[AZA 7]
C 180/01 Vr

I. Kammer

Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Meyer, Lustenberger
und Kernen; Gerichtsschreiber Fessler

Urteil vom 5. Juni 2002

in Sachen
Staatssekretariat für Wirtschaft, Abteilung Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung, Bundesgasse 8, 3003 Bern, Beschwerdeführer,
gegen
V._____, 1969, Beschwerdegegnerin, vertreten durch den Rechtsschutz X._____,
und
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- V._____ unterzog sich ab 24. August 1999 der Kontrollpflicht und beantragte ab diesem Zeitpunkt Arbeitslosenentschädigung. Am selben Tag wurde über die Einzelfirma ihres Ehemannes B.V._____, die Bäckerei-Konditorei Z._____, wo sie gemäss ihren Angaben vom 1. Juli 1998 bis 16. August 1999 als Arbeitnehmerin tätig gewesen war, der Konkurs eröffnet. Mit Verfügung vom 12. Oktober 1999 lehnte die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI das Leistungsbegehren mit der Begründung ab, es fehle am Nachweis einer beitragspflichtigen Beschäftigung. Diesen Verwaltungsakt hob das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 18. September 2000 mit der Feststellung auf, dass unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe. Mit Verfügung vom

13. Oktober 2000 verneinte die Arbeitslosenkasse erneut die Anspruchsberechtigung ab 24. August 1999, diesmal mit der Begründung, die effektiven Lohnzahlungen durch den Ehemann von insgesamt Fr. 1737. 60 (Fr. 1237. 60 [Oktober 1998]+ Fr. 500.- [März 1999]) erreichten über den Bemessungszeitraum gemittelt nicht die Mindestgrenze für den versicherten Verdienst von Fr. 500.-.

B.- Die von V._____ hiegegen erhobene Beschwerde hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich nach Vernehmlassung der Arbeitslosenkasse, Beizug der Konkursakten sowie Einholung einer Beweisauskunft von B.V._____ mit Entscheid vom 26. April 2001 in dem Sinne gut, dass es die angefochtene Verfügung mit der Feststellung aufhob, der versicherte Verdienst betrage Fr. 5000.- (gemäss Lohnvereinbarung für die Zeit ab 1. Januar 1999).

C.- Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, es sei der kantonale Entscheid aufzuheben.
Während die Arbeitslosenkasse sinngemäss auf Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst, lässt V._____ deren Abweisung beantragen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz zu Recht den versicherten Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 AVIG im Hinblick auf den Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab
24. August 1999 auf Fr. 5000.- festgesetzt hat, oder ob, wie die Aufsichtsbehörde dafür hält, der Mindestbetrag für den versicherten Verdienst von monatlich Fr. 500.- über den Bemessungszeitraum gemittelt (Art. 40 AVIV und BGE 121 V 174 f. Erw. 4c/bb am Ende) nicht erreicht wird und daher die Anspruchsberechtigung zu verneinen ist. Dabei kann in tatsächlicher Hinsicht als erstellt gelten, dass die Beschwerdegegnerin vom 1. Juli 1998 bis 31. August 1999 im Bäckerei-Betrieb ihres Ehemannes (mit-)gearbeitet hatte, wobei bis 31. Dezember

1998 ein Lohn von Fr. 2500.-, ab
1. Januar 1999 von Fr. 5000.- vereinbart gewesen war. Im Weitern steht fest, dass während der gesamten Beschäftigungsdauer effektiv Fr. 1737. 60 an Lohn ausbezahlt wurden, nämlich Fr. 1237. 60 im Oktober 1998 sowie Fr. 500.- im März 1999.

2.- a) Das kantonale Gericht hat erwogen, nach der Rechtsprechung sei für die Berechnung des versicherten Verdienstes nach Art. 23 Abs. 1 AVIG grundsätzlich vom tatsächlich ausbezahlten Lohn auszugehen. In gewissen Fällen sei indessen das Abstellen auf den vereinbarten Lohn statthaft, wie das Eidgenössische Versicherungsgericht in dem in ARV 1995 Nr. 15 S. 81 Erw. 2c erwähnten, nicht veröffentlichten Urteil P. vom 31. Mai 1994 (C 14/94) entschieden habe. Eine solche Ausnahmesituation sei hier gegeben. Dass der vereinbarte Lohn nicht resp. lediglich in sehr gerin- gem Umfang entrichtet worden sei, erklärten die Beschwerdegegnerin und ihr Ehemann glaubhaft mit dem schlechten Geschäftsgang der Bäckerei. Die Konkurseröffnung am 24. August 1999 lasse darauf schliessen, dass tatsächlich erhebliche finanzielle Schwierigkeiten bestanden hätten. In Anbetracht, dass der Betriebsinhaber und Arbeitgeber der Ehemann der Versicherten gewesen sei, erscheine auch glaubhaft und lebensnah, dass in Zeiten finanzieller Schwierigkeiten nicht der Lohn ausbezahlt, sondern in der Hoffnung auf eine Verbesserung der Lage zunächst die übrigen geschäftlichen Verpflichtungen beglichen worden seien. Es könne somit davon ausgegangen werden, dass der geschuldete
Lohn wegen der Zahlungsschwierigkeiten und letztlich Zahlungsunfähigkeit des Betriebsinhabers nicht entrichtet worden sei und nicht etwa deshalb, weil er bloss zum Schein vereinbart worden wäre. Was im Übrigen die Lohnerhöhung von Fr. 2500.- auf Fr. 5000.- ab 1. Januar 1999 anbelange, sei glaubhaft dargetan, dass von Anfang an auf Grund der geringen finanziellen Mittel eine Staffelung des Lohnes vorgesehen gewesen sei. Aus diesem Grund und mangels gegenteiliger Hinweise in den Akten, verbiete sich die Annahme rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, weshalb für die Festlegung des versicherten Verdienstes vom vereinbarten Lohn auszugehen sei. Dieser habe ab Januar 1999 Fr. 5000.- betragen und sei daher gemäss Art. 37 Abs. 1 AVIV massgebend.

b) Dem von der Vorinstanz erwähnten Fall C 14/94 lag zusammengefasst folgender Sachverhalt zu Grunde: P. war seit August 1986 als Sachbearbeiterin bei der Firma S.
tätig. Ihr Verdienst belief sich ab 1. Januar 1990 auf monatlich Fr. 5200.- brutto (inklusive 13. Monatslohn). Ab Juni 1991 erfolgten keine Salärzahlungen mehr. Im September 1991 fiel die Firma in Konkurs. Im selben Monat meldete sich P. bei der Arbeitslosenversicherung zum Taggeldbezug an. Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich ermittelte einen versicherten Verdienst von Fr. 4252. 10 im Monat. Auf Beschwerde hin setzte die damalige Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung des Kantons Zürich den versicherten Verdienst auf Fr. 4686.- fest. Dabei berücksichtigte sie für die nicht entlöhnten Monate Juni bis August 1991 innerhalb des Bemessungszeitraumes (September 1990 bis August 1991) Zahlungen des Konkursamtes für diese Zeitspanne in der Höhe von Fr. 10'437.-. Das Eidgenössische Versicherungsgericht seinerseits korrigierte die Berechnung des versicherten Verdienstes durch die kantonale Rekurskommission und hob diesen auf Fr. 5200.- an. Es stellte fest, die Auszahlung des Konkursamtes für den Zeitraum Juni bis August 1991, bei der es sich anscheinend um die Konkursdividende handle, könne nicht als versicherter Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 AVIG betrachtet werden. Vielmehr sei das vertraglich vereinbarte, seit längerer
Zeit - zumindest von Januar 1990 bis Mai 1991 - bezogene Gehalt von monatlich Fr. 4800.- (x 13) resp. Fr. 5200.- brutto als der während des Bemessungszeitraumes normalerweise erzielte massgebende Lohn im Sinne dieser Gesetzesbestimmung zu qualifizieren. Dass P. das ihr zustehende Salär ab Juni 1991 nicht mehr ausbezahlt erhalten habe, sei auf finanzielle Schwierigkeiten der in der Folge in Konkurs gefallenen Firma zurückzuführen. Der Umstand, dass sie gleichwohl noch bis 20. September 1991 dort gearbeitet habe, könne ihr nicht vorgeworfen werden. Insbesondere sei in diesem Verhalten kein konkludenter Lohnverzicht zu erblicken, zumal auf Grund der Akten belegt sei, dass bis zu diesem Zeitpunkt begründete Hoffnung auf Überwindung des Liquiditätsengpasses der Firma bestanden habe.

3.- a) aa) Nach Gesetz und Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen (BGE 123 V 72 Erw. 3 mit Hinweis; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]/Soziale Sicherheit, S. 115 f. Rz 302). Von dieser zu Recht nicht in Frage gestellten Regelung im Einzelfall abzuweichen, rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung

gelangt sind (vgl. ARV 1995 Nr. 15 S. 81 Erw. 2c), praktisch ausgeschlossen werden kann. Eine restriktive Haltung dergestalt, dass bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nur in begründeten Ausnahmefällen auf die Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen ist, erscheint auch aus gesetzessystematischen Gründen als geboten. Für die Erfüllung der (Mindest-)Beitragszeit von sechs oder zwölf Monaten innerhalb der Rahmenfrist als eine Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. e und Art. 13 Abs. 1 AVIG) genügt nicht die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung. Vielmehr bildet eine solche Tätigkeit nur Beitragszeiten, wenn und soweit hiefür
effektiv ein Lohn ausbezahlt wird (vgl. ARV 2001 Nr. 27 S. 225, bestätigt im Urteil H. vom 5. April 2002 [C 346/00]; vgl. auch BGE 122 V 251 Erw. 2b sowie Nussbaumer a.a.O. S. 64 Rz 161).

bb) Eine Besonderheit besteht dort, wo der im Beruf oder Gewerbe des andern mitarbeitende Ehegatte für diese Tätigkeit Anspruch auf angemessene Entschädigung nach Art. 165 Abs. 1 ZGB hat. Diesfalls bemisst sich der versicherte Verdienst nach der allenfalls gerichtlich festzulegenden Höhe der Entschädigungsforderung (vgl. ARV 1999 Nr. 21 S. 116 ff. Erw. 2), ist mit anderen Worten bei dessen Ermittlung unter Umständen nicht auf die tatsächlichen Lohnbezüge innerhalb des Bemessungszeitraumes abzustellen.
Dieser Tatbestand ist indessen hier nicht gegeben, wie auch in der Vernehmlassung unter Hinweis auf Art. 165 Abs. 3 ZGB geltend gemacht wird. Nach dieser Bestimmung besteht kein Entschädigungsanspruch gestützt auf Art. 165 Abs. 1 ZGB, wenn der Beitrag des Ehegatten an den Unterhalt der Familie in Form der Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des andern seinen Rechtsgrund u.a. in einem Arbeitsvertrag hat. Davon ist hier auszugehen.

b) Die Umstände des vorliegenden Falles rechtfertigen nicht ein Abweichen vom Grundsatz der Ermittlung des versicherten Verdienstes auf der Grundlage der tatsächlichen Lohnbezüge innerhalb des Bemessungszeitraumes Oktober 1998 bis März 1999 (vgl. Erw. 1 und Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV).
Gegen das Abstellen auf die Lohnvereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und ihrem Ehemann (Fr. 2500.- für Juli bis Dezember 1998 sowie Fr. 5000.- ab 1. Januar 1999) spricht vorab, dass im Unterschied zum Fall C 14/94 seit Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1. Juli 1998, abgesehen von zwei nicht ins Gewicht fallenden Zahlungen, effektiv kein Lohn ausgerichtet worden war. In diesem Verhalten muss ein konkludenter Salärverzicht erblickt werden, woran arbeitslosenversicherungsrechtlich die Tatsache nichts ändert, dass die Beschwerdegegnerin im Konkurs ihres Ehemannes die noch offenen Lohnforderungen eingab. Ob subjektiv die Absicht einer Gesetzesumgehung bestand oder zumindest eine solche in Kauf genommen wurde und gegebenenfalls in welchem Zeitpunkt spätestens, ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung. Entscheidend ist die unter objektivem Gesichtswinkel zu bejahende Missbrauchsgefahr, welche auch und gerade in Fällen der vertraglich geregelten Arbeit des einen Ehegatten im Betrieb des andern besteht.
Auch wenn und soweit es einer Erfahrungstatsache entspricht, dass in Zeiten finanzieller Schwierigkeiten vor der Entlöhnung des Ehegatten zunächst die übrigen geschäftlichen Verpflichtungen erfüllt werden, genügt dies allein nicht, um bei der Verdienstberechnung auf den vereinbarten Lohn abzustellen.
Da nicht ersichtlich ist und auch nicht dargetan wird, inwiefern die Akten des mit Entscheid der nämlichen Vorinstanz vom 18. September 2000 abgeschlossenen Verfahrens zu einer anderen Beurteilung Anlass geben könnten, ist von deren Beizug abzusehen.

c) Ist nach dem Gesagten bei der Verdienstberechnung auf den tatsächlich bezogenen Lohn abzustellen und erreicht die über den Bemessungszeitraum Oktober 1998 bis März 1999 gemittelte Summe von Fr. 289. 60 (Fr. 1737. 60/6) den Grenzbetrag von Fr. 500.- gemäss Art. 40 AVIV nicht, fehlt es an einem versicherten Verdienst, sodass entgegen kantonalem Gericht ab 24. August 1999 kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht.
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird
der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons
Zürich vom 26. April 2001 aufgehoben.

II.Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Arbeitslosenkasse

der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, Sektion Amt und

Limmattal, Dietikon, und dem Amt für Wirtschaft und
Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Zürich, zugestellt.
Luzern, 5. Juni 2002

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

Der Gerichtsschreiber: