Krejci in Straube* (Hrsg), GmbHG

*Wallner*, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011)

*Weilinger*, Zur rechtlichen Einordnung der „Vorgesellschaft“- vor allem zur Vor-GmbH und Vor-AG (II), *GesRZ* 1996, 231

*Windisch-Graetz*, Selbständige Ambulatorien und ärztliche Ordinationen, *RdM* 1995, 149

*Zahl*, Die Ärzte GmbH (Teil II), *RdM* 2011, 80

*Zahl in Emberger/Wallner* (Hrsg), Ärztegesetz 1998 mit Kommentar (2004)

*Zehetner/Zehetner*, Die neue Ärzte GmbH, *GBU* 2010/11

### **Entscheidungen des EuGH**

EuGH 10.3.2009, C-169/07

### **Entscheidungen des OGH**

OGH 18.03.2003, 1 Ob 253/03t

OGH 23.02.1999, 4 Ob 27/99w

OGH 10.12.1998, 8 Ob S162/98a

OGH 20.05.1992, 1 Ob 562/92

OGH 27.08.1992, 6 OB 19/92

OGH 24.11.1992, 4 Ob 550/92

OGH 22.12.1994, 2 Ob 591/94

OGH 13.07.1995, 6Ob 570/94

OGH 14.03.1978, 4 Ob 10/78

OGH 22.10.1987, 6 Ob 659/85

OGH 05.05.1981, 5 Ob 570/81

### **Entscheidungen des VfGH**

VfGH 07.03.1992, VfSlg 13023

VfSlg 3296/1957

VfGH 01.03.1996, VfSlfg 14.444

### **Entscheidungen des VwGH**

VwGH 19.06.2002, 2000/1570053, VwSlg 7726F

VwGH 24.09.2008, 2006/15/0283

VwGH 15.12.1989, 89/18/0105, VwSlg 13090

VwGH 19.01.1990, 89/18/0138, VwSlg 13102

VwGH 10.09.1986, 86/09/0036, VwSlg 12.212

## **Bundesgesetzblätter**

BGBI 1990/257

BGBI I 2010/61

BGBI I 2005/120

BGBI. I Nr. 105/2008

BGBI 1957/1

BGBI.Nr. 1990/257

BGBI I 2006/75

BGBI I 2001/110

BGBI I Nr 109/2013

BGBI I Nr 13/2014

## **Landesgesetzblätter**

LGBI 1979/73

LGBI 1975/97

## **Sonstiges**

ErläutRV 779 BlgNR 24. GP 21

JBL 1970, 317

RG 27.10.1904, RGZ 59,106, RG 09.12.1907, RGZ 67, 101

23.10.2000, 122/ME, GZ 21.101/19-VIII/D/14/00

23.10.2000, 122/ME, GZ 21.101/19-VIII/D/14/00

16.07.1994, E 163-NR/XVIII.GP

02.10.1991, E 21-NR/XVIII.GP

Wahrnehmungsbericht der Österreichischen Ärztekammer zum Gesundheitswesen und zur Gesundheitspolitik für die Jahre 2007 und 2008

## **Deutschland**

*Altmeyden*, in *Roth/Altmeyden* (Hrsg), GmbHG<sup>7</sup> (2012)

*Andreas*, Medizinische Versorgungszentren, ArztR 2005, 146

*Attermeyer*, Die ambulante Arztpraxis in der Rechtsform der GmbH (2004)

*Axhausen* in *Müller/Winkeljohann* (Hrsg), Beck'sches Handbuch der GmbH<sup>4</sup> (2009)

*Bergjan* in *Saenger/Inhelter* (Hrsg), GmbHG (2011)

*Bröhmer* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV<sup>4</sup> (2011)

*Braun/Richter*, Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Grundfragen der Ärzte-GmbH, MedR 2005, 687

*Casper* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG (2010)

*Cramer*, Praxisgemeinschaft versus Gemeinschaftspraxis - Auf den Gesellschaftszweck kommt es an!, MedR 2004

*Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht<sup>6</sup> (2008)

*Drinkuth* in *Ziemons/Jaeger* (Hrsg), Beck'scher Online- Kommentar<sup>9</sup> (2011)

*Fleischer*, Münchener Kommentar GmbHG (2010)

*Gehrlein/Witt*, GmbH-Recht in der Praxis<sup>2</sup> (2008)

*Goette*, Münchener Kommentar zum GmbHG (2010)

*Greitemann in Saenger/Inhester*, GmbHG (2011)

*Haas/Ziemons in Michalski* (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> (2010)

*Hahne/Bechtler in Terbille* (Hrsg), MAH Medizinrecht (2009)

*Häußermann/Dollmann*, Die Ärztegesellschaft mbH, MedR 2005

*Hoffmann*, Die rechtliche Einordnung der Polikliniken in den neuen Bundesländern, MedR 1994

*Hopt in Baumbach/Hopt* (Hrsg), Handelsgesetzbuch<sup>35</sup> (2012)

*Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck* (Hrsg), GmbHG<sup>18</sup> (2006)

*Jaeger in Ziemons/Jaeger* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar GmbHG<sup>9</sup>

*Kaiser*, Die Ärzte-GmbH (2006)

*Katzenmeier*, Kapitalgesellschaften auf dem Gebiet der rheilkunde, MedR 1998,

*Krahe*, Ärztliche Kooperationsformen in den USA und in Deutschland, MedR 2005, 695

*Laufs*, Die Ärzte-GmbH und das Berufsrecht, MedR 1995

*Lipp in Laufs/Katzenmeier/Lipp* (Hrsg), Arztrecht<sup>6</sup> (2009)

*Lücke/Simon in Saenger/Inhester* (Hrsg), GmbHG (2011)

*Mayer*, Münchener Kommentar zum GmbHG (2010)

*Merkt*, Münchener Kommentar zum GmbHG (2010)

*Michalski in Michalski* (Hrsg), GmbHG (2002)

*Narr*, Ärztliches Berufsrecht<sup>2</sup> (2010)

*Oppenländer in Oppenländer/Trölitzsch* (Hrsg), GmbH-Geschäftsführung (2011)

*Paurer in Ulmer/Habersack/Winter* (Hrsg), GmbHG (2010)

*Pfisterer* in *Saenger/Inhester* (Hrsg), GmbHG (2011)

*Quaas* in *Quaas/Zuck* (Hrsg), Medizinrecht<sup>2</sup> (2008)

*Ratzel*, Deutscher Ärztetag, Nr. 1400 in *Rieger/Dahm/Steinhilper* (Hrsg.), Heidelberger Kommentar, Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht

*Ratzel* in *Ratzel/Lippert* (Hrsg), Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (2010)

*Ratzel/Lippert*, Das Berufsrecht der Ärzte nach den Beschlüssen des 107. Deutschen Ärztetages in Bremen, MedR 2004, 525

*Rau* in *Rieger* (Hrsg), Lexikon des Arztrechts, Nr. 3585

*Rimmelspacher* in Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung<sup>3</sup>

*Rieger*, Die Heilkunde-GmbH in der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, MedR 1995,88

*Riemenschneider/Freitag* in *Priester/Mayer* (Hrsg), Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts<sup>3</sup> (2009)

*Roth/Altmeppen*, GmbHG<sup>5</sup> (2005)

*Ruffert* in *Epping/Hillgruber*, Beck'scher Online Kommentar (Stand 01.07.2011)

*Saenger*, Gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur der ambulanten Heilkundengesellschaft, MedR 2006

*Schäfer* in *Henssler/Strohn* (Hrsg), Gesellschaftsrecht (2011)

*Schaub* in *Fleischner/Goette* (Hrsg), Münchner Kommentar zum GmbHG (2010)

*Schlund* in *Laufs/Kern* (Hrsg), Handbuch des Arztrechts<sup>4</sup> (2010)

*Schmidt* in *Haunhorst/Schmidt* (Hrsg), Die GmbH<sup>14</sup> (2009)

*Schmiegelt/Gerber* in *Müller/Winkeljohann* (Hrsg), Beck'sches Handbuch der GmbH<sup>4</sup> (2009)

*Scholz/Schmidt, GmbHG<sup>10</sup>* (2010)

*Scholz in Spickhoff* (Hrsg), Medizinrecht (2011)

*Steffen*, Formen der Arzthaftung in interdisziplinär tätigen Gesundheitseinrichtungen, MedR 2006, 78

*Steinberg*, Rechtsordnung und Gründerhaftung in der Vor-GmbH – Eine kritische Bestandsaufnahme aus deutscher und österreichischer Sicht (2000)

*Schwaiger in Müller/Winkeljohann* (Hrsg), Beck'sches Handbuch der GmbH<sup>4</sup> (2009)

*Taupitz*, Die GmbH als Organisationsform ambulanter heilkundlicher Tätigkeit, NJW 1992, 2321

*Taupitz*, Zulässigkeit einer Zahnheilkunde-GmbH, MedR 1994

*Taupitz*, Zur Verfassungswidrigkeit des Verbots, ärztlicher Praxen in Form einer juristischen Person des Privatrechts zu führen, NJW 1996

*Tebben in Michalski* (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> (2010)

*Teicher/Schröder*, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der ärztlichen Berufshaftpflichtversicherung am Beispiel der so genannten kosmetischen Chirurgie, MedR 2005, 128

*Uhlenbruck/Schlund in Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg), Handbuch des Arztrechts<sup>3</sup> (2002)

*Wachter in Römermann* (Hrsg), MAH GmbH-Recht<sup>2</sup> (2009)

*Weber/Vogt-Weber*, Die rechtliche Zulässigkeit und wirtschaftliche Sinnhaftigkeit des Betriebens einer Arztpraxis in der Rechtsform der GmbH, ArztR 1997, 180.

*Wicke*, GmbHG<sup>2</sup> (2011)

*Wicke*, Münchener Kommentar zum GmbHG (2010)

*Wigge*, Medizinische Versorgungszentren nach dem GMG, MedR 2004

*Wollersheim in Terbille* (Hrsg), Münchner Anwaltshandbuch Medizinrecht (2009), § 5 Rz 29.

*Zöllner/Noach in Baumbach/Hueck* (Hrsg), GmbH-Gesetz<sup>19</sup> (2010)

### **Entscheidungen des BGH**

BGH 30.11.1977, IV ZR 69/76

BGH 05.12.1991, I ZR 11/90

BGH 16.07.2007 – II ZR 3/04

BGH 27.01.1997 – II ZR 123/94

BGH 25.11.1993, I ZR 281/91, MedR 1994, 152ff

BGH 09.03.1981 – II ZR 54/80

BGH 15.06.1978 - II ZR 205/79

BGH 15.12.1975 – II ZR 95/73

BGH 26.01.1967 – II ZR 122/64

BGH 15.06.1955 – IV ZR 304/54

BGH 12.07.1956, II ZR 218/54, BGHZ 21, 242; NJW 1956, 1435

BGH 23.04.1956, II ZR 116/55, BGHZ 20, 281, NJW 56, 946

### **Entscheidung LG und OLG**

LG Düsseldorf, Urt. v. 05.12.1990, 34 O 98/90, MedR 1991, 149ff

OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.10.1991, 2 U 15/91, MedR 1992, 46ff

## **Sonstiges**

MedR 1992, 329

NJW 1976, 419

NJW 1978, 589

Bayerischer Landtag, Dr 12/10455 vom 09.03.1993

RG, Urteil vom 22.09.1903 – I 50/03

## **A. Einleitung**

### **I. Problemstellung**

Bereits seit Jahren fordern österreichische Ärzte, sich in der Rechtsform einer GmbH zusammenschließen zu können. Dies vor allem, um Ärzten weitere Kooperationsformen zu ermöglichen, die Ambulanzen der Krankenhäuser zu entlasten und die Versorgung von Patienten zu verbessern.<sup>1</sup>

Im August 2010 ist das Bundesgesetz zur Stärkung der ambulanten öffentlichen Gesundheitsversorgung<sup>2</sup> in Kraft getreten. Grundlage dafür war das Urteil der EuGH in der Sache „Hartlauer“.

Im Zuge der Änderungen wurde auch das ÄrzteG überarbeitet. Ärzten steht nun neben der Rechtsform der OG auch die Rechtsform der GmbH zur Verfügung, um die ambulante Gesundheitsversorgung zu stärken und Spitäler zu entlasten.

Für die Ärzte-GmbH sind grundsätzlich die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes anwendbar, jedoch weisen die §§ 52a ff ÄrzteG etliche Sonderbestimmungen auf. Diese Sonderbestimmungen betreffen unter anderem die Gründungsvoraussetzungen. Für die Gründung einer Ärzte-GmbH bedarf es zusätzlicher Vorschriften wie der Eintragung ins Firmenbuch, eventuell Zulassung durch den Landeshauptmann, Eintragung in eine Ärzteliste und Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung. Die Verpflichtung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung kann zu einem mittelbaren Berufsverbot führen, wenn keine der Versicherungen bereit ist, mit dem Arzt einen Versicherungsvertrag abzuschließen. Die Regierungsvorlage hat für diesen Fall eine Regelung enthalten. Diese Regelung wurde jedoch nicht in das Gesetz übernommen. Gesellschafter einer Ärzte-GmbH dürfen nur zur selbständigen Berufsausübung berechnigte Ärzte sein. Mitglieder anderer Gesundheitsberufe dürfen nicht Gesellschafter einer Ärzte-GmbH sein. Eine „gemischte“ Gruppenpraxis mit Ärzten und Zahnärzten bzw. Dentisten ist nicht mehr

<sup>1</sup> Wahrnehmungsbericht der Österreichischen Ärztekammer zum Gesundheitswesen und zur Gesundheitspolitik für die Jahre 2007 und 2008, 32.

<sup>2</sup> BGBl I 2010/61.

zulässig. Auch andere natürliche oder juristische Personen dürfen nicht an der Gesellschaft beteiligt sein. Der Ärzte-GmbH ist es nicht erlaubt, ihre eigenen Gesellschafter oder andere Ärzte anzustellen. Ebenfalls im Gegensatz zum allgemeinen GmbH-Recht sind Ärzte zur maßgeblichen Berufsausübung verpflichtet und die Übertragung von Gesellschaftsrechten ist ihnen weitestgehend verboten. Bereits im Gesellschaftsvertrag muss geregelt werden, ob und welche Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt sind. Jeder Gesellschafter ist zum Abschluss von Behandlungsverträgen berechtigt. Von der Gesellschafterversammlung dürfen keine Weisungen erteilt werden. Der § 52a Abs 3 Z 5 ÄrzteG sieht eine enge Beschränkung des Unternehmensgegenstandes vor. Die Tätigkeit der Gruppenpraxis ist auf ärztliche Tätigkeit und Tätigkeit von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe sowie auf die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens beschränkt. Grundsätzlich ist für Haftungsansprüche gegen eine Ärzte-GmbH eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen. Nur wenn diese nicht ordnungsgemäß abgeschlossen oder eine zu niedrige Haftungssumme verwendet wurde, haften neben der Ärzte-GmbH die Gesellschafter, unabhängig davon, ob ihnen ein Verschulden vorzuwerfen ist (Haftungsdurchgriff).

In Deutschland war die Ärzte GmbH schon seit längerem in Diskussion. In einem Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes vom 25.11.1993<sup>3</sup> hat dieser entschieden, dass das Verbot einer (Zahn) Ärzte-GmbH einer gesetzlichen Grundlage bedarf, die es aber bis zu diesem Zeitpunkt nicht gab.

Bis zum 107. Deutschen Ärztetag im Mai 2004 in Bremen war es deutschen Ärzten jedoch nur erlaubt, sich in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder in Form einer Partnerschaft zusammenzuschließen. Erst durch den 107. Deutschen Ärztetag wurde eine Änderung der Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO-Ä) beschlossen. Ärzte dürfen ihren Beruf einzeln oder gemeinsam in allen für den Arztberuf zulässigen Gesellschaftsformen ausüben, wenn ihre eigenverantwortliche, medizinisch unabhängige sowie nicht gewerbliche Berufsausübung gewährleistet ist.<sup>4</sup> Für die

<sup>3</sup> BGH 25.11.1993, I ZR 281/91, BGHZ 124, 224.

<sup>4</sup> Vgl. *Häußermann/Dollmann*, Die Ärztegesellschaft mbH Kooperation von Ärzten und anderen Leistungserbringern in einer juristischen Person des Privatrechts, MedR 2005, 255.

Wirksamkeit der beim 107. Deutschen Ärztetag gefassten Beschlüsse müssen diese in das Berufsrecht der Landesärztekammern umgesetzt werden.

## **II. Methode**

Die Methode der Rechtsvergleichung ist anfangs auf wenig Zustimmung gestoßen. Erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts kam es zu einer rasanten Entwicklung der modernen Rechtsvergleichung. Damals waren die Gründe für die Entwicklung der Rechtsvergleichung vor allem Reform und Verbesserung des eigenen Rechts, aber auch einfach nur das Interesse an ausländischem Recht.<sup>5</sup> Nicht nur damals wurde ausländisches Recht für die Reformen und Verbesserungen des nationalen Rechts herangezogen, sondern diese Funktionen spielen auch heute noch eine bedeutende Rolle. Es gibt zwei unterschiedliche Ebenen der Rechtsvergleichung, die Makro- und die Mikroebene. Die Makroebene beschäftigt sich mit den allgemeinen Methoden des Umgangs mit dem Rechtsstoff, den Verfahren über die Schlichtung und Entscheidung über Streitigkeiten und die Arbeitsweise, Aufgaben und Funktionen der im Rechtsleben tätigen Personen. Im Gegensatz dazu geht es bei der Mikroebene um eine funktionale Rechtsvergleichung, es werden einzelne Rechtsprobleme oder Rechtsinstitutionen, also bestimmte Sachprobleme oder Interessenkonflikte in verschiedenen Rechtsordnungen beurteilt.<sup>6</sup> Schwerpunkt dieser Arbeit ist die Methode der funktionalen Rechtsvergleichung bezüglich der österreichischen und deutschen Rahmenbedingungen einer Ärzte GmbH.

Der Vergleich selbst soll auf der Mikroebene erfolgen. Durch eine funktionale wertende Rechtsvergleichung soll zuerst auf Allgemeines und anschließend speziell auf Probleme einer Ärzte-GmbH eingegangen werden. Die österreichische und die deutsche Rechtsordnung sollen einander gegenübergestellt werden, um im Einzelnen die Entwicklung der genannten Ärzte-GmbHs, deren Umsetzung in der Gesetzgebung und deren Vor- und Nachteile auszuarbeiten. Im Sinne einer funktionalen Rechtsvergleichung ist somit das jeweils zu verwirklichende rechtspolitische Ziel Ausgangspunkt der

<sup>5</sup> *Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung*<sup>3</sup> (1996), 47ff.

<sup>6</sup> *Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung*<sup>3</sup> (1996), 4f.

Betrachtung.<sup>7</sup> Unterschiede in der Problembewältigung sind vergleichend darzustellen und auf ihre Begründung hin zu untersuchen.

### **III. Gang der Untersuchung**

Das Thema „Rahmenbedingungen einer Ärzte GmbH“ soll rechtsvergleichend erarbeitet werden. Die österreichische und deutsche Rechtsordnung, Literatur und Rechtsprechung wird einander gegenübergestellt.

Die Dissertation ist in drei Hauptteile untergliedert. Der erste Teil behandelt die Entwicklungsgeschichte, Hintergründe und Gesetzesvorschläge, die in Österreich zu den selbständigen Ambulatorien und Gruppenpraxen geführt haben. Ausschlaggebend für die Einführung der sogenannten „Ärzte-GmbH“ war in Österreich der Fall „Hartlauer“. Nach einer kurzen Wiedergabe des Sachverhalts wird auf die einzelnen Problematiken eingegangen, wobei Bedarfsprüfung, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit als Leitsätze des Urteils des Europäischen Gerichtshofes erläutert werden. Im Folgenden werden die einzelnen Gesetzesvorschläge bis hin zur heutigen geltenden Fassung der §§ 52 a-d ÄrzteG einer Betrachtung unterzogen. Als einer der wesentlichen Unterschiede der österreichischen und deutschen Rechtsordnung wird auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Allgemeinen und anschließend auf die Besonderheiten der Ärzte-GmbH betreffend eingegangen. Der dritte Teil des Österreichteils behandelt die Abgrenzungsproblematik zwischen selbständigen Ambulatorien und Gruppenpraxen. Sowohl die verschiedenen Gerichtshöfe als auch die Lehre haben bereits versucht, eine klare Abgrenzung zu schaffen. Da aber gerade diese Grenzziehung zwischen selbständigem Ambulatorium und Ärzte-GmbH nur schwer möglich ist, ist dies bis dato nicht wirklich gelungen.

Der zweite Teil der Dissertation befasst sich mit der deutschen Rechtsordnung. Zuerst wird auch hier auf die Entwicklungsgeschichte und die Hintergründe eingegangen, welche die medizinischen Versorgungszentren und Gruppenpraxen betreffen. In Deutschland war die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 25.11.1993 ausschlaggebend für die Diskussion um eine GmbH für Ärzte. Im gegenständlichen Fall wurde eine Zahnärzte-

<sup>7</sup> *Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung*<sup>3</sup> (1996), 33ff.

GmbH für zulässig erklärt, da für ein Verbot die gesetzliche Grundlage fehlte. Jedoch kam es erst durch den 2004 in Bremen stattfindenden 107. Deutschen Ärztetag zur wirklichen Änderung der Musterberufsordnung und zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Rechtsform der GmbH für Ärzte. Auch in diesem Teil werden die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Besonderheiten einer Ärzte-GmbH deutscher Prägung im Vergleich zu ihrem österreichischen Pendant behandelt.

Der dritte Teil der Arbeit beschäftigt sich mit der Gegenüberstellung der beiden Rechtsordnungen.

#### **IV. Forschungsziel**

Im Zuge einer umfassenden Bestandsaufnahme der einzelnen Ordinationsformen für Ärzte sollen deren praktische Umsetzung und Wirkungsweise herausgearbeitet werden, um dadurch Rückschlüsse auf ihre Effektivität gewinnen zu können. Sofern dabei punktuelle Defizite bzw. Schwachstellen auszumachen sind, sollen entsprechende Lösungsansätze bzw. Verbesserungsvorschläge getroffen werden. Während die deutsche Rechtsordnung bereits über eine längere Anwendung und Erfahrung bezüglich der Ärzte-GmbH verfügt, befindet sich die Anwendung einer GmbH für Ärzte und die Erfahrungen betreffend der Unterschiede zu selbständigen Ambulatorien in Österreich erst in der Anfangsphase. Diese Arbeit verfolgt daher auch die Zielsetzung, aus dem Rechtsvergleich Möglichkeiten für eine allfällige Optimierung der österreichischen Regelung für Ärztekooperationen aufzuzeigen.

## **B. Österreich**

### **I. Selbständige Ambulatorien**

#### **1. Entwicklungsgeschichte und Hintergründe**

Der Ausgangspunkt für die Entwicklung von selbständigen Ambulatorien bzw. deren Hintergründe ist auf den Zusammenbruch der Finanzierung des Gesundheitswesens aufgrund des Ersten Weltkrieges und der folgenden Inflation zurückzuführen. Die weitere Entwicklung und Abgrenzung der selbständigen Ambulatorien ist der folgenden Gesetzesentwicklung zu entnehmen.<sup>8</sup>

#### **2. Gesetzesbestimmungen bis heute**

##### **2.1 Reichssanitätsgesetz 1870**

Die grundlegende Rechtsvorschrift für Heil- und Pflegeanstalten war § 2 lit b des Gesetzes vom 30.04.1870 betreffend die Organisation des öffentlichen Sanitätsdienstes (RGI. 68). Der Erlass des k.k. Ministeriums des Inneren vom 02. 03.1892 (Zl. 14.498 ex 1891) ordnete eine Bewilligungspflicht für private Sanitätsanstalten an. Darunter fallen auch solche Therapieeinrichtungen wie das selbständige Ambulatorium.<sup>9</sup>

##### **2.2 Krankenanstaltengesetz 1920 (KAG 1920)**

Die erste einheitliche Regelung für Krankenanstalten wurde es erst durch das Krankenanstaltengesetz 1920 (KAG 1920), StGBI 327, betreffend die Errichtung, die Erhaltung und den Betrieb öffentlicher Heil- und Pflegeanstalten eingeführt.<sup>10</sup> Die vorherige Bezeichnung „Heil- und Pflegeanstalten einschließlich der Ambulatorien“ („Heil- und Pflegeanstalten und Ambulatorien“) wurde nicht in das neue Gesetz übernommen.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> *Stöger*, Ausgewählte öffentlich-rechtliche Fragestellungen des österreichischen Krankenanstaltenrechts (2008), 31.

<sup>9</sup> VfGH 07.03.1992, VfSlg. 13023.

<sup>10</sup> *Füszl* in *Aigner* (Hrsg), Medizinrecht für die Praxis, IV/3.

<sup>11</sup> Das KAG 1920 kannte den Begriff des „selbständigen Ambulatoriums“ nicht, da diese keine Krankenbetten führten. *Stöger*, Ausgewählte öffentlich-rechtliche Fragestellungen des österreichischen Krankenanstaltenrechts (2008), 382.

Das Endergebnis der Beratungen des Verfassungsausschusses war, dass Art 10 Z 12 B-VG dem Bund die Gesetzgebung und Vollziehung im Gesundheitswesen überlassen hat, in puncto Heil- und Pflegeanstalten jedoch nur die sanitäre Aufsicht. „Heil- und Pflegeanstalten“ unterliegen in der Grundsatzgesetzgebung dem Bund und in der Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung den Ländern (Art 12 Abs 1 Z 2 B-VG).<sup>12</sup> Die Streichung der Ambulatorien soll nicht dahingehend gedeutet werden, dass der Gesetzgeber diese vom Kompetenztatbestand „Heil- und Pflegeanstalten“ ausnehmen wollte sondern vielmehr, dass Ambulatorien vom Begriff der Heil und Pflegeanstalten mitumfasst sind.<sup>13</sup>

### **2.3 Krankenanstaltengesetz 1957 (KAG 1957)**

Bis zur Verabschiedung des Gesetzes war der Bund nicht an der Finanzierung von öffentlichen Krankenanstalten beteiligt. Die erheblichen finanziellen Probleme der Krankenanstalten machten jedoch ein neues Gesetz erforderlich, wobei ein Initiativantrag des Ausschusses für soziale Verwaltung schließlich zum Krankenanstaltengesetz 1957 führte.<sup>14</sup> Im § 2 dieses Gesetzes werden alle Krankenanstalten aufgelistet, darunter auch das selbständige Ambulatorium.

§ 2 Abs 1 KAG

„Krankenanstalten im Sinne des § 1 sind: [...]

7. selbständige Ambulatorien (Röntgeninstitute, Zahnambulatorien und ähnliche Einrichtungen), das sind organisatorisch selbständige Einrichtungen, die der ärztlichen Untersuchung und Behandlung nicht bettlägeriger Kranker dienen.“<sup>15</sup>

### **2.4 Kranken- und Kuranstaltengesetz (KAKuG)**

Das Krankenanstaltengesetz 1957 (KAG) wurde mit 20.04.2002 in das Kranken- und Kuranstaltengesetz<sup>16</sup> (KAKuG) umbenannt. Die heute geltende Fassung lautet:

<sup>12</sup> Stöger, Ausgewählte öffentlich-rechtliche Fragen des österreichischen Krankenanstaltenrechts (2008), 33.

<sup>13</sup> VfGH 07.03.1992, VfSlg 13023; Stöger, Ausgewählte öffentlich-rechtliche Fragen des österreichischen Krankenanstaltenrechts (2008), 285; ErläutRV 779 BldNR 24. GP 4.

<sup>14</sup> Stöger, Ausgewählte öffentlich-rechtliche Fragen des österreichischen Krankenanstaltenrechts (2008), 40f.

<sup>15</sup> BGBl.Nr. 1/1957.

§ 2 Abs 1 KAKuG

„Krankenanstalten im Sinne des § 1 sind: [...]

5. selbständige Ambulatorien, das sind organisatorisch selbständige Einrichtungen, die der Untersuchung oder Behandlung von Personen dienen, die einer Aufnahme in Anstaltspflege nicht bedürfen. Der Verwendungszweck eines selbständigen Ambulatoriums erfährt dann keine Änderung, wenn dieses Ambulatorium über eine angemessene Zahl von Betten verfügt, die für eine kurzfristige Unterbringung zur Durchführung ambulanter diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen unentbehrlich ist.“

## **II. Gruppenpraxis**

### **1. Entwicklungsgeschichte**

Erstmals wurde ein gesellschaftsrechtlicher Zusammenschluss für Ärzte durch die 2. ÄrzteG – Novelle im Jahr 2001<sup>17</sup> ermöglicht. „Um den stationären Krankenanstaltensektor durch flexible ambulante Einrichtungen zu entlasten sowie um Versorgungslücken insbesondere im ländlichen Bereich zu schließen, sollte die Möglichkeit für Ärzte geschaffen werden, ihre ärztliche Tätigkeit im Rahmen von Gruppenpraxen auszuüben.“<sup>18</sup> Die Möglichkeit sich als Gruppenpraxis zusammenzuschließen fand bei den Ärzten großen Anklang. Weiters wurde auf Seiten der Ärzteschaft stets gefordert, sich auch in der Rechtsform einer GmbH zusammenschließen zu dürfen. Diese Diskussion wurde erneut angefacht durch den Fall Hartlauer und das darauffolgende Urteil des EuGH.

### **2. Hintergründe**

#### **2.1 Der Fall Hartlauer**

##### **2.1.1 Der Sachverhalt**

Die Hartlauer HandelsgesmbH beantragte in Oberösterreich (Wels) und Wien eine Bewilligung für die Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums für die Bereiche Zahn-

<sup>16</sup> BGBl.Nr. 65/2002.

<sup>17</sup> BGBl 2001/110.

<sup>18</sup> *Zahl* in *Emberger/Wallner (Hrsg.), Ärztegesetz 1998 mit Kommentar (2004)*, 257.

bzw. Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde. Ausschlaggebend für solch eine Bewilligung ist eine Bedarfsprüfung. Die Bestimmungen über eine Bedarfsprüfung für selbständige Ambulatorien in Österreich ergeben sich aus dem Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) und den einzelnen Krankenanstaltengesetzen der Bundesländer, hier also insbesondere aus dem Oberösterreichischen und Wiener Krankenanstaltengesetz. Sowohl die Oberösterreichische als auch die Wiener Landesregierung verneinten im vorliegenden Fall eine Bewilligung, da das Ergebnis der Bedarfsprüfung negativ ausfiel. Die Hartlauer HandelsgesmbH reagierte auf den negativen Bescheid der Landesregierungen mit einer Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof (VwGH). Am 22.02.2007 legte der VwGH dem Europäischen Gerichtshof (EuGH), den Fall wegen Antrages auf ein Vorabentscheidungsverfahren vor. Grund für das Vorabentscheidungsverfahren ist die Frage, ob die österreichische Bedarfsprüfung gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art 43 EG (neu Art. 49 AEUV) verstößt.

### **2.1.2                   Rechtfertigungsversuche**

Gemäß Art. 152 Abs 5 EG (Neu Art. 168 Abs. 7 AEUV) überlässt das Gemeinschaftsrecht das Gesundheitswesen der Organisation der jeweiligen Mitgliedstaaten.<sup>19</sup> Es bedeutet aber nicht, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieses Rechts das Gemeinschaftsrecht völlig außer Acht lassen können. Die Regelungen und Entscheidungen müssen den EG-Vertrag (Vertrag von Lissabon seit 01.12.2009) und insbesondere die Verkehrsfreiheiten und somit die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit beachten.<sup>20</sup>

Selbständige Ambulatorien unterliegen (wie bereits oben erwähnt) dem Krankenanstaltenrecht, also dem Kompetenztatbestand des Art 12 B-VG. Die Grundsatzgesetzgebung unterliegt dem Bund im KAKuG und die Ausführungsgesetzgebung den jeweiligen Bundesländern in den einzelnen Krankenanstaltengesetzen. Für Wien etwa war der § 4 Abs 2 Wr. KAG maßgeblich. Diese Norm besagt, dass für die Bewilligung eines selbständigen Ambulatoriums eine Bedarfsprüfung notwendig ist. Die Wiener Landesregierung lehnte einen Bedarf ab und stütze sich dabei auf den § 4 Abs 2 Wr. KAG und ein Gutachten eines Amtsachverständigen. Der Sachverständige bewertete den Bedarf nach dem Verhältnis der

<sup>19</sup> Fischer in Lenz/Borchardt, Art 152 EGV, Rz 8.

<sup>20</sup> EuGH 10.3.2009, C-169/07, Rz 29.

Anzahl der Einwohner auf einen Zahnarzt. Durch diese Prüfung stellte er fest, dass in Wien durch die öffentlichen Krankenanstalten, die privaten gemeinnützigen Krankenanstalten und sonstige Kassenvertragsärzte, die ein vergleichbares Leistungsangebot aufweisen, der Bedarf gedeckt ist.<sup>21</sup> Ein weiteres selbständiges Ambulatorium würde zu keiner wesentlichen Verbesserung der Versorgung führen.

Die Oberösterreichische Landesregierung lehnte eine Bewilligung eines selbständigen Ambulatoriums im September 2006 ebenfalls ab. Jedoch stütze sie ihre Ablehnung nicht darauf, wie viele Patienten auf einen Zahnarzt fallen, sondern auf die Wartezeit bis zur Erlangung eines Termins bei dem in § 5 Abs 2 OÖ. KAG aufgeführten Leistungsanbietern.<sup>22</sup>

Das in Österreich notwendige Bewilligungsverfahren für Krankenanstalten (selbständige Ambulatorien) führt zu einem Konkurrenzschutz und folglich zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zu Gunsten der niedergelassenen Kassenvertragsärzte und den bereits bestehenden selbständigen Ambulatorien.<sup>23</sup> Österreich stützte seine Rechtfertigungsversuche auf den Schutz der öffentlichen Gesundheitsversorgung. Gemäß Art. 46 EG (neu Art. 52 AEUV) ist eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dann gerechtfertigt, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses (öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit) notwendig sind.<sup>24</sup>

Österreich versuchte die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit mit zwei Argumenten zu rechtfertigen. Zum einen sei das Ziel der Beschränkung die Sicherstellung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen ärztlichen oder klinischen Versorgung.<sup>25</sup>

Zum anderen sei das Ziel die Sicherung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit des Staates.<sup>26</sup> In Österreich wird der Hauptteil der medizinischen Leistungen von den Sozialversicherungsträgern übernommen. Strömten nunmehr immer mehr Anbieter auf den Markt, würde dies eine enorme Belastung der

<sup>21</sup> EuGH 10.3.2009, C-169/07, Rz 18.

<sup>22</sup> EuGH 10.3.2009, C-169/07, Rz 19.

<sup>23</sup> *Joklik*, Das Hartlauer- Urteil des EuGH und seine Folgen für die Bedarfsprüfung, RdM 2009, 148.

<sup>24</sup> EuGH 10.3.2009, C-169/07, Rz 44, Urteil Kommission/Griechenland, Rz 34.

<sup>25</sup> EuGH 10.3.2009, C-169/07, Rz 47.

<sup>26</sup> EuGH 10.3.2009, C-169/07, Rz 41.

Sozialversicherungsträger bedeuten und möglicherweise einen Zusammenbruch des Gesundheitssystems bewirken.

### **2.1.3 Entscheidung des EuGH**

Dem EuGH wurden folgende Fragen im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens vorgelegt:

„Steht Art. 43 EG (in Verbindung mit Art. 48 EG) der Anwendung einer nationalen Regelung entgegen, nach der für die Errichtung einer privaten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums für Zahnheilkunde (Zahnambulatorium) eine Errichtungsbewilligung erforderlich ist und diese Bewilligung zu versagen ist, wenn nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem vorgesehenen Leistungsangebot im Hinblick auf das bereits bestehende Versorgungsangebot durch niedergelassene Kassenvertragsärzte, kasseneigene Einrichtungen und Vertragseinrichtungen der Kassen sowie niedergelassene Dentisten mit Kassenvertrag kein Bedarf an dem geplanten Zahnambulatorium besteht?

Ändert sich etwas an der Bewertung von Frage 1, wenn in die Prüfung des Bedarfs zusätzlich auch das bestehende Versorgungsangebot der Ambulanzen von öffentlichen, privaten gemeinnützigen und sonstigen Krankenanstalten mit Kassenvertrag einzubeziehen ist?<sup>27</sup>

Der EuGH beantwortet die erste Frage dahingehend, dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (gem. Art. 43 EG/ neu Art. 49 AEUV) vorliegt.

Der EuGH hatte nun zu prüfen, ob die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt war. Eine rechtfertigbare Beschränkung muss auf objektiven, nicht diskriminierenden im Voraus bekannten Kriterien beruhen die dem Ermessenspielraum der Behörden ausreichende Grenzen setzt.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> EuGH 10.3.2009, C-169/07, Rz 22.

<sup>28</sup> EuGH 10.3.2009, C-169/07, Rz 64.

Er verneinte im gegebenen Fall die Eignung der Regelung zur Zielerreichung aus zwei Gründen und stellte damit fest, dass die in Österreich geltende Regelung gemeinschaftsrechtswidrig ist.

Selbständige Ambulatorien sind im Kranken- und Kuranstaltengesetz geregelt, wobei diese für die Errichtung und für den Betrieb eine Bewilligung der jeweiligen Landesregierung bedürfen. Im Gegensatz dazu sind Gruppenpraxen im Ärztegesetz geregelt und bedürfen keiner Bewilligung und daher keiner vorhergehender Bedarfsprüfung, obwohl Gruppenpraxen oft die gleichen Leistungen anbieten, in ihnen etwa gleich viele Ärzte beschäftigt sind, diese eine vergleichbare Größe zu selbständige Ambulatorien aufweisen und Patienten oft gar kein Unterscheid zwischen jenen beiden auffällt.

Da eine rechtfertigbare Beschränkung nach alledem in Österreich nicht gegeben war, da die Bundesländer Wien und Oberösterreich unterschiedliche Kriterien für das Bestehen eines Bedarfs herangezogen hatten, erkannte der EuGH die in Österreich geltenden Regelungen somit als gemeinschaftsrechtswidrig.

Durch die zu der ersten Frage erlangten Erkenntnisse musste von Seiten des EuGH auf die zweite Frage nicht weiter eingegangen werden.

#### **2.1.4 Umsetzung der Entscheidung in Österreich**

Österreich hatte nun zwei Möglichkeiten auf die Entscheidung des EuGH zu reagieren. Entweder mittels einer generellen Abschaffung der Bedarfsprüfung oder der Einführung einer Bedarfsprüfung auch für Gruppenpraxen. Die Wahl fiel auf Letzteres, sodass es in Österreich grundsätzlich nunmehr auch für Gruppenpraxen eine Bedarfsprüfung gibt. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch einige Ausnahmen.<sup>29</sup>

#### **2.1.5 Exkurs: Begriffe**

Auf für diese Entscheidung des EuGH maßgeblichen Punkte soll hier noch einmal näher eingegangen und die wichtigsten Begriffe hierzu erläutert werden.

<sup>29</sup> dazu später mehr im Punkt 3.3.

### **2.1.5.1 Bedarfsprüfung**

Die Bedarfsprüfung dient in erster Linie dazu, bestehende Unternehmen vor zusätzlicher Konkurrenz zu schützen. Ein derartiger Konkurrenzschutz ist nach ständiger Rechtsprechung dann mit dem Grundrecht der Erwerbsfreiheit<sup>30</sup> vereinbar, wenn besondere Gründe für eine solche Einschränkung vorliegen.<sup>31</sup> Österreich versuchte die Beschränkungen dadurch zu rechtfertigen, dass nur durch solche eine Stabilität des österreichischen Gesundheitssystems gewährleistet werden könnte. Es sei dabei zu prüfen, ob nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem in Aussicht genommenen Leistungsangebot im Hinblick auf das bereits bestehende Versorgungsangebot öffentlicher, privater gemeinnütziger und sonstiger Krankenanstalten mit Kassenverträgen und das Versorgungsangebot durch Ambulanzen der genannten Krankenanstalt und niedergelassenen Kassenvertragsärzten, kasseneigene Einrichtungen und Vertragseinrichtungen der Kassen, ein Bedarf gegeben ist.<sup>32</sup>

### **2.1.5.2 Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)**

Bei der Niederlassungsfreiheit handelt es sich um ein Freizügigkeitsrecht für Selbständige. Dieses Recht gestattet sowohl natürlichen als auch juristischen Personen in einem anderen Mitgliedstaat zum Zweck der Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten, die Gründung von Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften und dergleichen. Unter Erwerbstätigkeit ist hierbei grundsätzlich eine weisungsfreie, entgeltliche Tätigkeit zu verstehen.<sup>33</sup>

### **2.1.5.3 Dienstleistungsfreiheit (Art. 56, 57 AEUV)**

Als Dienstleistungen sind solche Leistungen anzusehen, die selbständig gegen Entgelt erbracht werden. Hierbei kommt es nicht auf den Inhalt der Leistung an. Die Dienstleistung besteht in einer immateriellen Leistung, ihre Substanz bleibt unsichtbar.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Art. 6 StGG.

<sup>31</sup> *Koppensteiner*, Kommentar zur Gewerbeordnung § 121 Rz 5.

<sup>32</sup> *Joklik*, Das Hartlauer- Urteil des EuGH und seine Folgen für die Bedarfsprüfung, RdM 2009, 148, § 3 Abs 2 lit a KAKuG.

<sup>33</sup> *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV<sup>4</sup> (2011), Art 49 Rz 9f.

<sup>34</sup> *Budischowsky* in *Mayer*, Kommentar EUV AEUV, § 56 Rz 6f.

### **3. Gesetzesvorschläge bis heute**

#### **3.1 Rechtslage vor dem ÄrzteG 1998**

##### **3.1.1 Entwürfe für Gruppenpraxen 1995**

###### **3.1.1.1 Ministerialentwurf des Gesundheitsministeriums**

Durch die Einführung des Erwerbsgesellschaftengesetzes (EGG) am 01.01.1991<sup>35</sup> stand nun auch freien Berufen die Möglichkeit offen, sich in der Form einer Gesellschaft zusammenzuschließen. § 6 EGG überlies es jedoch den einzelnen Berufsrechten, ob und wie diese Möglichkeit umgesetzt und genutzt wurden.

Nach der Entschliebung des Nationalrates vom 02.10.1991<sup>36</sup> sowie Beratungen des Unterausschusses und der Interessenvertretungen der Ärzte und Sozialversicherungsträger erging am 16.07.1994 eine Entschliebung des Nationalrates<sup>37</sup>, in welcher er alle bisherigen Ergebnisse zusammenfasste.

Diese Entschliebung des Nationalrates führte 1995 zu einem Ministerialentwurf für ein Gruppenpraxengesetz.

Im § 1 des Entwurfes werden alle Gesundheitsberufe genannt, die freiberuflich ausgeübt werden können. Es sind dies die folgenden:

- Arzt für Allgemeinmedizin
- approbierter Arzt
- Facharzt eines Sonderfaches der Heilkunde
- Gesundheitspsychologe
- klinischer Psychologe
- Psychotherapeut
- Dentist

<sup>35</sup> BGBl.Nr. 1990/257.

<sup>36</sup> 02.10.1991, E 21-NR/XVIII.GP.

<sup>37</sup> 16.07.1994, E 163-NR/XVIII.GP.

- Hebamme
- Diätendienst und ernährungsmedizinischer Beratungsdienst
- ergotherapeutischer Dienst
- logopädisch- phoniatisch-audiologischer Dienst
- physiotherapeutischer Dienst
- Krankenpflegefachdienst

Gem. Absatz 2 können sich mindestens zwei Angehörige des gleichen Gesundheitsberufes oder verschiedener Gesundheitsberufe zu einer offenen Erwerbsgesellschaft (oEG) zusammenschließen. Nur Angehörige der oben angeführten Gesundheitsberufe können Gesellschafter einer Gruppenpraxis sein und sind verpflichtet, den jeweiligen Gesundheitsberuf in der Gruppenpraxis auszuüben (§ 6).

Der § 2 des Entwurfes versuchte sich an einer von allen Seiten geforderten Abgrenzung von Gruppenpraxen und selbständigen Ambulatorien. Diese Norm sollte als Verfassungsbestimmung in das Gesetz aufgenommen werden, damit sie einer etwaigen Prüfung des Verfassungsgerichtshofes Stand halten könnte. Der Entwurf versuchte eine Abgrenzung vor allem auf die Organisationsstruktur, also auf die Anzahl der handelnden Gesundheitsberufe, zu stützen. Im § 2 Abs 2 wurde erklärt wann genau ein Ambulatorium und eben keine Gruppenpraxis mehr vorliegt. Dies sei etwa gegeben, wenn mehr als zwei Fachärzte der medizinischen und chemischen Labordiagnostik, Radiologie oder physikalischen Medizin als Gesellschafter handeln. Im Gegensatz zu den eben beschriebenen technischen Ärztfächern gibt es für die nicht technischen Ärztfächer eine Begrenzung von zehn Personen, die einen Gesundheitsberuf ausüben.<sup>38</sup>

Der § 10 kann ebenfalls als Abgrenzungskriterium von Gruppenpraxen und selbständigen Ambulatorien herangezogen werden. Ärzte können im Gegensatz zu einem Ambulatorium in einer Gruppenpraxis nicht angestellt werden.

<sup>38</sup> Scholz, Werdegang eines Gruppenpraxengesetzes - was hat sich durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 1. März 1996 geändert?, SozSi 1996, 583.

Die Gruppenpraxis ist selbst Träger der Berufsbefugnis, diese wird mit der Eintragung in ein Gruppenpraxenverzeichnis erworben. Die Berufsbefugnis der Gruppenpraxis selbst hängt jedoch von der Berufsbefugnis ihrer Gesellschafter ab (§§ 4, 5).

Die Geschäftsführung und Vertretung der Gruppenpraxis ist in § 8 geregelt. Dessen Absatz 1 besagt, dass jeder Gesellschafter und jede Gesellschafterin allein zur Geschäftsführung und Vertretung befugt sind. Für die gemeinsame Willensbildung, also für alle Entscheidungen, die von der Gesellschaft getroffen werden, gilt, dass über Fragen der Ausübung eines bestimmten Berufes ausschließlich die entsprechend berufsberechtigten Gesellschafter entscheiden und gegen ihren Willen keine Entscheidung getroffen werden kann (§ 9).<sup>39</sup>

Die Gruppenpraxis als Gesellschaft muss selbstverständlich auch einen „Namen“ bzw. einen Firmennamen haben. Dabei besteht jedoch nicht (wie gewöhnlich) völlige Wahlfreiheit. In § 11 ist festgelegt, wie die exakte Bezeichnung der Firma zu lauten hat. Alle Gesellschafter müssen namentlich genannt werden und darüber hinaus sind alle in der Gruppenpraxis angebotenen Fachrichtungen anzugeben (§ 11).

Der § 12 widmet sich dem Berufssitz der Gruppenpraxis. Dieser ist auf einen Ort beschränkt.

Die erläuterten Paragraphen erscheinen mir als die wichtigsten des Entwurfs. Auf die weiteren Paragraphen wird in diesem Zusammenhang nicht weiter eingegangen.

Der Gesetzesentwurf wurde jedoch, vor allem Mangels Konsens der Sozialpartner, nicht weiter bearbeitet.

### **3.1.2            Ärztegesetz 1998**

Das Ärztegesetz von 1984 regelte in § 23 die Ordinations- und Apparategemeinschaften. Der § 23 Abs 1 ÄrzteG 1984 enthielt den Satz, dass freiberuflich tätige Ärzte nach außen nicht in der Form einer Gesellschaft in Erscheinung treten dürfen. Dieser Passus wurde durch nach einem vom Verfassungsgerichtshof durchgeführten Gesetzprüfungsverfahren gem. Art 140 Abs 1 B-VG aufgehoben. Trotz des eingebrachten Ministerialentwurfes für

<sup>39</sup> Kux, Zum Entwurf des Gruppenpraxengesetzes, RdM 1995, 99.

ein Gruppenpraxengesetz wurde dieses nicht in das neue Ärztegesetz von 1998 aufgenommen. Es blieb somit bei den bereits seit 1984 erlaubten Ordinations- und Apparategemeinschaften.

Durch das Ärztegesetz 1998 wurde lediglich der in Teilen als verfassungswidrig erkannte § 23 ÄrzteG 1984 durch den § 52 ÄrzteG 1998 ersetzt.

Der § 52 ÄrzteG 1998 lautet:

„(1) Die Zusammenarbeit von freiberuflich tätigen Ärzten im Sinne des § 49 Abs 2 kann bei Wahrung der Eigenverantwortlichkeit eines jeden Arztes auch in der gemeinsamen Nutzung von Ordinationsräumen (Ordinationsgemeinschaft) und/oder von medizinischen Geräten (Apparategemeinschaft) bestehen.

(2) Ordinations- und Apparategemeinschaften dürfen nur zwischen den in Abs 1 genannten Ärzten begründet werden. Die Tätigkeit der Gemeinschaft muss ausschließlich als freiberufliche Tätigkeit im Sinne des § 49 Abs 2 anzusehen sein, und es muss jeder einzelne Arzt im Rahmen der Gemeinschaft freiberuflich im Sinne des § 49 Abs 2 tätig werden.“<sup>40</sup>

### **3.2 Rechtslage nach der 2. Novelle des ÄrzteG 1998**

Eine wirkliche Änderung und Umsetzung der Gesetzesentwürfe brachte erst die 2. Novelle des Ärztegesetzes 1998.<sup>41</sup> Die Novelle, die mit 11.08.2001 in Kraft getreten ist, ermöglicht es erstmals, dass sich Ärzte in Österreich auch in der Rechtsform einer offenen Erwerbsgesellschaft (OEG) zusammenschließen können. Das Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen brachte am 23.10.2000 einen Entwurf zur 2. Novelle des Ärztegesetzes 1998, BGBlNr. 169<sup>42</sup> ein, der am 10.11.2000 beim Nationalrat einlangte ist. Obwohl der Gesetzesentwurf bereits im Herbst 2000 zur Begutachtung einging, kam es erst am 29.05.2001 zu einer Regierungsvorlage, die am 06.07.2001 vom Nationalrat angenommen wurde.

Durch das Bundesgesetz BGBl 2001/110, mit dem das Ärztegesetz 1998 geändert wurde, wurde in Österreich erstmals die Möglichkeit geschaffen, dass sich freiberuflich tätige

<sup>40</sup> § 52 ÄrzteG 1998.

<sup>41</sup> BGBl I 2001/110.

<sup>42</sup> 122/ME, GZ 21.101/19-VIII/D/14/00 vom 23.10.2000.

Ärzte auch zu einer Behandlungsgemeinschaft mit Außenwirkung zusammenschließen können. Zuvor waren Gemeinschaftspraxen nur Innengesellschaften ohne Außenwirkung. Die Vertragsbeziehung bestand trotz einer Gemeinschaftspraxis nur zwischen dem behandelnden Arzt und dem Patienten. Auch die Ordinations- und Apparategemeinschaften waren keine Behandlungsgemeinschaften, sie hatten zwar Außenwirkung, jedoch nur als sogenannte Wirtschaftsgesellschaften (z.B. Ein- und Verkauf medizinisch-technischer Geräte etc.).<sup>43</sup>

Ziel der Gesetzesänderung war es insbesondere eine bessere Versorgung der Patienten und eine Entlastung der Krankenanstalten zu gewährleisten.

Durch die Gesetzesänderung wurden nicht nur bereits bestehende Normen mit dem Zusatz der Gruppenpraxis versehen, sondern eigene Paragraphen die Gruppenpraxis betreffend in den §§ 52a- b ÄrzteG neu eingeführt.

Vergleiche hierzu:

#### § 52a ÄrzteG

„(1) Die Zusammenarbeit von Ärzten kann weiters auch als selbständig berufsbefugte (§ 3 Abs 1 bzw. § 17 Abs 1) Gruppenpraxis erfolgen. Eine Gruppenpraxis kann auch mit einem Dentisten errichtet werden; in diesem Fall richtet sich die Frage der Berufsbefugnis auch nach dem Dentistengesetz, BGBl. Nr. 90/1949.

(2) Die Berufsbefugnis einer Gruppenpraxis ergibt sich aus der Berufsbefugnis an der Gruppenpraxis als persönlich haftende Gesellschafter beteiligten Ärzte und Dentisten. Unter den Gesellschaftern mit gleicher Fachrichtung ist die freie Arztwahl des Patienten zu gewährleisten.

(3) Die Zusammenarbeit als Gruppenpraxis hat in der Rechtsform einer offenen Erwerbsgesellschaft (EGG), BGBl. Nr. 257/1990, zu erfolgen.

(4) Der Gruppenpraxis dürfen nur zur selbständigen Berufsausübung berechnigte Ärzte sowie Dentisten als persönlich haftender Gesellschafter angehören. Andere Personen dürfen

<sup>43</sup> RV zur 2. Ärztegesetz-Novelle 629 BlgNr 21. GP, 28.

der Gruppenpraxis nicht als Gesellschafter angehören und daher am Umsatz oder Gewinn nicht beteiligt sein.

(5) Jeder Gesellschafter ist allein zur Geschäftsführung und Vertretung befugt. Die vorübergehende Einstellung oder Untersagung der Berufsausübung bis zur Dauer von sechs Monaten hindert Ärzte nicht an der Zugehörigkeit zur Gesellschaft, wohl aber an der Vertretung und an der Geschäftsführung.

(6) Über Fragen der Ausübung eines bestimmten Berufes (Abs 2) entscheiden ausschließlich die entsprechend befugten Gesellschafter. Gegen den Willen jener Gesellschafter, die über die den Gegenstand einer Entscheidung überwiegend betreffende Berufsberechtigung verfügen, darf keine Entscheidung getroffen werden. Alle Gesellschafter müssen ihre Rechte in eigenem Namen und für eigene Rechnung innehaben. Die treuhändige Übertragung und Ausübung von Gesellschaftsrechten ist unzulässig. Die selbständige Ausübung des ärztlichen Berufes darf nicht an eine Weisung oder Zustimmung der Gesellschafter (Gesellschafterversammlung) gebunden werden.

(7) Die Tätigkeit der Gesellschaft muss auf die Ausübung des ärztlichen bzw. Dentistenberufes einschließlich der erforderlichen Hilfstätigkeiten und die Verwaltung des Gesellschaftervermögens beschränkt sein.

(8) Eine Gruppenpraxis kann nur einen Berufssitz im Bundesgebiet haben. Jeder Sitz einer Gruppenpraxis ist auch gleichzeitig Berufssitz der an ihr beteiligten Ärzte.

(9) In der Firma der Gruppenpraxis sind jedenfalls der Name eines Gesellschafters und die in der Gruppenpraxis vertretenen Fachrichtungen anzuführen.

(10) Soweit in diesem Bundesgesetz auf Ärzte bzw. Ärzte für Allgemeinmedizin, approbierte Ärzte, Fachärzte, Fachärzte für Zahn- Mund – und Kieferheilkunde bzw. Zahnärzte angestellt wird, sind die jeweiligen Bestimmungen auf Gruppenpraxen gegebenenfalls sinngemäß anzuwenden.“

Zusammengefasst wurden durch die 2. Novelle des Ärztegesetzes 1998 folgende Änderungen umgesetzt:

Die Gruppenpraxis tritt als Gesellschaft auf und wird somit zum Vertragspartner.

Nur selbstständig tätige Ärzte und Dentisten können sich zu einer Gruppenpraxis zusammenschließen. Angehörigen anderer Gesundheitsberufe ist die Rechtsform der offenen Erwerbsgesellschaft (OEG) versagt.

Jeder an der OEG beteiligte Arzt oder Dentist ist Gesellschafter und haftet uneingeschränkt.

Jeder Gesellschafter ist allein zur Geschäftsführung oder Vertretung der Gesellschaft berechtigt.

Gesellschafteranteile können nicht übertragen werden. Nur wenn die Erben auch selbständige berufsbefugte Ärzte oder Dentisten sind, können sie die vererbten Gesellschaftsanteile übernehmen.

Die Gruppenpraxis darf nur einen Sitz im Inland haben. Für alle beteiligten Gesellschafter zählt dieser Sitz auch als Berufssitz (Gemäß § 45 Abs 3 ÄrzteG dürfen Ärzte zwei Berufssitze im Bundesgebiet haben).

Die an der Gesellschaft beteiligten Ärzte bleiben weisungsfrei.

Auch nach der 2. Novelle des Ärztegesetzes 1998 sind noch nicht alle Forderungen in das Gesetz aufgenommen worden. So ist es nur Ärzten und Dentisten erlaubt, sich in der Rechtsform einer OEG zusammenzuschließen. Anderen Gesundheitsberufen wie z.B. Psychologen, Psychotherapeuten, Hebammen, Ergotherapeuten ist dies nicht erlaubt. Diese Berufe waren zwar ursprünglich im Ministerialentwurf vorgesehen wurden aber durch die Novelle nicht in die neu eingeführten §§ 52 a und b ÄrzteG aufgenommen.

Ebenfalls nicht in das neue Ärztegesetz aufgenommen wurde die Verpflichtung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung. Obwohl alle Gesellschafter uneingeschränkt zur Haftung herangezogen werden können, müssen sie für die Gründung einer OEG oder bei der Eintragung in die Ärzteliste der jeweiligen Landesärztekammern keine Haftpflichtversicherung vorweisen.

### 3.3 Rechtslage heute

Die erste große Änderung für die angesprochenen Berufsgruppen trat bereits mit 01.01.2007 durch das Handelsrechtsänderungsgesetz von 2005<sup>44</sup> ein. Das am 01.01.1991 in Kraft getretene Erwerbsgesellschaftengesetz (EGG)<sup>45</sup> gab nun auch den freiberuflich tätigen Personen die Möglichkeit, sich in einer eingetragenen Erwerbsgesellschaft (OEG, KEG) zu organisieren (Für Ärzte gab es nur die Möglichkeit, die Rechtsform einer OEG zu wählen). Am 31.12.2006 ist das EGG außer Kraft getreten, da durch das Handelsrechtsänderungsgesetz 2005 die Unterscheidung zwischen den Personengesellschaften und den eingetragenen Erwerbsgesellschaften weggefallen ist. Seither stand für eine Gruppenpraxis nicht mehr die Rechtsform einer OEG, sondern die einer offenen Gesellschaft (OG) zur Verfügung.

Wie bereits oben erwähnt, machte es der Fall „Hartlauer“ möglich, dass in Österreich seit 19.08.2010 auch die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) für freiberuflich tätige Ärzte zur Verfügung steht.

Im Gegensatz zur 2. Novelle des Ärztegesetzes 1998, welche lange Zeit benötigte um von der Regierung beschlossen zu werden, kam es zur 14. Novelle des Ärztegesetzes 1998<sup>46</sup> sehr rasch. Dies ist natürlich auch auf einen gewissen Druck der Europäischen Union zurückzuführen. Seit der Gesetzesänderung stehen den Ärzten weiterhin von den Personengesellschaften nur die OG zur Verfügung. Neu eingeführt wurde die Möglichkeit der Gründung einer Kapitalgesellschaft, jedoch nur die Rechtsform der GmbH und keine sonstige.

„Ziele der Neuregelung waren:

- für Patienten: ein erleichterter und verbesserter Zugang zur ambulanten Medizin;
- für Ärzte: die Möglichkeit, sich (endlich) gesellschaftsrechtlich sinnvoll als GmbH zusammenschließen zu können;

<sup>44</sup> BGBl I 2005/120.

<sup>45</sup> BGBl 1990/257.

<sup>46</sup> BGBl 2010/61.

- für Spitalsärzte: eine Entlastung der Spitalsambulanzen und damit einer Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen;
- weiters: eine EU-konforme Regelung hinsichtlich der „Markt-Zulassung“ von Ambulatorien.<sup>47</sup>

#### **4. Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung**

In den nachfolgenden Ausführungen soll nicht auf alle Merkmale und Probleme einer GmbH im Einzelnen eingegangen werden, sondern vielmehr nur auf jene, die für die zu diskutierende Ärzte-GmbH relevant sind. Zu Beginn wird die Gesellschaft mit beschränkter Haftung näher erläutert und anschließend auf die Besonderheiten einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Zusammenhang mit Ärzten näher eingegangen.

##### **4.1 Allgemein**

###### **4.1.1 Begriff**

Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) stammt eigentlich aus dem deutschen Recht und wurde in Österreich 1906 eingeführt.<sup>48</sup> Im GmbH-Gesetz ist keine genau Definition einer GmbH zu finden. Aus den verschiedenen Bestimmungen, aber die im Gesetz genannt werden, kann eine Definition abgeleitet werden. *„Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit und Unternehmer kraft Rechtsform, an der die Gesellschafter mit Stammeinlagen beteiligt sind, ohne für Geschäftsverbindlichkeiten persönlich zu haften.“*<sup>49</sup>

###### **4.1.2 Charakteristika**

Die GmbH zählt zu den Kapitalgesellschaften. Wie sich bereits aus dem Namen ergibt, ist das Wesentliche dieser Gesellschaften das „Kapital“, also die von den Gesellschaftern eingebrachte Stammeinlage. Im Gegensatz zu den Personengesellschaften handelt es sich bei einer Kapitalgesellschaft um eine juristische Person. Aus § 61 GmbHG ergibt sich, dass die GmbH selbst Träger von Rechten und Pflichten ist, d.h. die Gesellschaft selber kann

<sup>47</sup> Stärker, Die Ärzte-GmbH (Teil 1), RdM 2011, 36.

<sup>48</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> (2007), Allg Einl Rz 1.

<sup>49</sup> Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>6</sup> (2008), S 3 Rz 5.

etwa Eigentum erwerben und vor Gericht klagen und geklagt werden. Da die GmbH selbst juristische Person ist und z.B. Eigentum erwerben kann, hat sie eigenes Vermögen. Dieses Vermögen der GmbH ist nicht identisch mit dem Vermögen der an ihr beteiligten Gesellschafter. Aus dieser Trennung des Vermögens ergibt sich auch eine Trennung der Haftung (§ 61 Abs 2 GmbHG). Die Gesellschafter haften grundsätzlich nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft.<sup>50</sup> Gemäß § 2 UGB<sup>51</sup> ergibt sich, dass GmbHs kraft Rechtsform bereits Unternehmer sind.

### **4.1.3 Gründungsvoraussetzungen**

#### **4.1.3.1 Vorgesellschaft**

§ 2 Abs 1 GmbHG stellt klar, dass eine GmbH erst mit Firmenbucheintragung entsteht. Es stellt sich also die Frage, welche Rechtsbeziehung vor der Eintragung im Firmenbuch besteht wenn bereits ein Gesellschaftsvertrag zwischen den Gesellschaftern abgeschlossen wurde. Der OGH<sup>52</sup> bezeichnet den Zustand zwischen Abschluss eines Gesellschaftsvertrages und Firmenbucheintragung als sog. Vorgesellschaft. Im Gesetz ist keine Legaldefinition einer Vorgesellschaft zu finden. Die Meinung über die Rechtsnatur der Vorgesellschaft hat sich im Laufe der Zeit sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre verändert. Anfangs gingen beide davon aus, dass es sich bei der Vorgesellschaft um eine GesbR oder OG handelt.<sup>53</sup> Der OGH<sup>54</sup> befasste sich 1995 mit der Rechtsnatur der Vorgesellschaft. Er stellte fest, dass die Vorgesellschaft in keine der bereits bestehenden Gesellschaftstypen passt. Sie ist eine Gesellschaftsform eigener Art („Gesellschaft sui generis“) und unterliegt daher einem „Sonderrecht“. Dieses Sonderrecht ergibt sich aus den im Gesetz und im Gesellschaftsvertrag genannten Gründungsvorschriften und (falls die Eintragung nicht vorausgesetzt ist), auch aus den Vorschriften des GmbHG.<sup>55</sup> In der Lehre finden sich unterschiedliche Meinungen zur Rechtsstellung und Natur der Vorgesellschaft.

<sup>50</sup> Nowotny, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2009), 27.

<sup>51</sup> Früher ergab sich aus dem § 61 Abs 3 GmbHG, dass eine GmbH Unternehmer kraft Rechtsform ist. Durch die Einführung des Unternehmensgesetzbuches (UGB) wurde dieser Umstand in § 2 UGB aufgenommen und der § 61 Abs 3 GmbHG aufgehoben.

<sup>52</sup> Z.B. OGH 05.05.1981, 5 Ob 570/81 oder OGH 10.12.1998, 8 Ob S162/98a.

<sup>53</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 2 Rz 5.

<sup>54</sup> OGH 13.07.1995, 6Ob 570/94.

<sup>55</sup> OGH 13.07.1995, 6Ob 570/94; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 2, Rz 5, 6.

Der einen Teil der Lehre<sup>56</sup> geht, wie oben erläutert und dem OGH folgend von einem „Sonderrecht“ aus, der andere Teil der Lehre<sup>57</sup> geht nicht mehr davon aus, dass es sich um eine eigene bzw. neue Gesellschaftsform handelt, sondern sieht die Vorgesellschaft als eine notwendige Vorstufe der Kapitalgesellschaft und diese somit mit ihr als ident an. (Identitätstheorie).<sup>58</sup> Es läge demnach nicht - wie früher angenommen - eine Teilrechtsfähigkeit vor, sondern volle Rechtsfähigkeit auch für die Vorgesellschaft.<sup>59</sup>

#### 4.1.3.2 Gesellschaftsvertrag

Der Gesellschaftsvertrag begründet (wie oben schon erläutert) die Vorgesellschaft und ist gem. § 3 Abs 1 GmbHG Voraussetzung für die Eintragung der GmbH in das Firmenbuch. Der Gesellschaftsvertrag ist ein Rechtsgeschäft zwischen den Gesellschaftern. Da es sich um einen Vertrag handelt, müssen mindestens zwei Gesellschafter daran beteiligt sein.<sup>60</sup> Um Gesellschafter einer GmbH zu sein, muss Rechtsfähigkeit vorliegen. Dies gilt für alle natürlichen, juristischen Personen und Personengesellschaften, nicht jedoch für die GesbR.<sup>61</sup> Der überwiegende Teil der Lehre<sup>62</sup> erkennt im Gesellschaftsvertrag eine Doppelnatur. Einerseits werden durch ihn schuldrechtliche Beziehungen begründet, andererseits ist er Voraussetzung für die Eintragung und somit für die Gründung einer juristischen Person, er regelt die Beziehung und Organisation der Gesellschafter zur Gesellschaft (= Organisationsvertrag).<sup>63</sup> Aufgrund der Regelungen betreffend die Gesellschafter, Organe, Vertretung nach innen und nach außen und sonstige Organisation der Gesellschaft ist der Gesellschaftsvertrag auch als „Verfassung der GmbH“ zu sehen.

<sup>56</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 2, Rz5, *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 1, Fn 519, *Kastner/Doralit Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrecht (1990), S 30.

<sup>57</sup> *Krejci*, Gesellschaftsrecht I, 60f, *Weilinger*, Zur rechtlichen Einordnung der „Vorgesellschaft“- vor allem zur Vor-GmbH und Vor-AG (II), GesRZ 1996, 230, *Grünwald*, Gedanken zum Verhältnis zwischen der Vorgesellschaft und der „fertigen“ Kapitalgesellschaft, GesRZ 1996, 22f.

<sup>58</sup> *Krejci*, Gesellschaftsrecht I, 60f, *Pfleger*, Die falsa procuratio im Wandel- Haftung des Scheinvertreters nach dem Entfall des Art 8 Nr. 11 EVHGB und Auswirkungen auf verwandte Rechtsgebiete (2009), 154. Ausführliche Auseinandersetzung mit der Vorgesellschaft als Gesellschaft sui generis oder Identitätstheorie auch Steinberg (Rechtsordnung und Gründerhaftung in der Vor-GmbH)121ff.

<sup>59</sup> *Krejci*, Gesellschaftsrecht I, 62; *Pfleger*, Die falsa procuratio im Wandel - Haftung des Scheinvertreters nach dem Entfall des Art 8 Nr. 11 EVHGB und Auswirkungen auf verwandte Rechtsgebiete (2009) 154.

<sup>60</sup> *Rummel in Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup>, § 861 Rz 2 mwN.

<sup>61</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 3 Rz5.

<sup>62</sup> *Aicher/Felts in Straube* (Hrsg.), GmbHG, § 3 Rz 14 (Stand 2010); *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), 3 Rz 38; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005), 44ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 3 Rz 8.

<sup>63</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 3 Rz 8.

Diese ist auch für alle neu eintretenden Gesellschafter gültig.<sup>64</sup> Die Form des Gesellschaftsvertrages ergibt sich aus § 4 Abs 3 GmbHG. Das Gesetz spricht von einer Beurkundung durch einen Notariatsakt. Hierbei hat sich der Gesetzgeber etwas unglücklich ausgedrückt. In Österreich gibt es die Urkundenform der „Beurkundung“ (§ 76 NO) und den „Notariatsakt“ (§ 52 NO). Nach überwiegender Lehre ist die notarielle Beurkundung nicht ausreichend und ein Notariatsakt Pflicht für den Gesellschaftsvertrag. Dies vor allem aus Beweisgründen und zum Schutz der Gesellschafter.<sup>65</sup> Ebenfalls zulässig zur Errichtung eines Gesellschaftsvertrages ist die Solennisierung. Hier wird der eigentliche Vertrag von einem Anwalt errichtet und vom Notar nur notariell bekräftigt.<sup>66</sup>

Der Mindestinhalt eines Gesellschaftsvertrages ergibt sich aus § 4 Abs 1 GmbHG.

#### **4.1.3.2.1 Firma**

Die Firma ist der in das Firmenbuch eingetragene Name eines Unternehmers, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.<sup>67</sup> Die Firma darf nicht in die Irre führen<sup>68</sup> und muss Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft haben.<sup>69</sup> Die Kennzeichnungseignung hat sogenannte Namenfunktion, d.h. der Unternehmer wird generell benannt, er erhält einen Namen, der im Verkehr auch als solcher verstanden wird.<sup>70</sup> Die Unterscheidungskraft dient der Individualisierung, d.h. gerade durch diesen Namen kann man den Unternehmer von anderen unterscheiden.<sup>71</sup> Heutzutage sind Personenfirmen, Sachfirmen, gemischte Firmen und sog. Fantasiefirmen zulässig. Diese Auswahl an Möglichkeiten ist durch das Irreführungsverbot begrenzt. Dieses bezieht sich auf die gesamte Firma, diese darf zu keinem Zeitpunkt für eine Täuschung geeignet sein (Grundsatz der Firmenwahrheit).<sup>72</sup> Das Gesetz besagt, dass über geschäftliche Verhältnisse,

<sup>64</sup> Aicher/Felts in Straube (Hrsg.), GmbHG, § 3 Rz 14 (Stand 2010); Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), 3 Rz 38; Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005), 44ff, Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 3 Rz 8.

<sup>65</sup> Aicher/Felts in Straube (Hrsg.), GmbHG, § 4 Rz 50f (Stand 2010), Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), 24 Rz 39f; Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005), 49; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 4 Rz 22.

<sup>66</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 4 Rz 22; Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), 26 Rz 42.

<sup>67</sup> § 17 Abs 1 UGB.

<sup>68</sup> § 18 Abs 2 UGB.

<sup>69</sup> § 18 Abs 1 UGB.

<sup>70</sup> Dehn in Krejci, RK UGB, § 18, Rz 19, Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 5 Rz 7.

<sup>71</sup> Dehn in Krejci, RK UGB, § 18, Rz 24, Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 5 Rz 8.

<sup>72</sup> Ratka in Straube (Hrsg.), GmbHG, § 5 Rz 31.

die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, nicht in die Irre geführt werden darf. Die geschäftlichen Verhältnisse sind sehr weit auszulegen (es kann aber auf den § 2 Abs 1 UWG zurückgegriffen werden).<sup>73</sup> Diese geschäftlichen Verhältnisse müssen wesentlich sein, und zwar für die Personen, gegenüber denen der Unternehmer im Geschäftsverkehr auftritt.<sup>74</sup> Der § 5 GmbHG führt ein weiteres zwingendes Merkmal einer Firma an und zwar den zwingenden Rechtsformzusatz. In jedem Firmennamen muss der Zusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder die Abkürzung „GmbH“ enthalten sein. Handelt jemand für die Gesellschaft, gibt dies aber nicht an, dann kann eine persönliche Haftungspflicht nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen desjenigen entstehen, da sein Erklärungsgegner annehmen kann, es handelt sich um einen unbeschränkt haftenden Einzelunternehmer.<sup>75</sup>

#### 4.1.3.2.2 Sitz

Als Sitz der Gesellschaft ist der Ort zu bestimmen, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, an dem sich die Geschäftsleitung befindet oder an dem die Verwaltung geführt wird.<sup>76</sup> In einer Entscheidung des OGH<sup>77</sup> bestimmt dieser ausgehend von der deutschen Rechtsprechung des damaligen Reichsgerichts<sup>78</sup> und der überwiegenden deutschen Lehre<sup>79</sup>, dass der Sitz immer in einer bestimmten politischen Gemeinde liegen muss. Die Gemeinde muss genau bestimmt werden, es kann auch nur ein bestimmter Teil einer Gemeinde als Sitz angegeben werden, wenn dieser für die Verkehrsauffassung geeignet ist. Der § 5 Abs 4 GmbHG (dieser wurde mit dem HaRÄG 2005 aufgehoben) bestimmte, dass sich der Sitz im Inland befinden musste. Der § 5 Abs 2 GmbHG entspricht dem § 5 AktG, zu diesem wurde festgelegt, dass als Ort nur ein inländischer Ort gewählt werden kann.<sup>80</sup> Über die

<sup>73</sup> *Dehn in Krejci*, RK UGB, § 18 Rz 34; *Schuhmacher/Fuchs in Straube*, UGB, § 18 Rz 51; *Heidinger in MünchKomm*, HGB I<sup>2</sup>, § 18 Rz 48.

<sup>74</sup> *Dehn in Krejci*, RK UGB, § 18 Rz 35.

<sup>75</sup> *Ratka in Straube* (Hrsg.), GmbHG, § 5 Rz 40.

<sup>76</sup> § 5 Abs 2 GmbHG.

<sup>77</sup> OGH 27.08.1992, 6 OB 19/92.

<sup>78</sup> RG 27.10.1904, RGZ 59,106, RG 09.12.1907, RGZ 67, 101.

<sup>79</sup> z.B. *Rittner* oder *Hueck*.

<sup>80</sup> *Jabornegg/Strasser*, AktG fl., § 5 Rz 9, 16, *Nowotny in Kalass/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 4/125.

Anzahl der erlaubten Sitze lässt sich aus der Bestimmung des § 5 Abs 2 GmbHG ableiten, dass in Österreich nur ein Sitz für eine Gesellschaft zulässig ist.<sup>81</sup>

#### 4.1.3.2.3 Gegenstand des Unternehmens

Der Gegenstand des Unternehmens (§ 4 Abs 1 Z 2 GmbHG) und der Zweck des Unternehmens (§ 1 Abs 1 GmbHG) sind zu unterscheiden. Beim Zweck des Unternehmens handelt es sich um das, was die Gesellschafter gemeinsam erreichen wollen, also um ihr Ziel.<sup>82</sup> Der Gegenstand des Unternehmens beschreibt das Umfeld und die Art der Tätigkeit, mit der die GmbH ihren Zweck erreichen will.<sup>83</sup> In den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen ist aber nur der Gegenstand des Unternehmens und nicht der Gesellschaftszweck. Es war schnell klar, dass der Gegenstand des Unternehmens eindeutig<sup>84</sup> umschrieben werden muss, wie eindeutig war jedoch länger nicht eindeutig bestimmt. Der Unternehmensgegenstand muss klar erkennen lassen, was die Gesellschaft genau tut, in welchem Bereich ihre Tätigkeit liegt, wo die Gesellschaft ihren Schwerpunkt gesetzt hat. Die Verwendung von reinen Floskeln hinsichtlich des Unternehmensgegenstands ist nicht als eindeutig anzusehen und dürfen somit nicht als solcher verwendet werden.<sup>85</sup> Grenzen für den Unternehmensgegenstand bildet ebenso wie für den Gesellschaftszweck die Erlaubnis durch die Gesetze und die guten Sitten.<sup>86</sup> Obwohl das GmbHG den Gegenstand des Unternehmens zum Mindestinhalt eines Gesellschaftsvertrages zählt und dieser eben Voraussetzung für die Gründung einer GmbH ist, gilt dies nicht für die Eintragung im Firmenbuch. Gem. § 3 Abs 1 Z 5 FBG bedarf es für die Eintragung nur einer kurzen Bezeichnung des Geschäftszweiges und dies auch nur basierend auf eigenen Angaben und nicht auf der Eintragung des Unternehmensgegenstandes.<sup>87</sup>

<sup>81</sup> Ratka in Straube (Hrsg), GmbHG, § 5 Rz 75.

<sup>82</sup> Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), 46, Rz 94.

<sup>83</sup> Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), 46, Rz 94.

<sup>84</sup> JBI 1970, 317 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 4 Rz 6; Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), S 47, Rz 97f.

<sup>85</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 4 Rz 6 mwN; Gellis/Feil, Kommentar zum GmbHG<sup>7</sup>, (2009), § 4, Rz 7.

<sup>86</sup> Gellis/Feil, Kommentar zum GmbHG<sup>7</sup>, (2009), § 4 Rz 7 mwN; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 1 Rz 9ff.

<sup>87</sup> Gellis/Feil, Kommentar zum GmbHG<sup>7</sup>, (2009), § 4 Rz 7; Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), 46 Rz 96.

#### 4.1.3.2.4

#### Stammkapital

Ein weiterer Mindestinhalt eines Gesellschaftsvertrages ist gem. § 4 Abs 1 Z 3 GmbHG die Höhe des Stammkapitals. Das Stammkapital ist das Kapital der Gesellschaft, auf welches in Haftungsfällen zurückgegriffen werden kann. Das Stammkapital ergibt sich aus allen Stammeinlagen<sup>88</sup> der Gesellschafter und muss mindestens EUR 35.000 (seit 01.07.2013 EUR 10.000<sup>89</sup> und nunmehr wieder geändert auf EUR 35.000, jedoch mit der Möglichkeit der Gründung einer gründungsprivilegierten GmbH<sup>90</sup> mit einem Stammkapital von EUR 10.000 für die nächsten zehn Jahre<sup>91</sup>) betragen. Wie hoch jedoch das Stammkapital jeder einzelnen Gesellschaft wirklich ist, ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag. Es wird zwar vom Gesetz EUR 35.000 an Kapital gefordert, dies heißt jedoch nicht, dass die Gesellschaft auch soviel „Bares“ tatsächlich besitzt. Vom Stammkapital zu unterscheiden ist das Gesellschaftsvermögen. Das Stammkapital ist eine fixe Größe (Vermögenswert), die auf der Passivseite der Bilanz ausgewiesen wird. Das Gesellschaftsvermögen hingegen ist variabel, es setzt sich aus allen Vermögenswerten der Gesellschaft zusammen und wird daher auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesen.<sup>92</sup> Der § 6a GmbHG regelt die Bareinlagen, die von den Gesellschaftern wirklich zu leisten sind. Er besagt, dass mindestens die Hälfte des Stammkapitals in bar zu leisten ist (also mindestens EUR 17.500)<sup>93</sup> hiervon gibt es Ausnahmen, bei welchen diese Grenze weiter unterschritten werden darf, was bedeutet, dass das Stammkapital in Bareinlagen und in Sacheinlagen geleistet werden kann. Es gibt jedoch erhebliche Unterschiede bei der Leistung von Bareinlagen und Sacheinlagen. Bareinlagen müssen immer in Bargeld durch Einzahlung auf das Gesellschaftskonto erfolgen.<sup>94</sup> Jeder Gesellschafter, der seine Stammeinlage als Bareinlage erbringt, muss davon mindestens ein Viertel, jedenfalls aber EUR 70 einzahlen (§ 10 Abs 1 GmbHG). Sacheinlagen sind alle anderen Einlagen außer Bargeld, also alles was einen selbständigen Vermögenswert hat, im Rechtsverkehr steht und dessen

<sup>88</sup> siehe Näheres im folgenden Unterpunkt.

<sup>89</sup> BGBl I Nr 109/2013; Gesellschaftsrechts -Änderungsgesetz 2013 (GesRÄG 2013).

<sup>90</sup> Reich-Rohrwig, GmbH alt/neu/gründungsprivilegiert Novelle zum GmbH-Gesetz seit 01.03.2014 in Kraft, ecolex 2014 295.

<sup>91</sup> BGBl I Nr 13/2014, Abgabenrechtsänderungsgesetz 2014.

<sup>92</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 4 Rz 11; Gellis/Feil, Kommentar zum GmbHG7, § 6 Rz 1.

<sup>93</sup> seit 01.07.2013 auch EUR 5.000 möglich.

<sup>94</sup> Gellis/Feil, Kommentar zum GmbHG7, § 6 Rz 4.

wirtschaftlicher Wert feststellbar ist.<sup>95</sup> Der Grundgedanke der Kapitalaufbringung durch das Stammkapital, welches als Ausgleich der Gesellschaft mit beschränkter Haftung verstanden werden kann, also zum Schutz der Gläubiger zu erbringen ist, kann durch die Sacheinlage gefährdet sein. § 6 Abs 4 GmbHG schreibt vor, dass Sacheinlagen im Einzelnen genau und vollständig festzusetzen sind. Oft werden Sacheinlagen mit einem höheren Wert als tatsächlich in ihnen verkörpert ist angesetzt; dies hat ein zu geringes Stammkapital zur Folge.<sup>96</sup>

#### **4.1.3.2.5 Stammeinlage**

Als letzten vom Gesetz geforderten Mindestinhalt eines Gesellschaftsvertrages ergibt sich aus § 4 Abs 1 Z 4 GmbHG die Stammeinlage. Die Summe aller Stammeinlagen der Gesellschafter ergibt das Stammkapital. Jeder an der Gesellschaft beteiligte Gesellschafter muss eine Stammeinlage von mindestens einem Viertel, verpflichtend aber einen Betrag von EUR 70 leisten. Aus dem Gesetz ergibt sich weiters, dass jeder Gesellschafter nur eine Stammeinlage übernehmen darf (§ 6 Abs 3 GmbHG), diese hat zwar eine Untergrenze (EUR 70), jedoch keine Obergrenze (§ 6 Abs 1 GmbHG), und die Stammeinlage kann von Gesellschafter zu Gesellschafter unterschiedlich sein (§ 6 Abs 2 GmbHG). Weitere wichtige Bestimmungen zur Stammeinlage ergeben sich aus den §§ 63 - 71 GmbHG. Auch hier muss wieder zwischen Stammeinlage und Geschäftsanteil unterschieden werden. Wie bereits oben erklärt handelt es sich bei der Stammeinlage um einen Teil des Stammkapitals und um einen Vermögenswert, der von jedem einzelnen Gesellschafter geleistet werden muss. Der Geschäftsanteil gibt Auskunft über alle Rechte und Pflichten, die ein Gesellschafter bezüglich der Gesellschaft besitzt.<sup>97</sup> Der Wert eines Geschäftsanteils lässt sich nur durch den erzielbaren Preis bei einem exekutiven Verkauf oder einer Übertragung bestimmen. Der Wert ist ständigen Änderungen ausgesetzt und abhängig vom gesamten Gesellschaftsvermögen.<sup>98</sup> Stammeinlage und Geschäftsanteil stehen jedoch in einem sehr engen Zusammenhang.

<sup>95</sup> *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG<sup>7</sup>, § 4 Rz 5; OGH 18.03.2003, 1 Ob 253/03t; *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), 52 Rz 110.

<sup>96</sup> *Van Husen/Krejci* in *Straube* (Hrsg.), GmbHG, § 6 Rz 31.

<sup>97</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 4 Rz 14; *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG<sup>7</sup>, § 63 Rz 1, 2.

<sup>98</sup> *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG<sup>7</sup>, § 63 Rz 1; OGH 24.11.1992, 4 Ob 550/92.

### 4.1.3.3 Anmeldung und Eintragung

Die Voraussetzungen für die Eintragung der Gesellschaft ins Firmenbuch ergeben sich aus verschiedenen gesetzlichen Vorschriften, sowohl aus dem FBG als auch aus dem GmbHG.<sup>99</sup> Der § 3 Abs 1 GmbHG nennt zwei Voraussetzungen die für die Eintragung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorliegen müssen: Einerseits ein abgeschlossener Gesellschaftsvertrag und andererseits die Bestellung der Geschäftsführer. Jede Eintragung ins Firmenbuch bedarf zuvor einer Anmeldung (§ 9 Abs 1 GmbHG). Die Anmeldung (Antrag) muss schriftlich erfolgen, dies ist vor allem abzuleiten aus dem § 9 Abs 1 GmbHG, der besagt, dass alle Geschäftsführer die Anmeldung unterzeichnen müssen und ferner aus § 16 Abs 1 FBG, der die Schriftform explizit im Gesetzestext nennt.<sup>100</sup> Die Anmeldung muss zwar durch alle Geschäftsführer erfolgen, diese sind aber nicht die Anmelder, sondern die Gesellschaft selbst (auch ersichtlich aus § 15 Abs 2 FBG).<sup>101</sup> Der Anmeldung sind Unterlagen beizufügen, und zwar einerseits ein Gesellschaftsvertrag in notarieller Ausfertigung (§ 9 Abs 2 Z 1 GmbHG) und andererseits die Urkunden über die Bestellung der Geschäftsführer und gegebenenfalls des Aufsichtsrates in beglaubigter Form (§ 9 Abs 1 Z 2 GmbHG).<sup>102</sup>

### 4.1.4 Organe

#### 4.1.4.1 Gesellschafter

Bereits im Abschnitt über den Gesellschaftsvertrag<sup>103</sup> wurde auf die Gesellschafter eingegangen. Wie oben ausgeführt muss Rechtsfähigkeit vorliegen. Die Gesellschafter müssen Rechte und Pflichten übernehmen können, das gilt grundsätzlich für alle natürlichen und juristischen Personen. Dazu zählen unter anderem Personengesellschaften, Vereine, Genossenschaften, Privatstiftungen, EWIV, Einzelkaufleute unter ihrer Firma, Minderjährige mit Zustimmung beider Eltern und Verlassenschaften mit pflegschafts- bzw.

<sup>99</sup> So vor allem §§ 3, 9, 11 GmbHG und §§ 3, 5 FBG.

<sup>100</sup> *Petrasch/Verweijen* in Straube (Hrsg.), GmbHG, § 9 Rz 10 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 9 Rz 5.

<sup>101</sup> *Petrasch/Verweijen* in Straube (Hrsg.), GmbHG, § 9 Rz 10; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 9 Rz 4.

<sup>102</sup> Das Anmeldungen zum Firmenbuch grundsätzlich in beglaubigter Form einzureichen sind, ergibt sich auch aus § 16 FBG; *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, Firmenbuchgesetz, § 16 Rz 15.

<sup>103</sup> 4.1.3.2.

abhandlungsgerichtlicher Bewilligung<sup>104</sup>, nicht jedoch eine GesbR.<sup>105</sup> Nicht nur inländische natürliche oder juristische Personen dürfen an einer österreichischen GmbH beteiligt sein, sondern auch ausländische natürliche oder juristische Personen (auch ohne Niederlassung in Österreich oder inländische staatliche Zulassung).<sup>106</sup>

#### 4.1.4.2 Geschäftsführer

Bei der GmbH handelt es sich – wie oben schon näher erläutert – um eine juristische Person, d.h. damit sie im Geschäftsverkehr handlungsfähig ist, bedarf es natürlicher Personen. Verliert die natürliche Person ihre Handlungsfähigkeit, kann sie ex lege kein Geschäftsführer der GmbH sein.<sup>107</sup> Jede GmbH muss einen bzw. mehrere Geschäftsführer haben, es handelt sich also um ein notwendiges Organ<sup>108</sup>, das schon während der Vorgesellschaft existieren muss.<sup>109</sup> Geschäftsführer können auf zwei<sup>110</sup> unterschiedliche Arten bestellt werden, entweder bereits im Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschafter. § 15 Abs 1 S 4 GmbHG ermöglicht die Bestellung von Geschäftsführern im Gesellschaftsvertrag, aber nur so lange sie auch Gesellschafter der GmbH sind.<sup>111</sup> Die üblichere Art der Bestellung von Geschäftsführern ist jene durch Gesellschafterbeschluss (§ 15 Abs 1 S 3 GmbHG). Aufgrund der Tatsache, dass im Gesellschaftsvertrag nur Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt werden können, bleibt für alle anderen nur die Bestellung durch Gesellschafterbeschluss übrig.<sup>112</sup> Die hM<sup>113</sup> erkennt in der Bestellung eines Geschäftsführers einen Vertrag, der erst durch die Annahme des Betroffenen zu Stande kommt. Mit der Bestellung erhält der Geschäftsführer seine Rechte und Pflichten.<sup>114</sup>

<sup>104</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 1/16; Kalass/Nowotny/Schauer (Hrsg.), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 4/26.

<sup>105</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 3 Rz 5.

<sup>106</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 1/17; Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg.), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 4/26; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 3 Rz 5.

<sup>107</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 2 Fn20.

<sup>108</sup> § 15 Abs 1 S 1 GmbHG besagt, eine GmbH muss einen oder mehrere Gesellschafter haben.

<sup>109</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 15 Rz 5 f; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 2/25 f.

<sup>110</sup> Gem. § 15 Abs 3 gibt es eine dritte Möglichkeit der Bestellung, und zwar durch den Bund, ein Land oder eine andere öffentlich rechtliche Körperschaft. Diese Form findet in der Praxis keine große Beachtung.

<sup>111</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 2/45; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 15 Rz 8.

<sup>112</sup> hM. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 2/46, Straube/Radka/Stöger/Völkl in Straube (Hrsg.), GmbHG, § 15 Rz 31.

<sup>113</sup> Koppensteiner/Rüffler, Reich-Rohrwig, Straube/Radka/Stöger/Völkl in Straube

<sup>114</sup> Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg.), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 4/146; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 15 Rz 16.

Die Geschäftsführer haben zwei wesentliche Aufgaben, zum einen die Geschäftsführung der Gesellschaft (nach Innen) und zum anderen die Vertretung (nach Außen).

*„Die Geschäftsführung obliegt den Geschäftsführern. Die Geschäftsführung umfasst sämtliche Maßnahmen und Vorkehrungen, die notwendig sind, um den Gesellschaftszweck mit den der Gesellschaft zur Verfügung stehenden personellen, sachlichen und finanziellen Mitteln zu erreichen. Die Grenzen der Geschäftsführung ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag, insb. dem Unternehmensgegenstand, Weisungen der Generalversammlung und des Aufsichtsrates und Zustimmung anderer Organe. Ebenso kann der Anstellungsvertrag Beschränkungen enthalten.“<sup>115</sup>*

Die einzelnen Aufgaben des Geschäftsführers bzw. der Geschäftsführer ergeben sich aus verschiedenen gesetzlichen Normen. Zu ihnen zählen etwa die Anmeldungen zur Eintragung im Firmenbuch, Buchführungspflichten, Erstellung von Jahresabschlüssen, Einberufung der Generalversammlung, Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der GmbH.<sup>116</sup> Beschränkungen der Geschäftsführertätigkeiten können durch Beschlüsse der Gesellschafter, jedoch nicht von den einzelnen Gesellschaftern allein erfolgen. Die Weisungen können alle Bereiche der Geschäftsführung betreffen (es gibt keinen weisungsfreien Mindestbereich).<sup>117</sup>

Eine weitere Aufgabe der Geschäftsführer ist die Vertretung (organschaftliche Vertretung) der Gesellschaft nach außen. Bei der Vertretung handelt es sich also um ein rechtliches Können nach Außen gegenüber Dritten (z.B. Geschäftspartner, Verwaltungsbehörden, Arbeitnehmer, Prokuristen, Gesellschaftern).<sup>118</sup> Gem. § 18 Abs 1 GmbHG ist die Gesellschaft von den Geschäftsführern gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Diese Vertretungsbefugnis kann im Gegensatz zur Geschäftsführungsbefugnis nicht beschränkt werden (§ 20 Abs 2 GmbHG). Die Beschränkungen (z.B. durch den Gesellschaftsvertrag) haben nur Wirkung auf das Innenverhältnis. D.h. auch falls es dem Geschäftsführer intern verboten ist etwa gewisse Geschäfte abzuschließen, sind sie gegenüber dem Vertragspartner voll gültig (§ 19 Abs 1 GmbHG). Die Regelung des § 18 Abs 2 GmbHG, die besagt, dass

<sup>115</sup> Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg.), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 4/177. Beschränkungen ergeben sich auch aus § 20 Abs 1 GmbHG.

<sup>116</sup> Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 20 Rz 3; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 2/268 ff.

<sup>117</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 2/259; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 20 Rz 9; Gellis/Feil, Kommentar zum GmbHG<sup>7</sup>, § 20 Rz 5.

<sup>118</sup> Torgler in Straube (Hrsg.), GmbHG, § 18 Rz 5.

alle Geschäftsführer der Gesellschaft gemeinsam tätig werden müssen, um eine gültige Willenserklärung der Gesellschaft abzugeben ist, im Gegensatz zu § 18 Abs 1 GmbHG abdingbar (z.B. durch den Gesellschaftsvertrag). Der Gesellschaftsvertrag kann jede denkbare und sinnvolle Vertretungskombination oder Einzelvertretungsbefugnis beinhalten.<sup>119</sup> Zur Entgegennahme von Vorladungen, Zustellungen, Erklärungen usw. ist gem. § 18 Abs 4 GmbHG jeder Geschäftsführer einzeln berechtigt („passive Vertretung“).<sup>120</sup>

Durch Beschluss der Gesellschafter kann die Bestellung zum Geschäftsführer – unbeschadet von Entschädigungsansprüchen auf bestehende Verträge - jederzeit widerrufen werden.<sup>121</sup> Für diesen Gesellschafterbeschluss bedarf es nach der Eintragung ins Firmenbuch weder der Angabe von Gründen noch einer erhöhten Stimmenmehrheit (es sei denn, es gibt andere Regelungen im Gesellschaftsvertrag).<sup>122</sup> Die Abberufung des Geschäftsführers (ob im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss bestellt) ist nicht als Änderung des Gesellschaftsvertrages zu sehen.<sup>123</sup>

#### **4.1.5 Haftung**

Die Haftung ist einer der wichtigsten Punkte für die Charakterisierung einer GmbH. Aus dem Namen „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ ergibt sich bereits die Besonderheit der Haftung. Gesellschafter einer GmbH haften nicht mit ihrem ganzen (privaten) Vermögen, sondern nur beschränkt mit ihrer Stammeinlage. In welchem Stadium wer und wann für Verbindlichkeiten zu haften hat, soll in den nachfolgenden Punkten erläutert werden.

<sup>119</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 2/201.

<sup>120</sup> Fritz, Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich (2007), 810, Rz 2557; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 2/195.

<sup>121</sup> § 16 Abs 1 GmbHG.

<sup>122</sup> Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), Rz 199; Gellis/Feil, GmbHG<sup>7</sup>, § 16 Rz 1f.

<sup>123</sup> Gellis/Feil, GmbHG<sup>7</sup>, § 16 Rz 1, Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 2/599, 2/626.

#### 4.1.5.1 Haftung im Stadium der Vorgesellschaft

##### 4.1.5.1.1 Gründerhaftung

Die Gründerhaftung spielt nur eine Rolle während des Bestehens der Vorgesellschaft.<sup>124</sup> Bei der Gründerhaftung handelt es sich somit um eine Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft. Diese Gründerhaftung ist von der unmittelbaren Haftung des Handelnden nach § 2 Abs 1 S 2 GmbHG zu unterscheiden.<sup>125</sup> Ebenfalls zu unterscheiden ist die Haftung der Gründer nach innen und nach außen, wobei beide Formen der Haftung strittig sind. Die Haftung der Gründer nach außen<sup>126</sup> ist zwar dem Grunde nach strittig, wird aber von der überwiegenden Lehre<sup>127</sup> verneint. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Gründer für keinerlei Haftung herangezogen werden können. So spricht sich der überwiegende Teil der Lehre<sup>128</sup> für eine Innenhaftung aus. Die Innenhaftung der Gesellschafter ist auch als Verlustdeckungshaftung oder Unterbilanzhaftung bekannt. Wenn zum Zeitpunkt der Eintragung das Vermögen der Gesellschaft unter dem im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Stammkapital liegt müssen die Gründer die Differenz leisten.<sup>129</sup> Diese Haftung kann z.B. nach *Ostheim*<sup>130</sup>, *Koppensteiner*<sup>131</sup> oder *Reich-Rohrwig*<sup>132</sup> die Stammeinlage auch übersteigen, der Gründer haftet dafür also unbeschränkt. Anders *Weilinger*, er erkennt ebenfalls eine Innenhaftung der Gründer einer GmbH, jedoch sieht er darin keine unbeschränkte Haftung sondern eine auf die Stammeinlage begrenzte Haftung.<sup>133</sup>

<sup>124</sup> Ab der Eintragung der GmbH ins Firmenbuch ist § 61 Abs 2 GmbHG anwendbar.

<sup>125</sup> *Fantur*, *ecolex* 1998, 138, OGH 22.10.1987, 6 Ob 659/85, WBI 1988, 25.

<sup>126</sup> Unbeschränkte und persönliche Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber den Gläubigern.

<sup>127</sup> *Weilinger*, Zur rechtlichen Einordnung der „Vorgesellschaft“ - vor allem zur Vor-GmbH und Vor-AG (II), *GesRZ* 1996, 234, *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 2, Rz 25, *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 1/541.

<sup>128</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 2, Rz 24f; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 1/541f; *Weilinger*, Zur rechtlichen Einordnung der „Vorgesellschaft“ - vor allem zur Vor-GmbH und Vor-AG (II), *GesRZ* 1996, 234.

<sup>129</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 1/537; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 2 Rz 37; *Ostheim*, Probleme der Vorgesellschaft bei der GmbH, *JB* 1978, 337ff.

<sup>130</sup> *Ostheim*, Probleme der Vorgesellschaft bei der GmbH, *JB* 1978, 337ff.

<sup>131</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 2 Rz 37.

<sup>132</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 1/537.

<sup>133</sup> *Weilinger*, Zur rechtlichen Einordnung der „Vorgesellschaft“ - vor allem zur Vor-GmbH und Vor-AG (II), *GesRZ* 1996, 234.

#### 4.1.5.1.2 **Handelndenhaftung**

Den Fall, dass während der Vorgesellschaft im Namen der Gesellschaft gehandelt wird regelt § 2 Abs 1 S 2 GmbHG. Er besagt, dass in diesem Fall die Handelnden als Gesamtschuldner zur ungeteilten Hand persönlich haften. Der OGH hat am 14.03.1978 entschieden: „ § 2 Abs 2 GmbHG (heute § 2 Abs 1 GmbHG) schützt den Dritten, der im Vertrauen auf die Existenz der Gesellschaft abgeschlossen hat und weiters dient diese Bestimmung auch dem Schutz der zu gründenden Gesellschaft.“<sup>134</sup> Bei der Handelndenhaftung haften leitende Organe der Gesellschaft (Geschäftsführer), wenn sie im Namen der in Gründung befindlichen Gesellschaft tätig werden (Organhaftung).<sup>135</sup> Die Handelndenhaftung findet vor allem Anwendung, wenn zwar im Namen der Gesellschaft Verbindlichkeiten eingegangen werden, die Gesellschaft aber nicht im Firmenbuch eingetragen wird. Es handelt sich um eine Garantiehaftung, damit auch in diesem Fall der Vertragspartner einen Schuldner hat.<sup>136</sup> Der Umfang der Haftung ist abhängig vom abgeschlossenen Rechtsgeschäft; grundsätzlich ist der Haftungsanspruch auf Erfüllung gerichtet.<sup>137</sup> Die Handelndenhaftung endet mit der Eintragung im Firmenbuch. Ein Teil der Lehre und die Rechtsprechung fordern eine zusätzliche Genehmigung der Erklärung des Handelnden. Ein anderer Teil der Lehre sieht von dieser Genehmigung durch die Gesellschaft ab.<sup>138</sup>

#### 4.1.5.2 **Haftung der Gesellschaft**

Wie oben angesprochen entsteht die GmbH mit der Eintragung ins Firmenbuch. Die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft ergeben sich aus § 61 GmbHG. Dieser besagt, dass für Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht, somit das Vermögen der Gesellschafter und der Gesellschaft als getrennt zu betrachten sind (Trennungsprinzip) und Gesellschafter nicht zur Haftung herangezogen

<sup>134</sup> OGH 14.03.1978, 4 Ob 10/78, GesRZ 1978, 133ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 2 Rz 38.

<sup>135</sup> *Weilinger*, Zur rechtlichen Einordnung der „Vorgesellschaft“- vor allem zur Vor-GmbH und Vor-AG (II), GesRZ 1996, 231; *Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, 166.

<sup>136</sup> *Steinberg*, Rechtszuordnung und Gründerhaftung in der Vor-GmbH (200), S 266; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 2 Rz 38; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup>, Rz 1/550; *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup>, § 2 Rz 12.

<sup>137</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup>, § 2 Rz 12.

<sup>138</sup> *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005), 67f mwN; Vor allem *Weilinger* leitet dies von der Identitätstheorie ab.

werden können.<sup>139</sup> Die Gesellschaft haftet unbeschränkt für Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

#### **4.1.5.3 Haftung der Gesellschafter**

Die Haftung der Gesellschafter nach Errichtung der GmbH ist grundsätzlich auf ihre Stammeinlage beschränkt (§§ 63ff GmbHG). Wie sich aus dem Trennungsprinzip ergibt, haften sie nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft.<sup>140</sup> Der § 61 Abs 2 GmbHG schließt aber eine persönliche Haftung des Gesellschafters aus rechtsgeschäftlichen oder deliktischen Gründen nicht aus.<sup>141</sup>

#### **4.1.5.4 Haftung der Geschäftsführer**

Der Geschäftsführer einer GmbH kann aus vertraglichen oder deliktischen Gründen sowohl von der Gesellschaft als auch von Dritten zur Haftung herangezogen werden.<sup>142</sup> „Nach allgemeinem Zivilrecht haften Geschäftsführer für den Schaden, den sie durch rechtswidriges, innerhalb des Schutzzwecks der Norm gelegenes, schuldhaftes Verhalten, adäquat verursacht haben.“<sup>143</sup>

##### **4.1.5.4.1 Haftung gegenüber der GmbH**

Die Haftung der Geschäftsführer gegenüber der GmbH ergibt sich aus § 25 GmbHG. Dieser normiert, dass der Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden hat. Tut er dies nicht, haftet er der Gesellschaft für den entstandenen Schaden. Nicht nur § 25 GmbHG, sondern auch § 10 Abs 4 GmbHG behandelt die Innenhaftung der GmbH-Geschäftsführer für einen durch Pflichtverstoß entstandenen Schaden. Der Geschäftsführer ist für das rechtmäßige Verhalten der Gesellschaft, welches sich vor allem aus dem Gesetz<sup>144</sup> und dem Gesellschaftsvertrag

<sup>139</sup> Gellis/Feil, GmbHG<sup>7</sup>, § 61 Rz 2, 8.

<sup>140</sup> Gellis/Feil, GmbHG<sup>7</sup>, § 61 Rz 2.

<sup>141</sup> Aicher/Kraus in Straube (Hrsg), GmbHG, § 61 Rz 47.

<sup>142</sup> Fritz, Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich (2007), S 827, Rz 2631.

<sup>143</sup> Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 4/229.

<sup>144</sup> Z.B. §§ 9, 17, 26, 51, 53, 55, 64, 88, 107 GmbHG Anmeldung zum Firmenbuch, § 22 GmbHG Buchführung und Bilanzierung; §§ 36 ff Einberufung der Generalversammlung; § 69 IO Eröffnung des Insolvenzverfahrens usw.

ergibt, verantwortlich.<sup>145</sup> § 25 Abs 3 und 4 GmbHG selber nennt einige Tatbestände, bei deren Erfüllung eine Pflichtverletzung und somit eine Haftung des Geschäftsführers vorliegt, etwa bei einer Minderung des Gesellschaftsvermögens (vollständige oder teilweise Rückzahlung von Stammeinlagen oder Nachschüssen, Auszahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen, Erwerb oder Pfändung von eigenen Geschäftsanteilen) entgegen der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder des GmbHG oder Leistung weiterer Zahlungen trotz bereits vorliegender Insolvenz. Weiters bei Abschluss eines Geschäfts mit der Gesellschaft im eigenen oder im fremden Namen (Insichgeschäft), ohne vorher die Zustimmung der anderen Geschäftsführer oder des Aufsichtsrates eingeholt zu haben. Der Gesellschaft steht ebenfalls ein deliktischer Anspruch (vor allem aus der Verletzung von Schutzgesetzen) gegen den Geschäftsführer zur Verfügung, jedoch geht der Ersatz nicht über die Ansprüche des § 25 GmbHG hinaus.<sup>146</sup>

#### 4.1.5.4.2 Haftung gegenüber Gesellschaftern

Ein Schaden, der durch das pflichtwidrige Verhalten eines Geschäftsführers entsteht, betrifft aufgrund ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit, in erster Linie die Gesellschaft selbst. Einzelne Gesellschafter sind von der Pflichtverletzung nur mittelbar betroffen. Auch wenn die Gesellschafter durch die Pflichtverletzung ebenfalls in ihrem Vermögen geschädigt werden, geschieht dies nur indirekt. Diese indirekte Verletzung wird als Reflexschaden bezeichnet, für welchen der Schädiger den Gesellschaftern nicht haftet.<sup>147</sup> Ein Meinungsstreit besteht aber hinsichtlich des Falls, dass die GmbH durch das pflichtwidrige Verhalten des Geschäftsführers selber nicht in ihrem Vermögen geschädigt wurde, die Gesellschafter jedoch schon. Vor allem *Reich-Rohrwig*<sup>148</sup> befürwortet eine solche Haftung. *Koppensteiner/Rüffler*<sup>149</sup> lehnen diese Ansicht jedoch strikt ab. Der Haftungsanspruch aus § 25 GmbHG stehe nur der GmbH zu und sei somit kein Schutzgesetz für Gesellschafter oder andere Dritte.<sup>150</sup> Der OGH zählt in zwei Entscheidungen<sup>151</sup> explizit auf, in welchen

<sup>145</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 25 Rz 7.

<sup>146</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup>, § 25 Rz 34.

<sup>147</sup> *Reich-Rohrwig in Straube* (Hrsg), GmbHG, § 25 Rz 254.

<sup>148</sup> *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983), 148.

<sup>149</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 25 Rz 33.

<sup>150</sup> *Reich-Rohrwig in Straube* (Hrsg), GmbHG, § 25 Rz 252.

<sup>151</sup> OGH 20.05.1992, 1 Ob 562/92, ecolex 1992, 707 und OGH 22.12.1994, 2Ob 591/94, ecolex 1995, 901.

Fällen es doch zu einem Ersatzanspruch von Gesellschaftern<sup>152</sup> kommt. Der OGH begründet einen Ersatzanspruch nur bei einer Verletzung von Schutzgesetzen und einer Verletzung absolut geschützter Rechte, sowie in Fällen in welchen Vermögensschäden durch deliktisches sittenwidriges Verhalten herbeigeführt wurden.

#### **4.1.5.4.3 Haftung gegenüber Dritten**

Grundsätzlich kann nur die GmbH mit Schadenersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer vorgehen. Dritte können lediglich aufgrund zweier im Gesetz genannter Gründe direkt gegen den Geschäftsführer einer GmbH Ansprüche geltend machen. Einerseits auf Basis von § 56 Abs 3 GmbHG, bei falschen Angaben über die Befriedigung oder Sicherstellungen von Gesellschaftsgläubigern oder bei falschen Angaben über das Ergebnis der Erklärung des Aufgebotsverfahrens bei der Kapitalherabsetzung. Andererseits aufgrund von § 64 Abs 2 GmbHG, wonach jegliche Einforderungen nicht vollständig geleisteter Stammeinlagen zum Firmenbuch angemeldet werden müssen. Aufgrund der falschen Angaben oder durch Unterlassung von Anmeldungen entstandene Schäden, die durch die GmbH selber nicht gedeckt werden können, haften die Geschäftsführer der GmbH persönlich zur ungeteilten Hand. § 56 Abs 3 und 64 Abs 2 werden auch als Schutzgesetze verstanden. Zu dieser Kategorie von Normen zählen unter anderem weiters: die Pflicht des Geschäftsführers zur Stellung eines Insolvenzantrages bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH (§ 69 IO), die grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB) und die Leistung weiterer Zahlungen trotz Vorliegens von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG; lex specialis zu § 158 StGB). Weiters haften Geschäftsführer Gesellschaftsgläubigern aufgrund der deliktischen Haftung. Erhält der Gesellschaftsgläubiger im Rahmen seiner Ansprüche gegen die Gesellschaft keine vollständige Abgeltung, kann er unmittelbar gegen den Geschäftsführer vorgehen, wenn dieser Schutzgesetze missachtet hat. Diese Ansprüche können Gläubiger nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen durchsetzen (§ 1311 ABGB). Somit kommt es immer dann zu einer unmittelbaren Haftung, wenn der Geschäftsführer schuldhaft Gläubigerinteressen

<sup>152</sup> Die erste Entscheidung behandelt die Haftung der Geschäftsführer einer GmbH & Co KG gegenüber dem Kommanditisten und die zweite Entscheidung die Schädigung eines Aktionärs durch Schädigung der AG durch deren Vorstand- und Aufsichtsratsmitglieder. Beide Entscheidungen können analog auf die Haftung von Geschäftsführern einer GmbH gegenüber Gesellschaftern angewendet werden.

verletzt hat.<sup>153</sup> Ebenfalls begründen die Verletzung absoluter Rechtsgüter oder eine sittenwidrige oder deliktische Schädigung, über den Bereich der Schutzgesetze hinaus, eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.<sup>154</sup>

#### **4.1.6 Ein-Personen-GmbH**

Mit der 12. Richtlinie des Rates der Europäischen Union vom 21.12.1989 wurde die Möglichkeit der Gründung einer GmbH durch nur einen Gesellschafter geschaffen. Erst 1996 wurde diese Richtlinie in Österreich – ganz nach deutschem Vorbild - im § 1 Abs 1 GmbHG umgesetzt. Grundsätzlich sind auch für die Einpersonengesellschaft die Bestimmungen der GmbH anwendbar. Die Gründung einer Einpersonengesellschaft erfolgt nicht durch einen Gesellschaftsvertrag, sondern durch die einseitige Willenserklärung des Gründers über die Errichtung der Gesellschaft (§ 3 Abs 2 GmbHG) vor dem beurkundenden Notar. Strittig ist die Existenz der Vorgesellschaft bei der Ein-Personen-GmbH. Der überwiegende Teil der Lehre<sup>155</sup> – die auch meiner Meinung nach die zu folgende Ansicht vertreten – geht davon aus, dass eine (teil)rechtsfähige juristische Person vorliegt.<sup>156</sup> Durch Liquidation oder automatisch durch das Gesetz endet die Einpersonengesellschaft.<sup>157</sup>

#### **4.2 Sondervorschriften**

Das neue Bundesgesetz<sup>158</sup> eröffnete die Rechtsform der GmbH auch für Ärzte, jedoch nur unter erheblichen Einschränkungen, welche die eigentlichen Vorzüge der Rechtsform GmbH weitgehend zunichte machen. Diese Sondervorschriften für Ärzte sollen vor allem mit den bereits oben erläuterten allgemeinen Vorschriften einer GmbH verglichen und Unterschiede herausgearbeitet werden.

<sup>153</sup> *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), 133 Rz 278f.

<sup>154</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup>, § 25 Rz 35.

<sup>155</sup> U.a. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007), § 2 Rz 44; *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup>, § 2 Rz 13; *Steinberg*, Rechtsordnung und Gründerhaftung in der Vor-GmbH – Eine kritische Bestandsaufnahme aus deutscher und österreichischer Sicht (2000), 64ff.

<sup>156</sup> Gegenteiligere Ansicht z.B. *Torggler* in *Straube* (Hrsg.), GmbHG, § 2 Rz 34.

<sup>157</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup>, § 1 Rz 11.

<sup>158</sup> BGBl 2010/61.

## 4.2.1 Gründungsvoraussetzungen

Vorweg ist zu sagen, dass die Gründung der GmbH als solches und die Gründung der Gruppenpraxis als Ärzte-GmbH zu unterscheiden ist. Die unternehmensrechtliche Gründung einer GmbH ist zu vollziehen wenn die gesetzlichen Vorschriften dafür erfüllt sind. Im Gegensatz dazu ist die öffentlich rechtliche Zulassung als Gruppenpraxis von zusätzlichen Kriterien – auf diese wird unten näher eingegangen abhängig.<sup>159</sup> Der § 52b ÄrzteG behandelt die Gründung von Gruppenpraxen und nennt diesbezüglich zusätzliche Voraussetzungen.

### 4.2.1.1 Vorgesellschaft

Das neue Gesetz macht keine konkreten Angaben zur Vorgesellschaft. Der § 52b Abs 1 Z 1 ÄrzteG nennt die Eintragung der Ärzte-GmbH ins Firmenbuch als Gründungsvoraussetzungen, obwohl sich dies bereits aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Entstehung der GmbH ergibt. *Krejci*<sup>160</sup> leitet aus diesem angeblich bewussten Hinweis des Gesetzgebers ab, dass die Ärzte-GmbH vor der Eintragung nicht bestehen darf und somit ein Verbot der Vor-Ärztegesellschaft gegeben sei. Im Gegensatz dazu *Fantur*<sup>161</sup>, der die Zulassung einer Vorgesellschaft als Gruppenpraxis bejaht. Er leitet dies aus dem § 52c ÄrzteG ab, der besagt, dass der Landeshauptmann auf Antrag einer Gesellschaft oder Vorgesellschaft, die Gründung einer Gruppenpraxis gemäß § 52b ÄrzteG unter Wahrung der Zielsetzung mit Bescheid zulassen hat. Auch der § 52b Abs 2 ÄrzteG spricht explizit von der Vorgesellschaft, und das auch diese bereits einen Gruppenpraxis-Einzelvertrag mit der jeweils zuständigen Gebietskrankenkasse abschließen kann. ME ist eine Vorgesellschaft von Ärzten jedenfalls zulässig, dies ergibt sich eindeutig aus den neu eingeführten Paragraphen §§ 52 b und c ÄrzteG. Für die Vor-Ärzte-GmbH sind mangels anderer gesetzlicher Bestimmungen die Vorschriften des GmbHG anwendbar.

<sup>159</sup> *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragsrichters, Ges 2010, 156.

<sup>160</sup> *Krejci*, Gesellschaftrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010/41, 251.

<sup>161</sup> *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragsrichters, Ges 2010, 156.

#### 4.2.1.2 Gesellschaftsvertrag

Auch für die Ärztesgesellschaft gilt, dass sie mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages gegründet wird. Der Gesellschaftsvertrag unterliegt ebenfalls dem bereits im Punkt 4.1.3.2. aufgelisteten Mindestinhalt, dies jedoch in teilweise abgeänderter Form.

##### 4.2.1.2.1 Firma

Die Firma gilt als einer der Mindestinhalte des Gesellschaftsvertrages. Im Gegensatz zur nahezu frei wählbaren Firma bei der „gewöhnlichen GmbH“ unterliegt die Ärzte-GmbH strengen gesetzlichen Vorgaben. Der § 52a Abs 2 ÄrzteG normiert, dass bei der Firma einer Gruppenpraxis der Name mindestens eines Gesellschafters<sup>162</sup> und zusätzlich alle die in der Gruppenpraxis ausgeübten Fachrichtungen angeführt werden müssen. Für die Ärzte-GmbH sind nicht nur die allgemeinen Grundsätze des GmbH-Rechts anwendbar, sondern auch die allgemeinen Grundsätze des Firmenbuchrechts. Die Firma darf nicht in die Irre führen und muss Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft haben (§ 18 UGB) sowie den jeweiligen Rechtsformzusatz führen. ME darf die Firma einer Ärzte-GmbH also unter den gleichen Voraussetzungen wie eine „normale“ Firma benannt werden – als Personen- Sach-Fantasiefirma oder als gemischte Firma. Weiters müssen mindestens ein Name eines Gesellschafters und alle praktizierten Fachrichtungen angeführt werden. Die Fachrichtungen müssen nicht alle ausgeschreiben im Firmennamen aufgelistet werden. Es genügen die Abkürzungen der jeweiligen Fachrichtung, wenn diese im allgemeinen Sprachgebrauch bekannt sind und nicht in die Irre führen.<sup>163</sup>

##### 4.2.1.2.2 Sitz

Wie im allgemeinen Teil bezüglich der GmbH bereits näher erläutert, ergibt sich aus dem GmbHG, dass eine GmbH nur einen Sitz haben darf, zusätzlich aber mehrere Zweigniederlassungen oder Betriebstätten. Das ÄrzteG verwendet in diesem Zusammenhang die Begriffe Berufssitz und Standort. Die Gruppenpraxis darf ebenfalls nur

<sup>162</sup> Die Schilderordnung der Österreichischen Ärztekammer schreibt vor, dass der Hinweis auf Gruppenpraxis und deren Firma mit **allen** Gesellschaftern gemäß § 2 zwingend am Ordinationsschild angeführt werden muss. Lediglich die Nennung aller Gesellschafter bereits am Ordinationsschild kann eine freie Arztwahl gewährleisten. *Wallner*, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011) 43.

<sup>163</sup> Dieser Meinung sind auch *Krejci* und *Fantur*.

einen Berufssitz haben und dieser muss gleichzeitig auch der Berufssitz der an ihr beteiligten Ärzte sein.<sup>164</sup>

Unter bestimmten Voraussetzungen darf eine Vertragsguppenpraxis<sup>165</sup> auch mehrere Standorte<sup>166</sup> haben.<sup>167</sup> Die Vertragsgruppenpraxis erhält die Erlaubnis für nur so viele Standorte, wie Gesellschafter an ihr beteiligt sind. Jeder Gesellschafter darf an jedem Standort seinen Beruf ausüben. Tut er dies, darf er keinen sonstigen Berufssitz haben (in diesem Fall Unanwendbarkeit des § 45 Abs 3 ÄrzteG).<sup>168</sup> Einer der Standorte muss zum Berufssitz erklärt und es muss eine wesentliche Verbesserung im Einzugsgebiet erreicht werden.<sup>169</sup>

Grundsätzlich stehen jedem Allgemeinarzt, approbiertem Arzt und Facharzt zwei Berufssitze zur Verfügung.<sup>170</sup> Das bedeutet, dass Gesellschafter einer Ärzte-GmbH grundsätzlich zwei Berufssitze haben dürfen, einen am Berufssitz der Gruppenpraxis und einen weiteren außerhalb. Auch hier muss eine wesentliche Verbesserung der Gesundheitsversorgung im Einzugsgebiet stattfinden, damit dieser genehmigt wird.<sup>171</sup>

#### **4.2.1.2.3 Gegenstand des Unternehmens**

Der Gegenstand des Unternehmens beschreibt das Umfeld und die Art der Tätigkeit, mit der die GmbH ihren Zweck erreichen will.<sup>172</sup> Grenzen für den Unternehmensgegenstand bilden die Erlaubnis durch die Gesetze und die guten Sitten.<sup>173</sup> Diese sehr weit gefasste Grenze ist nicht anwendbar bei der Wahl des Unternehmensgegenstandes einer Ärzte-GmbH. Der § 52a Abs 3 Z 5 ÄrzteG normiert, dass die Tätigkeit einer Gruppenpraxis auf die Ausübung von Tätigkeiten im Rahmen der Berufsbefugnis der Gruppenpraxis einschließlich Hilfstätigkeiten und mit der Berufsbefugnis der Gruppenpraxis im direkten Zusammenhang stehende Tätigkeiten von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe oder auf

<sup>164</sup> § 52a Abs 4 S 1 ÄrzteG.

<sup>165</sup> Bei einer Vertragsguppenpraxis handelt es sich um eine Gruppenpraxis mit einem Gesamtvertrag.

<sup>166</sup> Alle Standorte müssen in die Ärzteliste eingetragen werden.

<sup>167</sup> § 52a Abs 4 S 2 ÄrzteG.

<sup>168</sup> *Karollus*, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur Ärzte und zahnärztlichen „Gruppenpraxis neu“, Rdm 2011, 195.

<sup>169</sup> *Zahl*, Die Ärzte GmbH (Teil II), RdM 2011, 80.

<sup>170</sup> § 45 Abs 3 ÄrzteG.

<sup>171</sup> § 52a Abs 4 Z 4 ÄrzteG.

<sup>172</sup> *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), 46 Rz 94.

<sup>173</sup> *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG<sup>7</sup> (2009), § 4 Rz 7 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 1 Rz 9ff.

die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens beschränkt werden. Der Unternehmensgegenstand ist folglich die Ausübung des ärztlichen Berufes. Die Berufsbefugnis der Gruppenpraxis ergibt sich aus der Berufsbefugnis der an ihr als Gesellschafter beteiligten Ärzte.<sup>174</sup>

#### **4.2.1.2.4 Stammkapital und Stammeinlage**

Für die Finanzierung, die notwendigen Stammeinlagen und das sich daraus ergebende Stammkapital ergeben sich aus den neu eingeführten Paragraphen keine Sondervorschriften. Es gilt das bereits Ausgeführte zum Stammkapital und zur Stammeinlage.<sup>175</sup>

#### **4.2.1.2.5 Weitere Mindestinhalte**

§ 52a Abs 5 ÄrzteG nennt einen weiteren Mindestbestandteil des Gesellschaftsvertrages. Es muss bestimmt werden, ob und welche Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt sind. Meines Erachtens handelt es sich bei diesem Satz um einen Fehler des Gesetzgebers. So ging es doch bei allen Diskussionen und Bedenken immer darum, Dritte, also nicht Ärzte an der Beteiligung oder Mitwirkung an einer Ärzte-GmbH zu hindern. Das Wort „ob“ lässt jedoch die Möglichkeit offen, dass auch Nicht-Ärzte die Geschäftsführung einer Ärzte-GmbH übernehmen und folglich Einfluss auf diese nehmen.<sup>176</sup>

Auch der § 52 Abs 6 ÄrzteG legt einen weiteren Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages einer Ärzte-GmbH fest. Der Gesellschaftsvertrag muss demnach eine Bestimmung enthalten, die die Einhaltung der sonstigen Bestimmungen des Ärztegesetzes garantiert. Jeder Gesellschafter ist für die Erfüllung seiner Berufs- und Standespflicht persönlich verantwortlich, diese Verantwortung kann weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch Beschlüsse der Gesellschafter oder Geschäftsführungsmaßnahmen eingeschränkt oder aufgehoben werden.

<sup>174</sup> § 52a Abs 3 Z 4 ÄrzteG.

<sup>175</sup> 4.1.3.2.4 und 4.1.3.2.5.

<sup>176</sup> näheres dazu im Punkt 4.1.2.4.3.

### 4.2.1.3 Anmeldung und Eintragung

Für die Anmeldung und die Eintragung zum Firmenbuch gibt es keine besonderen Bestimmungen durch das neue Ärztegesetz. Die Eintragung selbst wird zwar als eigene Gründungsvoraussetzung in § 52b Abs 1 Z 1 ÄrzteG genannt, doch ist dies für die Gründung jeder GmbH notwendig und somit keine zusätzliche Voraussetzung. Im Allgemeinen sind die Bestimmungen des Firmenbuchgesetzes und GmbH-Gesetzes anwendbar.

### 4.2.1.4 Organe

#### 4.2.1.4.1 Gesellschafter

Gesellschafter einer GmbH können alle natürlichen und juristischen rechtsfähigen Personen sein. Das gilt nicht für die Ärzte-GmbH. Im neu eingeführten § 52a Abs 3 Z 1 ÄrzteG ist normiert, dass Gesellschafter einer Ärzte-GmbH nur zur selbständigen Berufsausübung berechnete Ärzte sein dürfen. Zusätzlich müssen diese auch Mitglieder der Ärztekammer sein.<sup>177</sup> Jeder in die Ärzteliste eingetragene Arzt, der im Bereich der Ärztekammer praktiziert und keine Altersversorgung oder ständige Invaliditätsversorgung aus dem Wohlfahrtsfond bezieht, ist Mitglied der Ärztekammer.<sup>178</sup> Nur Gesellschafter der GmbH dürfen am Gewinn oder Umsatz der GmbH beteiligt sein.<sup>179</sup> Die Möglichkeit, dass sich Ärzte und Angehörige des zahnärztlichen Berufes in der Form einer gemischten Gruppenpraxis zusammenschließen, wurde während des Begutachtungsverfahrens aus dem Gesetz gestrichen.<sup>180</sup> Weder typische noch atypische stille Gesellschafter können an einer Ärzte-GmbH beteiligt sein.<sup>181</sup> Der Gesetzgeber wollte damit verhindern, dass reine Kapitalgeber an der Gesellschaft beteiligt sind und diese dadurch möglicherweise Einfluss auf die ärztliche Berufsausübung nehmen könnten. Diese Regelung soll somit die Sicherung der ethischen Grundsätze des Arztberufes garantieren.<sup>182</sup>

<sup>177</sup> § 52a Abs 2 S 2 ÄrzteG.

<sup>178</sup> Aigner in Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht (2012), Kap III 1.4.2.1.

<sup>179</sup> § 52a Abs 3 Z 2 ÄrzteG.

<sup>180</sup> ErlBem 779 BlgProt XXIV. GP RV, 15.

<sup>181</sup> Wallner, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011) 96 mwN.

<sup>182</sup> Krejci, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010/41, 252.

Jeder Gesellschafter ist zur persönlichen Berufsausübung<sup>183</sup> in der Gesellschaft verpflichtet.<sup>184</sup> Aufgrund der Tatsache, dass Gesellschafter einer Ärzte-GmbH zumindest einen weiteren eigenen Berufssitz haben dürfen, stellt sich die Frage, wie viel Zeit und Intensität die „maßgebliche“ selbständige Berufsausübung in der GmbH erfordert. *Fantur*<sup>185</sup> lehnt eine Beteiligung eines Gesellschafters an mehreren Gruppenpraxen ab. Er leitet dies aus der „maßgeblichen persönlichen“ Berufsausübungspflicht des § 52a Abs 3 Z 6 her. *Krejci*<sup>186</sup> erkennt zwar kein grundsätzliches Verbot einer ärztlichen Tätigkeit außerhalb der Gruppenpraxis, jedoch muss seiner Ansicht nach der Arzt maßgeblich seinen Arztberuf in der Gesellschaft ausüben. Eine klare Definition der Maßgeblichkeit nennt auch er nicht. ME ist es einem zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt erlaubt mindestens einen weiteren eigenen Berufssitz zu haben oder aber auch an einer weiteren Gruppenpraxis beteiligt zu sein.

Die hierbei einschlägige Grenze ergibt sich in Hinblick auf die Maßgeblichkeit. *„Jeder Gesellschafter muss einen maßgeblichen Beitrag zum Leistungsangebot der Gruppenpraxis erbringen, sei es in quantitativer oder qualitativer Hinsicht.“*<sup>187</sup> Die Maßgeblichkeit ist mit Sicherheit nicht mehr gegeben, wenn es dem Arzt nicht mehr möglich ist regelmäßig in der Gruppenpraxis tätig zu sein, insofern dies nur noch ein „gelegentliches Vorbeischauen“<sup>188</sup> ist. Der Gesellschafter wird somit nicht als praktizierender Arzt, sondern rein als Kapitalgeber für die Gesellschaft tätig. Eine Berufsausübungspflicht für Gesellschafter ist dem GmbHG fremd. Die Pflichten eines „normalen“ GmbH-Gesellschafters treffen hauptsächlich die Einzahlung der Stammeinlage.<sup>189</sup>

Gemäß § 52 a Abs 5 S 2 ÄrzteG darf jeder Gesellschafter, und nicht nur die Geschäftsführer, für die Gesellschaft Behandlungsverträge abschließen. Diese gesetzliche Regelung verhindert, dass die Vertretungsmacht der Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Gesellschafter abgeändert bzw. eingeschränkt wird.

<sup>183</sup> = Merkmal einer personalisierten GmbH.

<sup>184</sup> § 52a Abs 3 Z 6 ÄrzteG.

<sup>185</sup> *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragsrichters, GES 2010.

<sup>186</sup> *Krejci*, Gesellschaftrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010/41, 253.

<sup>187</sup> *Wallner*, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011), 97.

<sup>188</sup> *Zehetner/Zehetner*, Die neue Ärzte GmbH, GBU 2010/11, 12-17.

<sup>189</sup> *Krejci*, Gesellschaftrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010/41, 253.

Das bedeutet, dass jeder Gesellschafter für jede Fachrichtung und jede Angelegenheit eine für die GmbH verbindlichen Behandlungsvertrag abschließen darf, etwa für den Fall, dass die anderen Gesellschafter gegen den Vertragsabschluss sind, weil dieser für die Gesellschaft ein zu hohes Risiko einer etwaigen Haftung mit sich bringt bzw. die Durchführung der Behandlung an sich enorme Kosten in sich trägt.

Dem Gesellschafter stehen aufgrund seiner Gesellschafterstellung unterschiedliche Rechte aber auch Pflichten zu. Zu den Pflichten zählen Zahlungspflichten eines Gesellschafters (zB. Stammeinlage, Nachschusspflicht), aber auch Treuepflichten.<sup>190</sup> Die konkreten Treue- bzw. Loyalitätspflichten bestehen darin, die Gesellschaft nicht zu schädigen, zusätzliches Verbot von der Verschaffung von zusätzlichen Vorteilen die einen Schaden der Gesellschaft oder eines anderen Gesellschafters mit sich ziehen oder simple die eigenen Interessen zum Wohle der Gesellschaft hinten anzustellen.<sup>191</sup>

Dem einzelnen Gesellschafter obliegt die Einhaltung seiner Pflichten nicht nur gegenüber der Gesellschaft selbst, sondern auch gegenüber den anderen Gesellschaftern. Die Einhaltung dieser Treuepflichten haben sich am Grundsatz von Treu und Glauben sowie jenem des redlichen Verkehrs und am Gebot der guten Sitten zu orientieren, wobei die personalistische Struktur der Gesellschaft ihren Umfang und ihre Intensität beeinflusst.<sup>192</sup>

Verletzt einer der Gesellschafter seine Treuepflichten und schädigt der Gesellschafter dadurch die Gesellschaft oder die sonstigen Gesellschafter, stehen der Gesellschaft oder den Gesellschaftern grundsätzlich Schadenersatzansprüche zu. Den Gesellschaftern steht jedoch nur ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem treuwidrigen Gesellschafter zu, wenn durch das Verhalten nicht auch der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist (Reflexschaden).<sup>193</sup>

Bezugnehmend auf die soeben geschilderte Problematik, dass ein Gesellschafter Behandlungsverträge abschließt, die nicht von seinem Tätigkeitsgebiet gedeckt sind bzw. deren Abschluss von den anderen Gesellschaftern aufgrund der zu hohen Kosten bzw. eines

<sup>190</sup> Rauter in *Straube*, GmbHG, § 75 Rz 63 (2009); Aicher/Kraus in *Straube (Hrsg)*, GmbHG, § 61 Rz 26 (2010).

<sup>191</sup> Enzinger in *Straube*, GmbHG, § 39 Rz 28 (2013).

<sup>192</sup> OGH vom 23.02.1999, 4 Ob 27/99 w.

<sup>193</sup> Aicher/Kraus in *Straube (Hrsg)*, GmbHG, § 61 Rz 42 (2010).

zu hohen Risiken abgelehnt werden, kann im Falle der Schädigung der Gesellschaft bzw. der anderen Gesellschafter mit Schadenersatzansprüchen vorgegangen werden.

Gemäß § 52a Abs 5 ÄrzteG darf das Recht eines Gesellschafters einer Ärzte-GmbH auf den Abschluss von Behandlungsverträgen für die Gesellschaft nicht eingeschränkt werden. Jedoch können in den Gesellschaftsvertrag einzelne Tatbestände aufgenommen werden, bei deren Vorliegen der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann.

Mit Art 6 ÜBRÄG 2006 wurde das Gesellschafter-Ausschlussgesetz (GesAusG)<sup>194</sup> neu eingeführt. Das neue Gesetz regelt den Ausschluss von einem 10% - Minderheitsgesellschafter durch den 90% - Mehrheitsgesellschafter auch ohne vermögensübertragende Umgründung. Diese Gesellschafter konnten bis zu diesem Zeitpunkt nur über den Umweg der verhältnismäßigen Spaltung und der verschmelzenden Umwandlung erfolgen.<sup>195</sup>

Den Ausschluss von Gesellschaftern mit mehr als 10%- Beteiligung sieht das GesAusG nicht vor. Das GmbHG regelt den Ausschluss von Gesellschaftern nur im Fall der Nicht-Einzahlung seiner Stammeinlage (Kaduzierung).<sup>196</sup>

Alle anderen Fälle bei deren Vorliegen ein Gesellschafter von der Gesellschaft ausgeschlossen werden soll, können im Gesellschaftsvertrag geregelt werden. Im Fall einer Ärzte-GmbH können von den Gesellschaftern Regelungen in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, zB wenn ein Gesellschafter Behandlungsverträge abschließt, die nicht in seinen Fachbereich fallen oder dieser mutwillig die GmbH schädigt oder einzelne Gesellschafter schädigende Handlungen setzen.

Meiner Meinung nach können für die Gesellschafter der Ärzte-GmbH auch die Bestimmungen über die Sorgfaltspflichten und die Verantwortlichkeit eines Geschäftsführers gemäß § 25 GmbHG analog angewendet werden.

<sup>194</sup> BGBl I 2006/75 vom 09.06.2006

<sup>195</sup> *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), Rz 539; *Kaindl/Rieder*, Neuerung für das Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, GesRZ 2006, 247.

<sup>196</sup> § 66 GmbHG.

#### 4.2.1.4.2

#### Gesellschafterversammlung / Berufsausübung / Weisungen

Die Gesellschafterversammlung kann grundsätzlich durch Weisungen Einfluss auf einzelne Gesellschafter- oder Geschäftsführertätigkeiten nehmen. Die ärztliche Berufsausübung darf an keine Zustimmungen oder Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden werden.<sup>197</sup> Das Weisungsverbot in der Gruppenpraxis normiert ein Abgrenzungskriterium einer Gruppenpraxis zu einem selbständigen Ambulatorium. Die Patientenversorgung bleibt in der persönlichen Verantwortung eines jeden behandelnden Arztes.<sup>198</sup>

§ 52a Abs 3 Z 10 ÄrzteG normiert weiters, dass über Fragen der Berufsausübung die entsprechend berufsberechtigten Gesellschafter entscheiden. Es darf keine Entscheidung gegen den Willen jener Gesellschafter getroffen werden, die über die den Gegenstand einer Entscheidung überwiegend betroffene Berufsberechtigung verfügen. Bei der Wortwahl des Gesetzgebers stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die beiden Paragraphen zueinander stehen. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber hierbei auf zwei unterschiedliche Bereiche Bezug nimmt. Zum einen ist der praktizierende Arzt (Gesellschafter) in seiner Berufsausübung „im engeren und eigentlichen Sinn“ frei (Z 9). Zum anderen entscheiden über Fragen der allgemeinen Berufsausübung die entsprechend berufsberechtigten Gesellschafter (Z 10).<sup>199</sup> *Wallner*<sup>200</sup> erkennt zusätzlich in der Wortwahl des Gesetzgebers und aus § 52a Abs 6 ÄrzteG, dass jeder einzelne Gesellschafter seine Zustimmung erteilen muss und nicht nur ein Mehrheitsbeschluss der fachlich betroffenen Gesellschafter ausreicht. ME kann durch die anderen Gesellschafter grundsätzlich nicht in die Ausübung des Bedarfs des behandelnden Arztes eingegriffen werden. Wie sich aus § 52a Abs 6 letzter Satz ÄrzteG ergibt, ist auch jeder Gesellschafter für die Erfüllung seiner Berufs- und Standespflicht persönlich verantwortlich, diese Verantwortung kann weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch Beschlüsse der Gesellschafter oder Geschäftsführermaßnahmen eingeschränkt oder aufgehoben werden. Die Berufsausübung eines praktizierenden Arztes darf ME nur dann durch Mehrheitsbeschlüsse der anderen Gesellschafter beeinträchtigt werden, wenn dies nicht die konkrete Behandlung eines

<sup>197</sup> § 52a Abs 3 Z 9 ÄrzteG.

<sup>198</sup> *Holzgruber* in *Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold (Hrsg)*, Der Weg in die Ärzte-GmbH/OG, 18.

<sup>199</sup> *Krejci*, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010/41, 256f, *Wallner*, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011), S. 98.

<sup>200</sup> *Wallner*, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011), 98.

Patienten an sich betrifft, sondern vielmehr mit der Berufsausübung im Zusammenhang stehende Entscheidungen wie z.B. Öffnungszeiten, Räumlichkeiten, Benutzung von Geräten etc. tangiert.

#### 4.2.1.4.3 Geschäftsführer

Jede GmbH muss einen bzw. mehrere Geschäftsführer haben, es handelt sich also um ein notwendiges Organ<sup>201</sup>. Geschäftsführer werden üblicherweise durch Gesellschafterbeschluss bestellt, können aber auch im Gesellschaftsvertrag bestellt werden.<sup>202</sup> Der § 52a Abs 5 ÄrzteG enthält für den Fall der Bestellung und Vertretung von Geschäftsführern eine Sonderbestimmung. Es muss im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, ob und welche Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sind. Das „ob“ erweckt den Eindruck, das als Gesellschafter einer GmbH auch Nichtgesellschafter zum Geschäftsführer bestellt werden können. Die Formulierung ist vom Gesetzgeber unglücklich gewählt worden und kann in dieser Form wohl nicht gemeint worden sein. Betrachtet man die anderen Bestimmungen des ÄrzteG, geht aus jenen klar hervor, dass niemand anderer als zur selbständigen Berufsbefugnis berechnigte Ärzte an einer Ärzte-GmbH mitwirken sollen.<sup>203</sup>

Die übliche Form der Bestellung von Gesellschaftern einer GmbH, durch Gesellschafterbeschluss, steht den Gesellschaftern einer Ärzte-GmbH nicht zur Verfügung. ME gilt dies aber nur für die Bestellung des bzw. der ersten Geschäftsführer. Die Abberufung eines Geschäftsführers oder die Bestellung eines neuen Gesellschafter kann von diesen erhöhten Anforderungen nicht betroffen sein. Ansonsten wäre jedes Mal eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, folglich eine  $\frac{3}{4}$  Mehrheit und eine notarielle Beurkundung<sup>204</sup> erforderlich.<sup>205</sup>

Im Gegensatz zum allgemeinen GmbH-Recht können wirksame Behandlungsverträge nicht nur vom Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft abgeschlossen werden, sondern von jedem einzelnen Gesellschafter (§ 52a Abs 5 S 2 ÄrzteG). Der Grundgedanke des

<sup>201</sup> § 15 Abs 1 S 1 GmbHG besagt, eine GmbH muss einen oder mehrere Gesellschafter haben.

<sup>202</sup> § 15 Abs 1 S 3,4 GmbHG.

<sup>203</sup> *Krejci*, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010/41, 256.

<sup>204</sup> Vor der Entstehung der GmbH gibt es einen sogenannten „Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag“ in Form eines Notariatsaktes, unter Mitwirkung aller Gesellschafter. *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), Rz 517.

<sup>205</sup> *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragsrichters, GES 2010, 160.

Gesetzgebers liegt darin, dass sich für den Patienten selber nichts verändern soll. Deutlich erkennbar wird dies auch aus § 52a Abs 3 Z 11 ÄrzteG. Dieser gewährleistet die freie Arztwahl für den Patienten unter den einzelnen Gesellschaftern der gleichen Fachrichtung.

Gemäß § 52a Abs 5 ÄrzteG kann ein Arzt, wenn er an der Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit länger als sechs Monate gehindert ist, zwar Gesellschafter der GmbH bleiben, jedoch hindert der Umstand der Verhinderung ihn an der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft.

#### **4.2.1.5 Anstellung von Ärzten/Gesellschaftern/Geschäftsführern**

Einer der Hauptgründe, warum die Österreichische Ärztekammer bereits seit Jahren die Einführung der Rechtsform der GmbH auch für Ärzte forderte, ist die Erlaubnis zur Anstellung von Ärzten. Zum großen Bedauern der Österreichischen Ärztekammer wurde auch in diesem Bundesgesetz zur Stärkung der ambulanten und öffentlichen Gesundheitsversorgung keine Möglichkeit zur Anstellung von Ärzten in einer GmbH geschaffen. Vielmehr normiert der § 52a Abs 3 Z 7 ÄrzteG ein ausdrückliches Verbot der Anstellung von Gesellschaftern und anderen Ärzten. Das Verbot der Anstellung von Ärzten gilt nicht für Ärzte in Ausbildung bei einer Genehmigung der Österreichischen Ärztekammer für eine Lehrgruppenpraxis (§ 12a ÄrzteG).<sup>206</sup> Damit dieses Verbot nicht umgangen werden kann, werden auch sonstige zivilrechtliche oder arbeitsrechtliche Beziehungen wie z.B. der Abschluss freier Dienstverträge, Werkverträge oder Leiharbeitsverhältnisse untersagt. Da aufgrund dieser gesetzlichen Bestimmungen keinerlei Vertretung für einen Gesellschafter einer Ärzte-GmbH gestattet wäre, führte der Gesetzgeber für bestimmte Fälle eine Ausnahme ein. Eine „vorübergehende“ Vertretung im Falle von Krankheit, Urlaub oder Fortbildung ist erlaubt (§ 52a Abs 3 Z 7 lit b ÄrzteG).<sup>207</sup> Hierbei handelt es sich um keine taxative Aufzählung des Gesetzgebers. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage werden auch Vertretungen aufgrund der Ausübung eines politischen Mandats oder der Funktion in einer gesetzlichen Interessenvertretung genannt.<sup>208</sup>

<sup>206</sup> Holzgruber in Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold (Hrsg), Der Weg in die Ärzte-GmbH/OG, 21.

<sup>207</sup> Holzgruber in Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold(Hrsg), Der Weg in die Ärzte-GmbH/OG, 21.

<sup>208</sup> ErläutRV 779 BlgNr. 24.GP 20.

§ 52a Abs 7 ÄrzteG verbietet dem Wortlaut nach nicht nur eine Anstellung von Ärzten, die keine Gesellschafter der GmbH sind, sondern auch eine Anstellung der eigenen Gesellschafter in der Gesellschaft. Dies kann der Gesetzgeber keinesfalls so gemeint haben. Gesellschafter die zur maßgeblichen Berufsausübung in der Gesellschaft verpflichtet sind, aber auch Gesellschafter die als Geschäftsführer in der GmbH tätig sind, können nicht angestellt werden und erhalten für ihre Tätigkeiten somit keine monatliche Abgeltung im Sinne eines Anstellungsverhältnisses. Den Gesellschaftern bleibt als Honorar nur der anteilig auf ihn entfallende Jahresgewinn. Im ersten Jahr kann darüber hinaus noch auf keinen im Vorjahr ausgeschütteten Jahresgewinn zurückgegriffen werden.<sup>209</sup> Es scheint keine sehr befriedigende Lösung zu sein, dass der Gesellschafts-Geschäftsführer für seine Arbeit keine wirklich Entlohnung erhält. Es stellt sich daher die Frage, wie dieses Problem zu lösen ist.

Meines Erachtens kann diese Regelung vom Gesetzgeber so nicht gemeint gewesen sein. Eine Anstellung der eigenen Gesellschafter der Ärzte-GmbH widerspricht nicht dem Schutzgedanken, die Gesellschaft nicht abhängig von Kapitalgebern zu machen um die Behandlung der Patienten nicht zu beeinflussen.

Weiters ist durch die Anstellung von Gesellschaftern in der Gesellschaft auch nicht die Abgrenzung zu einem selbständigen Ambulatorium gefährdet. Eines der Hauptabgrenzungskriterien von Ordinationen und selbständigen Ambulatorien ist die Eigenverantwortlichkeit bzw. Letztverantwortlichkeit. Aufgrund der Tatsache, dass der Arzt als Gesellschafter der Ärzte-GmbH frei von Weisungen ist (§ 52a Abs 3 Z 9 ÄrzteG) und dieser in seiner Berufsausübung nicht beeinträchtigt werden darf, ist die Eigenverantwortlichkeit bzw Letztverantwortlichkeit eines Arztes in einer Ärzte-GmbH auch erfüllt, wenn dieser in der Gesellschaft angestellt ist.

Durch die Anstellung von Ärzten ergibt sich kein erneutes Abgrenzungsproblem zu selbständigen Ambulatorien. Dadurch, dass die Weisungsfreiheit des behandelnden Arztes

<sup>209</sup> *Sieh/Lumsden, Die Ärzte-GmbH, ecolex 2010, 1122.*

gewährleistet ist und dieser in seiner ärztlichen Berufsausübung keiner Hierarchie unterliegt, sollte auch die Anstellung von Ärzten in einer Ärzte-GmbH gestattet werden.<sup>210</sup>

Der 52a Abs 3 Z 7 lit b ÄrzteG besagt, dass das Eingehen sonstiger zivil- oder arbeitsrechtlicher Beziehungen der Gesellschaft oder der Gesellschafter zu anderen Ärzten oder Gesellschaften, insbesondere durch den Abschluss von freien Dienstverträgen, Werkverträgen und Leiharbeitsverhältnissen, zum Zweck der Erbringung ärztlicher Leistungen in der Gruppenpraxis, die über das Ausmaß einer vorübergehenden Vertretung hinausgeht, insbesondere aufgrund von Fortbildung, Krankheit und Urlaub, verboten sind.

Das bedeutet, dass die Ärzte-GmbH zwar mit Nicht-Gesellschaftern keine sonstigen zivil- und arbeitsrechtlichen Beziehungen eingehen darf, verbietet der Ärztesgesellschaft jedoch nicht, mit ihren eigenen Ärzten sonstige zivil- oder arbeitsrechtliche Beziehungen einzugehen. Nach derzeitiger Gesetzeslage kann auch dieser Weg gewählt werden.

Meiner Meinung nach – wie bereits erörtert – spricht auch nichts gegen die Anstellung der einzelnen Ärzte-Gesellschafter bei der Ärzte-GmbH.<sup>211</sup>

Weiterer Betrachtung bedarf die Anstellung von Geschäftsführern bzw. wie diese für ihre Tätigkeit entlohnt werden sollen. Wie bereits im Punkt 4.2.1.4.3. ausgeführt, ist trotz „schlampiger“<sup>212</sup> Wortwahl des Gesetzgebers davon auszugehen, dass nur Gesellschafter der Ärztesgesellschaft, Geschäftsführer sein sollen. Die Ärzte, welche ihre Aufgaben eines Geschäftsführers ausüben, werden nicht medizinisch tätig bzw führen sie keine ärztliche Berufsausübung aus. Es stellt sich daher die Frage, ob das gesetzlich verankerte Anstellungsverbot auch auf die Ausübung der Geschäftsführertätigkeit anzuwenden ist.

Meines Erachtens ist hier der gleiche Ansatz wie bei den Gesellschaftern allgemein heranzuziehen. Die Geschäftsführer können mit der Gesellschaft zivil- oder arbeitsrechtliche Verträge abschließen, insbesondere freie Dienstverträge und Werkverträge. Weiters kann die Problematik der Anstellung von Geschäftsführern bei einer Ärztesgesellschaft auch mit Hilfe der teleologischen Reduktion des derzeitigen

<sup>210</sup> Stöger, Ausgewählte öffentlich-rechtliche Fragestellungen des österreichischen Krankenanstaltenrechts (2008), 390.

<sup>211</sup> Karollus, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur ärztlichen und zahnärztlichen „Gruppenpraxis neu“, Sonderheft Gmundner Medizinkongress 2011, RdM 2011, 195f.

<sup>212</sup> „ob“ in § 52a Abs 5 ÄrzteG.

Gesetzestextes gelöst werden. Meiner Meinung nach ergibt sich gemäß § 52a Abs 3 Z 7 ÄrzteG, dass die Anstellung von Gesellschaftern und anderen Ärzten zum Zweck der Erbringung ärztlicher Leistungen nicht gestattet ist. Reduziert man nun teleologisch das Anstellungsverbot nur auf die Erbringung ärztlicher Leistungen, so ist die Schlussfolgerung, dass ein Arzt der gleichzeitig auch Geschäftsführer der Ärzte-GmbH ist, aufgrund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer auch angestellt werden darf.<sup>213</sup>

Im Falle einer Gesetzesänderung sollte diese Bestimmung dahingehend geändert werden, dass die Gesellschafter/Geschäftsführer der Ärzte-GmbH in der Gesellschaft angestellt werden dürfen und für ihre Tätigkeit ein angemessenes monatliches Entgelt erhalten.

#### **4.2.1.6 Anstellung von Mitgliedern anderer Gesundheitsberufe (Ambulatoriumgröße)**

Hierbei handelt es sich um einen der Auslöser warum es überhaupt zur Einführung der neuen Paragraphen im ÄrzteG kam. Der Punkt „Anstellung von Mitgliedern anderer Gesundheitsberufe“<sup>214</sup> hat zu erheblichen Diskussionen bei der Einführung des neuen Gesetzes geführt. Der Gesetzgeber hat sich schließlich auf eine fiktive zahlenmäßige Abgrenzung geeinigt. Grundsätzlich ist eine Anstellung von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe nur soweit zulässig, dass dadurch keine Anstaltsordnung erforderlich ist, also keine Ambulatoriumgröße vorliegt. Die gewählten Gesundheitsberufe müssen in einem direkten Zusammenhang mit der Berufsbefugnis der Gesellschafter stehen.<sup>215</sup> Das Verhältnis der Gesellschafter zu den Vollzeitäquivalenten der angestellten Angehörigen anderer Gesundheitsberufe darf 1:5 nicht übersteigen. Insgesamt darf die Anzahl der angestellten Angehörigen anderer Gesundheitsberufe die Zahl 30 nicht übersteigen. Ausgenommen von den angestellten Angehörigen anderer Gesundheitsberufe sind Ordinationsgehilfen. Diese zahlenmäßige Begrenzung ist weiters nicht gültig bei Sonderfächern mit erhöhtem Technisierungsgrad, z.B. medizinische und chemischer Labordiagnostik, physikalischer Medizin und allgemeiner Rehabilitation oder

<sup>213</sup> *Karollus*, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur ärztlichen und zahnärztlichen „Gruppenpraxis neu“, Sonderheft Gmundner Medizinkongress 2011, RdM 2011, 196.

<sup>214</sup> Gesundheitsberufe sind jeweils in einem eigenen Berufsgesetz geregelt.

<sup>215</sup> *Holzgruber* in *Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold (Hrsg)*, Der Weg in die Ärzte-GmbH/-OG, 24.

Radiologie.<sup>216</sup> Das Gesetz nennt in diesen Fällen für die Abgrenzung von selbständigen Ambulatorien und Gruppenpraxen nicht die Anzahl der Gesellschafter zu angestellten Angehörigen anderer Gesundheitsberufe, sondern bezieht sich auf die ärztliche Verantwortung bei einem bestimmten Behandlungsfall. Diese Verantwortung für die ärztliche Leitung bei einem bestimmten Behandlungsfall muss bei einem bestimmten Gesellschafter verbleiben.<sup>217</sup>

Angestellte, die keinen Gesundheitsberuf ausüben oder Ordinationsgehilfen dürfen unbeschränkt in der Ärzte-GmbH angestellt werden. Bei Angestellten, die keinen Gesundheitsberuf ausüben, handelt es sich vor allem um Reinigungs-, Verwaltungs-, und Transportpersonal.<sup>218</sup> Das Gesetz sagt auch nichts über eine zahlenmäßige Limitierung der Gesellschafter selbst in einer Ärzte-GmbH.

#### **4.2.1.7 Übertragung von Gesellschafterrechten / Geschäftsanteilen**

„Die Summe aller Rechte und Pflichten, die dem Gesellschafter aus seiner Mitgliedschaft an der Gesellschaft zukommen, ist im Begriff des Geschäftsanteils zusammengefasst.“<sup>219</sup> Grundsätzlich bestimmt sich der Geschäftsanteil nach der Höhe der Stammeinlage. Nur Geschäftsanteile können übertragen werden und von diesen kann jeder Gesellschafter auch nur einen besitzen (§ 75 Abs 2 GmbHG).<sup>220</sup> Die Geschäftsanteile sind übertragbar und vererblich.<sup>221</sup> Soll der Geschäftsanteil noch unter Lebenden übertragen werden, dann ist dies nur mittels Notariatsaktes möglich.<sup>222</sup> Im Gesellschaftsvertrag kann die Übertragung von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden, eine der häufigsten Klauseln ist die Zustimmung der Gesellschafter bei der Übertragung der Geschäftsanteile.<sup>223</sup>

Bei der Übertragung von Gesellschafterrechten nimmt das Ärzte-Gesetz eine erhebliche Einschränkung gegenüber dem GmbH-Gesetz vor. Nach § 52a Abs 3 Z 3 ÄrzteG ist die Übertragung und Ausübung von übertragenen Gesellschafterrechten nicht zulässig. Durch

<sup>216</sup> § 52a Abs 3 Z 8 ÄrzteG.

<sup>217</sup> § 52a Abs 3 Z 8 ÄrzteG.

<sup>218</sup> Holzgruber in Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold (Hrsg), Der Weg in die Ärzte-GmbH/OG, 23.

<sup>219</sup> Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), S 354 Rz 708.

<sup>220</sup> Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), S 355 Rz 709f.

<sup>221</sup> § 76 Abs 1 GmbHG.

<sup>222</sup> § 76 Abs 2 S 1 GmbHG.

<sup>223</sup> Hierbei handelt es sich um eine Vinkulierung gemäß § 76 Abs 2 3 GmbHG.

diese Bestimmung sind der freien Übertragung von Geschäftsanteilen, sowohl unter Lebenden, als auch im Erbweg, erhebliche Schranken gesetzt.<sup>224</sup> Hintergrund dieser Bestimmung ist, – wie sich schon aus einigen anderen Bestimmungen zeigt - das Dritte keinen Einfluss auf die Gesellschaft und dadurch auf die ärztliche Berufsausübung nehmen sollen dürfen. Das Übertragungsverbot richtet sich natürlich nicht gegen einen Gesellschafterwechsel zwischen zwei zur freien Berufsausübung berechtigter Ärzte.<sup>225</sup> Auch meiner Meinung nach kann der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung kein generelles Verbot eines Gesellschafterwechsels gemeint haben. Eine Übertragung von Geschäftsanteilen ist also sowohl unter Lebenden als auch im Erbweg möglich, wenn derjenige, dem der Anteil abgetreten wird oder der diesen erbt, ebenfalls den Arztberuf ausübt.

Das Übertragungsverbot des § 52a Abs 3 Z 3 ÄrzteG beinhaltet auch ein Verbot der treuhändige Übertragung von Geschäftsanteilen.<sup>226</sup> Durch den zwischen Treugeber und Treuhänder abgeschlossenen Treuhandvertrag wird der Treuhänder, der Gesellschaft und allen Anderen gegenüber, Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten.<sup>227</sup>

Hilfreich für die Regelung der Abtretung von Geschäftsanteilen können Vinkulierungen<sup>228</sup>, Aufgriffs- oder Vorkaufsrechte sein.<sup>229</sup> Meines Erachtens sichern diese Regelungen die in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter ab. Es kann ihnen somit nicht jeder beliebige „neue“ Gesellschafter vorgesetzt werden. Durch verschiedene Zustimmungsrechte erhalten sie Mitbestimmungsrechte bei der Auswahl neuer Gesellschafter. Fantur<sup>230</sup> schlägt ebenfalls einen Schutz durch Vinkulierung der Geschäftsanteile, Vorkaufs- und Aufgriffsrechte vor. Diese sollen aber davor schützen, dass durch den Eintritt von Nicht-

<sup>224</sup> *Chini*, Grundlagen einer Ärztesgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH - Eigentumsverhältnisse, Geschäftsführung und Haftung, SWK 2007, W 90.

<sup>225</sup> *Krejci*, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010, 252.

<sup>226</sup> *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus der Sicht des Vertragsrichters, GES 2010, 158; *Karollus*, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur ärztlichen und zahnärztlichen „Gruppenpraxis neu“, RdM 2011, 194.

<sup>227</sup> *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2008), 371 Rz 745f.

<sup>228</sup> Bei einer Vinkulierung handelt es sich um vertragliche Zustimmungsrechte bei der Abtretung von Geschäftsanteilen, entweder im Gesellschaftsvertrag oder in anderen Nebenvereinbarungen wie Syndikatsverträgen. *Fantur/Zehetner*, Vinkulierte Geschäftsanteile (I), *ecolex* 2000, 428.

<sup>229</sup> *Minihold* in *Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold (Hrsg)*, Der Weg in die Ärzte-GmbH/-OG, 80, *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragsrichters, GES 2010, 163.

<sup>230</sup> *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragsrichters, GES 2010, 163.

Ärzten als Gesellschafter die Gruppenpraxis ihre öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen verliert.

Meiner Meinung nach kann es gar nicht zu einem Eintritt von Nicht-Ärzten in die Gesellschaft kommen, da dies - wie oben bereits näher erläutert – von Gesetzes wegen gar nicht möglich ist

#### **4.2.1.8 Haftung**

##### **4.2.1.8.1 Haftung des behandelnden Arztes**

Die zivilrechtliche Haftung des behandelnden Arztes ist entweder vertraglicher oder deliktischer Natur.<sup>231</sup>

##### **4.2.1.8.1.1 Haftung aus dem Behandlungsvertrag**

Der Behandlungsvertrag wird bei einer Gruppenpraxis grundsätzlich zwischen dem Patienten und der Gruppenpraxis selbst abgeschlossen.<sup>232</sup> Die Gruppenpraxis fungiert als Außengesellschaft. Normalerweise sind nur die Geschäftsführer berechtigt, für die Gesellschaft Verträge abzuschließen. Das Ärztegesetz normiert jedoch, dass jeder Gesellschafter der Ärzte-GmbH zum Abschluss von Behandlungsverträgen für die GmbH befugt ist.<sup>233</sup>

Jeder Gesellschafter ist persönlich verantwortlich für die Erfüllung seiner Berufs- und Standespflichten. Weder der Gesellschaftsvertrag, noch Beschlüsse der Gesellschafter oder Geschäftsführermaßnahmen können diese Verantwortung einschränken oder aufheben.<sup>234</sup> Das Gesetz geht nicht näher auf diese Problematik ein und gibt somit keine Auskunft, ob es sich dabei um eine reine Innenhaftung oder auch um eine Außenhaftung handelt.<sup>235</sup> Für Behandlungsfehler aus dem Behandlungsvertrag können die Gesellschaft und der behandelnde Arzt als Gesellschafter zur Haftung herangezogen werden. Die Gesellschaft als Vertragspartner beim Behandlungsvertrag haftet nach § 1313a ABGB auch für den

<sup>231</sup> *Brandstetter/Zahl*, Die strafrechtliche Haftung des Arztes, RdM 1994, 17 mwN.

<sup>232</sup> *Juen*, Arzthaftungsrecht<sup>2</sup> (2005), 55.

<sup>233</sup> § 52a Abs 5 ÄrzteG.

<sup>234</sup> § 52a Abs 6 ÄrzteG.

<sup>235</sup> *Krejci*, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010/41, 257.

behandelnden Arzt (Gehilfenhaftung). Wird die GmbH vom Gläubiger zur Haftung herangezogen, kann sie sich beim behandelnden Arzt regressieren. Der behandelnde Arzt wird für die GmbH tätig. Nach außen kann der Patient für die Verletzung des Behandlungsvertrages (Aufklärungsfehler, Behandlungsfehler) nur gegen die Ärzte-GmbH vorgehen. Ein Behandlungsfehler liegt vor, wenn gem. § 1299 ABGB der behandelnde Arzt nicht nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung tätig geworden ist oder die übliche Sorgfalt eines ordentlichen pflichtgetreuen Durchschnittsarztes vernachlässigt hat.<sup>236</sup> Der Arzt ist durch den Behandlungsvertrag zur Diagnoseaufklärung, Behandlungsaufklärung und Risikoaufklärung verpflichtet.<sup>237</sup> Die Pflichtverletzung des behandelnden Arztes begründet auch eine Innenhaftung. Jeder für die GmbH tätige Arzt schuldet, dieser, eine korrekte Ausführung (Behandlung *lege artis*) seiner ärztlichen Tätigkeit.<sup>238</sup>

Diesbezüglich ist auch auf die Ausführungen zu Punkt 4.2.1.4.1. zu verweisen, dort wird die Haftung von Gesellschaftern die Behandlungsverträge abschließen, die nicht in ihren Fachbereich fallen, nach Meinung der anderen Gesellschafter zu risikoreich bzw zu kostenintensiv sind und dadurch die Gesellschaft bzw die anderen Gesellschafter schädigen, näher erläutert.

#### **4.2.1.8.1.2 deliktische Haftung**

Eine deliktische Haftung des behandelnden Arztes wird durch die Rechtsformwahl der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht eingeschränkt. Verletzt der behandelnde Arzt rechtswidrig und schuldhaft ein absolut geschütztes Recht eines Patienten oder den Normzweck eines Schutzgesetzes, dann haftet dieser dem Geschädigten aufgrund der deliktischen Haftung.<sup>239</sup>

Für den behandelnden Arzt bringt die Rechtsformwahl der Gesellschaft mit beschränkter Haftung keine wirklichen Vorteile. Der behandelnde Arzt muss für etwaige Fehler während der Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit aufgrund der vertraglichen Haftung

<sup>236</sup> *Schacherreiter in Kletecka/Schauer (Hrsg)*, ABGB-ON 1.00, § 1299 Rz 6.

<sup>237</sup> *Schacherreiter in Kletecka/Schauer(Hrsg)*, ABGB-ON 1.00, § 1299 Rz 9.

<sup>238</sup> *Harrer*, Haftungsprobleme bei der RA-GmbH, *GesRZ* 2001, 4; *Harrer* behandelt zwar die Haftungsprobleme bei einer Rechtsanwalts-GmbH, diese können aber auch auf die haftungsrechtlichen Probleme bei der Ärzte-GmbH angewendet werden.

<sup>239</sup> *Krejci*, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, *ZAS* 2010/41, 257.

(Innenhaftung) als auch aufgrund der deliktischen Haftung (Außenhaftung) entstehen. Gesellschafter einer Ärzte-GmbH können nur in einem Punkt den Vorteil einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausnutzen, und zwar bei einer Haftung aus rein vertraglichen Verbindlichkeiten. Bei diesen vertraglichen Verbindlichkeiten handelt es sich z.B. um Gehälter, Miete der Ordinationsräumlichkeiten, Investitionen usw. Für diese haftet nur die GmbH selbst mit ihrem Vermögen.<sup>240</sup>

Exkurs: Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DHG)

Die Anwendbarkeit des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes bestimmt sich aus § 1 DHG. Das DHG ist anwendbar für Dienstnehmer in einem privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Der Arzt muss also Dienstnehmer in Sinne des § 1 DHG sein. „Der Arzt als Dienstnehmer muss seine Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit, unter Einbindung in den Betrieb des Arbeitgebers erbringen. Ein zentrales Kriterium für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses ist die Weisungsunterworfenheit des Dienstnehmers.“<sup>241</sup> Aufgrund der Tatsache, dass gemäß § 52a Abs 3 Z 7 lit a ÄrzteG die Anstellung von Ärzten in der Ärzte-GmbH nicht gestattet ist und diese gemäß § 52a Abs 3 Z 9 ÄrzteG weisungsfrei sind, ist das DHG nicht anwendbar. Dies gilt natürlich nicht für die Angestellten aus anderen medizinischen Gesundheitsberufen, Ordinationshilfen und anderem Personal.

#### **4.2.1.8.1.3 Berufshaftpflichtversicherung**

Einen wichtigen Punkt bei der Behandlung der Haftung bildet die obligatorische Berufshaftpflichtversicherung<sup>242</sup> (§ 52d ÄrzteG) für Personen, die eine freiberuflich ärztliche Tätigkeit ausüben wollen.<sup>243</sup> Diese Bestimmung ist also nicht nur auf

<sup>240</sup> *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragsrichters, GES 2010, 156.

<sup>241</sup> *Brodil*, Arzthaftung und Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (Teil 1), RdM 1994, 50f.

<sup>242</sup> Auch beim neuen Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer – PartG mbB (in Kraft seit 19.07.2013) ist eine Berufshaftpflichtversicherung Pflicht. Derzeit ist diese noch nicht einmal für deutsche Ärzte anwendbar, jedoch sollte diese Rechtsform auch für Österreich in Betracht kommen. Sobald diese Rechtsform auch von den Landesärztekammern in Deutschland umgesetzt wird, sollte im Zuge der Niederlassungsfreiheit auch die Möglichkeit bestehen, dass auch österreichische Ärzte in Deutschland eine PartG mbH gründen und in Österreich tätig sind. *Reiner/Chini*, Die (neue) deutsche Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, 1295.

<sup>243</sup> Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage besagen, dass die Regelung der Berufshaftpflichtversicherung sich an der diesbezüglichen Regelung von Musiktherapeuten,

Gruppenpraxen, sondern auch auf Einzelpraxen anwendbar. Zur Deckung der Schadenersatzansprüche aus der ärztlichen Berufsausübung muss die Mindestversicherungssumme bei jedem Versicherungsfall EUR 2.000.000<sup>244</sup> betragen. Bei einer Gruppenpraxis in der Rechtsform einer GmbH darf die Mindestversicherungssumme pro Versicherungsjahr EUR 10.000.000 und bei sonstiger ärztlicher Berufsausübung EUR 6.000.000 nicht unterschreiten. *Wallner*<sup>245</sup> verlangt eine Mindestversicherungssumme von EUR 10.000.000 für alle Gruppenpraxen, also auch in der Rechtsform einer OG. Von dieser Meinung ist klar Abstand zu nehmen, weil der Gesetzgeber explizit und alleine die GmbH von der Grundregel „freiberuflich ärztlicher Tätigkeit“ ausnimmt.

Die Berufshaftpflichtversicherung ist bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer abzuschließen und während der gesamten Berufsausübung aufrechtzuerhalten. Der Versicherer ist verpflichtet, der Österreichischen Ärztekammer jederzeit Auskunft über das Bestehen, Nicht-Bestehen oder jegliche andere Änderungen des Versicherungsverhältnisses zu geben und Auskunft zu erteilen.<sup>246</sup> Weiters darf die Nachhaftung nicht ausgeschlossen oder zeitlich verkürzt werden.<sup>247</sup> Aufgrund der Tatsache, dass die Berufshaftpflichtversicherung eine notwendige Voraussetzung für die Aufnahme in die Ärzteliste und somit für die ärztliche Berufsausübung ist, stellt sich die Frage, was geschieht wenn keine Versicherung mit dem Arzt oder der Gruppenpraxis kontrahieren möchte. Es gilt der Grundsatz der Privatautonomie, mit wem man einen Vertrag abschließen möchte, steht also dem Einzelnen frei. Dies gilt solange kein Kontrahierungszwang besteht. Für die gesetzliche Berufshaftpflichtversicherung gibt es keinen solchen Kontrahierungszwang. Wäre nun keine der Versicherungen bereit, mit der Gruppenpraxis bzw. dem Arzt einen Vertrag abzuschließen, würde das zu einem mittelbaren Berufsverbot führen. Ein Tatsache, die vom Gesetzgeber so sicher nicht gewollt ist.

Die Regierungsvorlage hat für diesen Fall im § 52d Abs 7 und 8 ÄrzteG vorgesorgt. Kann der zur freiberuflichen ärztlichen Tätigkeit berechnete Arzt vorweisen, dass min. drei

Rechtsanwälten und allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständige und Dolmetscher orientiert. ErläutRV 779 BIGNR 24. GP 22.

<sup>244</sup> Im Laufe des Begutachtungsverfahrens wurde die Summe von EUR 2.000.000 auf EUR 3.000.000 erhöht und im Gesetz dann doch wieder mit EUR 2.000.000 fixiert.

<sup>245</sup> *Wallner*, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011) 26.

<sup>246</sup> § 52d Abs 4 ÄrzteG.

<sup>247</sup> § 52d Abs 5 ÄrzteG.

Versicherungsunternehmen den Abschluss eines Versicherungsvertrages mit ihm abgelehnt haben, dann ist der Fachverband der Versicherungsunternehmen verpflichtet, ihm einen Versicherer zuzuweisen. Bereits aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ergibt sich, dass Abs 7 und 8 den Regeln des § 25 KHVG 1994 entsprechen.<sup>248</sup> *Wallner*<sup>249</sup> verlangt ebenfalls einen gesetzlichen Kontrahierungszwang wie bei § 25 KHVG für die KFZ-Haftpflichtversicherung. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurden die Absätze 7 und 8 des § 52d gestrichen. Warum der Gesetzgeber diese sehr vernünftige Regelung in das neue Gesetz doch nicht übernommen und somit die Problematik eines möglichen mittelbaren Berufsverbots<sup>250</sup> geschaffen hat, ist nicht nachvollziehbar.

Der Versicherungsschutz umfasst auch die Stellung als Gesellschafter. Gemäß § 52a Abs 3 ÄrzteG hat die Versicherung bei einer Ärzte-GmbH, auch Schadenersatzansprüche zu decken die gegen einen Arzt aufgrund seiner Gesellschafterstellung bestehen. Die Formulierung „aufgrund seiner Gesellschafterstellung“ ist unglücklich formuliert, da Schadenersatzansprüche aufgrund seiner Gesellschafterstellung nichts mit der Sinnhaftigkeit einer Berufshaftpflichtversicherung zu tun haben. Gemeint sein kann nur, dass die Berufshaftpflichtversicherung auch Ansprüche abdeckt, die gegen den Arzt aufgrund seiner deliktischen Haftung bestehen.<sup>251</sup>

Ebenfalls eine Besonderheit der Ärzte-GmbH im Gegensatz zur „normalen“ GmbH ist der „Haftungsdurchgriff“ des § 52d Abs 3 ÄrzteG. Die Gesellschafter haften neben der GmbH verschuldensunabhängig persönlich in Höhe des mangelnden Versicherungsschutzes, wenn die Versicherung mangelhaft oder mit einer zu geringen Haftungssumme abgeschlossen wurde. D.h. auch an dieser Stelle bietet die Rechtsform der GmbH keinerlei Vorteile in Bezug auf die Haftung. Die Gesellschafter können unabhängig vom Verschulden zur Haftung herangezogen werden, wenn die Berufshaftpflichtversicherung nicht im vorgeschriebenen Umfang besteht oder die Versicherungssumme nicht ausreichend ist.<sup>252</sup> Der Umfang der Versicherungssumme wird durch Mehrheitsbeschluss festgelegt. Aufgrund der Tatsache, dass der Haftungsdurchgriff solidarisch erfolgt, bedeutet das, dass ein

<sup>248</sup> ErläutRV 779 BlgNR 24. GP 22.

<sup>249</sup> *Wallner*, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011), 26.

<sup>250</sup> Damit geht eine Verletzung des Grundrechts auf Erwerbsausübungsfreiheit nach Art. 6 StGG einher. *Wallner*, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011), 26.

<sup>251</sup> *Karollus* in *Resch/Wallner (Hrsg)*, Handbuch Medizinrecht (2011), XXII Rz 68.

<sup>252</sup> *Scheider* in *Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg)*, Handbuch Medizinrecht (2012) Kap IV 2.5.6.5.

Gesellschafter der für eine höhere Haftungssumme gestimmt hat, trotzdem zur Haftung herangezogen werden kann. Dieser kann sich (wenn er für den Versicherungsfall nicht ursächlich war) regressieren. Einzelne Gesellschafter können also auch für das schädigende Verhalten eines anderen Arztes herangezogen werden. Der geschilderte „Haftungsdurchgriff“ ist zwar als äußerst patientenfreundlich zu qualifizieren, jedoch macht dieser einen der bedeutendsten Vorteile der Rechtsform der GmbH zunichte.

#### **4.2.1.9 Bescheid des Landeshauptmanns**

Aus den erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage<sup>253</sup> ergibt sich, dass ein unregulierter Zugang von Anbietern ärztlicher Leistungen für die gesetzlichen Krankenversicherungen zu nicht abschätzbaren Mehrkosten führen würde und weiters sich aus der Rechtsprechung des EuGH und VfGH ergibt, dass vergleichbaren Anbietern (selbständiges Ambulatorium vs. Gruppenpraxis) gleiche Marktzugangsregeln auferlegt werden müssen. Beide Punkte lassen sich mit der bereits behandelten Bedarfsprüfung umsetzen. Einerseits kann durch die Bedarfsprüfung der Marktzugang der Anbieter kontrolliert und reguliert werden. Andererseits entsteht mit der Einführung der Bedarfsprüfung auch für Gruppenpraxen eine Gleichbehandlung von selbständigen Ambulatorien und Gruppenpraxen. Die Gründung einer Ärzte-GmbH bedarf nicht nur den bereits aufgezeigten Voraussetzungen des GmbHG, sondern zusätzlich - neben der Eintragung ins Firmenbuch und in die Ärzteliste - eines Bescheids des Landeshauptmannes.<sup>254</sup> Für nicht alle neu zu gründenden Gruppenpraxen ist ein Bescheid des Landeshauptmannes erforderlich. Für Gruppenpraxen, die ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen erbringen, bedarf es keines Bescheids (§ 52b Abs 1 Z 2b ÄrzteG). Dies gilt auch für Gruppenpraxen, die bereits im Stellenplan vorgesehen sind, oder solche, in welchen jeder einzelne Gesellschafter bereits einen Einzelvertrag mit der örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse abgeschlossen hat (§ 52b Abs 1 Z 2 lit a ÄrzteG).

<sup>253</sup> ErläutRV 779 BlgNR 24. GP 6.

<sup>254</sup> § 52b Abs 1 ÄrzteG.

#### **4.2.1.9.1.1 Gruppenpraxen ohne erstattungsfähige Leistungen**

Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage<sup>255</sup> nennen als Beispiele für Gruppenpraxen mit nicht erstattungsfähigen Leistungen z.B. solche der plastischen Schönheitschirurgie oder jene, die In-Vitro-Fertilisation (IVF) anbieten. Gem. § 52b Abs 1 ÄrzteG bedarf es für Gruppenpraxen, die ausschließlich nicht erstattungsfähige Leistungen erbringen keines Bescheids des Landeshauptmannes, sondern nur der Eintragung ins Firmenbuch und in die Ärzteliste. Wie oben bereits erläutert war einer der Hauptgrundsätze des Hartlauer-Urteils, dass es zu keinen unvorhergesehenen Mehrkosten für die Krankenkassen kommt. Aufgrund der Tatsache, dass bei nicht erstattungsfähigen Leistungen keine Mehrkosten auf die Krankenkassen zukommen können, müssen sich diese keiner Bedarfsprüfung unterziehen. Der § 3a Abs 4 KAKuG normiert, dass dies auch für selbständige Ambulatorien gilt.

#### **4.2.1.9.1.2 Gruppenpraxis mit erstattungsfähigen Leistungen**

##### **4.2.1.9.1.2.1 Wahlgruppenpraxen**

Mitglieder einer Wahlgruppenpraxis sind ausschließlich Ärzte (Wahlärzte), die keinen Vertrag mit einer Krankenversicherung abgeschlossen haben. Der in Anspruch nehmende Patient muss das Honorar selber leisten, kann dieses aber in Höhe von 80% jenes Betrages, der bei der Behandlung bei einem Vertragsarzt angefallen wäre zurückfordern.<sup>256</sup> Für die Gründung einer Wahlgruppenpraxis ist ein Bescheid des Landeshauptmannes notwendig (§ 52c ÄrzteG). Bereits die Vorgesellschaft oder später die Gesellschaft können einen Antrag auf Zulassung zur Gruppenpraxis beim zuständigen Landeshauptmann stellen. Dieser hat die Gruppenpraxis mit positivem Bescheid zuzulassen, wenn die Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen und allgemein zugänglichen ambulanten Gesundheitsversorgung und weiters das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit gewährleistet ist.<sup>257</sup>

Gem. § 52c Abs 2 ÄrzteG liegt dies vor, wenn unter Berücksichtigung der Ergebnisse des jeweiligen Regionalen Strukturplans Gesundheit (RSG) eine wesentliche Verbesserung im

<sup>255</sup> ErläutRV 779 BlgNR 24. GP 6.

<sup>256</sup> Grillberger, Österreichisches Sozialrecht (2010), 54.

<sup>257</sup> § 52c Abs 1 ÄrzteG.

Einzugsgebiet erreicht werden kann. RSG sind für den ambulanten Bereich nicht bindend (nur bindend für Krankenanstalten). Sie sind in der jeweiligen Landesgesundheitsplattform (jeweiliges Land und Sozialversicherung) auf Basis des Österreichischen Strukturplans Gesundheit (ÖSG) zu beschließen.<sup>258</sup> Der ÖSG umfasst „quantitative und qualitative Planungsaussagen für alle Gesundheitsbereiche“ und bildet daher die Rahmenbedingungen für den RSG (Art 4 Vereinbarung gem. Art 15a B-VG über die Organisation und die Finanzierung des Gesundheitswesens<sup>259</sup>). Zur Kontrolle, ob eine wesentliche Verbesserung vorliegt bedient sich der Gesetzgeber vier verschiedener Kriterien (§ 52c Abs 2 ÄrzteG).

Diese sind:

- Eine wesentliche Verbesserung der örtlichen Verhältnisse (regionale rurale oder urbane Bevölkerungsstruktur und Besiedlungsdichte) und der für die ambulante öffentliche Gesundheitsversorgung bedeutsamen Verkehrsanbindung.
- Eine wesentliche Verbesserung des Inanspruchnahmeverhaltens und der Auslastung von bestehenden Leistungsanbietern, die sozialerstattungsfähige Leistungen erbringen, durch Patienten.
- Eine wesentliche Verbesserung der durchschnittlichen Belastung bereits bestehender Leistungsanbieter.
- Eine wesentliche Verbesserung der Entwicklungstendenzen in der Medizin.

Um beurteilen zu können, ob die geforderte wesentliche Verbesserung durch die beantragte Gruppenpraxis vorliegt, muss der Landeshauptmann ein Gutachten der Gesundheit Österreich GmbH oder eines vergleichbaren Planungsinstituts einholen und eine Stellungnahme der jeweiligen Landesgesundheitsplattform einzuholen.<sup>260</sup> Ändert die Gruppenpraxis ihr Leistungsangebot wesentlich, bedarf es einer neuerlichen Zulassung durch den Landeshauptmann (§ 52c Abs 6 ÄrzteG). Gegen die bereits genannten Bescheide des Landeshauptmannes steht kein Rechtsmittel zur Verfügung (§ 52c Abs 5 ÄrzteG).

<sup>258</sup> Holzgruber in Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold (Hrsg), Der Weg in die Ärzte-GmbH/OG, 32.

<sup>259</sup> BGBl. I NR. 105/2008.

<sup>260</sup> § 52c Abs 3 ÄrzteG.

Anträge an den Landeshauptmann können aber erst dann gestellt werden, wenn nach dem neuen Bundesgesetz zur Stärkung der ambulanten und öffentlichen Gesundheitsversorgung neue Gruppenpraxengesamtverträge<sup>261</sup> zwischen der Ärztekammer und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger geschlossen werden.<sup>262</sup> Es wurde weitgehend den Gesamtvertragsparteien überlassen die Zielvorgaben umzusetzen, das ASVG selbst nennt nur wenige grundsätzliche Bestimmungen.<sup>263</sup> Die gesetzlichen Vorgaben für die Kassenverträge ergeben sich aus den § 342a und § 343 ASVG. Nach diesen Bestimmungen werden aber für jedes Bundesland eigene Gesamtverträge (mit Ärzte-GmbHs) ausverhandelt.<sup>264</sup>

#### **4.2.1.9.1.2.2 Vertragsgruppenpraxen**

Der Gesetzgeber spricht in § 52b Abs 1 Z 2 lit b ÄrzteG zwei unterschiedliche Vertragsgruppenpraxen an. Zum einen die Gründung einer Gruppenpraxis, in der jeder Gesellschafter bereits einen Einzelvertrag mit der zuständigen Gebietskrankenkasse hat. Zum anderen die Gründung einer Gruppenpraxis, für die bereits ein Stellenplan vorgesehen ist. Liegt bei der Gründung einer Gruppenpraxis eine dieser Konstellationen vor, entfällt die bescheidmäßige Zulassung durch den Landeshauptmann. Die Gründung neuer Planstellen/Gruppenpraxen muss jedoch auch nach den Vorgaben des Regionalen Strukturplans Gesundheit vollzogen werden. Weiters besteht eine schriftliche Anzeigepflicht gegenüber dem Landeshauptmann über eine wechselseitige schriftliche Zusage zwischen der Gesellschaft oder Vorgesellschaft und der örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse. Die wechselseitige schriftliche Zusage über einen Gruppenpraxis-Einzelvertrag hat das Leistungsvolumen einschließlich Personalausstattung Leistungsspektrum und Öffnungszeiten unter Berücksichtigung von Tagesrand- und Nachtzeiten, Sams-, Sonn- und Feiertagen, nötigenfalls auch Bereitschaftszeiten zu enthalten. Grund für die rechtliche Vorgabe von Leistungsspektrum und Versorgungsangebot ist die Entlastung des ambulanten Spitalsbereichs und dies vor allem

<sup>261</sup> Für Wien wurde mit 01.01.2011 ein neuer Gruppenpraxengesamtvertrag zwischen der Wiener Ärztekammer und der Wiener Gebietskrankenkasse, Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, Betriebskrankenkasse Austria Tabak, Wiener Verkehrsbetriebe und Mondi und der Sozialversicherungsanstalt der Bauern abgeschlossen.

<sup>262</sup> § 230 Abs 1 ÄrzteG.

<sup>263</sup> Seiss, Gesamtverträge für niedergelassene Ärzte- Kassenfreier Raum und aktuelle Probleme, SozSi 2000, 927.

<sup>264</sup> Gloser, Die Ärzte-GmbH- rascher Handlungsbedarf oder „Wait & See-Policy“?, VWT 2010, 223.

an Feiertagen, Wochenenden und Randzeiten (Abendstunden, Nachmittage vor Wochenenden oder Feiertagen).<sup>265</sup>

Wurde die Gründung der Gruppenpraxis beim Landeshauptmann angezeigt, muss dieser unverzüglich einen Ausschuss der Landesgesundheitsplattform damit befassen.<sup>266</sup> Die Landesgesundheitsplattform ist das oberste Organ des Landesgesundheitsfonds.<sup>267</sup> Der Ausschuss soll aus Vertretern des jeweiligen Landes, der Sozialversicherungsträger und der Ärztekammer bestehen.<sup>268</sup> Der § 52b Abs 2 ÄrzteG schreibt zwar vor, dass der Ausschuss der Landesgesundheitsplattform mit der Anzeige zu befassen ist, die Stellungnahme selbst aber ein reines „Anzeige- und Befassungsverfahren“ ist und keine konstitutive Wirkung besteht.<sup>269</sup> Für Gruppenpraxen, deren Gesellschafter zwar noch keinen Einzelvertrag abgeschlossen haben, aber bereits ein Stellenplan vorgesehen ist, bedarf es der zusätzlichen Anzeige der gesetzlichen Interessenvertretungen privater Krankenanstalten im jeweiligen Bundesland.<sup>270</sup>

Grund für die Ausnahme dieser Vertragsgruppenpraxen aus dem Bewilligungsverfahren durch den Landeshauptmann ist, dass das ASVG für die Gewährleistung von Planstellen ebenfalls eine Art Bedarfsprüfung vorsieht. Das von den Gesamtvertragsparteien entwickelte System der Stellenpläne richtet sich nach den Vorgaben des § 342 ASVG.<sup>271</sup>

Ist eine Gruppenpraxis bereits in die Ärzteliste eingetragen, bedarf sie, unabhängig vom Wechsel der Rechtsform, keines Zulassungsverfahrens nach §§ 52b Abs 1-3, 52c ÄrzteG.<sup>272</sup>

#### **4.2.1.10 Eintragung in die Ärzteliste**

Die Eintragung der Gruppenpraxis in die Ärzteliste stellt die „dritte“ zusätzliche Voraussetzung zur Gründung einer Gruppenpraxis dar. Die Eintragung bildet die letzte zu

<sup>265</sup> *Aubauer/Thomas*, Die Ärzte-GmbH, taxlex 2010, 324.

<sup>266</sup> § 52c Abs 2 ÄrzteG.

<sup>267</sup> Art 19 Abs 1 Vereinbarung gem. Art 15a B-VG über die Organisation und die Finanzierung des Gesundheitswesens, BGBl. I NR. 105/2008.

<sup>268</sup> ErläutRV 779 BlgNR 24. GP 21.

<sup>269</sup> *Holzgruber* in *Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold (Hrsg)*, Der Weg in die Ärzte-GmbH/-OG (2010), 38; *Wallner*, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011) 100.

<sup>270</sup> § 52b Abs 2 letzter Satz ÄrzteG.

<sup>271</sup> *Wallner*, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011) 100.

<sup>272</sup> § 230 Abs 3 ÄrzteG.

erfüllende Voraussetzung im Gründungsprozedere. Nach Zulassung durch den Landeshauptmann oder Befassung durch die Landesgesundheitsplattform darf die Gruppenpraxis in die Ärzteliste eingetragen werden und anschließend ihre Tätigkeit aufnehmen.<sup>273</sup> Die positive Erledigung des Antrages erfolgt durch Eintragung in die Ärzteliste durch die Österreichische Ärztekammer.<sup>274</sup> Die Bestimmungen über die Ärzteliste ergeben sich aus §§ 27f ÄrzteG. Der Ärztekammer muss nachgewiesen werden, dass die Gruppenpraxis bereits in das Firmenbuch eingetragen ist (Firmenbuchauszug); weiters sind ein Befassungsvermerk der Landesgesundheitsplattform, eine Berufshaftpflichtversicherung gem. § 52d ÄrzteG und der Gesellschaftsvertrag maßgeblich.<sup>275</sup>

#### **4.2.1.11 Ein-Personen-GmbH**

Die 1996 eingeführte Möglichkeit der Gründung einer Ein-Personen-GmbH in Österreich ist laut § 52a Abs 1 ÄrzteG auf eine Ärzte-GmbH nicht anwendbar. Dieser spricht explizit von einer „Zusammenarbeit von Ärzten“. In einer Gruppenpraxis in der Rechtsform einer GmbH müssen also mindestens zwei Ärzte zusammenarbeiten. Eine der Grundsätze des neuen Gruppenpraxengesetzes ist die Stärkung der ambulanten und öffentlichen Gesundheitsversorgung. Dies ist bei einer Ein-Personen-GmbH nicht gegeben. Ziel ist es also mehrere medizinische Leistungen geschlossen in einer organisatorischen Einheit verstärkt anzubieten.<sup>276</sup>

Die Frage ist, was bei der Vereinigung von allen Gesellschaftsanteilen in der Hand eines Gesellschafters (z.B. dem Ausscheiden, Ausschließen von Gesellschaftern oder Abtreten von Gesellschafterrechten) geschieht. *Fantur*<sup>277</sup> meint, dass dieser, nicht sofort beseitigte Umstand ein Grund für die Entziehung der öffentlich-rechtlichen Zulassung als Gruppenpraxis ist. Durch diesen Grund wird aber kein gesetzlicher Auflösungsgrund einer GmbH geschaffen. Grundsätzlich sind die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes anwendbar, aber nur so lange das Ärzte-Gesetz keine Besonderheiten vorsieht. In diesem Fall sieht das

<sup>273</sup> § 52b Abs 3 ÄrzteG.

<sup>274</sup> *Wallner*, Handbuch ärztliches Berufsrecht (2011) 27f.

<sup>275</sup> *Fleischmann/Neumayer-Stickler/Holzgruber/Mangi*, Praxis-Leitfaden zum Ablauf der Gründung einer Vertragsgruppenpraxis, RdM 2010, 172.

<sup>276</sup> *Minihold* in *Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold*, Der Weg in die Ärzte-GmbH/-OG (2011), 77.

<sup>277</sup> *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragserrichters, GES 2010, 158.

Ärzte-Gesetz solch eine Besonderheit vor. Die bloße nicht Regelung des genannten Falls soll keine Umgehungsmöglichkeit schaffen. Deshalb liegt mE im Fall der Vereinigung von allen Gesellschaftsanteilen in der Hand eines Gesellschafters ein Grund der Umwandlung einer Ärzte-GmbH in eine Einzelordination vor.

### **III. Abgrenzung von selbständigen Ambulatorien und Gruppenpraxen**

Eine klare Abgrenzung von ärztlichen Ordinationen, (besser: Gruppenpraxen) und selbständigen Ambulatorien stellt eine der Hauptaufgaben dieser Arbeit dar. Beide Formen können einander sehr ähnlich sein, gründen aber auf völlig verschiedenen rechtlichen Säulen.

#### **1. Organisationsformen von Ärzten**

##### **1.1 selbständige Ambulatorien**

Selbständige Ambulatorien sind im Kranken- und Kuranstaltengesetz geregelt und fallen somit unter den Begriff der Krankenanstalt und folglich unter den Kompetenztatbestand „Heil- und Pflegeanstalten“ (Art. 12 Abs 1 Z 1 B-VG). Sie bedürfen für ihre Errichtung und für den Betrieb einer Bewilligung. Diese Bewilligung wird nur erteilt, wenn eine vorhergehende Bedarfsprüfung positiv ausfällt.

##### **1.2 Gruppenpraxen**

Gruppenpraxen sind im Ärztegesetz geregelt und fallen somit unter den Kompetenztatbestand „Gesundheitswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG). Eine Gruppenpraxis ist ein Zusammenschluss von freiberuflich tätigen Ärzten. Die Gruppenpraxis wird als Behandlungsgesellschaft tätig. Die einzelnen Behandlungsverträge werden immer zwischen der Gruppenpraxis und dem Patienten abgeschlossen. Einer Gruppenpraxis steht entweder die Rechtsform einer OG oder die einer GmbH zur Verfügung.

##### **1.3 Ordinationsgemeinschaft**

Mehrere zur freiberuflichen Berufsausübung berechnigte Ärzte schließen sich zusammen, dies jedoch nur zur gemeinsamen Nutzung von Räumen, Personal und der Einrichtung. Der

Behandlungsvertrag wird aber nicht mit der Ordinationsgemeinschaft, sondern mit dem jeweils behandelnden Arzt abgeschlossen.<sup>278</sup> Sie ist also grundsätzlich eine Innengesellschaft. Eine Außengesellschaft stellt sie nur dar, wenn es z.B. um die gemeinsame Miete von Ordinationsräumlichkeiten geht. Ordinationsgemeinschaften sind bloße Wirtschaftsgesellschaften.<sup>279</sup>

#### **1.4 Apparategemeinschaft**

Bei dieser Organisationsform schließen sich mehrere zur freiberuflichen Berufsausübung berechnete Ärzte zusammen, dies jedoch nur zur gemeinsamen Nutzung von medizinischen Geräten.<sup>280</sup> Der Behandlungsvertrag wird wieder nur mit dem behandelnden Arzt abgeschlossen. Auch hier liegt nur eine Wirtschaftsgesellschaft vor, z.B. beim gemeinsamen Kauf von medizinischen Geräten.

### **2. Abgrenzungsversuche**

#### **2.1 Abgrenzung durch Gesetze**

Wie bereits mehrmals erwähnt unterliegen Gruppenpraxen und selbständige Ambulatorien unterschiedlichen Kompetenztatbeständen. Zum einen sind Gruppenpraxen dem Kompetenztatbestand „Gesundheitswesen“ gemäß Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG zuzuordnen. Zum anderen unterliegen selbständige Ambulatorien dem Kompetenztatbestand „Heil- und Pflegeanstalten“ gemäß Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG.

Im § 2 Abs 1 Z 5 KAKuG werden selbständige Ambulatorien beschrieben als:

*„Krankenanstalten im Sinne des § 1 sind: [...]*

*5. selbständige Ambulatorien, das sind organisatorisch selbständige Einrichtungen, die der Untersuchung oder Behandlung von Personen dienen, die einer Aufnahme in Anstaltspflege nicht bedürfen. Der Verwendungszweck eines selbständigen Ambulatoriums erfährt dann keine Änderung, wenn dieses Ambulatorium über eine angemessene Zahl von Betten*

<sup>278</sup> Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz 1998<sup>2</sup> (2001), § 52 Rz 2.

<sup>279</sup> Ordinationsgemeinschaften fallen ebenfalls in den Kompetenztatbestand Gesundheitswesen (Art 12 Abs 1 B-VG).

<sup>280</sup> Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz 1998<sup>2</sup> (2001), § 52 Rz 4.

*verfügt, die für eine kurzfristige Unterbringung zur Durchführung ambulanter diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen unentbehrlich ist.“*

Die durch die Grundsatzgesetzgebung des Bundes<sup>281</sup> vorgegebene Definition eines selbständigen Ambulatoriums wurde in der Ausführungsgesetzgebung der einzelnen Bundesländer<sup>282</sup> weitgehend übernommen.

Für ärztliche Ordinationen/Gruppenpraxen gibt es keine gesetzliche Definition wie für selbständige Ambulatorien.

Das Gesetz selber versucht bereits eine Abgrenzung von selbständigen Ambulatorien zu Ordinationsstätten von Ärzten und Zahnärzten in § 2 Abs 3 KAKuG. Das Gesetz nennt im Wesentlichen zwei Abgrenzungskriterien. Zum einen die Möglichkeit zur Behandlung mehrerer Personen gleichzeitig und zum anderen, dass die Organisation eines Ambulatoriums der einer Anstalt gleichen muss. Die vom Gesetz vorgegebenen Abgrenzungskriterien sind jedoch nur begrenzt anzuwenden. Einerseits ist bereits der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) in einigen Entscheidungen vom Kriterium der gleichzeitigen Behandlung mehrerer Personen abgewichen<sup>283</sup> und andererseits spricht das Gesetz von einer Organisation wie bei einer Anstalt, definiert jedoch nicht genauer, worum es sich dabei handelt. Die Materialien des KAG von 1956 definieren den Anstaltscharakter dadurch, dass der Betrieb unter Mithilfe eines oder mehrerer im Anstellungsverhältnis befindlicher Ärzte oder in der Art und im Umfang der medizinisch-technischen Möglichkeiten abläuft.<sup>284</sup> Es gibt insofern sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Lehre verschiedene Versuche zur Abgrenzung von selbständigen Ambulatorien und ärztlichen Ordinationsstätten bzw. Gruppenpraxen.

<sup>281</sup> Kranken- und Kuranstaltengesetz (KAKuG).

<sup>282</sup> § 1 Abs 3 Z 7 und § 1 Abs 4 Wiener Krankenanstaltengesetz 1987 (Wr KAG); § 1 Abs 4 und § 2 Z 7 Oberösterreichisches Krankenanstaltengesetz 1997; § 1 Abs 3 lit e und § 2 Z 7 Kärntner Krankenanstaltengesetz 1999 (K-KAO); § 1 Abs 3 Z 7 Steiermärkisches Krankenanstaltengesetz 1999; § 1 Abs 3 lit e Salzburger Krankenanstaltengesetz 2000; § 1 Abs 2 Z 7 und Abs 3 Burgenländisches Krankenanstaltengesetz 2000; § 2 Abs 4 Niederösterreichisches Krankenanstaltengesetz, § 2 Abs 2 lit b und § 3 lit g Vorarlberger Gesetz über Krankenanstalten; § 1 Abs 3 lit g und Abs 4 Tiroler Krankenanstaltengesetz.

<sup>283</sup> z.B. VwSlg 12.212, VwGH 10.09.1986 siehe näher Punkt 3.3.

<sup>284</sup> *Windisch-Graetz*, Selbständige Ambulatorien und ärztliche Ordinationen, RdM 1995, 145.

## 2.2 Abgrenzung durch den Verfassungsgerichtshof

Am 07.03.1992 erging eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH). Grundlage der Entscheidung waren 16 beim VfGH anhängige Gesetzprüfungsverfahren aufgrund negativer Bescheide der Tiroler, Vorarlberger und Steiermärkischen Landesregierungen nach einer durchgeführten Bedarfsprüfung für die Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums oder eines Sanatoriums.<sup>285</sup> Bei dieser Entscheidung hat sich der VfGH vor allem mit der Unterscheidung von selbständigen Ambulatorien und ärztlichen Ordinationen auseinandergesetzt und Abgrenzungskriterien herausgearbeitet. Der VfGH definierte in dieser Entscheidung zuerst, was Ambulatorien sind und unter welchen Kompetenztatbestand diese zu subsumieren sind. Anschließend ging er auf die selbständigen Ambulatorien näher ein und ob diese ebenfalls unter den gleichen Kompetenztatbestand fallen. Der VfGH erklärte, aufbauend auf die Erkenntnisse von *Pernthaler*<sup>286</sup>, dass der Kompetenztatbestand Gesundheitswesen aus drei Teilen besteht. Das allgemeine Sanitätswesen, die sanitäre Aufsicht in bestimmten Fällen spezieller Landeszuständigkeiten der Gesundheitspflege sowie die Regelung des Berufs- und Organisationsrecht der Ärzte, Apotheker und anderer Gesundheitspflegeberufe. Selbständige Ambulatorien passen in keinen der drei angeführten Teile und somit bleibe nur der Kompetenztatbestand der Heil- und Pflegeanstalten übrig.<sup>287</sup> Weiters ging der VfGH davon aus, dass in selbständigen Ambulatorien die gleichen Leistungen wie auch in ärztlichen Ordinationen erbracht werden können. Beide erbringen Leistungen unter der Verwendung von medizinischen Apparaten. Auch die Möglichkeit der Behandlung mehrerer Personen gleichzeitig ist ebenfalls kein geeignetes Kriterium für die Unterscheidung von selbständigen Ambulatorien und ärztlichen Ordinationen. Entscheidend ist für den VfGH in Bezug auf die selbständigen Ambulatorien, dass der Behandlungsvertrag zwischen dem Patienten und dem Träger des Ambulatoriums, welches immer einer sanitären Aufsicht unterliegt, abgeschlossen wird, eine Anstaltsordnung vorliegen muss und als wichtigster Punkt *„Sachwerte und persönliche Leistungen bestimmter Art werden zu einer organisatorischen Einheit zusammengefasst“*. Selbständige

<sup>285</sup> VfGH 07.03.1992, G217,218/90, G 210,220/90, G 297,298/91, G135,136/91, G 147,148/91, G 145,146/91, G 291,292/91, G 198, 200/90, G201,202/90, G 222, 223/90, G 287, 288/90, G 128, 129/91, G 273, 274/91, G 14,15/92, G275,276/91, VfSlg 13023.

<sup>286</sup> *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung, Band 1 (1975), 192.

<sup>287</sup> *Funk*, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (1980), 77 (= intrasystematische Fortentwicklung).

Ambulatorien müssen also Anstaltscharakter haben.<sup>288</sup> Für ärztliche Ordinationen sieht der VfGH als wesentlich die „*medizinische Eigenverantwortung des Arztes gegenüber dem Patienten*“ an. Unter dieser medizinischen Eigenverantwortung des Arztes versteht der Gerichtshof eine unmittelbare Verantwortung gegenüber seinen zu behandelnden Patienten.

Nach diesem Erkenntnis des VfGH sind selbständige Ambulatorien gekennzeichnet durch den Behandlungsvertrag, sanitäre Aufsicht über das Ambulatorium, Anstaltsordnung und die organisatorische Einheit. Für ärztliche Ordinationen hingegen durch die medizinische Eigenverantwortung des Arztes.

Ein weiteres Erkenntnis des VfGH vom 01.03.1996<sup>289</sup> befasst sich mit dem letzten Satz des § 23 ÄrzteG. Dieser verbietet es Ärzten, auch wenn sie sich als Ordinations- oder Apparategemeinschaft zusammengeschlossen haben, als Gesellschaft nach außen aufzutreten. Der VfGH hebt diesen letzten Satz als verfassungswidrig auf. Ärzte, die sich in einer Ordinations- oder Apparategemeinschaft zusammengeschlossen haben, dürfen gegenüber Vermietern von Ordinationsräumlichkeiten oder gegenüber Verkäufern von medizinischen Geräten als Gesellschaft nach außen auftreten. Er weist dabei wieder auf seine Erkenntnisse aus VfSlg 13023<sup>290</sup> hin und verdeutlicht noch einmal, dass sich die Eigenverantwortlichkeit aus dem § 23 Abs 1 S 1 ÄrzteG ergibt und die Eigenverantwortlichkeit sich auf die persönliche und unmittelbare Berufsausübung bezieht.

### **2.3 Abgrenzung durch den Verwaltungsgerichtshof**

Ebenso wie der VfGH hat auch der VwGH durch verschiedene Erkenntnisse versucht, eine Abgrenzung zwischen selbständigen Ambulatorien und ärztlichen Ordinationen zu finden. In einem seiner wichtigsten Erkenntnisse<sup>291</sup> in Bezug auf diese Abgrenzung geht er vom Gesetzestext aus und erklärt, die Behandlung von mehreren Personen gleichzeitig sei kein Unterscheidungsmerkmal.

Zum konkreten Fall:

<sup>288</sup> Der VfGH bezieht sich auf ein Erkenntnis vom 18.12.1957 (VfSlg 3296), in welchem er definiert, was eine Anstalt genau ist, und nennt dabei explizit ein „*Krankenhaus mit medizinischen Einrichtungen*“.

<sup>289</sup> VfGH 01.03.1996, VfSlg 14.444.

<sup>290</sup> siehe oben.

<sup>291</sup> VwGH 10.09.1986, 86/09/0036, VwSlg 12.212.

Der Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz erhob Beschwerde gegen einen Bescheid<sup>292</sup> der Salzburger Landesregierung. In diesem Bescheid erteilte die Landesregierung ihre Bewilligung für ein Zahnambulatorium der Salzburger Gebietskrankenkasse mit nur einem Behandlungsstuhl. Der Bundesminister als Beschwerdeführer führte aus, dass bei nur einem Behandlungsstuhl gem. § 1 Abs 3 lit e KAO<sup>293</sup> (inhaltlich § 2 Abs 3 KAG<sup>294</sup>) kein selbständiges Ambulatorium vorliegt, sondern eine ärztliche Ordinationsstätte. Der VwGH führte in seinem Erkenntnis aus, dass § 1 Abs 3 lit e KAO sich nur auf die Abgrenzung von selbständigen Ambulatorien und ärztlichen Ordinationsstätten bezieht. Die Bestimmung legt nur fest, dass wenn die genannten Bedingungen vorliegen, sicher eine Krankenanstalt (selbständiges Ambulatorium) vorliegt. Das heißt aber nicht, dass bei einem selbständigen Ambulatorium immer die Behandlung von mehreren Personen gleichzeitig möglich sein muss.<sup>295</sup> Im selben Erkenntnis liefert der VwGH einen weiteren Abgrenzungspunkt und zwar den des Rechtsträgers. Er stellte fest, dass falls ein Sozialversicherungsträger (hier die Salzburger Gebietskrankenkasse) ein Zahnambulatorium mit nur einem Behandlungsstuhl errichten will, es sich dann immer um eine Krankenanstalt handelt.

In der am 15.12.1989 ergangenen Entscheidung<sup>296</sup> geht der VwGH auf ein weiteres Abgrenzungskriterium ein, nämlich die Organisation als selbständige Einrichtung (Anstaltsorganisation). Er geht noch einmal darauf ein - wie in der vorherigen Entscheidung bereits angeführt - dass es für ein selbständiges Ambulatorium nicht notwendig ist, dass mehrere Personen gleichzeitig behandelt werden können. In einem nur ca. einem Monat späteren Erkenntnis<sup>297</sup> bestätigt er wieder das Erkenntnis vom 10.09.1986. Weiters nimmt der VwGH nähere Ausführungen zum Abgrenzungskriterium Anstaltsorganisation vor. Er erklärt, dass das unterscheidende Kriterium die Anstaltsorganisation sei und sich die Anforderungen an diese Organisation aus den einzelnen Landes-Krankenanstaltengesetzen

<sup>292</sup> Ein selbständiges Ambulatorium bedarf für die Errichtung und für den Betrieb einer Bewilligung der Landesregierung. Eigenartigerweise erhob der Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz gegen den Errichtungsbescheid vom 26.08.1985 keine Beschwerde. Nur gegen den Betriebsbescheid vom 13.01.1986 wurde eine solche Beschwerde beim VwGH erhoben. (*Pfersmann*, Zum Begriff der Krankenanstalt, ÖJZ 1987, 390).

<sup>293</sup> Salzburger Krankenanstaltenordnung (KAO), LGBl 1975/97 idF LGBl 1979/73.

<sup>294</sup> Krankenanstaltengesetz (KAG), BGBl 1957/1.

<sup>295</sup> Zustimmung vor allem von *Pfersmann* (ÖJZ 1987, 390) der die Entscheidung als „Existenzsicherung für die freiberuflich tätigen Ärzte“ qualifiziert.

<sup>296</sup> VwGH 15.12.1989, 89/18/0105, VwSlg 13090.

<sup>297</sup> VwGH 19.01.1990, 89/18/0138, VwSlg 13102.

ergibt. Eine Krankenanstalt bzw. ein selbständiges Ambulatorium muss einen ärztlichen Leiter und einen Stellvertreter, also mindestens zwei Ärzte, bestellen.

Zwei neuere Entscheidungen des VwGH befassen sich ebenfalls mit dem Abgrenzungskriterium der Anstaltsorganisation. Bei der am 19.06.2002<sup>298</sup> ergangenen Entscheidung erkennt der Gerichtshof aufgrund der Organisation ein selbständiges Ambulatorium. Gegenstand dieser Entscheidung war eine Dialysestation mit 15 Dialyseplätzen. Die Station hat einen ärztlichen Leiter und einen Stellvertreter. Für die Betreuung der Patienten stand zahlreiches nichtärztliches Personal zur Verfügung (11 Krankenschwestern, 3 Stationsgehilfinnen und eine Sekretärin). Die Organisationsstruktur ermöglichte Behandlungszeiten von Montag bis Samstag von 6.00 bis 22.00 Uhr (auch an Feiertagen). Aus der dem Akt beiliegenden Betriebsbewilligung als selbständiges Ambulatorium nach dem Steiermärkischen Krankenanstaltengesetz geht hervor, dass auch eine Anstaltsordnung vorliegt.

In der zweiten Entscheidung<sup>299</sup> vom 24.09.2008 ging es um einen Arzt der medizinischen und chemischen Labordiagnostik, welcher einerseits seit 2002 eine ärztliche Ordination führt und mit Bewilligung von 1997 ein selbständiges Ambulatorium (welches er jedoch auch erst seit 2002 wirklich betreibt). In dieser Entscheidung führte der VwGH wieder die Anstaltsorganisation als Abgrenzungskriterium von selbständigen Ambulatorien und ärztlichen Ordinationen an. In diesem Fall lag beim „selbständigen Ambulatorium“ solch eine Organisation gerade nicht vor und war dieses deshalb auch nicht als selbständiges Ambulatorium zu qualifizieren. Das selbständige Ambulatorium selber hatte keine eigenen Öffnungszeiten und es war auch nur ein medizinischer Assistent halbtags angestellt. Patientenbesuche, Auftragserfassung und venöse Blutabnahme fand ausschließlich in der Ordination statt. Die Ordination erzielte innerhalb von vier Monaten einen Umsatz von ca. EUR 1.000.000 im Ambulatorium aber nur ca. EUR 85.000. Der Arzt selber fungierte als ärztlichen Leiter des Ambulatoriums und machte eine weitere Ärztin namhaft, die als Stellvertreterin anzusehen sei. Tatsächlich aber war die Stellvertreterin zu keiner Zeit im Ambulatorium tätig. Durch alle angeführten Punkte kam der VwGH zu dem Entschluss,

<sup>298</sup> VwGH 19.06.2002, 2000/1570053, VwSlg 7726F.

<sup>299</sup> VwGH 24.09.2008, 2006/15/0283.

dass – auch wenn 1997 formal eine Bewilligung erteilt wurde - hier kein Ambulatorium vorlag, da es an der Organisation einer Anstalt mangelt.

## 2.4 Abgrenzung durch die Lehre

In der Lehre gibt es verschiedene Versuche einer Abgrenzung von selbständigen Ambulatorien und ärztlichen Ordinationsstätten. Diese Versuche basieren vor allem auf den oben erläuterten Entscheidungen des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes.

Bereits 1994 hat sich *Schrammel*<sup>300</sup> mit der Problematik der Abgrenzung von selbständigen Ambulatorien zu ärztlichen Ordinationsstätten auseinandergesetzt. Zu diesem Zeitpunkt war noch das ÄrzteG 1984 anwendbar. Ärzten war es nicht erlaubt, sich in einer Gruppenpraxis zu organisieren.<sup>301</sup> *Schrammel* sieht nur ein wesentliches Kriterium für die Abgrenzung und zwar „die einer Anstalt entsprechende Organisation“<sup>302</sup> bzw. „organisatorisch selbständige Einrichtung“. Um zu erklären, worum es sich bei solch einer Einrichtungsorganisation<sup>303</sup> handelt greift er auf die einzelnen Krankenanstaltengesetze der Bundesländer zurück, in welchen genau aufgelistet ist, welche Anforderungen an selbständige Ambulatorien gestellt werden.

Wesentlich intensiver befasste sich 1995 *Windisch-Graetz*<sup>304</sup> mit diesem Problem. Sie zieht gleich zu Beginn den allgemeinen Begriff der „Anstalt“<sup>305</sup> des Verwaltungsrechts heran. *Windisch-Graetz* weist jedoch sofort daraufhin, dass der allgemeine Begriff der Anstalt zu weit gefasst ist und eine organisatorische Zusammenfassung von sachlichen und persönlichen Mitteln sowohl bei einer Krankenanstalt als auch bei einer ärztlichen Ordinationsstätte vorliegt.<sup>306</sup> Weiters zieht sie die oben erläuterten vom Verfassungsgerichtshof erarbeiteten Abgrenzungskriterien heran und überprüft sie auf ihre Geeignetheit. Dabei sieht sie die Anstaltsordnung und die sanitäre Aufsicht nicht als

<sup>300</sup> *Schrammel*, Kasseneigene Ambulatorien und ärztliche Ordinationsstätten, RdM 1994, 35 ff.

<sup>301</sup> Zu diesem Zeitpunkt war es weder möglich, eine Gruppenpraxis als OG, noch als GmbH zu gründen.

<sup>302</sup> *Joast* geht ebenfalls von der inneren Organisation als Hauptabgrenzungskriterium aus. *Joast*, Krankenanstaltenrecht (2011), 7.

<sup>303</sup> Einrichtung = Anstalt.

<sup>304</sup> *Windisch-Graetz*, Selbständige Ambulatorien und ärztliche Ordinationen, RdM 1995, 145.

<sup>305</sup> Eine Anstalt ist (1995 wie heute) ein auf Dauer bestimmtes Verwaltungsvermögen mit einem Bestand an persönlichen und sachlichen Mitteln. (*Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht 2009, 31)

<sup>306</sup> *Windisch-Graetz*, Selbständige Ambulatorien und ärztliche Ordinationen, RdM 1995, 146.

Abgrenzungskriterium, sondern als „*Rechtsfolgen der Qualifikation einer Einrichtung als Krankenanstalt*“<sup>307</sup> an. Für die weitere Prüfung stellt sie das Ärztegesetz (ÄrzteG 1984) und das Krankenanstaltengesetz (KAG 1956) einander gegenüber. Dabei geht sie zuerst auf die einzelnen Organisationsvorschriften näher ein. Das Krankenanstaltengesetz vom 18.12.1956 enthält etliche Vorschriften, welche die Organisation betreffen.<sup>308</sup> Aufgrund dieser Vorschriften ergeben sich für *Windisch-Graetz* für Krankenanstalten sowohl ein größerer Umfang an apparativer Ausstattung als auch an personeller Ausstattung, und daher ein höherer Grad an Organisation in Bezug auf Leitungs- und Verantwortungsstrukturen als für Ambulatorien.<sup>309</sup> Für die ärztlichen Ordinationsstätten zieht sie die berufsrechtlichen Vorschriften des ÄrzteG heran. „*Eine ärztliche Behandlungsstätte kann solange als Ordinationsstätte angesehen werden, als ein einzelner, sorgfältiger Arzt die umfassende rechtliche Verantwortung über seinen Betrieb übernehmen kann.*“<sup>310</sup> Ein weiteres Abgrenzungskriterium des VfGH ist die Eigenverantwortlichkeit und die damit in engem Zusammenhang stehende Problematik der Anstellung von Ärzten in einer ärztlichen Ordinationsstätte. Der VfGH sieht die Eigenverantwortlichkeit als eines der in dieser Sache maßgeblichen Hauptabgrenzungskriterien an.<sup>311</sup> *Windisch-Graetz* definiert jedoch die Eigenverantwortlichkeit anders und somit ist diese für sie kein geeignetes Kriterium der Abgrenzung.

*Mazal* versucht eine Abgrenzung zwischen der Gruppenpraxis und einem selbständigem Ambulatorium über eine Gesamtbetrachtung. „Überschreitet die für die Erbringung der jeweiligen ärztlichen Dienstleistung notwendige Organisation jenes Maß, das medizinisch vertretbar ein Einzelner verantworten kann, liegt demnach eine Krankenanstalt vor.“<sup>312</sup>

<sup>307</sup> *Windisch-Graetz*, Selbständige Ambulatorien und ärztliche Ordinationen, RdM 1995, 147.

<sup>308</sup> Aus dem Hauptstück B ergeben sich die allgemeinen Bestimmungen für die Errichtung und für den Betrieb von Krankenanstalten. Nach § 3 Abs 1 bedürfen Krankenanstalten sowohl zu ihrer Errichtung als auch zu ihrem Betrieb einer Bewilligung der Landesregierung. Die Voraussetzungen für solch eine Bewilligung ergeben sich aus § 2 Abs 2, 3, 4 und 6. § 6 befasst sich mit der Anstaltsordnung, also dem internen Betrieb und Ablauf einer Krankenanstalt. Auch gewisse personelle Angelegenheiten müssen verpflichtend geregelt werden. So müssen ein ärztlicher Leiter (§ 7), ein Leiter für wirtschaftliche, administrative und technische Angelegenheiten (§ 11), ein Hygienebeauftragter (§ 8a) und ein technischer Sicherheitsbeauftragter (§ 8b) bestellt werden.

<sup>309</sup> *Windisch-Graetz*, Selbständige Ambulatorien und ärztliche Ordinationen, RdM 1995, 148.

<sup>310</sup> *Hummelbrunner*, Die ärztliche Gruppenpraxis (2005), 28; *Windisch-Graetz*, Selbständige Ambulatorien und ärztliche Ordinationen, RdM 1995, 150.

<sup>311</sup> siehe Punkt 3.2. Abgrenzungsversuche des VfGH.

<sup>312</sup> *Mazal*, Gruppenpraxis versus Anstaltsbegriff, RdM 2000, 129.

Aufgrund der Einführung des Gruppenpraxengesetzes 2001 erarbeitete *Scholz*<sup>313</sup> ein weiteres Abgrenzungskriterium, welches zwar von der Judikatur und anderen Teilen der Lehre nicht wirklich angenommen wurde, sich aber durch die Neueinführung des Gesetzes als sehr bedeutend heraus stellte. Das Abgrenzungskriterium führt er auf die Ministerialentwürfe von 1995 zurück. In den Entwürfen wird auf eine konkrete Personenanzahl abgestellt. Sind bei technischen Fächern (medizinische und chemische Labordiagnostik, Radiologie, physikalische Medizin) mehr als zwei Fachärzte tätig, handelt es sich um ein Ambulatorium. Für die nichttechnischen Fächer (alle anderen Gesundheitseinrichtungen) liegt die Grenze bei mehr als zehn Personen, die einen Gesundheitsberuf freiberuflich ausüben.<sup>314</sup>

Auch *Stöger* befasst sich mit dem Problem der Abgrenzung, geht aber nicht so sehr von den Entscheidungen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts aus, sondern von den historischen Unterlagen. Aus diesen leitet er eine Abgrenzungsmöglichkeit über die Letztverantwortung ab. Nur bei einer ärztlichen Ordination liegt die Letztverantwortung bei einem bestimmten Arzt und kann nicht abgegeben werden.<sup>315</sup> *Stöger* leitet durch die Letztverantwortung und der daraus resultierenden Weisungsfreiheit auch das Verbot der Anstellung von Ärzten in einer Ordination ab.

## 2.5 Zusammenfassung

Die von der Rechtsprechung und Lehre herausgearbeiteten Abgrenzungskriterien sind vor allem aufgrund des neuen Bundesgesetzes zur Stärkung der ambulanten und öffentlichen Gesundheitsversorgung<sup>316</sup> neu zu prüfen. Einige erarbeitete Möglichkeiten zur Unterscheidung sind durch das neue Gesetz weggefallen und andere auch gesetzlich untermauert worden. Sehr strittig war zuvor die Frage, ob Ärzte bei freiberuflich tätigen Ärzten angestellt werden können. So haben sich *Windisch-Graetz*<sup>317</sup> und *Krejci*<sup>318</sup> immer

<sup>313</sup> *Scholz*, Gruppenpraxengesetze 2001- Eine Regelung mit verfassungsrechtlichen Problemen, *SozSi* 2001, 633; *Scholz*, Werdegang eines Gruppenpraxengesetzes - was hat sich durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 1. März 1996 geändert?, *SozSi* 1996, 583.

<sup>314</sup> *Scholz*, Gruppenpraxengesetze 2001- Eine Regelung mit verfassungsrechtlichen Problemen, *SozSi* 2001, 639; *Scholz*, Werdegang eines Gruppenpraxengesetzes - was hat sich durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 1. März 1996 geändert?, *SozSi* 1996, 589.

<sup>315</sup> *Stöger*, Ausgewählte öffentlich-rechtliche Fragestellungen des österreichischen Krankenanstaltenrechts (2008), 390.

<sup>316</sup> BGBl I 2010/61.

<sup>317</sup> aaO.

gegen eine Anstellungsmöglichkeit ausgesprochen, *Kux*<sup>319</sup> oder *Kopetz*<sup>320</sup> jedoch dafür. Durch den heutigen § 52a Abs 3 Z 7 ÄrzteG gibt es nun eine klare gesetzliche Regelung. Ärzte (und nicht einmal die Gesellschafter selber) dürfen in einer Gruppenpraxis nicht angestellt werden. D.h. dass falls ein Arzt in einem Anstellungsverhältnis steht, liegt keine Gruppenpraxis<sup>321</sup> vor, sondern eine Krankenanstalt bzw. ein selbständiges Ambulatorium. § 52 a Abs 3 Z 9, 10 ÄrzteG zeigt ein weiteres sehr wichtiges Abgrenzungskriterium auf, die Weisungsfreiheit von freiberuflich tätigen Ärzten. Die Berufsausübung muss immer frei von Weisungen sein. Dies ist natürlich vor allem dadurch erklärbar, dass in einer Gruppenpraxis kein Ober- und Unterordnungsverhältnis vorliegt, sondern alle Gesellschafter (also alle freiberuflich tätigen Ärzte) gleichen Stellenwert haben. Liegt also eine Weisungsgebundenheit vor (vor allem bei einem Dienstverhältnis = Ober- und Unterordnungsverhältnis), handelt es sich um ein selbständiges Ambulatorium.<sup>322</sup> Der § 52a ÄrzteG nennt noch weitere Anforderungen die an eine Gruppenpraxis gestellt werden und lässt dadurch Umkehrschlüsse zu, d.h. wenn, diese Voraussetzungen nicht vorliegen, handelt es sich um ein selbständiges Ambulatorium und nicht um eine Gruppenpraxis. Der § 52a Abs 3 Z 1, 2 und 3 ÄrzteG regelt, dass Eigentümer (Gesellschafter) einer Gruppenpraxis zu jeder Zeit nur zur freiberuflichen Berufsausübung berechnigte Ärzte sein dürfen. Bereits *Windisch-Graetz* hat darauf hingewiesen, dass keine anderen natürlichen oder juristischen Personen dazu berechnigt sind.<sup>323</sup> ME führt Stöger die richtigen Argumente für eine klare Unterscheidung von selbständigen Ambulatorien und Gruppenpraxen an. Er geht von der Letztverantwortung aus und leitet dadurch die Weisungsfreiheit und daraus wiederum das Anstellungsverbot von Ärzten bei Ärzten ab. Diese Kette an Abgrenzungen hält auch nach der heutigen Rechtslage. Das Anstellungsverbot (§ 52a Abs 3 Z 7 ÄrzteG) und die Weisungsfreiheit (analog aus § 52a Abs 3 Z 9,10 ÄrzteG) sind nun auch gesetzlich verankert. Bereits *Windisch-Graetz* kam zu den gleichen Erkenntnissen wie *Stöger* obwohl 1995 weder Gruppenpraxen in Form einer OG noch in Form einer GmbH gesetzlich möglich waren. *Scholz* erkannte bereits 1996 und

<sup>318</sup> *Krejci*, Persönliche Behandlungspflicht von Vertragsärzten, SoSi 1991, 478.

<sup>319</sup> *Kux*, Ärztesgesetz mit Kommentar<sup>3</sup> (1988), § 22 Rz 6b.

<sup>320</sup> *Kopetz*, Die Anstellung von Ärzten bei Ärzten, ÖÄZ 1989, 32.

<sup>321</sup> Der § 52a ÄrzteG ist jedoch nur auf Gruppenpraxen anwendbar und sagt somit nichts über die Anstellung von Ärzten in einer einfachen Ordination aus

<sup>322</sup> *Stärker*, Zur Abgrenzung zwischen Gruppenpraxen und selbständigen Ambulatorien nach der neuen Rechtslage, *ecolex* 2010 1125.

<sup>323</sup> *Windisch-Graetz*, Selbständige Ambulatorien und ärztliche Ordinationen, RdM 1995 149.

2001 durch die Gruppenpraxengesetze eine weitere Möglichkeit für eine klare Unterscheidung von selbständigen Ambulatorien und Gruppenpraxen. *Scholz* führte seine Abgrenzung auf eine genaue Anzahl an beteiligten Personen zurück<sup>324</sup>. Die Z 8 des § 52a Abs 3 ÄrzteG greift ein solches Personenverhältnis wieder auf. Das Kriterium der Eigenverantwortlichkeit ist meiner Ansicht<sup>325</sup> nach, kein geeignetes Kriterium für die Abgrenzung, zumindest nicht wie der VfGH es in seiner Entscheidung<sup>326</sup> herausgearbeitet hat. Aus dem § 3 Abs 2 ÄrzteG<sup>327</sup> ist klar erkennbar das die Eigenverantwortlichkeit sowohl für freiberuflich tätige Ärzte gültig ist als auch für Ärzte in einem Dienstverhältnis. Im Großen und Ganzen ist das neue Bundesgesetz mit Sicherheit eine große Erleichterung was die Abgrenzung von selbständigen Ambulatorien und Gruppenpraxen betrifft. Viele zuvor strittige Abgrenzungsversuche der Lehre (aber auch der Rechtsprechung) sind gesetzlich verankert und klargestellt worden. Dennoch ist es für den einzelnen Patienten nicht möglich, etwa rein aufgrund des Erscheinungsbildes, zwischen einer Gruppenpraxis und einem selbstständigen Ambulatorium, eindeutig zu unterscheiden.

<sup>324</sup> siehe oben Lehrmeinung *Scholz*.

<sup>325</sup> So auch *Stärker*, Zur Abgrenzung zwischen Gruppenpraxen und selbständigen Ambulatorien nach der neuen Rechtslage, *ecolex* 2010, 1124f; *Stöger*, *Krankenanstaltenrecht* (2008), 392.

<sup>326</sup> VfSlg 13023.

<sup>327</sup> ehemaliger § 2 Abs 2 ÄrzteG 1984.

## **C. Deutschland**

### **I. Medizinisches Versorgungszentrum (MVZ)**

#### **1. Entwicklungsgeschichte**

Die medizinischen Versorgungszentren sind historisch zurückzuführen auf die Polikliniken in der ehemaligen DDR.<sup>328</sup> Den Polikliniken allein oblag die gesamte ambulante Versorgung der Bevölkerung.<sup>329</sup>

#### **2. Hintergründe**

Durch die Einführung der neuen medizinischen Versorgungszentren für die ambulante Behandlung von Patienten soll der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Versorgungsformen gefördert und das Ziel der besten Versorgung für Patienten erreicht werden.<sup>330</sup>

#### **3. Gesetzesbestimmungen bis heute**

GKV-Modernisierungsgesetzes (GMG)

Bis zum neuen Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung herrschte der Grundsatz, dass die ambulante Versorgung der Versicherten ausschließlich durch freiberuflich tätige Ärzte, Zahnärzte und Psychotherapeuten abgedeckt wird. Durch das GKV-Modernisierungsgesetzes (GMG) vom 14.11.2003 (in Kraft getreten mit 01.01.2004) wurden medizinische Versorgungszentren als neue Form der ambulanten Versorgung eingeführt. Die medizinischen Versorgungszentren dürfen in der Rechtsform der juristischen Person des privaten und öffentlichen Rechts gegründet werden und als solche Ärzte anstellen.<sup>331</sup> Die Anstellung von Ärzten in einem MVZ ist nur möglich, wenn zuvor die Genehmigung des Zulassungsausschusses eingeholt wurde.<sup>332</sup> Nach der alten

<sup>328</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht<sup>6</sup> (2008), 39.

<sup>329</sup> *Hoffmann*, Die rechtliche Einordnung der Polikliniken in den neuen Bundesländern, MedR 1994, 27.

<sup>330</sup> *Wigge*, Medizinische Versorgungszentren nach dem GMG, MedR 2004, 123.

<sup>331</sup> *Wigge*, Medizinische Versorgungszentren nach dem GMG, MedR 2004, 123.

<sup>332</sup> *Andreas*, Medizinische Versorgungszentren, ArztR 2005, 146.

Gesetzeslage (bis 31.12.2011)<sup>333</sup> ergibt sich zwar, dass sich medizinische Versorgungszentren „aller zulässiger Organisationsformen bedienen dürfen“ (§ 95 Abs 1 SGB V), in der Lehre herrscht aber Uneinigkeit, welche Rechtsformen herangezogen werden dürfen. Für *Spickhoff*<sup>334</sup> sind die Rechtsform der OHG und KG (Personengesellschaften) grundsätzlich ausgeschlossen, da medizinische Versorgungszentren kein Handelsgewerbe betreiben können.<sup>335</sup> *Quaas*<sup>336</sup> schließt die Rechtsform der OHG oder KG für MVZ nicht grundsätzlich aus. Liegt der Schwerpunkt der Tätigkeit im Betreiben eines Krankenhauses dann sind die Rechtsformen der OHG und KG zulässig.<sup>337</sup> Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird überwiegend als zulässig erachtet.<sup>338</sup> MVZ unterliegen einer Bedarfsplanung. Das bedeutet, dass in gesperrten Planungsbereichen bereits bestehende Zulassungen in Anspruch genommen werden müssen oder ein Grund für eine Sonderbedarfszulassung vorliegen muss.<sup>339</sup>

Durch die Neueinführung des Absatz 1a mit 01.01.2012 wird vom Gesetzgeber klargestellt, wer ein MVZ gründen darf und in welcher Rechtsform dieses gegründet werden darf. Mit dieser Bestimmung wird der Uneinigkeit in der Lehre entgegengewirkt und eine klare Regelung getroffen.

#### § 95 SGB V Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung

(1) An der vertragsärztlichen Versorgung nehmen zugelassene Ärzte und zugelassene medizinische Versorgungszentren sowie ermächtigte Ärzte und ermächtigte Einrichtungen teil. Medizinische Versorgungszentren sind fachübergreifende, ärztlich geleitete Einrichtungen, in denen Ärzte, die in das Arztregister nach Absatz 2 Satz 3 eingetragen sind, als Angestellte oder Vertragsärzte tätig sind. Eine Einrichtung nach Satz 2 ist dann

<sup>333</sup> „Die medizinischen Versorgungszentren können sich aller zulässigen Organisationsformen bedienen; sie können von den Leistungserbringern, die auf Grund von Zulassung, Ermächtigung oder Vertrag, an der medizinischen Versorgung der Versicherten teilnehmen, gegründet werden.“ (Stand § 95 Abs 1 S 6 bis 31.12.2011).

<sup>334</sup> *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*<sup>6</sup> (2008), 40.

<sup>335</sup> Dieser Meinung ist auch *Wigge*. *Wigge*, *Medizinische Versorgungszentren nach dem GMG*, *MedR* 2004, 129f.

<sup>336</sup> *Quaas* in *Quaas/Zuck (Hrsg)*, *Medizinrecht*<sup>2</sup> (2008), § 16 Rz 23.

<sup>337</sup> Dieser Meinung ist auch *Rau*. *Rau* in *Rieger (Hrsg)*, *Lexikon des Arztrechts*, Nr. 3585, Rz 90f.

<sup>338</sup> *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*<sup>6</sup> (2008), 40; *Wigge*, *Medizinische Versorgungszentren nach dem GMG*, *MedR* 2004, 129f, *Quaas* in *Quaas/Zuck (Hrsg)*, *Medizinrecht*<sup>2</sup> (2008), § 16 Rz 22ff, *Rau* in *Rieger (Hrsg.)*, *Lexikon des Arztrechts*, Nr. 3585, Rz 76ff.

<sup>339</sup> *Hahne/Bechtler* in *Terbille (Hrsg.)*, *MAH Medizinrecht* (2009), § 4 Rz 259.

fachübergreifend, wenn in ihr Ärzte mit verschiedenen Facharzt- oder Schwerpunktbezeichnungen tätig sind; sie ist nicht fachübergreifend, wenn die Ärzte der hausärztlichen Arztgruppe nach § 101 Abs 5 angehören und wenn die Ärzte oder Psychotherapeuten der psychotherapeutischen Arztgruppe nach § 101 Abs 4 angehören. Sind in einer Einrichtung nach Satz 2 ein fachärztlicher und ein hausärztlicher Internist tätig, so ist die Einrichtung fachübergreifend. Sind in einem medizinischen Versorgungszentrum Angehöriger unterschiedlicher Berufsgruppen, die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, tätig, ist auch eine kooperative Leitung möglich. Die Zulassung erfolgt für den Ort der Niederlassung als Arzt oder den Ort der Niederlassung als medizinisches Versorgungszentrum (Vertragsarztsitz). Die medizinischen Versorgungszentren können sich aller zulässigen Organisationsformen bedienen; sie können von den Leistungserbringern, die auf Grund von Zulassung, Ermächtigung oder Vertrag, an der medizinischen Versorgung der Versicherten teilnehmen, gegründet werden. (ALT bis 31.12.2011)

„(1a) Medizinische Versorgungszentren können von zugelassenen Ärzten, von zugelassenen Krankenhäusern, von Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs 3 oder von gemeinnützigen Trägern, die aufgrund von Zulassung oder Ermächtigung an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, gegründet werden; die Gründung ist nur in der Rechtsform einer Personengesellschaft, einer eingetragenen Genossenschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung möglich. Die Zulassung von medizinischen Versorgungszentren, die am 1 Januar 2012 bereits zugelassen sind, gilt unabhängig von der Trägerschaft und der Rechtsform des medizinischen Versorgungszentrums unverändert fort.“

Zusammengefasst muss ein Medizinisches Versorgungszentrum zwingend fächerübergreifende Dienstleistungen anbieten und erhält selbst eine Kassenzulassung (§ 95 Abs 2 S 5, Abs 3 S 1 SGB V), ist aber hinsichtlich des Gesellschafterkreises auf Leistungserbringer mit bestehender Zulassung beschränkt (§ 95 Abs 1 S 3 SGB V).<sup>340</sup>

<sup>340</sup> Saenger, Gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur der ambulanten Heilkundengesellschaft, MedR 2006 139.

## II. Ärzte-GmbH

### 1. Entwicklungsgeschichte

In einer Reihe von Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (BGH) sprach sich dieser für die Gesellschaftsform der GmbH aus.

Bereits am 30.11.1977 hat der BGH die Ausübung der ambulanten Heilbehandlung für unbedenklich erachtet.<sup>341</sup> Hier ging es zwar um die Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG), diese Entscheidung kann aber auch auf die GmbH angewendet werden. Der Kläger fordert von der Beklagten den Ersatz der Kosten für die ambulante Behandlung in der Deutschen Klinik für Diagnostik AG Wiesbaden. Der BGH hat die ambulante Heilbehandlung durch Kapitalgesellschaften, mangels gesetzlichen Verbots in der Bundesärzteordnung (BÄO) vom 04.02.1970 als, zulässig erkannt. Die Bestimmungen der BÄO treffen nicht die Klinik-AG, sondern die bei ihr angestellten Ärzte. Die Klinik-AG schafft nur die personellen, sachlichen und räumlichen Voraussetzungen zur Ausübung der Tätigkeit der Ärzte. Der Zusatz, dass der Arztberuf seiner Natur nach ein freier Beruf ist, ist nur auf die ärztliche Tätigkeit selbst zurückzuführen. Schon jeher sind angestellte Ärzte gewissen organisatorischen Weisungen ihrer Vorgesetzten unterworfen. Gem. Art 12 GG bedarf es keiner speziellen gesetzlichen Erlaubnis für den Abschluss ambulanter Heilbehandlungen. Ferner macht es gem. Art 12 GG keinen Unterschied, ob der angestellte Arzt seine Tätigkeit bei stationären oder ambulanten Heilbehandlungen ausübt.<sup>342</sup> Die Entscheidung von 1977 war zwar richtungweisend, wurde aber nicht näher thematisiert.

Im Jahr 1991 kam es erneut zu einer Entscheidung des BGH<sup>343</sup>, in der er sich mit der Ausübung der Heilkunde in der Rechtsform einer GmbH beschäftigte. Das Heilpraktikergesetz (HeilprG) soll einen Schutz der zu behandelnden Personen gewährleisten. Die Heilkunde soll folglich nicht von Personen ohne Erlaubnis ausgeführt werden, soweit die Ausübung Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung mit sich bringt. Diese Gefahren gehen aber nur von demjenigen aus, der die Behandlung aktiv ausführt oder demjenigen, der durch Weisungen in die Behandlung eingreift. Die Bestimmung des § 1 Abs 1 HeilprG stellt also auf die Heilbehandlung selbst und nicht auf vermögensrechtliche

<sup>341</sup> BGH 30.11.1977, IV ZR 69/76, BGHZ 70, 158, NJW 1978, 589.

<sup>342</sup> NJW 1978, 589ff, *Laufs*, Die Ärzte-GmbH und das Berufsrecht, MedR 1995, 11f.

<sup>343</sup> BGH 05.12.1991, I ZR 11/90, MedR 1992, 329ff.

Konsequenzen ab. Der BGH hält die Ausübung der Heilkunde in der Rechtsform der GmbH für zulässig.

## **2. Hintergründe**

### **2.1 Fall Zahnheilkunde-GmbH**

#### **2.1.1 Sachverhalt**

Die Zahnärztekammer Nordrhein-Westfalen klagte eine „Zahnheilkunde-GmbH“, keine ambulanten zahnärztlichen Leistungen durch bei ihr angestellte Ärzte zu erbringen.<sup>344</sup> Das Hauptargument der klagenden Partei war, dass eine „Zahnheilkunde-GmbH“ gegen § 1 ZHG verstoße, da die Ausübung von Zahnheilkunde nur approbierten Ärzten erlaubt sei. Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei der beklagten Partei um eine GmbH, also um eine juristische Person handle, könne diese nicht zu dieser erlaubten Gruppe gehören. Weiters müsse gerade der Inhaber einer Zahnarztpraxis eine Approbation vorweisen können und nicht nur die bei ihr angestellten Ärzte (auch wenn diese die Kunden behandeln). Eine Ausnahme wäre nur für Krankenanstalten und Privatkliniken gegeben. Die beklagte „Zahnärzte-GmbH“ stützte sich ihrerseits auf den Art. 12 GG (Freiheit der Berufswahl) und die Tatsache, dass eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung des Berufswahlrechts nicht gegeben ist. Die erste Instanz<sup>345</sup> stellte fest, dass es sich hier um keine verbotene Ausübung der Zahnheilkunde handelt. Das Berufungsgericht<sup>346</sup> bestätigte diese Entscheidung. Nun hatte sich die dritte Instanz, der BGH, mit der Angelegenheit zu beschäftigen.

#### **2.1.2 Entscheidung des BGH**

Der gleiche Senat wie bei der Entscheidung vom 05.12.1991 (Ausübung der Heilkunde durch juristische Personen) befasste sich somit mit der Zulässigkeit einer „Zahnheilkunde-GmbH“. Der BGH<sup>347</sup> stimmt dem Berufungsurteil umfassend zu. Die GmbH wurde nach deutschem Recht gesetzmäßig gegründet und deshalb stünde ihr nach Art. 12 GG die freie

<sup>344</sup> Das Problem des Werbeverbots für Zahnärzte (-GmbHs) wird hier nicht weiter erläutert, da es keine Relevanz für die Problematik der Rechtsform einer Ärzte-GmbH per se hat.

<sup>345</sup> LG Düsseldorf, Ur. v. 05.12.1990, 34 O 98/90, MedR 1991, 149ff.

<sup>346</sup> OLG Düsseldorf, Ur. v. 10.10.1991, 2 U 15/91, MedR 1992, 46ff.

<sup>347</sup> BGH, Ur. v. 25.11.1993, I ZR 281/91, MedR 1994, 152ff.

Berufswahl zu. Es gäbe keine gesetzlichen Bestimmungen, die solch eine Berufsausübung verbieten. Es sei zwar richtig, dass gemäß § 1 ZHG derjenige der die Zahnheilkunde ausübt eine Approbation vorweisen muss, es ist aber ausreichend, wenn die behandelnden Zahnärzte über die geforderte Approbation verfügen. Der Inhaber der Einrichtung in eigener Person benötigt keine Approbation. Ausschlaggebend ist die Weisungsfreiheit, die behandelnden Ärzte dürfen durch Weisungen oder ähnlichem nicht in der Ausübung ihrer Heilbehandlungstätigkeit („Feststellung, Heilung oder Linderung des Leidens des Patienten“) eingeschränkt werden. Verfügen also die bei der „Zahnheilkunde-GmbH“ angestellten Ärzte über die notwendige Approbation und werden diese durch Weisungen bezüglich ihrer Heilbehandlungstätigkeit nicht beeinflusst, dann bedarf es auch keiner Approbation der GmbH (die diese auch gar nicht erhalten könnte). Die „Zahnheilkunde-GmbH“ entspricht einem gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Berufsbild, auch wenn die Rechtsform der GmbH bisher nicht für ambulante Tätigkeiten genutzt wurde.<sup>348</sup>

### 2.1.3 Probleme

Die Entscheidung ist zwar ein „Meilenstein“ bezüglich der Erlaubtheit von (Zahn)Ärzte-GmbHs, jedoch stellen sich als Folge des Urteils weitere Fragen. In der genannten Entscheidung ging es um eine „Zahnheilkunde-GmbH“ in Nordrhein-Westfalen. In diesem Bundesland gab es keine gesetzlichen Regelungen, die gegen eine GmbH gesprochen hätten. Es stellt sich jedoch die Frage wie die Rechtslage ist, wenn in anderen Bundesländern, in denen *„durch Gesetz festgelegt ist, dass die Ausübung ambulanter ärztlicher und zahnärztlicher Tätigkeit außerhalb des Krankenhauses.... an die Niederlassung in eigener Praxis gebunden ist, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen etwas anderes zulassen und soweit es sich nicht um Tätigkeiten bei Trägern handelt, die nicht gewerbs- oder berufsmäßige ärztliche oder zahnärztliche Leistungen anbieten oder erbringen.“*<sup>349</sup>

<sup>348</sup> Laufs, Die Ärzte-GmbH und das Berufsrecht, MedR 1995, 12.

<sup>349</sup> Taupitz, Zulässigkeit einer Zahnheilkunde-GmbH, MedR 1994, 155.

Gibt es in einem Bundesland eine derartige Regelung, sprechen mehrere verfassungsrechtliche Punkte gegen deren Erlaubtheit. Insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Gleichheitssatz sprechen gegen eine Erlaubtheit.<sup>350</sup>

Weiters stellt sich die Frage, ob die Ärztekammer, die diese gesetzlichen Regelungen aufstellt, auf Grund ihrer Satzungscompetenz dazu überhaupt berechtigt ist.<sup>351</sup>

### **3. Gesetzesbestimmungen bis heute**

#### **3.1 Allgemeines**

In der deutschen Rechtsordnung existiert kein einheitliches Arztrecht, sondern nur sehr unübersichtliche bundes- und landesrechtliche Vorschriften (zusätzlich verschiedenste Satzungen der jeweiligen Berufskammern).<sup>352</sup>

Art 74 Abs 1 Nr 19 GG bestimmt, dass dem Bund in Sachen „Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe“ vorzugsweise die Gesetzgebung (konkurrierende Gesetzgebung) zusteht. Der Bund ist folglich nur für die Berufszulassung zuständig. Alle anderen Vorschriften bezüglich der Ausübung des ärztlichen Berufes sind den Ländern vorbehalten. Die Bestimmungen finden sich in den Kammer- und Heilberufsgesetzen der Länder. Diese wiederum ermächtigen die einzelnen Ärztekammern zum Erlass von Satzungen (funktionale Selbstverwaltung der Ärzte).

Der aus 250 Abgeordneten der Landesärztekammern bestehende „Deutscher Ärztetag“ ist die Hauptversammlung und Organ der Bundesärztekammer (Arbeitsgemeinschaft der Deutschen Ärztekammern). Bei den Beschlüssen des Deutschen Ärztetages handelt es sich grundsätzlich um Empfehlungen, die nicht verbindlich sind. Alle Landesärztekammern können frei entscheiden, ob und wie sie diese Empfehlungen umsetzen. Trotz dieser Tatsache haben sie erhebliche normative Kraft, da die Landesärztekammern die einzelnen Regelungen möglichst bundeseinheitlich gestalten wollen.<sup>353</sup>

<sup>350</sup> Näheres zu dieser verfassungsrechtlichen Problematik in Punkt IV.

<sup>351</sup> *Taupitz*, Zulässigkeit einer Zahnheilkunde-GmbH, MedR 1994, 155.

<sup>352</sup> *Quaas* in *Quaas/Zuck (Hrsg)*, Medizinrecht<sup>2</sup> (2009) § 12 Rz 1.

<sup>353</sup> *Ratzel*, Deutscher Ärztetag, Nr. 1400 in *Rieger/Dahm/Steinhilper (Hrsg.)*, Heidelberger Kommentar, Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht.

Das ist auch der Grund, warum sich die 17 Landesärztekammern bei ihren Berufsordnungen überwiegend an der von der Bundesärztekammer ausgearbeiteten, und vom Deutschen Ärztetag verabschiedeten Musterberufsordnung (MBO) orientieren.<sup>354</sup>

### **3.2 Rechtslage vor der Änderung der Musterberufsordnung der Ärzte 2004 (MBO-Ä)**

Früher gab es für einen Arzt eigentlich nur zwei Möglichkeiten: Entweder, er übte seinen Beruf in einem Krankenhaus aus oder er ließ sich in einer eigenen Einzelpraxis nieder. Dieses Bild hat sich heute weitgehend verändert. Rechtsgrundlage für die zulässigen Kooperationsformen ist grundsätzlich das allgemeine Zivilrecht und dessen gesellschaftsrechtliche Organisationsformen.

§ 1 BÄO normiert, dass der ärztliche Beruf kein Gewerbe ist, daher können sich Ärzte nicht in der Form einer Personengesellschaft des Handelsrechts zusammenschließen. Ihnen steht also die Möglichkeit frei, zwischen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Partnerschaftsgesellschaften und Kapitalgesellschaften (GmbH, AG) zu wählen.<sup>355</sup>

Einige der 16 deutschen Bundesländer haben in ihren Kammer- und Heilberufsgesetzen ein Verbot der Kapitalgesellschaftsformen für Ärzte normiert. Solch ein Verbot ist auch in manchen Berufsordnungen der Ärztekammern zu finden.<sup>356</sup>

### **3.3 Rechtslage nach der Änderung der Musterberufsordnung der Ärzte 2004**

Eine bedeutende Veränderung bezüglich der Zulässigkeit von Kapitalgesellschaften für die Ausübung der ärztlichen Berufe hat der 107. Deutsche Ärztetag mit sich gebracht.

Ziel des im Mai 2004 in Bremen stattgefundenen 107. Deutschen Ärztetags war es, die Wettbewerbsfähigkeit freiberuflich tätiger Ärzte gegenüber anderen Leistungsanbietern im Gesundheitswesen zu verbessern und die vom Gesetzgeber im Rahmen des GKV-

<sup>354</sup> Quaas in Quaas/Zuck, (Hrsg) Medizinrecht<sup>2</sup> (2009) § 12 Rz 4.

<sup>355</sup> Lipp in Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg), Arztrecht<sup>6</sup> (2009) Rz 62.

<sup>356</sup> Lipp in Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg), Arztrecht<sup>6</sup> (2009) Rz 64; Die verfassungsrechtliche Problematik dieses Verbots wird im Punkt IV. näher erläutert.

Modernisierungsgesetzes (GMG) geschaffenen institutionellen Möglichkeiten unter Wahrung der Freiheit ärztlicher Entscheidungen zu nutzen.<sup>357</sup>

## § 18 MBO

„(1) Ärztinnen und Ärzte dürfen sich zu Berufsausübungsgemeinschaften, Organisationsgemeinschaften, Kooperationsgemeinschaften und Praxisverbänden zusammenschließen. Der Zusammenschluss zur gemeinsamen Ausübung des Arztberufes kann zum Erbringen einzelner Leistungen erfolgen, sofern er nicht lediglich einer Umgehung des § 31 dient. Eine Umgehung liegt insbesondere vor, wenn sich der Beitrag der Ärztin oder des Arztes auf das Erbringen medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung der Mitglieder einer Teil-Berufsausübungsgemeinschaft beschränkt oder der Gewinn ohne Grund in einer Weise verteilt wird, die nicht dem Anteil von der persönlich erbrachten Leistung entspricht. Die Anordnung einer Leistung, insbesondere aus den Bereichen der Labormedizin, der Pathologie und der Bildgebenden Verfahren, stellt keinen Leistungsanteil im Sinne des Satzes 3 dar. Verträge zur Gründung von Teil-Berufsausübungsgemeinschaften sind der Ärztekammer vorzulegen.

(2) Ärztinnen und Ärzte dürfen ihren Beruf einzeln oder gemeinsam in allen für den Arztberuf zulässigen Gesellschaftsformen ausüben, wenn ihre eigenverantwortliche, medizinisch unabhängige sowie nicht gewerbliche Berufsausübung gewährleistet ist. Bei beruflicher Zusammenarbeit, gleich in welcher Form, hat jede Ärztin und jeder Arzt zu gewährleisten, dass die ärztlichen Berufspflichten eingehalten werden.“

§ 18 Abs 1 MBO gibt vor welche Arten von gemeinsamer Berufsausübung zur Verfügung stehen. § 18 Abs 2 regelt in welcher Art und Weise diese gemeinsame Berufsausübung ausgeführt werden kann, also in welcher Rechtsform sich die zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Ärzte zusammenschließen dürfen. Ihnen stehen alle nach den allgemeinen zivilrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zulässigen Gesellschaftsformen offen.

<sup>357</sup> *Ratzel/Lippert*, Das Berufsrecht der Ärzte nach den Beschlüssen des 107. Deutschen Ärztetages in Bremen, MedR 2004, 525.

§ 23a MBO nimmt explizit Bezug auf die Ärztesellschaften:

§ 23a MBO

„(1) Ärztinnen und Ärzte können auch in der Form der juristischen Person des Privatrechts ärztlich tätig sein. Gesellschafter einer Ärztesellschaft können nur Ärztinnen und Ärzte und Angehörige der in § 23b Absatz 1 Satz 1 genannten Berufe sein. Sie müssen in der Gesellschaft beruflich tätig sein. Gewährleistet muss zudem sein, dass

a, die Gesellschaft verantwortlich von einer Ärztin oder einem Arzt geführt wird; Gesellschafter müssen mehrheitlich Ärztinnen und Ärzte sein,

b, die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte Ärztinnen und Ärzten zustehen,

c, Dritte nicht am Gewinn der Gesellschaft beteiligt sind,

d, eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherung für jede/jeden in der Gesellschaft tätige Ärztin/tätigen Arzt besteht.

(2) Der Name der Ärztesellschaft des Privatrechts darf nur die Namen der in der Gesellschaft tätigen ärztlichen Gesellschafter enthalten. Unbeschadet des Namens der Gesellschaft, können die Namen und Arztbezeichnungen aller ärztlichen Gesellschafter und der angestellten Ärztinnen und Ärzten angezeigt werden.“

### **3.4 Umsetzung des § 23a MBO in den Landesärztekammern**

#### **3.4.1 Baden-Württemberg**

Das Land Baden-Württemberg hat den § 23 a (Ärztesellschaften) MBO zwar umgesetzt, dies jedoch mit einem anderen Wortlaut.

§ 23 a Ärztesellschaften

„(1) Ärztinnen und Ärzte können auch in der Form einer juristischen Person des Privatrechts ärztlich tätig sein.

(2) Unbeschadet des Namens der Gesellschaft können die Namen und Arztbezeichnungen aller ärztlichen Gesellschafter und der angestellten Ärztinnen und Ärzte angezeigt werden.“

### **3.4.2 Bayern**

Mit der geltenden Fassung vom 01.08.2007 wird die Berufsordnung für die Ärzte Bayerns bekannt gemacht. In dieser Berufsordnung wurde § 23a der MBO nicht übernommen. Umgesetzt wurden nur die §§ 23b-d MBO. Ein Zusammenschluss von Ärzten ist demnach in Bayern nur als Partnerschaftsgesellschaft nach dem PartGG oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erlaubt.

### **3.4.3 Berlin**

In die Berufsordnung der Ärztekammer Berlin vom 30.05.2005 (zuletzt geändert am 23.09.2009) wurde § 23a der Musterberufsordnung der deutschen Ärzte nicht aufgenommen. Die Norm als solche wird zwar angeführt, jedoch nur unter dem Hinweis, dass sie nicht genehmigt wurde.

### **3.4.4 Brandenburg**

Im Gegensatz zu Berlin wurde § 23a MBO identisch in der Berufsordnung für Ärzte aus Brandenburg mit der Fassung 15.09.2007 eingeführt.

### **3.4.5 Bremen**

In die Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte aus dem Lande Bremen wurde der § 23a MBO zwar umgesetzt, jedoch mit modifiziertem Wortlaut:

#### § 23a Ärztegesellschaften

„(1) Ärztinnen und Ärzte können auch in der Form der juristischen Person des Privatrechts ärztlich tätig sein. Die gemeinsame Führung einer Praxis ist nur zulässig, wenn die Beteiligten die Berechtigung zur Ausübung des ärztlichen, zahnärztlichen oder psychotherapeutischen Berufs besitzen. Verträge über den Zusammenschluss in der Form der juristischen Person des Privatrechts sowie deren Änderung sind in der Ärztekammer vorzulegen.

(2) Unbeschadet des Namens der Gesellschaft müssen die Namen und Arztbezeichnungen aller ärztlichen Gesellschafter und der angestellten Ärztinnen und Ärzte angezeigt werden.“

### **3.4.6 Hamburg**

Die Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte aus Hamburg vom 27.03.2000 (in der Fassung vom 20.02.2006) beinhaltet zwar § 23a MBO vollständig, die Landesärztekammer fügte aber einen dritten Absatz hinzu.

„(3) Die Ausübung ambulanter ärztlicher Tätigkeit bei einer juristischen Person des Privatrechts, die gewerbsmäßig ambulante Leistungen erbringt ohne die Voraussetzungen des Absatz 1 zu erfüllen, kann auf Antrag von der Ärztekammer genehmigt werden, wenn sichergestellt ist, dass die beruflichen Belange nicht beeinträchtigt werden und die Berufsordnung beachtet wird. Die Ausübung ambulanter ärztlicher Tätigkeit in Krankenhäusern oder konzessionierten Privatkrankenanstalten bleibt hiervon unberührt.“

### **3.4.7 Hessen**

Die Landesärztekammer Hessen hat in ihrer Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte vom 02.09.1998 (zuletzt geändert am 05.05.2010) § 23a MBO vollinhaltlich umgesetzt.

### **3.4.8 Mecklenburg- Vorpommern**

Die Berufsordnung der Ärztekammer Mecklenburg-Vorpommern vom 20.05.2005, zuletzt geändert durch Satzung vom 03.07.2007, enthält § 23a MBO ebenfalls.

### **3.4.9 Niedersachsen**

Die niedersächsische Berufsordnung vom 23.03.2005 (zuletzt geändert am 27.11.2012 und Wirkung zum 01.02.2013) gestattet die Gründung von Ärzte-GmbHs. Ganz nach den Vorgaben des § 32 Abs 1 Z 6 und Abs 2 NdHKG wurde der § 23a MBO auch in die Berufsordnung der niedersächsischen Ärztekammer übernommen.

### **3.4.10 Nordrhein**

Für die nordrheinischen Ärzte hat die Berufsordnung vom 14.11.1998 (in der Fassung vom 10.11.2012) und Wirkung zum 13.03.2013 Gültigkeit. Die Bildung einer

Kooperationsgemeinschaft ist nur in der Rechtsform einer Partnerschaftsgesellschaft oder in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erlaubt.<sup>358</sup>

#### **3.4.11 Rheinland- Pfalz**

§ 23a der MBO wurde vollständig in die Berufsordnung der Landesärztekammer Rheinland-Pfalz übernommen.

#### **3.4.12 Saarland**

Die derzeit gültige Fassung der Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte des Saarlandes vom 25.04.2007 beinhaltet § 23a MBO ebenfalls.

#### **3.4.13 Sachsen**

Auch die Berufsordnung von Sachsen vom 24.06.1998 (in der Fassung der Änderungssatzung 23.11.2007) hat § 23a MBO eins zu eins umgesetzt.

#### **3.4.14 Sachsen-Anhalt**

Identent gilt auch für die Berufsordnung der Landesärztekammer Sachsen-Anhalt vom 08.11.1997 (Stand 04.04.2009).

#### **3.4.15 Schleswig-Holstein**

Weiters übernimmt die Berufsordnung der Ärztekammer von Schleswig-Holstein vom 03.02.1999 (letzte Änderung 08.04.2008) den § 23a MBO.

#### **3.4.16 Thüringen**

Im Bundesland Thüringen wurde § 23a vollinhaltlich in der Berufsordnung der Landesärztekammer Thüringen vom 21.10.1998 (letzte Änderung am 20. 03.2009) umgesetzt.

<sup>358</sup> § 23a Abs 1 Berufsordnung NRW.

### **3.4.17 Westfalen-Lippe**

Die Ärztekammer Westfalen-Lippe teilt sich mit der Ärztekammer Nordrhein die berufspolitische Vertretung der Ärztinnen und Ärzte aus dem Bundesland Nordrhein-Westfalen. Im Gegensatz zur Berufsordnung der Ärztekammer Nordrhein beinhaltet die Berufsordnung der Ärztekammer Westfalen-Lippe den § 23a MBO.

### **3.4.18 Fazit**

Bereits im Jahr 2004 hat der 107. Deutsche Ärztetag die Möglichkeit geschaffen, dass sich Ärzte in der Rechtsform einer GmbH zusammenschließen können, dies wurde aber nicht in alle Berufsordnungen der Landesärztekammern übernommen. Die bayrische Landesärztekammer etwa konnte den § 23a MBO nicht umsetzen, da § 18 Abs 1 Bay. Heilberufe KammerG dies nicht gestattet. Die Bundesländer Berlin und Nordrhein-Westfalen haben zwar kein generelles Verbot einer Ärzte-GmbH in ihren Heilberufe- und Kammergesetzen manifestiert, jedoch zielen beide in den einschlägigen Bestimmungen auf eine „Niederlassung in eigener Praxis“ ab.<sup>359</sup> Die Bindung der ärztlichen Tätigkeit an die Niederlassung in eigener Praxis kann vom Ergebnis her betrachtet ebenfalls als ein Verbot einer „Ärzte-GmbH“ verstanden werden. Einen ganz ähnlichen Wortlaut enthält auch das Berliner Heilberufegesetz, und folglich ebenfalls ein Umsetzungshindernis des § 23a MBO die Ärztegesellschaften betreffend.<sup>360</sup> Des Weiteren hat auch die Ärztekammer Nordrhein (im Gegensatz zur Ärztekammer Westfalen-Lippe) den § 23a MBO nicht in ihre Berufsordnung aufgenommen. Es ist zwar das eigentliche Ziel der Musterberufsordnung der deutschen Ärzte eine inhaltlich einheitliche, Deutschlandweite, gesetzliche Regelung zu schaffen, dieses Unterfangen ist aber abhängig von der Umsetzung der einzelnen Landesärztekammern. Aufgrund der Tatsache, dass 3 der 17 Landesärztekammern den § 23a MBO nicht übernommen haben, können in diesen Bundesländern auch keine „Ärzte-GmbHs“ gegründet werden.

<sup>359</sup> Jüngst hat das Bundesland Niedersachsen nach Änderung des § 32 Abs 1 Z 6 und Abs 2 NdHKG auch in ihrer Berufsordnung eine Ärzte-GmbH erlaubt.

<sup>360</sup> § 4a Abs 5 BlnKAG.

## **4. Begriffe/Ärztliche Kooperationsformen**

### **4.1 Medizinische Versorgungszentren**

Medizinische Versorgungszentren sind fachübergreifende, ärztlich geleitete Einrichtungen, in denen Ärzte, die in das Arztregister eingetragen sind, als Angestellte oder Vertragsärzte tätig sind.<sup>361</sup>

### **4.2 Gruppenpraxis**

Gruppenpraxis ist der Oberbegriff für alle Möglichkeiten der gemeinsamen ärztlichen Berufsausübung.<sup>362</sup>

### **4.3 Berufsausübungsgesellschaft**

Hierbei handelt es sich um eine Gesellschaft, die dem Zweck dient Ärzten die gemeinsame Berufsausübung zu ermöglichen. Grundsätzlich versteht man unter einer Berufsausübungsgemeinschaft eine Gemeinschaftspraxis, diese Bezeichnung findet aber nur mehr Verwendung für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Bei einer Partnerschaftsgesellschaft und einer Ärzte-GmbH handelt es sich ebenfalls Berufsausübungsgemeinschaften. Diese werden unter dem Begriff Ärztepartnerschaft und Heilkunde-GmbH bzw. enger formuliert unter jenem der Ärzte-GmbH zusammengefasst.<sup>363</sup>

### **4.4 Gemeinschaftspraxis**

Die Gemeinschaftspraxis bezeichnet die engste Form der Zusammenarbeit von niedergelassenen Ärzten, welche in der gleichen Fachrichtung tätig sind. Ein Patient kann von jedem der an der Gemeinschaftspraxis beteiligten Ärzte behandelt werden, da es sich bei solch einer Art der Praxis um eine völlige Einheit handelt.<sup>364</sup> Es handelt sich also im Wesentlichen um die weitgehend austauschbare gemeinsame ärztliche Leistung im

<sup>361</sup> § 95 Abs 1 S 2 SGB V.

<sup>362</sup> Quaas in Quaas/Zuck (Hrsg), Medizinrecht<sup>2</sup> (2009) § 12 Rz 1.

<sup>363</sup> Saenger, Gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur der ambulanten Heilkundengesellschaft, MedR 2006, 138.

<sup>364</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht<sup>6</sup> (2008) Rz 133f.

Vertragsarztrecht und Vertragsarztrechtabrechnungswesen die durch eine gemeinsame Abrechnung unter einer KV-Abrechnungsnummer zum Ausdruck gebracht wird.<sup>365</sup>

#### **4.5 Praxisgemeinschaft**

Im Gegensatz zur Gemeinschaftspraxis handelt es sich bei einer Praxisgemeinschaft nur um einen lockeren Zusammenschluss von Ärzten aus der gleichen oder verschiedenen Fachrichtungen. Nur in Bezug auf die äußeren Rahmenbedingungen der Praxis wie z.B. Ordinationsräume, Personal, Energiezufuhr etc. bilden sie eine Gemeinschaft. Der Patient kann nicht von jedem in der Praxisgemeinschaft tätigen Arzt, beliebig behandelt werden.<sup>366</sup> Bei einer Praxisgemeinschaft handelt es sich also um eine gemeinsame Ressourcennutzen, also eine Teilung der Kosten.<sup>367</sup> Bei der Praxisgemeinschaft handelt es sich nicht wie bei den anderen um eine Berufsausübungsgemeinschaft, sondern um eine Organisationsgemeinschaft.<sup>368</sup>

#### **4.6 Partnerschaftsgesellschaften**

Am 01.07.1995 trat das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz<sup>369</sup> (PartGG) in Kraft. Dieses Gesetz ermöglicht es, dass sich Mitglieder freier Berufe als Partnerschaftsgesellschaft organisieren. In einer Partnerschaftsgesellschaft können sich Mitglieder freier Berufe zusammenschließen, um ihren Beruf gemeinsam auszuüben. Die Gesellschaft ist in ein Partnerschaftsregister einzutragen und übt kein Handelsgewerbe aus. Sowohl Ärzte untereinander, als auch Ärzte mit Angehörigen andere Gesundheitsberufe können eine Partnerschaftsgesellschaft gründen.<sup>370</sup>

#### **4.7 Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB)**

Um Angehörigen von freien Berufen eine Beschränkung ihrer Berufshaftung mit dem Privatvermögen zu ermöglichen, wurde mit 19.07.2013 die beschränkte

<sup>365</sup> Cramer, Praxisgemeinschaft versus Gemeinschaftspraxis - Auf den Gesellschaftszweck kommt es an!, MedR 2004, 554.

<sup>366</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht<sup>6</sup> (2008) Rz 137.

<sup>367</sup> Cramer, Praxisgemeinschaft versus Gemeinschaftspraxis - Auf den Gesellschaftszweck kommt es an!, MedR 2004, 554.

<sup>368</sup> Lipp in Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg), Arztrecht<sup>6</sup> (2009) Rz 62.

<sup>369</sup> BGBl 1994 I S. 1744.

<sup>370</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht<sup>6</sup> (2008) Rz 138.

Partnerschaftsgesellschaft neu eingeführt.<sup>371</sup> Bei der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung handelt es sich um keine eigene Rechtsform. Sie wurde vor allem als Alternative zur immer beliebter werdenden britischen limited liability partnership (LLP) entwickelt.<sup>372</sup> Damit die PartG mbB auch tatsächlich für die einzelnen freien Berufe zur Verfügung steht, müssen einzelne Regelungen in die jeweiligen Berufsrechte aufgenommen werden. Derzeit gibt es eine solche Regelung für Ärzte noch nicht.

#### **4.8       Ärzte-GmbH**

Ärzte können sich zu einer Berufsausübungsgemeinschaft zusammenschließen und ihren Beruf in der Rechtsform einer GmbH ausüben. Innerhalb dieser Gesellschaft üben sie ihre ärztliche Tätigkeit als Geschäftsführer oder als Angestellte der GmbH aus.<sup>373</sup> Die Ärzte-GmbH ist eine Gesellschaft im Sinne des GmbHG. Von ihr wird eine Arztpraxis betrieben, in der die ärztliche Tätigkeit ambulant ausgeführt wird. Die zu behandelnden Patienten schließen nicht mit dem behandelnden Arzt, sondern mit der GmbH selbst den Behandlungsvertrag ab.<sup>374</sup>

### **III.       GmbH**

Wie auch im österreichischen Teil soll auch hier zuerst auf die GmbH im Allgemeinen eingegangen werden und anschließend auf die Besonderheiten, die sich für eine Ärzte-GmbH nach deutschem Recht ergeben. Wiederum werden nur die für diese Thematik relevanten Aspekte behandelt, alle anderen werden entweder kurz angeschnitten oder außen vor gelassen.

Exkurs: Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008<sup>375</sup>

<sup>371</sup> Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.

<sup>372</sup> *Reiner/Chini*, Die (neue) deutsche Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, 1290 ff.

<sup>373</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht<sup>6</sup> (2008) Rz 139.

<sup>374</sup> *Attermeyer*, Die ambulante Arztpraxis in der Rechtsform der GmbH (2004) 5.

<sup>375</sup> BGBl 2008 I 2026.

Das MoMiG brachte mit 01.11.2008 die umfangreichsten Änderungen und Neuregelungen des deutschen GmbHG seit der Schaffung im Jahr 1892 mit sich. Aufgabe des neuen Gesetzes war eine grundlegende Modernisierung des GmbH Rechts (vor allem eine Angleichung an andere Rechtsformen mit beschränkter Haftung in Europa) und die Bekämpfung von Missbräuchen. Von der Modernisierung betroffen sind die Gründung der GmbH, die Verlegung des Verwaltungssitzes, die eigene Einteilung und der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen, die Kapitalaufbringung und die Kapitalerhaltung und zusätzlich Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung. Weiters wurde durch das neue Gesetz eine weitere Gesellschaftsform, die Unternehmergesellschaft, geschaffen.

## **1. Allgemeines**

Am 20.04.1892 trat das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) in Kraft. Deutschland sah sich damals aufgrund mehrerer gesetzwidriger Vorfälle zu einer Verschärfung bei der Gründung von Aktiengesellschaften veranlasst. Diese Maßnahmen führten zur erstmaligen Entstehung einer GmbH, welche gerade kleinen und mittelständischen Unternehmen die Möglichkeit einer beschränkten Haftung bietet und somit eine Mischung von Aktiengesellschaft und Personengesellschaften (OHG und KG) darstellt (auch bekannt als kleine AG).<sup>376</sup>

### **1.1 Begriff**

Der deutsche Gesetzgeber hat zwar die GmbH „erfunden“, aber auch er hat sich nicht dazu durchringen können, die GmbH genau zu definieren. Auch keine der bis dato durchgeführten Reformen brachte eine exakte begriffliche Bestimmung. Aus den §§ 1, 5 und 13 GmbHG lässt sich die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als eine aus mehreren Personen bestehende Gesellschaft aus eigener Rechtspersönlichkeit, die ein in Geschäftsanteile zerlegtes Stammkapital hat und für deren Verbindlichkeiten den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet, definieren.<sup>377</sup>

<sup>376</sup> Hueck/Fastrich in *Baumbach/Hueck (Hrsg), GmbHG*<sup>8</sup>, 2f; Michalski in *Michalski (Hrsg), GmbHG, Syst. Darst.* 1, Rz 1f; *Roth/Altmeyen, GmbHG*<sup>5</sup>, Einleitung Rz 1f.

<sup>377</sup> *Fleischer, Münchener Kommentar GmbHG (2010)*, Rz 4.

## 1.2 Charakteristika

Aus der oben angeführten Definition lassen sich auch gleich die Charakteristika einer GmbH herleiten. Aus § 13 GmbHG ergibt sich einerseits die eigene Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft und andererseits die beschränkte Haftung der Gesellschafter. Die Gesellschafter haften nur bis zur von ihnen eingezahlten Stammeinlage (§ 5 GmbHG). Eines der bedeutendsten Charakteristika einer GmbH – auch für die hier zu diskutierende Thematik – ist aber ihre Zweckoffenheit.<sup>378</sup>

## 2. Gründungsvoraussetzungen

### 2.1 Vorgesellschaft

§ 11 GmbHG normiert, dass die Gesellschaft vor der Eintragung des Sitzes der Gesellschaft in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft als solche nicht besteht. § 11 Abs 2 GmbHG besagt, dass die Handelnden persönlich und solidarisch haften, wenn diese vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt haben. Der Absatz stellt zwar klar, wer für was wie haftet, sagt jedoch nichts darüber aus, was die „Gesellschaft“ vor ihrer Eintragung ins Handelsregister eigentlich ist. Die Vorgesellschaft entsteht mit dem rechtmäßigen Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Wie auch in Österreich hat der Gesetzgeber es der Lehre und Rechtsprechung überlassen, das Gebilde der Gesellschaft vor der Eintragung in das Handelsregister und nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages zu definieren und einzuordnen. Der BGH hat sich im Jahre 1956 erstmals mit dem Gebilde einer Vor-Genossenschaft auseinandergesetzt<sup>379</sup> und sich dann in seiner Entscheidung vom 12.07.1956 zur „Rechtsstruktur der im Werden begriffenen GmbH“ geäußert: „Die im Werden begriffene GmbH ist keine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, sondern eine Organisation, die einem Sonderrecht untersteht, das aus den im GmbHG oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen GmbH, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, besteht.“<sup>380</sup> Die Vorgesellschaft ist voll

<sup>378</sup> *Oppenländer* in *Oppenländer/Trölitzsch (Hrsg)*, GmbH-Geschäftsführung (2011), Rz 11.

<sup>379</sup> BGH, Urteil vom 23.04.1956, II ZR 116/55, BGHZ 20, 281, NJW 1956, 946.

<sup>380</sup> BGH, Urteil vom 12.07.1956, II ZR 218/54, BGHZ 21, 242; NJW 1956, 1435; *Schmidt* in *Haunhorst/Schmidt (Hrsg)*, Die GmbH<sup>14</sup> (2009), 25 f.

rechtsfähig und kann somit Eigentümer, Gläubiger und Schuldner sein und verfügt über eine eigene Firma.<sup>381</sup>

## 2.2 Gesellschaftsvertrag

Der Gesellschaftsvertrag ist zum einen das Errichtungsgeschäft der GmbH. Durch dieses Geschäft werden die Gründer verpflichtet, ihre Einlagen einzubezahlen und die Gesellschaft zu errichten. Zum anderen regelt der Gesellschaftsvertrag die Beziehung zu den Gesellschaftern untereinander und zur Gesellschaft selbst. Der Gesellschaftsvertrag wird in Deutschland meist als Satzung bezeichnet.<sup>382</sup>

Der § 2 Abs 1 GmbHG legt den Abschluss des Gesellschaftsvertrages in „notarieller Form“ fest. Der deutsche Gesetzgeber meint mit der notariellen Form die notarielle Beurkundung. Alle Gründer müssen vor dem Notar erklären, dass sie eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung errichten wollen, und der Notar nimmt hierüber eine Niederschrift auf.<sup>383</sup> Die Erfordernisse der Beurkundung durch einen deutschen Notar ergeben sich aus den §§ 8ff BeurkG. Die notarielle Beurkundung umfasst mehrere Zwecke, sie dient einerseits der Beweissicherung und folglich der Rechtssicherheit, andererseits hat sie aber auch Schutz- und Warnfunktion.<sup>384</sup>

Der Mindestinhalt eines Gesellschaftsvertrages ergibt sich aus § 3 Abs 1 GmbHG: Hierbei handelt es sich um die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, den Betrag des Stammkapitals und die Zahl und Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt.

### 2.2.1 Firma

Die Firma ist der Name eines Kaufmannes (Unternehmens), unter welchem er klagt und geklagt werden kann, unter dem er seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift

<sup>381</sup> *Gehrlein/Witt*, GmbH-Recht in der Praxis<sup>2</sup> (2008), 1 Kap. Rz 42.

<sup>382</sup> *Pfisterer* in *Saenger/Inhelter* (Hrsg), GmbHG (2011), § 2 Rz 4.

<sup>383</sup> *Schwaiger* in *Müller/Winkeljohann*, Beck'sches Handbuch der GmbH<sup>4</sup> (2009), § 2 Rz 70.

<sup>384</sup> *Riemenschneider/Freitag* in *Priester/Mayer* (Hrsg), Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts<sup>3</sup> (2009), § 5 Rz 42 mwN.

abgibt.<sup>385</sup> Aus dem § 4 GmbHG ergibt sich der mittlerweile einzige zwingende Zusatz den eine Firma enthalten muss, nämlich den Rechtsformzusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung.<sup>386</sup> Eine weitgehende Vereinfachung und Auflockerung des Firmenrechts brachte das Handelsreformgesetz (HRefG) 1998 vom 22.06.1998.<sup>387</sup> Die wichtigsten Kriterien für eine Firma sind: Unterscheidungskraft und Kennzeichnungswirkung, Ersichtlichkeit der Gesellschaftsverhältnisse und Offenlegung der Haftungsverhältnisse.<sup>388</sup> Die Möglichkeit der völlig freien Firmenbildung ist jedoch nur innerhalb des Grundsatzes der Firmenwahrheit bzw. des Irreführungsverbot es erlaubt.<sup>389</sup>

## 2.2.2 Sitz

Der Sitz der Gesellschaft ist im § 4a GmbHG<sup>390</sup> geregelt wobei diese Norm durch das MoMiG mit 01.11.2008 umfangreich geändert wurde. Einerseits wurde in den Absatz eins die Wortfolge „im Inland“ eingeführt und andererseits wurde der Absatz zwei<sup>391</sup> vollkommen aus dem Gesetz gestrichen. Sitz der Gesellschaft ist damit der Ort im Inland den der Gesellschaftsvertrag bestimmt.<sup>392</sup> Bei einem im Gesellschaftsvertrag bestimmten Sitz der Gesellschaft handelt es sich um ihren Satzungssitz. Die einzige Vorgabe, die das Gesetz den Gesellschaftern dabei macht ist, dass sich der Sitz im Inland befinden muss. Durch diese Änderung ist es nunmehr möglich, einen vom Satzungssitz abweichenden Verwaltungssitz zu wählen und weiters ist es der Gesellschaft auch möglich ausschließlich im Ausland operativ tätig zu sein<sup>393</sup> (trotzdem bedarf es einer inländischen Geschäftsanschrift<sup>394</sup>). Das bedeutet, dass zwar der Satzungssitz, der Gesellschaft in Deutschland liegt und somit für alle die Gesellschaft betreffenden Angelegenheiten immer

<sup>385</sup> § 17 HGB.

<sup>386</sup> Hierunter ist wohl vor allem „GmbH“ oder „Gesellschaft m.b.H.“ zu verstehen.

<sup>387</sup> Keine Einschränkungen mehr für Kapitalgesellschaften, seit dem HRefG sind auch Phantasiefirmen erlaubt.

<sup>388</sup> Hopt in *Baumbach/Hopt (Hrsg)*, Handelsgesetzbuch<sup>9</sup> (2012), § 17 Rz 3.

<sup>389</sup> „Die Firma darf keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen.“ (§ 18 Abs 2 S 1 GmbHG)

<sup>390</sup> Der § 4a GmbHG wurde durch das HRefG mit Wirkung zum 01.01.1999 neu ins GmbHG eingeführt.

<sup>391</sup> „Als Sitz der Gesellschaft hat der Gesellschaftsvertrag in der Regel den Ort, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, oder den Ort zu bestimmen an dem sich die Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird.“ (Fassung bis 31.10.2008)

<sup>392</sup> § 4a GmbHG.

<sup>393</sup> Jaeger in *Ziemons/Jaeger (Hrsg)*, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG<sup>9</sup>, § 4a Rz 2.

<sup>394</sup> Roth in *Roth/Altmeyen (Hrsg)*, GmbHG<sup>7</sup> (2012), § 4a Rz 2.

das deutsche Recht Anwendung findet, der Verwaltungssitz aber überall ins Ausland gelegt werden kann (in Deutschland handelt es sich dann um eine bloße Briefkastenfirma). Jede GmbH hat nur einen Satzungssitz der im Gesellschaftsvertrag angegeben werden muss und in einer bestimmten politischen Gemeinde liegt.<sup>395</sup>

### **2.2.3 Gegenstand des Unternehmens**

Gemäß § 3 Abs 1 Z 2 GmbHG ist ein weiterer Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages einer deutschen GmbH der Gegenstand des Unternehmens. Der Gegenstand des Unternehmens beschreibt den Bereich und die Art der Tätigkeit der Gesellschaft. Nach außen soll der Gegenstand des Unternehmens den Schwerpunkt der Tätigkeit der Gesellschaft und die Art und Weise wie sie diese ausführt, erkennbar machen. Nach innen steckt der Gegenstand des Unternehmens den Handlungsrahmen des Geschäftsführers ab und bestimmt gleichzeitig den Umfang der Treuepflicht der Mitglieder und die Reichweite des Wettbewerbsverbotes von Geschäftsführern und Gesellschaftern.<sup>396</sup> Der Gegenstand des Unternehmens ist zu unterscheiden vom Zweck des Unternehmens, denn erst durch die Verfolgung des Unternehmensgegenstandes kann der Zweck erreicht werden.

Werden die genannten Anforderungen vom angegebenen Gegenstand des Unternehmens nicht erfüllt, wird die Gesellschaft nicht ins Handelsregister eingetragen. Das zuständige Registergericht darf selbständig keine Korrekturen vornehmen.<sup>397</sup> Jede tatsächliche Änderung des Unternehmensgegenstandes erfordert eine Änderung des Gesellschaftsvertrages.<sup>398</sup>

### **2.2.4 Stammkapital**

Als weiteren Mindestinhalt hat die Satzung der Gesellschaft gemäß § 3 Abs 1 Z 3 das Stammkapital (in einem konkreten Betrag in Euro) genau festzusetzen. Das Stammkapital ist das Kapital der Gesellschaft (Garantiekennziffer) welches den Gläubigern zur

<sup>395</sup> Mayer, Münchener Kommentar zum GmbHG (2010), § 4a Rz 4; Roth in Roth/Altmeppen (Hrsg), GmbHG<sup>7</sup> (2012), § 4a Rz 6; Pfisterer in Saenger/Inhester (Hrsg), GmbHG (2011), § 4a Rz 6.

<sup>396</sup> Wicke, GmbHG<sup>2</sup> (2011), Rz 4f.

<sup>397</sup> Wicke, Münchener Kommentar zum GmbHG (2010), § 3 Rz 21.

<sup>398</sup> Michalski in Michalski (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> (2010), § 3 Rz 14.

Verfügung steht, es handelt sich um einen Haftungsfond.<sup>399</sup> Nähere Angaben zum Stammkapital ergeben sich aus § 5 GmbHG. Dieser normiert, dass das Stammkapital einer GmbH mindestens EUR 25.000<sup>400</sup> betragen muss. Hierbei handelt es sich um ein Mindeststammkapital, welches immer überschritten werden darf.

Aus § 7 GmbHG ergeben sich weitere Bestimmungen das Stammkapital einer GmbH betreffend, und zwar die jeweils zu erbringende Mindestleistung, der von den Gesellschaftern übernommenen Geschäftsanteile. Hierbei sind Bareinlagen und Sacheinlagen zu unterscheiden. Für von jedem Gesellschafter übernommene Bareinlage sind mindestens ein Viertel, also 25% des Nennwertes jeden übernommenen Geschäftsanteils einzubezahlen (§ 7 Abs 2 S 1 GmbHG). Sacheinlagen sind demgegenüber vollständig zu leisten. Insgesamt sind aber mindestens die Hälfte des Mindeststammkapitals, also EUR 12.500, einzubezahlen (§ 7 Abs 2 S 2 GmbHG).

Die „ideale“ Höhe des Stammkapitals einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, hat schon oft zu heftigen Debatten geführt. Einerseits handelt es sich hierbei um ein fixes Kapital welches den Gläubigern im Haftungsfall zur Verfügung stehen soll, und andererseits soll auch Kleinunternehmern oder Existenzgründern kein unüberwindbares Hindernis bei der Gründung einer Gesellschaft mit einer beschränkten Haftung in den Weg gelegt werden. Eine Kompromisslösung versuchte der Gesetzgeber insofern mit der beschränkten Haftung der Unternehmergesellschaft zu bieten.<sup>401</sup>

### **2.2.5 Stammeinlage/Geschäftsanteil**

Den letzten Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages stellt die von den Gesellschaftern zu erbringende Stammeinlage bzw. Geschäftsanteil dar (§ 3 Abs 1 Z 4). Bis zur Einführung des MoMiG wurde bei der Einlage der Gesellschafter immer von der Stammeinlage gesprochen. Seit 01.11.2008 wurde die Stammeinlage durch den Geschäftsanteil ersetzt. Die grundsätzliche Kapitalstruktur einer Gesellschaft wurde durch das MoMiG nicht

<sup>399</sup> Pfisterer in Saenger/Inhelter (Hrsg), GmbHG (2011), § 3 Rz 20; Michalski in Michalski, GmbHG<sup>2</sup> (2010), § 3 Rz 37; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck (Hrsg), GmbH-Gesetz<sup>19</sup> (2010), § 3 Rz 14.

<sup>400</sup> Durch das MoMiG sollte das Mindeststammkapital einer deutschen GmbH auf EUR 10.000 herabgesetzt werden, dazu kam es jedoch nicht, stattdessen wurde im § 5a die Unternehmergesellschaft (UG haftungsbeschränkt) neu geschaffen.

<sup>401</sup> Näherers zur Unternehmergesellschaft im Punkt 2.3.

verändert. Die Geschäftsanteile der Gesellschafter lassen noch immer die Rechte und Pflichten (Mitgliedschaft) eines Gesellschafters an der Gesellschaft erkennen.<sup>402</sup>

Vor der Einführung des MoMiG musste die Stammeinlage jedes Gesellschafters mindestens hundert Euro betragen.<sup>403</sup> Der Betrag jeder Stammeinlage konnte für jeden einzelnen Gesellschafter verschieden bestimmt werden. Jeder Betrag musste in Euro durch fünfzig teilbar sein und der Gesamtbetrag der Stammeinlagen musste mit dem Stammkapital übereinstimmen.<sup>404</sup> Bei der Errichtung der Gesellschaft durfte jeder Gesellschafter der Gesellschaft nur eine Stammeinlage übernehmen.<sup>405</sup>

In der derzeit aktuellen Fassung des § 5 GmbHG gibt es keine Beschränkung der Mindesteinlage von EUR 100. Der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten.<sup>406</sup> Das heißt, dass nunmehr jeder Gesellschafter einer GmbH sein kann, wer mindestens einen Euro einzahlt. Die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile kann verschieden bestimmt werden. Weiters kann ein Gesellschafter bei der Errichtung der Gesellschaft nun mehrere Geschäftsanteile übernehmen.<sup>407</sup> Die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile muss mit dem Stammkapital übereinstimmen.<sup>408</sup>

Die Gesellschafter einer GmbH können ihre Einlagen entweder durch Bareinlagen oder durch Sacheinlagen erbringen. Auch bei der Erbringung einer Sacheinlage muss diese im Gesellschaftsvertrag in genauen Eurobeträgen benannt werden. *Roth* definiert, welche Sachen für eine Sacheinlage verwendet werden können: „*Gegenstand der Sacheinlage kann, auf eine einfachste Formel gebracht, jedes Rechtsobjekt sein, das verkehrsfähig und auf die Gesellschaft (bzw die Vorgesellschaft) übertragbar ist, dem ein selbstständiger Vermögenswert zukommt, welcher wiederum derzeit mit hinreichender Sicherheit bewertbar und seiner Natur nach hinreichend wertsicher ist. Ferner sind gewisse Einschränkungen vom funktionellen Sinn der Sacheinlage her geboten.*“<sup>409</sup>

<sup>402</sup> Casper in *Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg)*, GmbHG (2010), § 5 Rz 2.

<sup>403</sup> § 5 Abs 1 a.F.

<sup>404</sup> § 5 Abs 3 a.F.

<sup>405</sup> § 5 Abs 2 a.F.

<sup>406</sup> § 5 Abs 2 S 1 GmbHG.

<sup>407</sup> § 5 Abs 2 S 2 GmbHG.

<sup>408</sup> § 5 Abs 3 GmbHG.

<sup>409</sup> *Roth in Roth /Altmeyden (Hrsg)*, GmbHG<sup>7</sup> (2012), § 5 Rz 38.

Gemäß § 14 GmbHG ist auf jeden Geschäftsanteil eine Einlage zu leisten. Die Höhe der zu leistenden Einlage richtet sich nach dem bei der Errichtung der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Nennbetrag des Geschäftsanteils. Der Nennbetrag des Geschäftsanteils gibt Auskunft über den Anteil am Gesellschaftsvermögen und deckt sich daher nicht mit dem wirtschaftlichen Wert.<sup>410</sup>

### **2.3 Exkurs: Unternehmergesellschaft**

Durch das MoMiG wurde die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)/UG (haftungsbeschränkt) neu geschaffen und durch den § 5a neu ins GmbHG eingeführt. Hierbei handelt es sich um keine eigene bzw. neue Rechtsform, sondern um eine Rechtsformvariante der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.<sup>411</sup> Die Variante der GmbH kann mit nur einem Euro gebildet werden, im Gegenzug dazu muss die Firma dieser Gesellschaft entsprechend gekennzeichnet sein und sie unterliegt einer Verpflichtung zur Rücklagenbildung.<sup>412</sup> Es war zwar auch Ziel des Gesetzgebers die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch für Kleinunternehmer und Existenzgründer zu vereinfachen, die Hauptmotivation für die UG lag jedoch anderweitig begründet. „Die GmbH soll international dadurch wettbewerbsfähig gemacht werden, dass sie - auch - und zwar in der Variante der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) mit einem Stammkapital von EUR 1 gegründet werden kann und ihre Errichtung wenig Aufwand und Kosten mit sich bringt. Damit wird eine „kleine Schwester“ der GmbH in Punkto Mindeststammkapital denjenigen europäischen Rechtsformen angeglichen, die ohne Aufbringung eines (nennenswerten) Mindeststammkapitals den Gründern die Haftungsbeschränkung gewähren.“<sup>413</sup>

Alle Besonderheiten der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) sind in § 5a GmbHG geregelt. Wie bereits oben erwähnt ist das Mindeststammkapital einer UG (haftungsbeschränkt) ein Euro. Das Stammkapital muss aber sofort vollständig einbezahlt werden und im Gegensatz zur „normalen“ GmbH sind nur Bareinlagen und keine Sacheinlagen erlaubt. Die Gesellschaft muss einen zwingenden Firmenzusatz führen, Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) oder UG (haftungsbeschränkt). Die

<sup>410</sup> Saenger in Saenger/Inhster (Hrsg), GmbHG (2011), § 14 Rz 4.

<sup>411</sup> Paure in Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg), GmbHG (2010), § 5a Rz 1.

<sup>412</sup> Wicke, GmbHG<sup>2</sup> (2011), § 5a Rz1.

<sup>413</sup> Paure in Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg), GmbHG (2010), § 5a Rz 3.

Unternehmergesellschaft ist verpflichtet zur Bildung von Rücklagen, und zwar jedes Jahr in der Höhe eines Viertels (25%) des Jahresabschlusses (diese Rücklagenbildung ist weder zeitlich noch in ihrer Höhe begrenzt. Die Verpflichtung zur Rücklagenbildung dient vor allem zur Kapitalanhäufung für etwaige Verluste oder zur späteren Kapitalaufholung. Im Falle drohender Zahlungsunfähigkeit muss die Generalversammlung umgehend einberufen werden. Hat sich das Kapital der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) auf EUR 25.000 erhöht, gilt sie ab Eintragung dieser Erhöhung als „normale“ GmbH und die Sonderregeln des § 5a GmbHG sind nicht mehr anwendbar.<sup>414</sup>

## 2.4 Anmeldung und Eintragung

Gemäß § 11 GmbHG besteht die Gesellschaft als solche vor der Eintragung ins Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht. Um die GmbH als solche zu errichten bedarf es der Anmeldung.<sup>415</sup> Die Anmeldung der Gesellschaft erfolgt durch sämtliche Geschäftsführer.<sup>416</sup> Für die notwendige Anmeldung müssen mehrere Voraussetzungen vorliegen, diese ergeben sich vor allem aus § 7 f GmbHG. Die oben bereits erwähnten Mindesteinzahlungen der Stammeinlagen und des Stammkapitals müssen vollzogen sein (§ 7 Abs 2 GmbHG). Der Gesellschaftsvertrag muss abgeschlossen und die Geschäftsführer bestellt sein. Die Geschäftsführer müssen der Anmeldung eine Liste aller Gesellschafter beilegen und im Falle von Sacheinlagen, deren Bewertung und einen Sachgründungsbericht. In der Anmeldung haben die Geschäftsführer zu versichern, dass keine Umstände wie z.B. ein Urteil oder eine vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde gegen die Ausübung eines bestimmten Berufes, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges oder eine oder mehrere vorsätzlich begangene Straftaten z.B. betreffend Insolvenzverschleppung oder Insolvenzstrafverfahren (§ 6 Abs 2 Z 2 u 3 GmbHG) und weiters eine Belehrung gemäß § 53 Abs 2 BZRG (§ 8 Abs 3 GmbHG) vorliegen.

Die Geschäftsführer müssen die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anmelden (örtliche

<sup>414</sup> *Wachter* in *Römermann (Hrsg)*, MAH GmbH-Recht<sup>2</sup> (2009), Rz 5.

<sup>415</sup> Unter Anmeldung ist der Antrag auf Eintragung einer eintragungsfähigen Tatsache an das zuständige Registergericht zu verstehen. *Saenger* in *Saenger/Inhelter (Hrsg)*, GmbHG (2011), § 78 Rz 2.

<sup>416</sup> § 78 GmbHG.

Zuständigkeit). Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem Amtsgericht, in dessen Bezirk ein Landesgericht seinen Sitz hat.<sup>417</sup> Das Registergericht prüft den Antrag zwar rechtlich, jedoch steht ihm keine Zweckmäßigkeitsprüfung oder kaufmännische Prüfung zu.<sup>418</sup>

Nach positiver Prüfung der Anmeldung durch das zuständige Gericht, wird die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen. Die Eintragung der Gesellschaft ist eine konstitutive Voraussetzung, die GmbH als solche entsteht und wird zur juristischen Person.<sup>419</sup>

## 2.5 Organe

### 2.5.1 Gesellschafter

Dem § 1 GmbHG ist nur zu entnehmen, dass eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung von einer<sup>420</sup> oder mehreren Personen errichtet werden kann. Das GmbHG enthält sonst keine weiteren Voraussetzungen, die ein Gesellschafter einer GmbH erfüllen muss. Jede rechtsfähige Person und somit jede natürliche Person (sowohl Inländer als auch Ausländer) können Gesellschafter einer GmbH sein.<sup>421</sup> Bei Gesellschaftern einer GmbH muss keine Geschäftsfähigkeit vorliegen – nur zum Zeitpunkt der Gründung der GmbH müssen diese rechtsgeschäftlich tätig werden.<sup>422</sup>

Ebenfalls können juristische Personen Gesellschafter einer GmbH sein, dies gilt insbesondere für AG, GmbH, den eingetragenen Verein, die rechtsfähige Stiftung, SE, juristische Personen des öffentlichen Rechts und auch ausländische juristische Personen,

<sup>417</sup> *Tebben* in *Michalski (Hrsg)*, GmbHG<sup>2</sup> (2010), § 7 Rz 6.

<sup>418</sup> *Kaiser*, Die Ärzte-GmbH (2006), 27.

<sup>419</sup> *Schaub* in *Fleischner/Goette (Hrsg)*, Münchner Kommentar zum GmbHG (2010), § 10 Rz 44; *Pfisterer* in *Saenger/Inhelter (Hrsg)*, GmbHG (2011), § 11 Rz 41; *Tebben* in *Michalski (Hrsg)*, GmbHG<sup>2</sup> (2010), § 10 Rz 23.

<sup>420</sup> Seit der Reform 1980 ist auch die Gründung einer Einpersonengesellschaft möglich. Näheres dazu unter Punkt 2.5.4.

<sup>421</sup> *Pfisterer* in *Saenger/Inhelter (Hrsg)*, GmbHG (2011), § 1 Rz 23f; *Roth* in *Roth/Altmeppen (Hrsg)*, GmbHG<sup>7</sup> (2012), § 1 Rz 22f; *Wicke*, GmbHG<sup>2</sup> (2011), § 1 Rz 8.

<sup>422</sup> *Roth* in *Roth/Altmeppen (Hrsg)*, GmbHG<sup>7</sup> (2012), § 1 Rz 21.

wenn diese nach ihrer Rechtsordnung rechtsfähig ist.<sup>423</sup> Das gilt auch für Personengesellschaften wie die OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft und EWIV.<sup>424</sup>

Die Gesamtheit der Gesellschafter ist das oberste Organ der Gesellschaft (Gesellschafterversammlung). Ihr obliegt weitgehend die Gestaltungsfreiheit bezüglich der internen Verhältnisse der Gesellschaft und der Zuständigkeit der Gesellschafter sowie derer Rechte und Pflichten.<sup>425</sup>

Die Rechte der Gesellschafter ergeben sich aus § 45 GmbHG, dieser besagt, dass die Rechte der Gesellschafter grundsätzlich im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, nur wenn dies nicht der Fall sein sollte sind die §§ 46-52 GmbHG anwendbar.

## 2.5.2 Geschäftsführer

Ein weiteres zwingendes Organ der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist der Geschäftsführer. Die Gesellschaft muss einen oder mehrere Geschäftsführer haben.<sup>426</sup> Die GmbH als juristische Person bedarf sowohl vor ihrer Eintragung in das Handelsregister (Vor-GmbH), als auch danach einer Person, welche für die GmbH handelt. Geschäftsführer einer GmbH kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein.<sup>427</sup> Ohne Belang ist, ob es sich um eine inländische Person oder um eine ausländische Person handelt (Staatsbürgerschaft, Sprache, Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt oder Arbeits- und Gewerbeerlaubnis spielen keine Rolle für die Bestellung des Geschäftsführers).<sup>428</sup> Der Geschäftsführer führt die Geschäfte der GmbH nach den Vorgaben der Satzung, der Beschlüsse und der Weisungen der Gesellschafter (also kein Organ der Willensbildung sondern der Willensausführung) und vertritt die GmbH nach außen.<sup>429</sup>

<sup>423</sup> Pfisterer in Saenger/Inhvester, GmbHG (2011), § 1 Rz 29f; Roth in Roth/Altmeyen, GmbHG<sup>7</sup> (2012), § 1 Rz 27; Wicke, GmbHG<sup>2</sup> (2011), § 1 Rz 12.

<sup>424</sup> Pfisterer in Saenger/Inhvester, GmbHG (2011), § 1 Rz 30; Roth in Roth/Altmeyen, GmbHG<sup>7</sup> (2012), § 1 Rz 28f.

<sup>425</sup> Schmiegelt/Gerber in Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH<sup>4</sup> (2009), §3 Rz 1.

<sup>426</sup> § 6 Abs 1 GmbHG.

<sup>427</sup> § 6 Abs 2 S 1 GmbHG.

<sup>428</sup> Pfisterer in Saenger/Inhvester, GmbHG (2011), § 6 Rz 11 mwA.

<sup>429</sup> Goette, Münchener Kommentar zum GmbHG (2010), § 6 Rz 3, Tebben in Michalski, GmbHG<sup>2</sup> (2010), § 6 Rz; Axhausen in Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH<sup>4</sup> (2009), § 5 Rz 1.

Im § 6 Abs 2 und 3 GmbHG werden die Umstände beschrieben, die eine Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH verhindern.<sup>430</sup> Geschäftsführer einer GmbH kann nicht sein, wer als Betreuer bei der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt unterliegt. Eine Person, gegen welche ein Gerichtsurteil oder ein vollziehbarer Verwaltungsakt vorliegt, aufgrund dessen ein bestimmter Beruf oder Gewerbe nicht ausgeübt werden dürfen, kann ebenfalls nicht Geschäftsführer einer GmbH sein. Das Gleiche gilt, wenn gegen eine Person aufgrund eines Gerichtsurteils oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ein Berufs- oder Gewerbeverbot vorliegt und der Gegenstand des Unternehmens zumindest teilweise davon erfasst ist. In diesem Fall kann die betroffene Person für die Dauer der Wirksamkeit des Verbotes die Tätigkeit eines Geschäftsführers nicht ausüben.<sup>431</sup> Ein weiterer Ausschließungsgrund für das Tätigwerden als Geschäftsführer einer GmbH ist eine gerichtliche Verurteilung aufgrund von Insolvenzverschleppung, andere Insolvenzstraftaten, falscher Angaben nach § 82 GmbHG (Strafbarkeit bestimmter falscher Angaben nach dem GmbHG) oder § 399 AktG (Strafbarkeit bestimmter falscher Angaben nach dem AktG), unrichtige Darstellung nach § 400 AktG, § 331 HGB, § 313 UmwG, § 17 PublG, §§ 263- 264a StGB (Betrug, Computerbetrug, Subventionsbetrug, Kapitalanlagebetrug) und §§ 265-266a StGB (Erschleichung von Leistungen, Kreditbetrug, Untreue, Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt).

Werden alle genannten Voraussetzungen erfüllt, kann der Geschäftsführer gemäß § 6 Abs 3 GmbHG entweder im Gesellschaftsvertrag selbst oder durch Beschluss der Gesellschafter zum Geschäftsführer bestellt werden. Bei der Bestellung handelt es sich um einen körperschaftlichen Organisationsakt. Einerseits wird der Geschäftsführer durch Beschlussfassung der Gesellschafter bestellt und andererseits muss dieser, da er durch seine Bestellung zivil- und strafrechtlich relevante Verpflichtungen übernimmt, diese Bestellung zum Geschäftsführer auch annehmen. Erfolgt die Bestellung des Geschäftsführers bereits im Gesellschaftsvertrag, so gilt die Mitwirkung am Abschluss des Gesellschaftsvertrages

<sup>430</sup> Auch diese Absätze wurden durch das MoMiG präzisiert, erweitert und ergänzt.

<sup>431</sup> Pfisterer in *Saenger/Inhelter* (Hrsg), GmbHG (2011), § 6 Rz 13, Hueck/Fastrich in *Baumbach/Hueck* (Hrsg), GmbH-Gesetz<sup>1</sup> (2010), § 6 Rz 12, Goette, Münchener Kommentar zum GmbHG (2010), 6 Rz 27, Wicke, GmbHG<sup>2</sup> (2011), § 6 Rz 4.

als Annahme. Ansonsten handelt es sich meist um eine konkludente Annahme der Bestellung.<sup>432</sup>

Für Außenstehende hat die Vertretungsmacht der bestellten Geschäftsführer keine Grenzen (§ 37 Abs 2 S 1 GmbHG). Die Beschränkungen der Vertretungsbefugnis wirken nur im Innenverhältnis und ergeben sich vor allem aus § 37 GmbHG. „Die Befugnis der Geschäftsführer umfasst grundsätzlich alle zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Maßnahmen und Entscheidungen. Insbesondere sind Einsatz und die Koordinierung der Unternehmensressourcen einschließlich der Setzung von sachlichen und zeitlichen Teilzielen erfasst. Nicht zur Geschäftsführung gehören Änderung des Gesellschaftsvertrages und Wahrnehmung gesellschaftsvertraglicher Rechte, insbesondere Ausgestaltung der körperschaftsrechtlichen Beziehungen wie Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer Gewinnverteilung, Abschluss von Übernahmeverträgen bei Kapitalerhöhung oder Genehmigung der Anteilsveräußerung.“<sup>433</sup>

Die Abberufung des Geschäftsführers ergibt sich aus § 38 GmbHG, welcher besagt, dass die Bestellung zum Geschäftsführer jederzeit erfolgen kann.<sup>434</sup> Etwaige Ansprüche aus anderen Verträgen, wie z.B. aus einem Anstellungsvertrag, bleiben davon unberührt.<sup>435</sup>

## **2.5.3 Haftung**

### **2.5.3.1 Haftung im Stadium der Vorgesellschaft**

Bei der Haftung im Zeitpunkt des Stadiums der Vorgesellschaft sind drei Haftungsarten streng voneinander zu unterscheiden und zwar die Haftung der Gesellschafter (sog. Gründerhaftung), die Handelndenhaftung und die Haftung der Vorgesellschaft selbst.

<sup>432</sup> Goette, Münchener Kommentar zum GmbHG (2010), § 6 Rz 57f., Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck (Hrsg), GmbH-Gesetz<sup>1</sup> (2010), § 6 Rz 25ff, Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG<sup>7</sup> (2012), § 6 Rz 48.

<sup>433</sup> Zöllner/Noach in Baumbach/Hueck (Hrsg), GmbH-Gesetz<sup>1</sup> (2010), § 37 Rz 2.

<sup>434</sup> Im Gesellschaftsvertrag kann die Abberufung des Geschäftsführers auf wichtige Gründe (grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung) beschränkt werden. (§ 38 Abs 2 GmbHG).

<sup>435</sup> § 38 Abs 1 GmbHG.

### 2.5.3.1.1 Gründerhaftung

Die Haftung der Gesellschafter im Stadium der Vorgesellschaft ist strittig. Die Rechtsprechung des BGH hierzu hat sich im Laufe der Zeit gewandelt. In seiner Entscheidung vom 15.12.1975<sup>436</sup> behandelt der BGH erstmals<sup>437</sup> die Haftung der Gründer für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft und spricht sich hierbei für eine Haftung der Gesellschafter nach Außen aus. Die Gesellschafter (Gründer) haften zwar mit ihrem Privatvermögen, diese persönliche Haftung ist jedoch beschränkt mit der zu leistenden Einlage.<sup>438</sup> Mit Urteil vom 09.03.1981<sup>439</sup> wurde das Vorbelastungsverbot völlig aufgegeben. Das Vorbelastungsverbot wird durch die Verlustdeckungshaftung<sup>440</sup> - unbeschränkte Innenhaftung - im Falle einer Zustimmung des Gesellschafters zur Geschäftsaufnahme abgelöst.<sup>441</sup> Die beschränkte persönliche Außenhaftung der Gründer hat der BGH bis zur Grundsatzentscheidung vom 27.01.1997<sup>442</sup> beibehalten.

„Das Wesen der Verlustdeckungshaftung als anteilige Innenhaftung bedeutet, dass die Gründer gegenüber der Vor-GmbH nach dem Verhältnis ihrer Beteiligung an der Gesellschaft für alle vom Gesellschaftsvermögen nicht abgedeckten Verluste haften, und zwar unabhängig davon, ob sie ihre Einlagen bereits erbracht haben oder nicht.“<sup>443</sup>

### 2.5.3.1.2 Handelndenhaftung

Die Haftung im Stadium der Vorgesellschaft ergibt sich aus § 11 Abs 2 GmbHG. Dieser besagt, dass falls vor der Eintragung der Gesellschaft im Namen der Gesellschaft gehandelt, so haften die handelnden persönlich und solidarisch. Die Handelndenhaftung ist weder anwendbar zum Zeitpunkt der Vorgründungsgesellschaft<sup>444</sup>, noch ist sie anwendbar, sobald die GmbH im Handelsregister eingetragen ist, sie kommt lediglich im Stadium der

<sup>436</sup> BGH, Urteil vom 15.12.1975 – II ZR 95/73.

<sup>437</sup> Weitere Entscheidungen des BGH: BGHZ 72,45 (Urteil vom 15.06.1978 - II ZR 205/79), BGHZ 80, 182 (Urteil vom 16.03. 1981 – II ZR 59/80).

<sup>438</sup> NJW 1976, 419.

<sup>439</sup> BGH, Urteil vom 09.03.1981 – II ZR 54/80.

<sup>440</sup> Wird die GmbH nicht eingetragen wird die Haftung der Gesellschafter Verlustdeckungshaftung genannt; wird die GmbH eingetragen, handelt es sich um eine Unterbilanzhaftung. Schäfer in Henssler/Strohn (Hrsg), Gesellschaftsrecht (2011), § 11 Rz 31f.

<sup>441</sup> Schäfer in Henssler/Strohn (Hrsg), Gesellschaftsrecht (2011), § 11 Rz 30ff.

<sup>442</sup> BGH, Urteil vom 27.01.1997 – II ZR 123/94.

<sup>443</sup> Pfisterer in Saenger/Inhelter (Hrsg), GmbHG (2011), § 11 Rz 16.

<sup>444</sup> Hier handelt es sich um den Zeitpunkt, zu dem zwar bereits beschlossen wurde eine GmbH gründen zu wollen, ein Gesellschaftsvertrag aber noch nicht abgeschlossen wurde.

Vorgesellschaft zum Tragen und in diesem Fall auch nur, falls die Vor-GmbH selbst nicht haftet oder eine Gründerhaftung nicht durchsetzbar ist.<sup>445</sup> Die Handelndenhaftung hat im Laufe der Zeit (mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbot) enorm an Bedeutung verloren.

Nicht nur die Bedeutung der Handelndenhaftung selbst hat sich verändert, sondern auch das Verständnis darüber wer Handelnder im Sinne der Handelndenhaftung überhaupt ist. Die ältere Lehre und Rechtsprechung<sup>446</sup> hat den Begriff sehr weit gefasst und wollte damit auch alle Gesellschafter mit umfassen, die einer vorzeitigen Geschäftsaufnahme zugestimmt haben. Nach nunmehriger Übereinstimmung von Lehre<sup>447</sup> und Rechtsprechung<sup>448</sup> ist als Handelnder nur mehr der Geschäftsführer zu verstehen.

Der Umfang der Haftung ist nach dem Grundsatz zu bemessen, dass der Gläubiger nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden darf, als wenn die GmbH bei Vornahme des Rechtsgeschäfts bzw. der rechtsgeschäftsähnlichen Handlung bereits eingetragen gewesen wäre.<sup>449</sup>

#### **2.5.3.1.3 Haftung der Vor-GmbH**

Die Vorgesellschaft haftet mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Sie haftet für Verbindlichkeiten, die in ihrem Namen oder für die zukünftige GmbH entstanden sind. Zusätzlich ist die Gesellschaft in analoger Anwendung des § 31 BGB schadenersatzpflichtig für Schäden, die im Zusammenhang mit dem Verschulden der Organe der Gesellschaft im Rahmen ihrer Aufgaben entstehen.<sup>450</sup>

#### **2.5.3.2 Haftung der Gesellschafter**

Für die Gesellschafter einer eingetragenen GmbH gilt ein Haftungsprivileg. Die Beschränkung der Haftung ergibt sich aus § 13 Abs 2 GmbHG. Den Gläubigern der

<sup>445</sup> Jaeger in Ziemons/Jaeger (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar zum GmbHG<sup>9</sup> (2011), § 11 Rz 65ff, Pfisterer in Saenger/Inhelter (Hrsg), GmbHG (2011), § 11 Rz 24.

<sup>446</sup> RG, Urteil vom 22.09.1903 – I 50/03, BGH, Urteil vom 15.06.1955 – IV ZR 304/54.

<sup>447</sup> Merkt, Münchener Kommentar zum GmbHG (2010), § 11 Rz 129; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck (Hrsg), GmbH-Gesetz<sup>1</sup> (2010), § 11 Rz 47; Scholz/Schmidt, GmbHG<sup>1</sup> (2010), § 11 Rz 101.

<sup>448</sup> BGH, Urteil vom 26.01.1967 – II ZR 122/64, BGH, Urteil vom 15.12. 1975 – II ZR 95/73

<sup>449</sup> Pfisterer in Saenger/Inhelter (Hrsg), GmbHG (2011), § 11 Rz 28.

<sup>450</sup> Merkt, Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2010), § 11 Rz 97; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck (Hrsg), GmbH-Gesetz<sup>1</sup> (2010), § 11 Rz 22.

Gesellschaft haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur deren Gesellschaftsvermögen. Zu unterscheiden ist dabei die Innenhaftung und die Außenhaftung eines Gesellschafters.

Die Gesellschafter sind gemäß § 19 GmbHG verpflichtet ihre zu leistende Stammeinlage einzubezahlen, hierfür haften sie der GmbH. Weiters haften Gesellschafter im Innenverhältnis bei der Verletzung von Schutzgesetzen, die dem Schutz des Gesellschaftsvermögens dienen (§ 823 Abs 2 BGB).<sup>451</sup>

Das bedeutendste Kriterium einer GmbH ist gerade deren beschränkte Haftung der Gesellschafter, gerade deshalb ist eine Haftung der Gesellschafter nach außen nur sehr eingeschränkt möglich. Eine Ausnahme der beschränkten Haftung der Gesellschafter bietet die sog. Durchgriffshaftung<sup>452</sup>. Durchgriffshaftung bedeutet, dass sich der Gesellschafter nicht auf sein Haftungsprivileg gemäß § 13 Abs 2 berufen kann, und er folglich in besonderen Ausnahmefällen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit seinem Privatvermögen haftet.<sup>453</sup>

Eine weitere Durchgriffshaftung der Gesellschafter wurde durch die Rechtsprechung des BGH entwickelt, jedoch als solche durch die Trihotel-Entscheidung<sup>454</sup> wieder aufgegeben. Hierbei handelt es sich um eine sog. Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB. Nunmehr handelt es sich um eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft, wenn der Gesellschafter die Insolvenz der Gesellschaft dadurch herbeiführt, dass er Vermögen der Gesellschaft entwendet und sich oder einem Dritten dadurch unmittelbar oder mittelbar einen Vorteil verschafft.

Durch das MoMiG wurde der § 6 Abs 5 neu in das GmbHG eingeführt. Hierbei handelt es sich um die Haftung von Gesellschaftern aufgrund mangelhafter Auswahl der Geschäftsführer. Die Gesellschafter sollen mit der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden haften.

<sup>451</sup> Greitemann in Saenger/Inhester (Hrsg), GmbHG (2011), § 13 Rz 87f.

<sup>452</sup> In den Fällen der Vermögensvermischung, Sphärenvermischung und Unterkapitalisierung. Drinkuth in Ziemons/Jaeger (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar<sup>9</sup> (2011), § 13 Rz 19.

<sup>453</sup> Greitemann in Saenger/Inhester (Hrsg), GmbHG (2011), § 13 Rz 95.

<sup>454</sup> BGH, Urteil vom 16.07.2007 – II ZR 3/04.

### 2.5.3.3 Haftung der Geschäftsführer

#### 2.5.3.3.1 Haftung gegenüber der GmbH

Gemäß § 43 Abs 1 GmbHG haben die Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden. Verletzt der Geschäftsführer diese Sorgfalt, haftet er der Gesellschaft gegenüber solidarisch für den entstandenen Schaden (§ 43 Abs 2 GmbHG). Der Geschäftsführer hat seine Aufgaben mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen, er schuldet also die Sorgfalt in verantwortlich leitender Position bei selbständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zu beachten.<sup>455</sup> Bei der Haftung des Geschäftsführers nach § 43 GmbHG handelt es sich um eine Organhaftung (diese steht nicht im Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers). Der Geschäftsführer muss eine, durch seine Stellung als Geschäftsführer obliegende Pflicht durch ein Tun oder Unterlassen schuldhaft verletzt haben.<sup>456</sup>

Der Gesellschafter haftete also nach der generellen Haftungsnorm des § 43 Abs 2 GmbHG für jedes pflichtwidrige Verhalten. Die genannten Ansprüche verjähren in fünf Jahren.<sup>457</sup> Diese zentrale Haftungsnorm kommt beim Vorliegen bestimmter spezieller Haftungsnormen nicht zur Anwendung. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang die Haftung für falsche Angaben bei der Gründung der GmbH (§ 9 Abs 1 GmbHG), der Tatbestand der falschen Angaben zum Zweck der Kapitalerhöhung (§ 57 Abs 4 iVm §§ 9a Abs 1 und 3 und 9b GmbHG) und die Haftung aufgrund von noch getätigten Zahlungen trotz Insolvenz der Gesellschaft (§ 64 S 1 und 2 GmbHG).

Weiters haften Geschäftsführer der Gesellschaft aufgrund deliktischer Haftung<sup>458</sup> und Haftung (wie oben bereits erläutert) gemäß §§ 826, 830 BGB wegen Beteiligung an einem existenzvernichtenden Eingriff.<sup>459</sup>

<sup>455</sup> *Altmeppen in Roth/Altmeppen (Hrsg), GmbHG<sup>7</sup> (2012), § 43 Rz 4.*

<sup>456</sup> *Haas/Ziemons in Michalski (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> (2010), § 43 Rz 174.*

<sup>457</sup> § 43 Abs 4 GmbHG.

<sup>458</sup> § 823 Abs 2 BGB iVm § 266 StGB.

<sup>459</sup> *Lücke/Simon in Saenger/Inhester (Hrsg), GmbHG (2011), § 43 Rz 99.*

### 2.5.3.3.2

### Haftung gegenüber den Gesellschaftern

Der Abs 2 des § 43 GmbHG ist nur auf die Gesellschaft selbst und nicht auf die Gesellschafter anwendbar, weil organschaftliche Pflichtverletzungen nach dem Grundsatz der Haftungskonzentration nur zu einer Verantwortung der Geschäftsführer gegenüber der GmbH führen.<sup>460</sup>

Eine unmittelbare Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern ergibt sich jedoch aus § 31 Abs 6 GmbHG (Schadenersatz aufgrund Erstattung verbotener Rückzahlungen) und § 40 Abs 3 GmbHG (verspätete Einreichung und dadurch Veränderung der Beteiligung)<sup>461</sup>.

Für die deliktische Haftung ist entscheidend, ob eine Schutznorm Schutzgesetzeigenschaft zu Gunsten der Gesellschafter aufweist oder nicht. Gesellschafter haben ein „Mitgliedschaftsrecht“, dieses Recht ist als absolutes „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs 1 BGB zu qualifizieren, die Mitgliedschaft soll jedoch nur vor externen Eingriffen geschützt werden und nicht vor „internen“ Eingriffen im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Geschäftsführern.<sup>462</sup> Ob das Recht auf Mitgliedschaft nur nach Außen oder aber auch im Innenverhältnis schützt ist äußerst strittig. Der BGH befürwortet eine Haftung auch im Innenverhältnis, der überwiegende Teil der Lehre lehnt dies aber ab.<sup>463</sup>

### 2.5.3.3.3

### Haftung gegenüber Dritten

Der Grundsatz der Haftungskonzentration gilt auch für die Haftung gegenüber sonstigen Dritten (vor allem Gesellschaftsgläubigern). Dritte können ebenfalls keinen Haftungsanspruch aus § 43 Abs 2 GmbHG ableiten (auch nicht in Verbindung mit § 823 Abs 2 BGB)<sup>464</sup> Eine Ausnahme hiervon bilden besondere gesetzliche Regelungen wie z.B. § 11 Abs 2 (Handelndenhaftung), § 40 Abs 3 GmbHG (verspätete Einreichung und dadurch

<sup>460</sup> *Fleischner*, Münchener Kommentar zum GmbHG (2012), § 43 Rz 335.

<sup>461</sup> Eine Schadenersatzpflicht ergibt sich wenn aufgrund Nichteinreichung der Gesellschafterliste der Gesellschafter seine Recht nicht ausüben kann. *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck (Hrsg)*, GmbH-Gesetz<sup>1</sup> (2010), § 40 Rz 47.

<sup>462</sup> *Lücke/Simon* in *Saenger/Inhester (Hrsg)*, GmbHG (2011), § 43 Rz 107; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck (Hrsg)*, GmbH-Gesetz<sup>1</sup> (2010), § 43 Rz 65.

<sup>463</sup> *Haas/Ziemons* in *Michalski (Hrsg)*, GmbHG<sup>2</sup> (2010), § 43 Rz 276 f.

<sup>464</sup> *Fleischer*, Münchener Kommentar zum GmbHG (2012), § 43 Rz 339.

Veränderung der Beteiligung) oder § 26 Abs 3 InsO (Abweisung mangels Masse). Weitere Ausnahmen stellen die Haftungsgrundsätze nach allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen oder aufgrund vertraglicher Vereinbarungen dar.

#### **2.5.3.4 Ein-Personen-GmbH**

In Deutschland wurde durch die GmbHG-Novelle 1980<sup>465</sup> die Möglichkeit der Gründung einer Einpersonen-GmbH eingeführt. Eine Einpersonen-GmbH liegt vor, wenn sich alle Gesellschaftsanteile in der Hand eines Gesellschafters oder als eigene Anteile bei der Gesellschaft selbst befinden.<sup>466</sup> Die Gründung der Einpersonengesellschaft erfolgt durch ein einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, welches vor einem Notar abgegeben wird und für welches die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches anwendbar sind. Hierbei handelt es sich um einen Organisationsakt, nach welchem die gegebenen Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag anwendbar sind.<sup>467</sup>

Nach der Eintragung der Einpersonen- GmbH unterscheidet sich diese – bis auf wenige Ausnahmen - nicht von der „normalen“ GmbH. Die Ausnahmen gemäß § 35 Abs 3 GmbHG betreffen die Vertretung der Gesellschaft. Wenn sich alle Geschäftsanteile einer Gesellschaft in der Hand eines Gesellschafters befinden und dieser Gesellschafter auch einziger Geschäftsführer ist, so ist auf seine Rechtsgeschäfte der § 181 BGB (Insichgeschäfte) anzuwenden. Eine weitere Ausnahme ergibt sich aus § 48 Abs 3 GmbHG. Bei der Beschlussfassung einer Einpersonengesellschaft ist aus Gründen der Rechtssicherheit (ohne schuldhaftes Zögern) eine Niederschrift über den Beschluss zu erstellen.<sup>468</sup>

### **IV. Sonderbestimmungen Ärzte-GmbH**

Die für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung herausgearbeiteten Punkte sollen nun mit den Bestimmungen für die Ärzte-GmbH verglichen und die Unterschiede herausgearbeitet werden. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass es in Deutschland kein einheitliches Gesetz

<sup>465</sup> Gesetz zur Änderung des GmbHG und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 04.07.1980, BGBl I, 836 ÄnderG 1980.

<sup>466</sup> Hueck/Fastrich in *Baumbach/Hueck (Hrsg)*, GmbH-Gesetz<sup>1</sup> (2010), § 1 Rz 49.

<sup>467</sup> Schäfer in *Henssler/Strohn (Hrsg)*, Gesellschaftsrecht (2011), § 2 Rz 7; Jaeger in *Ziemons/Jaeger, Beck'Scher Online-Kommentar*<sup>9</sup> (2011), § 2 Rz 4; Hueck/Fastrich in *Baumbach/Hueck (Hrsg)*, GmbH-Gesetz<sup>1</sup> (2010), § 2 Rz 7.

<sup>468</sup> Bergjan in *Saenger/Inhester (Hrsg)*, GmbHG (2011), § 48 Rz 15.

gibt, welches eine Zusammenarbeit von Ärzten in der Rechtsform einer GmbH erlaubt oder verbietet. Wie oben bereits erläutert wurde durch die Musterberufsordnung der Ärzte 2004 die Gründung einer Ärzte-GmbH ermöglicht, es handelt sich hierbei aber nur um eine Empfehlung. Die gesetzlichen Grundlagen bilden die Heil- und Kammergesetze der Länder und die einzelnen Berufsordnungen der Landesärztekammern.

Nach § 18 Abs 1 MBO-Ä dürfen sich Ärzte zu Berufsausübungsgemeinschaften, Organisationsgemeinschaften, Kooperationsgemeinschaften und Praxisverbänden zusammenschließen. Nach § 18 Abs 2 MBO-Ä dürfen sie ihren Beruf einzeln oder gemeinsam in allen für den Arztberuf zulässigen Gesellschaftsformen ausüben, wenn ihre eigenverantwortliche, medizinisch unabhängige sowie nicht gewerbliche Berufsausübung gewährleistet ist. Seit der Einführung des § 23a ff MBO-Ä können sich Ärzte in einer juristischen Person des Privatrechts zusammenschließen, d.h. sie können sich in der Form einer GmbH, aber auch in der Form einer AG und seit dem 01.11.2008 auch in der Form einer Unternehmergesellschaft organisieren. Die Ärztegesellschaft des Privatrechts ist als Kapitalgesellschaft für ärztliche Tätigkeit in § 23 a MBO-Ä ausdrücklich zugelassen.

## **1. Gründungsvoraussetzungen**

Bei der Gründung einer Ärzte-GmbH sind die besonderen Vorgaben zu beachten, die sich durch das Aufeinandertreffen von Gesellschaftsrecht und öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben. Das Gesellschaftsrecht, und somit die eigentliche Gründung der GmbH selbst, spielt erst eine Rolle, wenn alle anderen öffentlich rechtlichen Voraussetzungen zur Gründung einer Ärzte-GmbH überhaupt vorliegen bzw. erfüllt sind.

In den nachfolgenden Ausführungen wird davon ausgegangen, dass die generellen gesetzlichen Bestimmungen der Heilberufe- und Kammergesetze und die Berufsordnungen der Ärztekammern die Gründung einer Ärzte-GmbH gestatten.

### **1.1 Vorgesellschaft**

Aus der Musterberufsordnung der Ärzte ergeben sich keine besonderen Vorgaben für die Vorgesellschaft, somit sind die Bestimmungen des GmbH Gesetzes hierfür anwendbar.

## 1.2 Gesellschaftsvertrag bzw. Kooperationsvertrag

### 1.2.1 Firma

Die überwiegend lockeren Vorgaben des Gesellschaftsrecht die Firma der GmbH betreffend werden durch die öffentlich rechtlichen Bestimmungen enorm eingeschränkt. § 23 a Abs 2 MBO-Ä besagt, dass der Name der Ärztesgesellschaft des Privatrechts nur die Namen der in der Gesellschaft tätigen ärztlichen Gesellschafter enthalten darf. Unbeschadet des Namens der Gesellschaft können die Namen und Arztbezeichnungen aller ärztlichen Gesellschafter und angestellten Ärztinnen und Ärzten angezeigt werden. Die Firma der Ärztesgesellschaft darf also nur die Namen der ärztlich tätigen Gesellschafter enthalten, bei der Anzahl der namentlich genannten Gesellschafter sind keine Grenzen gesetzt. Diese können aber auch nur angezeigt werden, dies bedeutet aber nicht, dass die angezeigten Namen der Gesellschafter und der angestellten Ärzte Bestandteil der Firma der Ärztesgesellschaft sind.<sup>469</sup>

Im Falle einer Kooperation zwischen Ärzten und Angehörigen anderer Fachberufe gemäß § 23b Abs 1 S 6 MBO-Ä muss der Name der juristischen Person neben dem Namen einer ärztlichen Gesellschafterin oder eines ärztlichen Gesellschafters die Bezeichnung „Medizinische Kooperationsgemeinschaft“ enthalten.

Aufgrund mangelnder öffentlich rechtlicher Bestimmung hat sowohl eine reine Ärztesgesellschaft als auch eine Ärztesgesellschaft mit Nichtärzten den zwingenden Rechtsformzusatz der GmbH (§ 4 GmbHG) in ihrem Firmennamen zu führen.

### 1.2.2 Sitz

Der Sitz einer Ärzte-GmbH hängt von jenem Bundesland ab, in welchem diese zugelassen ist.<sup>470</sup> Die Ausübung der ambulanten ärztlichen Tätigkeit ist außerhalb von Krankenhäusern und konzessionierten Privatkliniken an die Niederlassung in einer Praxis gebunden (§ 17

<sup>469</sup> Häußermann/Dollmann, Die Ärztesgesellschaft mbH, MedR 2005, 261.

<sup>470</sup> z.B. ist Voraussetzung für denn Sitz eine Ärzte-GmbH in Sachsen deren Zulassung im Bundesland Sachsen.

Abs 1 MBO-Ä). Der Praxissitz eines niedergelassenen Arztes ist der Ort, an dem der Arzt seine ambulante Tätigkeit ausübt, er also seine Sprechstunden abhält.<sup>471</sup>

Durch § 17 Abs 2 MBO-Ä wurde auch die Bindung ärztlicher Berufsausübung an einen Praxissitz gelockert. Ärzte können seit der Änderung der Musterberufsordnung an ihrem Praxissitz sowie an zwei zusätzlichen Orten tätig sein. Ärzte können, ohne eine Genehmigung, an bis zu drei Standorten ihre Tätigkeit ausüben, wenn ihre Patienten an jedem Behandlungsort ordnungsgemäß versorgt werden können.<sup>472</sup>

Gemäß § 18 Abs 3 MBO-Ä ist auch eine Zugehörigkeit zu mehreren Berufsausübungsgemeinschaften zulässig (also bis zu drei). Eine Berufsausübungsgemeinschaft muss einen gemeinsamen Praxissitz haben, wobei eine Berufsausübungsgemeinschaft mit mehreren Praxissitzen zulässig ist, wenn an dem jeweiligen Praxissitz verantwortlich mindestens ein Mitglied der Berufsausübungsgemeinschaft hauptberuflich tätig ist.

### **1.2.3 Gegenstand des Unternehmens**

Grundsätzliche Angaben zur Erlaubtheit der ärztlichen Tätigkeit ergeben sich aus § 3 MBO-Ä. Jedoch enthält die Musterberufsordnung der Ärzte keine ausdrückliche Regelung darüber, dass der Unternehmensgegenstand auf die ausdrückliche Wahrnehmung heilberuflicher Tätigkeiten zu beschränken ist.<sup>473</sup>

Die einzelnen Länder können diese Regelung jedoch ungehindert der Vorgaben des MBO einführen, so wurde z.B. im Niedersächsischen Heilberufe-Kammergesetz (NdHKG) die Ärztesellschaft in § 32 Abs 1 Z 6 NdHKG erlaubt, und zwar unter den in Abs 2 genannten Voraussetzungen. Zu diesen Voraussetzungen zählt unter anderem gemäß § 32 Abs 2 Z 2 NdHKG, dass Gegenstand des Unternehmens die ausschließliche Wahrnehmung heilberuflicher Tätigkeit ist.

<sup>471</sup> *Ratzel/Lippert*, Das Berufsrecht der Ärzte nach den Beschlüssen des 107. Deutschen Ärztetages in Bremen, MedR 2004, 526.

<sup>472</sup> *Rieger*, Kostenerstattung in der privaten Krankenversicherung für ambulante ärztliche Leistungen einer Heilbehandlungs-GmbH unter Berücksichtigung neuer Rechtsentwicklungen, MedR 2008, 79.

<sup>473</sup> *Scholz in Spickhoff (Hrsg)*, Medizinrecht (2011), § 23a Rz 2.

#### **1.2.4 Stammkapital und Stammeinlage**

Die Musterberufsordnung macht keine Angaben zu zusätzlichen Anforderungen an das Stammkapital einer Ärzte-GmbH oder an die von den Gesellschaftern zu leistenden Einlagen, somit kann auf die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen verwiesen werden.

Aus dem GmbHG ergibt sich, dass zusätzliche Verpflichtungen der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden müssen.<sup>474</sup>

Gemäß § 23a Abs 1 S 3 MBO-Ä müssen die Gesellschafter einer Ärzte-GmbH in dieser beruflich tätig sein. Diese Verpflichtung zur beruflichen Tätigkeit ist in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.

#### **1.3 Anmeldung und Eintragung**

Die Anmeldung und Eintragung der Ärztesgesellschaft in das Handelsregister richtet sich ebenfalls nach den bereits genannten Bestimmungen. Es gibt kein eigenes berufsrechtliches Zulassungsverfahren für eine Ärzte-GmbH.

Nach § 18 Abs 6 MBO-Ä ist der Zusammenschluss einer Ärzte-GmbH, ebenso wie der zu jeder anderen Berufsausübungsgemeinschaft; der zuständigen Ärztekammer anzuzeigen.<sup>475</sup>

#### **1.4 Organe**

Die überwiegenden berufsrechtlichen Vorgaben an die Ärzte-GmbH betrifft deren Gesellschafter und Geschäftsführer.

##### **1.4.1 Gesellschafter**

Das GmbHG gibt keine wirklichen Vorgaben, wer Gesellschafter einer GmbH sein kann. Wie oben bereits erläutert kann jede rechtsfähige Person, also jede natürliche Person, gleichgültig ob Inländer oder Ausländer, Gesellschafter einer GmbH sein. Dieser weite Spielraum gilt nicht für eine Ärztesgesellschaft. Gesellschafter einer Ärzte-GmbH können

<sup>474</sup> § 3 Abs 2 GmbHG.

<sup>475</sup> *Braun/Richter*, Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Grundfragen der Ärzte-GmbH, MedR 2005, 687.

nur Ärzte sowie Angehörige der in § 23b Abs 1 S 1 MBO-Ä genannten Berufe sein.<sup>476</sup> Zu den Angehörigen anderer Berufe gehören selbständig tätige, zur eigenverantwortlichen Berufsausübung befugte Berufsangehörige anderer akademischer Heilberufe im Gesundheitswesen sowie andere Naturwissenschaftler und Angehörige sozialpädagogischer Berufe.<sup>477</sup> Der Kreis der zulässigen Gesellschafter ist folglich stark limitiert.<sup>478</sup>

Gemäß § 23a Abs 1 lit b MBO-Ä müssen aber trotzdem die Mehrheit der Gesellschaftsanteile und der Stimmrechte Ärztinnen und Ärzten zustehen. Die nach § 23b erlaubten anderen Gesellschafter können somit nur Minderheitsgesellschafter sein. Mit dieser Bestimmung soll eine weisungsfreie ärztliche Berufsausübung gewährleistet werden.<sup>479</sup>

Im Gegensatz zu Gesellschaftern einer „normalen“ GmbH sind Ärzte die Gesellschafter einer Ärzte-GmbH sind verpflichtet, in der GmbH auch beruflich tätig zu sein (§ 23a Abs 1 S 3 MBO-Ä). Ist ein Gesellschafter nicht mehr beruflich in der Ärzte-GmbH tätig, kann er auch nicht mehr Gesellschafter der Ärzte-GmbH sein.<sup>480</sup>

Aufgrund dieser Bestimmung, scheidet die Beteiligung Dritter (und auch stiller Gesellschafter<sup>481</sup>) aus. Gemäß § 23a Abs 1 lit c MBO-Ä dürfen Dritte auch nicht am Gewinn einer Ärztegesellschaft beteiligt sein.<sup>482</sup>

<sup>476</sup> § 23a Abs 1 S 2 MBO-Ä.

<sup>477</sup> *Braun/Richter*, Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Grundfragen der Ärzte-GmbH, MedR 2005, 686.

<sup>478</sup> Im Gegensatz zum Gesellschafterkreis der Partnerschaftsgesellschaft wurde der Gesellschafterkreis jedoch erweitert. Gemäß § 1 Abs 1 PartGG können nur Mitglieder freier Berufe Gesellschafter einer Partnerschaftsgesellschaft sein. Es können z.B. Hebammen, Physiotherapeuten, Sprach- und Ergotherapeuten nicht Partner einer Partnerschaftsgesellschaft sein.

<sup>479</sup> *Braun/Richter*, Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Grundfragen der Ärzte-GmbH, MedR 2005, 686.

<sup>480</sup> So endet z.B. die Kassenzulassung eines Kassenarztes am Ende des Kalendervierteljahres, in dem er sein 68. Lebensjahr vollendet hat (§ 95 Abs 7 S 3 SGB 5). Der Kassenarzt könnte nach Erreichen dieser Altersgrenze nur mehr Privatpatienten behandeln. Behandelt er auch diese nicht mehr, muss er als Gesellschafter der Ärzte-GmbH ausscheiden. *Häußermann/Dollmann*, Die Ärztegesellschaft mbH, MedR 2005, 259.

<sup>481</sup> *Braun* und *Richter* sehen alleine in der gesetzlichen Bestimmung, dass Dritte nicht am Gewinn beteiligt sein dürfen noch keinen Anhalt, dass stille Gesellschafter ebenfalls Dritte in Sinne dieser Regelung sind. *Braun/Richter*, Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Grundfragen der Ärzte-GmbH, MedR 2005, 687.

<sup>482</sup> Auch Ärzte, wenn sie nicht beruflich in der GmbH tätig werden, oder etwa eine andere Ärzte-GmbH können sich nicht an einer Ärzte-GmbH beteiligen. *Saenger*, Gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur der ambulanten Heilkundengesellschaft, MedR 2006, 140.

Mit diesen Bestimmungen wollte man den Besorgnissen der Ärzteschaft entgegenwirken, dass reine Kapitalgeber versuchen könnten, sich durch die Möglichkeit der Beteiligung an einer Ärzte-GmbH wirtschaftlichen Einfluss auf die ärztliche Tätigkeit zu verschaffen.<sup>483</sup>

Die soeben genannten Voraussetzungen, die ein Gesellschafter erfüllen muss, sind nicht nur im Zeitpunkt der Gründung einer Ärzte-GmbH einzuhalten, sondern treffen auch jeden neu hinzutretenden Gesellschafter einer Ärztesgesellschaft.

#### **1.4.2                   Gesellschafterversammlung/Weisungen**

Oberste Maxime bei der Tätigkeit eines Arztes ist dessen Unabhängigkeit. Diese muss immer gewahrt bleiben, und dies selbstverständlich auch im Rahmen einer Ärzte-GmbH. Verschiedene Regelungen wollen zur Einhaltung dieser Maxime beitragen. So bestimmt § 2 Abs 4 MBO-Ä, dass Ärzten im Rahmen ihrer ärztlichen Tätigkeit von Nicht-Ärzten keine Weisungen erteilt werden dürfen. Auch angestellte Ärzte dürfen keine Vergütungen vereinbaren, die die ärztliche Unabhängigkeit beeinflussen könnten (§ 23 Abs 2 MBO-Ä).<sup>484</sup>

#### **1.4.3                   Geschäftsführer**

Gemäß §§ 35ff GmbHG liegt die Geschäftsführung nach Innen (also die Leitung der Gesellschaft) und die Vertretung nach Außen bei den Geschäftsführern. Die allgemeinen Vorgaben durch das GmbHG sind durch berufsrechtliche Bestimmungen eingeschränkt. Nach § 23a Abs 1 lit a MBO-Ä muss eine Ärztesgesellschaft von einem Arzt oder einer Ärztin geführt werden und die Mehrheit der Geschäftsführer muss aus Ärzten bestehen.

Nach dieser gesetzlichen Bestimmung müssen zwar zwingend Ärzte Geschäftsführer der GmbH sein und diese müssen auch die Mehrheit der Geschäftsführer darstellen, die Bestimmung schließt aber eine Fremdorganschaft nicht aus. Folglich können Angehörige

<sup>483</sup> Häußermann/Dollmann, Die Ärztesgesellschaft mbH, MedR 2005, 259.

<sup>484</sup> Saenger, Gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur der ambulanten Heilkundengesellschaft, MedR 2006, 144.

der in § 23b MBO-Ä<sup>485</sup> genannten Berufe, aber auch Dritte, die keinen Heilberuf ausüben, Geschäftsführer sein.<sup>486</sup>

Die Verantwortung für ärztliches Handeln muss immer bei den Ärzten liegen und nicht bei Dritten. Intern kann dies durch entsprechende Zuständigkeitsregelungen bestimmt werden; nach Außen durch Einzelvertretungsbefugnis für Ärzte und Gesamtvertretungsbefugnis für Ärzte und Nicht-Ärzte.<sup>487</sup>

## **1.5 Anstellung von Ärzten**

Die Anstellung von Ärzten in einer Praxis wird durch den § 19 MBO-Ä geregelt. Dieser bestimmt, dass Ärzte in der Praxis persönlich tätig sein und die Praxis persönlich leiten müssen, wenn sie andere Ärzte in der Praxis anstellen wollen. Jede Anstellung eines anderen Arztes in der Praxis muss der zuständigen Ärztekammer angezeigt werden.<sup>488</sup>

Durch den 107. Deutschen Ärztetag im Mai 2004 wurde auch der § 19 MBO-Ä weitgehend geändert, es wurden die Abs 2 - 4 neu in die Musterberufsordnung der Ärzte eingeführt. Dies erfolgte vor allem aufgrund der Einführung der MVZ und der daraus resultierenden Wettbewerbsnachteile für niedergelassene Ärzte.<sup>489</sup> Aufgrund der eigenen Rechtspersönlichkeit einer Ärzte-GmbH als juristische Person, können bei ihr nicht nur die eigenen Gesellschafter angestellt werden, sondern auch Nicht-Gesellschaft, also Dritte.

## **1.6 Anstellung von Mitgliedern anderer Gesundheitsberufe**

Bisher war die Anstellung eines Arztes in einer Ordination (mit Ausnahme von Weiterbildungsassistenten, Dauerassistenten, Entlastungsassistenten) auf die Tätigkeit in stationären Einrichtungen, etwa Krankenanstalten und seit dem GKV-Modernisierungsgesetzes in MVZ limitiert. Durch den 107. Deutschen Ärztetag in Bremen

<sup>485</sup> Ärztinnen und Ärzte können sich auch mit selbständig tätigen und zur eigenverantwortlichen Berufsausübung befugten Berufsangehörigen anderer akademischer Heilberufe im Gesundheitswesen oder staatlichen Ausbildungsberufen im Gesundheitswesen sowie anderen Naturwissenschaftlerinnen und Naturwissenschaftler und Angehörigen sozialpädagogischer Berufe zusammenschließen.

<sup>486</sup> Folglich kann erst ab drei Geschäftsführern ein Nicht-Arzt Geschäftsführer einer Ärztesgesellschaft sein.

<sup>487</sup> Saenger, Gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur der ambulanten Heilkundengesellschaft, MedR 2006, 144.

<sup>488</sup> § 19 Abs 1 MBO-Ä

<sup>489</sup> Scholz in Spickhoff (Hrsg), Medizinrecht (2011), § 19 Rz 2.

im Jahr 2004 ist die Möglichkeit der Beschäftigung angestellter Ärzte in der Ordination eines freiberuflich niedergelassenen Arztes ausgeweitet worden. Bis zu diesem Zeitpunkt konnten nur fachgebietsgleiche Ärzte angestellt werden, durch den § 19 Abs 2 MBO-Ä ist es nunmehr möglich, fachgebietsfremde Ärzte anzustellen. Diese Anstellung ist der zuständigen Ärztekammer anzuzeigen und gemäß § 24 MBO-Ä müssen die Anstellungsverträge ebenfalls der Ärztekammer vorgelegt werden.<sup>490</sup>

Der Inhaber einer Praxis muss diese selber leiten, wenn er andere Ärzte in dieser beschäftigen möchte. Wird die Ordination in der Rechtsform einer GmbH nach dem § 23 a MBO-Ä geführt, kann die Leitung auch ein angestellter Arzt übernehmen, der selbst keine Geschäftsanteile hält.<sup>491</sup>

Die Anstellung von Mitgliedern anderer Gesundheitsberufe ergibt sich aus § 19 Abs 2 (Anstellung von fachgebietsfremden Personen) und 23b MBO-Ä.

## 1.7 Übertragung von Gesellschafterrechten/Geschäftsanteilen

Die Geschäftsanteile an einer Ärzte-GmbH dürfen nur an solche Personen weitergegeben werden, die ebenfalls die notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Werden die Geschäftsanteile an eine Person abgetreten, welche die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist der zugrunde liegende Vertrag gemäß § 134 BGB nichtig.<sup>492</sup> Für den Fall der Weitergabe der Geschäftsanteile (Verkauf oder Erbschaft<sup>493</sup>) sollte im Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung aufgenommen werden, entweder an welche Personengruppe diese weitergegeben werden dürfen, oder, dass die Gesellschafter einer solchen Übertragung der Anteile zustimmen müssen.<sup>494</sup>

<sup>490</sup> *Wollersheim in Terbille (Hrsg)*, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht (2009), § 5 Rz 270.

<sup>491</sup> *Scholz in Spickhoff (Hrsg)*, Medizinrecht (2011), § 19 Rz 4.

<sup>492</sup> *Quaas in Quaas/Zuck (Hrsg)*, Medizinrecht<sup>2</sup> (2008), § 14 Rz 37; *Ratzel/Lippert*, Das Berufsrecht der Ärzte nach den Beschlüssen des 107. Deutschen Ärztetages in Bremen, MedR 2004, 526, *Saenger*, Gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur der ambulanten Heilkundengesellschaft, MedR 2006, 141.

<sup>493</sup> Geschäftsanteile einer Ärzte-GmbH können nur an solche Personen vererbt werden, die die genannten gesetzlichen Bestimmungen selber erfüllen. Die Anteile können nur wieder an einen zur ärztlichen Berufsausübung berechtigten Arzt oder Ärztin oder an die in § 23b MBO-Ä genannten Personen vererbt werden.

<sup>494</sup> *Häußermann/Dollmann*, Die Ärztegesellschaft mbH, MedR 2005, 259.

## **1.8 Haftung**

Einer der Hauptgründe, warum die Ärzteschaft auf die Erlaubnis einer GmbH gedrängt hat, ist die beschränkte Haftung für die Gesellschafter einer GmbH. Die Haftung eines behandelnden Arztes – auch wenn dieser bei der GmbH angestellt ist und Gesellschafter dieser ist - unterscheidet sich erheblich von der Haftung eines gewöhnlichen GmbH-Gesellschafters.

### **1.8.1 Haftung des behandelnden Arztes**

#### **1.8.1.1 Haftung aus dem Behandlungsvertrag**

Patienten schließen ihren Behandlungsvertrag nicht mit dem behandelnden Arzt, sondern mit der Ärzte-GmbH ab. Gegen diesen Umstand ist nichts einzuwenden, solange bei der GmbH ausreichend Ärzte für die Behandlung der Patienten angestellt sind. Die Ärzte-GmbH haftete für das Fehlverhalten ihrer Angestellten nach § 278 BGB (Die Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte).<sup>495</sup>

Die Haftung der GmbH ist jedoch auf ihr Gesellschaftsvermögen begrenzt (mindestens EUR 25.000). Wenn man die Ausmaße von Ärztefehlern und deren finanzielle Folgen bedenkt ist dies bei weitem nicht ausreichend.

Die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ist für den behandelnden Arzt jedoch nur, wegen vertraglicher Ansprüche aufgrund schuldhafter Behandlungsfehler von Bedeutung. Diese Haftungsbeschränkung wirkt sich aber nicht auf die persönliche deliktische Haftung des behandelnden Arztes aus.<sup>496</sup>

#### **1.8.1.2 deliktische Haftung**

Wird der Arzt als Vertreter der GmbH angesehen, kann dieser auch das (deliktische) Fehlverhalten des Arztes zugerechnet werden (§ 31 BGB), dies wird aber abgelehnt.<sup>497</sup>

<sup>495</sup> *Steffen*, Formen der Arzthaftung in interdisziplinär tätigen Gesundheitseinrichtungen, MedR 2006, 78.

<sup>496</sup> *Braun/Richter*, Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Grundfragen der Ärzte-GmbH, MedR 2005, 687.

<sup>497</sup> *Krahe*, Ärztliche Kooperationsformen in den USA und in Deutschland, MedR 2005, 695.

Gemäß § 823 Abs 1 BGB bestehen gegen den behandelnden Arzt Haftungsansprüche aufgrund unerlaubter Handlungen. Durch den Arzt verschuldete Aufklärungsfehler und Behandlungsfehler führen meist zur Verletzung eines durch § 823 Abs 1 geschützten Rechtsgutes und für diese Verletzung haftet der Arzt in eigener Person.<sup>498</sup>

Die beschränkte Haftung des Gesellschaftsvermögens aufgrund vertraglicher Ansprüche kommt dem behandelnden Arzt zu Gute, aber seine deliktische Haftung ist deshalb jedoch nicht ausgeschlossen.<sup>499</sup>

Die beschränkte Haftung, die die Rechtsform der GmbH gewöhnlich mit sich bringt nützt dem Arzt nur etwas in Bezug auf vertragliche Verpflichtungen, die eine GmbH eingeht etwa in Bezug auf die Anmietung oder Ausstattung von Ordinationsräumlichkeiten.

## 1.9 Berufshaftpflichtversicherung

Gemäß § 21 MBO-Ä ist ein Arzt verpflichtet, sich hinreichend gegen Haftpflichtversicherungsansprüche im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit zu versichern. Bei dieser Verpflichtung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung handelt es sich um eine Berufspflicht, und nicht um eine gesetzliche Verpflichtung, die erfüllt sein muss, damit einem Arzt die Approbation erteilt wird.<sup>500</sup>

Eine gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung ergibt sich nur dann, wenn diese in die Heil- und Kammergesetze der einzelnen Bundesländer aufgenommen werden, oder generell in die Bundesärzteordnung als Voraussetzung für die Approbation eines Arztes. Der § 6 Abs 1 Z 5 BÄO besagt, dass ein Ruhen der Approbation angeordnet werden kann, wenn sich ergibt, dass der Arzt nicht ausreichend gegen die sich aus seiner Berufsausübung ergebenden Haftungsrisiken versichert ist, sofern eine Verpflichtung für eine Versicherung sich aus den jeweiligen Landesgesetzen oder Standesordnungen ergibt. Es ist natürlich auch von Bedeutung – auch wenn die

<sup>498</sup> Häußermann/Dollmann, Die Ärztesgesellschaft mbH, MedR 2005, 256.

<sup>499</sup> Braun/Richter, Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Grundfragen der Ärzte-GmbH, MedR 2005, 687.

<sup>500</sup> Schlund in Laufs/Kern (Hrsg), Handbuch des Arztrechts<sup>4</sup> (2010), § 21 Rz 2; Teicher/Schröder, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der ärztlichen Berufshaftpflichtversicherung am Beispiel der so genannten kosmetischen Chirurgie, MedR 2005, 128, Scholz in Spickhoff (Hrsg), Medizinrecht (2011), § 21 Rz 2.

Verpflichtung zum Abschluss einer Versicherung besteht – mit welcher Deckungssumme pro Versicherungsfall diese abgeschlossen wurde.

Zum heutigen Zeitpunkt sollte die Deckungssumme pro Versicherungsfall mindestens 5 Millionen Euro betragen, im Falle eines Gynäkologen die doppelte Summe.<sup>501</sup> Zum Vergleich wurde im Jahr 2002 die generelle Deckungssumme noch mit 2,5 Millionen Euro beziffert, bei Gynäkologen sogar mit einer Höhe von 5 Millionen Euro, dies vor allem deshalb, weil der BGH etwaige Unterhaltsansprüche aus fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbrüchen oder Sterilisationen dem behandelnden Arzt zurechnet.<sup>502</sup>

Grundsätzlich gilt jedoch, dass angestellte Ärzte in einem Krankenhaus, selbständigen Ambulatorium, bei bestehender Berufshaftpflichtversicherung mitversichert sind.

§ 23a Abs 1 lit d MBO-Ä normiert als zusätzliche Voraussetzung für die Gründung einer Ärzte-GmbH, dass für jeden in der Gesellschaft tätigen Arzt eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherung bestehen muss. Wenn also § 23a MBO-Ä in die jeweiligen Kammer- und Heilberufsgesetze oder in die einzelnen Berufsordnungen übernommen wurde ist eine Berufshaftpflichtversicherung für die Gründung einer Ärztesgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH verpflichtend. ME gilt auch in diesem Fall, dass die Ärzte-GmbH als eigenständige juristische Person eine Haftpflichtversicherung abschließen kann, alle bei ihr angestellten Ärzte mitversichert sind und folglich die Voraussetzung erfüllt ist.

### **1.10 Eintragung in die Ärzteliste**

Ärztelisten werden für jeden Zulassungsbezirk von den Kassenärztlichen Vereinigungen geführt. Die Eintragung in ein Arztregister erfolgt auf Antrag eines zugelassenen Arztes oder eines zugelassenen MVZ.<sup>503</sup> Voraussetzung für die Eintragung in das Arztregister ist die Approbation als Arzt und eine allgemeinmedizinische Weiterbildung oder eine Weiterbildung in einem anderen Fachgebiet.<sup>504</sup> Die Approbation als Arzt ist in den §§ 3 ff BÄO geregelt. Aufgrund der Tatsache, dass eine Eintragung in eine Ärzteliste nur für zugelassene Ärzte und zugelassene MVZ gestattet ist, ergibt sich aus der Gesetzgebung,

<sup>501</sup> *Schlund in Laufs/Kern (hrsg), Handbuch des Arztrechts*<sup>4</sup> (2010), § 21 Rz 3.

<sup>502</sup> *Uhlenbruck/Schlund in Laufs/Uhlenbruck (Hrsg), Handbuch des Arztrechts*<sup>3</sup> (2002), § 22 Rz 3.

<sup>503</sup> § 95 SGB V.

<sup>504</sup> § 95a Abs 1 SGB V.

dass eine Berufsausübungsgemeinschaft wie eine Ärzte-GmbH selbst keine Möglichkeit erhält, einen Kassenvertrag zu bekommen. Weiters ist jedoch die Eintragung in eine Ärzteliste keine zusätzliche Voraussetzung für die Gründung einer Ärzte-GmbH.

Exkurs: Erstattung der Leistungen einer Ärzte-GmbH

Der § 95 Abs 1 SGB V regelt die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung. Zu dieser sind nur zugelassene Ärzte und zugelassene medizinische Versorgungszentren sowie ermächtigte Ärzte und ermächtigte medizinische Einrichtungen berechtigt<sup>505</sup>. Nach dieser Bestimmung kann eine Ärzte-GmbH nur einen Kassenvertrag erhalten, wenn die notwendige Versorgung der Bevölkerung durch die bereits bestehende vertragsärztliche Versorgung nicht sichergestellt werden kann.<sup>506</sup> Vertragsärzte müssen ihre vertragsärztlichen Leistungen grundsätzlich persönlich in freier Praxis erbringen.<sup>507</sup>

Die Bestimmungen des § 95 Abs 1 SGB V stehen einem Kassenvertrag für eine Ärzte-GmbH entgegen, obwohl ein medizinisches Versorgungszentrum einen solchen erhalten kann. Auch die bei der Ärzte-GmbH angestellten Ärzte können keinen Kassenvertrag abschließen, doch auch für sie gilt, dass sie ihre Tätigkeit als Vertragsarzt persönlich in freier Praxis ausüben.<sup>508</sup> So meint auch *Laufs*<sup>509</sup>, dass die Kassenzulassung auf ein unüberwindliches Hindernis stößt, da auch Vertragsärzte ihre vertragliche Tätigkeit grundsätzlich persönlich in freier Praxis ausüben.

Die privaten Krankenkassen gestatten den Versicherten zwischen den verschiedenen approbierten niedergelassenen Ärzten zu wählen und dann die erbrachten Leistungen zu erstatten (§ 4 Abs 2 S 1 MBKK). Genau die Erstattung der erbrachten Leistungen ist im Fall der Ärzte-GmbH problematisch, weil die Patienten mit der GmbH den

<sup>505</sup> Eine Ermächtigung gibt es nur für bestimmte Ausnahmefälle z.B. Krankenhausärzte mit abgeschlossener Weiterbildung (Die Einzelheiten der Zulassung und Ermächtigung regelt die Zulassungsverordnung für Vertragsärzte kraft Ermächtigung in § 98 Abs 1 SGB V), diese kann und soll aber das Interesse an voller Beteiligung an der vertragsärztlichen Versorgung nicht befriedigen. *Kaiser*, Die Ärzte-GmbH (2006), 307.

<sup>506</sup> An der vertragsärztlichen Versorgung nehmen zugelassene Ärzte und zugelassene medizinische Versorgungszentren sowie ermächtigte Ärzte und ermächtigte Einrichtungen teil (§ 95 Abs 1 S 1 SGB V).

<sup>507</sup> *Schlund* in *Laufs/Kern (Hrsg)*, Handbuch des Arztrechts (2010), § 18 Rz 17, *Laufs* in *Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg)*, Arztrecht<sup>6</sup> (2009), II Rz 63.

<sup>508</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht<sup>6</sup> (2008), Rz 139.

<sup>509</sup> *Laufs*, Die Ärzte-GmbH und das Berufsrecht, MedR 1995, 16.

Behandlungsvertrag abschließen und die GmbH selber nicht approbiert (und der behandelnde Arzt auch nicht niedergelassen) ist. Die bei der Ärzte-GmbH tätigen Ärzte haben alle zu behandelnden Personen vor Abschluss des Behandlungsvertrages darauf hinzuweisen.<sup>510</sup>

Somit kann ein privat versicherter Patient auch von seiner Versicherung nicht verlangen, dass ihm die Kosten, die durch die Behandlung von Ärzten, die in einer Ärzte-GmbH angestellt sind, erstattet werden.

### **1.11 Ein-Personen-Ärzte-GmbH**

Die Bestimmung des § 23a MBO-Ä enthält keine inhaltlichen Ausführungen zur Gründung einer Einpersonen-Ärzte-GmbH. ME sind, wenn sich aus den berufsrechtlichen Bestimmungen zur Ärzte-GmbH kein Umstand anderes ergibt, die Bestimmungen des GmbHG anwendbar. Dem GmbHG folgend spricht also nichts gegen die Gründung einer Einzelpraxis in der Form einer juristischen Person des Privatrechts.<sup>511</sup> So meint auch *Saenger*<sup>512</sup>, dass seit der ausdrücklichen Anerkennung der Ein-Personen-GmbH zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages nicht mehr mehrere Personen notwendig sind, sondern eine Ärzte-GmbH nur durch einen praktizierenden Arzt gegründet werden kann. Gerade die immer wieder auftauchenden Argumente wie z.B. Abhängigkeit, Weisungsgebundenheit, kommerzielle Absichten gegen die Rechtsform der GmbH können bei einer Ein-Personen-GmbH nicht wirksam angeführt werden. Der einzige Arzt als Gesellschafter einer Ein-Personen-GmbH ist dem freiberuflich niedergelassenen Arzt insoweit gleichzusetzen.

## **V. Verfassungsrechtliche Problematik**

### **1. Allgemeines**

Im Gegensatz zu Österreich gibt es in Deutschland kein eigenes Ärztegesetz, welches die wesentlichen Regelungen für die Ausübung des ärztlichen Berufes liefert. Vielmehr sind in

<sup>510</sup> *Schlund* in *Laufs/Kern (Hrsg)*, Handbuch des Arztrechts<sup>4</sup> (2010), § 18 Rz 17.

<sup>511</sup> So auch *Ratzel/Lippert*, Das Berufsrecht der Ärzte nach den Beschlüssen des 107. Deutschen Ärztetages in Bremen, MedR 2004, 526.

<sup>512</sup> *Saenger*, Gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur der ambulanten Heilkundengesellschaft, MedR 2006, 139.

Deutschland die gesetzlichen Regelungen den einzelnen Kammer- und Heilberufsgesetzen der Länder und diesen folgend, den Berufsordnungen der jeweiligen Ärztekammern überlassen. Dies stellt ein sehr unübersichtliches Gebilde dar, in einem Bundesland ist somit die Gründung einer Ärzte-GmbH gestattet, in einem anderen ist dies aber wohlmöglich nicht erlaubt.

Der Bund ist nur für die Zulassung der Ärzte zuständig, die wesentlichen Bestimmungen hierzu sind der Bundesärzteordnung<sup>513</sup> zu entnehmen. Gemäß Art. 70 GG ist die Ausübung des ärztlichen Berufes Gegenstand der Gesetzgebungskompetenz der Länder. *Wollersheim*<sup>514</sup> meint, da eine zu starke Abweichung der Regelungen der einzelnen Kammer- und Heilberufsgesetze mit sich ziehen würde, erfolgt die inhaltliche Ausgestaltung der Gesetze der Länder in enger Abstimmung im Rahmen der Gesundheitsministerkonferenz. Meiner Meinung nach hat das aber gerade in Bezug auf die Erlaubtheit der Ärztesellschaften nicht funktioniert. Auf den eben genannten Heilberufe- und Kammergesetzen beruhen die Berufsordnungen der einzelnen Ärztekammern. Die Berufsordnungen enthalten wiederum Bestimmungen über die Berufspflichten eines Arztes. Die Regelungen sollen sich an den Vorgaben der vom Deutschen Ärztetag ausgearbeiteten Musterberufsordnung orientieren. In diesem Fall ist dies mE nicht gelungen. Die MBO-Ä hat mit der Bestimmung des § 23a die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung für niedergelassene Ärzte gestattet, doch wurde diese Bestimmungen teilweise nicht in die Heilberufe- und Kammergesetze oder eben nicht in die Berufsordnungen der deutschen Ärzte übernommen und ist folglich in diesen Ländern noch immer verboten.

## **2. Zulässigkeit des Verbots**

Der Beruf des Arztes zählt zu den freien Berufen. Wesentliche Merkmale freier Berufe sind die Unanwendbarkeit des Handelsgesetzbuches (also keine Möglichkeiten auf die Rechtsformen der OHG oder KG zurückzugreifen) und die Dominanz des Standesrechts.<sup>515</sup>

Wie im II Punkt 3.4 ff näher ausgeführt ist es in einigen Bundesländern (Bayern, Berlin, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen) aufgrund der Berufsordnungen der einzelnen

<sup>513</sup> Bundesärzteordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. April 1987 (BGBl. I S. 1218), zuletzt geändert durch Artikel 4c des Gesetzes vom 20. Februar 2013 (BGBl. I S. 277).

<sup>514</sup> *Wollersheim* in *Terbille (Hrsg)*, Münchner Anwaltshandbuch Medizinrecht (2009), § 5 Rz 29.

<sup>515</sup> *Laufs*, Die Ärzte-GmbH und das Berufsrecht, MedR 1995, 11.

Landesärztekammern (und im Falle von Bayern und Berlin aufgrund der Heilberufe- und Kammergesetze) noch immer nicht gestattet, eine Ärzte-GmbH zu gründen. Das Verbot einer Ärzte-GmbH ist schon jeher auf verfassungsrechtliche Bedenken gestoßen. Einfache gesetzliche Regelungen oder Satzungen (Berufsordnungen der Ärztekammern) dürfen nicht gegen die Grundrechte, die sich aus dem GG oder der EMRK ergeben, verstoßen. Eines der wichtigsten Grundrechte in diesem Zusammenhang ergibt sich aus Art. 12 GG. Es handelt sich hierbei um das Grundrecht der Berufsfreiheit.

## **2.1 Art 12 GG Berufsfreiheit**

Das Grundrecht der Berufsfreiheit gewährt grundsätzlich jedem die freie Wahl seines Berufes (Berufswahl und Berufsausübungsfreiheit). Wird dieses Grundrecht eingeschränkt, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage. Das einschränkende Gesetz (Gesetzesvorbehalt) muss verfassungskonform und zudem verhältnismäßig sein.

Die GmbH selbst braucht keine gesetzliche Erlaubnis, das ergibt sich aus Art 12 Abs 1 GG. Die Norm gewährleistet den bei der GmbH angestellten Ärzten die Berufsausübung in dieser Form. Für den Grundrechtsschutz aus Art 12 Abs 1 GG macht es keinen Unterschied, ob der angestellte Klinik-Arzt seinen Beruf in stationärer oder – im Zuge einer neuen Entwicklung - in ambulanter Heilbehandlung ausübt. Der Artikel umfasst nicht nur traditionelle oder rechtlich genau bestimmte, sondern auch sich neu entwickelnde Formen der Berufsausübung.<sup>516</sup>

### **2.1.1 Einschränkung**

Der Art 20 Abs 3 GG besagt, dass die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist. Die Möglichkeit der Einschränkung des Grundrechtes durch ein verfassungskonformes Gesetz ergibt sich aus Art. 12 Abs 1 S 2 GG.<sup>517</sup> Eine verfassungskonforme Einschränkung ist so etwa durch die Heilberufe- und Kammergesetze der Länder möglich. Nur wenn in diesen ein Verbot einer Ärzte-GmbH enthalten ist, kann dies als Grundlage für ein Verbot in den einzelnen Berufsordnungen der Landesärztekammern dienen.

<sup>516</sup> *Laufs*, Die Ärzte-GmbH und das Berufsrecht, MedR 1995, 12.

<sup>517</sup> *Ruffert* in *Epping/Hillgruber (Hrsg)*, Beck'Scher Online Kommentar, Art 12 (Stand 01.07.2011)

## **2.1.1.1 Einschränkungen in den Bundesländern: Bayern, Berlin und Nordrhein-Westfalen**

### **2.1.1.1.1 Generelles Verbot**

Das Bundesland Bayern enthält in seinem Heilberufe- und Kammergesetz (HKaG) ein Verbot für Ärzte-GmbHs.<sup>518</sup> Das generelle Verbot des Art 18 Abs 1 S 2 BayHKaG wurde als Reaktion auf das „Zahnheilkunde-GmbH Urteil“<sup>519</sup> eingeführt. Das Verbot bezieht sich auf die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung an sich. Ärzte dürfen ihren Beruf nicht in der Rechtsform einer GmbH ausüben, dies ist „nicht statthaft“.<sup>520</sup> Nicht statthaft bedeutet also, die Rechtsform der GmbH sei für Ärzte nicht geeignet bzw steht Ärzten nicht zur Verfügung und ist ihnen folglich verboten. Der Bayerische Landtag begründet das Verbot damit, dass sich die gemeinsame Praxisführung in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft nicht mit dem Charakter heilberuflicher Dienstleistungen (persönlich, eigenverantwortlich) verträgt.<sup>521</sup> Das Verbot gilt für alle natürlichen Personen und für jede Art von juristischer Person (dies betrifft keine Krankenhäuser).<sup>522</sup>

### **2.1.1.1.2 Verbot der Niederlassung in eigener Praxis**

Das Berliner Kammergesetz (BlnKaG) legt im § 4a Abs 5 fest, dass die Ausübung ambulanter ärztlicher Tätigkeit an die Niederlassung in eigener Praxis gebunden ist.<sup>523</sup> Auch Niedersachsen stellt bei der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit auf die Niederlassung

<sup>518</sup> § 18 Abs 1 S2 BayHKaG besagt: „Die Führung einer ärztlichen Praxis in der Rechtsform einer juristischen Person des privaten Rechts ist nicht statthaft.“

<sup>519</sup> BGH, 25.11.1993, I ZR 281/91.

<sup>520</sup> Der Begriff der „Statthaftigkeit“ kommt aus dem Zivilprozessrecht und bestimmt wann, gegen wen oder was, welches Rechtsmittel zur Verfügung steht bzw geeignet ist. *Attermeyer*, Die ambulante Arztpraxis in der Rechtsform der GmbH (2004) S 25; mwN; *Rimmelspacher* in Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung<sup>3</sup>, § 511 Rz 12.

<sup>521</sup> Bayerischer Landtag, Dr 12/10455 vom 09.03.1993, S 5, 14f.

<sup>522</sup> *Taupitz*, Zur Verfassungswidrigkeit des Verbots, ärztlicher Praxen in Form einer juristischen Person des Privatrechts zu führen, NJW 1996, 3033f, *Attermeyer*, Die ambulante Arztpraxis in der Rechtsform der GmbH (2004) S 26. Die gegenteilige Meinung vertritt *Narr*. *Narr*, Ärztliches Berufsrecht Rz B 16.

<sup>523</sup> § 4a Abs 5 BlnKaG „ Die Ausübung ambulanter ärztlicher (...) Tätigkeit (...) außerhalb des Krankenhauses einschließlich konzessionierter Privatkrankenanstalten (...) ist an die Niederlassung in eigener Praxis gebunden, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen etwas anderes zulassen oder die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (...) entgegensteht. (...)“

in eigener Praxis ab.<sup>524</sup> Einen ganz ähnlichen Wortlaut wie die zuvor genannten enthält auch das Heilberufsgesetz von Nordrhein-Westfalen (HeilBerG NW) in seinem § 32 Abs S 2 Z 2 HeilBerG NW.<sup>525</sup> In den Bundesländern Berlin, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen, gibt es nicht (wie in Bayern) ein generelles Verbot der Rechtsform der GmbH, sondern ein Niederlassungsverbot für eine Ärzte-GmbH. Die Niederlassung ist immer an die eigene Praxis gebunden. Sowohl die Rechtsprechung<sup>526</sup> als auch die Lehre<sup>527</sup> haben sich damit befasst, was unter ärztlicher Niederlassung zu verstehen ist, und dies als eine öffentlich erkennbare Bereitstellung zur Ausübung des ärztlichen Berufs in selbständiger Praxis verstanden. Dadurch, dass die Ausübung ambulanter ärztlicher Tätigkeit an die Niederlassung in eigener Praxis gebunden ist, bedeutet dies nicht automatisch, dass eine solche für die GmbH unmöglich ist. Die GmbH als juristische Person kann aber die eigentliche ärztliche Tätigkeit nicht ausführen, dafür benötigt sie natürliche Personen, also approbierte Ärzte, die bei ihr angestellt sind. Dieses Erfordernis ist jedoch inkompatibel mit

<sup>524</sup> § 32 Abs 1 NdsHKG: „ Die ärztliche (...) Tätigkeit ist, soweit nichts anderes bestimmt ist oder zugelassen ist, an die Niederlassung in eigener Praxis gebunden, außer bei: 1. weisungsgebundener Tätigkeit in einer Praxis, 2. weisungsgebundener Tätigkeit in Krankenhäusern, medizinischen Versorgungszentren (§ 95 Abs 1 des Fünften Buchs des Sozialgesetzbuchs- SGB V), Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen (§ 107 SGB V) oder Privatkrankenanstalten (§ 30 der Gewerbeordnung), 3. Tätigkeit für Träger, die gewerbs- oder berufsmäßige ärztliche (...) Leistungen erbringen, 4. Tätigkeiten im öffentlichen Gesundheitswesen oder im öffentlichen Veterinärwesen, 5. (...), 6. Tätigkeiten als Gesellschafterin oder als Gesellschafter einer als juristischen Person des Privatrechts nach Maßgabe des Absatz 2 geführten Praxis. (2) Die heilberufliche Tätigkeit als Gesellschafterin oder als Gesellschafter in der Rechtsform einer in der juristischen Person des Privatrechts geführten Praxis setzt voraus, dass 1. die Gesellschaft ihren Sitz in Niedersachsen hat, 2. Gegenstand des Unternehmens die ausschließliche Wahrnehmung heilberuflicher Tätigkeit ist, 3. alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter einem in § 1 Abs 1 dieses Gesetzes genannten Heilberuf oder einem in § 1 Abs 2 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes vom 25. Juli 1994 (BGBl. I S. 1744), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 10. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3422), genannten sonstigen Ausbildungsberuf im Gesundheitswesen, naturwissenschaftlichen oder einem sozialpädagogischen Beruf angehören und diesen Beruf in der Gesellschaft ausüben, 4. Die Mehrheit der Gesellschaftsanteile und der Stimmrechte Kammermitgliedern zusteht, 5. Mindestens die Hälfte der zur Geschäftsführung befugten Personen Kammermitglieder sind, 6. Ein Dritter am Gewinn der Gesellschaft nicht beteiligt ist, 7. Nach näherer Bestimmung in der Berufsordnung eine hinreichende Haftpflichtversicherung zur Deckung bei der Berufsausübung verursachter Schäden besteht und 8. gewährleistet ist, dass die heilberufliche Tätigkeit von den Kammermitgliedern eigenverantwortlich, unabhängig und nicht gewerblich ausgeübt wird. (3) Die Kammer kann in besonderen Fällen Ausnahmen von den Absätzen 1 und 2 Nrn. 2 bis 5 zulassen, wenn berufliche Belange nicht beeinträchtigt werden.“

<sup>525</sup> § 32 S 2 Z 2 HeilBerG NW: „ (...) Sie (die Berufsordnung) kann im Rahmen des § 29 weitere Vorschriften über die Berufspflichten enthalten, insbesondere, soweit es für den einzelnen Heilberuf in Betracht kommt, hinsichtlich (...) 2. Der Ausübung des Berufes in eigener Praxis, in Praxiseinrichtungen, die der ambulanten Versorgung dienen, und in sonstigen Einrichtungen die der medizinischen Versorgung.“

<sup>526</sup> OLG München, VersR 1990, 614f; LG Mainz VersR 1992, 44, LG Köln, VersR 1992, 43.

<sup>527</sup> *Deusch/Spickhoff*, Medizinrecht (2008) Rz 29; *Narr*, Ärztliches Berufsrecht, Rz B 383; *Attermeyer*, Die ambulante Arztpraxis in der Rechtsform der GmbH (2004) 150f.

der Formulierung des Gesetzes. Es gestattet Ärzten die Ausübung der ambulanten Tätigkeit nur bei Niederlassung in eigener Praxis, nicht aber, wenn diese bei einer GmbH angestellt sind.<sup>528</sup> *Taupitz*<sup>529</sup> meint, dass es für die Niederlassung in selbständiger, freier Praxis in erster Linie auf die Ausübung der medizinischen Funktionen ankommt, und zwar in dem Sinne, dass die ärztliche Tätigkeit in voller Verantwortung des jeweiligen Arztes ausgeführt werden kann. Dies ist in einem Anstellungsverhältnis, aufgrund dessen der Arzt seinem Arbeitgeber die fortlaufende Ausübung der ärztlichen Tätigkeit schuldet und diese für ihn (gegebenenfalls in seinem Namen) ausübt, nicht der Fall. Jedoch enthalten die einschlägigen Normen in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen Regelungen für mögliche Ausnahmen.

Weitere in diesem Zusammenhang bedeutsame Grundrechte sind Art 9 GG (Vereinigungsfreiheit), Art 3 GG (Gleichheitssatz) und Art 2 GG (allgemeine Handlungsfreiheit).

Die aufgezeigte Beschränkung der Grundrechte wird nun dahingehend weiter geprüft, wer von dieser Beschränkung betroffen ist.

### **2.1.2 Bedeutung der Einschränkung für einen Arzt**

Das Grundrecht der Berufsfreiheit darf nur dann eingeschränkt werden, wenn dies zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein höchst wichtiges Gemeinschaftsgut unabdingbar ist.<sup>530</sup> Fest steht, dass ein Arzt in der Ausübung seines ärztlichen Berufes eingeschränkt ist, wenn es ihm verwehrt ist, eine Ärzte-GmbH zu gründen oder bei einer angestellt zu sein.

<sup>528</sup> *Katzenmeier*, Kapitalgesellschaften auf dem Gebiet der Heilkunde, MedR 1998, 114; *Taupitz*, Die GmbH als Organisationsform ambulanter heilkundlicher Tätigkeit, NJW 1992, 2321; *Weber/Vogt-Weber*, Die rechtliche Zulässigkeit und wirtschaftliche Sinnhaftigkeit des Betreibens einer Arztpraxis in der Rechtsform der GmbH, ArztR 1997, 180.

<sup>529</sup> *Taupitz*, Zur Verfassungswidrigkeit des Verbots, ärztlicher Praxen in Form einer juristischen Person des Privatrechts zu führen, NJW 1996, 3035.

<sup>530</sup> *Taupitz*, Zur Verfassungswidrigkeit des Verbots, ärztliche Praxen in Form einer juristischen Person des Privatrechts zu führen, NJW 1996, 3038f.; *Rieger*, Die Heilkunde-GmbH in der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, MedR 1995, 88.

### 2.1.3 Bedeutung der Einschränkung für eine GmbH

Im Falle der Gesellschaft selbst handelt es sich um eine Beschränkung der Berufswahl und folglich um eine objektive<sup>531</sup> Zulassungssperre. Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist sowohl auf natürliche als auch auf alle juristischen Personen anwendbar. Der Ärzte-GmbH als juristischer Person wird die Ausübung der ambulanten ärztlichen Tätigkeit verboten.<sup>532</sup>

### 3. Zulässigkeit der Einschränkung

Wie oben bereits erwähnt hängt die Zulässigkeit der Einschränkung der Berufswahl davon ab, ob dies zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein höchst wichtiges Gemeinschaftsgut unabdingbar ist. Liegen diese Gefahren nicht vor und sind sie für ein Gemeinschaftsgut nicht unabdingbar, ist der Eingriff verfassungswidrig.<sup>533</sup>

Es lässt sich nämlich kein sachlicher Grund erkennen, eine ambulante ärztliche Tätigkeit innerhalb von Krankenhäusern oder medizinischen Versorgungszentren, die von GmbHs betrieben werden, für erlaubt zu halten, die gleiche Tätigkeit aber zu untersagen, wenn die GmbH allein ambulante Leistungen erbringt.<sup>534</sup>

### 4. Fazit

Aufgrund der Tatsache, dass das Verbot von Ärzte-GmbHs wohl verfassungswidrig ist, müssen diejenigen Bundesländer, die ein solches in ihren Gesetzen enthalten, diese ändern. Werden die jeweiligen Heilberufe- und Kammergesetze dahingehend geändert, dass sich auch Ärzte in der Rechtsform der GmbH zusammenschließen dürfen, müssen auch die auf diesen Gesetzen aufbauenden Berufsordnungen der jeweiligen Landesärztekammern angepasst werden. Meiner Meinung nach soll der Grundgedanke der Musterberufsordnung

<sup>531</sup> *Attermeyer* geht ebenfalls von einer Verfassungswidrigkeit der Einschränkung aus. Ihrer Meinung nach handelt es sich jedoch nur um eine subjektive Zulassungsschranke. *Attermeyer*, Die ambulante Arztpraxis in der Rechtsform der GmbH (2004), 51.

<sup>532</sup> *Rieger*, Die Heilkunde-GmbH in der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, MedR 1995, 88; *Taupitz*, Zur Verfassungswidrigkeit des Verbots, ärztliche Praxen in Form einer juristischen Person des Privatrechts zu führen, NJW 1996, 3039.

<sup>533</sup> *Taupitz*, Zur Verfassungswidrigkeit des Verbots, ärztliche Praxen in Form einer juristischen Person des Privatrechts zu führen, NJW 1996, 3038f.; *Rieger*, Die Heilkunde-GmbH in der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, MedR 1995, 88.

<sup>534</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht<sup>6</sup> (2008), Rz 139; *Schlund* in *Laufs/Kern (Hrsg)*, Handbuch des Arztrechts<sup>4</sup> (2010), § 18 Rz 17.

der Ärzte, nämlich ein einheitliches Arztrecht in den 16 Bundesländern zu schaffen, nachverfolgt werden und § 23a MBO-Ä in einheitlicher Form eingeführt werden.

## D. Gegenüberstellung Österreich und Deutschland

### I. Wertung Teil Österreich

Viele Jahre wurde in Österreich die Zulässigkeit der Rechtsform der GmbH auch für Ärzte gefordert. Aufgrund der EuGH-Entscheidung vom 10.03.2009<sup>535</sup> wurde die in Österreich geltende Bedarfsprüfung für unzulässig erklärt. Österreich hatte folglich Handlungsbedarf und führte in diesem Zusammenhang eine Gesetzesänderung durch. Ziele der Neuregelung waren:

- für Patienten: ein erleichterter und verbesserter Zugang zur ambulanten Medizin;
- für Ärzte: die Möglichkeit, sich (endlich) gesellschaftsrechtlich sinnvoll als GmbH zusammenschließen zu können;
- für Spitalsärzte: eine Entlastung der Spitalsambulanzen und damit eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen;
- weiters: eine EU-konforme Regelung hinsichtlich der „Markt-Zulassung“ von Ambulatorien.<sup>536</sup>

Diese Ziele hat der Gesetzgeber durch die neu eingeführten §§ 52 a-d ÄrzteG umzusetzen versucht.

Das neue Bundesgesetz eröffnet erstmals die Rechtsform der GmbH auch für Ärzte, dies aber nur in sehr eingeschränkter Form, was dazu führt, dass diese Art des Zusammenschlusses von Ärzten bei jenen bisher keinen großen Anklang findet.

Die gesetzlichen Bestimmungen sind vor allem von der Angst geprägt, dass die Ausübung des ärztlichen Berufes unter der „Erlaubnis“ der Rechtsform der GmbH Einbußen erleidet. Die Ärzte-GmbH ist nach den derzeitigen gesetzlichen Bestimmungen in keinster Weise

<sup>535</sup> EUGH 10.03.2009, C-169/07.

<sup>536</sup> Stärker, Die Ärzte-GmbH (Teil 1), RdM 2011, 36.

interessant für Ärzte<sup>537</sup> und deshalb bedarf es meiner Ansicht nach vor allem folgender Änderungen des Gesetzes:

Bezüglich der Gesellschafter: Grundsätzlich dürfen nur Ärzte Gesellschafter einer Ärzte-GmbH sein. Diese dürfen sich zwar fächerübergreifend zusammenschließen, jedoch nicht mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe oder Dritten. Das Kriterium, dass eine Ärzte-GmbH keine Organisationsdichte und Organisationsstruktur wie ein selbständiges Ambulatorium aufweisen darf, ist nachvollziehbar und liefert folglich auch ein klares Abgrenzungskriterium einer Gruppenpraxis zu einem selbständigen Ambulatorium. ME spricht jedoch nichts gegen den Zusammenschluss von zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Ärzten und Angehörigen anderer Gesundheitsberufe. So ist keine Rechtfertigung dafür zu finden, warum nicht einmal mehr freiberuflich tätige Ärzte und Zahnärzte sich zu einer gemeinsamen Gruppenpraxis zusammenschließen dürfen. Es ist auch nicht nachvollziehbar, warum Angehörige anderer Gesundheitsberufe zwar bei der Ärzte-GmbH angestellt werden, aber keine Gesellschafter der GmbH sein dürfen. Zur Vermeidung von Einflüssen Dritter, die nur Kapitalgeber sind und am Gewinn oder an einer Gewinnoptimierung interessiert sind, genügt eine Beschränkung der Gesellschafter auf zur reinen Berufsausübung berechnete Ärzte, Zahnärzte und Angehörige anderer Gesundheitsberufe. Jeder Gesellschafter ist ohnehin zur selbständigen Berufsausübung in der Gesellschaft verpflichtet und für die Einhaltung der Berufs- und Standespflicht persönlich verantwortlich. Eine Beteiligung Dritter als Kapitalgeber, wenn auch nur in der Form von stillen Gesellschaftern, ist jedenfalls verboten.

Der derzeitige Gesetzeswortlaut spricht eindeutig von der Unzulässigkeit der Anstellung von Gesellschaftern. Das Eingehen sonstiger zivil- oder arbeitsrechtlicher Beziehungen der Gesellschaft oder der Gesellschafter zu anderen Ärzten oder Gesellschaften, insbesondere durch den Abschluss von freien Dienstverträgen, Werkverträgen und Leiharbeitsverhältnissen, zum Zweck der Erbringung ärztlicher Leistungen in der Gruppenpraxis, die über das Ausmaß einer vorübergehenden Vertretung, insbesondere aufgrund von Fortbildung, Krankheit und Urlaub hinausgehen, ist verboten. Das bedeutet, dass Gesellschafter nach dem derzeitigen Gesetzesstand zumindest mit der Gesellschaft

<sup>537</sup> Wahrnehmungsbericht der Österreichischen Ärztekammer zum Gesundheitswesen 2009/2010 – Gesundheitswesen unter der Lupe, 49.

sonstige zivil- und arbeitsrechtliche Verträge wie zum Beispiel Werkverträge oder freie Dienstverträge abschließen können. Ansonsten wären die Gesellschafter zur maßgeblichen persönlichen Berufsausübung verpflichtet und könnten dafür nur durch eine etwaige Gewinnausschüttung am Ende eines Geschäftsjahres entlohnt werden.

Weiters ist die Anstellung anderer Ärzte und das Eingehen sonstiger zivil- oder arbeitsrechtlicher Beziehungen der Gesellschaft zu anderen Ärzten, insbesondere durch den Abschluss von freien Dienstverträgen, Werkverträgen und Leiharbeitsverhältnissen, zum Zweck der Erbringung ärztlicher Leistungen in der Gruppenpraxis, die über das Ausmaß einer vorübergehenden Vertretung, insbesondere aufgrund von Fortbildung, Krankheit und Urlaub hinausgehen, ebenfalls verboten. Meines Erachtens genügt der Zusatz, dass die Berufsausübung der Gesellschafter und der bei der GmbH angestellten Ärzte nicht an eine Weisung oder Zustimmung der Gesellschafter (Gesellschafterversammlung) gebunden werden darf.

Eine Anstellung von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe ist zwar zulässig, aber nur in dem Ausmaß, dass keine Anstaltsordnung erforderlich ist. Das Gesetz gibt genau vor, in welchem Verhältnis Gesellschafter und Angehörige anderer Gesundheitsberufe angestellt werden dürfen und auch eine Höchstzahl von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe die in der Ärzte-GmbH angestellt werden dürfen, ist normiert. Doch auch innerhalb dieser Vorgaben können Angehörige anderer Gesundheitsberufe nicht willkürlich eingestellt werden. Die Tätigkeit der Gruppenpraxis muss auf die mit der Berufsbefugnis der Gruppenpraxis im direkten Zusammenhang stehenden Tätigkeiten von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe beschränkt sein. Die Berufsbefugnis der Gruppenpraxis ergibt sich aus der Berufsberechtigung der an der Gruppenpraxis als Gesellschafter beteiligten Ärzte. Folglich ist nicht nur die Anzahl der Angestellten aus anderen Gesundheitsberufen beschränkt, sondern auch das Fachgebiet aus welchem diese kommen, vorgegeben. Meiner Meinung nach ist es für Patienten nur von Vorteil, je breitgefächerter die Gruppenpraxis auftritt und je mehr Dienstleistungen sie anbietet. Diese Einschränkung auf den Tätigkeitsbereich der einzelnen Gesellschafter ist nicht nachvollziehbar.

Problematik Gesellschaftsanteile: Das generelle Verbot der Übertragung und der Ausübung von übertragenen Gesellschafterrechten kann der Gesetzgeber so nicht gemeint haben; es bedarf jedenfalls einer Klarstellung. Einerseits kann damit nicht gemeint sein, dass z.B. eine Weitergabe an einen zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt

ausgeschlossen ist und andererseits muss eine gewisse Übergangsregel z.B. im Falle des Todes eines Gesellschafters, eingeführt werden. Ansonsten ist wohl die Regelung über die Weitergabe der Geschäftsanteile - ob unter Lebenden oder im Falle der Erbschaft - genauestens im Gesellschaftsvertrag der GmbH zu bestimmen. Dies sowohl zu Gunsten der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter als auch der ausscheidende Gesellschafter bzw der Erben. Das generelle Verbot der Übertragung von Gesellschafterrechten und der Ausübung von Gesellschafterrechten betrifft meiner Meinung nach nicht nur die Übertragung von Geschäftsanteilen, sondern auch die Ausübung des Stimmrechts. Nach dem derzeitigen Gesetzeswortlaut ist es Gesellschaftern nicht erlaubt, Vollmachten auszustellen und sich weder von anderen Gesellschaftern noch von Dritten vertreten zu lassen. Meiner Meinung spricht gegen die Vertretung durch einen Mitgesellschafter gar nichts, da dieser ohnehin die gleichen Pflichten erfüllen muss.

Geschäftsführer: Die Vorgabe, dass im Gesellschaftsvertrag geregelt werden muss, „ob“ und welche Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt sind, ist etwas unglücklich gewählt. Die ganze Thematik wird geprägt vom Grundsatz der Unabhängigkeit der Ärzteschaft gegenüber etwaigen außenstehenden Kapitalgebern und Einflüssen. Durch Nicht-Gesellschafter-Geschäftsführer kann dieser Grundsatz umgangen werden. Das Wort „ob“ ermöglicht mE auch die Beteiligung von Nicht-Ärzten an der Geschäftsführung einer Ärzte-GmbH. Es sollte eine klare Formulierung gewählt werden, dass Geschäftsführer nur Gesellschafter der GmbH sein dürfen, und diese sowohl im Gesellschaftsvertrag als auch durch Beschluss der Gesellschafter zum Geschäftsführer bestellt werden können. Könnten Geschäftsführer nur im Gesellschaftsvertrag bestellt werden würde dies bei jeder Änderung in der Geschäftsführung einer Änderung des Gesellschaftsvertrages bedürfen. Derzeit stehen den Geschäftsführern „sonstige zivil- oder arbeitsrechtliche Verträge“ zur Verfügung, da diese nicht vom Gesetzestext erfasst sind. Weiters gibt es keinen ersichtlichen Grund, warum ein Gesellschafter-Geschäftsführer nicht Angestellter der Ärzte-GmbH sein sollte. Dadurch ergeben sich auch keine Abgrenzungsprobleme zu selbständigen Ambulatorien. Ärzte, die die Aufgaben eines Geschäftsführers ausüben, werden nicht medizinisch tätig bzw führen keine ärztliche Berufsausübung aus, folglich können diese auch angestellt werden. Zu diesem Ergebnis sollte man nicht nur im Umweg der teleologischen Reduktion kommen, vielmehr sollte der Gesetzestext klar und deutlich die Anstellung von Geschäftsführern (jedoch nur von Gesellschafter-Geschäftsführer) gestatten.

Problematik der Berufshaftpflicht: Der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung bei einem in Österreich berechtigten Versicherer ist eine Gründungsvoraussetzung der Ärzte-GmbH. Der Gesetzgeber regelt dies jedoch nicht mittels des Rechtsinstituts des Kontrahierungszwanges. Folglich könnte sich für eine Ärzte-GmbH, deren Berufshaftpflichtversicherung beendet wird, und kein anderer Versicherer bereit ist, mit dieser zu kontrahieren, ein mittelbares Berufsverbot ergeben. Auch dieser Fall sollte in einer neuerlichen Novellierung des Gesetzes berücksichtigt werden. Es sollte wie beim EKHG ein gesetzlich verankerter Kontrahierungszwang aufgenommen werden.

Zur Ein-Personen-GmbH: Aus der Wortfolge der „Zusammenarbeit von Ärzten“ ergibt sich ein Verbot der Ein-Personen-GmbH. Die Ziele der Verbesserung der ambulanten Gesundheitsversorgung, Entlastung der Spitalsambulanzen und ein erleichterter Zugang zur ambulanten Behandlung für Patienten können durch einen einzigen praktizierenden Arzt als Gesellschafter der Ein-Personen-GmbH nicht erreicht werden. Auch die Tatsache, dass Angehörige anderer Gesundheitsberufe angestellt werden dürfen, erfüllt nicht den eigentlichen Zweck.

## **II. Wertung Teil Deutschland**

In Deutschland ist zwar (wie aufgezeigt) die Gründung einer Ärzte-GmbH grundsätzlich gestattet – der BGH hat sich sogar bereits im Jahr 1977 damit befasst - doch dies in manchen Ländern leider nur theoretisch und falls tatsächlich, dann mit erheblichen Einschränkungen im Gegensatz zu einer „normalen“ GmbH.

In Deutschland ist weder ein Ersatz der ärztlich erbrachten Leistungen durch die gesetzlichen Krankenkassen noch durch die privaten Krankenversicherungen gewährleistet. Dies ist ein sehr wesentlicher Umstand, warum die Rechtsform einer GmbH für niedergelassene Ärzte nicht lukrativ ist. Die Argumentation der gesetzlichen Krankenversicherungen, durch die gezielte Vergabe von Kassenverträgen werden approbierte niedergelassene Ärzte an diese gebunden, ist nachvollziehbar, dies gilt aber nicht für die Argumentation der privaten Krankenversicherungen. Die Musterbedingungen der privaten Krankenversicherungen muss dahingehend geändert werden, dass auch die durch eine bei einer Ärzte-GmbH erbrachten ärztlichen Leistungen von ihnen zu den gleichen Bedingungen wie die durch approbierte niedergelassene Ärzte ersetzt werden.

Weiters sollte erneut darüber nachgedacht werden, auch einer Ärzte-GmbH selbst den Erhalt eines eigenen Kassenvertrages zu ermöglichen. Angelehnt an die Bestimmungen des MVZs, welches selber einen Kassenvertrag erhalten kann, ist nicht ersichtlich, warum unter den gleichen Bedingungen nicht auch einer Ärztesgesellschaft dies gestattet werden sollte. Die Bedenken der Erhaltung der Stabilität des Gesundheitssystems können mit den gleichen Ansätzen wie bei niedergelassenen Ärzten oder MVZs ebenfalls ausgeräumt werden.

Grundsätzlich wurde die MBO der Ärzte zum Zweck der Schaffung eines einheitlichen bundesweiten Regelungswerks entwickelt, an welchem sich die einzelnen Landesärztekammern/Bundesländer orientieren können. Dies ist leider nicht der Fall und führt deshalb zu erheblichen Unsicherheiten. Das bayrische Heilberufe- und Kammergesetz beinhaltet im Art 18 Abs 1 BayHKaG ein generelles Verbot einer Ärzte-GmbH und das Heilberuf- und Kammergesetz von Berlin (§ 4a Abs 5 BlnKAG) zielt auf die Niederlassung in eigener Praxis ab. Ebenfalls ist in Nordrhein-Westfalen aufgrund der Berufsordnung in der Fassung vom 10.11.2012 eine Kooperationsgemeinschaft nur in der Rechtsform einer Partnerschaftsgesellschaft und in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gestattet.

Problematik der Gesellschafter: Diejenigen Bundesländer, die den § 23a MBO-Ä übernommen haben, gestatten aber nicht nur Ärzten, Gesellschafter einer Ärzte-GmbH zu sein, sondern auch Angehörigen der in § 23b Abs 1 S 1 MBO-Ä genannten Berufe. Zu den Angehörigen anderer Berufe gehören selbständig tätige zur eigenverantwortlichen Berufsausübung befugte Berufsangehörige anderer akademischer Heilberufe im Gesundheitswesen sowie andere Naturwissenschaftler und Angehörige sozialpädagogischer Berufe. Folglich können nicht nur Ärzte Gesellschafter einer Ärzte-GmbH sein. Diesen muss aber dennoch die Mehrheit der Gesellschaftsanteile und der Stimmrechte zustehen. ME dies einen sehr guten Kompromiss dar, der hier gefunden wurde und mit Sicherheit auch für Österreich zu empfehlen ist. Denn diese Bestimmungen reichen völlig aus, um reine Kapitalgeber und deren Einfluss auf die Tätigkeit der behandelnden Personen auszuschließen.

Zur Anstellung von Ärzten: In Deutschland (wenn in den einzelnen Bundesländern übernommen) kann die Ärzte-GmbH als juristische Person sowohl ihre eigenen Gesellschafter als auch andere Ärzte anstellen. Voraussetzung ist nur, dass die GmbH selbst von einem Arzt – ob Gesellschafter oder nicht – geleitet wird.

Bezüglich der Anstellung von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe gilt, dass auch diese bei der GmbH angestellt werden dürfen.

Die Übertragung von Geschäftsanteilen bzw von Gesellschafterrechten ist zulässig; diese dürfen weitergegeben bzw auch vererbt werden. Die Weitergabe darf nur an Personen erfolgen die die gleichen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen wie derjenige der den Geschäftsanteil ab- oder seine Gesellschafterrechte weitergibt. Auch diese Bestimmung ist meiner Meinung nach gut gewählt. Wenn die übernehmende Person die gleichen Voraussetzungen wie die übergabende Person erfüllt, spricht nichts gegen die Weitergabe.

Die Musterberufsordnung gibt vor, dass eine Ärztesellschaft zwingend von einem Arzt geleitet wird und die Mehrheit der Geschäftsführer aus Ärzten bestehen muss. Auch in Deutschland ist eine Fremddorganschaft von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe, aber auch eine solche anderer Dritter gestattet. Meiner Meinung nach sollte die Geschäftsführung nur Gesellschaftern, anderen Ärzten oder Angehörigen anderer Gesundheitsberufe obliegen.

Zur Berufshaftpflichtversicherung: In Deutschland ist der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung keine zusätzliche Voraussetzung, damit eine Ärzte-GmbH wirksam zu Stande kommt und durch ihre Gesellschafter bzw angestellten Ärzte praktizieren darf. Meiner Meinung nach sollte eine gesetzliche Regelung aufgenommen werden, dass eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen werden muss und für Versicherer ein Kontrahierungszwang besteht.

Zulässigkeit der Ein-Personen-GmbH: Die Musterberufsordnung der Ärzte enthält keine Vorschriften über die Ein-Personen-GmbH. Meines Erachtens ist diese erlaubt. Gerade die immer wieder auftauchenden Argumente gegen die Rechtsform der GmbH, wie z.B. kommerzielle Absichten, Weisungsgebundenheit oder Abhängigkeit können bei der Ein-Personen-GmbH nicht wirksam durchgesetzt werden. Auch für den Fall, dass eine Ein-Personen-GmbH weitere Ärzte anstellt, müssen alle behandelnden Ärzte immer eigenverantwortlich praktizieren und sind dabei weisungsfrei und unabhängig.

## **E. Zusammenfassung und Ausblick**

Die gegenständliche Untersuchung hat gezeigt, dass sowohl in Österreich als auch in Deutschland noch keine idealen gesetzlichen Bestimmungen zur Gründung und Betrieb einer Ärzte-GmbH vorliegen.

Der österreichische Gesetzgeber hat zwar die ersten Schritte gesetzt, um den oben genannten Zielsetzungen näher zu kommen, jedoch liegen noch erhebliche Ungereimtheiten vor, die erst beseitigt werden müssen um diese Ziele zu erreichen. Eine Verbesserung der Situation kann aber meines Erachtens nur mit einer umfassenden Neuregelung des Gesetzes erreicht werden.

Die Tatsache alleine, dass der Gesetzgeber im August 2010 in kürzester Zeit unter Druck des EuGH durch die Einführung bzw Änderung der §§ 52a-d in das Ärztegesetz die Gründung einer Ärztesgesellschaft in der Rechtsform der GmbH ermöglicht hat, bedeutet noch nicht, dass diese Bestimmungen sinnvoll sind und von der Ärzteschaft in Anspruch genommen werden. Die derzeit gültigen gesetzlichen Bestimmungen sind vor allem von der Angst geprägt, dass die Ausübung des ärztlichen Berufes unter der „Erlaubnis“ der Rechtsform der GmbH Einbußen erleidet.

In Deutschland wurde mit der Musterberufsordnung der Ärzte ein einheitliches Regelwerk geschaffen. Diese Bestimmungen sollten einheitlich in die Heilberufe- und Kammergesetze der Länder und folglich in die Berufsordnungen der einzelnen Ärztekammern aufgenommen werden. Meines Erachtens sollte auch darüber nachgedacht werden, einer Ärzte-GmbH die Möglichkeit zu geben – wie auch in Österreich zulässig - Kassenverträge abzuschließen.

Zusammengefasst ergibt sich für die Ärzte-GmbH sowohl in Österreich als auch in Deutschland, dass zwar grundsätzlich die Rechtsform der GmbH erlaubt, aber aus den oben angeführten Gründen nicht lukrativ ist und folglich von der Ärzteschaft nicht wirklich angenommen wird.

Vor allem in Österreich bedarf es einer erneuten Änderung des Gesetzes, wobei diese Änderung auch aus dem Blickwinkel des Gesellschaftsrechts erarbeitet werden sollte.

Meiner Meinung nach könnten überwiegend die gesetzlichen Bestimmungen des deutschen Rechts herangezogen werden, um die Ungereimtheiten in Österreich zu beseitigen.

## **Abstract**

Seit vielen Jahren wurde in Österreich die Möglichkeit der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für Ärzte gefordert. Dies vor allem, um Ärzten weitere Kooperationsformen zu ermöglichen, die Ambulanzen der Krankenhäuser zu entlasten und die Versorgung von Patienten zu verbessern. Im August 2010 ist das Bundesgesetz zur Stärkung der ambulanten öffentlichen Gesundheitsversorgung in Kraft getreten. Ärzten steht nun neben der Rechtsform der OG auch die Rechtsform der GmbH zur Verfügung.

In Deutschland hat sich der BGH bereits im Jahr 1977 mit verschiedenen Gesellschaftsformen für Ärzte befasst. Mit der Musterberufsordnung der Ärzte wurde ein einheitliches Regelwerk geschaffen. Diese Bestimmungen sollten einheitlich in die Heilberufe- und Kammergesetze der Länder und folglich in die Berufsordnungen der einzelnen Ärztekammern aufgenommen werden.

Die vorliegende Dissertation beschäftigt sich mit dem österreichischen und deutschen Rechtsvergleich der „Rahmenbedingungen einer Ärzte-GmbH“.

Eingangs werden jeweils die Entwicklungsgeschichte, Hintergründe und Gesetzesvorschläge die sowohl in Österreich als auch in Deutschland zur sogenannten „Ärzte-GmbH“ geführt haben, erörtert.

Das Hauptaugenmerk dieser Dissertation liegt auf der Erörterung der praktischen Umsetzung und Wirkungsweise der Ordinationsformen für Ärzte, im speziellen einer Ärzte-GmbH, um dadurch Rückschlüsse auf ihre Effektivität ziehen zu können.

Im Zuge des Vergleichs der österreichischen mit der deutschen Rechtsordnung, sollen Möglichkeiten für eine allfällige Optimierung der österreichischen Regelung für Ärztekoooperationen aufgezeigt werden.

## **Lebenslauf**

### **Persönliche Daten**

Mag. Yvonne Kehrer

geboren am 13. Januar 1985

österreichische Staatsbürgerin

### **Ausbildung**

Okt 2005 – Okt 2009 Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

Aug 2008 – Jan 2009 Auslandssemester an der Universität Kopenhagen/Dänemark