

 jetzt bestellen

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer



Schulthess 

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020
ISBN 978-3-7255-7962-4

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
BÄRTSCHI HARALD Vom papierlosen Wertpapier zum Robo-Verwaltungsrat: Gesellschaftsrecht im digitalen Wandel	1
BEHNISCH URS R./OPEL ANDREA Grenzen der Massgeblichkeit und Gestaltungsmöglichkeiten	19
BRAENDLI BEAT Internationalisierung des schweizerischen Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts	31
BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT Wann und was das öffentliche Recht vom Privatrecht lernen kann	57
BÜHLER CHRISTOPH B. Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert	75
CRAMER CONRADIN Zwischen Pragmatismus und Zahlenmagie – Die zwingende Zahl der Gründer und Gesellschafter im schweizerischen Gesellschaftsrecht	103
DIEM HANS-JAKOB Der selektive Aktienrückkauf	117
DRUEY JEAN NICOLAS Das Prinzip des Wohlwollens	135
EBERLE RETO Berichterstattung weiter gedacht – Überlegungen zur Zukunft der Jahresrechnung	147
EMMENEGGER SUSAN/REBER MARTINA Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung	165
FANKHAUSER ROLAND/FISCHER NADJA Das minderjährige Vereinsmitglied	175
	VII

FLEISCHER HOLGER	
Idiosynkrasien im deutschen Personengesellschaftsrecht aus schweizerischer Sicht	189
FORSTMOSER PETER	
Plädoyer für eine Reform des Genossenschaftsrechts	205
FUKUTAKI HIROYUKI	
Die Übernahme der Business Judgment Rule und ihre dogmatische Einordnung in das japanische Aktienrecht	237
GLANZMANN LUKAS/GUIDOUM SAMMY	
Die gesetzliche Kapitalreserve – Bilanzieller Ausweis, Bestandteile und Ausschüttung	251
GLESS SABINE	
Konzernverantwortung – Entwicklungslinien aus strafrechtlicher Sicht	265
HAAS ULRICH/HESSERT BJÖRN	
The legal regime applicable to disciplinary measures by sports associations – one size does not fit all	279
HAFNER FELIX/REIMANN MARTIN	
Die Meldung von Missständen (Whistleblowing) im öffentlichen Dienstrecht	293
HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J./SCHÖNMANN ZENO	
COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht – Massnahmen des Bundes gegen Massenkonkurse	311
JENNY DAVID	
Corporate Governance staatlich beherrschter Unternehmen: Einige Überlegungen am Beispiel der politischen Debatten im Kanton Basel-Stadt	335
JUNG PETER	
Verträge der Personengesellschaft mit ihren Gesellschaftern	347
JUTZI THOMAS/HERZOG MARTINA	
Transparenz im Genossenschaftsrecht: Selbstzweck oder Bestandteil der Corporate Governance?	363
KENEL LUCA	
Die Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich	391

KRAMER ERNST A.	
Anmerkungen zur Publizität des Handelsregisters (aus Anlass der Neuregelung in Art. 936b OR)	405
KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/FINK JOEL	
Die neuen Verjährungsfristen und die auftragsrechtliche Aktenaufbewahrung	417
KULL MICHAEL	
Die Manifestation politischer Ansichten durch Berufsfussballer in der Schweiz – eine rechtliche Auslegeordnung	441
LENGAUER DANIEL	
Corporate Governance in Genossenschaftsverbänden	457
MABILLARD RAMON	
Kreditgebende Banken in der Sanierung – Von der rechtlichen Bedeutung des Sanierungskonzepts	475
MÜLLER KARIN/FELLMANN WALTER/LEU SIMON	
Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters bei der Liquidation der Gesellschaft	491
MÜLLER LUKAS/MUSLIU NAGIHAN	
Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats	501
NOBEL PETER	
Zu Corporate Governance	519
PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL	
Die arbeitslosenversicherungsrechtliche Einordnung von Verwaltungsrätin, Geschäftsführer und Co. – Ein Kurzüberblick	531
PIETH MARK/ZERBES INGEBORG	
«Beaching»	547
RÜEGG ERICH	
Die Haftung für Grundstückskontaminationen bei Unternehmenstransaktionen . . .	561
SCHMID JÖRG	
Einfache Gesellschaft und Miteigentümergeinschaft bei Grundstücken	573

SCHROETER ULRICH G. Die Fremdwährungssubstitutionsbefugnis des Zahlungsschuldners (Art. 84 Abs. 2 OR) im internationalen Handel	585
SIMONIELLO DANIELE Die Aktie ohne Dividende	599
STAEHELIN DANIEL Das Retentionsverzeichnis in der Nachlassstundung	611
STRUB YAEL Die Beendigung der Hinterlegung von Sportpferden	619
SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO Vorprozessuale Vergleiche über erbrechtliche Gestaltungs- klagerechte	635
TANNER BRIGITTE Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktien- gesellschaft – eine Standortbestimmung	653
TRIGO TRINDADE RITA Droits d’emption dans les statuts d’une SARL	675
TROXLER TIZIAN Die Entwicklung des schweizerischen Genossenschaftsrechts	691
TRUNIGER CHRISTOF/WERNER MARTIN Die Koordination der werkvertraglichen Ansprüche der Stockwerkeigentümer	709
TSCHÄNI RUDOLF Vinkulierung: Building Trust nach SIKA	721
VIONNET-RIEDERER FLURIN/BATSCHWAROFF BLANKA Auslegungsmaximen im Rechnungslegungs- und Stiftungsrecht	731
VONZUN RETO Die einfache Gesellschaft im Zivilprozess – ausgewählte Fragen	751
WATTER ROLF/BÄNZIGER MICHAEL Die Business Judgment Rule in der Praxis – Unternehmensinterne Entscheidungs- verfahren im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	767

WIDMER LÜCHINGER CORINNE	
Die Haftung von Banken bei Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Staaten – zugleich ein Beitrag zu Art. 41 und 50 OR	785
WOHLERS WOLFGANG	
«Exzessive» Managersaläre – ein Problem des Strafrechts?	801
YANAGA MASAO	
Accounting and Auditing for SMEs in Japan	819
ZECH HERBERT/VALLONE VERA	
Immaterialgüter als Sacheinlage	833
ZELLWEGER CASPAR/ZURKINDEN PHILIPP	
Ausdehnung der Sanktionstatbestände und die bundesgerichtliche Schaffung von rechtsfreiem Raum für staatliches Handeln im schweizerischen Kartellrecht	847
Verzeichnis der Schriften von Lukas Handschin	861

Die arbeitslosenversicherungsrechtliche Einordnung von Verwaltungsräten, Geschäftsführer und Co. – Ein Kurzüberblick

KURT PÄRLI/CAMILL OBERHAUSSER*

Inhaltsverzeichnis

I. Grundsätze der Arbeitslosenversicherung.....	532
II. ALV-Unterstellung <i>in casu</i>	533
1. Verwaltungsräte und Verwaltungsrätinnen sowie Geschäftsleitung einer AG.....	534
2. GesellschafterInnen einer GmbH.....	535
3. GeschäftsführerInnen einer GmbH	536
4. Im Betrieb arbeitende MehrheitsinhaberInnen.....	536
5. AlleinaktionärInnen.....	536
6. InhaberInnen einer Einzelfirma.....	537
III. Leistungsausschluss bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung.....	537
IV. Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung.....	538
1. VerwaltungsräteInnen einer AG und GesellschafterInnen einer GmbH.....	539
2. Mitgliedschaft in einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium	539
3. Finanzielle Beteiligung	540
4. Mitarbeitende Ehe- oder eingetragene PartnerInnen.....	541
5. Zusammenfassung.....	541
V. Leistungsberechtigung durch Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung....	542
VI. Kritik und Ausblick	543
1. Lösungsansatz der Beitragspflichtbefreiung	543
2. Schaffung einer einschränkenden gesetzlichen Grundlage	544
3. Rückerstattungsanspruch als Lösung?.....	544

Lukas Handschin ist ein ausgewiesener Experte sowohl im Rechnungslegungs- als auch im Gesellschaftsrecht. Beide Rechtsgebiete haben nur wenige Überschneidungen mit den Forschungsschwerpunkten einer Professur für Soziales Privatrecht. Dennoch gibt es wichtige

* Prof. Dr. iur. Kurt Pärli ist Inhaber der Professur für Soziales Privatrecht an der Universität Basel. Camill Oberhausser, MLaw war studentischer Mitarbeiter von Prof. Dr. iur. Kurt Pärli.

Berührungspunkte. Zu denken sei beispielsweise an die 2018 von Uber gebildeten Rückstellungen in Höhe von 1,1 Milliarden US-Dollar unter anderem aufgrund der Unsicherheiten in Bezug auf die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation¹ von Uber-FahrerInnen.²

Auch bei anderen Personenkategorien sorgt die Einordnung im Sozialversicherungsrecht für Diskussionen. Das zeigt sich bei der Frage nach dem sozialversicherungsrechtlichen Status von Verwaltungsrätinnen, Geschäftsführern und im Betrieb arbeitenden Mehrheitsinhaberinnen. In der Regel wird die Tätigkeit solcher Personen als «unselbstständig erwerbend» im AHV-rechtlichen Sinne qualifiziert.³ In der Arbeitslosenversicherung (ALV) haben sie den Status «arbeitgeberähnliche Stellung». Dies bedeutet, dass es sich zwar aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht um Arbeitnehmende handelt, diese somit beitragspflichtig sind, bei einem Stellenverlust Leistungen aus der ALV aber wegen eines potentiellen Missbrauchsrisikos verweigert werden, wenn die Einflussmöglichkeit auf die Entscheidungen der Unternehmung trotz Kündigung fortbesteht.

Nachfolgend soll über diese Thematik ein Überblick gegeben werden. Zuerst wird die Beitragspflicht und die Leistungsberechtigung in der ALV im Allgemeinen dargestellt. Es folgt eine Einordnung der Beitragspflicht von Verwaltungsrätinnen, Geschäftsführern und Co. sowie eine Darstellung der Figur der «Person in arbeitgeberähnlicher Stellung». Der Beitrag schliesst mit einem Ausblick.

I. Grundsätze der Arbeitslosenversicherung

Die Arbeitslosenversicherung ist grundsätzlich eine obligatorische Versicherung für ArbeitnehmerInnen. Die Versicherteneigenschaft erfüllen ArbeitnehmerInnen, die nach dem AHVG obligatorisch versichert und beitragspflichtig für Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit sind.⁴ Der Arbeitnehmerbegriff ist für die schweizerischen Sozialversicherungen im Prinzip ein einheitlicher.⁵ Es wird an die AHV-rechtliche Qualifikation angeknüpft, welche dann grundsätzlich für sämtliche anderen Versicherungen gilt.⁶

Selbständigerwerbende sind nicht gegen Arbeitslosigkeit versichert. Dies obwohl BV 114 II c die Schaffung einer freiwilligen Versicherung vorsieht. Eine solche wurde bis

¹ Siehe dazu etwa PÄRLI KURT, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen der Sharing Economy, Zürich/Basel/Genf 2019; RIHM THOMAS, Vermittlungsplattformen sind keine Arbeitgeber, in: Jusletter 1. April 2019.

² Vgl. UBER TECHNOLOGIES, Inc., Securities Registration Statement, Index to Consolidated Financial Statements vom 26.4.2019, F-70, abrufbar unter <<https://d18rn0p25nwr6d.cloudfront.net/CIK-0001543151/f0dcd9ae-31ea-40c2-ac8b-36d85158c8a2.pdf>> (24.2.2020); siehe auch SRF-Beitrag «Die Kuckucks-Wirtschaft» vom 20.5.2019 in der Sendung ECO, 00:19:29, abrufbar unter <<https://www.srf.ch/play/tv/eco/video/die-kuckucks-wirtschaft?id=26586b7b-085d-4e3a-9e8d-9d76c8f25c3e>> (24.2.2020).

³ Siehe dazu die Ausführungen in II., untenstehend.

⁴ AVIG 2 I a; siehe auch SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 4. A., Basel 2012, 585.

⁵ KIESER UELI, ATSG Kommentar, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2015, ATSG 10 N 3 ff.

⁶ Vgl. FREY FÉLIX/MOSIMANN HANS-JAKOB/BOLLINGER SUSANNE, AHVG/IVG Kommentar, Zürich 2018, ATSG 10 N 1; KIESER (Fn. 5), ATSG 10 N 12 m.w.H.

heute nicht eingerichtet.⁷ Der Grund liegt darin, dass Erwerbslosigkeit einer selbstständigen Person als nicht versicherbares Unternehmerrisiko betrachtet wird.⁸

Damit ist die Eigenschaft als unselbständig Erwerbende beziehungsweise unselbständig Erwerbender entscheidend. Die Kriterien zur Beurteilung des Vorliegens von Selbständigkeit oder Unselbständigkeit sind im Sozialversicherungs-, im Zivil- und im Steuerrecht nicht in jedem Fall deckungsgleich.⁹

Unselbständige Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungsrecht liegt bei Personen vor, die von einer Arbeitgeberin in betriebswirtschaftlicher und arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig sind und kein Unternehmerrisiko tragen.¹⁰ Zur Beurteilung hat stets eine Gesamtwürdigung aller Umstände stattzufinden.¹¹

Die Beitragspflicht in der ALV besteht für die Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber.¹² Die Beiträge werden paritätisch bezahlt und betragen aktuell 2.2 % bis zur Grenze eines Jahreslohnes von CHF 148 200.¹³ Auf dem Einkommensanteil über CHF 148 200 wird ein ALV-Beitrag von 1 % (Solidaritätsprozent) erhoben.¹⁴

II. ALV-Unterstellung *in casu*

Entscheidend, damit eine Person in der ALV versichert ist, ist ihre Qualifikation als unselbständig erwerbstätig. Es fragt sich demnach, ob Verwaltungsrätinnen, Geschäftsführer, Alleinaktionärinnen und Co. als selbständig oder unselbständig Erwerbende zu qualifizieren sind. Die Antwort auf diese Frage ist nicht auf der Hand liegend und unterscheidet sich je nach konkretem Fall. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die AG und die GmbH.

Wie bereits ausgeführt, kann sich die arbeits-, die steuer- und die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation der Erwerbstätigkeit unterscheiden.

⁷ GÄCHTER THOMAS, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Hrsg: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., 3. A., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 114 N 17.

⁸ BBl 2001 2254; siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates auf das Postulat Savary vom 19.12.2008 (08.4047, Kleine Selbstständigerwerbende als vergessene Opfer der Krise, abgeschrieben).

⁹ JANETT ANNINA, ATSG 10 N 4 f., in: Basler Kommentar zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), Hrsg: Frésard-Fellay Ghislaine/Klett Barbara/Leuzinger-Naef Susanne, Basel 2019; MÜLLER ROLAND, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich/Basel/Genf 2005, 375.

¹⁰ BGE 123 V 163 E. 1; JANETT (Fn. 9), ATSG 10 N 11; KIESER UELI, Alters- und Hinterlassenenversicherung, 3. Aufl., Zürich 2012, AHVG 5 N 9.

¹¹ Ebd.

¹² AVIG 2 I.

¹³ AVIG 3.

¹⁴ Vgl. AVIG 90c I.

1. Verwaltungsräte und Verwaltungsrätinnen sowie Geschäftsleitung einer AG

Beispielsweise ist es umstritten, ob im Verhältnis zwischen einer AG und ihren Verwaltungsrätinnen zivilrechtlich ein Arbeitsvertrag, ein Auftrag oder ein organschaftliches Verhältnis vorliegt.¹⁵ Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht legt indes AHVV 7 lit. h fest, dass Entschädigungen und Sitzungsgelder aus der Verwaltungsratsstätigkeit als unselbständiger Erwerb einzuordnen sind.¹⁶ Gemäss MÜLLER ist jedoch stets auf den konkreten Einzelfall abzustellen.¹⁷ Dabei sind folgende Kriterien heranzuziehen:¹⁸

Auf Selbständigkeit deutet das Auftreten nach aussen unter einem eigenen Firmennamen hin. Dies kann sich in einem Handelsregister- oder Telefonbucheintrag, durch eigenes Brief- und Werbematerial oder durch eine Bewilligung zur Berufsausübung manifestieren. Weiter geschieht die Rechnungsstellung in eigenem Namen und es erfolgt eine eigene Mehrwertsteuerabrechnung. Diese Kriterien sind bei der Ausübung eines Verwaltungsratsmandates kaum je erfüllt.

Selbständige tragen ein eigenes wirtschaftliches Risiko. Dazu gehört die Tätigkeit von langfristigen Investitionen, die eigene Finanzierung von Betriebsmitteln, die Selbsttragung des Inkassorisikos oder beispielsweise der Arbeitsraummiete. In einer Aktiengesellschaft trägt diese das wirtschaftliche Risiko und grundsätzlich nicht die Mitglieder des Verwaltungsrats.

Die Wahl der Betriebsorganisation liegt im Ermessen einer selbständig erwerbenden Person. Dies umfasst das Bestimmen der eigenen Präsenzzeit, die Organisation der Arbeit sowie die Weitergabe von Arbeiten an Dritte. Diese Charakteristika können beim Ausüben eines Verwaltungsratsmandates durchaus einschlägig sein.

Die Tätigkeit für mehrere Auftraggeber ist ein weiteres Indiz für Selbständigkeit. Die Ausübung mehrerer Verwaltungsratsmandate durch die gleiche Person ist keine Seltenheit.

Die Beschäftigung von anderen Personen, welche ebenfalls auf Selbständigkeit hindeuten kann, ist durch Verwaltungsrätinnen ebenso denkbar, z.B. durch Anstellung einer Assistenten.

Obwohl die Beurteilung dieser Kriterien keine eindeutige Antwort liefert, ist die Verwaltungsratsstätigkeit sozialversicherungsrechtlich in der Regel als eine unselbständige zu qualifizieren.¹⁹ Nur in einem Fall, in dem die Beurteilung aller genannten Kriterien auf eine

¹⁵ MÜLLER (Fn. 9), 49.

¹⁶ MÜLLER (Fn. 9), 375.

¹⁷ MÜLLER (Fn. 9), 375.

¹⁸ Siehe Merkblatt 2.02 – Beiträge der Selbständigerwerbenden an die AHV, die IV und die EO der Informationsstelle AHV/IV, Stand Januar 2020, abrufbar unter <<https://www.ahv-iv.ch/p/2.02.d>> (24.2.2020), Ziff. 1; die nachfolgenden Ausführungen basieren auf MÜLLER (Fn. 9), 375 f.

¹⁹ Vgl. BGE 133 V 498 E. 3.1.2; Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML), Stand Januar 2020, Rz. 2050; MÜLLER (Fn. 9), 376; KIESER UELI, Der Verwaltungsrat im Sozialversicherungsrecht, SZW 2006, 181 ff., 184 m.w.H.

selbständige Erwerbstätigkeit deutet, könnte Selbständigkeit angenommen werden.²⁰ Eine Person, die in einer Unternehmung ein Verwaltungsratsmandat ausübt, kann für die gleiche Unternehmung aber auch weitere Funktionen übernehmen. Zu denken ist beispielsweise an eine Tätigkeit als Anwältin oder Beraterin. Diese ist sozialversicherungsrechtlich eigenständig zu qualifizieren.²¹ Bei der konkret in Frage stehenden Verwaltungsrätin kann es sich weiter auch um eine Person handeln, die neben ihrer VR-Tätigkeit normal in der Unternehmung angestellt ist und somit quasi eine Doppelfunktion als «normale Arbeitnehmerin» sowie Verwaltungsrätin innehat.²²

Die Geschäftsführung einer AG kann dem Verwaltungsrat obliegen, es kann für die operationelle Leitung aber auch eine Geschäftsleitung eingesetzt werden. Sofern die Geschäftsleitungsmitglieder einen massgebenden AHV-Lohn erhalten, was in der Regel der Fall sein wird, gelten auch diese als unselbständig erwerbend.²³

2. GesellschafterInnen einer GmbH

Ein Gesellschafter, der in seiner GmbH arbeitet, bezieht dafür einen AHV-pflichtigen Lohn und gilt damit gemäss AHVG als unselbständig erwerbend. Zu beachten ist, dass die Beitragspflicht nicht dadurch umgangen oder vermindert werden kann, indem anstelle eines Lohnes eine (höhere) Gewinnausschüttung getätigt wird. Personen, die sowohl Arbeitnehmer als auch Gesellschafter sind, erhalten einerseits eine Entschädigung für die geleistete Arbeit und andererseits einen angemessenen Vermögensertrag. Vergütungen, die als reiner Kapitalertrag zu betrachten sind, gehören nicht zum massgebenden Lohn. Der Gesellschaft steht ein erheblicher Ermessensspielraum zu, wie sie die Aufteilung vornimmt. Ausgleichskassen können die Angemessenheit des Lohnes nicht frei überprüfen. Bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn beziehungsweise zwischen eingesetztem Vermögen und Gewinnausschüttung hat die Ausgleichskasse jedoch von der durch die Gesellschaft gewählten Aufteilung abzuweichen. Die Ausgleichskasse beurteilt dazu sowohl das Verhältnis zwischen deklariertem AHV-Einkommen und einem branchenüblichen Gehalt als auch zwischen Gewinnausschüttung und Eigenkapital.²⁴

²⁰ Siehe dazu das Beispiel bei MÜLLER (Fn. 9), bei dem ein Rechtsanwalt als Berater im Verwaltungsrat Einsitz nimmt und dafür kein Verwaltungsrats honorar bezieht, sondern nach Aufwand abrechnet, MÜLLER (Fn. 9), 376. Siehe auch BGE 105 V 113; WML (Fn. 19), Rz. 2057. Zu differenzieren ist auch der Fall, in welchem ein Verwaltungsrat durch eine beauftragte Drittunternehmung gestellt wird, bei welcher besagter Verwaltungsrat Arbeitnehmer ist (sog. Mandatsverträge). Die Vergütung des Verwaltungsrates ist in diesem Falle nicht AHV-pflichtig, ansonsten käme es zu einer doppelten Belastung, einerseits bei der Mandatsvergütung andererseits beim von der Drittunternehmung an ihren Arbeitnehmer ausgerichteten Lohn. Siehe dazu BGE 133 V 498; LÖTSCHER RAFAEL/MINNIG MYRIAM/CYRILL HABEGGER, Verwaltungsrat im BVG ver(un)sichert?, swissVR Leitfaden 1/2019, abrufbar unter <<https://swissvr.ch/wp-content/uploads/2019/07/20190712-swissVR-Leitfaden-BVG-final.pdf>> (24.2.2020); KIESER (Fn. 19), 184; WML (Fn. 19), Rz. 2054 f.

²¹ Zum Ganzen KIESER (Fn. 10), AHVG 5 N 91; KIESER, Verwaltungsrat (Fn. 19), 184 m.w.H.; siehe auch BGE 105 V 113.

²² Siehe dazu MÜLLER (Fn. 9), 374 ff.

²³ Vgl. AHVV 7 lit. h; BGE C 267/04 E. 4.2.2; siehe auch den Hinweis in E.4.2.2 auf BGE H 77/04 E. 3.3, wonach die Frage, ob ein geschäftsführender Mehrheitsinhaber oder Alleinaktionär ebenfalls als unselbständig erwerbend zu qualifizieren ist, offengelassen wurde.

²⁴ Siehe zum Ganzen BGE 141 V 634 E. 2.2 m.w.H.

3. GeschäftsführerInnen einer GmbH

Sowohl wenn die Geschäftsführung durch die Gesellschafterinnen selbst wahrgenommen wird als auch wenn eine Drittperson als Geschäftsführerin eingesetzt wird,²⁵ sind diese aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht Arbeitnehmende der GmbH.²⁶ Damit sind sie in der ALV beitragspflichtig.

4. Im Betrieb arbeitende MehrheitsinhaberInnen

MehrheitsinhaberInnen, die im Betrieb arbeiten, stellen keine homogene Gruppe dar. Es kann sich dabei um bereits genannte Personen wie beispielsweise eine Verwaltungsrätin handeln. Aber auch andere Personen, die im Betrieb arbeiten, können eine Mehrheitsbeteiligung halten. Im Betrieb arbeitende MehrheitsinhaberInnen sind als unselbständig erwerbend zu qualifizieren.²⁷

5. AlleinaktionärInnen

Eine Sonderform des Mehrheitsinhabers ist der Alleinaktionär. Umgangssprachlich wird ein in der eigenen Aktiengesellschaft beschäftigter Alleinaktionär in aller Regel als Selbständiger bezeichnet.²⁸ Aus zivilrechtlicher Sicht kann zwischen einem Alleinaktionär und seiner AG auch kein Arbeitsvertrag vorliegen. Es fehlt am Unterordnungsverhältnis. Die Beziehung kann wohl am ehesten als auftragsähnlicher Innominatvertrag bezeichnet werden.²⁹

Sozialversicherungsrechtlich ist die Situation anders zu beurteilen. AHVV 7 zählt Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an die Mitglieder der Verwaltung und der geschäftsführenden Organe zum massgebenden Lohn.³⁰ Dies gilt auch für Gewinnanteile von Arbeitnehmenden.³¹ Diese Einkünfte eines Alleinaktionärs gelten demnach als massgebender Lohn, unabhängig von der Qualifikation von weiteren Entschädigungen. In diesem Ausmass ist der Alleinaktionär deshalb sozialversicherungsrechtlich als unselbständig erwerbend einzuordnen.³² Aber auch der ausgerichtete Lohn stellt Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit dar.

Entsprechend den Ausführungen zu den Gesellschaftern der GmbH gilt auch in Bezug auf Alleinaktionäre, dass der ausgerichtete Lohn AHV-pflichtig ist und dass dieser nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zu den ausbezahlten Dividenden stehen darf.³³

²⁵ Zur Selbst- respektive Drittorganschaft siehe HANDSCHIN LUKAS/TRUNIGER CHRISTOF, Die GmbH, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, 168 ff.

²⁶ Vgl. WML (Fn. 19), Rz. 2049 ff., zivilrechtlich liegt im Verhältnis zu Dritten ein Arbeitsvertrag oder ein Auftrag vor, HANDSCHIN/TRUNIGER (Fn. 25), 170 m.w.H.

²⁷ Vgl. BGE 126 V 212, E. 2a; BGE 144 V 104, E. 3.3.1.

²⁸ GÄCHTER THOMAS, Die Einpersonen-AG aus Sicht des Sozialversicherungsrechts, in: Neue Rechtsfragen rund um die KMU: Erb-, Steuer-, Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht (Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft), Hrsg: Schmid Jörg/Girsberger Daniel, Zürich/Basel/Genf 2006, 93 ff., 138.

²⁹ Zum Ganzen GÄCHTER (Fn. 28), 103.

³⁰ AHVV 7 lit. h.

³¹ AHVV 7 lit. d.

³² GÄCHTER (Fn. 28), 109.

³³ Siehe etwa BGE 134 V 297 m.w.H.

Grundsätzlich gilt also auch der in seiner AG beschäftigte Alleinaktionär als unselbständig Erwerbender.³⁴

6. InhaberInnen einer Einzelfirma

InhaberInnen einer Einzelfirma gelten als selbständig Erwerbende. Damit sind sie nicht beitragspflichtig und somit nicht in der ALV versichert.³⁵

III. Leistungsausschluss bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung

Mit der Ausnahme von InhaberInnen einer Einzelfirma sind die aufgezählten Personenkategorien damit grundsätzlich in der ALV versichert und im Falle des Risikoeintritts auch leistungsberechtigt. Als Leistungen kennt die ALV insbesondere die Kurzarbeitsentschädigung, die Schlechtwetterentschädigung, die Insolvenzenschädigung sowie die praktisch bedeutsamste, die Arbeitslosenentschädigung.

Für die drei erstgenannten regelt das Gesetz explizit den Leistungsausschluss für Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung.³⁶ So legt AVIG 31 III c fest, dass Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können – sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben.³⁷ Eine entsprechende Gesetzesbestimmung für den Ausschluss von Arbeitslosenentschädigung fehlt. In der Praxis wird der Ausschluss mit der Verhinderung einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung von AVIG 31 III c begründet. Diese Praxis geht auf einen Entscheid des ehemaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) zurück.

Im Entscheid BGE 123 V 234 hatte das EVG den Anspruch eines Arbeitnehmers auf Arbeitslosenentschädigung zu beurteilen, dessen Aktiengesellschaft ihm zwar gekündigt hatte, er aber nach wie vor als Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft amte. Das zuständige kantonale Amt hat den Anspruch mit der Begründung verneint, das

³⁴ Differenzierend GÄCHTER (Fn. 28), 113 ff; siehe auch BGE C 267/04 E. 4.2.2 mit Hinweis auf BGE H 77/04 E. 3.3, wonach die Frage, ob ein geschäftsführender Mehrheitsinhaber oder Alleinaktionär ebenfalls als unselbständig erwerbend zu qualifizieren ist, offengelassen wurde.

³⁵ SECO, AVIG-Praxis ALE, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung, Stand Januar 2020, abrufbar unter <<https://www.arbeit.swiss/secoalv/en/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html>> (24.2.2020), Ziff. B13; siehe auch USINGER-EGGER PATRICIA, Selbstständige Erwerbstätigkeit und arbeitgeberähnliche Stellung: ALV-rechtliche Konsequenzen für eine Tortenbäckerin, SZS 2019, 287 ff. mit Anwendungsbeispielen.

³⁶ Siehe AVIG 31 III c (Kurzarbeitsentschädigung), 42 III (Schlechtwetterentschädigung) sowie 51 II (Insolvenzenschädigung).

³⁷ Aufgrund der Ausbreitung der COVID-19 wurde diese Regelung vorübergehend ausser Kraft gesetzt und diesen Personen ein Anspruch eingeräumt, vgl. Art. 2 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom 20.03.2020; siehe auch THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Corona-Virus, in: Jusletter 23. März 2020, Rz. 17; PÄRLI KURT, Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall, SZS 3/2020.

Verhalten des Versicherten sei rechtmisbräuchlich, da er sich selber gekündigt habe und die Arbeitslosenentschädigung geltend mache, «um damit die Zeiten schlechten Geschäftsganges zu überbrücken und später erneut als Arbeitnehmer in 'seiner' fortbestehenden Aktiengesellschaft tätig zu sein[.]»³⁸ Dies würde die Regelung über die Kurzarbeitsentschädigung in AVIG 31 III umgehen.³⁹ Arbeitgeber und gemäss AVIG 31 III c Personen in einer mit einem Arbeitgeber vergleichbaren Position sind vom Anspruch der Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen. Dies aus dem Grund, dass es der Arbeitgeber ist, der über die Einführung von Kurzarbeit bestimmen kann.⁴⁰ Die Bestimmung soll Missbräuche etwa in Form der Selbstaussstellung von Bescheinigungen, von Gefälligkeitsbescheinigungen oder der Mitbestimmung bei der Einführung von Kurzarbeit verhindern.⁴¹ Das EVG hält fest, dass ein analoger Ausschlussgrund im Gesetz für die Arbeitslosenentschädigung fehlt.⁴² Die beim Versicherten vorliegende Situation vergleicht das EVG mit hundertprozentiger Kurzarbeit. Der Betrieb sei zwar stillgelegt, der Versicherte amte aber weiterhin als Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat und behalte damit «die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen[.]»⁴³ In diesem Fall Arbeitslosenentschädigung zu beantragen, laufe auf eine rechtmisbräuchliche Umgehung von AVIG 31 III c hinaus.⁴⁴ Der Anspruch wurde entsprechend verneint.

Diese Praxis hat sich seither gefestigt⁴⁵ und wurde ausgedehnt. Damit haben Arbeitnehmer, die eine arbeitgeberähnliche Stellung haben und diese trotz Kündigung beibehalten – somit also weiterhin Einfluss auf die Entscheidungen der Unternehmung Einfluss nehmen können – keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Für diesen Leistungsausschluss wird insbesondere kein effektiver Missbrauch vorausgesetzt. Das mit der arbeitgeberähnlichen Stellung verbundene Missbrauchsrisiko ist ausreichend.⁴⁶

IV. Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung

AVIG 31 III c nennt drei Personenkategorien, die von Leistungen ausgeschlossen werden. Abstrakter ausgedrückt handelt es sich dabei um Personen, «die nach AHVG als unselbstständig Erwerbende Lohn erzielen (z.B. in AG, GmbH oder Genossenschaft) und einen massgebenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes haben.»⁴⁷ Relevant ist somit das Kriterium des massgebenden Einflusses auf die Entscheidungsfindung des Betriebes. Dieser wird in drei Fällen bejaht:

³⁸ BGE 123 V 234 E. 6a.

³⁹ BGE 123 V 234 E. 6a.

⁴⁰ BGE 123 V 234 E. 7a.

⁴¹ BGE 123 V 234 E. 7b/bb.

⁴² BGE 123 V 234 E. 7b/bb.

⁴³ BGE 123 V 234 E. 7b/bb.

⁴⁴ BGE 123 V 234 E. 7b/bb.

⁴⁵ Siehe etwa BGE 145 V 200 E. 4.1.

⁴⁶ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B12; BGE C 92/02 E. 4; BGE C 117/04 E. 2.4; KUPFER BUCHER BARBARA, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 19 f.; siehe auch GÄCHTER THOMAS/LEU AGNES, Arbeitgeberähnliche Personen in der Arbeitslosenversicherung, SZS 2014, 88 ff., 94.

⁴⁷ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B12.

- bei der Mitgliedschaft in einem obersten betrieblichen Entscheidgremium ohne Prüfung der effektiven Entscheidungsbefugnisse bei VerwaltungsrätenInnen einer AG und GesellschafterInnen einer GmbH,
- bei der Mitgliedschaft in einem obersten betrieblichen Entscheidgremium mit Prüfung der effektiven Entscheidungsbefugnisse,
- bei entsprechender finanzieller Beteiligung.

Diese drei Fälle sowie der Ausschluss von mitarbeitenden Ehe- beziehungsweise eingetragenen PartnerInnen sollen nachfolgend kurz erläutert werden.

1. VerwaltungsräteInnen einer AG und GesellschafterInnen einer GmbH

Bei den genannten Personenkategorien wird davon ausgegangen, dass sich die massgebliche Einflussnahme von Gesetzes wegen ergibt. Das bedeutet, die effektiven Entscheidungsbefugnisse werden nicht geprüft.⁴⁸ Die Arbeitslosenkasse verfügt den Leistungsausschluss automatisch bei Vorliegen einer entsprechenden Stellung.⁴⁹

Nicht automatisch von Leistungen ausgeschlossen sind GeschäftsführerInnen einer AG und GmbH, die nicht auch VerwaltungsräteInnen beziehungsweise GesellschafterInnen sind.⁵⁰ Hier hat eine einzelfallbezogene Prüfung der Entscheidungsbefugnisse stattzufinden.⁵¹

2. Mitgliedschaft in einem obersten betrieblichen Entscheidgremium

Bei Versicherten, die einem obersten betrieblichen Entscheidgremium angehören, bei denen es sich aber weder um VerwaltungsräteInnen einer AG noch GesellschafterInnen einer GmbH handelt, ist eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. Es ist konkret zu prüfen, welche Entscheidungsbefugnisse der in Frage stehenden Person zukommen.

Um in einem konkreten Fall beurteilen zu können, ob bei einer versicherten Person ein massgeblicher Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen besteht, kann insbesondere auf folgende Beweismittel abgestellt werden:⁵² Handelsregisterauszug; Statuten; Gründungsprotokolle, Protokolle der Generalversammlung oder von Geschäftsleitungssitzungen; Arbeitsverträge; Organigramm des Betriebes; Befragung der versicherten Person und des Arbeitgebers über die effektiven Aufgaben, die Kompetenz- und Entscheidungsbefugnisse, die finanzielle Beteiligung, die Handlungsvollmachten, die Zeichnungsbefugnisse; Steuerveranlagung für die Überprüfung der finanziellen Beteiligung.

Eine Zeichnungsberechtigung mit einem entsprechenden Handelsregistereintrag ist nicht ausreichend, um eine arbeitgeberähnliche Stellung anzunehmen.⁵³ Aus einer Prokura oder anderen Handlungsvollmachten lässt sich nicht generell ableiten, dass der entsprechenden

⁴⁸ Kürzlich in BGE 145 V 200 erneut bestätigt in Bezug auf die GmbH sowie in BGE 8C_433/2019 E. 5.1 in Bezug auf die AG.

⁴⁹ Siehe zur Begründung des Leistungsausschlusses beim Gesellschafter der GmbH BGE 145 V 200 E. 4.5 sowie BGE 8C_433/2019 E. 5.2.4.

⁵⁰ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B18.

⁵¹ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B18; siehe dazu sogleich IV.2.

⁵² AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B19.

⁵³ BGE 120 V 521.

Person auch vergleichbare Kompetenzen im Innenverhältnis zukommen.⁵⁴ Vielmehr muss auf die konkreten Umstände abgestellt werden. In einem Betrieb mit flacher Hierarchie beispielsweise kann die Bezeichnung als «Managing Partner» im Zusammenhang mit einer Einzelunterschriftsberechtigung ausreichen, um auf einen massgeblichen Einfluss auf die Willensbildung im Unternehmen zu schliessen.⁵⁵

3. Finanzielle Beteiligung

Kommen einer Arbeitnehmerin aufgrund des Ausmasses der finanziellen Beteiligung massgebende Entscheidungsbefugnisse zu, gilt auch diese als arbeitgeberähnliche Person und wird vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen. Es hat eine Einzelfallbeurteilung stattzufinden.

In BGer 8C_1044/2008 hatte das Bundesgericht den Fall eines ehemaligen Geschäftsführers einer AG, die ihren Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen eingestellt hatte, zu beurteilen. Der Versicherte war im Besitz von 40% der Aktien. Zwei andere Aktionäre besaßen je 30% der Aktien. Damit ist der Versicherte Hauptaktionär. Er kann durch den Zusammenschluss mit einem der beiden anderen Aktionäre gültig eine Generalversammlung einberufen, was auch geschehen ist. Damit hat er aufgrund des Ausmasses seiner finanziellen Beteiligung massgebende Entscheidungsbefugnisse und ist als Person in arbeitgeberähnlicher Stellung zu betrachten. Obwohl er kein Amt mehr innehat, ist er aufgrund der finanziellen Beteiligung nicht leistungsberechtigt.⁵⁶ Auch wenn ein Alleinaktionär keine weiteren Funktionen mehr für die AG ausübt, hat er keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder.⁵⁷ Dies gilt ebenso für einen in einem reduzierten 20%-Pensum beschäftigten Arbeitnehmer mit einem Aktienanteil von 49,5%.⁵⁸

Bei einem Aktienanteil von 16% und der Tatsache, dass die Mehrheit der übrigen Aktien vom Vater gehalten werden, liegt indes noch keine arbeitgeberähnliche Stellung vor.⁵⁹ Auch verneint wurde die arbeitgeberähnliche Stellung im Fall eines fristlos entlassenen ehemaligen Geschäftsführers, der auch aus dem Verwaltungsrat zurückgetreten ist, jedoch noch einen Aktienanteil von 25% hielt.⁶⁰ Es sei ausgeschlossen, dass er mit den für die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses verantwortlichen Verwaltungsräten und Aktionären Mehrheiten finden könnte, um die Entscheidungen in der Gesellschaft zu beeinflussen.⁶¹ Ein Missbrauchspotential bestehe daher nach seinem Rücktritt als Verwaltungsrat trotz seines Aktienanteils nicht mehr.⁶²

⁵⁴ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B18; KUPFER BUCHER (Fn. 46), 266.

⁵⁵ BGE 8C_252/2011 E. 4.5.

⁵⁶ BGE 8C_1044/2008 E. 3.2.2; siehe auch AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B20.

⁵⁷ BGE C 120/02.

⁵⁸ BGE C 61/05.

⁵⁹ BGE C 45/04.

⁶⁰ BGE 8C_433/2019; siehe auch BERGER GÖTZ ELISABETH, Anspruch der Aktionärin/des Aktionärs einer AG auf Arbeitslosenentschädigung, SZS 2020, 101 ff.

⁶¹ BGE 8C_433/2019 E. 5.2.4.

⁶² BGE 8C_433/2019 E. 5.2.4.

4. Mitarbeitende Ehe- oder eingetragene PartnerInnen

Die Anspruchsberechtigung entfällt nicht nur für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, sondern auch für EhepartnerInnen und eigengetragene PartnerInnen, die im selben Betrieb gearbeitet und ihre Stelle verloren haben.⁶³ Dies geht auf die Befürchtung zurück, dass Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung bei schlechtem Geschäftsgang ihre Partner entlassen und die Einbussen durch die ALV zu überbrücken versuchen. Zieht die Geschäftstätigkeit wieder an, würden die PartnerInnen wieder angestellt.⁶⁴ Aufgrund des Näheverhältnisses sei hier das Missbrauchspotential grösser als bei übrigen Arbeitgebern und Arbeitnehmern.⁶⁵

Das Bundesgericht hat entschieden, dass bei Getrenntleben oder der Anordnung von Eheschutzmassnahmen eine Umgehungsgefahr fortbesteht.⁶⁶ Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht erst ab Datum des Urteils der Ehescheidung⁶⁷ oder der gerichtlichen Auflösung der eingetragenen Partnerschaft.⁶⁸

Dieser Ausschlussgrund erfasst lediglich Ehe- und eingetragene PartnerInnen. Andere verwandtschaftliche Verhältnisse⁶⁹ oder Konkubinate⁷⁰ fallen nicht darunter.

5. Zusammenfassung

In den oben dargestellten Konstellationen wird von einem massgebenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes ausgegangen und der oder die betroffene Versicherte als Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung qualifiziert, was einen Leistungsausschluss zur Folge hat. Ausgeschlossen werden die betroffenen Personen nicht nur von der Kurzarbeits-, der Schlechtwetter- und der Insolvenzenschädigung, wie dies im Gesetz vorgesehen ist, sondern praxisgemäss auch von der Arbeitslosenentschädigung.

Dabei gilt, dass Firmenkonglomerate in Form einer engen Verflechtung von verschiedenen Unternehmen mit fast identisch zusammengesetzten Entscheidgremien arbeitslosenversicherungsrechtlich als ein Unternehmen behandelt werden.⁷¹ Gemäss eines Entscheids des Sozialversicherungsgerichts Zürich gilt dies indes nicht ohne Weiteres bei einem Firmenkonglomerat in Form eines Grosskonzerns.⁷²

⁶³ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B21.

⁶⁴ Vgl. BGE 8C_536/2013 E. 3; siehe auch BGE C 150/04.

⁶⁵ Vgl. BGE 8C_639/2015 E. 5.2.

⁶⁶ BGE 8C_639/2015 E. 5.2.2.

⁶⁷ BGE 8C_639/2015 E. 5.2.2.

⁶⁸ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B23.

⁶⁹ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B24.

⁷⁰ BGE C 193/04 E. 4.

⁷¹ BGE C 376/99 E. 3c; siehe auch PETRIK ANDREAS, Arbeitgeberähnliche Stellung in der Arbeitslosenversicherung, 6, abrufbar unter <<https://docplayer.org/57089271-Arbeitgeberaehnliche-stellung-in-der-arbeitslosenversicherung.html>> (24.2.2020).

⁷² Sozialversicherungsgericht Zürich, AL.2018.00125 vom 27.9.2018, E. 3.3; siehe auch SIVIC NUBIA, Arbeitgeberähnliche Personen und ihre mitarbeitenden Ehegatten in der Arbeitslosenversicherung, Masterarbeit, abrufbar unter <<https://www.marc-huerzeler.ch/publikationen-lehrtaetigkeiten/masterarbeiten>> (24.2.2020).

V. Leistungsberechtigung durch Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung

Wie aufgezeigt, hat eine Person, die ihre Arbeitsstelle im Betrieb verliert, aber ihre arbeitgeberähnliche Stellung beibehält, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Scheidet die versicherte Person aber definitiv aus dem entsprechenden Betrieb aus, gibt sie also ihre arbeitgeberähnliche Stellung auf, besteht ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist dabei nicht ausreichend, um die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung zu belegen. Vielmehr muss auf eindeutige Kriterien abgestellt werden.⁷³

Das definitive Ausscheiden aus dem Betrieb wird bejaht bei Auflösung sowie Konkurs des Betriebes, bei Verkauf des Betriebes oder der finanziellen Beteiligung mit Wegfall der arbeitgeberähnlichen Stellung und bei Kündigung mit gleichzeitigem Verlust der arbeitgeberähnlichen Stellung.⁷⁴

Eine Überschuldung des Betriebes, die Gewährung einer Nachlassstundung oder eine vorübergehende Betriebseinstellung sind dagegen nicht ausreichend.⁷⁵

Die Rechtsprechung stellt zur Beurteilung der arbeitgeberähnlichen Stellung primär auf den Handelsregistereintrag ab.⁷⁶ Eine Löschung des entsprechenden Eintrags macht für Dritte die definitive Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung erkennbar.⁷⁷ Stehen die tatsächlichen Gegebenheiten aber mit dem Handelsregistereintrag in einem eindeutigen Widerspruch, ist auf diese abzustellen.⁷⁸ So ist der Zeitpunkt des tatsächlichen Rücktritts als Verwaltungsrat massgebend und nicht die Löschung des Handelsregistereintrags.⁷⁹

Personen, die für einen sich in Liquidation befindenden Betrieb als Liquidator amten oder andere gesetzliche und statutarische Befugnisse für die Liquidation beibehalten, haben bis zum Zeitpunkt der Löschung der Firma im Handelsregister keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.⁸⁰

⁷³ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B25.

⁷⁴ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B27.

⁷⁵ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B26.

⁷⁶ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B28.

⁷⁷ Vgl. BGE C 110/03 E. 2.1 m.w.H.

⁷⁸ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B28.

⁷⁹ BGE 8C_245/2007, E. 3.1.

⁸⁰ AVIG-Praxis ALE (Fn. 35), Ziff. B29.

VI. Kritik und Ausblick

Die Kritik an der Praxis, arbeitgeberähnliche Personen von der Arbeitslosenentschädigung auszuschliessen, ist mannigfaltig.⁸¹ Sie reicht von der falschen dogmatischen Begründung durch das Bundesgericht respektive das EVG bis zum Vorwurf der fehlenden gesetzlichen Grundlage für den Ausschluss von Arbeitslosenentschädigung. Weiter gilt es auch den Ausschluss von Leistungen der mitarbeitenden PartnerInnen kritisch zu betrachten. Dies ist mit einem modernen Rollenverständnis kaum mehr zu begründen. Auf eine eingehende Darstellung der Kritik an der Praxis wird aber an dieser Stelle verzichtet. Es sei auf die entsprechenden Publikationen verwiesen.⁸²

Die bestehende Praxis ist unbefriedigend. Personen zahlen zum Teil über Jahre ALV-Beiträge, um dann herauszufinden, dass sie nicht leistungsberechtigt sind. Dafür sind verschiedene Lösungsansätze denkbar.

1. Lösungsansatz der Beitragspflichtbefreiung

Unter anderem wird die Befreiung von der Beitragspflicht gefordert. Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sollen überhaupt keine Beiträge bezahlen müssen⁸³ oder selbständig entscheiden können, ob sie freiwillig Beiträge leisten wollen.⁸⁴ Werden keine ALV-Beiträge bezahlt, ist von Beginn weg klar, dass auch kein Anspruch auf Leistungen der ALV besteht. Es wird argumentiert, dass UnternehmerInnen, insbesondere an Start-ups Beteiligte, diese Mittel lieber zielgerichtet ins Unternehmen investieren würden. Eine entsprechende Beitragsbefreiung würde somit die Standortattraktivität des Schweizer Wirtschaftsplatzes namentlich für Start-ups erhöhen.⁸⁵

Entsprechende politische Vorstösse sind indes gescheitert. Der Bundesrat beantragte jeweils eine Ablehnung und begründete dies wie folgt.⁸⁶ Eine freiwillige Wahl der ALV-

⁸¹ M.w.H. GÄCHTER/LEU (Fn. 46), 95 ff. insbesondere mit Hinweis auf die grundlegende Kritik von SCHLAURI (SCHLAURI FRANZ, Ungesetzliche Ausschlüsse von der Arbeitslosenentschädigung, Rechtswidrige Praxis bei mitarbeitenden Ehegatten von Selbständigerwerbenden, arbeitgeberähnlichen Personen und deren Ehegatten, in: Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2012, Hrsg: Kieser Ueli/Lenders Miriam, Zürich/St.Gallen 2012, 203 ff., 213 ff.).

⁸² Siehe dazu GÄCHTER/LEU (Fn. 46); JÄGGI REGINA, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, SZS 2004, 1 ff.; RUBIN BORIS, Droit à l'indemnité de chômage des personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur, ARV 2013, 1 ff.; SCHLAURI (Fn. 81).

⁸³ So äusserte sich Regina Jäggi in MÜLLER MARTIN, Zahlen: ja, profitieren: nein, Beobachter 19/2014, 34.

⁸⁴ Interpellation Caroni vom 18.3.2015 (15.3195, Korrekte Behandlung von Unternehmern in der Arbeitslosenversicherung, abgeschrieben); Motion Sauter vom 4.5.2017 (17.3326, Stärkung des Start-up-Standorts. Wahlrecht für Unternehmer bei der ALV, abgeschrieben); im Zusammenhang mit der Ausbreitung der COVID-19 wurden mehrere Massnahmen in der ALV diskutiert u.a. auch die Einräumung eines (sofortigen) Anspruchs auch für arbeitgeberähnliche Personen (vgl. Fn. 37 m.w.H.) oder alternativ dazu die Freiwilligkeit der Beitragsbezahlung durch diese, siehe Parlamentarische Initiative Silberschmidt vom 12.3.2020 (20.406, Unternehmerinnen und Unternehmer, welche Beiträge an die Arbeitslosenversicherung bezahlen sollen auch gegen Arbeitslosigkeit versichert sein).

⁸⁵ Siehe dazu Motion Sauter vom 4.5.2017 (Fn. 84); siehe auch Motion Grossen vom 16.6.2017 (17.3580, Fairness für Start-up-Unternehmen und KMU bei der Arbeitslosenversicherung, abgeschrieben) mit einer ähnlichen Argumentation.

⁸⁶ Siehe dazu die Stellungnahme des Bundesrates auf die Interpellation Caroni vom 18.3.2015 (Fn. 84).

Beitragspflicht würde einen grundlegenden Eingriff in das Beitragswesen bedeuten und ein Abweichen vom einheitlichen AHV-rechtlichen Arbeitnehmerbegriff darstellen. Dies würde zu einer administrativen Mehrbelastung führen. Ausserdem befürchtete der Bundesrat einen negativen Anreiz, sich nicht gegen Arbeitslosigkeit zu versichern, was wiederum zu einer Mehrbelastung der Sozialhilfe führe. Der Entscheid über das Beitragsstatut könne nicht an die Arbeitnehmenden delegiert werden.⁸⁷

2. Schaffung einer einschränkenden gesetzlichen Grundlage

Vorgeschlagen wurde auch, eine gesetzliche Bestimmung zu schaffen, die die genauen Voraussetzungen eines Ausschlusses definiert und im Vergleich zur bestehenden Praxis einschränkt.⁸⁸ Eine klare, diese Praxis einschränkende gesetzliche Grundlage erscheint wünschenswert, wenn nicht sogar notwendig. Die Problematik, dass Personen Beiträge entrichten, faktisch jedoch keine Leistungen beziehen können, wird dadurch aber nicht gelöst.

3. Rückerstattungsanspruch als Lösung?

Deshalb schlagen die Autoren dieses Beitrags einen weiteren Weg vor. Die Beitragspflicht für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung bleibt bestehen. Wird beim Stellenverlust und gleichzeitiger Beibehaltung der arbeitgeberähnlichen Stellung ein Leistungsausschluss verfügt, entsteht aber ein Rückerstattungsanspruch auf die bezahlten ALV-Beiträge. Der Vorteil einer solchen Lösung wäre, dass die Einheitlichkeit des sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs nicht durchbrochen würde. Es wird entgegen des Ansatzes der Beitragsbefreiung beitragsrechtlich keine Zwischenkategorie geschaffen. Wer in unselbständiger Stellung erwerbstätig ist, fällt unter die Beitragspflicht und zwar unabhängig von einer allfälligen arbeitgeberähnlichen Stellung. Damit könnte im Unterschied zur Beitragsbefreiung auch der Anspruch auf Leistung bei definitiver Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung gewahrt werden. Würden Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung keine Beiträge bezahlen, wäre von Beginn weg klar, dass keine Leistungsberechtigung besteht. Werden indes Beiträge entrichtet, wird erst im konkreten Fall des Stellenverlusts geprüft, ob die Möglichkeit der Einflussnahme auf Entscheidungen der Unternehmung fortbesteht oder mit dem Stellenverlust ebenfalls aufgegeben wurde. Im Fall des Fortbestehens kommt es zum Leistungsausschluss, es entsteht aber ein Rückerstattungsanspruch auf die geleisteten Beiträge. Im zweiten Fall kann die Arbeitslosenentschädigung regulär ausgerichtet werden.

Schwierigkeiten bei einer solchen Lösung bereitet insbesondere die Frage, wie weit zurück die Rückerstattung von ALV-Beiträgen gehen sollte. Wir schlagen vor, dass ein solcher Anspruch auf Rückerstattung bis zum Zeitpunkt, als die arbeitgeberähnliche Stellung der versicherten Person entstanden ist, zurückreichen würde.

Eine weitere Problematik könnte darin bestehen, dass bei einem verfügten Leistungsausschluss der Rückerstattungsanspruch entsteht, die Rückerstattung der Beiträge stattfindet und dann die versicherte Person ihre arbeitgeberähnliche Stellung zu einem späteren Zeitpunkt endgültig aufgibt. Dann wäre sie theoretisch anspruchsberechtigt bezüglich der Arbeitslosenentschädigung. Die Rückerstattung der Beiträge hat aber bereits stattgefunden.

⁸⁷ Stellungnahmen des Bundesrates auf die Motion Sauter vom 4.5.2017 (Fn. 84) sowie das Postulat Nattermod vom 16.3.2017 (17.3203, Wer gilt als selbstständigerwerbend?, abgeschrieben).

⁸⁸ GÄCHTER/LEU (Fn. 81), 105 f.; Motion Grossen vom 16.6.2017 (Fn. 85).

Für diese Konstellation ist auf die Eigenverantwortung der betroffenen Personen abzustellen. Die versicherte Person hat grundsätzlich selbst zu entscheiden, ob sie beim Verlust der Stelle auch ihre arbeitgeberähnliche Stellung aufgibt, und damit in den Genuss von Arbeitslosenentschädigung kommen könnte, oder ob sie die entsprechende Stellung beibehalten möchte und stattdessen eine Rückerstattung vorzieht. Das Argument, dass der Versuch, die Unternehmung zu retten, nicht mit einem Leistungsausschluss bestraft werden darf, verkennet die Funktion der Arbeitslosenversicherung. Diese soll eben gerade nicht das allgemeine Unternehmensrisiko absichern. Ausserdem wiegt der in diesem Fall entstehende Rückerstattungsanspruch den Leistungsausschluss auf.

Fremd ist der Gedanke des Rückerstattungsanspruchs bei Leistungsausschluss dem schweizerischen Sozialversicherungsrecht nicht. In der AHV existiert für Personen, die zwar Beiträge bezahlt haben, aber keine Leistung auf Altersrenten erhalten, ein Anspruch auf Rückvergütung.⁸⁹ Auch dort steht im Zeitpunkt der Beitragspflicht noch nicht fest, ob künftig ein Leistungsanspruch besteht oder nicht. Es geht dabei um Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Landes besitzen, mit denen die Schweiz kein Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat. Diese können die Rückvergütung ihrer AHV-Beiträge verlangen, nachdem Sie die Schweiz endgültig verlassen haben und damit das Erfordernis des Schweizer Wohnsitzes nicht mehr erfüllen.

De lege lata lässt sich ein Anspruch auf Rückerstattung von ALV-Beiträgen bei verfügtem Leistungsausschluss nicht begründen. Es müsste eine entsprechende gesetzliche Bestimmung erlassen werden. Diese würde sinnvollerweise auch gleich die Konstellationen festlegen, in denen ein Leistungsausschluss verfügt werden kann und wann die definitive Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung eintritt. Ebenfalls sollte die bisherige Praxis im Hinblick auf eingetragene respektive EhepartnerInnen überdacht werden. Eine entsprechende Bestimmung sollte für die Arbeitslosenentschädigung neu geschaffen werden und im gleichen Zuge sollte eine Anpassung der bestehenden Bestimmungen zu den weiteren Entschädigungen stattfinden.⁹⁰ AVIG 8 könnte beispielsweise um einen Absatz 3 ergänzt werden. Eine erste *litera* könnte einen zu AVIG 31 III lit. c analogen Inhalt haben und den Leistungsausschluss regeln. Eine zweite *litera* könnte festlegen, dass auch diese Personen einen Anspruch haben, wenn sie die Einflussmöglichkeit auf die Entscheidungsfindung definitiv aufgeben. Eine weitere *litera* könnte den Rückerstattungsanspruch begründen und dessen Modalitäten regeln. Eine Umsetzung des Leistungsausschlusses auf Verordnungsebene oder per Weisung scheint aufgrund des Legalitätsprinzips nicht angezeigt. Die Schaffung des Rückerstattungsanspruches könnte allenfalls auf diesem Weg erfolgen.

Bei diesen Vorschlägen handelt es sich um Gedankenanstösse. Deren Umsetzbarkeit müsste selbstverständlich noch vertieft geprüft werden.

Die aktuellen Diskussionen über die Plattformökonomie könnten aber auch dazu führen, dass sich eine gänzlich andere Lösung präsentiert. So wird von verschiedener Seite ein

⁸⁹ AHVG 18 III; Verordnung über die Rückvergütung der von Ausländern an die Alters- und Hinterlassenenversicherung bezahlten Beiträge (RV-AHV, SR 831.131.12); siehe auch Weisungen über die Rückvergütung der an die AHV bezahlten Beiträge im Sinne von Artikel 18 Absatz 3 AHVG und der RV-AHV (Rück), Stand Januar 2020, abrufbar unter <<https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/6852/download>> (24.2.2020).

⁹⁰ AVIG 31 III c (Kurzarbeitsentschädigung), 42 III (Schlechtwetterentschädigung) sowie 51 II (Insolvenzentschädigung).

neuer Status in den Sozialversicherungen gefordert.⁹¹ Auch wird verlangt, dass bei der Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status vermehrt auf den Parteiwillen abgestellt wird.⁹² Das EDI wurde vom Bundesrat damit beauftragt, einen entsprechenden Bericht vorzulegen. Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sind zwar keine Plattformbeschäftigten, die Einführung eines neuen Status könnte aber auch in diesem Bereich Konsequenzen haben, wenn eben doch eine Zwischenkategorie zwischen unselbständig und selbständig Erwerbenden geschaffen würde. Grundsätzlich sind wir indes der Meinung, dass die bestehenden Kategorien ausreichen. Im Zweifelsfall ist die sozialversicherungsrechtliche Einordnung durch die Gerichte vorzunehmen. In Bezug auf Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung wäre aber ein gesetzgeberisches Handeln wünschenswert.

Zusammenfassend lässt sich in Bezug auf die bestehende Praxis festhalten, dass Verwaltungsrätinnen, Geschäftsführer, mitarbeitende Mehrheitsinhaberinnen und Co. sich in Bezug auf die Absicherung für den Fall eines Stellenverlusts überlegen müssen, ob trotz der Bezahlung von Arbeitslosenversicherungsbeiträgen auch eine Absicherung besteht oder ob anderweitig vorgesorgt werden sollte.

⁹¹ Siehe etwa den Vorschlag der Avenir Suisse eines «selbständigen Arbeitnehmers» (vgl. ADLER TIBÈRE/SALVI MARCO, Wenn die Roboter kommen, Den Arbeitsmarkt für die Digitalisierung vorbereiten, Zürich 2017) oder das Postulat der FDP-Fraktion vom 13.12.2017 (17.4087, Digitalisierung. Ein neuer Status für den Arbeitsmarkt?, angenommen vom Nationalrat).

⁹² Parlamentarische Initiative Grossen vom 27.9.2018 (18.455, Selbstständigkeit ermöglichen, Parteiwillen berücksichtigen, von der Kommission stattgegeben); Motion Caroni vom 28.9.2018 (18.4080, Mehr Parteiautonomie in den Sozialversicherungen, an die Kommission zur Vorberatung zugewiesen).