

# **BL\_GERICHTE 715 12 356 / 172 vom 6. Juni 2012**

BL Gerichte, 2012-06-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_715 12 356 \\_ 172](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_715_12_356_172)

FR: BL\_GERICHTE 715 12 356 / 172 du 6 juin 2012

IT: BL\_GERICHTE 715 12 356 / 172 del 6 giugno 2012

## **Regeste**

Ablehnung der Anspruchsberechtigung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 in Verbindung mit den Art. 56 und 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 kann gegen Einspracheentscheide aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden. Nach Art. 100 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit den Art. 128 Abs. 1 und 119 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 richtet sich die örtliche Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts für die Beurteilung von Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Kassen, welche die Arbeitslosenentschädigung betreffen, nach dem Ort, wo die versicherte Person die Kontrollpflicht erfüllt. Vorliegend erfüllt der Beschwerdeführer die Kontrollpflicht im Kanton Basel-Landschaft, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Basel-Landschaft zu bejahen ist. Laut § 54 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG. Es ist somit auch sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist deshalb einzutreten.

### **E. 2**

Streitig und zu prüfen ist vorliegend einzig, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf Arbeitslosentaggelder hat, bzw. ob es bei der in der Gemeinde B. ausgeübten Tätigkeit des Heidewarts gemäss Art. 23 Abs 3 bis AVIG in Verbindung mit Art. 38 AVIV um einen erzielten Verdienst in einer von der öffentlichen Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahme (AMM) handelt, welcher nicht versichert ist. Der Beschwerdeführer argumentiert diesbezüglich, dass (faktisch) ein "gewöhnlicher" Arbeitsvertrag vorliege, weshalb nicht mehr von einer arbeitsmarktlichen Massnahme gesprochen werden könne. Es handle sich aufgrund dieser Umstände vielmehr um eine ordentliche Stelle betreffend eine notwendige Tätigkeit, welche von der Gemeinde als öffentliche Aufgabe erfüllt werden müsse, und dies unabhängig eines allfälligen Integrationsprogramms. Aus diesem Grund stehe insofern die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Vordergrund. Erst sekundär komme dabei die - ebenfalls erwünschte - Integration des Stelleninhabers hinzu. Insgesamt liege aber aufgrund dieser Umstände keine Integrationsmassnahme vor. 3.1 Gemäss Art. 8

Abs. 1 lit. e AVIG besteht ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nur dann, wenn 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. In Anwendung von Art. 23 Abs. 3 bis AVIG ist jedoch ein Verdienst, den eine Person durch die Teilnahme an einer von der öffentlichen Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahme erzielt, nicht versichert. Ausgenommen sind Massnahmen nach den Art. 65 und 66 a AVIG.

3.2 Als arbeitsmarktliche Massnahmen nach Art. 23 Abs. 3 bis erster Satz AVIG gelten gemäss Art. 38 Abs. 1 AVIV alle voll oder teilweise durch die öffentliche Hand finanzierten Integrationsmassnahmen. Obwohl Art. 23 Abs. 3 bis AVIG nach seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung lediglich die Ermittlung des versicherten Verdienstes beschlägt, ist zu Recht unbestritten, dass eine Person durch eine Tätigkeit, welche unter diese Bestimmung fällt, auch keine Beitragszeit im Sinne von Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt (vgl. die Weisung des seco, ALE 023-AVIG-Praxis 2011/16; Pia Buser, Gesetzgebung - Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, (JAR) 2011, S. 1 ff., 67 sowie die Botschaft zur Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 3. September 2008, BBl 2008 7733, S. 7750).

3.3 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 bezweckt, 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 bis AVIG soll dem Sparvorhaben der Arbeitslosenversicherung Rechnung tragen, indem verhindert wird, 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 soll erreicht werden. Bisher hat in verschiedenen Kantonen die Praxis geherrscht, arbeitslose Personen in finanzierte Programme aufzunehmen, um eine neue Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung auszulösen. Damit ist es möglich gewesen, dass Personen über Jahre ausserhalb der sogenannten eigentlichen Arbeitswelt geblieben sind. Dies kann 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 (vgl. Urteile des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. Januar 2012, AVI 2011/51, E. 4.2, vom 23. Januar 2012, AVI 2011/75, E. 2.2.1 und vom 13. Dezember 2012, AVI 2012/44, E. 2.2.1).

3.4 Mit arbeitsmarktlichen

Massnahmen können 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 folglich keine Beitragszeit generieren kann (Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. Januar 2012, AVI 2011/51, E. 4.3). 3.5 Für den Entscheid, ob eine Tätigkeit als Teilnahme an einer Integrationsmassnahme zu qualifizieren ist, ist nicht entscheidend, ob die ausgeübte Tätigkeit auch in der freien Wirtschaft nachgefragt wird. Es ist vielmehr danach zu fragen, welchem Zweck die Beschäftigung dient (Urteil des Bundesgerichts vom 15. März 2013, 8C\_754/2012, E. 4.2). Zu fragen ist demgemäss, ob die ausgeübte Tätigkeit ein Mittel zur beruflichen und sozialen Integration von Personen darstellt, die nur erschwert Zugang zum ersten Arbeitsmarkt haben (Urteil des Bundesgerichts vom 15. März 2013, 8C\_754/2012, E. 4.2). 4.1. Aus dem Anstellungsvertrag vom 12. Mai 2011 zwischen dem Beschwerdeführer und der Gemeinde B. ergibt sich, dass es sich gemäss Überschrift um einen Anstellungsvertrag zur Absolvierung eines Einsatzes im Rahmen des B. Integrationsprogramms handelt. Unter "1. Tätigkeit" wird festgehalten, dass der Beschwerdeführer im Rahmen eine Integrationsprogrammes der Gemeinde B. die Funktion eines Heidewartes übernimmt, ihm aber, so fern es die Umstände rechtfertigen, eine andere, seinen Eignungen und Fähigkeiten entsprechende Aufgabe zugewiesen wird und dass das Anstellungsverhältnis ihm die Möglichkeiten für einen beruflichen Wiedereinstieg verbessern soll. Unter "7. Arbeitsmarktliche Massnahmen" wird festgehalten, dass in regelmässigen Gesprächen ein Erfahrungsaustausch des Arbeitnehmers mit dem Vorgesetzten sowie der Arbeitslosenkoordination stattfindet. Diese können in der Arbeitszeit stattfinden. Zur Förderung der Integration am Arbeitsplatz und um die Möglichkeit eines beruflichen Wiedereinstiegs zu verbessern, werden zwischen Arbeitnehmer, dem Vorgesetzten und der Arbeitslosenkoordination Zielvereinbarungen getroffen. Als weitere Massnahme zur Verbesserung der Arbeitsmarktfähigkeit können regelmässige Schulungshalbtage während der Arbeitszeit stattfinden. Bei einer allfälligen Durchführung dieser Schulung ist die Teilnahme obligatorisch. Unter "8. Arbeitsbemühungen" wird festgehalten, dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist, seine Arbeitssuche fortzusetzen und sich um eine Festanstellung zu kümmern. Die Nichteinhaltung dieser Pflicht kann zur Kündigung führen. Die Arbeitgeberin gewährt ihm für Stellenbewerbung und Vorstellungsgespräche die notwendige Zeit, mindestens jedoch zweimal eine Stunde pro Woche. Hat der Arbeitnehmer einen Vorstellungstermin, kann die Arbeitgeberin von ihm einen Nachweis verlangen (Einladung, Bescheinigung), 4.2 Die Gemeinde B. hielt durch den Gemeindepräsidenten D. und den Geschäftsleiter E. im Rahmen der Erkundigung zum Vertragsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Gemeinde B. fest, dass (i) der Beschwerdeführer mittels privatrechtlichen Arbeitsvertrag von der Gemeinde angestellt wurde und der von der Gemeinde finanzierte AHV/IV/ALVpflichtige Lohn marktgerecht und existenzsichernd war; (ii) die Anstellung auf ein Jahr befristet erfolgt; (iii) es sich bei der Tätigkeit als Heidewart um eine für den Kanton und die Gemeinde notwendige Tätigkeit

handelt, da regelmässige Kontrollen im Naturschutzgebiet, kleinere Unterhaltsarbeiten usw. zur Aufgabe der Gemeinde und des Kantons, resp. der hierfür angestellten Heidwarte gehören; (iv) diese Stellen via primären Arbeitsmarkt besetzt werden müssten, würde die Gemeinde diese Aufgabe nicht an Sozialhilfebezügerinnen und -bezüger vergeben; (v) es sich somit um ein ordentliches, befristetes Arbeitsverhältnis im Gemeinwesen handelte; (vi) es auch Ziel der befristeten Anstellung mit existenzsicherndem AHVpflichtigen Lohn war, durch eine neue Arbeitsreferenz und Berufserfahrung die Chancen des Beschwerdeführers auf eine berufliche Integration zu erhöhen und so eine nachhaltige Ablösung von der Sozialhilfe zu erreichen. 4.3 Wie unter 3.5 dargelegt, ist vorliegend nicht entscheidend, ob die vom Beschwerdeführer ausgeübte Tätigkeit auch in der freien Wirtschaft nachgefragt wird. Demgemäss ist es auch unerheblich, dass zwischen der Gemeinde B. und dem Beschwerdeführer ein privatrechtlicher Einzel-Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR abgeschlossen wurde. Da alleine nach dem Zweck der Anstellung zu fragen ist, ist einzig entscheidend, dass es sich um eine arbeitsmarktliche Massnahme handelt. Ausschlaggebend ist, dass ein standardisierter Vertrag vorliegt, dessen Inhalt - insbesondere der Lohn und die Anstellungsdauer - durch die Rahmenbedingungen der genannten arbeitsmarktlichen Massnahme vorgegeben ist (vgl. Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, vom 20. Juni 2013, 200 12 1068 ALV, E. 3.3.2).

4.4 Die Tätigkeit des Heidewartes diene primär der (sinnvollen) Beschäftigung des Beschwerdeführers und kommt daher nicht einer Beschäftigung im ersten Arbeitsmarkt gleich. Dass die vom Beschwerdeführer verrichteten Tätigkeiten auch von einer Person aus dem ersten Arbeitsmarkt hätten erledigt werden können, steht der Bejahung einer arbeitsmarktlichen Massnahme gerade nicht entgegen, kann doch grundsätzlich jede im Rahmen einer arbeitsmarktlichen Massnahme erbrachte Leistung (sei es nun Aufräumen, Stauden schneiden, Weihnachtskarten erstellen usw.) auch auf dem ersten Arbeitsmarkt nachgefragt werden (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 13. Dezember 2012, AVI 2012/44, E. 2.3.2).

5.1 Das Kantonsgericht besitzt in Sozialversicherungssachen vollständige Überprüfungsbefugnis und ist in der Beweiswürdigung frei (vgl. § 57 VPO in Verbindung mit Art. 61 Satz 1 sowie Art. 61 lit. c ATSG). Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache sodann nur als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (vgl. Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, S. 136). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (vgl. BGE 126 V 360 E. 5b).

5.2 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass vorliegend beim Anstellungsvertrag des Beschwerdeführers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht die Ausübung einer Erwerbstätigkeit als solche, sondern die berufliche und soziale Wiedereingliederung im Fokus stand. Folglich gilt er nicht als Anstellung auf dem ersten Arbeitsmarkt, sondern ist als Teilnahme an einer Integrationsmassnahme gemäss Art. 23 Abs. 3 bis AVIG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 AVIV zu qualifizieren. Die Finanzierung der hier zur Diskussion stehenden Massnahme durch die öffentliche Hand ist ebenfalls ohne weiteres erstellt; dies wird im vorliegenden Verfahren denn auch in keiner Weise bestritten.

6.1 Streitig und zu prüfen ist im Weiteren, ob der Anspruch des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Verbeiständung im Einspracheverfahren zu Recht abgelehnt worden ist. 6.2

Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV besitzt eine bedürftige Partei in einem für sie nicht aussichtslosen Verfahren Anspruch auf Ernennung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, soweit es zur Wahrung ihrer Rechts notwendig ist. Der sachliche Geltungsbereich bezieht sich grundsätzlich auf alle Verfahren vor staatlichen Behörden, unabhängig ob es sich um gerichtliche oder administrative, Streitige oder nichtstreitige Verfahren handelt (BGE 130 I 182 E. 2.2). Das Bundesgericht verneint jedoch grundsätzlich einen Anspruch im Einspracheverfahren. Eine anwaltliche Mitwirkung drängt sich dort nur in Ausnahmefällen auf, wenn schwierige rechtliche oder tatsächliche Fragen dies als notwendig erscheinen lassen und eine Verbeiständung durch Verbandsvertreter, Fürsorger oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen nicht in Betracht fällt. Dabei ist bei der Prüfung der sachlichen Voraussetzungen (Bedürftigkeit, fehlende Aussichtslosigkeit, erhebliche Tragweite der Sache, Schwierigkeit der aufgeworfenen Fragen, mangelnde Rechtskenntnisse des Versicherten) ein strenger Massstab anzulegen. Hohe Anforderungen sind insbesondere an die Notwendigkeit der Verbeiständung zu stellen (BGE 125 V 35 E. 4). Vorliegend kann nicht von einem Ausnahmefall ausgegangen werden.

## **E. 7**

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass vorliegend der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosentaggelder in Anwendung von Art. 23 Abs. 3 bis AVIG zu Recht verneint wurde. Ebenso ist der Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung im Einspracheverfahren zu Recht abgelehnt worden ist. 8.1 Art. 61 lit. a ATSG hält fest, dass der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind wettzuschlagen. 8.2 Abschliessend ist der Antrag des Beschwerdeführers um unentgeltliche Verbeiständung mit seinem Rechtsvertreter im Beschwerdeverfahren zu prüfen. Einer Beschwerde führenden Person wird, wo die Verhältnisse es rechtfertigen, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt (Art. 61 lit. f Satz 2 ATSG). Gemäss Praxis ist die unentgeltliche Verbeiständung im kantonalen Beschwerdeverfahren zu bewilligen, wenn der Prozess nicht offensichtlich aussichtslos erscheint, die betroffene Partei bedürftig und die anwaltliche Verbeiständung notwendig oder doch geboten ist. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt: Die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers kann gestützt auf die von ihm eingereichten Unterlagen bejaht werden. Sodann ist die Beschwerde nicht als aussichtslos und die anwaltliche Vertretung als geboten zu bezeichnen, zumal vorliegend der Wortlaut bzw. die Auslegung von Art. 23 Abs. 3 bis AVIG, wie bereits erwähnt, zumindest im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde insofern unklar war, als nicht eindeutig bestimmt werden konnte, was unter einer durch die öffentliche Hand finanzierte arbeitsmarktliche Massnahme zu verstehen ist. Im Weiteren entschied das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 16. Januar 2012 (AL.2011.00230, E. 3.4), entgegen dem Urteil der Bundesgerichts, dass in dieser Frage nicht die Art der Vermittlung, sondern die eigentliche Tätigkeit entscheidend sei. Dem Entscheid lag jedoch der abweichende Sachverhalt zugrunde, dass keine Deklaration als arbeitsmarktliche Massnahme vorlag. Dennoch kann gesagt werden, dass erst der erwähnte Entscheid des Bundesgerichts vom 15. März 2013, 8C\_754/2012, diese Frage nun (abschliessend) geklärt hat. 8.3 Der Rechtsanwalt des Beschwerdeführers hat in der Honorarnote vom 19. Juni 2013 für das vorliegende Beschwerdeverfahren einen Zeitaufwand von insgesamt 8,48 Stunden und Auslagen von Fr. 187.10 ausgewiesen, was umfangmässig nicht zu beanstanden ist. Gemäss § 3 Abs. 2 der kantonalen Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte vom 17. November 2003 beträgt das Honorar bei

unentgeltlicher Verbeiständung Fr. 180.-- pro Stunde. Dem Rechtsanwalt des Beschwerdeführers ist deshalb für seine Bemühungen ein Honorar in der Höhe von Fr. 1'850.60 (8,48 Stunden à Fr. 180.-- plus Auslagen von Fr. 187.10 zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse auszurichten. Demgemäss wird e r k a n n t : 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen. Zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Verbeiständung wird dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ein Honorar in der Höhe von Fr. 1'850.60 (inkl. Auslagen und 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse ausgerichtet.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.