



CANZLEI CRAMER

ARBEITSRECHT & VERSICHERUNGSRECHT

Canzlei Cramer | Kattjahren 6 | 22359 Hamburg-Volksdorf

Sozialgericht Hamburg
Dammtorstraße 7
20354 Hamburg

Kattjahren 6
22359 Hamburg-Volksdorf

Tel. 040.60 90 46 60
Fax 040.60 90 46 66

mail@canzlei-cramer.de
www.canzlei-cramer.de

Eil-Sache! Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz

16.02.15
A-1/4915/14

XXXXXXXXXXXXXXXXX GmbH,
vertr.d.d. Geschäftsführer XXXXXXXXXXX
Hamburg
-Antragstellerin-

Prozessbevollmächtigter:
RA Matthias Cramer, Kattjahren 6, 22359 Hamburg

g e g e n

Deutsche Rentenversicherung Bund, Prüfdienst
Ruhrstraße 2, 10709 Berlin
(2303-58-15216519)
-Antragsgegnerin-

Matthias Cramer · Fachanwalt für Arbeitsrecht · Fachanwalt für Sozialrecht · Rechtsanwalt und Mediator

Finanzamt Hamburg-Oberalster · St.-Nr. 5004101415 · Bankverbindungen:
Hamburger Sparkasse · IBAN: DE71200505501211124555 · BIC: HASPDEHHXXX
Postbank Hamburg · IBAN: DE88200100200488084204 · BIC: PBNKDEFF

mit den Anträgen,

1. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes wird angeordnet, dass der Widerspruch der Antragstellerin vom 11.2.2015 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 6.2.2014 aufschiebende Wirkung hat.
2. Die Kosten des Antragsverfahrens trägt die Antragsgegnerin.
3. Der Streitwert für das Antragsverfahren wird auf € 91.391,22 festgesetzt.

Eine Anhörung der Antragstellerin in einem

E r ö r t e r u n g s t e r m i n

wird für sinnvoll erachtet und angeregt.

Begründung:

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin (Ast.) besteht seit XXX mit gegenwärtig XXX Mitarbeitern und führt ihre Gesamtsozialversicherungsbeiträge an die Einzugsstelle „BKK XXX“ ab, die mit Schreiben vom 13.2.2015 die Abbuchung von € 182.782,44 gem. dem Betriebsprüfbericht der Antragsgegnerin (Ag.) ankündigt per 27.3.2015

Anlage Ast. 1.

Daraus rechtfertigt sich die Eilbedürftigkeit.

Die Ag. nahm nach einer Betriebsprüfung bei der Ast. für die Jahre 2010 bis 2013 eine Anhörung betreffend die angebliche Versicherungspflicht der drei Geschäftsführer mit Schreiben vom 24.11.2014 vor

Anlage Ast 2 (n.f.d.G.),

zu der sich zunächst der Steuerberater der Ast. mit Schreiben vom 11.12.2014

Anlage Ast 3 (n.f.d.G.)

und der bevollmächtigte Rechtsanwalt Cramer mit Schreiben vom 15.12.2014

Anlage Ast 4 (n.f.d.G.)

äußerten. Gleichwohl änderte die Ag. ihre Rechtsauffassung gem. Bescheid vom 6.2.2015 nicht

Anlage Ast 5 (n.f.d.G.),

sodass wegen existentieller Bedrohung der Ast. und ihrer Mitarbeiter gerichtliche Hilfe erforderlich ist. Der Unterzeichner hat gegen den Nachforderungsbescheid vom 6.2.2015, der ihm am 10.2.2015 zugestellt wurde, mit Telefaxschreiben vom 11.2.2015 Widerspruch eingelegt.

II. Rechtliche Voraussetzungen im Eilverfahren

Der Antrag im Eilverfahren ist zulässig und begründet, weil der angefochtene Bescheid offenkundig rechtswidrige Nachforderungen enthält und die Antragstellerin dadurch rechtswidrig belastet.

Da Widerspruch und Klage zu Entscheidungen, die unter § 86a II Nr.1 SGG fallen, keine aufschiebende Wirkung haben - so auch Nachforderungsbescheide der Rentenversicherungsträger gem. 28p SGB IV nach Prüfung beim Arbeitgeber, LSG Stuttgart B. v. 11.05.2010 L 11 KR 1125/10 ER-B - ist diese unter den nachgenannten Voraussetzungen anzuordnen mit Rückwirkung ab dem Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheides.

Der geltend gemachte Anspruch ist anhand einer Interessenabwägung zwischen öffentlichen Interessen am sofortigen Vollzug und privaten Interessen an der Aussetzung der Vollziehung zu beurteilen. Grundsätzlich räumt das Gesetz dem öffentlichen Interesse einen Vorrang ein, diese typisierende Abwägung kann aber im Einzelfall auch zu Gunsten des Betroffenen ausfallen.

In die Abwägung einzubeziehen sind

- die konkreten Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens,
- das konkrete Vollziehungsinteresse und
- die für die Dauer einer möglichen aufschiebenden Wirkung drohende Rechtsbeeinträchtigung.

Dabei können Maßstäbe des § 86a III Satz 2 SGG Berücksichtigung finden. Demgemäß hat eine Aussetzung der Vollziehung zu erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung für den Abgabepflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

III. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Beitragsnachforderung

1. Allgemeines und Vorgeschichte

a) Schon nach dem üblichen Sprachverständnis befremdet die Auffassung der Ag., dass ein Unternehmen mit zahlreichen Mitarbeitern geleitet wird von drei angestellten Geschäftsführer-Gesellschaftern, die weisungsabhängig von ihrer eigenen Gesellschaft sind.

Wie soll die GmbH funktionieren, wenn sie nur aus Weisungsabhängigen besteht?

Hierüber lässt sich die Ag. in ihren Rechtsausführungen nicht aus. Die von ihr zitierte Rechtsprechung ist ergangen zu Fällen, in denen es um Minderheitsgesellschafter (nach Kapitalbeteiligung und entsprechendem Stimmrecht) ging, nicht aber wie im vorliegenden Fall um drei Gesellschafter-Geschäftsführer mit gleichem Stimmrecht.

In den drei gleichlautenden Geschäftsführerverträgen vom 1.12.2006

Anlage Ast 6 (n.f.d.G.)

ist ferner in § 1 bestimmt:

Der Geschäftsführer ist berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe der Satzung allein zu vertreten und allein die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, ohne dass er besonderen Weisungen der übrigen Gesellschafter unterliegt. ... Gesetz und Gesellschaftsvertrag und Gesellschafterbeschlüsse sind von ihm zu beachten... Der Geschäftsführer nimmt die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers im Sinne der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften wahr.

b) Die drei Gesellschafter haben sich vor Gründung des Unternehmens zur Gesellschaftsform und den erforderlichen Verträgen beraten lassen von der Handelskammer Hamburg. Auf dieser Grundlage ist die Satzung der GmbH beschlossen mit den Anstellungsverträgen als Geschäftsführern, verbunden mit privatvertraglicher Absicherung gegen die Risiken von Krankheit, Pflegebedürftigkeit und Einkommensverlust im Alter.

c) Sowohl steuerrechtlich, unfallversicherungsrechtlich wie auch bei der ersten Betriebsprüfung durch die Antragsgegnerin stand die rechtliche Selbstständigkeit als Geschäftsführer nie im Streit. Nur beispielhaft wird der Bescheid über den Versicherungsstatus des Geschäftsführers XXX bei der Berufsgenossenschaft XXX vom 24. 8. 2001 überreicht als

Anlage Ast 7 (n.f.d.G.).

2. Rechtsmacht eines Mitgesellschafters

Hinsichtlich der Frage, wann im Falle eines Gesellschafter-Geschäftsführers eine selbständige Tätigkeit vorliegt, bedarf es einer Konkretisierung der - maßgeblich durch die Rechtsprechung des BSG geprägten - Kriterien. Das BSG hat diesen Kriterien in seinem Urteil vom 29.8.2012 (B 12 KR 25/10 R, Rn. 16, juris) zunächst folgendes vorausgeschickt:

„Danach 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 geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist.

Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechts-

Matthias Cramer · Fachanwalt für Arbeitsrecht und Sozialrecht · Rechtsanwalt und Mediator

macht. 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."

Der Gesellschaftsvertrag der Ast. vom 10. August 2001
Anlage Ast 8 (n.f.d.G.)

sieht in § 3 eine Stammeinlage aller drei Gesellschafter von jeweils € 8.500 vor. Nach § 8 gewährt jeder Geschäftsanteil eine Stimme, in der Gesellschafterversammlung ist einfache Stimmenmehrheit entscheidend, soweit gesetzlich oder im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist. Eine besondere Formvorschrift für Änderungen dieser Regelung sieht der Gesellschaftsvertrag nicht vor.

Auf Seite 5 Mitte des Bescheides vom 6.2.2015 meint die Ag., wegen einer fehlenden Sperrminorität in § 8 könnten die Gesellschafter Beschlüsse, die ihr jeweiliges Dienstverhältnis benachteiligen würden, allein nicht beeinflussen. Dieses Kriterium wird von der Rechtsprechung als maßgeblich betrachtet. Wohl auf diesem Hintergrund sind am XXXX die Anstellungsverträge aller drei Gesellschafter durch Stimmrechtsvereinbarung geändert und mit Schreiben des Steuerberaters XXXXXXXXXX übermittelt worden:

„Wir verpflichten uns, in Zukunft bei allen Gesellschafterbeschlüssen über die Beendigung eines bestehenden Geschäftsführungsvertrages oder über die Änderung des Tätigkeitsfeldes unser Stimmrecht einheitlich mit ja oder nein auszuüben.“

Diese Regelung kommt einem **Vetorecht** jedes Geschäftsführers gleich und bedeutet eine erhebliche Rechtsmacht.

Die Ag. will indes auf Seite 10 ihres Bescheides vom 6.2.2015 andeuten, diese Regelung sei als Stimmrechtsausschluss unwirksam, weil sie gegen die zwingende Regelung in § 47 IV GmbHG verstoße; zudem sei das notarielle Formerfordernis nicht eingehalten.

Das ist nicht haltbar:

a) Ein Stimmverbot gilt nach allgemeiner Meinung nicht für die gewöhnliche Abberufung aus einer Organstellung (Baumbach- Zöllner, GmbHG 20. Aufl. 2010 Rdnr. 84 zu § 47) und ebenso wenig bei ordentlicher Kündigung des Anstellungsvertrages eines Gesellschafter – Geschäftsführers (Rdnr. 86 a.a.O.).

Die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer Stimmabgabe gilt nur bei Verstoß gegen ein Stimmverbot (Rdnr. 104 a.a.O.), die gegebenenfalls durch Feststellungsklage geltend zu machen ist.

Zutreffend stellt Zöllner a.a.O. Rdnr. 117 fest, dass die Stimmabgabe auch dann gültig ist, wenn sie entgegen einem wirksamen Stimmbindungsvertrag erfolgt. Der Stimmbindungsvertrag hat nur schuldrechtliche Wirkung zwischen seinen Parteien und bewirkt keinen Mangel des Gesellschafterbeschlusses. Diese von der Ag. zitierte schuldrechtliche Wirkung bedeutet

lediglich, dass die abredewidrige Stimmabgabe zum Schadenersatz verpflichtet (Rdnr. 119 a.a.O.).

b) Weil die Stimmrechtsvereinbarung auch nicht die einfache Stimmenmehrheit nach § 8 Nr.2 des Gesellschaftsvertrag ändert, ist sie nicht nach § 2 I 1 GmbHG beurkundungspflichtig.

c) Woraus die Ag. ihre Auffassung ableitet, die gemeinsam getroffene Stimmrechtsvereinbarung sei einseitig kündbar, mag sie selbst belegen. Widerlegt ist ihre Auffassung, bei einem Zerwürfnis dürfe der Minderheitsgesellschafter nicht über seine eigene Abberufung mit abstimmen.

Es mag sein, dass diese Vereinbarung bei einem Zerwürfnis der Gesellschafter unpraktikabel ist. Daraus allerdings abzuleiten, diese Vereinbarung greife nicht in Konfliktsituationen, entspricht einem Wunschenken, dass sich rechtsdogmatisch nicht begründen lässt.

Die Stimmrechtsvereinbarung vom XXXX ist also wirksam.

3. Unternehmerische Chancen: Mitwirkung und Beteiligung

Zunehmend rückt die Rechtsprechung zur Bejahung der Selbstständigkeit die unternehmerische Gestaltungsmöglichkeit in den Vordergrund, einerseits durch Kapitaleinsatz und Chancen verbunden mit Einfluss auf die Gewinnmaximierung und andererseits durch das persönliche Einstehen für Risiken.

Hinsichtlich der Mitwirkung haben es die Gesellschafter beim Mehrheitsprinzip belassen, gerade um notwendige Anpassungen des Betriebes an äußere Erfordernisse nicht zu erschweren. Das ist im Einzelfall zu akzeptieren und spricht nicht per se und in toto für eine Weisungsabhängigkeit des überstimmten Gesellschafters.

Denn letztlich beurteilt sich die Versicherungspflicht nach einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller Elemente für und gegen eine Abhängigkeit bzw. unternehmerische Freiheit.

Jedenfalls partizipiert auch der überstimmte Gesellschafter am Gewinn entsprechend seiner Höhe der Geschäftsanteile (§ 9 Nr. 1 Gesellschaftsvertrag).

Schließlich ist jeder Gesellschafter durch die Stimmrechtsvereinbarung auch gegen eine „Änderung des Tätigkeitsfeldes“ geschützt und damit ist ein Kernbereich seiner beruflichen Entfaltung gegenüber Mehrheitsbeschlüssen der Gesellschaft garantiert. Es ist auch faktisch so, dass alle drei Gesellschafter ihren Neigungen und Fähigkeiten entsprechende, abgegrenzte Tätigkeitsbereiche haben, in die ihnen die anderen Gesellschafter nicht hineinreden. Darauf wies der Steuerberater die Betriebsprüferin auch während der Prüfung Ende August 2014 hin, worauf diese den Punkt als erledigt betrachtete. Umso überraschender war die Ast. durch das Anhörungsschreiben der Ag.

4. Unternehmerische Risiken

Der Steuerberater hat in seinem Schreiben vom 11.12.2014 auf Seite 2 vier Beispiele genannt, nach denen jeder Gesellschafter-Geschäftsführer

- a) der Gesellschaft ein Gründungsdarlehen von XXXXXXXXX gewährte,
- b) der XXXXXXXXX persönlich über € 168.900,00 bürgt,
- c) der XXXXXXXXX Ansprüche aus Lebensversicherungen über € 50.000 abtrat,
- d) Gehaltszahlungen an sich selbst bei Engpässen verspätet leistete, während die übrigen Mitarbeiter ihre Gehälter pünktlich erhielten.

Was die Ag. hierzu mit vorgefertigten Textbausteinen im Bescheid abliefern wird dem Abwägungsgebot und einer gründlichen Prüfung auch nur ansatzweise nicht gerecht, im Gegenteil, es ist ein Schlag gegen das Gerechtigkeitsempfinden.

Den angestellten, weisungsabhängigen und damit versicherungspflichtigen Mitarbeiter, der mit solchen Risiken seine eigene Existenz und die seiner Familie aufs Spiel setzt, gibt es nur im Formularbausatz von Sozialversicherungsträgern, mit dem losgelöst von völlig unterschiedlichen Lebenssachverhalten juristische Leitsätze zusammengewürfelt werden.

Spätestens bei der Eingehung der unternehmerischen Risiken wird deutlich, dass die Gesellschafter der Ast. den Bereich verlassen haben, der sie in den Schutzbereich der Sozialversicherungspflicht bringen soll. Dorthin gehört nur der, der in einen Betrieb eingegliedert ist, keine unternehmerischen Chancen wahrnehmen kann und dementsprechend auch von unternehmerischen Risiken befreit werden soll.

Schließlich verweise ich noch auf eine Tendenz des Bundessozialgerichtes, welches am 3. April 2014 in drei Revisionsverfahren über die Versicherungspflicht von abhängig beschäftigten Rechtsanwälten entschieden hat. In der Medieninformation Nr. 9/14 weist der 5. Senat darauf hin, dass Inhaber einer begünstigenden Befreiungsentscheidung der Rentenversicherung ein rechtlich geschütztes Interesse in den Fortbestand dieser Entscheidungen haben, das über den Schutz der §§ 44 ff. SGB X hinausgeht. Lebensentscheidungen der Betroffenen über die persönliche Vorsorge seien nachhaltig mitbeeinflusst worden, einer geänderten Rechtsauffassung hinsichtlich ergangener Befreiungsentscheidungen könne in der Regel keine Bedeutung zukommen.

Bei der hier vorliegenden Betriebsprüfung durch die Ag., welche der streitgegenständlichen Betriebsprüfung vorausging, wurde die Versicherungs-

Matthias Cramer · Fachanwalt für Arbeitsrecht und Sozialrecht · Rechtsanwalt und Mediator

pflicht der Geschäftsführer geprüft und verneint. Die Geschäftsführer haben für sich und ihre Familienmitglieder seit Geschäftsgründung private Versicherungsverträge abgeschlossen mit Beiträgen, die erheblich über denen in der Sozialversicherung liegen. Dies dürfte gerichtsbekannt sein. Wenn die Ag. ihre Rechtsauffassung zur Versicherungspflicht nunmehr ohne jede individuelle oder mediale Vorankündigung ändert, sehen sich die Gesellschafter „ihrer“ GmbH rückwirkend einer Doppelbelastung ausgesetzt, die für sie mehr Schaden als Nutzen bringt. Dazu haben sie in keiner Weise beigetragen.

Das Solidarprinzip erfordert nicht, dass Beiträge erhoben für Sachverhalte werden, welche die Rentenversicherung in der Vergangenheit als nicht versicherungspflichtig betrachtet hat. Vielmehr erfordert das Solidarprinzip, dass die Rentenversicherung solche Entscheidungen erst für die Zukunft nach Betriebsprüfung trifft.

IV. Streitwert

Nach dem Beschluss des BSG vom 10.6.2010 (B 2 U 4/10 B) ist im einstweiligen Rechtsschutz von der Hälfte des Hauptsachestreitwerts einschließlich der Säumniszuschläge auszugehen.

Cramer
Rechtsanwalt