

## L 8 R 106/15 B ER

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung

8  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)  
Aktenzeichen  
S 15 R 1969/14 ER

Datum  
05.01.2015  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 8 R 106/15 B ER

Datum  
11.05.2015  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 5.1.2015 geändert. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 26.9.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.1.2015 wird abgelehnt. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 3.288,60 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsbehelfs gegen einen Betriebsprüfungsbescheid der Antragsgegnerin, mit dem diese sie auf Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen in Anspruch nimmt.

Die Antragstellerin ist ein Unternehmen, dessen Gegenstand der erschütterungsarme Beton- und Mauerwerksrückbau mit Diamantwerkzeugen, die Erbringung von Abbruch- und Entkernungsarbeiten im Bestand sowie der Handel mit Diamantwerkzeugen und Zubehör ist. Das Stammkapital der Antragstellerin beträgt 25.000 Euro. Hauptgesellschafterin ist Frau S, die über einen Anteil am Stammkapital in Höhe von 22.500 Euro verfügt. Geschäftsführer der Antragstellerin ist der Ehemann der Hauptgesellschafterin, Herr N S, der zunächst über einen Anteil am Stammkapital in Höhe von 2.500 Euro verfügte. Am 28.1.2013 veräußerte er diesen jedoch mit Wirkung zum 1.1.2013 an seinen Sohn, Herrn N1 S.

In dem Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin vom 22.2.2013 heißt es u.a. wörtlich wie folgt:

"[ ...]

§ 5 Geschäftsführung, Vertretung

1. Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer.

2. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. [ ...].  
Jedem Geschäftsführer kann auch in diesem Fall Einzelvertretungsbefugnis erteilt werden.

3. Jedem Geschäftsführer kann Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) erteilt werden, sodass er die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit sich selbst oder mit sich als Vertreter eines Dritten vertreten kann.

§ 6 Gesellschafterversammlung

1. Die Gesellschafterversammlung ist zu berufen, wenn eine Beschlussfassung der Gesellschaft erforderlich wird oder wenn die Einberufung aus einem sonstigen Grunde im Interesse der Gesellschaft liegt. In jedem Fall ist jährlich eine Gesellschafterversammlung innerhalb zwei Monaten nach Vorliegen des Jahresabschlusses abzuhalten.

2. - 5. [ ...]

6. Die Gesellschafterversammlung ist beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte des Stammkapitals vertreten ist. Fehlt es daran, so ist innerhalb von vier Wochen eine neue Versammlung mit gleicher Tagesordnung einzuberufen, die immer beschlussfähig ist. Darauf ist in der wiederholten Ladung hinzuweisen.

#### § 7 Gesellschafterbeschlüsse

1. Beschlüsse der Gesellschafter können nur in einer Gesellschafterversammlung oder gemäß [§ 48 Abs. 2 GmbHG](#) schriftlich gefasst werden.
2. Gesellschafterbeschlüsse werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht die Satzung oder das Gesetz zwingend eine andere Mehrheit vorschreiben.
3. Abgestimmt wird nach Geschäftsanteilen. Je 1 Euro eines Geschäftsanteils gewährt eine Stimme.
4. -5. [ ...]

#### § 8 Jahresabschluss

Der Jahresabschluss ist von der Geschäftsführung innerhalb der gesetzlichen Frist aufzustellen und von sämtlichen Geschäftsführern zu unterschreiben.

[ ...]

#### § 15 Öffnungsklausel

Durch Gesellschafterbeschluss können einzelne oder alle Gesellschafter, Geschäftsführer oder Gesellschafter-Geschäftsführer vom Wettbewerbsverbot insgesamt oder beschränkt auf bestimmte Fälle oder Tätigkeiten befreit werden. In diesem Fall sind sie berechtigt, unmittelbar oder mittelbar, im eigenen Namen oder fremden Namen, für eigene oder fremde Rechnungen mit der Gesellschaft in Wettbewerb zu treten, für Konkurrenzunternehmen tätig zu sein oder sich an solchen zu beteiligen, sei es direkt oder durch eine Mittelsperson. Herr N S und Frau S sind stets von allen Wettbewerbsverboten befreit. [ ...]"

Am 2.5.2013 schlossen Herr N S und die Antragstellerin, vertreten durch ihre Gesellschafter, einen Geschäftsführervertrag, in welchem es unter anderem wörtlich heißt:

#### "§ 1 Aufgabenbereich und Pflichten

1. Herr S ist seit dem 1.5.2009 zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt.
2. Der Geschäftsführer ist berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze und des Gesellschaftsvertrages allein zu vertreten und die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Er ist von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) (befreit). [Ergänzung durch Senat]
3. Die Gesellschafter verzichten ausdrücklich auf das Recht, dem Geschäftsführer Weisungen zu erteilen und sich in die laufende Geschäftsführung einzuschalten. Sie üben gegenüber dem Geschäftsführer, der alleine über Branchenkenntnisse verfügt, keinerlei Weisungen aus. Unabhängig hiervon verpflichtet sich der Geschäftsführer, bei allen seinen Tätigkeiten die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Kaufmannes zu beachten.
4. Dem Geschäftsführer obliegt die Leitung und Überwachung des Unternehmens als Ganzes. Er nimmt die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers im Sinne der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften sowie die Einstellung und Entlassung von Personal vor.
5. Der Geschäftsführer wahrt die wirtschaftlichen und steuerlichen Interessen der Gesellschaft. Er ist verpflichtet, für eine den handels- und steuerrechtlichen Vorschriften entsprechende Buchführung und eine angemessene Betriebsabrechnung zu sorgen. Er ist verpflichtet, innerhalb der gesetzlichen Fristen den Jahresabschluss unter Beachtung handels- und steuerrechtlicher Bilanzierungsvorschriften aufzustellen.
6. [ ...]

#### § 2 Nebentätigkeiten

Dem Geschäftsführer ist jederzeit gestattet, weitere Tätigkeiten aufzunehmen und fortzuführen, ohne dass es hierzu der Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung bedarf.

#### § 3 Vertragsdauer

1. Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen.
2. Der Vertrag ist nur aus wichtigem Grund kündbar. Auf die Abberufung des Geschäftsführers ist nur aus wichtigem Grund zulässig. Die Abberufung hat schriftlich zu erfolgen. Sie gilt gleichzeitig als Kündigung des Anstellungsverhältnisses zu dem nächstzulässigen Zeitpunkt.
3. Der Vertrag kann von beiden Vertragsparteien mit einer Frist von neun Monaten zum Ende des Jahres schriftlich gekündigt werden.

#### § 4 Bezüge des Geschäftsführers

1. Eine bestimmte Arbeitszeit ist nicht vereinbart. Der Geschäftsführer orientiert Art und Zeit seiner Tätigkeit an den Belangen der Gesellschaft und ist an bestimmte Arbeitszeiten nicht gebunden.
2. Der Geschäftsführer erhält für seine Tätigkeit eine Vergütung in Höhe von 3.775,00 Euro netto, monatlich jeweils zum Monatsende.
3. Der Geschäftsführer erhält außerdem eine Gewinnbeteiligung in Höhe von 10% des im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinns. Die Beteiligungszahlung wird mit der Feststellung des ersten Abschlusses fällig.
4. Bei Arbeitsunfähigkeit erhält der Geschäftsführer für die Dauer von 12 Monaten die Bezüge nebst Nebenleistungen weiter.

#### § 5 Spesen, Aufwendungsersatz

1. Trägt der Geschäftsführer im Rahmen seiner ordnungsgemäßen Geschäftsführertätigkeit Kosten und Aufwendungen, werden ihm diese von der Gesellschaft erstattet, sofern er die Geschäftsführungs- und Betriebsbedingtheit belegt oder diese offenkundig ist. Die Abrechnung erfolgt monatlich bzw. nach dem Anfall der Kosten.
2. Reisespesen werden jeweils bis zu den zulässigen Höchstsätzen ersetzt.

#### § 6 Verschwiegenheit

1. Der Geschäftsführer hat über die ihm bekannt gewordenen und anvertrauten Geschäftsvorgänge, sowohl während der Dauer des Vertragsverhältnisses als auch nach dessen Beendigung, Dritten gegenüber Stillschweigen zu bewahren.
2. [ ... ]

#### § 7 Schlussbestimmungen

1. Die vertraglichen Vereinbarungen der Partner ergeben sich erschöpfend aus diesem Vertrag. Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrags bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform sowie der ausdrücklichen Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Dieses Schriftformerfordernis kann nur schriftlich außer Kraft gesetzt werden und eine Befreiung vom Erfordernis der Schriftform durch mündliche Vereinbarung ist unwirksam.
2. [ ... ]
3. Ergänzend gelten die Bestimmungen der Satzung und des GmbH-Gesetzes, sofern dieser Vertrag hiervon nichts Abweichendes regelt."

Die Antragsgegnerin führte in der Zeit vom 21.5.2014 bis zum 29.8.2014 bei der Antragstellerin eine Betriebsprüfung durch und hörte sie mit Schreiben vom 15.7.2014 zu ihrer beabsichtigten Entscheidung an, Sozialversicherungsbeiträge für die Beschäftigung des Geschäftsführers S nachzufordern.

Daraufhin teilte die Antragstellerin mit, dass ihr Geschäftsführer S nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung bei ihr tätig sei und daher diesbezüglich keine Pflicht zur Beitragszahlung bestehe. Die Antragsgegnerin verkenne, dass der Geschäftsführer weisungsunabhängig sei und aufgrund der notwendigen Branchenkenntnisse im Unternehmen freie Hand habe.

Mit Bescheid vom 26.9.2014 stellte die Antragsgegnerin eine Nachforderung von insgesamt 13.154,40 Euro für den Prüfzeitraum vom 1.1.2010 bis zum 31.12.2013 gegenüber der Antragstellerin fest. Dabei ging sie ab dem 1.1.2013 von einer abhängigen Beschäftigung des Geschäftsführers der Antragstellerin aus. Dieser sei seit diesem Zeitpunkt nicht mehr Gesellschafter und damit lediglich Fremdgeschäftsführer. Als solcher könne er Beschlüsse der Gesellschafter nicht verhindern. Der im Geschäftsführervertrag festgeschriebene Weisungsverzicht seitens der Gesellschafter betreffe allein den laufenden Geschäftsbetrieb und könne nicht die Rechtsmacht der Gesellschafter aus ihren Gesellschaftsanteilen ausschließen. Daher unterliege er der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Dagegen erhob die Antragstellerin am 27.10.2014 Widerspruch und beantragte, die sofortige Vollziehung des Bescheides auszusetzen. Der Bescheid sei rechtsfehlerhaft. Es bestehe zwischen den Gesellschaftern und dem Geschäftsführer der Antragstellerin eine wirksame Vereinbarung zum Weisungsverzicht. Dies hätte die Antragsgegnerin berücksichtigen müssen. Vorliegend habe der Geschäftsführer gerade trotz der geänderten gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse eine beherrschende Stellung im Unternehmen. Familiäre Rücksichtnahme oder familiäre Beziehungen seien hierfür gerade nicht ausschlaggebend. Aufgrund des Verzichts auf ihr Weisungsrecht könnten die Gesellschafter in keiner Weise auf die Geschäfte des Geschäftsführers Einfluss nehmen.

Den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung lehnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 28.10.2014 ab.

Daraufhin hat die Antragstellerin am 4.12.2014 die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes vor dem Sozialgericht (SG) Dortmund beantragt. Die Vollstreckung der Beitragsnachforderung sei angekündigt, sodass die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe geboten sei. Sie hat ferner ihren Vortrag aus dem Anhörungs- und Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Zudem hat sie darauf verwiesen, dass der Widerspruch gegen den Betriebsprüfungsbescheid bereits nach [§ 7a Abs. 7](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) aufschiebende Wirkung habe.

Die Antragstellerin hat schriftsätzlich beantragt,

die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid vom 26.9.2014 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin hat schriftsätzlich beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Der Bescheid sei rechtmäßig. Eine unbillige Härte sei nicht ersichtlich.

Das SG hat mit Beschluss vom 5.1.2015 die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 26.9.2014 angeordnet. Es sei nicht von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Der Geschäftsführer der Antragstellerin könne nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Ihm seien laut Geschäftsführervertrag keine Weisungen zu erteilen. Er unterliege keinem Wettbewerbsverbot. Er sei über eine Gewinnantieme am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft beteiligt. Im Übrigen wird auf die Begründung Bezug genommen.

Gegen den ihr am 9.1.2015 zugestellten Beschluss hat die Antragsgegnerin am 6.2.2015 Beschwerde eingelegt. Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides bestünden nicht. Im streitigen Zeitraum vom 1.1.2013 bis zum 31.12.2013 sei der Geschäftsführer als Fremdgeschäftsführer abhängig bei der Antragstellerin beschäftigt gewesen. Er verfüge über keine Anteile am Gesellschaftervermögen. Daher seien Nachforderungen zu erheben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Beschluss des SG Dortmund vom 5.1.2015 abzuändern und den Antrag abzulehnen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend.

Im Anschluss hat die Antragsgegnerin den Widerspruch der Antragstellerin mit Widerspruchsbescheid vom 12.1.2015 als unbegründet zurückgewiesen.

Dagegen hat die Antragstellerin am 9.2.2015 Klage vor dem SG Dortmund erhoben, die unter dem Aktenzeichen S 15 R 192/15 geführt wird. Zudem hat sie einen weiteren Antrag auf gerichtlichen Eilrechtsschutz vor dem SG gestellt, der unter dem Aktenzeichen S 15 R 190/15 ER geführt wird.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die vorliegende Gerichtsakte sowie die Gerichtsakten des SG Dortmund in den Verfahren S 15 R 190/15 ER und S 15 R 192/15 und die beigezogene Verwaltungsakte der Antragsgegnerin.

II.

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin ist begründet.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage gegen den Bescheid vom 26.9.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.1.2015. Insbesondere hat der Erlass des Widerspruchsbescheides das ursprünglich gegen den Bescheid vom 26.9.2014 gerichtete einstweilige Rechtsschutzbegehren nicht erledigt. Die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) anzuordnen, stellt im Ergebnis die Situation her, die ohne die Ausnahmetatbestände des [§ 86a Abs. 2 SGG](#) im Fall von Widerspruch und Klage nach [§ 86a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) bestünde. Danach haben Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit des jeweiligen Bescheides (vgl. Senat, Beschluss v. 2.7.2012, [L 8 R 1133/11 B ER](#), juris; Landessozialgericht [LSG] Baden-Württemberg, Beschluss v. 20.3.2006, [L 8 AS 369/06 ER-B](#), juris; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Auflage, § 86b Rdn. 19; Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 27. Ergänzungslieferung Oktober 2014, § 80 Rdn. 535, 536).

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung hat in der Sache keinen 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 aufschiebende Wirkung entfällt gemäß [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) bei Entscheidungen über Beitragspflichten und die Anforderung von Beiträgen. Ein solcher Fall liegt hier vor.

Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch nicht aus [§ 7a Abs. 7 Satz 1 SGB IV](#). Rechtsbehelfe gegen Beitragsbescheide prüfender Rentenversicherungsträger nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) haben weder in unmittelbarer noch in entsprechender Anwendung des [§ 7a Abs. 7 Satz 1 SGB IV](#) aufschiebende Wirkung (so bereits mit ausführlicher Begründung Senat, Beschluss v. 20.12.2012, [L 8 R 565/12 B ER](#); Beschluss v. 16.9.2013, [L 8 R 361/13 B ER](#); Bayerisches LSG, Beschluss v. 16.3.2010, [L 5 R 21/10 B ER](#); LSG Hamburg, Beschluss v. 16.4.2012, [L 3 R 19/12 B ER](#); Hessisches LSG, Beschluss v. 22.8.2013, [L 1 KR 228/13 B ER](#); Sächsisches LSG, Beschluss v. 30.8.2013, [L 1 KR 129/13 B ER](#); jeweils juris).

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. Senat, Beschluss v. 7.1.2011, [L 8 R 864/10 B ER](#), [NZS 2011, 906](#) [907 f.]; Beschluss v. 10.5.2012, [L 8 R 164/12 B ER](#), Beschluss v. 8.4.2014, [L 8 R 737/13 B ER](#); Beschluss v. 28.1.2015, [L 8 R 1166/13 B ER](#); jeweils juris).

Nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung ist gegenwärtig nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich der angefochtene Bescheid im Hauptsacheverfahren als rechtswidrig erweisen wird.

Ermächtigungsgrundlage für die Nachforderung ist [§ 28 p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#). 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.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin, obgleich sie nach der Begründung ihres Bescheides offensichtlich von einer Versicherungspflicht des Geschäftsführers der Antragstellerin sowohl in der gesetzlichen Rentenversicherung als auch nach dem Recht der Arbeitsförderung ausging, sich auf die Nacherhebung von Beiträgen zur Rentenversicherung beschränkt hat. Der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung unterliegen dabei Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind ([§ 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \[SGB VI\]](#)).

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer solchen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Beschäftigung im Sinne von [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Voraussetzung ist, 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 dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. 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, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil v. 30.12.2013, [B 12 KR 17/11 R](#), juris; Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 17; Urteil v. 25.4.2012, [B 12 KR 24/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 15; BSG, Urteil v. 11.3.2009, [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](#); jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [a.a.O.](#), juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse 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 hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil v. 28.9.2011, [a.a.O.](#), juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, [L 8 \(16\) R 55/08](#); Senat, Urteil v. 24.9.2014, [L 8 R 1104/13](#); Senat, Urteil v. 23.4.2014, [L 8 R 376/12](#), jeweils juris).

Die vorgenannten Grundsätze sind auch bei Organen juristischer Personen anzuwenden (statt vieler: BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#)). Der Geschäftsführer einer GmbH ist dabei weder wegen seiner Organstellung noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er in der Regel im Alltagsgeschäft keinen Einzelweisungen Dritter bezüglich Zeit, Art und Ort der Beschäftigung unterliegt oder gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Unerheblich ist auch, dass er gemäß [§ 5 Abs. 1 Satz 3 Arbeitsgerichtsgesetz \(ArbGG\)](#) nicht als Arbeitnehmer gilt. Denn nur in besonderen Ausnahmefällen hat der Gesetzgeber derartige Personen vom Kreis der Beschäftigten bzw. der Versicherungspflichtigen ausgenommen, nämlich z.B. Vorstände von Aktiengesellschaften nach [§§ 1 Satz 4 SGB VI](#), [§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III](#) (zu stellvertretenden Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Vorstandsmitgliedern großer Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit: [§ 94 AktG](#) und [§ 34](#) des Gesetzes über die Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen; BSG, Urteil v. 27.3.1980, [12 RAR 1/79](#), [BB 1980, 1473](#)). Dieser Vorschriften bedürfte es nicht, wenn leitende Angestellte oder Organe juristischer Personen bereits aufgrund ihrer Stellung im Unternehmen nicht als Beschäftigte anzusehen wären (BSG, Urteil v. 8.12.1987, [7 Rar 25/86](#), USK 87170, 826; BSG, Urteil v. 18.12.2001, [a.a.O.](#)).

Maßgebend ist vor allem die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter (BSG, Urteil v. 6.3.2003, [B 11 AL 25/02 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#) m.w.N.; Senat, Urteil v. 2.4.2014, [L 8 R 530/13](#); Senat, Urteil v. 24.9.2014, [L 8 R 1104/13](#), jeweils juris). Insoweit ist von besonderer Bedeutung, ob ein Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist und aufgrund seiner Gesellschafterstellung maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der GmbH hat und damit Beschlüsse und Einzelweisungen an sich jederzeit verhindern kann (BSG, Urteil v. 8.8.1990, [11 Rar 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Ist dies der Fall, ist ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen, weil der Geschäftsführer mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte, die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann (BSG, Urteil v. 6.2.1992, [7 RAR 134/90](#), [SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#)). Darüber hinaus ist von Bedeutung, ob der Einfluss des Geschäftsführers auf die Willensbildung der GmbH aufgrund besonderer Einzelfallumstände unabhängig von seiner Gesellschafterstellung so erheblich ist, dass ihm gegenüber nicht genehme Beschlüsse und Weisungen ausgeschlossen sind und er die

Geschäfte nach eigenem Gutdünken führen, d.h. frei schalten und walten kann. Dann ist eine persönliche Abhängigkeit auch bei Diensten höherer Art zu verneinen, weil die Gesellschafter tatsächlich keinerlei Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen und sich der Geschäftsführer nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes einfügt (BSG, Urteil v. 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#), USK 9975; BSG, Urteil v. 11.2.1993, [7 RA 48/92](#), USK 9347; vgl. insgesamt: Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), juris).

Ausgangspunkt der Prüfung, ob die Geschäftsführertätigkeit bei der Antragstellerin im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbstständigen Tätigkeit ausgeführt wird, ist folglich der Geschäftsführervertrag (GF-V) vom 2.5.2013.

Gegen eine selbständige Tätigkeit sprechen darin, dass dem Geschäftsführer Sorgfaltspflichten (§ 1 Abs. 3 Satz 3 GF-V), Buchführungspflichten (§ 1 Abs. 5 GF-V), eine monatliche erfolgsunabhängige Vergütung (§ 4 Abs. 2 GF-V), Fortzahlung der Vergütung im Fall der Arbeitsunfähigkeit (§ 4 Abs. 4 GF-V), Spesenersatz (§ 5 GF-V) und Verschwiegenheitspflichten (§ 6 Abs. 1 GF-V) auferlegt bzw. gewährt werden. Soweit im GF-V keine bestimmte Arbeitszeit vereinbart wird, ist dies Ausfluss des Umstandes, dass es sich um eine Tätigkeit höherer Art handelt, bei der das Weisungsrecht des Arbeitgebers von vornerein eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilnahme am Arbeitsprozess verfeinert ist (vgl. BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#); Senat, Urteil vom 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), Senat, Urteil v. 03.09.2014, [L 8 R 296/13](#), jeweils juris). Zudem bestehen vorbezeichnete Freiheiten nur vordergründig, da der Geschäftsführer nach § 4 Abs. 1 Satz 2 GF-V die Zeit seiner Tätigkeiten an den Belangen der Gesellschaft zu orientieren hat.

Der Senat verkennt dabei nicht, dass die Beitragserhebung bereits ab dem 1.1.2013 erfolgt und damit zu einem Zeitpunkt, als der schriftliche GF-V noch keine Gültigkeit hatte. Nachdem Herr S ab dem 1.1.2013 jedoch nicht mehr Gesellschafter war, kann er nicht auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage für die Antragstellerin tätig geworden sein. Mangels anderweitigen Vortrags ist daher davon auszugehen, dass auch vor dem am 2.5.2013 geschlossenen Vertrag ein zumindest konkludent geschlossener Vertrag bestand, der Grundlage eines Beschäftigungsverhältnisses war.

Auf der beschriebenen vertraglichen Grundlage ist der Geschäftsführer der Antragstellerin auch in einem fremden Betrieb, nämlich dem der Antragstellerin, tatsächlich tätig geworden. Während dieser Tätigkeit war er vollständig in den Betrieb und folglich in eine ihm einseitig vorgegebene Organisation eingegliedert (vgl. BSG, Urteil v. 4.6.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#) mit weiteren Nachweisen). Er ist ausschließlich ausgehend von den Betriebsräumen und mit dortigen Betriebsmitteln tätig geworden.

Hierbei unterlag er auch einem Weisungsrecht der Antragstellerin bzgl. Ort, Zeit sowie Art und Weise der Tätigkeit, da allein der Antragstellerin bzw. ihrem willensgebenden Organ die insoweit maßgebliche abstrakte Rechtsmacht zustand.

Gemäß § 47 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG) erfolgen die von den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft zu treffenden Bestimmungen, zu denen die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Überprüfung der Geschäftsführung gehören ([§ 46 Nr. 5 und 6 GmbHG](#)), durch Beschlussfassung mit einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Die Abberufung des Geschäftsführers ist im Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin nicht geregelt, sondern lediglich mittelbar im GF-V. Vor diesem Hintergrund obliegt die Bestellung, Einstellung und Abberufung von Geschäftsführern sowie der Abschluss, die Änderung und Loslösung des Anstellungsvertrages des Geschäftsführers grundsätzlich weiterhin der Gesellschafterversammlung ([§ 46 Nr. 5 GmbHG](#)).

Der Geschäftsführer der Antragstellerin hatte demgegenüber keine Möglichkeit, ihm nicht genehme Weisungen der Antragstellerin jederzeit zu verhindern. Ihm fehlte in rechtlicher Hinsicht der notwendige maßgebliche Einfluss auf sie bzw. deren Gesellschafterversammlung. Ein solch maßgeblicher Einfluss liegt regelmäßig dann vor, wenn der Geschäftsführer einen Anteil von mindestens 50% des Stammkapitals innehat und damit Einzelweisungen an sich als Geschäftsführer im Bedarfsfall jederzeit verhindern kann (vgl. BSG, Urteil v. 8.8.1990, [11 RA 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#) mit weiteren Nachweisen, juris).

Der Geschäftsführer der Antragstellerin verfügt im maßgeblichen Zeitraum nicht über Anteile an der Antragstellerin. Er hatte folglich auch keine umfassende Sperrminorität, mit der er Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern und die Annahme einer abhängigen Beschäftigung ausschließen würde (BSG, Urteil v. 6.2.1992, [7 RA 134/90](#), juris).

Dagegen spricht zunächst nicht der in § 1 Abs. 3 Satz 1 und 2 GF-V vereinbarte Weisungsverzicht der Gesellschafter, auf den sich der Geschäftsführer im Übrigen erst ab dem 2.5.2013 berufen konnte. Dass eine entsprechende Vereinbarung bereits im Zeitraum vom 1.1.2013 bis zum 1.5.2013 bestand, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

Der für die Zeit ab dem 2.5.2013 vereinbarte umfassende Weisungsverzicht der Gesellschafterversammlung wird sich allerdings aller Voraussicht nach im Hauptsacheverfahren als unwirksam erweisen. Wie der Senat bereits entschieden hat, ist es unzulässig, den Fremdgeschäftsführer einer GmbH auf Dauer jeglicher Kontrolle der Gesellschafterversammlung zu entziehen (Senat, Beschluss v. 19.2.2014, [L 8 R 872/12](#), juris). Denn die Verantwortlichkeit eines Geschäftsführers ist gegenüber den Gesellschaftern in ihrem Kern nicht abdingbar (Verbot der Selbstentmündigung der Gesellschafter bzw. Grundsatz der Verbandssouveränität; vgl. dazu Schmidt a.a.O., § 46 Rdnr. 113; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 45 Rdnr. 11; Mollenkopf in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, § 45 Rdnr. 9; Zöllner in: Baumbach/Hueck, a.a.O., § 46 Rdnr. 7; BSG, Urteil v. 22.8.1973, [12 RK 24/72](#), [BB 1973, 1310](#) für Personengesellschaften aus diesem Grund jedenfalls gegen eine stillschweigende Abbedingung der Gesellschafterbefugnis BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 R 14/10 R](#), USK 2012-182).

Schließlich sind keine besonderen einzelfallbezogenen Umstände gegeben, die abweichend vom Regelfall die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ der Antragstellerin, d.h. die Gesamtheit der Gesellschafter ausschließen und damit einer für ein Beschäftigungsverhältnis typischen Abhängigkeit entgegenstehen könnten. Bei Geschäftsführern, die - wie hier - weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine Sperrminorität verfügen, ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt nur in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (BSG, Urteil v. 4.7.2007, [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#)).

Solche besonderen Umstände sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung angenommen worden, wenn die übrigen Gesellschafter tatsächlich ihre Gesellschafterrechte nicht wahrgenommen und in keiner Weise in die Betriebsführung eingegriffen haben und der

Geschäftsführer wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken geführt hat, d.h. schalten und walten konnte, wie er wollte. Ein derart beherrschender Einfluss ist der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei Geschäftsführern in Familiengesellschaften erwogen worden, wenn der Geschäftsführer mit den Gesellschaftern familiär verbunden war, die Geschäftsführertätigkeit durch familienhafte Rücksichtnahme geprägt und es an der Ausübung der Gesellschafterrechte durch die Gesellschafter mangelte (BSG, Urteil v. 14.12.1999, [B 2 U 48/98 R](#); BSG, Urteil v. 29.10.1986, [7 RAr 43/85](#); zurückhaltend hingegen BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 R 14/10 R](#)).

Zwar handelt es sich vorliegend um eine Familiengesellschaft. Allerdings haben nach dem eigenen Vortrag der Antragstellerin Aspekte wie familiäre Rücksichtnahme etc. auf die Ausgestaltung der Geschäftsführertätigkeit gerade keinen Einfluss ausgeübt. Entsprechendes ergibt sich auch aus § 1 Abs. 3 Satz 2 GF-V, wo die - beabsichtigte - Weisungsfreiheit des Geschäftsführers mit seinen Branchenkenntnissen begründet wird.

Soweit dies allerdings impliziert, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin als einziger über ein ausreichend fundiertes Fachwissen und die notwendige Branchenkenntnis verfügte, während es den kapitalgebenden Gesellschaftern an fachlicher Kompetenz fehlte, ergibt sich hieraus keine Konstellation, die zu einer sozialversicherungsrechtlich abweichenden Beurteilung führt. Die damit skizzierte Gesellschaftsstruktur der Antragstellerin ist keine besondere. Es ist - im Gegenteil - bei einer GmbH als juristischer Person des Privatrechts in Form einer Kapitalgesellschaft geradezu typisch, dass deren Gesellschafter zwar Gesellschaftsanteile bereit stellen, die Führung der Gesellschaft jedoch solchen Personen überlassen wird, die - etwa als Geschäftsführer - die notwendige Branchenkenntnis in das Unternehmen einbringen (Senat, Urteil v. 27.8.2014, [L 8 R 728/13](#), juris). Anhaltspunkte dafür, dass allein der derzeitige Geschäftsführer über ein derart hohes Fachwissen verfügt, das nur er in der Lage ist, die konkrete Tätigkeit zu verrichten, sind nicht vorgetragen und nicht glaubhaft gemacht (vgl. BSG, Urteil v. 30.3.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 21).

Wesentliche Merkmale, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen, und im Rahmen der Gesamtabwägung dermaßen überwiegen, dass nicht von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist, sind nicht ersichtlich.

Zunächst verfügt der Geschäftsführer nicht über eine eigene unabhängig vom Betrieb der Antragstellerin bestehenden Betriebsstätte.

Er hat auch kein erhebliches, für eine selbstständige Tätigkeit maßgeblich sprechendes Unternehmerrisiko zu tragen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), USK 2008-45) ist maßgebliches Kriterium dafür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist.

Eine solche Ungewissheit bestand im maßgeblichen Zeitraum gerade nicht, soweit es um den Einsatz der Arbeitskraft des Geschäftsführers ging. Denn er erhielt ein monatliches, erfolgsunabhängiges Festgehalt in Höhe von durchgehend 3.775 Euro netto.

Zudem sind (erfolgsabhängige) Tantiemen zwar vereinbart gewesen. Ob diese allerdings an den Geschäftsführer ausgeschüttet worden sind, hat die Antragstellerin weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht. Doch auch wenn dem so gewesen ist, ist derzeit nicht ersichtlich, dass sich daraus etwas anderes ergeben würde. Tantiemezahlungen kommen grundsätzlich nur Bedeutung für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit als (ein) Anknüpfungspunkt für ein mögliches wirtschaftliches Eigeninteresse des für ein Unternehmen Tätigen zu, das im Rahmen der Gesamtwürdigung Gewicht gewinnen kann, jedoch nicht allein entscheidend ist (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), mwN, juris, Senat, Urteil v. 17.10.2012, [a.a.O.](#) juris). Das gilt umso mehr, als auch die Gewährung einer Tantieme an Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich ist.

Soweit der Geschäftsführer von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit ist, ist das für einen abhängig beschäftigten Geschäftsführer nicht untypisch und deutet deshalb nicht zwingend auf eine selbstständige Tätigkeit hin (vgl. BSG, Urteil v. 6.3.2003, [B 11 AL 25/02 R](#); BSG, Urteil vom 4.7.2007, [B 11a AL 5/06 R](#), a.a.O.; Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), a.a.O.; Senat, Urteil v. 18.6.2014, [L 8 R 5/13](#), juris). Entsprechendes gilt für die ihm erteilte Einzelvertretungsbefugnis.

Gegen die Höhe der erhobenen Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung hat die Antragstellerin sich nicht gewandt. Fehler sind diesbezüglich auch nicht ersichtlich.

Dafür, dass die sofortige Vollziehung des Beitragsbescheides für die Antragstellerin eine unbillige Härte bedeuten würde, bestehen gleichfalls keine Anhaltspunkte. Entsprechendes hat auch die Antragstellerin nicht vorgetragen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus [§ 197a SGG](#) i.V.m. § 52, 53 Gerichtskostengesetz und berücksichtigt das in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die Beitragsangelegenheiten betreffen, regelmäßig nur ein Viertel des Wertes der Hauptsache als Streitwert anzusetzen.

Der Beschluss kann nicht mit der Beschwerde zum Bundessozialgericht angefochten werden ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-05-13