

[AZA 7]  
C 4/02 Ge

III. Kammer

Präsident Borella, Bundesrichter Meyer und Lustenberger;  
Gerichtsschreiber Fessler

Urteil vom 15. April 2002

in Sachen

A. \_\_\_\_\_, Beschwerdeführer,

gegen

Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, Ausstellungsstrasse 36, 8005 Zürich,  
Beschwerdegegnerin,

und

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- Der 1944 geborene A. \_\_\_\_\_ bezog in einer ersten Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 1. April 1998 bis

31. März 2000 Arbeitslosenentschädigung auf der Grundlage eines versicherten Verdienstes von Fr. 5149.-. Die ab Januar 1999 u.a. als Telefon-Interviewer erzielten Einkünfte wurden als Zwischenverdienst angerechnet.

Im März 2000 ersuchte A. \_\_\_\_\_ um Arbeitslosenentschädigung ab 1. April 2000. Mit Verfügung vom 29. Juni 2000 setzte die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI den versicherten Verdienst für die zweite Rahmenfrist neu auf Fr. 1884.- fest. Bemessungsgrundlage bildeten der in den Monaten Oktober 1999 bis März 2000 erzielte Zwischenverdienst (Fr. 3324. 85) sowie die nach den einschlägigen Verwaltungsweisungen für diesen Zeitraum anrechenbaren Kompensationszahlungen (Fr. 7982.-).

B.- Die von A. \_\_\_\_\_ hiegegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 19. November 2001 ab.

C.- A. \_\_\_\_\_ führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragt, bei der Verdienstberechnung für die ab 1. April 2000 laufende Leistungsrahmenfrist seien auch die ersten zwölf Monate der Beitragsrahmenfrist zu berücksichtigen.

Während die Arbeitslosenkasse sich einer Stellungnahme und eines bestimmten Antrages zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde enthält, verzichtet das Staatssekretariat für Wirtschaft auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Der Beschwerdeführer bestreitet zu Recht nicht, dass die vorinstanzlich bestätigte Berechnung des versicherten Verdienstes für die zweite ab 1. April 2000 laufende Leistungsrahmenfrist gesetzes- und verordnungskonform ist. Es kann insoweit ohne weiteres auf die Darlegungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (zur Auslegung von Art. 23 Abs. 4 AVIG im Besonderen vgl. grundlegend BGE 125 V 480).

2.- Für den Beschwerdeführer ist die geltende Regelung der Verdienstberechnung für eine zweite, unmittelbar an die erste anschliessende Leistungsrahmenfrist ungerecht und unfair, weil sie einen Arbeitslosen finanziell bestrafe, wenn er während der gesamten zweijährigen Rahmenfrist für die Beitragszeit im Zwischenverdienst arbeite, in den letzten Monaten aber unter schlechteren Bedingungen einen geringeren Lohn erziele. Demgegenüber werde ein Arbeitsloser finanziell belohnt, wenn er nach einem Jahr Zwischenverdienst aufhöre, wegen Unzumutbarkeit weiter einer geregelten Arbeit nachzugehen. Dies verstosse sinngemäss gegen das Gebot, dass alle vor dem Gesetze gleich behandelt werden sollen.

3.- a) Die vom Beschwerdeführer gerügte Ungleichbehandlung hat ihre Grundlage in Art. 24 Abs. 4 AVIG. Nach dieser Bestimmung besteht der Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags für Tage, an denen ein Zwischenverdienst erzielt wird (Abs. 2), längstens während der ersten zwölf Monate einer

solchen Beschäftigung; bei Versicherten mit Unterhaltspflichten gegenüber Kindern sowie bei Versicherten, die über 45 Jahre alt sind, besteht er während längstens zwei Jahren. Die je nachdem kürzere oder längere Dauer des Anspruchs auf Kompensationszahlungen bestimmt insofern die Verdienstberechnung für die zweite oder eine weitere Leistungsrahmenfrist, als eine gemessen am letzten versicherten Verdienst lohnmässig unzumutbare Zwischenverdienstarbeit im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG unberücksichtigt bleibt. Diese im Gesetz angelegte Ordnung hat in Art. 37 Abs. 3ter zweiter Satz AVIV und Art. 41a AVIV ihren Niederschlag gefunden. Das kann dazu führen, dass der versicherte Verdienst für die folgende Leistungsrahmenfrist bei Versicherten mit lediglich zwölfmonatiger Dauer des Anspruchs auf Kompensationszahlungen höher ist als bei Versicherten mit zweijähriger Anspruchsdauer, wie der Beschwerdeführer insoweit zu Recht geltend macht. Dies ist bei im Übrigen gleichen Verumständen der Fall, wenn der Verdienst aus der lohnmässig unzumutbaren Arbeit nach Erschöpfung des einjährigen Kompensationszahlungsanspruchs resp. bei Versicherten mit Unterhaltspflichten gegenüber Kindern sowie bei Versicherten, die über 45 Jahre alt sind, der Zwischenverdienst in derselben Zeitspanne tiefer ist als vorher.

b) aa) Ob Art. 24 Abs. 4 AVIG verfassungswidrig ist, insbesondere mit dem Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV resp. Art. 4 Abs. 1 aBV in einer Art und Weise unvereinbar ist, die einer wortlautgetreuen Anwendung entgegenstünde, kann offen bleiben. Sinn und Zweck dieser Vorschrift sind klar. Eine bestimmte Kategorie von Versicherten soll in den Genuss einer längeren Dauer des Anspruchs auf Kompensationszahlungen kommen (Botschaft vom 29. November 1993 zur zweiten Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes [BBl 1994 I 340 ff., insbesondere 359 f.]) und damit vergleichsweise höhere Arbeitslosenentschädigung (Differenzausgleich, Taggelder) beziehen können. An diese klare gesetzgeberische Entscheidung ist der Richter gebunden (Art. 191 BV; BGE 122 V 93 Erw. 5a/aa mit Hinweisen und RKUV 2000 Nr. KV 118 S. 152 Erw. 2a). Fragen liesse sich einzig, ob der Verordnungsgeber den Rahmen seiner Befugnis zur Bestimmung des Bemessungszeitraumes gemäss Art. 23 Abs. 1 letzter Satz AVIG unterschritten hat, indem er in Art. 37 Abs. 3ter AVIV nicht in gleicher Weise differenziert hat, wie es Art. 24 Abs. 4 AVIG tut. Immerhin ergibt sich insofern aus der dargelegten gesetzlichen Ordnung als einzige Schranke, dass lediglich Zeiten mit

Kompensationszahlungsanspruch berücksichtigt werden. Die vom Bundesrat getroffene Regelung lässt sich indessen im Rahmen der dem Eidgenössischen Versicherungsgericht zustehenden Befugnis zur Überprüfung bundesrätlicher Verordnungen (vgl. dazu BGE 127 V 7 Erw. 5a, 126 II 404 Erw. 4a, 124 II 245 Erw. 3, 124 V 15 Erw. 2a, je mit Hinweisen) nicht beanstanden, zumal bei jeder differenzierenden Ordnung Konstellationen denkbar sind, welche die eine Kategorie von Versicherten gegenüber der andern als benachteiligt erscheinen lässt.

bb) In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil E. vom 14. Juli 2000 (C 119/00) hinzuweisen. In jenem Fall hatte die am Recht stehende, im Übrigen ebenfalls über 45 Jahre alte Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend gemacht, es sei absolut unverständlich, dass die Verdienstberechnung für die zweite Bezugsrahmenfrist unterschiedlich ausfalle, je nachdem zu welchem Zeitpunkt einer laufenden Rahmenfrist ein Zwischenverdienst anfalle. Dies sei deshalb stossend und sehr willkürlich, weil sie verpflichtet sei, alles zu unternehmen, um die Arbeitslosigkeit zu verkürzen oder zu vermindern. Das Eidgenössische Versicherungsgericht ist in Erw. 2 seines Urteils diesem Einwand wie folgt begegnet:

"In die Berechnung des versicherten Verdienstes für eine zweite oder weitere Leistungsrahmenfrist im Falle erzielter Zwischenverdienste finden verschiedene Faktoren Eingang. Es ist dies neben der Höhe des Verdienstes und der Verteilung der Arbeitszeit nach Tagen innerhalb der Kontrollperiode (grundlegend BGE 125 V 480 zu Art. 23 Abs. 4 und Art. 24 Abs. 2 und 3 AVIG) der Bemessungszeitraum, welcher in Fällen wie dem vorliegenden gemäss Art. 37 Abs. 3ter AVIV grundsätzlich die letzten sechs Beitragsmonate der abgelaufenen Leistungsrahmenfrist umfasst. Jedem dieser Elemente haftet ein gewisses Zufallsmoment an, welches sich im Einzelfall zu Ungunsten, aber auch zu Gunsten der versicherten Person auswirken kann. In diesem Zusammenhang weist die Beschwerdeführerin insoweit zu Recht darauf hin, dass Arbeitslose grundsätzlich jede Arbeitsgelegenheit wahrzunehmen haben (vgl. Art. 16 Abs. 1 AVIG und BGE 124 V 62), sie somit nicht Beschäftigungsmöglichkeiten ausser Acht lassen oder Stellenangebote ausschlagen dürfen, nur weil sich dies allenfalls auf die Berechnung des versicherten Verdienstes für eine weitere Leistungsrahmenfrist negativ auswirken könnte. Dies bedeutet indessen nicht, dass die betreffende Regelung (Art. 23 Abs. 4 und Art.

24 AVIG sowie Art. 37 Abs. 3ter AVIV) mit dem Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 4 Abs. 1 aBV und Art. 8 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) in einer Art und Weise unvereinbar wäre, die einer Anwendung nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck entgegenstünde. Was das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 125 V 490 ff. Erw. 4c/dd zur Ermittlung der Kompensationszahlungen nach Art. 23 Abs. 4 und Art. 24 AVIG als Bestandteil des versicherten

Verdienstes für die zweite oder eine weitere Leistungsrahmenfrist unter Berücksichtigung der effektiv geleisteten kontrollierten Arbeitstage unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit ausgeführt hat, gilt auch in Bezug auf den Bemessungszeitraum nach Art. 37 Abs. 3ter AVIV, zu dessen Erlass der Bundesrat nach Art. 23 Abs. 1 letzter Satz AVIG ausdrücklich befugt war. Dieser die letzten sechs Beitragsmonate umfassende Zeitraum kann im Übrigen nach der Verwaltungspraxis - in sinngemässer Anwendung der Art. 37 Abs. 1 bis 3 AVIV - bei unbilligen Ergebnissen auf längstens zwölf Monate ausgedehnt werden, sofern dies für die versicherte Person günstiger ist und zu einem mindestens um 10 Prozent höheren versicherten Verdienst führt (vgl. AM/ALV-Praxis 99/2 Blatt 10/2).. "

Die vorstehenden Erwägungen haben nach wie vor Gültigkeit.

Ob die erwähnte Weisung verordnungswidrig ist, wie die Vorinstanz sinngemäss unter Hinweis auf BGE 125 V 57 Erw. 5b/bb annimmt, braucht hier nicht geprüft zu werden, da ein Abstellen auf die letzten zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 1. April 1998 bis 31. März 2000 keinen höheren versicherten Verdienst ergäbe.

4.- Nach dem Gesagten ist der kantonale Entscheid rechtens.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich,

und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.  
Luzern, 15. April 2002

Im Namen des  
Eidgenössischen Versicherungsgerichts  
Der Präsident der III. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: