



**Fall-Nr.:** AVI 2009/27  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 04.03.2020  
**Entscheiddatum:** 01.10.2009

### **Entscheid Versicherungsgericht, 01.10.2009**

**Art. 38 Abs. 2bis ATSG: Erlässt der Versicherungsträger, nach erfolglosem Versuch der Zustellung eines Einspracheentscheid mit eingeschriebenem Brief einen neuen Einspracheentscheid mit neuem Datum und neuer Rechtsmittelbelehrung, kann er sich nicht darauf berufen, die Beschwerdefrist habe bereits nach Ablauf der Siebentagefrist des Art. 38 Abs. 2bis ATSG nach dem erfolglosen Zustellungsversuch des ersten Einspracheentscheids zu laufen begonnen. Der Beschwerdeführer durfte in guten Treuen davon ausgehen, die in der Rechtsmittelbelehrung genannte 30-tägige Beschwerdefrist beginne erst ab Zustellung des neu datierten Einspracheentscheids zu laufen, zumal der zweite, neu datierte Einspracheentscheid keinen Hinweis auf den erfolglosen ersten Zustellungsversuch enthielt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 1. Oktober 2009, AVI 2009/27).**

Die Vizepräsidentin

hat

am 1. Oktober 2009

in Sachen

M.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Manfred Dähler, Poststrasse 12, 9000 St. Gallen,

gegen



## St.Galler Gerichte

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Arbeitslosenentschädigung (Anspruchsverwirkung)

in Erwägung gezogen:

Sachverhalt

A.

A.a M.\_\_\_\_ meldete sich am 29. Dezember 2006 zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung ab 1. Januar 2007 an (act. G 3.1/C25 und C31). Mit Verfügung vom 11. Dezember 2007 hat das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) dem Versicherten für den Zeitraum vom 10. Dezember 2007 bis zum 9. März 2008 Einarbeitungszuschüsse für eine Tätigkeit im Patentanwaltsbüro A.\_\_\_\_ zugesprochen (act. G 3.1/C20). Mit Schreiben vom 28. Dezember 2007, noch während der Probezeit, wurde dem Versicherten vom Arbeitgeber auf den 3. Januar 2008 gekündigt, mit der Begründung, die Firma sei an einen Nachfolger verkauft worden, der den Versicherten jedoch nicht übernehmen wolle. Mit Schreiben vom 3. Januar 2008 hat der Arbeitgeber auch das RAV über die Kündigung des Versicherten informiert (act. G 3.1/C19). Mit Verfügung vom 7. Januar 2008 hat das RAV die Verfügung über die Einarbeitungszuschüsse dahingehend angepasst, dass die Einarbeitungszuschüsse nur bis zum Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 3. Januar 2008 zugesprochen wurden (act. G 3.1/C19).

A.b Mit Schreiben vom 25. Februar 2008, 3. April 2008 und 21. April 2008 wurde der Versicherte durch die Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen aufgefordert, die Arbeitgeberbescheinigung für den Zeitraum vom 10. Dezember 2007 bis 3. Januar 2008 einzureichen, und darauf aufmerksam gemacht, dass seine Ansprüche gegenüber der Arbeitslosenversicherung ganz oder teilweise erlöschten, wenn er die fehlenden Unterlagen nicht innert der gesetzten Frist einreiche (act. G 3.1/C6, C7 und C9). Da der



## St.Galler Gerichte

Versicherte den Aufforderungen nicht nachkam, lehnte die Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 22. Mai 2008 den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 4. Januar 2008 ab (act. G 3.1/C4).

B.

B.a Mit Datum vom 25. Juni 2008, eingegangen bei der Arbeitslosenkasse am 30. Juni 2008, erhob der Versicherte gegen die Verfügung Einsprache bei der Arbeitslosenkasse (act. G 3.1/C2). Mit Entscheid vom 22. Juli 2008 trat die Arbeitslosenkasse auf die Einsprache nicht ein mit der Begründung, die 30-tägige Einsprachefrist sei bei Eingang der Einsprache bei der Arbeitslosenkasse bereits abgelaufen gewesen (act. G 3.1/C1). Auf Beschwerde des Versicherten hin stellte das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen fest, dass die Einsprachefrist eingehalten wurde und wies die Sache zur weiteren Behandlung der Einsprache an die Arbeitslosenkasse zurück (Entscheid AVI 2008/44 vom 8. Dezember 2008).

B.b Mit Einspracheentscheid vom 9. bzw. 26. Februar 2009 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache unter Bestätigung der Verfügung vom 22. Mai 2008 ab mit der Begründung, der Versicherte habe trotz mehrmaliger Aufforderung die Arbeitgeberbescheinigung für den Zeitraum vom 10. Dezember 2007 bis 3. Januar 2008 nicht eingereicht (act. G 3.1/D1 bzw. D5).

C.

Mit Eingabe vom 26. März 2009 erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Manfred Dähler, St. Gallen, Beschwerde an das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen. Er beantragt, der Einspracheentscheid vom 26. Februar 2009 sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die Arbeitgeberbescheinigung direkt vom Arbeitgeber einzufordern (act. G 1). Mit Beschwerdeantwort vom 22. April 2009 beantragt die Beschwerdegegnerin, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil mit der Eingabe vom 26. März 2009 die Beschwerdefrist nicht eingehalten worden sei (act. G 3). Mit Replik vom 19. Mai 2009 hält der Anwalt des Beschwerdeführers an den in der Beschwerde gestellten Anträgen fest. Zudem macht er geltend, mit der Eingabe vom 26. März 2009 die Rechtsmittelfrist



eingehalten zu haben (act. G 5). Die Beschwerdegegnerin hat auf die Einreichung einer Duplik verzichtet (act. G 7).

### Erwägungen

1. Vorerst ist die Frage zu prüfen, ob auf die Beschwerde einzutreten ist.

1.1 Gemäss Art. 60 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) ist die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung des Einspracheentscheids einzureichen. Dabei sind die Art. 38-41 ATSG sinngemäss anwendbar (Art. 60 Abs. 2 ATSG). Berechnet sich eine Frist nach Tagen oder Monaten und bedarf sie der Mitteilung an die Parteien, so beginnt sie am Tag nach ihrer Mitteilung zu laufen (Art. 38 Abs. 1 ATSG). Gemäss Art. 38 Abs. 2<sup>bis</sup> ATSG gilt eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift des Adressaten beziehungsweise der Adressatin oder einer anderen berechtigten Person überbracht wird, spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt.

1.2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, sie habe den Einspracheentscheid vom 9. Februar 2009 dem Beschwerdeführer am 9. Februar 2009 eingeschrieben zugestellt. Am 10. Februar 2009 sei ein erster erfolgloser Zustellungsversuch erfolgt. Die Mitteilung gelte somit gemäss Art. 38 Abs. 2<sup>bis</sup> ATSG als am 17. Februar 2009 erfolgt. Die Beschwerdefrist habe somit am 18. Februar 2009 zu laufen begonnen (vgl. Art. 38 Abs. 1 ATSG) und sei am 20. März 2009 abgelaufen. Mit der Eingabe vom 26. März 2009 sei die Frist somit nicht eingehalten worden (act. G 3). Der Anwalt des Beschwerdeführers argumentiert demgegenüber, die Beschwerdegegnerin habe dem Beschwerdeführer einen Einspracheentscheid zugestellt, der vom 26. Februar 2009 datiere. Dieser sei einen Tag später, am 27. Februar 2009 zugestellt worden. Die 30-tägige Rechtsmittelfrist habe somit am 28. Februar 2009 zu laufen begonnen und sei am 30. März 2009 abgelaufen. Die Beschwerde vom 26. März 2009 sei somit rechtzeitig erfolgt. Die Argumentation der Beschwerdegegnerin ziele darauf, dass es sich um eine neuerliche Zustellung des angeblich bereits zugestellten Einspracheentscheids vom 9. Februar 2009 handle. Diese Auffassung sei falsch, weil



der angefochtene Einspracheentscheid vom 26. Februar 2009 ansonsten kein eigenes Datum aufweisen würde (act. G 5).

1.3 Aus den Akten ergibt sich, dass bereits am 9. Februar 2009 ein erster Einspracheentscheid erlassen wurde (act. G 3.1/D5) und auch am 9. Februar 2009 bei der Post als eingeschriebener Brief aufgegeben wurde (act. G 3.1/D3). Die Abfrage "Track & Trace" ergab zudem, dass ein erster erfolgloser Zustellungsversuch am 10. Februar 2009 erfolgt ist (act. G 3.1/D2). Somit ist die Argumentation der Beschwerdegegnerin an sich zutreffend, dass die Beschwerdefrist am 18. Februar 2009 zu laufen begann (vgl. Art. 38 Abs. 1 und Abs. 2<sup>bis</sup> ATSG) und am 20. März 2009 abgelaufen ist. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer jedoch per A-Post einen neuen, inhaltlich identischen Einspracheentscheid, datierend vom 26. Februar 2009, zugestellt. Dieser enthält in der Rechtsmittelbelehrung den Hinweis, dass gegen diesen Einspracheentscheid innert 30 Tagen nach Erhalt beim Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen schriftlich Beschwerde erhoben werden kann (act. G 3.1/D1). Ein Bezug zu einem bereits am 9. Februar 2009 erlassenen Einspracheentscheid findet sich im neuen Einspracheentscheid nicht.

1.4 Gemäss Art. 49 Abs. 3 ATSG sind Verfügungen mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Aus einer mangelhaften Eröffnung der Verfügung darf der betroffenen Person kein Nachteil erwachsen. Vorliegend ergibt sich aus dem Datum des Einspracheentscheids (26. Februar 2009) im Zusammenhang mit der Rechtsmittelbelehrung, dass mit der Zustellung dieses neuen Einspracheentscheids, welcher dem Beschwerdeführer nach dessen glaubhaften Angaben am 27. Februar 2009 zugegangen ist, eine 30-tägige Rechtsmittelfrist ausgelöst wurde. Auf diese Angaben durfte sich der Beschwerdeführer verlassen. Die Beschwerdegegnerin hätte bei der erneuten Zustellung am 26. Februar 2009 eine Kopie des vom 9. Februar 2009 datierenden Einspracheentscheids mit Begleitschreiben zustellen und auf die erfolglosen Zustellversuche hinweisen müssen. Nur so wäre für den Beschwerdeführer erkennbar gewesen, dass die Beschwerdefrist schon früher zu laufen begonnen hat. Da die Beschwerdegegnerin einen neu auf den 26. Februar 2009 datierten Einspracheentscheid zustellte, durfte der Beschwerdeführer in guten Treuen davon ausgehen, die in der Rechtsmittelbelehrung genannte 30-tägige Beschwerdefrist



beginne erst ab der Zustellung des neuen Einspracheentscheids zu laufen. Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2.

In materieller Hinsicht ist strittig, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 4. Januar 2008 abgelehnt hat.

2.1 Gemäss Art. 20 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) muss der Arbeitslose der Kasse eine Arbeitsbescheinigung seines bisherigen Arbeitgebers vorlegen. Gemäss Art. 20 Abs. 3 AVIG erlischt der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er nicht innert dreier Monate nach dem Ende der Kontrollperiode, auf die er sich bezieht, geltend gemacht wird. In Art. 29 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV; SR 837.02) werden die bei der Geltendmachung des Anspruchs einzureichenden Unterlagen im Einzelnen aufgeführt. Gemäss Art. 29 Abs. 3 AVIV setzt die Kasse dem Versicherten nötigenfalls eine angemessene Frist für die Vervollständigung der Unterlagen und macht ihn auf die Folgen der Unterlassung aufmerksam. Zweck von Art. 20 AVIG und Art. 29 AVIV ist es, der Arbeitslosenkasse die rechtzeitige Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen und Bemessungsgrundlagen zu ermöglichen und allfällige Missbräuche zu verhindern (vgl. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, 2007, Rz 333, S. 2279).

2.2 Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer wiederholt aufgefordert hat, die Arbeitgeberbescheinigung für den Zeitraum vom 10. Dezember 2007 bis zum 3. Januar 2008 einzureichen. Zuletzt wurde dem Beschwerdeführer am 21. April 2008 eine letzte Frist bis zum 30. April 2008 eingeräumt (act. G 3.1/C6). Unbestritten ist, dass die geforderte Arbeitgeberbescheinigung erst am 11. Juli 2008 und somit lange nach Ablauf der letzten Frist bei der Beschwerdegegnerin eingetroffen ist (act. G 3.1/C 32). Aus den Akten ergibt sich jedoch auch, dass der Beschwerdeführer den Arbeitgeber wiederholt aufgefordert hat, die



Arbeitgeberbescheinigung auszufüllen, und die Beschwerdegegnerin auf die Schwierigkeiten bei der Beschaffung der Arbeitgeberbescheinigung hingewiesen hat (act. G 3.1/C 3 und C 8). Weiter hat der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin am 29. Februar 2008 eine Lohnabrechnung für den Zeitraum vom 10. Dezember 2007 bis zum 3. Januar 2008 zugestellt (act. G 3.1/C 64). Zudem ist zu beachten, dass das RAV für den betreffenden Arbeitgeber Einarbeitungszuschüsse bewilligt hatte und von diesem auch über die erfolgte Kündigung orientiert wurde. Kopien der entsprechenden Unterlagen sind zudem nachweislich bereits am 12. Dezember 2007 bzw. am 9. Januar 2008 bei der Beschwerdegegnerin eingegangen (vgl. act. G 3.1/C19-20). Aus diesen Unterlagen ergibt sich sowohl der massgebliche Lohn als auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 3. Januar 2008. Die Beschwerdeführerin verfügte somit nachweislich über sämtliche Informationen, die sich aus der Arbeitgeberbescheinigung ergeben. Die Arbeitgeberbescheinigung war deshalb für die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen und die Bemessung der Arbeitslosenentschädigung gar nicht mehr nötig. Die Verwirkungsfolge des Art. 20 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 29 Abs. 3 AVIV erweist sich unter diesen Umständen als unverhältnismässig und nicht rechtmässig.

3.

3.1 Aus den vorangehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerde unter Aufhebung des Einspracheentscheides vom 9./26. Februar 2009 gutzuheissen ist. Die Beschwerdegegnerin ist zu Unrecht von einer Anspruchsverwirkung gemäss Art. 20 Abs. 3 AVIG ausgegangen. Die Beschwerdegegnerin hat deshalb über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 4. Januar 2008 neu zu befinden. Die vom Anwalt verlangte Einholung der Arbeitgeberbescheinigung direkt beim Arbeitgeber ist nicht mehr notwendig, da die Arbeitgeberbescheinigung der Beschwerdegegnerin mittlerweile vorliegt.

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

3.3 Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die Beschwerde führende obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache



und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. Gemäss Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75) beträgt das pauschale Honorar vor Versicherungsgericht Fr. 1'000.- bis Fr. 12'000.-.

Angemessen erscheint vorliegend ein Betrag von Fr. 2'500.--. Die Beschwerdegegnerin ist deshalb zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Demgemäss hat die Vizepräsidentin

als Einzelrichterin im Verfahren gemäss Art. 9 VVsG

entschieden:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 9./26. Februar 2009 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung ab 4. Januar 2008 an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.