



**Fall-Nr.:** AVI 2009/67  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 12.09.2019  
**Entscheiddatum:** 06.05.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 06.05.2010**

**Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG. Eine in Form einer missbräuchlichen Änderungskündigung angebotene neue Anstellung ist unzumutbar, eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung bei Nichtannahme daher unzulässig (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 6. Mai 2010, AVI 2009/67).**

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichter Joachim Huber,  
Versicherungsrichterin Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Adrian  
Rothenberger

#### **Entscheid vom 6. Mai 2010**

in Sachen

**L.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Jürg Grämiger, LL.M., Bronschhoferstrasse 2,  
9500 Wil,

gegen

**Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,**

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend



### Einstellung in der Anspruchsberechtigung (zumutbare Arbeit)

#### Sachverhalt:

A.

A.a L.\_\_\_\_, geboren 1965, arbeitete seit 1. Januar 2007 bei der A.\_\_\_\_ als Area Sales Manager und erzielte dabei ein monatliches Bruttoerwerbseinkommen von Fr. 105'000.--. Bis zu einem maximalen Jahreseinkommen von Fr. 175'000.-- erhielt der Versicherte zusätzlich auf dem von ihm durch Softwareverkauf generierten Umsatz eine Kommission von 15%, darüber noch eine reduzierte Kommission von 5% (act. G 3.1/C14). Am 27. November 2008 kündigte die A.\_\_\_\_ das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten per Ende Dezember 2008, bot ihm aber gleichzeitig erneut eine Anstellung als Area Sales Manager ab 1. Januar 2009 unter veränderten Provisionsbedingungen an. Während das jährliche Bruttoerwerbseinkommen nach dem neuen Arbeitsvertrag unverändert Fr. 105'000.-- betrug, sah das neue Verkaufsbonusreglement vor, dass erst ab einem Verkaufsumsatz von Fr. 500'000.-- eine Provision in der Höhe von 5% des Umsatzes geleistet werde. Auf dem Verkaufsumsatz von Fr. 500'000.-- bis Fr. 1'000'000.-- wäre dem Versicherten eine Kommission von 2,5%, auf dem Fr. 1'000'000.-- übersteigenden Umsatz eine solche von 1% ausbezahlt worden (act. G 3.1/C8). Da der Versicherte mit diesen Änderungen nicht einverstanden war, unterzeichnete er den neuen Vertrag nicht.

A.b Mit Formular vom 11. März 2009 beantragte der Versicherte in der Folge Arbeitslosenentschädigung ab 14. März 2009 (act. G 3.1/C4). Am 13. März 2009 forderte die Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) den Versicherten auf, dazu Stellung zu nehmen, weshalb er den ihm angebotenen Arbeitsvertrag nicht angenommen habe und weshalb die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist von drei Monaten nicht eingehalten worden sei (act. G 3.1/C5).

A.c Mit Schreiben vom 19. März 2009 stellte sich der Versicherte auf den Standpunkt, dass die Konditionen der ihm angebotenen Anstellung nicht zumutbar gewesen seien. So hätte insbesondere die neue Bonusregelung zu einer massiv schlechteren Entlohnung geführt. Die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist von drei Monaten sei



entgegen der Ansicht der Arbeitslosenkasse nach Intervention seines Rechtsvertreters von der A.\_\_\_\_ anerkannt und das Arbeitsverhältnis deshalb im Hinblick auf die am 27. November 2008 ausgesprochene Kündigung bis Ende Februar 2009 fortgesetzt worden. Anschliessend habe er noch zwei Wochen länger bei der A.\_\_\_\_ gearbeitet, um ein laufendes Projekt abschliessen zu können (act. G 3.1/C12).

A.d Mit Verfügung vom 14. April 2009 stellte die Arbeitslosenkasse den Versicherten zufolge selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit ab 14. März 2009 für 35 Tage in der Anspruchsberechtigung ein. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass er seiner ehemaligen Arbeitgeberin durch die Nichtunterzeichnung des ihm angebotenen Vertrages Anlass zur Kündigung gegeben habe, obwohl es ihm zumutbar gewesen wäre, seine Tätigkeit zumindest so lange unter veränderten Bedingungen fortzusetzen, bis er eine Anschlussstelle gefunden hätte. Das Verschulden des Versicherten wiege daher schwer (act. G 3.1/C19).

B.

B.a Gegen die Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 14. April 2009 erhob der Versicherte am 30. April 2009 Einsprache und beantragte sinngemäss die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Zur Begründung führte er an, dass er die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht selber verursacht habe. Vielmehr sei sie von Seiten seiner ehemaligen Arbeitgeberin ausgesprochen worden. Dabei würden die ihm angebotenen schlechten Konditionen darauf hinweisen, dass die Arbeitgeberin an einem Fortführen des Arbeitsverhältnisses eigentlich überhaupt nicht interessiert gewesen sei. Trotz der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten habe die A.\_\_\_\_ auf einem Inkrafttreten des angepassten Vertrages per 1. Januar 2009 bestanden und selbst seinen Vorschlag, besagte Änderungen per 1. Februar 2009 in Kraft zu setzen, abgelehnt. Hätte er den neuen Vertrag unterzeichnet, hätte er dadurch auf ihm vertraglich zugesicherte Ansprüche verzichten müssen. Dies könne nicht von ihm erwartet werden. Die Unterzeichnung des neuen Vertrages sei ihm zudem bereits finanziell unzumutbar gewesen, hätte die aufs Jahr gerechnete Reduktion des Lohnes doch bis zu 30% betragen. Bei der Berechnung der finanziellen Einbussen durch die Arbeitslosenkasse schliesslich sei fälschlicherweise nicht berücksichtigt worden, dass er während den Monaten Januar bis März 2009 aufgrund seiner Weigerung, den neuen



## St.Galler Gerichte

Vertrag zu unterzeichnen, ein höheres Erwerbseinkommen erzielt habe. Dieser Mehrverdienst hätte bei Annahme des neuen Vertrages eine finanzielle Einbusse dargestellt und müsse als solche in die Zumutbarkeitsrechnung miteinbezogen werden (act. G 3.1/C20).

B.b Mit Entscheid vom 18. Juni 2009 (fälschlicherweise datiert mit 24. Februar 2009) wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache des Versicherten mit der Begründung ab, dass eine Anwendung der neuen Bonusregelung auf die in den Vorjahren erzielten Umsätze weder im Jahr 2007 noch im Jahr 2008 eine Lohneinbusse von mindestens 30% ergeben hätte. Die Annahme des Arbeitsvertrages unter veränderten Bedingungen sei dem Versicherten damit finanziell zumutbar gewesen. Da der Versicherte gemäss Akten im Hinblick auf die Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten keine rechtlichen Schritte gegen die ehemalige Arbeitgeberin unternommen und damit auf Lohn- und Entschädigungsansprüche verzichtet habe, sei die Einstellung auch unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt.

C.

C.a Gegen den Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 18. Juni 2009 richtet sich die von Rechtsanwalt Jürg Grämiger für L. \_\_\_ am 19. August 2009 ans Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen erhobene Beschwerde. Darin beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des Einspracheentscheides vom 18. Juni 2009 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung bringt er vor, dass ihm die Unterzeichnung des neuen Vertrages aus mehreren Gründen unzumutbar gewesen sei. Da der neue Vertrag bereits auf 1. Januar 2009 in Kraft getreten wäre, hätte er einerseits auf die ihm vertraglich zugesicherte Kündigungsfrist von drei Monaten verzichten müssen. Andererseits hätte die Annahme des neuen Anstellungsvertrags eine einschneidende Kürzung seines Bruttoerwerbseinkommens zur Folge gehabt. Schliesslich sei ihm im neuen Vertrag erneut eine dreimonatige Probezeit zugemutet worden, während der eine jederzeitige Kündigung auf sieben Tage zulässig gewesen wäre. Die Behauptung der Beschwerdegegnerin, er habe sich nicht rechtlich gegen die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist gewehrt, sei ausserdem unkorrekt. Vielmehr habe er umgehend nach Erhalt der Kündigung einen Rechtsanwalt beauftragt und mit dessen Hilfe auch die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist von drei Monaten



## St.Galler Gerichte

durchgesetzt. Schliesslich habe er sogar freiwillig noch 14 Tage länger bei der A.\_\_\_\_ gearbeitet. Insgesamt habe er deshalb wesentlich zur Verkürzung seiner Arbeitslosigkeit beigetragen (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 15. September 2009 stellt sich die Beschwerdegegnerin erneut auf den Standpunkt, dass die Annahme der neuen Stelle finanziell zumutbar gewesen wäre und beantragt die Abweisung der Beschwerde. Zwar anerkennt die Beschwerdegegnerin nunmehr, dass die dreimonatige Kündigungsfrist eingehalten sei, stellt sich aber auf den Standpunkt, dass der arbeitsvertraglich vereinbarte Kündigungstermin per Ende Monat durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 13. März 2009 nicht eingehalten und die Auflösung dementsprechend ausserterminlich erfolgt sei (act. G 3).

C.c Replicando betont der Beschwerdeführer in seinem Schreiben vom 29. Oktober 2009, dass das Arbeitsverhältnis nicht per 13. März 2009, sondern unter Einhaltung der Kündigungsfrist korrekt per 28. Februar 2009 aufgelöst worden sei. Dass er in der Folge bis am 13. März 2009 bei der A.\_\_\_\_ weitergearbeitet habe, sei die Folge einer zwischen ihm und seiner ehemaligen Arbeitgeberin vereinbarten befristeten Verlängerung des Arbeitsverhältnisses. Im Übrigen entsprechen die Ausführungen des Beschwerdeführers den bereits oben dargelegten (act. G 5).

C.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf die Einreichung einer Duplik (act. G 7).

### **Erwägungen:**

1.

Im Rahmen der in Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) verankerten Schadenminderungspflicht muss eine versicherte Person, die Versicherungsleistungen beanspruchen will, mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Insbesondere ist sie verpflichtet, Arbeit zu suchen, nötigenfalls auch ausserhalb ihres bisherigen Berufs. Dabei hat sie alle sich bietenden und zumutbaren Möglichkeiten voll auszuschöpfen (vgl. Gerhard Gerhards, Kommentar zum



Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], Bd. I, Bern/Stuttgart 1987, Art. 17 N 12). Als Folge davon ist eine versicherte Person nach Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG unter anderem dann in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie die Kontrollvorschriften oder die Weisungen der zuständigen Amtsstelle nicht befolgt, namentlich eine zumutbare Arbeit nicht annimmt oder eine arbeitsmarktliche Massnahme ohne entschuldbaren Grund nicht antritt, abbricht oder deren Durchführung oder Zweck durch sein Verhalten beeinträchtigt oder verunmöglicht. Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG erfasst demnach in der seit 1. Juli 2003 gültigen Fassung auch die Nichtannahme einer selbst gefundenen oder durch Dritte vermittelten resp. angebotenen zumutbaren Arbeitsstelle (vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates, BBl 2001 2285; ebenso Urteil des Bundesgerichts vom 22. Februar 2007, C 17/07, E. 2.2). Im vorliegenden Fall lehnte der Beschwerdeführer unbestrittenermassen die ihm von seiner ehemaligen Arbeitgeberin im Rahmen der mit Schreiben vom 27. November 2008 ausgesprochenen Änderungskündigung angebotene Arbeitsstelle ab. Ob im konkreten Fall ein einstellungswürdiges Fehlverhalten des Beschwerdeführers vorliegt, ist demnach davon abhängig, ob es ihm zumutbar gewesen wäre, die abgelehnte Vertragsofferte zu akzeptieren.

2.

2.1 Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind Änderungskündigungen an sich nicht missbräuchlich und es ist grundsätzlich zulässig, den mit einer Kündigung erzeugten Druck zu verwenden, um eine Vertragsänderung zu erwirken (BGE 123 III 246 E. 3b). Wird hingegen die ordentliche Kündigungsfrist bis zum Inkrafttreten der Änderungen nicht eingehalten, so ist die Änderungskündigung missbräuchlich, da der Arbeitnehmer – Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung vorbehalten – einen Anspruch auf unveränderte Arbeitsbedingungen bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist hat (Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002, S. 151 Rz 313; vgl. BGE 123 III 246 E. 4a; Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 3. Juni 2005, AVI 2005/10, E. 2). Dies gilt unabhängig davon, ob die Kündigung zusammen mit der Änderungs-offerte oder erst nach deren Ablehnung ausgesprochen worden ist (Thomas Geiser, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, in: AJP 1/99, S. 65).



2.2 Der ursprüngliche Arbeitsvertrag vom 12. Oktober 2006 bezeichnet neben dem Personalhandbuch auch die ergänzenden arbeitsvertraglichen Bestimmungen als integrierenden Vertragsbestandteil (act. G 3.1/C14). Nähere Ausführungen zur Kündigungsfrist finden sich denn auch im Reglement "Allgemeine Arbeitsvertragliche Bestimmungen der A.\_\_\_\_" (nachfolgend: Reglement). Dessen Ziff. 7.2 legte für das erste Anstellungsjahr eine Kündigungsfrist von einem Monat, ab dem zweiten Anstellungsjahr eine solche von drei Monaten fest (act. G 3.1/C15). Letzteres galt auch für den Beschwerdeführer, befand er sich doch im Zeitpunkt der Kündigung bereits im zweiten Anstellungsjahr. Dessen ungeachtet kündigte die A.\_\_\_\_ das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 27. November 2008 per 31. Dezember 2008 und bestand nach den glaubwürdigen Angaben des Beschwerdeführers und seines Rechtsvertreters auf dem Inkrafttreten des modifizierten Arbeitsvertrages per 1. Januar 2009. Im Lichte der obigen Erwägungen ist dieses Vorgehen der A.\_\_\_\_ als missbräuchlich zu qualifizieren. Dem Beschwerdeführer kann es daher einstellungsrechtlich nicht als Verschulden angelastet werden, wenn er sich weigerte, die Vertragsänderung zu akzeptieren; die Annahme der neuen Stelle war unter diesen Umständen unzumutbar. Ob die in Art. 16 Abs. 1 AVIG statuierte grundsätzliche Annahmepflicht bereits aufgrund von finanzieller Unzumutbarkeit der neuen Anstellung entfallen wäre, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

3.

Nicht nachvollziehbar ist auch, inwiefern der Beschwerdeführer vorliegend auf Lohn- und Entschädigungsansprüche verzichtet haben soll. Im Beschwerdeverfahren unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist von drei Monaten mit Hilfe seines Rechtsanwaltes durchsetzte und ihm deshalb in dieser Hinsicht kein Vorwurf gemacht werden kann. Die Beschwerdegegnerin ist aber – soweit ersichtlich – der Ansicht, dass den Beschwerdeführer ein Verschulden treffe, weil er nicht auf einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses per Ende März 2009 beharrte, obwohl Ziff. 7.2 des Reglements lediglich eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf das Ende eines Kalendermonats vorsieht. Der Beschwerdeführer behauptet demgegenüber, mit der A.\_\_\_\_ im Hinblick auf die am 27. November 2008 ausgesprochene Kündigung eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 28. Februar 2009 und kurzfristig eine befristete Verlängerung



des Arbeitsverhältnisses vereinbart zu haben. Dass diese Behauptung den Tatsachen entspricht, wird bereits aus der von der A.\_\_\_\_ eingereichten Arbeitgeberbescheinigung deutlich. Darin vermerkte die ehemalige Arbeitgeberin des Beschwerdeführers auf den Seiten 1 und 2 ursprünglich eine Dauer des Arbeitsverhältnisses bis 28. Februar 2009, strich dies aber nachträglich durch und bescheinigte den 13. März 2009 als letzten Arbeitstag (act. G 3.1/C16). Diese Korrektur lässt darauf schliessen, dass die A.\_\_\_\_ die Arbeitgeberbescheinigung bereits vor der einvernehmlichen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis 13. März 2009 ausgefüllt hatte und dass daher ursprünglich tatsächlich eine Kündigung per 28. Februar 2009 ausgesprochen worden war.

4.

4.1 Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 24. Februar 2009 aufzuheben. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der obsiegende Beschwerdeführer Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Vorliegend erscheint eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) als angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG **entschieden:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 24. Februar 2009 aufgehoben.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen).