

---

## S 16 AL 259/13

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	-
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Insolvenzgeldanspruch - Arbeitnehmereigenschaft - arbeitsrechtlicher Maßstab für den Arbeitnehmerbegriff - Vorstand einer Aktiengesellschaft - Organstellung - zuvor bestehender Arbeitsvertrag - fehlender Anstellungsvertrag über die Vorstandstätigkeit - Trennungsprinzip - Innenverhältnis - Fortführung des weisungsgebundenen Arbeitsverhältnisses - kein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH
Leitsätze	1. Der Kreis der insolvenzgeldberechtigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist nach arbeitsrechtlichen Maßstäben zu bestimmen (Aufgabe von BSG vom 4.7.2007 - <a href="#">B 11a AL 5/06 R</a> = <a href="#">SozR 4-2400 § 7 Nr 8</a> ).  2. Die bloße Organstellung als Vorstand einer Aktiengesellschaft steht der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen, entscheidend ist vielmehr die Ausgestaltung des schuldrechtlichen Verhältnisses zwischen der Gesellschaft und ihrem Vorstand (Aufgabe von BSG vom 22.4.1987 - <a href="#">10 RAr 6/86</a> = <a href="#">BSGE 61, 282</a> = <a href="#">SozR 4100 § 141a Nr 8</a> ).  SGB III <a href="#">§ 165 Abs 1 S 1</a> ; SGB III <a href="#">§ 25</a> ; SGB III <a href="#">§§ 25ff</a> ; <a href="#">AktG § 76 Abs 1</a> ; <a href="#">AktG § 84</a> ; <a href="#">AEUV Art 267</a> ; <a href="#">EGRL 94/2008 Art 2 Abs 2</a>
Normenkette	
<b>1. Instanz</b>	
Aktenzeichen	S 16 AL 259/13

---

Datum 11.05.2016

## 2. Instanz

Aktenzeichen L 9 AL 119/16

Datum 25.03.2019

## 3. Instanz

Datum 03.11.2021

Â

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 25.Â März 2019 wird zurÃ¼ckgewiesen.

Die Beklagte hat dem KlÃ¤ger auch im Revisionsverfahren seine notwendigen auÃgerichtlichen Kosten zu erstatten.

Â

G r Ã¼ n d e :

I

1

Die Beteiligten streiten Ã¼ber die Insolvenzgeldberechtigung des KlÃ¤gers fÃ¼r die Zeit vom 1.7.2011 bis 30.9.2011.

2

Der 1955 geborene KlÃ¤ger schloss am 20.5.2011 einen Arbeitsvertrag mit der YÂ AG (im Folgenden: AG), fÃ¼r die er sodann zumindest vom 1.7.2011 bis 30.9.2011 tÃ¤tig war. Am 27.6.2011 wurde er als einzelvertretungsberechtigter Vorstand der AG in das HandelsregisterÂ B des Amtsgerichts MÃ¼nchen (*HRB 189751*) eingetragen. Sein Ausscheiden als Vorstand wurde am 22.9.2011 eingetragen; in der Zwischenzeit hatte die AG neben dem KlÃ¤ger keinen weiteren Vorstand. Am 29.2.2012 schlossen die Arbeitsvertragsparteien vor dem Arbeitsgericht MÃ¼nchen einen Vergleich, wonach die AG dem KlÃ¤ger zur Abgeltung aller finanzieller AnsprÃ¼che aus dem ArbeitsverhÃ¤ltnis einen Betrag von 10Â 922,25Â Euro zahlen sollte. Wegen Verzugs mit der vorgesehenen Ratenzahlung stellte der KlÃ¤ger einen Insolvenzantrag. Daraufhin wurde das Insolvenzverfahren Ã¼ber das VermÃ¶gen der AG erÃ¶ffnet (*Beschluss des Amtsgerichts Regensburg vom 19.3.2013 âÂ 32Â IN 665/12*). Am 29.5.2013 bestÃ¤tigte der Insolvenzverwalter in seiner Insolvenzgeldbescheinigung gegenÃ¼ber der Beklagten, dass dem KlÃ¤ger seinerzeit noch offene NettoâArbeitsentgeltforderungen von 1681,50Â Euro fÃ¼r August 2011 und von 3640,75Â Euro fÃ¼r September 2011 zustanden.

---

3

Im Oktober 2012 beantragte der Klager bei der Beklagten schriftlich die Gewahrung von Insolvenzgeld. Mit Bescheid vom 2.4.2013 bewilligte diese ihm einen Vorschuss auf das zu erwartende Insolvenzgeld in Hohe von 3800 Euro. Nach einem Hinweis des Insolvenzverwalters auf die Bestellung des Klagers zum Vorstand der AG lehnte die Beklagte den Insolvenzgeldantrag des Klagers ab und verlangte die Erstattung des gezahlten Vorschusses. Dem Klager fehle es an der erforderlichen Arbeitnehmereigenschaft, weil er als Vorstand eine unternehmerhnliche Position innegehabt habe (*Bescheid vom 12.6.2013, Widerspruchsbescheid vom 8.10.2013*).

4

Das dagegen vom Klager fristgerecht angerufene SG hat den angefochtenen Bescheid aufgehoben und die Beklagte antragsgem verurteilt, dem Klager fr den Zeitraum vom 1.7.2011 bis 30.09.2011 Insolvenzgeld in Hohe von insgesamt 5.322,25 zu gewhren (unter Anrechnung des gewhrten Vorschusses in Hohe von 3800 Euro). Der Klager sei im Insolvenzgeldzeitraum Arbeitnehmer gewesen, obwohl er zeitgleich zum Vorstand der AG bestellt gewesen sei. Diese Stellung habe er nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht wahrgenommen. Vielmehr sei er weisungsgebunden im Vertrieb der AG ttig gewesen. Von den ihm rechtlich zustehenden Befugnissen als Vorstand habe er tatschlich keinen Gebrauch gemacht.

5

Die von der Beklagten fristgerecht eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Das LSG ist der Ansicht des SG gefolgt, wonach die Arbeitnehmereigenschaft nach den tatschlichen Umstnden des Einzelfalles zu bestimmen sei. Diese lieen eine Weisungsabhngigkeit des Klagers bezglich der Art und Weise seiner Arbeitsleistung erkennen. Dieser habe auch kein Unternehmerrisiko getragen und sei nicht am Gewinn der AG beteiligt gewesen. Von seiner Organstellung drfe nicht auf die Rechtsnatur des Innenverhltnisses zur AG geschlossen werden. Diesem liege ein schuldrechtlicher Anstellungsvertrag zugrunde, der im vorliegenden Fall als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sei.

6

Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision rgt die Beklagte die Verletzung materiellen Rechts. Das LSG habe den Klager zu Unrecht als Arbeitnehmer angesehen. Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft seien generell aus dem Schutzbereich der Insolvenzgeld-Versicherung ausgeschlossen. Diese formale Betrachtungsweise diene der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Sie entspreche der beitrags und versicherungsrechtlichen Einordnung, weil auch der Versicherungsfreiheitstatbestand des [ 27 Abs 1 Nr 5 SGB III](#) allein an die Organstellung anknpfe.

---

Â

Die Beklagte beantragt,  
die Urteile des Bayerischen Landessozialgerichts vom 25. März 2019 und des  
Sozialgerichts Regensburg vom 11. Mai 2016 aufzuheben und die Klage  
abzuweisen.

8

Der Kläger beantragt,  
die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

9

Er hält die angefochtenen Urteile für zutreffend.

II

10

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet ([  170 Abs 1 Satz 1 SGG](#)).

11

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist neben den vorinstanzlichen  
Entscheidungen der Bescheid der Beklagten vom 12.6.2013 in der Gestalt des  
Widerspruchsbescheids vom 8.10.2013 ([  95 SGG](#)). Sein Begehren auf  
Gewährung von Insolvenzgeld für die Zeit vom 1.7.2011 bis 30.9.2011 verfolgt  
der Kläger zutreffend mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (  
[  54 Abs 1 Satz 1, Abs 4 SGG](#)). Nicht streitgegenständlich ist der Bescheid  
der Beklagten vom 2.4.2013, mit dem sie dem Kläger einen Vorschuss auf das zu  
erwartende Insolvenzgeld bewilligt hat. Ein solcher Verwaltungsakt erledigt sich  
gem    [  39 Abs 2 SGB X](#) mit der endgültigen Entscheidung (*vgl BSG vom*  
*9.5.1996 - 7 RAR 36/95 - SozR 3 4100   112 Nr 28 S 126*).

12

Die Vorinstanzen sind im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass die Klage  
zulässig und begründet ist. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom  
12.6.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.10.2013 ist rechtswidrig  
und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Dem Kläger steht gegen die Beklagte  
ein Anspruch auf Gewährung von Insolvenzgeld für die Zeit vom 1.7.2011 bis  
30.9.2011 in Höhe von insgesamt 5322,25  Euro (einschließlich des Vorschusses  
von 3800  Euro) zu. Er ist daher auch nicht verpflichtet, den Vorschuss zu erstatten.

13

---

Rechtsgrundlage für den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Insolvenzgeld ist [§ 165 Abs 1 Satz 1 SGB III](#). Danach haben Arbeitnehmer Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn sie im Inland beschäftigt waren und bei einem Insolvenzereignis für die vorausgegangenen drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt haben. Anders als die Beteiligten und die Vorinstanzen meinen, ist im vorliegenden Fall nicht die sachlich übereinstimmende Übergangsvorschrift des [§ 183 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) in der vom 12.12.2006 bis 31.3.2012 geltenden Fassung des Gesetzes zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze vom 2.12.2006 (BGBl I 2742) anwendbar. Sie ist außer Kraft getreten, bevor das streitgegenständliche Insolvenzereignis eingetreten ist, sodass dem Kläger mit Ablauf des 31.3.2012 noch kein Insolvenzgeldanspruch zugestanden haben kann. Da diese Entgeltersatzleistung aber ohnehin nicht vom Katalog des [§ 422 Abs 1 SGB III](#) umfasst ist und [§ 443 SGB III](#) keine spezielle Übergangsvorschrift enthält, bleibt es insoweit beim allgemeinen Geltungszeitraumprinzip, wonach der Eintritt des Versicherungsfalles das anwendbare Recht bestimmt (eingehend zum Ganzen Deinert in Gagel, SGB II/SGB III, [§ 422 SGB III](#) RdNr 15 f, 104 ff mwN, Stand März 2017).

14

Die Vorinstanzen sind im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger im Insolvenzgeldzeitraum vom 1.7.2011 bis 30.9.2011 Arbeitnehmer iS des [§ 165 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) war. Dem steht nicht entgegen, dass er in dieser Zeit überwiegend (bis 22.9.2011) zugleich Vorstand der AG war.

15

Der insolvenzgeldrechtliche Arbeitnehmerbegriff, der im Gesetz nicht definiert wird, ist rein arbeitsrechtlich zu verstehen (ebenso etwa Estelmann in Eicher/Schlegel, SGB III, [§ 183 RdNr 81](#), Stand Oktober 1999; Kallert in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 7. Aufl 2021, [§ 165 SGB III](#) RdNr 3; Köhl in Brand, SGB III, 9. Aufl 2021, [§ 165 RdNr 9](#); Scholz in Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III – Arbeitsförderung, 7. Aufl 2021, [§ 165 RdNr 6](#); aA etwa E Schneider in Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB III, 2. Aufl 2019, [§ 165 RdNr 29](#); Schön in Böttiger/Körte/Schaumberg, SGB III, 3. Aufl 2019, [§ 165 RdNr 9](#); Voelzke in Hauck/Noftz, SGB III, K [§ 165 RdNr 36 f](#), Stand VII/21). Die bisherige BSG-Rechtsprechung, die für den Insolvenzgeldanspruch von einem speziellen arbeitsförderungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ausgegangen ist (zuletzt BSG vom 4.7.2007 [BÄ 11a AL 5/06 R](#) [SozR 4-2400 § 7 Nr 8](#) RdNr 14 und [BÄ 11a AL 45/06 R](#) juris RdNr 14; ebenso bereits zum Konkursausfallgeld BSG vom 30.1.1997 [10 RAr 6/95](#) [SozR 3-4100 § 141b Nr 17](#); BSG vom 7.9.1988 [10 RAr 10/87](#) [SozR 4100 § 141b Nr 41](#); BSG vom 29.7.1982 [10 RAr 9/81](#) [SozR 4100 § 141b Nr 24](#)), wird insoweit aufgegeben.

16

---

Dafür spricht schon der Wortlaut des [  165 Abs 1 Satz 1 SGB III](#), in dem von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Rede ist, nicht jedoch von der Beschäftigung ([  7 SGB IV](#)). Von entscheidender Bedeutung für die Auslegung ist indes die Binnensystematik der Norm, die im Weiteren verlangt, dass noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt bestehen. Dazu gehören gem  [  165 Abs 2 Satz 1 SGB III](#) alle Ansprüche auf Bezüge aus dem Arbeitsverhältnis. Solche Forderungen können denknotwendig nur einem Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinn zustehen (vgl heute [  611a BGB](#)). Auch die zeitliche Zuordnung solcher Ansprüche zum Insolvenzgeldzeitraum richtet sich nach dem Bestand des Arbeitsverhältnisses; während das Ende des sozialrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses insoweit unerheblich ist (so ausdrücklich *Senatsurteil vom 26.2.2019* [B  11 AL 3/18 R ](#) *juris RdNr  14*; vgl auch *Senatsurteil vom 18.12.2003* [B  11 AL 27/03 R ](#) *SozR 4  4100   141b Nr  1 RdNr  15 f*). Diese Einordnung entspricht auch dem Sinn und Zweck des Insolvenzgelds bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als Entgeltersatzleistung ([  3 Abs 4 Nr 5 SGB III](#)). Diese wird geprägt durch die enge Konnexität zu den arbeitsrechtlichen Ansprüchen des Arbeitnehmers, die wegen der Insolvenz des Arbeitgebers gegen diesen nicht durchsetzbar sind (*Voelzke in Hauck/Noftz, SGB III, K   165 RdNr  11a, 12, Stand VII/21: weitgehende Akzessorietät zum Arbeitsentgeltanspruch*). Dadurch wird das Risiko, das mit der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers (vgl [  614 BGB](#)) einhergeht, ausgeglichen (so schon die *Gesetzesbegründung zur Einführung des Konkursausfallgelds, BT-Drucks 7/1750 S  11*).

17

Die arbeitsrechtliche Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs stellt ferner die einzige überzeugende Begründung für die allgemein vertretene These dar, dass es für die Anspruchsberechtigung bezüglich des Insolvenzgelds nicht darauf ankommt, ob es sich bei der geleisteten Tätigkeit um eine versicherungspflichtige Beschäftigung ([  25 ff SGB III](#)) handelt (so im Ergebnis etwa auch *E. Schneider in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Aufl 2019,   165 RdNr  30*; *Voelzke in K ttner, Personalbuch, 28. Aufl 2021, RdNr  44 Stichwort Insolvenz des Arbeitgebers*). Auch die Tatbestände, in denen [  27 SGB III](#) ausnahmsweise die Versicherungsfreiheit anordnet, sind folglich ohne Belang für die Abgrenzung des insolvenzgeldberechtigten Personenkreises. Das hat zur Folge, dass Anspruch auf Insolvenzgeld etwa auch geringfügig Beschäftigte ([  27 Abs 2 SGB III](#)) und Schüler ([  27 Abs 4 Satz 1 Nr 1 SGB III](#)) haben können (siehe zu den Beispielen *Fachliche Weisungen der BA zum Insolvenzgeld RdNr  165.5*).

18

Dieses Verständnis entspricht schließlich der dogmatischen Einordnung des Insolvenzgelds, das keine Versicherungsleistung im engeren Sinne der Arbeitslosenversicherung darstellt. Es handelt sich um eine umlagefinanzierte Ausgleichsleistung, deren Kosten allein von den Arbeitgebern getragen werden ([  358 ff SGB III](#)). Will man das Insolvenzgeld trotz der fehlenden typischen

---

Gegenseitigkeit von Beitragszahlung und Leistungsberechtigung im Sinne eigener Risikovorsorge <sup>1</sup>/<sub>4</sub>berhaupt als Versicherungsleistung bezeichnen, kann es sich nur um eine eigenständige Sozialversicherung handeln (so zum damaligen Konkursausfallgeld BT <sup>1</sup>/<sub>4</sub>Drucks 7/1750 SÄ 1Ä f; gebilligt durch BVerfG vom 5.10.1993 <sup>1</sup>/<sub>4</sub>1Ä BvL 34/81Ä <sup>1</sup>/<sub>4</sub>BVerfGEÄ 89, 132, 144). Vor diesem Hintergrund liegt es nicht nahe, zur Bestimmung des anspruchsberechtigten Personenkreises auf die (versicherungspflichtig) Beschäftigten abzustellen.

19

Dass der Kläger nach arbeitsrechtlichen Maßstäben als Arbeitnehmer anzusehen ist, ergibt sich allerdings nicht bereits mit Tatbestandswirkung für die Beteiligten aus dem Umstand, dass er sich mit der AG am 29.2.2012 vor dem Arbeitsgericht München (Az 24Ä Ca 1405/11) über Ansprache aus dem Arbeitsverhältnis verglichen hat und zuvor weder die dortigen Prozessparteien noch das Gericht Anlass gesehen haben, die Zulässigkeit des Rechtswegs in Frage zu stellen. Ob dies bei einem rechtskräftigen arbeitsgerichtlichen Urteil anders wäre, hat der Senat im vorliegenden Revisionsverfahren nicht zu entscheiden (ablehnend bezüglich des Arbeitsentgeltanspruchs Senatsurteil vom 29.6.2000 <sup>1</sup>/<sub>4</sub>1Ä BÄ 11Ä AL 35/99Ä RÄ <sup>1</sup>/<sub>4</sub>BSGEÄ 87, 1 =Ä SozR 3Ä <sup>1</sup>/<sub>4</sub>4100 ÄSÄ 141a NrÄ 2 <sup>1</sup>/<sub>4</sub>Ä juris RdNrÄ 14).

20

Nach arbeitsrechtlichem Verständnis zeichnet sich ein Arbeitnehmer dadurch aus, dass er auf schuldvertraglicher Grundlage im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (seit 1.4.2017 in ÄSÄ 611a AbsÄ 1 BGB kodifiziert, der dem auch zuvor in Rechtsprechung und Lehre einhellig vertretenen Meinungsstand entspricht, vgl BT <sup>1</sup>/<sub>4</sub>Drucks 18/9232, SÄ 31). Das schon im streitgegenständlichen Zeitraum in ÄSÄ 106 Gewerbeordnung normierte Weisungsrecht erlaubt es dem Arbeitgeber grundsätzlich, Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung sowie Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb nach billigem Ermessen näher zu bestimmen.

21

Auf der Grundlage der Feststellungen des LSG, an die der Senat gebunden ist ( ÄSÄ 163 SGG), ist der Kläger als Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinn einzustufen. Danach haben der Kläger und die AG am 20.5.2011 einen Vertrag geschlossen, der den heute in ÄSÄ 611a BGB normierten Merkmalen entspricht. Auf dieser Grundlage ist ein Arbeitsverhältnis begründet und bis zum 30.9.2011 unverändert fortgeführt worden. Nach den Feststellungen des LSG ist zwischen dem Kläger und der AG weder im zeitlichen Zusammenhang mit seiner Bestellung zum Vorstand zum 27.6.2011 noch in der Folgezeit ein separater Anstellungsvertrag oder eine anderweitige schuldrechtliche Vereinbarung abgeschlossen worden.

22

---

Die formale Rechtsposition als Vorstand, die der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum überwiegend inne hatte, steht dem entgegen der Revision nicht von vornherein entgegen. Soweit der 10. Senat des BSG dies in seiner Entscheidung vom 22.4.1987 (Az. [10 RAr 6/86](#) = [BSGE 61, 282](#) ff = [SozR 4100 Â 141a Nr 8](#)) abweichend beurteilt hatte, hält der inzwischen für das Arbeitsförderungsrecht allein zuständige erkennende Senat an dieser Rechtsansicht nicht fest. Sie berücksichtigt nicht hinreichend, dass nach allgemeiner Ansicht zwischen der Organstellung und dem Innenverhältnis zu differenzieren ist, wie das LSG zutreffend erkannt hat (*statt aller BGH vom 23.1.2003* = [IX ZR 39/02](#) = [NZA 2003, 439](#) ff; *BAG vom 17.6.2020* = [7 AZR 398/18](#) = [NZA 2020, 1470](#) ff; *Giesen, ZfA 2016, 47, 48, 59; Henssler, RdA 1992, 289, 291*). Dagegen vermochte der 10. Senat dem Anstellungsvertrag noch keine eigenständige Bedeutung beizumessen. Dementsprechend hat sich das Gericht seinerzeit maßgebend auf die mit der Organstellung verbundene Arbeitgeberfunktion gestützt. Diese bezieht sich indes auf das Verhältnis zwischen dem Vorstand (als Organ) und der Belegschaft und nicht auf das Verhältnis zwischen dem Vorstand (als Privatperson) und der Gesellschaft.

23

Die gesellschaftsrechtlichen Regelungen des [Â 84 Abs 1 Satz 5, Abs 4 Satz 5](#) und [Â 87 Aktiengesetz \(AktG\)](#) lassen eindeutig erkennen, dass neben den Akt der Bestellung zum Vorstand einer Aktiengesellschaft ein Anstellungsvertrag tritt, den die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat ([Â 112 Satz 1 AktG](#)), mit dem jeweiligen Vorstand abschließt. Für diese privatautonome Vereinbarung enthält das Gesetz bestimmte zwingende Vorgaben (*etwa die Höchstdauer nach [Â 84 Abs 1 Satz 5 AktG](#); dazu BAG vom 26.8.2009* = [5 AZR 522/08](#) = [BAGE 132, 27](#) ff); im übrigen wird sie inhaltlich maßgebend von der Rolle des Vorstands als Organ der Gesellschaft geprägt. Gleichwohl sind der Anstellungsvertrag und die Bestellung zum Vorstand rechtlich voneinander unabhängig (Trennungsprinzip). Während das Amtsverhältnis ein korporationsrechtliches Verhältnis ist, das durch den Akt der Bestellung zustande kommt, handelt es sich beim Anstellungsverhältnis um ein schuldrechtliches Austauschverhältnis zwischen dem Vorstandsmitglied und der Gesellschaft (*eingehend zum Ganzen Kort in Hirte/Malbert/Roth, Aktiengesetz GroÃkommentar, 5. Aufl 2015, Â 84 RdNr 271* ff). Die Organstellung wird nicht davon beeinflusst, ob (bereits zuvor) ein wirksamer Anstellungsvertrag geschlossen worden ist. Inhalt und Fortbestand des schuldrechtlichen Vertrags hängen nicht von Beginn und Ende der Organstellung ab (*BGH vom 23.1.2003* = [IX ZR 39/02](#) = [NZA 2003, 439](#) ff; *BGH vom 10.1.2000* = [II ZR 251/98](#) = [NJW 2000, 1864](#) f; *BGH vom 8.1.2007* = [II ZR 267/05](#) = [NZA 2007, 1174](#) f; *BAG vom 28.9.1995* = [5 AZB 4/95](#) = [NJW 1996, 614](#) f). Wegen der herausgehobenen Stellung des Vorstands als eigenverantwortlichem Geschäftsleiter ist der Anstellungsvertrag in aller Regel als freier Dienstvertrag iS von [Â 611, 675 BGB](#) zu qualifizieren. Soll die geschuldete Geschäftsbesorgung ausnahmsweise unentgeltlich erfolgen, handelt es sich um einen Auftrag iS von [Â 662 BGB](#). Dagegen lässt sich der Anstellungsvertrag grundsätzlich nicht als

---

Arbeitsvertrag ist von [§ 611a BGB](#) ansehen, weil der Vorstand einer Aktiengesellschaft im Regelfall nicht zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (ebenso schon BGH vom 11.7.1953 [II ZR 126/52](#) [BGHZ 10, 187](#) ff; BGH vom 16.12.1953 [II ZR 41/53](#) [BGHZ 12, 1](#) ff; BGH vom 7.12.1961 [II ZR 117/60](#) [BGHZ 36, 142](#) ff; BGH vom 23.1.2003 [IX ZR 39/02](#) [NZA 2003, 439](#) ff; BGH vom 24.9.2019 [II ZR 192/18](#) [NJW 2020, 679](#) ff; Giesen, ZfA 2016, 47, 48; Thüsing in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl 2020, [§ 611a BGB](#) RdNr 106; im Hinblick auf die Beschäftigung nach [§ 2 Abs 1 Nr 1 SGB VII](#) auch BSG vom 15.12.2020 [B 2 U 4/20 R](#) [zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen, SozR 4 2700 § 2 Nr 55](#); ebenso für den Fremdgesch ftsleiter einer GmbH BAG vom 21.1.2019 [9 AZB 23/18](#) [BAGE 165, 61](#) ff). Dem steht insbesondere [§ 76 Abs 1 AktG](#) entgegen, wonach ein AG-Vorstand seine Tätigkeit persönlich unabhängig verrichtet und die Kapitalgesellschaft unter eigener Verantwortung leitet (BGH vom 24.9.2019 [II ZR 192/18](#) [NJW 2020, 679](#) ff). Dies schließt ein inhaltliches Weisungsrecht des Arbeitgebers aus (eingehend zur Unabhängigkeit von Weisungen jeglicher anderer Beteiligter BSG vom 15.12.2020 [B 2 U 4/20 R](#) [zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen, SozR 4 2700 § 2 Nr 55](#)). Anders als ein Arbeitnehmer unterliegt der Vorstand ferner hinsichtlich seiner nach [§ 87 AktG](#) festzusetzenden Vergütung besonderen Treuebindungen und hat deshalb unter Umständen nachträgliche Veränderungen bis hin zu Gehaltskürzungen hinzunehmen (BGH vom 27.10.2015 [II ZR 296/14](#) [BGHZ 207, 190, 209](#) RdNr 52). Diese aktienrechtlichen Vorgaben unterscheiden das Anstellungsverhältnis eines AG-Vorstands maßgeblich von demjenigen eines GmbH-Geschäftsleiters (so auch BGH vom 23.1.2003 [IX ZR 39/02](#) [NZA 2003, 439](#) ff; BSG vom 15.12.2020 [B 2 U 4/20 R](#) [zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen, SozR 4 2700 § 2 Nr 55](#)). Erst recht erlauben sie in der Regel keine Einordnung als Arbeitsverhältnis (vgl auch BSG vom 14.3.2007 [B 11a AL 143/06 B](#) [RdNr 9](#)).

24

Wird indes ein Arbeitnehmer im Rahmen seines bestehenden Arbeitsverhältnisses mit einer Kapitalgesellschaft zu deren Organ bestellt, geht das BAG in st ndiger Rechtsprechung davon aus, dass in dem Abschluss des diesbeziehbaren Anstellungsvertrags im Regelfall zugleich die konkludente Aufhebung des zuvor bestehenden Arbeitsvertrags erblickt werden kann (BAG vom 14.6.2006 [5 AZR 592/05](#) [BAGE 118, 278, 282](#) f mwN; BAG vom 19.7.2007 [6 AZR 774/06](#) [BAGE 123, 294](#) ff; BAG vom 3.2.2009 [5 AZB 100/08](#) [NJW 2009, 2078](#) f; BAG vom 15.3.2011 [10 AZB 32/10](#) [NJW 2011, 2684](#) ff). Bestehen Anhaltspunkte für einen entgegenstehenden Parteiwillen oder ist etwa die in [§ 623 BGB](#) vorgeschriebene Schriftform nicht gewahrt, ist davon auszugehen, dass der neue Dienstvertrag nur zum Ruhen des Arbeitsverhältnisses f hrt, sodass die wechselseitigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag nach dem Ende der Organstellung wieder aufleben können (Oetker in Staudinger, BGB, [§ 623 RdNr 62](#)).

Nach diesen Maßstäben ist der Kläger im Insolvenzgeldzeitraum ausnahmsweise neben seiner Stellung als Vorstand auch Arbeitnehmer der AG gewesen (siehe zu dieser Möglichkeit auch Henssler, RdA 1992, 289, 292 ff, 299; Schlegel in Köttner, Personalbuch, 28. Auflage 2021, beck-online Stand 1.10.2021, RdNr 114 zu Arbeitnehmer; vgl ferner BAG vom 15.3.2011 [10 AZB 32/10](#) [NJW 2011, 2684](#) ff; BAG vom 23.8.2011 [10 AZB 51/10](#) [BAGE 139, 63](#) ff, beide zum GmbH-Geschäftsführer). Das LSG hat festgestellt, dass zwischen dem Kläger und der AG am 20.5.2011 ein Arbeitsvertrag geschlossen worden ist. Bei dessen Zustandekommen sind sich die Vertragspartner darüber einig gewesen, dass der Kläger als Stellvertretung Geschäftsleitung tätig werden sollte. Dabei handelt es sich um die Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit. Bezeichnen die Parteien ihre Vereinbarung selbst als Arbeitsvertrag, besteht nach ständiger Rechtsprechung des BAG kein Anlass zur Prüfung, ob tatsächlich kein Arbeitsverhältnis, sondern ein anderer Austauschvertrag gewollt war (BAG vom 8.9.2015 [9 AZB 21/15](#) [NJW 2015, 3469](#) ff RdNr 13 mwN; BAG vom 17.6.2020 [7 AZR 398/18](#) [NZA 2020, 1470](#) ff). Im vorliegenden Fall stellt sich diese Frage auch nicht, weil die tatsächlichen Verhältnisse nach den Feststellungen des LSG nicht von der Bezeichnung abgewichen sind. Vielmehr hat der Kläger danach durchgehend weisungsunterworfen im Vertrieb der AG gearbeitet. Sein Arbeitsverhältnis ist bis zum 30.9.2011 unverändert fortgeführt worden. Nach den Feststellungen des LSG hat die Bestellung des Klägers zum Vorstand der AG am 27.6.2011 nicht zu einer Änderung der schuldvertraglichen Grundlage seiner Arbeitsleistung geführt; insbesondere ist kein Anstellungsvertrag über die Vorstandstätigkeit abgeschlossen worden. In einer solchen Ausnahmesituation liegt nach den dargelegten arbeitsrechtlichen Maßstäben weder eine Aufhebung noch eine Änderung des zuvor geschlossenen Arbeitsvertrags vor. Dieser hat nach den Feststellungen des LSG in Ermangelung einer anderweitigen Abrede auch nicht geruht, sondern ist durchgehend vollzogen worden. Durch die bloße gesellschaftsrechtliche Einräumung der Organstellung konnte das Innenverhältnis zwischen dem Kläger und der AG dagegen nach dem oben Gesagten nicht modifiziert werden.

Bei diesem Ergebnis ist der Senat nicht gehalten, das Verfahren nach Art 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auszusetzen und den EuGH um Vorabentscheidung hinsichtlich der Auslegung des [Art 165 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) zugrundeliegenden Arbeitnehmerbegriffs und dessen Eignung zur Verwirklichung der Ziele der Insolvenzgeldrichtlinie (Richtlinie [RL 2008/94/EG](#) vom 22.10.2008, [ABl L 283](#) vom 28.10.2008, [S 36](#) ff) im Sinne eines *effet utile* (dazu nur BSG vom 30.6.2009 [B 1 KR 22/08 R](#) [BSGE 104, 1](#) ff = [SozR 4 2500](#) [S 13 Nr 23](#)), zu ersuchen. Sinn und Zweck der Richtlinie ist der Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers (Erwägungsgrund 3). Allen Arbeitnehmern ist ein Mindestschutz

---

durch die Befriedigung nicht erfüllter Ansprüche aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen, die sich auf Arbeitsentgelt für einen bestimmten Zeitraum beziehen, durch eine Garantieeinrichtung zu gewährleisten (siehe nur EuGH vom 25.11.2020 [á](#))