

## **Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich**

Sitzung vom 15. November 2023

### **1316. Arbeitslosenversicherungsgesetz, Änderung, Arbeitslosen- versicherung für Arbeitnehmende in arbeitgeberähnlicher Stellung (Vernehmlassung)**

Zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative 20.406 hat die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) am 3. Juli 2023 einen Vorentwurf zur Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG, SR 837.0) angenommen und am 18. August 2023 in die Vernehmlassung gegeben. Die SGK-N ist der Ansicht, dass Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sowie die mitarbeitenden Ehegattinnen und Ehemänner unter der geltenden Rechtslage trotz ihrer Beitragspflicht bei Arbeitslosigkeit zu wenig abgesichert sind.

Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterinnen und Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegattinnen und Ehemänner sind gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG ausdrücklich von der Kurzarbeitsentschädigung (KAE) ausgeschlossen. Der Grund für diesen Ausschluss besteht im Missbrauchsrisiko, weil diese Personen Entscheidungen über KAE im Betrieb oder Kündigungen wesentlich beeinflussen können. Wegen dieses Missbrauchsrisikos hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung den gesetzlich vorgesehenen Ausschluss von der KAE analog auf den Anspruch auf Arbeitslosentschädigung (ALE) angewendet und den Anspruch dieser Arbeitnehmenden auf ALE grundsätzlich verneint, wenn sie ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb nicht aufgegeben haben. Wird der Betrieb weder verkauft noch liquidiert, besteht die Gefahr, dass sich diese Personen im Betrieb später wieder einstellen. Damit würde die ALE einen vorübergehenden Arbeitsausfall entschädigen, was eine Umgehung des gesetzlich vorgesehenen Ausschlusses von der KAE bedeuten würde. Gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung nicht per se von der ALE ausgeschlossen, sondern haben praxisgemäß einen grundsätzlichen Anspruch auf ALE in folgenden Konstellationen:

- Die Person ist seit mindestens sechs Monaten in einem Drittbetrieb (ohne arbeitgeberähnliche Stellung in diesem Betrieb) angestellt.
- Die Liquidation des Betriebs ist abgeschlossen, aber die Firma ist noch nicht gelöscht.
- Die betroffene Person hat als Verwaltungsrätin oder Verwaltungsrat demissioniert und die Mitteilung ans Handelsregisteramt ist erfolgt.
- Die arbeitgeberähnliche Stellung wurde definitiv aufgegeben, z. B. durch den Verkauf des Betriebs oder Übertragung der Beteiligung.
- Der Betrieb ist in Konkurs (die Person ist auch nicht Liquidatorin oder Liquidator).

Die SGK-N stellt den Ausschluss der Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung von der KAE nicht infrage, sondern erachtet es als ungerecht, wenn diese Personengruppe trotz Beiträgen an die ALV im Falle einer Arbeitslosigkeit keinen sofortigen Anspruch auf ALE erhält. Im Vorentwurf schlägt die SGK-N eine Mehrheits- und eine Minderheitsvariante vor. Die Mehrheitsvariante zielt darauf ab, den Anspruch auf ALE trotz Beibehaltung der arbeitgeberähnlichen Stellung zu öffnen. Mit der Minderheitsvariante sollen diese Personen ganz von der Beitragspflicht an die ALV befreit und damit vom Zugang zur ALE ausgeschlossen werden.

Um dem Missbrauchspotenzial zu begegnen, knüpft die SGK-N in ihrer Mehrheitsvariante den Anspruch auf ALE an verschiedene Voraussetzungen. So sollen Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung mindestens zwei Jahre im Betrieb gearbeitet haben und in diesem Betrieb ganz arbeitslos sein. Eine Wiedereinstellung in diesem Betrieb soll während fünf Jahren untersagt sein. Auch dürfen diese Personen im Betrieb keine Stellung als Verwaltungsrätin oder Verwaltungsrat innehaben. Bei einem Anspruch auf ALE ist zudem eine Wartefrist von 20 Tagen – gemäss einem Minderheitsantrag von 120 Tagen – vorgesehen. Darüber hinaus soll im Sinne einer Leistungseinschränkung die Taggeldhöhe auf 70% – gemäss einem Minderheitsantrag auf 50% – herabgesetzt werden. Dieselben Voraussetzungen gelten auch für die mitarbeitenden Ehegattinnen und Ehegatten. Gemäss einem Minderheitsantrag sollen zudem Gewinne aus finanziellen Beteiligungen am Unternehmen von der ALE abgezogen werden. Um das Missbrauchsrisiko noch stärker zu verringern, soll gemäss einer Minderheitsversion der Mehrheitsvariante ein Anspruch auf ALE nur dann möglich sein, wenn der Betrieb in Liquidation ist und die Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht mehr im Betrieb angestellt und am Betrieb direkt oder indirekt höchstens mit 5% beteiligt ist. Darüber hinaus darf sie nicht Mitglied des Verwaltungsrates oder der Gesellschafterversammlung sein und muss mindestens zwei Jahre im Betrieb gearbeitet haben. Die gleichen Voraussetzungen sollen für die mitarbeitenden Ehegattinnen und Ehegatten gelten, wobei die mitarbeitende Ehegattin bzw. der mitarbeitende Ehegatte der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers allgemein keinen Anspruch auf ALE haben soll.

Gemäss der Minderheitsvariante sollen Mitarbeitende mit einer finanziellen Beteiligung von mehr als 5% im Betrieb, mitarbeitende Verwaltungsrätinnen oder Verwaltungsräte bei einer AG, mitarbeitende Gesellschafterinnen oder Gesellschafter bei einer GmbH sowie Mitarbeitende, welche die Entscheidungen der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, von der Beitragspflicht an die Arbeitslosenversicherung befreit und entsprechend vom Anspruch auf ALE ausgeschlossen sein.

Bei der Beurteilung der vorgeschlagenen Mehrheits- und Minderheitsvariante ist vorab anzuerkennen, dass Arbeitnehmende in einer arbeitgeberähnlichen Stellung grundsätzlich Zugang zu den Leistungen der

ALV erhalten müssen, wenn sie Beiträge an die ALV bezahlen. Hingegen ist der SGK-N nicht beizupflichten, wenn sie unter der geltenden Rechtslage die Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sowie deren mitarbeitende Ehegattinnen und Ehegatten als zu wenig abgesichert betrachtet. Die geltende Rechtslage schliesst einen Anspruch auf ALE für diese Personengruppen nicht allgemein aus. Sie ist in der Praxis etabliert und einfach umsetzbar. Die Vielzahl der Voraussetzungen in der Mehrheitsvariante mit ihren Unterversioen zur Verringerung des Missbrauchsrisikos zeigt anschaulich auf, dass die geltende Anspruchsregelung mit Blick auf das Missbrauchsrisiko durchaus sachgerecht und angemessen ist. Zudem erfordert die Mehrheitsvariante einen hohen Abklärungs- und Kontrollaufwand durch die Vollzugsbehörden, was dem angestrebten Ziel eines raschen Zugangs zu ALE offensichtlich entgegensteht. Die Mehrheitsvariante ist aufgrund des unangemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnisses abzulehnen. Abzulehnen ist auch die Minderheitsvariante mit der Befreiung von der Beitragspflicht. Mit dieser Variante entstehen unterschiedliche Kategorien von Arbeitnehmenden, was dazu führen kann, dass die Arbeitgebenden den Kreis der Beitragspflichtigen bis zu einem gewissen Mass selbst bestimmen können. Zudem führt dies zu einer Ungleichbehandlung und zu einer Schlechterstellung der Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung gegenüber den übrigen Arbeitnehmenden, weil nach Aufgabe dieser Stellung im Betrieb diese Personen allgemein keinen Anspruch auf ALE haben.

Auf Antrag der Volkswirtschaftsdirektion  
beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, 3003 Bern (Zustellung auch per E-Mail als PDF- und Word-Version an laurence.devaud@seco.admin.ch):

Wir danken für die Gelegenheit, zu den beiden vorgeschlagenen Varianten zur Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG, SR 837.0) Stellung zu nehmen, und führen dazu Folgendes aus:

Unternehmerinnen und Unternehmer, die den Schritt in die Selbstständigkeit wagen, sind ein wichtiger Treiber für Innovation und die Entstehung von neuen Arbeitsplätzen. Aus volkswirtschaftlicher Sicht sind daher alle Verbesserungen der Rahmenbedingungen, welche die unternehmerische Initiative fördern, sinnvoll. Eine ungenügende Absicherung gegen grosse Risiken wie Arbeitslosigkeit kann diesbezüglich ein Hemmnis darstellen. Die von Ihrer Kommission vorgeschlagene Lösung für einen besseren Schutz vor Arbeitslosigkeit soll dazu beitragen, eine Ungleichbehandlung mit den übrigen Arbeitnehmenden aufzuheben und für gleich lange Spiesse zu sorgen. Die Vorlage bietet aber gegenüber dem heutigen Zustand keine Verbesserung. Die Rechte und Interessen von

Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung werden durch die geltende Praxis und Rechtsprechung bereits sachgerecht berücksichtigt. Die heutige Praxis schliesst einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für Personen mit einer arbeitgeberähnlichen Stellung nicht allgemein aus. Die heutige Praxis entspricht vollumfänglich dem Versicherungsprinzip und ist etabliert. Sie beruht grundsätzlich auf einer Beurteilung im Einzelfall und lässt eine rasche Anspruchsgewährung bei geänderten Situationen zu.

Wir haben verschiedene Bedenken gegenüber dem Vorentwurf. Die Vielzahl der Voraussetzungen in der Mehrheitsvariante mit ihren Unterversionen zur Verringerung des Missbrauchsrisikos zeigt anschaulich auf, dass die geltende Anspruchsregelung mit Blick auf das Missbrauchsrisiko sachgerecht und angemessen ist. Zudem entsteht mit der Mehrheitsvariante ein unverhältnismässig hoher zusätzlicher Abklärungs- und Kontrollaufwand für die Vollzugsbehörden und eine Verkomplizierung der ohnehin schon schwierigen rechtlichen und wirtschaftlichen Abgrenzungsfragen. Dieser Aufwand steht dem angestrebten Ziel eines raschen Zugangs zur Arbeitslosenentschädigung offensichtlich entgegen. Das Kosten-Nutzen-Verhältnis der Mehrheitsvariante halten wir für unangemessen, weshalb wir diese Variante ablehnen. Die Minderheitsvariante lehnen wir aus den im erläuternden Bericht dargestellten Gründen der Gleichbehandlung und Praktikabilität ebenfalls ab.

Sollte Ihre Kommission gleichwohl am Vorentwurf festhalten, würden wir die Mehrheitsvariante bevorzugen, wobei wir in diesem Fall eine vertiefte Kosten-Nutzen-Analyse für unabdingbar halten. Zudem wäre vertieft zu prüfen, ob die vorgeschlagenen Massnahmen die Missbrauchsrisiken ausreichend verringern. Die Kosten-Nutzen-Analyse sowie die Prüfung der Missbrauchsrisiken hätten unter Einbezug der kantonalen Vollzugsbehörden zu erfolgen, um die Vollzugstauglichkeit und Praktikabilität sicherzustellen.

II. Mitteilung an Geschäftsleitung des Kantonsrates, die Mitglieder des Regierungsrates sowie an die Volkswirtschaftsdirektion.

Vor dem Regierungsrat  
Der stv. Staatsschreiber:



**Peter Hösli**