

## ARBEITGEBERÄHNLICHE STELLUNG

(vgl. auch B34a)

### Art. 8 i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG

**B12** In einer arbeitgeberähnlichen Stellung befinden sich Personen, die nach AHVG als un-selbstständig Erwerbende Lohn erzielen (z. B. in AG, GmbH oder Genossenschaft) und einen massgebenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes haben.

**B13** Personen, die nach AHVG als selbstständig Erwerbende gelten (z. B. Inhaber einer Ein-zelfirma), sind nicht beitragspflichtig und somit von der Anspruchsberechtigung in der ALV ausgeschlossen.

Können jedoch solche Personen die Mindestbeitragszeit aus einem Drittbetrieb nach-weisen, ist die Vermittlungsfähigkeit zu prüfen und allenfalls der anrechenbare Arbeits-ausfall zu ermitteln.

**B14** Personen, die infolge teilweisem oder vollständigem Verlust ihrer Stelle in einem Betrieb arbeitslos werden, in dem sie eine arbeitgeberähnliche Stellung beibehalten, haben auf-grund der analogen Anwendung von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG rechtsprechungsgemäss keinen Anspruch auf ALE, da sie die Entscheidungsfindung im Betrieb weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen können.

Solange diese Personen nicht definitiv aus dem Betrieb ausgeschieden und ihre arbeit-geberähnliche Stellung nicht endgültig aufgegeben haben, besteht kein Anspruch auf ALE.

Nimmt eine versicherte Person während der laufenden Rahmenfrist für den Leistungs-bezug eine arbeitgeberähnliche Stellung auf, kann ihr Anspruch nicht unter analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG abgelehnt werden. Dagegen ist die Vermitt-lungsfähigkeit zu prüfen. Dies gilt ebenfalls für eine Folgerahmenfrist (BGE 8C\_635/2009 vom 1.12.2009).

Nicht unter die analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG fallen Personen, die aufgrund des Verlustes einer Tätigkeit, in der sie keine arbeitgeberähnliche Stellung in-nehatten, ALE geltend machen und daneben in einem Drittbetrieb eine arbeitgeberähnli-che Stellung bekleiden. In einem solchen Fall ist zu prüfen, ob aufgrund der Tätigkeit im Drittbetrieb die Vermittlungsfähigkeit noch gegeben ist bzw. der anrechenbare Arbeits-ausfall eingeschränkt wird.

⇒ Rechtsprechung

BGE 123 V 234 (Grundsatzentscheid: Die Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stel-lung will nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Ausrichtung von ALE an arbeitgeberähnliche Personen inhä-rent ist. Amtet ein Arbeitnehmer als Verwaltungsrat, so ist eine massgebliche Entschei-dungsbefugnis im Sinne der betreffenden Regelung ex lege gegeben)

EVG C 180/04 vom 22.3.2005 (Ein Geschäftsführer in einer GmbH, der aus diesem Arbeits-verhältnis entlassen wird, seine Einzelunterschriftsberechtigung verliert, jedoch weiterhin Gesellschafter mit der bisherigen Stammeinlage von CHF 12 000 bleibt, verbleibt in arbeit-

geberähnlicher Stellung. Es ist weiterhin möglich, massgebend auf den Gang der Geschäfte Einfluss zu nehmen)

EVG C 32/04 vom 23.5.2005 (Es gibt keine rechtliche Grundlage, einen Versicherten pauschal von der Anspruchsberechtigung auf ALE auszunehmen, nur weil er oder seine Ehepartnerin noch [irgend]ein Verwaltungsratsmandat innehat)

EVG C 102/04 vom 15.6.2005 (Der Anspruch auf ALE einer versicherten Person mit arbeitgeberähnlichen Stellung kann nicht in Anlehnung an Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG verneint werden, wenn sie einerseits im Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft bereits ALE bezog und andererseits ihr Arbeitsverhältnis nicht gekündigt worden ist. Hingegen ist die Vermittlungsfähigkeit zu prüfen)

**B15** Der Leistungsausschluss dieser Personen ist absolut zu verstehen, d. h. es muss kein Rechtsmissbrauch bzw. keine absichtliche Rechtsumgehung von Kurzarbeit nachgewiesen werden. Der Ausschluss hat bereits dann zu erfolgen, wenn aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung lediglich das Risiko bzw. die Möglichkeit eines Missbrauchs oder einer Gesetzesumgehung besteht (BGE 123 V 234).

**B16** Für die Prüfung, ob die versicherte Person eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat, ist die Arbeitslosenkasse zuständig. Diese muss jede versicherte Person, die sich zum Bezug von ALE anmeldet (inkl. Wiederanmeldungen) – ungeachtet der Antworten auf die diesbezüglichen Fragen im Antragsformular – auf ihre arbeitgeberähnliche Stellung im zuletzt gearbeiteten Betrieb prüfen. Ein allfälliger Eintrag ist im Dossier der versicherten Person mittels Handelsregistrauszug zu dokumentieren.

⇒ Rechtsprechung

BGE 8C\_293/2008 vom 30.7.2009 (Publizitätswirkung des Handelsregisters gilt selbst dann, wenn die Fragen betreffend arbeitgeberähnlicher Stellung falsch beantwortet wurden)

Ergibt sich der Leistungsausschluss wegen arbeitgeberähnlicher Stellung im Laufe des Bezugsrechts, so hat die Arbeitslosenkasse die zu Unrecht bezogenen Leistungen zurückzufordern (vgl. B33).

## **Personen mit massgeblichem Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebs**

### **Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidgremiums: Ohne Prüfung der effektiven Entscheidungsbefugnisse**

**B17** Bei Verwaltungsräten/innen einer AG (Art. 716 ff. OR) und Gesellschafter/innen einer GmbH (Art. 804 ff. OR) ergibt sich die massgebliche Einflussnahme von Gesetzes wegen. Die Arbeitslosenkasse hat in diesen Fällen ohne weitere Prüfung den Leistungsausschluss zu verfügen. ↓

⇒ Beispiel

Ein Mitglied des Verwaltungsrates, welches lediglich 2 % der Aktien besitzt und über Kollektivunterschrift zu zweien verfügt, ist ohne weitere Prüfung von der ALE ausgeschlossen. Dieser Ausschluss gilt unabhängig seines Aufgabenbereiches und der internen Aufgabenteilung sowie ungeachtet der Tatsache, dass z. B. der Verwaltungsratspräsident 95 % der Aktien besitzt und einzelunterschriftsberechtigt ist.

⇒ Rechtsprechung

EVG C 373/00 vom 19.3.2002 (Der gekündigte Geschäftsführer einer AG, der über die Firma als Liquidator amtiert, deren Mehrheitsaktionär und Verwaltungsrat er weiterhin ist, kann die Weiterführung des Geschäfts bis zu dessen Verkauf oder Auflösung beschliessen. Aus diesem Grund hat er in Anlehnung an Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG keinen Anspruch auf ALE)

BGE 8C\_776/2011 vom 14.11.2012; BGE 8C\_729/2014 vom 18.11.2014 (Bei Gesellschafter/innen sowie bei geschäftsführenden Gesellschafter/innen einer GmbH ergibt sich die massgebliche Einflussnahme gleich wie bei den Verwaltungsräten/innen von Gesetzes wegen) ↓

### **Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidgremiums: Mit Prüfung der effektiven Entscheidungsbefugnisse**

**B18** Bei den Mitgliedern eines obersten betrieblichen Entscheidgremiums ist, mit Ausnahme von Verwaltungsräten/innen einer AG und Gesellschafter/innen einer GmbH, jeweils im Einzelfall zu prüfen, welche Entscheidungsbefugnisse den Personen aufgrund der internen betrieblichen Struktur tatsächlich zukommen. Die Grenze zwischen dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium und den unteren Führungsebenen lässt sich nicht allein anhand formaler Kriterien beurteilen. So kann etwa aus einer Prokura oder anderen Handlungsvollmachten noch nichts Zwingendes hinsichtlich Stellung und Einflussmöglichkeit innerhalb des betreffenden Betriebes abgeleitet werden, weil damit nur die Verantwortlichkeiten nach aussen geregelt werden. Zwar gehen mit solchen Stellungen in aller Regel vergleichbare Kompetenzen im Innenverhältnis einher, doch kann aus ihnen allein, ohne Bezugnahme auf den gegebenen statutarischen oder vertraglichen Rahmen und die gelebten Verhältnisse, noch keine massgebliche Beeinflussung der Willensbildung im Betrieb abgeleitet werden. Diese einzelfallbezogene Prüfung der Entscheidungsbefugnisse gilt auch für Geschäftsführer/innen einer AG und GmbH, die nicht gleichzeitig Verwaltungsräte/innen bzw. Gesellschafter/innen sind. Mehrheitlich dürfte

→ B17 geändert im Oktober 2015

jedoch der Ausschluss aufgrund umfassender Rechte und Pflichten der Geschäftsführer/innen gegeben sein. ↓

Bei einem nicht dem Verwaltungsrat angehörenden einzelzeichnungsberechtigten Generaldirektor, der für die Bereiche Administration und Finanzen verantwortlich ist, kann ohne Bezugnahme auf die intern herrschenden Verhältnisse noch nicht zwingend eine massgebliche Beeinflussung der Willensbildung im Betrieb abgeleitet werden. Bei kleineren Betrieben mit wenig ausgeprägten Organisationsstrukturen kann jedoch unter Umständen ein massgebender Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen auch ohne formelle Zeichnungsberechtigung und ohne Handelsregistereintrag möglich sein. Allerdings muss in solchen Einzelfällen eine tatsächliche, massgebende Einflussnahme auch nachgewiesen werden können.

⇒ Rechtsprechung

BGE 120 V 521 (Es ist unzulässig, Angestellte in leitenden Funktionen allein deswegen generell vom Anspruch auszuschliessen, weil sie für einen Betrieb zeichnungsberechtigt und im Handelsregister eingetragen sind)

BGE 8C\_252/2011 vom 14.6.2011 (Die Einzelunterschriftsberechtigung, die Bezeichnung als «Managing Partner», die wenig ausgeprägten Organisationsstrukturen und flachen Hierarchien eines Kleinbetriebes lassen auf einen massgeblichen Einfluss des Versicherten schliessen)

**B18a** Wenn den mitarbeitenden Familienmitgliedern aufgrund ihrer Stellung im Familienbetrieb ein massgebender Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nachgewiesen werden kann und sie somit eine arbeitgeberähnliche Stellung haben, dann besteht für sie ebenfalls kein Anspruch auf ALE.

⇒ Rechtsprechung

EVG C 273/01 vom 27.8.2003 (Unterzeichnete die in der Bauunternehmung des Vaters tätige versicherte Person verschiedene Geschäftsurkunden, namentlich eine Offerte für Baumeisterarbeiten, Aufträge für Bankbürgschaften, eine Kündigung eines leitenden Mitarbeiters, eine Arbeitgeberbescheinigung an die Arbeitslosenkasse sowie einen Werkvertrag, ist von einem massgeblichen Einfluss der versicherten Person auszugehen). ↓

**B19** Für die Beurteilung, ob eine versicherte Person mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles tatsächlich einen massgeblichen Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen hat, können u.a. folgende Angaben und Beweismittel herangezogen werden:

- 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.

→ B18 geändert im Oktober 2015

→ B18a eingefügt im Juli 2017

## Finanzielle Beteiligung

**B20** Wenn aufgrund des Ausmasses der finanziellen Beteiligung der arbeitnehmenden Person massgebende Entscheidbefugnisse zukommen, liegt eine arbeitgeberähnliche Stellung vor, d. h. ein Anspruch auf ALE ist ausgeschlossen. Die Beurteilung, ob einer Person aufgrund der finanziellen Beteiligung eine massgebende Entscheidbefugnis zukommt, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Der blosse Besitz von z. B. Mitarbeiteraktien führt nicht zu einem Leistungsausschluss.

⇒ Rechtsprechung

BGE 8C\_1044/2008 vom 13.2.2009 (Eine versicherte Person, die 40 % der Aktien besitzt, kann sich mit je einem der Partner, die je 30 % der Aktien besitzen, zusammenschliessen und die Geschicke der Gesellschaft steuern. Auch wenn sie kein Amt inne hat, schliesst diese finanzielle Beteiligung den Anspruch auf Leistungen aus)

## **Mitarbeitende Eheleute oder Personen in eingetragener Partnerschaft**

- B21** Neben den Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung sind auch ihre im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten oder Ehegattinnen nicht anspruchsberechtigt.
- B22** Eine versicherte Person, welche während einer laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug im Betrieb ihres Ehegatten oder ihrer Ehegattin eine Stelle antritt, bleibt nach deren Aufgabe während der Rahmenfrist anspruchsberechtigt. Für eine Folgerahmenfrist gilt die versicherte Person hingegen erst dann als anspruchsberechtigt, wenn sie entweder mindestens eine sechsmonatige beitragspflichtige Beschäftigung nach Aufgabe der Tätigkeit im ehelichen Betrieb ausgeübt hat oder die Mindestbeitragszeit von 12 Monaten alleine ausserhalb des ehelichen Betriebes erfüllt.
- B23** Anspruch auf ALE besteht erst ab Datum des Urteils der Ehescheidung oder der gerichtlichen Auflösung der eingetragenen Partnerschaft.
- ⇒ Rechtsprechung  
BGE 8C\_639/2015 vom 6.4.2016 (Erst mit dem Scheidungsurteil ist der Wille definitiv und die Parteien sind endgültig finanziell entflechtet) ↓
- B24** Dieser persönliche Ausschlussgrund erfasst ausschliesslich Eheleute und darf grundsätzlich nicht auf andere verwandtschaftliche Verhältnisse ausgedehnt werden. ↓

## Endgültige Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung

**B25** Damit eine versicherte Person Anspruch auf ALE hat, muss ihr Ausscheiden aus der Firma bzw. die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung definitiv sein. Dieses Ausscheiden muss anhand eindeutiger Kriterien beurteilt werden können, welche keinen Zweifel am definitiven Austritt aus der Firma übrig lassen. Mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist noch nichts über die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung entschieden.

⇒ Rechtsprechung

EVG C 150/04 vom 7.12.2004 (Auch wenn die Ehefrau ihre Anstellung in der Firma ihres Ehegatten verliert, hat sie keinen Anspruch auf ALE, weil er den Geschäftsverlauf seiner Firma massgeblich beeinflussen und seine Frau jederzeit wieder anstellen kann)

**B26** Eine Überschuldung des Betriebes, die Gewährung einer Nachlassstundung oder eine vorübergehende Betriebseinstellung/Betriebsstillegung ist nicht geeignet, ein definitives Ausscheiden der arbeitgeberähnlichen Person zu belegen.

Die Nachlassstundung führt nicht zwingend zu einer Auflösung einer Gesellschaft: Während der Stundungs- und der Prozentvergleich (Art. 314 ff. SchKG) die Sanierung des Schuldners oder der Schuldnerin anstreben, steht beim Liquidationsvergleich (Art. 317 ff. SchKG) die wirtschaftliche Liquidation im Vordergrund. Anders als beim Konkurs bleibt es dem Schuldner oder der Schuldnerin überdies möglich, den Betrieb weiterzuführen. Bis zum Abschluss des Nachlassstundungsverfahrens bleibt daher offen, ob ein Betrieb definitiv geschlossen wird.

⇒ Rechtsprechung

EVG C 235/03 vom 22.12.2003 (Dass die GmbH seit einiger Zeit keinen Umsatz mehr erzielt, hindert die versicherte Person nicht daran, die Firma allenfalls zu reaktivieren. Eine vorübergehende Stilllegung des Betriebs beendet die arbeitgeberähnliche Stellung ebenso wenig wie die blosse Absichtsausschreibung, die Unternehmung zu liquidieren)

**B27** Folgende Sachverhalte führen zum definitiven Ausscheiden bzw. zur endgültigen Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung:

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

**B28** 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 Eintrags der arbeitgeberähnlichen Person im Handelsregister (SHAB-Publikation) 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 eindeutig und nachweislich dem HR-Eintrag, ist von ersteren auszugehen. Kann z. B. der tatsächliche Rücktritt in zeitlicher Hinsicht anhand eines Beschlusses der Generalversammlung (Rücktritt aus dem Verwaltungsrat) oder einer notariellen Urkunde (z. B. Übertragung der GmbH-Stammanteile an Drittperson) nachgewiesen werden, ist bereits dieser Zeitpunkt für das definitive Ausscheiden entscheidend.

⇒ Rechtsprechung

EVG C 110/03 vom 8.6.2004 (Dem Handelsregistereintrag und dessen Löschung kommt erhebliche Bedeutung zu; denn erst mit der Löschung ist nach aussen hin für Dritte unmissverständlich kundgetan, dass die betreffende Person definitiv aus dem Betrieb ausgeschieden ist und all jene Eigenschaften verloren hat, welche sie zu einer arbeitgeberähnlichen Person machten)

EVG C 210/03 vom 16.6.2004 (Das Ausscheiden aus der Firma muss anhand eindeutiger Kriterien gemessen werden können, welche keinen Zweifel am definitiven Austritt übrig lassen)

EVG C 278/05 vom 15.3.2006 (Fehlen irgendwelche Bemühungen der versicherten Person, die sich verzögernde Löschung im Handelsregister zu beschleunigen, hat der Beschwerdegegner immer noch die Möglichkeit, seine arbeitgeberähnliche Stellung zu benutzen)

BGE 8C\_245/2007 vom 22.2.2008 (Es ist der tatsächliche Rücktritt aus dem Verwaltungsrat, welcher unmittelbar wirksam wird, massgebend und nicht der Zeitpunkt der Löschung im Handelsregister)

**B29** Mit dem Konkurs eines Betriebes geht grundsätzlich die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung einher.

Personen, welche jedoch gemäss Liquidationsbeschluss weiterhin für die Firma in Liquidation tätig sind, d. h. die gesetzlichen und statutarischen Befugnisse für die Liquidation beibehalten, haben in der Regel keinen Anspruch auf ALE. Für die Liquidation kann z. B. auch die Weiterführung des Geschäfts bis zu dessen Verkauf oder Auflösung gehören. Der Zustand der Liquidation dauert bis zur Löschung der Firma im Handelsregister.

Ist eine Person Inhaberin mehrerer Unternehmen und fällt eine davon in Konkurs, und hat sie die Möglichkeit, eine gleiche Tätigkeit in einem dieser Unternehmen auszuüben, ist der Anspruch auf ALE zu verneinen. In derartiger Konstellation ist die Missbrauchsgefahr immer noch erfüllt (EVG C 65/04 vom 29.6.2004).

⇒ Beispiel

Bei einem Mehrheitsaktionär und Geschäftsführer, welcher z. B. als Liquidator mit arbeitgeberähnlicher Stellung für die Auflösung der AG bestimmt war, besteht bis zur Eintragung der Auflösung der Firma im Handelsregister kein Anspruch auf ALE.

⇒ Rechtsprechung

EVG C 373/00 vom 19.3.2002 (Der Zustand der Liquidation dauert auch nach Einstellung des Konkurses mangels Aktiven an, In dieser Zeit können Gesellschaftsorgane - vorliegend der Versicherte als Verwaltungsrat - unter anderem die Weiterführung des Geschäfts bis zu dessen Verkauf oder Auflösung beschliessen. Dieser Umstand schliesst die versicherte Person vom Anspruch auf ALE aus)

EVG C 83/03 vom 14.7.2003 (Wird das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt, entfällt die damit zusammenhängende Beschränkung des Verfügungsrechts der Gemeinschuldnerin und der Vertretungsbefugnis ihrer Organe. Die Gesellschaftsorgane behalten während der Liquidation ihre gesetzlichen und statutarischen Befugnisse bei, weshalb ein Anspruch auf ALE zu verneinen ist)



EVG C 19/04 vom 14.8.2004 (Wird die versicherte Person nicht als Liquidatorin der Firma eingesetzt, sondern führt das zuständige Konkursamt das Konkursverfahren zu Ende, können keine durch das Konkursverfahren eingeschränkten Befugnisse vom Konkursamt auf sie zurückfallen. Der Anspruch auf ALE ist demnach zu bejahen)

EVG C 267/04 vom 3.4.2006 (Bei einer von Amtes wegen anstehenden Löschung der Gesellschaft im Handelsregister kann vor der Löschung im Handelsregister nichts Relevantes mehr geschehen. Insbesondere besteht kaum noch die Möglichkeit, dass sich die versicherte Person wieder in seiner GmbH einstellt, womit das Missbrauchsrisiko entfällt)

BGE 8C\_850/2010 vom 28.1.2011 (Eine beschlossene oder angeordnete Liquidation ist kein taugliches Kriterium dafür, das Ausscheiden einer Person in arbeitgeberähnlicher Stellung zu belegen)

## **Arbeitgeberähnliche Stellung in Betrieb A und unselbstständige Erwerbstätigkeit in Betrieb B**

- B30** Eine versicherte Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung hat auch dann keinen Anspruch auf ALE, wenn sie nur für kurze Zeit in einem Drittbetrieb unselbstständigerwerbend tätig war.

Hat eine versicherte Person weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb A inne und macht sie den Verlust einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit ohne arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb B geltend, so kann der Arbeitsausfall rechtsprechungsgemäss nur dann entschädigt werden, wenn die beitragspflichtige Beschäftigung im Drittbetrieb wenigstens 6 Monate gedauert hat und die Mindestbeitragszeit von 12 Monaten insgesamt erfüllt ist (EVG C 171/03 vom 31.3.2004).

- B31** Die mitarbeitenden Ehegatten oder Ehegattinnen, die aus dem Betrieb - welcher vom anderen Ehteil weitergeführt wird - ausgeschieden sind, gelten erst dann als anspruchsberechtigt, wenn sie entweder mindestens eine sechsmonatige beitragspflichtige Beschäftigung nach Aufgabe der Tätigkeit im ehelichen Betrieb ausgeübt haben oder die Mindestbeitragszeit von 12 Monaten alleine ausserhalb des ehelichen Betriebes erfüllen.

## **Tatsächlicher Lohnbezug**

- B32** Für den Nachweis der erforderlichen Beitragszeit ist massgebend, dass die versicherte Person eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt und hierfür ein Lohn erhalten hat. Bei Personen, die vor ihrer Arbeitslosigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung inne hatten, hat die Arbeitslosenkasse näher zu prüfen, ob diese tatsächlich einen Lohn bezogen haben. Diese Abklärungspflicht erstreckt sich auch auf die mitarbeitenden Ehegatten und Ehegattinnen und nahen Verwandten von arbeitgeberähnlichen Personen. Der Nachweis des Lohnflusses hat nach B144 ff. zu erfolgen.

## Rückforderung von unrechtmässig bezogenen Leistungen

- B33** Stellt die Arbeitslosenkasse erst im Laufe des Leistungsbezuges fest, dass die versicherte Person immer noch eine arbeitgeberähnliche Stellung inne hat, hat sie die unrechtmässig bezogene ALE zurückzufordern.

Nach Art. 25 ATSG verwirkt der Rückforderungsanspruch innert einem Jahr, nachdem die Arbeitslosenkasse zumutbarerweise Kenntnis von einem unrechtmässigen Leistungsbezug erhalten hat, spätestens aber 5 Jahre nach der Auszahlung der Leistung. Die einjährige Frist beginnt erst in jenem Zeitpunkt zu laufen, in welchem die Arbeitslosenkasse Kenntnis vom rückforderungsbegründenden Sachverhalt hatte.

Aufgrund der Publizitätswirkung des Handelsregisters muss sich die Arbeitslosenkasse jedoch in Abweichung von dieser Grundregel die Kenntnis von der leistungsausschliessenden Mitgliedschaft des mitarbeitenden Verwaltungsrates oder der mitarbeitenden Verwaltungsrätin einer AG bzw. der Stellung als Geschäftsführer/in einer GmbH von Anfang an entgegenhalten lassen. Das bedeutet, dass in diesen Fällen die einjährige Frist bereits mit der zu Unrecht ausbezahlten Entschädigung zu laufen beginnt, da die Stellung als Verwaltungsrat oder Verwaltungsrätin in einer AG oder die Geschäftsführung in einer GmbH im Handelsregister ersichtlich ist (BGE 122 V 270).

- B34** Die Rechtsprechung in Bezug auf den Ausschluss von arbeitgeberähnlichen Personen im Bereich der ALE sowie für die Leistungsbereiche KAE/SWE und IE ist sehr umfangreich. Nachfolgend werden einige ausgewählte Beispiele und EVG-Entscheide aufgeführt.

⇒ Beispiele

- Verwaltungsratsmitglied einer AG:

Als einziges Verwaltungsratsmitglied einer AG hat die versicherte Person die Eigenschaften beibehalten, welche sie zu einer arbeitgeberähnlichen Person in diesem Betrieb machen. Namentlich steht es ihr frei, die Aktivitäten dieses Betriebes beliebig auszudehnen, sich selbst wieder anzustellen und somit den Gang des Geschäftes massgebend zu beeinflussen. Es fehlen jegliche Hinweise auf eine Absicht, diese Firma endgültig zu liquidieren. Selbst wenn die versicherte Person in der Vergangenheit keine Verwaltungsrats-honorare bezogen hat, ändert sich nichts an ihrer nach wie vor andauernden arbeitgeberähnlichen Stellung. Ebenso irrelevant ist die Frage, ob sie Aktien ihrer Firma besitzt oder nicht. Unabhängig davon, ob die versicherte Person allenfalls in der Lage gewesen wäre, als Angestellte für einen anderen Arbeitgeber tätig zu werden, muss der Anspruch auf ALE verneint werden.

- Vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit in einer GmbH:

Kündigen sich 2 Gesellschafter einer GmbH infolge Bestellungsrückgang gegenseitig und stellen sie sich in der Folge im Umfang einer Teilzeittätigkeit wieder an, erwerben sie keinen Anspruch auf ALE.

- Angestellt in der Einzelfirma des Ehegatten:

Ein Versicherter ist Angestellter in der Einzelfirma seiner Ehefrau. Das anfänglich volle Pensum wird auf 50 % reduziert. Der Versuch, die jeweils umsatzschwache Zeit mittels Taggeldern der ALV zu überbrücken, kommt einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung der Regelung über die KAE gleich und begründet keinen Anspruch auf ALE.

- Geschäftsführer einer GmbH:  
Eine versicherte Person, die ihre Stelle in einer GmbH aufgibt, jedoch ihre Organstellung als Geschäftsführer beibehält, hat eine arbeitgeberähnliche Funktion im Betrieb und kann die Entscheidungen der GmbH weiterhin bestimmen oder zumindest massgeblich beeinflussen. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass sämtliches Inventar veräussert wurde und die Firma in der Folge inaktiv war. Infolge ihrer Funktion als massgebliches Organ der GmbH ist es ihr unbenommen, den Betrieb wieder zu aktivieren. Ein Anspruch auf ALE ist demzufolge zu verneinen.
- Vermittlungsfähigkeit/arbeitgeberähnliche Stellung:  
Dass die versicherte Person in der streitigen Zeitspanne möglicherweise vermittlungsfähig gewesen wäre, vermag ihr keinen Anspruch auf ALE zu verschaffen, so lange sie die arbeitgeberähnliche Stellung nicht endgültig aufgegeben hat.
- Liquidation eines Betriebes:  
Ist die versicherte Person nach dem Liquidationsbeschluss weiterhin als Geschäftsführerin und überdies als Liquidatorin für die aufgelöste Firma tätig, hat sie bis zur Eintragung der Auflösung im Handelsregister eine arbeitgeberähnliche Stellung inne. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht kein Anspruch auf ALE.

⇒ Rechtsprechung

EVG C 219/03 vom 2.6.2004 (Es ist entscheidend, dass im Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitslosigkeit der Versicherte und seine Ehegattin in massgeblicher Weise an der Firma mitwirkten und der eine Ehegatte diese Stellung weiter beibehielt)

EVG C 13/07 vom 2.11.2007 (Bei Aufnahme einer arbeitgeberähnlichen Stellung während laufender Rahmenfrist für den Leistungsbezug kann der Anspruch auf ALE nicht von vorneherein in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG verneint werden)

BGE 8C\_656/2011 vom 14.2.2012 (Die falsche Antwort auf dem Formular «Antrag auf Arbeitslosenentschädigung» auf die Frage nach einer Beteiligung am Betrieb oder leitenden Funktion ist in casu irrelevant. Die den Anspruch ausschliessende Eigenschaft des Versicherten als Person in arbeitgeberähnlicher Stellung muss sich die Arbeitslosenkasse aufgrund der Publizitätswirkung des Handelsregisters entgegen halten lassen)

## **Unterscheidung zwischen selbstständiger Erwerbstätigkeit und arbeitgeberähnlicher Stellung im Hinblick auf die Anspruchsberechtigung**

**B34a** Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung im Sinne der ALV unterscheiden sich massgeblich von Personen, die einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (SE) im Sinne der AHV nachgehen.

Nachfolgend sollen die Unterschiede zwischen SE und arbeitgeberähnlicher Stellung aufgezeigt werden.

### **I. Selbstständigkeit (Art. 8 Abs. 1 Bst. e AVIG nicht erfüllt)**

Personen, die eine SE ausüben (z.B. Inhaber einer Einzelfirma), sind nicht ALV-beitragspflichtig und somit von der Anspruchsberechtigung in der Arbeitslosenversicherung grundsätzlich ausgeschlossen.

### **II. Arbeitgeberähnliche Stellung (Art. 8 i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG)**

Bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung handelt es sich um Arbeitnehmende, die massgebenden Lohn im Sinne des AHVG erhalten und Beitragszeit nach Art. 13 AVIG zurücklegen. Dieser Lohn bildet dann versicherten Verdienst gemäss Art. 23 AVIG.

In einer arbeitgeberähnlichen Stellung befinden sich 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 (AVIG-Praxis ALE B12 bzw. B17 ff.).

Personen, die infolge Verlusts ihrer Stelle in einem Betrieb arbeitslos werden, in dem sie eine arbeitgeberähnliche Stellung beibehalten, haben in Analogie zu Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG keinen Anspruch auf ALE, da sie die Entscheidungsfindung im Betrieb weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (AVIG-Praxis ALE B14).

### **III. Unterschiedliche Behandlung selbstständige Erwerbstätigkeit / arbeitgeberähnliche Stellung**

Vorbemerkung: Die folgende Tabelle erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

<b>Selbstständige Erwerbstätigkeit</b>	<b>Arbeitgeberähnliche Stellung</b>
<b>Beitragszeit</b> (AVIG-Praxis ALE B13): Bildet keine Beitragszeit.	<b>Beitragszeit</b> (AVIG-Praxis ALE B12): Bildet eine Beitragszeit.
<b>Vermittlungsfähigkeit</b> (AVIG-Praxis ALE B238 ff.): Eine auf Dauer ausgerichtete SE schliesst die Vermittlungsfähigkeit grundsätzlich nicht aus. Es ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang ein anrechenbarer Arbeitsausfall infolge Verlusts der unselbstständigen Erwerbstätigkeit vorliegt.	<b>Vermittlungsfähigkeit</b> (AVIG-Praxis ALE B25 ff.): Sobald die versicherte Person definitiv aus dem Betrieb ausgeschieden ist und ihre arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgegeben hat, ist die Vermittlungsfähigkeit gegeben.

<p><b>Versicherter Verdienst:</b> Wenn der Anspruch auf ALE infolge Verlusts der unselbstständigen Erwerbstätigkeit bejaht werden kann, ist der Verdienst aus SE nie im vV zu berücksichtigen.</p>	<p><b>Versicherter Verdienst:</b> Wenn der Anspruch auf ALE bejaht werden kann, ist der in arbeitgeberähnlicher Stellung erzielte Lohn im vV zu berücksichtigen (vgl. auch Lohnfluss, AVIG-Praxis ALE B32).</p>
<p><b>Zwischenverdienst:</b> Bei auf Dauer ausgerichteter SE bildet der Verdienst aus dieser Tätigkeit nie ZV. Der anrechenbare Arbeitsausfall reduziert sich im Umfang der SE (AVIG-Praxis ALE B238 ff.). <i>=&gt; kein Anspruch auf Kompensationszahlungen</i></p> <p>Bei vorübergehender SE bildet der Verdienst ZV, wenn sich die versicherte Person intensiv um eine unselbstständige Arbeit bemüht und der ZV leicht aufgelöst werden kann (AVIG-Praxis ALE B236). <i>=&gt; Anspruch auf Kompensationszahlungen</i></p>	<p><b>Zwischenverdienst:</b> Wenn der Anspruch auf ALE bejaht werden kann, ist der in arbeitgeberähnlicher Stellung erzielte Lohn als ZV anzurechnen (vgl. auch Audit Letter 2014/1, S. 2 ff.). <i>=&gt; Anspruch auf Kompensationszahlungen</i></p>

