

## S 21 R 1333/14 ER

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
SG Duisburg (NRW)  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
21  
1. Instanz  
SG Duisburg (NRW)  
Aktenzeichen  
S 21 R 1333/14 ER  
Datum  
12.03.2015  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Beschluss

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 20.10.2014 gegen den Bescheid vom 06.10.2014 wird angeordnet.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 20.475,61 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Nachforderung von Beiträgen einschließlich Säumniszuschlägen in Höhe von rund 80.000 Euro für ihren Geschäftsführer, den sie als versicherungsfrei geführt hatte.

Die Antragstellerin ist eine Schadenprüfungsgesellschaft im Versicherungswesen. Gegenstand des Unternehmens ist die Erstellung von Prüfberichten in allen Sparten des Versicherungswesens einschließlich der Ermittlung, Bewertung und Begutachtung sowie Durchführung aller kaufmännischen Tätigkeiten, die mit der Schadensabwicklung im Zusammenhang stehen. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) (BGB) befreit. Der Geschäftsführer der Antragstellerin, Herr R. W. (im Folgenden Herr W.), der im Streitzeitraum an der Gesellschaft nicht beteiligt war, ist von Beruf Diplom-Wirtschaftsingenieur. Nach seinem Studium war er in einem Sachverständigenbüro für Transport- und Haftpflichtschäden und als Leiter der Versicherungsabteilung der TNT Express Deutschland GmbH tätig. Nach Arbeitslosigkeit hatte er 1995 zunächst ein Einzelunternehmen gegründet und dieses dann 1996 in die von ihm allein gegründete GmbH, die Antragsstellerin, eingebracht (Gesellschaftsvertrag vom 07.10.1996), deren alleiniger Geschäftsführer er wurde. Im "Anstellungsvertrag" vom 01.10.1996 heißt es unter anderem in § 1 Abs. 2, der Geschäftsführer habe den Anweisungen der Gesellschafterversammlung Folge zu leisten. Zur Vornahme von Rechtsgeschäften, welche über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgehen, müsse die vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung eingeholt werden (§ 2 Abs. 2). Der Geschäftsführer habe seine volle Arbeitskraft sowie sein ganzes Wissen und Können in die Dienste der Gesellschaft zu stellen. Er sei in der Bestimmung seiner Arbeitszeit frei, habe jedoch jederzeit, soweit dies das Wohl der Gesellschaft erfordere, zu ihrer Verfügung zu stehen und ihre Interessen wahrzunehmen (§ 5 Abs. 1). Eine entgeltliche oder unentgeltliche Nebentätigkeit war untersagt (§ 5 Abs. 2). Als Entgelt war ein festes monatliches Gehalt von 7000 DM, ein 13. Monatsgehalt sowie eine gestaffelt gewinnabhängige Tantieme (von 80 % bei einem Gewinn bis zu 50.000 DM, abgestuft bis 40 % bei einem Gewinn bis 1.000.000 DM) vereinbart (§ 7). Im Falle der Erkrankung bestand Anspruch auf Fortzahlung der Bezüge für die Dauer von 6 Monaten, und im Falle unverschuldeter Dienstverhinderung darüber hinaus für weitere 6 Monate in Höhe der Differenz zwischen dem gewährten Krankengeld und monatlichem Nettogehalt (§ 8 Abs. 1). Im Falle des Versterbens sollten die Bezüge für 3 Monate an die Ehefrau bzw. unterhaltsberechtigten Kinder gezahlt werden (§ 8 Abs. 2). Schließlich wurde ein jährlicher Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen zugestanden (§ 9). Die Kündigungsfrist betrug 6 Monaten zum Quartalsende (§ 10).

Am 05.07.1999 hatte Herr W. seinen Geschäftsanteil unentgeltlich auf seine Ehefrau H. W. (Frau W.) übertragen, war jedoch alleiniger Geschäftsführer geblieben. Der Geschäftsführervertrag wurde nicht geändert. Frau W., die zum streitigen Zeitraum Alleingesellschafterin der Antragstellerin war und im Unternehmen für die Verwaltung und die Vorbereitung der Buchführung zuständig. Sie ist gelernte Krankenschwester, jedoch wegen Erwerbsunfähigkeit berentet. Zum 01.04.2003 schloss die Antragsstellerin mit Frau W. einen Vertrag über eine Tätigkeit als Aushilfe mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von ca. 30 Stunden monatlich mit einem Stundenlohn von 10 Euro, d.h. im Rahmen einer geringfügigen Tätigkeit. Außerdem war ihr Einzelprokura erteilt worden. Im Jahre 2009 war zuletzt eine Betriebsprüfung über den Zeitraum 01.01.2005 bis 31.12.2008 durchgeführt worden, mit nur geringen Beanstandungen. Im der Antragsgegnerin hierzu nur noch vorliegenden Prüfbescheid vom 17.02.2009 heißt es u.a., die stichprobenweise Überprüfung von Abrechnungsstellen bezüglich der

Versicherungspflicht habe keine Beanstandungen ergeben. Die versicherungsrechtliche Beurteilung der im Prüfzeitraum geringfügig beschäftigten Arbeitnehmer sei ordnungsgemäß erfolgt.

Vom 08.07.2013 bis zum 30.07.2014 führte die Antragsgegnerin für den Zeitraum 01.01.2009 bis 31.12.2012 erneut bei der Antragsstellerin eine Betriebsprüfung durch. Die Arbeitsverträge der Eheleute W. lagen vor. Mit Schreiben vom 12.08.2014 gab sie der Antragsstellerin Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von insgesamt 95.068,01 Euro. Frau W. sei zwar als versicherungspflichtige Arbeitnehmerin geführt worden und es seien Beiträge zur Minijob-Zentrale abgeführt worden. Da sie 100 % der Geschäftsanteile besitze, sei ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH aber nicht möglich. Herr W. sei Geschäftsführer der Gesellschaft. Er möge auch "Kopf und Seele" der Gesellschaft sein. Da er jedoch aufgrund seiner Stellung in der Gesellschaft ihm unliebsame Beschlüsse der Gesellschafterversammlung nicht verhindern könne und es nach dem Urteil des Bundessozialgerichtes vom 29.08.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) allein auf die zustehende Rechtsmacht ankomme, bestehe für ihn Versicherungspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung ab dem 01.10.1996. Beiträge zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie Umlagebeiträge würden ab dem 01.01.2009 berechnet. Es seien Säumniszuschläge zu erheben, denn sie habe Kenntnis von ihrer Zahlungspflicht gehabt bzw. habe Kenntnis davon haben müssen. Bei Zweifeln hätte sie sich an die zuständige Einzugsstelle bzw. den für die Durchführung der Betriebsprüfung zuständigen Rentenversicherungsträger wenden und vergewissern müssen, dass Beitragsfreiheit nicht vorliege. Die Antragsstellerin verwies mit Schreiben vom 02.09.2014 auf den Prüfungsbescheid vom 17.02.2009; bereits hier sei die Versicherungsfreiheit/Versicherungspflicht geprüft worden. Die Verhältnisse hätten sich seitdem nicht geändert. Aufgrund der beherrschenden Stellung des Geschäftsführers sei auch damals schon entschieden worden, dass es sich bei Herrn W. um eine sozialversicherungsfreie Tätigkeit handele. Herr W. sei der einzige, der aufgrund seines Studiums befähigt sei, die Gesellschaft zu führen. Er sei, wie im Prüfungsbericht korrekt erwähnt, in seinen Entscheidungen frei. Die Gesellschafterin sei weder aufgrund ihrer Tätigkeit noch aufgrund ihrer Ausbildung in der Lage, den Betrieb zu leiten. Auch sei völlig außer Acht gelassen, dass Herr W. als Eigentümer der wesentlichen Betriebsgrundlagen der GmbH (des von der GmbH gemieteten Bürohauses) durch Kündigung des Mietvertrages die Existenz entziehen könne. Er sei zwar den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterworfen, würde jedoch, gesetzt den Fall, er würde als Geschäftsführer abberufen, seine beherrschende Stellung sowohl innerhalb der GmbH als auch als Vermieter ausnutzen können, so dass die GmbH ihre wesentlichen Betriebsgrundlagen verlieren würde und somit zwangsläufig keinerlei Umsätze mehr erzielen könne. Frau W. sei nicht in der Lage, tatsächlich Einfluss auf den Erfolg der Gesellschaft zu nehmen. Sie erledige lediglich Büroarbeiten. Die Möglichkeit der Abberufung des Geschäftsführers würde zwangsläufig zum Verlust der Gesellschafteranteile führen.

Mit Bescheid vom 06.10.2010 forderte die Antragsgegnerin auf der Grundlage des [§ 28p Abs. 1](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) Beiträge in Höhe von insgesamt 81.902,43 Euro nach, in denen Säumniszuschläge nach [§ 24 Abs. 1 SGB IV](#) i.H.v. 14.731 Euro enthalten seien. Sie blieb dabei, der für die Antragsstellerin tätig gewordene Herr W. habe für den Zeitraum ab dem 01.01.2009 in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden und somit der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und der Beitragspflicht in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung unterliegen. Frau W. unterliege in ihrer Beschäftigung bei der GmbH ab dem 01.01.2009 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung. Wegen der zuviel gezahlten Beiträge i.H.v. 4.421,40 Euro, die nicht anlässlich der Prüfung erstattet und verrechnet werden könnten, solle sie sich an die zuständige Einzugsstelle wenden, die über die Erstattung entscheide. Für Frau W. sei ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH aufgrund des Besitzes von 100 v.H. der Geschäftsanteile nicht möglich. Herr W. sei innerhalb der Gesellschaft zwar mit erheblichen fachlichen Kompetenzen ausgestattet, als Geschäftsführer in seiner Entscheidung frei und möge "Kopf und Seele" zu der Gesellschaft sein. Er könne jedoch aufgrund seiner Stellung in der Gesellschaft ihm unliebsame Beschlüsse der Gesellschafterversammlung nicht verhindern. Insbesondere unter Berücksichtigung des Urteils des Bundessozialgerichtes vom 29.08.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) komme es im Falle von Zerwürfnissen zwischen den Beteiligten einzig auf die jedem einzelnen zustehende Rechtsmacht an. Das vertraglich bestehende Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung - auch wenn es tatsächlich nicht ausgeübt werde - sei bedeutsam für die Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit. Nach Auffassung des Bundessozialgerichtes sei dem Sozialversicherungsrecht eine bloße "Schönwetter-Selbstständigkeit" fremd, die nur solange gelten, wie keine Konflikte aufträten. Im Konfliktfall sei allein entscheiden, was vertraglich vereinbart worden sei. Maßgebend für die versicherungsrechtliche Beurteilung sei somit allein die abstrakte Rechtsmacht. Die entgegenstehende frühere Rechtsprechung, nach der entscheidungserheblich gewesen sei, ob die zu beurteilende Person "Kopf und Seele" des Betriebes, alleiniger Branchenkenner oder mit den Gesellschaftern familiär verbunden sei und in der Gesellschaft faktisch frei schalten und walten könne, sei damit überholt. Nach den vorliegenden Unterlagen und Informationen habe Herr W. zwar als Branchenkenner und Geschäftsführer eine herausragende Position innerhalb der GmbH bekleidet, er sei aber dennoch den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung unterworfen. Da in der Vergangenheit keine Entscheidungen über die Frage der Versicherungspflicht oder -freiheit getroffen worden seien, werde nunmehr im Rahmen der Betriebsprüfung diese Entscheidung ab dem 01.01.2009 getroffen. Herr W. unterliege der Versicherungspflicht als auch der Beitragspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie der Umlagepflicht.

Hiergegen erhob die Antragsstellerin am 23.10.2014 Widerspruch und beantragte gleichzeitig die Aussetzung der Vollziehung und Herstellung der aufschiebenden Wirkung. Sie vertrat die Auffassung, die Beitragsforderung sei nicht rechtmäßig. Das Aussetzungsinteresse der Antragsstellerin überwiege das Vollzugsinteresse. Während die Allgemeinheit gegen Beitragsausfälle durch die Säumniszuschläge geschützt sei, die für den Fall des Unterliegens jeglichen wirtschaftlichen Schaden von der Rentenkasse abwendeten, sei die wirtschaftliche Existenz der Antragsstellerin unwiederbringlich gefährdet, wenn jetzt vollzogen würde. Für den Fall des Obsiegens sehe der Gesetzgeber auch keine Wiedergutmachung und nicht einmal eine Verzinsung zu Gunsten der Betroffenen vor. An der rechtswidrigen Beitragserhebung könne kein rechtlich geschütztes Interesse bestehen, denn eine abhängige Beschäftigung des Herrn W. sei nicht gegeben, wie bereits im Rahmen vorangegangener Betriebsprüfungen festgestellt. Nach den Motiven des Gesetzgebers bestehe bei Beitragsforderungen im Rahmen von Statusfeststellungen und darüber hinaus bei jeglichen sich aus Statusentscheidungen erhebenden ergebenden Beitragsforderungen stets eine aufschiebende Wirkung des Widerspruchs von Gesetzes wegen. [§ 7a Abs. 7 S. 1 SGB IV](#), wonach Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen, dass eine Beschäftigung vorliege, aufschiebende Wirkung hätten, gelte auch bei Betriebsprüfungen nach [§ 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV](#). Dazu berief sie sich auf den Beschluss des Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG NRW) vom 07.07.2008 ([L 16 B 30/08 KR](#) )

Mit Schreiben vom 27.10.2014 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides bestünden nicht. Hinsichtlich der Begründung zum Antrag auf Aussetzung der Vollziehung folge man dieser Auffassung nicht. Eine nach [§ 7a Abs. 7 S. 1 SGB IV](#) entsprechende Regelung für Statusentscheidungen der Einzugsstellen bzw. der Rentenversicherungsträger im Rahmen von Betriebsprüfungen bestehe seit 01.01.2008 nicht mehr. Diese sei entfallen. Es bestehe demnach keine aufschiebende Wirkung (dazu verwies sie unter anderem auf den Beschluss des LSG NRW vom 05.11.2008 ([L 16 B 7/08 R ER](#))). Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Härte

sei im übrigen nicht ausreichend für eine zwingende Aussetzung der Vollziehung. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund der gesetzlichen Möglichkeit einer Stundung durch die Einzugsstelle. Wirtschaftlichen Schwierigkeiten könnten nach Maßgabe des [§ 76 Abs. 2 SGB IV](#) durch Stundung, Niederschlagung oder Erlass von Beiträgen Rechnung getragen werden. Beim Sozialgericht könne ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gestellt werden könne.

Zur Begründung des Widerspruches trug die Antragstellerin sodann mit Schreiben vom 12.11.2014 vor, die Tätigkeit Herrn Ws. bestehe seit dem 05.07.1999 unverändert fort und sei mit Zustimmung aller Beteiligten als sozialversicherungsfreie Tätigkeit gelebt worden. Die Gesellschafterin sei tatsächlich nicht in der Lage, Herrn W. Weisungen zu erteilen. Die Darlegung, dass dieser nicht in der Lage sei, unliebsame Beschlüsse verhindern zu können, stelle sich daher als unsubstantiierte Behauptung heraus. Richtig sei zwar, dass das Bundessozialgericht in ständiger Rechtsprechung urteile, dass bei Vorliegen einer Rechtsmacht zur Einflussnahme aus dem Gesellschaftsanteil eine abhängige Beschäftigung von vornherein ausscheide. Den Umkehrschluss, den die Antragsgegnerin unterstelle, habe das BSG aber in ebenso ständiger Rechtsprechung abgelehnt. Vielmehr habe es dazu verpflichtet, anhand der Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob eine abhängige Beschäftigung in Betracht komme oder nicht. Diese Rechtsprechung habe das Bundessozialgericht mitnichten aufgegeben. Eine Statusbeurteilung allein anhand der schriftvertraglichen Regelungen stünde im Widerspruch zur Intention des Gesetzgebers, der in Abkehr von den in der Weimarer Republik geltenden Grundsätzen der nun durch sie propagierten Formalversicherung eine Absage erteilt habe, mithin der tatsächlichen Handhabung einer Vertragsbeziehung maßgebliche Bedeutung beigemessen habe. Sie bezieht sich auf die Entscheidung des BSG vom 11.03.2009 – [B 12 KR 21/07 R](#) – USK 2009-25 sowie vom 28.09.2011 – [B 12 R 17/09 R](#)-USK 2011-25). Dort habe das BSG die tatsächliche Einflussmöglichkeiten geprüft, woraus folge, dass es seine bisherige Rechtsprechung nicht geändert habe. Die Besonderheit des vorliegenden Sachverhalts sei, dass Herr W. der einzige sei, der in der Lage sei, den Unternehmensgegenstand zu erbringen. An seiner Person hingen die Aufträge, d.h. mit ihm stehe und falle das Unternehmen. Die von der Antragsgegnerin herangezogene Rechtsmacht erweise sich als stumpfes Schwert. Es dürfe auch keine Schönwetter selbstständigkeit unterstellt werden, gerade wenn schlechtes Wetter aufziehen sollte, zeige sich die Abhängigkeit der Gesellschafterin von Herrn W., ohne den es ihr nicht möglich sei, das Unternehmen zu führen, Entscheidungen zu treffen oder sonst im Sinne des Unternehmens zu agieren. Zu beachten sei weiter, dass dies durch die Betriebsprüfung im Jahre 2009 bereits festgestellt worden sei, so dass die aktuelle Entscheidung der Rücknahme einer bereits bestandskräftigen Entscheidung beinhalte, die aber nur nach [§ 45 SGB X](#) unter Vertrauensschutz zurückgenommen werden könne. Der Prüfbericht vom 17.02.2009 bilde diesen begünstigenden Bescheid. Dieser weise explizit aus, dass die Versicherungspflicht/Versicherungsfreiheit Gegenstand der Betriebsprüfung gewesen sei. Da außer Herrn W. und dessen Ehefrau, der Gesellschafterin, nicht mal eine Hand voll Arbeitnehmer beschäftigt seien, stelle sich bereits die Frage, wer überhaupt Gegenstand der genannten Stichprobe gewesen sein solle, wenn nicht zumindest auch Herr W. Die weiteren Mitarbeiter seien sämtlich Fremdbeschäftigte, so dass sich die Prüfung der Sozialversicherungspflicht/-freiheit erübrige. Dessen Tätigkeit sei auch tatsächlich Gegenstand der Betriebsprüfung gewesen sei. Der Prüfer habe im Rahmen der Schlussbesprechung erklärt, dass er explizit nur die Eheleute W. geprüft habe, da alle anderen nicht mit diesen verwandt seien. Dies ergebe sich unter anderem aus einer Aktennotiz des Steuerberaters zum Verlauf der Schlussbesprechung, die insoweit mit dem Protokoll der Schlussbesprechung und dem Bescheid im Einklang stehe. Explizit sei besprochen worden, dass Herr W. sozialversicherungsfrei und seine Frau als sozialversicherungspflichtig geführt werden könne, so dass nicht zu veranlassen sei. Ein gesondertes Statusfeststellungsverfahren sei nicht erforderlich. Hierfür berief sie sich auf das Zeugnis des Steuerberaters. Die Erhebung von Säumniszuschlägen entbehre bei dieser Sachlage jeglicher Grundlage. Die Beitreibung der unberechtigten Forderungen sei mit nicht wiedergutzumachenden Nachteilen, gegebenenfalls der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens verbunden, das einen Betrag von über 80.000 Euro nicht aufbringen könne. Sie fügte das Protokoll der Schlussbesprechung am 19.02.2009 über die durchgeführte Betriebsprüfung nach [§ 28p SGB IV](#) bei. (Lediglich zur Höhe der Beitragssätze, keinerlei Ausführungen zur Versicherungspflicht.)

Nach einer Telefonnotiz der Antragsgegnerin hatte der Prüfer aus dem Jahr 2009 auf Nachfrage mitgeteilt, dass er, wenn er den Gesellschafter-Geschäftsführer geprüft hätte, immer einen Passus in den Bescheid aufnehmen würde. Da im Prüfbescheid vom 17.02.2009 eine entsprechende Aussage nicht getroffen worden sei, sei auch diese Prüfung nicht vorgenommen worden.

Mit Schreiben vom 01.12.2014 teilte die Antragsgegnerin dem der daraufhin Antragstellerin mit, dass es bezüglich der Aussetzung der Vollziehung bei ihrer Entscheidung vom 27.10.2014 verbleibe. Das BSG haben in seinen maßgeblichen Urteilen aus dem Jahr 2012 Abstand zu der bisherigen Rechtsprechung genommen. Auf Vertrauensschutz aus der vorherigen Betriebsprüfung könne sie sich nicht berufen. Diese bezwecke insbesondere nicht, den Arbeitgeber als Beitragsschuldner zu schützen oder in etwa Entlastung zu erteilen. Gleiches gelte für die Prüfberichte. In Zweifelsfällen könne eine Entscheidung der Beitragseinzugsstelle herbeigeführt werden. Im übrigen könne sich eine materielle Bindungswirkung nur dann und insoweit ergeben, als Versicherungspflicht und Beitragshöhe personenbezogen für bestimmte Zeiträume durch gesonderten Verwaltungsakt festgestellt worden seien. Diese Grundsätze gelten auch für Betriebsprüfungen in kleineren Betrieben. Ihrer Aussage, der Prüfer habe während der Vorprüfung im Rahmen der Schlussbesprechung erklärt, er habe explizit nur die Eheleute W geprüft, könne nicht gefolgt werden. Die gefertigte Aktennotiz des damaligen Steuerberaters habe für sie insofern keine Beweiskraft.

Am 27.11.2014 übertrug Frau W ihre Geschäftsanteile zu 100 % ohne Gegenleistung auf Herrn W.

Am 10.12.2014 hat die Antragstellerin Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz bei Gericht gestellt. Für ihre Auffassung, dass die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage auch im Betriebsprüfungsverfahren aus [§ 7 Buchst. a Abs. 4 SGB IV](#) herzuleiten sei, beruft sie sich auf den Beschluss des Landessozialgerichts (LSG) Sachsen-Anhalt vom 26.03.2013 ([L 1 R 454/12 B ER](#)) und legt die Aktennotiz des Steuerberaters H. über die Schlussbesprechung vom 19.02.2009 zwischen ihm und dem Prüfer vor, worin es zum Stichwort "SV-Pflicht" heißt, der Prüfer habe erklärt, dass er lediglich die Eheleute W. überprüft habe, alle anderen seien nicht mit ihnen verwandt. Es gebe keine Beanstandung, R. sei sozialversicherungsfrei, H. sozialversicherungspflichtig. Ein Statusfeststellungsverfahren sei nicht erforderlich.

Sie bleibt auch dabei, Sozialversicherungspflicht bestehe nicht, weil Herr W. "Kopf und Seele" des Unternehmens sei und im Unternehmen schalten und walten könne, wie es sein Belieben sei. Zur Übertragung der Geschäftsanteile auf Frau W. trägt die Antragstellerin vor, der Betrieb sei bis 1999 in gemieteten Räumen und der Wohnung der Eheleute geführt worden. Durch die Expansion des Unternehmens seien die Räume zu klein geworden. Die Eltern des Herrn W. seien Eigentümer des jetzigen Betriebsgebäudes gewesen. Sie seien bereit gewesen, das Objekt an ihren Sohn (und nur an ihren Sohn) zu verkaufen. Um zu verhindern, dass das Grundstück bei weiterhin alleiniger

Anteilsinhaberschaft des Herrn W. zum Betriebsvermögen bzw. Herr W. selber umsatzsteuerpflichtig geworden wäre, habe der Steuerberater zur Anteilsübertragung geraten. Diese steuerliche Gestaltungsmöglichkeit sei vom Finanzamt überprüft und akzeptiert worden. Die Übertragung sei schenkweise erfolgt. Es sei klar gewesen, dass Frau W. die Anteile für ihren Ehemann halte und in seinem Sinne die Gesellschafterrechte auszuüben habe. Insoweit hätte Herr W. im Falle eines Zerwürfnisses auch [§ 530 BGB](#) zur Seite gestanden. Zum anderen habe die GmbH, abgesehen vom Stammkapital, keinen eigenen Wert dargestellt, da Herr W. allein über das erforderliche Know How zum Weiterbetrieb des Unternehmens einschließlich der Namensrechte verfügt habe. Nach der Übertragung des Geschäftsanteils sei Herr W. alleiniger Geschäftsführer geblieben, da er allein über die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt habe, den Unternehmensgegenstand zu erbringen. Das Erstellen von Gutachten verantworte allein Herr W. Damit bliebe im Falle eines Zerwürfnisses bei Frau W. ein leerer Mantel, mit dem sie ohne ihren Ehemann nichts anfangen könne. Die Eilbedürftigkeit ergebe sich aus der drohenden Vollstreckung in das Vermögen des Antragstellers, die dessen geschäftliche Grundlage zerstöre, so dass nicht nur mit Verarmung sondern auch mit Arbeitslosigkeit zu rechnen sei. Die Tätigkeit der Antragstellerin erfordere zudem Reputation und Zuverlässigkeit, was jeweils infrage gestellt werde, sollten die Beitragsforderung die Insolvenz der Antragstellerin verursachen. Dies sei nicht wiederherstellbar. Ein Stundungsantrag mache hingegen keinen Sinn, da dieser wirtschaftliche Nachteile mit sich brächte, da Stundungszinsen in nicht unerheblicher Höhe anfielen. Auch würden Sicherheiten verlangt, die aktuell nicht erbracht werden könnten. Das Unternehmen weise aktuell im laufenden Geschäftsjahr einen Umsatz von 745.000 Euro aus, dem stünden Personalkosten i.H.v. 202.000 Euro, Kosten für Fremdleistungen i.H.v. 347.000 Euro sowie Kosten des laufenden Geschäftsbetriebs. Weiterhin seien In-vestitionen im Bereich Hard- und Software getätigt worden, die sich auf 78.000 Euro beliefen. Für das Jahr 2013 habe die GmbH ein zu versteuerndes Einkommen i.H.v. 3.172 Euro erzielt. Für 2014 werde ein vergleichbares Ergebnis erwartet. Der Forderungsbetrag übersteige daher die wirtschaftlichen Möglichkeiten der GmbH. Die Durchsetzung des rechtswidrigen Bescheides zum aktuellen Zeitpunkt gefährde den Fortbestand der GmbH. Zur Glaubhaftmachung berief sie sich auf das Zeugnis ihres Steuerberaters. Der damit verbundene Nachteil für die Eheleute W. sei selbst bei dann positivem Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht wiedergutzumachen.

Sie beantragt,

festzustellen, dass der Widerspruch vom 20.10.2014 gegen den Bescheid vom 06.10.2014 aufschiebende Wirkung hat,

hilfsweise

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 20.10.2014 gegen den Bescheid vom 06.10.2014 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt sinngemäß,

den Antrag abzulehnen.

Sie bezieht sich auf Ihre Ausführungen im Verwaltungsverfahren. Ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides bestünden weiterhin nicht. Fakt sei, dass Frau W. als alleinige Anteilseignerin im Prüfzeitraum die alleinige Rechtsmacht inne gehabt habe. Die angeführten steuerrechtlichen Gründen seien für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses des Herrn W. irrelevant. Die Ausführungen zu den möglichen Rechtsfolgen für Frau W. im Falle eines familiären Zerwürfnisses seien rein spekulativ. Zum behaupteten Vertrauensschutz aufgrund einer vorangegangenen Betriebsprüfung verweist sie ausführlich auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes. Eine materielle Bindungswirkung könne sich nur dann und insoweit ergeben, als Versicherungspflicht und Beitragshöhe personenbezogen für bestimmte Zeiträume durch gesonderten Verwaltungsakt festgestellt worden seien. Der Behauptung, der Prüfer habe während der Vorprüfung im Rahmen der Schlussbesprechung erklärt, er habe explizit nur die Eheleute W. geprüft, könne nicht gefolgt werden, da dann im Bescheid vom 17.02.2009 sowie im Protokoll über die Schlussbesprechung entsprechende Passagen aufgeführt sein müsste. Die angeblich gefertigte Aktennotiz des Steuerberaters habe insofern keine Beweiskraft. Eine Prüfung des Status der Eheleute W. sei nicht vorgenommen worden. Eine Statusentscheidung sei seinerzeit nicht getroffen worden.

Zur Frage des Vorliegens einer unbilligen Härte verweist sie darauf, dass die beteiligten Einzugsstellen prüfen werden, ob eine Stundung der nachgeforderten Beiträge in Betracht komme. Eine Aussetzung der Vollziehung eines Beitragsbescheides allein aus wirtschaftlichen Gründen komme nicht in Betracht. Die Frage nach der unbilligen Härte könne nicht unabhängig von der Frage nach der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides gesehen werden, weil sonst Widerspruch und Klage erhoben und Aussetzungsanträge gestellt würden allein mit dem Ziel, in dem anschließenden Verfahren einen Zahlungsaufschub zu erreichen. Auch eine drohende Insolvenz für sich genommen könne kein Grund für eine Aussetzung sein. Dieser Gesichtspunkt verstärke vielmehr das öffentliche Interesse an der Vollziehung, weil ein Zuwarten bis zur Entscheidung im Widerspruchs- und eventuell anschließenden Klageverfahren die Realisierbarkeit der Nachforderung noch weiter erschweren würde.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichts- und Verwaltungsakte verwiesen.

II.

1.a. Der Hauptantrag, mit dem die Antragstellerin die Feststellung aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 20.10.2014 gegen den Bescheid vom 06.10.2014 begehrt, war als unzulässig zurückzuweisen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat ihr Widerspruch gegen den Bescheid vom 06.10.2014 keine aufschiebende Wirkung. Vielmehr liegt hier ein Fall des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) vor.

Gemäß [§ 86a Abs. 1 SGG](#) haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt nach Abs. 2 u.a. bei der Entscheidung über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten (Nr.1). Dies gilt jedoch nicht in den Fällen des [§ 7a SGB IV](#); in Abs. 7 Satz 1 der Vorschrift heißt es, dass Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen, dass eine Beschäftigung vorliegt, aufschiebende Wirkung haben. Hier liegt ein Beitragsnachforderungsbescheid nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) vor. Hiernach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der (nach Abs. 1 durchzuführenden) Prüfung (der Erfüllung der Meldepflichten durch die Arbeitgeber) Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe der Arbeitnehmer in der Sozialversicherung gegenüber den Arbeitgebern. Der

angefochtene Bescheid erging auf dieser Grundlage im Rahmen einer Betriebsprüfung und nicht aufgrund einer Statusfeststellungsanfrage nach [§ 7a SGB IV](#) vor. Rechtsbehelfe gegen Beitragsbescheide prüfender Rentenversicherungsträger nach [§ 28p SGB IV](#) haben entgegen der Auffassung der Antragsstellerin aber weder in unmittelbarer noch in entsprechender Anwendung des [§ 7a Abs. 7 Satz 1 SGB IV](#) aufschiebende Wirkung. Aus dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich kein hinreichender Anhalt entnehmen, dass auch Beitragsnachforderungen hiervon erfasst sein sollen. Auch aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich nichts anderes. Zwar soll [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#) danach nicht nur für die Statusentscheidungen der Deutschen Rentenversicherung Bund, sondern auch für diejenigen der übrigen Sozialversicherungsträger gelten ([BT-Drucks. 14/1855, S. 8](#)). Der Wille, die aufschiebende Wirkung auch auf Beitragsbescheide auszudehnen, wird hieraus jedoch nicht deutlich. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber zeitlich nachfolgend die Regelung des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) in Kraft gesetzt, die die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen gegen Bescheide über die Anforderung von Beiträgen im Interesse der Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung gerade ausschließt (vgl. [BT-Drs. 14/5943, S. 25](#) zu Nr. 34). Mit Blick auf diesen Gesetzeszweck ist der Anwendungsbereich des [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#) daher auf reine Statusfeststellungsverfahren zu beschränken. Das entspricht auch dem Sinn der Bestimmung, die frühzeitige Klärung von Statusfragen (die [§ 7a SGB IV](#) ja gerade ermöglichen soll) zu honorieren. Ein sachlicher Grund, Unternehmen zu privilegieren, die ihre Verpflichtung zur Meldung ([§ 28a SGB IV](#)) und zur Entrichtung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags ([§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)) verletzt haben, ist demgegenüber nicht erkennbar (LSG NRW, Beschluss vom 20. Dezember 2012 - [L 8 R 565/12 B ER](#) -, juris Rn. 9ff; so bereits der 16. Senat im Beschluss vom 05. November 2008 - [L 16 B 7/08 R ER](#) -, juris Rn. 15ff; wie hier auch Bayerisches LSG, Beschluss vom 16. März 2010 - [L 5 R 21/10 B ER](#) -, juris Rn. 12ff; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 11. Mai 2011 - [L 11 R 1075/11 ER-B](#) -, juris Rn. 12; LSG Hamburg, Beschluss vom 16. April 2012 - [L 3 R 19/12 B ER](#) -, juris Rn. 3; Hessisches LSG, Beschluss vom 22. August 2013 - [L 1 KR 228/13 B ER](#) -, juris Rn. 29ff; Sächsisches LSG, Beschluss vom 30. August 2013 - [L 1 KR 129/13 B ER](#) -, juris Rn. 28ff; Pietrek in: PK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, [§ 7a SGB IV](#), Rn. 142 ; a.A. LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 26. März 2013 - [L 1 R 454/12 B ER](#) -, juris Rn. 15; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 06. Januar 2014 - [L 2 R 409/13 B ER](#) -, juris Rn. 22ff). Zu Unrecht beruft sich die Antragstellerin für ihre Auffassung auf den Beschluss des LSG NRW vom 07.07.2008 ([L 16 B 30/08 KR ER](#)); diese steht der zitierten Rechtsprechung nicht entgegen, sondern bezieht sich ausdrücklich nicht auf Betriebsprüfungen. Gegenstand dort war eine Statusentscheidung auf Antrag durch die Einzugsstellen nach [§ 28h SGB IV](#). Der Senat äußerte insoweit sogar Bedenken, ob die dortige Einzugsstelle den Antrag nicht hätte an die Rentenversicherung zur Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a SGB IV](#) hätte weiterleiten müssen. Warum die Frage, bei welchem Versicherungsträger ein Antrag auf Entscheidung über den sozialversicherungsrechtlichen Status gestellt wird, eine unterschiedliche Behandlung bzgl. des Eintritts der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen rechtfertigen sollte, vermochte er nicht zu erkennen. In beiden Fällen verbinde der Gesetzgeber die Besserstellung im Vergleich zu [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) mit der Hoffnung, dass durch ein Tätigwerden der Beteiligten eine frühzeitige Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status eines Beschäftigten/Selbständigen erfolgen könne und damit für alle Beteiligten Rechtssicherheit eintrete; dies sei ausdrücklich anders als bei Betriebsprüfungsverfahren (LSG NRW, Beschluss vom 07. Juli 2008 - [L 16 B 30/08 KR ER](#) -, juris Rn. 28). Dementsprechende zitiert derselbe Senat wenige Monate später diesen Beschluss für seine bereits oben dargestellte Auffassung, dass [§ 7a Abs. 7 SGB IV](#) nicht in Betriebsprüfungsverfahren nach [§ 28p SGB IV](#) gelte und eine Besserstellung von Arbeitgebern im Vergleich zu [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) insoweit nicht erfolge; für diese Fälle enthalte [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGB IV](#) eine abschließende Regelung (LSG NRW, Beschluss vom 05. November 2008 - [L 16 B 7/08 R ER](#) -, juris Rn. 17).

b. Jedoch ist der Hilfsantrag als Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 06.10.2010 zulässig.

2. Dieser Antrag hat im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung Erfolg.

Nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, diese ganz oder teilweise anordnen. Die Entscheidung, ob die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise dennoch durch das Gericht angeordnet wird, erfolgt aufgrund einer umfassenden Abwägung des Aufschubinteresses des Antragstellers einerseits und des öffentlichen Interesses an der Vollziehung des Verwaltungsaktes andererseits. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist in Anlehnung an [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder ob die Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Da [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) das Vollzugsrisiko bei Beitragsbescheiden grundsätzlich auf den Adressaten verlagert, können nur solche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides ein überwiegendes Aufschubinteresse begründen, die einen Erfolg des Rechtsbehelfs, hier des Widerspruchs, zumindest überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Hierfür reicht es nicht schon aus, dass im Rechtsbehelfsverfahren möglicherweise noch ergänzende Tatsachenfeststellungen zu treffen sind. Maßgebend ist vielmehr, ob nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Eilentscheidung mehr für als gegen die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides spricht (vgl. zuletzt LSG NRW, Beschluss vom 08. April 2014 - [L 8 R 737/13 B ER](#) -, Rn. 29f., juris; vgl. auch Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Komm zu [§ 86b SGG](#), 11. Auflage 2014, Rn.12b, 12e ff.).

Im hier zu entscheidenden Fall bestehen in diesem Sinne erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des mit Widerspruch angefochtenen Bescheides vom 06.10.2014.

Rechtsgrundlage für den angefochtenen Bescheid ist, wie ausgeführt, [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB V](#). Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe der Arbeitnehmer in der Sozialversicherung gegenüber den Arbeitsgebern. Nach [§ 28e Abs. 1 SGB IV](#) hat der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag für die bei ihm Beschäftigten, d.h. die für einen versicherungspflichtigen Beschäftigten zu zahlenden Beiträge zur Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung ([§ 28d Sätze 1 und 2 SGB IV](#)), zu entrichten. Der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch - SGB V, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch - SGB XI, § 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch - SGB VI, § 25 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch - SGB III](#)).

Es bestehen nach der im Eilverfahren erforderlichen summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der hier allein streitigen Entscheidung der Beklagten, mit der sie die Versicherungspflicht des Geschäftsführers der Klägerin, Herrn W. festgestellt hat.

a. Diese Zweifel bestehen allerdings nicht bereits infolge der vorangegangene Betriebsprüfung und des Bescheides vom 17.02.2009.

Zutreffend hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung Betriebsprüfungen unmittelbar im Interesse der Versicherungsträger und mittelbar im Interesse der Versicherten den Zweck haben, die Beitragsentrichtung zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung zu sichern. Sie sind selbst in kleinen Betrieben zu einer vollständigen Überprüfung der versicherungsrechtlichen Verhältnisse aller Versicherten nicht verpflichtet. Eine über diese Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung kommt den Betriebsprüfungen nicht zu; sie bezwecken insbesondere nicht, den Arbeitgeber als Beitragsschuldner zu schützen oder ihm etwa "Entlastung" zu erteilen. Auch den Prüfberichten – wobei hier sich aus dem Prüfbericht allerdings nichts herleiten ließe – kommt keine andere Bedeutung zu. Sie haben nicht die Funktion eines Entlastungsnachweises mit Außenwirkung. Arbeitgebern und Arbeitnehmern steht vielmehr das Recht zu, in Zweifelsfällen gemäß [§ 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV](#) rechtzeitig eine Entscheidung der Beitragseinzugsstelle über die Versicherungs- und/oder Beitragspflicht des Arbeitnehmers in Form eines Verwaltungsaktes herbeizuführen, an die die Versicherungsträger dann gebunden sind (BSG, Urteil vom 30. November 1978 – [12 RK 6/76](#) –, [SozR 2200 § 1399 Nr. 11](#), [BSGE 47, 194-200](#), juris Rn. 16; Urteil vom 29. Juli 2003 – [B 12 AL 1/02 R](#) –, [SozR 4-2400 § 27 Nr. 1](#), Rn. 27f, Urteil vom 14. Juli 2004 – [B 12 KR 10/02 R](#) –, [SozR 4-5375 § 2 Nr. 1](#), [BSGE 93, 109-119](#), [SozR 4-1500 § 96 Nr. 1](#), [SozR 4-2400 § 14 Nr. 5](#), [SozR 4-2400 § 28p Nr. 1](#), Rn. 43; Urteil vom 18. Dezember 2013 – [B 12 R 2/11 R](#) –, [SozR 4-2400 § 23a Nr. 7](#), Rn. 36; LSG NRW, Urteil vom 16. November 2011 – [L 9 AL 26/09](#) –, juris Rn. 44, 49). Soweit Arbeitgeber aus den Ergebnissen früherer Betriebsprüfungen Rechte herleiten wollen, kann sich eine materielle Bindungswirkung nur dann und insoweit ergeben, als Versicherungspflicht und Beitragshöhe personenbezogen für bestimmte Zeiträume festgestellt worden sind (BSG, Urteil vom 29. Juli 2003 – [B 12 AL 1/02 R](#) –, [SozR 4-2400 § 27 Nr. 1](#), Rn. 27; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25. März 2014 – [L 1 R 40/14 B ER](#) –, Rn. 18, juris). Eine solche ausdrückliche Statusentscheidung hinsichtlich der Eheleute unabhängig vom seinerzeit geprüften Zeitraum ist weder im Protokoll der Schlussbesprechung noch im Prüfbescheid getroffen worden. Eventuelle mündliche Äußerungen des Prüfers während der Schlussbesprechung reichen hierfür nicht aus.

b. Im Rahmen der durchzuführenden summarischen Prüfung kommt es daher darauf an, ob Herr W. der Versicherungspflicht im streitigen Zeitraum unterlag. Derzeit spricht mehr gegen das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung und damit gegen eine Versicherungspflicht.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Eine Beschäftigung in diesem Sinne setzt 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 er da-bei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige 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, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Dieses 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 (st. Rspr.; vgl. zum Ganzen z.B. BSG, Urteil v. 29.08.2012, [B 12 R 14/10 R](#), USK 2012-82; BSG, Urteil v. 25.04.2012, [B 12 KR 24/10 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 15](#); BSG, Urteil v. 28.09.2011, [B 12 R 17/09 R](#), juris Rn. 16; Urteil v. 11.03.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), USK 2009-25; BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); LSG NRW, Beschluss vom 08. April 2014 – [L 8 R 737/13 B ER](#) –, Rn. 35f. mwN.; Urteil vom 12. Februar 2014 – [L 8 R 1108/12](#) –, juris Rn.39; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 – [1 BvR 21/96](#) –, [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#), juris Rn. 6ff.).

Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sind auch bei Organen juristischer Personen, zu denen auch der Geschäftsführer einer GmbH gehört ([§ 35 Abs. 1 GmbH-Gesetz](#)), anzuwenden, auch wenn er als solcher für andere Arbeitnehmer der GmbH Arbeitgeberfunktionen erfüllt (dazu ausführlich BSG, Urteil vom 13.12.1960 – [3 RK 2/56](#), [BSGE 13, 196](#), 198, juris Rn. 32ff, 37). Beim am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer (Gesellschafter-Geschäftsführer) ist der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal. Dementsprechend ist bei dem Geschäftsführer einer GmbH, der auf Grund seiner Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft auf diese beherrschenden Einfluss ausüben vermag, weil er maßgeblichen rechtlichen Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund der Gesellschafterstellung nehmen kann und aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung über die Rechtsmacht verfügt, ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte, eine die Arbeitnehmereigenschaft begründende Eingliederung und damit auch ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis regelmäßig zu verneinen (BSG, Urteil vom 23. Juni 1994 – [B 12 RK 72/92](#); BSG, Urteil vom 25. Januar 2006 – [B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006-8, juris Rn. 23). Eine derartige Rechtsmacht haben GmbH-Gesellschafter regelmäßig dann, wenn sie zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft sind und zumindest 50 % des Stammkapitals innehaben (BSG, Urteil vom 20.03.1984 – [7 RAr 70/82](#) Rn. 24; Urteil vom 08.08.1990 – [11 RAr 77/89](#) –, juris Rn.19; Urteil vom 17.05.2001 – [B 12 KR 34/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 17](#), juris Rn.15, jew. mwN.; Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, Stand: 25.02.2013, [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#), Rn.125f). Aber auch dort, wo die Kapitalbeteiligung geringer ist, kann sich gleichwohl aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages die Rechtsmacht ergeben, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer mit seinem Anteil alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern kann (sog. Sperrminorität, vgl. BSG, Urteil vom 18.04.1991 – [7 RAr 32/90](#) –, [NZA 1991, 869](#)).

Ein solcher Fall einer bereits durch den Gesellschaftsvertrag eingeräumten Rechtsmacht liegt hier nicht vor. Auch im Geschäftsführervertrag ist, obwohl dort einige arbeitnehmer-untypische Regelungen getroffen sind, eine Weisungsfreiheit nicht niedergelegt.

Jedoch ist eine selbständige Tätigkeit damit nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Vielmehr muss nach der entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin bisher nicht aufgegebenen Rechtsprechung dort, wo der Geschäftsführer weder über eine Kapitalmehrheit noch über eine Sperrminorität verfügt, anhand der Umstände des Einzelfalles geprüft werden, ob die rechtliche Abhängigkeit des Geschäftsführers von Weisungen der Gesellschafterversammlung ausnahmsweise durch den ihm tatsächlich eingeräumten Einfluss aufgehoben ist (BSG, Urteil vom 05.05.1988 – [12 RK 43/86](#)–, [SozR 2400 § 2 Nr 25](#), juris Rn. 17). Dabei ist Prüfungsmaßstab zunächst die im Anstellungs- bzw. im Gesellschaftsvertrag zur Rechtsstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers getroffenen Regelungen. Die wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung ergibt sich aus dem im Rahmen des rechtlich zulässigen tatsächlich vollzogenen Vertragsverhältnisses. Bei Fremdgeschäftsführern, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind, wird regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen. Eine abweichende Beurteilung hiervon kam nach bisheriger ständiger Rechtsprechung aber ausnahmsweise dann in Betracht, wenn besondere

Umstände den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor. Dabei reicht allerdings die Wahrnehmung von Handlungsfreiheiten für leitende Angestellte, die in einem Betrieb höhere Dienste leisten, nicht aus; diese ist vielmehr geradezu charakteristisch. Allein weit reichende Entscheidungsbefugnisse eines "leitenden Angestellten", der in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess einem gemilderten Weisungsrecht unterliegt, machen diesen nicht schon zu einem Selbständigen (vgl. für den Fall sogar im Anstellungsvertrag selbst eingeräumter Handlungsfreiheiten BSG, Urteil vom 29.08.2012 - [B 12 R 14/10 R](#) -, juris Rn. 24 mwN., vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 19.06.2013 - [L 11 KR 569/11](#) -, juris Rn.35f). Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei auch nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter Ehegatten oder Verwandten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSG, Urteil vom 30. Januar 1990 - [11 RA 47/88](#) -, [SozR 3-2400 § 7 Nr 1](#), [BSGE 66](#), 168-175, [SozR 3-1300 § 41 Nr 2](#), [SozR 3-4100 § 112 Nr 4](#), juris Rn. 22; (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -, juris Rn. 14). Solche besondere Umstände, die den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor, hat die Rechtsprechung aber zum Beispiel dann bejaht, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer kraft Fachkunde und Erfahrung und von der Gesellschafterversammlung sowie der übrigen Geschäftsführung geduldet - in der GmbH "das Sagen hat" (BSG, Urteil vom 15. Dezember 1971 - [3 RK 67/68](#) -, [SozR Nr 68 zu § 165 RVO](#), juris, Rn. 27) oder er aufgrund familiärer Bindungen, Fachkunde und Erfahrung "Kopf und Seele" des Unternehmens ist (BSG, Urteil vom 23. 09.1982 - [10 RA 10/81](#) -, [SozR 2100 § 7 Nr 7](#), juris Rn.18, 21, 24; Urteil vom 08.08.1990 - [11 RA 77/89](#)-, [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#), juris Rn. 19ff mwN; Urteil vom 17.05.2001 - [B 12 KR 34/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 17](#), juris Rn.16; Urt. v. 18.12.2001 - [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 20](#), juris Rn.14 ; Urteil vom 06.03.2003 - [B 11 AL 25/02 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 1](#), juris Rn.17, 19; Urt. v. 04.07.2007 - [B 11a AL 5/06 R](#) , [SozR 4-2400 § 7 Nr 8](#), [SozR 4-4300 § 25 Nr 1](#), [SozR 4-4300 § 183 Nr 8](#), juris Rn. 16; LSG NRW, Urt. v. 04.03.2004 - [L 9 AL 150/02](#), juris Rn. 20, jew. mwN; kritisch dazu Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, Stand: 25.02.2013, [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) , Rn.130 mwN, s.a. Rn. 123; vgl. auch Aufstellung in BSG, Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 R 14/10 R](#), juris Rn.27.). Nach dieser Rechtsprechung des BSG konnte danach die gesellschaftsrechtliche Abhängigkeit auch durch den tatsächlich eingeräumten Einfluss aufgehoben werden. Prüfungsmaßstab waren zwar zunächst die im Anstellungs- bzw im Gesellschaftsvertrag zur Rechtsstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers getroffenen Regelungen. Wichen die tatsächlichen Verhältnisse hiervon entscheidend ab, wurde aber auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles abgestellt, die tatsächlichen Verhältnisse gaben den Ausschlag (Urteil vom 08. August 1990 - [11 RA 77/89](#) -, [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#), Rn. 22f - GmbH; Urteil vom 23. Juni 1994 - [12 RK 72/92](#) -, juris Rn. 16 - GmbH; BSG, Urteil vom 08. Dezember 1994 - [11 RA 49/94](#) -, [SozR 3-4100 § 168 Nr 18](#), [SozR 3-4100 § 104 Nr 13](#), Rn. 20, - GmbH; vom 10. August 2000, [B 12 KR 21/98 R](#), [BSGE 87](#), 53, 56 = [SozR 3-2400 § 7 Nr. 15](#) S 46, juris Rn. 17 - GmbH; vgl. auch LSG NRW, Urteil vom 04. Juli 2012 - [L 8 R 670/11](#) -, juris Rn. 40f- GmbH). Insbesondere bei Beschäftigungsverhältnisse außerhalb gesellschaftsrechtlicher Beziehungen wurde und wird betont, eine im Widerspruch zur ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gingen der formellen Vereinbarung regelmäßig vor; in diesem Sinne gelte, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag gäben, wenn sie von den Vereinbarungen abwichen (vgl. nur BSG, Urteil vom 01. Dezember 1977 - [12/3/12 RK 39/74](#) -, [BSGE 45](#), 199-206, [SozR 2200 § 1227 Nr 8](#), juris Rn. 16 -Bezirksstellenleiter von staatlichen Lottounternehmen und Urteil v. 28.09.2011, [B 12 R 17/09 R](#), juris Rn. 17 - hauswirtschaftlichen Familienbetreuer; vgl. auch LSG NRW, Beschluss vom 01. Juni 2012 - [L 8 R 150/12 B ER](#) -, juris Rn. 17 - Transportunternehmer ohne eigenen LKW). Aber auch bei Beschäftigungsverhältnissen im Rahmen einer GmbH wurde regelmäßig geprüft, ob sich entgegen der gesellschaftsrechtlichen Anteile und Stimmrechte eine selbständige Tätigkeit aus den Umständen, wie der Geschäftsführervertrag tatsächlich "gelebt" worden ist, ergeben könnte; das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses hänge nach allgemeinen Grundsätzen wesentlich davon ab, ob der Geschäftsführer nach dem Gesamtbild seiner Tätigkeit einem seine persönliche Abhängigkeit begründenden Weisungsrecht der GmbH unterlegen hat. Denn auch wenn der geschäftsführende Gesellschafter über keine Mehrheit am Stammkapital und auch nicht über eine Sperrminorität verfüge, könne eine abhängige Beschäftigung weiter dann ausgeschlossen sein, wenn es ihm sein tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der GmbH gestatte, nicht genehme Weisungen der genannten Art zu verhindern. Dies könne zum Beispiel der Fall sein, wenn er auch als externer (angestellter) Geschäftsführer in der GmbH "schalten und walten" könne wie er wolle, weil er die Gesellschaft persönlich dominiere oder weil diese wirtschaftlich von ihm abhängig sei. Auch für den Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung gelte, dass Abhängigkeit nur bejaht werden könne, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung gegeben ist, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolge (LSG NRW, Urteil vom 20. November 2008 - [L 16 KR 113/08](#) -, juris Rn. 41f mwN.; zuletzt insbesondere für Familienverhältnisse innerhalb einer GmbH LSG NRW, Urteil vom 29. Februar 2012 - [L 8 R 166/10](#) -, juris Rn. 28 und 35). Dass ein Mitarbeiter über besondere Kompetenzen in einem Spezialbereich verfüge, mache ihn zwar nicht zum Selbstständigen, sondern sei vielmehr in einer arbeitsteiligen Gesellschaft regelhaft anzutreffen. Wenn durch die Branchenkenntnis im Unternehmen aber eine so herausgehobene Position eingeräumt worden wäre, dass der Geschäftsführer die Ordnung des Betriebes selbst präge und deshalb praktisch wie ein Alleininhaber frei schalten und walten könne, sei die rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert worden, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne nicht mehr gegeben gewesen wäre (LSG NRW, Urteil vom 04. Juli 2012 - [L 8 R 670/11](#) -, juris Rn. 41). Der Antragsgegnerin ist zuzugeben, dass sich diese Rechtsprechung - allerdings nicht erst nach den Entscheidungen des 12. Senates des BSG vom 29. August 2012 - insoweit geändert hat, als die Frage der tatsächlich zustehenden Rechtsmacht und der Aspekt der Durchsetzbarkeit auch in Krisenzeiten nunmehr in den Vordergrund gerückt wurde. So wird in späteren Entscheidungen einschränkend hinzugefügt, maßgeblich sei die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert werde und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig sei. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehe der formellen Vereinbarung nur vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gelte, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehöre daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht In diesem Sinne gelte, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgebend sei die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert werde und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl zuletzt BSG, Urteil vom 30.04.2013 - [B 12 KR 19/11 R](#) -, [SozR 4-2400 § 7 Nr 21](#), Rn. 14 für ein Familienunternehmen, und Urteile vom 29.08.2012 - [B 12 R 14/10 R](#) -, juris Rn. 16 und [B 12 KR 25/10 R](#) -, [BSGE 111](#), 257-268, [SozR 4-2400 § 7 Nr 17](#), juris Rn.16 für familiäre Bindungen innerhalb von Gesellschaften; so auch bereits im Urteil vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -, [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#), juris Rn. 17 und vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) -, juris Rn. 22, jew. mwN; vgl. auch LSG NRW, Urteil vom 29. Februar 2012 - [L 8 R 166/10](#) -, juris Rn. 28; LSG NRW, Beschluss vom 08. April 2014 - [L 8 R 737/13 B ER](#), juris Rn. 37, mwN.). Eine Aufgabe der frühere Rechtsprechung, nach der entscheidungserheblich gewesen sei, ob die zu beurteilende Person "Kopf und Seele" des Betriebes, alleiniger Branchenkenner oder mit den Gesellschaftern familiär verbunden sei oder in der Gesellschaft faktisch frei schalten und walten könne, kann die Kammer aber bisher gleichwohl nicht erkennen. Als höchstrichterlich geklärt dürfte unter Zugrundelegung dieser Grundsätze zwar anzusehen sein, dass die Rechtsmacht der Mehrheitsgesellschafter nicht bereits dadurch entfällt, dass gegenüber dem

Geschäftsführer in "ruhigen Zeiten" faktisch kein Gebrauch davon gemacht wird, rechtliche Vereinbarungen zunächst "nur auf dem Papier stehen" und ihre Bedeutung oft erst im Konfliktfall erlangen. Denn eine "Schönwetter-Selbständigkeit" ist mit Blick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände schwerlich hinnehmbar. Dazu hat das BSG bei Gesellschafter-Geschäftsführern, die zwar über eine Kapitalmehrheit verfügen, aber von der ihnen gesellschaftsvertraglich zustehenden Rechtsmacht tatsächlich keinen Gebrauch machen und die Entscheidungen anderen überlassen, gleichwohl entscheidend auf die abstrakte Rechtsmacht abgestellt und eine abhängige Beschäftigung ausgeschlossen (BSG, Urteil vom 08.08.1990 - [11 RAr 77/89](#) -, [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#), juris Rn. 21; Urteil vom 29.08.2012 - [B 12 R 14/10 R](#) -, juris Rn. 28; Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, Stand: 25.02.2013, [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#), Rn.124).

Dass Frau W. von ihrer Rechtsmacht keinen Gebrauch gemacht hat, macht die Entscheidung der Antragsgegnerin zur Versicherungsfreiheit daher nicht rechtswidrig. Hieraus folgt jedoch nicht automatisch eine abhängige Beschäftigung Herrn Ws. Noch nicht höchststrichterlich geklärt ist nämlich, wie sich die Nichtausübung der Rechtsmacht durch eine für die Unternehmensführung nicht qualifizierte Alleingesellschafterin wie im vorliegenden Fall auf die sozialversicherungsrechtliche Stellung eines die Gesellschaft faktisch beherrschenden Geschäftsführers auswirkt, insbesondere wenn dieser, wie hier, die Gesellschaft als Alleingesellschafter gegründet und ihre betriebliche Ordnung geprägt hat, und sich weder tatsächlich noch wirtschaftlich durch die Anteilsübertragung Veränderungen ergeben haben.

Über eine mit dem vorliegenden Fall vergleichbare Konstellation hatten weder das BSG noch das zuständige LSG NRW in jüngerer Zeit zu entscheiden. Die bisherige Rechtsprechung dazu wurde auch nicht ausdrücklich aufgegeben. Insoweit hat der 12.- Senat bisher lediglich offenlassen, ob die vom 11. Senat des BSG formulierten Rechtsauffassung zur möglichen selbstständigen Tätigkeit sogar im Fall des - nicht an der GmbH beteiligten und nicht zum Geschäftsführer bestellten - Sohnes eines Allein-Gesellschafter-Geschäftsführers (BSG, Urteil vom 30. Januar 1990 - [11 RAr 47/88](#) -, [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#), [BSGE 66, 168-175](#), [SozR 3-1300 § 41 Nr. 2](#), [SozR 3-4100 § 112 Nr 4](#), juris Rn. 20ff), ggf. modifiziert bzw. auf gänzlich atypische Sonderfälle beschränkt, bezogen auf das Versicherungs- und Beitragsrecht gefolgt werden könne oder ob - wofür einiges spreche - der aus gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben entspringenden Rechtsmacht als Teil der tatsächlichen Verhältnisse, auf die auch der 11. Senat ausdrücklich hingewiesen hat, maßgebende Bedeutung beizumessen ist. Für Letzteres spreche, dass entscheidender Gesichtspunkt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit anstelle einer (abhängigen) Beschäftigung auch im Zusammenhang mit Familiengesellschaften die Möglichkeit sei, unliebsame Weisungen des Arbeitgebers bzw. Dienstberechtigten abzuwenden. Im Falle eines familiären Zerwürfnisses zwischen den Beteiligten komme allein die den einzelnen Familienmitgliedern zustehende Rechtsmacht zum Tragen; eine "Schönwetter-Selbstständigkeit" sei mit Blick auf das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände schwerlich hinnehmbar (BSG, Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 R 14/10 R](#), juris Rn.28; Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) -, [BSGE 111, 257-268](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 17](#), Rn. 31; Urteil vom 30. April 2013 - [B 12 KR 19/11 R](#) -, [SozR 4-2400 § 7 Nr 21](#), Rn. 19). In diesen Entscheidungen ging es stets um die Fortführung eines von den jeweiligen Alleingesellschafterin gegründeten Betriebes durch die Kinder, so dass diese sich stets in eine bereits durch die Eltern, also in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes eingefügt hatten, und lediglich in diesem Rahmen aufgrund der Einräumung besonderer Gestaltungsspielräume durch die jeweiligen Gesellschafter tätig sein konnten. Mit dem hier zu entscheidenden Fall, in dem eine vom Geschäftsführer, Herrn W. infolge der eigenen Gründung der Gesellschaft vorgegebene Ordnung durch die gesellschaftsrechtliche Änderung durch die nunmehrige Alleingesellschafterin weiter geführt wird, ist dies nicht vergleichbar.

Der hier zu entscheidende Fall dürfte am ehesten noch mit der Entscheidung des BSG vom 23. September 1982 ([10 RAr 10/81](#)) vergleichbar sein. Der dortige Kläger und seine Ehefrau hatten mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln bewirkt, dass der Kläger nicht, wie bisher, Alleininhaber seines Handwerksbetriebs geblieben ist, sondern Komplementär einer KG und dann geschäftsführender Angestellter einer GmbH wurde, an der er nur zu fünf Prozent und seine Ehefrau zu 95 Prozent beteiligt war. Das BSG hatte es für möglich gehalten, dass der Kläger nicht persönlich abhängig war, sondern "Kopf und Seele" des Handwerksbetriebs geblieben ist. Die Veränderungen durch den GmbH-Vertrag hätten nach der Rechtsprechung aus dem ursprünglich selbständigen Kläger nur dann einen Arbeitnehmer gemacht, wenn er persönlich abhängig geworden sei. Das ist dann der Fall, wenn die geschilderten rechtlichen Veränderungen tatsächlich auch in der Weise durchgeführt wurden, dass der Kläger in seinen geschäftlichen Entscheidungen mehr als bisher auf die Zustimmung seiner Ehefrau angewiesen gewesen sei. Es sei festzustellen, warum der Kläger und seine Ehefrau die Gesellschaftsgründungen durchgeführt hatten. Sollten gewichtige wirtschaftliche Gründe maßgebend gewesen sein, so könne sich ergeben, dass der Kläger tatsächlich wesentliche Entscheidungen nicht mehr unabhängig habe treffen können. Daran wäre besonders dann zu denken, wenn der Kläger etwa deshalb hinsichtlich Kapitalbeteiligung und Stimmrecht nur geringfügig an der GmbH beteiligt worden wäre, weil seine Ehefrau die Kapitalgeberin war. Seien allerdings die gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen nur deshalb getroffen worden, weil der Kläger dadurch haftungsrechtlich oder/und steuerrechtlich besser zu stehen glaubt, so habe sich an der Selbständigkeit des Klägers wahrscheinlich nichts geändert. Gegen die Selbständigkeit des Klägers spreche auch nicht, dass er nur mit einem verhältnismäßig geringen Kapital und Stimmrecht an der GmbH beteiligt worden ist. Die Selbständigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers sei nicht davon abhängig, dass er gerade über seine Kapitalbeteiligung einen entscheidenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben könne (BSG, Urteil vom 23. 09.1982 - [10 RAr 10/81](#) -, [SozR 2100 § 7 Nr 7](#), Rn. 19ff).

Dass diese Grundsätze, auch im Lichte der oben angeführten weiteren Entscheidungen zur "Kopf- und Seele"- Rechtsprechung, nunmehr keinerlei Bedeutung mehr haben sollen, ist den neueren Entscheidungen des BSG, wie ausgeführt, nicht zu entnehmen. Folgerichtig wird durch die Rechtsprechung bei einem Geschäftsführer einer Familiengesellschaft ohne Unternehmensbeteiligung in sehr eng begrenzten Einzelfällen eine Prüfung, ob eine Überlagerung rechtlich bestehender Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse vorliegt, anhand einer Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Umfangs der tatsächlichen Einflussnahme der Gesellschafter auf die GmbH auch weiterhin vorgenommen (Hessisches LSG, Urteile vom 22.11.2012 - [L 1 KR 93/11](#), juris Rn. 29 und vom 22.08.2013 - [L 1 KR 152/12](#) -, juris Rn. 29f; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 24.02.2014 - [L 1 KR 271/13](#) -, juris Rn. 27; LSG Hamburg, Urteil vom 01.08.2013 - [L 1 KR 66/12](#) -, juris Rn. 31), zB. wenn es an der unabdingbaren Voraussetzung seiner Unterordnung unter das Weisungsrecht eines anderen fehlt, weil niemand da ist, der die Arbeitgeberfunktion ausüben könnte (Hessisches LSG, Urteil vom 22.11.2012 und vom 22.08.2013, [a.a.O.](#)). Denn andernfalls bliebe es bei der Beurteilung allein nach Gesellschaftsanteil und gesellschaftsrechtlich wirksam zustande gekommenen Vereinbarungen; eine Einzelfallprüfung im Hinblick auf besondere Umstände des Einzelfalles, die ausnahmsweise eine tatsächliche Weisungsabhängigkeit faktisch auch in Krisenzeiten verhindern, bliebe unberücksichtigt. Eine starre, ausnahmslose Statusbeurteilung allein anhand der gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen könnte in der Tat eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Formalversicherung zur Folge haben. Ein nicht oder nur gering am Kapital Beteiligter kann demnach nach Auffassung der Kammer die Rechtsmacht auch durch außerhalb des Gesellschaftsvertrages liegende Vereinbarungen oder Umstände inne

haben, jedenfalls wenn diese nicht folgenlos einseitig aufkündbar sind und die anderen Gesellschafter faktisch auch im Konfliktfalle zum Wohlverhalten zwingen (so schon Urteil der Kammer vom 21.05.2014 - S 21 R 1261/11; Berufung anhängig Az: L 8 R 752/14; BSG, Urteil vom 23.09.1982 - [10 RAr 10/81](#) -, SozR 2100 § 7 Nr 7, Rn. 19ff; s.a.SG Detmold, Urteil vom 17.09.2009 - [S 20 \(2\) R 216/07](#) -, juris Rn. 24). In den in jüngerer Zeit o.g. entschiedenen Fällen lag der zu Grunde gelegte Sachverhalt jedoch stets so, dass solche besonderen Umstände im Ergebnis zu verneinen waren.

Nach Auffassung der Kammer liegt nach der gebotenen summarischen Prüfung hier aber ein besonderer Ausnahmefall vor, der in Anwendbarkeit der bisherige "Kopf- und Seele"- Rechtsprechung, insbesondere unter Berücksichtigung der Entscheidung vom 23. September 1982 ([10 RAr 10/81](#)) auch nach den modifizierten Kriterien der neueren BSG-Rechtsprechung die Bewertung der Tätigkeit des Herrn W. als nichtversicherungspflichtige Beschäftigung überwiegend wahrscheinlich macht. Ein wesentliches Indiz stellt zunächst die Gründungsgeschichte der Gesellschaft dar: Das Stammkapital wurde von Herrn W. eingebracht. Die betriebliche Ordnung, in die er nach der Übertragung der Gesellschaftsanteile diese kam, war durch ihn selber aufgebaut und geprägt. Anhaltspunkte für eine durch die nunmehrige Alleingesellschafterin Frau W. vorgenommene Änderung liegen nicht vor. Herr W. hat sich gerade nicht in eine von anderer Seite vorgegebenen Ordnung eingefügt. Selbst der Geschäftsführervertrag blieb mit seinen Arbeitnehmer untypischen Regelungen – einer gewinnabhängigen, gestaffelten, im unteren Bereich den Gewinn fast vollständig abschöpfenden Tantieme, einem Lohnfortzahlung Anspruch für 6 Monate statt 6 Wochen und darüber hinaus einem Nettogehaltsausgleichsanspruch für weitere 6 Monate, einem Nebentätigkeitsverbot und einer völlig unbestimmten Arbeitszeit mit unbeschränkter Verfügbarkeit – bestehen. Arbeitnehmertypisch ist hieran lediglich die Einräumung des Urlaubsanspruchs und die Festlegung einer Kündigungsfrist, deren Länge allerdings wiederum arbeitnehmeruntypisch ist. Die Veränderungen durch den Übertragungsvertrag hätten danach aus dem ursprünglich selbständigen Herrn W. nur dann einen Arbeitnehmer gemacht, wenn die rechtlichen Veränderungen tatsächlich auch in der Weise durchgeführt worden wären, dass Herr W. in seinen geschäftlichen Entscheidungen mehr als bisher auf die Zustimmung seiner Ehefrau angewiesen gewesen war, insbesondere weil seine Ehefrau die Kapitalgeberin geworden wäre. Das war aber nicht der Fall, weder wurde Herr W. durch die Übertragung ein Kaufpreis gezahlt, so dass von einer wirtschaftlichen Auslösung der Gesellschaft auszugehen wäre, noch wurde das Stammkapital durch eigenes Kapital der neuen Alleingesellschafterin erhöht und damit sein wirtschaftlicher Anteil verringert. Folgerichtig war auch die nunmehr erfolgte Rückübertragung ohne Gegenleistung möglich. Die gesellschaftsrechtliche Anteilsübertragung wurden nur deshalb getroffen, weil Herr W. bzw. die Antragstellerin dadurch steuerrechtlich besser zu stehen glaubten und ein elterliches Grundstück auch auf Wunsch der übertragenden Eltern Herrn Ws. in dessen Alleineigentum bleiben sollte. Dass sich aus solchen Gründen die Selbständigkeit Herrn Ws. in eine weisungsabhängige Beschäftigung verändert, ist wenig wahrscheinlich. Frau W. war auch nicht, wie in den vom 12. Senat in jüngerer Zeit zu entscheidenden Fällen, sozusagen im Hintergrund immer noch die Seniorchefin; nach dem Vortrag der Antragstellerin, dem im Hauptsacheverfahren nachzugehen sein wird, war dies vielmehr weiterhin unverändert Herr W. Nach dem insoweit unbestrittenen Vortrag der Antragstellerin hat allein Herr W. die Tätigkeiten, die den Gegenstand des Unternehmens darstellen, zu verantworten; das im Falle seines – theoretisch in der Tat möglichen – unfreiwilligen Ausscheidens aus der Gesellschaft durch Kündigung seitens der Alleingesellschafterin sich die Gesellschaft als "leerer Mantel" darstellen würde, ist glaubhaft. Denn die Gesellschaft erbringt eine Dienstleistung, die in der Regel aufgrund der besonderen Erfahrungen und Kenntnisse des Inhabers und seines guten Rufes in Anspruch genommen wird; zumindest dürfte nach der Lebenserfahrung – ohne dass insoweit im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz eine Beweisaufnahme durchzuführen ist – davon auszugehen sein, dass die bisherigen Kunden ein Ausscheiden derjenige Person, die die bisher möglicherweise auch von Mitarbeitern erbrachten Leistungen zumindest kontrolliert und mit verantwortlich hat, ausscheidet, nicht ohne weiteres hinnehmen würden, und so ein erheblicher Auftragsrückgang wahrscheinlich ist. Der Vortrag der Antragstellerin, dass Frau W. sich bei Ausübung ihrer gesellschaftsrechtlichen Rechte gegen dem Willen des Herrn W. wirtschaftlich nur selbst erheblich schaden würde, sich also gerade bei "schlechtem Wetter" ihre faktischen Abhängigkeit zeigen würde, ist daher nicht von der Hand zu weisen. Schließlich stünde Herrn W. im Konfliktfall zumindest schuldrechtlich nicht rechtlos dar. Ein solcher würde hier, weil nicht lediglich zuvor eingeräumte Privilegien zu entziehen wären, sondern zuvor im wesentlichen allein erarbeitetes entzogen würde, allerdings auch nicht lediglich eine Schönwetter-Selbstständigkeit entlarven, sondern geradezu eine Veruntreuung, also eine böswillige Verletzung der internen Absprachen durch die Alleingesellschafterin voraussetzen. Dabei muss es dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben, das Innenverhältnis zwischen den Beteiligten rechtlich zu qualifizieren und festzustellen, welche rechtliche Handhabe im Konfliktfall Herrn W. tatsächlich zustünde: Im Betracht käme sowohl ein Rückabwicklungsanspruch nach Schenkung, die Abwicklung einer auch stillschweigend oder konkludent begründbaren Ehegatten-Innengesellschaft (vgl. H. P. Westermann in: Erman BGB, Kommentar, Vorbemerkung, Rn. 49f.; zur Innengesellschaft vgl. auch BSG, Urteil vom 30. April 2013 - [B 12 KR 19/11 R](#) -, SozR 4-2400 § 7 Nr 21, Rn. 17, Bergmann in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, [§ 705 BGB](#), Rn. 48f), oder ein schuldrechtlicher Anspruch im Rahmen einer Stimmbindungsvereinbarung (vergleiche dazu LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 11. Juni 2014 - [L 5 KR 2911/13](#) -, juris Rn. 35; s.a. Urteil der Kammer vom 21.05.2014 - S 21 R 1261/11; Berufung anhängig: Az: L 8 R 752/14). Diese schuldrechtlichen Möglichkeiten haben zwar nicht das Gewicht eines gesellschaftsrechtlichen Mehrheitsanteiles oder einer Sperrminorität, sind aber geeignet, die Gesellschafterin auch in Krisenzeiten zu einem Wohlverhalten gegenüber dem Geschäftsführer zu veranlassen. Nach den besondere Umstände des Einzelfalles wird nach alledem hier die rechtlich bestehende Weisungsabhängigkeit faktisch auch in Krisenzeiten verhindert, weil die Rechtsmacht durch außerhalb des Gesellschaftsvertrages liegende Vereinbarungen und Umstände nicht folgenlos gegen den Willen Herrn Ws. ausübbar ist und Frau W. damit faktisch auch im Konfliktfalle zum Wohlverhalten gezwungen ist. Herr W. ist daher nach summarischer Prüfung "Kopf und Seele" der Antragstellerin geblieben, und konnte überwiegend wahrscheinlich faktisch ohne Unterbrechung durch die Zeit, in der sein Anteil auf seine Ehefrau übertragen war, faktisch weiterhin wie ein Alleingesellschafter-Geschäftsführer schalten und walten.

c. Schließlich bestehen unabhängig von den obigen Ausführungen, das heißt auch für den Fall, dass sich die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Antragsgegnerin erweist, zumindest Bedenken im Hinblick auf die Erhebung der Säumniszuschläge. Nach [§ 24 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist für Beiträge und Beitragsvorschüsse, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag von 1 v.H. des rückständigen auf 50,00 Euro nach unten abgerundeten Betrages zu zahlen. Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte ([§ 24 Abs. 2 SGB IV](#)). Dabei kann hier offen bleiben, ob verschuldete Unkenntnis von der Zahlungspflicht in diesem Sinne erst bei zumindest bedingtem Vorsatz oder schon bei grober Fahrlässigkeit im Sinne von [§ 276 BGB](#) (BGB) vorliegt (vergleiche dazu LSG NRW, Urteil vom 30. April 2014 - [L 8 R 981/12](#) -, juris Rn. 81). Denn auch eine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kann der Antragstellerin nicht vorgeworfen werden. In Anbetracht der dargestellten Rechtsprechung bei Familiengesellschaften und im Hinblick auf die im Jahre 2009 durchgeführte Betriebsprüfung, die insoweit ohne Beanstandungen blieb, lag weder für die Antragstellerin noch ihren Steuerberater eine Veranlassung zu Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens vor. Zwar kann die durchgeführte Betriebsprüfung

einen Vertrauensschutz im Hinblick auf die zukünftige Nichterhebung von Beiträgen nicht begründen. Anders ist die Sachlage jedoch für die Frage des Verschuldens, wenn eine aufgrund der bestehenden Rechtsprechung sozialversicherungsrechtlich vertretbar als eindeutig bewertete Sach- und Rechtslage durch die Rechtsprechung nachträglich geändert wird, wovon die Antragsgegnerin ausgeht. Der seinerzeitige Bescheid vom 17.02.2009 dürfte als Bestärkung dieser bestehenden, Rechtsauffassung gewirkt haben. Denn es liegt in einem von Ehegatten geführten Unternehmen bereits nach der Lebenserfahrung nahe, dass Betriebsprüfer insbesondere diese Gestaltung zumindest einer groben Prüfung unterziehen, zumal der Bescheid einen Hinweis auf eine zumindest stichprobenartige Überprüfung von Versicherungspflichtverhältnissen durchaus enthält. Dies würde umso mehr gelten, wenn im Rahmen der Beweisaufnahme die Darstellung der Antragstellerin zum Inhalt der Gespräche bei der Betriebsprüfung bestätigt würde. Anlass zu Zweifeln, die die Antragstellerin hätte bewegen müssen, ein Antragsverfahren durchzuführen, bestanden nach alledem gerade nicht.

3. Die demgemäß vorzunehmende Abwägung des Aufschubinteresses der Antragstellerin einerseits und des öffentlichen Interesses an der Vollziehung des Verwaltungsaktes andererseits unter Berücksichtigung des dargestellten überwiegenden Zweifels an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes und der wirtschaftlichen Situation der Antragstellerin fällt zu Gunsten der Antragstellerin aus. Dass möglicherweise wirtschaftlichen Schwierigkeiten nach Maßgabe des [§ 76 Abs. 2 SGB IV](#) durch Stundung, Niederschlagung oder Erlass von Beiträgen Rechnung getragen werden kann, reicht angesichts der vorgenannten Ausführungen, der Notwendigkeit, Sicherheiten zu erbringen, die aktuell nicht erbracht werden können und der anfallenden Stundungszinsen nicht aus, denn andernfalls ließe dies einen Anspruch auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung stets entfallen. Dass die Durchsetzbarkeit der Forderung bei einem Abwarten der Hauptsache nicht weiter gefährdet wäre als zur Zeit ergibt sich bereits daraus, dass es abgesehen von dieser Forderung keine Anhaltspunkte für eine drohende Insolvenz des Unternehmens gibt, vielmehr zuletzt Investitionen nahezu in Höhe der offenen Forderung getätigt werden konnten.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung. Die Festsetzung des Streitwerts gemäß [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 63 Abs. 2](#), [52 Abs. 1](#) und 2, [47 Abs. 1](#) Gerichtskostengesetz entspricht der ständigen Praxis des zuständigen Beschwerdesenates, im einstweiligen Rechtsschutz von einem Viertel des Hauptsachestreitwerts (LSG NRW, Beschluss vom 27. Juni 2013- [L 8 R 114/13 B ER](#) -, juris Rn. 27, mwN.) auszugehen.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-05-12