

S 11 R 898/12

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

SG Nürnberg (FSB)

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

11

1. Instanz

SG Nürnberg (FSB)

Aktenzeichen

S 11 R 898/12

Datum

25.05.2016

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

S 16 5132/16

Datum

28.11.2016

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen zu 1).

III. Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1), Dr. D. (M. H.), als Geschäftsführer der Klägerin seit dem 01.06.2011 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird.

Am 29.06.2011 (Schriftsatz vom 28.06.2011) übersandte die Klägerin den Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1) nebst Anlagen (Geschäftsführer-Dienstvertrag (GF-DV) des Beigeladenen zu 1) vom 27.04.2011, Satzung der Klägerin, den Vertrag über die atypisch stille Gesellschaft der Klägerin mit dem Beigeladenen zu 1) und Geschäftsordnung vom 01.06.2011) und trug insbesondere vor, dass M. H. zwar keine Geschäftsanteile der Klägerin halte, aber als atypisch stiller Gesellschafter der Klägerin eine Einlage in Höhe von 400.000,00 EUR geleistet habe, einem Gesellschafter-Geschäftsführer vergleichbar und daher kein Fremdgeschäftsführer sei. Die atypisch stille Gesellschaft der Klägerin sei am 01.01.2011 gegründet worden. M.H. sei als atypisch stiller Gesellschafter an der Gesellschaft mit 10 % am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt (siehe § 7 des Vertrags über eine atypisch stille Gesellschaft).

Am 27.06.2011 beantragte der Beigeladene zu 1) die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status und gab u. a. an, dass er bei der Klägerin bislang nur Arbeitnehmer gewesen sei, jetzt Geschäftsführer mit umfangreichen Befugnissen zur Vertretung der GmbH nach außen, Beteiligung am Unternehmen als atypisch stiller Gesellschafter und an der Organstellung.

Nach Anhörung des Beigeladenen zu 1) und der Klägerin mit Schriftsätzen vom 03.11.2011 wandten diese mit Schriftsätzen vom 28.11.2011 insbesondere ein, dass zwischen ihnen ein GF-DV abgeschlossen worden sei, was nicht auf eine abhängige Beschäftigung schließen lasse. Vielmehr werde sowohl mit Gesellschafter-Geschäftsführern als auch mit Fremdgeschäftsführern regelmäßig ein GV-DV geschlossen, in dem die beiderseitigen Rechte und Pflichten ausdrücklich verbal geregelt seien. Auch bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern sei es üblich, dass diese eine verstetigte monatliche Vergütung in gleichbleibender Höhe erhielten. Ebenso erhalte der Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer Dr. S.H. (S. H.) eine monatlich gleichbleibende Vergütung. Ebenso wenig sei es zutreffend, dass der Beigeladene zu 1) keinen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausüben könne. Insbesondere seien in § 4 des Vertrags über eine atypisch stille Gesellschaft Maßnahmen geregelt, die der Zustimmung des M. H. bedürften. Weiter könne der Beigeladene zu 1) im Rahmen des GV-DV sowie im Rahmen der Geschäftsordnung frei handeln. Ihm seien hierdurch nur wenige Einschränkungen gesetzt (siehe § 2 des GV-DV). Es sei auch nicht zutreffend, dass der Beigeladene zu 1) im Rahmen seiner Tätigkeit für die Klägerin einem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung unterliege. Vielmehr könne der Beigeladene zu 1) Art, Ort und Zeit seiner Tätigkeit für die Klägerin selbst einteilen. Er könne den ihm zugewiesenen Geschäftsbereich allein verantwortlich regeln. Nur bezüglich der in dem GV-DV ausdrücklich aufgeführten Geschäfte benötige der Beigeladene zu 1) vor Abschluss des Geschäfts die Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Der Beigeladene zu 1) könne als Geschäftsführer nicht ohne weiteres abberufen werden. Zum einen sei in § 4 Ziffer 4 ein Anhörungsrecht eingeräumt worden. Weiterhin könne das Geschäftsführer-Dienstverhältnis lediglich mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende gekündigt werden. Mit dem Beigeladenen zu 1) sei daher eine sehr lange Kündigungsfrist vereinbart worden, die seiner selbstständigen Verantwortung im Unternehmen gerecht werde. Über die Einlage in Höhe von 400.000,00 EUR nehme der Beigeladene zu 1) mit 10 % am Gewinn und Verlust der Gesellschaft teil. Sofern die Gesellschaft daher Verlust erwirtschaftete, werde dieser Verlust mit der vom Beigeladenen zu 1) geleisteten Einlage verrechnet. Sollte die Einlage aufgebraucht sein, werde auf einem Verlustkonto für den

Beigeladenen zu 1) dieser Verlust geführt. Erst wenn sowohl der Verlust als auch die Einlage wieder auf 400.000,00 EUR ausgeglichen seien, könne der Beigeladene zu 1) als atypisch stiller Gesellschafter einen Gewinn ausbezahlt erhalten (siehe § 7 des Vertrags über eine atypisch stille Gesellschaft).

Mit Bescheiden vom 12.01.2012 gegenüber dem Beigeladenen zu 1) und der Klägerin stellte die Beklagte jeweils fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Geschäftsführer bei der Klägerin seit dem 01.06.2011 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Es bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Da der Beigeladene zu 1) am Stammkapital der Klägerin nicht beteiligt sei, sei es ihm nicht möglich, die Geschicke der Klägerin maßgeblich zu beeinflussen. Weiterhin könne er aufgrund von mangelnden Vetorechten bzw. Sperrminoritäten keine Entscheidungen verhindern. Aufgrund der fehlenden Beteiligung des Beigeladenen zu 1) am Stammkapital der Klägerin habe er auch keinen Einfluss auf die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern im Rahmen von Gesellschafterversammlungen. Dem Beigeladenen zu 1) sei lediglich im Rahmen des atypisch stillen Gesellschaftsvertrags ein Anhörungsrecht eingeräumt worden. Dies sei jedoch nicht mit einer Sperrminorität vergleichbar. Im Rahmen der Gesellschafterversammlung der Klägerin besitze der Beigeladene zu 1) kein Stimmrecht. Angesichts der Zahlung fester Bezüge trage der Beigeladene zu 1) kein eine selbstständige Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerrisiko, das nur dann gegeben sei, wenn der Einsatz von Kapital oder der eigenen Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes verbunden sei. Die zusätzlich gewährte Gewinnbeteiligung in Form von Tantiemen führe zu keiner anderen Beurteilung, da diese einem Wagniskapital nicht gleichzusetzen sei, sondern Ausdruck eines - auch bei Arbeitnehmern verbreiteten - leistungsorientierten Vergütungsbestandteils sei. Zwar sei dem Beigeladenen zu 1) hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der Ausübung der Tätigkeit weitgehende Gestaltungsfreiheit belassen. Trotzdem bleibe die Arbeitsleistung fremdbestimmt, da sich der Beigeladene zu 1) in eine der Gesellschafterversammlung vorgegebene Ordnung des Betriebs eingliedere und nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschaftsbeschlüsse handeln dürfe, sodass er - selbst bei Belassung großer Freiheiten - der Überwachung durch die Gesellschafterversammlung unterliege. Dies gelte auch dann, wenn die Gesellschafter von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig keinen Gebrauch machten.

Den von der Klägerin hiergegen am 08.02.2012 eingelegten Widerspruch (Schriftsatz vom 07.02.2012) begründete sie mit Schriftsatz vom 16.03.2012 über ihr bisheriges Vorbringen hinaus insbesondere damit, dass die feste monatliche Vergütung des Beigeladenen zu 1) nicht unabhängig von der ihm zugesagten Tantieme gesehen werden könne. Über die Tantieme sei der Beigeladene zu 1) am Gewinn der Gesellschaft beteiligt. Auch sei der Beigeladene zu 1) als Geschäftsführer der Klägerin am Verlust der Gesellschaft beteiligt. Im GV-DV heiße es ausdrücklich, dass die Tantieme solange aussetze, bis der Verlustvortrag wieder voll ausgeglichen sei. Er trage daher unternehmerisches Risiko. Zudem sei der Beigeladene zu 1) auch noch am Gewinn und Verlust der atypisch stillen Gesellschaft mit 10 % beteiligt. Der Beigeladene zu 1) könne einen maßgebenden Einfluss auf die Geschicke der Klägerin ausüben. Insbesondere könne der Gegenstand der Klägerin nur mit Zustimmung des Beigeladenen zu 1) geändert werden. Auch könne das Unternehmen weder veräußert noch verpachtet werden, ohne dass hierzu die Zustimmung des Beigeladenen zu 1) vorliege. Dies betreffe sowohl Teile des Unternehmens als auch das Unternehmen im Ganzen. Auch eine vollständige oder teilweise Einstellung des Gewerbebetriebs der Klägerin bedürfe der Zustimmung des Beigeladenen zu 1), der sich auch nicht in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingliedere. Vielmehr gebe er sich selbst die Ordnung vor, innerhalb derer er seine Tätigkeit als Geschäftsführer der Klägerin erbringe. Dies gelte insbesondere für die Aufgabenbereiche, die ausschließlich ihm durch die Geschäftsordnung vom 01.06.2011 zugewiesen seien.

Mit Widerspruchsbescheid vom 02.07.2012 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin insbesondere mit der Begründung zurück, dass das Bundessozialgericht (BSG) in seinem Urteil vom 22.08.1973 ([12 RK 24/72](#)) dargelegt habe, dass allein aus der weisungsfreien Ausführung einer fremdbestimmten Arbeit nicht auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden könne, da der Fremdgeschäftsführer in einer nicht von ihm selbst vorgegebenen Ordnung des Betriebs eingegliedert sei und auch nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterbeschlüsse handeln dürfe, sodass er - selbst bei Belassung großer Freiheiten - der Überwachung durch die Gesellschafter unterliege (vgl. [§ 46 Nr. 6 GmbHG](#)). Dies gelte auch dann, wenn die Gesellschafter von ihrer Überwachungsbefugnis regelmäßig keinen Gebrauch machten. Die Weisungsgebundenheit des Fremdgeschäftsführers verfeinere sich dabei - wie bei Diensten höherer Art üblich - zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess. Dem stehe nicht entgegen, dass Fremdgeschäftsführer - gegenüber sonstigen Arbeitnehmern - Funktionen eines Arbeitgebers wahrnehmen, denn auch wer selbst Arbeitgeberfunktionen ausübe, könne seinerseits - als leitender Angestellter - bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (vgl. BSG, Urteil vom 13.12.1960 - [3 RK 2/56](#) - [BSGE 13, 196](#)). Ein unternehmerisches Risiko werde für den Beigeladenen zu 1) auch nicht dadurch begründet, dass er als stiller Gesellschafter an der GmbH beteiligt sei. Nach BSG (Urteil vom 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#)) seien Fremdgeschäftsführer, die nur im Rahmen der Gesellschafterbeschlüsse handeln dürften und insoweit der Prüfung und Überwachung des durch die Gesellschafterversammlung eingesetzten Beirats unterlägen, abhängig Beschäftigte der GmbH. Durch Gesellschafterbeschluss jederzeit zulässige Änderungen des Anstellungsvertrages, die in Bezug auf die Ausgestaltung der Tätigkeit auch zu Ungunsten des Beigeladenen zu 1) ausfallen könnten, könne dieser nicht verhindern.

Hiergegen hat die Klägerin zum Sozialgericht N. (SG) am 20.07.2012 Klage erhoben und zur Klagebegründung über ihr bisheriges Vorbringen hinaus mit Schriftsätzen vom 19.09.2012, 13.11.2014, 18.02.2015 und 02.07.2015 insbesondere vorgetragen, dass der Beigeladene zu 1) als stiller Gesellschafter ein Widerspruchsrecht analog [§ 164 HGB](#) habe (siehe § 4 Nr. 3 des Vertrags über die atypisch stille Gesellschaft). Damit würden die Rechte des atypisch stillen Gesellschafters ausdrücklich denen eines Kommanditisten gleichgestellt. Im GV-DV sei als wichtiger Grund für eine Kündigung lediglich vorgesehen, dass der Beigeladene zu 1) als atypisch stiller Gesellschafter ausscheide, ohne unmittelbar im Anschluss daran GmbH-Anteile zu erwerben. Gleichzeitig regle § 8 des GV-DV auch, dass ein wichtiger Grund für die Beendigung des Geschäftsführer-Dienstverhältnisses vorliege, wenn er als GmbH-Gesellschafter ausscheide. Auch diese beiden Regelungen in § 8 Absätze 2 und 3 des GV-DV zeigten, dass hier die Stellung des atypischen stillen Gesellschafters mit der des GmbH-Gesellschafters regelungsidentisch sei. Die Einlage in Höhe von 400.000,00 EUR sei wesentlich höher als das für eine GmbH notwendige Stammkapital. Er hafte ausdrücklich wie ein Kommanditist. Da er bis zur Höhe seiner Einlage in Höhe von 400.000,00 EUR hafte, trage er ein Unternehmerrisiko in Höhe von mindestens 400.000,00 EUR insofern, dass er evtl. keine Gewinne erziele, sondern seine Einlage in Höhe von 400.000,00 EUR aufgezehrt werde.

Das Urteil des BSG vom 24.01.2007 ([B 12 KR 31/06 R](#)) könne auf den vorliegenden Sachverhalt nicht angewendet werden. Dieses Urteil beschäftige sich mit einer Niederlassungsleiterin aufgrund eines Anstellungsvertrags, die zusätzlich als stille Gesellschafterin an der Gesellschaft beteiligt sei, aber an der Geschäftsführung der Gesellschaft im Übrigen keinerlei Kompetenzen habe und daher den Weisungen der Geschäftsführer als Angestellte unterstellt sei. Hingegen sei der Beigeladene zu 1) Geschäftsführer der Klägerin und zudem über seine

Stellung als atypisch stiller Gesellschafter mit einer Sperrminorität (§ 4 Ziffer 2 a bis c des Vertrags über die atypisch stille Gesellschaft) ausgestattet. Auch die von der Beklagten angeführten BSG Urteile vom 29.08.2012 seien nicht einschlägig. In beiden Fällen seien die Kinder eines Gesellschafters in der Firma tätig gewesen. Den Kindern seien jeweils Leitungsfunktionen übertragen worden, ohne dass sie an der Gesellschaft beteiligt oder ihnen Geschäftsführertätigkeiten übertragen worden seien.

Überdies sei dem Nachtrag vom 07.09.2000 zum GV-DV zu entnehmen, dass die Klägerin auch mit dem Mehrheitsgesellschafter S. H. bezüglich der Geschäftsführertätigkeit einen GV-DV geschlossen habe. Dieser enthalte im Wesentlichen die gleichen Rechte und Pflichten wie der mit dem Beigeladenen zu 1) und zeige, dass diese gleichberechtigt nebeneinander tätig seien, jeder jeweils in dem von ihm nach der Geschäftsordnung zu verantwortenden Geschäftsbereich.

Ferner sei die Klägerin vom Beigeladenen zu 1) wirtschaftlich abhängig. Dies beruhe insbesondere darauf, dass der Beigeladene zu 1) aufgrund seiner atypischen stillen Beteiligung in Höhe von 400.000,00 EUR am Eigenkapital der Klägerin maßgebend beteiligt sei. Dadurch und durch die konkrete Ausgestaltung des Vertrags über die atypische stille Gesellschaft sowie des GV-DV habe der Beigeladene zu 1) maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Klägerin. In seinem nach der Geschäftsordnung zugewiesenen Geschäftsbereich sei er maßgeblich für den Vertrieb und damit für den geschäftlichen Erfolg der Klägerin zuständig. Entziehe der Beigeladene zu 1) der Klägerin seine Einlage durch Kündigung der stillen Gesellschaft und durch Auseinandersetzung der atypisch stillen Gesellschaft, habe die Klägerin den Beigeladenen zu 1) nach § 16 des Vertrags über eine atypische stille Gesellschaft abzufinden und das Abfindungsguthaben entsprechend den Vorgaben des § 17 des Vertrags über eine atypische stille Gesellschaft auszubezahlen. Bei einem derzeitigen Ausscheiden habe der Beigeladene zu 1) neben der Einlage in Höhe von 400.000,00 EUR einen Abfindungsanspruch aus den stillen Reserven der Klägerin in Höhe von ca. 1 Million bis 1,5 Million, sodass das Abfindungsguthaben bestehend aus Einlage und Beteiligung an den stillen Reserven derzeit überschlägig ca. zwischen 1.400.000,00 bis 1.900.000,00 EUR betragen würde (siehe Schreiben der Wirtschaftsprüferin Köhnlein vom 01.07.2015, Anlage K3). Darüber hinaus sei der Beigeladene zu 1) bei der Klägerin als Geschäftsführer für die Geschäftsbereiche Vertrieb, Konstruktion und Auftragslogistik sowie seit 01.01.2015 auch für die Geschäftsbereiche Elektrotechnik, Beschaffung (vormals als Fertigung bezeichnet) und Personal, die bisher im Zuständigkeitsbereich von S. H. gelegen hätten, allein verantwortlich. Im Bereich Vertrieb verfüge somit von den Geschäftsführern ausschließlich der Beigeladene zu 1) über die für den Geschäftserfolg der Klägerin erforderlichen Kundenbeziehungen und das Wissen über die Besonderheiten, d.h. das know-how zu den einzelnen Kunden. Durch ein Ausscheiden des Beigeladenen zu 1) würde ein wesentlicher Teil des Geschäfts für die Klägerin verloren gehen, der nicht ohne weiteres auszugleichen wäre.

Die Klägerin beantragt (Schriftsatz vom 18.11.2015),

1. den Bescheid der Beklagten vom 12.01.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.07.2012 aufzuheben und 2. festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) in keinem abhängigen Beschäftigungsverhältnis bei der Klägerin beschäftigt ist.

Die Beklagte beantragt (Schriftsatz vom 01.08.2012),

die Klage abzuweisen.

Zur Klageerwiderung trägt die Beklagte mit Schriftsätzen vom 13.08.2014, 01.12.2014 und 01.04.2015 insbesondere Folgendes vor:

Die vertraglichen Regelungen des GV-DV vom 27.04.2011 seien hier für die Beurteilung maßgebend. Es fehle an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen rechtlich nicht ernst gemeint gewesen seien ([§ 118 Bürgerliches Gesetzbuch -BGB-](#)) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts ([§ 117 BGB](#)) abgegeben worden wären. Eine formlose Abbedingung der entsprechenden Abreden des schriftlichen Anstellungsvertrags durch schlüssiges Verhalten sei schon nach dem ausdrücklich bekundeten Willen der Vertragsparteien ausgeschlossen, da sich die vertraglichen Vereinbarungen erschöpfend aus diesem Vertrag und seinen etwaigen schriftlichen Anlagen ergäben, Vertragsänderungen der Schriftform bedürften und eine Befreiung von der Schriftform durch mündliche Vereinbarung unwirksam sei.

Der Beigeladene zu 1) verfüge nicht einmal laut Vertrag über die stille Gesellschaft über eine umfassende Sperrminorität, weil nur bestimmte Rechtsgeschäfte der Zustimmung bedürften und sogar die eigene Abberufung als Geschäftsführer nicht verhindert werden könne (nur Anhörung). Zudem habe der Beigeladene zu 1) kein Unternehmerrisiko, weil er kein Verlustrisiko habe. Der Beigeladene zu 1) müsse seine Vergütung im Falle des Verlustes nicht zurückzahlen (keine Nachschusspflicht). Als stiller Gesellschafter sei der Beigeladene zu 1) nicht etwa seinerseits in der Lage, seinen Bindungen aus dem GV-DV vom 27.04.2011 durch Berufung auf die rechtlichen Verpflichtungen seiner Arbeitgeberin aus dem Vertrag über eine stille Gesellschaft zu entgehen. In rechtlicher Hinsicht trete allein der Geschäftsinhaber als Träger des Unternehmens in Erscheinung, sodass eine Außenhaftung der stillen Gesellschafter ausgeschlossen sei. Als Innengesellschaft sei die (typische) stille Gesellschaft in erster Linie Schuldverhältnis mit dem Einlageverhältnis als zentral vermögensrechtlichem Aspekt. Auch die Erweiterung der Zustimmungsgrenze betreffe - nicht anders als die ursprünglich im Anstellungsvertrag vereinbarte Grenze - allein von der GmbH als Arbeitgeberin gegenüber Dritten eingeräumte Befugnisse. Sie ermächtige dagegen nicht etwa dazu, umgekehrt im Innenverhältnis die GmbH an Entscheidungen des Beigeladenen zu 1) zu binden. Dies zeige sich auch darin, dass es innerhalb wie außerhalb der Zustimmungsgrenzen der GmbH völlig unbenommen bleibe, selbst Personal einzustellen und zu entlassen. Der Beigeladene zu 1) sei zwar zur Vertretung der Klägerin berechtigt, aber halte nicht als Gesellschafter Anteile an ihrem Stammkapital und sei somit rechtlich nicht in der Lage, höchstpersönlich darüber zu bestimmen, in welchem Umfang die Gesellschafterversammlung der Klägerin ihre Rechtsmacht gebrauche, ihm Weisungen zu erteilen. Trotz seiner Kontroll-, Mitsprache- und Gewinnbezugsrechte aufgrund der atypischen stillen Gesellschaft sei der Beigeladene zu 1) somit weiterhin gehindert, seine Geschäftsführertätigkeit in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort sowie Art und Weise im Wesentlichen frei zu gestalten, weil weiterhin die Rechtsmacht der Gesellschafterversammlung der Klägerin existiere, über die für sie ausgeübte Geschäftsführertätigkeit des Beigeladenen zu 1) zu bestimmen (siehe BSG, Urteile vom 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#) und [B 12 R 14/10 R](#)). In seiner Tätigkeit unterscheide sich der Beigeladene zu 1) nicht von leitenden Angestellten anderer Unternehmen, die Geschäfte von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite tätigten. Er hebe sich zwar aus dem Kreis der übrigen Betriebsangehörigen dadurch heraus, dass das Beschäftigungsverhältnis im Geschäftsalltag freier gestaltet sei, weil er Geschäftsführer der GmbH sei. Aber trotz der größeren Freiheiten sei er an die Weisungen der Gesellschafterversammlung des klägerischen Unternehmens gebunden.

Der Annahme von Sozialversicherungspflicht beim Beigeladenen zu 1) stehe die einkommenssteuerrechtliche Betrachtungsweise nicht

entgegen. Möge der Beigeladene zu 1) im Hinblick auf seine einem Kommanditisten angenäherten Kontrollbefugnisse aus [§ 716 BGB](#), die der BFH für eine Stellung als Mitunternehmer als ausreichend erachte (vgl. BFH vom 22.08.2002, IV R 66/01, [BFH/NV 2003, 36](#)), als selbstständig angesehen und unabhängig vom konkreten Zahlungsfluss auch die von der GmbH für die Geschäftsführung in der GmbH still gezahlten Vergütungen als Einkünfte aus Gewerbebetrieb i. S. von [§ 15 Abs. 1 Nr. 2](#), 2. HS EStG angesehen werden (BFH, a. a. O., Rn. 16 ff), ergäben sich hieraus für das Sozialversicherungsrecht dennoch keine weitergehenden Schlussfolgerungen. Abgesehen davon, dass die sozialversicherungsrechtliche Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich unabhängig von der Entscheidung der Finanzbehörden zu treffen sei (siehe bereits BSG vom 05.04.1956, [3 RK 65/55](#), [BSGE 3, 30](#), 41), handele es sich nämlich bei [§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG](#) um eine allein durch Besonderheiten des dortigen Regelungsgegenstandes bedingte und auf sonstige Rechtsgebiete nicht übertragbare Sonderregelung. Die Vorschrift beruhe nach der Rechtsprechung darauf, dass die Personengesellschaft einkommenssteuerrechtlich kein Steuersubjekt sei und deshalb die einzelnen Mitunternehmer als Steuersubjekte die auf sie entfallenden Gewinnanteile als Einkünfte zu versteuern hätten. Sie kläre abweichend vom bürgerlichen Recht das Verhältnis der Personengesellschaft zu ihren Gesellschaftern, die der Gesellschaft Dienste leisteten (oder Wirtschaftsgüter überließen) dahin, dass grundsätzlich alles, was die Gesellschafter für ihre Leistungen bezögen, im Rahmen ihres Gewerbebetriebs anfalle und deshalb zu den Gewinnanteilen gehöre (so BFH, Urteil vom 14.01.1958, [I 159/57 U](#), [BFHE 66, 193](#), [BStBl III 1958, 75](#)).

Das Gericht hat die Akten der Beklagten beigezogen. Zur Ergänzung des Sachverhaltes wird auf den Inhalt der beigezogenen Akten und der Gerichtsakte verwiesen.

Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) erteilt (Schriftsätze der Beigeladenen zu 2) und zu 3) vom 05.11.2015, der Beklagten vom 06.11.2015, der Beigeladenen zu 4) vom 10.11.2015, der Klägerin vom 18.11.2015 und des Beigeladenen zu 1) vom 08.02.2016).

Entscheidungsgründe:

Das Gericht durfte ohne mündliche Verhandlung gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) entscheiden, denn die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) erklärt (Schriftsätze vom 05.11.2015, 06.11.2015, 10.11.2015, 18.11.2015 und vom 08.02.2016).

Die form- und fristgerecht erhobene kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage (§§ 54 Abs. 1 Satz 1 1. HS, [55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#)) ist auch im Übrigen zulässig.

Die Klage ist jedoch nicht begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 12.01.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.07.2012 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten ([§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#)). Denn der Beigeladene zu 1) übt seine Tätigkeit als Geschäftsführer für die Klägerin seit dem 01.06.2011 als abhängig Beschäftigter im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) aus.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) (seit dem 01.01.1999 [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts -BSG- setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (st. Rspr., BSG, Urteil vom 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#); BSG, Urteil vom 25.04.2012, [B 12 KR 24/10 R](#); BSG, Urteil vom 11.03.2009, [B 12 KR 21/07 R](#); BSG, Urteil vom 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#); BVerfG, Beschluss vom 20.05.1996, [1 BvR 21/96](#)).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu Urteil des BSG vom 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#)).

Eine dem Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH vergleichbare Position liegt weder gegenüber der Klägerin noch gegenüber der vom Beigeladenen zu 1) mit der Klägerin gegründeten atypischen stillen Gesellschaft vor. Denn der Beigeladene zu 1) ist weder am Stammkapital der GmbH beteiligt noch kann er sich auf eine Sperrminorität berufen, d.h. er kann nicht genehme Weisungen hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeit sowie seine Abberufung als Geschäftsführer nicht verhindern. Darüber hinaus ist die Klägerin auch nicht wirtschaftlich derart vom Beigeladenen zu 1) abhängig, dass sein Ausscheiden die Klägerin zur Geschäftsaufgabe zwingen würde. Vielmehr war der Beigeladene zu 1) von der Klägerin seit Ausübung der Tätigkeit als Geschäftsführer (01.06.2011) persönlich abhängig und damit abhängig beschäftigt im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#).

Die im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) rechtlich relevanten Beziehungen der Klägerin und des Beigeladenen zu 1) bestimmen sich im streitigen Zeitraum seit dem 01.06.2011 nach dem "GF-DV" und dem "Vertrag über eine atypisch stille Gesellschaft". Das hierdurch begründete Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) erlaubt unter Zugrundelegung des GF-DV eine uneingeschränkte Zuordnung zum Typus der abhängigen entgeltlichen Beschäftigung: Der Beigeladene zu 1) erhält eine durch Vereinbarung mit der Geschäftsführung festgelegte und damit von der Ertragslage unabhängige feste Vergütung, nämlich ein monatlich nachträglich zahlbares Bruttogehalt in Höhe von 13.000,00 EUR (siehe [§ 3 Satz 1 Buchst. a. des GV-DV](#)). Eine Verpflichtung, die Vergütung im Fall des Verlustes zurückzuzahlen, besteht nicht. Insofern trägt der Beigeladene zu 1) kein Unternehmerrisiko, das vielmehr nur dann gegeben ist, wenn der Einsatz von Kapital oder der eigenen Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes verbunden ist, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. BSG, Urteil vom 18.11. 2015, [B 12 KR 16/13 R](#); BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#) S. 36 m.w.N.; BSG, Urteil vom 25.01.2001, [B 12 KR 17/00](#), R = [SozVers 2001, 329](#), 332; BSG, Urteil vom 28.05.2008, [B 12 KR 13/07](#), Juris Rn. 25 f.). Weder kann der (Arbeits-) Einsatz des Beigeladenen zu 1) dem Wagniskapital eines Unternehmers gleichgesetzt werden (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr.](#)

18) noch die dem Beigeladenen zu 1) zustehende Tantieme in Höhe von 2,5 % des Reingewinns des Unternehmens, maximal jedoch brutto 25.000,00 EUR jährlich. Dabei setzt die Tantieme -im Falle, dass das Unternehmen Verluste erwirtschaftet- so lange aus, bis der Verlustvortrag wieder voll ausgeglichen ist. Die Gewinnbeteiligung in Form von Tantiemen ist jedoch nicht mit Wagniskapital gleichzusetzen, sondern nach der zutreffenden Rechtsprechung des BSG Ausdruck eines -auch bei Arbeitnehmern verbreiteten- leistungsorientierten Vergütungsbestandteils (BSG, Urteil vom 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), juris Rn. 16). Die Gefahr, die Arbeitskraft ohne Gegenleistung einzusetzen, bestand und besteht für den Beigeladenen zu 1) nicht. Dass der Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer S.H. ebenfalls monatlich eine gleichbleibende Vergütung erhält, spricht nicht gegen eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin. Denn die Selbständigkeit des S.H. ergibt sich bereits aus seiner Stellung als Mehrheits-Gesellschafter, der letztlich die Rechtsmacht hat, die Vergütung, die er für seine Geschäftsführertätigkeit erhält, festzulegen. Der Beigeladene zu 1) ist ausschließlich in den Betriebsräumen der Klägerin und mit den dortigen Betriebsmitteln tätig geworden, so dass er auch insoweit kein Unternehmerrisiko trägt.

Arbeitnehmertypisch bzw. beschäftigtentypisch sind im vorliegenden Fall auch der vertraglich vereinbarte Zuschuss zur Kranken- und Pflegeversicherung in Höhe des gesetzlichen Arbeitgeberzuschusses zur Kranken- und Pflegeversicherung, maximal jedoch in Höhe eines halben Monatsbeitrages (§ 3 Satz 1 Buchst. d. des GF-DV), die Weiterzahlung von Gehalt im Krankheitsfall sechs Wochen ab dem Eintritt der Erkrankung (soweit das von der Krankenversicherung bezahlte Tagegeld niedriger ist als das Nettoentgelt, wird die Differenz für die Dauer von einem Jahr vom Arbeitgeber bezahlt) (Buchst. e.), das "Zur-Verfügung-Stellen" eines Dienstfahrzeuges der Mittelklasse -auch für private Zwecke-, wobei der Geschäftsführer zur Führung eines Nachweises über die gefahrenen Kilometer verpflichtet ist (Buchst. f.), die pauschale Abgeltung der Vergütung von Mehrarbeit sowie Wochenend- und Feiertagszuschlägen mit der Gewährung der vereinbarten Vergütungen (Buchst. g.), der Anspruch auf Auslagenersatz für Fahrtkosten und Spesen bei Geschäftsreisen nach den jeweiligen steuerlichen Höchstbeträgen (§ 4 Satz 1), die Leistung einer betrieblichen Altersversorgung spätestens drei Jahre nach Beginn dieses Vertragsverhältnisses (§ 5), der Anspruch auf Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen kalenderjährlich (§ 6), die Zustimmungspflicht für jede entgeltliche oder das Dienstverhältnis beeinträchtigende Nebenbeschäftigung während der Dauer des Dienstverhältnisses (§ 7) sowie letztlich auch das Ende des Vertragsverhältnisses mit Ablauf des Monats, in dem der Geschäftsführer das 65. Lebensjahr vollendet hat, somit mit Erreichen der regulären Altersgrenze (§ 8).

Demgegenüber vermögen die vertraglichen Regelungen einer Kündigung (§ 8 Absätze 2 und 3 des GF-DV) eine selbständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin seit 01.06.2011 nicht zu begründen. Nach § 8 Abs. 2 Satz 2 liegt ein wichtiger Grund für das Unternehmen insbesondere dann vor, wenn der Geschäftsführer die zwischen ihm und dem Unternehmen bestehende atypisch stille Beteiligung kündigt, ohne unmittelbar im Anschluss daran Gesellschafter der GmbH durch Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen zu werden. Nach Abs. 3 dieser Vorschrift endet das Dienstverhältnis außerdem, wenn der Geschäftsführer -nachdem er zwischenzeitlich Gesellschafter der GmbH geworden ist- als Gesellschafter aus der GmbH ausscheidet. In diesem Fall endet das Dienstverhältnis mit dem Tag des Ausscheidens aus der Gesellschaft (Satz 2). Abgesehen davon, dass die bereits zitierten arbeitnehmertypischen vertraglichen Vereinbarungen dem GF-DV das Gepräge geben, ist nicht ersichtlich, weshalb die beispielhafte Festlegung eines "wichtigen Grundes" für eine fristlose Kündigung zwingend für eine selbständige Tätigkeit sprechen soll. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Regelungen in den Absätzen 2 und 3 den "wichtigen Grund" nicht abschließend festlegen, was sich aus der Formulierung "insbesondere" (Satz 2 des Abs. 2) ergibt. Auch die Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Jahresende im Falle einer ordentlichen Kündigung (Abs. 1 Satz 2) spricht gerade im Hinblick auf die kurzen Kündigungsfristen bei Dienstverhältnissen gemäß [§ 621 Nr. 3 BGB](#) (spätestens am 15. eines Monats für den Schluss des Kalendermonats, wenn die Vergütung nach Monaten bemessen ist) sowie im Hinblick darauf, dass der Beigeladene zu 1) vor seiner Tätigkeit als Geschäftsführer bei der Klägerin Arbeitnehmer war, für eine arbeitnehmertypische Kündigungsfrist.

Anhaltspunkte dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen im GF-DV rechtlich nicht ernst gemeint ([§ 118](#) Bürgerliches Gesetzbuch - BGB-) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäftes ([§ 117 BGB](#)) abgegeben worden wären, sind nicht ersichtlich. Bei den vorgenannten vertraglichen Regelungen handelt es sich ganz überwiegend um solche, die typischerweise Inhalt eines Arbeitsvertrages sind. Auf die Bezeichnung als "GF-DV" kommt es hingegen nicht an. Zwar ist der Klägerin zuzugeben, dass dem Beigeladenen zu 1) hinsichtlich Arbeitszeit und Ausübung der Tätigkeit eine weitgehende Gestaltungsfreiheit belassen wird. Dennoch bleibt seine Arbeitsleistung fremdbestimmt, weil sie sich in eine der Gesellschafterversammlung vorgegebene Ordnung des Betriebes eingliedert. Die Weisungsgebundenheit verfeinert sich -wie bei Diensten höherer Art üblich- zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess (vgl. BSG, Urteile vom 29.03.1962 [[3 RK 74/75](#)] und 29.08.1963 [[3 RK 86/59](#)]). Die Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in eine nicht von ihm selbst vorgegebene Ordnung des Betriebs ergibt sich daraus, dass er nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und der Gesellschaftsbeschlüsse handeln darf, so dass er letztlich der Überwachung durch die Gesellschafterversammlung unterliegt ([§ 46 Nr. 6 GmbHG](#)). Während seiner Tätigkeit seit 01.06.2011 ist der Beigeladene zu 1) vollständig in den Betrieb eingegliedert, d.h. in eine ihm einseitig vorgegebene Organisation (vgl. BSG, Urteil vom 04.06.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 17](#) m.w.N.). Der Beigeladene zu 1) ist als Geschäftsführer der Klägerin dabei weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der Klägerin Arbeitgeberfunktionen ausübt. Dies steht seiner Eingliederung nicht entgegen. Denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten in persönlicher Abhängigkeit beschäftigt sein.

Maßgebend für die rechtliche Beurteilung, ob die Tätigkeit eines Geschäftsführers einer GmbH im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses oder als selbständige Tätigkeit ausgeübt wird, ist vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, d.h. in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter (BSG, Urteil vom 06.03.2003, [B 11 AL 25/02 R](#), [SozR 4-2400, § 7 Nr. 1](#) m.w.N.). Insoweit ist -wie auch im vorliegenden Fall- von besonderer Bedeutung, ob ein Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist und aufgrund seiner Gesellschafterstellung maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der GmbH hat und damit Beschlüsse und Einzelweisungen an sich jederzeit verhindern kann (BSG, Urteil vom 08.08.1990, [11 RA 77/89](#), [SozR 3/2400, § 7 Nr. 4](#)). Ist dies der Fall, ist ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen, weil der Geschäftsführer mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann (BSG, Urteil vom 06.02.1992, [7 RA 134/90](#), [SozR 3-4100, § 104 Nr. 8](#)). Dem Beigeladenen zu 1) steht nicht etwa -wie dem Mehrheitsgesellschafter der Klägerin- oder auf sonstige Weise unmittelbar oder mittelbar ein maßgeblicher Einfluss auf die interne Willensbildung der Arbeitgeberin zu, der es ihm erlauben würde, Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit zu verhindern oder sonst die Geschäftstätigkeit der Klägerin ganz oder teilweise zu bestimmen (BSG, Urteil vom 08.08.1990, [11 RA 77/89](#)). Dabei ist es rechtlich unerheblich, ob die Klägerin das Weisungsrecht gegenüber dem Beigeladenen zu 1) tatsächlich ausgeübt hat (siehe BSG Urteil vom 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#); LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 24.02.2010, [L 5 KR 3/09](#), juris Rn. 28). Eine Parallelität gesellschafts- und arbeitsrechtlicher bzw. sozialversicherungsrechtlich relevanter Beziehungen liegt insofern von vorneherein nicht vor (s. BSG, Urteil vom 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), juris Rn. 21). Eine von (arbeits-) vertraglichen Vereinbarungen

abweichende Stellung als (Mit-) Unternehmer kommt nur in Betracht, wenn die Umstände dem Betreffenden tatsächlich eine rechtliche oder wirtschaftliche Machtposition verleihen, die ihn in die Lage versetzt, im hypothetischen Fall eines Dissenses Weisungen abweichend von den vereinbarten Weisungskompetenzen zu unterbinden oder dem formal Weisungsberechtigten den eigenen Willen aufzuzwingen (so zu Recht auch SG Dresden, Urteil vom 28.04.2010, [S 18 KR 602/07](#), Juris Rn. 53; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 11.06.2014, [L 8 R 939/13](#) und vom 02.04.2014, [L 8 R 530/13](#), Rn. 111, 116). Der maßgebliche Einfluss muss auf der Ebene des Unternehmensträgers bestehen, nicht nur auf der innerbetrieblichen Ebene. Auch soweit dem Beigeladenen zu 1) Vertretungsmacht insbesondere gegenüber Mitarbeitern und Mandanten der Klägerin eingeräumt ist, ist diese im Innenverhältnis stets durch das arbeitsrechtliche Grundverhältnis bestimmt und nicht etwa Zeichen einer selbständigen Stellung auch gegenüber der Klägerin.

Eine Bewertung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin als selbständige ist auch nicht damit begründbar, dass der Beigeladene zu 1) gemäß dem Vertrag über eine atypische stille Gesellschaft seit 01.01.2011 stiller Gesellschafter der Klägerin ist. Denn er ist als stiller Gesellschafter nicht seinerseits in der Lage, seinen Bindungen aus dem GV-DV vom 27.04.2011 durch Berufung auf die rechtlichen Verpflichtungen seiner Arbeitgeberin aus dem Vertrag über eine atypische stille Gesellschaft zu entgehen, insbesondere nicht in der Lage, seine Abberufung als Geschäftsführer zu verhindern. Bezüglich der Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern der Klägerin ist dem Beigeladenen zu 1) in seiner Eigenschaft als stiller Gesellschafter lediglich ein Anhörungsrecht nach § 4 Ziffer 4 des Vertrags über eine atypisch stille Gesellschaft eingeräumt worden.

Dass die Klägerin, die nach § 13 Abs. 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) als Handelsgesellschaft im Sinne des HGB gilt und daher kraft Eintragung (Form-) Kaufmann ist ([§§ 7 ff. GmbHG](#), [§ 5 HGB](#)), dem Beigeladenen zu 1) in Höhe von 10 v.H. eine atypisch stille Beteiligung eingeräumt hat, d.h. ihn mit 10 % am Gewinn und Verlust der atypisch stillen Gesellschaft beteiligt hat (§ 7 Ziffer 1 des Vertrags über eine atypisch stille Gesellschaft), ist für die rechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Geschäftsführer bei der Klägerin ohne rechtliche Relevanz. Der Beigeladene zu 1) ist auf diese Weise nämlich lediglich rechtlich zulässig teilweise am Unternehmensvermögen der Klägerin sowie am Unternehmensgewinn beteiligt (s. Schmidt in Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 3, 3. Aufl. München 2012, § 230 Rn. 169). Zusammen mit der Klägerin ist er dem Betrieb des Unternehmens als gemeinsamem Zweck verpflichtet, so dass die Merkmale einer stillen Gesellschaft im Sinne von [§ 230 ff. HGB](#) vollständig erfüllt sind (vgl. hierzu Schmidt, a.a.O., Rn. 3). Die gesetzlich nicht definierte und nur rudimentär geregelte stille Gesellschaft ist (Personen-) Gesellschaft im Sinne von [§ 705 BGB](#) und bildet als klassischer Fall einer Innengesellschaft als solche weder ein Gesellschaftsvermögen noch ist sie rechtsfähig/partheifähig noch kann sie vertreten werden (Schmidt, a.a.O., Rn. 7, 8). Der Beigeladene zu 1) war als stiller Gesellschafter keinem echten unternehmerischen Risiko ausgesetzt, weil zwar eine Beteiligung am Verlust vereinbart war (nach § 7 Ziffer 1 Beteiligung des stillen Gesellschafters mit 10 % am Gewinn und Verlust), dieses Risiko jedoch limitiert war. Dies ergibt sich aus Ziffer 3 des § 7, die lautet: "Der stille Gesellschafter haftet wie ein Kommanditist nur bis zur Höhe seiner Einlage. Verluste, die die Einlage übersteigen, sind auf einem besonderen Verlustkonto auszuweisen. Eine Verbindlichkeit des stillen Gesellschafters wird dadurch nicht begründet. Gewinnausschüttungen kann der stille Gesellschafter erst nach Ausgleich des Verlustkontos und Auffüllung der Einlage verlangen. Eine Nachschusspflicht besteht nicht." Danach ist der Beigeladene zu 1) eindeutig keinem unternehmerischen Risiko ausgesetzt, weil eine Haftung auf die Höhe seiner Einlage limitiert ist (siehe hierzu auch BayLSG, Urteil vom 11.08.2009, [L 5 R 958/08](#), Juris Rn. 21) und er nicht im Rahmen einer Außenhaftung verpflichtet wird. Über die Einlage hinausgehende Verluste sind lediglich für die Gewinnausschüttungen von Relevanz. Der Verlustausgleich findet somit nur im Innenverhältnis statt. Zu Recht weist auch das SG Dresden (a.a.O., Juris Rn. 71) darauf hin, dass derjenige, der als bloßer Innengesellschafter den Vorteil in Anspruch nimmt, nach außen kein Unternehmerrisiko zu tragen, sich auch im Außenverhältnis gegenüber den Sozialversicherungsträgern am Status als abhängig Beschäftigter festhalten lassen muss.

Soweit dem Beigeladenen zu 1) eine Gewinnbeteiligung an der stillen Gesellschaft eingeräumt ist, hätte dies allenfalls im Kontext sonst für eine selbständige Stellung sprechender Umstände von Belang sein können (vgl. BSG, Urteil vom 24.01.2007, [a.a.O.](#); vom 15.06.2000, [B 12 RJ 4/99 R](#), SozR 3-2600, § 2 Nr. 4).

Zudem fehlt es beim Beigeladenen zu 1) an dem für eine selbständige Tätigkeit typischen Auftreten am Markt, am Abschluss von Geschäften im eigenen Namen, eigener Werbung für eigene Zwecke und am Einsatz eigener Betriebsmittel (siehe hierzu BayLSG, a.a.O., Juris Rn. 21). Der hier von der atypischen stillen Gesellschaft verfolgte Zweck kann nur in der Verfolgung eines dem Grunde und dem Umfang nach von der Klägerin vorgegebenen übergreifenden Zwecks liegen. Dementsprechend steht die Geschäftsführung nach § 4 des Vertrags über eine atypisch stille Gesellschaft allein der Inhaberin zu (Ziffer 1). Somit tritt in rechtlicher Hinsicht allein die Klägerin als Trägerin des Unternehmens in Erscheinung, so dass eine Außenhaftung des Beigeladenen zu 1) als stiller Gesellschafter ausgeschlossen ist (Schmidt, a.a.O., Rn. 13). Als Innengesellschaft ist die stille Gesellschaft in erster Linie Schuldverhältnis mit dem Einlageverhältnis als zentralem vermögensrechtlichen Aspekt (Schmidt, a.a.O., Rn. 17).

Zwar können stille Gesellschaften -jeweils unter Wahrung der Mindestvoraussetzungen der stillen Gesellschaft- im Innenverhältnis zu einer den Handelsgesellschaften angenäherten Organisation führen und insofern sogar die Rollenverteilung zwischen dem "stillen" und dem Geschäftsinhaber umkehren (s. hierzu Schmidt, a.a.O., Rn. 73, 77; BSG, Urteil vom 24.01.2007, [a.a.O.](#), Rn. 23). Im vorliegenden Fall darf die Stellung des Beigeladenen zu 1) als stiller Gesellschafter jedoch nicht ohne den Kontext des GV-DV betrachtet werden. Vielmehr stellt sich die gesellschaftsrechtliche Position des Beigeladenen zu 1) letztlich als Abrundung seiner "dienstvertraglichen" Rechte, die arbeitnehmertypisch sind und in deren Rahmen dar (vgl. zu diesem Aspekt Schmidt, a.a.O., Rn. 78).

Der Einwand der Klägerin, in § 4 des "Vertrags über die atypisch stille Gesellschaft" fänden sich Maßnahmen, die nur mit Zustimmung des Beigeladenen zu 1) vorgenommen werden könnten, so dass dieser einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft habe, ist unbegründet. Nach § 4 Ziffer 2 Satz 1 des Vertrags über die atypisch stille Gesellschaft darf die Inhaberin folgende Maßnahmen nur mit Zustimmung aller Gesellschafter vornehmen: a) Änderung des Gegenstandes des Unternehmens; b) Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens oder eines Teils des Unternehmens; c) vollständige oder teilweise Einstellung des Gewerbebetriebs.

Satz 2 dieser Vorschrift lautet: "Kann die erforderliche Einwilligung der Gesellschafter wegen Eilbedürftigkeit nicht eingeholt werden, so hat die Inhaberin die Maßnahme durchzuführen und den stillen Gesellschafter unverzüglich über die getroffene Maßnahme und den Grund der Eilbedürftigkeit zu unterrichten". Nach Ziffer 3 des § 4 entscheiden auf Antrag der Inhaberin die Gesellschafter durch Beschluss über die Vornahme der Handlung, wenn der stille Gesellschafter von dem ihm analog [§ 164 HGB](#) zustehenden Widerspruchsrecht Gebrauch macht.

Nach der grammatikalischen und systematischen Auslegung des § 4 des "Vertrags über die atypisch stille Gesellschaft" steht dem stillen Gesellschafter lediglich gemäß Ziffer 3 analog [§ 164 HGB](#) ein Widerspruchsrecht zu, während die Maßnahmen nach Ziffer 2 a.-c. des § 4 nur mit Zustimmung aller "Gesellschafter" vorgenommen werden dürfen. Hierzu gehört jedoch nicht der Beigeladene zu 1) als "stiller" Gesellschafter. Denn zum einen unterscheiden § 4 Ziffern 2 und 3 terminologisch zwischen "Gesellschaftern" und dem "stillen Gesellschafter". Zum anderen ergibt sich aus Satz 2 des § 4 Ziffer 2, dass zu den "Gesellschaftern", deren Einwilligung zu den in Ziffer 2 genannten Maßnahmen erforderlich ist, nicht der "stille Gesellschafter" gehört, der von der Inhaberin über die durchgeführte Maßnahme und den Grund der Eilbedürftigkeit lediglich unverzüglich zu unterrichten ist. Der Beigeladene zu 1) ist als stiller Gesellschafter nicht zustimmungspflichtiger Gesellschafter gemäß Ziffer 2 des § 4, sondern ihm ist analog [§ 164 HGB](#) lediglich ein Widerspruchsrecht nach Ziffer 3 des § 4 eingeräumt worden. Der Beigeladene zu 1) wird deshalb auch nach diesem Vertrag nur für und aufgrund einer Ermächtigung durch die Klägerin tätig. Ihm wird keine Kompetenz eingeräumt, den Gesellschaftszweck aus eigenem Recht und ggf. entgegen dem Willen und Interesse der Klägerin zu führen.

Ebenso wenig kann sich die Klägerin auf eine Sperrminorität des Beigeladenen zu 1) berufen. Die Rechtsprechung des BSG bezieht sich nämlich auf die Sperrminorität von Gesellschaftern einer Außengesellschaft, die als solche am Rechtsverkehr teilnimmt. Gerade dies ist aber bei der stillen Gesellschaft, die die Klägerin mit dem Beigeladenen zu 1) eingegangen ist, nicht der Fall. Im vorliegenden Fall kann der Beigeladene zu 1) auch nicht im Rahmen der stillen Gesellschaft in deren Namen auftreten, insbesondere ist ihm im Innenverhältnis keine Rechtsmacht eingeräumt worden, die es ihm ermöglichen würde, gegen den Willen der Klägerin die Geschäfte zu betreiben (vgl. zu den notwendigen inhaltlichen Voraussetzungen einer der Arbeitnehmereigenschaft entgegenstehenden "Sperrminorität": BSG vom 24.09.1992, [7 RaR 12/92](#), SozR 3-4100, § 168 Nr. 8).

Der Annahme einer abhängigen Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin steht auch nicht die einkommenssteuerrechtliche Betrachtungsweise entgegen. Nach [§ 15 Abs. 1 Nr. 2 HS 1 EStG](#) sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb die Gewinnanteile einer OHG, einer KG oder einer anderen Gesellschaft, bei der der Gesellschafter als Unternehmer anzusehen ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) ist eine "andere Gesellschaft" im Sinne dieser Vorschrift auch die atypisch stille Gesellschaft, d.h. eine stille Gesellschaft, bei der der stille Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen ist (vgl. BFH vom 15.12.1998, [VIII R 62/97](#), [GmbHR 1999, 422](#) = [BFH/NV 1999, 773](#) und die dortigen Nachweise unter Rn. 15 in Juris). Abgesehen davon, dass die sozialversicherungsrechtliche Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich unabhängig von der Entscheidung der Finanzbehörden zu treffen ist (siehe bereits BSG, Urteil vom 05.04.1956, [3 RK 65/55](#), [BSGE 3, 30](#), 412), handelt es sich bei [§ 15 Nr. 2 EStG](#) um eine allein durch Besonderheiten des dortigen Regelungsgegenstandes bedingte und auf sonstige Rechtsgebiete nicht übertragbare Sonderregelung. Die Vorschrift beruht nach der Rechtsprechung darauf, dass die Personengesellschaft einkommenssteuerrechtlich kein Steuersubjekt ist und deshalb die einzelnen Mitunternehmer als Steuersubjekte die auf sie entfallenden Gewinnanteile als Einkünfte zu versteuern haben. Sie klärt abweichend vom Bürgerlichen Recht das Verhältnis der Personengesellschaft zu ihren Gesellschaftern, die der Gesellschaft Dienste leisten (oder Wirtschaftsgüter überlassen), dahin, dass grundsätzlich alles, was die Gesellschafter für ihre Leistungen beziehen, im Rahmen ihres Gewerbetriebes anfällt und deshalb zu den Gewinnanteilen gehört (so BFH Urteil vom 14.01.1958, [I 159/57 U](#), [BFHE 66, 193](#), [BStBl. III 1958, 75](#)). In dem Urteil vom 16.02.1967 ([IV R 62/66](#), [BFHE 87, 531](#), [BStBl. III 1967, 222](#)) hat der 4. Senat des BFH dazu ausgeführt: "Das Einkommenssteuerrecht geht (im Gegensatz zum Handelsrecht) nicht von der Unterscheidung zwischen Einlagen (Beiträgen) und obligatorischen Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaftern aus. Ihm liegt die Vorstellung zugrunde, dass jeder Gesellschafter wie ein Einzelunternehmer für seinen Beitrag dadurch entschädigt wird, dass der durch diesen Beitrag ermöglichte Gewinn ihm (als Einzelunternehmer allein, als Mitunternehmer nach einem bestimmten Gewinnverteilungsschlüssel) zufließt. Durch diese Gewinnverteilung werden die verschiedensten Beiträge abgegolten. Wer seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, soll dafür besonders entlohnt werden" (vgl. insgesamt BFH Großer Senat vom 15.10.1970, [GrS 1/70](#), [BFHE 101, 62](#)). Diese "Durchbrechung der Einheit der Rechtsordnung" verstößt nach dem Beschluss des BVerfG vom 15.07.1969 ([1 BvR 457/66](#), [BVerfGE 26, 327](#), 334) nicht gegen das Grundgesetz (GG). Diese Grundsätze lassen sich auf den vorliegenden Fall der Beteiligung des Beigeladenen zu 1) als stiller Gesellschafter an einer GmbH nicht übertragen.

Der Beigeladene zu 1) ist jedoch weiterhin im sozialversicherungsrechtlichen Sinn beschäftigt bei der Klägerin. Maßgeblich für die Bewertung der Tätigkeit als Geschäftsführer bei der Klägerin als abhängig beschäftigt ist, dass er zwar zur Vertretung der Klägerin berechtigt ist, aber nicht als Gesellschafter Anteile am Stammkapital hält und auch nicht aufgrund einer Sperrminorität rechtlich in der Lage ist, höchstpersönlich darüber zu bestimmen, in welchem Umfang die Gesellschafterversammlung der Klägerin ihre Rechtsmacht gebraucht, ihm Weisungen zu erteilen. Bezüglich der Bedeutung der Rechtsmacht auch als Element der tatsächlichen Verhältnisse sind die Urteile des BSG vom 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#) und [B 12 R 14/10 R](#), auch für den vorliegenden Fall einschlägig (siehe auch Schleswig-Holsteinisches LSG, Urteil vom 24.02.2010, [L 5 KR 3/09](#)). Zu Recht hat das BSG darauf abgestellt, dass auch der Fall eines Zerwürfnisses der einzelnen Familienmitglieder mit der Folge der dann bestehenden Weisungsunterworfenheit im Hinblick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht unberücksichtigt bleiben darf (siehe z.B. BSG, Urteil vom 29.08.2012, [a.a.O.](#), Juris Rn. 32). Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass es rechtlich unerheblich ist, ob die Klägerin von ihrer Rechtsmacht gegenüber dem Beigeladenen zu 1) tatsächlich Gebrauch macht.

Schließlich ist die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin auch nicht wegen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit der Klägerin vom Beigeladenen zu 1) als selbständige zu bewerten. Eine Vergleichbarkeit mit dem der Entscheidung des LSG Baden-Württemberg vom 24.02.2015 ([L 11 KR 3995/13](#)) zugrunde liegenden Sachverhalt ist nicht gegeben. Im dortigen Fall hat das LSG Baden-Württemberg einen maßgeblichen rechtlichen Einfluss, der zur Annahme einer selbständigen Tätigkeit führen kann, bei einem Kommanditisten mit einem Anteil von nur 10 % an der KG bejaht, weil die Gesellschaft wirtschaftlich derart von ihm abhängig sei, dass sein Ausscheiden die Gesellschaft mit großer Wahrscheinlichkeit zur Geschäftsaufgabe zwingen werde (vgl. BSG, Urteil vom 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#), [GmbHR 2000, 618](#); 08.08.1990, 11 RaR 77/89, SozR 3-2400, § 7 Nr. 4; 25.10.1989, 2 Ru 12/89; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 26.06.2012, [L 11 KR 2769/11](#), [ZIP 2013, 381](#)). Im dort entschiedenen Fall war die KG aufgrund des Fachwissens des Kommanditisten im Hinblick auf das maßgebliche Betätigungsfeld der KG völlig vom Kläger abhängig. Die GmbH & Co. KG stellte sich faktisch als "Ein-Mann-Betrieb" des dortigen Klägers dar. Auch im Anstellungsvertrag fanden sich Regelungen, die mit einer selbständigen Tätigkeit vereinbar waren. So war z.B. kein monatliches Entgelt, sondern eine Jahresvergütung, die dem Verrechnungskonto, das für den Kläger als Kommanditist geführt wurde, gutzuschreiben sei, vereinbart worden.

Abgesehen davon, dass die Regelungen im GF-DV im vorliegenden Fall ganz überwiegend für eine abhängige Beschäftigung des

Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin seit 01.06.2011 sprechen, ist weder von der Klägerin vorgetragen worden noch aus den Akten ersichtlich, dass die Klägerin wirtschaftlich derart vom Beigeladenen zu 1) abhängig ist, dass dessen Ausscheiden die Klägerin zur Geschäftsaufgabe zwingen würde. Allein der Anspruch des Beigeladenen zu 1) auf Zahlung einer hohen Abfindungssumme (bis zu 1,9 Millionen Euro) bei seinem Ausscheiden begründet keine derart starke wirtschaftliche Abhängigkeit der Klägerin vom Beigeladenen zu 1), dass sein Ausscheiden diese zur Geschäftsaufgabe zwingen würde. Im Gegensatz zu dem vom LSG Baden-Württemberg entschiedenen Fall (a.a.O.) stellt sich die Klägerin gerade auch nicht faktisch als "Ein-Mann-Betrieb" dar. Der Beigeladene zu 1) führt die Geschäfte der Gesellschaft nicht allein, sondern zusammen mit dem Mehrheitsgesellschafter S.H., wobei jedem eigenverantwortlich ein Geschäftsbereich durch die Geschäftsordnung der Klägerin vom 01.06.2011 zugewiesen worden ist. Danach ist der Beigeladene zu 1) für folgenden Geschäftsbereich verantwortlich: Vertrieb, Konstruktion und Auftragslogistik. S.H. ist für folgenden Geschäftsbereich verantwortlich: Kaufmännischer Bereich, Personal, Produktionsentwicklung, Elektrotechnik und Fertigung. Dass der Beigeladene zu 1) nach den Angaben der Klägerin (Schriftsatz vom 02.07.2015) seit 01.01.2015 auch für die Geschäftsbereiche Elektrotechnik, Beschaffung (vormals als "Fertigung" bezeichnet) und Personal, die bisher im Zuständigkeitsbereich des S.H. lagen, allein verantwortlich ist, rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Auch nach dieser Änderung der Geschäftsbereiche stellt sich die Klägerin nicht faktisch als "Ein-Mann-Betrieb" dar. Im Übrigen ist in Zukunft eine Änderung der Geschäftsbereiche jederzeit möglich.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass der Beigeladene zu 1) bei der Klägerin seit dem 01.06.2011 seine Tätigkeit als Geschäftsführer im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ausübt.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 1](#), [162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 47 Abs. 1 Satz 1](#), [52 Abs. 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2016-12-12