

## **MERKBLATT: Arbeitnehmer in der eigenen AG oder GmbH:**

### **Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung?**

#### **Einleitung**

Nachfolgend soll die Frage behandelt werden, unter welchen Bedingungen eine arbeitnehmende Person, die in der eigenen Firma (AG / GmbH) angestellt ist bzw. war, Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben kann. Dazu ist aber zuerst eine Abgrenzung zu selbstständigerwerbenden Personen notwendig.

#### **Abgrenzung zu Selbstständigerwerbenden**

Sozialversicherungsrechtlich gelten Frauen und Männer als selbstständigerwerbend, wenn sie:

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

Selbstständigerwerbende treten nach aussen mit einem Firmennamen auf. Das heisst, sie besitzen beispielsweise einen Eintrag im Handelsregister, ein eigenes Brief- und Werbematerial oder eine Bewilligung zur Berufsausübung. Sie stellen zudem in eigenem Namen Rechnung, tragen das Inkassorisiko und rechnen Mehrwertsteuer ab. Eine selbstständig erwerbende Person trägt das eigene wirtschaftliche Risiko. Das heisst, sie tätigt Investitionen mit langfristigem Charakter, kommt für ihre Betriebsmittel auf und zahlt die Miete für die Arbeitsräume selbst. Sie ist zudem frei bei der Auswahl der Arbeiten. Selbstständigerwerbende können ihre Betriebsorganisation selbst wählen, sie bestimmen ihre Präsenzzeit, die Organisation ihrer Arbeit und ob sie Arbeiten an Dritte weitergeben. Selbstständigerwerbende können für mehrere Arbeitgeber tätig sein. Als selbstständigerwerbend gilt auch, wer andere Personen beschäftigt.

Ob eine Person im Sinne der AHV selbstständig erwerbend ist, beurteilt die AHV-Ausgleichskasse im Einzelfall.

#### **Firma in der Form einer Aktiengesellschaft (AG) oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)**

Eine AG oder eine GmbH ist eine selbständige juristische Person. Funktionsfähig wird sie durch Arbeiten, die von natürlichen Personen ausgeführt werden. Das heisst, die Arbeiten werden aus einem Arbeitnehmerverhältnis heraus wahrgenommen.

Bei Personen, die in ihrer eigenen AG oder GmbH arbeiten, stellen sich verschiedene Fragen, wie zum Beispiel die Art und der Umfang der Anstellung, die Art und die Höhe der Entlohnung, die Unterstellung unter die obligatorischen Bestimmungen der AHV/IV/EO, der Unfallversicherung, der beruflichen Vorsorge. Diese Fragen müssen gleichzeitig aus der Optik als Arbeitgebende und aus der Optik als Arbeitnehmende beurteilt und gelöst werden. Die Lösung sollte vor Beginn der Arbeiten in schriftlicher Form festgelegt werden (schriftlicher Arbeitsvertrag).

Mit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der eigenen AG oder GmbH beginnt auch die Beitragspflicht an die AHV/IV/EO/ALV, da diese Tätigkeit als unselbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert wird. Die Beitragszahlung an die AHV-Ausgleichskasse durch den Arbeitgeber erfolgt vierteljährlich, wenn die gesamte Lohnsumme kleiner ist als CHF 200'000.-. Der Arbeitgeber zieht die Hälfte des Beitrages vom Lohn des Arbeitnehmenden ab.

#### **Wirtschaftlich bedingte Schwierigkeiten**

Wenn wirtschaftlich bedingte Schwierigkeiten auftreten, steht im Rahmen der Arbeitslosenversicherung die Kurzarbeitsentschädigung unter bestimmten Voraussetzungen zur Verfügung. Die Bewilligung von Kurzarbeit erfolgt durch die zuständige Amtsstelle.

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

Wird nun als Folge dieses Ausschlusses auf Kurzarbeitsentschädigung das Arbeitsverhältnis ganz aufgelöst oder im zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung reduziert und ein Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gestellt, so liegt eine Umgehung der aufgeführten Ausschlussbestimmungen der Kurzarbeitsentschädigung vor, sofern die arbeitgeberähnliche Stellung, aufgrund derer kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, beibehalten wird. Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung muss daher von der zuständigen Arbeitslosenkasse laut Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) (BGE 123 V 234 ff) abgelehnt werden.

Die Ablehnung ergibt sich aus Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) und der damit verbundenen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Das EVG präzisierte diese Regelung, indem es festhielt, dass der Wortlaut von Art. 31 Abs. 3 AVIG analog auf die Anspruchsberechtigung bezüglich Arbeitslosenentschädigung angewandt werden müsse (vgl. BGE 123 V 234 ff.).

Amtet ein Arbeitnehmer als Verwaltungsrat, ist eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinn von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG von Gesetzes wegen gegeben, gehört es nach Art. 716 ff. OR begriffsnotwendigerweise doch zum Wesen eines Verwaltungsrates, dass er auf die Entscheidungsfindung der Aktiengesellschaft massgeblichen Einfluss hat, und sei es auch bloss in Form der Oberleitung oder der Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen (BGE 122 V 273). Dasselbe gilt sowohl für den geschäftsführenden Gesellschafter als auch für den Geschäftsführer einer GmbH. Solange diese Stellung beibehalten wird, ist ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ohne weitere Prüfung ausgeschlossen. In den übrigen Fällen ist die arbeitgeberähnliche Stellung im Einzelfall anhand der finanziellen Beteiligung oder Entscheidungsbefugnisse zu prüfen.

Unter Berücksichtigung der erwähnten Rechtsprechung ist es notwendig, dass diese arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb und die damit verbundene Dispositionsfreiheit aufgegeben werden, damit die weiteren Anspruchsvoraussetzungen zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 AVIG geprüft werden können.

Dies kann in folgenden Schritten geschehen:

AG:

1. Der Sitz im Verwaltungsrat und/oder eine andere arbeitgeberähnliche Position (z.B. Direktor) muss aufgegeben werden => Kopie der Austrittserklärung aus dem Verwaltungsrat bzw. eine Kopie des Demissionsschreibens.
2. Falls massgeblich am Aktienkapital beteiligt, muss diese Beteiligung ganz an einen Dritten veräussert oder zumindest massiv reduziert werden. Es darf nicht an den Ehepartner übertragen werden, da den mitarbeitenden Ehegatten auch eine arbeitgeberähnliche Stellung zukommt (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG).

GmbH:

1. Austritt aus der Firma als geschäftsführender Gesellschafter oder zumindest Rücktritt als Geschäftsführer und Löschung der Unterschriftsberechtigung => Kopie der Öffentlichen Beurkundung.
2. Falls massgeblich am Stammkapital beteiligt, muss diese Beteiligung ganz an einen Dritten veräussert oder zumindest massiv reduziert werden. Es darf nicht an den Ehepartner übertragen werden, da den mitarbeitenden Ehegatten auch eine arbeitgeberähnliche Stellung zukommt (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG).

**Für den Fall, dass die Liquidation der Firma beschlossen wird, gilt es Folgendes zu beachten:**

Hat die versicherte Person trotz Liquidationsbeschluss weiterhin ihre arbeitgeberähnliche Stellung (und möglicherweise sogar noch die Funktion als LiquidatorIn) inne, ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bis zur Löschung der Firma im Handelsregister abzulehnen. Es obliegt jedoch der versicherten Person nach Kenntnis der Rechtslage die Vermutung des Vorliegens eines Missbrauchsrisikos während der Liquidationsphase zu widerlegen. Dies gelingt ihr dann, wenn sie aufgrund der konkreten Umstände darzulegen vermag, dass trotz Stellung als Liquidator/in eine Reaktivierung des Betriebes bzw. eine Missbrauchsfahr praktisch ausgeschlossen werden kann.

Dazu müssen die folgenden Bedingungen kumulativ erfüllt sein:

- Kleinunternehmen, deren Besitz sich auf eine oder wenige Personen aufteilt (bspw. Familienbetrieb, Einpersonen-AG, Einpersonen-GmbH);
- Auflösungsbeschluss durch die Generalversammlung (AG) oder Gesellschaftsversammlung (GmbH), Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 und 808b Abs. 1 Ziff. 11 OR;
- erfolgte Anmeldung der Liquidation beim Handelsregisteramt („Firma XY in Liquidation“);
- es gibt wenig oder kaum mehr etwas zu liquidieren (Inventarliste der zu liquidierenden Aktiven);
- es lässt sich faktisch ausschliessen, dass die bisherige Geschäftstätigkeit weiter ausgeübt wird (Auflösung Mietvertrag, Telefon, Versicherungen, Einstellung der Internetseite etc.);
- keine Lohnbezüge während der Liquidationsphase (schriftliche Bestätigung des Liquidators oder der Liquidatorin).

Wenn es der versicherten Person beweismässig nicht gelingt, die Vermutung des Vorliegens eines Missbrauchsrisikos während der ordentlichen Liquidation umzustossen, muss der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung abgelehnt werden. In diesem Fall weisen wir Sie darauf hin, dass Sie sich während der Liquidationsphase nach Möglichkeit weiterhin den beitragspflichtigen Lohn ausrichten, um nach Abschluss des Liquidationsverfahrens über genügend Beitragszeiten zu verfügen.

**Bei Eröffnung eines Konkursverfahrens:**

Mit dem Konkurs eines Betriebes geht grundsätzlich die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung einher. Ebenso endet die arbeitgeberähnliche Stellung normalerweise auch im Zeitpunkt einer Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven (Art. 230 SchKG). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Firma erst drei Monate nach der publizierten Einstellung des Konkursverfahrens von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht wird, sofern kein begründeter Einspruch erhoben wurde (Art. 159 Abs. 5 Bst. a HregV).

Wie das Bundesgericht in aktueller Rechtsprechung präzisiert hat, gibt es bei der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven in der Regel nichts oder kaum mehr etwas zu liquidieren. Für die kurze verbleibende Zeit bis zur amtlichen Löschung des Betriebes im Handelsregister könne im Betrieb kaum mehr etwas Relevantes geschehen. Insbesondere sei unwahrscheinlich, dass sich die versicherte Person wieder in ihrer Firma einstellt und ein Einkommen erzielt. Von diesen Annahmen kann selbst dann ausgegangen werden, wenn die versicherte Person in bisher arbeitgeberähnlicher Stellung formalrechtlich als Liquidator/in bezeichnet ist.

Soweit keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen, kann die Kasse somit von der Vermutung ausgehen, dass selbst bei Stellung als Liquidator/in - bereits im Zeitpunkt der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven die arbeitgeberähnliche Stellung beendet ist und die Vermittlungsfähigkeit bejaht werden kann.

**Weitere Informationen:**

Eine Überschuldung des Betriebes, die Gewährung einer Nachlassstundung oder eine vorübergehende Betriebseinstellung/Betriebsstilllegung ist nicht geeignet, ein definitives Ausscheiden der arbeitgeberähnlichen Person zu belegen. Da die Nachlassstundung nicht zwingend zu einer Auflösung einer Gesellschaft führt, bleibt bis zum Abschluss des Nachlassstundungsverfahrens offen, ob ein Betrieb definitiv geschlossen wird. Anders als beim Konkurs bleibt es dem Schuldner oder der Schuldnerin überdies möglich, den Betrieb weiterzuführen.

**Prüfung auf Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung:**

Damit die übrigen Anspruchsvoraussetzungen geprüft werden, muss die versicherte Person der Kasse mitteilen, ob sie definitiv aus der Firma ausscheiden wird.

Wichtig ist, dass sämtliche Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 AVIG erfüllt sein müssen, damit Taggeldleistungen ausgerichtet werden dürfen. Die Lohnzahlungen sind anhand von Bank- oder Postbelegen nachzuweisen, damit die Arbeitslosenkasse das Arbeitsverhältnis als Beitragszeit akzeptieren kann (Staatssekretariat für Wirtschaft [seco], AVIG Praxis ALE, Rz B144 ff). Mit der korrekten Abrechnung gegenüber der Ausgleichskasse alleine ist der effektive Lohnfluss noch nicht nachgewiesen.

Dieses Merkblatt vermittelt nur eine allgemeine Übersicht. Für die Beurteilung von Einzelfällen sind ausschliesslich die gesetzlichen Bestimmungen massgebend.