

Urteilstkopf

147 V 342

38. Auszug aus dem Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 8C\_721/2020 vom 15. Juni 2021

Regeste (de):

Art. 8 Abs. 1 lit. e, Art. 13 Abs. 1 und 3 AVIG; Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV; Beitragszeit vorzeitig Pensionierter.

Die Rechtsprechung zur Beitragszeit bei einer vorzeitigen Pensionierung ist dahingehend zu ändern, dass neben den im Verordnungswortlaut genannten wirtschaftlichen Gründen auch die unverschuldete Entlassung einzubeziehen ist (E. 5.4 und 5.5).

Regeste (fr):

Art. 8 al. 1 let. e, art. 13 al. 1 et 3 LACI; art. 12 al. 2 let. a OACI; période de cotisation des assurés à la retraite anticipée.

La jurisprudence relative à la période de cotisation des assurés mis à la retraite anticipée doit être modifiée en ce sens qu'il faut inclure le licenciement non fautif en sus des raisons d'ordre économique mentionnées dans le texte de l'ordonnance (consid. 5.4 et 5.5).

Regesto (it):

Art. 8 cpv. 1 lett. e, art. 13 cpv. 1 e 3 LADI; art. 12 cpv. 2 lett. a OADI; periodo di contribuzione per le persone pensionate anticipatamente.

La giurisprudenza relativa al periodo di contribuzione di una persona pensionata anticipatamente deve essere modificata nel senso che accanto ai motivi economici previsti dal testo dell'ordinanza deve essere annoverato anche il licenziamento non colpevole (consid. 5.4 e 5.5).

Sachverhalt ab Seite 343

BGE 147 V 342 S. 343

A. A. (geboren 1958) war vom 1. September 1987 bis 31. Juli 2019 als Primarlehrer für eine Privatschule tätig. Mit Schreiben vom 14. August 2018 hatte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis aufgelöst, worauf sich A. zu einer vorzeitigen Pensionierung per 1. August 2019 entschied. Am 19. Juli 2019 meldete er sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) an und beantragte am 26. Juli 2019 Arbeitslosenentschädigung ab dem Folgemonat. Mit Verfügung vom 1. November 2019 lehnte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich diesen Antrag ab, dies mit der Begründung, dass es nach erfolgter vorzeitiger Pensionierung an der Erfüllung der zwölfmonatigen Beitragspflicht fehle. Daran hielt die Kasse mit Einspracheentscheid vom 22. April 2020 fest.

B. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wies die vom Versicherten dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 23. September 2020 ab.

C. A. lässt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten die Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheids sowie die Feststellung beantragen, dass er die Beitragszeit und damit die Anspruchsvoraussetzungen zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung erfülle. Die Arbeitslosenkasse schliesst - unter Verzicht auf eine inhaltliche Stellungnahme - auf Abweisung der Beschwerde. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) lässt sich auf besondere Aufforderung hin vernehmen und beantragt die Beschwerdegutheissung.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Streitig ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie die mit Einspracheentscheid vom 22. April 2020 bestätigte Verneinung der Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. August 2019 schützte. Dabei geht es im Wesentlichen allein darum, ob sich der per 1. August 2019 vorzeitig pensionierte Beschwerdeführer die in der Zeit davor zurückgelegte Beitragszeit anrechnen lassen kann.

3.

3.1 Als eine neben sechs weiteren Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung verlangt Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG (SR 837.0) die Erfüllung der Beitragszeit oder das Vorliegen eines diesbezüglichen Befreiungsgrundes. Gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG hat die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen

BGE 147 V 342 S. 344

Rahmenfrist während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (vgl. zur Rahmenfrist Art. 9 Abs. 2 und 3 AVIG: mit Beginn zwei Jahre vor dem ersten Tag, an dem sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind). Um den ungerechtfertigten gleichzeitigen Bezug von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge und von Arbeitslosenentschädigung zu verhindern, kann der Bundesrat die Anrechnung von Beitragszeiten für diejenigen Personen abweichend regeln, die vor Erreichen des Rentenalters nach Art. 21 Abs. 1 AHVG pensioniert wurden, jedoch weiterhin als Arbeitnehmer tätig sein wollen (Art. 13 Abs. 3 AVIG). In diesem Sinne schreibt der Verordnungsgeber in Art. 12 Abs. 1 AVIV (SR 837.02) 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. Nach Art. 12 Abs. 2 AVIV gilt Abs. 1 nicht, wenn der Versicherte: a. aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge vorzeitig pensioniert wurde und b. einen Anspruch auf Altersleistungen erwirbt, der geringer ist als die Entschädigung, die ihm nach Art. 22 AVIG zustünde.

3.2 Versicherte können auch eine Austrittsleistung beanspruchen, wenn sie die Vorsorgeeinrichtung zwischen dem frühestmöglichen und dem ordentlichen reglementarischen Rentenalter verlassen und die Erwerbstätigkeit weiterführen oder als arbeitslos gemeldet sind (Art. 2 Abs. 1bis FZG [SR 831.42]). Diese seit dem 1. Januar 2010 in Kraft stehende Bestimmung garantiert dem Versicherten, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses ab einem bestimmten Alter nicht automatisch zur vorzeitigen Pensionierung führt, sondern er weiterhin eine Erwerbstätigkeit ausüben oder sich an die Arbeitslosenversicherung wenden kann (vgl. SVR 2014 BVG Nr. 20 S. 71, 8C\_206/ 2013 E. 5). Der von einer Arbeitsvertragsauflösung zwischen dem frühestmöglichen und dem ordentlichen reglementarischen Rentenalter betroffene Arbeitnehmer ist demnach grundsätzlich nicht gezwungen, sich vorzeitig pensionieren zu lassen. Stattdessen kann er die Austrittsleistung beanspruchen, so-

fern er weiterhin erwerbstätig ist oder sich bei der Arbeitslosenversicherung anmeldet (zum Ganzen: Urteil 8C\_366/2020 vom 19. Oktober 2020 E. 5.1).

3.3 Gemäss Art. 18c Abs. 1 AVIG werden Altersleistungen der beruflichen Vorsorge von der Arbeitslosenentschädigung abgezogen.

#### BGE 147 V 342 S. 345

Diese Gesetzesbestimmung hat die Funktion einer koordinationsrechtlichen Überentschädigungsnorm (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 2366 Rz. 331, mit weiteren Hinweisen in Fn. 774). Als Altersleistungen gelten nach Art. 32 AVIV Leistungen der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge, auf die bei Erreichen der reglementarischen Altersgrenze für die vorzeitige Pensionierung ein Anspruch erworben wurde.

4.

4.1 Das kantonale Gericht hat anhand der Akten festgestellt, dass die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis wegen der "Teamdynamik" aufgelöst habe. Ergänzend dazu kann festgehalten werden, dass sich weder dem Kündigungsschreiben vom 14. August 2018 mit Wirkung per 31. Juli 2019 noch einer gleichentags von beiden Parteien unterzeichneten Vereinbarung betreffend Kündigungsfolgen Angaben zu den Gründen entnehmen lassen. Letztere sieht die sofortige Freistellung, bei gleichzeitiger Lohnzahlung, sowie zur gütlichen Einigung eine pauschale Entschädigung (gemäss Art. 336 OR, aber ohne Anerkennung einer Rechtspflicht) von Fr. 45'000.- zugunsten des Beschwerdeführers vor. Nach Würdigung der Beweislage und der Vorbringen des Beschwerdeführers ist die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen auszugehen und damit der erste Halbsatz von Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV nicht erfüllt sei. Der Beschwerdeführer erwähne selber, dass im Februar 2018 Vorwürfe gegen ihn laut geworden seien und danach zwei Treffen mit einem Mediator stattgefunden hätten. Demnach habe es offensichtlich Unstimmigkeiten am Arbeitsplatz gegeben, die möglicherweise zur Entlassung geführt hätten. Eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen werde weder durch die Nichteinhaltung schulinterner Verfahren nachgewiesen noch durch die allfällige Verletzung der Fürsorgepflicht seitens der Arbeitgeberin, doch hätte dies oder jenes die Missbräuchlichkeit der Kündigung begründen können. Damit sei auch aus der entsprechenden Entschädigung nicht auf eine wirtschaftlich bedingte Entlassung zu schliessen. Ebenso wenig lasse sich derlei mit den Stellungnahmen ehemaliger Arbeitskollegen nachweisen, die bloss belegten, dass sie die Zusammenarbeit mit dem Beschwerdeführer geschätzt hätten, und das ihm wohl vorgeworfene Verhalten nicht bestätigen könnten. Aus einem anderen Schreiben folge zudem, dass es im Lehrerteam zu Auseinandersetzungen gekommen

#### BGE 147 V 342 S. 346

sei. Unstimmigkeiten am Arbeitsplatz seien demnach von der Arbeitgeberin, dem Beschwerdeführer selbst und einer weiteren Lehrperson bestätigt worden. Es möge zutreffen, dass die Schülerzahlen zurückgegangen seien und der Beschwerdeführer zu den teuersten Lehrpersonen gezählt habe. Die Arbeitgeberin habe denn auch beim Weggang einer anderen Lehrperson ausdrücklich von einer notwendigen Umstrukturierung gesprochen und die Lehrerschaft darüber informiert. Weshalb sie dies beim Beschwerdeführer gegebenenfalls nicht auch hätte tun sollen, vermöge er nicht zu erklären.

4.2 Der Beschwerdeführer zeigt nicht begründet auf, dass diesen Tatsachenfeststellungen wegen offensichtlicher Unrichtigkeit oder sonstiger Bundesrechtswidrigkeit die Verbindlichkeit abzusprechen wäre. Seine Kritik erschöpft sich im Wesentlichen in einer Darlegung der eigenen Sichtweise, was dem Nachweis rechtsprechungsgemäss nicht genügt, dass die Vorinstanz bei ihrer Beweiswürdigung geradezu in Willkür verfallen wäre oder eine Gehörsverletzung begangen hätte (vgl. nicht publ. E. 1.2). Die in der Beschwerde wiederum angeführten Gründe hat das kantonale Gericht in seine Beurteilung miteinbezogen und dabei in sachlich haltbarer Weise gewürdigt. Dass es dabei wesentliche Elemente übergangen hätte, wird nicht dargetan. Namentlich liess sich die Vorinstanz - wie gezeigt - nicht nur von den Angaben der Arbeitgeberin, sondern auch von denjenigen des Beschwerdeführers leiten, der seinerseits im Übrigen auch nie eine schriftliche Begründung der Kündigung (vgl. Art. 335 Abs. 2 OR) verlangt zu haben schien. Davon abgesehen leuchtet auch nicht ein, weshalb die Arbeitgeberin im Fall des Beschwerdeführers allfällige wirtschaftliche Motive der Entlassung hätte verbergen sollen, nachdem sie dies in anderen Fällen auch nicht getan hatte. Denn selbst wenn auch die hier streitbetreffende Entlassung wirtschaftlich bedingt gewesen und darin eine Verletzung der Fürsorgepflicht zu erblicken wäre, hätte dies die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht ungeschehen gemacht (vgl. etwa Urteil 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2.2). Ebenso wenig hätte sich daraus notwendigerweise eine höhere Entschädigungsleistung ergeben als die am 14. August 2018 vereinbarte.

5.

5.1 Nachdem das kantonale Gericht zum Schluss gelangt war, dass die Entlassung des Beschwerdeführers nicht durch wirtschaftliche Gründe bedingt war, erkannte es weiter, dass seine vorzeitige

BGE 147 V 342 S. 347

Pensionierung auch nicht aufgrund zwingender Regelung im Rahmen der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV erfolgte. Vielmehr habe er freiwillig von der ihm eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Ausrichtung einer Altersleistung und damit die vorzeitige Pensionierung zu verlangen.

5.2 Der Beschwerdeführer bestreitet dies nicht, doch wendet er sich in verschiedener Hinsicht gegen die bisherige Rechtsprechung. So macht er für den Fall der Bestätigung des fehlenden Nachweises einer wirtschaftlich bedingten Entlassung geltend, dass nach neuerer Rechtsprechung die Berufung auf Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV auch aus anderen Gründen zugelassen werde. Zudem relativiert er die vorinstanzlich angeführte Freiwilligkeit. Dabei wendet er sich nicht gegen die betreffenden Feststellungen zum Sachverhalt, sondern er macht im Wesentlichen geltend, keine wirklich freie Wahl gehabt zu haben.

5.3 Soweit sich der Beschwerdeführer auf die nicht publizierte E. 4.2.2 von BGE 144 V 42 (Urteil 8C\_465/2017 vom 12. Januar 2018) beruft, dringt er damit nicht durch. Wie bereits die Vorinstanz erkannt hat und er im Übrigen selber einräumt, wurde in jenem Urteil gerade offengelassen, ob die Rechtsprechung im dargelegten Sinn zu ändern wäre. Ob nunmehr Anlass zu einer solchen Änderung besteht, bleibt nachstehend zu prüfen.

5.4 Bevor auf die dafür angeführten Gründe einzugehen ist, werden zum besseren Verständnis die Entwicklung und der wesentliche Gehalt der bisherigen Rechtsprechung im Einzelnen dargestellt:

5.4.1 Demgemäss bezweckt Art. 12 AVIV, Personen in einem festen Anstellungsverhältnis davon abzuhalten, ihr Arbeitsverhältnis zu kündigen, um dadurch neben der Altersleistung der beruflichen Vorsorge auch noch Arbeitslosenentschädigung zu erlangen (vgl. auch NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2331 Rz. 225). Ein solches Vor-

haben soll nicht schlechthin verunmöglicht (vgl. bereits BGE 123 V 142 E. 4b), aber doch dadurch erschwert werden, dass die bisherige Beitragszeit nicht angerechnet wird, sondern die Beitragszeit nach der Pensionierung neu zu laufen beginnt. Der gleichzeitige Bezug von Altersleistungen soll daher nur solchen Personen offenstehen, die vermittlungsfähig, das heisst wirklich bereit und auch in der Lage sind, zumutbare Arbeit anzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG). Dass die Verordnung darauf abzielen und den gleichzeitigen

#### BGE 147 V 342 S. 348

Leistungsbezug ohne Nachweis der Vermittlungsfähigkeit und -willigkeit verhindern soll, findet sich bereits in der bundesrätlichen Botschaft zum Gesetzesentwurf vorgezeichnet (BGE 126 V 393 E. 3b/bb mit Hinweis auf die Botschaft vom 2. Juli 1980 zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung, BBl 1980 III 563; vgl. zum Gesetzeszweck ferner BGE 144 V 42 E. 3.2; BGE 129 V 327 E. 4.3; je mit weiteren Hinweisen).

5.4.2 Unter Bezugnahme auf THOMAS NUSSBAUMER (a.a.O., S. 2332 Rz. 227; 1. Aufl. 1998, Rz. 191) legte die Rechtsprechung fortan das Augenmerk auf das in Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV angesprochene Moment der Freiwilligkeit (vgl. BGE 126 V 39 3 E. 3a). Abs. 2 von Art. 12 AVIV soll als Ausnahmetatbestand von dessen Abs. 1 mit kumulativen Voraussetzungen gemäss lit. a und b (BGE 123 V 146 E. 4b) Personen erfassen, die an ihrer Arbeitsstelle bleiben möchten, dies aber nicht tun können, weil sie aus wirtschaftlichen Gründen entlassen werden oder weil sie vor dem AHV-Rentalter die ordentliche reglementarische Altersgrenze erreichen und daher ausscheiden müssen. Nicht die Ausnahmebestimmung von Abs. 2 - die in aller Regel unmittelbar zum Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung führt -, sondern die Regel von Abs. 1 des Art. 12 AVIV kommt dagegen zum Zug, wenn die versicherte Person ihr Arbeitsverhältnis selbst auflöst und damit aus der Vorsorgeeinrichtung ausscheidet. Derlei fällt nicht unter den Tatbestand der vorzeitigen Pensionierung aufgrund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge gemäss Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV. Ebenso wenig werden ganz allgemein Personen davon erfasst, deren Arbeitsverhältnis seitens der Arbeitgeberschaft weder aus wirtschaftlichen Gründen noch aufgrund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge gekündigt wird. Zum einen fallen sie nicht unter die Ausnahmeregelung gemäss Abs. 2; zum andern können solche Kündigungen erfahrungsgemäss auch provoziert werden (BGE BGE 126 V 393 E. 3b/bb).

5.4.3 In diesem Sinne schliesst die seit nunmehr rund 20 Jahren gefestigte Rechtsprechung ausnahmslos jene Versicherten vom Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 2 AVIV aus, die das Arbeitsverhältnis von sich aus auflösen (vgl. BGE 129 V 327 E. 3.1). Dazu werden auch diejenigen Fälle gezählt, in denen das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvereinbarung ("im gegenseitigen Einvernehmen") beendet wird. Der so gegebenen Freiwilligkeit tut keinen

#### BGE 147 V 342 S. 349

Abbruch, dass die Vereinbarung unter einem gewissen Druck zustande gekommen sein mochte und ob das Verhalten der versicherten Person bei Nichtunterzeichnung der Vereinbarung zur Kündigung durch den Arbeitgeber geführt hätte. Dessen ungeachtet wurde in solchen Fällen die Anwendbarkeit von Art. 12 Abs. 2 AVIV selbst dort verworfen, wo die reglementarischen Bestimmungen der beteiligten Vorsorgeeinrichtung ihrerseits keine Wahl mehr belassen (vgl. dazu BGE 129 V 381 ; BGE 120 V 306 sowie E. 3.2 oben), sondern einzig und allein der Bezug einer Altersleistung möglich blieb (vgl. Urteile 8C\_708/2008 vom 5. März 2009 E. 3.1

und 3.3; 8C\_525/2012 vom 16. November 2012 E. 3.3).

5.4.4 Andererseits wird ebenfalls rechtsprechungsgemäss in jenen Fällen eine nicht unter Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV fallende freiwillige vorzeitige Pensionierung bejaht, wenn gegenüber der Vorsorgeeinrichtung wahlweise statt der Alters- auch eine Austrittsleistung verlangt werden könnte, sich die versicherte Person aber für erstere entscheidet. Dazu pflegt die Rechtsprechung anzumerken, dass nicht die Freiwilligkeit des Stellenverlusts, sondern diejenige der vorzeitigen Pensionierung - das heisst des Bezugs der berufsvorsorgerechtlichen Altersleistung - massgebend ist (Urteile 8C\_839/2009 vom 19. Februar 2010 E. 3.4; 8C\_366/2020 vom 19. Oktober 2020 E. 5.2, u.a. mit Hinweis auf BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 70; ebenso BGE 144 V 42 E. 3.2 sowie bereits BGE 129 V 327 E. 3.1). Dementsprechend kann in solchen Fällen die Frage offenbleiben, ob die versicherte Person ein Verschulden an der Entlassung trifft (Urteil 8C\_366/ 2020 vom 19. Oktober 2020 E. 5.3).

## 5.5

5.5.1 Die Änderung einer Rechtsprechung muss sich auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung für zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis des Gesetzeszwecks, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht ( BGE 146 I 105 E. 5.2.2; BGE 145 V 50 E. 4.3.1; BGE 141 II 297 E. 5.5.1; BGE 140 V 538 E. 4.5 mit Hinweisen).

5.5.2 Dass das Bundesgericht in der nicht publizierten E. 4.2.1 des BGE 144 V 42 die Frage einer Rechtsprechungsänderung immerhin

BGE 147 V 342 S. 350

aufwarf, war im Umstand angelegt, dass sowohl in der Verwaltungspraxis als auch im Schrifttum als massgebliches Kriterium für die Anwendbarkeit von Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV neben den wirtschaftlichen Gründen alternativ die Entlassung aus anderen unverschuldeten Gründen genannt wird (vgl. BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, N. 34 zu Art. 13 AVIG).

5.5.2.1 In diesem Sinne lautet die Weisung der SECO AVIG-Praxis ALE Rz. B177 in der seit Oktober 2012 geltenden Fassung wörtlich wie folgt: Entscheidende Kriterien für die Anwendung dieser Beitragszeitregelung sind die Unfreiwilligkeit des vorzeitigen Altersrücktrittes und der damit verbundene Bezug von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge. Unfreiwilligkeit ist immer dann anzunehmen, wenn die versicherte Person an ihrer Arbeitsstelle bleiben möchte, dies aber nicht tun kann, weil sie aus wirtschaftlichen oder aus anderen unverschuldeten Gründen entlassen wurde und eine Altersleistung der beruflichen Vorsorge bezieht. Und unter ALE Rz. B178 heisst es:

Löst der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen 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. Ebenfalls von einer unfreiwilligen vorzeitigen Pensionierung ist auszugehen, wenn die versicherte Person im Laufe der Rahmenfrist für den Leistungsbezug die Ausrichtung einer Altersleistung verlangt.

5.5.2.2 Verwaltungsweisungen wie die SECO AVIG-Praxis richten sich grundsätzlich nur an die Durchführungsstellen und sind für die Gerichte nicht verbindlich. Indessen werden sie von diesen berücksichtigt, indem sie insbesondere dann nicht ohne triftigen Grund davon abweichen, wenn die Weisungen eine dem Einzelfall an-

gepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen und eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben enthalten. Dadurch wird dem Bestreben der Verwaltung Rechnung getragen, mittels interner Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten (vgl. BGE 140 V 543 E. 3.2.2.1; BGE 138 V 346 E. 6.2; BGE 137 V 1 E. 5.2.3; Urteil 9C\_174/2020 vom 2. November 2020 E. 7.3.2; je mit Hinweisen).

### 5.5.3

5.5.3.1 Vorab ist festzuhalten, dass sich mit der auf den 1. Januar 2010 in Kraft getretenen Novelle des Art. 2 Abs. 1bis FZG (vgl. E. 3.2

BGE 147 V 342 S. 351

oben) die Situation für die Versicherten in dem Sinne entschärft hat, als ihnen seither auch nach Erreichen des frühestmöglichen reglementarischen Rentenalters die Wahl offensteht zwischen dem Bezug der Austritts- oder jenem der Altersleistung. So gesehen hat es die versicherte Person grundsätzlich in der Hand, ob sie mit der letzteren die vorzeitige Pensionierung ("freiwillig") herbeiführen oder statt dessen die Austrittsleistung wählen will und diesfalls von Art. 12 Abs. 1 AVIV gar nicht erst erfasst wird. Eine solche Wahlmöglichkeit hatte es nach der zuvor geltenden Gesetzeslage rechtsprechungsgemäss gerade nicht gegeben, dies ungeachtet der Absicht der Versicherten, anderweitig erwerbstätig zu sein (vgl. BGE 120 V 306 sowie - bezüglich FZG - BGE 129 V 381 ). Dies wirkte sich in ALV-rechtlicher Hinsicht insbesondere für diejenigen Versicherten nachteilig aus, die gegen ihren Willen entlassen und damit vorzeitig pensioniert wurden, ohne dass dies aus wirtschaftlichen oder aus zwingenden vorsorgerechtlichen Gründen erfolgt wäre. Denn es führte dazu, dass sie alternativlos direkt unter Art. 12 Abs. 1 AVIV fielen, obwohl ihre vorzeitige Pensionierung genauso unfreiwillig war wie diejenige der von Abs. 2 lit. a erfassten Versicherten. Damit wurden sie, und dies ohne jede Wahl hinsichtlich Bestandes des Arbeitsverhältnisses oder vorzeitiger Pensionierung, genau gleich behandelt wie diejenigen, die ihre vorzeitige Pensionierung insofern freiwillig wählten, als sie von sich aus gekündigt oder in die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses eingewilligt hatten. Die bisherige Rechtsprechung brachte dies mit der Formel zum Ausdruck, dass nicht jede Kündigung, die ohne Wahlmöglichkeit der versicherten Person die vorzeitige Pensionierung auslöse, unter Art. 12 Abs. 2 AVIV falle (Urteil 8C\_708/2008 vom 5. März 2009 E. 3.3; bereits BGE 126 V 393 E. 3b/bb und nunmehr BGE 144 V 42 E. 3.2 sowie Urteil 8C\_59/2018 vom 19. Juli 2018 E. 5.2.3).

5.5.3.2 Anders liegt der Fall des Beschwerdeführers: Für ihn gab es diese Wahlmöglichkeit, womit er nicht unter die zuletzt genannte Kategorie fällt. Denn analog zur Sachlage, wie sie dem in BGE 144 V 42 auszugsweise veröffentlichten Urteil 8C\_465/2017 vom 12. Januar 2018 zugrunde lag (vgl. E. 4.2.2, in: SVR 2018 ALV Nr. 1 S. 1), hat er sich laut bereits erwähnter und verbindlicher vorinstanzlicher Feststellung nicht für die Austritts-, sondern für den Bezug der Altersleistung, mithin zumindest im rechtlichen Sinne eben "freiwillig" für die vorzeitige Pensionierung entschieden. Insofern

BGE 147 V 342 S. 352

hat die Vorinstanz nicht nur den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers nicht verletzt, indem sie von Weiterungen absah, sondern ihr Entscheid lag durchaus auch inhaltlich im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung.

5.5.4 Der Beschwerdeführer will seinen Fall dennoch nach Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV behandelt haben, indem er von einem erweiterten Verständnis der Unfreiwilligkeit ausgeht, das allgemein jede unverschuldete Entlassung einbezieht.

5.5.4.1 Ausgangspunkt der Gesetzesauslegung ist der Wortlaut der Bestimmung (grammatikalisches Element). Ist er klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich, darf vom Wortlaut nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am "wahren Sinn" der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisch), ihr Zweck (teleologisch) oder der Zusammenhang mit andern Vorschriften (systematisch) geben, so namentlich, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann ( BGE 145 V 57 E. 9.1; BGE 142 V 402 E. 4.1 mit Hinweis; Urteil 9C\_241/2019 vom 3. Juli 2019 E. 5.2).

5.5.4.2 Soweit sich der Beschwerdeführer am Verordnungswortlaut orientiert und der Rechtsprechung vorwirft, Entlassungs- und Pensionierungsgrund miteinander zu vermischen, vermag er daraus nichts für sich abzuleiten. Wohl trifft es zu, dass nach vereinzelt bundesgerichtlichen Urteilen die Anwendung von Art. 12 Abs. 2 AVIV auf "wirtschaftliche Kündigungsgründe" sowie auf zwingenden berufsvorsorgerechtliche Regelungen beschränkt sei (vgl. insbesondere die Urteile 8C\_839/2009 vom 19. Februar 2010 E. 3.4 sowie 8C\_525/2012 vom 16. November 2012 E. 3.3), was sich insofern nicht vollständig mit dem Verordnungswortlaut deckt, als sich nach diesem die wirtschaftlichen Gründe nicht auf die Kündigung oder Entlassung, sondern auf die vorzeitige Pensionierung beziehen. Diese Inkongruenz erklärt sich jedoch durch die Sache selbst. Denn Arbeits- und Vorsorgeverhältnis sind, obwohl nicht identisch und keinesfalls gleichzusetzen, aufs engste miteinander verknüpft, indem letzteres (unter anderem) mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses beendet wird (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. b BVG [SR 831.40]; BGE 120 V 15 E. 2a; analog für die weitergehende Vorsorge vgl. BGE 115 V 27 E. 5; vgl. allgemein JÜRGEN BRECHBÜHL, in: BVG und FZG, 2010, N. 8, 10, 16 zu Art. 10 BVG). Und wenn die Auflösung des

BGE 147 V 342 S. 353

Vorsorgeverhältnisses, vorbehaltlich der hier nicht interessierenden Fälle nach Art. 10 Abs. 2 lit. a, c und d BVG, durch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses bewirkt wird, gelangen die Umstände der letzteren zwangsläufig in den Blick, wie sich im Übrigen auch in der einschlägigen Verwaltungspraxis zeigt (vgl. E. 5.5.2.1 sowie hernach: "... weil sie aus wirtschaftlichen oder aus anderen unverschuldeten Gründen entlassen wurden"). Soweit dabei bezüglich Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV vereinzelt und mitunter verkürzend von "wirtschaftlichen Kündigungsgründen" oder (auch hier) von "Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen" die Rede ist, findet damit bezogen auf den Verordnungstext weder eine ausweitende noch eine einschränkende Lesart statt.

5.5.4.3 Zum andern hält der Beschwerdeführer dafür, es gehe zu weit, im Rahmen von Art. 12 Abs. 2 AVIV einzig Arbeitgeberkündigungen aus "wirtschaftlichen Gründen" zu berücksichtigen. Es gebe keine Rechtfertigung, diese gegenüber anderen Kündigungen seitens des Arbeitgebers zu privilegieren. Insofern liege - sofern die Rechtsprechung weitergeführt werde - eine willkürliche und rechtsungleiche Behandlung vor. Der Beschwerdeführer vermag sich - wie gezeigt - für seine Sicht, die auf eine erweiterte Anwendbarkeit von Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV abzielt, immerhin auf die auch von RUBIN befürwortete AVIG-Praxis ALE Rz. B177 zu stützen, die laut Stellungnahme des SECO seit sicherlich mindestens zehn Jahren im Wortlaut unverändert gelte. Indem sie Unfreiwilligkeit der vorzeitigen Pensionierung und damit die Anwendbarkeit von Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV stets dann annimmt, wenn die versicherte Person an ihrer Arbeitsstelle bleiben möchte, dies aber nicht tun kann, weil sie aus wirtschaftlichen "oder aus anderen unverschuldeten Gründen" entlassen wurde und

eine Altersleistung der beruflichen Vorsorge bezieht, stösst sie freilich in grammatikalischer Hinsicht an ihre Grenzen. Denn nebst den zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge führt Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV in allen Amtssprachen unmissverständlich allein die wirtschaftlichen Gründe ("... des raisons d'ordre économique..."; "... per motivi economici...") an. Und genau diesem Ordnungswortlaut hat die bisherige Rechtsprechung entscheidende Bedeutung beigemessen (vgl. bereits BGE 126 V 393 E. 3b/bb; noch expliziter: BGE 144 V 42 E. 3.2; Urteile 8C\_708/2008 vom 5. März 2009 E. 3.3 sowie 8C\_839/2009 vom 19. Februar 2010 E. 3.4).

BGE 147 V 342 S. 354

5.5.5 Eine neuerliche vertiefte Prüfung ergibt indessen, dass daran nicht weiterhin festzuhalten ist.

5.5.5.1 Der Umstand, dass die Aufsichtsbehörde selbst eine Praxis befürwortet, die über den aktuellen Ordnungswortlaut hinausgeht, zeigt zunächst, dass aus Sicht der praktischen Durchführbarkeit keine namhaften Hindernisse zu bestehen scheinen. Zwar trifft es zu, dass die in Abs. 2 lit. a von Art. 12 AVIV explizit genannten Gründe objektiver Art sind, die mithin von der betroffenen Person unabhängig bestehen, wie dies etwa bei wirtschaftlichen Gründen in Gestalt von Absatzschwierigkeiten, Strukturveränderungen, Rationalisierungsmassnahmen oder Fusionen und dergleichen der Fall ist (vgl. GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], Bd. I [Art. 1-58], 1988, N. 38 zu Art. 13 AVIG). Demgegenüber gelangt mit der von der Verwaltungspraxis als massgeblich erachteten "Entlassung aus (anderen) unverschuldeten Gründen" (vgl. E. 5.5.2.1 und 5.5.4.3) im Vergleich zur bisherigen wortlautgetreuen Auslegung eine subjektive Komponente ins Spiel (vgl. BGE 129 V 327 E. 4.6; Urteil 8C\_839/2009 vom 19. Februar 2010 E. 3.4). Die Abklärung solcher subjektiver Verhältnisse, namentlich auch von Verschuldensaspekten mögen fallweise entsprechenden Aufwand nach sich ziehen. Dies wird von der Aufsichtsbehörde jedoch nicht als Hindernisgrund betrachtet und ist im Übrigen dem AVIG auch in anderem Zusammenhang (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. a und g; Art. 41 Abs. 5; Art. 71b Abs. 1 lit. a) keineswegs fremd.

5.5.5.2 Was die Rückkoppelung an das höherrangige Gesetz angeht (Art. 13 Abs. 3 AVIG), das den Doppelbezug von Arbeitslosenentschädigung und Altersleistungen der beruflichen Vorsorge ohne Nachweis der Vermittlungsfähigkeit und -bereitschaft verhindern soll ( BGE 126 V 393 E. 3b/bb), wird eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 12 Abs. 2 AVIV im hier diskutierten Sinn zu einer Zunahme der Zahl solcher Doppelbezüge führen. Das geht indessen nicht unweigerlich mit mehr ungeRechtfertigten Doppelbezügen und damit nicht zwingend mit einer Gefährdung des Gesetzeszwecks einher. Zum einen versteht sich von selbst, dass die Versicherten auch in solchen Konstellationen ihre Vermittlungsfähigkeit und -bereitschaft (Art. 15 f. AVIG) mit entsprechenden Bemühungen im Rahmen der Kontrollvorschriften zu belegen haben werden (Art. 17 AVIG). Zum andern lässt sich dem auch begegnen, indem die Grenze auf Stufe Verordnungsrecht

BGE 147 V 342 S. 355

sachgerecht gezogen wird. Diesbezüglich fällt auf, dass der hier in erster Linie interessierende Verordnungszweck rechtsprechungsgemäss darin bestehen soll, die Versicherten von einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses abzuhalten ( BGE 126 V 393 E. 3b/bb; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2331 Rz. 225). Jedenfalls eine solche Zielsetzung wird durch eine Ausweitung des Anwendungsbereichs gemäss Verwaltungspraxis von vornherein nicht gefährdet. Denn eine Person, die das Arbeitsverhältnis ihrerseits auflöst (oder in dessen Aufhebung im

Rahmen einer gegenseitigen Übereinkunft einwilligt), soll fraglos weiterhin nicht unter Art. 12 Abs. 2 AVIV fallen (vgl. AVIG-Praxis ALE Rz. B174).

5.5.5.3 Auf der anderen Seite hat die bisherige Rechtsprechung wenigstens sinngemäss zum Ausdruck gebracht, dass der Normzweck im Wortlaut nur unzulänglich oder unvollständig abgebildet wird. Denn anders lässt sich nicht begründen, weshalb in diesem Zusammenhang seit BGE 126 V 393 E. 3a immer wieder der Aspekt der (Un-)Freiwilligkeit herausgestrichen wurde. Diese gelangt grammatikalisch zwar zum Ausdruck, jedoch wird von einem Fächer möglicher Gründe nur ein sehr beschränkter Ausschnitt erfasst. Dabei lässt sich in der Tat nicht ersehen, weshalb bei einer Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen die vor der vorzeitigen Pensionierung zurückgelegte Beitragszeit anrechenbar sein soll, nicht aber bei einer anderweitig begründeten Entlassung, die genauso unfreiwillig erfolgt. Solche Entlassungen können zwar erfahrungsgemäss auch provoziert werden (vgl. BGE 126 V 393 E. 3b/bb), doch lässt sich dem in den überwiegenden Fällen begegnen, indem die verschuldeten Entlassungen vom Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 2 AVIV ausgenommen werden.

5.5.5.4 Mit der bereits angetönten (Un-)Gleichbehandlung gelangt auch der Verfassungsbezug zur Sprache: Der Beschwerdeführer verweist zu Recht darauf, dass das Eidgenössische Versicherungsgericht bei der seinerzeitigen Prüfung der Gesetz- und Verfassungsmässigkeit von Art. 12 AVIV der Frage nicht nachgegangen war, ob die Privilegierung wirtschaftlicher Entlassungsgründe im Vergleich zu Entlassungen aus anderen Gründen vor dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) und dem Willkürverbot (Art. 9 BV) standhält.

5.5.5.4.1 Hingegen hat es dies bezogen auf das für die Anwendung von Abs. 1 des Art. 12 AVIV massgebende Kriterium der Freiwilligkeit der Pensionierung bejaht, und zwar für den Fall, wo sich

BGE 147 V 342 S. 356

diese durch die Wahl einer Alters-, statt einer Austrittsleistung manifestierte ( BGE 129 V 327 E. 4.6). Dabei strich es heraus, dass beiden unter Abs. 2 von Art. 12 AVIV fallenden Personengruppen die vorzeitige Pensionierung aufgrund objektiver Umstände erfolge, ohne dass der betroffenen Person eine Alternative offenstehe, was auf eine versicherte Person nicht zutreffe, die die Wahl habe zwischen Austritts- und Altersleistung. Diese Gegenüberstellung ergibt heute aufgrund von Art. 2 Abs. 1bis FZG keinen Sinn mehr (vgl. E. 3.2 und 5.5.3.1). Denn auch einer aus wirtschaftlichen Gründen entlassenen versicherten Person steht diese Möglichkeit einer Wahl zwischen Alters- und Austrittsleistung genau so offen, ohne dass dies bei einer wortlautgetreuen Auslegung zur Nichtanwendbarkeit von Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV führen würde. Die Verwaltungspraxis spricht denn auch in diesem Zusammenhang - und dies explizit trotz erfolgter Wahl einer Altersleistung - ohne Weiteres von einer unfreiwilligen vorzeitigen Pensionierung; Gleiches tut sie, wenn diese Wahl erst im Lauf der Rahmenfrist für den Leistungsbezug erfolgt (E. 5.5.2.1 bzw. AVIG-Praxis ALE Rz. B178).

5.5.5.4.2 Die dem Wortlaut verhaftete Anwendung von Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV führt in der Tat zu einer Privilegierung des aus wirtschaftlichen Gründen Entlassenen bzw. vorzeitig Pensionierten. Eine solche Privilegierung lag auch in der Vergangenheit vor. Doch nunmehr lässt sie sich bei diesfalls gegebener Wahlmöglichkeit von vornherein nicht mehr mit den in BGE 129 V 327 E. 4.6 S. 334 angestellten Überlegungen rechtfertigen, wonach die Wahl einer Altersleistung immerhin ein Indiz für die Absicht darstelle, sich aus dem Erwerbsleben zurückzuziehen. Dass eine andere Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung anzuführen wäre, lässt sich nicht ersehen.

5.5.6 Bleibt die Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen trotz getroffener Wahl der Altersleistung, nicht nur nach der Verwaltungspraxis (vgl. E. 5.5.2.1 und 5.5.5.4 bzw. AVIG-Praxis ALE Rz. B178, sondern auch nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV, eine unfreiwillige, und lässt sich nichts Anderes ersehen, was

diese Privilegierung der wirtschaftlich bedingten Entlassung zu rechtfertigen vermöchte, ist dem mit einer entsprechenden Auslegung von Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV Rechnung zu tragen. Insofern ist es richtig und bundesrechtlich zulässig, diese Bestimmung gemäss der auch vom Bundesgericht nicht einfach zu übergehenden Verwaltungspraxis über den Wortlaut hinaus auf vorzeitige Pensionierungen zufolge unverschuldeter Entlassung auszudehnen.

BGE 147 V 342 S. 357

5.5.7 Eine solche Sicht scheint im Übrigen auch aus einem weiteren Grund angezeigt: Beschwerdeweise sowie in der Stellungnahme des SECO wird der mittlerweile empirisch erhobene Umstand erwähnt, dass gerade ältere Arbeitnehmer von der Arbeitslosigkeit insofern stärker betroffen sind, als es ihnen schwerer fällt, nach einem Stellenverlust adäquaten Ersatz zu finden (vgl. etwa den Bericht des SECO "Ältere Arbeitslose [50+]" vom 30. Juli 2019, abrufbar über [www.seco.admin.ch/seco](http://www.seco.admin.ch/seco) [besucht am 22. April 2021]). Besonderer Schutzbedarf älterer Arbeitsloser kann sodann auch deshalb als gemeinhin anerkannt gelten, da er unlängst im Bundesgesetz vom 19. Juni 2020 über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG) seinen Niederschlag gefunden hat (vgl. BBl 2020 5519). Auch vor diesem Hintergrund bestehen gute Gründe für eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung. In diesem Sinn kann wegen veränderter äusserer Verhältnisse und besserer Erkenntnis des Gesetzeszwecks an der bisherigen Rechtsprechung nicht weiter festgehalten werden.

6.

6.1 Im vorliegenden Fall ist - wie oben gezeigt (vgl. E. 4) - der Nachweis nicht erbracht, dass der Beschwerdeführer aus wirtschaftlichen Gründen entlassen und vorzeitig pensioniert worden wäre. Da nach dem Gesagten der Umstand keine Rolle mehr spielen soll, dass er sich in der Folge für den Bezug einer vorsorgerechtlichen Altersleistung entschied, fragt sich mit Blick auf AVIG-Praxis ALE Rz. B177 und die in deren Sinn nunmehr geänderte Rechtsprechung, ob ihn ein Verschulden an seiner Entlassung trifft. In dieser Hinsicht verweist das SECO vernehmlassend zu Recht darauf, dass es diesbezüglich gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) vom 21. Juni 1988 über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit (SR 0.822.726.8; für die Schweiz in Kraft seit dem 17. Oktober 1991; AS 1991 1914) des Nachweises von Eventualvorsatz bedarf (vgl. in diesem Sinne, wenn auch in anderem Kontext: Urteil 8C\_796/2019 vom 27. März 2020 E. 3.2 mit Hinweisen). Ein solcher ist anzunehmen, wenn die versicherte Person vorhersehen kann oder damit rechnen muss, dass ihr Verhalten zu einer Kündigung durch den Arbeitgeber führt, und dies in Kauf nimmt (ARV 2012 S. 294, 8C\_872/2011 E. 4.1; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2515 Rz. 837; zit. Urteil 8C\_796/2019 sowie Urteil 8C\_99/2017 vom 22. Juni 2017 E. 3).

BGE 147 V 342 S. 358

6.2 Aufgrund der vorinstanzlichen Feststellungen war die "Teamdynamik" ausschlaggebend für die Entlassung des Beschwerdeführers (vgl. E. 4.1 oben). Obwohl es in diesem Zusammenhang Vorwürfe gegen ihn gegeben haben mag, ist aufgrund der erhobenen Umstände - nicht zuletzt mit Blick auf die zuerkannte Entschädigungszahlung - nicht erstellt, dass der Beschwerdeführer mit seinem eigenen Verhalten eine Kündigung durch die Arbeitgeberin veranlasst und in Kauf genommen hätte. Selbst mit zusätzlichen Abklärungen wäre hier ein solcher Nachweis nicht zu erbringen, weshalb von Weiterungen abzusehen ist.

6.3 Somit fällt im vorliegenden Fall die Anwendung von Art. 12 Abs. 1 AVIV ausser Betracht, womit der Beschwerdeführer das Erfordernis der zwölfmonatigen Beitragszeit (Art. 8 Abs. 1 lit. e und Art. 13 Abs. 1 AVIG) erfüllt. Für die Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen und die Bemessung einer allfälligen

Arbeitslosenentschädigung ist die Sache in teilweiser Gutheissung der Beschwerde an die Verwaltung zurückzuweisen.