

Info: Arbeitgeberähnliche Stellung

Stand am 1. Januar 2018

1

Abgrenzung von Selbständigerwerbenden zu Arbeitnehmenden in der eigenen AG oder GmbH

1.1. Selbständigerwerbende Personen

Sozialversicherungsrechtlich gelten Personen als selbständig erwerbend, wenn sie:

- unter eigenem Namen und auf eigene Rechnung arbeiten sowie
- in unabhängiger Stellung sind und ihr eigenes wirtschaftliches Risiko tragen.

Wer sein eigenes wirtschaftliches Risiko trägt, d.h. bedeutende Investitionen für berufliche Zwecke tätigt, über eigene Geschäftsräume verfügt, Personal beschäftigt, eigene Aufträge beschafft, die Unkosten und das Inkassorisiko trägt, wird bei der AHV als selbständigerwerbend anerkannt. Weiter muss die Arbeit frei und unabhängig organisiert werden, d.h. die Art und Weise der Arbeitserbringung muss der Selbständigerwerbende frei bestimmen können, selber die Arbeitszeit festlegen und Aufträge an Dritte weitergeben können. Vertragliche Abmachungen mit dem Auftraggeber, die festhalten, dass jemand als Selbständigerwerbender gilt, sind für die AHV nicht massgebend (Quelle: Bundesamt für Sozialversicherungen BSV). Ob eine Person im Sinne der AHV selbständig erwerbend ist, beurteilt die AHV-Ausgleichskasse im Einzelfall.

1.2. Arbeitnehmende, die in ihrer eigenen AG oder GmbH arbeiten

Die Aktiengesellschaft (AG) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) sind selbständige juristische Personen. Funktionsfähig werden sie durch Arbeiten, die von natürlichen Personen ausgeführt werden. Diese natürlichen Personen gelten als unselbständig Erwerbende, d.h. mit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der eigenen AG oder GmbH beginnt auch die Beitragspflicht an die AHV/IV/EO wie auch an die ALV.

2

Die arbeitgeberähnliche Stellung in der Arbeitslosenversicherung

2.1. Einleitung: Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) haben Arbeitnehmende, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebenden bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (Verwaltungsräte einer AG, geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH etc.), sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

2.2. Ausdehnung auch auf die Arbeitslosenentschädigung

Wird als Folge dieses Ausschlusses auf Kurzarbeitsentschädigung das Arbeitsverhältnis ganz aufgelöst oder im zeitlichen Umfang reduziert und wird in der Folge davon ein Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gestellt, so liegt eine Umgehung der Bestimmung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vor, sofern die arbeitgeberähnliche Stellung, aufgrund derer kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, beibehalten wird. Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung muss daher von der zuständigen Arbeitslosenkasse gestützt auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 123 V 234 ff.) abgelehnt werden. Diese Rechtsprechung will nicht nur den als solchen ausgewiesenen Rechtsmissbrauch sanktionieren, sondern will bereits der Gefahr eines Missbrauchs begegnen.

2.3. Personen mit massgeblichem Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes

Bei einzelnen Geschäftsformen ergibt sich die massgebliche Einflussnahme von Gesetzes wegen. Dies gilt zum einen für das *Mitglied des Verwaltungsrates einer AG*. Gemäss Art. 716 ff. OR gehört es begriffsnotwenigerweise zum Wesen des Verwaltungsrates, dass er auf die Entscheidungsfindung der Aktiengesellschaft massgeblichen Einfluss hat. Gleiches gilt für den *Gesellschafter und die Gesellschafterin einer GmbH*. Solange diese Stellung beibehalten wird, ist ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ohne weitere Prüfung ausgeschlossen. In den anderen Fällen ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, welche Entscheidungsbefugnisse den Personen aufgrund der internen betrieblichen Struktur tatsächlich zukommen. Eine arbeitgeberähnliche Stellung kann auch vorliegen, wenn der arbeitnehmenden Person aufgrund der finanziellen Beteiligung massgebende Entscheidungsbefugnisse zukommen.

2.4. Mitarbeitende Ehegatten und Ehegattinnen

Neben den Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sind auch ihre im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten oder Ehegattinnen grundsätzlich nicht anspruchsberechtigt. Ab dem Datum der Scheidung besteht Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 AVIG erfüllt sind.

2.5. Verlust der arbeitgeberähnlichen Stellung

Damit eine versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss ihr Ausscheiden aus der Firma bzw. die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung definitiv sein. Mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist noch nichts über die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung entschieden. Eine Überschuldung des Betriebes, die Gewährung der Nachlassstundung oder eine vorübergehende Betriebseinstellung / Betriebsstilllegung ist ebenfalls nicht geeignet, ein definitives Ausscheiden der arbeitgeberähnlichen Person zu belegen.

Folgende Sachverhalte führen zum definitiven Ausscheiden bzw. zur endgültigen Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung (vgl. AVIG-Praxis des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO, Oktober 2012, Rz. B27):

- Auflösung des Betriebes;
- Konkurs des Betriebes;
- Verkauf des Betriebes oder der finanziellen Beteiligung;
- Kündigung mit gleichzeitigem Verlust der arbeitgeberähnlichen Stellung.

Der Eintrag im Handelsregister wird von der Rechtsprechung als wichtiges und einfach zu handhabendes Kriterium berücksichtigt, um eine arbeitgeberähnliche Stellung zu beurteilen. Grundsätzlich wird erst mit der Löschung des Eintrages der arbeitgeberähnlichen Person im Handelsregister für Dritte in verlässlicher Weise kundgetan, dass die Person definitiv aus der Firma ausgetreten ist bzw. die arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgegeben hat. Widersprechen die tatsächlichen Gegebenheiten jedoch eindeutig und nachweislich dem Handelsregistereintrag, ist von ersteren auszugehen. So kann beispielsweise der tatsächliche Rücktritt auch anhand eines Beschlusses der Generalversammlung (Rücktritt aus dem Verwaltungsrat einer AG) oder einer notariellen Urkunde über den Austritt aus der GmbH nachgewiesen werden.

Für den Fall, dass die Liquidation der Firma beschlossen wird, gilt es zusätzlich Folgendes zu beachten: Behält die versicherte Person auch nach dem Liquidationsbeschluss eine arbeitgeberähnliche Stellung (und allenfalls sogar noch die Funktion als Liquidator) bei, ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bis zur Löschung der Firma im Handelsregister zu verneinen.

Mit dem Konkurs eines Betriebes geht grundsätzlich die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung einher. Wird der Konkurs jedoch mangels Aktiven eingestellt, dauert der Zustand der Liquidation an. Hat die versicherte Person nach Konkurseinstellung mangels Aktiven ihre arbeitgeberähnliche Stellung (und

allenfalls zusätzlich die Funktion als Liquidator) inne, ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ebenfalls bis zur Löschung der Firma im Handelsregister abzulehnen.

2.6. Tatsächlicher Lohnbezug

Bei Personen, die vor Ihrer Arbeitslosigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung inne hatten, hat die Kasse mit besonderer Vorsicht zu prüfen, ob diese tatsächlich einen Lohn bezogen haben. Diese Abklärungspflicht erstreckt sich auch auf die mitarbeitenden Ehegatten und Ehegattinnen.

Lassen sich Bank- oder Postbelege beibringen, ist der Lohnfluss und damit die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung in der Regel nachgewiesen. Wurde der Lohn jedoch bar bezogen, muss die Arbeitslosenkasse andere Beweismittel (z.B. das bei der Steuerverwaltung mit einem Lohnausweis deklarierte Einkommen, Lohnquittungen, durch ein Treuhandbüro geführte Geschäftsbücher, u.a.) zum Nachweis des effektiven Lohnbezuges heranziehen.

Ergeben sich aufgrund der eingereichten Belege keine klaren Rückschlüsse auf die in der fraglichen Zeit effektiv ausbezahlten Löhne, liegt Beweislosigkeit zu Lasten der versicherten Person vor, womit ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneint werden muss.

Literaturhinweis:

AVIG-Praxis ALE des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO (gültig ab 2018),

<https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html>