

1. Kammer als Versicherungsgericht

URTEIL

vom 1. Februar 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Anspruch nach AVIG

1. ..., gelernter kaufmännischer Angestellter, meldete sich am 10. November 2003 zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern an.
2. Gemäss dem Formular „Angaben der versicherten Person für März 2004“ arbeitete er in diesem Monat für die ... AG. In diesem Formular gab er zudem an, ab 1. April 2004 wiederum zu arbeiten. Ebenfalls im März reichte die ... AG eine Bescheinigung über Zwischenverdienst ein. Danach arbeitete ... 40 Stunden pro Woche als Praktikant zu einem Bruttomonatslohn von Fr. 1'000.--. Die Arbeitgeberin gab zudem an, ihn ab 1. April 2004 fest anstellen zu wollen.
3. Beide Arbeitsverträge – sowohl der befristete für den Monat März 2004 als auch der unbefristete mit Gültigkeit ab 1. April 2004 – wurden am 20. Februar 2004 abgeschlossen. Gemäss dem unbefristeten Vertrag wurde eine 3-monatige Probezeit, ein Jahresbruttolohn von Fr. 49'400.-- und ab 1. Januar 2005 ein Jahresbruttolohn von Fr. 52'000.-- vereinbart.
4. Am 30. Juni 2004 überwies die Arbeitslosenkasse Graubünden dem KIGA die Frage zum Entscheid, welcher orts- und berufsübliche Monatslohn die Kasse dem Versicherten für März 2004 als Zwischenverdienst anzurechnen habe, um den verbleibenden Verdienstaufschlag zu ermitteln. Das KIGA entschied am 13. August 2004, dass der Versicherte grundsätzlich Anrecht auf die Entrichtung des Verdienstaufschlages gemäss Art. 24 Abs. 1 AVIG habe. Der Versicherte habe aber im Rahmen seiner Schadenminderungspflicht unter dem Titel „Praktikum“ eine ordentliche Erwerbstätigkeit aufgenommen, die

nicht nach orts- und berufsüblichen Ansätzen entschädigt worden sei. Für die Ermittlung der Kompensationszahlungen bei solchen unechten Praktika sei von orts- und berufsüblichen Ansätzen auszugehen. Der Versicherte habe im März Fr. 1'000.-- erhalten. Für das fragliche Praktikum existiere kein orts- oder berufsüblicher Ansatz. Es rechtfertige sich somit, sich an einem Mindestlohn von Fr. 3'500.-- zu orientieren.

5. Gegen diese Verfügung erhob der Versicherte am 26. August 2004 Beschwerde und beantragte, den effektiven Verdienst als Zwischenverdienst anzurechnen. Er habe eine Ausbildung als kaufmännischer Angestellter absolviert und sei dann arbeitslos gewesen, worauf er nach fast vier Monaten Arbeitslosigkeit die Tätigkeit als Cutter/Techniker bei der ... AG angetreten habe. Dabei handle es sich um eine Verlagerung vom kaufmännischen zum technischen Bereich, was einem Berufswechsel entspreche. Das Absolvieren eines entsprechenden Praktikums sei Voraussetzung für den Stellenantritt durch die ... gewesen. Ohne dieses Praktikum wäre er für den Betrieb mangels technischer Kenntnisse nicht brauchbar gewesen. Es gäbe keine orts- und branchenüblichen Ansätze. Die Ausbildung könne auch nicht in einem Schulbetrieb erworben werden. Er sei sicherlich der einzige Fall, weswegen der effektive Verdienst von Fr. 1'000.-- pro Monat als branchenüblich gelten müsse.
6. Mit Entscheid vom 6. Oktober 2004 – also noch bevor der Einspracheentscheid des KIGA vorlag – wies die Arbeitslosenkasse Graubünden das Begehren des Versicherten um Ausrichtung einer Arbeitslosenentschädigung für März 2004 gestützt auf die Verfügung des KIGA vom 13. August 2004 ab.
7. Am 11. Oktober 2004 wies das KIGA die Einsprache ab. Ein unechtes Praktikum liege vor, wenn ein Versicherter im Rahmen seiner Schadenminderungspflicht unter dem Titel „Praktikum“ eine ordentliche Erwerbstätigkeit antrete, die nicht nach orts- oder berufsüblichen Ansätzen entschädigt werde. Dies sei vorliegend der Fall, weswegen ein solcher Ansatz zur Grundlage genommen werden müsse. Gemäss eigenen Angaben habe

das Praktikum der Einarbeitung gegolten. Vorliegend handle es sich um ein äusserst kurzes Praktikum, welches nicht zu Ausbildungs-, sondern zu Einarbeitungszwecken absolviert worden sei. Damit sei die Probezeit des nachfolgenden ordentlichen Arbeitsvertrages künstlich auf vier Monate verlängert worden. Der anzurechnende Mindestlohn von Fr. 3'500.-- sei demnach gerechtfertigt.

8. Dagegen erhob der Versicherte am 30. Oktober 2004 Beschwerde und verlangte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Zusprechung eines Arbeitslosengeldes von Fr. 2'331.05 zuzüglich Entschädigung von Aufwendungen und Barauslagen zu Fr. 200.--. Die Begründung entspricht derjenigen in seiner Einsprache gegen die Verfügung des KIGA. Er ergänzt, dass er in seiner Beschwerdeschrift vom 26. August 2004 das Gesuch gestellt habe, ihm einen Vortritt zu gewähren, falls das KIGA seinen Ausführungen nicht folgen könne, was das KIGA nicht getan habe.

9. In seiner Vernehmlassung beantragte das KIGA die Abweisung der Beschwerde im Wesentlichen mit der gleichen Begründung wie im Einspracheentscheid. Es ergänzte, dass die berufs- und ortsübliche Entlohnung aufgrund von Gesetzesvorschriften, Lohnstatistiken, branchen- und firmenüblichen Massstäben, Musterverträgen oder Gesamtarbeitsverträgen festgestellt werden könne. Allenfalls könnten auch Richtlinien von Berufsverbänden herangezogen werden.
Ein Praktikum, welches zu Ausbildungszwecken diene, dauere grundsätzlich länger als einen Monat. Vorliegend sei aber nur ein Monat vorgesehen gewesen. Die gesamten Umstände zeigten auf, dass das Praktikum lediglich zur Einarbeitung habe dienen sollen und somit die Probezeit verlängert habe. Gemäss Auskunft der Abteilung Arbeitsbedingungen Graubünden sei als orts- und betriebsüblicher Lohn von einem solchen von Fr. 3'500.-- auszugehen. Ein Lohn in der Höhe von Fr. 1'000.-- könne vorliegend nicht als orts- und betriebsüblich angesehen werden. Dass das Praktikum lediglich zur Einarbeitung gedient habe, zeige auch der unbefristete Arbeitsvertrag vom 20. Februar 2004 auf, wo festgehalten sei, dass das Arbeitsverhältnis seit 1. März 2004 bestehe. Bei einem echten Praktikum wäre dies nicht der Fall

gewesen. Orts- und branchenübliche Ansätze könnten auch mittels der von der Abteilung Arbeitsbedingungen Graubünden eingeholten Auskunft festgestellt werden. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liege letztlich nicht vor. Art. 42 ATSG halte fest, dass Parteien vor Verfügungen, welche durch Einsprache anfechtbar seien, nicht angehört werden müssten. Er habe aber Einsprache erheben können.

10. In seiner Replik wies der Versicherte noch darauf hin, dass er wohl besser einen Monat länger gestempelt und gratis für die TSO gearbeitet oder eine teure Umschulung absolviert hätte. Dies könne aber nicht der Sinn des Gesetzes sein. Die Nichtgewährung eines Vortritts sei vom Verwaltungsgericht schon verschiedentlich als Verletzung des rechtlichen Gehörs taxiert worden. Das KIGA reichte innert Frist keine Duplik ein.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren stellt der Einspracheentscheid vom 11. Oktober 2004 dar. Vorliegend ist einzig streitig, von was für einem Einkommen für die Berechnung des Zwischenverdienstes ausgegangen werden muss.
2. a) Die versicherte Person, welche einen Zwischenverdienst erzielt, hat gemäss Art. 24 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags. Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt (Art. 24 Abs. 1 AVIG). Als Verdienstaufschlag gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst (Art. 24 Abs. 3 AVIG). Bei der Berechnung des Verdienstaufschlags stellt sich für die Kasse jeweils die Frage, ob der erzielte Zwischenverdienst dem berufs- und

ortsüblichen Ansatz für die geleistete Arbeit entspricht. Muss dies aufgrund objektiver Anhaltspunkte verneint werden, hat der Versicherte lediglich Anspruch unter Berücksichtigung der Differenz zwischen dem berufs- und ortsüblichen Lohn und dem versicherten Verdienst.

- b) Sinn und Zweck des in Art. 24 Abs. 3 AVIG erwähnten Differenzausgleiches bei Zwischenverdienst ist die Förderung der Annahme lohnmässig unzumutbarer Arbeiten; jedoch soll unübliche tiefen Honorierungen solcher Ersatzarbeiten dann entgegengetreten werden, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer – im Sinne eines Lohndumping – einen zu niedrigen Lohn vereinbaren, um die Differenzen zu Lasten der Arbeitslosenversicherung entschädigen zu lassen. Eine berufsübliche Entlohnung bedeutet, 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 129 V 102 E. 3.3; Faesi Thomas, Arbeitslosenentschädigung und Zwischenverdienst, S. 506 f.). Bereits in der Botschaft zur Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes hat der Bundesrat ausgeführt, dass die Entlohnung 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 (BGE 129 V 105 E. 3.3). Die berufs- und ortsübliche Entlohnung kann aufgrund von Gesetzesvorschriften, Lohnstatistiken, branchen- und firmenüblichen Massstäben, Musterverträgen oder Gesamtarbeitsverträgen festgestellt werden. Allenfalls können auch Richtlinien von Berufsverbänden herangezogen werden. Es kommt vor, dass eine versicherte Person im Rahmen ihrer Schadenminderungspflicht unter dem Titel „Praktikum“ eine ordentliche Erwerbstätigkeit antritt, die nicht nach orts- und berufsüblichen Ansätzen entschädigt wird. Für die Ermittlung der Kompensationszahlungen

bei solchen unechten „Praktika“ ist von orts- und berufsüblichen Ansätzen auszugehen (Seco-Kreisschreiben vom Januar 2003 über die Arbeitslosenversicherung, C95).

- c) Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer am 20. Februar 2004 gleich zwei Arbeitsverträge – sowohl den Praktikumsvertrag als auch den unbefristeten Arbeitsvertrag ab 1. April 2004 – mit der Südostschweiz Radio/TV AG abgeschlossen. Für den Monat März war ein Lohn von Fr. 1'000.-- vereinbart. Ab April 2004 sollte der Beschwerdeführer Fr. 3'800.-- brutto und ab dem 1. Januar 2005 brutto Fr. 4'000.-- brutto pro Monat erhalten. In seiner Beschwerdeschrift führt der Beschwerdeführer aus, dass dieses Ausbildungspraktikum zum Lohn von Fr. 1'000.-- Voraussetzung für eine nachfolgende Anstellung gewesen sei.
- d) Das Gericht ist der Ansicht, dass dieses Praktikum nicht zu Ausbildungs-, sondern zu Einarbeitungszwecken absolviert wurde. Die äusserst kurze Praktikumszeit und die Tatsache, dass gleichentags sowohl der Praktikumsvertrag als auch der unbefristete Arbeitsvertrag abgeschlossen wurden, sprechen klar gegen das Vorliegen eines Ausbildungspraktikums. Ein solches dauert grundsätzlich länger als einen Monat. Zudem beansprucht eine Ausbildung zum Cutter je nach Vorbildung eineinhalb bis zwei Jahre. Des Weiteren wird im unbefristeten Arbeitsvertrag der 1. März 2004 als Vertragsbeginn angegeben. All diese Umstände lassen den Schluss zu, dass das Praktikum lediglich zur Einarbeitung vorgesehen war. Zudem wurde durch die Aneinanderkettung der beiden Verträge die Probezeit künstlich auf vier Monate verlängert. Es ist deshalb auf den orts- und berufsüblichen Lohn abzustellen. Der Beschwerdegegner hat dabei einen Monatslohn von Fr. 3'500.-- als massgebend erachtet. Im unbefristeten Arbeitsvertrag hatten der Beschwerdeführer und der Arbeitgeber – für die Zeit nach dem absolvierten Praktikum – einen Lohn von Fr. 3'800.-- im Monat vereinbart. Im selben Vertrag wurde bereits auch eine Lohnerhöhung von Fr. 200.-- im Monat nach weiteren neun Monaten vereinbart. Wenn der Beschwerdeführer bereits nach einem Monat Einarbeitung und ohne speziellen Cutter-Ausbildung einen Monatslohn von Fr. 3'800.-- bekommt, kann der Entscheid der Vorinstanz,

dass für die betreffende Arbeit ein orts- und berufsüblicher Lohn von mindestens Fr. 3'500.-- gemäss Art. 24 Abs. 3 AVIG angerechnet werden kann, als korrekt erachtet werden.

3. Der Beschwerdeführer rügt letztlich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da er in seiner Einsprache ein Gesuch um Vortritt gestellt habe, welchem nicht entsprochen wurde. Art. 42 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) wiederholt den verfassungsmässigen Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und hält fest, dass die Parteien nicht angehört werden müssen vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind. Die Verfügung des Beschwerdegegners war durch Einsprache anfechtbar, weshalb eine vorgängige Anhörung des Beschwerdeführers nicht nötig war. Nach dem Gesagten liegt offensichtlich keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor.
4. Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass der angefochtene Einspracheentscheid rechtmässig ist, was zur Abweisung der Beschwerde führt.
5. Gemäss Art. 61 lit. a ATSG und Art. 11 der kantonalen Verordnung über das Verfahren in Sozialversicherungstreitsachen (VVS; BR 542.300) ist das kantonale Beschwerdeverfahren bei Sozialversicherungstreitigkeiten – ausser bei leichtsinniger oder mutwilliger Prozessführung – kostenlos.

Demnach erkennt das Gericht:

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