



Fall-Nr.: AVI 2007/30
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 10.03.2020
Entscheiddatum: 12.09.2007

Entscheid Versicherungsgericht, 12.09.2007

Art. 24 Abs. 3 AVIG. Die Anrechnung einer Motivationsentschädigung im Rahmen einer therapeutischen Massnahme zur Wiedererlangung und Erhaltung der Arbeitsvermittlungsfähigkeit bei einer sozialtherapeutischen Stiftung, die bereits vor Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung begonnen wurde, widerspricht der Zielrichtung des berufs- und ortsüblichen Verdienstes von Art. 24 Abs. 3 sowie Zweck des AVIG gemäss Art. 1a Abs. 2 AVIG (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. September 2007, AVI 2007/30).

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichter Joachim Huber; Gerichtsschreiberin Iris Scherer

Entscheid vom 12. September 2007

In Sachen

C.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Edwin Bigger, Rechtsagent, Sonnenbühlstrasse 3, 9200 Gossau,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Arbeitslosenentschädigung (Zwischenverdienst)

hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.

A.- a) C.____, geboren 1983, meldete sich am 13. September 2006 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) St. Gallen zur Arbeitsvermittlung an und reichte am 19. September 2006 den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 13. September 2006 ein (act. G 3.2/2 und G 3.2/4). Mit einem ausführlichen Schreiben vom 27. September 2006 orientierte das Sozialamt Gossau das RAV St. Gallen und die Kantonale Arbeitslosenkasse über die persönliche Situation des Versicherten. Das Sozialamt wies u.a. darauf hin, dass der Versicherte in einem Beschäftigungsprogramm bei der Stiftung A.____ tätig sei und einen symbolischen Lohn von Fr. 5.-- in der Stunde erhalte. Dabei handle es sich aber nicht um eine Erwerbstätigkeit, sondern um einen arbeitstherapeutischen Einsatz zur Wiedererlangung der Vermittlungsfähigkeit. Es sei dem Versicherten möglich, das Projekt bei einer Anstellung im freien Arbeitsmarkt sofort zu beenden (act. G 3.1/8). Mit Verfügung vom 14. Dezember 2006 lehnte die Kantonale Arbeitslosenkasse (Kasse) den Antrag ab, da für die Zeit ab Antragstellung kein Verdienstausschlag bestehe. Der Verdienst sei durch Festsetzung eines orts- und branchenüblichen Lohns in Höhe von Fr. 24.05 ermittelt worden, welcher mit der Anzahl der gearbeiteten Stunden multipliziert worden sei. Der Versicherte habe in den Monaten September und Oktober 2006 bei der Stiftung A.____ einen Verdienst von Fr. 1'978.10 (vom 13. bis 30. September 2006) und von Fr. 3'835.95 (im Oktober 2006) erzielt. Damit übersteige das Einkommen die mögliche Arbeitslosenentschädigung von 80% des versicherten Verdienstes, der Fr. 2'993.-- (pro Monat) betrage (act. G 3.1/35).

b) Mit Verfügung vom 19. Januar 2007 lehnte die Kasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung auch für die Zeit ab dem 1. November 2006 ab, da kein Verdienstausschlag bestehe. Das im November 2006 erzielte Einkommen bei der Stiftung A.____ von Fr. 3'655.60 übersteige die mögliche Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.2/19).



B.- a) Gegen die Verfügung vom 14. Dezember 2006 liess der Versicherte am 26. Januar 2007 Einsprache erheben und die Aufhebung der Verfügung vom 14. Dezember 2006 sowie die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung für die kontrollierten Ausfalltage im Zeitraum vom 13. September bis 31. Oktober 2006 beantragen, unter Kostenfolge mit Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung (act. G 3.1/37). Mit Entscheid Nr. 2007/14 vom 16. Februar 2007 lehnte die Kasse die Einsprache ab. Aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen und der Kreisschreiben müsse dem Versicherten ein orts- und branchenüblicher Lohn für seine Tätigkeit bei der Stiftung A.____ angerechnet werden, obwohl es sich bei der Stiftung um eine soziale Einrichtung handle. Weder im Gesetz noch im Kreisschreiben seien Sonderbestimmungen für solche Tätigkeiten vorgesehen. Deshalb müssten auch solche Tätigkeiten als normale Zwischenverdienste angesehen und ebenso behandelt werden wie ein Zwischenverdienst in der freien Wirtschaft (act. G 1.1).

b) Auch gegen die Verfügung vom 19. Januar 2007 liess der Versicherte am 14. Februar 2007 Einsprache führen (act. G 3.2/24) und die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung für die kontrollierten Ausfalltage im Zeitraum vom 1. bis 30. November 2006 beantragen. Mit denselben Gründen lehnte die Kasse die Einsprache mit Entscheid Nr. 2007/27 vom 16. Februar 2007 ab (act. G 1.2).

C.- a) Am 15. März 2007 lässt der Versicherte Beschwerde führen und die Aufhebung beider Einspracheentscheide sowie die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung für die kontrollierten Ausfalltage im Zeitraum vom 13. September 2006 bis 30. November 2006 beantragen, unter Kostenfolge sowie mit Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Anrechnung eines Zwischenverdienstes sei, dass der Versicherte unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sei. Dies treffe im vorliegenden Fall aber nicht zu. Zum einen liege kein ordentlicher auf Erwerb ausgerichteter Einzelarbeitsvertrag im ersten Arbeitsmarkt vor. Zum anderen handle es sich bei der Beschäftigung des Beschwerdeführers durch die Stiftung A.____ nicht um eine unselbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 24 Abs. 1 AVIG. Denn der Beschwerdeführer sei nachweislich arbeits- und vermittlungsunfähig gewesen, und es habe ihm auch die vollständige Invalidisierung aufgrund seiner schweren psychischen Erkrankung gedroht. Das Sozialamt Gossau habe ihm deshalb angeboten, an einem



therapeutisch ausgerichteten Eingliederungs- und Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, damit er in einem geschützten Rahmen sukzessive an die im ersten Arbeitsmarkt verlangten Arbeitsleistungen, Arbeitsrhythmus und –ausdauer herangeführt werden könne und mittelfristig wieder die Arbeits- und Vermittlungsfähigkeit für den ersten Arbeitsmarkt erreiche. Das Programm ziele gleichzeitig darauf ab, eine drohende vollständige und chronifizierte Invalidisierung zu vermeiden. Der Beschwerdeführer nehme an diesem Programm nur teil, um die Arbeits- und Vermittlungsfähigkeit sowie eine Verbesserung und Stabilisierung seiner psychischen Gesundheit zu erreichen und in der Folge bessere Chancen für die Vermittlung auf dem ersten Arbeitsmarkt zu haben. Dank diesem Programm sei er heute in der Lage, eine arbeitsmarktliche Massnahme im Rahmen des AVIG durchzustehen. Damit habe erstmals vermieden werden können, dass er eine Eingliederungsmassnahme infolge psychischer Überlastung vorzeitig abbreche. Schliesslich habe dieses Programm auch zur Verbesserung seiner psychischen Befindlichkeit, zur Stärkung seines Selbstwertgefühls und damit zu einer deutlichen Stabilisierung seines Gesundheitszustandes beigetragen. Damit stehe fest, dass es sich im massgeblichen Zeitraum um eine reine Beschäftigungs- bzw. Arbeitstherapie zur Rehabilitation und Wiedereingliederung gehandelt habe, womit nicht von einem Einzelarbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 OR bzw. einem Zwischenverdienst nach Art. 24 Abs. 1 AVIG auszugehen sei. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass eine Motivationsentschädigung von Fr. 5.-- pro Stunde ausgerichtet werde. Denn der Zweck bestehe nur in der Schaffung eines Anreizes zur sozialen und beruflichen Eingliederung und nicht in der Abgeltung der Arbeitsleistung. Im Ergebnis liege beim vorliegenden Beschäftigungsprogramm weder ein Arbeitsverhältnis noch ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis vor. Daher sei die von der Kasse vorgenommene Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gestützt auf einen berufs- und ortsüblichen Lohn nicht zulässig oder angemessen. Im Weiteren sei zu berücksichtigen, dass es sich bei der Stiftung um eine gemeinnützige Non-Profit-Organisation handle, die nur Beschäftigungen in Tätigkeitsgebieten anbieten könne, wo sie die freie Wirtschaft nicht konkurrenzieren und sich der erste Arbeitsmarkt gar nicht betätige. Insofern könne es auch keinen berufs- oder ortsüblichen Lohn für diese Tätigkeit geben, handle es sich doch um eine Beschäftigung im zweiten (geschützten) Arbeitsmarkt und nicht im ersten. Ausserdem sei der Beschwerdeführer zu Beginn dieses Einsatzes arbeits- und



vermittlungsunfähig gewesen und habe über Monate an das übliche Leistungsvermögen und die erforderliche Arbeitsausdauer herangeführt werden müssen. Er habe eine intensive Begleitung und Förderung durch das Personal der Stiftung benötigt, was in einem normalen Betrieb bzw. an einem Arbeitsplatz im ersten Arbeitsmarkt nicht möglich wäre. Auch deshalb lasse sich die Annahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit sowie die hypothetische Aufrechnung eines berufs- und ortsüblichen Zwischenverdienstes nicht rechtfertigen (act. G 1).

b) Mit Beschwerdeantwort vom 26. März 2007 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Werde im Zwischenverdienst kein berufs- und ortsüblicher Lohn ausgerichtet, so habe sie für die betreffende Tätigkeit eine Aufrechnung vorzunehmen und zwar ab Beginn einer Zwischenverdiensttätigkeit. Dies gelte, gemäss seco-Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung von 2007, selbst dann, wenn in den ersten Monaten noch kein Einkommen erzielt werde. Somit müsse ein orts- und branchenüblicher Lohn von Fr. 24.05 angerechnet werden. Dieser bemesse sich aufgrund des Branchenbuchs des Kantons Aargau für eine Hilfskraft im Bereich Abfallbeseitigung und -entsorgung (act G 3).

c) Mit Verfügung vom 11. April 2007 bewilligt die Abteilungsvizepräsidentin die unentgeltliche Rechtsverteidigung durch den Rechtsvertreter für das Verfahren vor Versicherungsgericht (act. G 4).

d) Der Beschwerdeführer hält mit Replik vom 25. April 2007 an seinen Ausführungen fest und beantragt eventualiter die Rückweisung der Sache zur Prüfung der nachträglichen und rückwirkenden Bewilligung der Beschäftigung bei der Stiftung A.____ ab dem 13. September 2006 als arbeitsmarktliche Massnahme. Die Ausführungen der Beschwerdegegnerin bestreite er. Insbesondere weise er daraufhin, dass nicht nur in der Invalidenversicherung, sondern auch in der Arbeitslosenversicherung der beruflichen Wiedereingliederung der versicherten Person ein hoher Stellenwert zukomme. Auch in der Arbeitslosenversicherung habe eine rasche und nachhaltige Wiedereingliederung Vorrang vor dem reinen Erwerbsersatz. Im vorliegenden Fall war und sei auch heute noch für die Arbeitslosenkasse klar, dass er nur mit Hilfe einer arbeitsmarktlichen Massnahme wieder nachhaltig in den ersten Arbeitsmarkt eingegliedert werden könne und er dafür eine geregelte Beschäftigung mit



entsprechender Unterstützung und Förderung benötige, wie er sie bei der Stiftung erhalte. Für ihn seien weder Umschulungs- noch Weiterbildungsmaßnahmen zur Diskussion gestanden, weshalb auch die Beschwerdegegnerin seine Beschäftigung bei der Stiftung mit Wirkung ab 1. Dezember 2006 als arbeitsmarktliche Massnahme bewilligt habe, die auch heute noch andauere. Daher sei es unverständlich, weshalb dieselbe Beschäftigung bei der gleichen sozialen Einrichtung in der Zeit unmittelbar zuvor als auf Erwerb ausgerichteter Zwischenverdienst gelten solle.

e) Die Beschwerdegegnerin verzichtet mit Schreiben vom 3. Mai 2007 auf eine Duplik.

II.

1.- Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das eine arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt (Art. 24 Abs. 1 AVIG). Die versicherte Person hat innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalls für Tage, an denen sie einen Zwischenverdienst erzielt (Art. 24 Abs. 2 Satz 1 AVIG). Als Verdienstausfall gilt gemäss Art. 24 Abs. 3 AVIG die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst. Erzielt die versicherte Person in einer Kontrollperiode einen Zwischenverdienst, der nicht dem berufs- und ortsüblichen Ansatz entspricht, führt dies nicht zum Dahinfallen des Anspruchs auf Differenzausgleich. Vielmehr wird der von der versicherten Person erzielte effektive Lohn in masslicher Hinsicht bis zu dem als berufs- und ortsüblich zu qualifizierenden Ansatz angehoben, und es erfolgt auf dieser Grundlage ein Differenzausgleich (BGE 120 V 253 E. 5e; ARV 2002 Nr. 13 S. 109 E. 2 mit Hinweisen; vgl. auch ALV-Praxis 1998/1 Blatt 18/14 und Blatt 44).

2.- a) Aufgrund der vorliegenden Akten steht fest, dass das Sozialamt Gossau dem Beschwerdeführer zur Wiedererlangung der Arbeitsvermittlungsfähigkeit, mit dem Endziel der Wiedereingliederung in den ordentlichen Arbeitsmarkt, eine Stelle im Beschäftigungsprogramm der Stiftung A.____ ermöglichte. Dazu übernahm das Sozialamt Betreuungskosten von Fr. 3.80 pro Stunde (Vereinbarung zwischen dem Sozialamt der Stadt Gossau und dem Beschwerdeführer vom 20. Juli 2006, act. G



3.1.37, Beilage). Im Gegenzug verpflichtete sich der Beschwerdeführer unter anderem, sich weiterhin um Arbeit zu bemühen sowie regelmässig mit dem RAV St. Gallen zwecks Stellenvermittlung in Kontakt zu bleiben sowie bei den Bemühungen des Sozialamtes um eine Integration in den ordentlichen Arbeitsmarkt nach Kräften mitzuwirken. Dies führte dazu, dass am 18. September 2006 schliesslich der befristete Vertrag zwischen Stiftung und Beschwerdeführer in einen unbefristeten umgewandelt wurde (act. G 3.1/5).

b) Bei der Stiftung A.____ handelt es sich um eine sozialtherapeutische Einrichtung, die sich aus Erträgen der Betriebe, Spenden und Subventionen finanziert. Mit dem Bundesamt für Sozialversicherungen bestehen Tarifverträge. Die Stiftung bietet Therapieplätze mit interner Wohnmöglichkeit sowie Arbeitsplätze im alternativen Arbeitsmarkt an. Ziel aller Betriebe der Stiftung ist das Bereitstellen von Arbeitsplätzen für Menschen, welche aus verschiedensten Gründen keinen regulären Arbeitsplatz finden.

c) Gemäss Diagnose von Dr. med. B.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 21. Februar 2006 leidet der Beschwerdeführer an Dysthymia (F34.1). Nach eigenen Aussagen wurde er von seinem RAV-Personalberater im April 2006 als nicht vermittlungsfähig beurteilt. Im Juli 2006 begann er zur Wiedererlangung der Arbeitsvermittlungsfähigkeit bei der Stiftung A.____ als Mitarbeiter der Entsorgungsstelle/Recycling D.____ (act. G 3.1/19), wobei er eine Entschädigung von Fr. 5.-- /Std. erhielt. Am 13. September 2006 meldete er sich beim RAV zur Arbeitsvermittlung und am 19. September 2006 zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern an.

d) Die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab dem 13. September 2006 ist unbestritten und deshalb nicht zu prüfen. Der Beschwerdeführer hat mit der Stiftung A.____ einen Vertrag geschlossen, den die beiden Vertragsparteien als Arbeitsvertrag bezeichnen. Der Beschwerdeführer verpflichtet sich zur Mitarbeit im D.____. Im Gegenzug erhält er eine Entschädigung von Fr. 5.-- pro Stunde. Abgezogen von der Entschädigung werden AHV/IV/EO und ALV-Beiträge (act. G 3.1.3). Der Vertrag weist sämtliche Elemente eines Arbeitsvertrags auf, auch wenn es sich um eine Tätigkeit in einem geschützten Rahmen mit entsprechend tiefem Entgelt, also um eine



Integrationsmassnahme im zweiten Arbeitsmarkt, handelt. Wie bereits ausgeführt, gilt jedes Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das eine arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt, als Zwischenverdienst (Art. 24 Abs. 1 AVIG). Zur Anrechnung eines Zwischenverdienstes werden also nur eine Tätigkeit und ein Entgelt als Gegenleistung vorausgesetzt. Dass mit der Ausrichtung des Entgelts auch die Motivation zur Arbeit gestärkt werden soll, ändert am Lohncharakter nichts. Somit ist bei der Berechnung des Taggeldes das bei der Stiftung A.____ erzielte Entgelt als Zwischenverdienst zu berücksichtigen.

3.- a) Wird ein Zwischenverdienst unüblich tief entlohnt, so muss – wie bereits ausgeführt – bei der Berechnung des Verdienstaufschlags von einem berufs- und ortsüblichen Lohn ausgegangen werden. Mit dem Kriterium der Berufs- und Ortsüblichkeit gemäss Art. 24 Abs. 3 AVIG soll unüblich tiefer Honorierung von Zwischenverdienstarbeiten entgegengetreten werden, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinn eines Lohndumpings einen zu niedrigen Lohn vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen. Ausserdem soll verhindert werden, dass auf Kosten der Arbeitslosenversicherung Betriebe und Arbeitsplätze bestehen, die ansonsten in der freien Wirtschaft, d.h. im ersten Arbeitsmarkt, nicht überlebensfähig wären. Eine berufsübliche Entlohnung bedeutet, dass die versicherte Person, die auf ihrem erlernten Beruf einen Zwischenverdienst ausübt, wie eine ausgebildete Person dieses Berufs normal bezahlt wird. Bei ungelernten Tätigkeiten sind branchenübliche Durchschnittslöhne heranzuziehen (BGE 129 V 104, BGE 120 V 245 E. 3c, 252 E. 5e, 513 E. 8e). Die berufs- und ortsübliche Entlohnung kann unter anderem aufgrund von Lohnstatistiken und Gesamtarbeitsverträgen festgestellt werden (vgl. Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung des seco, Januar 2007, Rz. C194).

b) Vorliegend kann nicht von einer Entlohnung unter dem Niveau der Orts- und Berufsüblichkeit bzw. von einem Sachverhalt der Lohndrückerei zu Lasten der Arbeitslosenversicherung ausgegangen werden. Vielmehr hat der Beschwerdeführer die Stelle im Rahmen einer therapeutischen Behandlung zur Wiedereingliederung angetreten und nach Anmeldung bei der Arbeitslosenkasse zum Bezug von Taggeldern beibehalten, um seine inzwischen wieder erlangte Vermittlungsfähigkeit zu stärken und auf dem regulären Arbeitsmarkt eine Stelle zu finden. Die Beschäftigung umfasste denn



auch einen Betreuungsanteil. Mit einer Anstellung des Beschwerdeführers bei der sozialtherapeutischen Einrichtung wird kein Arbeitsplatz im ersten Arbeitsmarkt auf Kosten der Arbeitslosenversicherung erhalten. Auch besteht zwischen den Vertragsparteien keinerlei Absicht auf Lohndumping. Die Beschwerdegegnerin hat die Beschäftigung denn auch am 5. Januar 2007 als arbeitsmarktliche Massnahme mit Wirkung ab dem 1. Dezember 2006 anerkannt (act. G. 10.2). Es ist unter den konkreten Umständen nicht davon auszugehen, dass die Arbeit im hier massgebenden Zeitraum vom 13. September bis 30. November 2006 unter ihrem Wert und insoweit unüblich tief abgegolten wurde. Die Aufrechnung eines hypothetischen Zwischenverdienstes hat somit zu unterbleiben.

4.- a) Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde dahingehend gutzuheissen, dass die Einspracheentscheide vom 16. Februar 2007 aufgehoben werden und die Sache zur Festsetzung der Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 13. September bis 30. November 2006 unter Anrechnung des tatsächlich erzielten Zwischenverdienstes an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird.

b) Gerichtskosten sind aufgrund von Art. 61 ATSG keine zu erheben. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdegegnerin dem obsiegenden Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Praxisgemäss erübrigt sich damit die Festsetzung einer Entschädigung für die unentgeltliche Rechtsverteidigung.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

1. Die Beschwerde wird dahingehend gutgeheissen, dass die Einspracheentscheide vom 16. Februar 2007 aufgehoben werden und die Sache zur Festsetzung der Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 13. September bis 30. November 2006 im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.



3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.