

L'associé d'une Sàrl de droit allemand recourt contre une décision de refus d'octroi de prestations de chômage par la caisse cantonale de chômage. **La question d'une éventuelle application de l'art. 31 al. 3 let. c LACI doit être déterminée selon le droit suisse**, plus particulièrement selon les art. 804 ss CO (c. 4.3).

Le TF considère qu'il existe un risque d'abus de prestations de l'assurance-chômage par l'associé d'une Sàrl en raison des pouvoirs conférés à l'assemblée des associés (art. 804 CO) et du caractère personnel d'une Sàrl. Cette argumentation vaut indépendamment des parts sociales détenues par l'associé concerné (en l'espèce 12% de parts de la société allemande). Selon le TF, **il ne se justifie pas d'opérer une distinction en fonction des parts sociales détenues par un associé** (c. 4.5.3).

Le TF examine encore si l'exclusion de toutes prestations pour un associé d'une Sàrl suisse s'applique aussi à l'associé d'une Sàrl de droit allemand. Il constate que, comme en droit suisse, les associés d'une Sàrl de droit allemand peuvent faire valoir leurs droits lors des assemblées des associés et qu'ils jouissent d'un statut personnel plus fort que celui d'un actionnaire d'une société anonyme. En outre, la Sàrl de droit allemand, tout comme celle de droit suisse, compte un nombre relativement faible d'employés, ce qui implique couramment des obligations supplémentaires à charge des actionnaires (notamment la gestion des activités, les devoirs de loyauté et l'interdiction de faire concurrence). **Partant, la position de l'associé d'une Sàrl en droit suisse ne diffère pas, voire très peu, de celle de l'actionnaire d'une Sàrl de droit allemand, ce qui implique l'exclusion de toute prestation chômage en sa faveur en application de l'art. 31 al. 3 let. c LACI.**

Auteure : Me Muriel Vautier, avocate à Lausanne

Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Juli 2018 (AL.2018.00141).

Sachverhalt:

A.

Der 1956 geborene A. arbeitete vom 1. Juli 2003 bis 30. September 2017 vollzeitlich als Direktor Vertrieb Schweiz der B. GmbH, Deutschland. Er ist deren Gesellschafter mit einem Stammanteil von 12 %. Der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, leistete er Beiträge für Arbeitnehmende ohne beitragspflichtigen Arbeitgeber (ANOBAG). Am 10. Oktober 2017 meldete er sich zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung an, da er aufgrund der schlechten Auftragslage sein Arbeitspensum für die B. GmbH reduziert hat. Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich verneinte einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, da A. arbeitgeberähnliche Stellung besitze (Verfügung vom 19. Dezember 2017). Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 27. März 2018 fest.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 23. Juli 2018 ab.

C.

A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und beantragen, unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei ihm ab 2. Oktober 2017 Arbeitslosenentschädigung

zuzusprechen. Eventualiter sei die Sache zwecks weiterer Sachverhaltsabklärung an die Arbeitslosenkasse oder die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner sei ihm für das kantonale und das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu gewähren.

Auf einen Schriftenwechsel wird verzichtet.

D.

Am 20. März 2019 hat das Bundesgericht eine öffentliche Beratung durchgeführt.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 und Art. 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

2.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz zu Recht den einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneinenden Einspracheentscheid vom 27. März 2018 bestätigte.

3.

3.1. Die Vorinstanz erwog, der Versicherte sei einer der vier Gesellschafter der B. GmbH, einer nach deutschem Recht gegründeten Gesellschaft. Die anderen Gesellschafter seien mit einem Stammanteil von 12, 25 und 51 % am Gesellschaftskapital von Euro 25'000.- beteiligt. Die Rechte der Gesellschafter richteten sich nach den §§ 46 bis 51 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (GmbHG; RGBl. I S. 477) und dem Gesellschaftsvertrag der Unternehmung. Gemäss § 10 Ziff. 4 der Satzung der B. GmbH (vom 26. August 2003) sei die Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern weisungsbefugt. Habe die Gesellschaft keinen Geschäftsführer, werde sie durch die Gesellschafter vertreten (§ 35 GmbHG). Der Versicherte besitze als Gesellschafter zusätzliche Rechte, die einem Arbeitnehmer ohne Gesellschaftereigenschaft nicht zustehen würden. Die für die Unternehmung massgeblichen Entscheide treffe die Gesellschafterversammlung. Zusammen mit dem zu 51 % an der GmbH beteiligten Gesellschafter sei es dem Beschwerdeführer möglich, Beschlüsse in seinem Sinne zu fassen und die Entscheidungen der Arbeitgeberin massgeblich zu beeinflussen. Dies schliesse eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Arbeitslosenversicherung nicht aus.

3.2. Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, er sei nicht Geschäftsführer. Im Gegensatz zum schweizerischen Gesellschaftsrecht nach Art. 809 Abs. 1 OR kenne das deutsche GmbHG die Selbstorganschaft nicht, weshalb (zwingend) ein Geschäftsführer bestellt werden müsse (§ 6 Abs. 2 GmbHG). Dies sei vorliegend zentral, denn damit habe er keinen massgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft. Ebenso wenig beinhalte seine Stellung als Gesellschafter bestimmenden Einfluss auf die betrieblichen Entscheidungen, da er lediglich Minderheits- und Auskunftsrechte besitze. Wenn die Vorinstanz aufgrund dieser Rechte auf eine massgebliche Einflussnahme schliesse, sei dies willkürlich. Weiter sei nach deutscher Rechtsprechung gemäss Bundesarbeitsgericht ein Minderheitsgesellschafter, der über keine Sperrminorität verfüge, als Arbeitnehmer zu qualifizieren, weil er keinen grossen Einfluss auf die Führung der Gesellschaft ausüben könne (Beschluss des BAG vom 17. September 2014, 10 AZB 43/14). Als selbstständigerwerbend habe das deutsche Bundessozialgericht einen Gesellschafter nur dann

angesehen, wenn es sich um einen Mehrheitsgesellschafter handle oder wenn dieser bei geringerer Kapitalbeteiligung eine Sperrminorität habe (Urteil des BSG vom 11. November 2015, B 12 R 2/14 R). Diese Voraussetzungen seien beim Beschwerdeführer mit einem Stammanteil von 12 % nicht gegeben. Es mangle ihm an der erforderlichen Rechtsmacht, um aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht als selbstständig erwerbend qualifiziert zu werden. Die Vorinstanz verletze daher deutsches Recht. Eine massgebliche Einflussnahme sei überdies auch ohne Anwendung deutschen Rechts zu verneinen. Mit Blick auf die Stammanteile sei augenscheinlich, dass hier derjenige Gesellschafter mit 51 % das einfache Mehr halte und daher faktisch die gesamten Entscheidungen der Gesellschaft dominiere und fälle. Hierzu benötige es die 12 % Stammanteil des Beschwerdeführers nicht. Er könne daher die Geschicke der GmbH nicht in massgeblicher Art und Weise beeinflussen. Der anderslautende Entscheid der Vorinstanz verstosse gegen Art. 8 in Verbindung mit Art. 31. Abs. 3 lit. c AVIG.

4.

4.1. 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, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Praxisgemäss ist diese der Vermeidung von Missbräuchen dienende Bestimmung analog auf arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten anzuwenden, die Arbeitslosenentschädigung verlangen (BGE 123 V 234 E. 7b/bb S. 238; 122 V 270 E. 3 S. 272 mit Hinweisen).

4.2. Hervorzuheben ist, dass die Frage, ob Arbeitnehmende einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten ist (BGE 122 V 270 E. 3 S. 272; ARV 2004 S. 196 E. 3.2, C 113/03). Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt. Dies gilt insbesondere für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. OR) sowie die (mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG, für welche das Gesetz in der Eigenschaft als Verwaltungsrat in Art. 716-716b OR verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vorschreibt (BGE 123 V 234 E. 7a S. 237; 122 V 270 E. 3 S. 273; ARV 2018 S. 101, 8C_412/2017 E. 5.1; 2004 S. 196, C 113/03; 2002 Nr. 28 S. 183, C 373/00; 1996/97 Nr. 10 S. 48, C 35/94, Nr. 31 S. 170, C 296/96, Nr. 41 S. 224, C 42/97; Urteile 8C_776/2011 vom 14. November 2012 E. 3.2; 8C_140/2010 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

4.3. Die Frage der Verletzung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG (in analoger Anwendung) beurteilt sich nach schweizerischem Recht. Der vorliegende Fall bietet Anlass, sich vertieft mit dem rechtsprechungsgemässen absoluten Ausschluss vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung eines Gesellschafters einer GmbH zu befassen.

4.4.

4.4.1. Nicht stichhaltig ist vorab das Argument des Beschwerdeführers, er sei Minderheitsgesellschafter ohne Sperrminorität. Die von ihm hierzu genannte deutsche Rechtsprechung bezieht sich auf die in der Sozialversicherung bestehende Versicherungs- und Beitragspflicht und die damit zusammenhängende Frage, wann einer Person Arbeitnehmereigenschaft und damit Sozialversicherungspflicht zukommt und wann sie als versicherungsfreie Selbstständigerwerbende zu qualifizieren ist. Diese Problematik interessiert im vorliegenden Kontext nicht, da von keiner Seite angezweifelt wird, dass der Beschwerdeführer beitragsrechtlich als Arbeitnehmer gilt. Über seine arbeitgeberähnliche Stellung im arbeitslosenversicherungsrechtlichen

Zusammenhang ist damit aber noch nicht entschieden, denn eine arbeitgeberähnliche Funktion im Betrieb kann zur Verneinung der Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung führen, obwohl die versicherte Person beitragsrechtlich als arbeitnehmend erfasst ist, weshalb die in der Beschwerde genannten Abgrenzungskriterien (nach deutschem Sozialversicherungsrecht) hier von vornherein nicht relevant sind.

4.4.2. Von entscheidender Bedeutung ist ebenso wenig, dass § 6 Abs. 1 GmbHG zwingend die Bestimmung eines Geschäftsführers vorsieht, während nach der dispositiven Regelung in Art. 809 Abs. 1 OR die Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam ausüben (sogenannte Selbstorganschaft; vgl. Urteil 4A_8/2014 vom 6. Juni 2014 E. 2.3). Aus den diesbezüglichen Darlegungen des Beschwerdeführers ergibt sich nicht, was er hieraus zu seinen Gunsten ableiten will. Für die Beurteilung seiner Stellung als Gesellschafter ist diese unterschiedliche Regelung irrelevant.

4.5.

4.5.1. Oberstes Organ der GmbH ist die Gesellschafterversammlung (Art. 804 Abs. 1 OR). Ihr sind die wichtigsten Aufgaben innerhalb der Gesellschaft zugeordnet. Als Versammlung der Anteilseigner und somit der Träger des wirtschaftlichen Risikos muss es ihr vorbehalten bleiben, über die bedeutsamsten Grundsätze zu entscheiden. Eine Vielzahl von Befugnissen sind ihr unübertragbar zugewiesen. Diese erlauben es den Gesellschaftern, über die Gesellschafterversammlung einen viel stärkeren Einfluss auf die Geschäftsführung zu nehmen, als dies der Aktionär an der Generalversammlung kann (Art. 804 Abs. 2; Art. 698 OR). Die unübertragbaren Befugnisse eines Gesellschafters einer GmbH nach Art. 804 Abs. 2 OR sind mit Blick auf die arbeitslosenversicherungsrechtliche Qualifikation einer arbeitgeberähnlichen Person nicht anders zu werten als jene eines Verwaltungsrates einer AG: Die Gesellschafterversammlung bestimmt die Statuten, ihr obliegt die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern und die Wahl und Abberufung der Revisionsstelle, sie nimmt die Jahresrechnung ab, sie bestimmt die Geschäftsleitung, sie entlastet die Geschäftsführung und entscheidet über Gewinn- oder Verlustverwendung. Zusätzliche Kompetenzen können der Gesellschafterversammlung durch die Statuten übertragen (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 18 OR) und für bestimmte Geschäfte ein Genehmigungsvorbehalt vorgesehen werden. Dies gilt ebenfalls für an sich unübertragbare Aufgaben des Geschäftsführers, die mit dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung verknüpft werden können (Art. 811 OR; vgl. Art. 716b OR), die damit direkten Einfluss auf die Geschäfte des Unternehmens ausübt.

4.5.2. Als personenbezogen ausgestaltete Kapitalgesellschaft besitzt die GmbH überdies eine persönliche Nähe zu den Gesellschaftern. Die engere Verbindung zwischen den Gesellschaftern und der GmbH im Verhältnis zu den Aktionären und der AG zeigt sich u.a. auch dadurch, dass alle Gesellschafter bereits von Gesetzes wegen die Geschäfte im Sinne der Selbstorganschaft führen (Art. 809 Abs. 1 OR), sofern die Statuten nichts anderes vorsehen. Die personenbezogene Ausgestaltung der GmbH mit in der Regel kleinem Gesellschafterkreis bringt es sodann mit sich, dass die GmbH als Schutz eine Treuepflicht der Gesellschafter mit einem Konkurrenzverbot kennt (Art. 803 OR). Die Nähe der Gesellschafter zu ihrer GmbH wird ferner dadurch deutlich, dass ein Gesellschafter dem Gericht beantragen kann, einem Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen oder zu beschränken, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (Art. 815 Abs. 2 OR; zum Ganzen: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 18 S. 688 ff.; PETER FORSTMOSER, Das neue Recht der Schweizer GmbH, in: Kramer et al. [Hrsg.], Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, 2006, S. 542 ff.; und Botschaft des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2002 3148 ff.).

4.5.3. Diese gesetzliche Ausgestaltung der Befugnisse der Gesellschafterversammlung und derjenigen

jedes einzelnen Gesellschafters (mit oder ohne Geschäftsführertätigkeit) zeigt in Bezug auf die hier relevante Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung eines Gesellschafters auf, dass das Risiko eines Missbrauchs von Arbeitslosenversicherungsleistungen bei einem Gesellschafter einer GmbH, nicht zuletzt unter Berücksichtigung des personenbezogenen Charakters der Unternehmung, womit auch die Gefahr einer abredeweisen Einflussnahme der Gesellschafter untereinander besteht, nicht verneint werden kann. Diesem Missbrauchsrisiko könnte daher auch nicht mit der Einführung einer für den Leistungsausschluss ohne Prüfung des Einzelfalls vorausgesetzten bestimmten Höhe des Stammanteils (von beispielsweise mindestens 30 %; vgl. BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, N. 26 zu Art. 10 AVIG) begegnet werden. Sachliche Gründe fehlen für eine solche Grenzziehung. Damit würde eine ungerechtfertigte Privilegierung der Minderheitsgesellschafter einer GmbH geschaffen, die der gesetzlich geregelten Einflussnahme eines Gesellschafters auf die Unternehmung nicht entspricht. An der Rechtsprechung, wonach dem Gesellschafter unabhängig von der Höhe seines Stammanteils von Gesetzes wegen eine Einflussmöglichkeit auf die Geschicke der Gesellschaft zusteht, die einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesst, ist daher festzuhalten. Eine Rechtsprechungsänderung kommt zudem nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen in Frage. Sprechen keine entscheidenden Gründe zugunsten einer Änderung, ist die bisherige Praxis beizubehalten. Gegenüber dem Postulat der Rechtssicherheit lässt sich eine Rechtsprechungsänderung grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht. Solche ernsthaften sachlichen Gründe, liegen, wie aufgezeigt, nicht vor und werden auch nicht geltend gemacht (BGE 137 V 282 E. 4.2 S. 291; 135 I 79 E. 3 S. 82; je mit Hinweisen).

4.6.

4.6.1. Zu klären gilt es weiter, ob dieser Leistungsausschluss, wie er für einen Gesellschafter einer schweizerischen GmbH besteht, auch bei einer GmbH nach deutschem Recht gilt.

4.6.2. Auch bei der deutschen GmbH besorgen die Geschäftsführer die Angelegenheiten der GmbH nach den Weisungen der Gesellschafterversammlung und im Rahmen von Gesetz und Satzung (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Oberstes beschliessendes Organ der GmbH ist die Gesellschafterversammlung, in der die Gesamtheit der Gesellschafter repräsentiert ist. Ihre Zuständigkeit erstreckt sich - soweit nicht Gesetz oder Satzung etwas anderes bestimmen - auf alle Angelegenheiten der GmbH (§ 45 GmbHG), die nicht in die genuine Zuständigkeit der Geschäftsführung fallen. Die Gesellschafter fassen ihre Beschlüsse in der Versammlung (§ 48 Abs. 1 GmbHG). Nichts anderes ergibt sich aus der Satzung der B. GmbH vom 26. August 2003. Danach bedarf es eines Beschlusses der Gesellschafter für die Feststellung des Jahresabschlusses und die Entlastung der Geschäftsführung, die Aufnahme von Bankkrediten und sonstigen Krediten und Bürgschaften, für den Erwerb, die Veräusserung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, die Übernahme von Versorgungsleistungen, insbesondere Pensionsverpflichtungen sowie für alle Geschäfte, welche die Gesellschafter durch Gesellschaftsbeschluss für zustimmungspflichtig erklären (§ 10 Ziff. 5). Die Geschäftsführung erstreckt sich dementsprechend auf Handlungen und Rechtsgeschäfte, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt und welche zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlich erscheinen. Zur Vornahme von Handlungen, die über den gewöhnlichen Geschäftszweck hinausgehen, ist die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich (§ 10 Ziff. 4).

4.6.3. Die deutsche GmbH ist ferner ebenso wie die schweizerische stärker personenbezogen als die Aktiengesellschaft und weist ebenso wie die GmbH nach OR, meist eine geringe Gesellschafterzahl aus, weshalb zusätzliche Gesellschafterpflichten relativ häufig vorkommen (beispielsweise Geschäftsführertätigkeit, Treuepflichten und Konkurrenzverbote). Daraus erhellt, dass sich die Stellung der Gesellschafter in der GmbH nach schweizerischem und nach deutschem Recht in Bezug auf die zu beurteilende Problematik, wenn überhaupt, nur geringfügig unterscheidet.

4.6.4. Nach dem Gesagten rechtfertigt sich demnach die Anwendung der Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stellung der Gesellschafter einer GmbH nach schweizerischem OR auch auf die Gesellschafter einer GmbH nach deutschem GmbHG. Dies führt ohne weitere Prüfung seiner konkreten Einflussnahme in der Gesellschaft zum Leistungsausschluss des Beschwerdeführers kraft seiner Eigenschaft als Gesellschafter, da sich diesfalls die Einflussmöglichkeit von Gesetzes wegen ergibt (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 464 f. S. 2405 mit weiteren Hinweisen und BORIS RUBIN, a.a.O., N. 40 f. zu Art. 31 AVIG). Damit hat es beim vorinstanzlichen Entscheid sein Bewenden.

5.

Bei diesem Verfahrensausgang ist der Antrag auf Zusprechung einer angemessenen Prozessentschädigung für das vorinstanzliche (und das bundesgerichtliche) Beschwerdeverfahren unbegründet. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer zu überbinden (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und dem Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.