

L 10 BA 10034/21 B ER

Land
Schleswig-Holstein
Sozialgericht
Schleswig-Holsteinisches LSG
Sachgebiet
Betriebsprüfungen
Abteilung
10.
1. Instanz
SG Kiel (SHS)
Aktenzeichen
S 44 BA 10003/21 ER
Datum
28.09.2021
2. Instanz
Schleswig-Holsteinisches LSG
Aktenzeichen
L 10 BA 10034/21 B ER
Datum
27.12.2021
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

1.
Die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung eines für eine GmbH tätigen Liquidators ist nach denselben Grundsätzen vorzunehmen, die bei der Statusprüfung eines GmbH-Geschäftsführers Anwendung finden.
2.
Ein Liquidator, der nicht am Gesellschaftskapital beteiligt ist, steht daher grundsätzlich in einem Beschäftigungsverhältnis zu der GmbH. Daran ändert sich nach dem Grundsatz der Nachrangigkeit des Anstellungsvertrages im Verhältnis zum gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis auch dann nichts, wenn der Liquidator dienstvertraglich weisungsfrei und faktisch wie ein selbständiger Unternehmer die Geschäfte der abzuwickelnden GmbH führt.
3.
Eine Prüfmitteilung im Sinne des § 7 Abs. 4 BVV stellt mangels in ihr enthaltener Regelung keinen Verwaltungsakt dar. Deshalb folgt aus der eine beanstandungsfreie Arbeitgeberprüfung attestierenden Prüfmitteilung zugunsten des Arbeitgebers kein Vertrauensschutz im Hinblick auf die Richtigkeit des mitgeteilten Prüfergebnisses.
4.
Eine wirksame Aufrechnung des Schuldners gegen eine Sozialversicherungsbeitragsforderung mit einer rechtswegfremden Gegenforderung kommt nur in Betracht, wenn die Gegenforderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist.

Die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Kiel vom 28. September 2021 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat – mit Ausnahme der Kosten des Beigeladenen – auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 11.333,60 EUR festgesetzt.

G r ü n d e

I.
Die Antragstellerin begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin über das Bestehen von Sozialversicherungspflicht des Beigeladenen sowie über die Nachforderung diesbezüglicher Sozialversicherungsbeiträge.

Die Antragstellerin entstand durch formwechselnde Umwandlung der Bank C _____ AG auf Grundlage des entsprechenden Umwandlungsbeschlusses vom 22. August 2006. Bereits zuvor war auf Seiten der ursprünglichen Aktiengesellschaft der Entschluss gefasst worden, den Geschäftsbetrieb, der im Betrieb von Bankgeschäften aller Art und damit zusammenhängenden Geschäften bestand (und nunmehr für die Antragstellerin weiterhin besteht), einzustellen. Um die Abwicklung dieses Geschäftsbetriebs zu vereinfachen, wurde mit Gesellschaftsvertrag, der ebenfalls vom 22. August 2006 datiert, die Antragstellerin errichtet. Am 29. September 2006 wurde im Handelsregister des Amtsgerichts Kiel bekanntgemacht, dass der Beigeladene zum alleinvertretungsberechtigten und vom Selbstkontrahierungsverbot befreiten Geschäftsführer der Antragstellerin bestellt worden war. Mit förmlichem Liquidationsbeschluss vom 30. Dezember 2006 wurde die Antragstellerin aufgelöst. Seit dem 6. März 2008 ist der Beigeladene alleiniger Liquidator der Antragstellerin.

Ein schriftlicher Anstellungs- bzw. Arbeitsvertrag liegt dieser Tätigkeit nicht zugrunde. Jedenfalls seit Beginn des Jahres 2016 erhält er für diese Tätigkeit von der Antragstellerin eine gleichbleibende Vergütung in Höhe von 4.000,00 EUR brutto im Monat. Alleinige Gesellschafterin der Antragstellerin, die über ein Stammkapital von 12.300.000,00 EUR verfügt, ist die C1 _____ S. A. aus Luxemburg.

Die Antragsgegnerin führte in der Vergangenheit wiederholt Betriebsprüfungen bei der Antragstellerin durch. So liegen insbesondere Prüfbescheide vom 22. Mai 2012 über eine für den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2011 vorgenommene Prüfung und vom 23. März 2016 über eine Betriebsprüfung, die sich auf den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2015 bezog, vor. Keine

dieser Prüfungen führte zu irgendwelchen Feststellungen hinsichtlich des Gesamtsozialversicherungsbeitrags. Der Beigeladene war während dieser geprüften Zeiträume – zumindest seit dem 6. März 2008 – als Liquidator für die Antragstellerin tätig und dabei nicht zur Sozialversicherung angemeldet, da die Antragstellerin und der Beigeladene übereinstimmend davon ausgingen, dass Letzterer diese Tätigkeit selbständig erbringen würde. Dementsprechend ist der Beigeladene bei der BARMER seit dem 1. September 2008 als hauptberuflich Selbständiger freiwillig krankenversichert (davor bestand für ihn dort allerdings vom 17. Mai 2007 bis zum 31. August 2008 eine Beschäftigtenpflichtversicherung). Seit dem 1. April 2019 bezieht der Beigeladene zudem eine Vollrente wegen Alters aus der gesetzlichen Rentenversicherung.

Seit dem 29. Mai 2020 führte die Antragsgegnerin bei der Antragstellerin neuerlich eine Betriebsprüfung nach [§ 28p](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) durch.

Nach vorangegangener Anhörung – erfolgt mit Schreiben vom 17. November 2020 – stellte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 18. März 2021 gegenüber der Antragstellerin fest, dass der Beigeladene aufgrund seiner früheren Tätigkeit als Geschäftsführer der Antragstellerin seit dem 29. September 2006 bzw. aufgrund seiner Tätigkeit als Liquidator seit dem 7. März 2008 in einem Beschäftigungsverhältnis zu der Antragstellerin stehe. Der Beigeladene habe als nicht am Gesellschaftskapital beteiligter Fremdliquidator keinen Einfluss auf die Geschicke der Antragstellerin nehmen können; zugleich habe er – funktionsgerecht in die ihm vorgegebene Betriebsorganisation eingegliedert – am Arbeitsprozess teilgenommen. Aufgrund seiner entgeltlichen Beschäftigung sei er versicherungspflichtig in der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung. In der gesetzlichen Rentenversicherung sei er bis zum Beginn des Altersrentenbezuges versicherungspflichtig gewesen, seit dem 1. April 2019 seien aber weiterhin die Arbeitgeberanteile zu den Beiträgen zu entrichten. Gleiches gelte für die Beiträge zur gesetzlichen Arbeitslosenversicherung, wobei dort Versicherungsfreiheit bereits mit Erreichen der Regelaltersgrenze durch den Beigeladenen zum 1. Mai 2016 eingetreten sei, weshalb – allein für den Zeitraum vom 1. Mai bis zum 31. Dezember 2016 – die Arbeitgeberanteile geschuldet würden. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis zum 31. Dezember 2019 seien zudem Beiträge zum Umlageverfahren betreffend Mutterschutzaufwendungen der Arbeitgeber (U2-Umlageverfahren) sowie

Beiträge zur Insolvenzgeldumlage nachzufordern. Insgesamt ergebe sich für den vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Dezember 2019 reichenden Prüfzeitraum eine Beitragsnachforderung in Höhe von 69.448,80 EUR.

Am 31. März 2021 erhob die Antragstellerin Widerspruch gegen den Feststellungs- und Beitragsnachforderungsbescheid vom 18. März 2021 und beantragte zugleich die Aussetzung der Vollziehung. Zur Begründung des Rechtsbehelfs machte die Antragstellerin geltend, dass der Beigeladene seine Tätigkeit als Liquidator selbständig und unternehmerisch ausübe. Vorgaben für seine Tätigkeit, die darin bestehe, Forderungen einzuziehen, Verbindlichkeiten zu erfüllen und den verbleibenden Überschuss an die Alleingesellschafterin auszukehren, ergäben sich ausschließlich aus dem Gesetz. Weder unterliege der Beigeladene irgendwelchen vertraglichen Vorgaben, noch seien ihm von Seiten der Alleingesellschafterin generelle oder einzelfallbezogene Weisungen im Hinblick auf die Gestaltung seiner Tätigkeit erteilt worden. Der Beigeladene sei in seinen diesbezüglichen Entscheidungen vollkommen frei und daher mitnichten als weisungsgebundener Angestellter anzusehen. Die Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit bestehe insbesondere auch im Hinblick auf die Arbeitszeit und den Arbeitsort des Beigeladenen. Dieser verfüge ihr, der Antragstellerin, gegenüber auch nicht über Urlaubsansprüche, sei ihr gegenüber aber haftungsverpflichtet, falls eine Fehlentscheidung als Liquidator zu einem Schaden für die Bank führe. Gegenüber der Alleingesellschafterin bestehe lediglich die Pflicht des Beigeladenen, dieser ein- bis zweimal jährlich über die von ihm getätigten Abwicklungsgeschäfte zu berichten. In der Vergangenheit sei im Übrigen auch die Antragsgegnerin von einer selbständigen und deshalb versicherungsfreien Tätigkeit des Beigeladenen ausgegangen, wie sich aus den vorgenannten Prüfbescheiden aus den Jahren 2012 und 2016 ersehen lasse. Schließlich habe der Beigeladene seit Beginn des Jahres 2016 bei einer ungefähren monatlichen Zahlungspflicht über 850,00 EUR für Kranken- und Pflegeversicherung im Rahmen seiner freiwilligen Versicherung Beiträge in Höhe von insgesamt ca. 40.800,00 EUR an die BARMER entrichtet. Vor diesem Hintergrund könnten nun nicht nochmals Pflichtbeiträge für eine dortige Mitgliedschaft verlangt werden.

Mit Bescheid vom 3. Mai 2021 lehnte die Antragsgegnerin die Aussetzung der Vollziehung des Feststellungs- und Beitragsnachforderungsbescheides vom 18. März 2021 ab. Aus den von der Antragstellerin vorgebrachten Umständen ergäben sich

keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Entscheidung. Auch sei in keiner Weise nachgewiesen worden, dass die Vollziehung des Bescheides vom 18. März 2021 eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte für die Antragstellerin bedeutete. Man habe den Aussetzungsantrag aber an die zuständige Einzugsstelle zum Zwecke der Prüfung, ob die Beitragsforderung gestundet werden könne, weitergeleitet.

Mit weiterem Bescheid vom 10. Mai 2021 half die Antragsgegnerin dem Widerspruch teilweise, nämlich im Hinblick auf die nachgeforderten

Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung, ab, weil die Antragstellerin im Widerspruchsverfahren durch Vorlage eines Bestätigungsschreibens der BARMER über das Bestehen einer dortigen freiwilligen Mitgliedschaft des Beigeladenen seit dem 1. September 2008 nachgewiesen habe, dass der Beigeladene hauptberuflich selbständig sei und für ihn deshalb nach § 5 Abs 5 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) Versicherungsfreiheit bestehe. Die aus der Betriebsprüfung resultierende Beitragsnachforderung reduziere sich dadurch auf insgesamt 34.000,80 EUR. Mittlerweile hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 20. August 2021 dazu angehört, dass beabsichtigt sei, den Teil-Abhilfebescheid vom 10. Mai 2021 zurückzunehmen. Dieser sei von Anfang an rechtswidrig gewesen, weil der Beigeladene zum einen nach den infolge der Betriebsprüfung getroffenen Feststellungen tatsächlich gar nicht hauptberuflich selbständig sei (auch liege ein entsprechender Befreiungsbescheid der BARMER nicht vor) und zum anderen auch der Tatbestand des § 6 Abs 3a SGB V zur Versicherungsfreiheit nicht erfüllt sei; denn der Beigeladene sei nicht während der Hälfte der fünf Jahre vor Eintritt der Versicherungspflicht zum 29. September 2006 versicherungsfrei in der gesetzlichen Krankenversicherung gewesen.

Mit zwei Schreiben vom 4. Juni 2021 hatte die Antragstellerin vorgebracht, dass dem Widerspruch insgesamt abzuhelpen sei. Es bestehe in keinem Zweig der Sozialversicherung Versicherungspflicht des Beigeladenen. Dieser sei seit über zehn Jahren als Liquidator für sie, die Antragstellerin, tätig; diese Tätigkeit habe sich zum 1. Januar 2016 im Vergleich zu den davor liegenden Zeiträumen nicht verändert. Für die Jahre 2008 bis 2015 habe die Antragsgegnerin die Tätigkeit des Beigeladenen wiederholt sozialversicherungsrechtlich geprüft und sei in keinem Fall zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beigeladene als Liquidator sozialversicherungspflichtig sei. Dies müsse auch für den streitbefangenen Prüfzeitraum gelten. Über den Widerspruch hat die Antragsgegnerin – soweit ersichtlich – bislang keine Entscheidung getroffen. Soweit dem Senat bekannt, ist bislang auch der Teil-Abhilfebescheid vom 10. Mai 2021 nicht zurückgenommen worden.

Am 8. Juni 2021 hat die Antragstellerin das vorliegende Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor dem Sozialgericht Kiel angestrengt. Dabei hat sie ihr Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren vertieft und ergänzt. Der Beigeladene habe in all den Jahren seiner Tätigkeit als Liquidator nicht eine einzige Anweisung der Alleingesellschafterin der Antragstellerin erhalten. Er habe Vergleiche mit Schuldnern der Antragstellerin in jeglicher Größenordnung ohne Rücksprache mit der Alleingesellschafterin abschließen dürfen und habe solche Vergleiche auch geschlossen. Von Mitte 2007 bis zum 19. August 2008 habe der Beigeladene die Anzahl der bei der Antragstellerin tätigen Beschäftigten von ursprünglich 19 auf lediglich noch vier Mitarbeiter reduziert. Von den verbliebenen Beschäftigten sei einer im Jahr 2010 und ein weiterer im Jahr 2011 ausgeschieden, aktuell beschäftige sie – die Antragstellerin – lediglich noch einen Buchhalter zu einer monatlichen Vergütung von 400,00 EUR. Mit vorangegangenen Prüfbescheiden aus den Jahren 2008, 2012 und 2016 habe die Antragsgegnerin die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen für den Beigeladenen nicht nur nicht beanstandet, sie habe bei diesem auch ein Vertrauen darauf geschaffen, dass er selbständig und sozialversicherungsfrei tätig sei. Aus diesem Grund habe der Beigeladene erst zum 1. April 2019 eine Altersrente beantragt. Hätte er gewusst, dass er sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei, hätte er bereits zum 1. Januar 2016 Altersrente beantragt. Sollten die dem Bescheid vom 18. März 2021 vorangegangenen Prüfentscheidungen unzutreffend gewesen sein, wäre dem Beigeladenen dadurch ein Schaden in Höhe von 66.300,00 EUR in Gestalt entgangener Altersrentenzahlungen entstanden. Diesen Schadensersatzanspruch habe er in Höhe der verbliebenen Beitragsnachforderung von 34.000,80 EUR an sie, die Antragstellerin, abgetreten. Sie erkläre daher die Aufrechnung des abgetretenen Schadensersatzanspruchs gegen die von der Antragsgegnerin verfolgte Beitragsnachforderung. Schließlich verstoße es gegen Treu und Glauben, von ihr – kurz vor dem in Aussicht genommenen Abschluss der Liquidation zum Schluss des Kalenderjahres 2021 – Beitragsnachforderungen zu erheben, nachdem die Antragsgegnerin zuvor über Jahre hinweg ein Vertrauen in die Sozialversicherungsfreiheit des Beigeladenen geschaffen habe.

Die Antragstellerin hat – nach Auslegung durch das Sozialgericht – erstinstanzlich beantragt,

die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Feststellungs- und Beitragsbescheid der Antragsgegnerin vom 18. März 2021 in der Fassung des Teil-Abhilfebescheides vom 10. Mai 2021 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin ist dem Vorbringen der Antragstellerin vor dem Sozialgericht entgegengetreten. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Prüfbescheides vom 18. März 2021 lägen weiterhin nicht vor. Insbesondere halte sie daran fest, dass der Beigeladene in einem Beschäftigungsverhältnis zu der Antragstellerin stehe. Denn der Beigeladene sei nicht an deren Stammkapital beteiligt und könne Beschlüsse der Gesellschafterversammlung daher nicht beeinflussen, weshalb er ggf auch die Bestellung weiterer Liquidatoren oder seine eigene Abberufung nicht verhindern könne. Trotz der großen Freiheiten, die der Beigeladene bei der Ausübung seiner Tätigkeiten genieße, sei er mithin in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingebunden. Die Antragstellerin könne sich auch nicht auf Vertrauen in die mit den Prüfbescheiden aus den Jahren 2008, 2012 und 2016 getroffenen Feststellungen berufen. Denn zum einen habe sie im Rahmen der jenen Bescheiden zugrundeliegenden Betriebsprüfungen lediglich stichprobenartig einzelne Prüfgegenstände betrachtet, zum anderen dienten Prüfbescheide primär der Verhinderung von Beitragsausfällen, nicht aber komme ihnen eine Schutzfunktion zugunsten der beitragspflichtigen Arbeitgeber dergestalt zu, dass diesen mit Prüfbescheiden ohne Feststellungen gleichsam „Entlastung“ erteilt werde. Dementsprechend vertrete das Bundessozialgericht (BSG) in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass Arbeitgeber sich nicht auf Vertrauensschutz aus vorangegangenen Prüfbescheiden berufen könnten. Für den von der Antragstellerin reklamierten Schadensersatzanspruch des Beigeladenen sei daher von vornherein kein Raum.

Nachdem das Sozialgericht mit Hängebeschluss vom 9. Juli 2021 zunächst die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die streitbefangene Feststellungs- und Beitragsnachforderungsentscheidung bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens angeordnet hatte, hat es den Antrag mit Beschluss vom 28. September 2021 abgelehnt. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des

Widerspruchs komme letztlich nicht in Betracht, weil der Erfolg des Rechtsbehelfs nicht wahrscheinlicher sei als sein Misserfolg. Denn der streitbefangene Bescheid vom 18. März 2021 in Gestalt des Teil-Abhilfebescheides vom 10. Mai 2021 sei rechtlich nicht zu beanstanden. Auch das Sozialgericht sei davon überzeugt, dass der Beigeladene als Liquidator bei der Antragstellerin abhängig beschäftigt sei. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) sei der Liquidator verpflichtet, Beschlüsse der Gesellschafter bzw der Gesellschafterversammlung einer in Liquidation befindlichen GmbH zur Art und Weise der Umsetzung des Gesellschaftsvermögens in Geld zu befolgen; die Gesellschafterversammlung könne Verwertungsvorgaben in einem Liquidationsplan beschließen oder auch eine Verwertungsanweisung für einen Einzelfall erteilen (*Verweis auf BGH, Urteil vom 8. Januar 2019, II ZR 364/18, zitiert nach juris*). Ob solche Vorgaben tatsächlich erfolgten, sei sozialversicherungsrechtlich nicht erheblich, entscheidend sei allein das Bestehen der entsprechenden Rechtsmacht auf Seiten der Alleingesellschafterin der Antragstellerin. Die von der Antragstellerin gegenüber den von der Antragsgegnerin verfolgten Beitragsansprüchen geltend gemachte Aufrechnung mit dem – abgetretenen – Schadensersatzanspruch des Beigeladenen könne keine Berücksichtigung finden. Die Antragstellerin sei gehalten, den vermeintlichen Schadensersatzanspruch vor dem Landgericht einzuklagen. Die Höhe der von der Antragsgegnerin geltend gemachten Gesamtsozialversicherungsbeiträge sei ebenfalls nicht zu beanstanden. Schließlich habe die Antragstellerin auch nicht vorgetragen, dass und weshalb ihr im Falle der Vollziehung der im Raum stehenden Beitragsnachforderung der Eintritt schwerer, nicht – oder kaum – wieder gutzumachender Schäden drohte. Eine unbillige Härte, die die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs begründen könne, sei mithin auch nicht gegeben.

Gegen diesen den Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin am 1. Oktober 2021 zugestellten Beschluss richtet sich die am 15. Oktober 2021 vor dem Sozialgericht Kiel erhobene Beschwerde der Antragstellerin.

Zur Begründung ihrer Beschwerde bringt die Antragstellerin vor, dass das Sozialgericht zu Unrecht von einer Beschäftigung des Beigeladenen – und insbesondere zu Unrecht von einer Weisungsgebundenheit des Beigeladenen gegenüber ihrer, der Antragstellerin, Alleingesellschafterin – ausgegangen sei. Die Vorgaben, die der Beigeladene bei Ausübung seiner Liquidatorentätigkeit zu beachten habe, ergäben sich ausschließlich aus dem Gesetz, namentlich aus den §§ 70 – 74 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Die dortigen Bestimmungen könne ihre, der Antragstellerin, Gesellschafterin weder außer Kraft setzen, noch abändern. Deshalb sei ein Vertrag über die Pflichten des Beigeladenen als Liquidator zwischen diesem und ihr, der Antragstellerin, auch nicht geschlossen worden, lediglich über die Höhe der monatlichen Vergütung habe man sich geeinigt. Tatsächlich habe der Beigeladene seine hier relevante Tätigkeit auch stets eigenverantwortlich und weisungsfrei ausgeübt; insoweit wiederholt die Antragstellerin ihr aus dem Widerspruchsverfahren und dem Verfahren vor dem Sozialgericht bekanntes Vorbringen. Der Beigeladene sei auch nicht in einem von Außen vorgegebenen Rahmen tätig geworden; so hätten eine Zusammenarbeit mit Beschäftigten der Bank, Teilnahmen an Besprechungen zur Führung eines Berichtswesens, zur Festlegung von Prioritäten bei der Ausführung von Arbeitsaufträgen und dergleichen zu keinem Zeitpunkt stattgefunden. Schließlich bedeute die Vollziehung des streitgegenständlichen Prüfbescheides auch eine unbillige Härte für sie – die Antragstellerin –, weil aufgrund der nun von der Antragsgegnerin geltend gemachten Beitragsnachforderung die Liquidation nicht zum 31. Dezember 2021 abgeschlossen werden könne, weshalb weitere monatliche Aufwendungen für das Gehalt des Beigeladenen entstünden. Auch stünde nun ein mehrjähriger Rechtsstreit über die Berechtigung der Beitragsnachforderung zu erwarten. Dies alles wäre vermieden worden, wenn die Antragsgegnerin in den vorangegangenen Betriebsprüfungen sogleich die Versicherungspflichtigkeit der Tätigkeit des Beigeladenen festgestellt hätte.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Kiel vom 28. September 2021 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 18. März 2021 in Gestalt des Teil-Abhilfebescheides vom 10. Mai 2021 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Kiel vom 28. September 2021 zurückzuweisen.

Zur Begründung dieses Antrags verweist die Antragsgegnerin zunächst auf ihre

Ausführungen in den Bescheiden vom 18. März und 10. Mai 2021 sowie auf die Begründung des ihrer Ansicht nach zutreffenden Beschlusses des Sozialgerichts vom 28. September 2021. Ergänzend führt sie aus, dass es im Rahmen der Abwägungsentscheidung darüber, ob der Beigeladene in einem Beschäftigungsverhältnis zu der Antragstellerin stehe oder nicht, maßgebliches Kriterium die von Rechts wegen bestehende Weisungsbefugnis der Alleingesellschafterin gegenüber dem Beigeladenen sei, unabhängig davon, ob die Alleingesellschafterin in der Vergangenheit von dieser Befugnis auch Gebrauch gemacht habe. Die daneben zugestehende weitgehende Freiheit des Beigeladenen bei Ausübung seiner Liquidatorentätigkeit führe im Rahmen der Gesamtabwägung nicht dazu, eine selbständige Tätigkeit des Beigeladenen anzunehmen. Letztlich bleibe die Überprüfung der von ihr, der Antragsgegnerin, getroffenen sozialversicherungsrechtlichen Statusentscheidung jedoch den Gerichten im Hauptsacheverfahren vorbehalten. Hier sei lediglich festzuhalten, dass weder ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung bestünden, noch die Vollziehung der Beitragsnachforderung eine unbillige Härte für die Antragstellerin bedeute.

Der Beigeladene hat im Beschwerdeverfahren keinen Vortrag getätigt und keinen Antrag gestellt.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der von der Antragsgegnerin vorgelegten Verwaltungsakte Bezug genommen.

II.

1.

Die gemäß [§ 172 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie gemäß [§ 173 Satz 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegt worden. Die Beschwerde ist auch nicht nach [§ 172 Abs 3 Nr 1 SGG](#) ausgeschlossen, denn der Beschwerdewert übersteigt für die Antragstellerin den in [§ 144 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGG](#) normierten Berufungszulassungswert von 750,00 EUR deutlich.

2.

Die Beschwerde ist jedoch im Ergebnis nicht begründet.

a)

Zwar ist der vor dem Sozialgericht angebrachte und in der Beschwerdeinstanz weiterverfolgte Antrag statthaft. Ein bei dem Sozialgericht gestellter Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach [§ 86b Abs 1 Satz 1 Nr 2 SGG](#) ist statthaft, wenn Widerspruch oder Anfechtungsklage – entgegen dem gesetzlichen Regelfall des [§ 86a Abs 1 Satz 1 SGG](#) – keine aufschiebende Wirkung haben. Dies trifft auf den Bescheid vom 18. März 2021 (in der Fassung des derzeit noch geltenden Teil-Abhilfebescheides vom 10. Mai 2021) sowohl hinsichtlich der dort geregelten Sozialversicherungspflicht des Beigeladenen zu, als auch hinsichtlich der mit dem Bescheid erfolgten Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen.

Denn nach [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) entfällt die aufschiebende Wirkung u. a. bei der Entscheidung über Versicherungspflichten. Eine solche Entscheidung hat die Antragsgegnerin hinsichtlich der Versicherungspflicht des Beigeladenen in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung mit den Bescheiden vom 18. März und 10. Mai 2021 getroffen. Die Entscheidung über diese Sozialversicherungspflichtigkeit ist auf Grundlage des [§ 28p Abs 1 Satz 5](#)

SGB IV ergangen, wonach die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung der Einhaltung von Melde- und sonstigen Pflichten nach dem SGB IV durch Arbeitgeber Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht erlassen.

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Statusfeststellungsentscheidungen haben gemäß [§ 7a Abs 7 Satz 1 SGB IV](#) nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie im Rahmen eines Antragsverfahrens im Sinne des [§ 7a SGB IV](#) ergehen. Wird eine Entscheidung über das Vorliegen von Versicherungspflicht – wie hier – im Rahmen eines Bescheides über eine Betriebsprüfung gefällt, verbleibt es hinsichtlich eines solchen Bescheides bei dem Entfallen der Suspensivwirkung gemäß [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) (vgl. *Sächsisches LSG, Beschluss vom 30. August 2013, L 1 KR 129/13 B ER, zitiert nach juris; Bayerisches LSG, Beschluss vom 29. Oktober 2014, L 5 R 868/14 B ER, zitiert nach juris; Hessisches LSG, Beschluss vom 22. August 2013, L 1 KR 228/13 B ER, zitiert nach juris*).

Unproblematisch statthaft ist der Antrag, soweit er sich auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des von der Antragstellerin gegen die in dem Bescheid der Antragsgegnerin vom 18. März 2021/10. Mai 2021 geregelte Beitragsnacherhebung erhobenen Widerspruchs richtet. Denn nach [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) entfällt die aufschiebende Wirkung ua auch bei der Anforderung von Beiträgen einschließlich darauf entfallender Nebenkosten.

b)

Der Antrag ist jedoch nicht begründet. Die Entscheidung, ob die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise gemäß [§ 86b Abs 1 Satz 1 Nr 2 SGG](#) durch das Gericht angeordnet wird, erfolgt aufgrund einer umfassenden Abwägung des Aufschubinteresses der Antragstellerin 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 und ob die Vollziehung für die Antragstellerin eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Da [§ 86a Abs 2 Nr 1 SGG](#) das Vollzugsrisiko bei Feststellungsbescheiden über eine Versicherungspflicht sowie bei Beitragsbescheiden grundsätzlich auf den Adressaten verlagert, indem das Gesetz eine grundsätzliche Entscheidung zugunsten

der sofortigen Vollziehbarkeit solcher Bescheide trifft, können nur solche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides ein überwiegendes Aufschubinteresse begründen, die einen Erfolg des Rechtsbehelfs, hier des Widerspruchs der Antragstellerin vom 31. März 2021, zumindest überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Hierfür reicht es nicht schon aus, dass im Klageverfahren 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. *LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 8. April 2014, L 8 R 737/13 B ER*, zitiert nach *juris*; vgl. auch *Keller, in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl 2020, § 86b Rn 12b, 12e ff*).

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Prüfbescheid vom 18. März 2021 – in der Fassung des Teil-Abhilfebescheides vom 10. Mai 2021 – war in Anwendung dieses Maßstabs nicht auszusprechen.

aa)

Die streitgegenständliche Betriebsprüfungsentscheidung der Antragsgegnerin stellt sich nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als rechtswidrig dar.

Rechtsgrundlage des Bescheides ist [§ 28p Abs 1 Satz 5 SGB IV](#). Die Antragsgegnerin war zum Erlass des im Rahmen der Betriebsprüfung ergangenen Feststellungsbescheides zuständig, weil die letzte Ziffer der Betriebsnummer der Antragstellerin die 1 ist (für Betriebe mit den Betriebsnummer-Endziffern 0 – 4 ist die DRV Bund zuständig, während Betriebe mit den Endziffer 5 – 9 von deren Regionalträgern zu prüfen sind; vgl. *Scheer, in jurisPK-SGB IV, 4. Aufl 2021, § 28p Rn 130 ff*). Auch hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin vor Erlass des Prüfbescheides mit Schreiben vom 17. November 2020 im Sinne des [§ 24 Abs 1 SGB X](#) angehört (vgl. dazu *Scheer, aaO, § 28p Rn 223 und 227*). Formelle Fehler des Bescheides sind daher nicht auszumachen.

Materiell folgt die Feststellung hinsichtlich des Bestehens von Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung aus [§ 1 Satz 1 Nr 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \(SGB VI\)](#) und hinsichtlich der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung aus [§ 25 Abs 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \(SGB III\)](#). Danach sind in diesen Zweigen der Sozialversicherung – soweit hier von Interesse – die Personen versicherungspflichtig, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind.

(1)

Daran, dass der Beigeladene – zunächst in seiner Funktion als Geschäftsführer und seit dem 6. März 2008 als Liquidator – bei der Antragstellerin im Rechtssinne beschäftigt ist, bestehen für den Senat keine Zweifel.

Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#)). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#)). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur „dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein (dazu *BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001, B 12 KR 10/01 R, Breith 2002, 474 ff*). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben und in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (*BSG, Urteil vom 19. Juni 2001, B 12 KR 44/00 R, NZS 2002, 199 ff*). Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet (vgl. *BSG, Urteil vom 29. August 2012, B 12 KR 25/10 R, BSGE 111, 257 ff*). Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich zudem aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (vgl. *BSG, Urteil vom 8. Dezember 1994, 11 RAr 49/94, NZS 1995, 373 ff*). Die tatsächlichen Verhältnisse geben den Ausschlag, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (vgl. *BSG, Urteil vom 4. Juni 1998, B 12 KR 5/97 R, Breith 1999, 363 ff; Urteil vom 10. August 2000, B 12 KR 21/98 R, BSGE 87, 53, 56*). Die Zuordnung des konkreten Lebenssachverhalts zum rechtlichen Typus der (abhängigen) Beschäftigung als nichtselbständige Arbeit nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert nach der Rechtsprechung des BSG schließlich eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall. Bei Vorliegen gegenläufiger, d. h. für die Bejahung und die Verneinung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals sprechender tatsächlicher Umstände oder Indizien hat das Gericht (ebenso die Behörde) insoweit eine wertende Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Diese Abwägung darf allerdings nicht (rein) schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenübergestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen als weniger bedeutsam einzuschätzenden Indizien (*LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 27. Juli 2016, L 5 R 606/14, zitiert nach juris*). Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setzt deshalb – der Struktur und Methodik jeder Abwägungsentscheidung (innerhalb und außerhalb des

Rechts) entsprechend – voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d. h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden (so BSG, Urteil vom 25. April 2012, [B 12 KR 24/10 R](#), [SGb 2013, 364 ff](#)).

Auch für Geschäftsführer einer GmbH geht das BSG grundsätzlich von der Geltung der vorstehend zitierten Prüfungs- bzw. Abgrenzungskriterien aus (vgl. BSG, Urteil vom 14. März 2018, [B 12 KR 13/17 R](#), [NJW 2018, 2662 ff](#); Urteil vom 11. November 2015, [B 12 KR 13/14 R](#), [BSGE 120, 59 ff](#); Urteil vom 29. Juni 2016, [B 12 R 5/14 R](#), zitiert nach juris), stellt jedoch im Ergebnis maßgeblich auf die gesellschaftsvertraglichen bzw. gesellschaftsrechtlichen Rechtsmachtverhältnisse, in denen der Geschäftsführer seine Tätigkeit erbringt, ab. Nach diesbezüglicher ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist für die Frage, ob bei einem Geschäftsführer einer GmbH ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt, „in erster Linie“ von Bedeutung, ob der Geschäftsführer nach der ihm zukommenden, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmacht ihm nicht genehme Weisungen verhindern oder Beschlüsse beeinflussen kann, die sein Anstellungsverhältnis betreffen. Ist ein GmbH-Geschäftsführer als Gesellschafter am Kapital der Gesellschaft beteiligt, sind der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft das wesentliche Merkmal für die Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer ist nicht per se kraft seiner Kapitalbeteiligung selbständig tätig, sondern muss, um nicht als abhängig Beschäftigter angesehen zu werden, über seine Gesellschafterstellung hinaus die Rechtsmacht besitzen, durch Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft bestimmen zu können. Eine solche Rechtsmacht ist bei einem Gesellschafter gegeben, der mehr als 50 % der Anteile am Stammkapital hält. Ein Geschäftsführer, der nicht über diese Kapitalbeteiligung verfügt und damit als Mehrheitsgesellschafter ausscheidet, ist grundsätzlich abhängig beschäftigt. Er ist ausnahmsweise nur dann als Selbständiger anzusehen, wenn er exakt 50 % der Anteile am Stammkapital hält oder ihm bei einer geringeren Kapitalbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag eine umfassende („echte“ oder „qualifizierte“), die gesamte Unternehmenstätigkeit erfassende Sperrminorität eingeräumt ist. Denn der selbständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer muss eine Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen haben und zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern können. Demgegenüber ist eine „unechte“, auf bestimmte Gegenstände begrenzte Sperrminorität nicht geeignet, die erforderliche Rechtsmacht zu vermitteln (BSG, Urteil vom 12. Mai 2020, [B 12 R 11/19 R](#), zitiert nach juris; Urteil vom 19. September 2019, [B 12 R 25/18 R](#), [NZS 2020, 183 ff](#); Urteil vom 14. März 2018, [B 12 KR 13/17 R](#), aaO). Geschäftsführer ohne eine Kapitalbeteiligung, sog. Fremdgeschäftsführer, sind hingegen grundsätzlich abhängig beschäftigt (BSG, Urteil vom 10. Dezember 2019, [B 12 KR 9/18 R](#), [BSGE 129, 254 ff](#); Urteil vom 19. September 2019, [B 12 R 25/18 R](#), aaO). In seinem vorstehend zitierten Urteil vom 10. Dezember 2019 hat das BSG zu einem nicht am Gesellschaftskapital beteiligten Geschäftsführer einer GmbH ausgeführt:

„Er besaß keine im Gesellschaftsrecht wurzelnde Rechtsmacht, die ihn in die Lage versetzte, eine Einflussnahme auf seine Tätigkeit, insbesondere durch ihm unangenehme Weisungen, jederzeit zu verhindern. Vielmehr unterlag er nach [§ 37 Abs 1](#) in Verbindung mit [§ 38 Abs 1](#) sowie [§ 46 Nr 5](#) und [6 GmbHG](#) dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung (vgl. zum Weisungsrecht Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl 2019, § 37 RdNr 3; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 19. Aufl 2016, § 37 RdNr 1; Stephan/Tieves, MüKo GmbHG, 3. Aufl 2019, § 37 RdNr 107). Danach ist der Geschäftsführer verpflichtet, Weisungen der Gesellschafterversammlung oder soweit – wie hier – eine GmbH nur eine Alleingesellschafterin hat, der Gesellschafterin zu jeder Geschäftsführungsangelegenheit zu befolgen (BGH Urteil vom 18.03.2019 – AnwZ <Bfng> 22/17 – juris RdNr 18). Eine Einflussmöglichkeit auf solche Weisungen war dem Kläger verwehrt, da er am Stammkapital der GmbH nicht beteiligt und damit sog. Fremdgeschäftsführer der Beigeladenen zu 4. war. Geschäftsführer ohne eine Kapitalbeteiligung sind ausnahmslos abhängig beschäftigt (BSG Urteil vom 19.09.2019 – [B 12 R 25/18 R](#) – SozR 4-2400 § 7 Nr 43 RdNr 15 mwN, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen).“

Nach Ansicht des Senats gilt für einen nicht am Gesellschaftskapital beteiligten Liquidator nichts anderes. Denn gerade die Weisungsbefugnis der Gesellschafter bzw. der Gesellschafterversammlung besteht im einen wie im anderen Fall. Der BGH sieht in ständiger Rechtsprechung die Gesellschafter als zentrales Entscheidungsorgan innerhalb der gesetzlich vorgegebenen hierarchischen Struktur der GmbH (vgl. nur BGH, Urteil vom 8. Januar 2019, [II ZR 364/18](#), zitiert nach juris, s. dort Rn 33) an. Die zentrale Entscheidungskompetenz der Gesellschafter bzw. – im vorliegenden Fall – der Alleingesellschafterin besteht aufgrund der [§§ 37, 46 GmbHG](#) gegenüber dem (oder den) Geschäftsführer(n) in einer ihrem Wesen nach unveränderten Art und Weise auch gegenüber einem Liquidator, als welcher der Beigeladene während des weitaus größeren Teils des umstrittenen Zeitraums für die Antragstellerin tätig gewesen ist. Der BGH führt dazu in seinem vorstehend zitierten Urteil vom 8. Januar 2019 aus:

„Die Liquidatoren vertreten die Gesellschaft nach [§ 70 Satz 1 Halbsatz 2 GmbHG](#) gerichtlich und außergerichtlich. Diese Vertretungsmacht ist – wie die der Geschäftsführer – grundsätzlich unbeschränkt und unbeschränkbar ([§ 70 Abs. 4](#), [§ 37 Abs. 2 GmbHG](#)). Schranken ergeben sich aber auch hier bei Missbrauch der Vertretungsmacht nach den für die Geschäftsführer entwickelten Regeln (Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl., § 70 Rn. 2; Brünkmans/Hofmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 68 Rn. 3, § 70 Rn. 2; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 70 Rn. 40; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl., § 70 Rn. 2 und 4; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 71 Rn. 42; enger Gesell in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 70 Rn. 6).

Nach [§ 70 Satz 1 GmbHG](#) haben die Liquidatoren das Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen. Die Art und Weise der Verwertung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Liquidatoren. Auch in der aufgelösten Gesellschaft bleibt die hierarchische Organisation der GmbH aber im Wesentlichen bestehen. Die Gesellschafter können für den Liquidator bindende Beschlüsse über die Liquidation, insbesondere über die Art der Umsetzung des Vermögens der Gesellschaft in Geld fassen. Die Gesellschafterversammlung kann Verwertungsvorgaben in einem Liquidationsplan beschließen oder eine Verwertungsanweisung für den Einzelfall erteilen (vgl. Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 70 Rn. 2; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl., § 70 Rn. 3; Brünkmans/Hofmann in Gehrlein/ Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 70 Rn. 5; Nerlich in

Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 70 Rn. 6; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl., § 70 Rn. 7; 19 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 70 Rn. 5; Paura in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 53 Rn. 4, 5).“

Dies verdeutlicht die grundsätzliche Gleichartigkeit der gesellschaftsrechtlichen Stellung eines Geschäftsführers einerseits und eines Liquidators andererseits, die es sozialversicherungsrechtlich erfordert, einen Fremd-Liquidator ebenso wie einen Fremdgeschäftsführer mangels irgendeiner die Geschicke der Gesellschaft beeinflussenden Rechtsmacht als stets abhängig beschäftigt anzusehen.

Der Senat verkennt bei dieser rechtlichen Bewertung nicht, dass grundsätzlich auch dem Inhalt eines Geschäftsführer- oder Liquidator-Dienstvertrages Relevanz für die statusrechtliche Beurteilung der Geschäftsführertätigkeit zukommt. Gerade dort vereinbarte typische Elemente eines Arbeitsvertrages wie eine bestimmte Wochenarbeitszeit, ein monatliches Gehalt, ein Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall etc sprechen für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung im Sinne des [§ 7 Abs 1 SGB IV](#). Ein entsprechender (schriftlicher) Anstellungsvertrag ist zwischen der Antragstellerin und dem Beigeladenen freilich nicht geschlossen worden, nach Angabe der Antragstellerin besteht vielmehr allein eine mündliche Vereinbarung über die Höhe der dem Beigeladenen zustehenden monatlichen Vergütung. Gleichwohl ist in diesem Zusammenhang folgendes zu beachten: Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gilt im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung der Grundsatz der Nachrangigkeit des Anstellungsvertrages im Verhältnis zum gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis (vgl BSG, Urteil vom 10. Dezember 2019, [B 12 KR 9/18 R](#), zitiert nach juris, s. dort Rn 15), aus dem folgt, dass, wenn auf Seiten eines Geschäftsführers die eine abhängige Beschäftigung ausschließende Rechtsmacht gesellschaftsvertraglich eingeräumt ist, auch gegenläufige Merkmale wie ein arbeitnehmertypischer Inhalt des Geschäftsführer-Dienstvertrages sowie das Fehlen eines Unternehmerrisikos und einer eigenen Betriebsstätte nicht zur Annahme einer Beschäftigung führen können (LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24. April 2019, [L 8 BA 31/18](#), zitiert nach juris, s. dort Rn 85; bestätigt durch BSG, Urteil vom 12. Mai 2020, [B 12 R 11/19 R](#), aaO). Dies muss nach Ansicht des Senats in umgekehrter Weise auch dann gelten, wenn Geschäftsführern – wie hier – jedwede gesellschaftsvertraglich vermittelte Rechtsmacht fehlt, sie aber dienstvertraglich möglicherweise frei von Weisungen und faktisch wie selbständige Unternehmer die Geschäfte der Gesellschaft geführt haben. Der Grundsatz des Nachrangs des Anstellungsvertrages im Verhältnis zum gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis führt dann zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung der Geschäftsführer (Beschluss des Senats vom 1. Oktober 2021, [L 10 BA 95/21 B ER](#), zur Veröffentlichung in juris vorgesehen). So liegt es hier.

Da der Beigeladene seine hier relevanten Tätigkeiten als Geschäftsführer und Liquidator für die Antragstellerin unstreitig gegen Zahlung eines monatlichen Arbeitsentgelts erbracht hat, bestand nach dem eingangs Dargelegten im streitbefangenen Zeitraum eine Versicherungspflicht des Beigeladenen im von der Antragsgegnerin geltend gemachten Umfang, dh in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

(2)

Die mit den Bescheiden vom 18. März und 10. Mai 2021 getroffene entsprechende Feststellung und ebenso die daraufhin erhobene Beitragsnachforderung in Höhe von insgesamt 34.000,80 EUR erweist sich – entgegen der Ansicht der Antragstellerin – auch nicht deshalb als rechtswidrig, weil die Antragsgegnerin bereits im Rahmen vorangegangener Betriebsprüfungen festgestellt hätte, dass der Beigeladene seine Tätigkeit sozialversicherungsfrei erbringe. Zwar lässt sich dieser Einwand hier nicht unter Hinweis auf den stichprobenartigen Charakter der Betriebsprüfung gemäß § 11 Abs 1 Satz 1 Beitragsverfahrensordnung (BVV; auf Grundlage der [§§ 28n, 28p Abs 9 SGB IV](#) vom BMAS erlassene Verordnung vom 3. Mai 2006, [BGBl. I, S. 1138](#)) entkräften. Denn zumindest die sich auf die Zeiträume vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2011 sowie vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2015 beziehenden Prüfungen hatten ausweislich der diesbezüglichen Prüfmitteilungen vom 22. Mai 2012 und 23. März 2016 die Richtigkeit der von der Antragstellerin abgeführten Gesamtsozialversicherungsbeiträge zum Gegenstand – und mithin implizit auch die Frage nach der Versicherungspflicht des Beigeladenen. Wie stichprobenartig die seinerzeitigen Betriebsprüfungen im Übrigen auch ausgefallen sein mögen, so hatte die Antragsgegnerin seinerzeit jedenfalls – und im Ergebnis offenbar unzutreffend – die Frage nach einer Versicherungspflicht des Beigeladenen aufgrund entgeltlicher Beschäftigung geprüft.

Die Antragstellerin vermag jedoch deshalb aus den genannten, vorangegangenen Betriebsprüfungen nichts für sie Positives herzuleiten, weil im Zusammenhang mit jenen Prüfungen keine einer rechtlichen Bindungswirkung im Sinne des [§ 77 SGG](#) zugänglichen Feststellungen über das Bestehen von Sozialversicherungsfreiheit des Beigeladenen getroffen wurden. Die von der Antragstellerin ins Feld geführten Prüfmitteilungen der Antragsgegnerin nach § 7 Abs 4 BVV stellen schon keine Verwaltungsakte im Sinne des [§ 31 Satz 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) dar; es handelt sich insoweit um bloße Informationsschreiben ohne Regelungscharakter, die mithin einer Bestandskraft von vornherein nicht fähig sind (vgl BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013, [B 12 AL 2/11 R](#), zitiert nach juris, s. dort Rn 31). Das BSG hat entschieden, dass eine Verwaltungsaktsbefugnis der prüfenden Rentenversicherungsträger allein im Rahmen des [§ 28p Abs 1 Satz 5 SGB IV](#) besteht und mithin allein im Hinblick auf eine Versicherungspflicht und/oder eine daraus folgende Beitragspflicht eine Feststellung mit Bindungswirkung im Sinne des [§ 77 SGG](#) getroffen werden kann (BSG, aaO, Rn 30). Das BSG formuliert in seinem vorstehend zitierten Urteil vom 30. Oktober 2013 dazu: „Eine materielle Bindungswirkung kann sich lediglich dann und insoweit ergeben, als Versicherungs- und/oder Beitragspflicht (und Beitragshöhe) im Rahmen der Prüfung personenbezogen für bestimmte Zeiträume durch gesonderten Verwaltungsakt festgestellt wurden (vgl BSG [SozR 4-2400 § 27 Nr.1](#) RdNr 20; BSG Urteil vom 29.07.2003 – [B 12 AL 3/03 R](#) – AuB 2003, 341)“. Eine solche Feststellung hatte die Antragsgegnerin bezogen auf die Betriebsprüfungen für die Jahre 2008 – 2011 und 2012 – 2015 aber gerade nicht getroffen. Stattdessen hatte sie der Antragstellerin lediglich nach § 7 Abs 4 BVV mitgeteilt, dass die durchgeführten Prüfungen keine Feststellungen im Zusammenhang mit der Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages ergeben hätten.

Aufgrund des fehlenden Regelungsgehalts der eine beanstandungsfreie Arbeitgeberprüfung attestierenden Prüfmittelungen nach § 7 Abs 4 BVV lehnt das BSG auch einen aus diesen Mitteilungen folgenden Vertrauens- oder Bestandsschutz des Arbeitgebers auf die Richtigkeit des mitgeteilten Prüfungsergebnisses ab (BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013, [B 12 AL 2/11 R](#), aaO).

(3)

Auch der Vortrag der Antragstellerin zu der von ihr gegenüber der mit dem Bescheid vom 18. März 2021 in Gestalt des Teil-Abhilfebescheides vom 10. Mai 2021 geltend gemachten Beitragsforderung erklärten „Aufrechnung“ führt nicht dazu, dass – zumindest – hinsichtlich der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Nachforderung von rückständigen Sozialversicherungsbeiträgen ein Erfolg des Widerspruchs der Antragstellerin wahrscheinlicher erscheint als ein Misserfolg. Denn eine solche Aufrechnung kann die Antragstellerin hier nicht in rechtswirksamer Weise vornehmen. Die Aufrechnung eines Beitragsschuldners gegen Beitragsansprüche richtet sich nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen und ist ohne besondere sozialrechtliche Ermächtigungsgrundlage zulässig, weil [§ 395](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) die Möglichkeit der entsprechenden Anwendung der [§§ 387 ff BGB](#) auch im öffentlichen Recht stillschweigend voraussetzt, soweit nicht öffentlich-rechtliche Sondervorschriften über die Aufrechnung eingreifen (BSG, Urteil vom 15. Dezember 1994, [12 RK 69/93](#), [BSGE 75, 283 ff](#)). Öffentlich-rechtliche Sondervorschriften greifen hier für die Aufrechnung nicht ein, weil [§ 51](#) Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I) lediglich die Aufrechnung eines Sozialleistungsträgers gegen Ansprüche auf Sozialleistungen regelt, nicht hingegen Aufrechnungen eines Bürgers gegen den öffentlichen Anspruch auf Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen (Lilge, SGB I, 4. Aufl 2016, [§ 51 Rn 9](#)).

Indes scheidet die von der Antragstellerin postulierte Aufrechnung bereits daran, dass es sich bei der aufzurechnenden Gegenforderung um eine rechtswegfremde Forderung handelt. Als Anspruchsgrundlage kommt insoweit ein Anspruch aus Amtspflichtverletzung nach [Art 34 Grundgesetz \(GG\)](#) in Verbindung mit [§ 839 BGB](#) in Betracht, für dessen Durchsetzung jedoch allein der Rechtsweg zur Zivilgerichtsbarkeit eröffnet ist ([Art 34 Satz 3 GG](#)). Wegen [§ 17 Abs 2 Satz 2](#) Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) ist das Gericht der Sozialgerichtsbarkeit gehindert, über eine solche umstrittene Forderung, mit der gegen einen Beitragsanspruch aufgerechnet wird, zu entscheiden (vgl. BVerwG, Urteil vom 31. März 1993, [7 B 5/93](#), [NJW 1993, 2255 f](#)). Ein etwaiger Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Sozialversicherungsverhältnis in entsprechender Anwendung von [§ 280 BGB](#) wäre im Hinblick auf [§ 40 Abs 2 Satz 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ebenfalls vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen (Keller, in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl 2020, [§ 51 Rn 10](#)). Auch über die Aufrechnung mit einer solchen rechtswegfremden Forderung darf das Gericht der Sozialgerichtsbarkeit nicht entscheiden (Keller, aaO, [§ 51 Rn 39](#) „Aufrechnung“). Die Berücksichtigung einer rechtswegfremden Forderung ist nur möglich, wenn es sich um eine unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderung handelt (vgl. dazu auch OVG Lüneburg, Urteil vom 26. Mai 2004, [4 LC 408/02](#), [NVwZ 2004, 1513 ff](#)); daran mangelt es hier.

Im Übrigen dürfte die Aufrechnungserklärung der Antragstellerin auch ins Leere gegangen sein. Denn die Antragsgegnerin ist nicht Inhaberin des gegenüber der Antragstellerin nachgeforderten Sozialversicherungsbeitrags; dies ist nach der gesetzlichen Konzeption des Zweiten und Dritten Abschnitts des SGB IV – insbesondere gemäß [§ 28h Abs 1 SGB IV](#) – vielmehr die Einzugsstelle (vgl zur „vollen Gläubigerstellung“ der Einzugsstelle auch LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22. Mai 2019, [L 9 KR 534/15](#), zitiert nach juris, s. dort Rn 38; vgl auch BSG, Urteil vom 13. August 1996, [12 RK 76/94](#), Breith 1997, 323 ff; OLG Zweibrücken, Urteil vom 10. Dezember 2002, [8 U 70/02](#), zitiert nach juris).

(4)

Unabhängig davon, dass nicht ersichtlich ist, dass die Antragstellerin gegenüber der von der Antragsgegnerin erhobenen Beitragsnachforderung die Einrede der Verjährung erhoben hätte, sei darauf hingewiesen, dass auch die für das Jahr 2016 nachgeforderten Beiträge trotz Geltung einer vierjährigen Verjährungsfrist gemäß [§ 25 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) nicht verjährt sind. Denn die entsprechenden Beitragsforderungen sind deshalb nicht mit Ablauf des Jahres 2020 verjährt, weil die Verjährung nach [§ 25 Abs 2](#) Sätze 2 und [4 SGB IV](#) seit dem Beginn der Betriebsprüfung am 29. Mai 2020 bis zur Bekanntgabe des Prüfbescheides vom 18. März 2021 gehemmt war. Um den Zeitraum der Hemmung hat sich die Verjährungsfrist verlängert.

Die konkrete, betragsmäßige Höhe der – derzeit – von der Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin geltend gemachten Beitragsnachforderung für den vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Dezember 2019 reichenden Prüfzeitraum ist zwischen den Beteiligten nicht umstritten. Fehler der Antragsgegnerin sind insoweit auch dem Senat nicht ersichtlich.

bb)

Schließlich lässt sich nicht feststellen, dass die Vollziehung des Bescheides vom 18. März 2021 – in der Gestalt, die er durch den Teil-Abhilfebescheid vom 10. Mai 2021 gefunden hat – für die Antragstellerin eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Eine Härte in diesem Sinne liegt vor, wenn dem Betroffenen eines Beitragsbescheides durch dessen Vollziehung Nachteile entstehen, die über die bloße Zahlung der geforderten Beiträge hinausgehen und die nicht – oder nur schwer – wieder ausgeglichen werden können (vgl zu der insoweit erforderlichen schweren wirtschaftlichen Betroffenheit: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. Juli 2018, [L 9 BA 29/18 B ER](#), zitiert nach juris). Insoweit ist regelmäßig der Vortrag vollständiger, nachvollziehbarer und schlüssiger

Tatsachen über die aktuelle wirtschaftliche Situation des Antragstellers durch diesen erforderlich (*Keller, aaO, § 86a Rn 27b mwN*). Dass die Antragstellerin durch die Vollziehung der streitgegenständlichen Entscheidung der Antragstellerin – und insbesondere durch die Zahlung der nachgeforderten Beitragssumme in Höhe von 34.000,80 EUR – in einer solchen Weise finanziell schwer betroffen würde, ist nicht ansatzweise dargetan. Allein, dass die Liquidation infolge des streitbefangenen Betriebsprüfungsverfahrens – wie von der Antragstellerin behauptet – nicht plangemäß zum Abschluss des Kalenderjahres 2021 beendet werden konnte, begründet keine unbillige Härte im Sinne des [§ 86a Abs 3 Satz 2 SGG](#) (vgl zur Anwendung des dortigen Prüfungsmaßstabs im Rahmen des [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr 2 SGG](#): Schleswig-Holsteinisches LSG, Beschluss vom 7. Juni 2013, [L 5 KR 71/13 N ER](#), [NZS 2013, 800](#)).

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs 2 VwGO](#) in entsprechender Anwendung.

4.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 52 Abs 3 Satz 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG) und berücksichtigt, dass in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, die Beitragsangelegenheiten betreffen, regelmäßig nur ein Drittel des Wertes der Hauptsache als Streitwert anzusetzen ist (vgl *Schleswig-Holsteinisches LSG, Beschluss vom 7. Juni 2013, L 5 KR 71/13 B ER, aaO*).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft
Aus
Saved
2022-01-14