

## **B 12 KR 31/06 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
12  
1. Instanz  
SG Potsdam (BRB)  
Aktenzeichen  
S 7 KR 177/01  
Datum  
20.11.2003  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 24 KR 6/04  
Datum  
25.01.2005  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 KR 31/06 R  
Datum  
24.01.2007  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Zur Versicherungspflicht stiller Gesellschafter einer Steuerberatungs-GmbH.

Auf die Revision der Beigeladenen zu 1. wird das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Brandenburg vom 25. Januar 2005 aufgehoben. Das Urteil des Sozialgerichts Potsdam vom 20. November 2003 wird aufgehoben, soweit es über die Versicherungspflicht der Klägerin bis zum 31. Dezember 1998 entschieden hat.

Die Klage wird abgewiesen, soweit sie sich gegen die Feststellung der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung im Bescheid vom 19. August 1996 für die Zeit bis zum 31. Dezember 1998 richtet.

Im Übrigen wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten zuletzt noch darüber, ob die Klägerin ab dem 1. April 1992 in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig und in der Arbeitslosenversicherung beitrags- bzw versicherungspflichtig beschäftigt ist.

2

Die im Mai 1949 geborene Klägerin ist seit dem 1. Januar 1991 Mitglied der beklagten Krankenkasse und seit dem 1. April 1992 in Potsdam Niederlassungsleiterin der Beigeladenen zu 3., einer Steuerberatungsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH mit Hauptsitz in Essen. Letztere 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.

3

Grundlage der Tätigkeit der Klägerin ist ursprünglich ein "Anstellungsvertrag" vom 5. März 1992 und ein "Vertrag zur Gründung einer stillen Gesellschaft/Gesellschaftsvertrag" vom selben Tag mit Wirkung jeweils ab 1. April 1992 gewesen. Am 4. Januar 1995 haben die Klägerin und die Beigeladene zu 3. in Ergänzung und Modifizierung des Anstellungs- und des Gesellschaftsvertrages eine Nachtragsvereinbarung zum 1. April 1992 getroffen.

4

Am 28. Dezember 1994 beantragte die Klägerin bei der beigeladenen Deutschen Rentenversicherung Bund (damals Bundesversicherungsanstalt für Angestellte) die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht. Der Vorgang wurde von dort an die Beklagte weitergeleitet, die daraufhin der Klägerin ihren "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern" einer GmbH mit einem Kapital-/Stimmenanteil von weniger als 50 vH übersandte. Dieser Fragebogen ging am 10. Mai 1995 bei der Beklagten ein. Als Betreff gab die Klägerin nunmehr "Befreiung von der Renten- und Arbeitslosenversicherung" an. In diesem

Fragebogen gab die Klägerin an, sie halte 15 % der Gesellschaftsanteile, sei Geschäftsführerin und unterliege keinem Direktionsrecht hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeit. Es handele sich um eine atypische stille Gesellschaft und sie sei von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit. Sie verfüge über eine Sperrminorität und es liege ein schriftlicher Arbeitsvertrag vor, im Rahmen dessen sie zur Mitarbeit verpflichtet sei. Ihre Abberufung sei nicht monatlich möglich, ihr monatliches Gehalt betrage 6.000,00 DM. Aus dieser Vergütung werde Lohnsteuer/Einkommenssteuer nicht entrichtet. Die "Verbuchung" erfolge als "Unternehmerlohn". Entsprechend ihrer Anteile sei sie an der Gewinnverteilung beteiligt.

5

Mit Bescheid vom 16. Juni 1995 stellte die Beklagte unter der Überschrift "Antrag auf Befreiung von der Renten- und Arbeitslosenversicherung, versicherungsrechtliche Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern" fest, dass "bei einer stillen Gesellschaft beschäftigte Gesellschafter nach den allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften versicherungspflichtig" sind. Eine andere Beurteilung könne sich allerdings dann ergeben, wenn der stille Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag zur Hälfte sowohl am Gewinn als auch am Verlust des Unternehmens teilnehme. Nachdem die Klägerin mitgeteilt hatte, dass sie mit dieser Entscheidung nicht einverstanden sei, trat die Beklagte in weitere Ermittlungen ein und stellte dann nach Beteiligung und mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit und der Deutschen Rentenversicherung Bund unter dem 19. August 1996 fest, dass die Klägerin bei der beigeladenen GmbH in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehe und somit Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit bestehe. In der gesetzlichen Krankenversicherung liege Versicherungsfreiheit gemäß [§ 6 Abs 1 Nr 1](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung vor. Als atypisch stille Gesellschafterin nehme sie nicht die aktive Stellung einer Gesellschafterin der GmbH ein. Die für die Beurteilung der Versicherungspflicht maßgebenden Rechtsbeziehungen richteten sich nach den Bestimmungen des Anstellungsvertrages. Sie sei in die von der GmbH vorgegebene Ordnung des Betriebes eingegliedert und könne über Arbeitskraft, Arbeitsort und Arbeitszeit nicht frei disponieren. Ein relevanter Einsatz von Eigenkapital liege ebenfalls nicht vor, sodass in Verbindung mit der fest vereinbarten Vergütung, dem Anspruch auf Weiterzahlung der Bezüge im Krankheitsfall, auf bezahlten Urlaub und auf Ersatz der anlässlich von Dienstreisen entstehenden Aufwendungen von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen sei.

6

Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin am 18. September 1996 Widerspruch ein, den sie mit Schriftsatz ihrer Vertreter vom 7. November 1996 begründete. Eine abhängige Beschäftigung liege nicht vor. Sie sei als atypisch stille Gesellschafterin am gesamten Gesellschaftsvermögen der GmbH beteiligt. Beschlüsse könnten ausschließlich mit ihrer Zustimmung gefasst werden. Die Geschicke der Niederlassung, die sie in Eigenregie leite, lägen vollständig in ihren Händen. Die in [§ 112](#) des Handelsgesetzbuches (HGB) gesetzlich verankerte Verpflichtung, ihre Arbeitskraft vollständig in den Dienst der Gesellschaft zu stellen, widerspreche dem keineswegs. Sie erhalte auch keine "fest vereinbarte Vergütung". Mit Widerspruchsbescheid vom 7. Januar 1997 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin gegen den Bescheid vom 19. August 1996 zurück.

7

Auf die Klage der Klägerin hat das Sozialgericht (SG) Potsdam mit Urteil vom 20. November 2003 die angefochtenen Verwaltungsakte aufgehoben und festgestellt, dass die Klägerin seit dem 1. April 1992 versicherungsfrei in den Zweigen der Sozialversicherung ist. Die Berufung der Beklagten hiergegen hat das Landessozialgericht (LSG) für das Land Brandenburg mit Urteil vom 25. Januar 2005 zurückgewiesen. Das SG habe zu Recht festgestellt, dass die Klägerin in den Zweigen der Sozialversicherung - auch in der Arbeitslosenversicherung - versicherungsfrei sei. Auf die hier vorliegende Gestaltung sei die Rechtsprechung "zur GmbH" heranzuziehen. Zwar sei die rechtliche Situation einer stillen Gesellschaft und einer GmbH völlig unterschiedlich, maßgeblich für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft seien jedoch die tatsächlichen Verhältnisse. Die tatsächlichen Verhältnisse stellten sich hier wie beim Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH dar, der wesentlichen Einfluss auf die Geschicke der GmbH habe. Auch wenn der Anstellungsvertrag nicht zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 3. geschlossen worden sei, ergebe sich doch aus dem Gesellschaftsvertrag, dass die Klägerin aufgrund der ihr eingeräumten Rechtsmacht tatsächlich alle ihr nicht genehmen Beschlüsse der Gesellschaft verhindern könne. Diese habe umgekehrt auch Auswirkungen auf den Anstellungsvertrag. Die Klägerin könne über ihre Arbeitszeit frei verfügen, habe sich in der Vergangenheit keine Geschäfte genehmigen lassen und erhalte Bezüge entsprechend ihrem Gewinn aus dem Gesellschaftsvertrag, wobei sie umgekehrt etwaige Verluste entsprechend ihrem Anteil auszugleichen hätte. Die gekoppelten Laufzeiten beider Verträge seien für ein Arbeitsverhältnis ungewöhnlich. Insgesamt sei die Situation der Klägerin derjenigen einer Franchisenehmerin ähnlich, die im Allgemeinen selbstständig sei. Während des Berufungsverfahrens hat die Klägerin weitere Vereinbarungen vorgelegt, die sie mit der beigeladenen GmbH mit Wirkung zum 31. Dezember 1998 bzw für die Zeit ab dem 1. Januar 1999 abgeschlossen hat. Diese hat das LSG nicht berücksichtigt.

8

Die beigeladene Deutsche Rentenversicherung Bund hat die vom erkennenden Senat zugelassene Revision eingelegt. Die Klägerin sei abhängig beschäftigt und daher versicherungspflichtig. Eine Sperrminorität könne dem nur entgegenstehen, wenn diese in der GmbH bestehe. Erst der Anstellungsvertrag gebe der Klägerin die Befugnis, als Niederlassungsleiterin der GmbH tätig zu sein. Nur durch Beteiligung an dieser könnten daher ggf auch Weisungen verhindert werden. Ohnehin sei die Kompetenz, in der stillen Gesellschaft Beschlüsse zu fassen, nur gering ausgeprägt, da die Geschäftspolitik maßgebend durch die Beschlüsse der GmbH-Gesellschafterversammlung und die Geschäftsführung der GmbH geprägt werde. Zudem werde im Gesellschaftsvertrag auch keine Aussage über die Tätigkeit der Klägerin als Niederlassungsleiterin getroffen. Der damit maßgebliche Anstellungsvertrag spreche für eine persönliche Abhängigkeit.

9

Die Revisionsklägerin und die Beklagte beantragen, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und des Urteils des Sozialgerichts Potsdam vom 20. November 2003 die Klage abzuweisen.

10

Die Klägerin beantragt, die Revision kostenpflichtig zurückzuweisen.

11

Sie hält das angegriffene Urteil für zutreffend. Die Revision habe die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mit zulässigen Rügen angegriffen. Die Revision habe den bisherigen Sachvortrag der Klägerin, die im Rahmen des Berufungsverfahrens sämtliche Nachtragsvereinbarungen vorgelegt habe, nicht zur Kenntnis genommen. Der Anstellungsvertrag sei niemals zwischen den Parteien "gelebt" worden. Seit seiner Aufhebung zum 31. Dezember 1998 und dem Abschluss des neuen Gesellschaftsvertrages zum 1. Januar 1999 ergäben sich die Beziehungen zudem allein hieraus. Die Klägerin habe ihre Tätigkeit stets nur als Einlage und aufgrund des Gesellschaftsvertrages geschuldet. Damit komme auch der dort geregelten Sperrminorität entscheidende Bedeutung zu. Die Revision habe zudem übersehen, dass der Gesetzgeber mittlerweile [§ 2](#) des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung (SGB VI) klarstellend geändert habe. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, dass eine Entscheidung zur Feststellung der Versicherungsfreiheit in der Kranken- und Pflegeversicherung mit dem Antrag vor dem SG nicht beabsichtigt gewesen ist.

12

Die Beigeladene zu 2. hat keinen Antrag gestellt. Die Beigeladene zu 3. war im Verfahren vor dem Bundessozialgericht (BSG) nicht vertreten.

II

13

Die Revision der beigeladenen Deutschen Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 1.) ist hinsichtlich des Zeitraums vom 1. April 1992 bis zum 31. Dezember 1998 begründet. Für die Zeit ab 1. Januar 1999 fehlt es für eine Sachentscheidung an ausreichenden Feststellungen des LSG.

14

Für die Zeit bis zum 31. Dezember 1998 hat die Beklagte als zuständige Einzugsstelle ([§§ 28a ff](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV)) mit den angegriffenen Bescheiden zu Recht das Vorliegen von Versicherungspflicht der Klägerin in der gesetzlichen Rentenversicherung und ihre Beitragspflicht/Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung festgestellt. Die Anfechtungs- und Feststellungsklage der Klägerin musste daher insoweit erfolglos bleiben und die entgegengesetzten Urteile des LSG und des SG aufgehoben werden.

15

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#); [§ 168 Abs 1 Satz 1](#) des Arbeitsförderungsgesetzes bis 31. Dezember 1997, ersetzt durch [§ 25 Abs 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) (seit 1. Januar 1999 [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#)). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

16

Nach der ständigen Rechtsprechung des 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, Dauer, 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 (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

17

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. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG, Urteile vom 8. August 1990, [11 RAr 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#) S 14, und vom 8. Dezember 1994, [11 RAr 49/94](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr 18](#) S 45). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteile vom 1. Dezember 1977, [12/3/12 RK 39/74](#), [BSGE 45, 199](#), 200 ff = [SozR 2200 § 1227 Nr 8](#); vom 4. Juni 1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#) S 31 f; vom 10. August 2000, [B 12 KR 21/98 R](#), [BSGE 87, 53](#), 56 = [SozR 3-2400 § 7 Nr 15](#) S 46, jeweils mwN). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie

praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (s hierzu insgesamt Urteil des Senats vom 25. Januar 2006, [B 12 KR 30/04 R](#), [ZIP 2006, 678](#) = Die Beiträge, Beilage 2006, 149).

18

Die in diesem Sinne rechtlich relevanten Beziehungen der Klägerin und der beigeladenen GmbH bestimmen sich in der Zeit vom 1. April 1992 bis zum 31. Dezember 1998 nach dem "Anstellungsvertrag" vom 5. März 1992, dem "Vertrag zur Gründung einer stillen Gesellschaft" vom 5. März 1992 und der Nachtragsvereinbarung vom 4. Januar 1995. Das LSG hat den Wortlaut dieser Vereinbarungen in vollem Umfang festgestellt und weitgehend im Urteil selbst auch wiedergegeben, ansonsten hinreichend deutlich auf die entsprechenden Texte Bezug genommen. Ebenfalls unangegriffen ist das Berufungsgericht jedenfalls sinngemäß davon ausgegangen, dass die schriftlich niedergelegten Vertragstexte die Vertragslage jeweils vollständig erfassen und dem tatsächlichen Willen der Beteiligten entsprechen. Hieran ist der Senat gebunden (§ 163 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG)). Dagegen entscheidet er in eigener Zuständigkeit über die rechtliche Bedeutung der in Frage stehenden privatrechtlichen Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Versicherungspflicht der Klägerin, die als solche jeder privatrechtlichen Disposition entzogen ist.

19

Das Berufungsgericht ist im Ausgang zutreffend davon ausgegangen, dass sich Rechtsnatur und rechtlicher Gehalt der vertraglichen Regelungen nicht danach bestimmen, ob sie in getrennten Urkunden verkörpert sind. Unzutreffend ist jedoch die Ansicht des LSG, die Regelungen des "Anstellungsvertrages" seien durch diejenigen des "Gesellschaftsvertrages" so relativiert, dass die Klägerin aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung nicht in eine ihr fremde Organisation eingegliedert bzw in der Lage wäre, (ihr missliebige) Weisungen zu verhindern. Eine dem Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH vergleichbare Position liegt weder gegenüber der beigeladenen GmbH noch erst recht gegenüber der von der Klägerin mit der GmbH gegründeten stillen Gesellschaft vor.

20

Das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der beigeladenen GmbH erlaubt unter Zugrundelegung des "Anstellungsvertrages" vom 5. März 1992 eine uneingeschränkte Zuordnung zum Typus der abhängigen entgeltlichen Beschäftigung. Diese vertraglichen Regelungen sind für die Beurteilung hier maßgebend. Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen rechtlich nicht ernst gemeint (§ 118 BGB) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) abgegeben worden wären. Eine formlose Abbedingung der entsprechenden Abreden des schriftlichen Anstellungsvertrages durch schlüssiges Verhalten ist schon nach dem ausdrücklich bekundeten Willen der Vertragsparteien ausgeschlossen, da sich die vertraglichen Vereinbarungen erschöpfend aus diesem Vertrag und seinen etwaigen schriftlichen Anlagen ergeben, Vertragsänderungen der Schriftform bedürfen und eine Befreiung von der Schriftform durch mündliche Vereinbarung unwirksam ist. Auf den Vortrag der Klägerin und der Beigeladenen zu 3., der Vertrag sei "nicht gelebt worden", kann es schon deshalb nicht ankommen. Soweit sich die Klägerin schließlich in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat darauf berufen hat, der Vertrag sei so allein aus steuer- bzw haftungsrechtlichen Gründen abgeschlossen worden, geht sie unzutreffend davon aus, es unterliege ihrer Disposition, die Wirkungen eines wirksamen Vertrages nach Maßgabe ihrer Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken. Umgekehrt gilt vielmehr, dass dann, wenn eine vertragliche Gestaltung durch zwingende gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Verhältnisse hiervon nicht rechtserheblich abweichen und deshalb bei Beurteilung der Versicherungspflicht diese vertragliche Gestaltung auch rechtlich maßgebend ist. Danach gilt für die Klägerin nach den im "Anstellungsvertrag" getroffenen Regelungen insbesondere, dass sie

- ihre Arbeitskraft als Niederlassungsleiterin der Niederlassung Potsdam "ausschließlich" der Beigeladenen zu 3. schuldet und bei einem Verstoß gegen das umfassende Konkurrenzverbot (einschließlich ua "einer Beteiligung als stiller Teilhaber oder Unterbeteiligter") insbesondere von fristloser Kündigung bedroht ist,
- unabhängig von einer "freien Verfügungsbefugnis" im Übrigen eine allein an den betrieblichen Erfordernissen der Beigeladenen zu 3. ausgerichtete wöchentliche Durchschnittsarbeitszeit von mindestens 40 Stunden schuldet,
- für alle über den "gewöhnlichen Betrieb der Niederlassung hinausgehenden Geschäfte" der Zustimmung bedarf,
- eine durch Vereinbarung mit der Geschäftsführung festgelegte und damit von der Ertragslage unabhängige feste Vergütung erhält, auf die monatliche Vorauszahlungen gezahlt werden,
- im Krankheitsfall Anspruch auf Fortzahlung ihrer Bezüge bis zur Dauer von (ursprünglich) drei Monaten hat,
- Anspruch auf 25 Tage bezahlten Urlaub im Geschäftsjahr hat, dessen Zeitpunkt in Abstimmung mit der "Gesellschaft" so einzurichten ist, dass deren Bedürfnissen Rechnung getragen wird
- und bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses alle Geschäftsunterlagen, Aufzeichnungen, Notizen, Entwürfe und sonstige Unterlagen, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft, von der Gesellschaft oder von Dritten erhalten hat, an die Gesellschaft herauszugeben hat.

Ihr bleibt hiernach für eine zeitlich, örtlich und inhaltlich im Wesentlichen freie und im wirtschaftlichen Ergebnis "im Guten wie ihm Bösen" unmittelbar sie selbst treffende Gestaltung ihrer Tätigkeit kein Raum. Auch soweit der Klägerin Vertretungsmacht insbesondere gegenüber Bediensteten und Mandanten eingeräumt ist, ist diese im Innenverhältnis stets durch das arbeitsrechtliche Grundverhältnis bestimmt und nicht etwa Zeichen einer selbstständigen Stellung auch gegenüber der Beigeladenen zu 3.

21

Umgekehrt steht der Klägerin nicht etwa als Gesellschafterin der beigeladenen GmbH (vgl hierzu die Nachweise im Urteil des Senats vom

25. Januar 2006, Juris, RdNr 23) oder auf sonstige Weise mittelbar ein maßgeblicher Einfluss auf die interne Willensbildung ihrer Arbeitgeberin zu, der es ihr erlauben würde, Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit zu verhindern oder sonst die Geschäftstätigkeit der Beigeladenen zu 3. ganz oder teilweise zu bestimmen. Eine Parallelität gesellschafts- und arbeitsrechtlicher bzw sozialversicherungsrechtlich relevanter Beziehungen liegt insofern von vorne herein nicht vor. Auf die von der Revision hierzu angeführte Rechtsprechung kann es folglich nicht ankommen.

22

An der Eigenschaft der Klägerin als abhängig Beschäftigte ändert sich nichts dadurch, dass sie nach den Feststellungen des LSG mit der beigeladenen GmbH ebenfalls mit Wirkung zum 1. April 1992 den weiteren "Vertrag zur Gründung einer stillen Gesellschaft/Gesellschaftsvertrag" geschlossen hat. Sie ist als stille Gesellschafterin nicht etwa ihrerseits in der Lage, ihren Bindungen aus dem Anstellungsvertrag durch Berufung auf die rechtlichen Verpflichtungen ihrer Arbeitgeberin aus dem Gesellschaftsvertrag zu entgehen. Die beigeladene GmbH, 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), räumt hiernach der Klägerin in Höhe von 15 vH eine "atypisch stille Beteiligung" an der von ihr unterhaltenen weiteren Beratungsstelle in Potsdam ein, "in der sie Steuerberatung einschließlich der für Steuerberatungsgesellschaften gesetzlich und berufsrechtlich zulässigen Tätigkeiten ... und gutachterliche sowie treuhänderische Tätigkeiten betreibt". Die Klägerin ist auf diese Weise rechtlich zulässig (vgl Schmidt in Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 3, München 2007, § 230 RdNr 169) an der Niederlassung als einem Bruchteil des Unternehmensvermögens der GmbH sowie am Unternehmensgewinn beteiligt. Zusammen mit der GmbH ist sie zudem dem Betrieb der Niederlassung als gemeinsamem Zweck verpflichtet, sodass die Merkmale einer stillen Gesellschaft iS von §§ 230 ff HGB vollständig erfüllt sind (vgl hierzu Schmidt, aaO, RdNr 3). Die - gesetzlich nicht definierte und nur rudimentär geregelte - stille Gesellschaft ist (Personen-)Gesellschaft iS von § 705 BGB und bildet als klassischer Fall einer Innengesellschaft als solche weder ein Gesellschaftsvermögen noch ist sie rechtsfähig/partefähig noch kann sie vertreten werden (Schmidt, aaO, RdNr 7, 8). In rechtlicher Hinsicht tritt allein der Geschäftsinhaber als Träger des Unternehmens in Erscheinung, sodass eine Außenhaftung der stillen Gesellschafter ausgeschlossen ist (Schmidt, aaO, RdNr 13). Als Innengesellschaft ist die (typische) stille Gesellschaft in erster Linie Schuldverhältnis mit dem Einlageverhältnis als zentralem vermögensrechtlichen Aspekt (Schmidt, aaO, RdNr 17). Schon deshalb mangelt es entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts auch insofern an jeder Vergleichbarkeit mit den Verhältnissen bei einer GmbH.

23

Zwar ist eine Ausgestaltung der Innengesellschaft als mitgliedschaftliches Organisationsverhältnis nicht ausgeschlossen (vgl etwa den BSG vom 2. Mai 1979, 2 RU 93/78, USK 79135 zugrunde liegenden Sachverhalt). Ein echter Verband kann insbesondere vorliegen, wenn das stille Beteiligungsverhältnis zB einer "GmbH & Still" nach dem Modell der Kommanditgesellschaft (KG) ausgestaltet ist. Im Blick auf die Vielzahl von ua gesellschaftsrechtlichen, steuerrechtlichen und arbeitsrechtlichen Zwecken, die mit einer stillen Beteiligung verbunden werden können, hat sich gegenüber der unverändert als "klassisch" bzw "typisch" zugrunde gelegten Vorstellung der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts eine Vielzahl von Gestaltungen herausgebildet. Hatte sich diese unter dem stillen Gesellschafter einen Kapitalgeber vorgestellt, der sich auf gesellschaftsrechtlicher Basis ohne Publizität, ohne geschäftsleitende Befugnis und ohne das Risiko persönlicher Haftung gegen Hingabe einer Einlage am Erfolg des Unternehmens eines anderen beteiligt, ohne über diese rein schuldrechtliche Vereinbarung hinaus irgendwie am Unternehmen beteiligt zu sein, sind auf der Grundlage der mittlerweile in Ausübung der Vertragsfreiheit eingetretenen Entwicklungen vielfältige "atypische" gesellschaftsrechtliche Gestaltungen denkbar. Diese können - 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 (Schmidt, aaO, RdNr 73, 77). Vor diesem rechtlichen Hintergrund haben auch vorliegend die Parteien des Gesellschaftsvertrages vom 5. März 1992 eine Reihe "atypischer" Elemente vereinbart. Diese führen indes weder isoliert gesellschaftsrechtlich zu einer Umkehrung der internen Rollenverteilung im vorstehenden Sinn, noch dürfen sie erst recht ohne den Kontext des Anstellungsvertrages betrachtet werden. Vielmehr stellt sich die gesellschaftsrechtliche Position der Klägerin letztlich als Abrundung ihrer dienstvertraglichen Rechte und in deren Rahmen dar (vgl zu diesem Aspekt Schmidt, aaO, RdNr 78).

24

Bereits der von der GmbH & Still verfolgte Zweck kann stets nur in der Verfolgung eines (ursprünglich) dem Grunde und (fortlaufend) dem Umfang nach von der GmbH vorgegebenen übergreifenden Zwecks liegen. Dem entspricht zunächst die Umschreibung der Grundlagen des Gesellschaftsvertrages, die gerade darauf hinweist, dass (allein) die beigeladene GmbH die Beratungsstelle in Potsdam "unterhält" und "sie" dort "Steuerberatung betreibt" (§ 1 Abs 1 des Gesellschaftsvertrages). Wenn sie daher nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages ggf auch grundsätzlich nicht mehr berechtigt ist, ohne Zustimmung der stillen Gesellschafterin das (partiell verselbstständigte) Unternehmen zu veräußern oder seine Fortführung einzustellen bzw wesentliche Veränderungen vorzunehmen (vgl Schmidt, aaO, RdNr 137), schweigt der Gesellschaftsvertrag doch zur künftigen operativen Ausgestaltung und deren Organisation, sodass es auch weiterhin grundsätzlich allein der GmbH vorbehalten bleibt, im Rahmen des ihr zustehenden unternehmerischen Gestaltungsspielraums Art und Umfang der Tätigkeit in der Niederlassung zu bestimmen. Ausdrücklich allein an einem Teilbereich ihrer eigenen Unternehmenstätigkeit bzw ihres Vermögens ("nur an der auswärtigen Beratungsstelle") hat die GmbH nämlich der Klägerin als stiller Gesellschafterin eine Beteiligung "eingeräumt" und bleiben in der Konsequenz allgemein "die übrigen Beteiligungs- oder Vertragsverhältnisse am Sitz der Gesellschaft, an deren auswärtigen Beratungsstellen oder Niederlassungen" durch den Gesellschaftsvertrag unberührt (§ 2 aaO).

25

Die Klägerin wird deshalb auch nach diesem Vertrag, der "die gegenseitigen Rechtsbeziehungen der Parteien" zusammen mit dem Anstellungsvertrag und "den gesetzlichen Bestimmungen" regelt (so der Einleitungssatz des "Anstellungsvertrages"), nur für und aufgrund einer Ermächtigung durch die Beigeladene zu 3. tätig.

26

Der Klägerin sind im Gesellschaftsvertrag Geschäftsführungsbefugnisse im Innenverhältnis der GmbH & Still, dh eine interne Rechtsmacht, an Stelle der GmbH als Unternehmerin im gemeinsamen Interesse der (aller) Gesellschafter tätig zu werden, nicht eingeräumt. Soweit allein der Anstellungsvertrag etwa in § 2 von "Geschäftsführung" spricht (der Verweis auf den "dem Niederlassungsleiter bekannten Gesellschaftsvertrag" in Nr 2 aaO geht in Ermangelung dortiger einschlägiger Regelungen ins Leere), kann es von vorne herein nur um durch die GmbH als Arbeitgeberin eingeräumte Befugnisse gehen. Da alle Rechte aus dem parallel und gleichrangig die Rechtsbeziehungen der Parteien bestimmenden Anstellungsvertrag unberührt bleiben, damit insbesondere allein die betrieblichen Erfordernisse der Beigeladenen zu 3. die Einteilung der Arbeitszeit und notwendig gleichzeitig das innerhalb dieser Zeit an Arbeitsleistung konkret zu Erbringende bestimmen, ist umgekehrt die Klägerin auch Arbeitnehmerin, soweit sie faktisch die Geschäftsführung der Gesellschaft betreibt. Dies gilt auch, soweit die GmbH im Rahmen der GmbH & Still im Interesse ihrer stillen Gesellschafterin fremdnützig tätig wird. Die Klägerin kann damit auch insofern nur in Vertretung der Beigeladenen zu 3. und unter Berücksichtigung der sonst dieser gegenüber bestehenden rechtlichen Bindungen tätig werden, während für eine unmittelbar gerade selbst ihr eingeräumte Kompetenz, den Gesellschaftszweck aus eigenem Recht und ggf entgegen deren Willen und Interesse zu führen, eine Grundlage fehlt.

27

Die Geschäftsführung in der GmbH & Still bleibt damit rechtlich auch insoweit allein der GmbH als Unternehmerin zugeordnet, als sie ihre Ausübung der Klägerin überträgt. Selbst dies ist im Übrigen nur für "den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb" (§ 2 Nr 1 Satz 1 des Anstellungsvertrages) geschehen, während ansonsten generell die "vorherige Zustimmung der Geschäftsführung" (der GmbH) erforderlich ist. Erst recht beschränken sich die der Klägerin (allein) im "Anstellungsvertrag" eingeräumten Vertretungsbefugnisse auf der Grundlage des hierdurch begründeten Arbeitsverhältnisses auf die Vertretung der GmbH. Dagegen kommt eine Vertretung der GmbH & Still schon mangels Rechtssubjektivität nicht in Betracht.

28

Unter diesen Umständen ist der Bereich der Geschäftsführung auch nicht potenzieller Gegenstand einer Beschlussfassung der Gesellschafter der GmbH & Still. Soweit das LSG entscheidend darauf abstellt, dass die Klägerin als stille Gesellschafterin eine "Sperrminorität" habe und insoweit die Rechtsprechung des BSG zur Sperrminorität von GmbH-Gesellschaftern herangezogen werden könne, greift dies nicht durch. Die Rechtsprechung des BSG bezieht sich 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 der Beigeladenen zu 3. eingegangen ist, nicht der Fall. Tätig werden kann die Klägerin auch im Rahmen der stillen Gesellschaft nur, soweit die Steuerberatungsgesellschaft sie zum Tätigwerden in deren Namen ermächtigt. Der Klägerin ist jedoch - wie dargelegt - im Innenverhältnis keine Rechtsmacht eingeräumt, die es ihr ermöglichen würde, gegen den Willen der GmbH die Geschäfte zu betreiben (vgl zu den notwendigen inhaltlichen Voraussetzungen einer der Arbeitnehmereigenschaft entgegenstehenden "Sperrminorität" BSG vom 24. September 1992, [7 RAR 12/92](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr 8](#)). Allein, dass der Gesellschaftsvertrag eine Pflicht zur Abhaltung von Gesellschafterversammlungen konstituiert (§ 5 Abs 1 sowie nachfolgend Buchst a) und b) und unter Festsetzung des Gewichts der Stimmrechte der einzelnen Gesellschafter einen Abstimmungsmodus regelt (§ 5 Buchst c) und d) sowie die nachfolgenden Absätze), ist daher mangels eines relevanten Gegenstandes der Beratung und Beschlussfassung unerheblich. Insofern kommt es damit auch auf eine "Sperrminorität" der Klägerin von vorne herein nicht an. Dass im Übrigen der Klägerin eine gesellschaftsrechtliche Stellung in einem mehrgliedrigen Verband eingeräumt wurde, mag zwar insofern zur Anwendbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über Beratung und Beschlussfassung führen, betrifft aber jedenfalls keine Gegenstände, die bereits dem Regelungsbereich des Anstellungsvertrages zugehören. Soweit ihr eine Gewinnbeteiligung eingeräumt war, hätte dies allenfalls im Kontext sonst für eine selbstständige Stellung sprechender Umstände von Belang sein können (vgl Urteil des Senats vom 15. Juni 2000, [B 12 RJ 4/99 R](#), [SozR 3-2600 § 2 Nr 4](#)). Erst recht gäbe eine - jedenfalls bei Fehlen eines angemessenen Ausgleichs grundsätzlich sittenwidrige (§ 138 BGB) - Verlustbeteiligung - ebenso wie sonstige Verstöße gegen zwingendes Recht - keinen Anlass, allein deshalb eine aufgrund des Gesamtbildes unzweifelhafte Beschäftigung in Zweifel zu ziehen (vgl BAG vom 21. März 1984, [5 AZR 462/82](#); vom 10. Oktober 1990, [5 AZR 404/89](#), [BB 1991, 413](#)).

29

Nichts anderes ergibt sich schließlich aus der "Nachtragsvereinbarung" vom 4. Januar 1995 zum 1. April 1992. Insofern gilt insbesondere, dass auch die Erweiterung der Zustimmungsgrenze - nicht anders als die ursprünglich im Anstellungsvertrag vereinbarte Grenze - allein von der GmbH als Arbeitgeberin gegenüber Dritten eingeräumte Befugnisse betrifft. Sie ermächtigt dagegen nicht etwa dazu, umgekehrt im Innenverhältnis die GmbH an Entscheidungen der Zweigstellen-Geschäftsführerin zu binden. Dies zeigt sich auch darin, dass es innerhalb wie außerhalb der Zustimmungsgrenzen der GmbH völlig unbenommen bleibt, selbst Personal einzustellen und zu entlassen. Die Verkürzung der Fortzahlung von Bezügen im Krankheitsfall auf sechs Wochen entspricht den Grenzen des Entgeltfortzahlungsgesetzes ((EFZG) [§ 3 Abs 1 Satz 1](#), [§ 12 EFZG](#)) und damit den für Arbeitnehmer einschlägigen Regelungen. Eine dort von den Vertragsparteien ausdrücklich in Anspruch genommene Regelungskompetenz hinsichtlich der sich aus der Vertragsgestaltung sozialversicherungsrechtlich ergebenden Folgen ist unbeachtlich (vgl [§ 134 BGB](#), [§ 32](#) des Ersten Buches Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil).

30

Der Annahme von Sozialversicherungspflicht bei der Klägerin steht die einkommenssteuerrechtliche Betrachtungsweise nicht entgegen. Nach [§ 15 Abs 1 Nr 2, Halbsatz 1](#) des Einkommenssteuergesetzes (EStG) sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb die Gewinnanteile einer OHG, einer KG und einer anderen Gesellschaft, bei der der Gesellschafter als Unternehmer anzusehen ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes (BFH) ist eine andere Gesellschaft im Sinne dieser Vorschrift auch die atypisch stille Gesellschaft, dh eine stille Gesellschaft, bei der der stille Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen ist (vgl BFH vom 15. Dezember 1998, [VIII R 62/97](#), [GmbHR 1999, 422](#) = [BFH/NV 1999, 773](#) und die dortigen Nachweise unter RdNr 15 in juris). Mag die Klägerin hiernach insbesondere im Blick auf ihre einem Kommanditisten angenäherten Kontrollbefugnisse aus [§ 716 BGB](#), die der BFH für eine Stellung als Mitunternehmer als ausreichend erachtet (vgl BFH vom 22. August 2002, [IV R 6/01](#), [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 iS von [§ 15 Abs 1 Nr 2](#), 2. Halbsatz EStG angesehen werden (BFH, aaO, RdNr 16 ff), ergeben sich hieraus für das

Sozialversicherungsrecht dennoch keine weiter gehenden Schlussfolgerungen. Abgesehen davon, dass die sozialversicherungsrechtliche Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich unabhängig von der Entscheidung der Finanzbehörden zu treffen ist (s bereits BSG vom 5. April 1956, [3 RK 65/55](#), [BSGE 3, 30](#), 41), handelt es sich nämlich 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 dass 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 Gewerbebetriebs anfällt und deshalb zu den Gewinnanteilen gehört (so BFH-Urteil vom 14. Januar 1958, [I 159/57 U](#), [BFHE 66, 193](#), [BStBl III 1958, 75](#)). In dem Urteil vom 16. Februar 1967 ([IV R 62/66](#), [BFHE 87, 531](#), [BStBl III 1967, 222](#)) hat der IV. Senat des BFH dazu ausgeführt: "Das Einkommensteuerrecht 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 19. Oktober 1970, [GrS 1/70](#), [BFHE 101, 62](#)). Diese "Durchbrechung der Einheit der Rechtsordnung" verstößt nach dem Beschluss des BVerfG vom 15. Juli 1969 ([1 BvR 457/66](#), [BVerfGE 26, 327](#), 334) nicht gegen das Grundgesetz (GG).

31

Hinsichtlich des Zeitraums ab dem 1. Januar 1999 erweist sich die Revision nur im Sinne der Aufhebung und Zurückverweisung als begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)). Die Klägerin und Revisionsbeklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat im Wege der sog Gegenrüge, die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Revisionsinstanz möglich ist (vgl zuletzt BSG vom 7. November 2006, [B 7b AS 14/06 R](#), RdNr 15, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen), darauf hingewiesen, dass ihr Vorbringen im Berufungsverfahren teilweise unberücksichtigt geblieben ist. Das angefochtene Urteil geht nämlich nicht darauf ein, dass die Klägerin dort ausdrücklich auf eine Änderung der Rechtsgrundlagen ihrer Beziehungen zur Beigeladenen zu 3. ab dem 1. Januar 1999 hingewiesen und auf Anforderung des Gerichts ua den "Vertrag zur Gründung einer stillen Gesellschaft" vom 1. Januar 1999 vorgelegt hatte. Das LSG hat hierdurch gegen das Recht der Klägerin auf rechtliches Gehör ([§ 62 SGG](#), [Art 103 Abs 1 GG](#)) und gegen seine Verpflichtung, das Gesamtergebnis des Verfahrens zu würdigen ([§ 128 Abs 1 Satz 1 SGG](#)) verstoßen. Auf diesem Verfahrensfehler kann das angegriffene Urteil beruhen ([§ 162 SGG](#)), da es nach der (insofern zutreffenden) eigenen Rechtsauffassung des Berufungsgerichts für die Frage des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung entscheidend auf die vertraglichen Beziehungen der Beteiligten ankommt.

32

Die Kostenentscheidung bleibt der abschließenden Entscheidung des LSG vorbehalten.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2007-08-03