

## **BGer C\_267/2004 vom 3. April 2006**

Bundesgericht, 2006-04-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_C\\_267\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_267_2004)

FR: TF C\_267/2004 du 3 avril 2006

IT: TF C\_267/2004 del 3 aprile 2006

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

In der Arbeitslosenversicherung ist unter anderem der Arbeitnehmer beitragspflichtig, der nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) obligatorisch versichert und für Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit ( Art. 5 Abs. 1 AHVG ) beitragspflichtig ist ( Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG in der ab 1. Januar 2003 geltenden Fassung).

Als massgebender Lohn gilt grundsätzlich jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit (Art. 5 Abs. 2 erster Satz AHVG). Dazu gehören begrifflich sämtliche Bezüge der Arbeitnehmerin und des Arbeitnehmers, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, gleichgültig, ob dieses Verhältnis fortbesteht oder aufgelöst worden ist und ob die Leistungen geschuldet werden oder freiwillig erfolgen. Erfasst werden grundsätzlich alle Einkünfte, die im Zusammenhang mit einem Arbeits- oder Dienstverhältnis stehen und ohne dieses nicht geflossen wären. Umgekehrt unterliegen grundsätzlich nur Einkünfte, die tatsächlich geflossen sind, der Beitragspflicht ( BGE 131 V 446 Erw. 1.1 mit Hinweisen).

#### **E. 1.2**

Der Versicherte hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ( Art. 7 Abs. 2 lit. a AVIG ), wenn er unter anderem die Beitragszeit erfüllt hat, was dann zutrifft, wenn innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt wurde ( Art. 13 Abs. 1 AVIG in der seit 1. Juli 2003 geltenden Fassung).

Nach der Rechtsprechung ( BGE 131 V 447 Erw. 1.2 mit zahlreichen Hinweisen) ist die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung nur Beitragszeiten bildend, wenn und soweit hierfür effektiv ein Lohn ausbezahlt wird. Mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung sollen und können Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhindert werden. Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto; bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto.

Im genannten Urteil wurde in Erw. 3.3 (a.a.O. S. 452) zusammenfassend und präzisierend festgestellt, dass Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG und Art. 13 Abs. 1

AVIG grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer ( BGE 113 V 352 ) von mindestens zwölf Beitragsmonaten ist. Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kommt der Sinn eines bedeutsamen Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung zu.

### **E. 2.1**

Am 26. Juni 2001 gründeten H.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ die X.\_\_\_\_\_ GmbH mit einem Stammkapital von Fr. 20'000.-, wovon H.\_\_\_\_\_ einen Stammanteil von Fr. 19'000.- hielt. Diese neue Gesellschaft übernahm das Geschäft der bisherigen Einzelfirma Y.\_\_\_\_\_ mit Aktiven und Passiven zum Preis von Fr. 29'686.62, wovon Fr. 20'000.- auf das Stammkapital angerechnet und der Rest als Forderung gutgeschrieben wurden. H.\_\_\_\_\_ war überdies Geschäftsführer mit Einzelunterschrift, während dem zweiten Beteiligten kein Zeichnungsrecht zustand. Am 30. Oktober 2003 eröffnete der Konkursrichter den Konkurs über die GmbH, stellte das Verfahren indessen am 6. Januar 2004 mangels Aktiven wieder ein.

### **E. 2.2**

Im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gab H.\_\_\_\_\_ an, dass er bei seiner Arbeitgeberin einer Vollzeitbeschäftigung nachgegangen sei. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag sei nicht abgeschlossen worden. Er selber habe wegen des Konkurses die Kündigung ausgesprochen. In der Arbeitgeberbescheinigung vom 17. Dezember 2003, die wiederum von ihm unterzeichnet ist, wird eine Dauer des Arbeitsverhältnisses für die Zeit vom 1. Januar 2001 bis zum 31. September 2003 bescheinigt. Er sei als "Unternehmer" in der Firma tätig gewesen. Der letzte Monatslohn habe Fr. 6480.- betragen.

### **E. 2.3**

In den Akten finden sich Gehaltsabrechnungen betreffend die Monate Juli und August 2002 sowie Januar bis und mit Juni 2003. Gemäss diesen undatierten und nicht unterzeichneten Abrechnungen bezog H.\_\_\_\_\_ einen monatlichen Lohn von Fr. 6000.- (brutto) bzw. Fr. 5387.40 (netto). Ein Auszahlungshinweis findet sich einzig auf der Abrechnung für August 2002.

Im vorinstanzlichen Verfahren legte H.\_\_\_\_\_ dar, dass er während der Monate Januar bis und mit August 2003 insgesamt Fr. 30'361.05, durchschnittlich pro Monat Fr. 3795.13, Lohn bezogen habe. Entsprechende Bezüge seien durch Bankauszüge der Bank Z.\_\_\_\_\_ belegt.

### **E. 3**

Streitig und zu prüfen ist einerseits, ob H.\_\_\_\_\_ überhaupt eine unselbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hat, und bejahendenfalls ob diese Tätigkeit innerhalb der massgeblichen Rahmenfrist für die Beitragszeit mindestens zwölf Monate gedauert hat.

### **E. 3.1**

Die Kasse verneinte einen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung im Einspracheentscheid vom 7. April 2004 damit, dass H.\_\_\_\_\_ auf Grund behaupteter Barzahlungen den Nachweis tatsächlich erfolgter Lohnzahlungen nicht durch regelmässige Einzahlungen auf ein privates Bank- oder Postkonto belegen könne. Es lägen auch keine Buchhaltungsunterlagen vor, die dies beweisen könnten. Anhand der vorgelegten

Gehaltsabrechnungen und Kontokorrentauszügen sei ein Lohnfluss weder bewiesen noch überwiegend wahrscheinlich. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass die GmbH trotz der Umwandlung weiterhin als Einzelfirma geführt worden sei, weshalb H.\_\_\_\_\_ seine Tätigkeit nicht als Arbeitnehmer, sondern als Inhaber der Firma ausgeübt habe. Die geltend gemachte Tätigkeit könne mangels Lohnflusses nicht als beitragspflichtige Beschäftigung angerechnet werden.

### **E. 3.2**

Das kantonale Gericht erwog, dass entgegen der Auffassung der Kasse die nachgewiesenen Bezüge am Bancomaten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit belegten, dass es sich um Lohnbezüge gehandelt habe. Dass diese in unregelmässigen Abständen und Beträgen erfolgt seien, stehe dem nicht entgegen, denn H.\_\_\_\_\_ habe glaubwürdig dargelegt, dass er bei der finanziellen Situation des Betriebes nur soviel Geld bezogen habe, wie er für den Lebensunterhalt benötigt habe. Die Bezüge seien daher als Lohnzahlungen anzuerkennen. Es lasse sich auf Grund der Aktenlage jedoch nicht beurteilen, ob dies während mindestens 12 Monaten, wie in Art. 13 Abs. 1 AVIG verlangt, geschehen sei. Die Verwaltung habe daher die Akten entsprechend zu ergänzen und anschliessend neu zu verfügen.

### **E. 4.1**

H.\_\_\_\_\_ war sowohl bei der (fristlosen) Kündigung am 28. September 2003, die er namens der Arbeitgeberin unterzeichnet hatte, als auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zur Löschung der GmbH im Handelsregister Organ der Firma und finanziell massgeblich an ihr beteiligt. Er blieb über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer und Gesellschafter. Im Sinne der Rechtsprechung gilt er als arbeitgeberähnliche Person.

### **E. 4.2**

Damit eine arbeitgeberähnliche Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss ihr Ausscheiden aus der Firma endgültig sein. Dieses Ausscheiden muss anhand eindeutiger Kriterien gemessen werden können, welche keinen Zweifel am definitiven Austritt aus der Firma übrig lassen (ARV 2003 S. 240 [Urteil F. vom 14. April 2003, C 92/02]). Die Rechtsprechung hat wiederholt darauf abgestellt, ob der Eintrag der betreffenden Person im Handelsregister gelöscht worden ist (ARV 2002 S. 185; bestätigt im Urteil K. vom 8. Juni 2004 [C 110/03] mit zahlreichen Hinweisen). Denn erst mit der Löschung des Eintrags ist das Ausscheiden der arbeitgeberähnlichen Person aus der Firma für aussenstehende Dritte erkennbar. Als weiteres Kriterium für den Austritt aus der Firma wird der Konkurs genannt. Indessen ist zu beachten, dass die Gesellschaftsorgane während einer allfälligen Liquidation ihre gesetzlichen und statutarischen Befugnisse beibehalten, soweit sie zur Durchführung der Liquidation erforderlich sind und dem Liquidationszweck nicht entgegenstehen (von Steiger, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., N 8 ff. zu Art. 823 OR ) und die daraus abgeleiteten Handlungen ihrer Natur nach nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können. Dazu kann auch die Weiterführung des Geschäfts bis zu dessen Verkauf oder Auflösung gehören (AHI 1994 S. 37 Erw. 6c mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre). Daher haben auch arbeitgeberähnliche Personen, die als Liquidatoren eingesetzt werden, während der Liquidation in der Regel keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (ARV 2002 S. 183 [Urteil S. vom 19. März 2002, C 373/00]).

### **E. 4.3**

Vorliegend hat jedoch keine normale Liquidation im Sinne von Art. 739 ff. OR stattgefunden. Wie sich aus dem Handelsregisterauszug der erwähnten GmbH ergibt, wurde am 30. Oktober 2003 der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet. Das Konkursverfahren wurde jedoch am 6. Januar 2004 mangels Aktiven eingestellt. Bei einer solchen Einstellung des Konkurses gibt es in der Regel nichts mehr zu liquidieren. Ausserdem wird in diesen Fällen die Firma nach Art. 66 Abs. 2 HRegV von Amtes wegen nach drei Monaten im Handelsregister gelöscht. Dies geschah vorliegend am 16. April 2004. Der Beschwerdegegner hat sich am 18. Dezember 2003 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet. Bis 16. April 2004 blieb er wohl in arbeitgeberähnlicher Stellung im Handelsregister eingetragen. Angesichts der von Amtes wegen anstehenden Löschung der Gesellschaft im Handelsregister konnte in dieser Zeitspanne jedoch nichts Relevantes mehr geschehen. Insbesondere war es kaum noch denkbar, dass der Versicherte sich wieder in seiner GmbH hätte einstellen und ein Einkommen erzielen können. Damit bestand kein Missbrauchsrisiko mehr, weshalb dem Versicherten die bis 16. April 2004 andauernde arbeitgeberähnliche Stellung nicht als Grund zur Verneinung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung entgegengehalten werden kann. Die erwähnte Rechtsprechung (ARV 2003 S. 183) ist auf arbeitgeberähnliche Personen von Firmen, über die der Konkurs mangels Aktiven wieder eingestellt wird, nicht analog anwendbar.

#### **E. 4.4**

Nach dem Gesagten bleibt zu prüfen, ob H. \_\_\_\_\_ vor dem 18. Dezember 2003 innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist für die Beitragszeit ( Art. 9 Abs. 3 und 2 AVIG [18. Dezember 2001 bis 17. Dezember 2003]) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat ( Art. 13 Abs. 1 AVIG ). Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen sind vorinstanzlich noch nicht geprüft worden und werden in der gemäss vorinstanzlichem Entscheid vorzunehmenden neuen Beurteilung zu prüfen sein.

##### **E. 4.4.1**

Aus dem Handelsregisterauszug ergibt sich, dass H. \_\_\_\_\_ von Anbeginn weg bis zur Löschung bei einem Stammkapital von Fr. 20'000.- einen Stammanteil von Fr. 19'000.- hielt. Überdies war er stets alleiniger Geschäftsführer sowie einzige für die GmbH zeichnungsberechtigte Person. Damit fehlt jegliches Unterordnungsverhältnis zwischen der GmbH als Arbeitgeberin und H. \_\_\_\_\_ als deren Arbeitnehmer. So konnte er namentlich Verträge zwischen sich und der GmbH (z.B. einen Arbeitsvertrag) selber abschliessen und diese allein unterschreiben; er konnte aber auch den eigenen Lohn selber festsetzen. Damit haben sämtliche Führungs- und Entscheidkompetenzen in der GmbH bei ihm allein gelegen. Zwischen H. \_\_\_\_\_ und der GmbH hat wirtschaftlich Identität bestanden. Fehlt es insoweit an einem Unterordnungsverhältnis, liegt in einer zivilrechtlichen Betrachtung kein Arbeitsvertrag vor (vgl. dazu: Urteil W. vom 16. März 2005 [5C.266/2004] Erw. 1.2).

##### **E. 4.4.2**

Ungeachtet dieser zivilrechtlichen Würdigung ging das Eidgenössische Versicherungsgericht bei Personen, die als Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft tätig sind, in der Regel stets von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit aus und qualifizierte deren Entschädigung als massgebenden Lohn. Ob davon allenfalls abzuweichen wäre, wenn der Geschäftsführer Allein- oder Mehrheitseigentümer der Kapitalgesellschaft ist, hatte das Gericht noch nicht zu entscheiden (Zusammenfassung im Urteil A. AG und B. vom 19. Mai

2005 [H 77/04] Erw. 3.3 mit Hinweisen). Doch hat es wiederholt im Falle einer Umwandlung einer Einzelfirma oder Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft und dem damit verbundenen Wechsel von der selbstständigen Erwerbstätigkeit des bisherigen Firmeninhabers zur unselbstständigen Erwerbstätigkeit als Angestellter der Kapitalgesellschaft festgestellt, dass die persönliche Beitragspflicht des bisherigen Firmeninhabers bis zum Vortag der Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister dauert, woran auch eine rückwirkende Übernahme der Aktiven und Passiven gemäss Art. 181 Abs. 1 OR nichts ändert ( BGE 102 V 103 ; AHI 2003 S. 66 ff.).

#### **E. 4.5**

Im Lichte der Rechtsprechung übte H. \_\_\_\_\_ als Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft, an welcher er grossmehrheitlich beteiligt ist, grundsätzlich eine unselbstständige Erwerbstätigkeit aus. Auf Grund der Aktenlage lässt sich indessen nicht abschliessend beurteilen, ob er diese Anspruchsvoraussetzung auch in zeitlicher Hinsicht erfüllt. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, bestehen immerhin ausreichende Anhaltspunkte, dass sich der Lohnfluss noch nachweisen lassen könnte. Die Bezüge des Versicherten von seinem Konto sind entgegen der Beschwerdeführerin als Lohnbezug zu betrachten. Der Nachweis des Lohnflusses kann zudem (Erw. 1.2 hievor) auch auf andere Art als mit diesen Abhebungen erbracht werden und ist nicht zwingende Voraussetzung, sondern nur ein Indiz für das Vorliegen einer beitragspflichtigen Tätigkeit. Die Rückweisung der Sache an die Verwaltung ist deshalb nicht zu beanstanden.

#### **E. 5**

Das Verfahren ist kostenlos ( Art. 134 OG ). Der durch einen Treuhänder fachmännisch vertretene Beschwerdegegner hat zufolge Obsiegens Anspruch auf eine Entschädigung ( Art. 159 Abs. 2 OG ; Urteil W. vom 26. November 2002, H 136/02).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.