

L 13 AL 4936/11

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

13

1. Instanz

SG Konstanz (BWB)

Aktenzeichen

S 2 AL 2907/09

Datum

30.06.2011

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 13 AL 4936/11

Datum

20.08.2013

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 30. Juni 2011 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Umstritten ist die Gewährung von Arbeitslosengeld für die Zeit vom 9. April bis 16. August 2009.

Der 1954 geborene Kläger meldete sich am 9. April 2009 sowohl arbeitslos als auch arbeitssuchend und beantragte die Gewährung von Arbeitslosengeld. Hierzu legte er eine Bescheinigung E 301 der Kantonalen Arbeitslosenkasse, S. G., vom 20. April 2009 vor, nach der er vom 1. Mai 2005 bis 30. September 2008 einer Beschäftigung entsprechende Versicherungszeiten im Bereich Unternehmensberatung als Buchhalter zurückgelegt habe. Ein Anspruch auf Leistungen nach Art. 71.1.a.i oder Art. 71.1.b.i VO 1408/71 gegen den Aussteller bestehe nicht.

Ferner gab der Kläger an, er sei vom 1. April 2004 bis 31. März 2005 bei der B.I.D. Servies GmbH als Geschäftsführer, vom 1. April 2005 bis 31. Dezember 2007 bei der B. Consulting (Swiss) GmbH als Geschäftsführer/Unter-Manager, vom 1. Januar 2008 bis 30. September 2008 bei der B.I.D. Holding AG, S. G./Schweiz, als Buchhalter und vom 1. November bis 31. Dezember 2008 bei der A. A. S., H./Frankreich, als Geschäftsführer/Interim Manager beschäftigt gewesen. Er sei zum 30. September 2008 bei der B.I.D. Consulting AG, S. G./Schweiz gekündigt worden und habe seine Arbeit an diesem Tag dort beendet. In der Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2008 sei ihm bei der A. A. S., H./Frankreich, eine Anstellung in etwa zum dortigen Mindestlohn in Vollzeit "zugesprochen" gewesen, die vom 1. November bis 31. Dezember 2008 vergütet worden sei. Am 5. Januar 2009 sei die Vergütung aufgehoben worden. Zum 1. Januar 2009 habe er eine Tätigkeit bei Swiss T. + L. BC AG, S. G./Schweiz als Buchhalter mit einer monatlichen Vergütung von 2000 Schweizer Franken annehmen sollen. Die Tätigkeit habe jedoch nur bezahlt werden können, wenn der bzw. die Auftraggeber (B. Consulting [Suisse] GmbH) "durch eigene Refinanzierung auch in der Lage" gewesen seien, "die in Auftrag gegebenen Leistungen zu refinanzieren". Vor dem 9. April 2009 habe er sich nicht arbeitssuchend melden können, da erst zu diesem Zeitpunkt festzustellen gewesen sei, dass er die in Aussicht gestellte Tätigkeit nicht antreten könne und bis dahin auch noch "Formalitäten" zu erledigen gewesen seien, z.B. die polizeiliche Anmeldung in Deutschland. Im "Prüfbogen Grenzgänger" gab der Kläger auf Nachfrage u.a. an, er habe während der Beschäftigung seinen Lebensmittelpunkt in Frankreich sowie in der Schweiz gehabt. In Deutschland habe er keinen Wohnsitz gehabt.

Mit Bescheid vom 30. April 2009 lehnte die Beklagte die Gewährung von Arbeitslosengeld ab, da der Kläger die Anwartschaftszeit nicht erfüllt habe. Innerhalb der Rahmenfrist von zwei Jahren vor dem 9. April 2009 habe er nicht mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden.

Der Klägers erhob Widerspruch und machte geltend, eine Beschäftigung von 18 Monaten sei durch die Bescheinigung E 301 nachgewiesen.

Hierauf bat die Beklagte die Kantonale Arbeitslosenkasse S. G. um Überprüfung, ob es sich bei den bestätigten Versicherungszeiten tatsächlich um Zeiten einer unselbstständigen Beschäftigung im Sinne von Artikel 7 Abs. 1 des deutsch-schweizerischen Arbeitslosenversicherungsabkommens gehandelt habe, und um Übersendung von Kopien der Arbeitsbescheinigungen, die Grundlage der Bescheinigung vom 20. April 2009 gewesen seien. Der Kläger habe angegeben, er sei in der Zeit vom 1. April 2005 bis 31. Dezember 2007 als Unternehmensberater, Geschäftsführer bzw. Interim-Manager bei der B. Consulting Suisse GmbH in S. G. beschäftigt gewesen und habe vom 1. Januar bis 30. September 2008 als Buchhalter für die B.I.D. Holding AG in S. G. gearbeitet.

Die Kantonale Arbeitslosenkasse, S. G., teilte sodann unter dem 29. Mai 2009 mit, Grundlage der Bescheinigung E 301 seien Arbeitgeberbescheinigungen gewesen. Nach dem Ergebnis ihrer Nachforschungen sei der Kläger im Kanton (S. G.) an mehreren Firmen beteiligt. Dies sei aus dem Handelsregister ersichtlich. Da es sich bei diesen Unternehmen um zwei Aktiengesellschaften und um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung handle sei es durchaus "möglich", dass er nicht als selbstständiger Erwerbstätiger bei der Ausgleichskasse erfasst sei, sondern als Angestellter seiner Firma. Auf Grund der vorhandenen Unterlagen hätte der Kläger in der Schweiz zur Zeit keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Er müsste sich hierfür bei allen Unternehmungen aus dem Handelsregister austragen lassen. Weiter müsste er den Lohnfluss mittels Bankauszügen belegen. Außerdem müsste er einen Auszug aus seinem persönlichen AHV-Konto samt Bestätigung über seinen eingetragenen Status bei der Ausgleichskasse einreichen. Die die AHV-Ausgleichskasse betreffenden Unterlagen müsse er persönlich anfordern. Sie habe diesbezüglich keine rechtliche Grundlage. Dem legte sie Auszüge aus dem Handelsregister (betreffend die B.I.D. Holding AG [Eintragung des Klägers als Mitglied mit Zeichnungsbefugnis durch Einzelunterschrift], die Suisse T. + L. BC AG [Eintragung des Klägers als Mitglied mit Zeichnungsbefugnis durch Einzelunterschrift] und die B. Consulting [Suisse] GmbH [Eintragung des Klägers als Mitglied mit Zeichnungsbefugnis durch Einzelunterschrift]) bei. Ferner waren Kopien der "Arbeitgeberbescheinigung - Bescheinigung von Versicherungszeiten" vom 17. April 2009 der B. Consulting (Suisse) GmbH, für diese unterschrieben vom Kläger (Bestätigung der Beschäftigung des Klägers vom 1. April 2005 bis 31. Dezember 2007), und der vom 17. April 2009 der B.I.D. Holding AG, für diese unterschrieben vom Kläger (Bestätigung der Beschäftigung des Klägers vom 1. Januar bis 30. September 2008) sowie Kopien der "Aufhebungsvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 25. Juli 2006" vom 25. November 2007, unterschrieben jeweils vom Kläger für die B. Consulting (Suisse) GmbH und für sich als Arbeitnehmer, und die an den Kläger gerichtete Kündigung des Arbeitsvertrages vom 3. Dezember 2007 der B.I.D. Holding AG (unterschrieben für diese vom Kläger selbst) beigefügt. Außerdem lag eine Kopie des Schreibens der B.I.D. Holding AG, für diese unterschrieben vom Kläger, vom 9. April 2009 bei, mit welchem um "möglichst kurzfristige" Übersendung des Formulars E 301 "für unseren ehemaligen Arbeitnehmer Edgar B." gebeten worden war.

Hierauf wies die Beklagte den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 2. Juli 2009, auf den bezüglich der weiteren Einzelheiten verwiesen wird, zurück.

Am 15. Juli 2009 hat der Kläger, der ab 17. August 2009 in der Schweiz wieder einer Tätigkeit nachgegangen ist, Klage beim Sozialgericht Konstanz (SG) erhoben. Er hat im Wesentlichen vorgetragen, er sei in der maßgeblichen Zeit vom 8. April 2007 bis 30. September 2008 nicht selbstständig, sondern abhängig beschäftigt gewesen. Ein Versicherungsverhältnis von mindestens 12 Monaten innerhalb von zwei Jahren vor dem 9. April 2009 sei durch das Formular E 301 CH nachgewiesen und ergebe sich auch aus Gehaltsabrechnungen. Er sei auch im November und Dezember 2008 bei der A. A. S. unselbstständig tätig gewesen. Als alleiniger Verwaltungsrat sei er Zeichnungsberechtigter der beiden Aktiengesellschaften in der Schweiz (gewesen), an ihnen aber nicht beteiligt (gewesen). Neben seiner Funktion als Verwaltungsrat sei er vom 1. Januar bis 30. September 2008 bei der B.I.D. Holding AG und vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2008 bei der Suisse T. + L. BC AG als Buchhalter beschäftigt gewesen. Wegen der gleichzeitigen Funktion als gesetzlich Verantwortlicher habe es in der Funktion als Buchhalter keinen ständigen Vorgesetzten gegeben. Er sei jedoch den Aktionären bzw. dem Aufsichtsrat/Verwaltungsrat gegenüber rechenschaftspflichtig gewesen. Bei der GmbH sei er vom 1. April 2005 bis 31. Dezember 2007 zunächst als Geschäftsführer mit Anstellungsvertrag beschäftigt/tätig gewesen, daneben für die GmbH als Interim-Manager für verschiedene Firmen in Deutschland und der Schweiz. Am Kapital der GmbH sei er lediglich in der Gründungsphase (mit 10 %) beteiligt gewesen. Ein als "Selbständigerwerber" tätiger Geschäftsführer sei in der Schweiz nicht selbstständig tätig im Sinne der deutschen Rechtsprechung. Die in der Schweiz für die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit erforderliche Niederlassungsbewilligung C sei nicht erteilt worden. Auf Einwand der Beklagten, der Kläger sei gemäß den Ausführungen der Kantonalen Ausgleichskasse in mehreren Firmen beteiligt und es stehe ihm frei, eine Stellungnahme zu den Verflechtungen abzugeben sowie Arbeits-/Dienst-/Geschäftsführer-/Gesellschaftsverträge vorzulegen, hat er u.a. entgegnet, Arbeitsverträge könnten nur vorgelegt werden, wenn sie existent seien. Dienstverträge seien nicht existent, was auch für gesonderte Geschäftsführer-Verträge gelte, da eine derartige Bestellung kraft Handelsregistereintragung bzw. Satzung erfolge. Gesellschaftsverträge könnten entweder im Handelsregister eingesehen werden, wenn dies öffentlich sei, oder seien vertraulich allein für den Gesellschafterkreis bestimmt, zu dem er nicht (mehr) gehöre. Ehedem ergebe sich aus Gesellschafterverträgen - wenn die Gesellschaftsbeteiligungen nicht anders als Aktien gehalten würden - kein Arbeitsvertrag, so dass eine Auskunftspflicht weder eingefordert werden könne, noch sachdienlich sei.

Der Kläger hat u.a. Gehaltsabrechnungen der B. Consulting (Suisse) GmbH für die Monate April bis Dezember 2007, der B.I.D. Holding AG für die Monate Januar bis September 2008 sowie der A. A. S. für die Monate Juli und August (handschriftlich abgeändert im November und Dezember) 2008, Kopien von von ihm ausgefüllten Formularen für Jahresabrechnungen gegenüber der SVA S. G. der B. Consulting (Suisse) GmbH (für 2007, allein aufgeführter Versicherter der Kläger) und der B.I.D. Holding AG (für 2008, allein aufgeführter Versicherter der Kläger), Handelsregisterauszüge des Kantons S. G. (betreffend B. Consulting [Suisse] GmbH, B.I.D. Holding AG und Suisse T. + L. BC AG) vorgelegt. Ferner hat er Kopien (ohne Unterschriften) bzw. Ausdrucke von Arbeitsverträgen zwischen ihm und der B. Consulting (Suisse) GmbH (vom 26. Mai 2005 sowie 3. Mai, 25. Juli und 13. August 2006) und der B.I.D. Holding AG (vom 30. Dezember 2007), einen Vertrag über die Übertragung einer Stammeinlage der B. Consulting (Suisse) GmbH von ihm an die von ihm vertretene B.I.D. Holding AG sowie einen von ihm ausgefüllten Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Fremdgeschäftsführers einer GmbH vorgelegt. Außerdem hat er ein Schreiben der Kantonalen Arbeitslosenkasse S. G. vom 24. November 2010 nebst Anlage (Einordnung von Verwaltungsräten einer AG und Geschäftsführern einer GmbH in der Schweiz bezüglich der Frage, ob eine arbeitgeberähnliche Stellung vorliegt), vorgelegt. Darin ist ausgeführt, aus dem eingereichten Auszug aus dem persönlichen AHV-Konto des Klägers sei ersichtlich, dass die Zeiten vom 1. Dezember 2005 bis 31. Dezember 2007 berücksichtigt werden könnten. Die eingetragene Firma "B. Cons. (Suisse) GmbH" sei mit Datum vom 22. Juli 2010 gelöscht. Bei "heutiger" Antragstellung wären jedoch diese Beitragszeiten in der Schweiz nicht mehr relevant, da sie weiter als zwei Jahre zurück lägen. Eine Antragstellung vor dem 23. Juli 2010 hätte diesbezüglich abgelehnt werden müssen. Bezüglich der B.I.D. Holding AG habe sich die Situation geändert. Die Firma sei aufgelöst, wie es am 12. November 2010 publiziert worden sei. Aus diesem Grund wäre die Beitragszeit vom 1. Januar 2008 bis 30. September 2008 zu berücksichtigen, jedoch auch erst ab dem 13. November 2010 oder ab dem beglaubigten Eintragungsdatum durch das Handelsregister. Auch hier sei festzustellen, dass bei einer "heutigen" Antragstellung diese Beitragszeiten in der Schweiz nicht mehr relevant wären, da sie weiter als zwei Jahre zurück lägen. Im Bezug auf die Suisse T. + L. BC AG sei anzumerken, dass der Kläger weiter mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen sei. Durch diesen Eintrag sei es ihm jederzeit möglich, in jeglichen Belangen für die Unternehmung aktiv zu werden, was für eine arbeitgeberähnliche Stellung spreche, die einen Anspruch auf Arbeitslosentaggeld ausschließe. Auf Grund der vorhandenen Unterlagen bestünde zur Zeit kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Der Kläger müsste sich bei der Firma Suisse T. + L. BC AG aus dem Handelsregister austragen lassen und den Lohnfluss mittels Bankauszügen belegen und bräuchte eine Bestätigung über seinen eingetragenen Status bei der

Ausgleichskasse. Der Kläger hat noch ein Schreiben der Sozialversicherungsanstalt des Kantons S. G. vom 6. Januar 2011 (Auszug aus dem individuellen Konto) vorgelegt.

Die Beklagte hat geltend gemacht, der Kläger habe nicht nachgewiesen, dass es sich bei den in der Schweiz ausgeübten Tätigkeiten um unselbstständige Beschäftigungen als Arbeitnehmer gehandelt habe. Gemäß den Auskünften der Kantonalen Arbeitslosenkasse S. G. vom 15. Mai 2009 sei eine genauere Prüfung, ob es sich tatsächlich um unselbstständige Beschäftigung gehandelt habe, nicht erfolgt. Soweit im Formular E 301 vom 20. April 2009 Versicherungszeiten bescheinigt worden seien, habe dies gemäß dem Schreiben vom 29. Mai 2009 allein auf ausgestellten Arbeitgeberbescheinigungen beruht. Sie gehe davon aus, dass diese Bescheinigungen vom Kläger selbst unterschrieben worden seien. Entsprechendes gelte für die weiteren Unterlagen. Nach den Angaben der Kantonalen Arbeitslosenkasse S. G. vom 29. Mai 2009 hätten deren Nachforschungen ergeben, dass der Kläger im Kanton S. G. in mehreren Firmen beteiligt sei. Es stehe diesem frei, eine Stellungnahme zu den Verflechtungen abzugeben und Arbeits-/Dienst-Geschäftsführer-Gesellschaftsverträge vorzulegen. Der Nachweis einer innerhalb der Rahmenfrist vom 9. April 2007 bis 8. April 2009 ausgeübten unselbstständigen Arbeitnehmerbeschäftigung sei nicht geführt. Der Kläger stütze sich offenkundig auf selbst erstellte Abrechnungen und persönlich abgegebene Erklärungen. Auch die Bescheinigung E 301 beruhe erkennbar auf vom Kläger selbst erstellten Bescheinigungen.

Mit Urteil vom 30. Juni 2011 hat das SG die Klage abgewiesen. Die - näher dargelegten - Voraussetzungen für die Gewährung von Arbeitslosengeld seien nicht erfüllt. Es fehle an der Erfüllung der Anwartschaftszeit. Die Rahmenfrist erstrecke sich vom 9. April 2007 bis 8. April 2009. In dieser Zeit habe der Kläger nicht mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Bestätigung von einer Beschäftigung entsprechender Versicherungszeiten und gleichgestellter Zeiten als "Buchhalter" in dem Beschäftigungszweig "Unternehmensberatung" durch die Kantonale Arbeitslosenkasse S. G. ... Einer Bindung der Beklagten (und des Gerichts) an die mit der Bescheinigung E 301 mitgeteilten Zeiten stehe entgegen, dass der schweizerische Träger die Angaben des Klägers ungeprüft übernommen habe und diese offenkundig nicht mit den - maßgeblichen - tatsächlichen Verhältnissen in Einklang stünden. In einem solchen Fall müsse es ausreichen, wenn der zuständige Träger (hier: Kantonale Arbeitslosenkasse S. G.), seine ursprüngliche Bescheinigung relativiere bzw. in Teilen revidiere, ohne sie förmlich zurückzuziehen oder für ungültig zu erklären. Bereits auf die Anfrage der Beklagten vom 19. Mai 2009 habe die Kantonale Arbeitslosenkasse S. G. einschränkend ausgeführt, dass es "durchaus möglich" sei, dass der Kläger nicht als selbstständig Erwerbstätiger bei ihr erfasst sei, sondern als Angestellter seiner Firma. Im Schreiben vom 24. November 2010 habe die Kantonale Arbeitslosenkasse S. G. diese Aussage präzisiert. Danach "könnte" zwar die gemeldete Zeit vom 1. Dezember 2005 bis 31. Dezember 2007 berücksichtigt werden, nachdem die eingetragene Firma B. Consulting (Suisse) GmbH mit Datum vom 22. Oktober 2010 gelöscht worden sei. Die Ausgleichskasse habe aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass eine Antragstellung (auf Arbeitslosenentschädigung) vor dem 23. Juli 2010 "diesbezüglich" hätte abgelehnt werden müssen. Als für die Erfüllung der Anwartschaftszeit taugliche Zeit eines Versicherungspflichtverhältnisses komme somit, was die Tätigkeit bei der B. Consulting (Suisse) GmbH angehe, allenfalls die Zeit vom 9. April bis 31. Dezember 2007 in Betracht. Bezüglich der Tätigkeit bei der B.I.D. Holding AG habe die Ausgleichskasse in ihrem Schreiben vom 24. November 2010 klargestellt, dass die nachgewiesene (AHV)Beitragszeit vom 1. Januar bis 30. September 2008 erst ab dem 13. November 2010 berücksichtigt werden könnte. Daraus folge, dass zum Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung allenfalls die Zeit vom 9. April 2007 bis 31. Dezember 2007 als berücksichtigungsfähige Zeit einer "beitragspflichtigen unselbstständigen Beschäftigung" gemäß Art. 7 Abs. 1 Satz 1 des deutsch-schweizerischen Abkommens über Arbeitslosenversicherung nachgewiesen sei. Für die Zeit der Tätigkeit der A.s.A. S. (Frankreich) sei keine Bescheinigung E 301 eingereicht. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das schriftliche Urteil verwiesen.

Gegen das am 2. November 2011 zugestellte Urteil hat der Kläger am 11. November 2011 Berufung eingelegt. Er trägt im Wesentlichen vor, die Schlussfolgerung des SG, wonach sich aus dem Schreiben vom 24. November 2010 ergebe, dass eine Berücksichtigung der Zeit erst ab 13. November 2010 zulässig sei, sei falsch und fragwürdig, da es in dem Schreiben nicht um die unselbstständige Tätigkeit als Buchhalter bei der B.I.D. Holding AG (Arbeitgeber) gehe, sondern allein um seine Befugnis als deren Verwaltungsrat. Nach Schweizer Recht sei die Löschung der B.I.D. Holding AG im Handelsregister und somit der "Austritt" des Verwaltungsrates aus der Gesellschaft ab 13. November 2010 Voraussetzung gewesen für die Anerkennung der Versicherungszeiten in der AHV/Rentenversicherung. Dies könne aber nicht als Begründung einer unselbstständigen Tätigkeit als Buchhalter nach deutschem Recht herhalten. Nach deutschem Recht hätte der Rentenversicherungsträger prüfen und feststellen müssen, ob der arbeitgeberähnliche Status tatsächlich gegeben gewesen sei. Da in der Schweiz eine entsprechende Prüfung der Tätigkeit als unselbstständig arbeitender Buchhalter nicht erfolgt und er auch nicht als Gesellschafter an B.I.D. Holding AG beteiligt gewesen sei und die fälligen Sozialabgaben von der Gesellschaft als Arbeitgeber gezahlt worden seien, sei die im Formular E 301 bestätigte Tätigkeit als Anwartschaftszeit zu berücksichtigen. Das SG habe die Bestätigung der Beschäftigungszeiten als offenkundig falsch gewertet, weil er als seinerzeit verantwortliche Person (Verwaltungsrat) für den damaligen Arbeitgeber Angaben gemacht habe. Dies stelle eine "Verleumdung" dar und sei ohne Beleg. Die Beklagte unterstelle ohne entsprechenden Nachweis, dass er als CEO (Chief Executive Officer; Anmerkung: Vorstandsvorsitzender bzw. als in Personalunion mit dem Vorsitzenden oder Präsidenten der Geschäftsleitung amtierender Geschäftsführer, vgl. u.a. Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 24. Auflage, und Wikipedia) Geschäftsführer bzw. Verwaltungsrat eine falsche Erklärung zu seinem Vorteil abgegeben habe. Nach bundesdeutschem Recht sei der Arbeitgeber verpflichtet für gezahlte Vergütungen an Arbeitnehmer Abgaben und Steuern zu richten, unabhängig ob sie abhängig oder arbeitgeberähnlich als Führungsorgan angestellt seien. Ausnahmen bildeten lediglich Anstellungen als Vorstandsmitglied oder wenn eine Befreiung festgestellt sei. Grundsätzlich ähnlich, aber nicht identisch sei das Abrechnungssystem in der Schweiz. Es sei weder von der Beklagten, noch von der Arbeitslosenkasse S. G. bescheinigt, dass er Gesellschafter der B.I.D. Holding AG sei oder gewesen sei. Die angeführte "arbeitgeberähnliche" Stellung dürfte daher bei der Bewertung nach deutschem Recht ohne Belang sein, da er CEO und zugleich Arbeitnehmer und einziger gesetzlicher Vertreter des Schweizer Arbeitgebers gewesen sei und seine Vergütung für die buchhalterische Tätigkeiten wie auch für andere Mandanten als für den Arbeitgeber gezahlt worden sei. Nach bundesdeutschem Recht wäre der CEO von der Sozialabgabepflicht befreit gewesen. Dies gelte nicht für die Schweiz, wo auch für Verwaltungsräte die Sozialabgabepflicht bestehe. Die Beklagte könne sich nicht allein auf die "arbeitgeberähnliche" Stellung bei der B.I.D. Holding AG stützen. Dass die im Formular 301 bestätigten Versicherungszeiten falsch seien, könne die Beklagte nicht beweisen. Sie unterstelle eine bewusst falsche Beurkundung, nur weil er als seinerzeit gesetzlicher Vertreter verpflichtet gewesen sei, die benötigten Angaben zu machen. Wie in Deutschland seien auch in der Schweiz tätige Verwaltungsräte, sofern sie eine Vergütung erhielten, Arbeitnehmer. Der Kläger hat außerdem (auszugsweise) einen Versicherungsverlauf der Deutschen Rentenversicherung vom 1. Februar 2013, in dem Versicherungszeiten in der Schweiz vom 1. April 2005 bis 30. September 2008 sowie vom 1. September bis 31. Dezember 2009 ausgewiesen sind, vorgelegt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 30. Juni 2011 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 30. April 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 2. Juli 2009 zu verurteilen, ihm Arbeitslosengeld für die Zeit vom 9. April 2009 bis 16. August 2009 zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie bezieht sich auf die Ausführungen des SG im angefochtenen Urteil sowie ihr Vorbringen in erster Instanz. Eine Arbeitnehmertätigkeit in der Schweiz sei nicht nachgewiesen. Auch wenn im Formular E 301 zunächst eine Versicherungszeit festgestellt sei, sei dies nicht bindend, da diese Bestätigung offensichtlich Unrichtigkeiten aufweise und auf Arbeitgeberbescheinigungen beruhe, die der Kläger selbst erstellt habe. Auch das AHV-Konto könne nicht überzeugen, denn es komme nicht darauf an, ob AHV-Beiträge entrichtet seien, sondern allein darauf, ob eine beitragspflichtige Beschäftigung als Arbeitnehmer ausgeübt worden sei. Eine genauere Prüfung, ob es sich tatsächlich um in der Schweiz versicherungspflichtige Arbeitnehmerbeschäftigungen gehandelt habe, sei nicht erfolgt. Dies gehe aus der Anlage zum Schreiben der Kantonalen Arbeitslosenkasse S. G. vom 24. November 2010 ("Arbeitgeberähnliche Stellung B 17 bis B 18") hervor. Diese Formulierung spreche deutlich gegen eine unselbstständige Tätigkeit als Arbeitnehmer mit den dafür üblichen Kriterien.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten und der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten sowie die Gerichtsakten beider Instanzen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung des Klägers, über die der Senat mit Zustimmung der Beteiligten gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung durch Urteil entscheidet, ist nicht begründet. Der Kläger hat für den strittigen Zeitraum keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld.

Anspruch auf Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit ([§ 117 Abs. 1 Nr. 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch [SGB III in der vom 1. Januar 2008 bis 31. März 2012 geltenden Fassung [a.F.]) haben nach [§ 118 Abs. 1 SGB III](#) a.F. Arbeitnehmer, die arbeitslos sind (Nr. 1), sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet (Nr. 2) und die Anwartschaftszeit (Nr. 3) erfüllt haben. Zwar lagen ab 9. April 2009 die Anspruchsvoraussetzungen "Arbeitslosigkeit" und "Arbeitslosmeldung" vor, doch fehlt es an der Erfüllung der Anwartschaftszeit.

Nach [§ 123 Satz 1 SGB III](#) a.F. hat die Anwartschaftszeit erfüllt, wer in der Rahmenfrist mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat. Die Rahmenfrist beträgt zwei Jahre und beginnt mit dem Tag vor der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld ([§ 124 Abs. 1 SGB III](#) a.F.). Die Rahmenfrist erstreckt sich vom 9. April 2007 bis 8. April 2009.

Es kann nicht festgestellt werden, dass der Kläger in der Rahmenfrist für die Dauer von mindestens zwölf Monaten in einem Versicherungspflichtverhältnis im Sinne des [§ 123 Satz 1 SGB III](#) a. F. gestanden hat. Dass er auf Grund der geltend gemachten Tätigkeiten als Manager bzw. Buchhalter für bei der B. Consulting (Swiss) GmbH, deren Geschäftsführer er auch war, bzw. bei der B.I.D. Holding AG, S. G./Schweiz, deren zeichnungsberechtigter alleiniger Verwaltungsrat er auch war, als abhängig Beschäftigter und Versicherungspflichtiger anzusehen war, ist nicht nachgewiesen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass die Kantonale Arbeitslosenkasse S ... G. dem Kläger bescheinigt hat, vom 1. Mai 2005 bis 31. Dezember 2007 und vom 1. Januar 2008 bis 30. September 2008 als "Buchhalter" in dem Beschäftigungszweig "Unternehmensberatung" einer Beschäftigung entsprechende Versicherungszeiten und gleichgestellte Zeiten zurückgelegt zu haben.

Nach dem Abkommen vom 20. Oktober 1982 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Arbeitslosenversicherung (Zustimmungsgesetz vom 13. September 1983, [BGBl II 1983, S. 578](#)), geändert durch das Zusatzabkommen vom 22. Dezember 1992, hier Art. 7 Abs. 1 des Abkommens, werden Zeiten einer beitragspflichtigen unselbstständigen Beschäftigung, die nach den Rechtsvorschriften des anderen Vertragsstaates zurückgelegt worden sind, für die Anwartschaftszeit und die Anspruchsdauer berücksichtigt, sofern der Antragsteller, wie hier, die Staatsangehörigkeit des Vertragsstaates besitzt, in dem der Anspruch geltend gemacht wird, und im Gebiet dieses Vertragsstaates wohnt (Satz 1). Diese Zeiten werden so berücksichtigt, als wären sie nach den Rechtsvorschriften dieses Vertragsstaates zurückgelegt worden (Satz 2). Gemäß dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (vgl. Gesetz vom 2. September 2001, Bundesgesetzblatt 2001 II Seite 810) gilt das Abkommen vom 20. Oktober 1982 teilweise weiter, so auch Art. 7 des Abkommens.

Nach Art. 67 Abs. 1 Halbsatz 1 der hier anwendbaren Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (VO EWG 1408/71) berücksichtigt der Träger eines Mitgliedstaats (hier: der Bundesrepublik Deutschland), nach dessen Rechtsvorschriften der Erwerb, die Aufrechterhaltung oder das Wiederaufleben des Leistungsanspruchs von der Zurücklegung von Versicherungszeiten abhängig ist, soweit erforderlich, die Versicherungs- und Beschäftigungszeiten, die als Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedsstaats zurückgelegt wurden, als handele es sich um Versicherungszeiten, die nach den eigenen Rechtsvorschriften zurückgelegt worden sind. Gemäß Art. 80 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (VO EWG 574/72) hat die betreffende Person dem zuständigen Träger eine Bescheinigung über Vertrags- und Beschäftigungszeiten (Vordruck E 301) vorzulegen, die er nach den Rechtsvorschriften, die zuletzt für die sie galten, als Arbeitnehmer zurückgelegt hat, und dabei die ergänzenden Angaben zu machen, die nach den von diesem Träger einzuwendenden Rechtsvorschriften erforderlich sind. Diese Regelungen finden hier gemäß dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (vgl. Gesetz vom 2. September 2001, Bundesgesetzblatt 2001 II Seite 810) Anwendung. Abweichend von Art. 67 Abs. 3 VO EWG 1408/71 setzt ein Anspruch auf Arbeitslosengeld dabei nicht voraus, dass

der Kläger unmittelbar zuvor Versicherungszeiten nach dem SGB III zurückgelegt hat.

Die ab 1. Mai 2010 (Art. 97 Satz 2 der Verordnung [EG] 987/2009) geltende Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit begründet keinen Anspruch für die Zeit vor ihrem Inkrafttreten (Art. 91 und 87 der Verordnung [EG] Nr. 883/2004) und damit für den vorliegenden Sachverhalt.

Obwohl die vom zuständigen Träger eines Mitglieds- bzw. Vertragsstaats ausgestellte Bescheinigung über die nach den Rechtsvorschriften dieses Staats zurückgelegten Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten (E 301) den zuständigen Träger eines Mitgliedsstaats (hier Beklagte) grundsätzlich bindet, hat die Beklagte die bescheinigten Zeiten vorliegend zu Recht nicht berücksichtigt. Einer Bindung der Beklagten (und des Gerichts) an die mit der Bescheinigung E 301 mitgeteilten Zeiten steht vorliegend entgegen, dass der schweizerische Träger die Angaben des Klägers ungeprüft übernommen hat und die Bescheinigung offenkundig nicht mit den - maßgeblichen - tatsächlichen Verhältnissen in Einklang steht. In einem solchen Fall muss es ausreichen, wenn der zuständige Träger (hier: Kantonale Arbeitslosenkasse S. G.), wie im vorliegenden Fall, seine ursprüngliche Bescheinigung relativiert bzw. in Teilen revidiert, ohne sie förmlich zurückzuziehen oder für ungültig zu erklären (zur inhaltlichen Überprüfbarkeit der Bescheinigung E 301 vgl. auch Kretschmer in Niesel/Brand, SGB III, Kommentar, 5. Auflage). Bereits auf die Anfrage der Beklagten vom 19. Mai 2009 hat die Kantonale Arbeitslosenkasse S. G. einschränkend ausgeführt, dass nur die Angaben in vorgelegten, vom Kläger selbst für die Gesellschaften erstellten Arbeitgeberbescheinigungen Grundlage für die Bescheinigung waren und dass es "durchaus möglich" sei, dass der Kläger nicht als selbstständig Erwerbstätiger bei ihr erfasst sei, sondern als Angestellter seiner Firma. In Schreiben an den Kläger und die Beklagte vom 24. November 2010 präzisiert die Kantonale Arbeitslosenkasse S. G. diese Aussage und legte u.a. Ausführungen (mit Hinweis auf Rechtsprechung) zur Einordnung von Verwaltungsräten einer AG und Geschäftsführern einer GmbH in der Schweiz bezüglich der Frage, ob eine arbeitgeberähnliche Stellung vorliegt, vor. Danach "könnte" zwar die gemeldete Zeit vom 1. Dezember 2005 bis 31. Dezember 2007 berücksichtigt werden, nachdem die eingetragene Firma B. Consulting (Suisse) GmbH mit Datum vom 22. Oktober 2010 gelöscht worden sei. Die Ausgleichskasse weist aber gleichzeitig darauf hin, dass eine Antragstellung (auf Arbeitslosenentschädigung) vor dem 23. Juli 2010 "diesbezüglich" hätte abgelehnt werden müssen. Bereits hieraus ergibt sich, dass die konkret ausgeübte Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH und Verwaltungsrat einer AG nach schweizerischem Recht als arbeitgeberähnlich anzusehen war. Unabhängig davon hat der Kläger nicht näher dargelegt, welchen Gesellschaftern er in den genannten Funktionen weisungsunterworfen gewesen sein soll, und die Verflechtungen der Unternehmungen, wie von der Beklagten bereits im Klageverfahren gerügt, nicht hinreichend offen gelegt, sondern darauf verwiesen, dass Gesellschafterverträge vertraulich allein für den Gesellschafterkreis bestimmt seien. Warum er die gesamten Zusammenhänge nicht offen legt, ist umso weniger nachvollziehbar, als Gesellschafter der B. Consulting (Swiss) GmbH er selbst (zunächst) und schließlich die B. Consulting GmbH, die B.I.D. Holding AG bzw. die Swiss T. +L. BC AG waren, mithin Unternehmen, für die er zumindest auch in leitender Funktion tätig war.

Soweit der Kläger nun das Vorliegen abhängiger und versicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse auf Grund der vorgelegten Arbeitsverträge als Manager bzw. Buchhalter behauptet, kann dem gleichfalls nicht gefolgt werden. Unter Würdigung aller Umstände sieht es der Senat nicht als nachgewiesen an, dass es sich bei den vorgetragenen und von ihm in Personalunion mit seinen Geschäftsführer- und Verwaltungsratsstätigkeiten, bei denen er alleinvertretungsbefugt war, um abhängige versicherungspflichtigen Beschäftigungen gehandelt hat, die geeignet gewesen wären, die Voraussetzungen einer Anwartschaftszeit im Sinne von § SGB 123 III a.F. zu erfüllen. Sämtliche Unterlagen, auf die sich der Kläger beruft, beruhen auf eigenen Angaben, z.B. gegenüber der Kantonale Arbeitslosenkasse S. G. oder der AHV, oder wurden von ihm selbst erstellt. Objektive Unterlagen oder Feststellungen hierzu berufener dritter Stellen liegen nicht vor.

Bezüglich der Tätigkeit bei der B.I.D. Holding AG stellte die Ausgleichskasse in ihrem Schreiben vom 24. November 2010 im Übrigen klar, dass die nachgewiesene (AHV-)Beitragszeit vom 1. Januar bis 30. September 2008 erst ab dem 13. November 2010 berücksichtigt werden könnte. Für die Zeit der Tätigkeit der A. A. S. (Frankreich) wurde schon keine Bescheinigung E 301 eingereicht.

Schließlich belegt auch der vom Kläger vorgelegte Versicherungsverlauf der Deutschen Rentenversicherung vom 1. Februar 2013 angesichts der oben dargelegten tatsächlichen Umstände die geltend gemachten Beschäftigungszeiten für das vorliegende Verfahren nicht.

Da das SG somit zu Recht die Klage abgewiesen hat, weist der Senat die Berufung zurück. Hierauf und auf [§ 193 SGG](#) beruht die Kostenentscheidung.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-08-30