Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 66/02

Urteil vom 26. September 2002
I. Kammer

Besetzung
Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Meyer, Ferrari und Ursprung; Gerichtsschreiber Ackermann

Parteien
Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32, 4133 Pratteln, Beschwerdeführerin,

gegen

L._____, 1952, Beschwerdegegner

Vorinstanz
Versicherungsgericht des Kantons Basel-Landschaft, Liestal

(Entscheid vom 11. Februar 2002)

Sachverhalt:
A.
Der 1952 geborene L._____ bezieht seit dem 1. Juli 1996 Taggelder der Arbeitslosenversicherung und ist seitdem im Zwischenverdienst als Masseur tätig. Im Rahmen der - von der Arbeitslosenversicherung teilweise finanzierten - Ausbildung zum medizinischen Masseur SVBM absolvierte er vom 1. September bis zum 30. November 1998 jeweils am Morgen ein Praktikum im Kurlhaus X._____ in Deutschland, ohne für seine Tätigkeit ein Entgelt zu erhalten und ohne um eine Bewilligung ersucht zu haben. Mit Verfügung vom 15. Dezember 1998 forderte die Öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Basel-Landschaft (im Folgenden "Kasse") von L._____ Fr. 7190.30 zurück, da er während des Praktikums nur zu "50% vermittelbar" gewesen sei. Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Versicherungsgericht des Kantons Basel-Landschaft (heute: Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht) mit Entscheid vom 10. Juli 2000 gut, wobei es befand, dass L._____ auch während der Praktikumsdauer vermittlungsfähig gewesen sei, da er das Praktikum jederzeit hätte abbrechen können und seine Pflicht zu persönlichen Arbeitsbemühungen erfüllt habe.

In Nachachtung zu diesem Entscheid berechnete die Kasse die Rückforderung neu und forderte mit Verfügung vom 29. August 2000 von L._____ Fr. 3258.30 zurück, da ein nicht bewilligtes Praktikum als Zwischenverdienst zu betrachten und unter Berücksichtigung eines orts- und berufsüblichen Ansatzes anzurechnen sei; dieser betrage unter Abstellen auf die vom Bundesamt für Statistik herausgegebene Schweizerische Lohnstrukturerhebung Fr. 17.- pro Stunde.
B.
In Gutheissung der dagegen erhobenen Beschwerde hob das Versicherungsgericht des Kantons Basel-Landschaft mit Entscheid vom 11. Februar 2002 die Verfügung auf und wies die Sache zur Festsetzung der Rückforderung an die Kasse zurück, welche von dem am deutschen Praktikumsort üblichen Stundenlohn von 11,80 DM auszugehen habe.

C.
Die Kasse führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben.

Das kantonale Gericht schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während L._____ und das Staatssekretariat für Wirtschaft auf eine Vernehmlassung verzichten.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Kasse rügt vorab, dass die vorinstanzliche Richterin nicht mehr unabhängig und unbefangen gewesen sei, da sie bereits am ersten Entscheid von Juli 2000 mitgewirkt habe.
1.1 Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so ist die Garantie verletzt (BGE 126 I 73 Erw. 3a mit Hinweisen).

Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall so genannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen. Ob dies der Fall ist, kann nicht generell gesagt werden; es ist nach der Rechtsprechung vielmehr in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als offen erscheint (BGE 126 I 73 Erw. 3c mit Hinweisen).
1.2 Die vorinstanzliche Richterin hatte am Urteil des kantonalen Versicherungsgerichts vom 10. Juli 2000 mitgewirkt, in welchem die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten beurteilt wurde. Im vorliegenden Fall sind dagegen Anrechnung und Höhe des Zwischenverdienstes zu prüfen, weshalb weder begründet noch ersichtlich ist, inwieweit sich die vorinstanzliche Richterin im ersten Verfahren bezüglich dieser Fragen geäussert und damit festgelegt haben sollte. Eine Vorbefassung liegt nicht vor.
2.
Das kantonale Gericht hat die gesetzlichen Bestimmungen über den Zwischenverdienst (Art. 24 Abs. 1 AVIG), die Ermittlung des Verdienstausfalls (Art. 24 Abs. 3 AVIG) sowie die Rückforderung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung, auf welche der Empfänger keinen Anspruch hatte (Art. 95 Abs. 1 AVIG), zutreffend dargelegt. Gleiches gilt für die Rechtsprechung zur Wiedererwägung und zur prozessualen Revision (BGE 126 V 46 Erw. 2b mit Hinweisen). Darauf wird verwiesen.
3.
Es ist unbestritten und nicht zu beanstanden, dass das (unentgeltlich geleistete) Praktikum in Deutschland als Zwischenverdienst zu betrachten ist. Streitig ist jedoch die Höhe des anrechenbaren Entgelts dieses Zwischenverdienstes und dabei insbesondere, ob sich der berufs- und ortsübliche Ansatz gemäss Art. 24 Abs. 3 AVIG nach den Verhältnissen in der Schweiz oder in Deutschland bestimmt.
3.1 Die Kasse ist der Ansicht, dass sich der Zwischenverdienst nach den Verhältnissen in der Schweiz berechne, wobei auf Gesetzesvorschriften, Lohnstatistiken, branchen- oder firmenübliche Massstäbe, Muster- oder Gesamtarbeitsverträge abzustellen sei. Dies ergebe sich aus dem im Sozialversicherungsrecht geltenden Territorialitätsprinzip und gelte umso mehr bei einer in der Schweiz wohnhaften Person, die noch nie zuvor eine Arbeit im Ausland angenommen habe; eine Zwischenverdiensttätigkeit im Ausland käme im Übrigen einem nicht zulässigen Leistungsexport gleich. In der Praxis stütze sich die Kasse für die Bestimmung der berufs- und ortsüblichen Entlöhnung denn auch auf die Schweizerische Lohnstrukturerhebung.

Demgegenüber macht die Vorinstanz geltend, es sei nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer bei seiner Praktikumstätigkeit mehr als die in Deutschland üblichen 11,80 DM hätte verdienen können. Der Wortlaut von Art. 24 Abs. 3 AVIG fordere mit dem Begriff der Ortsüblichkeit gerade die Berücksichtigung der Verhältnisse am Ort der ausgeübten Arbeit, was sich auch aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmung ergebe.
3.2 Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind

verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Ausle gungselemente, 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 127 IV 194 Erw. 5b/aa, 127 V 5 Erw. 4a, 92 Erw. 1d, 198 Erw. 2c, je mit Hinweisen).

Der Wortlaut des Art. 24 Abs. 3 AVIG spricht zwar von "berufs- und ortsüblichem Ansatz", äussert sich jedoch nicht explizit, ob sich die Ortsüblichkeit nach dem Ort der Ausübung der Tätigkeit oder nach einem anderen Ort (z.B. demjenigen des Sitzes des Arbeitgebers oder der Kasse) zu richten hat.
3.3 Sinn und Zweck des in Art. 24 Abs. 3 AVIG erwähnten Differenzausgleiches bei Zwischenverdienst ist die Förderung der Annahme lohnmässig unzumutbarer Arbeiten; jedoch soll unüblich tiefen Honorierungen solcher Ersatzarbeiten dann entgegengetreten werden, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer - im Sinne eines Lohndumping - einen zu niedrigen Lohn vereinbaren, um die Differenz zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen. So hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Berufs- und Ortsüblichkeit der Entlöhnung bei vollzeitiger Ersatzarbeit verneint im Falle eines Versicherten, der nach Provision entschädigt wurde und trotz vollen Einsatzes mit anspruchsvoller Arbeit während Monaten nicht einmal einen Verdienst in der Höhe des Existenzminimums erzielte (ARV 1986 Nr. 22 S. 88). Ebenfalls verneint hat das Gericht die Berufsüblichkeit im Falle eines ausgebildeten Psychologen, der wegen Personalstopps des betreffenden Kantons für seine Arbeit nur wie ein Praktikant entlöhnt wurde. Das Gericht hat dabei insbesondere ausgeführt, es könne nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung sein, Lohnkosten eines Kantons mit Personalstopp zu übernehmen (nicht publiziertes Urteil F. vom 29. August 1986, C 61/86). Eine berufsübliche
Entlöhnung bedeutet somit, dass der Versicherte, der auf seinem erlernten Berufsgebiet eine Ersatzarbeit ausübt, wie ein ausgebildeter Angehöriger dieses Berufes normal bezahlt wird. Bei ungelernten Tätigkeiten im Rahmen von Ersatzarbeit sind branchenübliche Durchschnittslöhne heranzuziehen (BGE 120 V 245 Erw. 3c mit Hinweis; diese Ausführungen betrafen den bis Ende 1991 geltenden Art. 25 AVIG, gelten jedoch auch für die Nachfolgeregelung in Art. 24 Abs. 3 AVIG).

Bereits in der Botschaft zur Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes hat der Bundesrat ausgeführt, dass die Entlöhnung anhand der Orts- und Berufsüblichkeit die Lohndrückerei ausschliesse (BBl 1980 III 581). Demnach hat der anrechenbare Verdienst demjenigen Ansatz zu entsprechen, der für die zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbarte Arbeitsleistung üblich ist. Bezüglich Ortsüblichkeit ist nach dem Sinn der Bestimmung auf den Arbeitsort abzustellen, da eine Lohndrückerei zu Lasten der Arbeitslosenversicherung nämlich gerade dann nicht zu befürchten ist, wenn die am Arbeitsort üblichen Ansätze vereinbart werden. Wären indessen die Ansätze am Wohnort des Versicherten oder am Sitz der Kasse massgeblich, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht, bestände hiefür keine Gewähr, da es durchaus denkbar ist, dass das Lohnniveau an diesen Orten tiefer als am Arbeitsort selber ist. Damit ist hier auf die ortsüblichen Ansätze am Arbeitsort im benachbarten Deutschland abzustellen. Wie es sich verhält, wenn der effektive Arbeitsort und der Sitz des Arbeitgebers auseinander fallen (z.B. bei entsandten Arbeitnehmern) kann im Rahmen der vorliegenden Sachverhaltskonstellation offen bleiben.
3.4 Die Regelung über den anrechenbaren Zwischenverdienst (Art. 24 AVIG) bringt es mit sich, dass die auszurichtende Arbeitslosenentschädigung umso höher ausfällt, je tiefer der ortsübliche Zwischenverdienst ist. Dies hat zur Folge, dass die Arbeitslosenkasse stärker belastet wird, wenn der Versicherte eine Arbeitsstelle annimmt, die ihm zwar einen ortsüblichen Lohn einbringt, jedoch unter dem früheren Lohnniveau liegt. Es ist verständlich und mit Blick auf den haushälterischen Umgang mit den zur Verfügung stehenden Mitteln geboten, dass die Arbeitslosenkasse so entstehenden Mehrkosten entgegentreten will. Sie kann dies indessen nicht durch eine Sinn und Zweck widersprechende Auslegung des Begriffes der Ortsüblichkeit tun (vgl. Erw. 3.3 hievor). Vielmehr hat sie in solchen Fällen zu prüfen, ob der Versicherte auf Grund der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht (Art. 16 f. AVIG) keine besser bezahlte Stelle annehmen und einen höheren Zwischenverdienst erzielen könnte.

Im vorliegenden Fall bestehen keine Hinweise dafür, dass der Versicherte im fraglichen Zeitraum eine besser bezahlte Stelle hätte finden können. Jedenfalls wurde bereits im Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 10. Juli 2000 festgestellt, er sei seinen Verpflichtungen zur Stellensuche vollumfänglich nachgekommen. Dass ihm eine besser bezahlte Stelle im fraglichen Zeitraum zugewiesen worden wäre, wird nicht behauptet und ergibt sich auch nicht aus den Akten.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, dem Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Baselland und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 26. September 2002

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der I. Kammer: Der Gerichtsschreiber: