

## L 4 KR 43/02

Land  
Sachsen-Anhalt  
Sozialgericht  
LSG Sachsen-Anhalt  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
4  
1. Instanz  
SG Magdeburg (SAN)  
Aktenzeichen  
S 16 KR 9/01  
Datum  
30.10.2002  
2. Instanz  
LSG Sachsen-Anhalt  
Aktenzeichen  
L 4 KR 43/02  
Datum  
23.06.2005  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 KR 18/05 R  
Datum  
24.01.2007  
Kategorie  
Urteil  
Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.  
Kosten sind nicht zu erstatten.  
Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger als Niederlassungsleiter und stiller Gesellschafter einer Steuerberatungsgesellschaft versicherungspflichtig beschäftigt war.

Der am ... 1964 geborene Kläger ist gelernter Steuerfachgehilfe und war von 1991 bis 1993 als Niederlassungsleiter der Niederlassung O. bei einer Steuerberatungsgesellschaft mit Sitz in Hannover abhängig beschäftigt. Die Beigeladene zu 4) ist eine Steuerberatungsgesellschaft mit Hauptsitz in E ... Sie betreibt eine Vielzahl von Niederlassungen in Deutschland mit dem Geschäftsmodell, dass die Niederlassungsleiter als stille Gesellschafter lediglich für die jeweilige Niederlassung an dieser beteiligt werden. Sie ist Teil einer Gruppe von u.a. Steuerberatungsgesellschaften, die nach demselben Geschäftsmodell arbeiten, mit einer Zentrale in Essen. Im Jahr 1994 handelte es sich allein bei der Beigeladenen zu 4) um ca. 40 Niederlassungen. Die Beigeladene zu 4) übernahm die bestehende Niederlassung Oschersleben. Mit Wirkung zum 1. Januar 1994 schlossen die Beigeladene zu 4), der Kläger und der Steuerbevollmächtigte P. einen Vertrag zur Gründung einer stillen Gesellschaft. Dieser Vertrag lautet auszugsweise wie folgt:

" § 1

Die F. & P. GmbH unterhält u. a. in O ... (nachstehend "auswärtige Beratungsstelle" genannt) eine auswärtige Beratungsstelle, in der sie Steuerberatung betreibt. Dort wird eine eigene Buchführung erstellt und eigene Bankkonten geführt. Es ist angestrebt, die Beratungsstelle in Zukunft als handelsrechtliche Zweigniederlassung zu führen.

Gegenstand des Unternehmens ist der Betrieb einer Steuerberatungspraxis einschließlich der für Steuerberatungsgesellschaften gesetzlich und berufsrechtlich zulässigen Tätigkeiten gem. § 33 i. V. § 57 StBG, wie z. B. Wirtschaftsberatung und gutachterliche sowie treuhänderische Tätigkeiten.

§ 2

1. Die F. & P. GmbH räumt den Gesellschaftern eine atypisch stille Beteiligung nur an der auswärtigen Beratungsstelle ein und zwar - dem Gesellschafter zu 1. in Höhe von 10 Prozent - dem Gesellschafter zu 2. in Höhe von 10 Prozent des Gesamtpraxiswertes einschließlich stiller Reserven und Praxiswert.

2. Die Niederlassung (stille Gesellschaft) wird mit einem, den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen dieses Vertrages unterliegenden, Festkapital in Höhe von DM 20.000 ausgestattet. ( ...)

§ 5

Die Gesellschafter fassen ihre Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung oder, wenn alle Gesellschafter damit einverstanden sind, außerhalb der Gesellschafterversammlung in beliebiger Form. ( ...) a) ( ...) c) Zur Beschlussfähigkeit müssen mindestens 2 Gesellschafter

und 91 % sämtlicher Stimmrechte anwesend oder vertreten sein (s. unter d). d) Die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung erfolgt nach Stimmen. Jeder Prozentpunkt der Beteiligung ergibt eine Stimme.

Die Gesellschafter beschließen mit einer Mehrheit von 91% der vorhandenen Stimmen. Über die Änderung dieses Gesellschaftsvertrages und die Auflösung der Gesellschaft kann nur einstimmig beschlossen werden. ( ...) § 8

Gewinnanteile (soweit sie nicht gemäß Ziffer 2 des Paragraphen zu verbuchen sind), Entnahmen sowie sonstige Forderungen und Verbindlichkeiten zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern werden auf Verrechnungskonten verbucht, die im Soll und Haben mit 10 % p.a. zu verzinsen sind. Die Festkapitalkonten der Gesellschafter werden nicht verzinst.

Verlustanteile werden auf Verlustvortragskonten verbucht. Bis zu deren Ausgleich sind Gewinnanteile dort gem. [§ 232 Abs. 2 Satz 2 HGB](#) gutzuschreiben.

§ 9

Entnahmen sind nur zulässig, wenn sie aus Gewinnanteilen erfolgen, die nicht gem. § 8 Abs. 2 mit Verlusten zu verrechnen sind.

Die jeweils vorhandene Liquidität können die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Ergebnisbeteiligung darlehnsweise entnehmen.

Ob und inwieweit solche Zahlungen im Einzelfall zulässig sind, entscheidet die Gesellschafterversammlung.

Die Ansprüche der stillen Gesellschafter aus einem zwischen ihnen und der F. & P. GmbH evtl. abgeschlossenen Dienstvertrag bleiben hiervon unberührt. ( ...) § 12

Der ausscheidende Gesellschafter hat Anspruch auf Auszahlung seines Auseinandersetzungsguthabens. Das Auseinandersetzungsguthaben ist durch eine Auseinandersetzungsbilanz zu ermitteln, die auf den Tag des Ausscheidens aufzustellen ist. In dieser Bilanz sind die Aktiven und Passiven der Gesellschaft mit ihren wirklichen Werten anzusetzen. ( ...) Der Gesellschafter ist so zu stellen, als wenn er an allen Vermögenswerten gesamthänderisch beteiligt wäre.

( ...) § 13

1. Die stillen Gesellschafter sind nicht berechtigt, während der Dauer ihrer Beteiligung an der Gesellschaft brancheneinschlägige Geschäfte zu tätigen, ein brancheneinschlägiges Unternehmen zu errichten oder sich an solchen Konkurrenzunternehmen unmittelbar oder mittelbar zu beteiligen.

2. Im Falle der Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses gilt für die stillen Gesellschafter ein uneingeschränktes Wettbewerbsverbot hinsichtlich derjenigen Mandanten, die im Zeitpunkt des Ausscheidens Mandanten der Gesellschaft sind. Das Wettbewerbsverbot gilt auf die Dauer von 3 Jahren.

( ...)

Am 23. Dezember 1993 schloss der Kläger mit der Beigeladenen zu 4) einen Anstellungsvertrag als Niederlassungsleiter. Der Vertrag lautet auszugsweise:

"§ 1 Arbeitsleistung, Wettbewerb

Das Anstellungsverhältnis beginnt am 01.01.1994.

Eine bestimmte Arbeitszeit ist nicht vereinbart. Es besteht jedoch Übereinstimmung darin, dass die wöchentliche Durchschnittsarbeitszeit mindestens 40 Stunden beträgt und die Einteilung der Arbeitszeit sich nach den betrieblichen Erfordernissen der Gesellschaft zu richten hat.

Der Niederlassungsleiter verpflichtet sich, für die Laufzeit dieses Vertrages seine Arbeitskraft, seine Kenntnisse und Erfahrungen ausschließlich der Gesellschaft zu widmen.

Er ist mit Rücksicht auf seine hervorragende Stellung als Vertreter der Gesellschaft nicht berechtigt, sonstige aktive Geschäfte für Eigen- oder Fremdrechnung zu betreiben; er darf auch nicht außerhalb der Gesellschaft in deren Tätigkeitsbereich selbständig oder unselbständig, beratend, gelegentlich oder mittelbar tätig werden oder sich an Konkurrenzunternehmen beteiligen. Das Verbot umfasst auch eine Beteiligung als stiller Teilhaber oder Unterbeteiligter sowie die Beratung von Konkurrenzunternehmen. ( ...)

Die Übernahme einer entgeltlichen und unentgeltlichen Nebentätigkeit, von Ehrenämtern sowie Aufsichtsrat-, Beirats- und ähnlichen Mandaten bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Gesellschafter.

§ 2 Geschäftsführung und Vertretung

1. Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb der Niederlassung hinausgehen, bedürfen der vorherigen Zustimmung der Geschäftsführung. Hierzu zählen z. B.: a) die Erteilung und der Widerruf von Prokuren, Generalvollmachten und Handlungsvollmachten jeder Art;

b) die Einstellung und die Entlassung von Berufsangehörigen sowie solcher Arbeitnehmer, deren Gehalt DM 3.000,00 monatlich übersteigt, die Erhöhung von Gehältern der Berufsangehörigen und eine allgemeine Gehaltsanpassung der anderen Angestellten, die den üblichen Rahmen übersteigt, und die Verlängerung von Kündigungsfristen über den gesetzlichen Zeitrahmen hinaus, die Eingehung von

Ruhegehaltsverpflichtungen und Gewinnbeteiligungen;

c) der Erwerb von Beteiligungen jeder Art

2. Im Übrigen richtet sich die Niederlassungsleitung und -vertretung nach dem dem Niederlassungsleiter bekannten Gesellschaftsvertrag.

( ...)

#### § 7 Kündigung

1. Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen und kann mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres gekündigt werden. Die Bestellung als Prokurist kann durch Beschluss der Geschäftsführung jederzeit widerrufen werden. ( ...)"

Der Kläger erhält nach dem Anstellungsvertrag eine Vergütung, die mit der Geschäftsführung vereinbart ist. Ab 1. Januar 1994 wurde das Gehalt auf 57.000,00 DM, ab dem 1. Juli 1994 auf 60.000 DM pro Jahr festgelegt. Dabei erfolgten Vorauszahlungen von zunächst 4.500,00 DM und ab 1. Juli 1994 in Höhe von 5.000,00 DM, zuzüglich einer Nutzung eines Pkw. Der Kläger hat weiter einen Anspruch auf 25 Tage bezahlten Urlaub, wobei er diesen in Abstimmung mit der Geschäftsführung so einzurichten hat, dass den Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung getragen wird. Die im Vertrag vorgesehene Bestellung des Klägers als Prokurist der Gesellschaft erfolgte nicht, stattdessen erhielt der Kläger eine Handlungsvollmacht der Gesellschaft. In der Vollmachtsurkunde vom 30. Dezember 1993 heißt es, dass die Gesellschaft den Kläger bevollmächtigt, für sie alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen und Erklärungen gegenüber Dritten abzugeben und entgegenzunehmen, die für den Aufbau und die Führung der Niederlassung erforderlich sind, insbesondere auch ein Kontokorrentkonto für die Niederlassung unter dem Namen der Gesellschaft zu errichten.

Die Beklagte prüfte 1999 die versicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Klägers als Niederlassungsleiter. In einem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern mit einem Kapital-/ Stimmenanteil von weniger als 50 % gab der Kläger an, dass er für den Geschäftsbereich Steuerberatung als Niederlassungsleiter alleinvertretungsberechtigt, jedoch nicht vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuches befreit sei. Er sei keinen Weisungen hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung unterworfen. Von bestimmten wichtigen Geschäften abgesehen - könne er seine Tätigkeiten in der Gesellschaft frei bestimmen und gestalten und die Gestaltung seiner Tätigkeit sei insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig. Er verfüge nicht über die zur Führung des Unternehmens einschlägigen Branchenkenntnisse und habe keine Sonderrechte, mit denen er Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen oder verhindern könne. Er müsse sich seinen Urlaub nicht genehmigen lassen und es werde unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens eine monatlich gleichbleibende Vergütung in Höhe von 5.000,00 DM gezahlt. Die Verbuchung der Vergütung erfolge als Gewinn-Vorweg-Entnahme. Zudem sei er anteilmäßig am Gewinn durch Tantiemen beteiligt.

Mit Bescheid vom 6. April 1999 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger in seiner Beschäftigung als Niederlassungsleiter versicherungspflichtig sei. Er sei als Niederlassungsleiter in einen rechtlich fremden Betrieb eingegliedert, wobei Inhaber der Niederlassung ausschließlich die Steuerberatungsgesellschaft Fuchs & Partner GmbH sei. Dass diese Niederlassung als atypische stille Gesellschaft zwischen ihm und der GmbH betrieben werde, habe auf diese rechtliche Wertung keinen Einfluss, denn die stille Gesellschaft sei ein Schuldverhältnis und nicht eine Rechtserwerbs- und Verpflichtungsgemeinschaft. Der Kläger unterliege, wenn auch in stark eingeschränkter Form, dem Weisungsrecht der Steuerberatungsgesellschaft. So benötige er die Zustimmung zur Übernahme einer Nebentätigkeit und habe nur eine eingeschränkte Personalhoheit bezüglich der Einstellung und Entlassung von Berufsangehörigen.

Gegen diesen Bescheid legte der Kläger am 30. April 1999 Widerspruch ein. Er habe maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Niederlassung in O. kraft seiner Stellung als atypisch stiller Gesellschafter und sei daher als Mitunternehmer dieser gewerblich tätigen atypisch stillen Gesellschaft zu qualifizieren.

Die Beigeladene zu 2) stimmte dem Feststellungsbescheid der Beklagten, nach dem für die gesamte Zeit Versicherungspflicht festgestellt wurde, mit Bescheid vom 13. April 2000 nicht zu. Zur Begründung führte sie aus, dass der Kläger über eine Sperrminorität verfüge und daher jedwede Art von Beschlüssen verhindern könne. Nach seinen Angaben sei er nicht dem Weisungsrecht der Gesellschaft unterlegen. Sie fügte zugleich ein vom Kläger unterzeichnetes Schreiben bei, wonach er im Namen der Gesellschaft für den Fall, dass keine Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung bestehen sollte, um Rückerstattung der eingezahlten Beiträge bitte. Das Schreiben wies folgenden Adressaten auf: F. & P. GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Thälmannstraße 3, 39387 O. , Niederlassung: Leiter der Niederlassung: P. M. Steuerberaterin, Sachbearbeiter: Der Kläger.

Am 18. Oktober 2000 stellte der Kläger den Antrag, ihm die Beiträge zu seiner Arbeitslosenversicherung zu erstatten.

Mit Bescheid vom 1. November 2000 lehnte die Beklagte diesen Antrag des Klägers auf Beitragsrückerstattung hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile der Arbeitslosenversicherung ab. Eine Erstattung der Beiträge könne nicht erfolgen, da der Kläger weiterhin der Beitragspflicht zur Arbeitslosenversicherung unterliege. In der Rechtsbehelfsbelehrung heißt es, dass dieser Bescheid Gegenstand des anhängigen Widerspruchsverfahrens werde.

Mit Bescheid vom 14. Dezember 2000 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers gegen die Bescheide vom 6. April 1999 und 1. November 2000 zurück. Zur Begründung vertiefte sie die Ausführungen im Ausgangsbescheid. Neben der Weisungsgebundenheit des Klägers in Form der funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess zeige der Umstand, dass die Gesellschaft sich die Entscheidung über Einstellung und Entlassung von Berufsangehörigen, d. h. Angehörigen der steuerberatenden Berufe, durch ein vertraglich vereinbartes Zustimmungserfordernis vorbehalten habe, im besonderen Maße, dass die Niederlassung für den Kläger ein für ihn fremder Betrieb sei. Die Regelung über den Urlaub sei so zu verstehen, dass der Kläger mit der Geschäftsführung in der Beurteilung, ob der in Aussicht genommene Urlaubszeitpunkt den Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung trage, Einvernehmen herzustellen habe. Die Regelung in § 9 des Gesellschaftervertrages, wonach ein Anspruch zwischen dem stillen Gesellschafter und der Gesellschaft in Form eines Dienstvertrages unberührt bleibe, zeige, dass die vereinbarte Vergütung im Anstellungsvertrag unabhängig von einem möglichen negativen

Geschäftsergebnis der Niederlassung beansprucht werden könne. Zudem könne der Kläger die Niederlassung nach außen nicht offiziell vertreten, da er kein ausgebildeter Steuerberater sei.

Hiergegen hat der Kläger am 16. Januar 2001 beim Sozialgericht Magdeburg Klage erhoben. Zur Begründung hat er dargelegt, es müsste sich aufgrund der geschlossenen schuldrechtlichen Vereinbarungen aufdrängen, dass er als Mitunternehmer im Geschäftsbereich seiner Mitgesellschafterin, der Beigeladenen zu 4), tätig sei. Aufgrund seiner Beteiligung am Gesellschaftsvermögen der Niederlassung werde er bereits ertragssteuerlich als Mitunternehmer qualifiziert. Zudem werde er bei einer Auseinandersetzung der Gesellschaft an den stillen Reserven des Unternehmens in einer seinen Gesellschaftsanteil übersteigenden Weise beteiligt. Hinzu komme, dass er durch die gesellschaftsvertragliche Regelung über den Verlustvortrag und die Erfassung entsprechend vorgetragener Verluste auf dem Gesellschafterkapitalkonto, mit der Verpflichtung, solche aufgelaufenen Verluste mit zukünftigen Gewinnanteilen auszugleichen, unternehmerisches Risiko trage. Die örtliche Niederlassung werde von der Finanzverwaltung als steuerlich selbständiges Gewerbesteuersubjekt gewertet und die Finanzverwaltung verlange vom Kläger persönlich Einkommensteuervorauszahlungen, ohne wie bei einem Arbeitnehmer auf dem Lohnsteuereinbehalt zu bestehen. Er beziehe kein Beschäftigungsentgelt, sondern erhalte auf gesellschaftsvertraglicher Basis eine Tätigkeitsvergütung für seine ausgeübten Tätigkeiten, ohne in irgendeiner Weise einem Weisungsrecht seiner Mitgesellschafterin oder einem arbeitsvertraglichen Direktionsverhältnis zu unterliegen.

Die Beklagte hat darauf verwiesen, dass die steuerrechtliche Qualifizierung für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht entscheidend sei. Der Umstand, dass der Kläger bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft so zu stellen sei, als wäre er am ganzen Gesellschaftsvermögen gesamthänderisch beteiligt gewesen, könne nur als ein Indiz gewertet werden. Angesichts seines Mindesteinkommens trage der Kläger kein Unternehmensrisiko.

Die Beigeladene zu 1) hat die Ansicht vertreten, der Kläger sei nicht an der GmbH beteiligt gewesen, sondern nur an der auswärtigen Beratungsstelle. Er habe daher keine Stellung eines mitarbeitenden Gesellschafters in der GmbH. Aus diesem Grund sei die Sperrminorität in der stillen Gesellschaft für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung seiner Mitarbeit in der GmbH nicht maßgeblich. Zudem unterliege der Kläger der Überwachung durch die GmbH-Gesellschafter. So könnten Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb hinaus ergingen, nur mit Zustimmung der GmbH abgeschlossen werden.

Mit Urteil vom 30. Oktober 2002 hat das Sozialgericht Magdeburg die Klage gegen die Feststellung der Versicherungspflicht und die Ablehnung der Rückzahlung der Beiträge für die Arbeitslosenversicherung abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, maßgebend für die versicherungsrechtliche Beurteilung sei die rechtliche und faktische Gestaltung der Beziehung zwischen dem mitarbeitenden Gesellschafter und der Gesellschaft. Danach sei der Kläger abhängig beschäftigt. Sein Gehalt sei nicht ausschließlich nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesellschaft geregelt, was für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche. Hierfür spreche auch die Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall und die Urlaubsregelung. Der Kläger sei nur dafür verantwortlich gewesen, dass der Betrieb in der Niederlassung O. funktioniere. Diese Verantwortung reiche nicht aus, um ihn als eigenständigen Geschäftsführer dieser Niederlassung anzusehen. Da er kein ausgebildeter Steuerbevollmächtigter bzw. Steuerberater sei, könne er nicht nach außen als Niederlassungsleiter auftreten. Darüber hinaus sei die Kapitalbeteiligung an der stillen Gesellschaft nicht so ausgestaltet, dass er die Gesellschaft dadurch in einer Art und Weise beherrschen oder zumindest lenken könne, die den Schluss auf eine selbständige Tätigkeit zulasse. Es seien Gesellschafterbeschlüsse denkbar, an denen der Kläger nicht beteiligt sei, da die Gesellschafterversammlung am Sitz der GmbH stattfindet. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass der Kläger aufgrund seines Anstellungsvertrages verpflichtet sei, für bestimmte wichtige Geschäfte die vorherige Zustimmung der Beigeladenen zu 4) einzuholen.

Gegen dieses ihm am 13. November 2002 zugestellte Urteil hat der Kläger am 15. November 2002 Berufung eingelegt. Er ist der Ansicht, er sei nach der vertraglichen wie faktischen Durchführung seiner Tätigkeit selbständig. Hierzu vertieft er seinen bisherigen Vortrag, wonach er nach dem Gesellschaftsvertrag auch Verluste mittragen müsse und im Auflösungsfall an den stillen Reserven der Gesellschaft beteiligt sei. Er habe in der Niederlassung O. das Sagen. Er selbst mache alle Arbeiten, die ein Steuerberater auch ausführe, hierzu gehörten Buchhaltungsarbeiten, Jahresabschlüsse und Mandantenberatung. Die im Briefkopf aufgeführte Steuerberaterin habe eine eigene Kanzlei in W ... Sie unterschreibe die Schriftstücke, für die berufsrechtlich Testate durch Steuerberater vorgesehen seien. Dafür erhalten sie eine mit der Niederlassung vereinbarte Pauschale. Die Öffnungszeiten der Geschäftsstelle bestimme er selbst; hierfür sei keine Absprache mit den übrigen Gesellschaftern oder der GmbH erforderlich. Den Niederlassungsleitern würden in Bezug auf das Inventar und die verwendete Software Vorschläge von der Gesellschaft gemacht, es bestehe aber keine Verpflichtung diese wahrzunehmen. So habe er statt des empfohlenen Buchhaltungsprogrammes ein anderes Programm gewählt. Im Vergleich zu seiner Zeit als Niederlassungsleiter in abhängiger Beschäftigung zeigten sich bei seiner Tätigkeit als stiller Gesellschafter der Beigeladenen zu 4) deutliche Unterschiede. So habe er früher einmal wöchentlich in H ... an Gesprächen mit der Geschäftsführung teilnehmen müssen und es seien auch Mitarbeiter zu Gesprächen in die Niederlassung gekommen. Mit den Gesellschaftern der atypisch stillen Gesellschaft hingegen fänden Treffen ein- bis zweimal jährlich statt, meist im Frühjahr. Auch für größere Anschaffungen, z. B. einen Pkw, würden Beschlüsse der Gesellschaft gefasst. Zudem sei der Jahresabschluss für die gesamte Gesellschaft bei seinem früheren Arbeitgeber in H. erstellt worden, während er jetzt für die Niederlassung einen eigenen Abschluss fertige. Er könne, anders als bei seinem früheren Arbeitgeber, bis zu den vorgegebenen Verdienstgrenzen selbständig Personal einstellen. Zur Zeit sei nur seine Ehefrau, die Bilanzbuchhalterin ist, in der Geschäftsstelle beschäftigt. Früher seien zeitweise bis zu sechs Mitarbeiter angestellt gewesen. Wenn seine Frau und er zusammen Urlaub machen wollten, müsste er sich etwas einfallen lassen. Er würde dann jemand einstellen.

Der Kläger verweist weiter darauf, dass die im Anstellungsvertrag aufgeführte Zustimmung der Geschäftsführung der GmbH sich naturgemäß nur auf die Zustimmung innerhalb eines Gesellschafterbeschlusses in der stillen Gesellschaft beziehe. Die GmbH trage die Gesellschafterbeschlüsse der Personengesellschaft, in der sie sich engagiere, mit. Die Regelung in § 2 Nr. 1 des Anstellungsvertrages sei daher lediglich die inhaltliche Wiederholung des Umstandes, dass für weitergehende Geschäfte innerhalb der Personengesellschaft ein Gesellschafterbeschluss gefasst werden müsse.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Magdeburg vom 30. Oktober 2002 und den Bescheid der Beklagten vom 6. April 1999 und 1. November 2000 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. Dezember 2000 aufzuheben.

Es ist festzustellen, dass er bis 31. Dezember 2000 in seiner Tätigkeit als Niederlassungsleiter für die Beigeladene zu 4) nicht versicherungspflichtig in der Krankenversicherung, der Rentenversicherung, der Pflegeversicherung sowie der Arbeitslosenversicherung war.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, zu Unrecht eingezogene Beiträge zur Arbeitslosenversicherung zu erstatten.

Die Beklagte und die Beigeladene zu 3) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verweist auf die erstinstanzlichen Ausführungen und die Begründung des sozialgerichtlichen Urteils.

Die Beigeladene zu 1) schließt sich dem Antrag der Beklagten an.

Sie vertieft die Argumentation, dass der Sperrminorität des Klägers keine entscheidende Bedeutung beikomme, da er nur an der auswärtigen Beratungsstelle beteiligt sei. Es komme im Rahmen einer Sperrminorität vor allem darauf an, ob ein Mitarbeiter mit Hilfe dieser Sperrminorität Weisungen eines Dienstherrn im Sinne eines Direktionsrechts verhindern könne. Dienstherr könne nur die Gesellschaft sein, mit der der Anstellungsvertrag bestehe, dies sei hier allein die GmbH. Zudem bestehe nach den vertraglichen Regelungen eine Weisungsgebundenheit. Im Übrigen verweist sie auf ihre Argumentation in ihrer Nichtzulassungsbeschwerde in dem parallel gelagerten Rechtsstreit - [B 12 KR 17/05 B](#).

Die Beigeladene zu 2) stellt keinen Antrag. Die Beigeladenen zu 4), die in der mündlichen Verhandlung weder erschienen noch vertreten war, stellt keinen Antrag.

Auf Anforderung des Senats hat der Kläger Bescheide über die gesonderte einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für die F. & P. GmbH, Niederlassung O ... , aus den Jahren 1995 bis 2000 zu den Akten gereicht. Weiter hat er einen Gesellschafterbeschluss über die Beschaffung eines Firmen-Pkw bis zu einer monatlichen Gesamtkostenbelastung von 850,00 DM vom 4. Mai 1999 vorgelegt. Danach ist die Entscheidung, welches Angebot Anwendung findet, mit der Zentrale in Essen abzustimmen, und der Niederlassungsleiter, der für die Einhaltung der Leasingbedingungen verantwortlich ist, in der Gestaltung der Vertragsbedingungen frei. Den Beschluss hat der Kläger als Niederlassungsleiter und ein Vertreter der GmbH als "Geschäftsführung" unterschrieben. Daneben hat er weitere Gesellschafterbeschlüsse über den jeweiligen Jahresabschluss für die Jahre 1995 bis 2001 zu den Akten gereicht. Danach sind die Gesellschafter der Niederlassung an dem Ergebnis zu beteiligen und das Ergebnis wird auf den variablen Kapitalkonten gutgeschrieben bzw. belastet. Für weitere Einzelheiten wird auf die Unterlagen Bl. 206 bis 214 der Gerichtsakte verwiesen. Die vom Kläger weiter vorgelegten Anstellungsverträge bezogen sich auf frühere Beschäftigte mit einem Monatseinkommen von unter 3.000,00 DM. Dies gilt nicht für das aktuelle Beschäftigungsverhältnis mit der Ehefrau des Klägers, Frau S. G. ab dem 1. Juli 2002. Deren Bruttojahresgehalt als Bilanzbuchhalterin beträgt 24.600,00 EUR. Der Kläger hat eine Sitzungsniederschrift des Landessozialgerichts B. vom 25. Januar 2005 in einem Parallelfall zu den Akten gereicht, in dem ein Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4), ein Herr H. als Geschäftsführer einer anderen Steuerberatungsgesellschaft zu den Weisungsverhältnissen gegenüber den Niederlassungsleitern als stille Gesellschafter ausgesagt hat.

Der Senat hat Frau B. R. als Zeugin vernommen. Für das Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 23. Juni 2005 verwiesen.

Die Verwaltungsakte der Beklagten und der Beigeladenen zu 1) sowie die Gerichtsakten haben dem Senat vorgelegen und sind von ihm bei seiner Entscheidung berücksichtigt worden.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte in der Sitzung vom 23. Juni 2005 in Abwesenheit der Beigeladenen zu 4) entscheiden, weil diese am 19. Mai 2005 geladen und in der Ladung auf diese Möglichkeit hingewiesen worden war ([§§ 153 Abs. 1](#) 110 Abs. 1 Satz 2 des Sozialgerichtsgesetzes - SGG).

Gegenstand der Berufung ist die Anfechtung der Bescheide der Beklagten vom 6. April 1999 und 1. November 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. Dezember 2000. Der Kläger begehrt zudem die positive Feststellung, dass er nicht pflichtversichert ist. Diesen Antrag hat er auf den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2000 begrenzt. Denn für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2001 hat die AOK Sachsen-Anhalt - als dann zuständige Einzugsstelle - mit Bescheid vom 27. August 2003 eine solche Feststellung bereits getroffen. Da der Kläger den Klagegegenstand bestimmt, kann er auch entscheiden, ob er einen Bescheid angreifen und damit in den Rechtsstreit einbeziehen möchte oder nicht. Er kann nach [§ 99 Abs. 3 Nr. 2 SGG](#) die Klage begrenzen. Es kann daher dahinstehen, ob der Bescheid der AOK Sachsen-Anhalt vom 27. August 2003 nach [§ 96 SGG](#) in den Rechtsstreit einbezogen werden kann, der Kläger will ihn nach seinem Begehren und seinem Antrag jedenfalls nicht angreifen. Es war daher nicht geboten, die AOK Sachsen-Anhalt zu dem Rechtsstreit beizuladen.

Die Berufung für den so bestimmten Streitgegenstand ist zulässig. Sie ist nach den [§§ 143, 144 Abs. 1 SGG](#) statthaft. Sie ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden ([§ 151 SGG](#)).

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Die Bescheide der Beklagten vom 6. April 1999 und 1. November 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. Dezember 2000 sind rechtmäßig. Der Kläger unterliegt als Niederlassungsleiter der Beigeladenen zu 4) der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung. Er ist als abhängig Beschäftigter und nicht als Selbständiger zu qualifizieren.

Die Beklagte ist als zuständige Einzugsstelle gem. §§ 28a ff. des Sozialgesetzbuches - Viertes Buch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV) zur Feststellung der Versicherungspflicht in den Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung für den betreffenden Zeitraum zuständig (vgl. [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#)). Denn die Beklagte hat bis Ende 2000 die Krankenversicherung für den Kläger durchgeführt (vgl. [§ 28i Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV](#) sind nach Maßgabe der besonderen Vorschriften für die

einzelnen Versicherungszweige (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 des Sozialgesetzbuches – Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V), § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Sozialgesetzbuches – Sechstes Buch – Gesetzliche Rentenversicherung (SGB VI) und § 20 Abs. 1 Nr. 1 des Sozialgesetzbuches – Elftes Buch – Soziale Pflegeversicherung – SGB XI) in allen Zweigen der Sozialversicherung Personen versichert, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. Die Vorschrift gilt nach [§ 1 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) auch für das Recht der Arbeitsförderung, wo sich die spezielle Regelung in § 25 Abs. 1 des Sozialgesetzbuches – Drittes Buch – Arbeitsförderung (SGB III) findet. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (vgl. [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#)). Entscheidendes Merkmal für ein Arbeitsverhältnis ist die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber. Erforderlich hierfür ist eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers. Bei einem Geschäftsführer oder einem Gesellschafter, der geschäftsführende Funktionen übernimmt, kommt es darauf an, in welchem Umfang eine Weisungsgebundenheit des zur Dienstleistung verpflichteten Geschäftsführers/Gesellschafters gegenüber dem willensbildenden Organ der Gesellschaft besteht. Dies muss sowohl anhand der gesellschaftsrechtlichen Stellung, nach den im Anstellungsvertrag eingeräumten Befugnissen und der tatsächlichen Durchführung des Vertrages beurteilt werden. Ein Gesellschafter, der in der GmbH angestellt, aber nicht zum Geschäftsführer bestellt ist, besitzt in der Regel allein aufgrund seiner gesetzlichen Gesellschafterrechte nicht die Rechtsmacht, seine Weisungsgebundenheit als Angestellter der Gesellschaft aufzuheben. Diese rechtlich bestehende Abhängigkeit des Gesellschafters von Weisungen der Geschäftsführung in seiner Eigenschaft als Angestellter kann aber durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne dennoch ausscheidet (vgl. Schlegel in Eicher/Schlegel, SGB III [§ 25](#) Rn. 97).

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Kläger ist als Niederlassungsleiter und Handlungsbevollmächtigter der GmbH in seinen Entscheidungen nicht so frei und tatsächlich keinen Weisungen hinsichtlich seiner Geschäftstätigkeit in der Niederlassung unterworfen, dass eine abhängige Beschäftigung ausscheidet. Vielmehr deuten die Indizien über die faktische Durchführung der Tätigkeit darauf hin, dass der Kläger – wie im Anstellungsvertrag vorgesehen – nur eingeschränkte Kompetenzen bei der Führung der Geschäfte der Niederlassung hatte.

Allein aus der gesellschaftsrechtlichen Stellung erwächst dem Kläger keine solche Rechtsmacht, dass eine abhängige Beschäftigung ausscheidet. Der Kläger ist nicht direkt an dem Stammkapital der Beigeladenen zu 4) beteiligt. Soweit allein auf das willensbildende Organ der GmbH – die Gesellschafterversammlung – abzustellen ist, ist der Kläger nicht einmal Mitgesellschafter. Allerdings verfügt er über eine Sperrminorität an den Anteilen der atypisch stillen Gesellschaft der Niederlassung O ... Die atypisch stille Gesellschaft für eine einzelne Niederlassung innerhalb einer Steuerberatungsgesellschaft ist eine Innengesellschaft. Fehlt es – wie für den freien Beruf des Steuerberaters – für die unmittelbare Anwendung der [§§ 230 ff HGB](#) nur an der kaufmännischen Qualifikation des Unternehmens, so handelt es sich um eine BGB-Innengesellschaft, auf die die [§§ 230 ff. HGB](#) analog anwendbar sind (vgl. MüKo-Karsten Schmidt § 230 Rn. 52). Als reine Innengesellschaft kann die atypisch stille Gesellschaft nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Träger des Unternehmens bleibt derjenige, den das Gesetz als den Inhaber des Handelsgewerbes (oder des freien Berufes) bezeichnet, in diesem Fall also die Beigeladene zu 4). Dritten gegenüber tritt nur die GmbH auf, für sie handelt der Kläger als Bevollmächtigter der Gesellschaft. An der GmbH selbst ist der Kläger nicht beteiligt, hier hat er keinen beherrschenden Einfluss. Die Gesellschafterversammlung der GmbH ("als Geschäftsinhaber") kann jedoch im Innenverhältnis an Weisungen des stillen Gesellschafters gebunden werden, so dass dieser der wahre Geschäftsherr ist (vgl. Heidelberger-Kommentar HGB, § 230 Rn. 5). Dies stellt ein atypisches Element der stillen Gesellschaft dar. Diese Bindung kann die eigentlichen Weisungsbefugnisse der Gesellschafterversammlung gegenüber dem angestellten stillen Gesellschafter wieder aufheben, sie überlagert die Stimmverhältnisse in der GmbH. Im Extremfall einer stillen Gesellschaft als Treuhandverhältnis kann dies dazu führen, dass der stille Gesellschafter im Innenverhältnis als Alleinhaber des Unternehmens behandelt wird (vgl. MüKo-Karsten Schmidt § 230 Rn. 82). Eine Besonderheit besteht hier darin, dass der Kläger nicht stiller Gesellschafter der "ganzen" Gesellschaft werden soll, sondern sich seine "Beteiligung" allein auf eine Niederlassung bezieht. Der Gesellschaftszweck der stillen Gesellschaft betrifft damit nicht den Gesellschaftszweck der GmbH insgesamt, sondern nur einen unselbständigen Teilzweck. Es kann aber letztlich offen bleiben, ob diese Konstruktion der partiellen stillen Gesellschaft gesellschaftsrechtlich möglich ist. Selbst wenn die Vereinbarung einer Sperrminorität des Klägers im Gesellschaftsvertrag der stillen Gesellschaft als eine interne Bindung der GmbH verstanden werden muss, soweit Belange der Niederlassung betroffen sind, schließt dies ein Anstellungsverhältnis des Klägers zu der GmbH nicht aus. Sogar ein Gesellschafter einer Außengesellschaft in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann außerhalb des Gesellschaftsrechtsverhältnisses rechtsgeschäftliche Beziehungen zu der Gesellschaft begründen. Ebenso ist es möglich, dass ein in dem Betrieb einer GbR mitarbeitender Gesellschafter außerhalb seines Gesellschaftsverhältnisses zu dem Unternehmen mit persönlicher Abhängigkeit in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis steht (vgl. BSG, Urteil vom 20. Juli 1988 – [12 RK 23/87](#) – [SozR 7610 § 705 Nr. 3](#); Urteil vom 14. Juni 1966 – [7 RKg 6/65](#) – [BSGE 25, 51](#), 52). Dies gilt umso mehr, wenn das Anstellungsverhältnis nicht mit der GbR, sondern einer GmbH gegründet wurde, und der Einfluss über eine Innengesellschaft verwirklicht wird.

Der Kläger erbringt seine Arbeitsleistung nicht im Rahmen seiner Gesellschafterstellung als Beitrag i.S. des [§ 705 BGB](#), sondern aufgrund eines Drittverhältnisses. So hat er schon kraft des Gesellschaftsvertrages eine andere Stellung als ein mitarbeitender Gesellschafter. Nach § 9 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages bleiben die Ansprüche der stillen Gesellschafter aus einem etwaigen Dienstvertrag unberührt. Demnach entscheiden jedenfalls über die Vergütungsansprüche des Klägers gegenüber der GmbH aufgrund seines Anstellungsvertrages nicht die Gesellschafter der stillen Gesellschaft, sondern allein die Organe der GmbH. Der Anstellungsvertrag ist damit gerade nicht Teil der Verpflichtungen in der stillen Gesellschaft, sondern besteht daneben. Erfassen die stille Beteiligung des Klägers und die damit verbundenen Einflussmöglichkeiten jedoch nicht seinen Anstellungsvertrag, so kann er sich gegen von der Geschäftsführung wahrgenommene Rechte aus dem Anstellungsvertrag nicht wehren. Dies gilt insbesondere für die Zustimmungserfordernisse nach § 2 oder das Kündigungsrecht nach § 7 des Anstellungsvertrages. Die vom Kläger vertretene Auslegung, auch diese Vorschriften bezögen sich nur auf Gesellschafterbeschlüsse in der stillen Gesellschaft, überzeugt daher nicht. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass der Kläger in dem Feststellungsbogen zur Versicherungspflicht angegeben hat, dass er über keine Sonderrechte verfüge, mit denen er Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen oder verhindern könne. Zu berücksichtigen ist auch, dass der nun vom Kläger behauptete umfangreiche Einfluss auf die Entscheidungen der GmbH allein aufgrund einer sehr geringen Beteiligung in Höhe von 2.000,00 DM bestehen soll. Neben dem dargestellten entgegenstehenden Wortlaut in § 9 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages überzeugt dies auch in wirtschaftlicher Hinsicht nicht. Nach dem im Anstellungsvertrag vereinbarten Befugnissen und Beschränkungen besteht eine persönliche Abhängigkeit des Klägers von der GmbH. So weist der Anstellungsvertrag des Klägers alle klassischen Merkmale eines Vertrages eines abhängig Beschäftigten auf. Nach dem Vertrag besteht Einverständnis, dass der Kläger seine Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen der Gesellschaft zu richten hat. Er verpflichtet sich, seine Arbeitskraft der Gesellschaft zu widmen, und unterliegt einem Wettbewerbsverbot. Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb der Niederlassung hinausgehen, bedürfen der Zustimmung der Geschäftsführung der GmbH. Er muss sogar die Zustimmung der Gesellschaft für die Übernahme von Ehrenämtern und Nebentätigkeiten einholen.

Des weiteren erhält der Kläger eine feste Vergütung. Die Vergütung wird zwar als "Vorauszahlung" bezeichnet. Der Sache nach handelt es sich jedoch um eine Vergütung unabhängig von dem Gewinnergebnis der Niederlassung. Dies hat der Kläger schon im Erfassungsbogen dargelegt, wonach ihm unabhängig von der Ertragslage des Unternehmens eine monatlich gleichbleibende Vergütung als Gegenleistung für seine Arbeit gezahlt wird. Zudem hat er im Termin bestätigt, dass auch in den Jahren, wo die Niederlassung ein negatives Ergebnis hatte, die "Vorauszahlung" nicht zurückgezahlt werden muss. Gleiches gilt, wenn der Niederlassungsleiter in einer solchen Phase ausscheidet. Demnach ist der Kläger in Bezug auf seine unabhängig von der Ertragslage gezahlte Vergütung nicht am Unternehmensrisiko beteiligt. Nur für die Auszahlung eines weitergehenden Gewinnanteils aus der Beteiligung kommt es auf die Ertragssituation an. Nur für diese Gewinnentnahme ist das variable Kapitalkonto des Klägers entscheidend. Dieses Konto wird mit einem etwaigen Verlustanteil belastet. D.h. der Gesellschafter kann erst wieder Guthaben entnehmen, wenn ein etwaiges Negativsaldo durch künftige Gewinne ausgeglichen worden ist. Davon unabhängig ist die steuerrechtliche Beurteilung. Der Kläger mag steuerrechtlich als Mitunternehmer behandelt werden, dies verändert seine sozialversicherungsrechtliche Stellung nicht. Die sozialversicherungsrechtliche Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses ist unabhängig von der Entscheidung der Finanzbehörden zu treffen (vgl. BSG, Beschluss vom 17. Oktober 1990 - [11 BAr 39/90](#) - Die Beiträge 1991, 115). Der Beurteilung als fester Vergütung steht nicht entgegen, dass zusätzlich gewinnabhängige Tantiemen gezahlt werden. Eine ertragsabhängige Bezahlung neben einer garantierten Vergütung ist Bestandteil von Arbeitsverträgen u.a. mit höheren Angestellten.

Darüber hinaus erhält der Kläger im Krankheitsfall eine Vergütungsfortzahlung und muss bei der Inanspruchnahme von Urlaub den Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung tragen. Hinzu kommt, dass der Kläger von der Beigeladenen zu 4) zur Sozialversicherung angemeldet wurde und für ihn zunächst unbeanstandet Sozialversicherungsbeiträge abgeführt wurden. Der Anstellungsvertrag enthält keine Elemente, die für einen Vertrag eines angestellten Niederlassungsleiters untypisch wären. Der Kläger unterliegt umfangreichen Kontrollrechten und muss seine ganze Arbeitskraft der Beigeladenen zu 4) zur Verfügung stellen. Selbst eine lange Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres spricht nicht gegen eine abhängige Beschäftigung (a. A. LSG Brandenburg vom 25. Januar 2005 - [L 24 KR 6/04](#) -). Sie ist in einem Arbeitsverhältnis zulässig und nicht ungewöhnlich. So besteht bei einem großen Verantwortungsbereich ein Interesse für eine langfristige Planungssicherheit. Die gesetzlichen Kündigungsfristen in [§ 622 BGB](#) sind Mindestkündigungsfristen. Solange die verlängerte Kündigungsfrist für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer gleichermaßen gilt (vgl. [§ 622 Abs. 6 BGB](#)), kann auch einzelvertraglich eine längere als die gesetzlich bestimmte Frist vereinbart werden, sofern dadurch nicht im Einzelfall das Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes nach [Art. 12 Abs. 1](#) des Grundgesetzes verletzt oder der Betreffende in sittenwidriger Weise in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt wird; bei Kündigungsfristen bis zu einem Jahr ist dies regelmäßig nicht der Fall (vgl. ErfK-Müller-Glöge, 5. Aufl., § 622 Rn. 98).

Der Kläger hat auch nicht in der faktischen Ausgestaltung der Beziehung zwischen ihm und der GmbH - entgegen der gesellschaftsvertraglichen Stellung und der vertraglichen Befugnisse - einen wesentlichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft. Die tatsächlichen Verhältnisse weichen von der dargestellten vertraglichen Basis nicht wesentlich ab. Der Kläger war in der Gestaltung seiner Tätigkeit als Niederlassungsleiter nicht frei. Eine versicherungspflichtige Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer und Ort der Ausführung seiner Tätigkeit umfassenden Weisungsrecht unterliegt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Weisungsabhängigkeit bei Diensten höherer Art eingeschränkt ist und sich zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert (vgl. BSG, Urteil vom 25. Januar 2001 - [B 12 KR 17/00 R](#) - [SozVers 2001, 329](#)). Gefordert werden muss jedoch eine von anderer Seite vorgegebene Ordnung, die sich beispielsweise in einer Festlegung des Arbeitsziels und der Stellung von Personal und Räumlichkeiten zeigt.

Der Kläger war in eine solche von der GmbH vorgegebene Ordnung eingefügt. So ist er kein Steuerberater und darf daher als Niederlassungsleiter nach außen nicht auftreten. Gem. [§ 34 Abs. 2](#) des Steuerberatungsgesetzes (StBerG) in der Fassung vom 24. Juni 1994 muss der Leiter einer Beratungsstelle ein Steuerberater oder Steuerbevollmächtigter sein. Aus diesem Grund firmiert der Kläger nach außen nur als "Sachbearbeiter" und der Leiter oder die Leiterin der Geschäftsstelle waren jeweils Steuerberater mit einer auswärtigen Kanzlei. Ob das standesrechtlich zulässig ist, kann für die Entscheidung des Falles offen bleiben. Jedenfalls unterscheidet sich die Stellung des Klägers von dem Sachverhalt der Entscheidung des LSG Brandenburg vom 25. Januar 2005 - [L 24 KR 6/04](#) -, denn dort verfügte die stille Gesellschafterin über die nötige Sachkunde zur Führung einer Niederlassung. Eine solche Sachkunde fehlt bei dem Kläger. Entgegen seiner Darstellung hat auch nicht er sich die Zeugin R. ... als Steuerberaterin und formelle Niederlassungsleiterin ausgesucht, sondern die Geschäftsführung hat die Zeugin R. kontaktiert. Dies steht nach der widerspruchsfreien Aussage der Zeugin für den Senat fest. Die Zeugin erinnerte sich daran, dass nicht der Kläger, sondern die Geschäftsführung sie angesprochen hatte. Während sie sich bei der Höhe der Pauschale nicht sicher war, hatte sie bei diesem Umstand keinen Zweifel. Dabei ist die Zeugin R. ebenfalls als stille Gesellschafterin in einer anderen Niederlassung mit einer Steuerberatungs-GmbH aus der Gruppe von Steuerberatungsgesellschaften, zu der die Beigeladene zu 4) gehört, verbunden. Danach hat die Geschäftsführung und nicht der Kläger geregelt, wie die Vertretung mit einem Steuerberater gewahrt werden konnte.

Die Einflussnahme der Zeugin bezog sich auch auf inhaltliche Fragen. So hat die Zeugin R. weiter dargelegt, dass sie die von dem Kläger vorbereiteten Unterlagen durchgesehen und ggf. Korrekturen gefordert habe. D. h. für den Aufgabenbereich, der einem Steuerberater vorbehalten ist, wie Einsprüche, Klagen und Jahresabschlüsse, hatte der Kläger nicht einmal eine fachliche Verantwortung. In diesem Bereich hat er der Steuerberaterin lediglich zugearbeitet. Der Kläger verfügt im Unterschied zu den Steuerberatern und Rechtsanwälten der Geschäftsführung gerade über keine Sachkunde oder Erfahrung, die ihm in der tatsächlichen Arbeitsgestaltung einen weitergehenden Einfluss einräumte.

Darüber hinaus hat die GmbH auch die Rechte aus dem Anstellungsvertrag wahrgenommen. So hat der Kläger berichtet, dass bei der erneuten Einstellung seiner Ehefrau in der Niederlassung ein Gespräch mit einem Geschäftsführer der GmbH stattgefunden habe. Hinzu kommt, dass der Kläger nach dem vorgelegten Beschluss über die Anschaffung eines PKW vom 4. Mai 1999 deutlichen Beschränkungen unterlag. Nicht nur, dass es offensichtlich einer Zustimmung der Geschäftsführung zu einer solchen Anschaffung mit einem Volumen von monatlichen Gesamtkosten von 850,00 DM bedurfte, der Kläger war auch bei der Auswahl des Fahrzeugs gebunden. So musste er die Entscheidung, welches Angebot angenommen wird, mit der Zentrale in Essen abstimmen. Diese Bindung passt überhaupt nicht zu dem sonstigen Vortrag des Klägers, dass er allein in der Niederlassung etwas zu sagen habe. Vielmehr zeigt sie, dass er wie ein normaler abhängig beschäftigter Niederlassungsleiter an Entscheidungen der Hauptstelle gebunden ist. Es ist dabei unbeachtlich, dass die Geschäftsführung dem Kläger im übrigen einen weiten Entscheidungsspielraum eingeräumt hat und behauptet, weitere Weisungen oder

Einflussnahmen nicht ausgeübt zu haben. Es muss nur die Rechtsmacht vorhanden sein und der Wille, die Kontrollrechte und Weisungsbefugnisse ggf. durchzusetzen. Hiervon ist nach den vorgenannten Beispielen auszugehen.

Im übrigen mag der Kläger die Gestaltung der Niederlassung bestimmen. So konnte er nach eigenem Vortrag entscheiden, dass er ein vorgeschlagenes Buchhaltungsprogramm nicht verwenden wollte. Er legt die Öffnungszeiten der Beratungsstelle fest und kann auch bestimmen, wieviele Mitarbeiter unterhalb der Grenze der Zustimmungsbedürftigkeit in der Niederlassung beschäftigt werden. In einer Gesamtschau ändert dies jedoch nichts daran, dass er im Beurteilungszeitraum in wesentlichen Fragen von der Geschäftsführung abhing und innerhalb eines vorgegebenen Rahmens ohne die erforderliche Kompetenz für eine Leitung der Niederlassung (Kanzleiräume, Steuerberaterin als Niederlassungsleiterin usw.) handelte. Zutreffend hat das Sozialgericht Magdeburg hervorgehoben, dass die Tätigkeit des Klägers eher der eines leitenden Angestellten, der für den reibungslosen Ablauf des Betriebes nach innen verantwortlich ist, ähnelte.

War der Kläger in dem fraglichen Zeitraum abhängig beschäftigt, kann er die gezahlten Beiträge zur Arbeitslosenversicherung gem. [§ 26 Abs. 2 SGB IV](#) in Verbindung mit [§ 351 SGB III](#) nicht zurückerstattet verlangen. Die Beiträge wurden zu Recht entrichtet.

Die Kostenentscheidung folgt [§ 193 SGG](#).

Der Senat hat die Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. Die Besonderheit, dass der Gesellschaftsanteil mit Sperrminorität nicht an der Außengesellschaft besteht, sondern nur an einer atypischen stillen Gesellschaft als Innengesellschaft, die sich nur auf einen Teil des Unternehmens bezieht, ist höchstrichterlich noch nicht behandelt worden. Die vom BSG entwickelten Kriterien beziehen sich nicht auf ein solches Auseinanderfallen von Arbeitgeber und gesellschaftsrechtlicher Stellung in der Innengesellschaft.

Rechtskraft

Aus

Login

SAN

Saved

2012-10-02