

**Dienststelle Wirtschaft und Arbeit (wira)**

Arbeitslosenkasse
Bürgenstrasse 12
Postfach 2166
6002 Luzern
Telefon 041 228 58 58
Telefax 041 228 61 93
www.wira.lu.ch

Öffnungszeiten

Montag - Freitag
08.00-11.00 Uhr
13.30-16.30 Uhr

Arbeitnehmende 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 selbständigerwerbenden Personen notwendig.

Abgrenzung zu Selbständigerwerbenden

Sozialversicherungsrechtlich gelten Frauen und Männer als selbständigerwerbend, wenn sie:

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

Selbständigerwerbende 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. Selbständigerwerbende tragen ihr eigenes wirtschaftliches Risiko. Das heisst, sie tätigen Investitionen mit langfristigem Charakter, kommen für ihre Betriebsmittel auf und zahlen die Miete für die Arbeitsräume selbst. Sie sind zudem frei bei der Auswahl der Arbeiten. Selbständigerwerbende können ihre Betriebsorganisation selbst wählen, sie bestimmen ihre Präsenzzeit, die Organisation ihrer Arbeit und ob sie Arbeiten an Dritte weitergeben. Selbständigerwerbende können für mehrere Arbeitgeber tätig sein. Als selbständigerwerbend gilt auch, wer andere Personen beschäftigt.

Ob eine Person im Sinne der AHV selbständig 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 Unfallversiche-

nung, 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.

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 (im Kanton Luzern durch die wira, Stab Recht).

Kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung 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 (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). Diese Bestimmung gilt auch für Personen in eingetragener Partnerschaft, d.h. dass eine versicherte Person, welche im Unternehmen ihres bzw. seines Partners tätig war, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, solange dieser eine arbeitgeberähnliche Stellung inne hat.

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 gemäss 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 Eidgenössische Versicherungsgericht (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.).

Versicherte Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung

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 auch für den geschäftsführenden Gesellschafter einer GmbH. Solange diese Stellung beibehalten wird, ist ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ohne weitere Prüfung ausgeschlossen. In den übrigen Fällen (z.B. Geschäftsführer einer AG oder GmbH) ist die arbeitgeberähnliche Stellung im Einzelfall anhand der finanziellen Beteiligung oder Entscheidungsbefugnisse zu prüfen.

Mitarbeitende Ehegatten von Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung

Neben den Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung sind grundsätzlich auch ihre im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten nicht anspruchsberechtigt. Da gleichgeschlechtliche Partner in einge-

tragener Partnerschaft Ehegatten gleichgestellt sind, gilt dasselbe für solche Personen. Eine allfällige Anspruchsberechtigung kann nebst Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen von Art. 8 AVIG bei folgenden Voraussetzungen gegeben sein: bei Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung durch den/die Ehepartner/-in, bei Vorliegen eines richterlichen Trennungsurteils oder einer vom Richter verfügten Eheschutzmassnahme, bei Vorliegen einer Tätigkeit von mindestens 6 Monate in einem Drittbetrieb vor Eintritt der Arbeitslosigkeit oder einer Tätigkeit innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit von mindestens 12 Monaten ausserhalb des ehelichen Betriebes.

Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung als Voraussetzungen für eine allfällige Anspruchsberechtigung

Unter Berücksichtigung der erwähnten Rechtsprechung ist es notwendig, dass die 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.

GmbH:

1. Austritt aus der Firma als geschäftsführender Gesellschafter (=> Kopie der Öffentlichen Beurkundung) oder zumindest Rücktritt als Geschäftsführer (=> Kopie des Demissionsschreibens) und Löschung der Unterschriftsberechtigung.
2. Falls massgeblich am Stammkapital beteiligt, muss diese Beteiligung ganz an einen Dritten veräussert oder zumindest massiv reduziert werden.

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 allenfalls sogar noch die Funktion als LiquidatorIn) inne, ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bis zur Löschung der Firma im Handelsregister abzulehnen.

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 LiquidatorIn) beibehalten, ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ebenfalls bis zur Löschung der Firma im Handelsregister abzulehnen.

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.

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

Weil mitarbeitende Ehegatten von Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung ebenfalls keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben, ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidungsbefugnisse bzw. finanzielle Verhältnisse an einen Dritten und nicht an den Ehepartner übertragen werden. Dasselbe gilt auch für gleichgeschlechtliche Partner in eingetragener Partnerschaft.

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 (vgl. SECO, Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung 01.2007, RZ B144 ff.; vgl. auch Urteil des EVG i.S. M., C 127/02). Mit der korrekten Abrechnung gegenüber der Ausgleichskasse alleine ist der effektive Lohnfluss noch nicht nachgewiesen.

23.07.2009