

RA Tobias Grambow, Berlin\*

## Sozialversicherungspflicht von Vorständen der AG und geschäftsführenden Direktoren der SE

*Der sozialversicherungsrechtliche Status von Vorständen von Aktiengesellschaften beschäftigt nach wie vor Rechtsprechung und Literatur. Das gilt insbesondere für die Frage einer gesetzlichen Krankenversicherungspflicht. Zwar wird das Vorstandsmitglied mit seinem Einkommen in der Regel über der jeweiligen Jahresentgeltgrenze liegen. Eine Versicherungsfreiheit setzt jedoch regelmäßig erst nach Überschreitung der jeweiligen Jahresarbeitsentgeltgrenze ein. Im Anschluss an Diller (AG 2009, 817 ff.) will sich der nachfolgende Beitrag insbesondere der Problematik der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht von Vorständen nähern und dabei auch den Status von geschäftsführenden Direktoren einer Societas Europaea (SE) untersuchen.*

### I. Einleitung

Mit der Bestellung zum Vorstand einer Aktiengesellschaft<sup>1</sup> oder zum geschäftsführenden Direktor einer SE und der Begründung eines Dienstverhältnisses stellt sich die Frage nach dem sozialversicherungsrechtlichen Status des Vorstandsmitglieds bzw. des geschäftsführenden Direktors. Gemäß § 28e SGB IV hat die Gesellschaft bei der Beschäftigung sozialversicherungspflichtiger Mitarbeiter den Gesamtsozialversicherungsbeitrag bestehend aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil zu entrichten. Darüber hinaus besteht bei Vorliegen einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung grundsätzlich ein Anspruch des Organs auf einen Beitragszuschuss im Falle einer freiwilligen Versicherung oder einer privaten Krankenversicherung gem. § 257 SGB V. Das ist insbesondere im Rahmen einer rechtlichen Due Diligence ein wichtiger Aspekt, der nicht übersehen werden sollte. Ferner kann das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen auch strafrechtliche Folgen haben. Für die Aktiengesellschaft und die SE ist es daher wichtig zu wissen, ob ihre Vorstandsmitglieder bzw. ihre geschäftsführenden Direktoren sozialversicherungspflichtig – insbesondere krankenversicherungspflichtig – beschäftigt werden.

### II. Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt

In allen Zweigen der Sozialversicherung sind nach Maßgabe der besonderen Vorschriften für die einzelnen Versicherungszweige gem. § 2 Abs. 2 Ziff. 1 SGB IV u.a. Personen versichert, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Zentraler Anknüpfungspunkt für die Beurteilung

einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung ist damit im Regelfall eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt.

Der Begriff des Arbeitsentgelts wird in § 14 SGB IV legaldefiniert. Arbeitsentgelt sind nach § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV grundsätzlich alle laufenden und einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung. Arbeitsentgelt liegt damit vor, wenn ein Beschäftigungsverhältnis gegeben ist.<sup>2</sup> Beschäftigung ist nach der knappen Legaldefinition in § 7 Abs. 1 SGB IV die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

### III. Beschäftigung im Sinne der Sozialversicherung

Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Eine Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV scheidet dagegen aus bei selbständiger Tätigkeit. Kennzeichnend für eine selbständige Tätigkeit ist das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, frei über Arbeitsort und Arbeitszeit zu verfügen.<sup>3</sup> Ob eine Tätigkeit in einem Beschäftigungsverhältnis ausgeübt wird, richtet sich danach, ob nach dem Gesamtbild eine persönliche Abhängigkeit von dem Auftraggeber besteht. Eine abhängige Beschäftigung kann nur bejaht werden, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung gegeben ist, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgt.

### IV. Vorstände einer Aktiengesellschaft

#### 1. Bewertung der Rechtsprechung

Bei der Bewertung der Vorstandstätigkeit als abhängiges Beschäftigungsverhältnis oder als selbständige Tätigkeit kommen die einzelnen Senate des Bundessozialgerichts (BSG) zu divergierenden Ergebnissen.

Der 4. und der 12. Senat des BSG gehen davon aus, dass Vorstände von Aktiengesellschaften abhängig beschäftigt sind, auch wenn sie die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten haben und gegenüber der Belegschaft Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen.<sup>4</sup> Mit anderen Worten:

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht in der Kanzlei Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft.

1 Für die KGaA gelten die Regelungen zur AG insoweit entsprechend. Ferner hat das BSG Vorstandsmitglieder „großer“ Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit hinsichtlich der Sozialversicherung Vorständen einer Aktiengesellschaft gleichgestellt, vgl. BSG v. 27.3.1980 – 12 RAr 1/79 = SozR 2400 § 3 Nr. 4.

2 Seewald in Kasseler Kommentar, Loseblatt, § 14 SGB IV Rz. 8.

3 Vgl. BSG v. 14.12.1999 – B 2 U 48/98 R, GmbHR 2000, 618 = DSfR 2001, 39.

4 Vgl. aktuell: BSG v. 27.2.2008 – B 12 KR 23/06 R, GmbHR 2008, 1154 m. Anm. Kothe-Heggemann = ZIP 2008, 2231; vgl. auch BSG



Mitglieder des Vorstands seien zwar Arbeitgeber, übten aber dennoch sozialversicherungsrechtlich eine abhängige Beschäftigung aus. Nach Einschätzung dieser beiden Senate des BSG liegt eine nichtselbständige Arbeit i.S.v. § 7 Abs. 1 SGB IV bei hochqualifizierten Mitarbeitern auch dort noch vor, wo sie sich zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert hat.<sup>5</sup> Die Geschäftsführung durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft unterliege der Überwachung durch den Aufsichtsrat (§ 111 Abs. 1 AktG), der ihn bestellt und gegebenenfalls abberuft (§ 84 AktG), der bestimmte Arten von Geschäften an seine Zustimmung binden kann (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG) und dem gegenüber der Vorstand berichts- und rechenschaftspflichtig ist (§ 90 AktG).<sup>6</sup> Außerdem ist er der Hauptversammlung verantwortlich (§§ 119, 120 AktG), die durch die Satzung seine Geschäftsführungsbefugnis beschränken kann (§§ 82 Abs. 2, 111 Abs. 4 Satz 2 AktG); ein eigenes unternehmerisches Risiko trage der Vorstand nicht.<sup>7</sup> Vorstände seien zudem schon deshalb Beschäftigte im Sinne der Sozialversicherung, weil anderenfalls ihre ausdrückliche Herausnahme aus der Renten- und Arbeitslosenversicherung nicht zu erklären sei.<sup>8</sup>

Anders der für die gesetzliche Unfallversicherung zuständige 2. Senat des BSG: Die bei abhängig Beschäftigten bestehende Weisungsunterworfenheit unter das Direktionsrecht eines Arbeitgebers lasse sich bei Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft weder inhaltlich noch erst recht bezüglich des äußeren Ablaufs, der Einteilung und Ausführung der Tätigkeit feststellen.<sup>9</sup> Dies folge aus den Vorschriften des Aktiengesetzes, insbesondere aus §§ 76 Abs. 1, 82 Abs. 1, 83 Abs. 2, 84 Abs. 3, 93 Abs. 4 Satz 1, 111 Abs. 4 Sätze 1 und 2 und Abs. 4 Satz 3, 119 Abs. 2 AktG. Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft stehen in einem freien Dienstverhältnis und sind nicht Beschäftigte des Unternehmens, das sie leiten, und zwar selbst dann nicht, wenn die an sich versicherungspflichtige Beschäftigung für das Unternehmen gegenüber der Vorstandstätigkeit überwiegt.<sup>10</sup> Vorstände einer Aktiengesellschaft nehmen vielmehr Arbeitgeberaufgaben wahr, weshalb eine Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV ausscheide.

## 2. Bewertung in der Literatur

Der Ansicht des 2. Senates des BSG wird in weiten Teilen des Schrifttums zu Recht gefolgt.<sup>11</sup> Der Vorstand der Aktiengesellschaft führe die Geschäfte der Gesellschaft gem. § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung und somit selbständig und aus eigenem Recht.<sup>12</sup> Der 4. und der 12. Senat ließen für ihre Begründung der abhängigen Beschäftigung allein das Überwachungsrecht des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit des Vorstandes gegenüber der Hauptversammlung genügen. Aus dem Überwachungsrecht bzw. der Überwachungspflicht des Aufsichtsrates könne eine Weisungsabhängigkeit nicht hergeleitet werden. Vielmehr sehe das AktG bewusst keine über die Überwachung des Vorstands hinausgehende Befugnis im Sinne eines Weisungsrechts vor. Das Vorstandsmitglied unterliege mithin weder den Weisungen des Aufsichtsrates der Gesellschaft noch denen eines Mehrheitsaktionärs noch der Hauptversammlung noch denen eines anderen, satzungsmäßigen Organs der Gesellschaft.<sup>13</sup>

Die Unabhängigkeit des Vorstandes wird auch darin deutlich, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft – anders als der Geschäftsführer einer GmbH oder der geschäftsführende Direktor einer SE<sup>14</sup> – nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vor Ablauf seiner Bestellung abberufen und das mit ihm bestehende Vorstandsdienstverhältnis gekündigt werden kann.<sup>15</sup> Der 4. und der 12. Senat des BSG verkennen, dass dies eine erhebliche Erschwerung der Einflussnahme des Aufsichtsrates bzw. generell der Aktionäre darstellt.

## 3. Beschränkung des Kreises der in den einzelnen Versicherungszweigen Versicherten

### a) Gesetzliche Krankenversicherung

Selbst wenn Vorstände als Beschäftigte i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV anzusehen wären, ergibt sich daraus jedoch noch keine Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung. Ob ein Beschäftigter in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung tatsächlich versichert ist, regeln die Vorschriften in den einzelnen Sozialgesetzbüchern.<sup>16</sup>

So sind in der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Be-

v. 31.5.1989 – 4 RA 22/88, NZA 1990, 668 ff. = SozR 2200 § 1248 Nr. 48; v. 19.6.2001 – B 12 KR 44/00 R, NZS 2002, 199 = SozR 3-2400 § 7 Nr. 18; anders noch BSG v. 11.4.1984 – 12 RK 45/83, NZA 1985, 134 (Ls.) = SozR 4100 § 168 Nr. 17.  
5 BSG v. 27.4.1982 – 1 RJ 72/81, BSGE 53, 242 = SozR 2200 § 1248 Nr. 36, S. 87; Nr. 41, S. 102; jew. m.w.N.  
6 BSG v. 31.5.1989 – 4 RA 22/88, NZA 1990, 668 ff. = SozR 2200 § 1248 Nr. 48.  
7 BSG v. 31.5.1989 – 4 RA 22/88, NZA 1990, 668 ff. = SozR 2200 § 1248 Nr. 48.  
8 BSG v. 19.6.2001 – B 12 KR 44/00 R, NZS 2002, 199 = SozR 3-2400 § 7 Nr. 18.  
9 BSG v. 14.12.1999 – B 2 U 38/98 R, AG 2000, 361; vgl. auch BSG v. 22.4.1987 – 10 RA 5/86, NZA 1987, 614.  
10 BSG v. 26.3.1992 – 11 RA 15/91, BB 1993, 442 f.; v. 14.12.1999 – B 2 U 38/98 R, AG 2000, 361; vgl. auch BSG v. 22.4.1987 – 10 RA 5/86, NZA 1987, 614.

11 Vgl. *Fleischer* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 4 Rz. 59; *Rolfs* in *ErfK*, 10. Aufl. 2010, § 7 SGB IV Rz. 25; *Spindler* in *MünchKomm/AktG*, 3. Aufl. 2008, § 84 AktG Rz. 54 m.w.N.; *Seewald* in *Kasseler Kommentar, Loseblatt*, § 7 SGB IV Rz. 99; *Baier* in *Krauskopf, Loseblatt*, § 7 SGB IV Rz. 14; *Lücke*, NJOZ 2009, 3469 (3471); *Vogelsang* in *Schaub, ArbR Hdb.*, 13. Aufl. 2009, Rz. 27; offen gelassen: *Diller*, AG 2009, 817 (819); a.A. *Fuchs* in *Gagel, Loseblatt*, § 27 SGB III Rz. 1; *Bieback*, jurisPR-SozR 18/2008 Anm. 2, der jedoch die Ansicht des 12. Senates als „ganz h.M.“ bezeichnet.  
12 Vgl. *Fleischer* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 1 Rz. 47 m.w.N.  
13 Vgl. *Fleischer* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 1 Rz. 48 m.w.N.  
14 S.u. Abschn. V.  
15 Vgl. *Thüsing* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 5 Rz. 7.  
16 S.o. Abschn. II.

rufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, versicherungspflichtig. Zwar stellt auch diese Vorschrift auf die Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt ab. Während allerdings der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses über den des Arbeitsverhältnisses hinausgeht („...“, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“) folgt aus der Formulierung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, dass gerade nicht jeder Beschäftigte auch versicherungspflichtig in der gesetzlichen Krankenversicherung ist. Vielmehr beschränkt § 5 Abs. 1 Ziff. 1 SGB V den Kreis der versicherungspflichtigen Beschäftigten neben Auszubildenden auf *Arbeiter* und *Angestellte*, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt werden. Das Gesetz ordnet gerade nicht die Versicherungspflicht von „Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind“, an, sondern von „Arbeitern und Angestellten, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind“. Arbeiter und Angestellte sind begrifflich Untergruppen des Oberbegriffs „Arbeitnehmer“. <sup>17</sup> Vorstände einer Aktiengesellschaft sind wie andere gesetzliche Vertreter juristischer Personen regelmäßig nicht als Arbeitnehmer anzusehen. Sie sind weder Arbeiter noch Angestellte. Selbst der 4. und der 12. Senat des BSG gehen zu Recht davon aus, dass Vorstände einer Aktiengesellschaft Arbeitgeber und nicht Arbeitnehmer sind. Arbeitgeber sind daher bereits begrifflich von § 5 Abs. 1 SGB V ausgeschlossen. Die Begriffe „Arbeiter“ und „Angestellte“ sind auch nicht Synonyme für „Beschäftigte“. Vielmehr stellen sie eine Teilmenge des Begriffs „Beschäftigte“ dar. Anderenfalls hätte es der Benennung von Arbeitern und Angestellten nicht bedurft.

Selbst wenn also das Einkommen, das Vorstände aus dem ihrer Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsverhältnis erzielen, Arbeitsentgelt i.S.d. § 14 SGB IV sein sollte, kann dies allein für eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht genügen, da hierfür dieses Arbeitsentgelt aus einer Tätigkeit als Arbeiter oder Angestellter, nicht lediglich aus einem Beschäftigungsverhältnis, erzielt werden muss.

Personen, die zwar Beschäftigte, aber nicht Arbeitnehmer sind, unterliegen nur dann einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, wenn sie unter einen der weiteren, die Versicherungspflicht begründenden Tatbestände des § 5 SGB V fallen. Bei Vorständen einer Aktiengesellschaft ist dies ebenso wenig der Fall, wie bei anderen vertretungsberechtigten Organen juristischer Personen.

Letztlich führt die Einschätzung des 4. und des 12. Senates des BSG auch zu einem Verstoß gegen § 31 SGB I. Danach dürfen Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen des SGB nur begründet, festgestellt, ge-

ändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz dies vorschreibt oder zulässt. Das BSG erweitert den Kreis der Pflichtversicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung über den Wortlaut hinaus, während § 31 SGB I eine solche Ausdehnung einem Gesetzvorbehalt unterstellt.

Beschäftigte haben gem. § 257 Abs. 1 SGB V Anspruch auf einen Beitragszuschuss, wenn sie aufgrund des Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind. Ein solcher Anspruch auf Beitragszuschuss besteht gem. § 257 Abs. 2 SGB V auch für solche Beschäftigten, die u.a. wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungsfrei und bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen versichert sind. In beiden Fällen ist Voraussetzung, dass eine Versicherungspflicht besteht. Eine Versicherungsfreiheit setzt die Versicherungspflicht voraus. Mit anderen Worten: eine Person, die versicherungspflichtig ist, kann z.B. wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze gem. §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1, 4, 6 bzw. 7 SGB V versicherungsfrei werden. Der § 257 SGB V kommt demnach nur für diejenigen Beschäftigten zur Anwendung, die in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungspflichtig sind, mithin Arbeiter und Angestellte sowie zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte. Vorstände von Aktiengesellschaften haben demzufolge keinen Anspruch auf Beitragszuschuss gem. § 257 SGB V.

Die Frage einer gesetzlichen Krankenversicherungspflicht ist auch nicht lediglich theoretischer Natur. Zwar werden Vorstände einer Aktiengesellschaft regelmäßig mit ihrem Einkommen die jeweilige Jahresarbeitsentgeltgrenze überschreiten. Mit Aufnahme ihrer Tätigkeit als Vorstand der Aktiengesellschaft besteht jedoch grundsätzlich nur dann Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung, wenn das Vorstandsmitglied bereits zuvor aufgrund des Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungsfrei war. Überschreitet das Vorstandsmitglied erst aufgrund der hohen Vergütung als Vorstand die Jahresarbeitsentgeltgrenze, so muss es diese in drei Jahren hintereinander überschreiten, um im vierten Jahr versicherungsfrei werden zu können, § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V. War also das Vorstandsmitglied zuvor nicht in einer leitenden Position mit hoher Vergütung angestellt, sondern beispielsweise als Selbständiger tätig, so würde bei grundsätzlicher Versicherungspflicht zunächst eine mindestens dreijährige Pflichtversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung eintreten.

## b) Soziale Pflegeversicherung

Versicherungspflichtig in der sozialen Pflegeversicherung sind die versicherungspflichtigen Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung, § 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI. Vorstände von Aktiengesellschaften sind damit nach der hier vertretenen Auffassung auch in der sozialen Pflegeversicherung nicht versicherungspflichtig. Allerdings sind Vorstände gem. § 23 Abs. 1 SGB XI zum Abschluss eines privaten Pflegeversicherungsvertrages verpflichtet,

<sup>17</sup> Vgl. bspw. § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG: „Arbeitnehmer [...] im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte ...“; oder auch § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG: „Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte ...“; oder auch § 17 Abs. 1 Satz 1 BetrVG: „Arbeitnehmer i.S.d. §§ 1 bis 16 sind Arbeiter und Angestellte ...“ usw.; a.A. *Beier* in Krauskopf, Loseblatt, § 5 SGB V Rz. 7; offen gelassen *Peters* in Kasseler Kommentar, Loseblatt, § 5 SGB V Rz. 13.



wenn sie bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen mit Anspruch auf allgemeine Krankenhausleistungen versichert sind.<sup>18</sup> Einen Anspruch auf Beitragszuschuss gem. § 61 Abs. 2 SGB XI haben Vorstände einer Aktiengesellschaft dennoch nicht, da sie nicht Beschäftigte sind.<sup>19</sup>

### c) Gesetzliche Rentenversicherung

Ein anderes Bild als bei der gesetzlichen Krankenversicherung ergibt sich bei Betrachtung des Kreises der versicherungspflichtig Beschäftigten in der gesetzlichen Rentenversicherung. § 1 Satz 1 Ziff. 1 SGB VI bestimmt, dass Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind, einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung unterliegen. Der Kreis der in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherten Personen geht daher über den der in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Personen hinaus, da er sich nicht auf Arbeiter und Angestellte als Arbeitnehmer beschränkt. Hier kommt es jedoch ebenfalls nicht darauf an, ob Vorstände Beschäftigte i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV sind. Der Gesetzgeber hat Vorstände von Aktiengesellschaften gem. § 1 Satz 4 SGB VI nämlich ausdrücklich aus der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht herausgenommen. Sofern man Vorstände von Aktiengesellschaften als Beschäftigte i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV ansieht, war die ausdrückliche Herausnahme von Vorständen von Aktiengesellschaften erforderlich, da sie andernfalls in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig gewesen wären.

Die ausdrückliche und generelle Herausnahme der Vorstände von Aktiengesellschaften aus dem Kreis der versicherungspflichtigen Personen in der gesetzlichen Rentenversicherung ist aber auch aus einem anderen Grund zwingend erforderlich. Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft beschäftigen im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keine eigenen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer – diese werden von der Aktiengesellschaft beschäftigt – und sie sind auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber, nämlich die Aktiengesellschaft, tätig. Gemäß § 2 Satz 1 Ziff. 9 SGB VI bestünde unter diesen Voraussetzungen eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung. Die Beiträge müssten vom – selbständigen – Vorstandsmitglied alleine getragen werden.

### d) Recht der Arbeitsförderung

Gemäß § 24 Abs. 1 SGB III besteht Versicherungspflicht im Bereich des SGB III für Personen, die als Beschäftigte oder aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind. Beschäftigte in diesem Sinne sind gem. § 25 SGB III Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. Im Ergebnis entspricht dies – zumindest bezogen auf vertretungsberechtigte Organe juris-

tischer Personen – den Regelungen des § 1 Satz 1 Ziff. 1 SGB VI. Vorstände von Aktiengesellschaften werden jedoch gem. § 27 Abs. 1 Ziff. 5 SGB III aus dem Kreis der versicherungspflichtig Beschäftigten herausgenommen. Aus der Formulierung des § 27 Abs. 1 Ziff. 5 SGB III könnte jedoch der Schluss gezogen werden, dass grundsätzlich auch Vorstände einer Aktiengesellschaft versicherungspflichtige Beschäftigte sind. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber sie nicht dem Kreis der versicherungsfreien Beschäftigten zuzuordnen brauchen, sondern – wie bei der gesetzlichen Rentenversicherung – Vorstände von Aktiengesellschaften ausdrücklich als nicht versicherungspflichtig einstufen können. Da jedoch Vorstände von Aktiengesellschaften nicht lediglich in ihrer Tätigkeit als Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft versicherungsfrei sein sollen, sondern auch im Rahmen ihrer Tätigkeit für konzernangehörige Unternehmen der Aktiengesellschaft<sup>20</sup>, für die grundsätzlich eine Versicherungspflicht bestehen würde, wird § 27 Abs. 1 Ziff. 5 SGB III verständlich.

### e) Unfallversicherung

In der gesetzlichen Unfallversicherung sind grundsätzlich alle Beschäftigten versichert, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII. Eine Einschränkung auf bestimmte Beschäftigte findet nicht statt. Der für die Unfallversicherung zuständige 2. Senat des BSG sieht bekanntlich Vorstände von Aktiengesellschaften – zu Recht – nicht als Beschäftigte i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV an.<sup>21</sup> Würde man indessen der Ansicht des 4. und des 12. Senats des BSG folgen, wären auch Vorstände von Aktiengesellschaften gesetzlich unfallversichert.

### f) Kontrollüberlegung durch Anknüpfung an ein soziales Schutzbedürfnis

Auch die Argumentation des BSG, wonach Vorstände von Aktiengesellschaften bereits aufgrund ihrer sozialen und wirtschaftlichen Schutzbedürftigkeit einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung unterliegen, vermag nicht zu überzeugen. Die soziale Schutzbedürftigkeit kann für die Einbeziehung in die Sozialversicherung als Kriterium, ob eine Beschäftigung vorliegt, herangezogen werden. Dabei bedarf es einer typisierten Betrachtung.<sup>22</sup> Der Gesetzgeber hat Vorstände von Aktiengesellschaften aus dem Kreis der pflichtversicherten Personen in der gesetzlichen Rentenversicherung ausdrücklich herausgenommen. Demnach bedürfen Vorstände nach Ansicht des Gesetzgebers bei typisierter Betrachtung keines gesetzlich vorgeschriebenen Schutzes hinsichtlich des Erwerbs von Rentenansprüchen. Dies zugrunde gelegt, erschließt sich nicht, weshalb Vorstände indessen eines besonderen Schutzes durch eine gesetzliche Pflichtversicherung in der Krankenversicherung bedürfen sollen. Vorstände von Aktiengesellschaften bedürfen des Schutzes in der gesetzlichen Krankenversicherung viel-

18 Vgl. näher hierzu *Beier* in Krauskopf, Loseblatt, § 23 SGB XI Rz. 3; *Peters* in Kasseler Kommentar, Loseblatt, § 23 SGB XI Rz. 6.

19 *Gebhardt* in Krauskopf, Loseblatt, § 61 SGB XI Rz. 3, 10.

20 Vgl. *Fuchs* in Gagel, Loseblatt, § 27 SGB III Rz. 8 m.w.N.

21 BSG v. 14.12.1999 – B 2 U 38/98 R., AG 2000, 361.

22 *Schlegel*, NZS 2000, 421 (426).

mehr noch weniger als des Schutzes durch die gesetzliche Rentenversicherung. Wenn bereits aufgrund der herausragenden und starken wirtschaftlichen Stellung der Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft der Schutz und die Sicherheit in der Rentenversicherung entbehrlich erscheinen, muss dies erst Recht für die Krankenversicherung gelten. Während die Krankenversicherung ein gegenwärtiges Risiko absichert, tritt der Schutz der Rentenversicherung grundsätzlich erst mit Ausscheiden des Vorstandsmitgliedes aus dem Erwerbsleben ein. Vor dem Hintergrund, dass sich erst mit zunehmendem Annähern an das Rentenalter das Bewusstsein entwickelt, den Ruhestand finanziell abzusichern, wäre es daher viel verständlicher, den Vorstand vor einer unzureichenden Versorgung im Alter oder für den Fall der Erwerbsminderung zu schützen. Die Möglichkeit zu erkranken, ist dagegen wesentlich präsenter und eine Absicherung dieser Gefahren nahezu für jeden selbstverständlich. Weshalb also der Gesetzgeber einen Vorstand dazu habe zwingen wollen, die Absicherung dieser Gefahren aus der eigenen Hand in die des Gesetzgebers zu geben, erschließt sich nicht. Besonders plastisch wird dies dadurch, dass der 2. Senat Vorständen den Schutz in der gesetzlichen Unfallversicherung verwehrt.<sup>23</sup> Zu Ende gedacht bedeutet dies, dass der Vorstand aufgrund seiner herausragenden und starken wirtschaftlichen Stellung eines Pflichtversicherungsschutzes in der Unfallversicherung nicht bedarf – und sich gegen Unfälle und Berufskrankheiten privat absichern muss – allerdings eine private Absicherung gegen Krankheit für nicht ausreichend angesehen wird.

Kaum noch nachvollziehbar wird jedoch die Argumentation des 4. und des 12. Senates des BSG, eine Einbeziehung von Vorständen in die Kranken- und Pflegeversicherung sei erforderlich, weil Vorstände (und andere Organe) vergleichbar Arbeitnehmern sozialen Schutz bedürfen, wenn man sich folgende Konstellation vergegenwärtigt:

Vorstand und Aufsichtsrat vereinbaren im Vorstandsdienstvertrag die Möglichkeit einer Inanspruchnahme von Elternzeit durch das Vorstandsmitglied unter entsprechender Anwendung der §§ 15 ff. BEEG. Das Vorstandsmitglied ist gesetzlich krankenpflichtversichert. Während der Elternzeit (ohne Bezug von Elterngeld) stürzt das Vorstandsmitglied und bricht sich ein Bein.

Arbeitnehmer haben bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen Anspruch auf Elternzeit. Während dieser Elternzeit besteht gem. § 7 Abs. 3 SGB IV kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis. Der Arbeitnehmer bleibt jedoch weiterhin gesetzlich kranken- und pflegeversichert (§ 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V, §§ 20 Abs. 1 i.V.m. 49 Abs. 2 SGB XI).

Vorstandsmitglieder haben indessen keinen gesetzlichen Anspruch auf Elternzeit. Das BEEG macht in § 15 Abs. 1 die Inanspruchnahme von Elternzeit von dem Status als Arbeitnehmer abhängig. Vorstandsmitglieder sind keine Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne.<sup>24</sup> Zwar kann auch mit Vorständen die Möglichkeit einer Elternzeit vertraglich vereinbart werden. Anders als bei Arbeitnehmern

bleiben Vorstände während der Elternzeit allerdings nicht gesetzlich versichert, es sei denn, sie beziehen Elterngeld. Das Gesetz macht in § 192 Abs. 1 Nr. 2 letzte Alt. SGB V den Fortbestand der Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung von einer Inanspruchnahme von Elternzeit „nach den gesetzlichen Vorschriften“ abhängig. Eine vereinbarte Elternzeit ist jedoch nicht Elternzeit nach den gesetzlichen Vorschriften, auch wenn die Parteien die Anwendung des BEEG vereinbaren. Eine Erstreckung des § 192 Abs. 1 Nr. 2 letzte Alt. SGB V auch auf eine gewillkürte Elternzeit scheidet wiederum am Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I.

Das Vorstandsmitglied, obgleich durch das BSG zur Versicherungspflicht „aufgrund sozialer Schutzbedürftigkeit“ während der Ausübung seiner Vorstandstätigkeit gezwungen, verliert diesen Versicherungsschutz, wenn es eine vertraglich vereinbarte Elternzeit in Anspruch nimmt. Mit anderen Worten: Gerade dann, wenn der Versicherungsschutz tatsächlich benötigt wird, soll er nicht bestehen. Dass dies nicht gewollt gewesen sein kann, liegt auf der Hand.

## V. Geschäftsführende Direktoren einer monistisch organisierten SE

In dem monistischen System der SE gibt es die Trennung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand nicht. Vielmehr wird ein Verwaltungsrat eingerichtet. Der Verwaltungsrat ist gem. § 22 SEAG für die Leitung der Gesellschaft, die Bestimmung der Grundlinien der Tätigkeit der SE und die Überwachung von deren Umsetzung zuständig. Der Verwaltungsrat bestellt gem. § 40 Abs. 1 SEAG geschäftsführende Direktoren. Auch Mitglieder des Verwaltungsrates können zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden, solange die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates weiterhin aus nicht geschäftsführenden Direktoren besteht. Die geschäftsführenden Direktoren führen die Geschäfte der SE. Die Leitung der Gesellschaft obliegt damit dem Verwaltungsrat, während einfache Geschäftsführungsaufgaben den geschäftsführenden Direktoren obliegen.<sup>25</sup>

Auf geschäftsführende Direktoren einer SE lassen sich die obigen Ausführungen zur Versicherungspflicht von Vorständen von Aktiengesellschaften nicht ohne weiteres übertragen. Vielmehr muss zwischen geschäftsführenden Direktoren einer SE, die nicht Mitglied des Verwaltungsrates sind und solchen, die Mitglied des Verwaltungsrates sind, unterschieden werden.

### 1. Geschäftsführende Direktoren ohne Mitgliedschaft im Verwaltungsrat

Geschäftsführende Direktoren, die nicht Mitglied des Verwaltungsrates sind, sind mit Geschäftsführern einer GmbH vergleichbar. Sie unterliegen gem. § 44 Abs. 2 SEAG im Innenverhältnis Weisungen und Richtlinien des Verwaltungsrates. Eine § 76 Abs. 1 AktG vergleichbare

23 S.o. Abschn. IV.3.e).

24 S.o. Abschn. IV.3.a).

25 Vgl. Thamm, NZG 2008, 132 m.w.N.

Kompetenz zur eigenverantwortlichen Leitung der SE ist den geschäftsführenden Direktoren nicht zugewiesen. Sie können – wie Geschäftsführer einer GmbH – gem. § 40 Abs. 5 Satz 1 SEAG vom Verwaltungsrat zudem jederzeit abberufen werden. Diese Gruppe der geschäftsführenden Direktoren sind daher Beschäftigte im Sinne der Sozialversicherung.<sup>26</sup>

Geschäftsführende Direktoren sind in der gesetzlichen Rentenversicherung und der Arbeitslosenversicherung anders als Vorstände einer Aktiengesellschaft nicht von der Versicherungspflicht befreit. Die ausdrückliche Herausnahme von Vorständen einer Aktiengesellschaft aus dem Kreis der versicherungspflichtigen Beschäftigten ist nicht übertragbar auf geschäftsführende Direktoren, die nicht gleichzeitig Mitglieder des Verwaltungsrates sind. Eine Analogie scheidet zwar nicht bereits daran, dass das BSG davon ausgeht, dass die Versicherungsfreiheit von Vorständen von Aktiengesellschaften gem. § 1 Satz 4 SGB VI grundsätzlich von der Rechtsform der Gesellschaft als Aktiengesellschaft<sup>27</sup> bzw. von der Anwendbarkeit der Vorschriften des AktG<sup>28</sup> abhängig sei. Vielmehr sieht Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) i.V.m. Art. 10 SE-VO<sup>29</sup> die Anwendung der für Aktiengesellschaften geltenden Regelungen des jeweiligen Mitgliedstaates auf eine nach dessen Recht gegründete SE vor, soweit die Verordnung nicht abschließend ist.<sup>30</sup> Indessen fehlt es an einer Vergleichbarkeit geschäftsführender Direktoren, die nicht Mitglied des Verwaltungsrates sind, mit Vorständen einer Aktiengesellschaft.<sup>31</sup>

In der gesetzlichen Krankenversicherung sind geschäftsführende Direktoren jedoch nicht pflichtversichert. Auch diese Personen sind wie Vorstände einer Aktiengesellschaft nicht als Arbeiter oder Angestellte beschäftigt. Sie üben zwar eine Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV aus, jedoch nicht als Arbeiter oder Angestellter. Sie sind nicht Arbeitnehmer<sup>32</sup>, sondern nehmen Arbeitgeberfunktionen wahr. Die geschäftsführenden Direktoren vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Der Wortlaut des § 5 Abs. 1 SGB V bleibt hinter dem weiten Begriff des Beschäftigten i.S.d. § 7 SGB IV zurück.<sup>33</sup> Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.<sup>34</sup> Demzufolge haben geschäftsführende

Direktoren auch keinen Anspruch gegen die SE auf einen Beitragszuschuss zur privaten Krankenversicherung bzw. Pflegeversicherung.<sup>35</sup> Sie sind gesetzlich unfallversichert.

## 2. Geschäftsführende Direktoren als Mitglieder im Verwaltungsrat

Geschäftsführenden Direktoren einer SE, die gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrates sind, sind Vorständen einer Aktiengesellschaft sozialversicherungsrechtlich gleichzustellen.<sup>36</sup> Sie bekleiden als Mitglieder des Verwaltungsrates eine unternehmerische Leitungsfunktion und sind weisungsfrei.<sup>37</sup> Hierbei ist entscheidend auf die Verwaltungsrats-tätigkeit abzustellen, nicht auf die Tätigkeit als geschäftsführender Direktor. Auf geschäftsführende Direktoren, die Mitglied des Verwaltungsrates sind, können die Vorschriften zur ausdrücklichen Herausnahme von Vorständen von Aktiengesellschaften aus der Renten- und Arbeitslosenversicherungspflicht übertragen werden.<sup>38</sup> Auch unterliegen sie nicht der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht und haben weder Anspruch auf einen Zuschuss zu einer privaten Krankenversicherung noch zu einer privaten Pflegeversicherung. Eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Unfallversicherung besteht nicht.

## VI. Fazit

Vorstände von Aktiengesellschaften sind bereits aufgrund ihrer eigenverantwortlichen, weisungsfreien Tätigkeit nicht dem Kreis der Beschäftigten i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV zuzuordnen. Von dem Anwendungsbereich der gesetzlichen Rentenversicherung und der Arbeitslosenversicherung sind Vorstände von Aktiengesellschaften per Gesetz ausdrücklich ausgenommen. Selbst wenn man von einem Beschäftigungsverhältnis mit Vorständen einer Aktiengesellschaft ausgehen würde, bestünde aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs keine Versicherungspflicht für diese Personengruppe in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung.

Geschäftsführende Direktoren einer SE unterliegenden der gesetzlichen Arbeitslosen- und Rentenversicherungspflicht, wenn sie nicht gleichzeitig Mitglieder des Verwaltungsrates der SE sind. Sie sind jedoch in keinem Fall gesetzlich krankenversicherungspflichtig.

26 Reichert/Brandes in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, Art. 43 SE-VO Rz. 168.

27 BSG v. 19.6.2001 – B 12 KR 44/00, NZS 2002, 199 ff. = SozR 3-2400 § 7 Nr. 18; vgl. auch Dudda, NZS 1997, 23 (24).

28 BSG v. 27.2.2008 – B 12 KR 23/06 R, GmbHR 2008, 1154 m. Anm. Kothe-Heggemann; v. 31.5.1989 – 4 RA 22/88, NZA 1990, 668 ff. = SozR 2200 § 1248 Nr. 48.

29 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE).

30 Vgl. Grambow, Der Konzern 2009, 97 (98 f.); Grambow/Stadler, BB 2010, 977 (978).

31 Vgl. Manz in Manz/Mayer/Schröder, SE, 2005, Art. 43 SE-VO Rz. 150.

32 Reichert/Brandes in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, Art. 43 SE-VO Rz. 154.

33 S.o. Abschn. IV.3.a).

34 S.o. Abschn. IV.3.a); dieses Ergebnis zur fehlenden Versicherungs-

plicht in der gesetzlichen Krankenversicherung gilt gleichermaßen für Geschäftsführer einer GmbH, auch wenn sie nicht über eine Sperrminorität oder eine Mehrheitsbeteiligung an den Geschäftsanteilen der GmbH haben; a.A. ständige Rspr. BSG, z.B. BSG v. 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, GmbHR 2006, 367 m. Anm. Löw und die wohl. h.M.

35 A.A. Reichert/Brandes in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, Art. 43 SE-VO Rz. 168.

36 Reichert/Brandes in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, Art. 43 SE-VO Rz. 168.

37 Reichert/Brandes in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, Art. 43 SE-VO Rz. 168.

38 S.o. Abschn. V.1.