

## Gesellschafter einer stillen Gesellschaft mit Sperrminorität als Beschäftigter im sozialversicherungsrechtlichen Sinne

HGB § 232 Abs. 2 S. 1; SGB V § 5 Abs. 1 Nr. 1; SGB IV § 7 Abs. 1 S. 1; BGB § 705, § 716

**Die Sperrminorität eines stillen Gesellschafters hindert nicht dessen sozialversicherungsrechtliche Beurteilung als abhängig Beschäftigter. (Leitsätze d. Verf.)**

LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 7.7.2017 – L 1 KR 387/16, rkr.;  
Volltext in BeckRS 2017, 117969

honorific: Dr.  
firstname: Kerstin  
surname: Reiserer  
city: Heidelberg

### Sachverhalt:

Eine überregional tätige Steuerberatungsgesellschaft (im Folgenden: GmbH) hat zum Zwecke der Leitung einer neu eröffneten Niederlassung dem Beigeladenen zunächst eine notarielle Handlungsvollmacht erteilt. In der Folgezeit schloss die GmbH mit dem Beigeladenen und zwei weiteren Personen einen Gesellschaftsvertrag zur Gründung einer stillen Gesellschaft. Gegenstand der stillen Gesellschaft sollte die Förderung der Niederlassung und die Beteiligung der Gesellschafter am Ergebnis ihrer Tätigkeit sein. Entsprechend des Anteils seiner Kapitaleinbringung wurde dem Beigeladenen eine stille Beteiligung iHv 10 % eingeräumt. Des Weiteren verpflichtete er sich, seine volle Arbeitskraft für die Niederlassung als Einlage einzusetzen. Der Gesellschaftsvertrag sah eine Vielzahl an Regelungen vor: Nebentätigkeiten sollten nur mit voriger Zustimmung der GmbH erlaubt und Wettbewerb gänzlich untersagt sein, bei Krankheit blieben die Vorabgewinnansprüche für die Dauer von drei Monaten erhalten und zur Beschlussfähigkeit der stillen Gesellschaft sollten mindestens zwei Gesellschafter und 91 % der Stimmrechte anwesend oder vertreten sein. Weiterhin sollten die Gesellschafter am Ergebnis und am Vermögen der stillen Gesellschaft entsprechend ihres Kapitalanteils beteiligt sein. Im Nachgang hierzu beschlossen die Gesellschafter der stillen Gesellschaft eine Vereinbarung zur Tätigkeitsvergütung, nach der mitunter eine Mindestvergütung des Beigeladenen vereinbart wurde. Ferner wurde vereinbart, dass Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb der Niederlassung hinausgehen, der vorigen Zustimmung der Gesellschaft bedürfen. Schließlich wurde dem Beigeladenen ein Anspruch auf 25 Urlaubstage im Geschäftsjahr zugesichert. Nachdem bei der Niederlassung Betriebsprüfungen durchgeführt wurden, ergingen gegen die GmbH Bescheide, in denen Sozialversicherungs- und Rentenversicherungsbeiträge aufgrund der abhängigen Beschäftigung des Beigeladenen gefordert wurden.

### Entscheidung des LSG Berlin-Brandenburg:

Das LSG Berlin-Brandenburg hat die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts bestätigt und die Berufung der GmbH zu Recht als unbegründet abgewiesen und auch die Revision nicht zugelassen. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung würdigte das Gericht die einzelnen Inhalte der getroffenen Vereinbarungen. Bereits der vereinbarte Zustimmungsvorbehalt für die Aufnahme einer Nebentätigkeit hätte nach Ansicht des Gerichts genügt, um eine selbständige Tätigkeit auszuschließen. Hierin komme in größtmöglicher Deutlichkeit zum Ausdruck, dass der GmbH eine umfassende Verfügungsgewalt über die Einsatzmöglichkeiten des Beigeladenen zugestanden werden

sollte. Eine typische Regelung für ein Beschäftigungsverhältnis stelle zudem das Konkurrenzverbot dar. Ausweislich der Vergütungsvereinbarung konnte der Beigeladene nicht selbst über seine Vergütung bestimmen, auch die Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall entspreche einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. Da Urlaubsansprüche ipso iure mit Begründung eines Arbeitsverhältnisses entstehen, komme der konkreten Regelung der Urlaubsansprüche ein besonders starkes Gewicht zu. Die Beteiligung am Vermögen und am Gewinn der stillen Gesellschaft sei kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit, sondern liege in der Natur der stillen Gesellschaft als Schuldverhältnis mit dem zentralen Aspekt des Einlageverhältnisses begründet. Weiterhin sei es die GmbH, welche die Niederlassung tatsächlich unterhält, die stille Gesellschaft trete naturgemäß nicht nach außen in Erscheinung. Eine Übertragung einer entsprechenden Rechtsmacht an den Beigeladenen, kraft derer er den Gesellschaftszweck aus eigenem Recht verfolgen und ggf. entgegen Willen und Interesse der GmbH handeln kann, sei gerade unterblieben. Die erteilte Handlungsvollmacht hätte jederzeit widerrufen werden können und auch die Sperrminorität entfalte rein praktisch auf die Geschäftsführung der Niederlassung keine Rechtswirkung, da die stille Gesellschaft nicht am Rechtsverkehr teilnimmt. Dem Beigeladenen fehle die Rechtsmacht, die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich mitzubestimmen. Doch selbst unterstellt, der Beigeladene wäre als Geschäftsführer tätig gewesen, würde es sich allenfalls um eine rein faktische Einräumung einer vertraglich nicht vorgesehenen Handlungsvollmacht handeln. Ein derartiger Verzicht der GmbH auf ihre rechtlichen Befugnisse sei irrelevant, da sich die tatsächlichen Verhältnisse außerhalb des vertraglich Vereinbarten bewegten.

#### **Anmerkung:**

In den letzten Jahren macht es die Deutsche Rentenversicherung GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführern schwer, einen Weg aus der Sozialversicherungspflicht zu finden, wenn keine Mehrheitsbeteiligung vorliegt. Seit das BSG im Jahr 2015 zum Ergebnis kam, dass von einer selbständigen Tätigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers der GmbH nur noch dann ausgegangen werden kann, wenn der Minderheitsgesellschafter über eine gesellschaftsvertraglich fixierte Sperrminorität verfügt, mit der er ihm unliebsame Beschlüsse verhindern kann, ist es eng geworden. Dabei muss die Sperrminorität auch so gestaltet sein, dass sie dem Minderheitsgesellschafter nicht ohne seinen Willen entzogen werden kann (BSG v. 29.7.2015 – B 12 R 1/15 R, BeckRS 2016, 65776 und v. 11.11.2015 – B 12 R 2/14 R, BeckRS 2016, 67680). Bis zu diesen Entscheidungen gab es viele Konstellationen, die außerhalb des Gesellschaftsvertrages sicherstellen konnten, dass Sozialversicherungsfreiheit für den Minderheitsgesellschafter besteht. Bis dahin waren etwa noch Dreierkonstellationen denkbar, in denen drei gleichberechtigte Gesellschafter mit jeweils 1/3 Anteil die Geschicke der Gesellschaft leiten. Auch Minderheitsgesellschafter, die über besondere Branchenkenntnisse, Kundenkontakte oder Erfahrungen verfügten, konnten als sozialversicherungsfrei gelten. Heute sind viele GmbHs mit der geänderten Rechtslage konfrontiert und erhalten Nachzahlungsbescheide unter Hinweis auf die geänderte Rechtslage.

Das LAG Berlin-Brandenburg ist mit seiner Entscheidung v. 7.7.2017 ganz auf Linie der aktuellen Rechtsprechung des BAG. Der Vertrag des Beigeladenen, der die neu eröffnete Niederlassung leiten soll, unterscheidet sich praktisch gar nicht von dem Arbeitsvertrag eines angestellten Niederlassungsleiters: Er muss seine ganze Arbeitskraft der Niederlassung zur Verfügung stellen, unterliegt nicht nur einem Konkurrenzverbot, sondern auch einem umfassenden Nebentätigkeitsverbot. Damit geht die Steuerberatungsgesellschaft sogar noch über das im Arbeitsrecht Zulässige hinaus und fordert die umfassende Arbeitskraft des Niederlassungsleiters. Völlig zu Recht hat deshalb das LSG herausgearbeitet, dass bereits dieses umfassende Nebentätigkeitsverbot alleine ausreicht, um eine abhängige Beschäftigung anzunehmen. Eine Fixvergütung, Festlegung von Urlaubsansprüchen und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall runden dieses Bild einer abhängigen Beschäftigung ab.

Der Steuerberatungsgesellschaft hat es auch nicht geholfen, dass sie dem Niederlassungsleiter als Gesellschafter der stillen Gesellschaft eine Sperrminorität eingeräumt hat. Es ist richtig, dass das BSG in sog. Außengesellschaften, also etwa einer GmbH, der Vereinbarung einer Sperrminorität große Bedeutung zuordnet. Denn damit kann der Geschäftsführer, der auch über Anteile verfügt, zwar nicht über eine Mehrheit, doch aber über eine gesellschaftsvertraglich gesicherte Sperrminorität Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern. Und genau daran fehlt es in der vorliegenden Konstellation der stillen Gesellschaft. Der Niederlassungsleiter kann im Rahmen der stillen Gesellschaft nur soweit tätig sein, als die GmbH die stille Gesellschaft zum Tätigwerden in ihrem Namen ermächtigt. Es wird ihm also gerade nicht die Rechtsmacht eingeräumt, gegen den Willen der GmbH Geschäfte zu betreiben, was das besondere an der Sperrminorität für den Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer der GmbH bzw. anderer Außengesellschaften ist. Oder anders ausgedrückt: Über die stille Gesellschaft kann der Niederlassungsleiter nicht in die Lage versetzt werden, Einfluss auf die GmbH zu nehmen. Zu Recht hat deshalb auch schon das LSG Baden-Württemberg in einer Entscheidung am 20.7.2010 (L 11 KR 3910/09, DStR 2010, 2367) darauf hingewiesen, die stille Beteiligung sei eine reine Innengesellschaft und im Wesentlichen als Schuldverhältnis mit dem Einlageverhältnis als zentralem vermögensrechtlichen Aspekt ausgestaltet. Der Steuerberatungsgesellschaft hat es auch nicht geholfen, dass es im Wesentlichen unstrittig war, dass der Niederlassungsleiter tatsächlich das Geschehen der neu gegründeten Niederlassung frei bestimmt hat. Und auch hier bleibt das LSG auf Linie mit der ständigen Rechtsprechung des BSG: Wenn es an der Rechtsmacht fehlt, die Geschicke einer Außengesellschaft maßgeblich mitzubestimmen, kommt es für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit nicht darauf an, wer rein faktisch die Geschäfte leitet. Es bleibt deshalb bei dem Satz, der stets zu beachten ist: Die tatsächlichen Verhältnisse sind unerheblich, wenn sie sich außerhalb des vertraglich Vereinbarten bewegen.

*RAin Dr. Kerstin Reiserer, FA für Arbeitsrecht, Heidelberg*