

Dr. Stefan Middendorf, RA, und Dr. Stephan Fahrig, RA

Die Sozialversicherungspflicht der Leitungsorgane einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE)

Innerhalb nur weniger Jahre hat sich die auf der Verordnung über das Statut der europäischen Gesellschaft (kurz „SE-VO“)¹ beruhende Gesellschaftsform der europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea, kurz „SE“) neben den traditionellen Gesellschaftsformen etabliert. Ihre stetig wachsende Beliebtheit insbesondere in Deutschland belegen nicht nur die Umwandlungen von DAX-Konzernen wie beispielsweise Allianz oder BASF in europäische Aktiengesellschaften, sondern insbesondere auch die ununterbrochen zunehmende Anzahl von SE-Gründungen mittelständischer Unternehmen.² Bisher stand sowohl bei all diesen SE-Gründungen als auch im juristischen Schrifttum nahezu ausschließlich ein breites Spektrum von gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Fragestellungen im Mittelpunkt. Demgegenüber soll nachfolgend der bisher wenig diskutierte Frage nach der Sozialversicherungspflicht der Leitungsorgane europäischer Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland nachgegangen werden. Dabei kommen die Verfasser zu dem Ergebnis, dass eine Sozialversicherungspflicht allenfalls für geschäftsführende Direktoren einer monistisch organisierten SE in Betracht kommt, die nicht gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrats sind.

I. Einleitung

Die mit jeder SE-Gründung einhergehende Neubesetzung bzw. Neubestellung der Leitungsorgane wirft notwendigerweise die Frage auf, wie deren Tätigkeit sozialversicherungsrechtlich zu beurteilen ist. Zu berücksichtigen gilt es dabei zunächst, dass die Gesellschaftsform SE aufgrund der gesetzlichen Vorgaben unterschiedliche Leitungsorgane haben kann. Nach den Regelungen der SE-VO kann die SE entweder – vergleichbar einer deutschen Aktiengesellschaft – durch getrennte Leitungs- und Aufsichtsorgane (dualistisches System) oder – nach angelsächsischem Vorbild – durch ein einheitliches Verwaltungs- und Kontrollorgan, den Verwaltungsrat (monistisches System), geführt werden.³ Bezogen auf das monistische System ist hierbei dann § 40 SEAG⁴ zu beachten, der neben der Einrichtung des Verwaltungsrats die Bestellung eines oder mehrerer geschäftsführender Direktoren vorsieht, die dem Verwaltungsrat nicht notwendigerweise angehören müssen.⁵ Durch diese Regelung hat der deutsche Gesetzgeber von der in Art. 43 Abs. 1 SE-VO eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, in einer monistisch verfassten SE die laufenden Geschäfte auf Geschäftsführer zu übertragen. Im Hinblick auf die Sozialversicherungspflicht der Leitungsorgane der SE bedeutet dies praktisch, dass im Folgenden zwischen der Sozialversicherungspflicht der Leitungsorgane einer dualistisch organisierten SE und der Sozialversicherungspflicht der Leitungsorgane einer monistisch organisierten SE zu differenzieren ist.

II. Dualistisch organisierte SE: Sozialversicherungspflicht von Vorstand und Aufsichtsrat

1. Sozialversicherungspflicht von Vorstandsmitgliedern einer SE

Hinsichtlich der Frage, ob die Mitglieder des Leitungsorgans einer dualistisch organisierten SE, bei einer in Deutschland ansässigen SE also die Vorstandsmitglieder der SE, sozialversicherungspflichtig sind, ist zunächst festzuhalten, dass diesbezüglich sowohl das deutsche Sozialversicherungsrecht als auch das SE-Ausführungsgesetz keine ausdrückliche Regelung enthalten. Es ist insoweit also weder explizit geregelt, dass die Vorstandstätigkeit bei einer dualistisch organisierten SE stets sozialversicherungspflichtig ist, noch dass diese Tätigkeiten grundsätzlich von der Sozialversicherungspflicht befreit sind. Vielmehr handelt es sich bei der Frage, ob die Vorstandsmitglieder einer dualistisch organisierten SE sozialversicherungspflichtig sind, um eine reine Rechtsanwendungs- und Auslegungsfrage, die in dieser Form bisher noch nicht von der Rechtsprechung entschieden wurde.

Für die Beantwortung dieser Frage ist nach Ansicht der Verfasser auf die allgemeinen, die Sozialversicherungspflicht von Beschäftigten regelnden Vorschriften des deutschen Sozialversicherungsrechts abzustellen.⁶ Ausgangspunkt für die Bestimmung der Sozialversicherungspflicht von Vorstandsmitgliedern einer SE sind demnach die Vorschriften des SGB IV.⁷ Heranzuziehen ist hierbei zunächst die – ihrer Natur nach lediglich deklaratorische – Norm des § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV, wonach Personen der Versicherungspflicht – bezogen auf sämtliche Versicherungszweige – unterliegen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind.⁸

Das die Sozialversicherungspflicht insoweit kennzeichnende Merkmal der Beschäftigung regelt § 7 Abs. 1 SGB IV. Nach § 7 Abs. 1 S.1 SGB IV liegt eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vor, wenn die Person nichtselbstständig beschäftigt ist. Anhaltspunkte für die Nichtselbstständigkeit einer Beschäftigung sind gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV eine Tätigkeit nach Weisungen sowie die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Demnach ist eine Beschäftigung dann nichtselbstständig, wenn dem Weisungsgeber ein umfas-

1 Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates der Europäischen Union vom 8.10.2001 über das Statut der europäischen Gesellschaft.

2 Bayer/Hoffmann/Schmidt, AG-Report 2009, R 480.

3 Kloster, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, S. 127.

4 Gesetz zur Ausführung der Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates der Europäischen Union vom 8.10.2001 über das Statut der europäischen Gesellschaft.

5 Vgl. § 40 Abs. 1 S. 3 SEAG.

6 Schlegel, in: Küttner, Personalhandbuch 2009, 16. Auflage 2009, Auslandstätigkeit, Rn. 94.

7 Vgl. zu den Zweigen der Sozialversicherung und zur Klammerfunktion des SGB IV Spohr, BB 2005, 2745.

8 Marschner, in: Kreikebohm, SGB IV, 1. Auflage 2008, § 2 SGB IV, Rn. 9 f.; Wietek, in: LPK-SGB IV, 1. Auflage 2007, § 2 SGB IV, Rn. 11 f.

sendes Weisungsrecht zu Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung zusteht. Dabei wird die Weisungsgebundenheit nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Tätigkeit durch ein hohes Maß an Eigenverantwortung geprägt wird.⁹ Das Bundessozialgericht spricht insofern von der „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“.¹⁰ In Abgrenzung hierzu ist die selbstständige Tätigkeit insbesondere durch das eigene Unternehmerrisiko und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit bei freier Zeiteinteilung gekennzeichnet.¹¹

Von den vorstehenden Erwägungen ausgehend dürfte nach Ansicht der Verfasser ein Vorstandsmitglied einer dualistisch organisierten SE zunächst grundsätzlich als unselbstständig beschäftigt und damit sozialversicherungspflichtig gelten. Für die Nichtselbstständigkeit der Vorstandstätigkeit als Auslöser der Sozialversicherungspflicht spricht zunächst, dass der Vorstand regelmäßig gegen Entgelt beschäftigt wird. Für den Fall also, dass der Vorstand – wie jeder andere Arbeitnehmer – für seine Tätigkeit eine vertraglich vereinbarte Vergütung erhält, wird regelmäßig davon auszugehen sein, dass der Vorstand kein nennenswertes eigenes unternehmerisches Risiko trägt. Daran ändert auch die häufig bei Vorstandsmitgliedern anzutreffende, ganz oder teilweise vom Unternehmenserfolg abhängige variable Vergütung nichts, und zwar auch dann nicht, wenn diese im Verhältnis zu der Grundvergütung einen beträchtlichen Anteil ausmacht. Daneben spricht für die Nichtselbstständigkeit der Vorstandstätigkeit, dass der Vorstand der Hauptversammlung gegenüber verantwortlich ist, diese dessen Geschäftsführungsbefugnis durch die Satzung beschränken kann und er zudem durch den Aufsichtsrat kontrolliert wird. Da der Vorstand bereits aus diesen Gründen abhängig beschäftigt ist, kommt es insoweit weder auf die arbeitsrechtliche Qualifikation seines Anstellungsvertrages noch darauf an, dass er die Gesellschaft unter eigener Verantwortung leitet bzw. gegenüber der Belegschaft die Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt. Dass die zuletzt genannten Kriterien für die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht eines Vorstandsmitglieds unerheblich sind, entspricht insoweit auch der – wenn auch nicht immer ganz konsequenten – ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Frage der Sozialversicherungspflicht eines Vorstands einer herkömmlichen Aktiengesellschaft.¹²

Losgelöst von den vorstehenden Argumenten spricht auch die Systematik des deutschen Sozialversicherungsrechts für die grundsätzliche Sozialversicherungspflicht des Vorstands einer dualistisch organisierten SE. Indem nämlich die Ausnahmevorschriften des § 1 Satz 4 SGB VI und des § 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III bestimmen, dass ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft weder der Versicherungspflicht in der Renten- noch der in der Arbeitslosenversicherung unterliegt, wird deutlich, dass der Gesetzgeber grundsätzlich von der Nichtselbstständigkeit der Tätigkeit eines Vorstandsmitglieds bei einer Aktiengesellschaft ausgeht. Andernfalls hätte es der genannten Befreiungstatbestände nicht bedurft, denn für den Fall, dass ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft infolge der Selbstständigkeit seiner Tätigkeit per se nicht der Versicherungspflicht unterliefe, wären diese Befreiungstatbestände unnötig.¹³

An diese Fragestellung schließt sich die Frage an, ob die Ausnahmevorschriften der §§ 1 Satz 4 SGB VI und 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III auch für Vorstandsmitglieder einer dualistisch organisierten europäischen Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland unmittelbar oder zumindest entsprechend gelten. Dies ist aus den nachfolgenden Gründen zu bejahen. Für eine unmittelbare Geltung der Ausnahmevorschriften für die Vorstandsmitglieder einer SE spricht zunächst, dass der Wort-

laut der beiden Vorschriften lediglich von Aktiengesellschaften spricht, ohne dies, was zwanglos möglich wäre, ausdrücklich auf deutsche Aktiengesellschaften im Sinne des AktG zu beschränken. Da es sich bei der SE nach Art. 1 Abs. 2 SE-VO um eine Aktiengesellschaft handelt, sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Ausnahmevorschriften zunächst erfüllt. Selbst wenn man mit dem Bundessozialgericht die Anwendung der Ausnahmevorschriften auf ausländische Aktiengesellschaften grundsätzlich ablehnt,¹⁴ und hierfür vielmehr eine bestehende Aktiengesellschaft deutschen Rechts verlangt,¹⁵ steht dies der unmittelbaren Anwendung auf die Vorstandsmitglieder einer SE mit Sitz in Deutschland nicht entgegen, da es sich bei der SE um eine Aktiengesellschaft handelt, die auf Grundlage zumindest auch deutschen Rechts, namentlich des SEAG, gegründet wird und für sie aufgrund der Generalverweisung von Art. 9 Abs. 1 lit. C (ii) SE-VO weitgehend das deutsche Aktienrecht Anwendung findet.¹⁶

Für eine unmittelbare Anwendung der Ausnahmevorschriften auch auf die Vorstandsmitglieder einer SE spricht weiterhin die Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften. Die ausdrückliche Ausnahme von Mitgliedern des Vorstands einer Aktiengesellschaft von der Rentenversicherungspflicht erfolgte mit Wirkung zum 1.1.1968 im Zuge der Aufhebung der für die Pflichtversicherung von Angestellten geltenden Jahresarbeitsverdienstgrenze. Dem lag seinerzeit die Erwägung zugrunde, dass Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft aufgrund ihrer herausragenden und starken wirtschaftlichen Stellung des Schutzes durch die Rentenversicherung nicht bedürfen.¹⁷ Der Gesetzgeber ist hierbei von einer typisierenden Betrachtungsweise ausgegangen, nach der die Aktiengesellschaften zu den großen Gesellschaften gehören, deren Vorstandsmitglieder unter Zugrundelegung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse in der Lage sind, sich außerhalb der sozialen Sicherungssysteme gegen die Risiken des Arbeitslebens selbst zu schützen. Diese Grundsätze gelten uneingeschränkt auch für die SE, und zwar selbst ohne Heranziehung des Umstandes, dass mittlerweile vier der im DAX gelisteten Unternehmen in der Rechtsform einer SE firmieren.¹⁸ Dem widerspricht auch nicht der Umstand, dass die SE zunehmende Verbreitung unter mittelständischen Unternehmen findet.¹⁹ Schließlich hat der Umstand, dass es auch kleine und wirtschaftlich leistungsschwache Aktiengesellschaften gibt, nicht dazu geführt, dass das Bundessozialgericht für diese Gesellschaften von einer Nichtgeltung der Ausnahmevorschriften ausgegangen wäre.

Schließlich erschiene es europarechtlich zumindest fragwürdig, der SE als europäischer Gesellschaftsform den Status einer Aktiengesellschaft abzuerkennen. So hat das Bundessozialgericht in seiner Entscheidung vom 27.2.2008 selbst festgestellt, dass das Statut der SE dem der Aktiengesellschaft entspricht und in seinen Ausführungen eine Gleichbehandlung der SE mit der Aktiengesellschaft jedenfalls nicht ausgeschlossen, sondern eher nahegelegt.²⁰

⁹ Marschner, in: Kreikebohm, SGB IV, 1. Auflage 2008, § 7 SGB IV, Rn. 6 ff.; Wietek, in: LPK-SGB IV, 1. Auflage 2007, § 7 SGB IV, Rn. 8.

¹⁰ BSG, 31.5.1989, NZA 1990, 668 ff.; BSG, 22.2.1996, NZS, 1996, 531 ff.

¹¹ Rettweger in: RofS/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar, Stand: 1.6.2009, § 7 SGB IV, Rn. 6 ff.

¹² BSG 27.2.2008, BeckRS 2008, 54574; BSG 31.5.1989, NZA 1990, 668 ff.

¹³ BSG, 27.2.2008, BeckRS 2008 54574; BSG, 31.5.1989, NZA, 1990, 668 ff.

¹⁴ BSG, 27.2.2008, BeckRS 2008, 54574.

¹⁵ BSG, 27.2.2008, BeckRS 2008, 54574.

¹⁶ Vgl. dazu insbesondere die Darstellung von Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, 2008, Art. 9 SE-VO, Rn. 51 ff., sowie die Ausführungen des BSG, 27.2.2008, BeckRS 2008, 54574.

¹⁷ BSG, 27.2.2008, BeckRS 2008, 54574, m. w. N.; Grintsch, in: Kreikebohm, SGB VI, 3. Auflage 2008, § 1 SGB VI, Rn. 37.

¹⁸ Stand: 30.11.2010.

¹⁹ Bayer/Hoffmann/Schmidt, AG-Report 2009, R 480.

²⁰ BSG, 27.2.2008, BeckRS 2008, 54574.

Selbst wenn man die unmittelbare Anwendung der Ausnahmevorschriften der §§ 1 Satz 4 SGB VI und 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III auf die Vorstandsmitglieder einer SE ablehnt, wird man jedenfalls von einer entsprechenden Anwendung ausgehen können. Das Bundessozialgericht hat in seiner Entscheidung vom 27.3.1980²¹ die entsprechende Anwendung der Ausnahmevorschriften auf Vorstandsmitglieder sog. „großer“ Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (VVaG) anerkannt, und zwar mit der Begründung, dass die Vorschriften des Aktiengesetzes über die Verweisungsnorm des § 34 VAG für die Vorstände eines VVaG entsprechend gelten würden und die Mitglieder des VVaG insofern den Mitgliedern des Vorstands einer Aktiengesellschaft rechtlich gleichgestellt seien.²² Nichts anderes kann für die in Deutschland ansässige dualistische SE gelten, deren Vorstandsmitglieder durch die mannigfaltigen Verweisungsnormen der SE-VO²³ eine rechtliche Gleichstellung mit den Vorstandsmitgliedern einer deutschen Aktiengesellschaft erfahren.²⁴

Somit ist als Zwischenergebnis an dieser Stelle festzuhalten, dass das Vorstandsmitglied einer dualistisch organisierten SE aufgrund seiner nichtselbstständigen Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV zwar dem Grunde nach der deutschen Sozialversicherungspflicht unterliegt, es jedoch auch den Ausnahmetatbeständen der §§ 1 Satz 4 SGB VI und 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III unterfällt und somit sowohl von der Renten- als auch von der Arbeitslosenversicherung befreit und lediglich in den übrigen Zweigen der Sozialversicherung pflichtversichert ist. Hinsichtlich der Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung kommt es dann darauf an, dass die Vergütung des betroffenen Vorstandsmitgliedes im Sinne des § 6 Abs. 4 SGB V in drei aufeinanderfolgenden Kalenderjahren über der Jahresverdienstgrenze liegt und insoweit die Versicherungsfreiheit beantragt wird.

2. Sozialversicherungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern einer SE

Im Unterschied zur Vorstandstätigkeit unterfällt die Aufsichtsrats-tätigkeit, also die Tätigkeit des Kontrollorgans der dualistisch organisierten SE mit Sitz in Deutschland, nicht dem Tatbestand der Beschäftigung gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV, und zwar schon deshalb nicht, weil das Vorliegen einer Beschäftigung eine weisungsgebundene Tätigkeit voraussetzt, die im Widerspruch zur unabhängigen Kontrollfunktion des Aufsichtsrats gemäß Art. 40 Abs. 1, 41 SE-VO steht.²⁵ Nichts anderes kann gelten, wenn das Aufsichtsratsmitglied als Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat eines anderen Konzernunternehmens entsandt wird. Insofern entspricht die Rechtsstellung des Aufsichtsratsmitgliedes der dualistischen SE weitgehend der eines Aufsichtsratsmitgliedes einer deutschen Aktiengesellschaft.²⁶ Im Übrigen legt § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG generell fest, dass Einkünfte aus einer Aufsichtsrats-tätigkeit als Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit gelten,²⁷ ohne hierbei nach der Rechtsform des Unternehmens zu unterscheiden, bei dem der Aufsichtsrat besteht. Auf Grundlage von § 15 Abs. 1 SGB IV handelt es sich dementsprechend bei der Aufsichtsratsvergütung – unabhängig von der Rechtsform des betreffenden Unternehmens – zwar um Arbeitseinkommen, nicht aber um Arbeitsentgelt im Sinne des § 14 SGB IV. Da die Beitragspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung ausdrücklich an das Arbeitsentgelt anknüpft, besteht für die als Arbeitseinkommen klassifizierten Bezüge als Aufsichtsratsmitglied keine Beitragspflicht.

III. Monistisch organisierte SE: Sozialversicherungspflicht von Verwaltungsratsmitgliedern und geschäftsführenden Direktoren

Genauso wenig wie ausdrücklich geregelt ist, ob die Leitungsorgane einer dualistisch organisierten SE sozialversicherungspflichtig sind, fehlt eine Regelung für die Leitungsorgane einer monistisch organisierten SE, also die Mitglieder des Verwaltungsrats und die geschäftsführenden Direktoren bei einer in Deutschland ansässigen SE. Der Beurteilungsmaßstab für diese ebenfalls noch nicht von der Rechtsprechung entschiedene Frage dürften mangels einschlägiger gesetzlicher Regelungen damit ebenfalls die allgemeinen Vorschriften des deutschen Sozialversicherungsrechts sein. Es ist also entscheidend, ob insofern eine nichtselbstständige Beschäftigung vorliegt. Sofern dies zu bejahen ist, ist weiter zu prüfen, ob die für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft geltenden Ausnahmetatbestände unmittelbar oder entsprechend auch zugunsten der Verwaltungsratsmitglieder oder geschäftsführenden Direktoren gelten.

1. Sozialversicherungspflicht von Mitgliedern des Verwaltungsrats der SE

Gemäß § 22 Abs. 1 SEAG leitet der Verwaltungsrat die Gesellschaft, bestimmt die Grundlagen ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung. Der Verwaltungsrat vereinigt damit auf sich die Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat einer deutschen Aktiengesellschaft.²⁸ Hierbei ist die Leitungsverantwortung des Verwaltungsrats unveräußerlich und kann nicht auf die geschäftsführenden Direktoren delegiert werden, da diese die Geschäfte im Unterschied zum Verwaltungsrat gemäß § 40 Abs. 2 SEAG nicht in eigener Verantwortung führen. Die Mitglieder des Verwaltungsrats sind also vergleichbar einem Vorstand für die Leitung der Gesellschaft verantwortlich, und zwar unabhängig von ihrer ihnen zugleich zukommenden Kontrollfunktion und unabhängig davon, ob sie zu den geschäftsführenden oder zu den nicht geschäftsführenden Mitgliedern des Verwaltungsrats gehören.²⁹

Zunächst stellt sich also die Frage, ob die Tätigkeit des Verwaltungsratsmitgliedes einer monistischen SE eine nichtselbstständige Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne darstellt.

Für das Vorliegen einer nichtselbstständigen Beschäftigung spricht zunächst, dass die Verwaltungsratsmitglieder ebenso wie die – dem Grunde nach nichtselbstständig beschäftigten – Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft gegen ein vertraglich gewährleistetes Entgelt beschäftigt werden und damit regelmäßig nicht das unternehmerische Risiko der Gesellschaft tragen. Des Weiteren spricht für die nichtselbstständige Beschäftigung des Verwaltungsrats, dass die Hauptversammlung die Mitglieder des Verwaltungsrats auch vor Ablauf der Amtszeit nach § 29 SEAG³⁰ jederzeit abberufen kann, ohne

21 BSG, 27.3.1980, VersR 1980, 1168 ff.

22 *Grintsch*, in: Kreikebohm, SGB VI, 3. Auflage 2008, § 1 SGB VI, Rn. 37; *Reinhard*, in: LPK-SGB III, § 27 SGB III, Rn. 9.

23 *Seibt*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, 2008, Art. 39 SE-VO, Rn. 2.

24 Vgl. dazu die schematische Darstellung von *Seibt*, ebenda.

25 Zum Umfang der Kontrollrechte *Krieger/Sailer*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, 2008, Art. 41 SE-VO.

26 *Drygala*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, 2008, Art. 40 SE-VO, Rn. 2; *Krieger/Sailer*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, 2008, Art. 41 SE-VO, Rn. 2.

27 *Benner/Bals*, BB 2004, 4 ff.

28 *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff SE-Kommentar, 2008, Anh. Art. 43 SE-VO (§22 SEAG) Rn. 3 m. v. N.

29 *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff SE-Kommentar, 2008, Anh. Art. 43 SE-VO (§22 SEAG) Rn. 2; *Frodermann*, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2005, S. 163 f.

30 Für die Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat wird § 29 SEAG durch § 37 Abs. 1 Satz 4 SEBG verdrängt.

dass es hierfür eines wichtigen Grundes bedarf.³¹ Ferner wird die Verwaltungsratskompetenz nicht nur durch geschriebene und ungeschriebene Zuständigkeiten der Hauptversammlung begrenzt, sondern kann auch durch konzernrechtliche Vorgaben begrenzt werden.³² Aufgrund dessen sind die Mitglieder des Verwaltungsrats einer monistisch organisierten SE hinsichtlich dessen eigener rechtlicher Stellung mit den nichtselbstständigen Vorständen einer dualistisch organisierten SE bzw. einer herkömmlichen Aktiengesellschaft vergleichbar. Auch der Umstand, dass dem Verwaltungsrat die Aufgabe und das Recht zukommen, die Gesellschaft zu leiten, ohne dass er hierbei – im Unterschied zu den Vorständen einer dualistisch organisierten SE bzw. einer herkömmlichen Aktiengesellschaft – durch einen Aufsichtsrat kontrolliert wird, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Das Fehlen eines entsprechenden Kontrollorgans führt zwar dazu, dass dem Verwaltungsrat weitaus stärkere Leitungsbefugnisse zukommen, allerdings stärkt dies nicht unmittelbar seine eigene rechtliche Stellung gegenüber der Hauptversammlung.

Schließlich ändert auch die mit der Verwaltungsrats Tätigkeit verbundene Überwachungsfunktion nichts an der Bewertung der Tätigkeit als nichtselbstständige Beschäftigung. Bei der Überwachung durch den Verwaltungsrat handelt es sich lediglich um eine Vollzugskontrolle hinsichtlich der vom Verwaltungsrat festgelegten Grundlinien der Unternehmensstrategie. Die Mitglieder des Verwaltungsrats überwachen also die Durchführung von Entscheidungen, an denen sie aufgrund ihrer Organstellung auch dann mitwirken müssen, wenn sie nicht gleichzeitig geschäftsführende Direktoren sind. Damit unterscheidet sich die Kontrollfunktion des Verwaltungsrats grundlegend von der eines Aufsichtsrats einer deutschen Aktiengesellschaft oder einer dualistischen SE, dort ist der Aufsichtsrat kraft Gesetzes von der Geschäftsführung ausgeschlossen und überwacht demnach Entscheidungen, deren Entstehung er nicht zu verantworten hat.³³ Die Kontrollfunktion des Verwaltungsrats begründet also keine Unabhängigkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats, die eine Bewertung der Tätigkeit als selbstständig im Sinne des Sozialversicherungsrechts rechtfertigen könnte.

Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats einer nichtselbstständigen Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV nachgehen und damit grds. in sämtlichen Versicherungszweigen sozialversicherungspflichtig sind.

Fraglich ist damit, ob die Ausnahmenvorschriften der §§ 1 Satz 4 SGB VI und 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III, nach denen Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft von der Versicherungspflicht in der Renten- und der Arbeitslosenversicherung ausgenommen sind, unmittelbar oder zumindest entsprechend auf die Verwaltungsratsmitglieder einer monistisch organisierten SE anzuwenden sind. Dies ist nach Ansicht der Verfasser vor dem Hintergrund der nachfolgenden Überlegungen zu bejahen.

Eine unmittelbare Anwendung der genannten Ausnahmenvorschriften auf die Verwaltungsratsmitglieder kommt nicht in Betracht. Zwar handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung auch bei der monistisch organisierten SE um eine Aktiengesellschaft im Sinne der §§ 1 Satz 4 SGB VI und 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III, die Mitglieder des Verwaltungsrats sind jedoch keine Vorstandsmitglieder, so dass die unmittelbare Anwendung der Ausnahmenvorschriften ausscheidet.

Allerdings ist die entsprechende Anwendung der Ausnahmenvorschriften auf die Mitglieder des Verwaltungsrats aus mehreren Gründen ge-

boten, und zwar unabhängig von einer etwaigen Bestellung zum geschäftsführenden Direktor.

Zunächst dürften die Gründe, die ursprünglich für die Ausnahme von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft von der Renten- und Arbeitslosenversicherung gegolten haben, auch für die Mitglieder des Verwaltungsrats einer monistischen SE gelten. Auch sie bedürfen – bei typisierender Betrachtung – aufgrund ihrer starken wirtschaftlichen Stellung des Schutzes der Rentenversicherung nicht. Dies gilt im Übrigen nicht nur für diejenigen Mitglieder des Verwaltungsrats, die zugleich zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden, sondern auch für die einfachen Mitglieder des Verwaltungsrats. Denn auch diese haben eine höhere Vergütung zu erwarten, da sie im Vergleich zu der Tätigkeit eines Aufsichtsrats in einer dualistischen Aktiengesellschaft oder SE eine höhere operative Verantwortung tragen. Zudem ist die Tätigkeit der Verwaltungsratsmitglieder der monistischen SE mit der Tätigkeit von Vorstandsmitgliedern einer dualistischen Aktiengesellschaft oder SE vergleichbar. Konkret beruht diese Vergleichbarkeit auf den Verweisungsnormen des SEAG. So verweisen die §§ 38, 39 SEAG hinsichtlich der Rechtsverhältnisse des Verwaltungsrats und dessen Sorgfaltspflichten auf die Vorschriften über den Vorstand einer herkömmlichen Aktiengesellschaft. § 22 Abs. 6 SEAG regelt zudem allgemein, dass sämtliche Rechtsvorschriften, die für den Vorstand einer herkömmlichen Aktiengesellschaft gelten, auf den Verwaltungsrat einer monistisch organisierten SE Anwendung finden, soweit im SEAG nichts Abweichendes bestimmt ist. Die Tätigkeit der Verwaltungsratsmitglieder einer monistischen SE ist demnach derart der Tätigkeit von Vorstandsmitgliedern einer herkömmlichen Aktiengesellschaft angenähert, dass eine Übertragung der zu der Anwendung der Ausnahmenvorschriften auf Vorstandsmitglieder eines „großen“ VVaG vom Bundessozialgericht entwickelten Grundsätze auf die Verwaltungsratsmitglieder der monistischen SE angemessen erscheint.

2. Sozialversicherungspflicht von geschäftsführenden Direktoren der SE

Dem Verwaltungsrat einer monistisch organisierten SE steht im Rahmen der Leitung der Gesellschaft als weiteres Leitungsorgan der geschäftsführende Direktor zur Seite, der zugleich auch Mitglied des Verwaltungsrats sein kann. Relevant für die Betrachtung der Sozialversicherungspflicht ist hier freilich nur noch der geschäftsführende Direktor, der nicht zugleich auch Mitglied des Verwaltungsrats ist, da die Mitglieder des Verwaltungsrats nach der hier vertretenen Auffassung nicht der Beitragspflicht zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegen, und zwar unabhängig davon, ob sie gleichzeitig zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden.

Die Aufgaben eines geschäftsführenden Direktors sind in § 40 Abs. 2 SEAG geregelt. Danach führt der geschäftsführende Direktor die laufenden Geschäfte der SE, ohne die Gesellschaft dabei in eigener Verantwortung zu leiten.³⁴ Der wesentliche Unterschied sowohl zur dualistisch verfassten SE als auch zur herkömmlichen Aktiengesellschaft besteht darin, dass der geschäftsführende Direktor den Weisungen durch den Verwaltungsrat unterliegt und der geschäftsführende Direktor vom Verwaltungsrat, der auch das Bestellungsorgan ist, jeder-

31 Reichert/Brandes, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Art. 43 VO (EWG) 2157/2001, Rn. 53 ff.; Spitzbart, RNotZ 2006, 369, 379 f.

32 Reichert/Brandes, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Art. 43 VO (EWG) 2157/2001, Rn. 9.

33 Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff SE-Kommentar, 2008, Anh. Art. 43 SE-VO (§22 SEAG) Rn. 14 f.

34 Spitzbart, RNotZ 2006, 369, 378.

zeit abberufen werden kann.³⁵ Der geschäftsführende Direktor, den der Gesetzgeber im Rahmen der monistisch organisierten SE dem Verwaltungsrat an die Seite gestellt hat, ist damit kein gleichberechtigtes Organ, sondern dem Verwaltungsrat innerhalb der Verbandsstruktur hierarchisch untergeordnet.³⁶ Dies zieht die Schlussfolgerung nach sich, dass die Tätigkeit des geschäftsführenden Direktors einer monistisch organisierten SE ebenfalls – und im Verhältnis zum Verwaltungsrat erst recht – nichtselbstständig ist und es sich damit auch bei seiner Tätigkeit um eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung handelt.

Damit bleibt fraglich, ob die Ausnahmenvorschriften der §§ 1 Satz 4 SGB VI und 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III unmittelbar oder entsprechend auf die geschäftsführenden Direktoren anzuwenden sind, die nicht gleichzeitig dem Verwaltungsrat angehören. Im Ergebnis ist dies wohl eher zu verneinen, auch wenn dies im Sinne einer einheitlichen sozialversicherungsrechtlichen Behandlung sämtlicher Organe einer europäischen Aktiengesellschaft in Deutschland sicher wünschenswert wäre.

Eine unmittelbare Anwendung der genannten Ausnahmenvorschriften scheidet wiederum schon deshalb aus, weil es sich bei dem geschäftsführenden Direktor nicht um ein Vorstandsmitglied handelt.

Eine entsprechende Anwendung der Ausnahmenvorschriften im Sinne der zu den Vorstandsmitgliedern eines „großen“ VVaG ergangenen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erscheint jedenfalls nicht zwingend geboten. Für eine entsprechende Anwendung der Ausnahmenvorschriften könnte man anführen, dass auch bei den nicht dem Verwaltungsrat angehörig geschäftsführenden Direktoren eine typisierende Betrachtung zu dem Ergebnis kommen kann, dass sie aufgrund ihrer starken wirtschaftlichen Stellung des Schutzes der Rentenversicherung nicht bedürfen, zumal möglicherweise die Vergütung eines geschäftsführenden Direktors, der nicht dem Verwaltungsrat angehört, höher ausfallen wird als die Vergütung eines Verwaltungsratsmitgliedes, das nicht gleichzeitig zum geschäftsführenden Direktor bestellt wird.

Gegen eine entsprechende Anwendung der Ausnahmenvorschriften spricht jedoch die Tatsache, dass der geschäftsführende Direktor, der nicht Mitglied des Verwaltungsrats ist, von seiner rechtlichen Stellung her mit einem Vorstandsmitglied einer dualistischen Aktiengesellschaft oder SE sowie einem Verwaltungsratsmitglied einer monistischen SE nicht vergleichbar ist. Zwar führt der geschäftsführende Direktor gemäß § 40 Abs. 2 SEAG die Geschäfte der Gesellschaft und ist zudem gemäß § 41 Abs. 1 SEAG zur Vertretung der Gesellschaft bestimmt, andererseits ist er jedoch den Weisungen des Verwaltungsrats unterworfen, führt die Geschäfte nicht in eigener Verantwortung und kann jederzeit und ohne Begründung vom Verwaltungsrat abberufen werden. Insgesamt entspricht seine Stellung wesentlich eher der eines Geschäftsführers einer GmbH als der eines Vorstands einer Aktiengesellschaft.³⁷

Im Ergebnis ist eine entsprechende Anwendung der Ausnahmenvorschriften der §§ 1 Satz 4 SGB VI und 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III aus dogmatischen Erwägungen eher abzulehnen. Ungeachtet dessen ist sie freilich wünschenswert, um eine einheitliche sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Organe einer europäischen Aktiengesellschaft, ungeachtet derer Organisationsverfassung, zu gewährleisten. Zudem vermiede eine entsprechende Anwendung der Ausnahmenvorschriften der §§ 1 Satz 4 SGB VI und 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III auf die geschäftsführenden Direktoren, die nicht Mitglied des Verwaltungsrats sind, die ansonsten sicher unausweichliche Diskussion, ob auf

diese nicht die Vorschriften über die Beitragspflicht von Geschäftsführern einer GmbH entsprechend anzuwenden sind.

IV. Zusammenfassung

Die Frage der Sozialversicherungspflicht der Leitungsorgane einer SE bestimmt sich in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung nach den allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen. Danach stellt die Tätigkeit des Aufsichtsrats einer dualistisch organisierten SE schon deshalb keine die Beitragspflicht dem Grunde nach begründende nichtselbstständige Beschäftigung dar, weil die Aufsichtsratsmitglieder aufgrund ihrer aktienrechtlichen Stellung weisungsunabhängig sind. Demgegenüber ist die Tätigkeit des Vorstandes einer dualistischen SE ebenso dem Grunde nach als nichtselbstständige Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV anzusehen wie die Tätigkeit eines Verwaltungsratsmitglieds einer monistisch organisierten SE oder eines geschäftsführenden Direktors, unabhängig von dessen etwaiger Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat. Gleichwohl sind auf die Vorstandsmitglieder einer dualistischen SE sowie auf die Verwaltungsratsmitglieder einer monistischen SE die für die Vorstandsmitglieder einer deutschen Aktiengesellschaft geltenden Ausnahmenvorschriften der §§ 1 Satz 4 SGB VI und 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III zumindest entsprechend anzuwenden, so dass eine Beitragspflicht zur Renten- und Arbeitslosenversicherung nicht besteht. Anders verhält es sich lediglich bei den geschäftsführenden Direktoren, die nicht zugleich Mitglied des Verwaltungsrats sind. Bei ihnen ist eine entsprechende Anwendung der für die Vorstandsmitglieder einer deutschen Aktiengesellschaft geltenden Ausnahmenvorschriften dogmatisch nur schwer zu begründen, wenngleich eine einheitliche sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Organe einer europäischen Aktiengesellschaft, unabhängig von deren Organisationsverfassung, sicherlich praktisch wünschenswert wäre.

// Autoren

Dr. Stefan Middendorf, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht. Er ist Partner der KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Düsseldorf und leitet bundesweit die Praxisgruppe „Arbeitsrecht, Vergütungsberatung und betriebliche Altersversorgung“. Zu seinen Beratungsschwerpunkten gehören internationale Unternehmenstransaktionen, die Einführung von Compliance-Systemen, betriebliche Restrukturierungen und die Beratung von Unternehmen beim Formwechsel in Europäische Aktiengesellschaften.



Dr. Stephan Fahrig ist Rechtsanwalt bei der KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Essen. Er berät und vertritt Unternehmen in sämtlichen Bereichen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts. Den Schwerpunkt seiner Tätigkeit bildet die rechtliche Beratung von Unternehmen bei der Begründung und Beendigung von Arbeits- und Dienstverhältnissen, bei der Zusammenarbeit bzw. Auseinandersetzung mit Betriebsräten sowie bei der Planung und Durchführung von Umstrukturierungen.



³⁵ Spitzbart, RNNotZ 2006, 369, 378.

³⁶ Reichert/Brandes, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Art. 43 VO (EWG) 2157/2001, Rn. 13.

³⁷ So auch Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff SE-Kommentar, 2008, Anh. Art. 43 SE-VO (§ 40 SEAG) Rn. 5.