[AZA 7]
C 313/01 Vr

I. Kammer

Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Lustenberger,
Ursprung und Frésard; Gerichtsschreiberin Riedi Hunold

Urteil vom 7. August 2002

in Sachen
Y._____, 1956, Beschwerdeführer, vertreten durch I._____,
gegen
Amt für Wirtschaft und Arbeit, Abteilung Rechtsdienst und Entscheide, Verwaltungsgebäude, 8510 Frauenfeld,
Beschwerdegegner,

und
Rekurskommission des Kantons Thurgau für die Arbeitslosenversicherung, Eschlikon

A.- Y._____ (geboren 1956) war von 1. Januar 1989 bis 30. Mai 1995 bei der Gesellschaft B._____ und von
1. Juni 1995 bis 30. Juni 1996 bei der W._____ AG als Hilfsarbeiter angestellt. In der Folge meldete er sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung. Der versicherte Verdienst wurde auf Fr. 3166.- festgesetzt. Während des Leistungsbezugs vom 1. Juli 1996 bis 30. Juni 1998 arbeitete Y._____ während acht Tagen in der Firma E._____ im Zwischenverdienst. Ab 1. Juli 1998 wurde er von der Fürsorgebehörde unterstützt und arbeitete überdies als Aushilfe auf Abruf bei der Firma E._____.
Vom 1. August 1999 bis 31. Juli 2000 war Y._____ beim Hilfswerk H._____ im Rahmen des Projekts X._____ angestellt und verrichtete diverse Arbeiten in Forst- und Naturschutz, beim Umbau von Räumlichkeiten, als Praktikant Hauswart/Pädagoge für die Stiftung F._____ und als Behindertenbetreuer.
Er bezog dabei ein Entgelt von Fr. 5362.-. Ab 1. August 2000 war er als Stufenhilfe als Behindertenbetreuer zu einem Monatslohn von Fr. 3341. 35 angestellt.
Am 9. August 2000 meldete sich Y._____ erneut zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung im Umfang von 40 % an, da der Lohn als Behindertenbetreuer weniger als 70 % seines versicherten Verdienstes betrage. Mit Verfügung vom 3. Januar 2001 erklärte das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Thurgau (nachfolgend: AWA) den von Y._____ erzielten Lohn als zumutbar im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG und stellte fest, dieser habe keinen Anspruch auf Kompensationszahlungen gemäss Art. 24 AVIG.

B.- Die hiegegen erhobene Beschwerde wies die Rekurskommission des Kantons Thurgau für die Arbeitslosenversicherung (nachfolgend: Rekurskommission) mit Entscheid vom 3. September 2001 ab.

C.- Y._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Antrag, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben, die "arbeitslosenversicherungsrechtliche Unzumutbarkeit" der von ihm vom 1. August 2000 bis 31. Juli 2001 ausgeführten Tätigkeit festzustellen und die Arbeitslosenkasse zur Leistung von Differenzzahlungen zu verpflichten.

Die Rekurskommission beantragt die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.
Das AWA schliesst sich der Stellungnahme der Rekurskommission an, währenddem das Staatssekretariat für Wirtschaft auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Der Beschwerdeführer macht geltend, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei dadurch verletzt worden, als ihm vor Erlass der Verfügung des AWA vom 3. Januar 2001 keine Möglichkeit zur Stellungnahme eröffnet

worden sei.

a) Die Vorinstanz hat festgestellt, dem Versicherten sei im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ausreichend Gelegenheit gegeben worden, zu allen ihm vorgehaltenen Aspekten Stellung zu nehmen und sich mit eigener Argumentation dagegen zur Wehr zu setzen. Eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sei daher geheilt worden.
Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Insbesondere habe sich das Eidgenössische Versicherungsgericht zu den Folgen der Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht geäussert.
Diese Erwägungen der Vorinstanz sind unvollständig. In BGE 126 V 130 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV ausdrücklich bekräftigt. Dieser Anspruch, so das Gericht, umfasse die Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidfindung. Bevor die Behörde einen Entscheid treffe, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreife, habe sie ihn davon in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zu geben, sich vorgängig zu äussern. Das Recht, angehört zu werden, sei formeller Natur. Dessen Verletzung führe ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung.
Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs könne als geheilt gelten, wenn die betreffende Person die Möglichkeit erhalte, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen könne. Die Heilung eines allfälligen Mangels müsse aber die Ausnahme bleiben.

b) Mit seiner Verfügung vom 3. Januar 2001 hat das AWA die vom Versicherten angetretene Arbeitsstelle als zumutbar im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG erklärt und damit dessen Anspruch auf Kompensationszahlungen abgewiesen. Damit hat es nicht unwesentlich in die vom Versicherten geltend gemachten Rechtsansprüche eingegriffen, ohne dem Betroffenen zuvor die Möglichkeit zu geben, sich zur beabsichtigten Verfügung vernehmen zu lassen. Es ist daher festzustellen, dass das AWA den Anspruch auf rechtliches Gehör des Versicherten in nicht leicht zu nehmender Weise verletzt hat. Die Vorinstanz hätte daher die Verfügung des AWA vom 3. Januar 2001 aufheben und die Sache an diese Behörde zurückweisen müssen.

c) In der Zwischenzeit hat der Versicherte seine Einwendungen gegen die Verfügung vom 3. Januar 2001 vollumfänglich geltend machen können. Im Rahmen des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens hat er sich sowohl schriftlich als auch mündlich geäussert. Der Vorinstanz wie auch dem Eidgenössischen Versicherungsgericht kommt eine vollumfängliche Kognition zu. Aus verfahrensökonomischen Gründen rechtfertigt es sich daher nicht, die Sache an das AWA zur nochmaligen Durchführung des Verfahrens zurückzuweisen.
Dies gilt umso mehr, als es dem Betroffenen nicht um die Abwehr einer Sanktion, die in seine Rechtsstellung erheblich eingreift, sondern um die Begründung des Anspruchs auf Kompensationszahlungen geht. Eine weitere Verzögerung des Verfahrens liegt daher nicht in seinem Interesse.
d) Infolge Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör war der Versicherte gezwungen, seine Einwendungen gegen die Verfügung des AWA im Beschwerdeverfahren geltend zu machen. Mithin hat das AWA durch Verletzung des rechtlichen Gehörs das Beschwerdeverfahren verursacht. Nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach die Kosten eines Verfahrens zu tragen hat, wer dieses Verfahren verursacht hat (ZAK 1989 S. 283 Erw. 3), wären daher dem AWA die vorinstanzlichen Kosten aufzuerlegen. Indessen waren in diesem Verfahren keine Kosten zu erheben (Art. 103 Abs. 4 AVIG). Da gemäss konstanter Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts im Bereich der Arbeitslosenversicherung kein bundesrechtlicher Anspruch auf eine Parteientschädigung besteht und sich diese ausschliesslich nach den kantonalen Vorschriften richtet, kann der Versicherte im Rahmen des vorliegenden Verfahrens einzig auf die Möglichkeit hingewiesen werden, einen Parteikostenersatz gestützt auf kantonales Recht (§ 80 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau; Thurgauer Rechtsbuch 170. 1) nachträglich geltend zu machen. Der vorinstanzliche Entscheid ist demnach unzutreffend, soweit er zum Vornherein einen Anspruch auf Parteientschädigung ablehnt.

2.- Der Versicherte macht weiter geltend, gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG sei das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (nachfolgend: RAV) zuständig, nach Zustimmung der tripartiten Kommission in Ausnahmefällen eine Arbeit für zumutbar zu erklären, deren Entlöhnung weniger als 70 % des versicherten Verdienstes betrage. Da die entsprechende Verfügung vom AWA und somit von einer unzuständigen Behörde erlassen worden sei,

sei sie als nichtig zu betrachten.

a) Gemäss Art. 16 Abs. 1 AVIG muss die versicherte Person zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen. Die von der Annahmepflicht ausgenommenen Arbeiten sind in einem Katalog in Art. 16 Abs. 2 AVIG aufgezählt. Arbeiten sind etwa unzumutbar, wenn sie der versicherten Person einen Lohn einbringen, der geringer als 70 % des versicherten Verdienstes ist, es sei denn, sie erhalte Kompensationsleistungen nach Art. 24 AVIG (Zwischenverdienst); mit Zustimmung der tripartiten Kommission kann das RAV in Ausnahmefällen auch eine Arbeit für zumutbar erklären, deren Entlöhnung weniger als 70 % des versicherten Verdienstes beträgt (Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG).

b) Dieser Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG steht in Widerspruch zu Art. 85 Abs. 1 lit. c AVIG, wonach die kantonale Amtsstelle über die Zumutbarkeit einer Arbeit entscheidet. Die Vorinstanz hat diesbezüglich ausgeführt, abzustellen sei auf die letztgenannte Bestimmung, da diese von einem Entscheid über die Zumutbarkeit der Arbeit spreche, währenddem in Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG bloss von einer diesbezüglichen Erklärung die Rede sei. Diese Auslegung erscheint zwar möglich, überzeugt aber insofern nicht ganz, als auch mit "Erklärung" der zumutbaren Arbeit eigentlich nur der Entscheid gemeint sein kann.

c) Zur Entstehungsgeschichte von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG ergibt sich Folgendes: Die Botschaft zur Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 29. November 1993 (BBl 1994 I 340 ff.) sah keine Bestimmung zur Frage des zumutbaren Lohnes vor. Im Rahmen der Beratungen der ständerätlichen Kommission wurde ein Antrag angenommen, wonach eine Arbeit noch zumutbar sei, die 10 % weniger Lohn als die Arbeitslosenentschädigung biete. Dieser Lösung stimmte der Ständerat am 14. März 1994 zu (Amtl. Bull. 1994 S 234 f.). Im Differenzbereinigungsverfahren entwarf dann die Subkommission des Nationalrates den Gesetzestext, welcher in der Folge von den Kommissionen der beiden Räte und von den Räten (Amtl. Bull. 1994 N 1571, Amtl. Bull. 1995 S 95 ff.) angenommen wurde.
Umstritten war in der Beratung der nationalrätlichen Subkommission die Frage, ob der Entscheid über die Ausnahmeregelung der tripartiten Kommission allein oder dem RAV zukomme. Die Subkommission beschloss, dass die tripartite Kommission die Zustimmung in jedem einzelnen Fall zu erteilen habe. Zuständig für den Entscheid seien indessen die Kantone. Aus diesem Anlass hielt der Vertreter des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit (heute:
Staatssekretariat für Wirtschaft) fest, Partner für den Bund seien die Kantone; das RAV sei hingegen Teil der kantonalen Amtsstellen.
Aus dieser Entstehungsgeschichte wird ersichtlich, dass die gesetzliche Bestimmung erst im Verlaufe der Beratungen eingebracht wurde. Eine genaue Koordination mit dem übrigen Gesetzestext konnte daher nicht ohne weiteres sichergestellt werden. Zudem ergibt sich, dass für den Gesetzgeber einzig zur Diskussion stand, ob die Entscheidbefugnis bei der tripartiten Kommission oder beim Kanton liegen solle. Der Gesetzgeber hat sich für die letztgenannte Lösung entschieden, indessen die Zustimmung der tripartiten Kommission zur Voraussetzung gemacht. Eine Koordination mit dem damals schon geltenden Art. 85 AVIG ist nicht erfolgt. Diese Entstehungsgeschichte legt den Schluss nahe, dass die Einsetzung des RAV als zuständige Entscheidbehörde ein gesetzgeberisches Versehen darstellt.

d) Dass es sich um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, ergibt sich auch aus dem systematischen Zusammenhang des Gesetzes. Durch die Erklärung, eine Arbeit sei zumutbar und eine versicherte Person sei zu deren Annahme verpflichtet, erlischt der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. hiezu Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in:
Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Zürich 1998, Rz 336). Gleichzeitig wird ein Anspruch auf Kompensationszahlungen ausgeschlossen. Es ist nach der Systematik des Gesetzes offensichtlich, dass für diesen Entscheid nicht das RAV, sondern die kantonale Amtsstelle (Art. 85 Abs. 1 lit. c AVIG), allenfalls die Arbeitslosenkasse (Art. 81 Abs. 1 lit. a AVIG), zuständig ist.
Der Kanton Thurgau hat dem AWA gestützt auf Art. 85b Abs. 1 AVIG in Verbindung mit § 3 Abs. 2 der Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über Massnahmen gegen die Arbeitslosigkeit vom 3. Dezember 1996 (Thurgauer Rechtsbuch 837. 11) die Kompetenz gegeben, dem RAV verschiedene Aufgaben zu übertragen; ein formeller Erlass mit einer entsprechenden Liste ist jedoch nicht ersichtlich und auch nicht geltend gemacht.

Auch in § 5 dieser Verordnung findet sich der Entscheid über die zumutbare Arbeit nicht bei den dem RAV übertragenen Aufgaben.
Mit der Vorinstanz ist daher festzustellen, dass entgegen dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG der Entscheid über die zumutbare Arbeit nicht in der Kompetenz des RAV, sondern der kantonalen Amtsstelle liegt.

3.- Ausnahmefälle nach Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG sind gemäss Art. 17 AVIV insbesondere gegeben, wenn der Verdienst aus einer Tätigkeit stammt, für deren Ausübung die versicherte Person weder über den erforderlichen Ausbildungsstand noch über die erforderliche Erfahrung verfügt (lit. a), deren Entlöhnung erheblich über dem üblichen Ansatz liegt (lit. b) oder die hoch bezahlt war, und wenn anzunehmen ist, dass die versicherte Person keine vergleichbare Tätigkeit mit entsprechendem Einkommen mehr ausüben kann (lit. c).

a) Die Vorinstanz hat ausgeführt, der vom Versicherten beim Hilfswerk H._____ im Rahmen des Projekts X._____ erzielte Lohn sei nicht auf Grund seiner Leistungen, sondern mit Rücksicht auf seine familiären Unterhaltspflichten festgesetzt worden. Der Lohn von Fr. 5362.- pro Monat sei mit Blick auf den Bildungsstand und die Berufserfahrung sowie unter Berücksichtigung der von ihm zuvor ausgeübten Tätigkeiten übersetzt. Diese Ansicht teile auch die tripartite Kommission.

b) Demgegenüber macht der Versicherte im Wesentlichen geltend, er verfüge über ein Diplom als Pädagoge seines Heimatlandes. Unbestrittenermassen sei er zwar nicht in der Lage, in der Schweiz als Lehrer zu unterrichten. Indessen könne er Betreuungsfunktionen übernehmen. Seit August 2001 verdiene er in einem 80 %-Pensum als Behindertenbetreuer Fr. 4064. 55 pro Monat. Dies entspreche, aufgerundet auf ein volles Pensum, den früheren Einkünften.

c) Diesen Überlegungen des Versicherten kann nicht gefolgt werden. Auf Grund der Akten steht fest, dass er seit seinem Zuzug in die Schweiz als Hilfsarbeiter tätig war.
Auch während der zweijährigen Arbeitslosigkeit konnte er - im Zwischenverdienst - bloss in dieser Funktion eingesetzt werden. Danach war er während einiger Zeit von der Fürsorge abhängig und weiterhin nur als Aushilfe im Einsatz. Die vom 1. August 1999 bis 31. Juli 2000 ausgeübte Tätigkeit wurde nicht nach seinem Leistungsvermögen, sondern nach seinem familiären Bedarf entschädigt. Dass es sich um einen Soziallohn handelte, wurde vom Hilfswerk H._____ mit Schreiben vom 22. November 2000 ausdrücklich bestätigt. Der Maximallohn für die Teilnehmer der Beschäftigungsprogramme ist denn auch zwischenzeitlich auf Fr. 3530.- gesenkt worden. Dies belegt mit aller Deutlichkeit, dass sich die vom Versicherten bezogene Vergütung nicht nach seinem wahren Leistungsvermögen bemass. Daran vermag der Umstand, dass er seit August 2001 eine Arbeit mit entsprechender Entlöhnung gefunden hat, nichts zu ändern. Denn diese Stelle hat er nur nach einjährigem Praktikum mit bedeutend tieferem Einkommen (13 x Fr. 3341. 35) in derselben Institution antreten können. Dies belegt, dass Ausbildungsstand und Berufserfahrung zur Erzielung eines vergleichbaren Lohnes zwei Jahre zuvor nicht ausgereicht hätten. Das AWA hat demnach zu Recht festgestellt, dass die
vom Versicherten in der Zeit vom 1. August 2000 bis 31. Juli 2001 ausgeübte Arbeit zumutbar war und dem Versicherten daher keine Kompensationszahlungen nach Art. 24 AVIG zustanden.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II.Der Entscheid der Rekurskommission des Kantons Thurgau für die Arbeitslosenversicherung vom 3. September 2001 wird insofern aufgehoben, als er den Anspruch auf eine

Parteientschädigung verneint.
III. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

IV.Dieses Urteil wird den Parteien, der Rekurskommission des Kantons Thurgau für die Arbeitslosenversicherung, der Arbeitslosenkasse SMUV, St. Gallen, und dem

Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 7. August 2002

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der I. Kammer:

i.V.

Die Gerichtsschreiberin: