

## WAS – Arbeitnehmende in der eigenen AG oder GmbH: Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung?

Eine Aktiengesellschaft (AG) oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist eine juristische Person. Funktionsfähig wird sie durch Arbeiten, die von natürlichen Personen ausgeführt werden. Das heisst, die Arbeiten werden aus einem Arbeitnehmerverhältnis heraus wahrgenommen. Personen, die in der eigenen AG oder GmbH erwerbstätig sind, gelten gemäss AHV-Statut als unselbständig Erwerbende und sind deshalb der Beitragspflicht der AHV/IV/EO und ALV unterstellt. Die Erwerbstätigkeit in der eigenen AG oder GmbH stellt somit eine beitragspflichtige Beschäftigung dar, weshalb diese als Beitragszeit anzurechnen ist.

Wenn wirtschaftlich bedingte Schwierigkeiten auftreten, steht den Betrieben im Rahmen der Arbeitslosenversicherung Kurzarbeitsentschädigung unter bestimmten Voraussetzungen zur Verfügung. Die Bewilligung von Kurzarbeit erfolgt durch die zuständige Amtsstelle (im Kanton Luzern durch die Kantonale Amtsstelle (KAST) und Recht des Sozialversicherungszentrums WAS Wirtschaft Arbeit Soziales).

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

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

Die Ablehnung ergibt sich aus Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG und der damit verbundenen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Das Bundesgericht präziserte 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 VF 234 ff.). Ein Rechtsmissbrauch muss gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht 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 (vgl. SECO, AVIG-Praxis, B15).

Amten Arbeitnehmende als Verwaltungsrat / als Verwaltungsrätin, 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 / einer

Verwaltungsrätin, dass er / sie auf die Entscheidung der Aktiengesellschaft massgeblichen Einfluss hat, und sei es auch bloss in Form der Oberleitung oder der Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen. Dasselbe gilt sowohl für den Gesellschafter / die Gesellschafterin, den geschäftsführenden Gesellschafter / die geschäftsführende Gesellschafterin als auch für Geschäftsführende einer GmbH. Solange diese Stellung beibehalten wird, ist ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ohne weitere Prüfung ausgeschlossen. In den übrigen Fällen ist die arbeitgeberähnliche Stellung im Einzelfall anhand der finanziellen Beteiligung oder Entscheidungsbefugnisse zu prüfen.

#### **Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung**

Unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen 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:

#### **Aktiengesellschaft (AG):**

- Der Sitz im Verwaltungsrat und / oder eine andere arbeitgeberähnliche Position (z.B. DirektorIn) muss aufgegeben werden.
  - Kopie der Austrittserklärung aus dem Verwaltungsrat bzw. eine Kopie des Demissionsschreibens.
- Falls massgeblich am Aktienkapital beteiligt, muss diese Beteiligung ganz an einen Dritten veräussert oder zumindest massiv reduziert werden.

#### **Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH):**

- Austritt aus der Firma sowohl als geschäftsführender Gesellschafter / geschäftsführende Gesellschafterin als auch als GesellschafterIn und Löschung der Unterschriftsberechtigung.
  - Kopie des Demissionsschreibens und des Vertrages über die Abtretung sämtlicher

Stammanteile, inkl. Zustimmung der Gesellschafterversammlung.

#### **Voraussetzungen bei Liquidation oder Konkurs**

##### **Liquidation (ordentliche Auflösung des Betriebes) der Firma**

Bei der Auflösung einer AG oder GmbH im Rahmen einer ordentlichen Liquidation dauert das Liquidationsverfahren bis zur Löschung aus dem Handelsregister immer mehr als ein Jahr (vgl. dreifacher Schuldenruf und Art. 745 Abs. 2 OR).

- **Grundsatz: kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung**

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. Deshalb muss die versicherte Person trotz Liquidationsbeschluss ihre Stellung als Verwaltungsrat / Verwaltungsrätin bzw. GeschäftsführerIn aufgeben und Ihren Anteil am Aktien- bzw. Stammkapital an Drittpersonen veräussern, ansonsten besteht grundsätzlich erst nach der Löschung der Firma im Handelsregister eine allfällige Anspruchsberechtigung.

- **Ausnahme: Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung**

Ein Ausschluss von Arbeitslosenentschädigung im ordentlichen Liquidationsverfahren ist dann nicht gerechtfertigt, wenn aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ein Missbrauch mit hohem Grad an Sicherheit ausgeschlossen werden kann (vgl. ARV 1/2015 Nr. 2). Ein Missbrauch scheidet jeweils dann aus, wenn es praktisch nichts oder kaum mehr etwas zu liquidieren gibt und eine Reaktivierung bzw. eine Rückgründung ausgeschlossen erscheint.

- Es obliegt der versicherten Person die Vermutung des Vorliegens eines Missbrauchsrisikos während der Liquidationsphase zu widerlegen. Dies gelingt ihr dann, wenn sie aufgrund der konkreten Umstände darzulegen vermag, dass eine Reaktivierung des Betriebes bzw. eine Missbrauchsgefahr praktisch ausgeschlossen werden kann. Dazu müssen die folgenden Bedingungen **kumulativ** erfüllt sein:
  - Kleinunternehmen, deren Besitz sich auf eine oder wenige Personen aufteilt (bspw. Familienbetrieb, Einpersonen-AG, Einpersonen-GmbH);
  - Auflösungsbeschluss durch die Generalversammlung (AG) oder Gesellschafterversammlung (GmbH), Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 und 808b Abs. 1 Ziff. 11 OR;
  - Erfolgte Anmeldung der Liquidation beim Handelsregisteramt («Firma XY in Liquidation»);
  - Es gibt wenig oder kaum mehr etwas zu liquidieren (Inventarliste der zu liquidierenden Aktiven);
  - Es lässt sich faktisch ausschliessen, dass die bisherige Geschäftstätigkeit weiter ausgeübt wird (Auflösung Mietvertrag, Telefon, Versicherungen, Einstellung der Internetseite etc.);
  - Keine Lohnbezüge während der Liquidationsphase (schriftliche Bestätigung des Liquidators / der Liquidatorin).
- Gelingt es der versicherten Person beweismässig nicht, die Vermutung des Vorliegens eines Missbrauchsrisikos während der ordentlichen Liquidation umzustossen, muss der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung abgelehnt werden. In diesem Fall ist darauf hinzuweisen, dass sich die versicherte Person auch während der Liquidationsphase nach Möglichkeit weiterhin den beitragspflichtigen Lohn ausrichtet, um nach Abschluss des Liquidationsverfahrens über genügend Beitragszeiten zu verfügen.

### **Konkurs der Firma**

Mit der Konkurseröffnung über einen Betrieb geht grundsätzlich die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung einher. Ebenso endet die arbeitgeberähnliche Stellung normalerweise auch im Zeitpunkt einer Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven. Wann die Firma nach der publizierten Einstellung des Konkursverfahrens von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht wird, spielt keine Rolle. Auch nicht relevant ist, wenn die versicherte Person in bisher arbeitgeberähnlicher Stellung formalrechtlich als konkursrechtlichen LiquidatorIn bezeichnet ist.

### **Sachverhalte, die nicht zu einem definitiven Ausscheiden bzw. endgültigen Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung führen können**

- Überschuldung des Betriebes
- Gewährung einer Nachlassstundung  
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.
- die vorübergehende Betriebseinstellung / Betriebsstilllegung.

### **Hinweise**

Entscheidungsbefugnisse bzw. finanzielle Beteiligungen müssen an eine Drittperson und dürfen nicht an den Ehepartner übertragen werden. Mitarbeitende Ehegatten von Personen, welchen eine arbeitgeberähnliche Stellung im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG zukommt, haben nämlich ebenfalls keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

Damit die übrigen Anspruchsvoraussetzungen von Art. 8 AVIG geprüft werden, muss die versicherte Person der zuständigen Arbeitslosenkasse mitteilen, ob sie definitiv aus der Firma ausscheiden wird.

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



WAS Wirtschaft Arbeit Soziales  
wira Luzern | Arbeitslosenkasse des Kantons Luzern  
Bürgenstrasse 12 | Postfach 2166 | 6002 Luzern  
Telefon +41 41 209 13 30  
alk@was-luzern.ch | www.was-luzern.ch/wira