

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2019 54

Entscheid vom 18. September 2019

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
lic.iur. Achilles Humbel, Präsident
MLaw Philipp Mazenauer, a.o. Gerichtsschreiber

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt MLaw B. _____,

gegen

Unia Arbeitslosenkasse, Kompetenzzentrum D-CH West,
Monbijoustrasse 61, Postfach 3398, 3001 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Leistungen; Erfüllung der Beitragszeit)

Sachverhalt:

A. A._____ (nachfolgend: A._____), geboren am ____ 1960, wurde am 4. Februar 2019 durch das RAV Lachen zur Arbeitsvermittlung angemeldet (Vi-act. 48 S. 109), nachdem ihm seine am 1. Juni 2015 angetretene Anstellung als "Financial Reporting Specialist" im Range eines "Directors" bei der C._____ per 31. August 2018 (mit krankheitsbedingtem Aufschub per 30.11.2018) gekündigt wurde (Vi-act. 44 S. 102; 43 S. 100; 40 S. 94). Am 6. Februar 2019 stellte A._____ Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Februar 2019 (Vi-act. 40 S. 93).

B. A._____ machte den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei der Unia Arbeitslosenkasse, Pfäffikon, geltend (Vi-act. 48 S. 111). Diese beauftragte das kantonale Amt für Arbeit (AfA) mit der Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit von A._____, da er als Mitglied einer AG mit Einzelzeichnungsrecht im Handelsregister eingetragen sei (Vi-act. 45 S. 104). Mit Verfügung vom 5. April 2019 befand das AfA A._____ ab dem 4. Februar 2019 als vollumfänglich vermittlungsfähig und gewährte ihm einen Leistungsanspruch, sofern die übrigen Vor-aussetzungen erfüllt seien (Vi-act. 28 S. 70).

C. Mit Verfügung vom 30. April 2019 wies die Unia Arbeitslosenkasse den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 4. Februar 2019 ab, da er nach vorzeitiger Pensionierung nicht über die erforderliche Beitragszeit verfüge (Vi-act. 17 S. 40). Hiergegen liess A._____ rechtzeitig Einsprache erheben (Vi-act. 10 S. 29). Mit Entscheid vom 4. Juni 2019 wies die Unia Arbeitslosenkasse die Einsprache ab und bestätigte die Verfügung vom 29. April 2019 (recte: 30.4.2019) (Vi-act. 4 S. 13).

D. Gegen diesen Entscheid lässt A._____ am 3. Juli 2019 rechtzeitig Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz einreichen und folgende Rechtsbegehren stellen (Vi-act. 2 S. 4):

1. Es sei der angefochtene Einspracheentscheid vom 4. Juni 2019 aufzuheben und dem Beschwerdeführer seien die Arbeitslosenversicherungsleistungen per 4. Februar 2019 zu gewähren.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

E. Die Unia Arbeitslosenkasse beantragt am 29. Juli 2019 unter Verweis auf den Einspracheentscheid:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen.
2. Der Einspracheentscheid vom 04.06.2019 sei zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdeführers.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0] vom 25.6.1982 will gemäss Art. 1a den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, schlechtem Wetter oder Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers garantieren (Abs. 1). Es will drohende Arbeitslosigkeit verhüten, bestehende Arbeitslosigkeit bekämpfen und die rasche und dauerhafte Eingliederung in den Arbeitsmarkt fördern (Abs. 2). Die Versicherung erfüllt ihren Zweck gemäss Art. 1a Abs. 1 AVIG, indem sie Arbeitslosenentschädigung, Kurzarbeitsentschädigung, Schlechtwetterentschädigung sowie Insolvenzenschädigung leistet (Art. 7 AVIG).

1.2 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, wer unter anderem die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer in den vorangehenden zwei Jahren während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 3 AVIG).

1.3 Um den ungerechtfertigten gleichzeitigen Bezug von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge und von Arbeitslosenentschädigungen zu verhindern (vgl. Art. 13 Abs. 3 AVIG), sieht Art. 12 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02] vom 31.8.1983 vor, dass Versicherten, die vor Erreichung des Rentenalters der AHV pensioniert worden sind, nur jene beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit angerechnet wird, die sie nach der Pensionierung ausgeübt haben (Abs. 1). Von dieser Einschränkung sind einzig Versicherte ausgenommen, die (lit. a) aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge vorzeitig pensioniert wurden und (lit. b) die zudem einen Anspruch auf Altersleistungen erwerben, der geringer ist als die Entschädigung, die ihnen nach Art. 22 AVIG zustünde (Art. 12 Abs. 2 AVIV).

1.4.1 Einer versicherten Person, die vor Erreichen des ordentlichen Rentenalters der AHV im Rahmen der beruflichen Vorsorge freiwillig vorzeitig zu 100% pensioniert wurde, kann somit keine Beitragszeit nach Art. 13 Abs. 1 AVIG angerechnet werden; vielmehr darf der versicherten Person gemäss Art. 13 Abs. 3 AVIG nur jene beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit angerechnet werden, die sie nach der Pensionierung ausgeübt hat (AVIG-Praxis ALE, Juli 2019, B173 mit Verweis auf Art. 13 Abs. 1 AVIG). Entscheidende Kriterien für die

Anwendung dieser besonderen Beitragszeitregelung sind die Freiwilligkeit des vorzeitigen Altersrücktritts und der damit verbundene Bezug von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge. Freiwilligkeit ist immer dann anzunehmen, wenn die versicherte Person ihr Arbeitsverhältnis selbst auflöst und eine Altersleistung der beruflichen Vorsorge bezieht (AVIG-Praxis ALE, B174). Eine versicherte Person, die ihr Arbeitsverhältnis selbst auflöst und eine Altersleistung der beruflichen Vorsorge in Form einer Rente oder Kapitalabfindung (nicht aber Freizügigkeitsleistungen; SBVR Soziale Sicherheit-Nussbaumer, ALE, Rz. 226) bezieht, hat nur Anspruch auf ALE, wenn sie nach ihrer vorzeitigen Pensionierung während mindestens 12 Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (AVIG-Praxis ALE, B175). Entscheidend ist dabei aber nicht die Freiwilligkeit des Stellenverlusts, sondern die Freiwilligkeit des Altersrücktritts (Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 4. Aufl., AVIG, Art. 13 S. 54). Mithin ist unerheblich, ob arbeitnehmer- oder arbeitgeberseitig die Kündigung ausgesprochen wurde (Urteil des BGer 8C_839/2009 vom 19.2.2010 Erw. 3.4 mit Verweis auf BGE 126 V 396 Erw. 3b/bb und das Urteil des BGer 8C_708/2008 vom 5.3.2009 Erw. 3.3).

1.4.2 Eine unfreiwillige vorzeitige Pensionierung liegt vor, wenn eine versicherte Person aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund von zwingenden Regelungen vor Erreichen des ordentlichen Rentenalters der AHV im Rahmen der beruflichen Vorsorge vorzeitig pensioniert wurde (Art 12 Abs 2 AVIV). Entscheidend ist, ob die vorzeitige Pensionierung aufgrund objektiver Umstände erfolgt ist, ohne dass der betroffenen Person eine Alternative offenstand (BGE 129 V 327 Erw. 4.6; Kupfer Bucher, a.a.O., Art. 13 S. 54). Einer unfreiwillig vorzeitig pensionierten Person ist die zuletzt ausgeübte beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit anzurechnen (AVIG-Praxis ALE, B176 f.). Löst der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen (bspw. Nachfragerückgang; vgl. Urteil des BGer C255/06 vom 22.10.2007 Erw. 3.1) auf und macht die versicherte Person von der ihr im Vorsorgereglement eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, die Ausrichtung einer Altersleistung zu verlangen, ist dieser Sachverhalt als unfreiwillige vorzeitige Pensionierung zu qualifizieren.

2.1 Gemäss Vorinstanz liegt beim Beschwerdeführer keine unfreiwillige Pensionierung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 AVIV vor, weshalb für die Erfüllung der Beitragszeit nicht Art. 13 Abs. 1 AVIG, sondern Art. 13 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 AVIV massgeblich sei (vgl. oben Erw. 1.2 und 1.3). Dies begründete die Vorinstanz unter anderem damit, dass dem Beschwerdeführer nach Auskunft seiner ehemaligen Arbeitgeberin nicht aus wirtschaftlichen

Gründen gekündigt worden sei, sondern weil der Versicherte die Leistungserwartungen nicht erfüllt habe. Entscheidende Kriterien für das Bestehen eines Anspruchs seien die Unfreiwilligkeit des vorzeitigen Altersrücktrittes und des damit verbundenen Bezugs von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge. Eine Unfreiwilligkeit sei immer dann anzunehmen, wenn die versicherte Person an ihrer Arbeitsstelle bleiben möchte, dies aber nicht tun könne, weil sie aus wirtschaftlichen oder aus anderen unverschuldeten Gründen entlassen wurde und eine Altersleistung der beruflichen Vorsorge beziehe. Die Kündigung des Beschwerdeführers sei weder aus wirtschaftlichen noch aus anderweitig unverschuldeten Gründen erfolgt. Während der Kündigungsfrist habe der Beschwerdeführer zudem freiwillig die vorzeitige Pensionierung eingeleitet. Danach habe der Beschwerdeführer keine Beitragszeit erarbeitet, weshalb die Mindestbeitragszeit von 12 Monaten nicht erfüllt sei (Vi-act. 4 S. 13 ff.).

2.2 Der Beschwerdeführer vertritt mit der Beschwerde die Ansicht, er habe sich nicht freiwillig pensionieren lassen, sondern sei gekündigt worden, nachdem er dem hohen Druck in der Bankbranche infolge seines fortgeschrittenen Alters nicht mehr habe standhalten können. Die Anforderungen hätten sich im Laufe der Zeit geändert. Ein Vorgesetztenwechsel sowie die dadurch ausgelöste Reorganisation hätten die Kündigung bewirkt. Dies könne und dürfe aber nicht bedeuten, dass der Beschwerdeführer die Kündigung verschuldet habe. Daraufhin habe er auf all seine Bewerbungen Absagen erhalten, weshalb sich sein psychischer Zustand verschlechtert habe und er krank, arbeitsunfähig und arbeitslos geworden sei. Existenzängste hätten ihn geplagt. Um seine Existenzängste teilweise zu lindern, habe er die Möglichkeit der frühzeitigen Pensionierung ergriffen. Mit seiner tiefen Rente von Fr. 1'722.--/Monat könne die Familie aber nicht auskommen, weshalb von Anfang an klar gewesen sei, dass er daneben ein weiteres Einkommen benötige. Die Möglichkeit der Frühpensionierung habe er einzig gewählt, um zumindest ein gewisses Einkommen zu haben, was die Existenzängste gelindert habe. Aufgrund dieser Schilderungen handle es sich um eine unfreiwillige vorzeitige Pensionierung, weshalb er Anspruch auf die Arbeitslosenentschädigung habe. Offensichtlich sei die Vorinstanz ihren Untersuchungspflichten nicht nachgekommen, da sie sonst festgestellt hätte, dass zweifelsohne von einer unfreiwilligen vorzeitigen Pensionierung auszugehen sei.

3. Strittig und zu prüfen ist, ob sich der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 AVIV freiwillig oder unfreiwillig vorzeitig pensionieren liess.

Dabei ist zu wiederholen (oben Erw. 1.3 f.), dass sich der Verordnungsgeber nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung von Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV auf wirtschaftliche Kündigungsgründe sowie auf zwingende statutarische Regelungen der beruflichen Vorsorge beschränkte. Durch diese ausdrückliche Beschränkung führt nicht jede Kündigung, die - ohne Wahlmöglichkeit der versicherten Person - die vorzeitige Pensionierung auslöst, zur Anwendung von Art. 12 Abs. 2 AVIV. Personen, deren Arbeitsverhältnis seitens der Arbeitgeberschaft weder aus wirtschaftlichen Gründen noch auf Grund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge gekündigt wird, fallen nicht unter Art. 12 Abs. 2 AVIV (BGE 126 V 396 Erw. 3b/bb; Urteil des BGer 8C_708/2008 vom 5.3.2009 Erw. 3.3; SBVR Soziale Sicherheit-Nussbaumer, ALE, Rz. 227). Demzufolge ist es unerheblich, ob arbeitnehmer- oder arbeitgeberseitig die Kündigung ausgesprochen wird (Urteil BGer 8C_525/2012 vom 16.11.2012 Erw. 3.3; Kupfer Bucher, a.a.O., Art. 13 S. 54).

3.1 Unbestrittenermassen erfolgte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die vorzeitige Pensionierung nicht aufgrund einer zwingenden Regelung im Rahmen der beruflichen Vorsorge. Vielmehr steht fest, dass die Arbeitgeberin die Anstellung am 24. Mai 2018 gekündigt hat (Vi-act. 43 S. 100) und der Beschwerdeführer sich im Nachgang zur Kündigung am 17. Juli 2018 für die vorzeitige Pensionierung entschied ("As discussed this morning, I would like to initiate early retirement as of 31.08.2018", Vi-act. 22 S. 52).

3.2 Bei den Akten findet sich ein Schreiben der ehemaligen Arbeitgeberin an den Beschwerdeführer vom 5. März 2018, worin sie erklärt, dass, seit der neue Vorgesetzte im April 2017 das Team des Beschwerdeführers übernommen habe, der Beschwerdeführer weder seine Leistungs- noch seine Verhaltensziele erreiche. Diese Beurteilung wurde ausführlich begründet und mit der Aufforderung zur Verbesserung sowie einer Kündigungsandrohung versehen (Vi-act. 7 S. 20). Die Kündigung vom 24. Mai 2018 nimmt Bezug auf dieses Schreiben und begründet die Kündigung mit ungenügender Leistung (Vi-act. 43 S. 100). Im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung nennt der Beschwerdeführer ebenfalls "Leistung" als Kündigungsgrund (Vi-act. 40 S. 94).

3.3 In einem Schreiben vom 29. Mai 2019 an die Vorinstanz beantwortet die ehemalige Arbeitgeberin die Frage, ob wirtschaftliche Gründe zur Kündigung geführt hätten, ausdrücklich mit "Nein" und sie verneint auch, dass sich die Stellenanforderungen des Beschwerdeführers verändert hätten. Sie erklärt, aufgrund ungenügender Leistung seitens des Beschwerdeführers gekündigt zu haben. Aufgrund seines Jahrgangs habe der Beschwerdeführer die Möglichkeit

gehabt, die Frühpensionierung bei ihrer Pensionskasse im Nachgang zur Kündigung einzuleiten. Diese Option bestehe nur bis zum Austritt. Ansonsten müsse das Freizügigkeitskapital in eine neue Pensionskasse übertragen werden (Vi-act. 6 S. 18).

3.4 Weder den vorinstanzlichen, noch den beschwerdeführerischen Akten sind Belege zu entnehmen, dass das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden wäre. Vielmehr steht fest, dass die Kündigung infolge ungenügender Leistung erfolgt ist. Aus den Akten lässt sich auch die beschwerdeführerische Behauptung nicht belegen, dass sich die beruflichen Anforderungen erheblich verändert hätten. Wohl wird im Abmahnungsschreiben vom 5. März 2018 (Vi-act. 7 S. 20) bestätigt, dass der Beschwerdeführer im April 2017 einen neuen Vorgesetzten erhielt und dieser ungenügende Leistung feststellen musste. Ausdrücklich wird aber auch festgehalten, dass seine Beobachtung durch den ehemaligen Vorgesetzten bestätigt wurde. Auch wird ausgeführt, dass negative Rückmeldungen verschiedener Seiten vorlägen. Aus der Abmahnung vom 5. März 2018 geht ebenso hervor, dass bereits im Sommer und im Oktober 2017 Gespräche mit dem Beschwerdeführer bezüglich seiner Leistungen geführt werden mussten und Ziele vereinbart wurden. Mithin musste dem Beschwerdeführer seit längerem bewusst sein, was die Arbeitgeberin von ihm fordert und welche Leistung er zu erbringen hat (vgl. Vi-act. 7 S. 20). Die Bewährungszeit liess er ungenutzt, so dass es schliesslich zur Kündigung kam. Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass der neue Vorgesetzte den Druck erhöht hat, doch reicht dies nicht aus, um geänderte Anforderungen anzunehmen. So oder anders wurde die Kündigung gegenüber dem Beschwerdeführer nicht aus wirtschaftlichen Gründen ausgesprochen, so dass ohnehin nicht von einer unfreiwilligen Kündigung im Sinne von Art 12 Abs. 2 AVIV ausgegangen werden kann.

3.5 Es ist zwar durchaus glaubhaft, dass der Beschwerdeführer die Möglichkeit der frühzeitigen Pensionierung gewählt hat, um seine Existenzängste zu lindern. Dies erfüllt jedoch die Anforderungen an eine unfreiwillige vorzeitige Pensionierung nicht. Eine reglementarische Pflicht zur vorzeitigen Pensionierung bestand unbestrittenermassen nicht. Vielmehr konnte sich der Beschwerdeführer frei entscheiden. Dass dieser Entscheid bis Ablauf der Anstellung erfolgen musste, ändert hieran nichts. Im Gegenteil wird damit bestätigt, dass die Entscheidhoheit beim Beschwerdeführer lag. Die vorstehend ausgeführten rechtlichen Bestimmungen (Erw. 1.1 ff.) lassen keinen Raum, die Gründe, die eine versicherte Person zur vorzeitigen Pensionierung veranlassen, weitergehend zu berücksichtigen (zur Ausschliesslichkeit der Ausnahmekriterien

vgl. die Urteile des BGer 8C_525/2012 vom 16.11.2012 Erw. 3.3; 8C_839/2009 vom 19.02.2010 Erw. 3.4).

3.6 Zusammenfassend ist die Erkenntnis der Vorinstanz, dass die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer nicht aus wirtschaftlichen Gründen aufgelöst hat und der Beschwerdeführer nicht aufgrund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge vorzeitig pensioniert wurde, nicht zu beanstanden. Damit aber liegt kein Ausnahmetatbestand nach Art. 12 Abs. 2 AVIV vor, weshalb beim Beschwerdeführer nur jene beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit angerechnet wird, die er nach der Pensionierung ausgeübt hat. Eine solche liegt, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, keine vor. Aus diesem Grund ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 i.V.m. Art. 13 AVIG nicht erfüllt, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

4. Es werden keine Kosten erhoben (Art. 61 lit. a Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1] vom 6.10.2000). Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Ersatz der Parteikosten (Art. 61 lit. g ATSG e contrario).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung subsidiäre Verfassungsbeschwerde* beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 42 und 113ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113 ff. BGG).

4. Zustellung an
 - den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (2/R)
 - die Vorinstanz (R)
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 18. September 2019

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der a.o. Gerichtsschreiber:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 24. September 2019