



**Fall-Nr.:** AVI 2022/40  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 29.09.2023  
**Entscheiddatum:** 12.06.2023

### **Entscheid Versicherungsgericht, 12.06.2023**

**Art. 30 AVG. Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV. Art. 45 AVIV. Einstellung in der Anspruchsberechtigung. Selbstkündigung. Fehlende Zusicherung neuer Arbeitsvertrag (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. Juni 2023, AVI 2022/40).**

#### **Entscheid vom 12. Juni 2023**

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterin Michaela Machleidt Lehmann und Versicherungsrichter Michael Rutz; a.o. Gerichtsschreiber Nico Limoncelli

Geschäftsnr.

AVI 2022/40

Parteien

**A.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

gegen

**Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilenstrasse 16/18, 9001 St. Gallen,**

**Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand



### Einstellung in der Anspruchsberechtigung (Selbstkündigung)

#### Sachverhalt

##### A.

**A.a.** A.\_\_\_\_ meldete sich am 25. November 2020 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an und stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.3/246 f. und G 3.3/249 ff.), da seine Anstellung bei der C.\_\_\_\_ AG per Ende 2020 (richtig: Ende Januar 2021; act. G 3.3/245) endete. Fortan erzielte er mit neuer Anstellung bei der D.\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Arbeitgeberin) ab Februar 2021 einen Zwischenverdienst (vgl. act. G 3.3/209). Dieses Arbeitsverhältnis kündigte der Versicherte mit Email vom 20. Mai 2022 unter Einhaltung der zweimonatigen Kündigungsfrist per 31. Juli 2022 (act. G 3.2/92).

**A.b.** Der Versicherte begründete die Kündigung mit erschwerter Kommunikation mit dem Arbeitgeber, fehlenden Pausenräumlichkeiten am Arbeitsort sowie finanziellen Aufwendungen und Ausgaben. Er habe daher den Arbeitsort wechseln wollen. Ausserdem habe man bei einem 70% Pensum mehr Möglichkeiten in der Arbeitszeitgestaltung als bei einem 100% Pensum, weswegen er sein Pensum habe reduzieren wollen (act. G 3.2/93 und G 3.1/45-49).

**A.c.** Am 5. September 2022 verfügte die Kantonale Arbeitslosenkasse eine Einstellung des Versicherten in der Anspruchsberechtigung von 36 Tagen auf Basis der Differenz zwischen dem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und dem Anspruch auf Kompensationszahlung, was 25 vollen Taggeldern entspreche. Es sei unbestritten, dass der Versicherte seine Anstellung selbst gekündigt habe, bevor ein Arbeitsvertrag für eine Anschlussstelle abgeschlossen gewesen sei. Damit habe er die Arbeitslosigkeit selbst verschuldet. Weiter seien keine Gründe für eine Unzumutbarkeit der Arbeitsstelle ersichtlich. Das Verschulden werde als schwer eingestuft, wobei die von ihm geltend gemachten Gründe schuld mindernd berücksichtigt würden (act. G 3.1/40 f.).

##### B.

**B.a.** Gegen diese Verfügung erhob der Versicherte am 7. September 2022 Einsprache. Er machte geltend, dass es bei Veränderungen im persönlichen Umfeld üblich sei, eine



## St.Galler Gerichte

Vollzeitstelle zugunsten einer Teilzeitstelle zu kündigen. Dass die Arbeitgeberin nach der Kündigung den von ihm gewünschten Arbeitsort nicht anbieten können bzw. wollen, obwohl an allen drei Standorten Personalmangel herrsche, sei nicht sein Verschulden gewesen (act. G 3.1/33 f.).

**B.b.** Das RAV meldete den Versicherten aufgrund eines Stellenantritts per 1. Oktober 2022 von der Arbeitsvermittlung ab (act. G 3.1/24).

**B.c.** Mit Einspracheentscheid vom 17. November 2022 wies die Kantonale Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Der Beschwerdeführer habe die Arbeitsstelle unbestritten selbst gekündigt. Es sei ihm keine neue Arbeitsstelle zugesichert gewesen, denn ein neuer Arbeitsvertrag sei nicht zustande gekommen. Ein schlechtes Arbeitsklima oder Spannungen am Arbeitsplatz reichten für eine Unzumutbarkeit nicht aus. Zudem habe er sich bei der Arbeitslosenversicherung für ein 100%-Pensum angemeldet und per 1. Oktober 2022 nun auch eine Vollzeitstelle angetreten. Es bestände auch kein Anspruch auf Wahl des Arbeitsortes, da dieser in der Weisungsbefugnis der Arbeitgeberin läge (act. G 3.1/11 ff.).

### C.

**C.a.** Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 22. November 2022 (Datum Postaufgabe) mit dem sinngemässen Antrag auf erneute Überprüfung der Einstellung in der Anspruchsberechtigung. Der Beschwerdeführer führt dazu aus, dass er eine mündliche Zusicherung der Teilzeitstelle per Telefon und eine schriftliche durch Zustellung des Teilzeitvertrags gehabt habe (act. G 1).

**C.b.** Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Schreiben vom 8. Dezember 2022 die Abweisung der Beschwerde und verweist zur Begründung auf die Ausführungen im Einspracheentscheid (act. G 3).

### Erwägungen

#### 1.

**1.1.** Nach Art. 30 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) ist die versicherte Person in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie durch eigenes



Verschulden arbeitslos ist. Selbstverschuldet ist die Arbeitslosigkeit namentlich dann, wenn die versicherte Person das Arbeitsverhältnis von sich aus aufgelöst hat, ohne dass ihr eine andere Stelle zugesichert war, es sei denn, dass ihr das Verbleiben an der Arbeitsstelle nicht zugemutet werden konnte (Art. 44 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Im Bereich der freiwilligen Stellenaufgabe findet demnach das sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungsprinzip seine Grenze bei der Zumutbarkeit. So kann es der versicherten Person nicht zugemutet werden, eine Stelle, die im Sinn von Art. 16 Abs. 2 AVIG unzumutbar und damit von der Annahmepflicht ausgenommen ist, beizubehalten.

**1.2.** Im Weiteren ist bei der Prüfung der Frage, ob eine Sanktion wegen Selbstaufgabe der Stelle im Sinn von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV zulässig ist, das Übereinkommen Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über die Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988 (nachfolgend Übereinkommen; SR 0.822.726.8) zu beachten, das für die Schweiz am 17. Oktober 1991 in Kraft getreten ist. Nach Art. 20 lit. c des Übereinkommens können Leistungen der Arbeitslosenversicherung verweigert, zum Ruhen gebracht oder gekürzt werden, wenn die zuständige Stelle festgestellt hat, dass die betreffende Person ihre Beschäftigung freiwillig ("volontairement") ohne triftigen Grund ("sans motif légitime") aufgegeben hat. Da diese Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, ist sie im Einzelfall direkt anwendbar und geht den nationalen Bestimmungen über den Erlass einer Einstellungsverfügung vor (BGE 124 V 236 f. E. 3a). Damit dürfen bei einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV keine überhöhten Anforderungen an die Zumutbarkeit des Verbleibens am Arbeitsplatz gestellt werden; insbesondere sind bei der Zumutbarkeitsprüfung auch subjektive Beweggründe der versicherten Person zu berücksichtigen (Jacqueline Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Diss. Zürich 1998, S. 80). Es kann nicht von einer freiwilligen Beschäftigungsaufgabe im Sinn des Übereinkommens gesprochen werden, wenn eine versicherte Person nicht von sich aus, sondern vom Arbeitgeber oder durch die Entwicklung am Arbeitsplatz zur Kündigung gedrängt wird. Gleiches gilt für den Fall, da die versicherte Person für das Verlassen der Stelle legitime Gründe zu nennen vermag (BGE 124 V 238 E. 4b/aa).

## 2.

**2.1.** Vorliegend streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer zu Recht wegen Kündigung seines Zwischenverdienstes in der Anspruchsberechtigung eingestellt wurde.



**2.2.** Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Arbeitgeberin ihm eine Teilzeitstelle mündlich per Telefon und schriftlich durch Zustellung des Teilzeitvertragsentwurfs zugesichert habe.

**2.2.1.** Die Kündigung muss den Willen zur Vertragsauflösung klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen und ist grundsätzlich bedingungsfeindlich. Im Arbeitsvertragsrecht besteht hingegen die Möglichkeit der sogenannten Änderungskündigung. Eine solche liegt vor, wenn eine Partei den Arbeitsvertrag kündigt, aber gleichzeitig eine neue Vertragsofferte mit geänderten Bedingungen unterbreitet (Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, a.a.O, Art. 335 N 8 f.; BGE 123 III 248 E. 3).

**2.2.2.** Aus der Email des Beschwerdeführers vom 20. Mai 2022 geht der Wille zur Auflösung des bestehenden Vollzeitarbeitsvertrags (sog. A-Vertrag) klar und unmissverständlich hervor. Ob sich die darin enthaltene Formulierung "wie telefonisch besprochen" auf eine beabsichtigte Änderungskündigung zugunsten eines Teilzeitvertrags (sog. B- oder C-Vertrag) bezieht, ist unklar (vgl. dazu auch nochmaliges Mail des Beschwerdeführers an die Arbeitgeberin vom 26. Mai 2022, act. G 3.1/88). Jedenfalls stellte dies vorerst eine reine Offerte seinerseits zur Fortsetzung des bestehenden Anstellungsverhältnisses mit neuem Vertrag zu geänderten Konditionen dar. Die Arbeitgeberin wäre mit einem Teilzeitarbeitsverhältnis einverstanden gewesen und offerierte daraufhin einen C-Vertrag mit den Arbeitsorten E.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_ (vgl. act. G 3.1/81). Da die Arbeitgeberin mit Email vom 15. Juli 2022 einen vom Beschwerdeführer gewünschten Arbeitsortwechsel ablehnte, kam kein neuer Vertrag zustande (act. G 3.1/79).

**2.3.** Eine andere Stelle gilt erst dann als zugesichert, wenn ein Arbeitsvertrag tatsächlich und rechtlich zustande gekommen ist (Urteil des Bundesgerichts vom 10. Mai 2013, 8C\_1021/2012, E. 5.3.3). Der Arbeitsvertrag entsteht grundsätzlich durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung von Arbeitnehmer und Arbeitgeberin (Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, BSK-OR I, Art. 320 N 17, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl. Basel 2020). Das verbindliche Zustandekommen eines Arbeitsvertrags bedarf gemäss Art. 320 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR; SR 220) nicht der Schriftform, womit sich die versicherte Person grundsätzlich auch auf eine mündliche Vereinbarung berufen kann (Urteil des Bundesgerichts vom 10. Mai 2013, 8C\_1021/2012, E. 5.3.3).

**2.3.1.** Wird jedoch zwischen den Parteien zum Abschluss des Arbeitsvertrags die Form der Schriftlichkeit gewählt, kann sich die versicherte Person nicht auf die mündliche



Vertragsverhandlung berufen und daraus eine Zusicherung einer neuen Stelle im Sinne von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV ableiten (ARV 2000 Nr. 8 S. 38, E. 2b).

**2.3.2.** Aus der Korrespondenz und der Zustellung der schriftlichen Vertragsofferte zur Unterzeichnung (act. G3.1/88, G3.1/79-81 und G3.1/65 f.) ergibt sich, dass sowohl die Arbeitgeberin als auch der Beschwerdeführer vom Formerfordernis der Schriftlichkeit ausgegangen waren. Da das Zustandekommen des Teilzeitvertrags noch der Willensäusserung der Arbeitgeberin – durch Zustellung des gewünschten Teilzeitvertrags (C-Vertrag) – sowie des Akzepts des Beschwerdeführers bedurfte, war mit der vom Beschwerdeführer behaupteten mündlichen Zusicherung per Telefon kein Teilzeitvertrag zustande gekommen. Insofern bestand zum Kündigungszeitpunkt kein neuer Arbeitsvertrag und damit auch keine Zusicherung einer Arbeitsstelle im Sinne von Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV.

**2.4.** Auch wenn der Beschwerdeführer die vollständige Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht beabsichtigt hatte, hätte er mit dessen Kündigung zumindest bis zur Unterzeichnung des schriftlichen Arbeitsvertrags zu den gewünschten Konditionen zuwarten müssen. Da er stattdessen das bisherige Arbeitsverhältnis gekündigt und damit das Risiko eines allfälligen nachträglichen Nichtzustandekommens des Vertrages auf sich genommen hat, verschuldete er die in der Folge eingetretene Arbeitslosigkeit selbst (ARV 2000 Nr. 8 S. 38, E. 2b).

**2.5.** Es ist unbestritten, dass die Arbeit des Beschwerdeführers bei der Arbeitgeberin nicht im Sinne von Art. 16 Abs. 2 AVIG unzumutbar gewesen wäre, womit kein Ausnahmetatbestand der Schadenminderungspflicht nach Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV vorliegt. Insbesondere wäre es dem Beschwerdeführer auch zumutbar gewesen, sein Vollzeitpensum im Zwischenverdienst beizubehalten, da er auch für eine 100%-Beschäftigung Arbeitslosenentschädigung bezog.

### 3.

**3.1.** Die Dauer der Einstellung bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens (Art. 30 Abs. 3 AVIG) und beträgt gemäss Art. 45 Abs. 3 AVIV 1 bis 15 Tage bei leichtem Verschulden (lit. a), 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem Verschulden (lit. b) und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (lit. c).

**3.2.** Ein schweres Verschulden liegt insbesondere dann vor, wenn die versicherte Person ohne entschuldbaren Grund eine zumutbare Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen aufgegeben, oder eine zumutbare Arbeit abgelehnt hat (Art. 45 Abs. 4 AVIV; Einstellraster KAST/RAV, AVIG-Praxis ALE, Rz. D75 1.D). Bei schwerem



## St.Galler Gerichte

Verschulden gilt als sachgerechter Ausgangspunkt der individuellen Verschuldensbeurteilung der Mittelwert von 45 Tagen. Das verfügte Einstellmass von 36 Tagen liegt im Bereich des schweren Verschuldens und berücksichtigt die Umstände betreffend die Situation am Arbeitsplatz und mit dem Vorgesetzten verschuldensmindernd. Die von der Beschwerdegegnerin verfügte Einstelldauer erscheint daher als angemessen.

**3.3.** Schliesslich hat die Beschwerdegegnerin mit der Reduktion des Einstellungsgegenstandes dem Umstand Rechnung getragen, dass die gekündigte Stelle einen Zwischenverdienst betraf, weshalb bei der Berechnung der zu tilgenden Einstelltage die Kompensationsleistungen, welche die Beschwerdegegnerin bei Weiterführung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen von Art. 24 AVIG hätte erbringen müssen, abzuziehen sind. Denn nach der Rechtsprechung ist eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung nur insoweit gerechtfertigt, als der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung den Anspruch auf Differenzzahlung übersteigt. Gegenstand der Einstellung ist der betragliche Unterschied zwischen dem Taggeld und der Kompensationsleistung (BGE 122 V 40 E. 4c/bb; AVIG-Praxis ALE, Rz. D68).

**3.4.** Das verfügte Einstellmass von 36 Tagen auf Basis von CHF 174.75 (Bruttotaggeld abzüglich Kompensationsleistungen), resp. 25,8 vollen Taggeldern (à CHF 243.60; vgl. dazu die unbestritten gebliebene Berechnung der Beschwerdegegnerin in act. G 3.1/58), ist somit nicht zu beanstanden.

## 4.

**4.1.** Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen.

**4.2.** Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts, ATSG; [SR 830.1]).

## Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

### 2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.