

Universität Luzern

Masterarbeit

**Arbeitgeberähnliche Personen und
ihre mitarbeitenden Ehegatten in der
Arbeitslosenversicherung**

Kandidatin:

Nubia Sivec

eingereicht bei:

Prof. Dr. iur. Marc Hürzeler

Zürich, 11. Februar 2019

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	IV
Materialien.....	VIII
Internetfundstellen, Kreisschreiben, Formulare.....	IX
Verzeichnis der zitierten Judikatur.....	X
Abkürzungsverzeichnis	XII
1 Einleitung und Problemstellung	1
2 Die Arbeitslosenversicherung.....	2
2.1 Zweck und Grundsätze	2
2.2 Abgrenzung der verschiedenen Anstellungsbegriffe	2
2.2.1 Gesellschafter - selbstständig oder unselbstständig Erwerbender?	4
2.3 Versicherte Personen.....	5
2.3.1 Arbeitnehmer.....	6
2.4 Erwerbsersatz.....	6
3 Die Arbeitslosenentschädigung	7
3.1 Zweck.....	7
3.2 Anspruchsvoraussetzungen der ALE.....	7
3.2.1 Ganzarbeitslosigkeit und teilweise Arbeitslosigkeit.....	8
3.2.2 Anrechenbarer Arbeitsausfall.....	8
3.2.3 Beiträge	8
3.2.3.1 Beitragszeit.....	9
3.2.3.2 Äquivalenzprinzip (Kongruenzprinzip).....	9
3.2.4 Vermittlungsfähigkeit.....	10
3.3 Pflichten des Versicherten.....	10
3.3.1 Kontrollvorschriften	11
3.3.2 Geltendmachung des ALE-Anspruchs	11
3.4 ALE-Leistungen.....	12
3.4.1 Leistungsbezug.....	12
3.4.2 Form der Leistung	12
4 Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung	13
4.1 Zweck, Prävention	13
4.2 Schlechtwetterentschädigung	13
4.3 Definition von Kurzarbeit.....	13

4.4	Kurzarbeitsentschädigung	14
4.5	Profiteure der Kurzarbeitsentschädigung	14
4.6	Statistiken zur KAE	14
4.7	Voraussetzungen für KAE	15
4.7.1	Voraussichtlich vorübergehender Arbeitsausfall	15
4.8	Ausschluss von KAE	16
4.9	Zweck von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG	17
4.10	Arbeitgeberähnliche Stellung	17
4.10.1	Arbeitgeberähnliche Eigenschaften im Einzelnen	18
4.10.2	Beendigung der Organstellung	20
4.10.3	Mitarbeitende Ehegatten von arbeitgeberähnlichen Personen	20
4.10.4	Andere Verwandte	20
4.11	Absoluter Ausschluss	21
4.12	Abgrenzung zur Arbeitslosenentschädigung	21
5	Entstehungsgeschichtliche Aspekte der Arbeitslosenentschädigung	22
5.1	Die Praxis vor dem im Jahre 1984 in Kraft getretenen AVIG	22
5.1.1	Übergangsordnung von 1976	23
5.2	Das AVIG von 1982	23
5.3	BGE 123 V 234 als Leitentscheid für die Praxisänderung	24
5.3.1	Voraussetzungen für einen Anspruch auf ALE eines leitenden Angestellten: Ausscheiden bzw. endgültige Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung	25
6	Die durch BGE 123 V 234 entstandene Praxisänderung in Bezug auf den ALE- Anspruch arbeitgeberähnlicher Personen und der mitarbeitenden Ehegatten	25
6.1	Ausgangslage	25
6.2	Dogmatische Interpretation von BGE 123 V 234	26
6.2.1	Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung	26
6.2.2	Teleologische Extension und Gesetzeslücke	27
7	Die Folgen von BGE 123 V 234 für die Rechtsanwendung	28
7.1	Verschärfung der Praxis	28
7.2	Missbrauchsgefahr	28
7.2.1	Anstellung in einem Drittbetrieb	31
7.2.1.1	Firmenkonglomerat	31
7.2.2	Kritik am ALE-Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen aufgrund einer blossen Missbrauchsgefahr	32
7.3	Behandlung der mitarbeitenden Ehegatten	32
7.3.1	Regelungen im AVIG	32

7.3.2	Ausschluss durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 AVIG auf die ALE.....	33
7.3.3	Abstellung auf den Zeitpunkt der Trennung.....	34
7.3.4	Abstellen auf den Zeitpunkt eines Mietvertragsabschlusses	34
7.3.5	Abstellen auf den Zeitpunkt der Scheidungsklageeinreichung.....	34
7.3.6	Abstellen auf den Zeitpunkt des Scheidungsurteils.....	35
7.3.7	Kritik am Ausschluss von mitarbeitenden Ehegatten von arbeitgeberähnlichen Personen.	35
7.3.7.1	Fazit.....	36
7.4	Beitragspflicht trotz faktischem Leistungsausschluss	37
7.4.1	Übergangszeiten	38
7.4.2	Solidaritätsbeitrag.....	38
7.4.3	Beitragspflicht mitarbeitender Ehegatten	39
7.4.4	Kritik am Ungleichgewicht zwischen Beitragspflicht und Leistungsgewährung.....	40
7.5	ALE und KAE als unabhängige Leistungsarten.....	40
7.5.1	Leistungsnatur	40
7.5.2	Versicherte vs. Begünstigte	41
7.5.3	Erhöhtes Missbrauchsrisiko durch die Quasi-Arbeitgeber Eigenschaft	42
7.5.4	Auswirkungen von verwehrten ALE-Leistungen.....	43
7.5.5	Kritik	44
7.6	Hundertprozentige Kurzarbeit vs. Ganzarbeitslosigkeit	44
7.6.1	Kritik	45
8	Reflexion.....	46
	Anhang 1: Arbeitslosenkasse Kanton Luzern	1
	Anhang 2: Amt für Wirtschaft und Arbeit Kanton Zürich	1
	Anhang 3: Arbeitslosenkasse Kanton Bern	1
	Anhang 4: Statistiken SECO.....	1

Literaturverzeichnis

BRÜGGER BEATRICE ELISABETH, Die Kurzarbeitsentschädigung als arbeitslosenversicherungsrechtliche Präventivmassnahme, Diss. Bern, Bern 1993.

BURGHERR URS, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2004.

CARDINAUX BASILE, Kommentar zu Art. 114 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria Basler Kommentar/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

FREY FÉLIX/MOSIMANN HANS-JAKOB/BOLLINGER SUSANNE, Kommentar zu Art. 11 und 12 ATSG, in: Kommentar AHV/IVG, Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlasseneversicherung, die Invalidenversicherung und den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) mit weiteren Erlassen, Zürich 2018.

GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. GÄCHTER, Rechtsmissbrauch).

GÄCHTER THOMAS, Die Einpersonen-AG aus der Sicht des Sozialversicherungsrechts in: Schmid Jörg/Girsberger Daniel (Hrsg.), Neue Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. GÄCHTER, Einpersonen-AG).

GÄCHTER THOMAS, Unternehmensrecht I, Gründung und Aufbau, Sanierung und Liquidation, in: Furrer Andreas et al. (Hrsg.), litera B, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 87–106 (zit. GÄCHTER, Unternehmensrecht I).

GÄCHTER THOMAS/LEU AGNES, Arbeitgeberähnliche Personen in der Arbeitslosenversicherung, SZS Sonderheft 2014 S. 88-106.

GERHARDS GERHARD, Kommentar zum Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz/AVIG), Bd. I (Art. 1-58), Bern 1987/1988 (zit. GERHARDS, AVIG-Kommentar I).

GERHARDS GERHARD, Grundriss des neuen Arbeitslosenversicherungsrechts, Eine erste Einführung in das revidierte Arbeitslosenversicherungsrecht (zweite Teilrevision vom 23. Juni 1995), Bern/Stuttgart/Wien 1996 (zit. GERHARDS, Grundriss ALVR).

HOFMANN HEIDI, Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, gesetzliche Grundlagen und administrativer Ablauf, Zürich 1998.

HONSELL HEINRICH, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014.

HÜRLIMANN SARAH, Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung als präventive Massnahmen in der Arbeitslosenversicherung, Diss. Luzern, Luzern 2011.

HÜRZELER MARC/ZEHNDER KATRIN, Arbeitskreise / Arbeitskreis 4: Scheidung und Sozialversicherung, in: Frankhauser Roland/Büchler Andrea (Hrsg.), Neunte Schweizer Familienrechtstage, 18./19. Januar 2018 in Basel, Bern 2018, S. 129–138.

JÄGGI REGINA, Einschränkender Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, SZS 2004 S. 1–14.

KELLER-RAPOLD MANUELA, Kurzarbeit und Massenentlassung – ein Überblick, AJP 2010 S. 250–257.

KUPFER BUCHER BARBARA, Kommentar zu Art. 31 AVIG, in: Murer Erwin/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. KUPFER, Kommentar AVIG).

KUPFER BUCHER BARBARA, Fokus Arbeitslosenversicherung: ein Kompendium zu den Kernthemen des Arbeitslosenversicherungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung).

LEU AGNES, Die arbeitsmarktrechtlichen Massnahmen im Rahmen der Arbeitslosenversicherung in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005.

LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014.

MAURER ALFRED, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Bern 1983.

MÜLLER JUDITH, Das Instrument der Kurzarbeitsentschädigung in: von Kaenel Adrian (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010.

NUSSBAUMER THOMAS, Arbeitslosenversicherung, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Basel 2016.

PETRIK ANDREAS, Arbeitsbedingungen in der Pflege, in: Landolt Hardy et. al (Hrsg.), Bern 2018.

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung: Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadensverhütungs- und Schadenminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Freiburg 1999 (zit. RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung).

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Im Betrieb mitarbeitende Ehe- und Lebenspartner unter sozialversicherungs- und arbeitsvertraglichem Aspekt, in: Schmid Jörg/Girsberger Daniel (Hrsg.), Neue Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. RIEMER-KAFKA, Im Betrieb mitarbeitende Ehegatten).

RUBIN BORIS, Droit à l'indemnité de chômage des personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur, ARV 2013 S. 1–12 (zit. RUBIN, personnes assimilable à un employeur).

RUBIN BORIS, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genf/Zürich/Basel, 2014 (zit. RUBIN, Commentaire AC).

SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Basel 2012.

SCHLAURI FRANZ, Ungesetzliche Ausschlüsse von der Arbeitslosenentschädigung, Rechtswidrige Praxis bei mitarbeitenden Ehegatten von Selbstständigerwerbenden, arbeitgeberähnlichen Personen und deren Ehegatten, in: Kieser Ueli, Lendfers Miriam (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2012, Zürich/St. Gallen 2012, S. 203–230.

SENTI CHRISTOPH, Gratisarbeit und Soziallohn: Folgen eines «falschen» Lohnes, AJP 2016 S. 59–79.

USINGER-EGGER PATRICIA, Die soziale Sicherheit der Arbeitslosen in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und in den bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und ihren Nachbarstaaten, Diss. Freiburg, Zürich 2000.

VON KAENEL ADRIAN, Arbeitslosenversicherung, in: Münch Peter/Metz Markus (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, 2. Aufl., Basel 2012.

WIDMER DIETER, Die Sozialversicherung in der Schweiz, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.

Materialien

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Änderung der Bundesverfassung für eine Neukonzeption der Arbeitslosenversicherung vom 3. September 1975, BBl 1975 II 1557 ff.

Bundesbeschluss über die Einführung der obligatorischen Arbeitslosenversicherung (Übergangsordnung) vom 8. Oktober 1976, BBl 1976 III 627 ff.

Botschaft zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung vom 2. Juli 1980, BBl 1980 III 489 ff.

Internetfundstellen, Kreisschreiben, Formulare

JABERG SAMUEL, Kurzarbeit – wirksame Waffe gegen die Krise?, <https://www.swissinfo.ch/ger/wirtschaft/arbeitsmarkt-regulierung_kurzarbeit---wirksame-waffe-gegen-die-krise/43968662>, besucht am: 14.11.2018 (zit. JABERG. Kurzarbeit).

LUTIGER SIBYLLE/WEBER BERNHARD, Kurzarbeitsentschädigung - ein wichtiges arbeitsmarktpolitisches Instrument in der Rezession 2009, die Volkswirtschaft, vom 01.10.2010, <<https://dievolkswirtschaft.ch/content/uploads/2010/10/lutiger.pdf>>, besucht am: 17.11.2018, S. 51–54.

Kreisschreiben des seco über die Arbeitslosenentschädigung (gültig ab 1. Januar 2019), (zit. KS ALE).

Kreisschreiben des seco über die Kurzarbeitsentschädigung (gültig ab 1. Januar 2019), (zit. KS ALE).

Seco, Die Lage auf dem Arbeitsmarkt im Dezember 2018, Arbeitslosenzahlen, <<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/arbeitslosenzahlen.html>>, besucht am: 2. Februar 2019 (zit. Arbeitslosenzahlen).

Seco, Arbeitslosigkeit - Ein Leitfaden für Versicherte (Ausgabe Juli 2018), <<https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/publikationen/broschueren.html>>, besucht am 21. Dezember 2018 (zit. Leitfaden Arbeitslosigkeit).

Verzeichnis der zitierten Judikatur

Publizierte Bundesgerichtsentscheide

BGE 102 V 223

BGE 105 V 101

BGE 113 V 74

BGE 120 V 521

BGE 121 V 371

BGE 122 V 249

BGE 122 V 270

BGE 123 V 234

BGE 126 V 134

BGE 126 V 212

BGE 126 III 337

BGE 126 V 520

BGE 142 V 263

BGE 144 V 104

Nicht publizierte Bundesgerichtsentscheide

BGer C 376/99 vom 14. März 2001

BGer C 103/01 vom 17. Dezember 2001

BGer C 92/02 vom 14. April 2003

BGer C 273/01 vom 27. August 2003

BGer C 171/03 vom 31. März 2004

BGer C 219/03 vom 2. Juni 2004

BGer C 117/04 vom 12. November 2004

BGer C 193/04 vom 7. Dezember 2004

BGer C 160/04 vom 29. Dezember 2004

BGer C 179/05 vom 17. Oktober 2005

BGer C 306/05 vom 3. Mai 2006

BGer C 332/05 vom 15. Mai 2006

BGer C 28/07 vom 25. September 2007

BGer 8C_245/2007 vom 22. Februar 2008

BGer 8C_989/2008 vom 27. April 2009

BGer 8C_374/2010 vom 12. Juli 2010

BGer 8C_732/2010 vom 19. Januar 2011	BGer 8C_821/2013 vom 31. Januar 2014
BGer 8C_1032/2010 vom 7. März 2011	BGer 8C_13/2014 vom 20. März 2014
BGer 8C_26/2011 vom 31. Mai 2011	BGer 8C_191/2014 vom 4. Juni 2014
BGer 8C_74/2011 vom 3. Juni 2011	BGer 8C_639/2015 vom 6. April 2016
BGer 8C_231/2012 vom 16. August 2012	BGer 9C_401/2017 vom 12. Juli 2017
BGer 8C_863/2012 vom 20. Februar 2013	BGer 8C_809/2017 vom 6. Februar 2018

Urteile des Kantonsgerichts Basel-Landschaft

Urteil KGer BL 715 13 360 vom 2. Oktober 2014

Urteil KGer BL 715 16 289/330 vom 8. Dezember 2016

Urteile des Sozialversicherungsgerichts Zürich

Sozialversicherungsgericht des Kt. ZH, AL.2015.00083 Urteil vom 14. Dezember 2015

Sozialversicherungsgericht des Kt. ZH, AL.2017.00273 Urteil vom 27. März 2017

Sozialversicherungsgericht des Kt. ZH, AL.2018.00125 Urteil vom 27. September 2018

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AC	Assurance-chômage (französisch für «Arbeitslosenversicherung»)
AG	Aktiengesellschaft
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, SR 831.10
AIVV	Verordnung über die Arbeitslosenversicherung vom 14. März 1977, SR 837.11 (nicht mehr in Kraft)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
ALE	Arbeitslosenentschädigung
ALV	Arbeitslosenversicherung
ALVR	Arbeitslosenversicherungsrecht
ArGV1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000, SR 822.11
AVIG	Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 25. Juni 1982, SR 837.0
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1
Aufl.	Auflage
AVIV	Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983, SR 837.02
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BL	Basel-Landschaft
BR	Bundesrat/Bundesrätin
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzgl.	bezüglich

bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CEO	Chief Executive Officer (englisch für «Geschäftsführer»)
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
Dr.	Doktor
E.	Erwägung
et al.	et alii (lateinisch für «und andere»)
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht (heute Bundesgericht)
f./ff.	folgende/fortfolgende (Seite/Seiten)
Fn.	Fussnote
gem.	gemäss
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
IE	Insolvenzenschädigung
iur.	iurisprudentiae, Abschlussbezeichnung des juristischen Studiums
IV	Invalidenversicherung
KAE	Kurzarbeitsentschädigung
Kap.	Kapitel
KGer	Kantonsgericht
KIGA	Kantonales Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
Kt.	Kanton
lit.	littera (lateinisch für «Buchstabe»)
N	Note, Randnote
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
Prof.	Professor/in
RAV	Regionales Arbeitsvermittlungszentrum

Rz.	Randziffer
S.	Seite
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft (Secrétariat d'État à l'économie)
sog.	sogenannte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SVR	Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung (Zeitschrift)
SWE	Schlechtwetterentschädigung
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
ÜGO	Übergangsordnung vom 8. Oktober 1976
vgl.	vergleiche
vs.	Versus (lateinisch für «gegen»)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

1 Einleitung und Problemstellung

Umgangssprachlich gelten die Inhaber einer Gesellschaft als selbstständig erwerbend. Diese Anschauung deckt sich jedoch nicht mit der juristischen Definition. Insbesondere sozialversicherungsrechtlich werden diese Personen nicht als Arbeitgeber, sondern als Arbeitnehmer definiert und zahlen somit gleichermassen die obligatorischen Sozialversicherungsbeiträge; so auch Beiträge an die Arbeitslosenkasse. Dennoch werden sie von gewissen Leistungen ausgenommen, da sie als arbeitgeberähnliche Personen und der damit verbundenen Einflussnahme im Unternehmen ein erhebliches Missbrauchspotential bergen. Neben Gesellschaftern fallen auch andere leitende angestellte Personen, die eine Position im obersten Entscheidungsgremium des Betriebs innehaben oder eine gewisse finanzielle Beteiligung am Betrieb aufweisen, in die Kategorie der arbeitgeberähnlichen Personen.

Im Arbeitslosenversicherungsrecht werden obengenannte arbeitgeberähnliche Personen und deren im selben Betrieb angestellte Ehegatten vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, Schlechtwetterentschädigung und Insolvenzenschädigung ausgeschlossen. Durch die Rechtsprechung im Grundsatzentscheid BGE 123 IV 234 aus dem Jahre 1997 wurde deren Ausschluss zusätzlich auf die Arbeitslosentschädigung ausgedehnt und seither in der Praxis immer wieder bestätigt und sukzessiv verschärft, ohne dass dafür eine gesetzliche Grundlage besteht.

Die vorliegende Masterarbeit befasst sich in einem ersten Teil mit den Grundsätzen der theoretischen Grundlagen bzgl. den Bestimmungen über die Arbeitslosenversicherung und deren Leistungen. In einem zweiten Schritt werden gestützt auf eine fundierte Recherche in Literatur und Rechtsprechung die Entwicklungen aufgezeigt und auf ausgewählte Punkte eingegangen, die sich durch die exzessive Ausdehnung des gesetzlich nicht vorgesehenen Ausschlusses von leitenden Angestellten und deren Ehegatten auf Arbeitslosentschädigung ergeben und einer genaueren Betrachtung bedürfen.

Es stellt sich die Frage, ob es durch eine übertriebene Missbrauchsannahme zu einem unbegründeten, ungesetzlichen Ausschluss gewisser Personengruppen gekommen ist.

Aus Lesbarkeitsgründen wird in der vorliegenden Arbeit auf die weibliche Form verzichtet. Die männliche Form steht für beide Geschlechter.

2 Die Arbeitslosenversicherung

2.1 Zweck und Grundsätze

Die Arbeitslosenversicherung (ALV) bildet einen der zehn Zweige der Sozialversicherung.¹ Der Leitgedanke der ALV ist in Art. 114 Abs. 2 BV² statuiert und ist zweigeteilt. Einerseits soll die ALV angemessenen Erwerbsersatz gewähren und andererseits Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung der Arbeitslosigkeit unterstützen.³ Die ALV deckt vier Risiken ab: Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, Schlechtwetter und Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers), indem sie für diese vier Kategorien angemessenen Ersatz garantiert.⁴ Die ALV ist eine von vielen gesetzgeberischen Massnahmen des Staates, welche der sozialen Sicherheit dienen, indem sie das Risiko Arbeitsausfall bzw. Arbeitslosigkeit abdeckt.⁵

2.2 Abgrenzung der verschiedenen Anstellungsbegriffe

In der Arbeitslosenversicherung sind die Begriffe des Arbeitgebers, des Arbeitnehmers, der arbeitgeberähnlichen Person und des leitenden Angestellten zentral und dennoch nicht immer (leicht) abgrenzbar. Nachfolgend wird versucht, einen kurzen Überblick über die verschiedenen Begriffe zu schaffen. Sie sind grundsätzlich in allen Bereichen des Sozialversicherungsrechts gleich auszulegen, zumal die entsprechenden Spezialgesetze die Bestimmungen des ATSG⁶ in der Regel als anwendbar erklären.⁷

a) Arbeitnehmer

Arbeitnehmer sind gem. Art. 10 ATSG Personen, die für in unselbstständiger Stellung ausgerichtete Arbeit einen massgebenden Lohn beziehen. Ausschlaggebend ist, dass der Arbeitnehmer in einem betriebswirtschaftlichen bzw. arbeitsorganisatorischen Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht und kein eigenes Unternehmensrisiko trägt.⁸

¹ GERHARDS, Grundriss neues ALVR, S.11 N 21.

² Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

³ Art. 114 Abs. 2 lit. a BV; BBl 1980 III 491; NUSSBAUMER, N 6.

⁴ NUSSBAUMER, N 7.

⁵ LEU, S.18; USINGER, S. 30.

⁶ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrecht vom 6. Oktober 2000, SR, 830.1.

⁷ BGE 144 V 04, E. 3.1.

⁸ BGer 9C_401/2017 vom 12. Juli 2017, E. 2; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7 N 18.

b) Arbeitgeber

Die Arbeitgebereigenschaft ist stark an den Begriff des Arbeitnehmers angelehnt und ist in Art. 11 ATSG statuiert.⁹ Arbeitgeber ist demnach, wer Arbeitnehmer beschäftigt. Ausschlaggebend für den Arbeitgeberbegriff ist, dass die (natürliche oder juristische) Person gegenüber der Person, die für ihn Arbeit verrichtet, weisungsbefugt ist und ihr einen Lohn schuldet.¹⁰

c) Selbstständigerwerbende Person

Eine selbstständigerwerbende Person ist gem. Art. 12 ATSG, wer Einkommen generiert, das nicht das Entgelt für eine als Arbeitnehmer geleistete Arbeit ist.¹¹ Selbstständige tragen das Unternehmensrisiko und bestimmen die Arbeitsorganisation selbst.¹² Art. 12 Abs. 2 ATSG statuiert, dass eine Person selbstständig erwerbend und gleichzeitig Arbeitnehmer sein kann, wenn sie ein entsprechendes Erwerbseinkommen generiert.¹³

d) Arbeitgeberähnliche Personen

Die arbeitgeberähnliche Person ist gesetzlich nicht definiert. Darunter wird eine Person verstanden, die zwar unter den Arbeitnehmerbegriff fällt, jedoch aufgrund ihres Einflusses auf die Unternehmensgeschicke mit einem Arbeitgeber vergleichbar ist.¹⁴ Die drei Gründe die eine arbeitgeberähnliche Stellung begründen können, sind die Eigenschaft eines Gesellschafters, die finanzielle Beteiligung am Betrieb oder die Teilhabe an der Betriebsleitung (vgl. Kap. 4.10).¹⁵

e) Leitende Angestellte

Der Begriff des leitenden Angestellten ist im Arbeitsrecht weit verbreitet und dennoch sehr offen. Was unter einer leitenden Tätigkeit zu verstehen ist, ist in der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz definiert. Gemäss Art. 9 ArGV1¹⁶ übt eine höhere leitende Tätigkeit aus *«wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der*

⁹ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7 N 19.

¹⁰ FREY/MOSIMANN/BOLLINGER, N 1 zu Art. 11 ATSG; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7 N 19.

¹¹ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7 N 20.

¹² FREY/MOSIMANN/BOLLINGER, N 1 zu Art. 12 ATSG.

¹³ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7 N 20.

¹⁴ Sozialversicherungsgericht des Kt. ZH, AL.2015.00083 Urteil vom 14. Dezember 2015, E. 1.2.1.

¹⁵ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, N 638 zu Art. 31 AVIG; GÄCHTER/LEU, S. 90.

¹⁶ Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000, SR 822.11.

Grösse des Betriebs über weitreichende Entscheidbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteiles einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann». Somit muss im Einzelfall beurteilt werden, ob der Arbeitnehmer ein leitender Angestellter ist. Gemäss Rechtsprechung ist die tatsächlich ausgeführte Tätigkeit unter Berücksichtigung der Unternehmensgrösse relevant, hingegen kann nicht alleine auf die Funktionsbezeichnung abgestellt werden.¹⁷ Die Begriffe des leitenden Angestellten und der arbeitgeberähnlichen Person weisen Parallelen auf, sind jedoch keine Synonyme. So ist nicht jeder leitende Angestellte eine arbeitgeberähnliche Person im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG¹⁸ (vgl. Kap. 4.10.1 b).¹⁹

2.2.1 Gesellschafter - selbstständig oder unselbstständig Erwerbender?

Arbeitnehmer im arbeitsvertraglichen Sinne ist nach gängiger Definition nur *«wer sich in seinem privatrechtlichen Vertrag verpflichtet, Arbeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und damit fremdbestimmt zu leisten»*.²⁰ Der Arbeitnehmerbegriff im Sozialversicherungsrecht geht jedoch weiter als im Zivilrecht und hängt nicht von einem Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR²¹ ab.²² In der Arbeitslosenversicherung versichert ist jeder Arbeitnehmer im Sinne von Art. 10 ATSG. So haben Gesellschafter, die in ihrer eigenen Gesellschaft beschäftigt sind, aufgrund des fehlenden Unterordnungsverhältnisses zwar keinen Arbeitsvertrag im arbeitsrechtlichen Sinne, dennoch gelten sie sozialversicherungsrechtlich als unselbstständige Erwerbstätige, da sie für die selbstständige juristische Person (AG oder GmbH) als Arbeitnehmer Arbeit verrichten. Grund für die unterschiedliche Behandlung sind die unterschiedlichen Schutzzwecke der beiden Rechtsgebiete. Während Gesellschafter den arbeitsrechtlichen Schutz aufgrund der gleichgerichteten wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft nicht benötigen, haben Personen, die in keinem arbeitsvertraglichen Verhältnis stehen, aber dennoch in abhängiger Stellung erwerbstätig sind, ein Bedürfnis auf Schutz vor risiko-

¹⁷ BGE 126 III 337, E. 5a; PETRIK, S. 92.

¹⁸ Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982, SR 837.0.

¹⁹ BGE 120 V 521, E. 3b.

²⁰ REHBINDER, N 23.

²¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

²² LOCHER/GÄCHTER, § 16 N 8.

bedingtem Wegfall des Einkommens.²³ Paradoxerweise werden CEOs und andere massgeblich an der Geschäftsleitung Beteiligte aber wiederum bei Einzelfragen als «arbeitgeberähnliche Personen» definiert und anders behandelt als normale Arbeitnehmer, weshalb sie nicht den gleichen Schutz wie die restlichen Arbeitnehmer geniessen.²⁴ Auch ein in einer AG als Angestellter bzw. Organ mitarbeitender (Allein-)Aktionär gilt der Rechtsprechung zufolge grundsätzlich als unselbstständig Erwerbender.²⁵

2.3 Versicherte Personen

Die Eintrittswahrscheinlichkeit des Risikos Arbeitslosigkeit ist schwierig voraussehbar. Trotzdem, oder gerade deswegen, ist die Arbeitslosenversicherung nicht freiwillig, da sich in diesem Fall nur Arbeitnehmer versichern lassen würden, die den Risikoeintritt als wahrscheinlich erachten. «Gute Risiken» liessen sich kaum versichern, was zu teureren Prämien führen würde.²⁶ Die ALV ist deshalb eine obligatorische Arbeitnehmersversicherung gem. Art. 114 Abs. 2 lit. b BV, wobei der Gesetzgeber Ausnahmen vorsehen kann.²⁷ Selbstständig Erwerbende sind nicht gegen die durch die ALV versicherten Risiken wie Arbeitslosigkeit versichert und haben bis dato auch keine Möglichkeit, sich freiwillig versichern zu lassen. Obschon die Verfassung in Art. 114 Abs. 2 lit. c BV dem Bund die Kompetenz zur Errichtung einer freiwilligen Arbeitslosenversicherung für Selbstständige gibt, hat dieser davon keinen Gebrauch gemacht, wohl deshalb, weil praktische Schwierigkeiten befürchtet werden.²⁸ Bei Aufgabe einer selbstständigen Erwerbstätigkeit besteht deshalb grundsätzlich kein Versicherungsschutz gegen Arbeitslosigkeit.²⁹ Nicht zuletzt deshalb, weil der selbstständig Erwerbende bspw. im Konkursfall nicht arbeitslos, sondern erwerbslos wird.³⁰ Nichterwerbstätige haben keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Personen, die erstmals oder erneut in den Arbeitsmarkt einsteigen, haben demgegenüber Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.³¹

²³ GÄCHTER, Unternehmensrecht I, N 61.

²⁴ GÄCHTER, Einpersonen-AG, S. 137; GÄCHTER, Unternehmensrecht I, N 21.

²⁵ BGE 126 V 212, E. 2a; BGE 144 V 104, E. 3.3.1.

²⁶ CARDINAUX, BSK, N 17 zu Art. 114 BV.

²⁷ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 20; WIDMER, § 10 S. 278.

²⁸ GÄCHTER, Unternehmensrecht I, N 35.

²⁹ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 30.

³⁰ GERHARDS, Grundriss neues ALVR, S. 9 N 17.

³¹ CARDINAUX, BSK, N 21 zu Art. 114 BV.

2.3.1 Arbeitnehmer

Anspruch auf Entschädigung haben Versicherte, die einen Arbeits- und Verdienstauffall erleiden.³² Wer zum Versichertenkreis zählt, bzw. wer als Arbeitnehmer gilt, wird im AVIG nicht genauer umschrieben, es wird lediglich auf den im ATSG verwendeten Arbeitnehmerbegriff verwiesen (Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG).³³ Die Versicherteneigenschaft definiert sich grundsätzlich über die Beitragspflicht.³⁴ Vorausgesetzt wird gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a AVIG grundsätzlich zweierlei; dass die Person der AHV obligatorisch unterstellt ist und dass sie für das Einkommen aus einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit beitragspflichtig ist.³⁵ So fällt auch der Geschäftsführer einer Firma unter den Arbeitnehmerbegriff, wenn er einen massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung erhält.³⁶ Gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG³⁷ gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt, für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit.³⁸

Die Beitragspflicht ist nicht identisch mit der Anspruchsberechtigung, so sind bspw. Arbeitgeber zwar beitragspflichtig, gehören aber nicht zum Versichertenkreis, weshalb sie nicht anspruchsberechtigt sind.³⁹

Als die Arbeitslosenversicherung neu konzipiert wurde, war eines der Ziele, den Versicherungsschutz möglichst umfassend auf alle Arbeitnehmer auszudehnen. Die Regelung der wenigen Ausnahmen, die (zwecks Missbrauchsverhütung) vom Versicherungsschutz ausgenommen werden sollten, wurde an den Gesetzgeber delegiert (Art. 114 Abs. 2 lit. b BV).⁴⁰

2.4 Erwerbsersatz

In Art. 114 Abs. 2 lit. a BV, erster Teilsatz, garantiert die Verfassung einen angemessenen Erwerbsersatz. Es liegt am Gesetzgeber zu definieren, was ein angemessener Erwerbsersatz ist. Grundsätzlich soll der Erwerbsersatz mehr als nur das Existenzmini-

³² GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Vorbemerkungen zu Art. 8–30 AVIG, N 9; VON KAENEL, N 13.12.

³³ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 21; CARDINAUX, BSK, N 27 zu Art. 114 BV.

³⁴ SENTI, S. 71.

³⁵ BGE 122 V 249, E. 2b; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 21.

³⁶ BGer C 160/04 vom 29. Dezember 2004, E. 3.3.

³⁷ Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, SR 831.10.

³⁸ BGer 9C_401/2017 vom 12. Juli 2017, E. 2.

³⁹ BGer C 160/04 vom 29. Dezember 2004, E. 3.3; NUSSBAUMER, N 48.

⁴⁰ BBl 1975 II 1580; NUSSBAUMER, N 26.

mum abdecken, nicht aber den vollen Lohn ersetzen, damit der Anreiz des Arbeitslosen, möglichst schnell wieder eine zumutbare Arbeit aufzunehmen, nicht verloren geht.⁴¹ Derzeit beträgt der Erwerbssersatz 80% des versicherten Verdienstes, exklusiv Kinderzulagen (Art. 22 Abs. 1 AVIG).⁴²

3 Die Arbeitslosenentschädigung

3.1 Zweck

Die Arbeitslosenentschädigung ist neben der Kurzarbeitsentschädigung, der Schlechtwetterentschädigung und der Insolvenzenschädigung die vierte und wohl wichtigste Leistungsart der Arbeitslosenversicherung und stellt seit jeher das Kernstück des Leistungssystems dar (Art. 7 Abs. 2 lit. a AVIG).⁴³ Sie schützt die Versicherten bis zu einem bestimmten Umfang vor den wirtschaftlichen Folgen der Arbeitslosigkeit, die für die betroffene Person neben erheblichen finanziellen auch psychische und moralische Folgen haben kann.⁴⁴

3.2 Anspruchsvoraussetzungen der ALE

In Art. 8 Abs. 1 AVIG sind in den lit. a–g sieben Voraussetzungen aufgelistet, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit ein Anspruch auf ALE besteht.⁴⁵ Theoretisch sollten demnach alle Personen, die arbeitslos sind (lit. a), einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten haben (lit. b), in der Schweiz wohnen (lit. c), in der Schweiz die obligatorische Schulzeit zurückgelegt haben und weder das Rentenalter erreicht haben noch eine Altersrente der AHV beziehen (lit. d), die Beitragszeit erfüllen oder davon befreit sind (lit. e), vermittlungsfähig sind (lit. f) und die Kontrollvorschriften erfüllen (lit. g), Anspruch auf ALE haben.⁴⁶

⁴¹ CARDINAUX, BSK, N 22 zu Art. 114 BV; NUSSBAUMER, N 346.

⁴² CARDINAUX, BSK, N 23 zu Art. 114 BV.

⁴³ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Vorbemerkungen zu Art. 8–30 AVIG, N 1.

⁴⁴ GERHARDS, Grundrisse neues ALVR, S. 7 N 12; HÜRLIMANN, S. 14.

⁴⁵ RUBIN, Commentaire AC, Vorbemerkungen zu Art. 8 ff. AVIG, N 2.

⁴⁶ SVR 1/2000 ALV Nr. 4 S. 13 E. 3bb; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 40.

Das Bundesgericht hat mit BGE 123 V 234 jedoch für arbeitgeberähnliche Personen gewissermassen eine achte Voraussetzung zur Leistungsberechtigung geschaffen – die vollständige Aufgabe ihrer Tätigkeit und Stellung im Betrieb.⁴⁷

3.2.1 Ganzarbeitslosigkeit und teilweise Arbeitslosigkeit

Die Arbeitslosigkeit ist eine Anspruchsvoraussetzung, sie ist aber weder im AVIG noch im ATSG definiert. Jedoch unterscheidet Art. 10 AVIG zwischen ganzer und teilweiser Arbeitslosigkeit. Gemäss Abs. 1 gilt als ganzarbeitslos, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Teilarbeitslosigkeit nach Abs. 2 kann entweder bedeuten, dass eine arbeitslose Person eine Teilzeitbeschäftigung sucht, oder dass eine in einem Teilzeitarbeitsverhältnis stehende Person eine Vollzeit- oder eine zusätzliche Teilzeitbeschäftigung sucht. Es handelt sich um Arbeitslosigkeit, die durch das Fehlen eines Arbeitsverhältnisses bedingt ist, davon abzugrenzen ist der Arbeitsausfall innerhalb eines Arbeitsverhältnisses (vgl. Kap. 4.7.1).⁴⁸ Eine arbeitslose Person im Sinne von Art. 10 AVIG kann nur sein, wer zur Beendigung seiner Arbeitslosigkeit eine unselbstständige Beschäftigung sucht. Wer hingegen eine selbstständige Erwerbstätigkeit anstrebt, gilt nicht als arbeitslos und ist somit grundsätzlich nicht anspruchsberechtigt (siehe jedoch Kap. 3.2.4).⁴⁹

3.2.2 Anrechenbarer Arbeitsausfall

Gemäss Art. 11 AVIG ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er mindestens zwei aufeinanderfolgende Tage dauert und einen Erwerbsausfall zur Folge hat. Unter Arbeitsausfall ist die Reduktion der allgemein üblichen Arbeitszeit des Versicherten zu verstehen.⁵⁰

3.2.3 Beiträge

Die Beiträge an die ALV werden vom Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermassen getragen.⁵¹ Der aktuelle Beitragssatz beträgt 2,2% und wird auf dem Bruttolohn erhoben (Art. 3 AVIG).⁵² Ein zusätzliches Prozent wird zur Tilgung der Schulden der ALV auf

⁴⁷ NUSSBAUMER, N 98.

⁴⁸ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, N 6 zu Art. 8 AVIG; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 47 f.

⁴⁹ NUSSBAUMER, N 131.

⁵⁰ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 51.

⁵¹ NUSSBAUMER, N 54.

⁵² CARDINAUX, BSK, N 33 zu Art. 114 BV.

dem Lohnanteil erhoben, der den AHV-pflichtigen Maximallohn von CHF 148'000 übersteigt. Es handelt sich dabei um ein sogenanntes Solidaritätsprozent, da nur der Verdienst bis CHF 148'000 versichert ist, bzw. zu Leistungen berechtigt.⁵³

3.2.3.1 Beitragszeit

Eine Anspruchsvoraussetzung der ALE ist gem. Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat oder davon befreit ist. Die Beitragszeit ist erfüllt, wenn in der zweijährigen Rahmenfrist vor Eintritt der Arbeitslosigkeit, während mindestens zwölf Monaten einer beitragspflichtigen Beschäftigung nachgegangen wurde (Art. 9 und 13 Abs. 1 AVIG).⁵⁴

3.2.3.2 Äquivalenzprinzip (Kongruenzprinzip)

Das Prinzip von Versicherungen ist, ein Risiko abzudecken, das durch Beiträge finanziert wird, die mit der Leistungsanwartschaft korrelieren.⁵⁵ Auch an die Arbeitslosenversicherung bezahlen Arbeitnehmer und Arbeitgeber Beiträge. Diese sind öffentliche Abgaben und das Hauptfinanzierungsmittel der Arbeitslosenversicherung. Öffentliche Abgaben werden grob unterteilt in Steuern und Kausalabgaben. Die Beiträge fallen neben Gebühren und Ersatzabgaben unter die Kategorie der Kausalabgaben, die im Gegensatz zu voraussetzungslos geschuldeten Steuern, nur Personen auferlegt werden dürfen, denen durch die öffentliche Einrichtung ein wirtschaftlicher Sondervorteil erwächst.⁵⁶ In der AVIG-Botschaft wird in diesem Zusammenhang von Kongruenz zwischen Beitragspflicht und Anspruchsberechtigung gesprochen. Gemäss dem Grundgedanken des Kongruenzprinzips soll jeder ALV-Beitragspflichtige einen Leistungsanspruch geltend machen können, soweit er die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt.⁵⁷ Das Äquivalenz- bzw. Kongruenzprinzip wird im Arbeitslosenversicherungsrecht teilweise aus Gründen der Solidarität durchbrochen.⁵⁸ Beispielsweise wird die Schlechtwetterentschädigung aus den allgemeinen Mitteln finanziert, obwohl sie ein branchenspezifisches Sonderrisiko abdeckt, weshalb die meisten Betriebe bzw. Arbeitnehmer nie von deren Leistungen profitieren werden können (vgl. Kap. 4.2).⁵⁹ Grundsätzlich gilt jedoch, dass

⁵³ WIDMER, § 10 S. 279.

⁵⁴ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 62 f.; VON KAENEL, N 13.15.

⁵⁵ CARDINAUX, BSK, N 16 zu Art. 114 BV.

⁵⁶ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, N 12 zu Art. 2 AVIG; MAURER, § 18 S. 376 f.

⁵⁷ BBI 1980 III 526; GERHARDS, AVIG-Kommentar I, N 12 f. zu Art. 2 AVIG.

⁵⁸ CARDINAUX, BSK, N 16 zu Art. 114 BV; GÄCHTER/LEU, S. 102.

⁵⁹ GÄCHTER/LEU, S. 102 f.

von Personen die von vornherein von der Anspruchsberechtigung ausgenommen sind, keine Beiträge erhoben werden dürfen.⁶⁰

3.2.4 Vermittlungsfähigkeit

Die Voraussetzung der Vermittlungsfähigkeit nach Art. 15 AVIG bedingt, dass die arbeitslose Person bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine unselbstständige Anstellung anzunehmen. In subjektiver Hinsicht wird Vermittlungsbereitschaft, d.h. genügender Arbeitswille vorausgesetzt.⁶¹ Wer sich selbstständig macht, gilt grundsätzlich nicht als vermittlungsfähig, es sei denn, die selbstständige Erwerbstätigkeit wird in Form einer Teilzeitbeschäftigung aufgenommen. Dadurch bleibt die Person teilarbeitslos, weshalb sie unter Vorbehalt, dass sie weiterhin eine unselbstständige Stelle sucht, reduzierte Taggelder geltend machen kann.⁶² Ausschlaggebend sei gem. Bundesgericht, ob mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden könne, dass ein Arbeitgeber die Person für die konkret zur Verfügung stehende Zeit noch einstellen würde.⁶³ Gemäss ständiger Rechtsprechung gelten Personen, die auf einen bestimmten Termin anderweitig disponiert haben und darum nur noch während relativ kurzer Zeit für eine neue Beschäftigung zur Verfügung stehen, in der Regel als vermittlungsunfähig.⁶⁴ Ähnlich wie selbstständig Erwerbende laufen arbeitgeberähnliche Personen, die ihre Stellung im Betrieb kündigen, das Unternehmen jedoch weiterführen, Gefahr, als vermittlungsunfähig eingestuft zu werden. Auf diese Problematik müssen sie automatisch, ohne persönliches Verlangen, vom Versicherungsträger gem. Art. 27 ATSG aufmerksam gemacht werden.⁶⁵

3.3 Pflichten des Versicherten

In Art. 17 AVIG werden die Pflichten des Arbeitslosen aufgeführt. Seine Hauptpflicht besteht darin, mit der Unterstützung des Arbeitsamts alles Zumutbare zu unternehmen, um seine Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, was Ausdruck der Schadenminderungspflicht ist.⁶⁶ Diese Pflicht beinhaltet, dass der Versicherte Arbeitsbemühungen nachweisen

⁶⁰ GERHARDS, Grundriss neues ALVR, S. 53 N 12.

⁶¹ RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, S. 418.

⁶² VON KAENEL, N 13.48; KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung, S. 109.

⁶³ BGE 126 V 520, E. 3a; BGer 8C_809/2017 vom 6. Februar 2018, E 3.1.

⁶⁴ BGE 126 V 520 E 3a mit Hinweisen; BGer C 28/07 vom 25. September 2007, E 3.3.

⁶⁵ BGer 8C_26/2011 vom 31. Mai 2011, E. 5.1; KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung, S. 32 f.

⁶⁶ HOFMANN, S. 15.

kann (Art. 26 AVIV⁶⁷), gelingt ihm dies nicht, kann dies zur Einstellung der Anspruchsberechtigung führen.⁶⁸ Die Arbeitsbemühungen müssen bereits während der Kündigungsfrist nachweisbar sein, der Versicherte hat somit bereits vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses mit der Arbeitssuche zu beginnen.⁶⁹

3.3.1 Kontrollvorschriften

Zu den formellen Pflichten des Versicherten gehören die Anmeldung beim Arbeitsamt und die Beratungs- und Kontrollgespräche.⁷⁰ Er muss sich gem. Art. 17 Abs. 2 AVIG möglichst frühzeitig, spätestens jedoch am ersten Tag für den er Taggelder beansprucht, persönlich für die Arbeitsvermittlung melden (in seiner Wohngemeinde oder bei der vom Kanton bestimmten Amtsstelle). Ab diesem Zeitpunkt hat er sich an die Kontrollvorschriften des Bundesrates zu halten.⁷¹ In regelmässigen Zeitabständen, jedoch mindestens alle zwei Monate, führt die zuständige Amtsstelle (KIGA oder RAV) mit dem Versicherten Beratungs- und Kontrollgespräche durch (Art. 22 Abs. 1 und 2 AVIV), wobei die Arbeitsbemühungen, die Vermittlungsfähigkeit und -bereitschaft geprüft werden und ihm zumutbare Arbeit und arbeitsrechtliche Massnahmen zugewiesen werden.⁷²

3.3.2 Geltendmachung des ALE-Anspruchs

Die arbeitslose Person kann ihren Entschädigungsanspruch bei einer frei wählbaren Arbeitslosenkasse geltend machen, indem sie die in Art. 29 AVIV genannten Unterlagen einreicht.⁷³ Im Entschädigungsantrag sind 34 Fragen zu beantworten, unter anderem wird nach der Arbeitsbereitschaft, Arbeitsfähigkeit, allfälligem Rentenbezug, Unterhaltspflicht, Angaben zum letzten Arbeitsverhältnis, Kündigungsgrund, Lohn- und anderen Leistungsansprüchen in der Kündigungsfrist sowie nach Tätigkeitsnachweisen der letzten zwei Jahre gefragt. Bei der Frage Nr. 28 ist ausserdem anzugeben, ob der Versicherte oder sein Ehegatte/eingetragener Partner am Betrieb des letzten Arbeitgebers beteiligt oder einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört, oder ob

⁶⁷ Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983, SR 837.02.

⁶⁸ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 84; NUSSBAUMER, N 310.

⁶⁹ KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung, S. 22.

⁷⁰ NUSSBAUMER, N 318.

⁷¹ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 45.

⁷² NUSSBAUMER, N 319.

⁷³ NUSSBAUMER, N 332 f.

die versicherte Person an einem anderen Betrieb beteiligt ist oder dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört.⁷⁴

3.4 ALE-Leistungen

3.4.1 Leistungsbezug

Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug begrenzt in zeitlicher Hinsicht die Anspruchsberechtigung.⁷⁵ Sie beträgt gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 AVIG grundsätzlich zwei Jahre ab dem ersten Tag, an dem sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.⁷⁶ Wird nach Beendigung der Rahmenfrist für den Leistungsbezug erneut Arbeitslosenentschädigung geltend gemacht, spricht man von der Folgerahmenfrist. Gemäss Art. 9 Abs. 4 AVIG gelten erneut zweijährige Rahmenfristen für den Leistungsbezug und die Beitragszeit.⁷⁷

3.4.2 Form der Leistung

Die Arbeitslosenentschädigung wird gem. Art. 21 AVIG in Form von Taggeldern ausgerichtet (fünf Taggelder pro Woche).⁷⁸ Die Höhe des Taggeldanspruchs bestimmen der versicherte Verdienst, der anrechenbare Arbeitsausfall und die Beitragsdauer.⁷⁹ Anzahlmässig hängt der Taggeldanspruch auch von einer Unterhaltspflicht, vom Alter der versicherten Person und von einer allfälligen IV-Rente ab. Der Anspruch kann zwischen 90 Taggeldern (für beitragsbefreite Personen gem. Art. 27 Abs. 4 AVIG) und 640 Taggeldern (wenn die Arbeitslosigkeit in den letzten vier Jahren vor Erreichen des ordentlichen AHV-Altes entstanden ist und eine Beitragszeit von 22 Monaten nachgewiesen werden kann (Art. 27 Abs. 3 AVIG)) liegen.⁸⁰ Nicht unterhaltspflichtige Personen haben bis zum zurückgelegten 25. Altersjahr, unabhängig der erfüllten Beitragsdauer, einen Maximalanspruch von 200 Taggeldern.⁸¹

⁷⁴ vgl. Anhang 1 und 3.

⁷⁵ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 43.

⁷⁶ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, N 9 zu Art. 9 AVIG; HOFMANN, S. 22.

⁷⁷ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 86.

⁷⁸ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 91; KS ALE 68.

⁷⁹ NUSSBAUMER, N 360.

⁸⁰ NUSSBAUMER, N 392 ff.; KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung, S. 51.

⁸¹ NUSSBAUMER, N 405.

4 Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung

4.1 Zweck, Prävention

Gemäss Art. 114 Abs. 2 lit. a BV soll die Arbeitslosenversicherung nicht nur Erwerbsersatz leisten, sondern auch Arbeitslosigkeit verhindern, oder wo bereits entstanden, beseitigen.⁸² Die Ersatzerwerbsleistungen der Kurzarbeitsentschädigung (KAE) und Schlechtwetterentschädigung (SWE) haben diesen präventiven Charakter. Sie dienen der Vermeidung von Arbeitslosigkeit.⁸³ Hohe Personalkosten eines Betriebs stellen für diesen in wirtschaftlich schwierigen Zeiten oft eine existentielle Bedrohung dar.⁸⁴ Um zu vermeiden, dass Arbeitgeber in solchen Situationen (voreilige) Entlassungen vornehmen, verschafft die KAE Abhilfe, indem sie für die Arbeitgeber einen finanziellen Anreiz schafft und vorübergehende Arbeitsausfälle zum Grossteil finanziell abdeckt.⁸⁵

4.2 Schlechtwetterentschädigung

Der Unterschied zwischen der Schlechtwetterentschädigung und der Kurzarbeitsentschädigung besteht darin, dass die Schlechtwetterentschädigung ein branchenspezifisches Sonderrisiko abdeckt.⁸⁶ Sie ersetzt nur den Verdienstaufschlag, der durch einen wetterbedingten Arbeitsausfall entstanden ist.⁸⁷ Somit können nur bestimmte Branchen, die diesem wetterbedingten Risiko ausgesetzt sind und abschliessend in Art. 65 AVIV aufgeführt sind, SWE geltend machen.⁸⁸ Es handelt sich im Grunde genommen um meteorologisch bedingte Kurzarbeit.⁸⁹

4.3 Definition von Kurzarbeit

Definitionsgemäss besteht Kurzarbeit in einer vorübergehenden Reduktion oder auch in einer vollständigen Einstellung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit, wobei das Arbeitsverhältnis aber weiter andauert.⁹⁰ Beim Arbeitsausfall infolge Kurzarbeit handelt es sich folglich nicht um eine Teilarbeitslosigkeit im Sinne von Art. 10 AVIG (vgl. Art. 10

⁸² CARDINAUX, BSK, N 24 zu Art. 114 BV.

⁸³ NUSSBAUMER, N 6.

⁸⁴ HÜRLIMANN, S. 1.

⁸⁵ JÄGGI, S. 4; HÜRLIMANN, S. 19.

⁸⁶ HÜRLIMANN, S. 23.

⁸⁷ RUBIN, Commentaire AC, Vorbemerkungen zu Art. 31 ff. AVIG, N 12.

⁸⁸ RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, S. 436 f.

⁸⁹ NUSSBAUMER; N 533; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 34.

⁹⁰ KELLER-RAPOLD, S. 250; BRÜGGER, S. 25.

Abs. 2^{bis} AVIG).⁹¹ Sobald die Kurzarbeitsperiode, grundsätzlich nach spätestens zwei Jahren, endet, geht der Arbeitnehmer wieder seinem ursprünglichen Arbeitspensum nach.⁹²

4.4 Kurzarbeitsentschädigung

Die Kurzarbeitsentschädigung bezweckt einen Einkommensersatz für nicht geleistete, weil wirtschaftlich verhinderte Arbeit.⁹³ Sie kompensiert den durch die Kurzarbeit resultierenden Lohnausfall zu 80% (Art. 34 i.V.m. Art. 3 AVIG).⁹⁴ Die Reduktion der Arbeitszeit wird vom Arbeitgeber angeordnet.⁹⁵ Da die Lohneinbusse eine Abänderung des Arbeitsvertrags darstellt, bedarf es für die Einführung von Kurzarbeit zwingend der Zustimmung des Arbeitnehmers.⁹⁶

4.5 Profiteure der Kurzarbeitsentschädigung

Die Kurzarbeit ist ein willkommenes Instrument für alle Beteiligten. In konjunkturellen Krisenzeiten kann auf zahlreiche Entlassungen verzichtet werden und gleichzeitig bleibt das Know-how des eingearbeiteten Personals im Betrieb bestehen.⁹⁷ Auch die Arbeitslosenversicherung profitiert; ohne Kurzarbeit würde mehr Arbeitslosigkeit entstehen, was wiederum höhere Kosten verursachen würde.⁹⁸

4.6 Statistiken zur KAE

Im Jahre 2009 hatte die Schweiz mit der grössten Rezession dieses Jahrhunderts zu kämpfen, die sich deutlich auf den Arbeitsmarkt auswirkte. Die Arbeitslosenquote, die 2008 bei 2,6% lag, stieg 2009 im Jahresdurchschnitt auf 3,7%, wobei der Anstieg ohne die Kurzarbeit nochmals um rund 50% höher gewesen wäre.⁹⁹ So waren 2009 in der Schweiz in gewissen Monaten über 90'000 Arbeitende von Kurzarbeit betroffen. Die Kosten der Arbeitslosenversicherung beliefen sich auf 1,1 Milliarden Schweizer Fran-

⁹¹ NUSSBAUMER, N 130.

⁹² RUBIN, *personnes assimilable à un employeur*, S. 2.

⁹³ USINGER, S. 64.

⁹⁴ LOCHER/GÄCHTER, § 46 N 41.

⁹⁵ NUSSBAUMER, N 454.

⁹⁶ KELLER-RAPOLD, S. 253.

⁹⁷ BGE 121 V 371, E. 3a; KUPFER, *Kommentar AVIG*, S. 200 zu Art. 31 AVIG; Müller, S. 130.

⁹⁸ LOCHER/GÄCHTER, § 46 N 39; RUBIN, *Commentaire AC*, *Vorbemerkungen zu Art. 31 ff. AVIG*, N 1.

⁹⁹ LUTIGER/WEBER, S. 52.

ken.¹⁰⁰ In der Folge hat die Anzahl der von Kurzarbeit betroffener Arbeitnehmer stark abgenommen. Gemäss aktuellsten Zahlen waren in der Schweiz im Oktober 2018 919 Arbeitnehmer in 71 Betrieben von Kurzarbeit betroffen.¹⁰¹

4.7 Voraussetzungen für KAE

Die KAE ist ein eigenständiges Institut innerhalb des AVIG mit eigenen Anspruchs- und Bemessungsvorschriften.¹⁰² Für die Ausrichtung der Entschädigung wird eine ungekündigte unselbstständige Erwerbstätigkeit vorausgesetzt. Ausserdem müssen die weiteren Voraussetzungen von Art. 31 Abs. 1 AVIG (Beitragspflicht des Arbeitnehmers, anrechenbarer Arbeitsausfall, vorübergehender Arbeitsausfall) erfüllt sein.

4.7.1 Voraussichtlich vorübergehender Arbeitsausfall

Damit ein Anspruch auf KAE bestehen kann, muss gem. Art. 31 Abs. 2 lit. d AVIG insbesondere wahrscheinlich sein, dass der Arbeitsausfall nur vorübergehend ist, und man erwarten kann, dass durch die Kurzarbeit Arbeitsplätze erhalten werden können. Dafür ist eine Einzelfallbetrachtung namentlich unter Berücksichtigung von Rentabilität, Liquidität, Auftragslage des Betriebs und Häufigkeit der Geltendmachung von KAE (erstmalige oder wiederholte Geltendmachung) notwendig.¹⁰³ Diese Voraussetzung ist grundsätzlich zu bejahen, wenn keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen, die einen gegenteiligen Schluss zulassen würden.¹⁰⁴ Zwar soll Kurzarbeit nicht die Vorstufe zur ohnehin wahrscheinlichen Betriebsschliessung sein, dennoch kann sie den Erhalt von Arbeitsplätzen nicht garantieren.¹⁰⁵ Kommt es trotz Kurzarbeit zu Entlassungen, kann der Arbeitnehmer den infolge Kurzarbeit erlittenen Lohnausfall nachträglich vom Arbeitgeber zurückfordern.¹⁰⁶ Im Gegensatz zur ALE wird für einen Anspruch auf KAE keine Mindestbeitragszeit vorausgesetzt, es genügt, dass eine beitragspflichtige Beschäftigung zum Zeitpunkt der Kurzarbeit besteht (Art. 31 Abs. 1 lit. a AVIG).¹⁰⁷

¹⁰⁰ JABERG, Kurzarbeit.

¹⁰¹ vgl. Arbeitslosenzahlen T13.

¹⁰² NUSSBAUMER, N 456; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 40.

¹⁰³ HÜRLIMANN, S. 62.

¹⁰⁴ KUPFER, Kommentar AVIG, S. 200 zu Art. 31 AVIG.

¹⁰⁵ HÜRLIMANN, S. 21; RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, S. 433.

¹⁰⁶ KELLER-RAPOLD, S. 257; HÜRLIMANN, S. 27.

¹⁰⁷ NUSSBAUMER, N 459.

4.8 Ausschluss von KAE

Neben dem Arbeitgeber, der von vornherein vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen ist (Art. 31 Abs. 1 AVIG e contrario), haben auch die in Art. 31 Abs. 3 lit. a–c AVIG aufgeführten Personen keinen Anspruch auf KAE.¹⁰⁸

a) Nicht bestimmbarer Arbeitsausfall und unkontrollierbare Arbeitszeiten (lit. a)

Der Ausschluss gilt zunächst für Personen, bei denen der Arbeitsausfall nicht bestimmbar ist oder die Arbeitszeiten nicht ausreichend kontrolliert werden können. Dies betrifft bspw. Arbeitnehmer, die vorwiegend im Ausland für ein in der Schweiz ansässiges Unternehmen arbeiten oder für Arbeitnehmer, die auf Abruf angestellt sind.¹⁰⁹

b) Mitarbeitende Ehegatten der Arbeitgeber (lit. b)

Ebenso sind die mitarbeitenden Ehegatten von Arbeitgebern vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen, unabhängig deren Stellung im Unternehmen (den Eheleuten gleichgestellt sind gem. Art. 13a ATSG die eingetragenen Partner).¹¹⁰ Dieser radikale Ausschluss soll der Missbrauchsverhütung dienen, denn die Einführung von Kurzarbeit liegt in der unternehmerischen Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers, er bestimmt, ob und wann er Kurzarbeit einführen möchte.¹¹¹ Aufgrund dessen und der Annahme, dass Eheleute bzw. eingetragene Partner die gleichen Interessen haben und der Schwierigkeit bei der Überprüfbarkeit des Arbeitsausfalls der mitarbeitenden Ehegatten des Arbeitgebers, sind diese per se vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen.¹¹²

c) Arbeitgeberähnliche Personen und ihre mitarbeitenden Ehegatten (lit. c)

Die dritte Gruppe von Personen, die gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf KAE hat, ist die Gruppe von Personen mit arbeitgeberähnlichen Eigenschaften und ihre mitarbeitenden Ehegatten. Diese Gruppe steht im Fokus der vorliegenden Arbeit.

¹⁰⁸ BGE 123 V 234, E. 7a; BGer C 376/99 vom 14. März 2001, E. 2a; HÜRLIMANN, S. 69.

¹⁰⁹ MÜLLER, S. 113; NUSSBAUMER, N 462.

¹¹⁰ BGE 142 V 263, E. 4.1; BGer C 103/01 vom 17. Dezember 2001, E. 2; RUBIN, personnes assimilable à un employeur, S. 6.

¹¹¹ Urteil KGer BL 715 13 360 vom 2. Oktober 2014, E. 3.1; JÄGGI, S. 4.

¹¹² BBl 1980 III 591; BGE 123 V 234, E. 7a; Urteil KGer BL 715 16 289/330 vom 8. Dezember 2016, E. 4.1.

4.9 Zweck von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verfolgt den Zweck, die missbräuchliche Geltendmachung bzw. den missbräuchlichen Bezug von Kurzarbeitsentschädigung zu verhindern. Die Missbrauchsgefahr bei arbeitgeberähnlichen Personen liegt darin, dass sie durch ihre Einflussnahme die Einführung von Kurzarbeit mitbestimmen können. Insbesondere weil sie die notwendigen Bescheinigungen selbst ausstellen können bzw. diese aus Gefälligkeit erhalten, wodurch der geltend gemachte Arbeitsausfall kaum kontrollierbar ist.¹¹³ Verhindert werden soll, dass Kurzarbeit zweckentfremdet wird, indem sie statt zur Vermeidung von Entlassungen hauptsächlich zur Erwirkung von Versicherungsleistungen herbeigeführt wird, um bspw. einen unbefriedigenden Geschäftsgang auszugleichen.¹¹⁴ Wer sich am Entscheid über das Eintreten des Versicherungsfalles der Kurzarbeit selber massgeblich beteiligen könnte, soll keine Leistungen beanspruchen können.¹¹⁵ Deshalb ist jeweils zu prüfen, welche Entscheidungsbefugnisse einer Person aufgrund der internen betrieblichen Struktur zukommen, um beurteilen zu können, ob die Person eine arbeitgeberähnliche Stellung in Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG innehat.¹¹⁶

4.10 Arbeitgeberähnliche Stellung

Arbeitgeberähnliche Stellung bedeutet, wie man dem Wortlaut entnehmen kann, dass die Person über eine berufliche Position verfügt, die mit der eines Arbeitgebers vergleichbar ist.¹¹⁷ Damit eine Person vom Anspruch auf KAE ausgeschlossen werden kann, muss sie also einen massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebs haben.¹¹⁸

Die arbeitgeberähnliche Stellung ergibt sich aus der Eigenschaft als Gesellschafter, aus der finanziellen Beteiligung am Betrieb oder der Mitgliedschaft im obersten Entscheidungsgremium eines Betriebs.¹¹⁹ Auch vom Leistungsanspruch ausgenommen werden

¹¹³ BGE 120 V 521, E. 1; BGer C 160/04 vom 29. Dezember 2004, E. 4.1; GERHARDS, AVIG-Kommentar I, N 43 zu Art. 31 AVIG.

¹¹⁴ JÄGGI, S. 4.

¹¹⁵ Sozialversicherungsgericht des Kt. ZH, AL.2015.00083 Urteil vom 14. Dezember 2015, E. 2.3.

¹¹⁶ BGE 120 V 521, E. 3b; BGE 122 V 270, E. 3; BGer 8C_191/2014 vom 4. Juni 2014, E. 4.3.1; CARDINAUX, BSK, N 31 zu Art. 114 BV.

¹¹⁷ KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung, S. 11.

¹¹⁸ Sozialversicherungsgericht des Kt. ZH, AL.2015.00083 Urteil vom 14. Dezember 2015, E. 1.2.1; ARV 2000 S. 70 E. 2.

¹¹⁹ NUSSBAUMER, N 465; KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung, S. 12.

die mitarbeitenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner der vorgenannten Personen. Die Bestimmung gilt unabhängig der Gesellschaftsform des Arbeitgebers, somit gleichermassen für juristische Personen als auch für gemeinnützige Vereine.¹²⁰ Das AVIG sieht den Ausschluss dieser Personen nicht nur bezogen auf die KAE vor, sondern auch bezogen auf den Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung (Art. 42 Abs. 3 AVIG) und Insolvenzenschädigung (Art. 51 Abs. 2 AVIG).¹²¹ Der Ausschluss gilt absolut, ohne die Möglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren.¹²²

Für die vierte und wohl wichtigste Leistungsart des AVIG, die Arbeitslosentschädigung (Art. 8 ff. AVIG), ist im Gesetz kein entsprechender Vorbehalt gegeben.¹²³

4.10.1 Arbeitgeberähnliche Eigenschaften im Einzelnen

Ausschlaggebend für den Ausschluss einer versicherten Person von KAE ist, ob sie durch eine der drei folgenden Eigenschaften, die Entscheidungen des Arbeitgebers massgeblich beeinflussen kann.

a) Finanzielle Beteiligung

Ob eine Person wegen ihrer finanziellen Beteiligung vom Anspruch auf KAE ausgeschlossen wird, muss im Einzelfall abgeklärt werden. Die finanzielle Beteiligung am Betrieb muss eine massgebliche sein.¹²⁴ Der blosse Besitz von Mitarbeiteraktien begründet keine arbeitgeberähnliche Stellung.¹²⁵

b) Leitende Stellung

Ob eine versicherte Person dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört und aufgrund dieser Eigenschaft massgebenden Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen hat, muss ebenfalls anhand der konkreten Umstände geprüft werden und bestimmt sich grundsätzlich aufgrund der internen betrieblichen Struktur.¹²⁶ So können

¹²⁰ BGer 8C_102/2018 vom 21. März 2018, in: ARV 2018 S. 174 E. 6.1; KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung, S. 12.

¹²¹ BGer 8C_1032/2010 vom 7. März 2011, E. 5.1; GÄCHTER, Unternehmensrecht I, N 62.

¹²² BGE 113 V 74, E. 3d.; BGE 123 V 234, E. 7a; BGer C 103/01 vom 17. Dezember 2001, E. 2; BGer C 179/05 vom 17. Oktober 2005, E. 2.

¹²³ GÄCHTER, Unternehmensrecht I, N 64.

¹²⁴ BGer C 332/05 vom 15. Mai 2006, E. 3; NUSSBAUMER, N 463; KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung, S. 12.

¹²⁵ KS KAE B39.

¹²⁶ BGE 122 V 270, E. 3; SVR 1/2000 ALV Nr. 4 S. 11 E. 3b.

insbesondere bei grösseren Betrieben mit mehreren Führungsebenen nicht alle leitenden Angestellten automatisch als arbeitgeberähnliche Personen gelten und vom Anspruch auf KAE ausgenommen werden. Der generelle Ausschluss von leitenden Angestellten auf KAE ausschliesslich aufgrund ihrer Zeichnungsberechtigung und des Eintrags im Handelsregister ist unzulässig.¹²⁷ Zum Leistungsausschluss führen kann nur, wenn der Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen und er somit die Voraussetzungen für einen Anspruch auf KAE selbst herbeiführen könnte.¹²⁸

c) Ex lege Ausschluss

Anders verhält es sich bei Organen, die von Gesetzes wegen über massgebliche Entscheidungsbefugnisse verfügen.¹²⁹ So greift bei einem Mitglied des Verwaltungsrates der persönliche Ausschlussgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ohne Weiteres, d.h. es müssen keine weiteren Abklärungen bzgl. seiner Verantwortlichkeit in der Firma geführt werden.¹³⁰ Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der Verwaltungsrat von Gesetzes wegen (Art. 716–716b OR) in der Lage wäre, auf die Gesellschaft Einfluss zu nehmen.¹³¹ Ein Verwaltungsratsmitglied hat also selbst dann gem. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf Taggelder, wenn seine Kapitalbeteiligung klein ist, und er nur über kollektive Zeichnungsberechtigung verfügt.¹³²

Ein Gesellschafter einer GmbH, der in seiner Doppelfunktion auch Geschäftsführer ist, hat die gleiche Einflussmöglichkeit auf die Geschicke der Unternehmung wie ein Verwaltungsrat einer AG, weshalb er allein aufgrund seiner Stellung vom Anspruch auf ALV-Leistungen ausgeschlossen ist.¹³³

¹²⁷ BGE 120 V 521 E. 3b; BGer C 102/04 vom 15. Juni 2005, E. 3.

¹²⁸ JÄGGI, S. 9.

¹²⁹ KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung, S. 13.

¹³⁰ BGer C 160/04 vom 29. Dezember 2004, E. 2; BGer 8C_989/2008 vom 27. April 2009, E. 2; Urteil KGer BL 715 13 360 vom 2. Oktober 2014, E. 3.3.

¹³¹ BGE 122 V 270, E. 3; BGer C 306/05 vom 3. Mai 2006, E. 2.2; Urteil KGer BL 715 16 289/330 vom 8. Dezember 2016, E. 4.4; MÜLLER, S. 114.

¹³² BGer C 376/99 vom 14. März 2001, E. 2a; Urteil KGer BL 715 16 298/330 vom 8. Dezember 2016, E. 5.1.

¹³³ BGer C 102/04 vom 15. Juni 2005, E. 3 und 4.2.2; Sozialversicherungsgericht des Kt. ZH, AL.2015.00083 Urteil vom 14. Dezember 2015, E. 3.2.

4.10.2 Beendigung der Organstellung

Der Eintrag im Handelsregister wird von der Rechtsprechung regelmässig als wichtiges Kriterium für die Beendigung der Organstellung berücksichtigt, da die Löschung im Handelsregister für Dritte in verlässlicher Weise kundtut, dass die Person definitiv aus der Firma ausgetreten ist. Dennoch ist zur Beurteilung, ob die Person noch Organstellung hat, nicht auf den Zeitpunkt der Löschung im Handelsregister abzustellen, sondern auf den tatsächlichen Rück- bzw. Austritt.¹³⁴

4.10.3 Mitarbeitende Ehegatten von arbeitgeberähnlichen Personen

Auch der mitarbeitende Ehegatte einer arbeitgeberähnlichen Person ist per se vom Anspruch auf KAE ausgeschlossen. Es muss somit nicht geprüft werden, wie weit sein persönlicher Einfluss im Betrieb geht (ob er am Entscheid zur Einführung von Kurzarbeit beteiligt war), sondern es reicht die Tatsache, dass der andere Ehegatte eine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb innehat.¹³⁵ Der Ausschluss dieser Personen beruht auf dem gleichen Gedanken wie der Ausschluss von mitarbeitenden Ehegatten der Arbeitgeber: der Missbrauchsverhütung.¹³⁶ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht das Missbrauchsrisiko bis zur rechtskräftigen Scheidung, weshalb bis dahin keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung geschuldet sind, selbst dann nicht, wenn der Scheidungswille der getrennt lebenden Ehegatten als unerschütterlich feststehend erscheint.¹³⁷

4.10.4 Andere Verwandte

Nicht zulässig ist die Ausdehnung des persönlichen Ausschlussgrundes der mitarbeitenden Ehegatten von arbeitgeberähnlichen Personen auf andere Verwandte.¹³⁸ So sind mitarbeitende Eltern, Kinder oder Geschwister nicht per se vom Anspruch auf KAE ausgeschlossen, sondern nur dann, wenn auch sie eine arbeitgeberähnliche Eigenschaft

¹³⁴ BGE 126 V 134, E. 5b; BGer 8C_245/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.2; Urteil KGer BL 715 16 289/330 vom 8. Dezember 2016, E. 4.4.

¹³⁵ BGE 142 V 263, E. 4.1; BGer C 103/01 vom 17. Dezember 2001, E. 2.

¹³⁶ RIEMER-KAFKA, Im Betrieb mitarbeitende Ehegatten, S. 186.

¹³⁷ BGE 142 V 263, E. 5.2.2; BGer 8C_639/2015 vom 6. April 2016, E. 5.2.2; HÜRZELER/ZEHNDER, S. 134; KS ALE B23.

¹³⁸ KS KAE B44.

haben.¹³⁹ Ebenfalls nicht von diesem persönlichen Ausschlussgrund betroffen sind die Konkubinatspartner.¹⁴⁰

4.11 Absoluter Ausschluss

Bereits vor Inkrafttreten des AVIG am 1. Januar 1984 wurden gewisse Personen in Art. 31 Abs. 1 lit. c AIVV¹⁴¹ vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen. Sie hatten aber unter Umständen dennoch Anspruch auf Leistungen (vgl. Kap. 5.1.1).¹⁴² Das Bundesgericht hat in BGE 113 V 74 schliesslich festgehalten, dass der neue Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Spielraum für Auslegungen lasse, weshalb der Ausschluss der in diesem Artikel genannten Personen in Bezug auf KAE (und SWE) absolut sei, und ihnen nicht unter bestimmten Voraussetzungen Leistungen zugesprochen werden können.¹⁴³ Dies wurde seither von der Rechtsprechung konstant bestätigt.¹⁴⁴ Ebenso hat das Bundesgericht immer wieder betont, dass es nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnen wolle.¹⁴⁵ Im Anwendungsbereich von Art. 31 Abs. 3 AVIG ist deshalb nicht individuell für den Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich eine rechtsmissbräuchliche Absicht bei der Geltendmachung von KAE besteht, sondern es genügt die blosser Möglichkeit eines solchen Missbrauchs, um den Leistungsausschluss zu rechtfertigen.¹⁴⁶

4.12 Abgrenzung zur Arbeitslosenentschädigung

Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Entschädigungsarten besteht darin, dass die ALE Arbeitsausfälle ausserhalb eines Arbeitsverhältnisses deckt, während die KAE Arbeitsausfälle innerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses deckt. Die zwei Leistungsarten sind unabhängig voneinander geregelt. Bei beiden sind die Arbeitnehmer die Anspruchsberechtigten.¹⁴⁷ Jedoch sind die Regelungen bzgl. Kurzarbeitsentschädigung im AVIG, im Unterschied zu den Regelungen bzgl. der Arbeitslosenentschädi-

¹³⁹ BGer C 273/01 vom 27. August 2003, E. 4.1; HÜRLIMANN, S. 69.

¹⁴⁰ BGer C 193/04 vom 7. Dezember 2004, in: ARV 2005 S. 131 E. 4; RIEMER-KAFKA, Im Betrieb mitarbeitende Ehegatten, S. 186.

¹⁴¹ Verordnung über die Arbeitslosenversicherung vom 14. März 1977, SR 837.11 (nicht mehr in Kraft).

¹⁴² BGE 105 V 101, E. 2.

¹⁴³ BGE 113 V 74, E. 3d.

¹⁴⁴ BGer 179/05 vom 17. Oktober 2005, E. 2; NUSSBAUMER, N 464 und Fn. 1049 mit Hinweisen.

¹⁴⁵ BGE 142 V 263, E. 5.2; Urteil KGer BL 715 16 289/330 vom 8. Dezember 2016, E. 4.3 mit Hinweisen.

¹⁴⁶ BGE 142 V 263, E. 5.3; Urteil KGer BL 715 16 289/330 vom 8. Dezember 2016, E. 4.3; JÄGGI, S. 4.

¹⁴⁷ NUSSBAUMER, N 457.

gung, stark auf den Betrieb und den Arbeitgeber ausgerichtet.¹⁴⁸ So ist der Arbeitgeber der Ansprechpartner gegenüber der ALV, er ist es, der den Entschädigungsanspruch bei der kantonalen Amtsstelle geltend machen muss (Art. 36 und 38 AVIG), er ist der Leistungsempfänger (Art. 39 Abs. 2 AVIG) und er ist es auch, der gegen Entscheide der Amtsstellen Einsprache erheben kann. Auch die Folgen von verspäteter oder formell ungenügender Anmeldung von Kurzarbeit hat alleine der Arbeitgeber zu tragen.¹⁴⁹ Die Unabhängigkeit der beiden Leistungsarten kommt auch darin zum Ausdruck, dass im heutigen Leistungssystem erbrachte ALE-Leistungen nicht mehr auf allfällige Ansprüche bei Kurzarbeit oder wetterbedingtem Arbeitsausfall angerechnet werden.¹⁵⁰

5 Entstehungsgeschichtliche Aspekte der Arbeitslosenentschädigung

5.1 Die Praxis vor dem im Jahre 1984 in Kraft getretenen AVIG

Die Regelungen über die Leistungsarten der KAE und SWE entstanden erst mit Einführung des AVIG und der AVIV 1982.¹⁵¹ Unter dem alten Recht gab es noch keine separate Regelung dieser Leistungsarten. Grundsätzlich war nur eine Entschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit vorgesehen. Die Rechtsprechung schaffte jedoch bald auch eine Möglichkeit zur Ausrichtung von KAE und SWE.¹⁵² Deren Anspruchsvoraussetzungen waren, im Gegensatz zu heute, nach den gleichen Grundsätzen geordnet wie für die Arbeitslosenentschädigung.¹⁵³ So lag es wie bei der ALE auch bei der KAE am Arbeitnehmer, diese geltend zu machen, und die Entschädigung wurde direkt dem Anspruchsberechtigten, also dem Arbeitnehmer, ausbezahlt.¹⁵⁴ Heute liegt der Hauptanknüpfungspunkt bei der KAE hingegen beim Arbeitgeber (vgl. Kap. 4.12).¹⁵⁵

¹⁴⁸ BRÜGGER, S. 25.

¹⁴⁹ NUSSBAUMER, N 457; KELLER-RAPOLD, S. 252; KS KAE G1.

¹⁵⁰ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Vorbemerkungen zu Art. 8–30 AVIG, N 1; NUSSBAUMER, N 456.

¹⁵¹ SCHLAURI, S. 206.

¹⁵² GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Einleitung, N 37.

¹⁵³ SCHLAURI, S. 211.

¹⁵⁴ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Vorbemerkungen zu Art. 31–41 AVIG, N 7.

¹⁵⁵ SCHLAURI, S. 211.

Keine Bestimmungen enthielt das AVIG 1951 über Leistungseinschränkungen von arbeitgeberähnlichen Personen und deren Ehegatten, weshalb sich auch die Rechtsprechung nicht mit ihnen befasste.¹⁵⁶

5.1.1 Übergangsordnung von 1976

Infolge der Rezession 1974 wurde eine Verfassungsänderung eingeleitet. Die Arbeitslosenzahl im Februar 1976 (ca. 32'000 Arbeitslose) forderte rasches Handeln, weshalb eine Übergangsordnung (ÜGO) geschaffen wurde, welche bis zur definitiven Neuordnung die dringlichsten Probleme lösen sollte. Die ÜGO als Rahmengesetz schrieb das Obligatorium für alle Arbeitnehmer vor und galt zusammen mit der betreffenden Verordnung (AIVV) von 1977 bis zum Inkrafttreten des AVIG 1984.¹⁵⁷ Es enthielt noch das alte Leistungssystem ohne separate Regelungen bzgl. KAE und SWE.¹⁵⁸ Art. 31 AIVV enthielt zum ersten (und letzten) Mal eine Ausschlussregelung bzgl. des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung. In lit. b war der ALE-Ausschluss für Personen, die im Betrieb ihres Ehegatten tätig waren, vorgesehen. In lit. c war der Entschädigungsausschluss von Personen, die *«im Betrieb einer juristischen Person tätig sind, deren Beschlüsse sie in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, Mitglieder oder Aktionäre, insbesondere infolge ihrer Kapitalbeteiligung, bestimmen oder massgeblich zu beeinflussen vermögen»*, beschrieben.¹⁵⁹

5.2 Das AVIG von 1982

Das neue Gesetz wurde am 25. Juni 1982 verabschiedet und zusammen mit der Verordnung am 1. Januar 1984 in Kraft gesetzt, wodurch die Übergangsordnung und die dazugehörige Verordnung aufgehoben wurden.¹⁶⁰ Der Bereich der Kurzarbeit wurde im neuen Gesetz komplett neu geordnet und insbesondere die Entschädigung separat von den anderen Leistungsbereichen geregelt.¹⁶¹ Gewisse personelle Restriktionen der AIVV finden sich im AVIG wieder. So wurden bspw. die zwei oben genannten Ausschlüsse im Zusammenhang mit der KAE und SWE im AVIG von 1982 implementiert. In keiner Weise übernommen wurden diese Regelungen jedoch im Bereich der Arbeits-

¹⁵⁶ SCHLAURI, S. 207.

¹⁵⁷ BBl 1975 II 1573; LEU, S. 21.

¹⁵⁸ BBl 1976 III 629; GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Einleitung, N 47 f.

¹⁵⁹ SCHLAURI, S. 208.

¹⁶⁰ SCHLAURI, S. 209.

¹⁶¹ HÜRLIMANN, S. 39.

losenentschädigung.¹⁶² Diese Entwicklung wurde in BGE 123 V 234 nicht thematisiert, obwohl der in der Übergangsverordnung vorgesehene ALE-Ausschluss die unausgesprochene Motivation für den Entscheid gewesen sein könnte.¹⁶³ Unbestritten ist jedoch, dass der ALE-Ausschluss im AVIG von 1982 nicht einfach vergessen gegangen ist. Aus den Materialien geht klar hervor, dass der Gesetzgeber gerade keinen entsprechenden Ausschluss für die Arbeitslosenentschädigung vorgesehen hat. In der Botschaft vom 2. Juli 1980 zum AVIG steht explizit geschrieben: *«In diesem Zusammenhang sei nochmals ausdrücklich betont, dass der Ausschluss vom Bezug sich nur auf Kurzarbeit bezieht und dass somit die betreffenden Arbeitnehmer bei Ganzarbeitslosigkeit aufgrund ihrer vorgängigen Beitragszeiten gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein können»*.¹⁶⁴ Der Wille des Gesetzgebers war somit eindeutig, arbeitgeberähnliche Personen nicht (per se) vom Anspruch auf ALE auszuschliessen.

Zu bedauern ist, dass die Wortwahl in der Botschaft *«gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein können»* nicht optimal gewählt ist bzw. viel Interpretationsspielraum lässt.

5.3 BGE 123 V 234 als Leitentscheid für die Praxisänderung

Dem Grundsatzentscheid BGE 123 V 234 vom 4. September 1997 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Verwaltungsratsmitglied und Alleinaktionär hat sich zuerst selbst gekündigt, um sich dann drei Monate später im gleichen Betrieb wiedereinzustellen. In der Zwischenzeit hatte er Arbeitslosenentschädigung beansprucht. Das Bundesgericht (ehemals Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG)) erwog, dass ein gekündigtes Arbeitsverhältnis grundsätzlich Ganzarbeitslosigkeit bedeute und zum Bezug von ALE berechtige. Die Kündigung sei jedoch dann unbeachtlich, wenn der Gekündigte seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb weiterbehält und dadurch die Entscheidungen weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen könne. Die Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung würde dann auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinauslaufen, da die arbeitgeberähnliche Person jederzeit die Möglichkeit hätte, den Betrieb zu reaktivieren und sich wiedereinzustellen bzw. wieder einzustellen zu lassen. Eine solche Konstellation wurde in BGE 123 V 234 als gegeben erachtet, da der Versicherte trotz Kündigung weiterhin als Alleinaktionär und einziger

¹⁶² SCHLAURI, S. 209 f.

¹⁶³ SCHLAURI, S. 219.

¹⁶⁴ BBl 1980 III 591 f.

Verwaltungsrat der Firma amtierte und sich aufgrund seiner unternehmerischen Dispositionsfreiheit wiedereinstellen konnte – was er im Endeffekt auch tat. Das EVG erwog, dass ein solches Vorgehen dem Schutzzweck der Missbrauchsverhütung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG entgegenstehe, der insbesondere dem Umstand Rechnung tragen wolle, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar sei, weil sie diesen massgeblich beeinflussen oder gar selbst bestimmen könnten. Aufgrund dessen, wurde ihm der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verwehrt.¹⁶⁵

5.3.1 Voraussetzungen für einen Anspruch auf ALE eines leitenden Angestellten: Ausscheiden bzw. endgültige Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung

Die Anspruchsberechtigung von ALE für arbeitgeberähnliche Personen wurde somit durch den Bundesgerichtsentscheid BGE 123 V 234 auf zwei Fälle beschränkt. Zum einen, falls der Betrieb geschlossen wird und somit das Ausscheiden des arbeitgeberähnlichen Arbeitnehmers definitiv ist, und zum andern, falls der Betrieb zwar weiterbesteht, der Arbeitnehmer aber mit seiner Kündigung die Eigenschaften verliert, die ihn vom Anspruch auf KAE ausgeschlossen hätten.¹⁶⁶ In anderen Worten besteht für den arbeitgeberähnlichen Arbeitnehmer kein Anspruch auf ALE, wenn es sich faktisch um hundertprozentige Kurzarbeit handelt, das Arbeitsverhältnis eigentlich fortbesteht und die Aktivität nur für eine gewisse Zeit völlig eingestellt wird.¹⁶⁷

6 Die durch BGE 123 V 234 entstandene Praxisänderung in Bezug auf den ALE-Anspruch arbeitgeberähnlicher Personen und der mitarbeitenden Ehegatten

6.1 Ausgangslage

Im Fall von BGE 123 V 234, der den Grundstein für viele weitere ähnliche Entscheide legte, scheint die Absicht des Versicherten offensichtlich: Mit seiner Kündigung ALE

¹⁶⁵ BGE 123 V 234, E. 7b/bb.

¹⁶⁶ BGE 123 V 234, E. 7b/bb; ARV 2000 S. 70 E. 2; BGer 8C_13/2014 vom 20. März 2014, E. 2.2; BGer 8C_102/2018 vom 21. März 2018, E. 6.2; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, S. 522.

¹⁶⁷ BGE 123 V 234, E. 7b/bb; KGer BL 715 16 289/330 vom 8. Dezember 2016, E. 4.2; GÄCHTER/LEU, S. 91.

geltend zu machen, um wirtschaftliche Engpässe zu überbrücken und sich danach, in casu nach drei Monaten, wiedereinzustellen.¹⁶⁸

Ein Grossteil der Lehre beanstandet zwar die methodisch fragwürdige Argumentation des Gerichts, dass es sich bei einem solchen Vorgehen um eine rechtsmissbräuchliche Umgehung handeln soll. Sie empfindet jedoch das Endergebnis als treffend. Einerseits werde der gesetzgeberische Wille, Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung nicht automatisch und vollständig vom Anspruch auf ALE auszunehmen berücksichtigt und andererseits werde der Zweck der Missbrauchsvermeidung erreicht.¹⁶⁹ Der Rechtsprechung sei im Ergebnis zuzustimmen: Nur wenn ein Arbeitnehmer aus eigener Stellung definitiv nicht mehr zurück in seine ehemalige Anstellungen gelangen könne, habe er Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.¹⁷⁰

6.2 Dogmatische Interpretation von BGE 123 V 234

Im Entscheid wird ausführlich darauf eingegangen, was KAE ist und weshalb arbeitgeberähnliche Personen davon ausgenommen werden. Dann wird (treffend) festgestellt, dass der in Frage stehende Sachverhalt nicht Kurzarbeit sondern Arbeitslosigkeit betreffe. Es folgt der Schluss, dass man sich daher fragen müsse, ob eine «rechtsmissbräuchliche Umgehung» von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG stattgefunden habe.¹⁷¹

6.2.1 Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung

Die Argumentation des Gerichts im Grundsatzentscheid, dass die Geltendmachung von ALE nach der Entlassung unter Beibehaltung der arbeitgeberähnlichen Stellung auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinauslaufe, wird von der Lehre kritisiert. Problematisch sei einerseits, dass dabei die beiden voneinander zu trennenden Begriffe der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs vermischt werden. Bei einer Gesetzesumgehung geht es darum, dass eine scheinbar legitime Norm (Umgehungsnorm) zur Erreichung eines in einer anderen Norm verbotenen Zwecks verwendet wird.¹⁷² Eine solche Verbotsnorm, die vereitelt werden könnte, hat in dem

¹⁶⁸ RUBIN, personnes assimilable à un employeur, S. 4.

¹⁶⁹ GÄCHTER/LEU, S. 92; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, §10 S 524; JÄGGI, S. 14.

¹⁷⁰ GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, § 10 S. 524; GÄCHTER/LEU, S. 92.

¹⁷¹ BGE 123 V 234, E. 7a.

¹⁷² JÄGGI, S. 2 f.

vom Gericht zu beurteilenden Sachverhalt nicht vorgelegen, da die Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 AVIG) gerade keine Ausschlussregelung kennt.¹⁷³

Das Rechtsmissbrauchsverbot ist in Art. 2 Abs. 2 ZGB¹⁷⁴ statuiert. Eine allgemeingültige Definition von Rechtsmissbrauch existiert nicht. Der Richter hat mit den von der Lehre gebildeten Fallkonstellationen im Einzelfall zu beurteilen, ob ein offener Missbrauch vorliegt.¹⁷⁵ Ein offener Missbrauch ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Sobald Zweifel an der Rechtsmissbräuchlichkeit eines Vorgehens besteht, ist Rechtsschutz zu gewähren.¹⁷⁶ Art. 2 Abs. 2 ZGB dient als korrigierender Notbehelf, wo formelles Recht im Einzelfall zu krassem Unrecht führen würde, und ist somit keine generelle Normkorrektur.¹⁷⁷ Die Beibehaltung der Verwaltungsratsposition kann also nicht per se rechtsmissbräuchlich sein.¹⁷⁸ JÄGGI kommt zum Schluss, dass das Gericht bei der Arbeitslosenentschädigung nicht mehr den Rechtsmissbrauch im Einzelfall betrachte, sondern «*die Regelung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG durch extensive Auslegung auf Ganzarbeitslosigkeit anwendbar erkläre*» und somit Missbrauchsprävention durch Analogieschluss betreibe.¹⁷⁹

6.2.2 Teleologische Extension und Gesetzeslücke

Auch die Rechtsprechung übte Kritik am methodischen Vorgehen des Bundesgerichts in BGE 123 V 234. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden brachte in einem Entscheid von 1999 vor, das Bundesgericht habe eigentlich eine teleologische Extension vorgenommen, indem es entschied, dass der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG missbilligte Zweck über seinen Wortlaut und über seine systematische Einbettung im Abschnitt über die Kurzarbeitsentschädigung hinaus auch auf die Ganzarbeitslosigkeit auszudehnen sei. Ein vom Wortlaut von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nicht erfasster Sachverhalt (Verwaltungsrat, der Entschädigung wegen Ganzarbeitslosigkeit geltend macht) wurde gestützt auf Sinn und Zweck des Gesetzes, durch erweiterte Auslegung für anwendbar erklärt.¹⁸⁰ Dieser Ansicht folgt auch GÄCHTER.¹⁸¹ Das Kantonsgericht Graubünden führte jedoch

¹⁷³ SCHLAURI, S. 215.

¹⁷⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

¹⁷⁵ HONSELL, BK, N 24 ff. zu Art. 2 ZGB; SVR 1/2000 ALV Nr. 4 S. 11 E. 3c.

¹⁷⁶ HONSELL, BK, N 27 zu Art. 2 ZGB.

¹⁷⁷ HONSELL, BK, N 28 zu Art. 2 ZGB.

¹⁷⁸ SVR 1/2000 ALV Nr. 4 S. 11 E. 3c.

¹⁷⁹ JÄGGI, S. 7.

¹⁸⁰ SVR 1/2000 ALV Nr. 4 S. 11 E. 3c.

¹⁸¹ GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, S. 534.

weiter aus, das Bundesgericht habe durch die teleologische Auslegung eine unechte Gesetzeslücke geschlossen, «weil der Zweck der Bestimmung es gebot, die Rechtsfolgenanordnung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes auch auf den gesetzlich nicht geregelten Fall, nämlich denjenigen des Ganzarbeitslosen und nicht bloss Kurzarbeitenden auszudehnen».¹⁸² Daran übt SCHLAURI grosse Kritik und betont, dass diese Annahme einer «unerlaubten Gesetzesberechtigung» gleichkäme.¹⁸³ Deshalb habe sich auch das Bundesgericht davor gehütet, jemals von einer Lücke zu sprechen.¹⁸⁴ Dem ist vorliegend beizupflichten. Von einer Lücke kann nicht die Rede sein, wenn in den Materialien explizit steht, dass der Ausschluss im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nicht für die Arbeitslosenentschädigung gelte. Auch eine unbefriedigende Regelung ist vom Gesetzgeber zu ändern und die Gerichte müssen sich hüten, in die Aufgaben des Gesetzgebers de lege ferenda einzugreifen.¹⁸⁵

7 Die Folgen von BGE 123 V 234 für die Rechtsanwendung

7.1 Verschärfung der Praxis

Seit dem Grundsatzentscheid BGE 123 V 234 sind über 20 Jahre vergangen. Jahre, in denen der Entscheid in zahlreichen Urteilen bestätigt, aber auch erheblich auf zusätzliche oder weitergefasste Fallkonstellationen ausgeweitet wurde. Dadurch wurden die Anspruchsvoraussetzungen von arbeitgeberähnlichen Personen und deren mitarbeitenden Ehegatten auf Arbeitslosenentschädigung massiv verschärft.

Nachfolgend wird die Entwicklung des ALE-Ausschlusses von arbeitgeberähnlichen Personen und deren mitarbeitenden Ehegatten aufgezeigt und auf ausgewählte relevante Punkte eingegangen, die sich durch die ausschweifende Rechtsprechung in Anlehnung an BGE 123 V 234 ergeben haben.

7.2 Missbrauchsgefahr

Das Gericht hielt in BGE 123 V 234 nicht ausdrücklich fest, ob es zur Verweigerung von ALE einen konkret ausgewiesenen Rechtsmissbrauch bedarf oder ob bereits die abs-

¹⁸² SVR 1/2000 ALV Nr. 4 S. 11 E. 3c.

¹⁸³ SCHLAURI, S. 217.

¹⁸⁴ SCHLAURI, S. 216.

¹⁸⁵ BGE 102 V 223, E. 2; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 10 N 12.

trakte Möglichkeit eines solchen ausschlussbegründend ist.¹⁸⁶ Das Kantonsgericht Graubünden hat im Entscheid aus dem Jahre 1999 den Anspruch eines Versicherten auf ALE noch bejaht indem es erwog, dass zwar gewisse Verdachtsmomente für einen Rechtsmissbrauch vorlägen, diese jedoch lediglich Indizien seien und teilweise entkräftete werden konnten. Ausserdem erfasse Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG lediglich die Umgehung der Bestimmungen über die Kurzarbeitsentschädigung. Es verwies sodann auf die Botschaft BBl 1980 III 591 f., woraus hervorgehe, dass diese Bestimmung nicht für Personen gelte, die ganzarbeitslos im Sinne von Art. 8 ff. AVIG seien, weshalb der Beschwerdeführer als eine nicht unter Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG fallende Person ALE anspruchsberechtigt sei.¹⁸⁷ Im Bundesgerichtsurteil C 92/02 vom 14. April 2003, wies dann eine arbeitgeberähnliche Person den nachweislichen Rechtsmissbrauch von sich, da sie nach der Kündigung einzig mit dem Ziel, das Unternehmen zu verkaufen, weitere Tätigkeiten vornahm und nicht in der Hoffnung, neue Aufträge zu erhalten.¹⁸⁸ Das Bundesgericht hielt dagegen, dass es wegen der schwierig zu kontrollierenden Arbeitslosigkeit bei Versicherten mit arbeitgeberähnlicher Stellung bzgl. eines ALE-Anspruches strenger geworden sei. Ihr Versicherungsanspruchsausschluss beruhe nicht auf dem ausgewiesenen Missbrauch, sondern auf dem abstrakten Missbrauchsrisiko, das diese Person aufgrund ihrer arbeitgeberähnlichen Stellung innehabe.¹⁸⁹ Ein Jahr später wurde diese Ansicht in einem weiteren Urteil (BGer C 219/03) bestätigt und wiederum betont, dass es keinen Ermessensspielraum gebe, um ausnahmsweise Arbeitslosentschädigung zu gewähren.¹⁹⁰ Das heisst, dass die versicherte Person selbst dann keinen Anspruch auf ALE hat, wenn sie nachweisen kann, dass keine Rechtsmissbrauchsabsicht bestand. Somit wurde der absolute Ausschluss von arbeitgeberähnlichen Personen und deren Ehegatten auf Kurzarbeitsentschädigung analog auf den Ausschluss auf Arbeitslosenentschädigung angewendet und in ständiger Rechtsprechung beibehalten.¹⁹¹ Dies hat dazu geführt, dass die in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen nicht nur keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, sondern auch keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben, solange auch nur eine potentielle Missbrauchsgefahr besteht (vgl. Kap. 4.8 b)).

¹⁸⁶ SCHLAURI, S. 219.

¹⁸⁷ SVR 1/2000 ALV Nr. 4 S. 13 E. 3bb.

¹⁸⁸ BGer C 92/02 vom 14. April 2003, E. 3.

¹⁸⁹ BGer C 92/02 vom 14. April 2003, E. 4.

¹⁹⁰ BGer C 219/03 vom 2. Juni 2004, E. 2.3.

¹⁹¹ BGE 142 V 263, E. 4.1; BGer C 219/03 vom 2. Juni 2004, E. 2.3; BGer 8C_1032 vom 7. März 2010, E. 5.1.

Dadurch hat der Grossteil von arbeitgeberähnlichen Personen und deren mitarbeitenden Ehegatten keine reellen Chancen auf Arbeitslosenentschädigungsanspruch, denn für den Ausschluss muss ihnen kein konkretes missbräuchliches Verhalten nachgewiesen werden können. Für den Leistungsausschluss reicht schon, wenn eine grundsätzliche Missbrauchsgefahr nicht von der Hand zu weisen ist.¹⁹² Es ist irrelevant, ob bei der Geltendmachung von ALE tatsächlich eine missbräuchliche Absicht besteht oder nicht, die Möglichkeit eines solchen Missbrauchs reicht, um einen Leistungsausschluss zu rechtfertigen.¹⁹³

Das Kantonsgericht Basel-Landschaft hat in einem Entscheid dann auch unzensiert ausgeführt: «*Der Beschwerdeführerin werden vorliegend keineswegs missbräuchliche Absichten unterstellt*». Das Bundesgericht würde jedoch keine konkrete Missbrauchsabsicht für einen Leistungsausschluss voraussetzen.¹⁹⁴

Diese Rechtspraxis führt zur extrem weitläufigen Aberkennung des gesetzlich vorgesehenen Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung von arbeitgeberähnlichen Personen und deren mitarbeitenden Ehegatten. Diese Entwicklung macht sich auch in der Lehre erkennbar. So lautet SENTI's Ausführung bzgl. des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung beispielsweise: «*Ebenfalls kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht selbstredend für diejenigen Personen, welche nicht als Arbeitnehmer im Sinne des AVIG zu qualifizieren sind. Dazu gehören insbesondere Arbeitnehmer, deren berufliche Stellung mit der eines Arbeitgebers vergleichbar ist (arbeitgeberähnliche Stellung des Geschäftsführers einer GmbH oder des Verwaltungsrates oder Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft)*». ¹⁹⁵ Auch im Leitfaden zur Arbeitslosigkeit des SECO werden die arbeitgeberähnlichen Personen als unselbstständig Erwerbende und als «*nicht anspruchsberechtigt*» definiert.¹⁹⁶ Dadurch wird der Anspruch von arbeitgeberähnlichen Personen auf Arbeitslosenentschädigung vollständig aberkannt. Selbst wenn dies so nicht korrekt ist, da sie unter der zusätzlichen Voraussetzung des vollständigen Ausscheidens aus dem Betrieb oder der vollständigen Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung anspruchsberechtigt sein können, widerspiegeln diese Aussagen die gängige Praxis.

¹⁹² BGer 8C_1032/2010 vom 7. März 2011, E. 6; BGer 8C_231/2012 vom 16. August 2012, E. 3.2; BGer 8C_863/2012 vom 20. Februar 2013, E. 3.4.

¹⁹³ Urteil KGer BL 715 16 298 / 330 vom 8. Dezember 2016, E. 4.3.

¹⁹⁴ Urteil KGer BL 715 16 298 / 330 vom 8. Dezember 2016, E. 5.2.

¹⁹⁵ SENTI, S. 71 f.

¹⁹⁶ vgl. Leitfaden Arbeitslosigkeit, S. 9.

7.2.1 Anstellung in einem Drittbetrieb

Das Bundesgericht hatte in einem Fall auf die Problematik einzugehen, wie sich der Anspruch auf ALE bei einer Person verhält, die zwar nach der Kündigung im Betrieb weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat, jedoch auch in einem Drittbetrieb ohne diese Eigenschaft angestellt ist.¹⁹⁷ Das Gericht erwog, dass einer Person nicht aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung im Erstbetrieb der Versicherungsschutz im Drittbetrieb auf ewig verwehrt werden könne.¹⁹⁸ In solchen Fällen müsse ein angemessener Ausgleich gefunden werden zwischen dem Ausschluss aufgrund Missbrauchsgefahr und dem Leistungsanspruch aufgrund Arbeitnehmertätigkeit. Gestützt auf die Regelungen bzgl. der Festlegung des versicherten Verdiensts pro Kontrollperiode (Art. 37 Abs. 4 lit. a AVIV) erwog das Gericht, dass dem Versicherten mit arbeitgeberähnlicher Stellung in einem Betrieb ALE aus der Arbeitnehmertätigkeit im anderen Betrieb zustehen kann, wenn die Arbeitnehmertätigkeit im Drittbetrieb mindestens sechs Monate gedauert hat. Das Gleiche gelte für den ehemals im Betrieb einer arbeitgeberähnlichen Person mitarbeitenden Ehegatten.¹⁹⁹

7.2.1.1 Firmenkonglomerat

Die Drittbetriebsregelung gilt rechtsprechungsgemäss jedoch nicht, wenn der Drittbetrieb zu einem Firmenkonglomerat gehört. Ein solches liegt vor, wenn verschiedene Familienmitglieder verschiedene Firmen, die eng verflochten sind und aus fast identischen Entscheidungsgremien zusammengesetzt sind, beherrschen. Dieses Konstrukt berge eine erhöhte Missbrauchsgefahr, da aufgrund der personellen Verflechtungen massgeblicher Einfluss auf die jeweils anderen Gesellschaften ausgeübt werden könne.²⁰⁰ Wird eine Person, die eine arbeitgeberähnliche Stellung in einem Betrieb, der einem solchen Firmenkonglomerat angehört, arbeitslos oder geht die Erstfirma Konkurs, hat sie keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, da sie sich bei Bedarf in einem anderen Betrieb des Konglomerats einstellen lassen könnte.²⁰¹

¹⁹⁷ BGer C 171/03 vom 31. März 2004.

¹⁹⁸ BGer C 171/03 vom 31. März 2004, E. 2.3.1.

¹⁹⁹ BGer C 171/03 vom 31. März 2004, E. 2.3.2.

²⁰⁰ BGer 376/99 vom 14. März 2001, E. 3a; Sozialversicherungsgericht des Kt. ZH, ALE.2018.00125 Urteil vom 27. September 2018, E. 1.2.

²⁰¹ BGer 376/99 vom 14. März 2001, E. 3c.

In einem neuen Entscheid berichtigte das Bundesgericht jedoch, dass diese Ausschlussregelung auf Familien-Firmenkonglomerate zugeschnitten sei. Bei einem Firmenkonglomerat in Form eines Grosskonzerns, könne hingegen nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass ein Versicherter, der in einer Firma eine arbeitgeberähnliche Stellung hat, sich nach Entlassung einfach in einem anderen Betrieb des Konglomerats wieder anstellen lassen könnte und ihn deswegen aufgrund der potentiellen Missbrauchsgefahr vom ALE-Anspruch ausnehmen.²⁰²

7.2.2 Kritik am ALE-Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen aufgrund einer blossen Missbrauchsgefahr

Dass die Rechtsprechung den ALE-Ausschlusses arbeitgeberähnlicher Personen und deren mitarbeitenden Ehegatten auf Fälle ausdehnt, in denen der effektive Missbrauch nicht evident ist, wo also keine Anzeichen bestehen, dass die versicherte Person die Arbeitslosenentschädigung missbräuchlich geltend macht, greift zu weit. Eine vermeintliche Missbrauchsgefahr höher zu gewichten als die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz einer Person, scheint stossend, insbesondere da ein persönlicher Versicherungsanspruch auf ALE im Gesetz vorgesehen ist. Der Zweck, die missbräuchliche Geltendmachung von ALE zu verhindern, wird durch die extensive Auslegung auf Fälle, in denen keine Anzeichen für einen irgendwie gearteten Missbrauch bestehen, ausgehebelt.

7.3 Behandlung der mitarbeitenden Ehegatten

Neben der Ausweitung des ALE-Ausschlusses auf Fälle, wo keine Missbrauchsabsicht nachgewiesen werden kann bzw. eine solche nicht einmal angenommen wird, gibt die bundesgerichtliche Praxis bezüglich des Arbeitslosenentschädigungsanspruchs der mitarbeitenden Ehegatten von arbeitgeberähnlichen Personen Grund für eine genauere Betrachtung.

7.3.1 Regelungen im AVIG

Der Ausschluss von mitarbeitenden Ehegatten von arbeitgeberähnlichen Personen ist in Bezug auf die Kurzarbeitsentschädigung, Schlechtwetterentschädigung und Insolvenzenschädigung gesetzlich geregelt. Auffällig ist, dass im Bereich der Arbeitslosenent-

²⁰² Sozialversicherungsgericht des Kt. ZH, AL.2018.00125 Urteil vom 27. September 2018, E. 3.3.

schädigung weder für die mitarbeitenden Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen noch für die Ehegatten der Arbeitgeber eine entsprechende gesetzliche Ausschlussregelung existiert.

7.3.2 Ausschluss durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 AVIG auf die ALE

Die Rechtsprechung hat jedoch den Ausschluss der mitarbeitenden Ehegatten von Arbeitgebern und arbeitgeberähnlichen Personen in analoger Anwendung der Bestimmungen der KAE (Art. 31 Abs. 3 lit. b und lit. c AVIG) auf den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgedehnt.²⁰³ Dies bedeutet, dass der mitarbeitende Ehegatte des Arbeitgebers oder einer arbeitgeberähnlichen Person ebenfalls absolut vom Arbeitslosenentschädigungsanspruch ausgeschlossen ist.²⁰⁴ Die Tatsache des «Verheiratet-Seins» mit einer arbeitgeberähnlichen Person und die ehemalige Mitarbeit im gleichen Betrieb ist bereits ausschlussbegründend.²⁰⁵ Das Missbrauchsrisiko sei das gleiche, ob es nun um Kurzarbeits-, Insolvenz-, oder Arbeitslosenentschädigung gehe. Deshalb würde sich auch keine unterschiedliche Behandlung von Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen in Bezug auf diese drei Leistungsarten rechtfertigen.²⁰⁶ Erwähnenswert ist, dass diese Personen auch von der SWE gem. Art. 41 Abs. 3 AVIG ausgenommen werden. Inwiefern in diesem Bereich eine Missbrauchsgefahr bestehen soll, ist nicht ersichtlich. Schliesslich hängt der Entschädigungsanspruch bei der SWE von der Witterung ab, welche zweifelsohne überprüfbar ist.²⁰⁷

Wird dem mitarbeitenden Ehegatten gekündigt oder kündigt er selbst, ist er erst anspruchsberechtigt, wenn der andere Ehegatte seine arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgibt oder ein Scheidungsurteil vorliegt.²⁰⁸ Vorher persistiere eine Missbrauchsgefahr, da der Ehepartner zumindest die Möglichkeit der Einflussnahme auf den arbeitge-

²⁰³ BGer 8C_374/2010 vom 12. Juli 2010, in: ARV 2011 S. 65 f.; BGer 8C_1032/2010 vom 7. März 2011, E. 5.1.

²⁰⁴ BGer 8C_1032/2010 vom 7. März 2011, E. 5.1.

²⁰⁵ BGer 103/01 vom 17. Dezember 2001, E. 2; BGer 8C_1032/2010 vom 7. März 2011, E. 5.1.

²⁰⁶ BGer 8C_1032/2010 vom 7. März 2011, E. 5.1; BGer 8C_74/2011 vom 3. Juni 2011, E. 5.1.

²⁰⁷ NUSSBAUMER, N 540.

²⁰⁸ Urteil KGer BL 715 16 289/330 vom 8. Dezember 2016, E. 4.4.

berähnlichen Ehegatten hat und dieser aufgrund seiner unternehmerischen Dispositionsfreiheit seinen Ehegatten nach Belieben wiedereinstellen könnte.²⁰⁹

7.3.3 Abstellung auf den Zeitpunkt der Trennung

Zu Beginn liess das Gericht noch offen, ob der in Trennung lebende, ehemals im Betrieb mitarbeitende Ehegatte allenfalls ALE-anspruchsberechtigt sein könnte.²¹⁰ Es stellte jedoch fest, dass die reine räumliche Trennung der Ehepartner nicht für eine Anspruchsberechtigung reichen könne, da Trennungen von Ehegatten häufig rückgängig gemacht würden. So könne bei einer faktischen Trennung von weniger als zwei Jahren nicht von einem definitiven Scheidungs- oder Trennungswillen ausgegangen werden.²¹¹

7.3.4 Abstellen auf den Zeitpunkt eines Mietvertragsabschlusses

Auch wenn der getrennt lebende Ehegatte, der ehemals im Betrieb des arbeitgeberähnlichen Ehegatten gearbeitet hatte, einen neuen Mietvertragsabschluss vorweisen könne, würde dies keinen Taggeldanspruch begründen. Auf einen Mietvertrag abzustellen, würde ein erhebliches Missbrauchsrisiko bergen, so könne man auf die Idee kommen, ein günstiges Studio zu mieten und dafür erhebliche Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen.²¹²

7.3.5 Abstellen auf den Zeitpunkt der Scheidungsklageeinreichung

Auf die Frage, wieso für eine Anspruchsberechtigung nicht auf das Datum der Einreichung der Scheidungsklage abgestellt wird, führte das Bundesgericht ebenfalls Bedenken an. Die Arbeitslosenversicherung wäre bis zur Einreichung des Scheidungsurteils vorleistungspflichtig. Im Falle eines Klagerückzugs bzw. einer Wiedereinstellung des Ehepartners würde die Vollstreckung der Rückforderung der vorgeleisteten Taggelder zu erheblichen Problemen führen.²¹³

²⁰⁹ BGer C 193/04 vom 7. Dezember 2004, in: ARV 2005 S. 131 E. 3; BGer 8C_863/2012 vom 20. Februar 2013, in: ARV 2013 S. 78 E. 3.4; Urteil KGer BL 715 16 289/330 vom 8. Dezember 2016, E. 5.2.

²¹⁰ BGer 8C_74/2011 vom 3. Juni 2011.

²¹¹ BGer 8C_1032/2010 vom 7. März 2011, E. 5.3.

²¹² BGer 8C_74/2011 vom 3. Juni 2011, E. 4.4.

²¹³ BGer 8C_74/2011 vom 3. Juni 2011, E. 4.4.

7.3.6 Abstellen auf den Zeitpunkt des Scheidungsurteils

Die Rechtsprechung ging noch weiter und das Bundesgericht nahm in einem neueren Entscheid (April 2016) klärend Stellung auf die Frage, ab wann ein anspruchsbegründender Scheidungs- oder Trennungswillen vorliegt, bzw. erklärte einen solchen als unbeachtlich.²¹⁴ Dies obwohl gerade im konkreten Fall die Ehepartner schon längere Zeit getrennt lebten und der Mann mit einer neuen Lebenspartnerin zusammen war, mit der er bereits ein Kind hatte.²¹⁵ Gemäss Bundesgericht sei es nicht die Aufgabe der Arbeitslosenkasse, abzuklären, ob und wieso sich ein Ehepaar getrennt habe und ob die Ehe zerrüttet ist oder nicht. Selbst wenn ein definitiver Scheidungswille ersichtlich sei, könne die Anspruchsberechtigung erst ab dem effektiven Datum des Scheidungsurteils gegeben sein. Bis zu diesem Zeitpunkt persistiere ein Missbrauchsrisiko.²¹⁶

7.3.7 Kritik am Ausschluss von mitarbeitenden Ehegatten von arbeitgeberähnlichen Personen

HÜRLIMANN erachtet es als überholt, dass angesichts der heutigen Lebensumstände und der damit einhergehenden Aufweichung des traditionellen Familienverständnisses und der steigenden Anzahl von Lebensgemeinschaften, die Konkubinatspartner von der Rechtsprechung nicht unter den Begriff der Eheleute fallen und somit auch nicht von der Ausschlussregelung betroffen sind.²¹⁷ SCHLAURI hingegen, erachtet den Ausschluss von mitarbeitenden Ehegatten in jeglicher Hinsicht als eine «*unangemessene und unerträgliche Diskriminierung*».²¹⁸ Er macht geltend, dass insbesondere in klein- und mittelgrossen Betrieben nicht ersichtlich ist, wieso die Missbrauchsgefahr bezüglich eines ALE-Anspruches beim Ehegatten grösser sein soll als bei den restlichen Mitarbeitern. In Fällen, in denen ein erhöhtes Missbrauchspotential vorliege, bspw. bei Zwei-Personenbetrieben, sei dieses jedoch umso einfacher zu entlarven.²¹⁹ Er kann sich die Ausschlussregelung von Ehegatten nur damit erklären, dass diese noch einer veralteten

²¹⁴ BGE 142 V 263.

²¹⁵ BGE 142 V 263, S. 264.

²¹⁶ BGE 142 V 263, E. 5.2.2.

²¹⁷ HÜRLIMANN, S. 69.

²¹⁸ SCHLAURI, S. 223.

²¹⁹ SCHLAURI, S. 224.

Sicht der unterworfenen, leicht manipulierbaren, vom Mann abhängigen Frau entsprungen ist.²²⁰

Dieser Meinung wird vorliegend insoweit beige pflichtet, als dass das Bundesgericht (aber auch der Gesetzgeber) im Sozialversicherungsrecht einem veralteten Familienmodell mit klassischer Rollenverteilung und Abhängigkeitsverhältnissen naheifert, das es im 21. Jahrhundert zu überdenken gilt.

Auch HÜRLIMANN ist betreffend der veränderten Lebensumstände zuzustimmen, nicht aber ihrer Folgerung, dass deshalb auch Konkubinatspartner von der Ausschlussregelung erfasst werden sollen. Im Gegenteil, ansonsten müsste man, um jegliche Missbrauchsgefahr abzuwenden, den Ausschluss auf alle mitarbeitenden Familienmitglieder, Mitbewohner, Freunde und Bekannte ausdehnen, weil nicht ersichtlich ist, weshalb sie als Mitarbeiter einer arbeitgeberähnlichen Person weniger missbrauchsgefährdet sein sollen.²²¹ Wie BURGHERR ausführt, geht mit dem Bund der Ehe schliesslich nicht automatisch eine massgebliche Beeinflussung des anderen Ehepartners auf seine Entscheide als Arbeitgeber oder arbeitgeberähnliche Person einher.²²²

Abgesehen von den sachlichen Argumenten, die gegen den Ausschluss sprechen, ist zu beachten, dass eine solche absolute Ausschlussregelung, die keine Ausnahmen zulässt, einen einzelnen Ehegatten wirtschaftlich hart treffen kann und zu einer Abhängigkeit des Ehegatten ohne arbeitgeberähnliche Stellung vom arbeitgeberähnlichen Ehegatten führen kann (insbesondere kritisch bei Trennungen etc.).²²³

Die Elimination vom Anspruch von Ehegatten auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung ist deshalb und insbesondere bei der Arbeitslosenentschädigung nicht gerechtfertigt, weil es dafür keine gesetzliche Ausschlussregelung gibt.

7.3.7.1 Fazit

Summa summarum führen drei Tatsachen dazu, den Ausschluss von mitarbeitenden Ehegatten einer arbeitgeberähnlichen Person als unangemessen zu erachten: Dass der Ausschluss ausschliesslich wegen eines Status (verheiratet) erfolgt, dass er im Gesetz für die Arbeitslosenentschädigung nicht vorgesehen ist und dass er ausnahmslos für alle

²²⁰ SCHLAURI, S. 230.

²²¹ SCHLAURI, S. 229.

²²² BURGHERR, S. 48.

²²³ vgl. bspw. Sozialversicherungsgericht des Kt. ZH, AL.2017.00273 Urteil vom 27. März 2017, E. 2.2.

ehemals im Betrieb des Ehegatten mitarbeitenden Personen gilt. Die Zeit ist reif, dass der Gesetzgeber die Regelung bzgl. mitarbeitenden Ehegatten, seien es die Ehegatten des Arbeitgebers oder einer arbeitgeberähnlichen Person, überdenkt, da die geltenden Regelungen altmodisch und diskriminierend sind.

7.4 Beitragspflicht trotz faktischem Leistungsausschluss

Selbstständigerwerbende sind zwar nicht gegen das Risiko Arbeitslosigkeit geschützt, sie zahlen deshalb aber auch keine Beiträge in die Arbeitslosenkasse.²²⁴ Es stellt sich somit die Frage, ob es im Lichte des Äquivalenz- bzw. Kongruenzprinzips gerechtfertigt ist, arbeitgeberähnliche Personen und insbesondere ihre mitarbeitenden Ehegatten und deren Arbeitgeber der Beitragspflicht zu unterstellen, wenn sie durch die von der Rechtsprechung entwickelte Praxis faktisch vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgenommen werden.

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid 2004, bei dem der Arbeitgeber aufgrund dieses faktischen Ausschlusses künftig keine ALV-Beiträge für zwei Verwaltungsräte entrichten wollte und bereits bezahlte Beiträge zurückforderte, jedoch entschieden, dass die arbeitgeberähnlichen Personen und deren Arbeitgeber nicht analog zu Selbstständigerwerbenden von der Beitragszahlung befreit seien. Dies sei in den Ausnahmeregelungen zur Beitragspflicht in Art. 2 Abs. 2 AVIG nicht vorgesehen. Es gäbe zwar im Gegensatz zur KAE, SWE und IE keine entsprechende Ausschlussregelung von arbeitgeberähnlichen Personen auf ALE, aber die Rechtsprechung würde die gleichen Regelungen auch auf letztere Leistungsart anwenden.²²⁵ Ausserdem würden diese Personen im Gegensatz zu Selbstständigerwerbenden «*durchaus Versicherungsschutz in der Arbeitslosenversicherung geniessen*», nämlich dann, wenn sie keine Eigenschaften mehr besitzen, die sie gem. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf KAE ausnehmen. Das Erfordernis des definitiven Ausscheidens aus dem Betrieb sei wegen der hohen Missbrauchsgefährdung nötig, verhindere aber nicht, dass arbeitgeberähnliche Personen jemals Arbeitslosenentschädigung beziehen könnten. Somit würde die Rechtsprechung von BGE 123 V 234 nicht ganze Personengruppen diskriminieren.²²⁶

²²⁴ KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung, S. 115.

²²⁵ BGer C 160/04 vom 29. Dezember 2004, E. 4.1.

²²⁶ BGer C 160/04 vom 29. Dezember 2004, E. 4.2.

Erstaunlicherweise begründet das Bundesgericht die Beitragspflicht damit, dass im Gesetz keine anderslautende Regelung vorgesehen ist, während es gleichzeitig ein ebenfalls gesetzlich nicht vorgesehenes Erfordernis des definitiven Ausscheidens aus dem Betrieb für den Leistungsanspruch ohne Weiteres hinnimmt.

7.4.1 Übergangszeiten

Zwar haben arbeitgeberähnliche Personen und deren mitarbeitende Ehegatten unter genannten Umständen einen Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung. Die Erfordernisse, damit die Tätigkeit und Stellung als «definitiv aufgegeben» gilt, sind jedoch sehr hoch.²²⁷ Zur Veranschaulichung ein Beispiel: Die arbeitgeberähnliche Person gilt selbst bei beschlossener und angeordneter Liquidation des Betriebs nicht als definitiv ausgeschieden, wenn sie die Möglichkeit hat, den Betrieb weiterzuführen oder zu reaktivieren, unabhängig davon, ob sie das tatsächlich beabsichtigt zu tun (Missbrauchsgefahr).²²⁸ Dies führt dazu, dass zwischen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dem definitiven Ausscheidens, oft lange Übergangszeiten entstehen, in denen die Versicherten trotz Arbeitslosigkeit und Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen von Art. 8 AVIG nicht geschützt sind.

7.4.2 Solidaritätsbeitrag

Ein leitender Angestellter erhält nicht unüblich ein ansehnliches Gehalt von über CHF 148'000 pro Jahr. Fällt er unter die Kategorie der arbeitgeberähnlichen Personen, beläuft sich sein «Solidaritätsbeitrag» nicht nur auf das eine Prozent (vgl. Kap. 3.2.3), sondern auf die gesamten Beiträge, die er in die ALV einbezahlt hat. Denn, wenn er arbeitslos werden sollte, hat er faktisch keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder. Dem Beitragsanteil von arbeitgeberähnlichen Personen kommt somit eigentlich Zwecksteuercharakter zu, der wie bei den beitragspflichtigen aber nicht anspruchsberechtigten Arbeitgebern dazu dient, den allgemeinen Finanzbedarf der ALV zu decken.²²⁹ Der Zwecksteuercharakter bei den Arbeitgeberbeiträgen lässt sich dadurch rechtfertigen, dass bei diesen Beiträgen der Vorsorgegedanke im Fokus steht, also die Überlegung, dass der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer nicht nur Lohn schulde, sondern auch sein

²²⁷ KUPFER, Fokus Arbeitslosenversicherung, S. 13.

²²⁸ BGer 8C_732/2010 vom 19. Januar 2011, E. 3.2; BGer 8C_821/2013 vom 31. Januar 2014, E. 3.2; BGer 8C_102/2018 vom 21. März 2018, in: ARV 2018 S. 174 E. 6.2.

²²⁹ MAURER, § 18 S. 378; GERHARDS, AVIG-Kommentar I, N 20 zu Art. 2 AVIG.

Vorsorgebedürfnis befriedigen müsse.²³⁰ Bei den Arbeitnehmerbeiträgen hingegen bestehen keine Solidaritätsüberlegungen, die dieses Ungleichgewicht zwischen Beitragspflicht und ALE-Ausschluss rechtfertigen würden.²³¹ Die Durchbrechung des Äquivalenz- bzw. Kongruenzprinzips ist nach der vorliegend vertretenen Auffassung im Bereich der ALE insbesondere deshalb nicht gerechtfertigt, weil es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt.

7.4.3 Beitragspflicht mitarbeitender Ehegatten

Gemäss GERHARDS dürfen Beiträge erhoben werden, wenn der Beitragszahler zumindest einen potentiellen Leistungsanspruch bei Erfüllung der Leistungsvoraussetzung hat.²³² Wenn dieser bei arbeitgeberähnlichen Personen (entgegen der hier vertretenen Auffassung) noch als gegeben erachtet wird, weil sie unter der Voraussetzung, dass sie neben den Anforderungen von Art. 8 AVIG das zusätzliche Erfordernis der definitiven Aufgabe der Tätigkeit bzw. des definitiven Ausscheidens aus dem Betrieb erfüllen, einen ALE-Leistungsanspruch haben, kann von einem potentiellen Leistungsanspruch bei den mitarbeitenden Ehegatten nicht mehr die Rede sein. Beendet der Ehegatte, der im gleichen Betrieb wie der arbeitgeberähnliche Ehegatte arbeitet, seine Arbeitnehmertätigkeit, kann er trotz geleisteten Beiträgen unter keinen Umständen aus eigener Kraft Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung aus diesem Arbeitsverhältnis geltend machen. Ein Anspruch besteht zumindest so lange nicht, wie der andere Ehegatte seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb nicht aufgibt. Folglich hat eine Person, die ehemals im Betrieb des Ehegatten mit arbeitgeberähnlicher Stellung gearbeitet hat, keinen potentiellen Leistungsanspruch, was den versicherungsmässigen Grundlagen der Arbeitslosenversicherung entgegensteht. Dass diesen Personen später aus einem anderen Anstellungsverhältnis womöglich wieder Leistungsansprüche aus der Arbeitslosenversicherung zustehen, tut nichts zur Sache, dass sie als Arbeitnehmer womöglich jahrelang Beiträge für ein nicht versichertes Risiko bezahlt haben.²³³

²³⁰ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, N 22 zu Art. 2 AVIG mit Verweis auf MAURER, § 18 S. 379.

²³¹ SCHLAURI, S. 228.

²³² GERHARDS, Grundrisse neues ALVR, S. 53 N 12.

²³³ SCHLAUR, S. 277.

7.4.4 Kritik am Ungleichgewicht zwischen Beitragspflicht und Leistungsgewährung

Obwohl bis anhin statistisch nicht erfasst, kann jedoch anhand der Fülle von Urteilen, bei denen der Anspruch auf ALE abgelehnt wird, gefolgert werden, dass ein Ungleichgewicht zwischen Beitragspflicht und faktischem Ausschluss von ALE-Leistungen von arbeitgeberähnlichen Personen besteht, das nicht gerechtfertigt ist.²³⁴

7.5 ALE und KAE als unabhängige Leistungsarten

Wie in Kapitel 4.12 dargelegt, sind die ALE und KAE zwei voneinander unabhängig geregelte Entschädigungsarten, die ihren eigenen Anspruchsvoraussetzungen und Vorschriften folgen.²³⁵ Der Grossteil der Lehre (u.a. GERHARDS, NUSSBAUMER, GÄCHTER, LEU und BRÜGGER) argumentiert, dass das arbeitgeberausgerichtete Regelwerk über die Kurzarbeit dennoch nicht bedeute, dass der Hauptzweck der KAE sei, günstige Auswirkungen für den Arbeitgeber zu schaffen, sondern dass es auch bei der KAE vorrangig um den Versicherten gehe, indem die KAE ihn vor Arbeitslosigkeit schützen möchte.²³⁶

7.5.1 Leistungsnatur

In der Lehre ist man sich grundsätzlich einig, dass sich die Leistungsarten der KAE und ALE unterscheiden. Jedoch wird unterschiedlich argumentiert. Gemäss SCHLAURI sind die Leistungen der ALE und KAE keineswegs vergleichbarer Natur. Während KAE und SWE viele Gemeinsamkeiten bzgl. Voraussetzung und Ausgestaltung haben, letztlich unpersönliche Massenleistungen seien, unterscheidet sich die ALE eindeutig davon. Seines Erachtens haben die KAE und SWE Subventionscharakter, da sie dem Arbeitgeber erhebliche Lohnfortzahlungen abnehmen würden.²³⁷ Die Leistungen der Arbeitslosenentschädigung seien hingegen höchstpersönliche Ansprüche auf soziale Sicherheit des versicherten Arbeitnehmers, auf die kein Arbeitgeber greifen könne.²³⁸

Auch GERHARDS unterscheidet die beiden Leistungsarten, argumentiert jedoch im Sinne der Arbeitnehmerversicherung. Er sieht die KAE als eine Präventivmassnahme, ein Mit-

²³⁴ vgl. Anhänge 1–4.

²³⁵ RUBIN, Commentaire AC, Vorbemerkungen zu Art. 31 ff. AVIG, N 5.

²³⁶ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Vorbemerkungen zu Art. 31–41 AVIG, N 58 ff.; NUSSBAUMER, N 455; GÄCHTER/LEU, S. 97; BRÜGGER, S. 56.

²³⁷ SCHLAURI, S. 222.

²³⁸ SCHLAURI, S. 219.

tel der Verhütung von Ganzarbeitslosigkeit ersten Ranges.²³⁹ Die Gewährung des Erwerbersatzes sei letztlich nur das Mittel, um eine Präventivwirkung, d.h. die Verhütung von Arbeitslosigkeit zu erzielen.²⁴⁰

RUBIN vereint diese beiden unterschiedlichen Argumentationen. Er macht geltend, dass die Arbeitslosentschädigung den Einkommensausfall, der im Zusammenhang mit Arbeitslosigkeit entstehe, kompensieren würde, während die Kurzarbeitsentschädigung, durch die finanzielle Unterstützung der Arbeitgeber, Kündigungen in vorübergehend wirtschaftlich schwierigen Zeiten vorbeugen würde. Deshalb würden sich die Voraussetzungen und die Geltendmachung von ALE und KAE eindeutig voneinander unterscheiden.²⁴¹

GERHARDS beschreibt die KAE als Möglichkeit des Versicherten, dem Arbeitgeber bei Bedarf für die Einführung von Kurzarbeit Hand zu bieten.²⁴² In diesem Zusammenhang ist nach vorliegend vertretener Auffassung zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer bzgl. Kurzarbeit ein Mitspracherecht hat, bzw. dieser nicht zustimmen muss, während er aufgrund des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit nicht zwangsläufig einen Einfluss auf seine Arbeitslosigkeit hat. So kann Arbeitslosigkeit jeden, jederzeit (ausgenommen zu Sperrfristen) treffen und nicht nur dann, wenn sich ein Unternehmen in der Rezession befindet.

7.5.2 Versicherte vs. Begünstigte

Die h.L. stellt sich auf den Standpunkt, dass Art. 31 Abs. 1 AVIG ausdrücklich und alleine die Arbeitnehmer als Anspruchsberechtigte nennt.²⁴³ Folglich seien die Arbeitnehmer auch alleinige Geschützte.²⁴⁴ Dass die KAE dem Arbeitgeber Lohnkosten abnimmt und dazu beiträgt, Personalfluktuationen und damit verbundene Einarbeitungskosten zu verhindern, anerkennt GERHARDS durchaus.²⁴⁵ Deshalb seien die Arbeitgeber aber noch immer keine Versicherten sondern nur Begünstigte, denen aus der Arbeitslosenversicherung durch die Kurzarbeitsentschädigung ein indirekter Sondernutzen er-

²³⁹ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Vorbemerkungen zu Art. 31–41 AVIG, N 49.

²⁴⁰ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Vorbemerkungen zu Art. 31–41 AVIG, N 49 ff.

²⁴¹ RUBIN, *personnes assimilable à un employeur*, S. 2.

²⁴² GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Vorbemerkungen zu Art. 31–41 AVIG, N 49.

²⁴³ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Vorbemerkungen zu Art. 31–42 AVIG, N 59; NUSSBAUMER, N 457; BRÜGGER, S. 56; GÄCHTER/LEU, S. 96.

²⁴⁴ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, Vorbemerkungen zu Art. 31–42 AVIG, N 60.

²⁴⁵ GERHARDS, AVIG-Kommentar I, N 21 zu Art. 2 AVIG.

wachse.²⁴⁶ So seien auch nur die Arbeitnehmer originär beitragspflichtig. Der Arbeitgeberbeitrag trage hingegen nur eine Mitbeteiligungspflicht, da er keinen eigenen ALV-Leistungsanspruch hat.²⁴⁷ «*Er kann immerhin indirekt von gewissen positiven Effekten der ALV, z.B. bei Kurzarbeit und witterungsbedingtem Arbeitsausfall durch den möglichen Entschädigungsanspruch seiner Arbeitnehmer profitieren*».²⁴⁸

SCHLAURI, der wohl grösste Kritiker der Praxis rund um BGE 123 V 234, sieht im Gesetzeswortlaut von Art. 31 Abs. 1 AVIG («*Arbeitnehmer haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung*») hingegen eine Verleugnung der wirtschaftlichen Tatsache, dass die Arbeitgeber die wahren Berechtigten der KAE sind.²⁴⁹ Dem kann vorliegend zumindest insoweit beigeplichtet werden, dass GERHARDS Ausführungen, die Arbeitgeber würden nicht eigentlich beitragspflichtig sein (obwohl sie ja die gleichen Beiträge wie die Arbeitnehmer zahlen müssen) ein Erklärungsversuch ist, für die in Art. 31 Abs. 1 AVIG vorgesehenen Anspruchsberechtigung, die nur die Arbeitnehmer erfasst. So es ist auch schwer nachzuvollziehen, wieso der Vorteil des Arbeitgebers indirekt sein soll, wenn man beachtet, dass seine Vorteile durch die Einführung von Kurzarbeit bzw. durch Gewährung der Kurzarbeitsentschädigung die des Arbeitnehmers überwiegen. Einerseits bleiben ihm seine eingearbeiteten Mitarbeiter und somit das Knowhow erhalten sowie spart er an potentiellen Einarbeitungskosten von neuem Personal, andererseits bekommt er Zeit, sein Unternehmen aus einer Schieflage zu befreien bzw. einen Konkurs abzuwenden. Ohne die Kurzarbeit könnte ein Arbeitgeber schneller vor dem Nichts stehen. Der Vorteil des Arbeitnehmers bei der KAE hält sich, nüchtern betrachtet, in Grenzen. Ohne Kurzarbeitsentschädigung könnte er salopp gesagt, schlichtweg Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung geltend machen, um seine Existenz zu sichern.

7.5.3 Erhöhtes Missbrauchsrisiko durch die Quasi-Arbeitgeber Eigenschaft

Bei der KAE und SWE möchte der Gesetzgeber die Quasi-Arbeitgebereigenschaft isolieren und Personen, die eine solche wahrnehmen, vom Anspruch auf die Leistungen ausnehmen, da sie diese zugunsten des Betriebs ausnutzen könnten. Die Missbrauchsfahr ist dabei mit der anhaltenden aktuellen Stellung im Betrieb verbunden und bezieht

²⁴⁶ GERHARDS, Grundriss neues ALVR, S. 46 N 9.

²⁴⁷ GERHARDS, Grundrisse neues ALVR, S. 55 19 f.

²⁴⁸ GERHARDS, Grundrisse neues ALVR, S. 56 N 21.

²⁴⁹ SCHLAURI, S. 217 f.

sich auf den Betrieb und nicht auf die eigenen Versicherungsansprüche. Bei der Arbeitslosenentschädigung steht hingegen genau dieser persönliche Schutzanspruch im Vordergrund.²⁵⁰

7.5.4 Auswirkungen von verwehrten ALE-Leistungen

Wird einer Person der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung im Sinne von Art. 31 Abs. 3 AVIG verwehrt, wird sie während der prekären Wirtschaftslage wohl mit finanziellen Engpässen rechnen müssen. Jedoch bestehen bei der Einführung von Kurzarbeit gute Chancen, dass die Lage sich erholt, der Betrieb in absehbarer Zeit wieder floriert und somit auch das Gehalt der Person langfristig gesichert ist. Wird eine Person hingegen arbeitslos und hat dann keine bzw. nur sehr geringe Aussicht auf eine Finanzhilfe durch die Arbeitslosenentschädigung, kann dies gravierende Auswirkungen auf ihre Lebenssituation haben. Insbesondere bei Personen, die wegen ihres fortgeschrittenen Alters und des entsprechend hohen Salärs grosse Mühe haben, eine Anstellung zu finden, kann sich dieser ALE-Ausschluss drastisch auswirken. Noch gibt es keine statistischen Auswertungen, die aufzeigen, wie viele Personen, die Arbeitslosenentschädigung geltend machen, arbeitgeberähnliche Personen sind oder mitarbeitende Ehegatten solcher. Folglich ist auch nicht bekannt, wie viele von ihnen auf Sozialhilfe angewiesen sind, weil sie ihren Lebensunterhalt nicht mehr aus dem eigenen Privatvermögen finanzieren können. Auffällig ist, dass es sehr viele höchstinstanzliche Entscheide gibt, die sich mit Arbeitslosenentschädigungsansprüchen von arbeitgeberähnlichen Personen und deren mitarbeitenden Ehegatten befassen, und dass in den meisten dieser Entscheide der Anspruch auf ALE aberkannt wird.²⁵¹ Ausserdem ist davon auszugehen, dass viele arbeitgeberähnliche Personen, denen die Arbeitslosenkasse den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verwehrt, diesen Entscheid nicht weiterziehen, weshalb von einer hohen Dunkelziffer von Versicherten, die bei Arbeitslosigkeit keine Taggelder erhalten, ausgegangen werden kann.

²⁵⁰ SCHLAURI, S. 226.

²⁵¹ u.a.: BGE 123 V 234; BGE 142 V 263; BGer C 306/05 vom 3. Mai 2006; BGer 8C_989/2008 vom 27. April 2009; BGer 8C_1032/2010 vom 7. März 2011; BGer 8C_231/2012 vom 16. August 2012; BGer 8C_863/2012 vom 20. Februar 2013; BGer 8C_821/2013 vom 31. Januar 2014; BGer 8C_639/2015 vom 6. April 2016.

7.5.5 Kritik

Fakt ist, dass die KAE neben der Arbeitslosigkeitsverhinderung zu einem gewichtigen Teil das Insolvenzrisiko eines Betriebs adressiert, indem ihm Zeit verschafft wird und ein grosser Teil der Personalkosten übernommen wird.²⁵² Es würde zu weit gehen, die KAE als eigentliche Subvention von Unternehmen zu erachten. Andererseits kann man die Vorteile, die dem Arbeitgeber aus der KAE erwachsen, jedoch nicht nur als positiven Nebeneffekt abtun, denn die Vorteile des Arbeitgebers sind evident und erwachsen ihm nur aus der KAE (und SWE), nicht aber aus der ALE.

7.6 Hundertprozentige Kurzarbeit vs. Ganzarbeitslosigkeit

Gemäss Rechtsprechung ist eine Kündigung unbeachtlich, wenn der Arbeitnehmer sich jederzeit wieder einstellen könnte und es sich deshalb faktisch eben doch um (hundertprozentige) Kurzarbeit handelt, weshalb Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG zur Anwendung gelangt.²⁵³ Der Anspruch auf ALE wurde auch in einem Fall verneint, in dem ein ehemals unselbstständig Angestellter sich selbstständig machen wollte, dafür eine GmbH gründete und sich als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift im Handelsregister eintragen liess, die selbstständige Tätigkeit aufgrund der wirtschaftlichen Lage jedoch nie aufgenommen hat. Er argumentierte, dass es sich nicht um einen mit BGE 123 V 234 vergleichbaren Sachverhalt handle, da er sich nicht aus der eigenen Firma entlassen habe, um dann ALE zu beziehen und gleichzeitig weiterhin in arbeitgeberähnlichen Stellung den Geschäftsverkehr zu beeinflussen, sondern er sei ursprünglich Arbeitnehmer in einer Drittfirma gewesen.²⁵⁴ Das Bundesgericht verneinte den Anspruch auf ALE in Analogie zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG dennoch, da er trotz Nichtaufnahme der Tätigkeit immer noch im Handelsregister eingetragen war und deshalb weiterhin als arbeitgeberähnliche Person gelte. Es argumentierte, dass er sich dadurch die Möglichkeit, sich bei Gelegenheit in der GmbH einzustellen offenliess und es sich deshalb um hundertprozentige Kurzarbeit handle.²⁵⁵

Ebenso wurde einem Versicherten der Anspruch auf ALE verwehrt, obwohl er alle bisherigen Funktionen, die ihn als arbeitgeberähnliche Person definierten, aufgegeben hat-

²⁵² SCHLAURI, S. 218.

²⁵³ GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, S. 523.

²⁵⁴ BGer C 117/04 vom 12. November 2004, E. 2.2.

²⁵⁵ BGer C 117/04 vom 12. November 2004, E. 2.4.

te. Das Gericht begründete dies damit, dass die Würdigung des Sachverhalts auf einen fortbestehenden faktischen Einfluss als arbeitgeberähnliche Person schliessen liess, unter anderem wegen der «engen personellen Verflechtung» des Versicherten mit dem ehemaligen Geschäftspartner.²⁵⁶

7.6.1 Kritik

Dass Kurzarbeit nicht nur in einer Reduktion der Arbeitszeit, sondern auch in einer vollständigen Stilllegung des Betriebs bestehen kann, führt dazu, dass die Unterscheidung, wann hundertprozentige Kurzarbeit und wann Ganzarbeitslosigkeit vorliegen, nicht immer klar abgrenzbar ist. Nach hier vertretener Auffassung rechtfertigt dies jedoch nicht, dass (Ganz-) Arbeitslosigkeit grundsätzlich gleich wie Kurzarbeit behandelt wird bzw. dass argumentiert wird, dass es sich faktisch auch um Kurzarbeit handle und nicht zwischen den verschiedenen Sachverhalten unterschieden wird.

In der Lehre besteht grundsätzliche Einigkeit darüber, dass die Praxis nicht immer mehr ausgeweitet werden darf.²⁵⁷ GÄCHTER/LEU sind der Ansicht, dass die Praxis von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nur soweit auf die Arbeitslosenentschädigung übertragen werden kann, wie wertungsmässig analoge Sachverhalte vorliegen.²⁵⁸ Auch RUBIN übt Kritik an der ausschweifenden Praxis und kommt zum Schluss, dass die analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nur ausnahmsweise zulässig ist und zwar nur dort, wo ein Sachverhalt tatsächlich mit Kurzarbeit vergleichbar ist. Also in Fällen wie in BGE 123 V 234, wo die Person die Arbeitslosengelder nur zur Überbrückung einer schlechten Wirtschaftslage geltend macht, um anschliessend ihre Arbeitstätigkeit wieder aufzunehmen.²⁵⁹

²⁵⁶ BGer 8C_191/2014 vom 4. Juni 2014., E. 4.3.3.

²⁵⁷ JÄGGI, S. 14; GÄCHTER/LEU, S. 98; RUBIN, *personnes assimilable à un employeur*, S. 12.

²⁵⁸ GÄCHTER/LEU, S. 98.

²⁵⁹ RUBIN, *personnes assimilable à un employeur*, S. 4 und 12.

8 Reflexion

Die exzessive Erweiterung in der Rechtsprechung hat dazu geführt, dass zwei vom Gesetzgeber als anspruchsberechtigt vorgesehene Gruppen, die arbeitgeberähnlichen Personen und deren mitarbeitende Ehegatten, faktisch vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgenommen werden. Dass Personen mit einer arbeitgeberähnlichen Stellung aufgrund ihrer Stellung im Betrieb ein erhöhtes Missbrauchspotential aufweisen können, leuchtet ein. Jedoch sollte nicht akzeptiert werden, dass die Rechtsprechung, entgegen dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, diese Personengruppen faktisch vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausnimmt. Indem die Gerichte eine potentielle Missbrauchsgefahr als genügend erachten, um einen Ausschluss zu begründen, greifen sie in die Aufgaben des Gesetzgebers ein. Die Tatsache, dass eine potentielle Missbrauchsgefahr alleine als ausreichender Grund für einen Leistungsausschluss genügt, wird dem Zweck der Missbrauchsbekämpfung nicht gerecht. Denn selbst in Fällen, in denen das Gericht eingesteht, dass keine missbräuchliche Absicht ersichtlich ist oder wo der versicherten Person eine solche nicht erst unterstellt wird, wird der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneint. Der essentielle Anspruch der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung wird dadurch ausgehebelt.

Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass die Praxis nur soweit übertragen werden kann, wie wertungsmässig analoge Sachverhalte bestehen.²⁶⁰ Auch vorliegend wird die Ansicht vertreten, dass einige Entscheide unbestrittenermassen den Rahmen dessen sprengen, was sich noch unter einer extensiven Auslegung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG rechtfertigen lassen könnte, was eine Verletzung des Legalitätsprinzips darstellt. Es wird der Auffassung gefolgt, dass eine Ausschlussregelung von arbeitgeberähnlichen Personen in Bezug auf Arbeitslosenentschädigung hinsichtlich des Missbrauchsgedankens gerechtfertigt wäre, eine solche jedoch einer gesetzlichen Grundlage bedarf, die erst geschaffen werden muss, bevor bestimmte Personengruppen von essentiellen Versicherungsleistungen ausgenommen werden. Die zu schaffende Gesetzesgrundlage sollte sodann den Ausschluss von ALE auf Einzelfälle beschränken, um dem ursprünglichen gesetzgeberischen Willen gerecht zu werden.

Der ALE-Ausschluss der mitarbeitenden Ehegatten von arbeitgeberähnlichen Personen wird grundsätzlich in Frage gestellt. Denn es stellt sich die Frage, ob ein Ausschluss

²⁶⁰ GÄCHTER/LEU, S. 98.

überhaupt (auch mit gesetzlicher Grundlage) gerechtfertigt wäre oder ob ein solcher, in SCHLAURI's Worten, letztlich eine reine «*Heiratsstrafe*» darstellt.²⁶¹

Im Endeffekt kann festgehalten werden, dass die Hauptproblematik bei der Behandlung von Arbeitslosentschädigungsansprüchen arbeitgeberähnlicher Personen und deren mitarbeitenden Ehegatten darin liegt, dass es an einer expliziten gesetzlichen Grundlage fehlt, die einen Leistungsausschluss regelt. Eine solche wäre jedoch dringend nötig, um exzessive Ausschlüsse zu verhindern. Schliesslich darf nicht vergessen werden, dass der Gesetzgeber die arbeitgeberähnlichen Personen und deren mitarbeitende Ehegatten im Falle von Arbeitslosigkeit ursprünglich nicht gleich wie im Falle von Kurzarbeit behandeln bzw. von Leistungen ausschliessen wollte, um ihre wirtschaftliche Existenz bei Arbeitslosigkeit zu schützen. Die von der Rechtsprechung etablierte analoge Behandlung ist deshalb nicht gerechtfertigt und führt sowohl zu Rechtsunsicherheit als auch zu Legalitätsproblemen.

²⁶¹ SCHLAURI, S. 224.