

Einpersonengesellschaften in der Form juristischer Personen – Was bedeutet das für die Arbeitslosenversicherung?

Stephanie Purtschert Hess, MLaw, Sozialversicherungs-Fachfrau mit eidg. Fachausweis und dipl. Sozialversicherungsexpertin aus Horgen (ZH)

In der Praxis sind häufig sog. Einpersonengesellschaften in der Form juristischer Personen anzutreffen. Solche werden vor allem aus haftungsrechtlichen Überlegungen gewählt und dem Bestand einer Personengesellschaft vorgezogen. Während die Gesellschafter einer Personengesellschaft als Selbständigerwerbende in der Arbeitslosenversicherung (ALV) nicht versichert sind, sind es aber die Arbeitnehmer einer juristischen Person als Unselbständigerwerbende. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Errichtung einer Einpersonengesellschaft in der Form einer juristischen Person für die Zwecke der ALV allenfalls als Umgehung der fehlenden Versicherteneigenschaft Selbständigerwerbender anzusehen ist. Vorliegender Artikel befasst sich mit dieser Frage.

I. Arbeitslosenversicherung

1. Anspruchsberechtigung

Zufolge der derzeit geltenden gesetzlichen Lage besteht Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn der die Entschädigung Beantragende ganz oder teilweise arbeitslos ist, einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat, in der Schweiz wohnt, die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht, die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist, vermittlungsfähig ist und die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 8 Abs. 1 AVIG¹).²

Anspruchsberechtigt im Sinne der ALV sind nur Arbeitnehmer, nicht aber auch Selbständigerwerbende vorbehaltlich Art. 9a AVIG. Dies folgt aus Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG, wonach anspruchsberechtigt nur sein kann, wer ganz oder teilweise arbeitslos ist. Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht, während als teilweise arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbe-

¹ Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG) vom 25. Juni 1982, SR 837.0, Stand: 1. Januar 2014 (AVIG).

² Vgl. dazu auch die Ausführungen in meinem Beitrag zum Thema « Publikations- oder Dissertationsauszeit – Was bedeutet das für die Arbeitslosenversicherung ? ».

schäftigung sucht oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 und 2 AVIG). Über ein Arbeitsverhältnis als Arbeitnehmer kann nur ein Unselbständigerwerbender, nicht dagegen ein Selbständigerwerbender verfügen. Ein Selbständigerwerbender kann lediglich in der Eigenschaft als Arbeitgeber Partei eines Arbeitsverhältnisses sein. Als solcher kommt ihm jedoch keine Versicherteneigenschaft für die Zwecke der ALV zu.

Für die Bestimmung des Beitragsstatuts lehnt sich die ALV an die AHV an. Dies geht aus Art. 2 Abs. 1 AVIG hervor, wonach der Arbeitnehmer, der nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenversicherung (AHVG³) versichert und für Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist sowie der Arbeitgeber, der nach Art. 12 AHVG beitragspflichtig ist, für die ALV beitragspflichtig sind.⁴ Bei der ALV handelt es sich um eine sog. Arbeitnehmersversicherung. Mit anderen Worten, die ALV steht und fällt mit der Arbeitnehmereigenschaft. Dies im Unterschied zur AHV, welche – anders als die ALV – eine Versicherung für die gesamte Wohnbevölkerung der Schweiz darstellt. Im Unterschied zur ALV sind bei der AHV Beitragspflicht und Versicherteneigenschaft nicht gleichzusetzen. In der ALV knüpft die Versicherteneigenschaft an die Beitragspflicht an resp. ohne Beiträge geleistet zu haben, kann eine Person – anders als in der AHV – grundsätzlich nicht versichert sein vorbehaltlich der Fälle der expliziten Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit nach Art. 14 AVIG, wobei auch diese Fälle eine vorgängige Tätigkeit als Arbeitnehmer voraussetzen, welche zu einem anrechenbaren Verdienstausschlag führt, womit von einer vorgängigen Beitragspflicht als Arbeitnehmer auszugehen ist, auch wenn diese nicht in die Rahmenfrist nach Art. 9 Abs. 3 AVIG fällt. Die Beitragspflicht in der ALV beginnt analog der AHV für Erwerbstätige am 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres (Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a e contrario AHVG).

Als Arbeitnehmer gelten Personen, die in unselbständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn beziehen (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 10 ATSG⁵). Als Selbständigerwerbend gilt dagegen, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ATSG). Für die Festlegung des Beitragsstatuts (unselbständigerwerbend | selbständigerwerbend | nicht-

³ Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946, SR 831.10, Stand: 1. Januar 2013 (AHVG).

⁴ Vgl. BGE 106 V 53.

⁵ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, SR 830.1, Stand: 1. Januar 2012 (ATSG).

werbstätig) sind die Ausgleichskassen zuständig. Ohne vorgängige Festlegung des Beitragsstatuts können die Ausgleichskassen ihrer Aufgabe nach Art. 63 Abs. 1 lit. a AHVG und damit der Festsetzung der Beiträge nicht nachkommen.⁶ Das durch die AHV festgelegte Beitragsstatut ist Voraussetzung zur Bestimmung, ob eine Anspruchsberechtigung unter der ALV resp. die Versicherteneigenschaft für ALV Zwecke gegeben ist (vgl. dazu Art. 2 Abs. 1 AVIG).

2. Auswirkungen des Beitragsstatuts auf die ALV

Arbeitnehmer sind dem Grundsatz nach in der ALV versichert, Selbständige dagegen nicht. Durch die Errichtung einer juristischen Person, übt eine Person ihre berufliche Tätigkeit nicht mehr als Selbständigerwerbender, sondern unter dem Dach einer juristischen Person und damit neu als Unselbständigerwerbender aus. Vor diesem Hintergrund müsste sie neu unter den Geltungsbereich der Arbeitslosenversicherung fallen, sofern die Zwischenschaltung einer juristischen Person für die Zwecke der Arbeitslosenversicherung nicht als missbräuchlich angesehen wird.

Einer juristischen Person kommt – abweichend von einer Personengesellschaft – eigene Rechtspersönlichkeit zu. Dieser Aspekt ist vor allem aus haftungstechnischen Gründen relevant, indem eine persönliche Haftung dem Grundsatz nach entfällt (vgl. aber bspw. Art. 869 ff. OR⁷). Im Unterschied zu Personengesellschaften setzen juristische Personen – vorbehaltlich der Genossenschaft (vgl. Art. 828 Abs. 2 OR) – ein von Gesetzes wegen vorgeschriebenes Grundkapital voraus. Bei Aktiengesellschaften beträgt dieses mindestens CHF 100'000, wobei mindestens 50% liberiert sein muss (Art. 621 i.V.m. Art. 632 Abs. 2 OR) und bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung mindestens CHF 20'000, wobei eine vollständige Liberierung zu erfolgen hat (Art. 773 i.V.m. Art. 777c Abs. 1 OR). Vor diesem Hintergrund ist es nicht allen Personen möglich, ihre berufliche Tätigkeit unter dem Dach einer juristischen Person auszuüben. Sie üben sie dann in der Eigenschaft als Personengesellschafter und damit als Selbständigerwerbende aus. Selbständigerwerbende bezahlen keine Beiträge an die ALV es sei denn, in der Eigenschaft als Arbeitgeber, sie geniessen daher auch keinen ALV Versiche-

⁶ Vgl. dazu auch die Ausführungen in meinem Beitrag zum Thema « Das Zusammenspiel von AHV und BV ».

⁷ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220, Stand: 1. Januar 2014 (OR).

rungsschutz. Die ALV kennt bislang keine Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung für Selbständigerwerbende (vgl. aber Art. 114 Abs. 2 lit. c BV⁸).

Juristische Personen sind rechts- und handlungsfähig. Sie handeln durch natürliche Personen als Vertreter (vgl. Art. 53 ff. ZGB⁹). Bedingt durch diesen Umstand haben juristische Personen die Möglichkeit zum Abschluss von Verträgen wie bspw. Arbeitsverträge und folglich die Möglichkeit zur Beschäftigung von Arbeitnehmern. Juristischen Personen kann daher Arbeitgeberqualität im Sinne von Art. 11 ATSG zukommen.

Arbeitsverträge können auch zwischen der juristischen Person und ihren Aktionären abgeschlossen werden. Beiden – sowohl der juristischen Person als auch dem Aktionär – kommt im Rahmen eines Arbeitsvertrages Parteistellung zu. Damit ein Aktionär als Arbeitnehmer qualifiziert, muss er in unselbständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn beziehen (Art. 10 ATSG). Für die Bestimmung des massgebenden Lohns lehnt sich die ALV an die AHV an (vgl. Art. 3 Abs. 1 AVIG). Demzufolge gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit (Art. 5 Abs. 2 AHVG). Vorausgesetzt ist damit eine Ausrichtung von Lohn, der in einem angemessenen Verhältnis zu einer allfälligen Dividende stehen muss.¹⁰ Wie verhält es sich aber mit dem Kriterium der Leistung von Arbeit in unselbständiger Stellung? Eine unselbständige Stellung setzt in aller Regel ein Subordinationsverhältnis in arbeitsorganisatorischer bzw. betriebswirtschaftlicher Hinsicht und damit eine Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber voraus. Davon abzugrenzen sind für die Zwecke der ALV Personen, die eine arbeitgeberähnliche Stellung innehaben. Diese haben vielfach keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen).

3. Arbeitgeberähnliche Stellung

Eine arbeitgeberähnliche Stellung bekleiden Personen, die nach AHVG als Unselbständigerwerbende Lohn beziehen und einen massgebenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Be-

⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101, Stand: 3. März 2013 (BV).

⁹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210, Stand: 1. Juli 2013 (ZGB).

¹⁰ Vgl. BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNGEN, Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML) in der AHV, IV und EO, gültig ab 1. Januar 2014, N 2011.1 1/09 ff. (WML).

triebs haben. Die Prüfung, ob die versicherte Person eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat, obliegt der Arbeitslosenkasse.¹¹

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung existiert keine analoge Bestimmung. Mithin können Personen, die eine arbeitgeberähnliche Stellung haben, gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein, sofern in der Anspruchsberechtigung keine missbräuchliche Gesetzesumgehung zu sehen ist.¹²

Wird das Arbeitsverhältnis gekündigt, liegt Ganzarbeitslosigkeit vor, die unter den Voraussetzungen von Art. 8 AVIG grundsätzlich zu einem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung führt. Dabei liegt keine Gesetzesumgehung vor, wenn der Betrieb geschlossen wird und das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Amtet der Arbeitnehmer dagegen nach erfolgter Kündigung weiterhin als Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft liegt kein definitives Ausscheiden vor, welches einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung rechtfertigen würde. Dies vor dem Hintergrund, dass der gekündigte Arbeitnehmer die arbeitgeberähnliche Stellung beibehält.¹³ Eine Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung hat folglich nur Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn ihr Ausscheiden bzw. die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung definitiv ist. Dies ist der Fall bei Auflösung, Konkurs oder Verkauf des Betriebes oder der finanziellen Beteiligung mit Wegfall der arbeitgeberähnlichen Stellung sowie bei Kündigung mit gleichzeitigem Verlust der arbeitgeberähnlichen Stellung.¹⁴ In den vorgenannten Fällen kann nicht von einem Missbrauch der Dispositionsfreiheit seitens des Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung zum Zweck der Erlangung von Versicherungsleistungen gesprochen werden wie im Fall der Kurzarbeitsentschädigung, weshalb eine solche – abweichend von der Arbeitslosenentschädigung – zufolge Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG für Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist.¹⁵ Zur Beurteilung der arbeitgeberähnlichen Stellung können Handelsregisterauszüge, Statuten und/oder Arbeitsverträge dienen. Insbesondere die Lö-

¹¹ STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT, AVIG-Praxis ALE, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC), Stand: Januar 2014, B 12 ff.; abrufbar unter: <http://www.treffpunkt-arbeit.ch/publikationen/kreisschreiben/>.

¹² Vgl. BGE 123 V 234, 237 f.

¹³ BGE 123 V 234, 238 f.

¹⁴ STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT, AVIG-Praxis ALE, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC), Stand: Januar 2014, B 25 + B 27, abrufbar unter: <http://www.treffpunkt-arbeit.ch/publikationen/kreisschreiben/>.

¹⁵ Vgl. BGE 123 V 234, 236 f.

sung eines Eintrags im Handelsregister kann als Indiz für die definitive Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung gewertet werden.¹⁶

4. Einpersonengesellschaft in Form einer juristischen Person

Einpersonengesellschaften in Form einer juristischen Person sehen sich häufig mit dem Problem konfrontiert, dass der Arbeitsvertrag sowohl für den Arbeitgeber als auch den Arbeitnehmer durch ein und dieselbe Person abgeschlossen wird. Für den Arbeitsvertrag besteht von Gesetzes wegen keine Formvorschrift (Art. 320 Abs. 1 OR). Bei den juristischen Personen ist jedoch für Verträge, die zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter abgeschlossen werden, Schriftform vorgesehen es sei denn, es handle sich um einen Vertrag des laufenden Geschäfts, bei welchem die Leistung der Gesellschaft CHF 1'000 nicht übersteigt (vgl. dazu Art. 718b OR für die Aktiengesellschaft und Art. 814 Abs. 4 i.V.m. Art. 718b OR für die GmbH). Arbeitsverträge zwischen einer juristischen Einpersonengesellschaft und ihrem Gesellschafter sind vor diesem Hintergrund in Schriftform abzuschliessen. Verfügt die Einpersonengesellschaft resp. der Arbeitgeber über keine vom Alleinaktionär|alleinigen Gesellschafter abweichende Vertretung (vgl. dazu insbesondere Art. 716b Abs. 1 OR und Art. 718 OR), die ihn beim Vertragsabschluss vertreten könnte, liegt ein Selbstkontrahieren vor. Da in aller Regel – auch aus Schutzgründen – keine solche Vertretung vorhanden ist, wird in den meisten Fällen ein Selbstkontrahieren vorliegen. Selbstkontrahieren hat grundsätzlich die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsabschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt.¹⁷ Im Fall eines Arbeitsvertrages, der zwischen der Einpersonengesellschaft und ihrem einzigen Gesellschafter abgeschlossen wird, dürfte die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen sein, weshalb Selbstkontrahieren in diesen Fällen kein Problem darstellen dürfte.

Für die Zwecke der AHV qualifiziert der Gesellschafter bedingt durch den Arbeitsvertrag zwischen ihm und der über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügenden juristischen Person grundsätzlich als Arbeitnehmer (vgl. Art. 10 ATSG). Wechsel des Beitragsstatuts werden nur mit Zurückhaltung vorgenommen und in der Regel in die umgekehrte Richtung (von selbst-

¹⁶ STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT, AVIG-Praxis ALE, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC), Stand: Januar 2014, B 19 + B 28, abrufbar unter: <http://www.treffpunkt-arbeit.ch/publikationen/kreisschreiben/>, vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_821/2013 vom 31. Januar 2014, Erw. 3.2.

¹⁷ BGE 126 III 361, 363.

ständig- zu unselbständigerwerbend), da dadurch den Betroffenen ein umfassenderer Versicherungsschutz zukommt.¹⁸ Als Arbeitnehmer untersteht der Gesellschafter vom Grundsatz her der Beitragspflicht in der ALV, welche ihn auch zu Leistungen unter der ALV nach Art. 8 Abs. 1 AVIG berechtigt es sei denn, es liege in der Beanspruchung der Leistungen eine Gesetzesumgehung vor, was bei arbeitgeberähnlichen Personen nicht selten der Fall ist, wenn sie trotz Auflösung des Arbeitsverhältnisses ihre arbeitgeberähnliche Stellung beibehalten.¹⁹

II. Wertung

Die von der ALV gewählte Lösung scheint sachgerecht. Zum Einen trägt sie dem Umstand Rechnung, dass durch Errichtung einer juristischen Person dem Tätigen – aufgrund der eigenen Rechtspersönlichkeit der juristischen Person – bei Vorliegen eines Arbeitsvertrages Arbeitnehmereigenschaft und damit eine grundsätzliche Anspruchsberechtigung unter der ALV zukommt. Dies im Unterschied zu einem Selbständigerwerbenden, der nicht unter dem Dach einer juristischen Person tätig ist und dem – vorbehaltlich Art. 9a AVIG – keine Anspruchsberechtigung unter der ALV zukommt. Zum Anderen wird durch die Einzelfallbetrachtung von Arbeitnehmern mit arbeitgeberähnlicher Stellung einem allfälligen Missbrauch der ALV entgegen gewirkt. Indem Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung als Unselbständigerwerbende der Beitragspflicht in der ALV unterstehen, sind sie dem Grundsatz nach auch anspruchsberechtigt in der ALV. Dieser Anspruch wird aus Sicht der ALV nicht in Frage gestellt, solange kein Missbrauch resp. keine Umgehung vorliegt. Damit dies nicht der Fall ist, muss die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung definitiv sein. Mit anderen Worten, der Arbeitnehmer darf seine arbeitgeberähnliche Stellung nicht dazu missbrauchen um Leistungen der ALV zu erwirken, die der Finanzierung seines Betriebes dienen. Zweck der ALV ist die Garantie eines angemessenen Erwerbsersatzes, nicht dagegen die Finanzierung resp. Aufrechterhaltung eines nicht laufenden Betriebes. Mit anderen Worten, entscheidet sich ein sonst oder bisher Selbständigerwerbender seine Tätigkeit als Arbeitnehmer unter dem Dach einer juristischen Person auszuüben, hat dies dem Grundsatz nach die Beitragspflicht und Versicherung in der ALV zur Folge. Dies mag neben haftungstechnischen Gründen ein weiterer Vorteil sein, der für die Arbeitnehmer- und gegen die Selbständigerwerbendenstellung spricht.

¹⁸ Vgl. BGE 121 V 1.

¹⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_732/2010 vom 19. Januar 2011, Erw. 3.2.

Die Errichtung einer Einpersonengesellschaft in der Form einer juristischen Person kann für die Zwecke der ALV dem Grundsatz nach nicht als Umgehung der fehlenden Versicherteneigenschaft Selbständigerwerbender angesehen werden. Um Missbräuchen vorzubeugen, hat bei Arbeitnehmern mit arbeitgeberähnlicher Stellung jedoch in jedem Fall eine einzelfallweise Betrachtung zu erfolgen.