Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 290/00

Urteil vom 25. Februar 2003
I. Kammer

Besetzung
Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Rüedi, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Frésard; Gerichtsschreiberin Bucher

Parteien
Erben der W._____, 1941, gestorben im Oktober 2000, bestehend aus:
1. H._____,
2. T._____,
Beschwerdeführer, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Rolf Dürr, Waisenhausstrasse 4, 8001 Zürich,

gegen

Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, Zentralverwaltung, Werdstrasse 62, 8004 Zürich, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 16. August 2000)

Sachverhalt:
A.
A.a Die 1941 geborene W._____ arbeitete seit 1983 als Leiterin Haushilfe für die Organisation X._____. Nachdem sie das Arbeitsverhältnis auf den 30. September 1998 gekündigt hatte, erhob sie mit Antrag vom 27. Oktober 1998 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 19. Oktober 1998. Sie erklärte unter Berufung auf ein Arztzeugnis, sie habe ihre Arbeitsstelle infolge unerträglicher Verhältnisse aus gesundheitlichen, psychischen Gründen aufgegeben. Die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) richtete ihr in der Folge für die Monate Oktober 1998 bis März 1999 Arbeitslosenentschädigung im Gesamtbetrag von Fr. 16'395.65 aus.
A.b Nachdem W._____ am 1. November 1998 die Pensionskasse der Arbeitgeberin (nachfolgend: Vorsorgeeinrichtung) um vorzeitige Pensionierung mit Rentenbezug ab 1. Oktober 1998 ersucht hatte, teilte ihr die Vorsorgeeinrichtung am 1. Dezember 1998 mit, dass ihr infolge vorzeitiger Pensionierung per 30. September 1998 ab 1. Oktober 1998 eine Altersrente zustehe.
A.c Auf dem Formular "Angaben der versicherten Person für den Monat Dezember 1998" informierte die Versicherte die Arbeitslosenkasse über ihren Antrag auf Leistungen der beruflichen Vorsorge. Im Formular für den Monat Januar 1999 teilte sie der Arbeitslosenkasse unter Beilage des Schreibens der Vorsorgeeinrichtung vom 1. Dezember 1998 mit, sie habe in der Kontrollperiode Januar 1999 Leistungen aus der zweiten Säule erhalten. Auf eine entsprechende Anfrage der Arbeitslosenkasse vom 1. März 1999 hin erklärte die Organisation X._____ am 29. März 1999, die vorzeitige Altersrente gelange auf ausdrücklichen Wunsch der Versicherten

zur Auszahlung, wobei sie ihre Aussage mit einer Kopie des Antrags der Versicherten auf vorzeitige Pensionierung vom 1. November 1998 belegte und der Arbeitslosenkasse zudem das Vorsorgereglement zukommen liess. Hierauf forderte die Arbeitslosenkasse die ausgerichteten Taggeldleistungen in Höhe von Fr. 16'395.65 mit Verfügung vom 31. März 1999 zurück mit der Begründung, die Versicherte habe keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt, weil sie sich auf eigenen Antrag hin vorzeitig habe pensionieren lassen.
B.
Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 16. August 2000 ab.
C.
W._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, der kantonale Gerichtsentscheid und die Rückforderungsverfügung der Verwaltung seien aufzuheben. Eventuell sei die Sache zur Klärung der Frage der Überversicherung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Sowohl die Arbeitslosenkasse als auch das Staatssekretariat für Wirtschaft verzichten auf eine Vernehmlassung.
D.
W._____ verstarb im Oktober 2000. Erben sind gemäss Erbschein vom 9. November 2000 ihr Ehemann, H._____, und ihr Sohn, T._____. Diese lassen den Prozess fortführen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Das kantonale Gericht hat die einschlägigen Bestimmungen über die altersmässigen Voraussetzungen (Art. 8 Abs. 1 lit. d AVIG) und die normalerweise hinsichtlich der Beitragszeit geltenden Voraussetzungen (Art. 8 Abs. 1 lit. e, Art. 9 Abs. 1 und 3, Art. 13 Abs. 1 Satz 1 AVIG) für einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung sowie über die Rückforderung zu Unrecht erbrachter Leistungen (Art. 95 Abs. 1 Satz 1 AVIG) zutreffend wiedergegeben. Darauf wird verwiesen. Beizufügen ist, dass eine Rückforderung auch bei in einer unbeanstandet gebliebenen faktischen Verfügung zugesprochenen Versicherungsleistungen nach Ablauf einer Zeitspanne, die der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entspricht, nur bei Vorliegen eines Rückkommenstitels im Sinne einer prozessualen Revision oder einer Wiedererwägung zulässig ist, wohingegen vor diesem Zeitpunkt voraussetzungslos auf das Verwaltungshandeln zurückgekommen werden darf (noch nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlichtes Urteil D. vom 8. Oktober 2002, C 205/00, Erw. 1).
Zu ergänzen ist, dass das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, da nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 31. März 1999) eingetretene Rechts und Sachverhaltsänderungen vom Sozialversicherungsgericht nicht berücksichtigt werden (BGE 127 V 467 Erw. 1, 121 V 366 Erw. 1b).
1.2
1.2.1 Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, enthält das Arbeitslosenversicherungsrecht in Bezug auf die Beitragszeit besondere Vorschriften für vorzeitig Pensionierte. Art. 13 Abs. 3 (in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 lit. a) AVIG ermächtigt den Bundesrat, zur Verhinderung eines ungerechtfertigten gleichzeitigen Bezuges von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge auf der einen und Arbeitslosenentschädigung auf der andern Seite die Anrechnung von Beitragszeiten für diejenigen Personen abweichend zu regeln, die vor Erreichen des Rentenalters gemäss Art. 21 Abs. 1 AHVG - dieses lag 1998 für Frauen bei 62 Jahren (Art. 21 Abs. 1 AHVG in der vor In-Kraft-Treten der 10. AHV-Revision am 1. Januar 1997 [AS 1996 2466 ff., 2488]geltenden Fassung [AS 1964 286]in Verbindung mit Schlussbestimmung d Abs. 1 der 10. AHV-Revision [AS 1996 2486]) - pensioniert wurden, jedoch weiterhin als Arbeitnehmer tätig sein wollen. Gestützt auf diese Delegationsnorm hat der Bundesrat in Art. 12 AVIV in der bis 31. Mai 2002 geltenden Fassung unter der Marginalie "Beitragszeit vorzeitig pensionierter Versicherter" folgende Bestimmung erlassen:
"1Versicherten, die vor Erreichung des Rentenalters der AHV pensioniert worden sind, wird nur jene beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit angerechnet, die sie nach der Pensionierung ausgeübt haben.
2Absatz 1 gilt 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 Artikel 22 AVIG zustünde.
3Als Altersleistungen gelten Leistungen der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge."
1.2.2 Das Rücktrittsalter ist, soweit für die Frage der vorzeitigen Pensionierung relevant, im Vorsorgereglement für die Organisation X._____ wie folgt geregelt:
"Erklärung einiger Begriffe
...
2. Alter
...
2.2. Als ordentliches Rücktrittsalter gilt der Monatserste nach dem vollendeten 65. Altersjahr bei Männern und dem vollendeten 62. Altersjahr bei Frauen.
...
2. Leistungen der Pensionskasse
...
2.2. Altersleistungen
...
2.2.6. Ein Mitglied kann bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses in den letzten fünf Jahren vor dem ordentlichen Rücktrittsalter die Pensionierung verlangen. Die Alters- und Hinterlassenenrenten werden nach dem in diesem Zeitpunkt vorhandenen Vorsorgekapital des Mitgliedes und dem dem erreichten Alter entsprechenden Umwandlungssatz berechnet.
..."
2.
Die Arbeitslosenkasse erfuhr Ende März 1999, als ihr das Altersrentenbegehren vom 1. November 1998 und das Vorsorgereglement zugingen, dass die Versicherte auf eigenen Antrag vorzeitig pensioniert worden war. Da es sich dabei um eine neue Tatsache handelt, die in Anbetracht der vorstehend wiedergegebenen Regelung geeignet ist, zu einer andern als der ursprünglichen rechtlichen Beurteilung zu führen, liegt darin ein Grund für eine prozessuale Revision (vgl. zu diesem Begriff BGE 127 V 469 Erw. 2c mit Hinweisen). Die Verwaltung ist daher auch auf diejenigen Abrechnungen, in Bezug auf welche eine der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entsprechende Zeitspanne von 30 Tagen (Art. 103 Abs. 3 AVIG) bereits abgelaufen war, zu Recht zurückgekommen, sofern kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gegeben war.
Ob ein solcher Anspruch trotz der vorzeitigen Pensionierung - die Versicherte war im Zeitpunkt, ab welchem ihr eine Altersrente der beruflichen Vorsorge gewährt wurde, rund 57 ½ jährig - bestand, ist streitig und im Folgenden zu prüfen.
3.
3.1 In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird zu Recht nicht behauptet, Art. 12 Abs. 2 AVIV, der einen Ausnahmetatbestand von Art. 12 Abs. 1 AVIV darstellt und dessen lit. a und b - wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat - kumulativ erfüllt sein müssten (BGE 123 V 146 Erw. 4b), sei anwendbar. Die Versicherte hat infolge ihrer Kündigung des Arbeitsvertrages, des Erreichens der reglementarischen Altersgrenze für eine vorzeitige Pensionierung und ihres Begehrens eine Altersrente erhalten. Dabei wurde sie weder aus wirtschaftlichen Gründen noch aufgrund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 12 Abs. 2 lit. a AVIV vorzeitig pensioniert. Vielmehr erfolgte die vorzeitige Pensionierung freiwillig, was für die Unterstellung unter Art. 12 Abs. 1 AVIV ausschlaggebend ist (BGE 126 V 396 unten mit Hinweis auf Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. Soziale Sicherheit, Rz 191; vgl. auch Hans-Ulrich Stauffer, Vorzeitige Pensionierung, Abgangsentschädigung und Berufliche Vorsorge für Arbeitslose, in: SZS 42/1998 S. 282). Die Versicherte machte nämlich von der ihr im Vorsorgereglement (Ziff. 2.2.6.) eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, die
Ausrichtung einer Altersleistung und damit ihre vorzeitige Pensionierung zu verlangen, während es ihr freigestanden hätte, es bei einer Freizügigkeitsleistung bewenden zu lassen (vgl. Ziff. 4.1. des Reglements; gemäss Art. 2 Abs. 1 FZG Austrittsleistung), wodurch sie nicht vorzeitig pensioniert worden wäre (vgl. Plädoyer 2002 Nr. 6 S. 69 Erw. 5c). Da die Versicherte unter Art. 12 Abs. 1 AVIV fällt, wonach nur nach der vorzeitigen Pensionierung ausgeübte beitragspflichtige Beschäftigungen als Beitragszeiten angerechnet werden, bestand während des zur Diskussion stehenden Zeitraums von Oktober 1998 bis März 1999 mangels Erfüllung der sechsmonatigen Beitragszeit gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, sofern sich die so

ausgelegte Verordnungsbestimmung des Art. 12 AVIV nicht als gesetz- und/oder verfassungswidrig erweist.
3.2 Der Umstand, dass die Versicherte als Bezügerin von Taggeldleistungen der Arbeitslosenversicherung nie über die Folgen eines Rentenvorbezugs orientiert wurde, vermag zu keinem anderen Ergebnis zu führen. Aus dem Vertrauensschutz kann jedenfalls aus dem Grunde nichts abgeleitet werden, weil weder das Arbeitslosenversicherungsrecht noch das Recht der beruflichen Vorsorge eine dahin gehende Informationspflicht vorsieht noch sich eine solche aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ergibt (BGE 124 V 220 Erw. 2b/aa, 113 V 70 Erw. 2; ARV 2002 Nr. 15 S. 115 Erw. 2c, 2000 Nr. 20 S. 98 Erw. 2b).
4.
Zu prüfen bleibt, ob Art. 12 Abs. 1 AVIV gesetz- und verfassungsmässig ist, soweit er bei einer versicherten Person, die sich im angeführten Sinne freiwillig vorzeitig pensionieren lässt, nur die nach der Pensionierung ausgeübte beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit anrechnet.
4.1 Nach der Rechtsprechung kann das Eidgenössische Versicherungsgericht Verordnungen des Bundesrates grundsätzlich, von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen, auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen. Bei (unselbstständigen) Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es in erster Linie, ob sie sich in den Grenzen der dem Bundesrat im Gesetz eingeräumten Befugnisse halten. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, muss sich das Gericht auf die Prüfung beschränken, ob die umstrittenen Verordnungsvorschriften offensichtlich aus dem Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen oder aus andern Gründen gesetz- oder verfassungswidrig sind. Es kann jedoch sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen und hat auch nicht die Zweckmässigkeit zu untersuchen. Die vom Bundesrat verordnete Regelung verstösst allerdings dann gegen das in Art. 9 BV verankerte Willkürverbot, wenn sie sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt oder sinn- oder zwecklos ist, bzw. gegen das in Art. 8 Abs. 1 BV festgeschriebene Gebot der rechtsgleichen Behandlung, wenn
sie rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten berücksichtigt werden sollen (BGE 128 II 40 Erw. 3b, 252 Erw. 3.3, 128 IV 180 Erw. 2.1, 128 V 98 Erw. 5a, 105 Erw. 6a, je mit Hinweisen; RKUV 2002 Nr. KV 196 S. 11 Erw. 3c/aa mit Hinweisen; zur Anwendbarkeit der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen neuen Bundesverfassung in vor diesem Zeitpunkt erlassene Verfügungen betreffenden Verfahren BGE 126 V 71 Erw. 4a mit Hinweis).
4.2 Das kantonale Gericht hat erwogen, Art. 13 Abs. 3 AVIG wolle das Ziel der Vermeidung der ungerechtfertigten Überentschädigung mittels abweichender Regelung der Beitragszeit lösen. Die Beitragszeit könne aber nicht in einem abgestuften Sinne angerechnet werden. Vielmehr sei sie entweder erfüllt oder nicht erfüllt. Dass der Gesetzgeber dieses Mittel und nicht etwa ein flexibles Überentschädigungsverbot habe einsetzen wollen, ergebe sich zudem aus den Protokollen der nationalrätlichen Kommissionssitzungen. Dort sei über die Möglichkeit des Ausschlusses des gleichzeitigen Bezugs beider Leistungen zur Verhinderung eines ungerechtfertigten Bezugs einerseits und die Einführung einer Überversicherungsbestimmung andererseits abgestimmt und dem Ersteren der Vorzug gegeben worden. Demnach stehe fest, dass Art. 12 Abs. 1 AVIV nicht den vom Gesetz gesteckten Rahmen verletze, sondern sich des vom Gesetz vorgeschriebenen Mittels bediene.

Demgegenüber bringt der beschwerdeführerische Rechtsvertreter unter Berufung auf Gerhards, Kommentar zum AVIG, Bd. I, N 41 ff. zu Art. 13, vor, Art. 13 Abs. 3 AVIG erlaube eine abweichende Regelung nur zur Verhinderung eines ungerechtfertigten gleichzeitigen Bezuges von Pensionskassenleistungen auf der einen und von Arbeitslosenentschädigung auf der andern Seite, nicht aber zur Verhinderung eines gleichzeitigen Bezuges der beiden Leistungsarten schlechthin. Art. 12 Abs. 1 AVIV könne nicht völlig unabhängig von der Höhe der Rente aus der zweiten Säule zum Tragen kommen. In Anbetracht der winzigen Rente der Versicherten, die ihre Stelle aus gesundheitlichen Gründen habe aufgeben müssen, könne nicht von einem ungerechtfertigten Doppelbezug im Sinne des Gesetzes gesprochen werden. Vielmehr führe die buchstabengetreue Anwendung der Verordnung zu einem offensichtlich gesetzwidrigen Ergebnis. Die Verordnung treffe mit ihrer absoluten Formulierung Unterscheidungen, für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich sei. Es sei deshalb nicht von der Verordnung, sondern vom Gesetz auszugehen.
4.3 Art. 12 Abs. 3 des bundesrätlichen Entwurfs zum AVIG lautete (BBl 1980 III 652): "Zur Verhinderung eines ungerechtfertigten gleichzeitigen Bezuges von Pensionskassenleistungen und Arbeitslosenentschädigung kann der Bundesrat die Anrechnung von Beitragszeiten abweichend ordnen für Personen, die vor Erreichung des Rentenalters der AHV pensioniert wurden, jedoch weiterhin als Arbeitnehmer tätig sein wollen." In der da-

zugehörigen Botschaft zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 2. Juli 1980 wird diesbezüglich erläutert (BBl 1980 III 563): "Absatz 3 bietet die Rechtsgrundlage dafür, dass unter Umständen auf dem Verordnungswege für vorzeitig Pensionierte strengere Anforderungen an die vorgängige Beitragspflicht gestellt werden können. Es soll damit verhindert werden, dass diese unmittelbar im Anschluss an ihre Pensionierung zusätzlich zur Pension noch Arbeitslosenentschädigung beziehen können, ohne dass sie ihre weitere Vermittlungsfähigkeit und vor allem Vermittlungswilligkeit unter Beweis stellen." Mit dieser Bestimmung war somit eine Regelung gemeint, die für einen bestimmten Personenkreis den gleichzeitigen Bezug von Pensionskassenleistungen und
Arbeitslosenentschädigung nicht von der Höhe der Rente der beruflichen Vorsorge abhängig macht, sondern bis zum Nachweis der weiteren Vermittlungsfähigkeit schlechthin ausschliesst. Als ungerechtfertigt sollte demnach für diese Versicherten nicht ein einen bestimmten Betrag übersteigender Leistungsbezug, sondern der Doppelbezug ohne vorgängigen Nachweis der Vermittlungsfähigkeit gelten. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, verwarf die nationalrätliche Kommission einen Antrag, Art. 12 Abs. 3 des Entwurfs zugunsten einer Überversicherungsbestimmung zu streichen, und folgte dem Entwurf des Bundesrates (S. 20 des Protokolls über die Sitzung vom 27./28. Oktober 1980 und S. 21 f. des Protokolls über die Sitzung vom 24./25. November 1980). Auch die ständerätliche Kommission stimmte Art. 12 Abs. 3 des bundesrätlichen Vorschlags zu (S. 15 f. des Protokolls über die Sitzung vom 17./18. August 1981). Sowohl National- als auch Ständerat nahmen in Übereinstimmung mit dem Antrag der jeweiligen Kommission den vom Bundesrat vorgeschlagenen Art. 12 Abs. 3 an (Amtl. Bull. 1981 N 623; Amtl. Bull. 1982 S 129 f.). Dieser wurde als Art. 13 Abs. 3 AVIG in seinem ursprünglichen Wortlaut zum Gesetz (AS 1982 2188). In der am 1. Januar 1996 in
Kraft getretenen heutigen Fassung dieser Bestimmung (AS 1996 275 und 293) ist nach wie vor von der "Verhinderung eines ungerechtfertigten gleichzeitigen Bezuges" und davon die Rede, dass der Bundesrat die "Anrechnung von Beitragszeiten" vor Erreichen des AHV-Rentenalters pensionierter Personen abweichend regeln kann, weshalb sich die aufgrund der Gesetzesmaterialien angestellten Überlegungen zur alten ohne weiteres auf die neue Fassung übertragen lassen.

4.4 Nach dem Gesagten ging der Gesetzgeber beim Erlass der Delegationsnorm des Art. 13 Abs. 3 AVIG, die dem Bundesrat einen sehr weiten Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene einräumt, von der Idee aus, dass für eine bestimmte Personengruppe der Bezug von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge auf der einen und von Arbeitslosenentschädigung auf der andern Seite bis zum Nachweis der weiteren Vermittlungsfähigkeit unabhängig von der Höhe der in Frage kommenden Leistungen ungerechtfertigt und damit ausgeschlossen sein sollte, wobei dies - wie schon aus dem Wortlaut der Bestimmung folgt - über eine abweichende Regelung der Anrechnung von Beitragszeiten bewerkstelligt werden sollte (vgl. BGE 126 V 397 f.; vgl. auch BGE 123 V 146 Erw. 4b). Demnach kann nicht gesagt werden, Art. 12 Abs. 1 AVIV falle offensichtlich aus dem Rahmen der dem Verordnungsgeber im Gesetz delegierten Kompetenzen heraus, indem er einen Doppelbezug bis zur Erfüllung der Beitragszeit durch eine nach der vorzeitigen Pensionierung ausgeübte beitragspflichtige Beschäftigung, mit welcher die betroffene Person ihre weitere Vermittlungsfähigkeit unter Beweis stellt, unabhängig von der Höhe der Leistungen ausschliesst. Auch eine anderweitige
Gesetzwidrigkeit ist nicht ersichtlich.

4.5 Es stellt sich indessen die Frage, ob die in Art. 12 AVIV erfolgte Umschreibung des von dieser speziellen Regelung betroffenen Personenkreises gegen das Gleichbehandlungsgebot oder das Willkürverbot und damit gegen die Bundesverfassung verstösst. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Differenzierung zwischen verschiedenen Gruppen vorzeitig Pensionierter im Grundsatz nicht zu beanstanden ist. Vielmehr ist sie - abgesehen davon, dass das Gleichbehandlungsprinzip auch gebietet, in den relevanten Punkten Ungleiches ungleich zu behandeln (BGE 127 I 192 Erw. 5 Ingress, 209 Erw. 3f/aa, 125 I 4 Erw. 2b/aa, 178 Erw. 6b; noch nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlichtes Urteil D. vom 8. Oktober 2002, C 205/00, Erw. 1.2.2) - durch den Art. 13 Abs. 3 AVIG zugrunde liegenden Zweck der Sicherung der Vermittlungsfähigkeit (vgl. BGE 126 V 397 Erw. 3b/bb) und die Botschaft, wonach diese Delegationsnorm die Rechtsgrundlage dafür bildet, dass "unter Umständen" auf dem Verordnungsweg für vorzeitig Pensionierte strengere Anforderungen an die vorgängige Beitragspflicht gestellt werden können (BBl 1980 III 563), vorgezeichnet. Dabei ist eine Unterscheidung nach dem Grund der vorzeitigen Pensionierung sinnvoll. Sie ist im Übrigen schon in der
Delegationsnorm angelegt, nachdem der Gesetzgeber, wie die zitierten Materialien zeigen, davon ausgegangen ist, dass sich die Frage, ob der gleichzeitige Bezug von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge und Arbeitslosenentschädigung gerechtfertigt ist, für einen bestimmten Personenkreis nicht nach der Höhe der Leistungen

beurteilt.
4.6 Es bleibt daher einzig zu prüfen, ob es willkürlich ist oder eine rechtsungleiche Behandlung darstellt, eine Person, welche die Ausrichtung einer Altersrente der beruflichen Vorsorge beantragt, obwohl sie sich nach dem Reglement der Vorsorgeeinrichtung auch für eine Austrittsleistung entscheiden könnte, nach Art. 12 Abs. 1 AVIV anders zu behandeln als eine Person, die im Sinne von Art. 12 Abs. 2 AVIV aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge vorzeitig pensioniert wird. Diesbezüglich fällt auf, dass bei den Gegenstand von Art. 12 Abs. 2 AVIV bildenden Personengruppen die vorzeitige Pensionierung aufgrund objektiver Umstände erfolgt, ohne dass der betroffenen Person eine Alternative offen steht. Demgegenüber führt die versicherte Person in der hier interessierenden Situation die vorzeitige Pensionierung freiwillig herbei, indem sie sich nicht für eine Austritts-, sondern für eine Altersleistung entscheidet. Es ist im Rahmen der dem Eidgenössischen Versicherungsgericht zustehenden Kognition nicht zu beanstanden, dass der Bundesrat dafür hielt, eine solche Person habe anders als die unter Art. 12 Abs. 2 AVIV fallenden Versicherten durch eine nach der Pensionierung
erfolgende Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung ihre Vermittlungsfähigkeit unter Beweis zu stellen. Wenn eine Person freiwillig Altersleistungen der zweiten Säule bezieht, liegen nämlich Zweifel an der Vermittlungsfähigkeit näher als bei einer Person, die aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund zwingender Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge und damit aufgrund ausserhalb ihrer Person liegender Umstände im Sinne von Art. 12 Abs. 2 AVIV zur vorzeitigen Pensionierung gezwungen wird; denn die Wahl einer Altersleistung stellt immerhin ein Indiz für die Absicht dar, sich aus dem Erwerbsleben zurückzuziehen, was erst recht gilt, wenn eine Stelle aus gesundheitlichen Gründen aufgegeben wird. Soweit darin von Personen, die sich durch die Wahl einer Alters- statt einer Austrittsleistung der beruflichen Vorsorge freiwillig vorzeitig pensionieren lassen, die Erfüllung der Beitragszeit durch eine nach der Pensionierung ausgeübte beitragspflichtige Beschäftigung verlangt wird, kann demnach nicht gesagt werden, die streitige Verordnungsbestimmung lasse sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen, sei sinn- oder zwecklos oder treffe rechtliche Unterscheidungen, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lasse. Da es
folglich auch an einer Verletzung des Gebots der rechtsgleichen Behandlung oder des Willkürverbots fehlt, ist die Gesetz- und Verfassungsmässigkeit von Art. 12 AVIV diesbezüglich zu bejahen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Abteilung Arbeitslosenversicherung, Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 25. Februar 2003

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der I. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: