



**Fall-Nr.:** AVI 2007/35  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** Verfahrensrecht  
**Publikationsdatum:** 29.04.2020  
**Entscheiddatum:** 12.09.2007

### **Entscheid Versicherungsgericht, 12.09.2007**

**Art. 52, 49 ATSG. Lädt die Arbeitslosenkasse die versicherte Person vor Verfügungserlass zur Stellungnahme ein, so darf sie die daraufhin erhaltene Stellungnahme nicht als Einsprache werten und in der Folge sowohl Verfügung als auch Einspracheentscheid erlassen, auch wenn die versicherte Person in der Stellungnahme "Einsprache erhebt", da einerseits eine falsche Bezeichnung nicht schaden kann sowie eine Einsprache ohne Anfechtungsgegenstand (d.h. ohne Verfügung) nicht möglich ist und andererseits das Einspracheverfahren, welches zwingend ist, dadurch seines Sinns entleert wird. Ausserdem wird dadurch der Anspruch auf das rechtliche Gehör im Einspracheverfahren verletzt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. September 2007, AVI 2007/35).**

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiberin Iris Scherer

Entscheid vom 12. September 2007

In Sachen

W.\_\_\_\_,

Beschwerdeführerin,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,



betreffend

Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung)

hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.

A.- a) W.\_\_\_\_ meldete sich am 14. August 2006 bei der regionalen Arbeitsvermittlung Sargans zur Arbeitsvermittlung an (act. G 3.1.8) und stellte am 28. August 2006 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 14. August 2006 (act. G 3.1.4). Ihre letzte Arbeitsstelle hatte sie bei der A.\_\_\_\_ GmbH (GmbH) mit Sitz in B.\_\_\_\_. Die Arbeitgeberin kündigte ihr wegen Auftragsverlust am 31. Mai 2006 auf den 31. Juli 2006 (act. G 3.1.5). Mit Schreiben vom 26. September 2006 teilte ihr die kantonale Arbeitslosenkasse (Kasse) mit, sie habe aufgrund des Handelsregisterauszeuges über die GmbH festgestellt, dass die Versicherte bis zum jetzigen Zeitpunkt als Gesellschafterin ohne Zeichnungsberechtigung fungiere. Sie würde davon ausgehen, dass die Versicherte als Gesellschafterin ohne Zeichnungsberechtigung die Entscheidungen massgeblich beeinflussen könne, weshalb sie nicht als anspruchsberechtigt gelte. Die Kasse verlangte von der Versicherten verschiedene Unterlagen und räumte ihr Gelegenheit ein, Stellung zur vorgesehenen Ablehnung zu nehmen (act. G 3.1.15).

b) Mit Schreiben vom 20. Oktober 2006 erklärte Herr C.\_\_\_\_, der Treuhänder der Arbeitgeberin, im Auftrag der Versicherten, dass sie zwar gemäss Handelsregisterauszug Teilhaberin sei, aufgrund ihres Anteils am Stammkapital sowie der fehlenden Unterschriftsberechtigung aber keinen massgeblichen Anteil an der Unternehmensentwicklung oder Unternehmensführung habe. Die Beteiligung sei nur dadurch zustande gekommen, dass der Hauptgesellschafter der GmbH, Herr D.\_\_\_\_, zur Gründung eine weitere Person benötigt und diese in der Versicherten gefunden habe. In diesem Zusammenhang sei geplant, dass die Versicherte aus der Gesellschaft ausscheide, aber das neue GmbH-Recht wolle noch abgewartet werden. Darum werde die Kasse gebeten auf den Entscheid zurückzukommen (act. G 1.4). Mit Schreiben vom 10. November 2006 beantragten Herr C.\_\_\_\_ (act. G 1.5) und die Arbeitgeberin mit



Schreiben vom 13. November 2006 beim Handelsregisteramt des Kantons B.\_\_\_\_ die Handänderung (den Austritt der Versicherten als Gesellschafterin; act. G. 3.2.11). Mit Verfügung vom 14. November 2006 lehnte die Kasse den Antrag der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 14. August 2006 ab. Trotz ihrer Ausführungen im Schreiben vom 20. Oktober 2006 bleibe die Tatsache bestehen, dass sie weiterhin als Gesellschafterin im Handelsregister eingetragen bleibe und die arbeitgeberähnliche Stellung nachgewiesen sei (act. G 3.1.21).

c) Am 21. November 2006 reichte die Versicherte einen zweiten Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ein und beanspruchte Arbeitslosenentschädigung erneut ab dem 14. August 2006 (act. G 3.2.15). Die Kasse teilte ihr daraufhin am 1. Dezember 2006 mit, dass sie den von ihr eingereichten Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 14. August 2006, datiert vom 21. November 2006, als Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 13. November 2006 (Datum ihres Antrags auf Löschung im Handelsregister in B.\_\_\_\_) betrachte und verlangte weitere Unterlagen (act. G 3.2.17). Am 7. Dezember 2006 teilte die Versicherte der Kasse mit, sie könne nicht verstehen, weshalb sie nicht sofort informiert worden sei, dass sie den Eintrag im Handelsregisteramt löschen lassen müsse. Den Bescheid, dass sie kein Geld erhalte, habe sie erst am 14. November 2006 erhalten, obwohl sie fast täglich nachgefragt habe, wann sie mit dem Geld rechnen könne. Bei entsprechender Mitteilung hätte sie ansonsten sofort reagiert und den Eintrag im Handelsregister löschen lassen. Sie bitte darum, dass ihr die zustehenden Gelder endlich ausbezahlt würden (act. G 3.2.19). Mit Schreiben vom 13. Februar 2007 teilte die Kasse der Versicherten mit, dass sie nicht als anspruchsberechtigt gelten könne, da sie aufgrund des Handelsregisterauszuges bis zum 8. Februar 2007 Gesellschafterin der GmbH gewesen sei. Die Kasse gab der Versicherten Gelegenheit zur Stellungnahme vor Verfügungserlass (act. G 3.2.37).

B.- a) Am 17. Februar 2007 erhob die Versicherte "Einsprache". Sie sei als Gesellschafterin nicht zur Unterschrift berechtigt gewesen und habe kein Recht gehabt Entscheidungen zu treffen. Ausserdem habe sie in diesem Jahr keine Boni erhalten, sondern nur Leistungslohn mit integrierter Umsatzprovision. Die Ablehnung der Anspruchsberechtigung sei ihr erst am 26. September 2006 mitgeteilt worden, obwohl sie den zuständigen Sachbearbeiter bei der Kasse wiederholt um Erklärung gebeten habe, wann sie mit dem Geld rechnen könne. Sie habe das Schreiben der



Kasse sofort an ihren ehemaligen Arbeitgeber mit der Bitte um Erledigung weitergeleitet, welches jener an seinen Treuhänder weitergereicht habe. Dieser habe die Kasse mit Schreiben vom 20. Oktober 2006 über die Situation orientiert. Ab diesem Zeitpunkt habe sie fast täglich den zuständigen Sachbearbeiter kontaktiert, um die Sache voranzutreiben. Am 1. Februar 2007 habe sie schliesslich eine detaillierte Erklärung von der Kasse bekommen, "weshalb es mit den Leistungen noch nicht funktioniere". Die Unterschrift habe sie ihrem Arbeitgeber damals nur aus Wohlwollen gegeben, da er ihr geholfen habe, beruflich Fuss zu fassen. Sie sei 30 Jahre selbstständig gewesen und habe einen Konkurs hinter sich. Die Löschung ihrer Person als Gesellschafterin sei nun im Handelsregister endlich vorgenommen worden, und sie bitte darum, dass ihr Leistungen ab dem 13. November 2006 zugesprochen würden (act. G 3.2.40). Mit Verfügung vom 27. Februar 2007 lehnte die Kasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 13. November 2006 bis 8. Februar 2007 formell ab. Der Versicherten wurde eine Rahmenfrist per 9. Februar 2007 für den Leistungsbezug eröffnet und mitgeteilt, dass ihr Schreiben vom 17. Februar 2007 als Einsprache gewertet werde (act. G 3.2.42).

b) Mit Einspracheentscheid vom 2. März 2007 verneinte die Kasse den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in der Zeit vom 13. November 2006 bis 8. Februar 2007. Dem Geschäftsführungsorgan der GmbH kämen ähnliche Aufgaben und Kompetenzen zu wie dem Verwaltungsrat bei der Aktiengesellschaft. Sofern die Geschäftsführung nicht durch Statuten oder Gesellschaftsbeschluss ausdrücklich an einen Gesellschafter oder an eine dritte Person übertragen worden sei, seien die Gesellschafter kraft ihrer Stellung von Gesetzes wegen zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt. Entscheidend für die Annahme einer Organstellung seien weder der Handelsregistereintrag noch die Unterschriftsberechtigung, solange die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich beeinflusst werden könne. Da die Versicherte bis am 8. Februar 2007 bei der GmbH als Gesellschafterin eingetragen gewesen sei, habe sie in dieser Eigenschaft die Entscheidungen ihres Arbeitgebers beeinflussen können, weshalb sie bis zum Datum der Löschung ihres Eintrages eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe (act. G 1.1).

C.- Mit Schreiben vom 12. März 2007 (Datum Postaufgabe: 21. März 2007) erhebt die Versicherte Beschwerde beim Versicherungsgericht und beantragt sinngemäss die



Aufhebung des Einspracheentscheids vom 2. März 2007. Es seien ihr wenigstens für die Zeit vom 13. November 2006 bis 8. Februar 2007 Leistungen zuzusprechen. Erst am 26. September 2006 habe die Kasse ihr schriftlich mitgeteilt, weshalb sie keine Entschädigung bekomme, obwohl sie seit anfangs August 2006 wiederholt nachgefragt habe. Diese habe ihr aber keine Auskunft geben können sondern sie nur vertröstet. Sie hätte die Löschung im Handelsregister sofort veranlasst, wenn sie um deren Bedeutung gewusst hätte. Die Kasse habe sich bei ihr schliesslich mit Schreiben vom 1. Februar 2007 deswegen entschuldigt. Mit Beschwerdeantwort vom 2. April 2007 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin habe eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der GmbH innegehabt, weshalb ihr Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe abgelehnt werden müssen. Die Eintragung im Handelsregister sei mit Datum vom 8. Februar 2007 gelöscht worden, so dass ab dem 9. Februar 2007 eine Rahmenfrist habe eröffnet werden können. Der Beschwerdeführerin sei bereits am 26. September 2006 mitgeteilt worden, weshalb sie keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. Damit sei sie bereits zu diesem Zeitpunkt darüber informiert gewesen, dass sie ihren Eintrag im Handelsregister löschen lassen müsse, um einen Anspruch zu haben. Die Löschung sei aber trotzdem erst am 8. Februar 2007 erfolgt. Deshalb könne die Beschwerdeführerin nicht geltend machen, dass sie die Löschung bei früherer Information auch früher gemacht hätte. Ihr Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung sei deshalb zu Recht erst ab dem 9. Februar 2007 überprüft worden (act. G 3).

D.- Mit Replik vom 24. April 2007 beantragt die Beschwerdeführerin explizit, dass ihr die Arbeitslosenentschädigung ab Anfang August 2006 (gemeint wohl ab Antragsstellung, d.h. ab 14. August 2006) zugesprochen werde. Sie sei erst und nicht bereits Ende September 2006 informiert worden. Für sie habe das zwei Monate ohne Lohn bedeutet. Nach Erhalt der Information habe sie sofort gehandelt, aber gemäss Bestätigung des Handelsregisteramts des Kantons Zug hätten die Unterlagen zwei Monate auf einem Haufen gelegen, da diese eine neue EDV-Anlage hatten und "der Sache nicht mehr Meister" waren (act. G 7). Mit Schreiben vom 3. Mai 2007 verzichtet die Kasse auf eine Duplik (act. G 9) und wiederholt den Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

II.



## St.Galler Gerichte

1.- a) Streitig und zu prüfen ist zunächst, ob die Beschwerdeführerin für die Zeit vom 14. August 2006 bis 12. November 2006 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, nachdem die Beschwerdeführerin in der Replik beantragt, es sei ihr ab August 2006 Arbeitslosenentschädigung zuzusprechen.

b) Die Beschwerdegegnerin hat mit Verfügung vom 14. November 2006 den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 14. August 2006 verneint. Die Verfügung enthält eine Rechtsmittelbelehrung, aus der hervorgeht, dass die Beschwerdeführerin die Möglichkeit hat, innert 30 Tagen nach Erhalt der Verfügung schriftlich Einsprache bei der Kasse zu erheben. Am 21. November 2006 stellte die Beschwerdeführerin stattdessen wiederum Antrag auf Arbeitslosenentschädigung, worauf die Kasse von ihr Unterlagen verlangte und ihr mitteilte, dass sie diesen als Antrag auf Entschädigung ab dem 13. November 2006 werte. Innert der 30-tägigen Einsprachefrist geht bei der Kasse ein Schreiben vom 7. Dezember 2006 unter dem Titel "Stellungnahme" ein. Dieses nimmt Bezug auf ein vorhergehendes Gespräch mit einem zuständigen Sachbearbeiter und fordert die Kasse zur Stellungnahme auf. Das Schreiben ist nicht mit Einsprache betitelt und auch dem Inhalt lässt sich nicht konkret entnehmen, dass die Beschwerdeführerin Einsprache gegen die Verfügung vom 14. November 2006 erhebt (act. G 3.2.19). Auch dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 12. Dezember 2006 lässt sich keine Einsprache entnehmen (act. G 3.2.20). Mangels förmlicher Einsprache ist die Verfügung vom 14. November 2006 nach Ablauf der Einsprachefrist in Rechtskraft erwachsen. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung der Beschwerdeführerin für diese Zeitspanne ist deshalb vom Gericht nicht weiter zu prüfen.

2.- a) Als nächstes ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin für die Zeitspanne vom 13. November 2006 bis 8. Februar 2007 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

b) Gemäss Art. 49 Abs. 1 ATSG hat der Versicherungsträger über Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist, allenfalls auf entsprechendes Begehren, schriftlich Verfügungen zu erlassen. Gegen Verfügungen kann innerhalb von 30 Tagen bei der verfügenden Stelle Einsprache erhoben werden. Gegen Einspracheentscheide kann



Beschwerde beim zuständigen kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden. Das Einspracheverfahren ist zwingend (UELI KIESER, ATSG-Kommentar, S. 524, N 17 zu Art. 52). Der Einspracheentscheid, nicht aber die Verfügung, bildet denn auch Anfechtungsgegenstand des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens. Durch das dem Verwaltungsjustizverfahren vorgelagerte Rechtsmittel der Einsprache (BGE 117 V 409) erhält die verfügende Stelle die Möglichkeit, die angefochtene Verfügung noch mal zu überprüfen und über die bestrittenen Punkte zu entscheiden, bevor das Gericht angerufen wird. Das Einspracheverfahren stellt nicht bloss eine Wiederholung des Verfügungsverfahrens dar. Vielmehr hat die verfügende Behörde gegebenenfalls weitere Abklärungen vorzunehmen und auf Grund des vervollständigten Sachverhalts die eigenen Anordnungen zu überprüfen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass auch im Einspracheverfahren Anspruch auf rechtliches Gehör besteht. Im Einspracheentscheid hat somit eine Auseinandersetzung mit den Vorbringen des Einsprechers oder der Einsprecherin zu erfolgen. Die Begründung darf sich insbesondere nicht in einer wörtlichen Wiederholung des bereits in der Verfügung gesagten erschöpfen (vgl. SVR 2005, AHV Nr. 9 mit Hinweisen).

c) Mit Schreiben vom 13. Februar 2007 gab die Beschwerdegegnerin der Versicherten Gelegenheit zur Stellungnahme vor Verfügungserlass (act. G 3.2.37). Am 17. Februar 2007 nahm die Versicherte Stellung. Dies nannte sie fälschlicherweise "Einsprache nehmen". Mit Verfügung vom 27. Februar 2007 lehnte die Kasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 13. November 2006 bis 8. Februar 2007 formell ab. Der Versicherten wurde mitgeteilt, dass ihr Schreiben vom 17. Februar 2007 als Einsprache gewertet werde (act. G 3.2.42) und mit Einspracheentscheid vom 2. März 2007 wurde der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in der Zeit vom 13. November 2006 bis 8. Februar 2007 verneint. Wie bereits ausgeführt besteht im Einspracheverfahren, welches zwingend ist und auf welches die Parteien nicht verzichten können, Anspruch auf rechtliches Gehör. Zum einen kann eine falsche Bezeichnung wie im vorliegenden Fall nicht schaden und zum andern ist eine Einsprache ohne Anfechtungsgegenstand (d.h. ohne Verfügung) zum Vornherein nicht möglich. Indem die Kasse die Stellungnahme der Versicherten betreffend die zu erlassende Verfügung als Einsprache gewertet hat, hat die Beschwerdegegnerin das Einspracheverfahren nicht korrekt durchgeführt und seines Sinns entleert. Ausserdem hat sie der Beschwerdeführerin das Recht auf rechtliches Gehör im



Einspracheverfahren verweigert. Der Einspracheentscheid erschöpft sich denn auch in einer Wiederholung der Verfügung. Auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass die Löschung im Handelsregister des Kantons Zug soviel Zeit in Anspruch genommen hat, wird in keiner Weise eingegangen, obgleich es doch erstaunlich ist, dass die Löschung vom Handelsregisteramt Zug erst im Februar 2007 vorgenommen worden ist, obwohl die Beschwerdeführerin, gemäss Schreiben vom 17. Februar 2007, die Angelegenheit unverzüglich weitergeleitet und bereits, wie sich aus den Akten ergibt (act. G 1.5 und G 3.2.11), im Oktober und November 2006 über ihren Arbeitgeber bzw. dessen Treuhänder die Löschung im Handelsregister beantragt haben muss. Dahingehend wären weitergehende Abklärungen seitens der Beschwerdegegnerin angezeigt gewesen. Die Beschwerdegegnerin bejaht überdies einerseits die arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin mit der Begründung, dass sie als Gesellschafterin im Handelsregister eingetragen sei, führt andererseits aber gleichzeitig, im gewissem Widerspruch dazu, aus, dass für die Annahme einer Organstellung der Handelregistereintrag nicht massgebend sei. Dem Geschäftsführungsorgan der GmbH kämen ähnliche Aufgaben und Kompetenzen zu wie dem Verwaltungsrat bei der Aktiengesellschaft und, sofern die Geschäftsführung nicht durch Statuten oder Gesellschaftsbeschluss ausdrücklich an einen Gesellschafter oder eine dritte Person übertragen worden sei, seien die Gesellschafter kraft ihrer Stellung von Gesetzes wegen zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet. Ob im konkreten Fall die Beschwerdeführerin in der GmbH Geschäftsführungskompetenzen inne hatte, sei es aufgrund der Statuten oder eines Gesellschafterbeschlusses, hat die Beschwerdegegnerin aber nicht geprüft, ebenso wenig, ob mit einem geringen Stammanteil eine massgebliche Beteiligung oder Stellung vorliegt und eine effektive Einflussnahme überhaupt möglich ist. Stattdessen stellte sie auf den Handelsregistereintrag ab, der wie sie selbst ausführt nur ein Indiz aber nicht in allen Fällen massgebend für die Annahme einer arbeitgeberähnlichen Stellung ist. Vorliegend hätte die Beschwerdegegnerin aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerin vor Verfügungserlass Statuten und allfällige Gesellschafterbeschlüsse der GmbH beziehen müssen und vom Handelsregisteramt in Zug eine Erklärung verlangen, weshalb die Löschung des Eintrages erst im Februar 2007 stattfand, nachdem ein entsprechendes Begehren seitens des Hauptgesellschafters und Geschäftsführers der GmbH bereits im Herbst 2006 erfolgt



war (vgl. act. G 3.2.11). Dies wird die Beschwerdegegnerin nach zu holen haben. Nebst den bereits aufgeworfenen Fragen wird sie – bei erneuter Verneinung der Anspruchsberechtigung - auch zu prüfen haben, ob sie ihrer Aufklärungs- und Beratungspflicht, deren Verletzung die Beschwerdeführerin bereits vor Verfügungserlass gerügt hat, ausreichend nachgekommen ist.

3.- Aufgrund obiger Erwägungen ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 2. März 2007 aufzuheben und die Sache ins Verwaltungsverfahren zur Vornahme von weiteren Abklärungen im Sinne der Erwägungen und anschliessender neuer Verfügung durch die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

4.- Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, der Einspracheentscheid vom 2. März 2007 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen ins Verwaltungsverfahren zurückgewiesen.

2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.