

Sitzung vom 11. März 2015

**238. Anfrage (Wirtschaftsfreundlichkeit dank Erfüllung
der Informationspflicht über ALV-Diskriminierung)**

Kantonsrat Michael Zeugin, Winterthur, hat am 24. November 2014 folgende Anfrage eingereicht:

Arbeitnehmende in der eigenen AG oder GmbH haben nach aktueller Praxis keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Und dies, obwohl sie den genau gleichen Prozentsatz der Lohnsumme an die Arbeitslosenkassen zahlen wie alle anderen Lohnempfänger. Damit zahlen sie eine Prämie an eine Versicherung, von deren Leistungen sie ausgeschlossen sind. Im Widerspruch dazu müssen selbstständig Erwerbende, welche ebenfalls keinen Anspruch auf Versicherungsleistungen haben, auch keine ALV-Prämien zahlen.

Die gesetzlichen Grundlagen werden auf Bundesebene festgelegt. Die Umsetzung obliegt den Kantonen und erfolgt nach der «AVIG-Praxis ALE», welche durch das SECO herausgegeben wird. Im Kanton Zürich ist das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) zuständig.

Die Kantone sind gemäss Rechtsprechung nach Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts zu einer allgemeinen und permanenten Aufklärung verpflichtet, die nicht erst auf persönliches Verlangen zu erfolgen hat.

In diesem Zusammenhang stellen sich folgende Fragen:

1. Wie erfüllt das AWA die permanent und nicht erst auf Verlangen zu erfolgende Informationspflicht gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts? Wie macht das AWA Jungunternehmer, Gewerbetreibende und KMU-Betriebe darauf aufmerksam, dass Arbeitnehmende in der eigenen AG oder GmbH keinen Anspruch auf eine Arbeitslosenversicherung haben, obwohl sie von der ersten Lohnzahlung an die Prämien der ALV zahlen müssen?
2. Wie läuft der Informations- und Beratungsprozess für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung ab, falls es zu einer Erwerbslosigkeit kommt? Wie wird sichergestellt, dass Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung in einer Notlage rasch, kompetent und umfassend beraten werden? Ist ebenso sichergestellt, dass betroffene Personen die Chance bekommen, sich gesetzeskonform zu verhalten und ihre Anspruchsberechtigung damit erlangen zu können?

3. Werden im Kanton Zürich Personen von der ALV ausgeschlossen, auch wenn sie sich schadensmindernd und kooperativ verhalten und somit gemäss den SECO-Richtlinien anspruchsberechtigt sind (z. B. endgültige Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung)?
4. Ist die Bekämpfung des Missbrauchspotenzials der ALV das einzige Ziel (z. B. indem zwingend die Auflösung des Betriebs und nicht nur der Verkauf der Anteile sowie die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung eingefordert wird)? Wie bleibt mit dieser Zielsetzung des AWA der Erhalt von real existierenden Arbeitsplätzen sichergestellt? Gibt es Fälle, bei denen das AWA bewusst den Verlust von real existierenden Arbeitsplätzen leichtfertig in Kauf genommen hat?

Auf Antrag der Volkswirtschaftsdirektion

beschliesst der Regierungsrat:

I. Die Anfrage Michael Zeugin, Winterthur, wird wie folgt beantwortet:

Zu Frage 1:

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes haben Arbeitnehmende mit arbeitgeberähnlicher Stellung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn ihnen die Aktiengesellschaft bzw. GmbH gekündigt hat, sie aber nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehalten und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Dies gilt, auch wenn sie ihre gesetzlich geschuldeten Arbeitslosenbeiträge entrichtet haben. Zu diesem Schluss kam das Bundesgericht in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 Bst. c des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG; SR 837.0), wonach sinngemäss Personen mit arbeitgeberähnlicher Position keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben (BGE 123 V 234). Diese Bestimmung dient der Vermeidung von Missbräuchen durch Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung, die aufgrund ihrer Position in der Lage wären, sich selber die notwendigen Bescheinigungen für Kurzarbeitsentschädigung (allenfalls gar Gefälligkeitsbescheinigungen) auszustellen, oder die bei der Einführung von Kurzarbeit mitbestimmen bzw. eine Mitverantwortung tragen.

Die Sozialversicherungen sind verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereichs die interessierten Personen (und somit auch möglicherweise anspruchsberechtigte Personen) über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Art. 27 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts; ATSG; SR 830.1). Dementsprechend werden aus-

sagekräftige Broschüren, Merkblätter und Wegleitungen abgegeben, und es bestehen verschiedene öffentlich zugängliche Internetportale mit hilfreichen Erläuterungen.

Ausführliche Informationen zum Thema Selbstständigkeit und Arbeitslosenversicherung sind im Kanton Zürich beispielsweise auf der Homepage des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (AWA) zu finden (siehe www.awa.zh.ch, unter Arbeitsmarkt – Beratung im RAV – Selbstständig werden – Selbstständigkeit und Arbeitslosenversicherung). Dort wird darauf hingewiesen, dass Selbstständige bei der Arbeitslosenversicherung (ALV) nicht versichert und auch nicht versicherbar sind. Zudem findet sich dort ein Hinweis, dass der Ausschluss von der Berechtigung zum Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auch für Personen in arbeitgeberähnlicher Position «wie Gesellschafter einer GmbH, Verwaltungsräte, Geschäftsführer, Grossaktionäre etc. und ihre Ehepartner» gilt. Die Homepage des AWA enthält überdies unter dem Stichwort Firmen Gründung (unter Standortförderung – Ansiedlungen) einen Link zur Internetplattform www.gruenden.ch, auf der unter der Rubrik «Erste Überlegungen» – «Konsequenzen» die Folgen der Selbstständigkeit auch im Hinblick auf einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausführlich erörtert werden.

Die Publikation «Ein Leitfaden für Versicherte – Arbeitslosigkeit» des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) weist ebenfalls ausdrücklich darauf hin, dass ein gewisser Kreis von unselbstständig Erwerbenden keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Konkret sind dies gemäss S. 9 dieser Publikation alle Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin oder Gesellschafter einer AG oder GmbH, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Dasselbe gilt für mitarbeitende Ehegattinnen oder Ehegatten (Broschüre auffindbar auf www.treffpunkt-arbeit.ch, unter Publikationen – Broschüren).

Zu Frage 2:

Arbeitslose Personen sind verpflichtet, sich unmittelbar nach Kenntnisnahme der Kündigung beim zuständigen Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Stellenvermittlung und zum Leistungsbezug anzumelden. Bei dieser Anmeldung erhalten diese Personen ein Merkblatt, das sie unter anderem auffordert, sich umgehend bei der Arbeitslosenkasse zu melden, falls er/sie «Gesellschafter, Teilhaber oder Mitglied des Leitungsgremiums in einer Firma» sind.

Zu Fragen 3 und 4:

Ziel des Arbeitslosenversicherungsgesetzes ist es, den versicherten Personen u. a. für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit und Kurzarbeit einen angemessenen Ersatz zu garantieren (Art. 1a AVIG). Vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen sind jedoch Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung (vgl. Beantwortung der Frage 1; Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG analog). Damit eine versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss das Risiko eines Missbrauchs (aufgrund der Eigenschaft als arbeitgeberähnliche Person auch nach der Kündigung) ausgeräumt werden können. Dies ist möglich, indem die fragliche Person definitiv aus der Unternehmung ausscheidet und die arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgibt. Dazu ist nicht zwingend die Auflösung des Betriebes notwendig. Es genügt der Verkauf des Betriebes an einen Dritten oder die finanzielle Beteiligung eines Dritten verbunden mit dem definitiven Wegfall einer arbeitgeberähnlichen Stellung (Weisung des SECO zur Arbeitslosenentschädigung, «AVIG-Praxis ALE», Januar 2015, Ziff. B25–B29 «Endgültige Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung»).

Die Praxis des AWA betreffend Verweigerung von Arbeitslosenentschädigung an eine solche Person wurde vom Bundesgericht mehrmals bestätigt. Dazu kann beispielsweise auf die Bundesgerichtsurteile C 149/06 vom 30. November 2006, 8C_143/2012 vom 19. September 2012 und 8C_13/2013 vom 23. März 2013 verwiesen werden. Sie alle betreffen das Thema «Ausschluss von Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung» im Sinne der analogen Anwendung von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG gemäss BGE 123 V 234. Diesen Urteilen lässt sich kein Hinweis darauf entnehmen, dass eine der beteiligten Stellen des Kantons Zürich ihre Aufklärungs- und Beratungspflicht nach Art. 27 ATSG verletzt hätte. Sie bestätigen vielmehr, dass das AWA in Übereinstimmung mit den einschlägigen Gesetzenormen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung arbeitet.

II. Mitteilung an die Mitglieder des Kantonsrates und des Regierungsrates sowie an die Volkswirtschaftsdirektion.

Vor dem Regierungsrat
Der Staatsschreiber:
Husi