



Fall-Nr.: AVI 2011/46, 2011/51
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 04.01.2012
Entscheiddatum: 04.01.2012

Entscheid Versicherungsgericht, 04.01.2012

Art. 37 Abs. 4 ATSG; Art. 23 Abs. 3bis AVIG; Art. 38 AVIV. Auslegung von Art. 23 Abs. 3bis AVIG und Art. 38 AVIV. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei einer Stiftung fällt unter den Begriff der arbeitsmarktlichen Massnahmen im Sinn von Art. 23 Abs. 3bis AVIG und wird ab dem 1. April 2011 nicht mehr als Beitragszeit berücksichtigt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. Januar 2012, AVI 2011/46 und 2011/51).

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg-Haltinner, Versicherungsrichterin Marie Löhner,
a.o. Versicherungsrichter Christian Zingg; a.o. Gerichtsschreiberin Beatrice Rohner

Entscheid vom 4. Januar 2012

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Markus Fässler, Unterer Graben 1, 9001 St.
Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Arbeitslosenentschädigung (Beitragszeit) und unentgeltliche Rechtsverteiständung im Einspracheverfahren

Sachverhalt:

A.

A.a A.____ meldete sich am 29. April 2011 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Heerbrugg zur Arbeitsvermittlung an und beanspruchte ab 1. Juni 2011 Arbeitslosenentschädigung (act. G^{2011/46} 3.1/5 und 9). Mit Verfügung vom 16. Mai 2011 wies die Kantonale Arbeitslosenkasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab. Die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung seien nicht erfüllt, weil der Versicherte in der Rahmenfrist für die Beitragszeit nicht genügend Arbeitnehmertätigkeiten nachweisen und auch keinen Befreiungsgrund geltend machen könne. Der Versicherte sei vom 1. Juni 2010 bis 31. März 2011 bei der Stiftung X.____ (nachfolgend: Stiftung) als Arbeitnehmer tätig gewesen, was einer Beitragszeit von zehn Monaten entspreche. Ein Verdienst, der im Rahmen einer durch die öffentliche Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahme erzielt werde, gelte seit dem 1. April 2011 nicht mehr als versichert (act. G^{2011/46} 3.1/13). Die Stiftung stellte am 23. Mai 2011 eine Arbeitgeberbescheinigung aus. Der Versicherte sei vom 1. Juni 2010 bis am 31. Mai 2011 als Betriebsmitarbeiter im Z.____ bei ihr in einem befristeten Arbeitsverhältnis tätig gewesen (act. G^{2011/46} 3.1/14).

A.b Der Rechtsvertreter des Versicherten erhob am 14. Juni 2011 Einsprache gegen die Verfügung vom 16. Mai 2011 mit dem Antrag, dem Versicherten sei mit Wirkung ab 1. Juni 2011 Arbeitslosenentschädigung zuzusprechen; unter Kosten und Entschädigungsfolge. Zudem sei dem Versicherten ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. Der Versicherte sei bedürftig, das Verfahren nicht aussichtslos und eine Vertretung notwendig. Die Arbeitsstelle des Versicherten bei der Stiftung sei keine arbeitsmarktliche Massnahme gewesen. Die Beitragszeit sei somit erfüllt (act. G^{2011/46} 3.1/17).

A.c Die Kantonale Arbeitslosenkasse wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteiständung mit Verfügung vom 15. Februar 2011 (richtig beziehungsweise



St.Galler Gerichte

Postaufgabe: 22. Juni 2011) ab. Das Verfahren sei von vornherein aussichtslos (act. G^{2011/46} 3.1/19).

A.d Mit Einspracheentscheid vom 14. Juli 2011 wies die Beschwerdegegnerin die Einsprache vom 14. Juni 2011 ab. Zur Begründung brachte sie vor, der Beschwerdeführer sei bei der Stiftung in einem speziellen Beschäftigungsprogramm angestellt gewesen, welches auf die Wiedererlangung einer Rahmenfrist für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet gewesen wäre. Aus dem Arbeitsvertrag ergebe sich zusätzlich eine Finanzierung durch die öffentliche Hand. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers im alternativen Arbeitsmarkt falle unter den Begriff der arbeitsmarktlichen Massnahmen und der erzielte Verdienst sei nicht versichert (act. G^{2011/46} 3.1/23).

B.

B.a Gegen die Verfügung vom 15. Februar 2011/22. Juni 2011 betreffend unentgeltliche Rechtsverteidigung richtet sich die vom Rechtsvertreter des Versicherten erhobene Beschwerde vom 6. Juli 2011. Er beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Für das Beschwerdeverfahren stellte er ebenfalls ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung. Der Beschwerdeführer habe über einen üblichen Arbeitsvertrag verfügt. Es habe keine Vertragsbeziehung zwischen ihm und der öffentlichen Hand bestanden. Die Stiftung sei weisungsbefugt und vollumfänglich haftbar gewesen. Folglich habe es sich nicht um eine arbeitsmarktliche Massnahme gehandelt. Zudem hätte der Beschwerdeführer nicht über einen Anspruch auf die Teilnahme an arbeitsmarktlichen Massnahmen verfügt. Es handle sich auch nicht um eine Integrationsmassnahme. Mit dem Arbeitsverhältnis von zwölf Monaten habe der Beschwerdeführer offensichtlich sämtliche Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosentaggeld erfüllt. Eine prozessuale Aussichtslosigkeit sei nicht gegeben (act. G^{2011/46} 1).

B.b Gegen den Einspracheentscheid vom 14. Juli 2011 richtet sich die vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers erhobene Beschwerde vom 25. Juli 2011. Er



St.Galler Gerichte

beantragt, der Einspracheentscheid sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei mit Wirkung ab 1. Juni 2011 Arbeitslosenentschädigung zuzusprechen; unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Es sei dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren. Der Beschwerdeführer sei direkt von der Stiftung entschädigt worden und nicht von der öffentlichen Hand. Die Stiftung führe zwar anerkannte arbeitsmarktliche Massnahmen durch, doch sei der Beschwerdeführer nicht in einem derartigen Projekt tätig gewesen, sondern in einem sogenannten Ausgesteuerten-Betrieb. Seine Tätigkeit bei der Stiftung sei nicht dem alternativen Arbeitsmarkt zuzuordnen. Es handle sich um eine private, nicht gewinnorientierte Stiftung, die sich zum Ziel gesetzt habe, ausgesteuerte Personen für den Arbeitsalltag in der Wirtschaft wieder interessant zu machen (act. G^{2011/51} 1).

B.c Mit Beschwerdeantwort vom 5. September 2011 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerden und die Vereinigung der beiden Verfahren. Hinsichtlich des Sachverhalts und der Begründung verweist sie auf die Verfügung vom 14. Februar/22. Juni 2011 und den Einspracheentscheid vom 14. Juli 2011 (act. G^{2011/51} 3).

B.d Mit Schreiben vom 26. September 2011 teilt der Beschwerdeführer mit, er halte am Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung in den beiden Beschwerdeverfahren nicht fest. Gegen die geplante Vereinigung der Verfahren erwachse keine Opposition (act. G^{2011/51} 7).

Erwägungen:

1.

Die Beschwerdegegnerin beantragt die Vereinigung der Verfahren AVI 2011/46 und AVI 2011/51. Da beiden Verfahren derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt, dieselben Parteien an den Verfahren teilnehmen und die unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren mit dem Hauptverfahren betreffend Arbeitslosenentschädigung in sachlich engem Zusammenhang steht, rechtfertigt es sich, die Verfahren zu vereinigen



und in einem einzigen Urteil zu erledigen (vgl. BGE 128 V 124 E. 1 und 128 V 192 E. 1, je mit Hinweisen).

2.

2.1 Streitig und im vorliegenden Verfahren zu prüfen ist, ob für das Einspracheverfahren ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung bestand.

2.2 Gemäss Art. 37 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) wird der gesuchstellenden Person im Sozialversicherungsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt, wo die Verhältnisse es erfordern. Die Einordnung dieser Bestimmung im Gesetzesabschnitt "Sozialversicherungsverfahren" verdeutlicht in systematischer Hinsicht, dass der Anspruch auf unentgeltliche Vertretung im gesamten Verwaltungsverfahren bestehen kann (so auch Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Rz. 20 zu Art. 37). Dies ergibt sich auch aus den Gesetzesmaterialien; auf einen Einschub einer zeitlichen Grenze wurde bewusst verzichtet (Kieser, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 37 mit Hinweis auf das Protokoll der nationalrätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 14./15. Januar 1999, S. 23 ff.). Die hinsichtlich der im Rahmen von Art. 4 altBV (vgl. Art. 29 Abs. 3 BV) zu den Voraussetzungen der unentgeltlichen Verteidigung im Einspracheverfahren ergangene Rechtsprechung (Bedürftigkeit der Partei, fehlende Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren, sachliche Gebotenheit im konkreten Fall; BGE 125 V 34 E. 2 mit Hinweisen, AHJ 2000 S. 164 E. 2b) ist nach dem Willen des Gesetzgebers weiterhin anwendbar (BGE 132 V 200 f. E. 4.1 mit Hinweisen; BBI 1999 4595; Kieser, a.a.O., N 17 ff. zu Art. 37).

2.3 Den höheren Anforderungen im Verwaltungsverfahren soll insofern Rechnung getragen werden, als die Erforderlichkeit der Vertretung eingehend zu prüfen ist. Dabei wird auf die Schwierigkeit des Falles und auf die Verfahrensphase abgestellt (BBI 1999 4595; vgl. auch BGE 132 V 201; Entscheid des Bundesgerichts vom 12. März 2009, 9C_816/2008, E. 4.1). Eine anwaltliche Verteidigung drängt sich nur in Ausnahmefällen auf, weil schwierige rechtliche oder tatsächliche Fragen dies als notwendig erscheinen lassen und eine Verteidigung durch Verbandsvertreter, Fürsorger oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen nicht in Betracht fällt. Könnte



der Einsprecher im Fall des Unterliegens die unentgeltliche Verbeiständung beanspruchen, hat er bei Obsiegen Anspruch auf eine Parteientschädigung (BGE 132 V 201 E. 4.1). Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sind bei der Beurteilung der sachlichen Gebotenheit 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 [seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts], I 369/2005, E. 2.2).

2.4 Im vorliegenden Fall kann der Sachverhalt zwar nicht als schwierig qualifiziert werden, dafür stellen sich rechtliche Fragen, die eine anwaltliche Verbeiständung als erforderlich erscheinen lassen. Dem Beschwerdeführer droht kein schwerer Eingriff in seine Rechtsposition, doch hat die Beschwerdegegnerin immerhin die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung als nicht erfüllt erachtet. Folglich ist zumindest von einer relativen Schwere auszugehen (vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Januar 2010, AVI 2009/3 und 11, E. 5.2). Vorliegend handelt es sich um ein Verfahren, das sich mit der Auslegung einer am 1. April 2011 in Kraft getretenen Norm befasst. Das Versicherungsgericht hat sich mit dieser Frage bisher noch nicht auseinandergesetzt. Aufgrund dieser Gesichtspunkte ist es dem Beschwerdeführer nicht zuzumuten, seine Interessen selbst zu vertreten, und die Erforderlichkeit einer Verbeiständung ist erfüllt.

2.5 In Anbetracht der Auslegungsbedürftigkeit der in Frage stehenden Gesetzesbestimmungen (vgl. nachstehende Erwägungen 3 bis 5) kann nicht von Aussichtslosigkeit ausgegangen werden.



2.6 Die Beschwerdegegnerin hat das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung abgewiesen, ohne die Bedürftigkeit des Versicherten geprüft zu haben (act. G^{AVI 2011/46} 3.1/19). Diese Abklärung hat die Beschwerdegegnerin nun noch durchzuführen. Dabei wird sie auch abzuklären haben, ob nicht eine Drittorganisation für die Bezahlung der Anwaltskosten aufkommt.

3.

3.1 Die Beschwerdegegnerin hat in der Verfügung vom 16. Mai 2011 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneint, weil der Beschwerdeführer die erforderliche Beitragszeit von zwölf Monaten nicht habe nachweisen können. Die Tätigkeit bei der Stiftung könne ab dem 1. April 2011 für die Beitragszeit nicht mehr berücksichtigt werden (act. G^{2011/46} 3.1/13). Zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu Recht wegen ungenügender Beitragszeit verneint hat.

3.2 Nach Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer unter anderem die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist. Die Beitragszeit hat laut 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 mit Hinweisen).

3.3 Gemäss Art. 23 Abs. 3^{bis} 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 (Einarbeitungszuschüsse und Ausbildungszuschüsse). Als arbeitsmarktliche Massnahmen nach Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG 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]).



3.4 Ausgangspunkt jeder Auslegung einer Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung bildet der Wortlaut. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zu Grunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u.a. dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 126 V 472 E. 5 mit Hinweisen). Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, da diese noch kaum veränderten Umständen oder gewandeltem Rechtsverständnis unterlagen (Urteil des Bundesgerichts vom 27. Mai 2010, 8C_972/2009, E. 5.2).

3.5 Das Gericht kann vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen. Bei unselbständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnis gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit von unselbständigen Verordnungen. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Bereich des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so darf das Gericht bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat seine Prüfung darauf zu beschränken, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenz offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 124 II 245 E. 3 mit Hinweisen). Art. 109 AVIG und Art. 81 ATSG ermächtigen den Bundesrat, Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Das Gesetz regelt in Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG die Folgen einer Teilnahme an einer von der öffentlichen Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahme. Die Bestimmung räumt dem Bundesrat einen Ermessensspielraum in der Hinsicht ein, als auslegungsbedürftige Begriffe zu konkretisieren sind. Im Interesse einer einheitlichen Verwaltungspraxis hat der Bundesrat auszuarbeiten, was unter einer von der öffentlichen Hand finanzierten



arbeitsmarktlichen Massnahme zu verstehen ist und wie sich die Teilnahme daran auf den versicherten Verdienst beziehungsweise auf die Beitragszeit auswirkt. Er hat sich dabei an die Vorgaben des Gesetzes und der Verfassung zu halten. Ob der Bundesrat diese Schranken beachtet hat, ist durch Auslegung der Gesetzesnorm zu ermitteln (vgl. BGE 124 II 245f E. 3).

4.

4.1 Der Wortlaut von Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG ist insofern unklar, als nicht eindeutig bestimmt werden kann, was unter einer durch die öffentliche Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahme zu verstehen ist. Art. 38 Abs. 1 AVIV führt aus, dass es sich dabei um Integrationsmassnahmen handelt.

4.2 Die beiden Bestimmungen (Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG und Art. 38 Abs. 1 AVIV) sind mit der Revision des AVIG am 1. April 2011 in Kraft getreten. Der Bundesrat verfolgte dabei das Ziel, die Stellensuchenden möglichst schnell in das normale Erwerbsleben zurückzuführen. Dieses Ziel soll nicht nur von den Arbeitsmarktbehörden, sondern auch von den Sozialbehörden angestrebt werden. Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG bezwecke, dass nur eine ordentliche Erwerbsarbeit einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung generiert, nicht jedoch der Besuch einer arbeitsmarktlichen Massnahme. Da bei Einarbeitungs- und Ausbildungszuschüssen eine Beschäftigung im sogenannten ersten Arbeitsmarkt erfolgt, sollen solche Verdienste und daraus resultierende Beitragszeiten einen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung begründen (Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 3. September 2008 [BBI 2008, S. 7733 ff., insbesondere S. 7750 f.]). Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG soll dem Sparvorhaben der Arbeitslosenversicherung Rechnung tragen, indem verhindert werde, dass arbeitsmarktliche Massnahmen lediglich zur Generierung von Beitragszeiten organisiert würden. Ein bisher falscher Anreiz soll korrigiert und eine Gleichstellung der kantonal oder kommunal finanzierten Massnahmen mit den von der Arbeitslosenversicherung finanzierten Massnahmen erreicht werden. Denn bisher habe in verschiedenen Kantonen die Praxis geherrscht, arbeitslose Personen in finanzierte Programme aufzunehmen, um eine neue Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung auszulösen. Damit sei es möglich gewesen, dass Personen über vier Jahre ausserhalb der



sogenannten eigentlichen Arbeitswelt geblieben seien. Dies könne nicht dem Sinn der Arbeitslosenversicherung, der Wiedereingliederung in den ersten Arbeitsmarkt, entsprechen (vgl. Protokoll der Nationalratssitzung vom 9. Dezember 2009 und Protokoll der Ständeratssitzung vom 8. Juni 2009, Amtliches Bulletin 08.062). Zusammenfassend soll Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG als Sanierungsmassnahme dienen und dem Zweck der Arbeitslosenversicherung entsprechen: Die Teilnahme an von der öffentlichen Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahmen soll keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auslösen, weil dies der Wiedereingliederung in den ersten Arbeitsmarkt entgegenlaufen würde.

4.3 Entgegen der Ansicht des Vertreters des Beschwerdeführers können mit "arbeitsmarktlichen Massnahmen" nicht einzig diejenigen gemäss Art. 59 Abs. 1^{bis} AVIG gemeint sein, denn diese, von der Arbeitslosenversicherung mitfinanzierten arbeitsmarktlichen Massnahmen stellten schon vor Inkrafttreten des Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG keine beitragspflichtige Beschäftigung dar (vgl. dazu Thomas Nussbaumer in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Arbeitslosenversicherung, Rz 719). Sinn und Zweck von Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG ist es, eine Gleichstellung von arbeitsmarktlichen Massnahmen der Arbeitslosenversicherung und der Kantone beziehungsweise Gemeinden zu erreichen, so dass auch die Teilnahme an von der öffentlichen Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahmen nicht versichert ist und damit keine Beitragszeit generieren kann. Die arbeitsmarktlichen Massnahmen nach Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG werden in Art. 38 Abs. 1 AVIV konkretisiert.

4.4

4.4.1 Gemäss Wortlaut von Art. 38 Abs. 1 AVIV sind alle voll oder teilweise durch die öffentliche Hand finanzierten Integrationsmassnahmen arbeitsmarktliche Massnahmen im Sinn von Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG.

Der Begriff der Integrationsmassnahmen ist auszulegen. Darunter zu verstehen sind Massnahmen, die das Ziel verfolgen, eine versicherte Person (wieder) in den ersten Arbeitsmarkt einzugliedern. Auch die Invalidenversicherung kennt Integrationsmassnahmen: sie werden dort definiert als gezielte, auf die berufliche



Eingliederung gerichtete Massnahmen zur sozial-beruflichen Rehabilitation sowie Beschäftigungsmassnahmen (vgl. Art. 14a des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [IVG; SR 831.20]). Entgegen der Ansicht des Vertreters des Beschwerdeführers sind jedoch mit Integrationsmassnahmen nicht ausschliesslich diejenigen gemäss IVG gemeint.

Die Verordnung konkretisiert die arbeitsmarktlichen Massnahmen, indem Integrationsmassnahmen als arbeitsmarktliche Massnahmen gelten. Die Konkretisierung der arbeitsmarktlichen Massnahmen als Integrationsmassnahmen widerspricht weder dem Wortlaut noch widerläuft sie dem Sinn und Zweck von Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG. Integrationsmassnahmen sind zweifellos im Begriff der arbeitsmarktlichen Massnahmen enthalten, weshalb der Bundesrat seine Kompetenzen nicht überschritten hat.

4.4.2 Mit Arbeitsvertrag vom 1. Juni 2010 ist der Beschwerdeführer ein auf zwölf Monate befristetes Arbeitsverhältnis mit der Stiftung als Mitarbeiter im Z.____ eingegangen. Ziffer M. des Vertrags sieht folgende besondere Bestimmung vor: "Sollten sich während der Laufzeit dieses Vertrages Veränderungen in der Vermittelbarkeit ergeben oder ist ggf. früher als zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt, dass eine neue Rahmenfrist gemäss AVIG erarbeitet ist, gilt die Befristung per Feststellung dieses Umstandes. Für den Fall, dass der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin aus der zuweisenden Gemeinde wegzieht, gilt der Vertrag per Wegzug als beendet, und es ist allenfalls ein neuer Vertrag mit der neuen zuweisenden Gemeinde zu erstellen. Die Befristung fällt auch dann dahin, wenn die zuweisende Gemeinde ihre Kostendeckungspflicht via Business House gegenüber dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin verneint [...]" (vgl. act. ^{G2011/46} 3.1/1). Gemäss Zusatzvereinbarungen zum Arbeitsvertrag vom 1. Juni 2010 kann das befristete Arbeitsverhältnis per sofort aufgelöst werden, wenn der Arbeitnehmer während eines Programms zur vorübergehenden Beschäftigung eine ordentliche Arbeitsstelle findet. Sodann hat der Arbeitnehmer seine Arbeitssuche fortzusetzen, wobei ihn die Stiftung aktiv unterstützt (act. ^{G2011/46} 3.1/2).

4.4.3 Das Vertragsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Stiftung zeichnete sich durch den Zweck der Integration in den Arbeitsmarkt aus. Der



Beschwerdeführer verpflichtete sich, weiterhin Arbeitsbemühungen zu tätigen, und hatte sogar die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen, falls er eine ordentliche Arbeitsstelle finden würde (act. G^{2011/46} 3.1/2). Im Übrigen erklärt auch der Beschwerdeführer die einjährige Befristung des Arbeitsvertrags damit, dass Ausgesteuerte erfahrungsgemäss ein Jahr bräuchten, um nach langer Arbeitslosigkeit dem Druck des Arbeitslebens stand halten zu können (act. G^{AVI 2011/51} 1). Nach dem Auszug aus dem Handelsregister des Kantons St. Gallen verfolgt die Stiftung folgenden Zweck: Schaffung einer Förderungsstelle für Arbeitslosenprojekte und Veranstalten von Bildungsprogrammen für Arbeitslose. Die Stiftung richtet sich demzufolge auf die Bedürfnisse von arbeitslosen Personen aus, um diese in beruflicher Hinsicht zu fördern. Somit bezweckt die einjährige Tätigkeit des Beschwerdeführers die Integration in den ersten Arbeitsmarkt.

Das Arbeitsverhältnis hätte schon vor der Frist von zwölf Monaten aufgelöst werden können, wenn vorher eine Rahmenfrist im Sinn des AVIG erarbeitet worden wäre. Es ist aber gerade Sinn und Zweck von Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG zu verhindern, dass mit Integrationsmassnahmen neue Rahmenfristen erarbeitet werden können.

4.5

4.5.1 Im Weiteren müssen die Integrationsmassnahmen, um unter Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG zu fallen, voll oder teilweise durch die öffentliche Hand finanziert werden. Dem Wortlaut von Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG nach ist der Umfang der Finanzierung der öffentlichen Hand nicht näher bestimmt. Damit ist die Ausführung in Art. 38 Abs. 1 AVIG nicht zu beanstanden, weil der Begriff "Finanzierung der öffentlichen Hand" die teilweise Finanzierung nicht ausschliesst. Zudem widerspricht dies nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG. Vielmehr dient Art. 38 Abs. 1 AVIG diesem Zweck, indem auch eine teilweise Finanzierung durch die öffentliche Hand ausreicht, um die Teilnahme an einer Integrationsmassnahme nicht als Beitragszeit zu werten. Die Verordnung ist folglich auch in dieser Hinsicht gesetzmässig.

4.5.2 Der Arbeitsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der Stiftung ist an die Kostenbeteiligung der Gemeinde gekoppelt (act. G^{2011/46} 3.1/1). Die Löhne wurden dem Beschwerdeführer in den Monaten Juni 2010 bis April 2011 nicht direkt



ausbezahlt, sondern an Dritte unter dem Titel "Einbehaltung Fürsorgeamt" vergütet (act. ^{G2011/46} 3.1/3). Zudem fällt die Befristung des Arbeitsvertrags dahin, wenn die zuweisende Gemeinde ihre Kostendeckungspflicht via Stiftung gegenüber dem Arbeitnehmer verneint. Die Gemeinde B.____ hat sich demnach überwiegend wahrscheinlich finanziell an der Beschäftigung des Beschwerdeführers beim Z.____ beteiligt, da dies laut Vertrag eine Bedingung für das (Fort)bestehen des Arbeitsverhältnisses war. Der im Vertrag vorgesehene Lohn stellte demnach nicht in erster Linie ein Entgelt für die geleistete Arbeit, sondern vielmehr einen Beitrag zur Sicherung des Lebensbedarfs dar, zu welcher ansonsten die Gemeinde im Rahmen des Sozialhilfegesetzes verpflichtet war. Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei keine vertragliche Beziehung zur öffentlichen Hand eingegangen. Weisungsbefugt und vollumfänglich haftbar sei die Stiftung gewesen. Es könne sich deshalb nicht um eine arbeitsmarktliche Massnahme handeln. Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG und Art. 38 AVIV sprechen jedoch nicht eine allfällige Vertragsbeziehung an, sondern nehmen nur Bezug auf die Finanzierung der Massnahme. Das Vorliegen einer vertraglichen Beziehung zur öffentlichen Hand ist demnach für die Beurteilung einer Tätigkeit nicht massgeblich und braucht nicht geprüft zu werden (vgl. dazu Nussbaumer a.a.O., Rz 719).

4.5.3 Zusammenfassend ist die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der Stiftung als arbeitsmarktliche Massnahme im Sinn von Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG in Verbindung mit Art. 38 AVIV zu qualifizieren.

5.

Nach Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG ist der Verdienst, den eine Person durch Teilnahme an einer von der öffentlichen Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahme erzielt, nicht versichert. Zu prüfen ist, ob diese Bestimmung auch regelt, dass die Teilnahme an solchen Massnahmen keine Beitragszeiten generiert. In der Botschaft wird klar erläutert, dass diese Bestimmung nicht nur den Verdienst, sondern auch die Beitragszeit betrifft. So soll die Teilnahme der versicherten Person an Massnahmen im Sinn von Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG zu keinen Beitragszeiten führen, die einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung begründen könnten (Botschaft zur Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes [a.a.O., BBl 2008, S. 7750]). Auch wenn die Bestimmung nicht die Beitragszeitenregelung betrifft, geht aus dem Sinn und Zweck



von Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG klar hervor, dass die Teilnahme an von der öffentlichen Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahmen nicht zur Generierung von Beitragszeit führen soll, die dann eine neue Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung auslösen kann. Demzufolge ist nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin ab dem 1. April 2011 die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der Stiftung nicht mehr als Beitragszeit qualifizierte.

6.

Folglich hat die Beschwerdegegnerin zu Recht die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der Stiftung ab dem 1. April 2011 nicht mehr als Beitragszeit anerkannt und den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung aufgrund ungenügender Beitragszeiten abgewiesen.

7.

7.1 Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die angefochtene Verfügung vom 15. Februar/22. Juni 2011 betreffend unentgeltliche Rechtsverbeiständung (Verfahren AVI 2011/46) in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zu weiteren Abklärungen im Sinn der Erwägungen und neuen Verfügung zurückzuweisen.

7.2 Die Beschwerde vom 25. Juli 2011 betreffend Arbeitslosenentschädigung (Verfahren AVI 2011/51) ist abzuweisen.

7.3 Für das Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 61 lit. a ATSG).

7.4 Nach Art. 61 lit. g ATSG hat der obsiegende Beschwerdeführer Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Der Beschwerdeführer obsiegt im Verfahren AVI 2011/46. Er hat entsprechend Anspruch auf eine Parteientschädigung. Es handelt sich um ein vergleichsweise einfaches Verfahren. Ausserdem fand nur ein einfacher Schriftenwechsel statt. Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, so dass die Parteientschädigung ermessensweise festzusetzen ist. Es rechtfertigt sich vorliegend eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- (einschliesslich Barauslagen und



Mehrwertsteuer; vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten [HonO; sGS 963.75]).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde vom 6. Juli 2011 betreffend unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren (AVI 2011/46) wird die Verfügung vom 15. Februar/22. Juni 2011 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit diese ergänzende Abklärungen im Sinn der Erwägungen vornehme und über den Anspruch des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren neu verfüge.
2. Die Beschwerde vom 25. Juli 2011 betreffend Arbeitslosenentschädigung (AVI 2011/51) wird abgewiesen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren betreffend unentgeltliche Rechtsverteidigung im Einspracheverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen