



Fall-Nr.: AVI 2017/52
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 21.09.2018
Entscheiddatum: 21.09.2018

Entscheid Versicherungsgericht, 21.09.2018

Art. 23 Abs. 3bis AVIG; Art. 38 Abs. 1 AVIV; Eine Festanstellung als teilzeitliche Aushilfe auf Abruf im Stundenlohn bei einem Verein, der von sämtlichen St. Galler Gemeinden getragen wird, stellt eine Integrationsmassnahme im Sinne von Art. 38 Abs. 1 AVIV beziehungsweise der arbeitsmarktlichen Massnahme im Sinne von Art. 23 Abs. 3bis AVIG dar (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. September 2018, AVI 2017/52).

Entscheid vom 21. September 2018

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz),

Marie Löhner und Michaela Machleidt Lehmann; a.o. Gerichtsschreiberin Janina Maier

Geschäftsnr.

AVI 2017/52

Parteien

A.___,

Beschwerdeführerin,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Florian Németh, bürki bolt németh rechtsanwälte,
Auerstrasse 2, Postfach 91, 9435 Heerbrugg,

gegen

UNIA Arbeitslosenkasse Kompetenzzentrum D-CH Ost, Strassburgstrasse 11,
Postfach, 8021 Zürich 1,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Arbeitslosenentschädigung (Beitragszeit)

Sachverhalt

A.

A.a A.____ war seit 1. August 2015 beim Trägerverein B.____ als Servicefachfrau Aushilfe im Restaurant C.____ angestellt. Als Stundenlohn waren Fr. 24.-- brutto vereinbart, wobei sie keinen Anspruch auf garantierte Arbeitsstunden hatte (act. G 3.1/1.11 und 1.14). Die Versicherte kündigte den Arbeitsvertrag per 31. Januar 2017, weil sie über das Sozialamt angestellt worden sei und nun ihren Wohnsitz verlege (act. G 3.1/13 und G 3.1/1.17). Am 17. Februar 2017 meldete sich die Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und stellte gleichentags einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung bei der Unia Arbeitslosenkasse (act. G 3.1/1.17 und 1.20).

A.b Mit Verfügung vom 5. Mai 2017 lehnte die Unia Arbeitslosenkasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab. Sie begründete die Ablehnung damit, dass die Versicherte während der Rahmenfrist für die Beitragszeit (17. Februar 2015 bis 16. Februar 2017) keine beitragspflichtige Beschäftigung nachweisen könne. Die Stelle beim Restaurant C.____ sei durch das Sozialamt vermittelt und durch den B.____ zugewiesen worden. Die Tätigkeit müsse daher als arbeitsmarktliche Massnahme qualifiziert werden. Der damit erzielte Verdienst sei nicht versichert, weshalb die



Versicherte keine beitragspflichtige Beschäftigung nachweisen könne und die nötige Mindestbeitragszeit nicht erfüllt sei (act. G 3.1/1.10).

B.

B.a Gegen diese Verfügung erhob die Versicherte mit Schreiben vom 19. Mai 2017 Einsprache und beantragte sinngemäss die Aufhebung der Verfügung vom 5. Mai 2017. Sie führte an, dass sie nicht im Rahmen einer integrativen Massnahme angestellt gewesen sei. Es habe sich um einen normalen Arbeitsvertrag gehandelt (act. G 3.1/1.9).

B.b Mit Einspracheentscheid vom 26. Juni 2017 wies die Unia Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Da die Beschäftigung der Versicherten der sozialen Integration gedient habe und der B.____ zumindest teilweise von der öffentlichen Hand finanziert werde, falle diese Tätigkeit im Restaurant C.____ unter die Norm von Art. 23 Abs. 3bis des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG, SR 837.0). Daher könne die Tätigkeit nicht als Beitragszeit angerechnet werden (act. G 3.1/1.3).

C.

C.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 28. August 2017. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin beantragt, der Einspracheentscheid vom 26. Juni 2017 sowie die Verfügung vom 5. Mai 2017 seien unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und der Beschwerdeführerin seien ab 17. Februar 2017 die gesetzlichen Leistungen der Arbeitslosenversicherung ohne Einstelltage auszurichten. Die Beschwerdeführerin lässt als Begründung im Wesentlichen vorbringen, dass die Einstellung nicht (primär) zur beruflichen und sozialen Integration erfolgt sei. Ihr damaliger Arbeitgeber sei vielmehr an der Arbeitsleistung interessiert gewesen. Die Beschäftigung der Beschwerdeführerin beim C.____ sei somit nicht unter Art. 23 Abs. 3bis AVIG zu subsumieren, womit die gesetzliche Beitragszeit erfüllt sei. Die Beschwerdeführerin sei damit zum Bezug von Arbeitslosentaggeld ab dem 17. Februar 2017 berechtigt (act. G 1).

C.b Die Beschwerdegegnerin beantragt mit der Beschwerdeantwort vom 26. September 2017 die Abweisung der Beschwerde und verweist zur Begründung auf den



St.Galler Gerichte

Einspracheentscheid vom 26. Juni 2017. Sie führt zur Ergänzung an, dass gemäss Personalreglement Personen, welche vom Trägerverein B.____ angestellt werden, auf Antrag der Geschäftsleitung durch den Vereinsvorstand gewählt würden. Zudem beziehe das Personal einen vertraglich festgelegten Jahreslohn. Beide Punkte würden bei der Beschwerdeführerin nicht vorliegen. Sie sei zur sozialen Integration eingestellt gewesen und der Lohn sei, zumindest teilweise, durch die öffentliche Hand finanziert worden. Die Beschäftigung falle somit unter die Norm von Art. 23 Abs. 3bis AVIG und die Tätigkeit im Restaurant C.____ könne nicht als Beitragszeit angerechnet werden (act. G 3).

C.c Die Verfahrensleitung des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen bewilligte mit Schreiben vom 4. Oktober 2017 das in der Beschwerde vom 28. August 2017 gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung durch RA lic. iur. Florian Németh (act. G 4).

D.

D.a In der Replik vom 21. Februar 2018 hält der Rechtsvertreter nochmals fest, dass die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen beim B.____ als Servicefachfrau im Restaurant C.____ angestellt gewesen sei, Arbeitsleistungen erbracht und dafür Lohn erhalten habe, von dem ALV-Beiträge abgezogen worden seien. Strittig sei vorliegend einzig, ob es sich dabei um eine Integrationsmassnahme gehandelt habe oder nicht (act. G 12).

D.b Die Beschwerdegegnerin bringt in der Duplik vom 2. März 2018 im Wesentlichen die gleichen Argumente vor, welche sie bereits im Einspracheentscheid und in der Beschwerdeantwort geltend gemacht hatte. Sie führt noch aus, dass auch bei einer von der öffentlichen Hand teilweise oder vollständig finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahme Personen eine Arbeitsleistung erbringen und dafür einen Lohn erhalten würden, der ALV-pflichtig sei. Dass die Beschwerdeführerin über den B.____ beim Restaurant C.____ als Serviceangestellte ihre Arbeit geleistet habe und dafür einen ALV-pflichtigen Lohn erhalten habe, belege daher kein Arbeitsverhältnis, welches einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung begründen würde (act. G 14).

Erwägungen



1.

Vorliegend umstritten und zu prüfen ist, ob es sich bei der Tätigkeit der Beschwerdeführerin für den Trägerverein B.____ um eine von der öffentlichen Hand finanzierte arbeitsmarktliche Massnahme handelt und die Beschwerdegegnerin zu Recht einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wegen ungenügender Beitragszeit verneint hat.

2.

2.1 Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG, SR 837.0) setzt der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter anderem voraus, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist. Die Beitragszeit hat nach Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Diese Beschäftigung muss nach konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung genügend überprüfbar sein (vgl. BGE 131 V 444, insb. E. 3.2.2 S. 451 mit Hinweisen).

2.2 Gemäss Art. 23 Abs. 3bis AVIG ist ein Verdienst, den eine Person durch Teilnahme an einer von der öffentlichen Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahme erzielt, nicht versichert. Ausgenommen sind Massnahmen nach den Art. 65 und 66a AVIG. Als arbeitsmarktliche Massnahme nach Art. 23 Abs. 3bis AVIG erster Satz gelten alle voll oder teilweise durch die öffentliche Hand finanzierten Integrationsmassnahmen (Art. 38 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [AVIV, SR 837.02]). Obwohl Art. 23 Abs. 3bis AVIG nach seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung lediglich die Ermittlung des versicherten Verdienstes beschlägt, gilt als unbestritten, dass eine Person durch eine Tätigkeit, welche unter diese Bestimmung fällt, auch keine Beitragszeit im Sinne von Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt (BGE 139 V 212 E. 3.3 S. 214).

2.3 Das AVIG will unter anderem bestehende Arbeitslosigkeit bekämpfen und die rasche und dauerhafte Eingliederung in den Arbeitsmarkt fördern (Art. 1a Abs. 2 AVIG).



Damit verfolgen die Organe der Arbeitslosenversicherung die gleichen Ziele wie Sozialbehörden, welche in ihrem Zuständigkeitsbereich Beschäftigungsprogramme organisieren. Solche Programme sollen stets dazu dienen, Stellensuchende wieder in den ersten Arbeitsmarkt zu integrieren. Art. 23 Abs. 3bis AVIG soll allerdings verhindern, dass Sozialbehörden Beschäftigungsprogramme nicht zur Wiedereingliederung der Stellensuchenden, sondern einzig zur Generierung von Beitragszeiten organisieren. Vor diesem Hintergrund erweist sich Art. 38 Abs. 1 AVIV, wonach alle voll oder teilweise durch die öffentliche Hand finanzierten Integrationsmassnahmen in den Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 3bis AVIG fallen, als gesetzeskonform (BGE 139 V 212 E. 4.1 S. 214 f. mit Hinweisen auf die Gesetzesmaterialien zu dem am 1. April 2011 in Kraft getretenen Art. 23 Abs. 3bis AVIG; vgl. dazu auch Entscheide des Versicherungsgerichtes vom 4. Januar 2012, AVI 2011/51, und vom 23. Januar 2012, AVI 2011/75). Für den Entscheid, ob eine Tätigkeit als Teilnahme an einer Integrationsmassnahme zu werten ist, ist nicht entscheidend, ob die ausgeübte Tätigkeit auch in der freien Wirtschaft nachgefragt wird. Entscheidend ist vielmehr der Zweck der Beschäftigung (BGE 139 V 212 E. 4.2 S. 215).

3.

3.1 Im Folgenden ist zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin für den Trägerverein B.____ verrichtete Tätigkeit eine arbeitsmarktliche Massnahme im Sinn von Art. 23 Abs. 3bis AVIG darstellt.

3.2 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, dass gemäss Schreiben des B.____ vom 21. Juni 2017 (act. G 3.1/1.4) die Beschwerdeführerin in Absprache mit dem Sozialamt angestellt worden sei und dass die Einstellung der sozialen Integration der Beschwerdeführerin gedient habe. Sie sei nicht als reguläre Angestellte beim B.____ tätig gewesen. Dafür hätte sie gemäss Art. 6 des Personalreglements auf Antrag der Geschäftsleitung durch den Vereinsvorstand gewählt werden müssen und nach Art. 19 des Personalreglements einen vertraglich festgelegten Jahreslohn erzielen müssen. Die Beschwerdeführerin sei aber als teilzeitliche Aushilfe auf Abruf im Stundenlohn angestellt gewesen (act. G 3 und G 14). Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, es stelle sich vorliegend die Frage, ob der Arbeitgeber in erster Linie an der Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin interessiert gewesen sei oder ob er ihre



St.Galler Gerichte

berufliche und soziale Integration habe fördern wollen. So sei vom Bruttolohn der Beschwerdeführerin jeweils der Abzug für die Arbeitslosenversicherung gemacht worden (act. G 3.1/1.12). Zudem sei die Beschwerdeführerin mit Fr. 24.-- pro Stunde marktgerecht entlohnt worden. Weiter habe sie an zwei Tagen Probearbeiten verrichten müssen. D.____, Chef des Restaurants C.____, habe sie daraufhin eingestellt. Dies belege, dass bei der Anstellung die Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin im Zentrum gestanden sei. Ihre Beschäftigung habe nichts mit einer Integrationsmassnahme zu tun gehabt.

3.3 Dem Trägerverein B.____ gehören alle 77 St. Galler Gemeinden an. Der B.____ bezweckt die Förderung der beruflichen Qualifikation in der Gastronomie, im Pflegebereich und weiteren zweckmässigen Arbeitsfeldern insbesondere für Personen, welche auf dem Arbeitsmarkt Qualifikationsprobleme haben, in der Berufswahlfindung sind und Schwierigkeiten in der Berufsintegration haben. Das Restaurant C.____, in welchem die Beschwerdeführerin als Aushilfe-Servicefachfrau gearbeitet hatte, ist ein Betrieb des B.____ (act. G 3.1/1.6), wobei es sich um einen gastronomischen Lernbetrieb handelt (vgl. Geschäftsbericht 2017 VS GP/B.____, S. 14). Gemäss Internetauftritt des Restaurants C.____ erbringen die Mitarbeitenden sämtliche Dienstleistungen der Gastronomie im Bereich Küche, Service und Back-Office. Mit dem Restaurant werden zugleich begleitete Ausbildungs- und Qualifikationsplätze geschaffen mit dem Ziel, persönliche wie auch arbeitsmarktrelevante Kompetenzen zu fördern. Die Kombination von praktischen Tätigkeiten und Theorie am Ausbildungsplatz soll individuelles und praxisbezogenes Lernen ermöglichen.

3.4 Die Beschwerdeführerin war gemäss Anstellungsvertrag vom 25. März 2015 beim B.____ angestellt. Sie arbeitete als Servicefachfrau im Restaurant C.____. Als Stundenlohn waren Fr. 24.-- brutto vereinbart, wobei sie als Aushilfe keinen Anspruch auf garantierte Arbeitsstunden hatte (act. G 3.1/1.11 und 1.14). E.____ vom B.____ bestätigte auf schriftliche Anfrage der Beschwerdegegnerin im Schreiben vom 21. Juni 2017, dass die Einstellung der Beschwerdeführerin beim B.____ zur sozialen Integration erfolgt sei (act. G 3.1/1.4 und 1.5). Dass E.____, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht wurde, in Bezug auf diese Aussage offensichtlich einem Irrtum unterlegen sei, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Auch wenn F.____ vom Sozialamt G.____ in ihrer E-Mail vom 27. Juli 2017 festhält, dass die Beschwerdeführerin beim Trägerverein



als Festangestellte tätig gewesen sei (act. G 1.1/12), kann daraus nicht geschlossen werden, die Anstellung sei eine Beschäftigung auf dem freien Arbeitsmarkt gewesen. Die Beschäftigung als Aushilfe im Service im Restaurant C.____ deckt sich mit der Zielsetzung des B.____ und des von diesem geführten Betriebes, die berufliche Qualifikation in der Gastronomie zu fördern, insbesondere für Personen, welche auf dem Arbeitsmarkt Qualifikationsprobleme haben, in der Berufswahlfindung sind und Schwierigkeiten in der Berufsintegration haben. Dies spricht dafür, dass es sich um eine Beschäftigung handelte, die unter den Begriff der Integrationsmassnahme im Sinne von Art. 38 Abs.1 AVIV beziehungsweise der arbeitsmarktlichen Massnahme im Sinne von Art. 23 Abs. 3bis AVIG fällt.

3.5 Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt, erbringen Personen auch bei einer von der öffentlichen Hand teilweise oder vollständig finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahme eine Arbeitsleistung und erhalten dafür einen Lohn, der ALV-pflichtig ist. Die Tatsache, dass vom Bruttolohn der Beschwerdeführerin jeweils der Abzug für die Arbeitslosenversicherung gemacht worden ist, steht der Qualifikation dieser Tätigkeit als Integrationsmassnahme im Sinne von Art. 38 Abs.1 AVIV beziehungsweise arbeitsmarktliche Massnahme im Sinne von Art. 23 Abs. 3bis AVIG nicht entgegen (AVIG-Praxis AMM Rz A86). Auch aus dem Lohnniveau lässt sich nichts für den Standpunkt der Beschwerdeführerin ableiten.

3.6 Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 3bis AVIG ist, dass die Integrationsmassnahme voll oder teilweise durch die öffentliche Hand finanziert wird (Art. 38 Abs. 1 AVIV). Zu prüfen bleibt damit, ob die von der Beschwerdeführerin vom 1. August 2015 bis 31. Januar 2017 in einem Betrieb des B.____ erbrachten Arbeiten durch die öffentliche Hand mitfinanziert wurden.

3.7 In den Schreiben des B.____ vom 12. und 21. Juni 2017 wird bestätigt, dass der B.____ durch die St. Galler Gemeinden finanziert wird. Die Betriebe, unter anderem auch das Restaurant C.____, werden vom B.____ geführt und gefördert durch die Bereitstellung von finanziellen Mitteln, Unterstützung und Beratung sowie Vernetzung mit den verschiedenen Akteuren im politischen, wirtschaftlichen und verwaltungstechnischen Bereich. Ebenfalls wird bestätigt, dass der Lohn an die Beschwerdeführerin durch den B.____ vergütet worden sei. Er werde durch die Einnahmen aus dem Restaurantbetrieb



sowie durch die Einnahmen der Schulgelder aus den Qualifizierungsprogrammen im Restaurant finanziert (act. G 3.1/1.4 und 1.6). Ausserdem sei die Beschwerdeführerin in Absprache mit dem Sozialamt H.____ als Aushilfe im Stundenlohn ohne garantierte Arbeitsstunden angestellt gewesen (act. G 3.1/1.4), was auch die Beschwerdeführerin selbst in einem Schreiben, welches am 3. März 2017 bei der Beschwerdegegnerin einging, bestätigte (G 3.1/1.13). Gemäss Anstellungsvertrag vom 25. März 2015 war die Beschwerdeführerin beim B.____ angestellt und arbeitete als Servicefachfrau im Restaurant C.____, das vom B.____ geführt wird (act. G 3.1/1.11 und 1.14). Aufgrund der Ausführungen des B.____ steht fest, dass die von der Beschwerdeführerin vom 1. August 2015 bis 31. Januar 2017 im Betrieb des B.____ erbrachten Arbeiten zumindest teilweise durch die öffentliche Hand mitfinanziert wurden.

4.

4.1 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beschäftigung der Beschwerdeführerin als Servicefachfrau im Restaurant C.____ als eine von der öffentlichen Hand mindestens teilweise finanzierte arbeitsmarktliche Massnahme zu qualifizieren ist. Infolgedessen wird die gesetzlich erforderliche Beitragszeit nicht erfüllt und es besteht kein Anspruch auf Arbeitslosentschädigung. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

4.2 Für das Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]).

5.

Der Beschwerdeführerin wurde die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt (act. G 4). Der Staat ist demzufolge zu verpflichten, für die Kosten der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin aufzukommen. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der 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 pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr.



St.Galler Gerichte

12'000.--. In der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit würde mit Blick auf vergleichbare Fälle eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- angemessen erscheinen. Um einen Fünftel gekürzt ergäbe dies einen Betrag von Fr. 2'400.-- (Art. 31 Abs. 3 des st. gallischen Anwaltsgesetzes [sGS 963.70]). Am 22. Februar 2018 reichte RA lic. iur. Florian Németh eine Honorarnote mit gekürztem Stundenansatz in Höhe von Fr. 2'531.40 ein (act. G 12.1). Der geltend gemachte Aufwand erscheint ausgewiesen. Die Honorarnote ist zudem nicht wesentlich höher als der Pauschalbetrag von Fr. 2'400.--, so dass darauf abzustellen und der Staat zu verpflichten ist, den Rechtsvertreter mit Fr. 2'531.40 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

6.

Wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beschwerdeführerin es gestatten, kann sie jedoch zur Nachzahlung der Auslagen für die Vertretung verpflichtet werden (Art. 123 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272] i.V.m. Art. 99 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRP; sGs 951.1]).

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Staat entschädigt den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zufolge unentgeltlicher Rechtsverteistandung mit Fr. Fr. 2'531.40 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuern).