Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunal fédéral des assurances
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess{T 7}
C 164/05
C 170/05
Urteil vom 28. September 2006
I. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Ferrari, Ursprung, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Schön; Gerichtsschreiberin Berger Götz

Parteien
C 164/05
Regionales Arbeitsvermittlungszentrum St. Gallen, Unterstrasse 4, 9000 St. Gallen, Beschwerdeführer, vertreten durch das Amt für Arbeit, Unterstrasse 22,
9000 St. Gallen,

und

C 170/05
Staatssekretariat für Wirtschaft, Direktion, Arbeitsmarkt/Arbeitslosenversicherung, TCRV, Effingerstrasse 31, 3003 Bern, Beschwerdeführer,

gegen

R._____, 1952, Beschwerdegegner, vertreten durch
Rechtsanwalt Armin Eugster, Rorschacher Strasse 107, 9000 St. Gallen

Vorinstanz
Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, St. Gallen

(Entscheid vom 15. April 2005)

Sachverhalt:

A.
Der 1952 geborene R._____ bezog seit 1. Juni 2003 Taggelder der Arbeitslosenversicherung. Mit Schreiben vom 6. Januar 2004 forderte ihn das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum St. Gallen (RAV) auf, den Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen für den Monat Dezember 2003 innert fünf Tagen nach Erhalt des Schreibens einzureichen. Am 14. Januar 2004 wurde ihm Gelegenheit geboten, bis 16. Februar 2004 zur geplanten Einstellung in der Anspruchsberechtigung schriftlich Stellung zu nehmen. Am 19. Januar 2004 reichte R._____ das Formular "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen" für den Monat Dezember 2003 ein. Mit Schreiben vom 10. Februar 2004 wies ihn das RAV auf den fehlenden Nachweis der Arbeitsbemühungen für den Monat Januar 2004 hin und gewährte wiederum eine fünftägige Frist zur Nachreichung der entsprechenden Unterlagen. Das Formular "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen" für den Monat Januar 2004 ging am 24. Februar 2004 ein. Bereits am 18. Februar 2004 hatte das RAV R._____ mit zwei

Verfügungen ungenügender persönlicher Arbeitsbemühungen wegen im Monat Dezember 2003 ab 1. Januar 2004 für 31 Tage und im Monat Januar 2004 ab 1. Februar 2004 wiederum für 31 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt. In
teilweiser Gutheissung der gegen beide Verfügungen erhobenen Einsprache reduzierte das RAV die Einstelldauer in Bezug auf die Kontrollperiode Dezember 2003 von 31 auf 24 Tage; im Übrigen wies es die Einsprache ab (Entscheid vom 23. Juni 2004). Zur Begründung wurde angegeben, der Versicherte sei gemäss ärztlichem Zeugnis ab 24. Dezember 2003 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen, weshalb ihm für diese Zeit keine Arbeitsbemühungen zumutbar gewesen seien; ab 5. (recte: 4.) Februar 2004 sei er gemäss ärztlichem Attest wieder zu 50 % arbeitsfähig gewesen, womit er den Nachweis der Arbeitsbemühungen für den Monat Januar 2004 bereits anfangs Februar 2004 der Post hätte übergeben können.

B.
R._____ liess dagegen beim Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen Beschwerde erheben mit dem Antrag, für die Kontrollperiode Januar 2004 sei die Einstellung in der Anspruchsberechtigung aufzuheben und es seien ihm für den Monat Februar 2004 die gesetzlichen Arbeitslosentaggelder zuzusprechen. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde hob das kantonale Gericht den Einspracheentscheid vom 23. Juni 2004 betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung für ungenügende Arbeitsbemühungen in der Kontrollperiode Januar 2004 auf und wies die Sache zur Beurteilung im Sinne der Erwägungen und zu allfälliger neuer Verfügung an das RAV zurück (Entscheid vom 15. April 2005).

C.
Das RAV, vertreten durch das Amt für Arbeit, St. Gallen, führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde und stellt das Rechtsbegehren, der Entscheid des kantonalen Gerichts vom 15. April 2005 sei aufzuheben.

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) reicht seinerseits Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und beantragt, in Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheides sei die Sache "im Sinne der vorliegenden Erwägungen" zu allfälliger neuer Verfügung an das RAV zurückzuweisen.

Das kantonale Gericht beantragt, die Verwaltungsgerichtsbeschwerden seien abzuweisen. R._____ lässt ebenfalls auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerden schliessen und überdies um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung ersuchen. Das RAV lässt sinngemäss die Abweisung der vom seco erhobenen Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen, während das seco auf eine Stellungnahme zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde des RAV verzichtet.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Da den beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt, sich die gleichen Rechtsfragen stellen und die Rechtsmittel den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid betreffen, rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (BGE 128 V 126 Erw. 1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 128 V 194 Erw. 1).

2.
Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts stellt der Rückweisungsentscheid einer kantonalen Rekursinstanz eine im Sinne von Art. 128 in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 OG und Art. 5 VwVG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht anfechtbare Endverfügung dar. Anfechtbar ist grundsätzlich nur das Dispositiv, nicht aber die Begründung eines Entscheides. Verweist indessen das Dispositiv eines Rückweisungsentscheides ausdrücklich auf die Erwägungen, werden diese zu dessen Bestandteil und haben, soweit sie zum Streitgegenstand gehören, an der formellen Rechtskraft teil. Dementsprechend sind die Motive, auf die das Dispositiv verweist, für die Behörde, an die die Sache zurückgewiesen wird, bei Nichtanfechtung verbindlich. Beziehen sich diese Erwägungen auf den Streitgegenstand, ist somit auch deren Anfechtbarkeit zu bejahen (BGE 120 V 237 Erw. 1a mit Hinweis). Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerden kann demgemäss eingetreten werden.

3.
Streitig ist nur noch die Einstellung in der Anspruchsberechtigung ab 1. Februar 2004 bezüglich des Nachweises persönlicher Arbeitsbemühungen im Januar 2004. Demgegenüber wurde der Einspracheentscheid vom 23. Juni 2004 betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung ab 1. Januar 2004 bezüglich des Nachweises persönlicher Arbeitsbemühungen im Dezember 2003 bereits vorinstanzlich nicht mehr angefochten.

4.
4.1 Das kantonale Gericht hat die massgebenden (mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]am 1. Januar 2003 unverändert gebliebenen) Bestimmungen über die Pflicht der versicherten Person, alles Zumutbare zu unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen, und ihre entsprechenden Bemühungen nachweisen zu können (Art. 17 Abs. 1 AVIG), sowie die Einstellung in der Anspruchsberechtigung bei ungenügenden persönlichen Arbeitsbemühungen (Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

4.2 Gemäss Art. 26 Abs. 1 AVIV muss sich der Versicherte gezielt um Arbeit bemühen, in der Regel in Form einer ordentlichen Bewerbung. Mit der Anmeldung zum Taggeldbezug muss die versicherte Person gegenüber der zuständigen Amtsstelle ihre Bemühungen um Arbeit nachweisen (Art. 26 Abs. 2 AVIV). Sie hat diesen Nachweis für jede Kontrollperiode spätestens am fünften Tag des folgenden Monats oder am ersten auf diesen Tag folgenden Werktag zu erbringen. Andernfalls setzt ihr die zuständige Amtsstelle eine angemessene Nachfrist. Gleichzeitig weist die Amtsstelle sie schriftlich darauf hin, dass die Arbeitsbemühungen nicht berücksichtigt werden können, wenn sie die Frist verstreichen lässt und keinen entschuldbaren Grund geltend macht (Art. 26 Abs. 2bis AVIV). Die zuständige Amtsstelle hat die Arbeitsbemühungen des Versicherten monatlich zu überprüfen (Art. 26 Abs. 3 AVIV).

5.
Es ist unbestritten, dass der Versicherte die Arbeitsbemühungen für den Monat Januar 2004 nicht rechtzeitig innert der ersten fünf Tage des Monates Februar 2004 im Sinne von Art. 26 Abs. 2bis AVIV nachgewiesen hat. Mit Schreiben vom 10. Februar 2004 machte ihn das RAV auf den fehlenden Nachweis aufmerksam und forderte ihn auf, das ausgefüllte und unterzeichnete Nachweisformular innert fünf Tagen zuzusenden; ausserdem wurde er darauf hingewiesen, dass die Arbeitsbemühungen nicht berücksichtigt werden könnten und eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung zu erfolgen hätte, falls die Frist unbenutzt verstreiche und hierfür kein entschuldbarer Grund geltend gemacht werde. Das (ausgefüllte) Nachweisformular ging in der Folge nach Ablauf der Nachfrist am 24. Februar 2004 der Verwaltung zu.

5.1 Das RAV ist der Ansicht, das nach Ablauf des Mahn- und Bedenkzeitverfahrens und damit eindeutig verspätet eingereichte Beweismittel zum Nachweis der im Januar 2004 unternommenen Arbeitsbemühungen sei weder von der Verwaltung noch vom Gericht zu berücksichtigen. Art. 26 Abs. 2bis AVIV in Verbindung mit Art. 43 Abs. 3 ATSG bilde eine ausreichende Grundlage für eine entsprechende Einschränkung des Untersuchungsprinzips. Die Fristversäumnis habe nur nach erfolglosem schriftlichem Mahn- und Bedenkzeitverfahren eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung zur Folge. Damit trete keine "strenge Beweisverwirkung" ein. Dieser geringe Eingriff in die Verfahrensrechte der versicherten Person bedürfe keiner Regelung in einem Gesetz im formellen Sinn. Unter diesen Umständen müsse es bei den verfügten 31 Einstelltagen sein Bewenden haben.

5.2 Das kantonale Gericht ist demgegenüber der Auffassung, dass die vom Beschwerdegegner nach Ablauf der Nachfrist vorgelegten Arbeitsbemühungsnachweise für den Monat Januar 2004 nicht als verspätet hätten zurückgewiesen werden dürfen. Die Verwaltung wäre vielmehr gehalten gewesen, die im Zeitpunkt des Einspracheentscheides bereits vorliegenden Nachweise in die Beurteilung einzubeziehen. Das Formular mit den aufgelisteten Arbeitsbemühungen sei bezüglich Quantität und Qualität der Suchbemühungen von der zuständigen Behörde noch nicht geprüft worden. Zu diesem Zweck werde die Angelegenheit an das RAV zurückgewiesen. Dieses werde die streitige Frage der Einstellung unter Mitberücksichtigung dieser Arbeitsbemühungen neu zu beurteilen haben. Zu diesem Schluss gelangt das kantonale Gericht unter Hinweis darauf, dass die Regelungen von Art. 43 Abs. 3 ATSG und Art. 26 Abs. 2bis AVIV den Grundsatz der Untersuchungspflicht und der

freien Beweiswürdigung nicht in der von der Verwaltung beschriebenen Weise einschränkten. Eine Beweisverwirkung könnte nur angenommen werden, wenn sie in einem formellen Gesetz ausdrücklich vorgesehen wäre, was hier aber nicht der Fall sei. Der verzögerte Nachweis der Arbeitsbemühungen vermöge allenfalls den Beweiswert zu schmälern, indem die behaupteten Bemühungen schwerer überprüfbar seien. Eine Beweislosigkeit infolge nicht mehr möglicher Kontrolle müsste dann zu Ungunsten der versicherten Person ausfallen, welche persönliche Arbeitsbemühungen nachzuweisen habe - mit der Folge der vorübergehenden Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen Nichterfüllung ihrer Schadenminderungspflicht im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG.

5.3 Der Versicherte schliesst sich der Argumentation des kantonalen Gerichts an.

5.4 Die gesetzlichen Grundlagen schliessen nach Meinung des seco den verspäteten Nachweis von Arbeitsbemühungen nicht aus. Falls entschuldbare Gründe für das verspätete Einreichen geltend gemacht würden, seien die Nachweise zu berücksichtigen, was eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG ausschliesse. Hingegen müsse in diesem Fall eine Einstellung wegen einer Auskunfts- oder Meldepflichtverletzung nach Art. 30 Abs. 1 lit. e AVIG geprüft werden. Im vorliegenden Fall sei offen, ob entschuldbare Gründe gegeben seien, welche eine Sanktion nach Art. 30 Abs. 1 lit. c oder lit. e AVIG ausschliessen könnten. Seien entschuldbare Gründe nicht auszumachen, so sei das Verschulden unter Berücksichtigung aller relevanter Umstände zu beurteilen. Es liege im Ermessen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, die Sache zur erneuten Beurteilung in diesem Sinne an die zuständige Behörde zurückzuweisen.

6.
Nach der Rechtsprechung kann das Eidgenössische Versicherungsgericht Verordnungen des Bundesrates grundsätzlich, von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen, auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen. Bei unselbstständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, geht es in erster Linie darum zu beurteilen, ob sie sich im Rahmen der Delegationsnorm halten. Besteht ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene, muss sich das Gericht auf die Prüfung beschränken, ob die umstrittenen Vorschriften offensichtlich aus dem Rahmen der im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen oder aus andern Gründen verfassungs- oder gesetzwidrig sind (vgl. Art. 191 BV; BGE 131 II 166 Erw. 2.3, 275 Erw. 4, 131 V 266 Erw. 5.1, 130 V 473 Erw. 6.1, 130 I 32 Erw. 2.2.1, 129 II 164 Erw. 2.3, 129 V 271 Erw. 4.1.1, 329 Erw. 4.1, je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 130 V 45 Erw. 4.3).

6.1 Art. 26 AVIV trägt den Randtitel "Persönliche Arbeitsbemühungen des Versicherten" und verweist auf Art. 40 und 43 ATSG sowie Art. 17 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG.
6.1.1 Grundsätzlich sanktioniert Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG eine Verletzung der in Art. 17 Abs. 1 AVIG statuierten Schadenminderungspflicht, insbesondere der Pflicht, sich genügend um Arbeit zu bemühen. Diese Verknüpfung soll Arbeitslose zur Stellensuche anspornen und eine missbräuchliche Beanspruchung der Arbeitslosenversicherung verhindern. Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung bezweckt eine angemessene Mitbeteiligung der versicherten Person an jenem Schaden, den sie durch ihr pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung natürlich und adäquat kausal verursacht hat (BGE 124 V 227 f. Erw. 2b mit weiteren Hinweisen). Kern der Pflicht, alles Zumutbare zu unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen, sind die persönlichen Arbeitsbemühungen der versicherten Person selbst (Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], Bern 1987, Bd. I [Art. 1-58], N 12 zu Art. 17), die in der Regel streng beurteilt werden. Es gilt gewissermassen der Grundsatz, dass die Arbeitsbemühungen umso intensiver sein müssen, je weniger Aussicht eine versicherte Person hat, eine Stelle zu finden. Dabei stehen sowohl Tatsache als auch Intensität, nicht aber der Erfolg dieser Bemühungen im Vordergrund
(Gerhards, a.a.O., N 14 zu Art. 17, ähnlich N 16 zu Art. 17).
6.1.2 In Art. 40 ATSG wird festgehalten, dass eine gesetzliche Frist nicht erstreckt werden kann (Abs. 1); setzt der Versicherungsträger eine Frist für eine bestimmte Handlung an, so droht er gleichzeitig die Folgen eines Versäumnisses an - andere als die angedrohten Folgen treten nicht ein (Abs. 2). Eine vom Versicherungsträger angesetzte Frist kann aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht (Abs. 3). Art. 43 ATSG befasst sich im Wesentlichen mit der Abklärungspflicht des Versicherungsträgers und der Mitwirkung der Partei. Gemäss Art. 43 Abs. 3 ATSG kann der Versicherungsträger auf

Grund der Akten verfügen oder die Erhebungen einstellen und Nichteintreten beschliessen, falls die versicherte Person oder andere Personen, die Leistungen beanspruchen, den Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten in unentschuldbarer Weise nicht nachkommen.

6.2 Reicht die versicherte Person für eine bestimmte Kontrollperiode keinerlei Nachweis für in dieser Zeit erbrachte Arbeitsbemühungen ein, so kann die Verwaltung - wie im vorliegend zu beurteilenden Fall - mit gutem Grund davon ausgehen, dass keine Arbeitsbemühungen unternommen wurden. Einer solchen Verletzung der Schadenminderungspflicht hat sie mit einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG zu begegnen.
6.2.1 Folgt man der Ansicht des RAV, sind nach Ablauf der allfällig angesetzten Nachfrist eingereichte Beweismittel, welche in der relevanten Kontrollperiode getätigte, in qualitativer und quantitativer Hinsicht genügende Arbeitsbemühungen belegen, infolge Beweisverwirkung nicht mehr zu berücksichtigen, falls kein entschuldbarer Grund für die verspätete Beibringung der Unterlagen vorliegt. Es soll diesfalls bei der verfügten Einstellung in der Anspruchsberechtigung mangels genügender Arbeitsbemühungen bleiben. Zur Begründung ihres Standpunktes verweist die Behörde auf die Rechtsprechung zu Art. 58 Abs. 4 und Art. 69 Abs. 2 AVIV. In der Tat hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 110 V 334 festgestellt, dass es sich bei den Fristen zur Voranmeldung der Kurzarbeit (Art. 36 Abs. 1 AVIG) um Verwirkungsfristen handelt mit der Folge, dass der Arbeitsausfall bei verspäteter Meldung ohne entschuldbaren Grund gemäss Art. 58 Abs. 4 AVIV erst anrechenbar wird, wenn die für die Meldung vorgeschriebene Frist abgelaufen ist. Art. 58 Abs. 4 AVIV wurde als gesetzmässig qualifiziert. In BGE 110 V 339 wurde festgehalten, dass die Fristen zur erstmaligen Meldung des Arbeitsausfalls infolge Schlechtwetters und zu deren wöchentlicher
Erneuerung (Art. 45 Abs. 1 AVIG) ebenfalls Verwirkungsfristen sind mit der Folge, dass der Arbeitsausfall bei verspäteter Meldung ohne entschuldbaren Grund nach den gesetzmässigen Bestimmungen in Art. 69 Abs. 1 und 2 AVIV erst vom Tag der Meldung oder ihrer Erneuerung an anrechenbar ist. Dies bedeutet sowohl bezüglich der Kurzarbeitsentschädigung als auch für die Schlechtwetterentschädigung, dass der Arbeitsausfall im Ausmass der Verspätung nicht anrechenbar ist und zuerst die im Einzelfall anwendbare Frist ab Eingang der verspäteten Meldung zu bestehen ist. Eine unentschuldbar verspätete Meldung zieht demgemäss insoweit eine Anspruchsverwirkung nach sich. Die rechtzeitige Anmeldung gilt unter diesen Umständen als formelle Anspruchsvoraussetzung (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, S. 162 Rz 423).
6.2.2 Demgegenüber hat die versicherte Person, welche ihre Arbeitsbemühungen im Sinne von Art. 26 Abs. 2bis AVIV nicht rechtzeitig einreicht, grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und verliert ihn durch ihr Fehlverhalten - von hier nicht relevanten Ausnahmen abgesehen - nicht. Sie kann aber in der Anspruchsberechtigung eingestellt werden. Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung dient dazu, die Schadenminderungspflicht der Versicherten durchzusetzen. Sie hat die Funktion einer Haftungsbegrenzung der Versicherung für Schäden, die die Versicherten hätten vermeiden oder vermindern können. Als versicherungsrechtliche Sanktion bezweckt sie die angemessene Mitbeteiligung der versicherten Person am Schaden, den sie durch ihr Verhalten der Arbeitslosenversicherung in schuldhafter Weise natürlich und adäquat kausal verursacht hat (BGE 126 V 523 und 130 Erw. 1, 124 V 227 Erw. 2b, 122 V 40 Erw. 4c/aa mit Hinweisen).
6.2.3 Das kantonale Gericht kommt zum Schluss, Art. 43 Abs. 3 ATSG und Art. 26 Abs. 2bis AVIV seien nicht geeignet, die Grundsätze der Untersuchungspflicht und der freien Beweiswürdigung im Sinne einer Beweisverwirkung für Unterlagen, welche nach unverschuldet unbenutzt gebliebenem Ablauf der Nachfrist eingereicht würden, einzuschränken. Eine Beweisverwirkung könnte nur angenommen werden, wenn sie in einem formellen Gesetz ausdrücklich vorgesehen wäre. Ob es zu einer Beweisverwirkung nur kommen kann, wenn sie in einem formellen Gesetz vorgesehen ist, kann allerdings vorliegend offen bleiben. Die Abklärungspflicht im Sinne von Art. 43 ATSG gilt in allen vom ATSG erfassten Sozialversicherungszweigen (Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999, BBl 1999 V 4601; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zürich 2003, Rz 42 zu Art. 43). Sie erfährt unter anderem mit der Regelung in Art. 17 Abs. 1 letzter Satz AVIG eine Einschränkung. Gemäss dieser Bestimmung hat der Versicherte seine (Arbeits-)Bemühungen nachzuweisen. Art. 43 Abs. 3 ATSG,
wonach der Versicherungsträger auf Grund der Akten verfügen (oder die Erhebungen einstellen und Nichteintreten beschliessen) kann, falls den Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten in unentschuldbarer Weise nicht

nachgekommen wird, bringt eine weitere Einengung des Untersuchungsgrundsatzes. Dieser formellgesetzlichen Norm ist Art. 26 Abs. 2bis AVIV nachgebildet. Mit der Verordnungsbestimmung wird die Säumnisfolge auf die Nichtberücksichtigung der unverschuldet verspätet eingereichten Nachweise der unternommenen Arbeitsbemühungen beschränkt. Dies rechtfertigt sich mit Blick darauf, dass der Taggeldanspruch der versicherten Person, welche ihre Arbeitsbemühungen nachzuweisen hat, in diesen Fällen in aller Regel besteht und der fehlende Nachweis genügender Arbeitsbemühungen innert der von der Verwaltung anzusetzenden Nachfrist lediglich eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach sich zieht (ausgenommen sind namentlich die Konstellationen, in welchen die versicherte Person durch wiederholtes Nichterbringen des Nachweises genügender Arbeitsbemühungen ihre Vermittlungsfähigkeit in Frage stellt). Mit dieser Ausgestaltung wird Art. 40 Abs. 2 ATSG, wonach die Folgen eines Fristversäumnisses vom Versicherungsträger anzudrohen sind,
Rechnung getragen. Da Art. 26 Abs. 2bis AVIV die in Art. 17 Abs. 1 AVIG und Art. 43 Abs. 3 ATSG aufgestellten Vorgaben zur Einschränkung der Abklärungspflicht der Verwaltung vollumfänglich einhält, ist die Verordnungsbestimmung als gesetzmässig zu qualifizieren.
6.2.4 Daran ändert der Einwand der Vorinstanz, wonach die Regelungen in Art. 59 UVV und Art. 87 Abs. 3 MVG, je in Kraft bis Ende 2002, welche als Rechtsfolge der Verletzung der Auskunfts- und Mitwirkungspflicht ebenfalls (unter anderem) den Entscheid auf Grund der Akten vorgesehen haben (vgl. im Übrigen auch Art. 73 IVV), rechtsprechungsgemäss eine nachträgliche Abklärung des Sachverhaltes durch das Gericht nicht ausgeschlossen hätten, nichts. Im angefochtenen Entscheid wird insbesondere auf das Urteil B. vom 29. Juni 2004, I 43/04, verwiesen, in welchem es - im Gegensatz zum vorliegenden Verfahren - um eine Weigerung der versicherten Person ging, sich einer medizinischen Begutachtung zu unterziehen. Ob sich bei solchen Konstellationen im Hinblick auf das Inkrafttreten des Art. 43 Abs. 3 ATSG eine Änderung der vom kantonalen Gericht angesprochenen Rechtsprechung aufdrängt, muss in casu nicht entschieden werden. Umstritten ist hier eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung auf Grund mangelnden Nachweises genügender Arbeitsbemühungen in der Kontrollperiode Januar 2004. Die Schadenminderungspflicht gemäss Art. 17 Abs. 1 AVIG lässt sich als blosse Obliegenheit nur durchsetzen, wenn ihre Verletzung leistungsrechtliche Sanktionen
nach sich zieht (Nussbaumer, a.a.O., S. 251 Rz 691). Bliebe die Berücksichtigung unentschuldbar nicht innert der Nachfrist im Sinne von Art. 26 Abs. 2bis AVIV eingereichter Beweisunterlagen im Sinne der vorinstanzlichen Argumentation möglich, so würden die fünftägige Frist und die notwendigenfalls von der Verwaltung angesetzte Nachfrist mitsamt der Androhung der vorgesehenen Säumnisfolgen zu reinen Empfehlungen degradiert. Dies entspricht nicht dem Sinn und Zweck von Art. 43 Abs. 3 ATSG, auf welchem die Verordnungsbestimmung in Bezug auf die Androhung eines Aktenentscheides bei nicht rechtzeitiger Einreichung der geforderten Angaben beruht. Da Art. 26 Abs. 2bis AVIV gesetzmässig ist, muss diese Norm Anwendung finden.
6.2.5 Dem seco ist beizupflichten, dass die vorliegend massgebenden Bestimmungen den verspäteten Nachweis von Arbeitsbemühungen nicht ausschliessen. Dies gilt dann, wenn die versicherte Person einen entschuldbaren Grund für die ungenutzt verstrichene Nachfrist vorbringen kann (Art. 26 Abs. 2bis Satz 3 AVIV). Entfällt eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung zufolge mangelnden Nachweises von Arbeitsbemühungen im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG, weil die Nachfrist unverschuldet verpasst wurde, kann - wie das seco zu Recht vorbringt - eine Einstellung unter dem Titel der Verletzung der Auskunfts- oder Meldepflicht gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. e AVIG in Frage kommen. Eine solche Konstellation liegt beispielsweise dann vor, wenn die versicherte Person den Nachweis der Arbeitsbemühungen infolge Krankheit verspätet - daher entschuldbar und ohne Sanktionsfolge - erbracht, indessen die Tatsache der Erkrankung, wofür ebenfalls eine Meldepflicht besteht, pflichtwidrig nicht mitgeteilt hat. In casu kann offen bleiben, ob eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung auch gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. e AVIG hätte erfolgen können, weil - wie sich nachfolgend (Erw. 7 hiernach) ergibt - die von der Verwaltung mit Einspracheentscheid
vom Juni 2004 bestätigte Einstellung in der Anspruchsberechtigung mangels Nachweises persönlicher Arbeitsbemühungen im Januar 2004 gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG in Verbindung mit Art. 26 Abs. 2bis AVIV nicht zu beanstanden ist. Eine Rückweisung der Sache zu weiteren Abklärungen und "allfälliger neuer Verfügung" an das RAV im Sinne des Eventualantrages des seco erübrigt sich daher.

7.
Der Versicherte war gemäss ärztlichem Zeugnis vom 24. Dezember 2003 bis zum 3. Februar 2004 zu 100 % und hernach zu 50 % arbeitsunfähig. Darauf wird in der Einsprache vom 21. April 2004 hingewiesen. Diese Einschränkungen in der Arbeitsfähigkeit stellen allerdings keinen Hinderungsgrund für das Einreichen des For-

mulars "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen" für den Monat Januar 2004 innert der mit Schreiben des RAV vom 10. Februar 2004 angesetzten Nachfrist dar. Der Beschwerdegegner war ab 4. Februar 2004 lediglich noch zu 50 % in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt. Daher wäre es ihm aus gesundheitlichen Gründen ohne weiteres möglich gewesen, das geforderte Formular innert der Nachfrist der Verwaltung zuzustellen. Weitere Umstände, welche das Versäumnis des Versicherten entschuldigen könnten, werden nicht geltend gemacht und ergeben sich auch nicht aus den Akten. Die Frage, ob der Versicherte auf Grund der ärztlich attestierten vollen Arbeitsunfähigkeit im Januar 2004 überhaupt Arbeitsbemühungen unternehmen musste, kann bei dieser Sachlage offen bleiben. Es sei immerhin darauf hingewiesen, dass zu 100 % arbeitsunfähige versicherte Personen - entgegen der Auffassung des Versicherten - für die Zeit der bestehenden
Arbeitsunfähigkeit nicht zwangsläufig von der Pflicht zur Stellensuche befreit sind. Der Einspracheentscheid vom 23. Juni 2004 erweist sich - soweit er letztinstanzlich zu überprüfen ist (Erw. 3 hiervor) - als rechtens.

8.
8.1 Da es in den vorliegenden Verfahren um Versicherungsleistungen geht, sind gemäss Art. 134 Satz 1 OG keine Gerichtskosten zu erheben. Die Gesuche des Versicherten um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der Befreiung von den Gerichtskosten erweisen sich daher als gegenstandslos. Die unentgeltliche Verbeiständung kann hingegen in beiden Prozessen gewährt werden (Art. 152 in Verbindung mit Art. 135 OG), da die Bedürftigkeit aktenkundig ist und die Vertretung geboten war (BGE 125 V 202 Erw. 4a und 372 Erw. 5b, je mit Hinweisen). Es wird indessen ausdrücklich auf Art. 152 Abs. 3 OG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten haben wird, wenn sie später dazu im Stande ist.

8.2 Bei diesem Ergebnis wird die Vorinstanz noch über das bei ihr gestellte Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung zu befinden haben.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
Die Verfahren C 164/05 und C 170/05 werden vereinigt.

2.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerden des RAV und des seco wird der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. April 2005 aufgehoben.

3.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.
Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung wird Rechtsanwalt Armin Eugster für die Verfahren C 164/05 und C 170/05 vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von gesamthaft Fr. 1000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) ausgerichtet.

5.
Die Akten werden dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen zugestellt, damit es über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung für das kantonale Verfahren entscheide.

6.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen und der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen zugestellt.

Luzern, 28. September 2006

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der I. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: