

S a c h v e r h a l t

A. X., geboren 1962, verheiratet, meldete sich am 17. Oktober 2007 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (nachfolgend RAV) seiner Wohngemeinde zur Arbeitsvermittlung an und reichte am 12. November 2007 einen Antrag auf volle Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Januar 2008 ein. Sein letztes Arbeitsverhältnis hatte er am 20. September 2007 auf den 31. Dezember 2007 gekündigt; der Lohn im Jahr 2007 betrug 84'675.45 Franken (13 x 6'513.50 Franken).

Am 20. Dezember 2007 schloss X. mit der Firma Y. AG, Zürich, einen auf drei Monate befristeten Arbeitsvertrag ("befristeter Ausbildungsvertrag") für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 2008 ab. Es soll sich um eine Ausbildung zum Medienanalysten handeln zu einem monatlichen Bruttolohn von 3'200 Franken. Nachdem er im Januar 2008 die Öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Freiburg (nachfolgend Öffentliche Arbeitslosenkasse) auf Anfrage informiert hatte, dass er diese Beschäftigung nicht ohne Weiteres abbrechen würde, falls er eine zumutbare Festanstellung findet, lehnte das Amt für den Arbeitsmarkt mit Verfügung vom 6. Februar 2008 seine Vermittlungsfähigkeit für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 2008 ab. Dagegen erhob X. am 16. Februar 2008 Einsprache. Danach hob das Amt für den Arbeitsmarkt mit Einspracheentscheid vom 28. März 2008 die Verfügung vom 6. Februar 2008 auf und bejahte die Vermittlungsfähigkeit. Zur Begründung wurde angegeben, dass der Versicherte nach dem Beratungsgespräch vom 20. Dezember 2007 habe davon ausgehen können, dass das RAV seinen Ausbildungsplan zumindest gebilligt habe.

B. Mit Verfügung vom 6. Mai 2008 lehnte die Öffentliche Arbeitslosenkasse den Anspruch von X. auf Ersatz des Verdienstausfalls für die Zeitperiode vom 1. Januar bis 31. März 2008 ab. Im vorliegenden Fall könne der Lohn (Ausbildungsvergütung von monatlich 3'200 Franken) offensichtlich nicht als berufs- und ortsüblicher Ansatz für eine zweifellos vorliegende ordentliche Tätigkeit als Medienanalyst betrachtet werden. Da dieser Ansatz ex aequo et bono auf 5'000 Franken festzusetzen sei, übersteige die Erwerbsausfallsentschädigung die mögliche Arbeitslosenentschädigung von 70% des versicherten Verdienstes (4'706.80 Franken), weshalb kein anrechenbarer Verdienstaufschlag und mithin kein Anspruch auf Kompensationszahlungen bestehe.

Dagegen erhob X. am 27. Mai 2008 Einsprache. Er verlangt sinngemäss, dass sein Lohn bei der Y. AG als Zwischenverdienst anzuerkennen und ihm die Differenz zu seiner vollen maximalen monatlichen Arbeitslosenentschädigung von 4'706.80 Franken auszuzahlen sei. Mit Einspracheentscheid vom 30. Juli 2008 hielt die Öffentliche Arbeitslosenkasse an ihrer Verfügung vom 6. Mai 2008 fest und eröffnete eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug ab dem 1. April 2008.

C. Am 14. August 2008 führte X. gegen den Einspracheentscheid vom 16. April 2008 Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Er verlangt sinngemäss, dass ihm die Differenz zwischen dem bei der Y. AG in Zürich von Januar bis und mit März 2008 erzielten Lohn und der vollen maximalen Taggeldentschädigung für diese Zeit ausbezahlt sei. Wie bereits einspracheweise begründet er dies damit, dass er den Vertrag für die "Ausbildung" bei der Y. AG erst nach dem Treffen mit seinem RAV-Berater in Freiburg, mit welchem er über dieses Vorgehen gesprochen und welcher seinen Entschluss begrüsst habe, am 20. Dezember 2007 unterzeichnet habe.

Am 21. Oktober 2008 teilte die Öffentliche Arbeitslosenkasse mit, es schlage die Abweisung der Beschwerde vor. Die Bejahung der Vermittlungsfähigkeit würde nichts daran ändern, dass für den Differenzausgleich, trotz geringeren Verdienstes, von einem berufs- und ortsüblichen Lohn auszugehen sei (RAV 2002 Nr. 13). Zudem hätte vorliegend keine besondere Informationspflicht betreffend die Anpassung der Entlohnung im Sinne von Art. 24 Abs. 3 des Arbeitslosengesetzes bestanden.

Im durchgeführten zweiten Schriftenwechsel wurden keine wesentlich neuen Argumente vorgetragen.

Am 3. Mai 2010 gingen im Rahmen der Instruktion die Akten des RAV ein.

Die übrigen Elemente des Sachverhalts ergeben sich, soweit sie für die Urteilsfindung massgebend sind, aus den nachfolgenden rechtlichen Erwägungen.

E r w ä g u n g e n

1. Die Beschwerde vom 14. August 2008 gegen den Einspracheentscheid der Öffentlichen Arbeitslosenkasse vom 30. Juli 2008 ist form- und fristgerecht bei der örtlich und sachlich zuständigen Rechtsmittelbehörde eingereicht worden.

Der Beschwerdeführer ist vom angefochtenen Entscheid berührt und infolgedessen zur Beschwerde legitimiert.

Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. a) Nach Art. 22 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) beträgt ein volles Taggeld 80% des versicherten Verdienstes (Abs. 1 Satz 1). Ein Taggeld in der Höhe von 70% des versicherten Verdienstes erhalten Versicherte, die a) keine Unterhaltspflicht gegenüber Kindern haben; b) ein volles Taggeld erreichen, welches mehr als 140 Franken beträgt; und c) nicht invalid sind (Abs. 2).

Gemäss Art. 24 Abs. 1 Satz 1 bis 3 AVIG gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Versicherte hat Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags. Der anzuwendende Entschädigungssatz bestimmt sich nach Artikel 22. Als Verdienstaufschlag gilt nach Art. 24 Abs. 3 Satz 1 AVIG die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst.

Ist das Einkommen geringer als die dem Versicherten zustehende Arbeitslosenentschädigung, so besteht gemäss Art. 41a Abs. 1 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV; SR 837.02) innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug ein Anspruch auf Kompensationszahlungen.

b) Nach Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 1 Abs. 1 AVIG sind die Versicherungsträger und die Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen

verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereichs die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind (Abs. 2 Satz 1 und 2).

Gemäss des mit Inkrafttreten des ATSG eingeführten Art. 19a AVIV klären die Kassen die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus dem Aufgabenbereich der Kassen ergeben (Art. 81 AVIG; Abs. 2), die kantonalen Amtsstellen und die regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) über die Rechte und Pflichten, die sich aus den jeweiligen Aufgabenbereichen ergeben (Art. 85 und 85b AVIG; Abs. 3), auf. Der Aufgabenbereich der von den Kantonen zu errichtenden RAV ist im AVIG nicht näher umschrieben. In Art. 85b Abs. 1 Satz 2 und 3 AVIG wird lediglich festgehalten, dass die Kantone den RAV Aufgaben der kantonalen Amtsstelle übertragen und Ihnen die Durchführung der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung übertragen können (BGE 131 V 472 Erw. 2). Gemäss Art. 10 Abs. 2 Satz 1 des kantonalen Gesetzes vom 13. November 1996 über die Beschäftigung und die Arbeitslosenhilfe (BAHG; SGF 866.1.1) berät das RAV die Stellensuchenden (vgl. auch Art. 28 Abs. 1 BAHG).

aa) Vor Inkrafttreten des ATSG bestand keine umfassende Auskunfts-, Beratungs- und Belehrungspflicht der Behörden, namentlich auch nicht gestützt auf den verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben. Insbesondere brauchten die Organe der Arbeitslosenversicherung in der Regel nicht spontan, ohne vom Versicherten angefragt worden zu sein, Auskünfte zu erteilen oder auf drohende Rechtsnachteile aufmerksam zu machen, auch nicht hinsichtlich drohender Verluste sozialversicherungsrechtlicher Leistungen (vgl. BGE 131 V 472 Erw. 4.2). Dies hat sich mit Einführung des ATSG geändert.

bb) Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung stipuliert Absatz 1 des Art. 27 ATSG eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane, die nicht erst auf persönliches Verlangen der interessierten Personen zu erfolgen hat und hauptsächlich durch die Abgabe von Informationsbroschüren, Merkblättern und Wegleitungen erfüllt wird (Urteil des Bundesgerichts C 138/05 vom 3. Juli 2006 Erw. 3.1). Art. 27 Abs. 2 ATSG kommt zur Anwendung, wenn es sich im konkreten Einzelfall um bezogen auf eine einzelne Person erfolgte Informationen handelt. Abs. 2 beschlägt ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Jede versicherte Person kann vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen (BGE 131 V 472 Erw. 4.2 mit Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung). Das Bundesgericht hat festgehalten, dass nach der Literatur die Beratung bezweckt, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des betreffenden Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt. Dabei sei die zu beratende Person über die für die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten massgebenden Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art zu informieren, wobei gegebenenfalls ein Rat beziehungsweise eine Empfehlung für das weitere Vorgehen abzugeben sei (BGE 131 V 472 Erw. 4.3). Wie unter bisherigem Recht ist eine pflichtwidrig unterbliebene Beratung respektive eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht einer unrichtigen Auskunftserteilung gleichzustellen (Urteile des Bundesgerichts C 138/05 vom 3. Juli 2006 Erw. 5, C 159/06 vom 7. März 2007 Erw. 2.3.1 f.). Auf die entgegen gesetzlicher Vorschrift unterbliebene Auskunft finden denn die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleiteten Voraussetzungen analog Anwendung, welche bei unrichtiger Auskunftserteilung eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchen-

den gebieten (Urteil des Bundesgerichts C 138/05 vom 3. Juli 2006 Erw. 1.1). Gegenstand und Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflicht werden somit vom Grundsatz von Treu und Glauben beschränkt. Das bedeutet, dass die Behörde nach pflichtgemäss durchgeführtem Beratungsgespräch erkennbaren Anlass gehabt haben muss, über den fraglichen Punkt aufzuklären. Fehlen bei durchschnittlichem Mass an Aufmerksamkeit Anhaltspunkte auf den Leistungsanspruch allenfalls gefährdende Dispositionen, kann dem Versicherungsträger jedoch keine Verletzung seiner Auskunfts- und Beratungspflicht angelastet werden (Urteil des Bundesgerichts C 80/06 vom 3. Juli 2006 Erw. 7.1 ff.; H.-U. STAUFFER/ B. KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, Zürich 2008, S. 171).

cc) Das Bundesgericht hat in einem Fall erwogen, es stehe aufgrund des Wortlauts sowie des Sinnes und Zwecks der Norm (Art. 27 Abs. 2 ATSG) und mit Blick auf den zu beurteilenden Sachverhalt fest, dass es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehörte, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, ihr Verhalten (Antritt eines Auslandsaufenthalts) könne eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs (in casu auf Vermittlungsfähigkeit) gefährden (BGE 131 V 472 Erw. 4.3 in fine; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts C 25/06 vom 6. Juni 2006 Erw. 4.2); U. KIESER, ATSG-Kommentar, 2009, Rz. 24 zu Art. 27). Ebenso hat es erwogen, es gehöre zum Kern der Beratungspflicht, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, dass der Verzicht auf den Bezug von erworbenen Ferientagen innerhalb der entsprechenden Rahmenfrist den Anspruch auf diese Ferientage gefährdet (C 122/05) und dass ihre Situation (in jenem Fall die arbeitgeberähnliche Stellung) den Leistungsanspruch gefährden kann (C 157/05, vgl. Urteil des Bundesgerichts C 138/05 vom 3. Juli 2006 Erw. 3.2). Gemäss BORIS RUBIN gehört es insbesondere zur Informations- und Beratungspflicht des Versicherers, einen Versicherten, welcher eine Beschäftigung annehmen will, deren Entschädigung als Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 Abs. 3 AVIG in Betracht fällt, darauf aufmerksam zu machen, dass ein nicht berufs- oder ortsüblicher Lohn den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung beeinträchtigen respektive gefährden kann (vgl. L'obligation de renseigner et de conseiller dans le domaine de l'assurance-chômage [articles 27 LGPA et 19a OACI], in ARV/DTA 2008 S. 104).

3. Zu prüfen ist zunächst, ob eine Verletzung der Informationspflicht im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ATSG vorliegt.

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er den Vertrag mit der Firma Y. AG erst nach dem Treffen mit seinem RAV-Berater am 20. Dezember 2007 unterzeichnet habe. Anlässlich dieses Treffens hätte er mit dem Berater über dieses Vorgehen gesprochen und sich von ihm beraten lassen. Dieser habe seinen Entscheid (diese Stelle anzunehmen) begrüsst (vgl. Einsprache vom 16. Februar 2008 S. 2). Erst nach dieser Beratung habe er den Vertrag mit der Y. AG unterschrieben. Entsprechend verlange er, dass der Verdienst bei der Firma Y. AG vom 1. Januar bis 31. März 2008 als Zwischenverdienst anzuerkennen sei. Andernfalls werde der positive Entscheid vom 28. März 2008, mit welchem seine Vermittlungsfähigkeit ab dem 1. Januar 2008 anerkannt wurde, faktisch aufgehoben.

Die Öffentliche Arbeitslosenkasse hält dem entgegen, dass sich der Versicherte nicht auf den Vertrauensschutz berufen könne. Die Arbeitslosenkasse sei nicht verpflichtet gewesen, den Versicherten ohne entsprechende Anfrage darüber zu informieren, wie sich die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit auf den Entschädigungsanspruch auswirke. Sie beruft sich dabei auf das unveröffentlichtes Urteil L. vom 4. Juli 1997 sowie auf das Urteil des

Bundesgerichts C 181/96 und hält fest, dass vorliegend keine besondere Informationspflicht betreffend die Anpassung der Entlöhnung bei Zwischenverdienst bestanden hätte.

b) Was am 20. Dezember 2007 anlässlich des Beratungsgesprächs genau gesagt wurde, lässt sich weder aufgrund der Akten der Vorinstanz noch aufgrund der im Rahmen der Instruktion beigezogenen Akten des RAV bestimmen. Denn ein Protokoll über das Beratungsgespräch vom 20. Dezember 2007 enthalten die Akten nicht. Jedenfalls bestreitet die Vorinstanz die Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdeführers nicht. Sie bestreitet insbesondere nicht, dass dieser den Vertrag mit der Y. AG erst unterzeichnet hatte, als sein RAV-Berater mit der dreimonatigen Ausbildung/Beschäftigung einverstanden war. Dass der Beschwerdeführer nach dem Beratungsgespräch davon ausgehen dürfen, hielt bereits das Amt für den Arbeitsmarkt fest. Weiter hielt es fest, den Akten lasse sich nicht entnehmen, dass der Beschwerdeführer vom RAV über die allfällige Unvereinbarkeit der von ihm gewählten Ausbildung mit der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung aufgeklärt worden sei. Aus diesen Gründen hat es mit Einspracheentscheid vom 28. März 2008 die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab dem 1. Januar 2008 anerkannt.

Wenn die Vorinstanz dafür hält, die Arbeitslosenversicherung hätte nur und erst auf eine spezifische Anfrage des Versicherten darüber Auskunft erteilen müssen, wie sich die Aufnahme der Beschäftigung bei der Y. AG auf den Entschädigungsanspruch auswirke, kann ihr angesichts der dargestellten Rechtslage und der Rechtsprechung nicht gefolgt werden. Denn wie sich aus ihren Bemerkungen vom 21. Oktober 2008 ergibt, stellt die Vorinstanz bezüglich der Aufklärungs- und Beratungspflicht noch auf die Rechtslage ab, wie sie vor Inkrafttreten des ATSG bestanden hat und welche, wie dargelegt, mit der Einführung des ATSG weiterentwickelt wurde. Aufgrund der vom Beschwerdeführer und der Vorinstanz vorgelegten Akten und Vorbringen ist vorliegend gemäss neuer Rechtslage darauf zu schliessen, dass das RAV beim Beratungsgespräch vom 20. Dezember 2007 erkennbaren Anlass gehabt hätte, ihn über allfällige nachteilige Rechtsfolgen, welche sich aus der Annahme des Vertrags mit der Y. AG hinsichtlich der Arbeitslosenentschädigung ergeben könnten, aufzuklären. Insbesondere hätte der Beschwerdeführer gemäss dargestellter und geltender Rechtslage über die rechtlichen Folgen eines (allfällig) nicht orts- und berufsüblichen Lohns (Dumpinglohn) hingewiesen werden müssen. Nur so wäre der Beschwerdeführer in der Lage gewesen, die nachteiligen Folgen der beabsichtigten Vertragsunterzeichnung zu kennen und sein Verhalten anzupassen. Davon, dass eine entsprechende Beratung vorliegend nicht erfolgt ist, obwohl der *"Ausbildungsplan"* gebilligt wurde, geht selbst die Vorinstanz aus. Da zudem aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls anzunehmen ist, der Beschwerdeführer hätte bei entsprechender Beratung im Anschluss an das Beratungsgespräch den Vertrag mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht unterzeichnet, um einen erheblichen Einkommensausfall mit weiteren Nachteilen zu vermeiden, ist er so zu stellen, wie wenn er richtig beraten worden wäre. Mit anderen Worten darf ihm im Sinne des Vertrauensschutzes, dessen Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind (vgl. dazu BGE 131 V 479 Erw. 5), die pflichtwidrig unterbliebene Auskunft nicht zum Nachteil gereichen. Damit ist der Lohn, welcher der Beschwerdeführer im Rahmen der Anstellung bei der Y. AG erzielt hat, vorliegend als berufs- und ortsüblicher Zwischenverdienst anzuerkennen und dem Beschwerdeführer der daraus resultierende Verdienstaufschlag zu ersetzen. Entsprechend ist die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie im Sinne der Erwägungen die Arbeitslosenentschädigung zu Gunsten des Beschwerdeführers für die Zeitperiode vom 1. Januar bis 31. März 2008 berechne und neu verfüge.

Dies führt zur Guttheissung der Beschwerde.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

D e r H o f e r k e n n t :

- I. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 30. Juli 2008 aufgehoben.

Die Angelegenheit wird an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen die Arbeitslosenentschädigung zu Gunsten des Beschwerdeführers für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 2008 berechne und neu verfüge.

- II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

Gegen diesen Entscheid kann innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab Erhalt beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden. Diese Frist kann weder verlängert noch unterbrochen werden. Die Beschwerdeschrift muss in drei Exemplaren abgefasst und unterschrieben werden. Dabei müssen die Gründe angegeben werden, weshalb die Änderung dieses Urteils verlangt wird. Damit das Bundesgericht die Beschwerde behandeln kann, sind die verfügbaren Beweismittel und der angefochtene Entscheid mit dem dazugehörigen Briefumschlag beizulegen. Das Verfahren vor dem Bundesgericht ist grundsätzlich kostenpflichtig.

6.506.1.13; 6.599.6.1