

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2024 4

Entscheid vom 23. April 2024

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.oec. Andreas Risi, Richter
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
MLaw Jan Bucher, a.o. Gerichtsschreiber

Parteien

A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwältin B._____

gegen

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

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Freiwillige Leistungen des Arbeitgebers;
Art. 11a AVIG)

Sachverhalt:

A. A._____ (Jg. 1978) trat am 1. Juni 2018 bei der C._____ AG (ab 18.6.2018 neu firmiert unter D._____ AG; SHAB 13.7.2018) eine unbefristete Anstellung als Head of Sales & Sourcing Europe an (Vi-act. 46). Am 29. September 2022 wurde die Anstellung per 31. März 2023 gekündigt (Vi-act. 51), wobei diese Kündigung durch eine Trennungsvereinbarung vom 9. Dezember 2022 ersetzt wurde, mit welcher das Anstellungsende auf den 31. Juli 2023 festgelegt wurde (Vi-act. 50). Am 4. Juli 2023 wurde A._____ zur Arbeitsvermittlung angemeldet (Vi-act. 53), am 12. Juli 2023 stellte er Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (ALE) ab dem 1. August 2023 (Vi-act. 47).

B. Mit Kassenverfügung vom 9. August 2023 anerkannte die Unia Arbeitslosenkasse einen ALE-Anspruch von A._____ ab dem 8. November 2023. Er habe vom Arbeitgeber eine Zahlung von Fr. 254'545.35 erhalten, welche eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers darstelle, die zu einem nicht anrechenbaren Arbeitsausfall führe, soweit sie den Betrag von Fr. 148'200 übersteige (Vi-act. 31). Eine am 1. September 2023 dagegen erhobene Einsprache (Vi-act. 29) wies die Unia mit Entscheid vom 12. Dezember 2023 ab (Vi-act. 14).

C. Am 11. Januar 2024 lässt A._____ beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

1. Der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 12. Dezember 2023 sowie die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 9. August 2023 seien vollumfänglich aufzuheben und die Rahmenfrist für den Leistungsbezug sei **ohne Berücksichtigung einer freiwilligen Leistung des Arbeitgebers** neu festzusetzen.
2. Eventualiter seien der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 12. Dezember 2023 sowie die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 9. August 2023 vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Neu Beurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Beschwerdegegnerin respektive des Staates.

D. Mit Vernehmlassung vom 25. Januar 2024 verweist die Vorinstanz auf ihre Ausführungen im angefochtenen Einspracheentscheid und beantragt:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen.
2. Der Einspracheentscheid vom 12. Dezember 2023 sei zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdeführers.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass die Anstellung des Beschwerdeführers per 31. Juli 2023 endete und er per 1. August 2023 ALE geltend macht. Unbestritten ist ebenso, dass der Beschwerdeführer mit der Lohnzahlung vom Juli 2023 unter dem Titel "Severance Bonus" Fr. 254'545.35 (abzüglich Sozialversicherungsbeiträge) ausbezahlt erhielt (Vi-act. 34).

Die Vorinstanz qualifizierte die Zahlung als freiwillige Leistung des Arbeitgebers im Sinne von Art. 11a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0) vom 25. Juni 1982, welche, soweit sie höher als Fr. 148'200 sei (Art. 11a Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 AVIG), zu einem nicht anrechenbaren Arbeitsausfall führe, so dass die Rahmenfrist für den Leistungsbezug erst am 8. November 2023 zu laufen beginne. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass es sich um eine für die Festlegung der Rahmenfrist für den Leistungsbezug zu berücksichtigende freiwillige Leistung des Arbeitgebers handle. Strittig und nachfolgend zu prüfen ist damit, ob die Vorinstanz den Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug zu Recht unter Berücksichtigung der Zahlung von Fr. 254'545.35 auf den 8. November 2023 festgelegt hat.

2.1 Die versicherte Person hat Anspruch auf ALE, wenn sie - neben anderen Voraussetzungen - ganz oder teilweise arbeitslos ist und einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. a und b AVIG).

2.2 Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstausschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende Tage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG).

2.3.1 Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, für den der arbeitslosen Person Lohnansprüche oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche zustehen (Art. 11 Abs. 3 AVIG und Art. 10h der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02] vom 31.8.1983).

2.3.2 Sodann gilt ein Arbeitsausfall so lange nicht als anrechenbar, als freiwillige Leistungen des Arbeitgebers den durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Verdienstausschlag decken (Art. 11a Abs. 1 AVIG). Berücksichtigt werden die freiwilligen Leistungen dabei nur, soweit sie den Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 AVIG übersteigen (Art. 11a Abs. 2 AVIG; aktuell Fr. 148'200; vgl. Art. 22 Abs. 1 der Verordnung über die Unfallversicherung [UVV; SR 832.202] vom 20.12.1982).

2.3.3 Der Gesetzgeber führte diese Regelung der Berücksichtigung freiwilliger Leistungen des Arbeitgebers ein, weil es allgemein als stossend empfunden wurde, wenn versicherte Personen von ihrem ehemaligen Arbeitgeber ausserordentlich hohe Leistungen erhalten und dennoch vom ersten Tag an ALE beziehen könnten (BBl 2001 2278; Urteil BGer 8C_822/2015 vom 14.1.2016 E. 2.2).

Entscheidendes Kriterium ist die Freiwilligkeit der Leistung. Dabei kann nicht massgebend sein, ob die Leistung vor, während oder bei der Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses vereinbart worden ist. Freiwillige Leistungen sind beispielsweise Leistungen aus Sozialplänen oder in Verträgen vorgesehene Abgangsentschädigungen. Keine Freiwilligkeit liegt vor, wenn ein gesetzlicher Anspruch auf die Leistung besteht, wie etwa bei einer Abgangsentschädigung im Sinne von Art. 339b OR (SBVR Soziale Sicherheit-Nussbaumer, N Rz. 168). Gemäss Bundesgericht ist der Begriff der 'freiwilligen Leistungen' des Arbeitgebers im Sinne von Art. 11a AVIG negativ definiert, indem darunter alle die bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gewährten Leistungen zu verstehen sind, die nicht Lohn- oder Entschädigungsansprüche nach Art. 11 Abs. 3 AVIG darstellen (vgl. Art 10a AVIV). Es handelt sich, in einem weiten Sinne, um Entschädigungen, die über das hinausgehen, worauf das Gesetz bei Beendigung des Arbeitsvertrags Anspruch gibt, insbesondere Abgangsentschädigungen, um die Folgen des Stellenverlusts auszugleichen. Diese Leistungen können sich zum Beispiel aus einem Sozialplan oder aus einem Gesamtarbeitsvertrag ergeben (BGE 143 V 161 E. 3.4 = Pra 2018 Nr. 13; Urteil BGer 4A_670/2010 vom 4.4.2011 E. 5).

2.4 Die Frist, während welcher der Arbeitsausfall nach Art. 11a AVIG nicht anrechenbar ist, beginnt mit dem ersten Tag nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses, für das die freiwilligen Leistungen ausgerichtet wurden, und dies unabhängig, ob sich die versicherte Person arbeitslos meldet (Art. 10c Abs. 1 AVIV). Die Dauer der Frist berechnet sich, indem der Betrag der berücksichtigten freiwilligen Leistungen (freiwillige Leistung abz. Fr. 148'200) durch den Lohn geteilt wird, der im Rahmen der Tätigkeit erzielt wurde, welche die Leistungen ausgelöst hat, und zwar unabhängig davon, ob die versicherte Person während dieser Frist eine Erwerbstätigkeit ausübt (Art 10c Abs. 2 AVIV).

2.5 Wurde eine freiwillige Leistung in diesem Sinne bezogen, so dass der Arbeitsausfall nicht anrechenbar ist, beginnt die Rahmenfrist für den Leistungsbezug mit dem ersten Tag, für den der Arbeitsausfall anrechenbar ist und alle Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erfüllt sind (Art. 10e AVIV).

3.1 Am 3. Mai 2018 schloss der Beschwerdeführer den Arbeitsvertrag per 1. Juni 2018 ab (Vi-act 49). Vereinbart wurden in Ziffer 11 die Beendigungsmodalitäten; neben der Kündigungsfrist (6 Monate) und der Möglichkeit der Freistellung wurde in Ziffer 11.3 f. insbesondere geregelt:

11.3 In the event the Employee is terminated by Company for reasons other than those set out in art. 340c para 2 of the Swiss Code of Obligations ("CO") before January 1st, 2019, the Employee shall be entitled to a one-off amount of CHF 352'506.86 gross. From January 1st, 2019, in the event the Employee is terminated by Company for reasons other than those set out in art. 340c para 2 of the Swiss Code of Obligations ("CO"), the Employee shall be entitled to a one-off amount of CHF 254'545.38 gross.

This severance payment shall provide for a special and discretionary compensation for the years worked for the Spanish Group company immediately prior the commencement of employment under this employment contract.

This contractual agreement does not create a statutory obligation on Company with regard to the severance payment. This payment shall further not create any further obligations of Company.

11.4 The agreement contained in provision 11.3 is strictly confidential and the Employee agrees not to disclose the existence of this employment contract and any of the terms and conditions contained herein.

Am 29. September 2022 kündigte die Arbeitgeberin das Anstellungsverhältnis schriftlich per 31. März 2023 (Vi-act. 51). Diese Kündigung wurde ersetzt durch eine Trennvereinbarung vom 9. Dezember 2022; das Anstellungsverhältnis endete neu per 31. Juli 2023 (Vi-act. 50). Unter Ziffer 3 wurde sodann vereinbart:

Severance Payment

Subject to the Employee signing and complying with this Agreement, the Company undertakes to pay the Employee a one-off severance payment of 254.545,38 CHF gross, payable at the last payroll data. This payment will be subject to applicable social security and other contributions, including pension contributions.

Weiter wurde ein 'retention bonus' von Fr. 29'275 brutto, zahlbar mit dem Aprillohn, vereinbart sowie die Freistellung ab 1. April 2023 bis Anstellungsende. Schliesslich wurde unter 'miscellaneous' zuhanden der Arbeitslosenversicherung festgehalten, 'that the termination of the employment was exclusively made for economic reasons'.

Sowohl der Arbeitsvertrag als auch die Aufhebungsvereinbarung waren dem Schweizer Recht unterstellt.

Mit der Lohnzahlung Juli 2023 erfolgte die Leistung des Severance Bonus über Fr. 254'545.35 an den Beschwerdeführer (Vi-act. 34).

3.2 Nachdem die Vorinstanz die Abfindungszahlung von Fr. 254'545.38 als freiwillige Leistung des Arbeitgebers gemäss Art. 11a AVIG qualifizierte (und in

der Folge die Rahmenfrist für den Leistungsbezug am 8.11.2023 beginnen liess) und der Beschwerdeführer dagegen Einsprache erhob (Vi-act. 31, 29), erkundigte sich die Vorinstanz beim Arbeitgeber nach den Hintergründen des 'Severance Bonus' gemäss Ziff. 11.3 des Anstellungsvertrages (Vi-act. 25). Die Fragen der Vorinstanz beantwortete der Arbeitgeber wie folgt (Vi-act. 22):

1. Als was ist die ausbezahlte Summe in der Höhe von CHF 254'545.38 zu definieren? In Ziff. 11.3 des Arbeitsvertrages wird von 'severance payment' und in der Lohnabrechnung vom 11.07.2023 von 'severance bonus' gesprochen. Handelt es sich um eine Abgangsentschädigung, eine Treueprämie, einen Bonus, etc.?

2. Welches Ziel wurde mit der Auszahlung dieses Betrages verfolgt?

Die Firma hat entschieden das Arbeitsverhältnis mit Herrn A. _____ zu beenden. Hierzu wurde ein Aufhebungsvertrag (Mutual Termination Agreement) geschlossen. Bei der vereinbarten Abfindung handelt es sich um eine Sondervergütung für die Jahre, die unmittelbar vor Beginn des Arbeitsverhältnisses im Rahmen des Schweizer Arbeitsvertrags für die spanische Gruppengesellschaft gearbeitet wurden.

3. In Ziff. 11.3 des Arbeitsvertrages wird erwähnt, dass die Summe für die Jahre, für welche der Arbeitnehmer in Spanien gearbeitet hat, ausbezahlt wird. Aus welchem Grund wurde die Summe nicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Spanien ausbezahlt?

Der Arbeitnehmer war zuvor in Spanien bei der E. _____ S.L.U. beschäftigt, und als er zu D. _____ versetzt wurde, wurde die bisherige Betriebszugehörigkeit angerechnet. In Spanien gibt es keine gesetzliche Abfindung, wenn das Arbeitsverhältnis im Rahmen des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf einen anderen Arbeitgeber endet. Stattdessen wurde die Betriebszugehörigkeit im neuen Arbeitsvertrag anerkannt. Es wurde vereinbart, dass im Falle einer möglichen Kündigung durch das Unternehmen, die nicht auf grobes Fehlverhalten oder grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen ist (andere Gründe als die in Art. 340 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts), der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Bruttoabfindung hat, die sich nach der Dauer seiner Betriebszugehörigkeit in den jeweiligen Ländern und nach der dort geltenden gesetzlichen Berechnungsmethode richtet. Der konkrete Betrag entspricht der gesetzlichen Abfindung bei ungerechtfertigter Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die in Spanien geleistete Arbeitszeit gemäß dem spanischen Arbeitnehmerstatut.

4. Wurde die Summe bereits im ursprünglichen Arbeitsvertrag (Arbeitsverhältnis in Spanien) vereinbart? Bitte Arbeitsvertrag des Arbeitsverhältnisses in Spanien beilegen.

Eine Kopie des spanischen Arbeitsvertrages von 2004 liegt nicht vor.

5. In Ziff. 11.3 des Arbeitsvertrages wird des Weiteren erwähnt, dass bei unverschuldeter Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor dem 1. Januar 2019 der Arbeitnehmer Anspruch auf CHF 352'506.86 und bei unverschuldeter Beendigung ab dem 1. Januar 2019 der Arbeitnehmer Anspruch auf CHF 254'545.38 hat.

Aus welchen Gründen reduzierte sich die Summe bei einer unverschuldeten Kündigung ab dem 1. Januar 2019?

Während der Arbeitnehmer in Spanien beschäftigt war, vereinbarten die Parteien 2015 einen vorübergehenden Schutz des Arbeitsverhältnisses für den Fall, dass sich die Kontrolle über die juristische Person wesentlich ändert ("goldener Fallschirm"). Gemäß dieser Vereinbarung hätte der Arbeitnehmer im Falle einer nicht disziplinarisch begründeten Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch das Unternehmen zusätzlich zur gesetzlichen Abfindung für eine ungerechtfertigte Kündigung Anspruch auf neun Monatsgehälter. Diese befristete Vereinbarung lief jedoch im Dezember 2018 aus.

3.3 Mit dem angefochtenen Einspracheentscheid bestätigte die Vorinstanz, die Zahlung des Severance Bonus führe zu einem nicht anrechenbaren Arbeitsausfall nach Art. 11a AVIG, die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginne am 8. November 2023. Sie stellte fest, der Beschwerdeführer sei konzernintern versetzt worden; das Arbeitsverhältnis in Spanien sei aufgelöst und in der Schweiz ein neues begründet worden. Die Gesellschaften seien als eigenständige juristische Personen zu betrachten; es seien zwei Arbeitsverträge je auf der Grundlage des Rechts ihrer Länder. Offenbar sei der Kündigungsschutz in Spanien höher und gewähre Entschädigungen bei ungerechtfertigter Kündigung. Damit der Beschwerdeführer seine Ansprüche beim Übertritt in die Schweiz nicht verliere, sei mit der Schweizer Gesellschaft die Ziff. 11.3 vereinbart worden. Es sei dies sinnvoll und legitim; er sei so zum Stellenwechsel in die Schweiz motiviert worden. Die widersprüchliche Aussage der Arbeitgeberin sei für die Vorinstanz aber Beleg, dass die Abfindung in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag in der Schweiz stehe, da er im Juni 2018 unterzeichnet worden sei; trotz Beendigung des spanischen Vertrages hätten die Parteien die Auszahlung der Abfindung und der zusätzlichen 9 Monatsgehälter aufgeschoben. In Wirklichkeit hätten sie vereinbart, dass das Ende des spanischen Arbeitsverhältnisses nur theoretisch gewesen sei und die Bedingungen ihrer Vereinbarung für die Auszahlung der Leistungen daher nicht erfüllt gewesen seien. Faktisch hätten sich die Parteien verhalten, wie wenn der spanische Vertrag nicht geendet, sondern nur der Arbeitsort gewechselt hätte. Man habe die Vorteile aus dem spanischen Vertrag in den schweizerischen Vertrag übernommen. So müsse der Beschwerdeführer nun auch die arbeitslosenrechtlichen Verpflichtungen zur Zahlung der freiwilligen Leistungen zu dem Zeitpunkt, als der Schweizer Arbeitsvertrag gekündigt worden sei, übernehmen.

3.4 Demgegenüber verweist der Beschwerdeführer auf die Rückmeldung des Arbeitgebers, wonach dieser die Zahlung von Fr. 254'545.35 als Sondervergütung für Dienstjahre bei der E._____ S.L.U. unmittelbar vor Beginn des Schweizer Arbeitsvertrags umschrieben habe. Sie stünde im Zusammenhang mit dem Auflösen des dem Schweizer Arbeitsvertrag vorangegangenen Spanischen Arbeitsvertrages. Auch habe der Arbeitgeber klargestellt, dass der Beschwerde-

führer gemäss spanischem Arbeitsvertrag bis 31. Dezember 2018 nicht nur den gesetzlichen Anspruch auf eine finanzielle Abgeltung bei unverschuldeter Kündigung durch den Arbeitgeber in der Höhe von Fr. 254'545.35 gehabt habe, sondern eine überobligatorische, 2015 vereinbarte zusätzliche Abfindung von total Fr. 352'506.86 geschuldet gewesen wäre.

Das Spanische Recht sehe bei Kündigung aus betrieblichen Gründen eine finanzielle Entschädigung vor; auch leitende Angestellte hätten von Gesetzes wegen Anspruch auf diese. Wenn nun die vertraglich vereinbarte Sondervergütung, die unbestritten einzig im Zusammenhang mit den geleisteten Dienstjahren in Spanien stehe, als gesetzlich finanzielle Entschädigung nach unverschuldeter Kündigung durch den Arbeitgeber einzustufen sei und deren Erfüllbarkeit bereits bei Ende des spanischen Arbeitsverhältnisses bestanden habe, aber erst nach Auflösung des schweizerischen Arbeitsvertrages fällig geworden sei, so gehe die Vorinstanz fehl, wenn sie diese Sondervergütung als Abgangsentschädigung aus dem Schweizer Arbeitsverhältnis einstufe. Entgegen der vorinstanzlichen Darstellung seien die E._____ S.L.U. und die D._____ AG nicht insgesamt als eine eigenständige juristische Person zu betrachten und es liege keine interne Versetzung vor. Es sei zweifelsohne von mehr als einer Arbeitgeberin auszugehen. Der spanische Vertrag habe spätestens per 31. Mai 2018 geendet. Mit Vertragsende sei der Anspruch auf die finanzielle Abgeltung bei Kündigung durch den Arbeitgeber begründet worden. Der Anspruch auf Sondervergütung aus dem früheren spanischen Arbeitsverhältnis, der im Rahmen einer Art Treueprämie im Schweizer Arbeitsvertrag festgelegt worden sei, stehe in keiner Weise im Zusammenhang mit dem Schweizer Arbeitsverhältnis und sei demnach mangels Konnexität nicht als freiwillige Leistung im Sinne von Art. 11a AVIG zu werten. Die Vereinbarung bezwecke vielmehr, die vom Beschwerdeführer in Spanien bereits erwirtschaftete arbeitsvertragliche finanzielle Anwartschaft auch nach Aufnahme der Tätigkeit in der Schweiz sicherzustellen. Denn mit dem Wechsel sei der Beschwerdeführer ein grosses privates und berufliches Risiko eingegangen, weshalb zumindest bereits erwirtschaftete Anwartschaften nicht verloren gehen sollten.

4. Der Argumentation des Beschwerdeführers kann nicht gefolgt werden.

4.1 Sachverhaltsmässig ist erwiesen, dass der Beschwerdeführer per 1. Juni 2018 eine Anstellung in der Schweiz nach Schweizer Recht antrat und der Arbeitsvertrag die obgenannte Beendigungsklausel aufwies. Für die Zeit davor ist kein Sachverhalt ausgewiesen, namentlich auch nicht, ob der Beschwerdeführer in Spanien in welcher Funktion, zu welchem Gehalt wie lange angestellt war und was der Grund des Anstellungsendes war. Bekannt ist, dass das spanische Ar-

beitsrecht eine Entschädigungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer im Falle der Kündigung durch den Arbeitgeber (ausser bei disziplinarischer Kündigung) kennt. Die Höhe der Entschädigung ist wesentlich von der Funktion des Arbeitnehmers ('normaler' Angestellter, leitender Angestellter, Geschäftsführer) abhängig sowie von den Dienstjahren und dem Kündigungsgrund (vgl. etwa Deloitte Legal Perspectives, International Dismissal Survey, May 2015, S. 82 ff.; www2.deloitte.com/ch; Termination of employment in Spain, www.cms-lawnow.com; Arbeitsrecht Spanien, www.abogadomueller.de; eingesehen am 16.2.2024; vgl. auch schon Botschaft zur Volksinitiative betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im OR, BBl 1984 II 571; vgl. auch Beschwerde Rz. 17).

4.2 Für die Frage, ob eine Abfindungszahlung nach Art. 11a AVIG vorliegt, ist allein entscheidend, ob der die Abfindung zahlende Arbeitgeber die Leistung freiwillig erbracht hat oder nicht (vgl. oben E. 2.3.3). Keine Rolle spielt, ob der vormalige Arbeitgeber eine Abfindung hätte zahlen müssen oder nicht und falls er hätte zahlen müssen, warum er nicht gezahlt hat. Mithin ist es vorliegend auch nicht entscheidend und kann offen bleiben, ob dem Beschwerdeführer aufgrund der Beendigung seiner Anstellung in Spanien ein Anspruch auf Abfindung zugestanden hätte oder nicht. Letztlich spielt eine etwaige frühere Anstellung in Spanien bzw. deren Beendigung für die hier strittige Frage keine Rolle, weshalb der damalige Sachverhalt auch nicht weiter abzuklären ist.

4.3 Der schweizerische Arbeitgeber trat mit Abschluss des Arbeitsvertrages mit dem Beschwerdeführer in keine gesetzliche Pflicht ein, dem Beschwerdeführer für seine in Spanien geleisteten Dienstjahre bei Anstellungsende eine Abfindung zahlen zu müssen. Namentlich kennt auch Art. 339b OR keine Pflicht, Dienstjahre einer früheren Anstellung bei einer Drittunternehmung anzurechnen (es ist dies nicht einmal bei der Wiederaufnahme beim gleichen Arbeitgeber gewiss; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 339b N 3; abgesehen davon wäre der Beschwerdeführer auch noch nicht mindestens 50jährig, was eine weitere Voraussetzung wäre). Dass auf den Vertrag Spanisches Recht anwendbar wäre, macht der Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend.

Die Ziff. 11.3 des Vertrages bezeichnet die Abfindung denn auch ausdrücklich als 'special and discretionary compensation', was als 'Spezial- und Ermessensen-schädigung' übersetzt werden kann, mithin eben gerade nicht in Erfüllung einer Pflicht ergeht. Ausdrücklich festgehalten ist, dass hinsichtlich der Abfindung keine gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers besteht. Der Verweis, dass die Zahlung für die zuvor in Spanien geleisteten Dienstjahre entschädigen soll, kann

derart interpretiert werden, dass es eine Verhandlungsforderung des Beschwerdeführers war (weil er mit dem Stellenwechsel in die Schweiz seines etwaigen gesetzlichen Entschädigungsanspruchs in Spanien verlustig ging), oder dass der spanische und der schweizerische Arbeitgeber (E._____ und D._____) wirtschaftlich verbunden sind und beide den Stellenwechsel unterstützen wollten (indem der Anspruchsverlust in Spanien durch diese Klausel abgefedert wird). Beides ist sodann ein Indiz dafür, dass der Beschwerdeführer bei Beendigung seiner Anstellung in Spanien eben gerade keinen Anspruch auf eine Abfindungszahlung hatte. Wenn der schweizerische Arbeitgeber willens war, mittels arbeitsvertraglicher Vereinbarung die Treue zum früheren Arbeitgeber im Falle einer unverschuldeten Kündigung mittels Abfindungszahlung anzuerkennen, so erfolgte dies auf jeden Fall nicht in Beachtung einer gesetzlichen Pflicht, sondern stellt eine freiwillige Leistung im Sinne von Art. 11a AVIG dar.

4.4 Zu eben diesem Schluss gelangt man, wenn - wie das Bundesgericht betont - alle Leistungen im Sinne von Art. 11a AVIG freiwillig sind, die bei der Auflösung des privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses gewährt werden und nicht Lohn- oder Entschädigungsansprüche nach Art. 11 Abs. 3 AVIG (Art. 10a AVIV) darstellen (BGE 143 V 161 = Pra 2018 Nr. 13 E. 3.4). Auch der Beschwerdeführer macht nicht geltend, beim 'Severance Bonus' handle es sich um Lohnansprüche für einen Arbeitsausfall oder Entschädigungsansprüche wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses (vgl. Art. 11 Abs. 3 AVIG, Art. 10h AVIV). Auch macht er keine gesetzliche Pflicht geltend, welche den schweizerischen Arbeitgeber zur Zahlung verpflichtet hätte. Damit aber stellt diese eine freiwillige Leistung nach Art. 11a AVIG dar.

4.5 Wenn der Beschwerdeführer ausführt, die Zahlung von Fr. 254'545.35 für die Dienstjahre in Spanien sei als gesetzliche finanzielle Entschädigung nach unverschuldeter Kündigung durch den Arbeitgeber einzustufen und ihre Erfüllbarkeit habe bereits bei Beendigung der Anstellung in Spanien (spätestens per 31.5.2018) bestanden, sei aber erst nach Auflösung des schweizerischen Arbeitsvertrages fällig geworden, weshalb es sich nicht um eine Abgangsentschädigung aus dem Schweizer Arbeitsverhältnis handle, so kann auch dem nicht gefolgt werden. Gemäss oben wiedergegebener Vereinbarung ist die Zahlung nur dann geschuldet, wenn der Arbeitgeber "for reasons other than those set out in art. 340c para 2" OR kündigt. Der Verweis auf Art. 340c Abs. 2 OR (Gründe für den Wegfall des Konkurrenzverbotes) ist zwar rätselhaft und wohl ein Irrtum. Dennoch steht aber fest, dass die Abfindungszahlung durch den Schweizer Arbeitgeber nicht bedingungslos bei Beendigung bezahlt wird, sondern - wahrscheinlich - nur, wenn der Beschwerdeführer keinen Anlass zur Kündigung gab.

Damit aber kann es sich nicht um eine Zahlung handeln, welche bereits bei Beendigung in Spanien geschuldet war, aber erst bei Beendigung der Anstellung in der Schweiz fällig wurde. Vielmehr ist sie an das Arbeitsverhalten in der Schweiz und die Gründe der Kündigung in der Schweiz gekoppelt.

4.6 Sodann macht der Beschwerdeführer geltend, die vertraglich vereinbarte Sonderzahlung bezwecke nicht, einen durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Verdienstaufschlag zu decken, sondern sei als "Dankeschön" für die Betriebstreue im Sinne einer Treueprämie nach Schweizer Recht vereinbart worden. Auch deshalb stelle es keine freiwillige Leistung zur Deckung eines Verdienstaufschlages dar, weshalb Art. 11a AVIG nicht zur Anwendung komme. Es ist nicht zu bestreiten, dass die Zahlung gemäss Vertrag als Anerkennung für die in Spanien geleisteten Arbeitsjahre formuliert ist. Selbst wenn sie aber als eine Art Treueprämie betrachtet wird, ändert dies nichts an deren Freiwilligkeit (vgl. Urteil BGer C 221/06 vom 24.10.2007 E. 3), bestand doch für den Arbeitgeber keinerlei gesetzliche Pflicht zur Aufnahme dieser Klausel in den Vertrag oder zur Leistung des Betrages selbst ohne vertragliche Klausel. Im Übrigen verlangt Art. 11a AVIG nicht, dass die freiwillige Leistung zur Deckung eines Verdienstaufschlages geleistet wird; die Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsaufschlages bemisst sich lediglich nach der Dauer, für welche der Verdienstaufschlag mit der Zahlung gedeckt ist (vgl. Art. 11c AVIG).

4.7 Gemäss Beschwerdeführer würde selbst dann kein nicht anrechenbarer Arbeitsaufschlag anfallen, wenn die Zahlung der Arbeitgeberin als solche nach Art. 11a AVIG qualifiziert würde. Denn der Betrag von Fr. 254'545.35 müsste seines Erachtens analog zu anderen anrechenbaren Belohnungen für Betriebstreue respektive für geleistete Arbeit (Treueprämien, Bonus etc.) pro rata temporis an den Arbeitsaufschlag im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG angerechnet werden. Die Sondervergütung sei für insgesamt rund 19 Jahre Betriebszugehörigkeit geschuldet, wobei davon 14 Jahre in Spanien und 5 Jahre in der Schweiz gearbeitet worden sei. Von der ausbezahlten Sondervergütung könnten daher nur Fr. 66'985.60 als freiwillige Leistung im Sinne von Art. 11a AVIG angerechnet werden (Fr. 254'545.35 / 19 Jahre x 5 Jahre). Da dieser Betrag kleiner sei als der Freibetrag (Fr. 148'200), sei er gemäss Art. 11a Abs. 2 AVIG nicht zu berücksichtigen.

Auch dem kann nicht gefolgt werden. Bei dem vom Beschwerdeführer in seiner Begründung herangezogenen Bundesgerichtsentscheid (BGE 144 V 195 E. 4) war strittig, ob Dienstaltersgeschenke und Treueprämien bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen seien oder nicht. Mithin handelt es sich um eine gänzlich andere Frage, weshalb dieser Entscheid vorliegend nicht

einschlägig ist. Die Gleichsetzung geht allein schon deshalb fehl, weil sich der versicherte Verdienst am massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG orientiert. Demgegenüber hat die AHV-rechtliche Betrachtungsweise für die Beurteilung der freiwilligen Leistungen nach Art. 11a AVIG keinerlei Relevanz. Es geht hier allein um den vom Gesetzgeber beabsichtigten Aufschub der Leistungsberechtigung im Falle von freiwilligen Zahlungen des Arbeitgebers (vgl. oben E. 2.3.3), weshalb die Beitragspflicht nach Art. 5 Abs. 2 AHVG unerheblich ist (SBVR Soziale Sicherheit-Nussbaumer, N Rz. 167 f.; Urteil SVG-ZH AL.2019.00076 vom 20.5.2020 E. 1.3.3).

5. Zusammenfassend ist damit nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz den im Juli 2023 als 'Severance Bonus' ausbezahlten Betrag von Fr. 254'545.35 als freiwillige Leistung des Arbeitgebers nach Art. 11a AVIG qualifizierte, so dass der Arbeitsausfall ab dem 1. August 2023 solange nicht anrechenbar war, als die freiwillige Leistung den durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Verdienstaufschlag deckte (Art. 11a Abs. 1 AVIG). Zur konkreten Berechnung dieser Dauer des nicht anrechenbaren Arbeitsausfalls (Art. 10c AVIG) äussert sich der Beschwerdeführer nicht. Es bleibt mangels gegenteiliger Anhaltspunkte dabei, dass die Rahmenfrist für den Leistungsbezug am 8. November 2023 beginnt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

6. Es werden keine Kosten erhoben (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG).

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 Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).
4. Zustellung an:
 - die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (2/R)
 - die Vorinstanz (R)
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 23. April 2024

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: 23. Mai 2024