



<b>Fall-Nr.:</b>	AVI 2011/75
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	AVI - Arbeitslosenversicherung
<b>Publikationsdatum:</b>	23.01.2012
<b>Entscheiddatum:</b>	23.01.2012

### **Entscheid Versicherungsgericht, 23.01.2012**

**Art. 23 Abs. 3bis AVIG, Art. 38 Abs. 1 AVI**Die Tätigkeit des Beschwerdeführers ist als von der öffentlichen Hand mitfinanzierte Massnahme zu qualifizieren, auch wenn der Arbeitsvertrag für den Monat April 2011 keine Entschädigung durch die Gemeinde mehr vorsah. Die Beschäftigung ist dem alternativen Arbeitsmarkt zuzuordnen und wurde zumindest indirekt von der öffentlichen Hand mitfinanziert (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. Januar 2012, AVI 2011/75).**Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg-Haltinner, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Lisbeth Mattle Frei; a.o. Gerichtsschreiberin Beatrice Rohner**Entscheid vom 23. Januar 2012**in Sachen**A.\_\_\_,**Beschwerdeführer,vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Markus Joos, Marktplatz 4, Postfach 646, 9004 St. Gallen,subsitiert durch Ivo Hartmann, M.A. HSG, Marktplatz 4, Postfach 646, 9004 St. Gallen,gegenKantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,Beschwerdegegnerin,betreffendArbeitslosenentschädigung (Beitragszeit)****Sachverhalt:**

A.

A.a A.\_\_\_ meldete sich am 6. April 2011 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an (act. G 3.1/6). Am 10. April 2011 stellte er Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2011. Sein letztes befristetes Arbeitsverhältnis bei der Stiftung B.\_\_\_ habe vom 1. Mai 2010 bis 30. April 2011 gedauert (act. G 3.1/8; vgl. Arbeitgeberbescheinigungen vom 7. April und 3. Mai 2011, act. G 3.1/9 ff.).

A.b Mit Verfügung vom 19. Mai 2011 wies die Kantonale Arbeitslosenkasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab. Der Versicherte könne die erforderliche Beitragszeit von zwölf Monaten innerhalb der Rahmenfrist vom 1. Mai 2009 bis 30.



## St.Galler Gerichte

April 2011 nicht nachweisen. Die Beschäftigung im Monat April 2011 bei der Stiftung könne gemäss der seit 1. April 2011 geltenden Regelung nicht als Beitragszeit berücksichtigt werden, weil es sich dabei um eine von der öffentlichen Hand finanzierte arbeitsmarktliche Massnahme handle (act. G 3.1/14).

A.c Der Rechtsvertreter des Versicherten erhob am 20. Juni 2011 Einsprache gegen die Verfügung vom 19. Mai 2011 mit dem Antrag, dem Versicherten sei ab 1. Mai 2011 Arbeitslosenentschädigung zuzusprechen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Mit der Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes könne ab 1. April 2011 nur noch ordentliche Erwerbsarbeit, nicht jedoch der Besuch einer arbeitsmarktlichen Massnahme Beitragszeit generieren. Die Stiftung B.\_\_\_\_ biete deshalb keine Beschäftigungsprogramme zur Wiedererlangung einer neuen Rahmenfrist mehr an. Für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses (April 2011) habe sie deshalb mit dem Versicherten einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Sämtliche aus diesem Arbeitsverhältnis resultierenden Kosten, insbesondere Lohn- und Lohnnebenkosten, habe die Stiftung getragen. Eine Refinanzierung durch das Sozialamt D.\_\_\_\_ sei nicht in Anspruch genommen worden. Folglich liege eine ordentliche Erwerbsarbeit vor, welche Beitragszeit generiere (act. G 3.1/15).

A.d Am 29. Juni 2011 fragte die Arbeitslosenkasse die Stiftung B.\_\_\_\_ an, ob seit 1. April 2011 noch Rechnungen für deren Betriebe an Ämter und Vertragsgemeinden gestellt worden seien, wie die Kosten für die Arbeitsplätze sowie die Infrastruktur finanziert würden und ob das Stiftungsvermögen im März 2011 massiv habe erhöht werden können (act. G 3.1/16). Daraufhin nahm der Geschäftsleiter am 30. Juni 2011 Stellung. Die Stiftung B.\_\_\_\_ biete Arbeitsplätze im alternativen Arbeitsmarkt an. Für einen Teil der in diesem Rahmen angestellten Personen erhalte sie Beiträge an die Infrastruktur- und Betreuungskosten. Für verschiedene Personen könne sie aber keine Beiträge einfordern. Diese Kosten trage die Stiftung B.\_\_\_\_ mit den Einnahmen aus den Betrieben selbst. So habe es vor und nach dem 1. April 2011 Personen gegeben, für welche die Stiftung B.\_\_\_\_ keine Rechnung an Ämter und Vertragsgemeinden gestellt habe (act. G 3.1/19a). Der Rechtsvertreter des Versicherten teilte in der Folge mit, dass das Antwortschreiben der Stiftung seinen Standpunkt unterstütze, weshalb er auf weitere Ausführungen verzichten könne (act. G 3.1/19).

B.



## St.Galler Gerichte

Mit Entscheid vom 18. Juli 2011 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Die Stiftung B.\_\_\_\_ habe nach dem 31. März 2011 keine Änderung ihres Konzepts vorgenommen. Der Versicherte habe im April 2011 vielmehr dieselbe Tätigkeit in demselben Beschäftigungsprogramm ausgeübt, deren Kosten allerdings von der Stiftung übernommen worden seien. Auch die Finanzierung der Stiftung habe seit 1. April 2011 keine Änderung erfahren. Die Kosten der Durchführung der Programme könnten nicht alleine aus dem Stiftungsvermögen und den Einnahmen aus den Betrieben beglichen werden. Mithin sei die Stiftung weiterhin auf finanzielle Unterstützung angewiesen. Es habe kein sachlicher Grund bestanden, die Tätigkeit des Versicherten im Monat April 2011 nicht wie bisher durch die öffentliche Hand zu finanzieren. Die Kosten des Programms seien ausnahmsweise von der Stiftung übernommen worden, um die neue gesetzliche Regelung zu umgehen. Infolge rechtsmissbräuchlicher Gesetzesumgehung seien diese Bestimmungen daher trotzdem anwendbar (act. G 3.1/18).

C.

C.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die vom Rechtsvertreter für den Versicherten erhobene Beschwerde vom 14. September 2011. Er beantragt die Aufhebung des Einspracheentscheids und die Zusprechung von Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2011. Eventualiter sei die Sache zur erneuten Sachverhaltsfeststellung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Der Rechtsvertreter rügt einerseits einen unrichtig festgestellten Sachverhalt. Die Feststellung der Beschwerdegegnerin, dass die Stiftung keine Änderung an ihrem Konzept vorgenommen habe, obwohl sie die Kosten für den Monat April 2011 selbst getragen habe, sei nicht nachvollziehbar. Dass der Beschwerdeführer im April 2011 demselben Beschäftigungsprogramm nachgehe wie in den Monaten zuvor, sei aktenwidrig. Ebenfalls aktenwidrig sei die Annahme, es habe sich betreffend Finanzierung der Stiftung nichts geändert. Das Vorgehen der Stiftung sei vielmehr auf sachliche Gründe zurückzuführen. Aufgrund der Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes habe sie keine Beschäftigungsprogramme zur Wiedererlangung einer neuen Rahmenfrist angeboten. Das Anstellungsverhältnis des Beschwerdeführers sei deshalb von einer arbeitsmarktlichen Massnahme in eine



ordentliche Erwerbsarbeit überführt worden. Es liege keine rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung vor. So habe der Beschwerdeführer keinen Einfluss auf die Änderung seines Arbeitsverhältnisses gehabt. Schliesslich sprächen auch übergangsrechtliche Überlegungen gegen die Auslegung der Beschwerdegegnerin (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 17. Oktober 2011 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Bezüglich des Sachverhalts und der Begründung verweist sie auf den Einspracheentscheid vom 18. Juli 2011 (act. G 3).

C.c Die Verfahrensleitung des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen bewilligt am 27. Dezember 2011 dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverteidigung (act. G 7).

Erwägungen:

1.

Zu prüfen ist vorliegend, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wegen ungenügender Beitragszeit verneint hat. Dabei stellt sich im Wesentlichen die Frage, ob die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der Stiftung B.\_\_\_\_ im Monat April 2011 als von der öffentlichen Hand finanzierte arbeitsmarktliche Massnahme zu qualifizieren ist.

2.

2.1 Nach Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (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).



2.2 Gemäss Art. 23 Abs. 3<sup>bis</sup> 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<sup>bis</sup> AVIG gelten alle voll oder teilweise durch die öffentliche Hand finanzierten Integrationsmassnahmen (Art. 38 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

2.2.1 Die beiden Bestimmungen (Art. 23 Abs. 3<sup>bis</sup> 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<sup>bis</sup> 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 [BBl 2008, S. 7733 ff., insbesondere S. 7750 f.]). Art. 23 Abs. 3<sup>bis</sup> 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<sup>bis</sup> 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 (vgl. Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. Januar 2012, AVI 2011/51, E. 4.2).

2.2.2 Mit "arbeitsmarktlichen Massnahmen" können nicht einzig diejenigen gemäss Art. 59 Abs. 1<sup>bis</sup> AVIG gemeint sein, denn diese, von der Arbeitslosenversicherung mitfinanzierten arbeitsmarktlichen Massnahmen stellten schon vor Inkrafttreten des Art. 23 Abs. 3<sup>bis</sup> 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<sup>bis</sup> 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<sup>bis</sup> AVIG werden in Art. 38 Abs. 1 AVIV konkretisiert (vgl. Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. Januar 2012, AVI 2011/51, E. 4.3).

2.2.3 Die Stiftung B.\_\_\_\_ bietet Tätigkeiten im alternativen Arbeitsmarkt an (vgl. act. G 3.1/19a). Gemäss ihrem Internetauftritt sind die Stellen im alternativen Arbeitsmarkt für Personen reserviert, welche im ersten Arbeitsmarkt keine Stelle finden. Diese ständen auch für Personen ohne Ausbildung offen. Ein existenzsichernder Lohn könne nicht garantiert werden (vgl. [www.B.\\_\\_\\_\\_.ch](http://www.B.____.ch), abgerufen am 12. Januar 2012). Der Beschwerdeführer hat vom 1. Mai 2010 bis 30. April 2011 dieselbe Tätigkeit ausgeführt. So war er gemäss Arbeitsverträgen vom 31. Mai 2010 und 28. März 2011 Mitarbeiter im Betrieb C.\_\_\_\_ (act. G 3.1/4). Für die Qualifizierung dieser Beschäftigung als Integrationsmassnahme ist nicht entscheidend, ob die Stiftung ab April 2011 keine Beschäftigungsprogramme zur Wiedererlangung einer neuen Rahmenfrist mehr anbietet. Massgeblich ist vielmehr, ob die Tätigkeit des Beschwerdeführers im Bereich



des alternativen Arbeitsmarkts anzusiedeln ist und ihn für den ersten Arbeitsmarkt (wieder) "fit machen" wollte.

Es ist an sich nicht verpönt, mit der Teilnahme an Massnahmen Beitragszeit zu generieren. Sinn und Zweck von Art. 23 Abs. 3<sup>bis</sup> AVIG ist hingegen, dass nur eine ordentliche Erwerbsarbeit Beitragszeit generieren kann. Die Beschäftigung bei der Stiftung B.\_\_\_\_ ist dieselbe geblieben und verfolgte weiterhin das Ziel, den Beschwerdeführer in den ersten Arbeitsmarkt einzugliedern. Somit handelte es sich auch im Monat April 2011 um eine Beschäftigung im alternativen Arbeitsmarkt, die unter den Begriff der Integrationsmassnahme im Sinn von Art. 38 Abs.1 AVIV beziehungsweise der arbeitsmarktlichen Massnahme im Sinn von Art. 23 Abs. 3<sup>bis</sup> AVIG fällt.

2.3 Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 3<sup>bis</sup> AVIG ist, dass die Integrationsmassnahmen voll oder teilweise durch die öffentliche Hand finanziert werden (Art. 38 Abs. 1 AVIV).

2.3.1 Der mit "Befristeter Arbeitsvertrag zur Wiedererlangung der ALV-Rahmenfrist" bezeichnete Vertrag vom 31. Mai 2010 zwischen dem Beschwerdeführer und der Stiftung B.\_\_\_\_ regelt, dass die Entschädigung nach Vereinbarung mit der Stadt D.\_\_\_\_ Fr. 2'000.-- netto pro Monat beträgt (act. G 3.1/4). Gemäss befristetem Arbeitsvertrag vom 28. März 2011 beträgt die Entschädigung Fr. 2'554.-- (brutto) pro Monat, wobei eine Kostenbeteiligung seitens der Stadt D.\_\_\_\_ fehlt (act. G 3.1/4). Mit Schreiben vom 17. Juni 2011 hält die Stiftung B.\_\_\_\_ fest, sie habe dem Sozialamt D.\_\_\_\_ für die Periode vom 1. Mai 2010 bis 31. März 2011 für die Arbeitsplatzinfrastruktur- und Betreuungskosten Rechnung gestellt, nicht jedoch für den Monat April 2011 (act. G 1.1/5). Auf Anfrage der Beschwerdegegnerin führt die Stiftung mit Schreiben vom 30. Juni 2011 aus, dass die Besetzung eines Arbeitsplatzes im alternativen Arbeitsmarkt nicht von der direkten Unterstützung durch eine Stelle abhängig gemacht werde. Sowohl vor als auch nach dem 1. April 2011 seien für Tätigkeiten verschiedener Personen keine Rechnungen an Ämter und Vertragsgemeinden gestellt worden (act. G 3.1/19a). Die Stiftung macht demnach auch auf Anfrage der Beschwerdegegnerin keine wesentlichen Änderungen des Konzepts oder der Finanzierung geltend. Es kann davon



ausgegangen werden, dass die Stiftung weiterhin Stellen ausschliesslich auf dem zweiten Arbeitsmarkt anbietet. Die Finanzierung durch die öffentliche Hand im Sinn von Art. 23 Abs. 3<sup>bis</sup> AVIG ist nicht auf eine direkte Finanzierung, wie beispielsweise auf die Kostenübernahme der Monatslöhne, beschränkt. Auch eine indirekte Kostenbeteiligung fällt unter Art. 23 Abs. 3<sup>bis</sup> AVIG. Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers, er sei im Monat April 2011 nicht mehr von der Stadt D.\_\_\_\_ entschädigt worden, lässt sich nicht schliessen, es liege überhaupt keine Kostenbeteiligung durch die öffentliche Hand mehr vor. Die Stiftung teilt auf ihrer Internetseite mit, dass ihr Konzept auf einer Mischfinanzierung (Dienstleistungen, Subventionen und Spenden) beruhe. Zudem kooperiere sie mit öffentlichen Trägern (vgl. [www.B.\\_\\_\\_\\_.ch](http://www.B.____.ch), abgerufen am 12. Januar 2012). Eine zumindest indirekte Mitfinanzierung durch die öffentliche Hand der Beschäftigung des Beschwerdeführers im Monat April 2011 ist damit ausgewiesen.

2.3.2 Zusammenfassend handelt es sich bei der Beschäftigung des Beschwerdeführers bei der Stiftung B.\_\_\_\_ im Monat April 2011 um eine zumindest teilweise von der öffentlichen Hand finanzierte arbeitsmarktliche Massnahme im Sinn von Art. 23 Abs. 3<sup>bis</sup> AVIG. Diese Tätigkeit generiert keine Beitragszeit. Da Art. 23 Abs. 3<sup>bis</sup> AVIG direkt zur Anwendung kommt, ist vorliegend nicht mehr zu prüfen, ob eine Gesetzesumgehung vorliegt.

2.4 Folglich hat der Beschwerdeführer die erforderliche Beitragszeit von zwölf Monaten nicht erreicht, und die Beschwerdegegnerin hat den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu Recht verneint.

3.

3.1 Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

3.2 Dem Beschwerdeführer wurde die unentgeltliche Rechtsverteidigung am 27. Dezember 2011 bewilligt. Wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers es gestatten, kann er jedoch zur Nachzahlung der vom Staat bezahlten Kosten für die Vertretung verpflichtet werden (Art. 123 Abs. 1 der



Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272] i.V.m. Art. 99 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRP; sGS 951.1]).

3.3 Der Staat ist zufolge unentgeltlicher Rechtsverteidigung zu verpflichten, für die Kosten der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers aufzukommen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem unentgeltlichen Rechtsbeistand lediglich ein um 20% reduziertes Honorar zusteht (vgl. Art. 31 Abs. 3 des Anwaltsgesetzes; sGS 963.70). In der Verwaltungsrechtspflege wird das Honorar vom Gericht pauschal festgesetzt, wobei der Rahmen vor Versicherungsgericht in der Regel Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.-- beträgt (Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten [HonO; sGS 963.75]). Vorliegend scheint, wie in vergleichbaren Fällen üblich, ein Betrag von Fr. 2'400.-- (80% von Fr. 3'000.--; inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.