SV 22 6

Entscheid vom 6. September 2022
Sozialversicherungsabteilung

Besetzung

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,
Verwaltungsrichterin Dr. med. Carole Bodenmüller,
Verwaltungsrichter Stephan Zimmerli,
Gerichtsschreiber Reto Rickenbacher.

Verfahrensbeteiligte

A.__,
vertreten durch Rechtsanwalt Mark A. Glavas,
Advokatur Glavas AG, Markusstrasse 10, 8006 Zürich,

Beschwerdeführer,

gegen

Arbeitslosenkasse OW/NW (ALK),
Bahnhofstrasse 2, Postfach 63, 6052 Hergiswil NW,

Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Leistungen AVIG; Einstellung in der Anspruchsberechtigung;

Beschwerde gegen den Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse OW/NW vom 7. Januar 2022 (21 38).

Sachverhalt:

A.

A.__ (nachfolgend: Beschwerdeführer) stellte am 27. Juli 2021 (Posteingang) einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. August 2021 (ALK-act. 131 – 134). Mit Verfügung vom 18. Oktober 2021 stellte die Arbeitslosenkasse OW/NW (nachfolgend: ALK) den Beschwerdeführer wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit für 36 Tage in der Anspruchsberechtigung auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung ein (ALK-act. 140 – 141). Die dagegen erhobene Einsprache wies die ALK mit Entscheid 21 38 vom 7. Januar 2022 ab (ALK-act. 47 – 54).

B.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 7. Februar 2022 Beschwerde ans Verwaltungsgericht Nidwalden und stellte die folgenden Anträge (amtl. Bel. 1):

« 1. Der Einspracheentscheid vom 7. Januar 2022 sei aufzuheben und dem Versicherten seien die Arbeitslosenversicherungsleistungen ohne Einstelltage zu gewähren.
2. Eventualiter sei der Versicherte mit höchstens 7 Einstelltagen in der Anspruchsberechtigung zu sanktionieren.
3. Subeventualiter sei die vorliegende Streitsache zu weiteren Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zu Lasten der Beschwerdegegnerin.»

C.

Mit Beschwerdeantwort vom 18. März 2022 beantragte die ALK die kostenfällige Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des Einspracheentscheids vom 7. Januar 2022.

D.

Der Beschwerdeführer erstattete am 11. April 2022 eine Replik, die ALK am 9. Mai 2022 eine Duplik. Die Parteien hielten jeweils an ihren bisherigen Anträgen fest.

E.

Die Akten des vorliegenden Verfahrens wurden praxisgemäss durch die Akten des Versicherungsträgers (ALK-act. 1 – 150) ergänzt. Die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts Nidwalden hat die Streitsache anlässlich ihrer Sitzung vom 6. September 2022 abschliessend beraten und beurteilt. Auf die Parteivorbringen wird, soweit für die Entscheidfindung erforderlich, im Rahmen der nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.

1.1

Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde bildet der Einspracheentscheid 21 38 der ALK vom 7. Januar 2022, mit dem die Verfügung Nr. 221470 vom 18. Oktober 2021 betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung für 36 Tage wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit bestätigt wurde (BF-Bel. 1; ALK-act. 47 - 54).

1.2

Gegen Einspracheentscheide eines Sozialversicherungsträgers kann Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden (Art. 56 und 57 ATSG [SR 830.1] i.V.m. § 10 Arbeitslosenversicherungsverordnung [EV AVIG; NG 744.1]). Örtlich zuständig ist das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem der Versicherte oder der beschwerdeführende Dritte zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat (Art. 58 Abs. 1 ATSG i.V.m. § 10 EV AVIG). Sachlich zuständig ist im Kanton Nidwalden die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts (Art. 39 GerG [NG 261.1]). Der Beschwerdeführer hat seinen Wohnsitz in X.__ (ALK-act. 128), womit die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Nidwalden örtlich und sachlich zuständig ist.

1.3

Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, sodass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 60 und 61 ATSG), womit auf die Beschwerde einzutreten ist.

2.

2.1

Die ALK führt im angefochtenen Entscheid (BF-Bel. 1; ALK-act. 47 - 54) zusammengefasst aus, der Beschwerdeführer sei seit dem 1. August 2017 in einem Arbeitsverhältnis mit der B.__ AG gestanden. Er sei am 24. November 2020 anlässlich eines Gesprächs informiert worden, dass seine bisherige Stelle von Umstrukturierungsmassnahmen betroffen sei und per 31. Dezember 2020 aufgehoben werde. Dem Beschwerdeführer sei daraufhin eine Stelle als «Corporate Account Executive» im Bereich Logistik-Services angeboten worden. Dieses Angebot habe er am 30. November 2020 allerdings ausgeschlagen. Am 10. Dezember 2020 sei deshalb vereinbart worden, dass der bisherige Arbeitsvertrag per 31. Juli 2021 aufgelöst werde.

Dem Beschwerdeführer könne zwar der Verlust seiner bisherigen Stelle nicht angelastet werden, allerdings habe er durch die Ablehnung des neuen Arbeitsvertrages seine Arbeitslosigkeit selbst verschuldet. Deshalb sei zu prüfen, ob ihm die Annahme der angebotenen Stelle zumutbar gewesen wäre. Nachdem der Beschwerdeführer die Stelle aus finanziellen Überlegungen und aufgrund seines Werdegangs und seiner Fähigkeiten – und nicht wegen Spannungen mit der Arbeitgeberin – abgelehnt habe, sei die Frage der Zumutbarkeit nach Art. 16 AVIG (SR 837.0) zu beurteilen. Grundsätzlich sei jede Arbeit zumutbar, ausser sie erfülle einen der in Art. 16 Abs. 2 AVIG aufgeführten Ausnahmetatbestände.

Eine Arbeit sei unzumutbar, wenn sie nicht angemessen auf die Fähigkeiten oder auf die bisherigen Tätigkeiten Rücksicht nehme (Art. 16 Abs. 2 lit. b AVIG) oder wenn sie die Wiederbeschäftigung im Beruf der versicherten Person wesentlich erschwere (Art. 16 Abs. 2 lit. d AVIG). Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer eine Kaderstufe eingebüsst hätte («Mittleres Kader Stufe 1» statt «Oberes Kader») könne keine Unzumutbarkeit abgeleitet werden. Ebenso sei nicht ersichtlich, inwiefern die Annahme des Stellenangebotes das berufliche Fortkommen des Beschwerdeführers behindert hätte. Eine allfällige Unterforderung vermöge ebenfalls keine Unzumutbarkeit zu begründen.

Eine Arbeit sei sodann unzumutbar, wenn sie in einem Betrieb auszuführen ist, der Entlassungen zum Zwecke vorgenommen hat, Neu- oder Wiedereinstellungen zu wesentlich schlechteren Arbeitsbedingungen vorzunehmen (Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG). Die bisherige Tätigkeit des Beschwerdeführers sei im Rahmen einer Neuorganisation gestrichen worden und liege nicht im Zweck begründet, eine Wiederanstellung zu wesentlich schlechteren Arbeitsbedingungen vorzunehmen. Der Bruttolohn hätte sich von Fr. 180'600.– auf Fr. 180'000.– reduziert, und somit lediglich um Fr. 600.–. Der maximale variable Lohnanteil hätte sich zwar von 67 % auf 8.33 % reduziert, sei aber bei der Frage, ob eine überproportionale Lohnkürzung vorliege, nicht zu berücksichtigen. Ausserdem wäre die Reduktion der variablen Vergütung auf eine Funktionsänderung und nicht auf eine Wiedereinstellung unter Beibehaltung der bisherigen Tätigkeit zurückzuführen gewesen.

Schliesslich sei eine Arbeit unzumutbar, wenn sie einen Lohn einbringe, der geringer sei als 70 % des versicherten Verdienstes, es sei denn, die versicherte Person erhalte Kompensationszahlungen (Art. 16 Abs. 2 Bst. i AVIG). Das Einkommen von Fr. 180'000.– (exkl. variabler Lohn), welches der Beschwerdeführer mit der angebotenen Stelle hätte erzielen können, liege allerdings weit höher als der maximal versicherte Verdienst.

Nachdem kein Ausnahmetatbestand nach Art. 16 Abs. 2 AVIG erfüllt sei, sei der Beschwerdeführer nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG in der Anspruchsberechtigung einzustellen. Wenn die versicherte Person eine zumutbare Arbeit ablehne, liege ein schweres Verschulden vor, das mit 31 – 60 Einstelltagen zu sanktionieren sei (Art. 45 Abs. 3 lit. c i.V.m. Art. 45 Abs. 4 lit. b AVIV [SR 837.02]). Die Einstelltage würden auf 36 Tage festgesetzt, weil keine besonderen Umstände vorliegen würden, die eine Einstellung im Bereich des mittelschweren oder leichten Verschuldens rechtfertigen würden.

2.2

Der Beschwerdeführer stellt sich hingegen auf den Standpunkt, die Annahme der angebotenen Stelle sei ihm im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG unzumutbar gewesen, weil die Entlassung vorgenommen worden sei, um ihn zu wesentlich schlechteren Arbeitsbedingungen wieder anzustellen. Neben dem Fixlohn müsse dabei auch der variable Anteil berücksichtigt werden. In der bisherigen Stelle habe er einen Lohn bis zu Fr. 301'000.– erzielen können. Bei der neuen Stelle sei der Grundlohn auf Fr. 180'000.– herabgesetzt worden und bei den verbleibenden Arbeitnehmern gar auf Fr. 140'000.– und 4.8 % Bonus reduziert worden. In diesem Zusammenhang habe die ALK es unterlassen, die ehemalige Arbeitgeberin nach der Lohnentwicklung der neuen Stelle zu fragen und damit den Untersuchungsgrundsatz gemäss

Art. 43 ATSG verletzt. Im August 2021 hätte somit der Lohn noch bei circa Fr. 145'000.– gelegen, und damit nicht einmal mehr bei der Hälfte des bisherigen Lohnes. Der Grund für das neue Stellenangebot habe darin gelegen, hohe Lohnkosten einzusparen. Die B.__ AG hätte das hochqualifizierte Personal gerne behalten, aber zu einem massiv tieferen Lohn. Der Beschwerdeführer hätte zwar seine Funktion behalten, aber eine Zurückstufung vom bisherigen oberen Kader und eine massive Lohneinbusse akzeptieren müssen. Es könne von ihm aber nicht verlangt werden, die gleiche Arbeitsleistung zu massiv schlechteren Konditionen auszuüben, ohne dass eine angemessene Kompensation erfolgen würde. Von allen Seiten, auch von den involvierten Gewerkschaften, die bei der Ausarbeitung des Sozialplans auch die Auswirkungen auf die Arbeitslosenkasse geprüft hätten, sei zu einer Auflösung bzw. dazu geraten worden, schriftlich festzuhalten, dass das neue Stellenangebot unzumutbar sei. Deshalb habe sich der Beschwerdeführer für die Auflösung mit gleichzeitiger Freistellung entschieden, um sich umgehend der Stellensuche widmen zu können.

Nachdem keine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit vorliege, sei der Beschwerdeführer nicht mit Einstelltagen zu sanktionieren. Falls das Gericht wider Erwarten von einem gewissen Verschulden ausgehe, liege höchstens ein leichtes Verschulden vor, so dass maximal sieben Einstelltage angemessen seien. Es müsste immerhin massiv schuldvermindernd berücksichtigt werden, dass der Beschwerdeführer mit dem neuen Stellenangebot bis zu 50 % weniger verdient und in der Kaderstufe einen Nachteil erlitten hätte, auch wenn seine Funktion gleichgeblieben wäre.

3.

3.1

Gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer ganz oder teilweise arbeitslos wird und die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.

Der Versicherte muss zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen (Art. 16 Abs. 1 AVIG). Damit ist jede Arbeit grundsätzlich zumutbar, es sei denn, sie erfüllt mindestens einen der in Art. 16 Abs. 2 AVIG abschliessend geregelten Ausnahmetatbestände (BGE 124 V 62 E. 3b; AVIG-Praxis, ALE/B283 [Oktober 2012]). Verliert eine versicherte Person ihre Stelle, weil sie den vom Arbeitgeber vorgelegten Arbeitsvertragsänderungen (Änderungskündigung) nicht zustimmen will, ist sie in der Anspruchsberechtigung infolge selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit einzustellen, sofern die Arbeit im Sinne von Art. 16 AVIG weiterhin zumutbar gewesen wäre (AVIG-Praxis, ALE/D19 [Oktober 2011]). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Zumutbarkeit beim Verbleiben am Arbeitsplatz strenger zu

beurteilen als bei der Annahme einer neuen Stelle, selbst wenn die Funktion wechselt (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 133/03 vom 29. Oktober 2003 E. 3).

3.2

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass ihm die B.__ AG im Zuge der Reorganisation und der damit verbundenen Aufhebung seiner bisherigen Stelle eine neue Stelle angeboten hat. Er stellt sich allerdings auf den Standpunkt, die Annahme der neuen Stelle sei ihm gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG nicht zumutbar gewesen. Nach Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG ist eine Arbeit unzumutbar, wenn sie in einem Betrieb auszuführen ist, der Entlassungen zum Zwecke vorgenommen hat, Neu- oder Wiedereinstellungen zu wesentlich schlechteren Arbeitsbedingungen vorzunehmen.

3.3

Um zu beurteilen, ob ein Anwendungsfall von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG vorliegt, muss diese Bestimmung zunächst ausgelegt werden.

Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht (respektive das Eidgenössische Versicherungsgericht) in zwei Entscheiden mit lit. h von Art. 16 Abs. 2 AVIG auseinandergesetzt. In einem Urteil vom 30. März 2001 hat es die Frage aufgeworfen, ob die Fortführung eines Arbeitsverhältnisses – unter analoger Anwendung von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG – zumutbar sei, wenn die Lohnreduktion nicht mehr als 30 Prozent betrage oder ob auch eine weniger umfangreiche Lohneinbusse die Aufrechterhaltung eines Arbeitsverhältnisses unzumutbar mache, wenn sie – unter analoger Anwendung von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG – mit dem Ziel vorgenommen werde, das Lohnniveau und damit die Arbeitsbedingungen wesentlich zu verschlechtern. Es hat diese Frage allerdings offengelassen (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 122/00 vom 30. März 2001 E. 2 a/bb). In einem anderen Urteil vom 26. März 2006 hat es ausgeführt, die Ratio von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG liege darin, dem Lohndumping durch die Arbeitgeber entgegenzuwirken und gestützt darauf entschieden, dieser Artikel sei auch anzuwenden, wenn der Arbeitgeber seinen Betrieb oder einen Betriebsteil im Sinne von Art. 333 OR übertrage und dieser Vorgang dazu benützt werde, die Löhne überproportional zu kürzen (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 9/04 vom 28. März 2006 E. 3.6).

Auch der Rechtslehre lässt sich nicht viel mehr entnehmen, als dass der Zweck von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG in der Verhinderung von Lohndumping liegt (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, Rz. 302; BARBARA KUPFER BUCHER, Fokus Arbeitslosenversicherung, 2016,

S. 170). Man ist sich in der Lehre allerdings uneinig, wann eine Lohnkürzung als wesentlich schlechter im Sinne dieser Bestimmung gelten soll. Die Meinungen gehen von einer Kürzung von 10 – 15 Prozent (NUSSBAUMER, a.a.O., N. 302) über 15 – 20 Prozent (KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 170) bis zu über 20 Prozent (Verband Schweizerischer Arbeitsmarktbehörden [VSSA], Arbeitslosenversicherung, 9. Aufl. 2011, S. 40).

Aus der AVIG-Praxis Arbeitslosenentschädigung (ALE) des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) geht ebenfalls bloss hervor, dass mit Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG Lohndumping zulasten der ALV verhindert werden soll. Von einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen könne überdies nicht gesprochen werden, wenn eine Änderungskündigung ausgesprochen worden sei, welche eine zum Beschäftigungsgrad proportionale Lohnkürzung vorsehe (AVIG-Praxis, ALE/B297 [Oktober 2012]).

Ein Blick in die Entstehungsgeschichte von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG bringt wenig neue Erkenntnisse. Im Vorentwurf und der Botschaft vom 29. November 1993 zur zweiten Teilrevision des AVIG war der Buchstabe h von Art. 16 Abs. 2 AVIG noch nicht vorhanden (BBl 1994 I S. 377). Er wurde von der vorberatenden Kommission des Ständerates (Erstrat) eingefügt (damals noch als Buchstabe i) mit dem einzigen Hinweis, damit solle dem Lohndumping durch die Arbeitgeber entgegengewirkt werden (AB 1994 I S. 234 f.). Dieser Buchstabe wurde vom Nationalrat ohne weitere Diskussion angenommen (AB 1994 III S. 1571). Der Hintergrund dieser (und weiterer) Neuerungen bei der damaligen Revision des AVIG war offenbar, dass der Zürcher Textilfabrikant Gasser im Februar 1994 Aufmerksamkeit in den Medien erregte, weil er über Änderungskündigungen versuchte, sich einen Teil der Lohnkosten von der ALV unter dem Titel Zwischenverdienst entschädigen zu lassen (NUSSBAUMER, a.a.O., N. 302 FN 715; THOMAS FAESI, Lex Gasser, recht 2000, S. 67 ff.).

Folglich lässt sich aus dem Wortlaut, dem Zweck und der Entstehungsgeschichte von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG Folgendes ableiten: Damit diese Bestimmung anwendbar ist, muss ein Betrieb eine Entlassung vorgenommen haben, um durch eine Neu- oder Wiederanstellung Lohndumping zu betreiben. Lohndumping ist weder rechtlich noch ökonomisch definiert. Der Begriff wird aber in aller Regel verwendet, wenn Arbeitgeber systematisch unangemessen niedrige Löhne bezahlen und dabei die Situation der Arbeitnehmer ausnutzen (finanzielle Abhängigkeit, Staatsangehörigkeit, Wohnsitz etc.). Lohndumping konzentriert sich auf bestimmte Berufe und Wirtschaftszweige und in aller Regel auf wenig qualifizierte Arbeitnehmer im Niedriglohnsektor (vgl. dazu die Stellungnahme des Bundesrates vom 2. März 2012 zur Motion Nr. 11.4040 der nationalrätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben und den FLAM Bericht 2021 des SECO vom 9. Juni 2022 S. 38 mit den Fokusbranchen). Wie stark der Lohn gekürzt werden

muss, damit Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG zur Anwendung kommt, wird weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung definiert. Die Lehre geht davon aus, dass mindestens eine Kürzung von 10 – 20 Prozent gegeben sein muss (NUSSBAUMER, a.a.O., N. 302; KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 170; VSSA, a.a.O., S. 40).

3.4

Auf den vorliegenden Fall übertragen führt dies zur Schlussfolgerung, dass kein Anwendungsfall von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG vorliegt.

Den Akten lässt sich entnehmen, dass der Beschwerdeführer in der bisherigen Stelle einen Brutto-Jahresgrundlohn von Fr. 180'600.– erhalten hat, während in der neuen Stelle ein Brutto-Jahresgrundlohn von Fr. 180'000.– bezahlt worden wäre (jeweils für einen Anstellungsgrad von 100 %). Der maximale variable Lohnanteil betrug bei der bisherigen Stelle 67 % des Brutto-Jahresgrundlohns und damit Fr. 121'002.–, bei der neuen Stelle 8.3 % des Brutto-Jahresgrundlohns und damit Fr. 14'940.–. In der neuen Stelle wäre der Brutto-Jahresgrundlohn Fr. 600.– und der maximale variable Lohnanteil Fr. 106'062.– tiefer gewesen. Der maximal mögliche Jahreslohn (inkl. variabler Lohnanteil) hätte bei der bisherigen Stelle somit Fr. 301'602.– und bei der neuen Stelle Fr. 194'940.– betragen. Die Differenz zwischen den maximal möglichen Jahreslöhnen beträgt somit Fr. 106'662.–. Davon wäre die Hälfte und damit Fr. 53'331.– bei Antritt der neuen Stelle mit einer Einmalzahlung ausgeglichen worden. (ALK-act. 84 f.). Bisher war der Beschwerdeführer als «Corporate Account Executive / Corporate Account Organisation» angestellt gewesen und gehörte der Kaderstufe «Oberes Kader» an (ALK-act. 82 f.), während er in der angebotenen Stelle als «Corporate Account Executive / Logistik-Services, Sending-Unit Ex-CAO Verkauf» auf der Kaderstufe «Mittleres Kader Stufe 1» weiterbeschäftigt worden wäre (ALK-act. 84).

Eine Anwendung von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG scheitert bereits daran, dass keine ausreichende Lohnkürzung vorliegt. Massgeblich kann einzig der Bruttojahresgrundlohn sein, der variable Lohnanteil ist vorliegend unbeachtlich. Letzterer ist an die Erreichung qualitativer und quantitativer Ziele geknüpft und kann damit nicht als gesichert gelten. Dem Auszug aus dem individuellen Konto des Beschwerdeführers lässt sich diesbezüglich entnehmen, dass der jeweils ausbezahlte Jahreslohn deutlich geschwankt hat und jeweils weiter unter der maximal möglichen Vergütung lag (ALK-act. 96). Der massgebliche Bruttojahresgrundlohn der bisherigen und neuen Stelle wäre praktisch gleichgeblieben (Kürzung um Fr. 600.–). Damit liegt keine massgebliche Lohnkürzung und auch keine andere wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen vor, weshalb Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG nicht zur Anwendung kommt.

Auch dann, wenn der variable Lohnanteil berücksichtigt würde, wäre fraglich, ob eine genügende Lohndifferenz vorläge. Auszugehen wäre diesfalls nicht vom (theoretisch möglichen) Maximallohn, sondern von einem Durchschnittslohn der letzten Jahre, wobei auch die Einmalzahlung (Ausfinanzierungsbetrag, vgl. ALK-act. 84) zu berücksichtigen wäre. Diese Frage kann aber offenbleiben, nachdem eine Anwendung von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG aus weiteren Gründen ausscheidet.

Selbst wenn von wesentlich schlechteren Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG auszugehen wäre, wären die übrigen Voraussetzungen von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG nicht erfüllt. Dafür müsste der Betrieb, vorliegend die B.__ AG, Entlassungen vorgenommen haben, um die Entlassenen zu wesentlich schlechteren Arbeitsbedingungen wieder einzustellen. Dafür bestehen vorliegend keine Anzeichen: Den Akten lässt sich entnehmen, dass die Entlassungen auf betriebliche Umstrukturierungsmassnahmen zurückzuführen sind (ALK-act. 84). Es liegen keine Hinweise vor, die auf ein systematisches und missbräuchliches Verhalten der Arbeitgeberin hinweisen. Kommt hinzu, dass mit Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG – wie zuvor dargelegt – Lohndumping verhindert werden soll. Von Lohndumping spricht man, wenn die Situation von (in der Regel) wenig qualifizierten Arbeitern im Niedriglohnbereich ausgenutzt wird, um nicht marktgerechte Löhne zu bezahlen. Der Beschwerdeführer war ein hochqualifizierter, weiter überdurchschnittlich bezahlter oberer Kadermitarbeiter bei der B.__ AG. Selbst wenn von einer arbeitslosenversicherungsrechtlich massgeblichen Lohnkürzung auszugehen wäre, würde kein Lohndumping vorliegen, womit der vorliegende Sachverhalt nicht vom Schutzzweck von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG erfasst wäre.

3.5

Soweit der Beschwerdeführer – unter Verweis auf E-Mails von ehemaligen Arbeitskollegen, die das neue Stellenangebot der B.__ AG angenommen hätten (vgl. BF-Bel. 3 – 5) – geltend macht, die weitere Lohnentwicklung sei ebenfalls zu berücksichtigen und die ALK habe in diesem Zusammenhang den Untersuchungsgrundsatz verletzt, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden. Massgebend ist einzig die Entschädigung im Stellenangebot, welches dem Beschwerdeführer unterbreitet wurde und dass er zu diesen Bedingungen hätte annehmen können (vgl. ALK-act. 84 und 81 sowie BG-Bel. 4). Seine weitere Lohnentwicklung ist rein hypothetisch und es sind die Informationen und Umstände im Zeitpunkt der Ablehnung des Arbeitsangebots massgebend. Bei einer Annahme des neuen Stellenangebots hätte sein Lohn zudem nicht einseitig durch die B.__ AG angepasst werden können, sondern es hätte einer erneuten Änderungskündigung bedurft, die wiederum unter dem Gesichtspunkt der

arbeitslosenversicherungsrechtlichen Zumutbarkeit zu beurteilen gewesen wäre. Weitere Abklärungen diesbezüglich sind nicht entscheidrelevant, und damit nicht vom Untersuchungsgrundsatz in Art. 43 ATSG erfasst, wonach nur die «notwendigen» Abklärungen zu treffen sind.

3.6

Die Ausnahmebestimmung von Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG ist somit auf die Stelle, die der Beschwerdeführer von der B.__ AG angeboten erhalten hat, nicht anwendbar. Nachdem auch keine anderen Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 16 Abs. 2 AVIG dargetan und erfüllt sind, wäre es dem Beschwerdeführer aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht zumutbar gewesen, die angebotene Stelle – jedenfalls bis zum Finden einer neuen Stelle – anzunehmen. Indem er dies nicht getan hat, hat er seine Arbeitslosigkeit selbst verschuldet.

4.

4.1

Der Versicherte ist in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn er durch eigenes Verschulden arbeitslos ist (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG). Die ALK hat das Verschulden des Beschwerdeführers als schwer eingestuft und die Einstellungsdauer auf 36 Tage festgesetzt (ALK-act. 53).

Der Beschwerdeführer beantragt eventualiter die Sanktionierung mit höchstens sieben Einstelltagen (amtl. Bel. 1 S. 2).

4.2

Die Dauer der Einstellung bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens (Art. 30 Abs. 3 Satz 3 AVIG) und beträgt zwischen 1 Tag und 60 Tagen. Gemäss Art. 45 Abs. 3 AVIV dauert die Einstellung 1 – 15 Tage bei leichtem Verschulden (lit. a), 16 – 30 Tage bei mittelschwerem Verschulden (Bst. b) und 31 – 60 Tage bei schwerem Verschulden (lit. c). Ein schweres Verschulden liegt vor, wenn der Versicherte ohne entschuldbaren Grund eine zumutbare Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen aufgegeben oder eine zumutbare Arbeit abgelehnt hat (Art. 45 Abs. 3 AVIV). Von dieser Regel kann jedoch beim Vorliegen besonderer Umstände im Einzelfall abgewichen werden (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 133/03 vom 29. Oktober 2003, E. 4.1 m.w.H.).

4.3

Der Beschwerdeführer hat eine zumutbare Stelle abgelehnt, womit grundsätzlich ein schweres Verschulden vorliegt (Art. 45 Abs. 3 lit. c AVIV). Er kann keine besonderen Umstände dartun, aus welchen vorliegend von dieser Regel abgewichen werden könnte. Die Lohneinbusse im variablen Lohn ist arbeitsversicherungsrechtlich unbeachtlich (und läge auch dann deutlich unter den 50 Prozent, die der Beschwerdeführer behauptet). Ebenso unbeachtlich ist die Kaderrückstufung, nachdem der Beschwerdeführer seine bisherige Funktion hätte behalten können und eine Unterforderung sowieso keine Unzumutbarkeit zu begründen vermöchte (AVIG-Praxis, ALE/B285 [Oktober 2012]). Die ausgefällten 36 Einstelltage sind somit nicht zu beanstanden.

Die Beschwerde ist folglich vollumfänglich abzuweisen.

5.

5.1

Gemäss Art. 61 lit. f^{bis} ATSG ist das Verfahren bei Streitigkeiten über Leistungen kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist. Sieht das Einzelgesetz keine Kostenpflicht vor, kann das Gericht einer Partei, die sich mutwillig oder leichtsinnig verhält, Gerichtskosten auferlegen.

5.2

Da das AVIG keine Kostenpflicht vorsieht und sich die Parteien weder mutwillig noch leichtsinnig verhalten haben, sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 61 lit. g ATSG e contrario).

Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. [Zustellungen]

Stans, 6. September 2022

VERWALTUNGSGERICHT NIDWALDEN
Sozialversicherungsabteilung
Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Der Gerichtsschreiber

MLaw Reto Rickenbacher Versand: _____

Rechtsmittelbelehrung:
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Art. 82 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG; SR 173.110). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gilt Art. 44 ff. BGG.