

Frank Goecke  
+41 44 245 46 62  
goecke@rechtsanker.ch  
Fürsprecher/ Fachanwalt SAV  
Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Barbara Laur  
+41 44 245 46 64  
laur@rechtsanker.ch  
lic. iur., Rechtsanwältin  
Fachanwältin SAV Familienrecht

Silvan Meier Rhein  
+41 44 245 46 66  
meier.rhein@rechtsanker.ch  
lic. iur., Rechtsanwalt/Fachanwalt SAV  
Haftpflicht und Versicherungsrecht

Felix Frey  
+41 44 245 46 68  
frey@rechtsanker.ch  
Dr. iur., Rechtsanwalt

Elisabeth Schönbucher Adjani  
+41 44 245 46 63  
schoenbucher@rechtsanker.ch  
lic. iur., Rechtsanwältin  
Mediatorin SAV

Eingetragen im Anwaltsregister

## **Rechtsgutachten zum Ausschluss vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (ALE) wegen arbeitgeberähnlicher Stellung; insbesondere in Bezug auf die Beteiligung an einer Mehrheit von Firmen; unter besonderer Berücksichtigung von BGer v. 19.09.2012, 8C\_143/2012**

### **I. Ausgangslage**

1. Das Bundesgericht lehnt den Anspruch auf ALE ab, wenn der Versicherte eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat. Erstmals wurden ALE wegen arbeitgeberähnlicher Stellung im BGE 123 V 234 abgewiesen, seither hat sich eine Rechtsprechung entwickelt, welche den Kreis der Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung, die keinen Leistungsanspruch haben, immer mehr ausgeweitet hat.
2. Auf die Spitze getrieben wurde diese Rechtsprechung mit BGer v. 19.09.2012, 8C\_143/2012. Ohne weitere Klärung des Sachverhalts wurde der Leistungsanspruch abgewiesen - allein aufgrund der Tatsache, dass der arbeitslos gewordene Versicherte auch an einer anderen Firma finanziell beteiligt war. Es wurde unterstellt, dass eine «personelle Verflechtung zweier Betriebe» vorliege; so könne sich der Versicherte durch seine Stellung in der «verwobenen Beteiligungskonstruktion» beliebig entlassen und wiedereinstellen. Auch mit der Löschung der Funktion als Gesellschafter bzw. Geschäftsführer bestünde die Möglichkeit, dass der Versicherte seine Stellung innerhalb der Firmen weiterhin missbrauche.

## **II, Fragestellung**

3. Mit diesem Gutachten soll aufgezeigt werden, dass die bestehende Rechtsprechung, die allein auf die theoretische Möglichkeit einer Umgehung bzw. eines Missbrauchs abstellt, zu stossenden Ergebnissen führen kann.
4. Für den Versicherten im Fall BGer v. 19.09.2012, 8CJ43/2012, der hier exemplarisch aufgezeigt werden soll, wäre es ein Einfaches gewesen, die ihm unterstellte Missbrauchsgefahr zu widerlegen. Er wurde zu diesem Beweis aber gar nicht zugelassen. Geschweige denn, dass die Organe der Arbeitslosenversicherung (ALV) irgendein Indiz hätten anführen können, dass der Versicherte tatsächlich die Vorschriften der ALV hätte umgehen wollen. Das Bundesgericht stellte auf die pauschale Vermutung ab, dass der Versicherte beliebig innerhalb eines «Konglomerats von Firmen» von der einen Firma in eine andere hätte wechseln können bzw. nach seinem Gutdünken in der einen oder anderen Firma tätig geworden wäre und sich da oder dort (wieder neu) einen Lolin ausbezahlt hätte.
5. Es soll dargelegt werden, dass sich das Ergebnis von BGer v. 19.09.2012, 8C 143/2012 wohl kaum auf eine rechtliche Grundlage abstützen lässt, insbesondere erscheint die Bestimmung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, die für die Kurzarbeitsentschädigung gilt, in diesem Fall als wenig tragfähig.
6. Die Norm ist nur solange tragfähig, wie eine analoge Anwendung möglich und zulässig ist. Dies setzt voraus, dass der (ursprüngliche) Zweck der Norm auch im Bereich, wo sie analog angewendet werden soll, verfolgt bzw. erreicht werden soll.
7. Somit ist zu untersuchen, ob die Zwecksetzung der Norm aus der Kurzarbeitsentschädigung auch im Bereich der ALE greift und deshalb auf diese Materie übertragen werden kann. Die analoge Anwendung der Norm von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ist also nur möglich, solange die Problematik, die im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung bekämpft werden soll, auch in der ALE zu bekämpfen ist.

8. Der Missstand, der im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung bekämpft werden soll, ist, dass ein Versicherter über die Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers verfügt, er also darüber entscheiden kann, ob Kurzarbeit eingeführt wird und dass er diese Freiheit zum Schaden der ALV missbraucht.
9. Der Missstand im Bereich der ALE wird in der Rechtsprechung darin gesehen, dass der Versicherte (in arbeitgeberähnlicher Stellung) über die Dispositionsfreiheit verfügt, die es ihm erlaubt, sich jederzeit selbst wieder einzustellen.
10. Für den Bereich, in dem die Rechtsprechung von einem «Firmenkonglomerat» ausgeht, wird der Missstand darin gesehen, dass der Versicherte (in Ausübung seiner Dispositionsfreiheit) sich stets in der einen oder andern «seiner» Firmen wieder einstellen könnte.

Verfügt der Versicherte indessen gar nicht oder nicht mehr über die «verpönte» arbeitgeberische Dispositionsfreiheit, liegt die Missbrauchskonstellation, für die Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG geschaffen wurde, nicht vor. Damit kann diese Norm nicht analog angewendet werden, denn der ursprüngliche Zweck (Verhindern, dass die Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers zum Nachteil der Versicherung ausgenutzt wird) bedarf keiner Verfolgung. Insofern wird also zu prüfen sein, ob der Versicherte in BGer v. 19.09.2012, 8C\_143/2012 überhaupt die arbeitgeberische Dispositionsfreiheit i.S.v. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hätte ausüben und sich entsprechend (in einer «seiner» Firmen) hätte wieder einstellen können.

### **III. Einleitende Bemerkungen**

11. Im Arbeitslosenversicherungsrecht werden Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung bei der Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG), bei der Schlechtwetterentschädigung (Art. 42 Abs. 3 AVIG) und bei der Insolvenzenschädigung (Art. 51 Abs. 2 AVIG) vom Anspruch auf Entschädigung ausgeschlossen. Dabei kann eine arbeitgeberähnliche Stellung auf drei Gründen beruhen:

- auf der Eigenschaft als Gesellschafter (a),
- auf einer finanziellen Beteiligung am Betrieb (b) oder
- auf der Teilhabe an der Betriebsleitung (c).

12. Für die Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 AVIG fehlt ein entsprechender Vorbehalt. Der Gesetzgeber hat hier aber nicht etwa vergessen, eine Regelung vorzusehen. Er hat sich bewusst dafür entschieden, dass im Grundsatz auch Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung einen Anspruch auf Entschädigung haben (vgl. Botschaft des Bundesrats, BB1 1980 III 591).

#### **IV, Bisherige Rechtsprechung**

13. Im Folgenden wird die Entwicklung der Rechtsprechung zum Ausschluss vom Anspruch auf Entschädigung kurz dargelegt. Die Praxis wurde im Jahr 1997 begründet, als das Eidg. Versicherungsgericht entschied, dass ein Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung dann keine Arbeitslosenentschädigung beanspruchen kann, wenn ihm die Arbeitgeberin (in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft) zwar gekündigt habe, er aber nach wie vor als Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat dieser Gesellschaft amte. Ein solches Vorgehen laufe auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung diene und dem Umstand Rechnung trage, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie diesen aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (BGE 123 V 234 E. 7, ARV 1997 Nr. 31 S. 173).

14. Seither wird der Anspruch auf ALE verneint, solange der Versicherte die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin massgeblich beeinflussen kann. Damit soll auch für den Bereich der ALE vermieden werden, dass der Versicherungsschutz missbraucht wird. Auch hier wird die Gefahr darin gesehen, dass der Versicherte in arbeitgeberähnlicher Stel-

lung sich selber die notwendige Bescheinigung ausstellt (der Versicherte, der im Moment wenig Aufträge hat, könnte dieses Risiko - das typischerweise ein Untemeherrisiko darstellt und nicht von der Arbeitslosenversicherung versichert ist -, auf die Arbeitslosenversicherung abwälzen).

15. Da der tatsächliche Arbeitsausfall schwer kontrollierbar ist, besteht ein gewisses Missbrauchspotenzial, wenn der Versicherte - in leitender Funktion oder Beteiligung am Betrieb - über die Einführung von Kurzarbeit mitbestimmt bzw. mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung diese mitverantwortet.
16. Da es im einzelnen Fall schwierig sein kann, einen tatsächlichen Missbrauch festzustellen, soll einzig darauf abgestellt werden, dass der Versicherte bzw. Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, missbräuchlich zu handeln, indem er über die Einführung von Kurzarbeit zu entscheiden. Es einzig geprüft, **ob der Versicherte über die unternehmerische Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers verfügt.**

Mit anderen Worten: Weil es in der Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers liegt, Kurzarbeit einzuführen und bei Erfüllen der einschlägigen Voraussetzungen den anspruchsbegründenden Sachverhalt für Kurzarbeitsentschädigung zu verwirklichen, ist er von vornherein vom Anspruch auf Entschädigung ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen. Amtet ein Arbeitnehmer als Verwaltungsrat, so ist eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne der betreffenden Regelung ex lege gegeben (BGE 123 V 237 E. 7a; BGE 122 V 273 E. 3), und zwar selbst dann, wenn seine Kapitalbeteiligung klein ist und er nur über die kollektive Zeichnungsberechtigung verfügt (ARV 1996 S. 48).

**Zweck der Norm von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ist der Ausschluss von Versicherten in arbeitgeberähnlicher Stellung, die in Ausnutzung der arbeitgeberischen Dispositionsfreiheit missbräuchlich eine Entschädigung erlangen könnten.**

**Damit wird die Anwendung der Norm auf die Periode begrenzt, in welcher der Versicherte über die Dispositionsfreiheit verfügt,**

17. Dem Wortlaut nach ist Art. 31 Abs. 3 AVIG zwar auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten. Auch in Fällen der Arbeitslosigkeit kann aber wie bei der Kurzarbeit eine Konstellation vorliegen, in der eine Arbeitstätigkeit nur vorübergehend aufgegeben bzw. unterbrochen wird. Dies ist insbesondere dem Versicherten möglich, der an der Leitung des Betriebes oder daran finanziell beteiligt ist und somit über eine Wiedereinstellung (mit)entscheiden kann.

Auch wenn also eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses vorliegt - und sich damit die Frage von Kurzarbeit eigentlich gar nicht stellt, da diese nur bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis möglich ist -, soll Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG angewendet werden: Die Rechtsprechung hält die Kündigung in diesem Fall für unbeachtlich, weil der Arbeitnehmer - aufgrund seiner weiterhin bestehenden Befugnisse in der Arbeitgebergesellschaft - sich jederzeit wiedereinstellen könnte.

Somit ist - trotz Kündigung - die Norm, die für die Kurzarbeit gilt, sinngemäss bzw. analog im Bereich der Arbeitslosigkeit bzw. in der Frage, ob ein Bezug von ALE möglich ist, anzuwenden (Gächter/Leu, Arbeitgeberähnliche Personen in der Arbeitslosenversicherung, SZS 2014, S. 91).

Mit anderen Worten geht das Bundesgericht davon aus, dass bei der Arbeitslosigkeit eine der Kurzarbeit ähnliche Konstellation vorliegt, solange aufgrund der dem Versicherten zukommenden arbeitgeberischen Dispositionsfreiheit dieser für seine Wiedereinstellung sorgen kann.

18. Die angeführte Praxis, nach der Versicherte in arbeitgeberähnlicher Stellung keinen Anspruch auf ALE haben, wurde in den vergangenen Jahren stark ausgeweitet (Gächter/Leu, Arbeitgeberähnliche Personen in der Arbeitslosenversicherung, SZS 2014, S. 93):

- Nach der Rechtsprechung genügt die blossе Gefahr des Missbrauchs (Rubin, Assurance-chomage et service public de l'emploi, Genf/Zürich/Basel 2019, N 84; vgl. auch Gächter/Leu, Arbeitgeberähnliche Personen in der Arbeitslosenversicherung, SZS 2014, S. 93).
  - Es wird allein auf den formellen Status als arbeitgeberähnliche Person abgestellt, selbst wenn klar ersichtlich ist, dass im konkreten Fall kein Missbrauch angestrebt oder wahrscheinlich ist (Gächter/Leu, Arbeitgeberähnliche Personen in der Arbeitslosenversicherung, SZS 2014, S. 93).
  - Auch die Aufgabe aller bisherigen Funktionen, die einen Versicherten als arbeitgeberähnliche Person erscheinen lassen, reicht nicht zur Begründung des Anspruchs auf Entschädigung, solange ein fortbestehender faktischer Einfluss als arbeitgeberähnliche Person noch nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann (BGer v. 04.06.2014, 8C\_191/2014).
19. Damit hat der Versicherte in arbeitgeberähnlicher Position nur noch einen Anspruch, wenn er den Betrieb entweder schliesst und sein Ausscheiden damit definitiv ist oder wenn der Betrieb zwar aufrechterhalten wird, der Versicherte aber jene Eigenschaft verliert, wegen welcher sie bei Kurzarbeit vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen wäre.
20. Zwischenfazit: Die Arbeitnehmerin in arbeitgeberähnlicher Stellung hat dann *keinen* Anspruch auf ALE, wenn das Arbeitsverhältnis faktisch fortbesteht, weil die Arbeitnehmerin sich nach erfolgter Kündigung bzw. eingetretener Arbeitslosigkeit wiedereinstellen könnte. Die Anwendung der Norm von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG setzt also eine Konstellation voraus, in der die Wiedereinstellung im Bereich des Möglichen liegt. Mit der Norm soll verhindert werden, dass die Arbeitnehmerin in arbeitgeberähnlicher Stellung ihre Dispositionsfreiheit - zum Schaden der ALV - ausnützt.

## V, Kritik in der Lehre

### a) Allgemeines

21. In der Lehre ist die Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG auf den Anspruch auf ALE nicht unumstritten geblieben.

Bedenken geäussert werden, wenn der Zweck, welcher dieser Norm zugrunde liegt, unbesehen auch im Bereich der ALE angewendet werden soll. Es ist aber wichtig, dass die ursprüngliche Zwecksetzung, für welche die Norm in Kraft gesetzt wurde, auch dort beachtet wird, wo die Norm auf andere Bereiche - insbesondere die ALE - übertragen wird.

### b) Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG durch Analogie

22. Jäggi weist daraufhin, dass die Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG im Bereich der ALE immer eine «analoge Anwendung» ist. Entsprechend müsse die Analogie des Sachverhalts genau geprüft werden:

**Die Analogie des Sachverhalts liegt im Umstand, dass die Kündigung nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt, sondern sich aufgrund der weiter bestehenden Einflussmöglichkeit wirtschaftlich gleich auswirkt wie eine vorübergehende Anordnung von Kurzarbeit im Umfang von 100%.**

Solange der Einfluss auf die Entscheidungen des Betriebes gegeben ist, besteht auch die Möglichkeit einer Wiedereinstellung.

So werden (auch) im Bereich der ALE die Missbräuche verhindert, die aufgrund der einflussreichen Stellung der arbeitgeberähnlichen Person möglich sind (Jäggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, SZS 2004, S. 7, 9).



**Die Grenze der Analogie ist aber etwa dann erreicht, wenn der zu beurteilende Arbeitsausfall nicht unter Einfluss einer arbeitgeberähnlichen Stellung entstand, mithin es keiner präventiven Missbrauchsverhinderung bedarf.**

**In diesem Fall soll aufgrund der konkreten Umstände geprüft werden, ob tatsächlich ein Rechtsmissbrauch vorliegt.**

23. Auch Rubin kritisiert, dass der Anwendungsbereich der Bestimmung zur Kurzarbeit, nach der Versicherte in arbeitgeberähnlicher Stellung vom Anspruch ausgeschlossen sind, immer mehr ausgeweitet wurde. Die analoge Anwendung, soll im Bereich der ALE aber nur dort möglich sein, wo **eine vergleichbare Konstellation vorliegt** (Rubin, Droit a l'indemnité de chômage des personnes occupant une position assimilable a celle d'un employeur, DTA 2013, p. 11)
24. Auch Hugentobler kritisiert, dass die Rechtsprechung sich derart ausgeweitet hat (Arbeitslosenleistungen: Geldleistungen, in: Steiger-Sackmann/Mosimann (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Handbücher für die Arztpraxis, Band XI, Basel 2014, Rz. 29.83: «...an dieser inzwischen durch ungenaue Subsumtion sehr ausgeweiteten Praxis wird in der Lehre Kritik geübt.»).
25. Die erwähnten Autoren stellen nicht in Abrede, dass sich Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG durch extensive Auslegung im Grundsatz auch in Fällen anwenden lässt, in denen der Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung zu prüfen ist. Sie fordern jedoch, **dass die Anwendung strikt auf jene Situationen beschränkt bleibt, in denen tatsächlich ein analoger Sachverhalt wie bei der Kurzarbeit nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vorliegt.**
26. Diese Grenze ist vom obersten Gericht teilweise nicht respektiert worden (Rubin, Droit a l'indemnité de chômage des personnes occupant une position assimilable a celle d'un employeur, DTA 2013, p. 9). Das ist im Hinblick auf das Legalitätsprinzip bedenklich, da der Ausschluss für arbeitgeberähnliche Personen bei der ALE über keine explizite gesetzliche Grundlage verfügt, was einer zu weit gehenden Interpretation entgegensteht (vgl. Rubin, Droit a l'indemnité de chômage des

personnes occupant une position assimilable a celle d un employeur, DTA 2013, p. 4).

## VI, Firmenkonglomerat

27. Im Jahr 2001 erging zum ersten Mal ein Urteil, in welchem von einem «Firmenkonglomerat» die Rede war. Darunter versteht das Bundesgericht, dass der Versicherte an einer Mehrheit von Firmen finanziell beteiligt oder in deren Leitung involviert ist. Das Gericht stellte fest, dass ein Versicherter seine arbeitgeberähnliche Stellung beibehalte, auch wenn einer der verschiedenen Firmen bzw. Betriebe aufgegeben werde. Solange mehrere Betriebe «in den Händen derselben Person» seien, könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Einflussmöglichkeit innerhalb des Konglomerats bestehen bleibe, auch wenn einer der Betriebe in Konkurs falle (Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichtes vom 14.03.2001, C 376/99).

28. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Versicherte K. arbeitete in der Firma A (in der Rechtsform einer AG). Sie war kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt. Im November 1998 wurde die Bilanz beim Konkursamt deponiert. Die Versicherte erhob Anspruch auf ALE. Die **Organe der Arbeitslosenversicherung** wiesen den Anspruch ab - mit folgender Begründung:

- Die Familie der K. führt weitere Betriebe, in denen dieselben Familienmitglieder in den jeweiligen Verwaltungsräten sitzen und in welchen K. ebenfalls Gesellschafterin ist. Angesichts dieses «Firmenkonglomerats» und der wechselseitigen personellen Verflechtung aller Verwaltungsratsmitglieder übt sie einen massgeblichen Einfluss in den anderen Gesellschaften aus. So hat sie auch wenige Monate nach der Konkursöffnung der A. AG in einer anderen Firma des Konglomerats eine neue Stelle angetreten.

- Überdies habe sie kurz vor dem Konkurs eine erhebliche Lohnerhöhung erhalten, welche eine Erhöhung des versicherten Verdienstes bezweckte.

- Die Arbeitgeberbescheinigung habe sich die Beschwerdegegnerin selber ausgestellt. Aus den übrigen Firmen ist sie nicht als Gesellschafterin ausgetreten. Der Versicherten K. wurde insgesamt vorgeworfen, dass sie die Vorschriften über die Kurzarbeit rechtsmissbräuchlich umgehe.

Das **Bundesgericht** stellte dazu Folgendes fest: Aus den Angaben im Handelsregister ist ersichtlich, dass vier Firmen mit Aktivitätsbereich im Hoch- und Tiefbau in Basel und näherer Umgebung sich in den Händen mehrerer Mitglieder der Familie K. befinden. Die Versicherte K. gehört zu diesem Personenkreis. Mit dem Konkurs eines dieser Betriebe hat sie daher ihre Einflussmöglichkeiten innerhalb des Konglomerats nicht verloren. Angesichts der engen Verflechtung aller Firmen und der fast identisch zusammengesetzten Entscheidungsgremien erscheint das erwähnte Konglomerat als ein einziges, kompaktes Ganzes, innerhalb dessen die Beschwerdegegnerin ihre arbeitgeberähnliche Stellung und ihre Einflussnahme beibehalten hat.

Das Bundesgericht erwog in der Folge, dass die Versicherte K. sich bei Bedarf beliebig von einem Betrieb in den andern «verschieben» und dort neu anstellen lassen konnte. Insofern änderte der Konkurs einer einzelnen Firma nichts an ihrer arbeitgeberischen Dispositionsfreiheit. Es verhalte sich in der Konstellation des betreffenden Falles nicht anders, als wenn eine Firma eine einzelne von mehreren Abteilungen schliessen würde, die anderen Bereiche aber weiterführt. In solchen Situationen habe eine arbeitgeberähnliche Person keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

29. Fortan stellte die Rechtsprechung darauf ab, dass in einem «Firmenkonglomerat» mit einer «verwobenen Beteiligungsstruktur» der Versicherte nach Belieben (auch) in einer anderen Unternehmung beschäftigt werden könne. Unter diesem Gesichtspunkt entschied das Bundesgericht eine Reihe von Fällen (so auch in BGer v. 08.12.2009, 8C\_461/2009 sowie BGerv. 19.09.2012, 8CJ43/2012).

**VI. Prüfung des Sachverhalts von BGer v. 19.09.2012, 8C 143/2012****a) Allgemeines**

30. Im vorliegend näher darzulegenden Sachverhalt, welcher 8C\_143/2012 zugrunde lag, hält das Gericht ohne weitere Prüfung des Sachverhalts fest, dass von einer «personellen Verflechtung zweier Betriebe» auszugehen sei, denn der Versicherte könne sich durch seine Stellung in der «verwobenen Beteiligungsstruktur» beliebig entlassen und wieder einstellen. Mit einer Löschung der Funktion als Gesellschafter bzw. Geschäftsführer werde diese Möglichkeit aber nicht aufgegeben bzw. es bliebe die Möglichkeit eines Missbrauchs bzw. einer Umgehung bestehen.

31. Der Sachverhalt stellte sich indessen völlig anders dar: Der Versicherte hatte mit diversen Geschäftspartnern eine Konzertagentur gegründet, die D. GmbH. Die Gesellschaft organisierte verschiedene Konzerte im Bereich der Rockmusik. Entsprechend lautete der im Handelsregister eingetragene Zweck der D. GmbH: «Organisation und Durchführung von Konzerten und Veranstaltungen wie Förderung von Musik und Künstlern».

Die D. GmbH veranstaltete im Herbst 2009 erstmals auch ein Festival (das Festival «Eine Nacht im Bergwerk» in einem Stollen in Flums). Dieses wurde zu einem grossen Erfolg und sollte im folgenden Jahr wiederholt werden.

Nachdem es zu der Tragödie anlässlich des Festivals in Duisburg (Loveparade vom 24. Juli 2010) mit 21 Todesopfern gekommen war, zog die zuständige Behörde die bereits erteilte Bewilligung für das Festival im Bergwerk wenige Tage vor Beginn - und damit für den Versicherten völlig unerwartet - zurück. Die mit der Absage des Festivals entstandenen Einbussen konnten nicht mehr aufgefangen werden. Die Vorbereitungen waren zu diesem Zeitpunkt seit mehreren Monaten am Laufen und weit über 50% der verkauften Tickets mussten zurückerstattet werden. Der Betrieb stand vor dem Konkurs. Der Versicherte musste sich deshalb per Ende November 2010 entlassen. In der Not verkaufte bzw. verschenkte er seine Beteiligung an der fast konkursiten Firma für einen

symbolischen Franken. Auf Mitte Dezember 2010 stellte der Versicherte einen Antrag auf ALE. Die Funktion als Geschäftsführer gab er per März 2011 auf und liess sie im Handelsregister löschen.

32. Daneben war der Versicherte an der V. GmbH beteiligt. Diese betrieb seit Oktober 2010 einen Kleiderladen an der Scheitergasse 5, in 8001 Zürich. Der im Handelsregister eingetragene Zweck der V. GmbH lautet: «Erbringung von Dienstleistungen, Marketing und Kommunikationsdienstleistungen sowie der Handel insbesondere im Bereich Textilien.»

Angestellt waren drei Personen, die alle im Modeverkauf ausgebildet waren. Geschäftsführerin war Y., die als Geschäftsführerin bereits verschiedene Filialen von internationalen Modeunternehmen betrieben hatte.

Der Versicherte selbst hatte indessen keinerlei Ausbildung oder Erfahrung in der Führung eines Modeunternehmens, im Sortimentseinkauf und im Modeverkauf und er hatte auch nicht die Absicht, sich in dieser Branche zu betätigen. Er hatte lediglich das Projekt ermöglicht und massgeblich in diese Idee, die in einem Kleiderladen an der Scheitergasse im Zürcher Niederdorf Gestalt annehmen sollte, investiert.

Die beiden Gesellschaften, die D. GmbH und die V. GmbH unterschieden sich also wesentlich im Zweck, in der ausgeübten Tätigkeit und im Publikum, das mit der Tätigkeit erreicht werden sollte. Es bestand kein Zusammenhang zwischen den Tätigkeit der beiden Gesellschaften.

33. Bei der Würdigung des Sachverhalts fielen die Tatsachen unter den Tisch, dass
- die beiden Betriebe kein «Konglomerat» bildeten (nachfolgend, Ziff. 34);
  - sich der Versicherte nicht «bei Bedarf beliebig von einem Betrieb in den anderen verschieben und dort neu anstellen lassen konnte» (nachfolgend, Ziff. 38);

- der Versicherte konkrete Massnahmen eingeleitet hatte, die seine Einflussmöglichkeiten auf die D. ausschlossen (nachfolgend, Ziff. 40).

#### **b) Kein missbräuchliches Konglomerat**

34. In BGer v. 19.09.2012, 8C 143/2012 wird ohne weiteres vorausgesetzt, dass ein Konglomerat bestand. Das Bundesgericht hat es aber unterlassen, eine nähere Definition vorzunehmen. Fraglich ist, ob überhaupt ein Konglomerat vorlag. Dies darf durchaus bezweifelt werden.

Dabei wird vorliegend unter einem Konglomerat eine Mehrheit von Firmen verstanden, welche in eine bestimmte Struktur eingebunden sind (vgl. Erläuterung des Begriffs auf Wikipedia: «Als Konglomerat in Zusammenhang mit Firmenstruktur wird ein stark diversifiziertes Unternehmen mit Tochtergesellschaften bezeichnet,...»; <https://de.wikipedia.org/vJki/KonglomeratjFirmen>); zuletzt besucht am 14.04.2024).

In BGer v. 19.09.2012, 8C\_143/2012 waren aber wie erwähnt zwei Firmen betroffen, die unter sich keinen näheren Zusammenhang aufwiesen.

35. Die analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG auf den Bereich der ALE muss den Zweck verfolgen, dass die arbeitgeberische Dispositionsfreiheit nicht zu einer missbräuchlichen Geltendmachung der ALE führt.

Die Anwendung setzt damit voraus, dass der Versicherte nach wie vor über diese Dispositionsfreiheit verfügt und sich (in einer seiner Firmen) wiedereinstellen könnte. Nur in diesem Fall, liegt ein «missbräuchliches» Konglomerat vor.

Es ist also dafür zu plädieren, dass bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit von einem «missbräuchliches» Konglomerat ausgegangen werden kann. Im Sinne der obigen Ausführungen müsste der

«Missbrauch» darin bestehen, dass sich der Versicherte dank seiner arbeitgeberischen Dispositionsfreiheit (in der einen oder anderen Firma) wiedereinstellen könnte. Eine solche Gefahr bzw. Missbrauchspotential bestünde indessen nur, wenn das Profil des Versicherten (aufgrund seiner Ausbildung, Kenntnisse und Erfahrung) in mehr als einer der Firmen nachgefragt würde bzw. zu einer Anstellung führen könnte. Insofern ist auch zu fordern, dass zwischen den Firmen bzw. Betrieben ein enger Zusammenhang besteht. Zu prüfen wären demnach im einzelnen Fall folgende Fragen, ob:

- zwischen den einzelnen Gesellschaften bestimmte Beziehungen, wirtschaftlicher oder organisatorischer Natur, bestehen;
- die Gesellschaften den gleichen oder einen ähnlichen wirtschaftlichen Zweck verfolgen;
- in den Gesellschaften die gleiche oder eine ähnliche wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird;
- die Leistungen der Gesellschaften sich an das gleiche oder ein ähnliches Publikum richten bzw. die Gesellschaften das gleiche oder eine ähnliche Kundschaft ansprechen.

Nur unter diesen Voraussetzungen soll die Norm von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG aus dem Recht der Kurzarbeitsentschädigung auch auf die Arbeitslosenversicherung anwendbar sein.

36. Auch Rubin kritisiert die Auffassung, dass bei einer Mehrheit von Firmen pauschal auf eine rein theoretische Missbrauchsgefahr abgestellt bzw. der Anspruch auf ALE verweigert wird.

**Vielmehr soll der Anspruch auf Entschädigung nur ausgeschlossen werden, wenn zwischen verschiedenen Firmen, an denen der Versicherte beteiligt ist, ein enger Bezug bestehe, sei es in wirtschaftlicher oder in organisatorischer Hinsicht** (Rubin, Droit a l'indemnité de chômage des personnes occupant une position assimilable a celle d'un employeur, DTA 2013 p. 6).

Abzustellen ist insofern auch auf die verschiedenen Gesellschaftszwecke und die konkret vom Versicherten ausgeübten Tätigkeiten. Der Sachverhalt soll jeweils in dieser Hinsicht abgeklärt werden.

37. Vorliegend fehlt es an einer engen Beziehung zwischen den beiden Firmen auch deshalb, weil sich die Aktivität der beiden nur gerade um wenige Wochen überlagerte - der Aufbau des Modeladens an der Scheitergasse hatte erst im Juli 2010 begonnen. Die Firma war vorher nicht aktiv. Der Laden in Zürich wurde schliesslich im Oktober 2010 eröffnet. Gleichzeitig - im Juli 2010 war der Versicherte in der heissen Phase der Festivalvorbereitung, das für 3. - 5. September 2010 geplant war.

**c) Keine Wiedereinstellung in anderer Firma**

38. Hintergrund der analogen Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ist, dass der Versicherte die arbeitgeberische Dispositionsbefugnis beibehält, auch wenn er - bei einer Mehrheit von Firmen - seine Beteiligung bzw. Geschäftsführung an einer der Firmen aufgibt.

Nur solange es weiterhin in der Dispositionsfreiheit des Versicherten liegt, den anspruchsbegründenden Sachverhalt für die Entschädigung zu verwirklichen, soll er vom Anspruch auf ALE ausgeschlossen werden.

Bezogen auf ein Firmenkonglomerat stellt die Rechtsprechung also darauf ab, dass der Versicherte sich beliebig in der einen oder anderen Firma wiederanstellen kann bzw. seine Anstellung innerhalb des Firmenkonglomerats «verschieben» kann.

39. Vorliegend war dies dem Versicherten von vornherein nicht möglich. Die Tätigkeit in der V. GmbH, die den Modeladen an der Scheitergasse führt, war an berufliche Voraussetzungen geknüpft, über die der Versicherte nicht verfügte. Der Versicherte hatte nicht die entsprechende Qualifikation, die ihn zu einer Tätigkeit in einem Kleiderladen befähigt.



**d) Löschung im Handelsregister**

40. Der Versicherte nahm per 9. März 2011 die Löschung seiner Unterschrift bzw. Geschäftsführungsfunktion für die D. vor und veräußerte seine Stammanteile. Diese Tatsache war für das Bundesgericht indessen nicht massgebend, da unterstellt wurde, der Versicherte hätte sich in der V. GmbH wiedereinstellen können (diese im Gegensatz zum vorinstanzlichen Urteil, das einen Anspruch auf ALE ab Löschung im Handelsregister gutgeheissen hatte).

Auch war der Versicherte vor seiner Arbeitslosigkeit im Dezember 2010 nie bei der Firma V. GmbH angestellt. Diese hatte ihre Aktivität ja erst im Oktober 2010 mit der Eröffnung des Ladens aufgenommen.

41. Mit der Aufgabe der Funktion als Geschäftsführer bzw. deren Löschung im Handelsregister sowie dem Abstossen der Beteiligung hatte der Versicherte alles unternommen, damit ihm keine Beteiligung an mehreren Firmen (Konglomerat) bzw. eine arbeitgeberähnliche Stellung unterstellt werden könne.

**e) Zwischenfazit**

42. Wie ausgeführt soll beim Versicherten in einer arbeitgeberähnlichen Stellung ausgeschlossen werden, dass er aufgrund der Dispositionsfreiheit (die ihm in der Eigenschaft als mitverantwortlicher Arbeitgeber zukommt) einen Anspruch auf ALE rechtsmissbräuchlich geltend macht. Nur in diesem Fall liegt eine mit Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vergleichbare Konstellation vor und damit eine zulässige Anwendung dieser Bestimmung auch auf den Ausschluss von ALE.

43. Die Gefahr, dass die Dispositionsfreiheit (des Arbeitgebers) allenfalls zur Erschleichung einer ALE ausgenützt wird, soll auch dort gebannt werden, wo der Versicherte an einer Mehrheit von Firmen beteiligt ist bzw. darauf Einfluss nimmt.

**Für die Annahme einer arbeitgeberähnlichen Stellung eines Versicherten, der an einer Mehrheit von Firmen beteiligt ist, müssen aber nach der hier vertretenen Auffassung diese Firmen untereinander in einem engeren Zusammenhang stehen.**

Nur in diesem Fall liegt eine mit Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vergleichbare Konstellation und damit eine zulässige Anwendung dieser Bestimmung auch auf den Ausschluss von ALE vor.

Indizien für das Bestehen enger Beziehungen zwischen den Firmen sind:

**Dienstleistungen und Produkte der Firmen richten sich an das gleiche oder an ein ähnliches Publikum bzw. eine ähnliche Kundschaft;**

**die Firmen verfolgen den gleichen oder einen ähnlichen wirtschaftlichen Zweck;**

**es wird in den Firmen die gleiche oder eine ähnliche wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt.**

## **VII. Fazit**

44. Das AVIG sieht im Falle von Kurzarbeit vor, dass der Versicherte in arbeitgeberähnlicher Stellung *nicht* entschädigt wird (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG). Das höchste Gericht hat diesen Ausschluss von der Berechtigung dann auch für die ALE angewendet. Methodisch setzt das Gericht die Arbeitslosigkeit mit einer «100%igen Kurzarbeit» (i. S. v. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) gleich und wendet diese Bestimmung aus der Kurzarbeit analog auch auf den Bereich der ALE an.
45. Dass muss nicht in jedem Fall falsch sein. Ein gewisses Potential für Missbrauch besteht tatsächlich. Aber das Gericht muss bei der analogen Anwendung der Norm, welche für die Kurzarbeitsentschädigung geschaffen wurde, stets beachten, welche Fälle einer missbräuchlichen

Entschädigung damit verhindert werden sollten. Dieser Zweck, welcher der Norm (aus der Kurzarbeit) zugrunde liegt, muss bei der analogen Anwendung auf den Bereich der ALE unbedingt gewahrt werden.

46. Soll die Norm auf eine Konstellation angewendet werden, in welcher der Versicherte an einer Mehrheit von Firmen («Firmenkonglomerat») beteiligt ist, muss geprüft werden, ob im einzelnen Fall tatsächlich die Gefahr eines Missbrauchs vorhanden ist.

So kann sich herausstellen, dass der Versicherte an einer (weiteren) Gesellschaft zwar finanziell beteiligt ist. Die Gefahr, dass er sich dort wieder einstellen würde, kann aber ausgeschlossen werden, wenn er aufgrund seines beruflichen Profils (seiner Ausbildung; Kenntnisse und Erfahrung bzw. Qualifikationen) für eine Tätigkeit dort nicht in Frage kommt. Es muss dem Versicherten zumindest zugestanden werden, dass er diesen Umstand aufzeigen kann.

47. Es geht aber auf keinen Fall an, dass einfach die - nicht widerlegbare - Vermutung aufgestellt wird, es liege ein «Firmenkonglomerat» und damit immer schon ein Missbrauch vor und dem Versicherten jede Möglichkeit verwehrt wird, Tatsachen anzuführen, die den Missbrauchsverdacht entkräften.

48. Die geltende Praxis fasst den Anwendungsbereich von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG deutlich zu weit, wenn der Anspruch auf ALE ausgeschlossen wird, wo im einzelnen Fall nicht einmal eine theoretische Missbrauchsmöglichkeit besteht.

Wenn eine Würdigung der konkreten Umstände in jedem Fall von vornherein ausgeschlossen wird, liegt ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot und das Legalitätsprinzip vor.

49. Die ausufernde bundesgerichtliche Praxis soll damit eingedämmt werden, dass bestimmter Kriterien eingeführt werden insbesondere für den Fall, dass ein «Firmenkonglomerat» unterstellt wird.

Hier wird hier vorgeschlagen, dass im einzelnen Fall zu prüfen ist, ob ein Versicherter in arbeitgeberähnlicher Stellung tatsächlich in einer der anderen Firmen, an denen er beteiligt ist, angestellt werden könnte.

Indiz dafür, dass eine solche Wiedereinstellung möglich ist, sind enge Beziehungen zwischen den Firmen. Diese können anhand folgender Merkmale aufgezeigt werden:

**Dienstleistungen und Produkte der Firmen richten sich an das gleiche oder an ein ähnliches Publikum bzw. eine ähnliche Kundschaft;**

**die Firmen verfolgen den gleichen oder einen ähnlichen wirtschaftlichen Zweck;**

**es wird in den Firmen die gleiche oder eine ähnliche wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt.**

Dem Versicherten sollte aber in jedem Fall die Möglichkeit offenstehen, dass er - auch wenn die Indizien für enge Beziehungen zwischen den Firmen sprechen - den Beweis führen darf, dass in seinem Fall eine Wiedereinstellung in einer der Firmen des «Konglomerats» ausgeschlossen ist. Er soll sich insofern darauf berufen können, dass er für eine solche Anstellung nicht das nötige Profil bzw. die nötigen Qualifikationen aufweise.

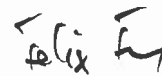
50. Der Gesetzgeber sollte aufgrund eines gesetzlichen Ausschlussstatbestandes die Fälle benennen, in denen arbeitgeberähnliche Personen keinen Leistungsanspruch haben. Die zu erlassende Norm sollte die Grenzen des Leistungsausschlusses klar und entsprechend den tatsächlichen Missbrauchsgefahren festlegen.

Zu bestimmen ist auch der Zeitpunkt, ab welchem die arbeitgeberähnliche Stellung nicht mehr anspruchshemmend wirkt gerade für Fälle, in denen der Versicherte seine Funktion oder Beteiligung an einer der Firmen im Handelsregister ändern bzw. löschen lässt. Damit ist der Planungssicherheit der Versicherten gedient.

51. Der Gesetzgeber ist damit in der Pflicht, für den Bereich der ALE eigene Bestimmungen einzuführen, die den allfälligen Ausschluss vom Anspruch des Versicherten in arbeitgeberähnlicher Stellung definieren.

52. Der Ausschluss soll insbesondere in der Konstellation, in welcher dem Versicherten vorgeworfen wird, er verfüge über ein Firmenkonglomerat, im einzelnen Fall näher geprüft werden. Dabei ist die Frage zu beantworten, ob eine Wiedereinstellung in einer der (anderen) Firmen tatsächlich möglich bzw. wahrscheinlich ist.

Solange der Gesetzgeber es versäumt, eine entsprechende Regelung in Kraft zu setzen, müssen wohl weitere Verstösse gegen das Gleichbehandlungsgebot und das Legalitätsprinzip in Kauf genommen werden.



RA Dr. iur. Felix Frey  
Ankerstrasse 24  
Postfach 9822  
8036 Zürich