

L 8 Kr 705/81

Land

Hessen

Sozialgericht

Hessisches LSG

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

8

1. Instanz

SG Frankfurt (HES)

Aktenzeichen

S 9 Kr 136/79

Datum

24.04.1981

2. Instanz

Hessisches LSG

Aktenzeichen

L 8 Kr 705/81

Datum

09.02.1983

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 24. April 1981 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

II. Die Anschlußberufung des Klägers wird zurückgewiesen.

III. Die Beteiligten haben einander keine außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger als ehemaliges Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft (AG) für die Dauer des Fortbestehens des Anstellungsverhältnisses der Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit unterliegt.

Der Kläger war seit Gründung der zu 3) beigeladenen Firma D. B. und P.-AG im Jahre 1970 zunächst deren alleiniger Vorstand (Anstellungsvertrag vom 26. Juni 1970) und später eines von zwei Vorstandsmitgliedern. Am 13. Mai/1. August 1977 wurde zwischen ihm und der AG ein neuer Anstellungsvertrag geschlossen. Darin war unter § 1 u.a. bestimmt, daß der Kläger als ordentliches Mitglied des Vorstandes die Geschäfte der Gesellschaft nach dem Gesetz, der Satzung und den Beschlüssen des Aufsichtsrates sowie der Geschäftsordnung des Vorstandes zu führen habe. Es wurde ein Jahresgehalt von ca. 112.000,- DM brutto zuzüglich Gewinnbeteiligung, Pensionsversicherung und anderen Nebenleistungen vereinbart. Darüber hinaus ließ sich der Kläger Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung auszahlen. Seit 1. August 1975 war es ihm ferner erlaubt, als Rechtsanwalt tätig zu werden.

In den Jahren 1977/1978 ergaben sich zwischen dem Kläger, dem Aufsichtsrat und den anderen Vorstandsmitgliedern Differenzen, die dazu führten, daß der Kläger mit Schreiben vom 16. April 1978 beurlaubt wurde. Am 1. August 1978 wurde ihm von der Alleinaktionärin das Vertrauen entzogen. In der anschließenden Sitzung beschloß der Aufsichtsrat seine sofortige Abberufung und die fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages. Der Widerruf der Vorstandsbestellung wurde am 10. Oktober 1978 in das Handelsregister eingetragen. Dagegen ist der Kläger nicht gemäß § 84 Abs. 3 Aktengesetz (AktG) vorgegangen. Wegen der Einstellung der Gehaltszahlungen und sonstigen Leistungen erhob er beim Landgericht Frankfurt am Main – Kammer für Handelssachen – Klage und begehrte hilfsweise die Feststellung, daß der Anstellungsvertrag vom 13. Mai 1977 durch Kündigung nicht gelöst sei. Durch das nach Nichtannahme der Revision rechtskräftig gewordene Urteil vom 26. März 1980 (Az.: 21 U 93/79 – 3/11 U 125/78) bestätigte das Oberlandesgericht Frankfurt am Main schließlich die Fortdauer des Anstellungsverhältnisses bis mindestens zum 31. Juli 1981 und verurteilte die Beigeladene zu 3) zur Fortzahlung der Bezüge und Nebenforderungen. Dem Begehren des Klägers u.a. auf Zahlung von Arbeitgeberanteilen zur Krankenversicherung und Rentenversicherung wurde in diesem Verfahren nicht stattgegeben, weil derartige Zahlungen nicht vereinbart gewesen seien. Das Anstellungsverhältnis wurde durch eine weitere mit Schreiben vom 19. Juli 1980 ausgesprochene Kündigung der Beigeladenen zu 3) zum 31. Juli 1981 beendet.

Bereits im April 1979 hat der Kläger bei der Beklagten beantragt, von der Beigeladenen zu 3) Beiträge zur Bundesanstalt für Arbeit ab 1. August 1978 einzuziehen. Durch Bescheid vom 1. August 1979 stellte die Beklagte fest, daß Versicherungspflicht zur Kranken- und Rentenversicherung sowie Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit nicht eingetreten sei und demzufolge auch eine Nachberechnung von Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung nicht stattfinden könne. Sie verwies darauf, daß Vorstandsmitglieder einer AG nicht zu den Angestellten im Sinne des § 3 Abs. 1 a Angestelltenversicherungsgesetz (AVG) gehörten und der Kläger auch durch seine Abberufung als

Vorstandsmitglied nicht Angestellter geworden sei. Sein Anstellungsvertrag als Vorstandsmitglied sei nicht aufgelöst worden; zumindest sei er nicht in einem Anstellungsverhältnis abhängig beschäftigt gewesen. Den dagegen eingelegten Widerspruch des Klägers wies die Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 9. November 1979 als unbegründet zurück.

Am 6. Dezember 1979 hat der Kläger beim Sozialgericht (SG) Klage erhoben. Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat er beantragt, den Bescheid der Beklagten vom 1. August 1979 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. November 1979 aufzuheben, hilfsweise, festzustellen, daß er ab 1. August 1978 sozialversicherungspflichtig sei. Durch Urteil vom 24. April 1981 hat das SG den angefochtenen Bescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides aufgehoben. Es hat die Auffassung vertreten, daß der Kläger nach seiner Abberufung als Vorstandsmitglied bis zum Auslaufen des Anstellungsvertrages vom 13. Mai 1977 als Angestellter in einem Versicherungsverpflichteten Beschäftigungsverhältnis gestanden habe. Ein Auseinanderfallen der Organstellung und der Angestelltentätigkeit sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) durchaus möglich und habe beim Kläger auch vorgelegen. Der Inhalt des Anstellungsvertrages sei nicht von der Position des Klägers als Vorstandsmitglied abhängig gewesen und enthalte Vorschriften, die auf eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit hindeuteten.

Gegen das ihr am 15. Mai 1981 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 12. Juni 1981 Berufung eingelegt.

Der Kläger hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 9. Februar 1983 Anschlußberufung eingelegt.

Die Beklagte trägt vor: Der Kläger sei vom Beginn seiner Tätigkeit an nie abhängig beschäftigter Angestellter, sondern Vorstandsmitglied gewesen. Da Vorstandsmitglieder wegen fehlender Schutzbedürftigkeit von der Versicherungspflicht ausgenommen seien, könne bei ihrer Abberufung nicht allein deshalb ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis angenommen werden, weil die Bezüge des Vorstandsmitgliedes für die Dauer der ursprünglich vereinbarten Tätigkeit als Vorstandsmitglied fortzuzahlen seien. Eine Beschäftigung als Angestellter in persönlicher Abhängigkeit sei zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 3) aber zu keiner Zeit vereinbart und praktiziert worden. Über dessen Fortbestehen hätte ggf. auch das Arbeitsgericht und nicht das Landgericht entscheiden müssen.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 24. April 1981 aufzuheben, die Klage abzuweisen und die Anschlußberufung zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen und im Wege der Anschlußberufung festzustellen, daß er aufgrund seiner Anstellung bei der Beigeladenen zu 3) für die Zeit vom 1. August 1978 bis 31. Juli 1981 beitragspflichtig gegenüber der Beigeladenen zu 1) gewesen ist.

Er macht geltend, daß die Beklagte die Bedeutung des Anstellungs-Grundverhältnisses und die davon unabhängige bestimmte Funktion oder Stellung eines Angestellten verkenne. Daß auch abberufene Vorstandsmitglieder versicherungspflichtig werden könnten, folge schon daraus, daß sie nach der Rechtsprechung des BGH während der Fortdauer des Anstellungsverhältnisses eine zumutbare Weiterbeschäftigung annehmen müßten und die Nichtannahme eines solchen Angebots sogar einen Grund für die fristlose Kündigung des Anstellungsverhältnisses ergebe. Insoweit sei die Beigeladene zu 3) nach Wegfall der Organstellung auch befugt gewesen, ihn mit anderen – notwendig abhängigen – Dienstleistungen höherer Art zu beschäftigen. Er habe sich in dieser Beziehung auch abrufbereit gehalten und entsprechende Bereitschaftserklärungen abgegeben. Die Nichtannahme seiner Arbeitsleistung durch die Beklagte sei folglich auch nicht als das Festhalten an einer Freistellung, sondern als Annahmeverzug zu werten. Der Arbeitgeber könne die Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers nicht einseitig zum Erlöschen bringen.

Die Beigeladene zu 1) schließt sich der Auffassung der Beklagten an; beitragsrechtlich sei der Kläger weiterhin als Vorstandsmitglied anzusehen.

Die Beigeladene zu 2) weist darauf hin, daß der Kläger seit dem 1. März 1957 von der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung befreit sei.

Die Beigeladene zu 3) hat durch ihren Liquidator vortragen lassen, daß mit dem Kläger ein ausgesprochener Vorstandsvertrag geschlossen worden sei. Nach seiner Beurlaubung am 16. April 1978 seien seine Dienste nie wieder in Anspruch genommen worden, sondern er sei hiervon mit der fristlosen Kündigung vom 1. August 1970 völlig freigestellt worden. Das habe der Kläger mit Schreiben vom 11. September 1970 auch akzeptiert, da er dort die anderweitige Verwendung seiner Dienste (§ 615 Bürgerliches Gesetzbuch –BGB–) angekündigt habe. Er habe zwischenzeitlich seine Anwaltspraxis aufgebaut. Selbst wenn der Kläger beitragspflichtig geworden sein sollte, sei sie nach dem Urteil des OLG Frankfurt am Main gar nicht berechtigt, Arbeitnehmeranteile aus der Gehaltszahlung einzubehalten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den übrigen Akteninhalt, insbesondere auf den der Verwaltungsakten der Beklagten und der Akten des Landgerichts Frankfurt am Main, Az.: 21 U 93/79 und 152/79 – 3/11 U 125/78 (4 Bände), die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig (§§ 143, 151 Sozialgerichtsgesetz – SGG –). Sie ist im Gegensatz zu der ebenfalls zulässigen Anschlußberufung des Klägers (§ 202 SGG in Verbindung mit §§ 521, 522 Zivilprozeßordnung – ZPO –) (vgl. Bundessozialgericht – BSGE 24, 247) auch begründet. Für die bei sachgerechter Auslegung des Antrags des Klägers schon vor dem SG erhobene kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage (§§ 54 Abs. 1, 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG; vgl. BSG, SozR 5310 § 6 Nr. 2) fehlt es zwar nicht am Rechtsschutzbedürfnis, wenngleich die tatsächliche Entrichtung der Beiträge zur Arbeitslosenversicherung für den Bezug der Leistungen aus dieser Versicherung völlig ohne Bedeutung ist (vgl. §§ 100, 104 Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz – AFG –; BSG SozR 4100 § 118 Nr. 4). Unabhängig von der Frage, ob die zutreffende Feststellung der Versicherungs- und Beitragspflicht regelmäßig im berechtigten Interesse des Betroffenen liegt, besteht ein Rechtsschutzbedürfnis hier zumindest insofern, als die Entscheidung der Beklagten über die Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit bis 31. Juli 1981 für die Beigeladene zu 1) z.B. bei der Beurteilung der Vorträge einer die

Beitragspflicht begründenden Beschäftigung im Sinne von § 104 Abs. 1 AFG im Rahmen eines theoretisch noch möglichen Arbeitslosengeldanspruchs Bindungswirkung entfallen könnte (§ 1399 Abs. 3 RVO). Die Klage ist jedoch unbegründet, weil die Beklagte es in dem angefochtenen und vom SG – lediglich – aufgehobenen Bescheid vom 1. August 1979 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. November 1979 zu Recht abgelehnt hat, die Beitragspflicht des Klägers zur Bundesanstalt für Arbeit festzustellen (§§ 168, 169 AFG).

Die Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung besteht gemäß § 168 Abs. 1 Satz 1 AFG für die entgeltlich ausgeübte Beschäftigung als Arbeiter oder Angestellter, soweit nicht nach § 169 AFG oder einer nach § 173 Abs. 1 AFG vorgesehenen Rechtsverordnung Beitragsfreiheit gegeben ist. Bis zum 31. Juli 1978 war der Kläger Vorstandsmitglied einer AG. Nach h. M. sind die gemäß [§§ 84, 81 AktG](#) ordnungsgemäß bestellten Vorstandsmitglieder einer AG im Sinne des AktG nicht "Angestellte" im Sinne des Sozialversicherungsrechts. Das ergibt sich aus der mit Wirkung vom 1. Januar 1968 durch das 3. Rentenversicherungsänderungsgesetz (RVÄndG) vom 28. Juli 1969 ([BGBl. I S. 956](#)) in Kraft getretenen Regelung des § 3 Abs. 1 a AVG. Diese Vorschrift bestimmt, daß zu den Angestellten im Sinne des § 3 Abs. 1 AVG nicht die "Mitglieder des Vorstandes einer AG" gehören; sie unterliegen gemäß § 2 Abs. 1 a AVG auch nicht der Versicherungspflicht in anderen gesetzlichen Rentenversicherungen. Diese Regelung korrespondiert mit der Auffassung, daß Vorstandsmitglieder einer AG nicht Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts sind (vgl. [BGHZ 10, 187](#); [12, 1](#); [36, 142](#); Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl., 1980, S. 52; [§ 5 Abs. 1 Satz 3](#) Arbeitsgerichtsgesetz – ArbGG –; [§ 14](#) Kündigungsschutzgesetz – KschG –). Dieser Grundsatz des § 3 Abs. 1 a AVG ist anerkanntermaßen nicht nur in der gesetzlichen Rentenversicherung, sondern auch in der gesetzlichen Krankenversicherung, der Unfallversicherung und für die Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit zu beachten, obgleich u.a. § 168 AFG bei der Beschreibung des beitragspflichtigen Personenkreises ("Arbeiter und Angestellte") nicht auf § 3 AVG verweist (vgl. BSG SozR 4100 § 168 Nr. 10; SozR 2400 § 3 AVG Nr. 4; Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, 9. Aufl., Bd. I/2, S. 305 und Bd. II S. 745 c; Hennig/Kühl/Heuer, Komm. zum AFG, Anm. 3 zu § 168). Das ist zwischen den Beteiligten auch unstreitig.

Entgegen der Auffassung des SG und des Klägers hat sich an der aus § 3 Abs. 1 a AFG eingetretenen Rechtsfolge, daß die Tätigkeit des Vorstandsmitgliedes nicht die Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit im Sinne des § 168 Abs. 1 AFG ausgelöst hat, im vorliegenden Fall auch durch den Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied nichts geändert, die, da der Kläger hiergegen nichts unternommen hat, zum 1. August 1978 – endgültig – wirksam geworden ist ([§ 84 Abs. 3 Satz 4 AktG](#)). Zwar hat das SG zutreffend dargelegt, daß die gesellschaftsrechtliche Organstellung des Vorstandsmitgliedes einer AG als deren gesetzlicher Vertreter von seinem durch besonderen Vertrag geregelten – entgeltlichen – Anstellungsverhältnis zur Gesellschaft zu trennen ist ([§ 84 AktG](#); BSG SozR AVG § 3 Nr. 23; SozR RVO § 537 a.F. Nrn. 27, 41). Dieses ist seinem Wesen nach ein rechtlich selbständiges Dienstverhältnis, das sich hinsichtlich der gegenseitigen Rechte und Pflichten und der Beendigung nach den speziellen Vertragsbestimmungen und den ggf. ergänzend heranzuziehenden Vorschriften ([§§ 611 ff.](#) Bürgerliches Gesetzbuch – BGB –) richtet. Das wird durch [§ 84 Abs. 3 Satz 5 AktG](#) zusätzlich unterstrichen, der für den Fall des wirksamen Widerrufs der Vorstandsbestellung für die Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag die Geltung der allgemeinen Vorschriften vorsieht. Der Widerruf der Bestellung mit Verbot der weiteren Tätigkeit als Vorstandsmitglied und die Aufhebung des Dienstvertrages brauchen deshalb nicht zusammenzutreffen (BGH in Betriebsberater 1970, 1460, BGH in [NJW 1978, 1435](#); BGH in Wertp Mitt 1978, 109). Auch das Anstellungsverhältnis des Klägers wurde weder aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglich vorgesehenen auflösenden Bedingung mit der Abberufung als Vorstandsmitglied noch durch die gleichzeitig und während des zivilrechtlichen Verfahrens mehrfach ausgesprochene Kündigung der Beigeladenen zu 3) beendet, weil – wie durch rechtskräftiges Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. März 1980 festgestellt wurde – ordnungsgemäße Aufsichtsratsbeschlüsse nicht zugrunde lagen. Der Anstellungsvertrag wurde vielmehr erst durch die schließlich mit Schreiben vom 19. Juli 1980 zum 31. Juli 1981 wirksam ausgesprochene Kündigung der Beigeladenen zu 3) gelöst. Damit ist indes nicht gesagt, daß der Kläger für die Fortdauer des Anstellungsvertrages, ohne Mitglied des Vorstandes zu sein, der Beitragspflicht zur Arbeitslosenversicherung unterlag bzw. diese nunmehr begründet wurde. Dem steht zwar nach zutreffender Ansicht des Klägers nicht schon entgegen, daß seit dem 1. August 1978 Dienstleistungen tatsächlich nicht mehr erbracht wurden. Denn ein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis kann ggf. auch ohne tatsächliche Arbeitsleistung begründet und im Falle der Kündigung mit anschließendem Kündigungsschutzprozeß bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortbestehen, sofern der Arbeitnehmer seine geschuldete Arbeitskraft angeboten und der Arbeitgeber sich hinsichtlich der Arbeitsleistung in Annahmeverzug und hinsichtlich der Zahlung des Arbeitsentgelts in Leistungsverzug befunden hat. (vgl. dazu Urteil des BSG vom 25. September 1981 – [12 RK 58/80](#) – insoweit nicht abgedruckt in SozR 2200 § 405 Nr. 10 m.w.N.). Die Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit ist ferner auch nicht davon abhängig, ob die zu zahlende Vergütung die Krankenversicherungspflichtsgrenze überschreitet (vgl. §§ 168 Abs. 1, 169 AFG; Hennig/Kühl/Heuer, a.a.O., Anm. 2 a zu § 168), und sie wird – zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes – auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß daneben noch eine selbständige Tätigkeit – hier Anwaltstätigkeit – ausgeübt wird (vgl. den Sondertatbestand des § 109 Nr. 8 AFG). Allein der Umstand, daß die Eigenschaft, Mitglied des Vorstandes einer AG zu sein, entfällt, bedeutet jedoch nicht, daß der Betroffene zwangsläufig Arbeitnehmer bzw. versicherungsrechtlich geschützter Angestellter im Sinne von § 3 Abs. 1 AVG ist bzw. wird. Aus § 3 Abs. 1 a AVG läßt sich dies nicht herleiten. Denn die Vorschrift hat nicht die Funktion eines Befreiungstatbestandes für eine an sich bestehende versicherungspflichtige Beschäftigung als Angestellter mit der Folge, daß durch den Wegfall des Befreiungsgrundes – Vorstandsmitglied – ein versicherungspflichtiges und beitragspflichtiges Grundverhältnis wieder zu Tage träte. § 3 Abs. 1 a AVG stellt die Vorstandsmitglieder einer AG vielmehr überhaupt außerhalb der Angestelltenversicherung und damit auch außerhalb der übrigen Sozialversicherungszweige (BSG SozR 2400 § 3 Nr. 4; SozR 4100 § 168 Nr. 10; SozR AVG § 3 Nr. 24). Ob ein abberufenes Vorstandsmitglied in einem Versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis steht, richtet sich deshalb nach allgemeinen Grundsätzen bzw. danach, ob nach der tatsächlichen und (oder) rechtlichen Gestaltung der gegenseitigen Beziehungen von einer in die Sozialversicherung einbezogenen Beschäftigung als Angestellter in persönlicher Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit (vgl. [BSGE 3, 30](#); [16, 289](#); [36, 262](#)) die Rede sein kann. Das führt nach den Umständen des vorliegenden Falles aber dazu, die Beitragspflicht des Klägers zu verneinen.

Der Senat ist mit der Beklagten und der Beigeladenen zu 1) der Auffassung, daß die vom Kläger geschuldete Dienstleistung nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1 des Anstellungsvertrages vom 13. Mai 1977 allein darin bestand, als ordentliches Mitglied des Vorstandes die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, unterworfen dem Gesetz, der Satzung, den Beschlüssen des Aufsichtsrates und der Geschäftsordnung des Vorstandes (vgl. [§ 82 Abs. 2 AktG](#)). Durch diese Vereinbarung, die im übrigen mit dem Anstellungsvertrag vom 26. Juni 1970 inhaltlich vollkommen übereinstimmt, war die Art der Dienstleistungspflicht des Klägers abschließend festgelegt. Alle übrigen Bestimmungen des Anstellungsvertrages waren auch auf diese besondere Art der Dienstleistungen bezogen und abgestimmt, u.a. insbesondere § 5 des Vertrages, der Dauer und Kündigungsmöglichkeiten in enger Anlehnung an die für den Widerruf der Vorstandsbestellung geltenden Vorschriften des [§ 84 Abs. 1 AktG](#) regelte. Eine andere, z.B. dem Weisungsrecht des Vorstandes unterstellte Tätigkeit als leitender Angestellter, die mit jedem anderen Dritten – Nicht-Vorstandsmitglied – hätte vereinbart werden können, war weder alternativ noch ersatzweise etwa für den Fall der Nichterfüllbarkeit der übernommenen und übertragenen Aufgabe zur Geschäftsführung als Organmitglied vorgesehen. Soweit

sich der Kläger in § 1 des Anstellungsvertrages u.a. verpflichtet, seine ganze Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, steht dies in engem Zusammenhang mit der Regelung von Nebentätigkeiten und hat jedenfalls im Bezug auf die Festlegung des Vertragsgegenstandes bzw. der Hauptleistungspflichten keine Bedeutung. Bei einer vertraglich derart genauen, abschließend beschriebenen und vereinbarten Art der Dienstverpflichtung hätte es für eine andere Verwendung des Klägers nach Abberufung aus dem Vorstand aber der einvernehmlichen Änderung des Vertrages ([§ 305 BGB](#)) oder einer wirksamen Änderungskündigung, d.h. einer Kündigung des Anstellungsvertrages unter Angebot zur Fortsetzung mit geänderten Bedingungen, bedurft (vgl. auch Palandt, Komm. zum BGB, Anm. 3 a, d und Anm. 5 zu § 611; [BAGE 2, 221](#)). Andernfalls war der Kläger weder verpflichtet, irgendwelche anderen, der Vorstandstätigkeit ähnliche Angestelltentätigkeiten im Unternehmen der Beigeladenen zu 3) zu übernehmen noch konnte die Beigeladene zu 3) mangels eines entsprechenden Direktionsrechts diese verlangen (vgl. dazu auch [BAGE 17, 241](#); LAG Frankfurt am Main in [NJW 1958, 1941](#)). Auch der Rechtsprechung des BGH und BAG kann entgegen der Ansicht des Klägers nicht entnommen werden, daß sich das Vertragsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Vorstandsmitglied nach Wegfall der Organstellung ohne weiteres im Sinne eines – rechtlich verschiedenen – Angestelltenverhältnisses fortsetzt, sofern der Anstellungsvertrag ausschließlich eine Vorstandstätigkeit zum Gegenstand hatte (vgl. u.a. BAG in AP Nr. 2 zu § 611 Gemischter Vertrag; BAG in Der [Betrieb 1972, 2406](#); BGH in Wertp Mitt 1970, 109). Ein Arbeitsverhältnis als Grundlage für eine Angestelltentätigkeit wird in einem solchen Fall erkennbar auch hier nur nach "Umgestaltung" des Vertragsverhältnisses bzw. nach rechtsgeschäftlich vereinbarter Änderung der geschuldeten Dienste angenommen, wobei die Ablehnung eines zumutbaren Angebots für eine andere Tätigkeit die Gesellschaft u. U. berechtigt, den durch den Widerruf der Vorstandsbestellung nicht aufgelösten und aus den Gründen des Widerrufs im Einzelfall auch nicht fristlos kündbaren Anstellungsvertrag nunmehr gestützt auf diesen Tatbestand mit wichtigem Grund gemäß [§ 626 BGB](#) vorzeitig ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu beenden (vgl. BGH in [MDR 1966, 913](#); BGH in [NJW 1978, 1435](#); BGH in Wertp Mitt 1978, 109; BGH in Der Betriebsberater 1970, 1460). Eine Vertragsumgestaltung ist im vorliegenden Fall tatsächlich jedoch nicht vorgenommen worden. Das ist entscheidend und nicht die rechtliche Möglichkeit einer Vertragsänderung und Weiterbeschäftigung in einer anderen Stellung.

Damit bleibt festzustellen, daß das Anstellungsverhältnis des Klägers nach dem 1. August 1978 entgegen seiner Auffassung nicht mit dem Inhalt fortbestand oder in der Weise geändert wurde, daß der Kläger nunmehr eine andere leitende – abhängige – Tätigkeit als Vertragsleistung schuldet, die die Beigeladene zu 3) unter Verstoß gegen eine Vertragspflicht zur entsprechenden Weiterbeschäftigung lediglich nicht annahm. Eine Änderung war vielmehr nur in Form von Vertragsstörungen bzw. insofern eingetreten, als der Kläger infolge seiner wirksamen Abberufung als Vorstandsmitglied die vereinbarungsgemäß ([§ 611 BGB](#)) nach wie vor geschuldete Geschäftsführung im Vorstand nicht mehr wahrnehmen konnte und die Beigeladene zu 3) diese Dienstleistung nach ihrem durch die Kündigung und Freistellung zum Ausdruck gebrachten Willen auch nicht mehr beanspruchte. Es bestand nur noch die einseitige Verpflichtung der Beigeladenen zu 3), mangels rechtswirksamer Kündigung des Anstellungsvertrages die vereinbarte Vergütung weiterzuzahlen, ohne daß dafür eine Gegenleistung in Form einer – selbständigen oder unselbständigen – Dienstleistung zu erbringen war. Schon das schließt jedoch die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses aus (vgl. BSG SozR 2200 § 723 Nr. 5), da hierfür zumindest der Annahmeverzug des Dienstberechtigten zu verlangen ist (Urteil des BSG vom 25. September 1981 – [12 RK 58/80](#) –), in den er bei Unmöglichkeit der vertraglich geschuldeten Dienstleistung aber nicht geraten kann (vgl. auch [BAGE 10, 202](#); [BGH 10, 187](#); BAG in [JZ 1962, 68](#)).

Unabhängig davon gilt im übrigen aber auch der Grundsatz, daß die Nicht-Arbeit der tatsächlichen Arbeitsleistung versicherungs- und beitragsrechtlich allenfalls gleichgestellt wird, d.h. wie diese selbst Versicherungs- und Beitragspflicht begründet, niemals aber umgekehrt erst Versicherungs- und Beitragspflicht auslöst. Auch deshalb ist nicht zu erkennen, wie der bloße Zustand der Verhinderung einer vertraglich geschuldeten Geschäftsführung als Vorstandsmitglied einer AG im Gegensatz zu dem Zustand der Erfüllung dieser Verpflichtung, für den § 3 Abs. 1 a AVG eingreift, Beitragspflicht begründen könnte. Dagegen spricht, wie die Beklagte zu Recht angeführt hat, auch der Sinn und Zweck des § 3 Abs. 1 a AVG. Zwar stellt die Vorschrift in typisierender Weise allein auf die Eigenschaft als Mitglied des Vorstandes einer AG ab. Gesetzgeberisches Motiv für die Herausnahme der Vorstandsmitglieder einer AG aus dem versicherungsrechtlich geschützten Personenkreis war jedoch die Überlegung, daß Personen in derartigen Spitzenpositionen der Wirtschaft nach Funktion und Einkommen wirtschaftlich und sozial nicht schutzbedürftig und regelmäßig in der Lage sind, selbst außerhalb der Sozialversicherung Vorsorge gegen die Risiken des Arbeitslebens zu treffen (BSG SozR 2200 § 1386 Nr. 1; SozR 4100 § 168 Nr. 10; SozR 2400 § 3 Nr. 4; SozR AVG § 3 Nrn. 23, 24). Diese Überlegungen treffen aber auch auf das abberufene Vorstandsmitglied zu, wenn hierdurch sein Anstellungsverhältnis u.a. hinsichtlich der zu erfüllenden Zahlungspflichten des Arbeitgebers nicht beeinflußt wird. Allein der Umstand, daß infolge der Abberufung eine ansonsten nicht beabsichtigte Kündigung des Anstellungsvertrages ausgesprochen wird, zwingt zu keiner unterschiedlichen Beurteilung der Interessenlage, da der Gesetzgeber die Regelung des § 3 Abs. 1 a AVG allgemein in Kenntnis dessen getroffen hat, daß Vorstandsmitglieder ihre Position nicht auf Lebenszeit, sondern in den zeitlichen Grenzen des [§ 84 Abs. 1 AktG](#) innehaben, insoweit erscheint es sogar gerechtfertigt, § 3 Abs. 1 a AVG über seinen Wortlaut hinaus (vgl. zur analogen Anwendung BSG SozR 2200 § 3 Nr. 4) zumindest auch auf die ehemaligen Mitglieder des Vorstandes einer AG zu erstrecken, deren Dienstverpflichtung nach dem Anstellungsvertrag allein auf die Geschäftsführung im Vorstand bezogen ist und bei denen nach Abberufung weder durch Vereinbarung, Änderungskündigung oder praktische Durchführung eine Umgestaltung des Anstellungsverhältnisses stattfindet. Zumindest ergibt sich unter Umständen dieser Art die weitere Versicherungs- und Beitragsfreiheit dieses Personenkreises für die Fortdauer des Anstellungsvertrages aber daraus, daß – wie auch sonst – allein durch den Ausschluß des § 3 Abs. 1 a AVG die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 AVG für eine versicherungsrechtlich geschützte Angestelltentätigkeit noch nicht erfüllt sind, sondern die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung positiv vorliegen müßten. Das war hier – wie schon dargelegt wurde – aber weder nach dem schriftlich niedergelegten Anstellungsvertrag noch nach der tatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse in der Zeit nach dem 1. August 1978 der Fall, in der es zu keiner weiteren Dienstleistung des Klägers mehr kam.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf [§ 193 SGG](#), diejenige über die Nichtzulassung der Revision auf [§ 160 Abs. 2 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2008-04-15