



Fall-Nr.: AVI 2009/3, AVI 2009/11
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 16.09.2019
Entscheiddatum: 15.01.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 15.01.2010

Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG, Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV, Art. 37 Abs. 4 ATSG.

Einstellung in der Anspruchsberechtigung. Eine Stelle, die nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht (mangelnde Bewilligung für Nachtarbeit), darf sanktionslos aufgegeben werden. Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren bejaht, da nebst der fehlenden Aussichtslosigkeit und der Prozessarmut auf Grund der persönlichen Verhältnisse auch die Notwendigkeit gegeben war (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Januar 2010, AVI 2009/3 und 11).

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie-Theres Rüegg Haltinner,

Versicherungsrichter Franz Schlauri; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Entscheid vom 15. Januar 2010

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. E. Ronald Pedernana, Rorschacher Strasse 21,
9000 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,



Beschwerdegegnerin,

betreffend

Einstellung in der Anspruchsberechtigung / unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren

Sachverhalt:

A.

A.a A.____ meldete sich per 2. September 2009 zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an (act. G 5.1/34 und 35). Nachdem sie vom 5. August 2005 bis zum 30. Juni 2008 Taggelder der SUVA (100 %) bezogen hatte, arbeitete sie zuletzt vom 9. Juli 2008 bis zum 29. August 2008 bei der B.____ als Kurierfahrerin. Sie gab sinngemäss an, das Arbeitsverhältnis mündlich gekündigt zu haben (act. G 5.1/35 und 39). In der Verschuldensabklärung gab die Versicherte am 1. Oktober 2008 an, Abmachungen seien nicht eingehalten worden. So hätte auf einmal das eigene Auto benützt werden sollen und der Stundenlohn habe nur Fr. 18.-- anstatt der abgemachten Fr. 25.-- betragen. Ausserdem seien nicht alle Arbeitstage bezahlt worden. Das Arbeitsverhältnis sei nur befristet gewesen (act. G 5.1/32). Demgegenüber gab die Arbeitgeberin am 5. Oktober 2008 an, das Arbeitsverhältnis sei unbefristet gewesen. Die Anlernstage würden erst ab einer Anstellung von mehr als drei Monaten ausbezahlt. Zudem habe die Versicherte angegeben, das Arbeitsverhältnis aus familiären Gründen gekündigt zu haben (act. G 5.1/27).

Mit einer weiteren Stellungnahme vom 22. Oktober 2008 führte die nunmehr vertretene Versicherte aus, bei der Anstellung bei der B.____ habe es sich nur um eine Ferienablösung in den Sommerferien gehandelt. Sie habe auch nicht wegen familiärer Probleme gekündigt, sondern weil sie zusätzliche Posten in den Touren hätte übernehmen sollen, die mit mehr Aufwand verbunden gewesen wären (act. G 5.1/24). Nach weiteren Abklärungen bei der ehemaligen Arbeitgeberin stellte die Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen die Versicherte mit Verfügung vom 2. Dezember 2008 ab 31. August 2008 für 28 Tage in der Anspruchsberechtigung ein, da sie eine zumutbare Arbeitsstelle aufgegeben habe (act. G 5.1/15).



St.Galler Gerichte

A.b Mit Einsprache vom 8. Dezember 2008 wurde geltend gemacht, die Stelle sei unzumutbar gewesen. Es seien Abmachungen nicht eingehalten worden. Die Einsprecherin habe durch zusätzliche Fahrten unentlohnten Mehraufwand hinnehmen müssen und sie hätte - ebenfalls ohne genügende Entschädigung - ihr eigenes Auto benutzen müssen. Die von der Arbeitgeberin berechnete Entschädigung von Fr. 5.-- pro Tour für die Fahrspesen sei im Verhältnis zu den effektiven Kosten viel zu niedrig. Die "Blick-Tour" sei mit Fr. 95.-- entschädigt worden. Nach Abzug der Ferienentschädigung, der Sozialabzüge und der (effektiven) Fahrspesen wäre der Einsprecherin für diese Tour noch Fr. 55.-- verblieben.

Die ".ch-Tour" habe über X.____ und Y.____ und zurück nach Z.____ geführt. Dies seien 70 km, für die die Arbeitgeberin nur 35 Minuten berechnet habe. Bei geschätzten Kosten von Fr. 49.-- wären der Einsprecherin schliesslich noch Fr. 6.-- verblieben. Hinzu gekommen wären noch diverse weitere Arbeiten wie Rüstarbeiten, die nicht bezahlt worden wären. Insgesamt hätten die Spesen die Autokosten keinesfalls gedeckt und die Einsprecherin wäre nur auf einen Stundenlohn von Fr. 5.63 gekommen. So hätte sie für die dreistündige "Blick-Tour" maximal Fr. 95.-- brutto verdient, zuzüglich Fr. 15.-- Autospesen. Netto wären noch Fr. 80.30 zuzüglich Autospesen geblieben. Unter Abzug der realistischen Autokosten von Fr. 78.40 für die 112 km lange Tour wären noch Fr. 16.90 geblieben (: 3 = Fr. 5.63).

Weiter sei festzustellen, dass es sich bei der aufgegebenen Stelle nicht um eine Festanstellung gehandelt habe, ansonsten die Feiertags- und Ferienentschädigung nicht korrekt abgerechnet worden wäre. Schliesslich sei auch das rechtliche Gehör der Einsprecherin verletzt worden, da auf die dritte Stellungnahme nicht mehr eingegangen worden sei und der Fragenkatalog nicht der Arbeitgeberin vorgelegt worden sei (act. G 5.1/10).

A.c Mit Entscheid vom 15. Dezember 2008 wies die Kasse die Einsprache ab. Bei den in der Verschuldensabklärung genannten Fr. 18.-- Stundenlohn handle es sich offensichtlich um die Entschädigung für die ".ch-Tour". Der Stundenlohn sei für alle Touren über diesem Betrag gelegen. Für ".ch" sei Fr. 18.35 für 35 Minuten berechnet worden, was einem Stundenansatz von Fr. 31.80 (exkl. Ferienentschädigung entspreche). Für die zweistündige "Tagblatt-Tour" seien Fr. 51.-- bezahlt worden bzw.



Fr. 25.50 pro Stunde, und für die dreistündige "Blick-Tour" Fr. 95.--, was einem Stundenlohn von Fr. 31.70 (inkl. Ferienentschädigung) entspreche. Für den Juli 2008 sei aus der Lohnabrechnung eine Entschädigung für das Auto ausgewiesen. Für August 2008 sei dies zwar nicht der Fall, eine Entschädigung sei jedoch nach Art. 327b OR auch für diesen Monat geschuldet (act. G 5.1/7).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 8. Januar 2009 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eventualiter sei die Sache zur korrekten Ermittlung des Sachverhalts an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Zudem sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtsverteidigung und Rechtspflege zu gewähren. Die Beschwerde wird im Wesentlichen wiederum mit der finanziellen Unzumutbarkeit der aufgegebenen Stelle begründet. Insbesondere seien die Spesen für das eigene Fahrzeug nicht genügend abgegolten worden (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 15. Januar 2009 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Es gehe im Wesentlichen um die Frage der Spesenentschädigung. Deren Bezahlung sei gesetzlich geschuldet (Art. 327b OR) und von der Arbeitgeberin unbestrittenermassen versprochen gewesen. Eine Differenz über die Höhe und Berechnungsgrundlage mache die Arbeitsstelle nicht unzumutbar. Für die rechtliche Klärung dieser Frage sei das Arbeitsgericht zuständig, weshalb das vorliegende Verfahren bis zum rechtskräftigen Entscheid über diese zivilrechtliche Vorfrage zu sistieren sei (act. G 5).

B.c Mit Stellungnahme vom 22. Januar 2009 beantragt der beschwerdeführerische Rechtsvertreter, das Verfahren sei nicht zu sistieren. Die Beschwerdeführerin habe die Stelle aufgegeben, als die Änderungskündigung ihr völlig veränderte und verschlechterte Bedingungen für die Arbeitsausübung gebracht habe. Angesichts des geringen Streitwerts sei darauf verzichtet worden, rechtliche Schritte gegen die Arbeitgeberin einzuleiten. Was den Zwischenverdienst angehe, hätte die Beschwerdeführerin zunächst nur eine Ferienvertretung übernehmen sollen bis zum Beginn einer IV-Eingliederungsmassnahme im C.____ am 5. August 2008. Sie habe dann



St.Galler Gerichte

aber Gefallen an der Arbeit gefunden und die Eingliederungsmassnahme abgesagt. Das Arbeitsverhältnis bei der B.____ sei von Beginn weg nicht auf Dauer ausgelegt gewesen, weil es nicht optimal auf ihr Beschwerdebild angepasst gewesen sei (act. G 7). Mit verfahrensleitender Verfügung vom 23. März 2009 wurde die Sistierung abgelehnt (act. G 13).

B.d Am 7. Mai 2009 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zudem eine Replik ein. Es wird ausgeführt, dass die Arbeitgeberin gemäss den Ermittlungen des Arbeitsinspektorats über keine Bewilligung für Nachtarbeit verfüge. Die Arbeitgeberin habe somit illegal in der Nacht Personen beschäftigt. Die Aufgabe eines solchen Arbeitsverhältnisses könne nicht mit Einstelltagen sanktioniert werden (act. G 14).

B.e Mit verfahrensleitender Verfügung vom 23. März 2009 wurde der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtsverteiständung im vorliegenden Beschwerdeverfahren durch Rechtsanwalt Dr. iur. Ronald Pedernana bewilligt (act. G 12).

B.f Am 22. Oktober 2009 wurden vom Versicherungsgericht weitere Abklärungen betreffend Nachtarbeitsbewilligung der B.____ getätigt (act. G 17 und 18). Mit Stellungnahme vom 10. November 2009 machte der beschwerdeführerische Rechtsvertreter geltend, die Abklärungen belegten, dass die Arbeitgeberin die Beschwerdeführerin mangels Nachtarbeitsbewilligung gar nicht hätte beschäftigen dürfen (act. G 20).

C.

C.a Der Rechtsvertreter beantragte auch für das Einspracheverfahren die unentgeltliche Rechtsverteiständung (vgl. Einsprache S. 1 [act. G 5.1/10]). Der Antrag wurde von der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 11. Dezember 2008 abgewiesen (AVI 2009/11, act. G3.1/3a). Die dagegen erhobene Einsprache vom 9. Januar 2009 wurde von der Beschwerdegegnerin mit Entscheid vom 13. Januar 2009 ebenfalls abgewiesen AVI 2009/11, act. G 3.1/1).

C.b Mit Beschwerde vom 18. Januar 2009 beantragt der Rechtsvertreter, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin die



unentgeltliche Rechtsverteidigung auch für das (materielle) Einspracheverfahren zu gewähren.

C.c Mit Beschwerdeantwort vom 29. Januar 2009 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Einstellung sei lediglich die Frage zu beantworten, ob der Verbleib bei der B. ___ für die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Höhe der Spesenentschädigung für den Gebrauch des eigenen Autos zumutbar gewesen sei. Sinngemäss liege kein unübersichtlicher Sachverhalt vor, weshalb eine Verbeiständung im Einspracheverfahren nicht geboten sei (AVI 2009/11, act. G 3). Eine materielle (separate) Replik erfolgte zu dieser Frage nicht mehr.

Erwägungen:

1.

Vorliegend betreffen die beiden Verfahren den selben Sachverhalt und die selben Parteien, wobei die Frage der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren mit dem Hauptverfahren sachlich eng zusammenhängt. Es rechtfertigt sich daher, die beiden Verfahren AVI 2009/3 und AVI 2009/11 antragsgemäss zu vereinigen und in einem Urteil zu erledigen. Anzumerken bleibt noch, dass der Entscheid über die Nichtgewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Einspracheverfahren (Verfügung vom 11. Dezember 2008) als verfahrensleitende Verfügung ohne vorgängige Durchführung des Einspracheverfahrens beim Versicherungsgericht mit Beschwerde hätte angefochten werden können (vgl. Art. 52 Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 56 Abs. 1 ATSG; vgl. auch Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Rz 29 f. zu Art. 52 ATSG).

2.

2.1 Nach Art. 30 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) ist die versicherte Person in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos ist. Selbstverschuldet ist die Arbeitslosigkeit namentlich dann, wenn die versicherte Person das Arbeitsverhältnis von sich aus aufgelöst hat, ohne dass ihr eine andere Stelle zugesichert war, es sei denn, dass ihr das Verbleiben an der



Arbeitsstelle nicht zugemutet werden konnte (Art. 44 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Im Bereich der freiwilligen Stellenaufgabe findet demnach das sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungsprinzip seine Grenze bei der Zumutbarkeit. So kann es der versicherten Person nicht zugemutet werden, eine Stelle, die im Sinn von Art. 16 Abs. 2 AVIG unzumutbar und damit von der Annahmepflicht ausgenommen ist, beizubehalten.

2.2 Im Weiteren ist bei der Prüfung der Frage, ob eine Sanktion wegen Selbstaufgabe der Stelle im Sinn von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV zulässig ist, das Übereinkommen Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über die Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988 (nachfolgend Übereinkommen; SR 0.822.726.8) zu beachten, das für die Schweiz am 17. Oktober 1991 in Kraft getreten ist. Nach Art. 20 lit. c des Übereinkommens können Leistungen der Arbeitslosenversicherung verweigert, zum Ruhen gebracht oder gekürzt werden, wenn die zuständige Stelle festgestellt hat, dass die betreffende Person ihre Beschäftigung freiwillig ("volontairement") ohne triftigen Grund ("sans motif légitime") aufgegeben hat. Da diese Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, ist sie im Einzelfall direkt anwendbar und geht den nationalen Bestimmungen über den Erlass einer Einstellungsverfügung vor (BGE 124 V 236 f. E. 3c). Damit dürfen bei einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV keine überhöhten Anforderungen an die Zumutbarkeit des Verbleibens am Arbeitsplatz gestellt werden; insbesondere sind bei der Zumutbarkeitsprüfung auch subjektive Beweggründe der versicherten Person zu berücksichtigen (Jacqueline Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Diss. Zürich 1998, S. 80). Es kann nicht von einer freiwilligen Beschäftigungsaufgabe im Sinn des Übereinkommens gesprochen werden, wenn eine versicherte Person nicht von sich aus, sondern vom Arbeitgeber oder durch die Entwicklung am Arbeitsplatz zur Kündigung gedrängt wird. Gleiches gilt für den Fall, da die versicherte Person für das Verlassen der Stelle legitime Gründe zu nennen vermag (BGE 124 V 238 E. 4b/aa).

2.3 In beweisrechtlicher Hinsicht wird die Zumutbarkeit der aufgegebenen Stelle vermutet. Diese Vermutung kann durch den Beweis des Gegenteils umgestossen werden, wobei indessen von der versicherten Person nicht ein strikter Nachweis zu



verlangen ist, dies umso weniger, als hier die Arbeitsbedingungen, insbesondere das Verhalten der Arbeitgeberin, der Vorgesetzten und Mitarbeiter von entscheidender Bedeutung sind. Einzig auf die Angaben der versicherten Person abzustellen, liefe andererseits im Ergebnis auf eine unzulässige Verschiebung der Beweislast hinaus. Vielmehr sind die rechtsanwendenden Organe und Behörden im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. [BGE 122 V 158 neues Fenster E. 1a](#) mit Hinweisen) verpflichtet, allenfalls weitere Abklärungen zum Arbeitsverhältnis und zu den Umständen seiner Auflösung vorzunehmen, wenn auf Grund der Akten Anhaltspunkte für die Unzumutbarkeit des Verbleibens an der Arbeitsstelle bestehen (ARV 1999 Nr. 8 S. 39 f. E. 7b).

3.

Vorliegend ergab sich für die Beschwerdeführerin die Notwendigkeit, eine Erwerbstätigkeit zu suchen nach der Einstellung des Unfalltaggeldes durch die SUVA per 30. Juni 2008 (act. G 5.1/38). Ursprünglich war offenbar vorgesehen, dass die Beschwerdeführerin vom 5. August 2008 bis zum 31. Oktober 2008 eine von der IV durchgeführte Frühinterventionsmassnahme in Form eines Belastungstrainings im "C.____" absolviert (act. G 7.1). Nach eigenen Angaben habe sie dann aber Gefallen an der Tätigkeit bei der B.____ gefunden und versucht, sich auf eigene Faust mit Unterstützung der D.____ einzugliedern (act. G 7). Auch wenn das fragliche Arbeitsverhältnis offenbar ursprünglich nur als Übergangslösung gedacht war, muss auf Grund der Angaben der Beschwerdeführerin davon ausgegangen werden, dass es nachträglich in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis umgewandelt und von der Beschwerdeführerin gekündigt wurde. Vom selben Sachverhalt geht im Übrigen auch die Arbeitgeberin aus (act. G 5.1/27).

Weiter ist festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis bei der B.____ nicht genügend Beitragszeit für die Anspruchsberechtigung generiert hätte. Anspruchsberechtigt war die Beschwerdeführerin vielmehr auf Grund einer unfallbedingten Befreiung von der Erfüllung der Beitragspflicht (Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG). Dementsprechend berechnete die Beschwerdegegnerin den versicherten Verdienst auf Grund des Pauschalansatzes gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. c AVIV (Fr. 102.-- x 21,7 = Fr. 2'213.--). Die Beschwerdeführerin hätte auch ohne die fragliche Stelle (ab dem 1. Juli 2008) den



selben Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt. Insofern ist die innegehabte Stelle mit einem Zwischenverdienst vergleichbar, wovon auch die Beschwerdeführerin selber ausgeht. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin bemisst sich die Zumutbarkeit jedoch nicht im Verhältnis zum angeblich abgemachten Stundenlohn von Fr. 25.-- sondern einzig nach Art. 16 Abs. 2 AVIG (insbesondere lit. a und i).

4.

4.1 Mit Replik vom 7. Mai 2009 machte der Rechtsvertreter erstmals geltend, die B.____ habe in der fraglichen Zeit der Beschäftigung (9. Juli 2008 bis 29. August 2008) nicht über die gemäss Arbeitsgesetz (Art. 17 Abs. 1 ArG) nötige Bewilligung für die Durchführung von Nachtarbeit verfügt. Eine entsprechende Nachfrage des Gerichts beim Arbeitsinspektorat des Kantons St. Gallen ergab tatsächlich, dass zu diesem Zeitpunkt keine Bewilligung vorlag. Über eine Bewilligung für Nachtarbeit verfügte die B.____ erst ab 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2011 (act. G 18). Nachdem somit mit dem Rechtsvertreter festzustellen ist, dass die Beschäftigung von Arbeitnehmern während der Nacht ohne arbeitsrechtliche Bewilligung illegal ist (Art. 16 ArG), entsprach das Arbeitsverhältnis nicht den berufsüblichen Bedingungen im Sinn von Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG und war damit objektiv nicht zumutbar. Ein solches Arbeitsverhältnis darf selbstredend aufgegeben werden, selbst wenn die Beschwerdeführerin subjektiv aus anderen Gründen gekündigt hat.

Nachdem die aufgegebenen Tätigkeit bereits aus dem genannten Grund unzumutbar war, brauchen die weiteren Gründe, die die Beschwerdeführerin subjektiv zur Stellenaufgabe bewogen haben (unbefriedigende Spesenregelung, unbezahlte Einarbeitungstage) nicht mehr geprüft zu werden.

4.2 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben.

5.

5.1 Art. 29 Abs. 3 BV räumt jeder Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, einen Anspruch auf "unentgeltlichen Rechtsbeistand" ein.



Gemäss Art. 37 Abs. 4 ATSG wird im Sozialversicherungsverfahren der gesuchstellenden Person, wo die Verhältnisse es erfordern, ein "unentgeltlicher Rechtsbeistand" bewilligt. Damit besteht nun (vgl. die Rechtsprechung vor dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen ATSG: BGE 125 V 409 E. 3b) eine bundesrechtliche Regelung des Armenrechts im Verwaltungsverfahren (BGE 131 V 155 E. 3.1 mit Hinweis auf Kieser, ATSG-Kommentar, N 22 zu Art. 37). Die hinsichtlich der im Rahmen von Art. 4 altBV (vgl. Art. 29 Abs. 3 BV) zu den Voraussetzungen der unentgeltlichen Verbeiständung im Einspracheverfahren ergangene Rechtsprechung (Bedürftigkeit der Partei, fehlende Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren, sachliche Gebotenheit im konkreten Fall; BGE 125 V 34 E. 2 mit Hinweisen, AHI 2000 S. 164 E. 2b) ist nach dem Willen des Gesetzgebers weiterhin anwendbar (BGE 132 V 200 f. E. 4.1 mit Hinweis auf Urteile M. vom 29. November 2004 [I 557/04] E. 2.1, W. vom 12. Oktober 2004 [I 386/04] E. 2.1; BBI 1999 4595; Kieser, a.a.O., N 17 ff. zu Art. 37).

5.2 Hinsichtlich der sachlichen Gebotenheit der unentgeltlichen anwaltlichen Verbeiständung sind die Umstände des Einzelfalls, die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften sowie die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens zu berücksichtigen. Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden. Falls ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung des Bedürftigen droht, ist die Rechtsverbeiständung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die gesuchstellende Person auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 29. September 2005 in Sachen G. [I 369/2005] E. 2.2). Die sachliche Notwendigkeit wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der Offizialmaxime oder dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, die Behörde also gehalten ist, für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts besorgt zu sein. Abgesehen davon, dass die Offizialmaxime allfällige Fehlleistungen der Behörde nicht zu verhindern vermag, ist zu bedenken, dass sie nicht unbegrenzt ist. Sie entbindet die Beteiligten nicht davon, durch Hinweise zum Sachverhalt oder Bezeichnung von Beweisen am Verfahren mitzuwirken (BGE 130 I 183f. E. 3.2 und 3.3 mit Hinweisen). Die Offizialmaxime rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine



anwaltliche Verbeiständung sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (AHI 2000 S. 164 E. 2b; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 7. September 2004 in Sachen H. [I 75/04] E. 2.2 und 29. September 2005 [I 369/05] E. 2.2).

5.3 Vorliegend ist auf Grund der bereits im gerichtlichen Verfahren um die Einstellung in der Anspruchsberechtigung (AVI 2009/3) gewährten unentgeltlichen Rechtsverbeiständung unbestritten, dass die Elemente der Bedürftigkeit und der fehlenden Aussichtslosigkeit erfüllt sind. Umstritten ist nur noch die Frage der sachlichen Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung im Einspracheverfahren.

Nachdem es um eine vorübergehende Einstellung in der Anspruchsberechtigung geht, kann nicht von einem schweren Eingriff in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin gesprochen werden. Die Notwendigkeit der anwaltlichen Verbeiständung im Einspracheverfahren setzt deshalb voraus, dass zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Beschwerdeführerin auf sich alleine gestellt nicht gewachsen gewesen wäre (vgl. vorstehende Erwägung 5.2). Die Beschwerdegegnerin verneinte die sachliche Notwendigkeit mit der Begründung, der Rechtsstreit werde weitgehend durch die Erstellung des Sachverhalts entschieden. Im Einspracheentscheid vom 13. Januar 2009 führte sie diesbezüglich weiter aus, es seien drei einfache Fragen zu beantworten, nämlich, ob der Beschwerdeführerin der Verbleib bei der B.____ auf Grund der Höhe des bezahlten Lohnes, der Spesenentschädigung für den Gebrauch des eigenen Autos und der fehlenden Bezahlung von einzelnen Arbeitstagen zugemutet werden könne. Es könne damit nicht von einem unübersichtlichen Sachverhalt ausgegangen werden.

Demgegenüber ist mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass der Sachverhalt nicht ohne Weiteres erstellt werden konnte. So blieben auch nach mehrfachen Abklärungen bei der Arbeitgeberin Differenzen zu den Angaben der Beschwerdeführerin bestehen, etwa in Bezug auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Übernahme zusätzlicher Aufgaben oder der Spesenentschädigung. Im Weiteren erscheinen die Angaben der Arbeitgeberin mindestens in Bezug auf die ".ch-Tour", die nur eine halbe Stunde dauern sollte, als unglaubwürdig. Ebenso bleibt unklar, wie etwa die Entschädigung pro Nacht berechnet wird. Zwar geht die Arbeitgeberin in ihrer



Erklärung vom 13. November 2008 von einer Entschädigung von Fr. 110.-- pro Nacht aus (= 3 Stunden), gibt aber gleichzeitig an, die kombinierte dreistündige "Blick- und .ch-Tour" sei mit Fr. 95.-- (inkl. Ferienanspruch) entschädigt worden. Schliesslich mussten im vorliegenden Gerichtsverfahren - allerdings in Bezug auf erst in der Replik vorgebrachte Einwände - weitere Erkundigungen betreffend die Arbeitgeberin eingeholt werden. Insgesamt ist jedenfalls nicht von einem klaren Sachverhalt auszugehen. Vielmehr ist der Sachverhalt umstritten, wobei die Beschwerdegegnerin jeweils zu Ungunsten der Beschwerdeführerin auf die Angaben der Arbeitgeberin abstellte. Im Weiteren handelt es sich bei der Verschuldensbemessung um eine typische Ermessensfrage. Diesbezüglich ging die Beschwerdegegnerin ohne nähere Begründung von einem mittelschweren Verschulden aus.

Zu berücksichtigen ist sodann, dass die Beschwerdeführerin seit einem Autounfall im Jahr 2005 an psychischen Problemen litt. So geht aus einer psychiatrischen Untersuchung vom 22. Januar 2008 zu Händen der SUVA hervor, dass die Beschwerdeführerin Mühe hat, sich in Konfliktsituationen angemessen zu behaupten. Es sei deshalb zweifelhaft, ob der allgemeine Arbeitsmarkt im Bereich Spedition und Bürohilfstätigkeit für sie geeignet sei. Eher geeignet sei eine Nischantätigkeit mit Kindern und Tieren, die sie am ehesten vor überfordernden Situationen bewahre (AVI 2009/11, act. G 3.1/3c). Es erscheint damit glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin aus in ihrer Person liegenden Gründen nicht in der Lage war, die Streitsache ohne anwaltlichen Beistand zu führen.

5.4 Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf die unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren durch RA Dr. Pedernana. Der Rechtsvertreter hat auch für das Einspracheverfahren keine Kostennote eingereicht. Die Angelegenheit ist deshalb zwecks betraglicher Festsetzung der Entschädigung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

6.

Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Hingegen hat die obsiegende Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der



St.Galler Gerichte

Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 750.-- bis Fr. 7'500.--. Nachdem vorliegend - trotz einer weiteren Stellungnahme des Rechtsvertreters vom 10. November 2009 - von einem durchschnittlichen Aufwand auszugehen ist, erscheint eine Parteientschädigung für das Verfahren AVI 2009/3 von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Nachdem die Beschwerdeführerin auch im Verfahren AVI 2009/11 obsiegt, steht ihr auch für dieses Verfahren eine Entschädigung zu. Da diese Streitsache mit einer anderen Streitsache (Hauptsache) verbunden ist, ist auch die vorliegend auszurichtende Parteientschädigung lediglich als Zusatzentschädigung auszugestalten. Es handelt sich um ein vergleichsweise einfaches Verfahren. Ausserdem reichte der Rechtsvertreter für dieses Verfahren keine separate Replik ein, so dass von einem einfachen Schriftenwechsel auszugehen ist. Es rechtfertigt sich somit, der Beschwerdeführerin eine zusätzliche Parteientschädigung von Fr. 400.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer), insgesamt damit Fr. 3'400.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Bei diesem Prozessausgang wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtsverbeiständung gegenstandslos.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden:

1. In Gutheissung der Beschwerde AVI 2009/3 wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 15. Dezember 2008 aufgehoben.
2. In Gutheissung der Beschwerde AVI 2009/11 wird der Einspracheentscheid vom 13. Januar 2009 aufgehoben und festgestellt, dass die Beschwerdeführerin auch für das Einspracheverfahren Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung hat. Zwecks masslicher Festlegung wird die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Die Beschwerdegegnerin bezahlt der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'400.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer).