[AZA 7]
C 274/00 Vr

II. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Meyer und nebenamtlicher
Richter Maeschi; Gerichtsschreiberin Amstutz

Urteil vom 27. März 2001

in Sachen
K._____, 1935, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Krizaj, Schwimmbadstrasse 8, Kloten,

gegen
Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, Sektion Zürcher Oberland, Bankstrasse 36, Uster, Beschwerdegegnerin,

und
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- Der am 26. September 1935 geborene K._____ war seit 1962 bei der Firma X._____ tätig gewesen, zuletzt als Software-Spezialist im Bereich von Simulatoren. Auf den
1. April 1997 trat er wegen "personeller Redimensionierung aus wirtschaftlichen Gründen" vorzeitig in den Ruhestand.
Im Zeitraum vom 1. April 1997 bis 30. September 1998 (Beginn des reglementarischen Rentenalters) richtete ihm die Vorsorgeeinrichtung der Firma X._____ eine monatliche Übergangsleistung von Fr. 5068. 15 aus.
Am 1. April 1997 meldete sich K._____ beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum Y._____ an und stellte am 4. April 1997 einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung.
Die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI bejahte die Anspruchsberechtigung und stellte K._____ am 4. Juni 1997 Abrechnungen für die Monate April und Mai 1997 zu, wobei sie von einem versicherten Verdienst von Fr. 8100.- ausging und hievon die von der Firma X._____ gemäss Vereinbarung vom 26. September 1996 ausgerichtete Übergangsleistung von Fr. 5068. 15 als Ersatzeinkommen aus Altersleistung in Abzug brachte. Am 9. Juli 1997 erliess sie eine Verfügung, mit welcher sie an den Abrechnungen festhielt.

B.- In der hiegegen erhobenen Beschwerde liess K._____ beantragen, die Arbeitslosenentschädigung sei ohne Berücksichtigung der Übergangsleistung seitens des ehemaligen Arbeitgebers festzusetzen. Mit Entscheid vom 14. Juli 2000 gelangte das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich zum Schluss, dass es sich bei der fraglichen Leistung nicht um eine Altersleistung im Sinne von Art. 18 Abs. 4 AVIG handle, weshalb die Abrechnungen vom 4. Juni 1997 und die Verfügung vom 9. Juni 1997 aufzuheben seien.
Die Übergangsleistung habe jedoch Lohncharakter, sodass sie nach der gesetzlichen Regelung bei der Festsetzung des anrechenbaren Arbeitsausfalls zu berücksichtigen sei. Aufgrund des effektiv erzielten Lohnes von monatlich Fr. 10'264. 60 (13 x Fr. 9475.- : 12) und unter Berücksichtigung der Übergangsleistung erleide der Beschwerdeführer einen Verdienstausfall von Fr. 5196. 45, wovon bei der Ermittlung des anrechenbaren Arbeitsausfalls und der Berechnung des Taggeldes auszugehen sei. Dementsprechend wies das kantonale Gericht die Sache an die Arbeitslosenkasse zurück, damit sie den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung neu berechne.

C.- K._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Verfügung vom 9. Juli 1997 seien ihm für die Zeit von April 1997 bis September 1998 Arbeitslosenentschädigungen im Gesamtbetrag von Fr. 56'157. 60, zuzüglich Verzugszinsen von 5 % sowie die entsprechenden Beiträge an die obligatorischen Versicherungen, zuzusprechen; eventuell sei die Sache zur Neufestsetzung der Arbeitslosenentschädigungen ohne Berücksichtigung der Zahlungen der Firma

X._____ während der Zeit vom 1. April 1997 bis 30. September 1998 an die Vorinstanz oder die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen.
Die Arbeitslosenkasse verzichtet auf eine Vernehmlassung.
Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) beantragt Rückweisung der Sache zur Neufestsetzung der Arbeitslosenentschädigung ohne Anrechnung der Leistungen des Arbeitgebers.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Mit der streitigen Verfügung vom 9. Juli 1997 hat die Arbeitslosenkasse die Anrechnung der vom Beschwerdeführer in der Zeit vom 1. April 1997 bis 30. September 1998 bezogenen Übergangsleistung gestützt auf Art. 13 Abs. 3 und Art. 18 Abs. 4 AVIG sowie Art. 12 Abs. 3 AVIV und Art. 32 AVIV vorgenommen.

a) Nach Art. 13 Abs. 3 AVIG (in der Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 23. Juni 1995, in Kraft seit 1. Januar 1996; AS 1996 273) kann der Bundesrat zur Verhinderung eines ungerechtfertigten gleichzeitigen Bezuges von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge und Leistungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. a oder b AVIG die Anrechnung von Beitragszeiten für diejenigen Personen abweichend regeln, die vor Erreichen des Rentenalters gemäss Art. 21 Abs. 1 AHVG pensioniert wurden, jedoch weiterhin als Arbeitnehmer tätig sein wollen. Der Bundesrat hat gestützt hierauf Art. 12 AVIV erlassen, wonach 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 (Abs. 1). Dies gilt jedoch 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 (Abs. 2). Nach Abs. 3 der Bestimmung in der Fassung gemäss Ziff. I der Verordnung vom 6. November 1996, in Kraft seit 1. Januar 1997 (AS
1996 3071), gelten als Altersleistungen Leistungen der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge.

b) Unter dem Titel "Umfang des Anspruchs" bestimmte Art. 18 Abs. 4 AVIG (eingefügt durch Ziff. I des BG vom 23. Juni 1995, in Kraft seit 1. Januar 1997) in der bis Ende August 1999 gültig gewesenen Fassung, dass das Taggeld von Versicherten, die Vorruhestandsleistungen der beruflichen Vorsorge beziehen, zusammen mit einem allfälligen Zwischenverdienst 90 % des letzten massgebenden versicherten Verdienstes vor der Pensionierung nicht übersteigen darf.
Mit dem auf den 1. September 1999 in Kraft getretenen BG vom 19. März 1999 über das Stabilisierungsprogramm 1998 (AS 1999 2374) wurde die Bestimmung dahin geändert, dass Altersleistungen der beruflichen Vorsorge von den Leistungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. a oder b AVIG (Arbeitslosenentschädigung oder Entschädigung für die Teilnahme an Umschulungs-, Weiterbildungs- und Eingliederungsmassnahmen) abgezogen werden. Als Vorruhestandsleistungen der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 18 Abs. 4 AVIG galten nach Art. 32 AVIV in dem seit 1. Januar 1997 und bis 31. August 1999 gültig gewesenen Wortlaut die Altersleistungen nach Art. 12 Abs. 3 AVIV, d.h. die Leistungen der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge. In der seit

1. September 1999 gültigen Fassung gemäss Verordnung vom 11. August 1999 über das Stabilisierungsprogramm 1998 (AS 1999 2387) bestimmt Art. 32 AVIV unter dem Titel "Entschädigung vorzeitig pensionierter Versicherter", dass als Altersleistungen Leistungen der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge gelten, auf die bei Erreichen der reglementarischen Altersgrenze für die vorzeitige Pensionierung ein Anspruch erworben wurde.

c) Aufgrund dieser Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass die von der Verwaltung im vorliegenden Fall verfügte Anrechnung der Arbeitgeberleistung nicht bestätigt werden kann. Nach dem seit 1. Januar 1997 gültigen Verordnungsrecht (Art. 12 Abs. 3 und Art. 32 AVIV) dürfen bei vorzeitiger Pensionierung nur Leistungen aus der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge angerechnet werden. Nicht anrechenbar sind freiwillige Leistungen des Arbeitgebers, insbesondere Arbeitgeberleistungen im Rahmen eines bei Entlassungen aufgestellten Sozialplanes (Müller, Die vorzeitige Pensionierung

- Möglichkeiten und Grenzen im Lichte verschiedener Sozialversicherungszweige, in: SZS 41/1997 S. 356 f.).

2.- Die Vorinstanz bejaht die Anrechnung der streitigen Übergangsleistung indessen mit der Begründung, die Leistung habe Lohncharakter und reduziere den nach Eintritt in den "vorzeitigen Ruhestand" erlittenen Verdienstausfall und damit auch den anrechenbaren Arbeitsausfall.

a) Nach Art. 11 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstausfall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert. Gemäss Abs. 3 der Bestimmung nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, für den dem Arbeitslosen Lohnansprüche oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche zustehen. Ob dem Arbeitslosen Lohn- oder Entschädigungsansprüche zustehen, beurteilt sich praxisgemäss nach den AHV-rechtlichen Bestimmungen über den massgebenden Lohn von Art. 5 Abs. 2 AHVG und Art. 7 ff.
AHVV (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsrecht, Bd. I, N 79 zu Art. 11 AVIG; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: SBVR/Soziale Sicherheit, S. 54 Rz 132).
Zum massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung gehören begrifflich sämtliche Bezüge des Arbeitnehmers, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, gleichgültig, ob dieses Verhältnis fortbesteht oder gelöst worden ist und ob die Leistungen geschuldet werden oder freiwillig erfolgen. Nach Art. 5 Abs. 4 AHVG kann der Bundesrat Sozialleistungen sowie anlässlich besonderer Ereignisse erfolgende Zuwendungen eines Arbeitgebers an seine Arbeitnehmer vom Einbezug in den massgebenden Lohn ausnehmen.
Gemäss Art. 7 lit. q AHVV gehören Abgangsentschädigungen und freiwillige Vorsorgeleistungen zum massgebenden Lohn, soweit es sich nicht um Leistungen nach Art. 6 Abs. 2 lit. i und k AHVV handelt. Nach diesen Bestimmungen gehören nicht zum beitragspflichtigen Erwerbseinkommen Abgangsentschädigungen bis zur Höhe des letzten Jahresgehaltes und darüber hinausgehende Leistungen nach einem Gesamtarbeitsvertrag, soweit keine gleichwertigen Leistungen nach Art. 6 Abs. 2 lit. h AHVV (reglementarische Leistungen von selbstständigen Vorsorgeeinrichtungen und vertraglich mit dem Arbeitnehmer vereinbarte Vorsorgeleistung, wenn der Begünstigte bei Eintritt des Vorsorgefalles oder bei der Auflösung der Vorsorgeeinrichtung die Leistungen persönlich beanspruchen kann) und freiwillige Vorsorgeleistungen nach Art. 6bis AHVV. Gemäss dieser Bestimmung gehören freiwillige Vorsorgeleistungen des Arbeitgebers oder einer selbstständigen Vorsorgeeinrichtung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zum Erwerbseinkommen, soweit sie zusammen mit Leistungen nach Art. 6 Abs. 2 lit. h und i AHVV bestimmte Prozentsätze des letzten Jahreslohnes nicht übersteigen (vgl. AHI 1998 S. 143 ff.).
b) Mit Kreisschreiben vom 18. März 1998 hat das Bundesamt für Wirtschaft (BWA) (heute seco) festgehalten, dass bei freiwilligen Arbeitgeberleistungen zufolge vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wirtschaftlichen Gründen (freiwillige Härtefallleistungen, Abgangsentschädigungen, Leistungen aus Sozialplan etc.) ein Verdienstausfall gemäss Art. 11 Abs. 1 und 3 AVIG zu verneinen ist, soweit es sich dabei um den massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung handelt, und die Arbeitslosenkassen angewiesen, diesbezüglich auf die Beurteilung der Leistungen durch die AHV-Ausgleichskassen abzustellen. Bereits am 15. Mai 1998 hat das BWA diese Weisung widerrufen und die Durchführungsstellen dazu angehalten, freiwillige Abgangsentschädigungen, welche inner- oder ausserhalb eines Sozialplanes ausgerichtet werden, beim Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unberücksichtigt zu lassen. Dies bedeutet, dass solche Entschädigungen keinen Einfluss auf den Anspruch der Arbeitslosenversicherung mehr haben sollen.
Die Änderung wurde vom BWA damit begründet, dass die bisherige Weisung die sozialpolitisch unerwünschte Folge haben konnte, dass bei Entlassungen weniger oder gar keine Sozialpläne mehr ausgearbeitet werden.

In dem zur Publikation vorgesehenen Urteil L. vom 23. Oktober 2000 (C 222/99) hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Weisung des BWA vom 15. Mai 1998, wonach freiwillige Abgangsentschädigungen ohne Vorsorgecharakter rückwirkend ab 18. März 1998 unabhängig von ihrer AHV-rechtlichen Qualifizierung für die Arbeitslosenversicherung unberücksichtigt bleiben und somit keinen Einfluss auf Beginn und Höhe der Arbeitslosenentschädigung ausüben, als gesetzwidrig qualifiziert. Weil eine konstante gesetzwidrige Praxis vorliegt und nicht anzunehmen ist, dass die Verwaltung, welche ihre Praxis bei nächster Gelegenheit ins Gesetz überführen will, in Zukunft anders entscheiden wird, hat das Gericht ausnahmsweise dem Grundsatz der Gleichbehandlung im Unrecht den Vorrang vor demjenigen der Gesetzmässigkeit des Verwaltungshandelns eingeräumt (vgl. BGE 116 V 238 Erw. 4b mit Hinweisen) und die Weisung vom 15. Mai 1998 ab ihrem In-

Kraft-Treten am 18. März 1998 als anwendbar erklärt. Diese Rechtsprechung hat auch im vorliegenden Fall Anwendung zu finden.

3.- Die Weisung vom 15. Mai 1998 trat mit sofortiger Wirkung in Kraft und wurde auf sämtliche seit dem 18. März 1998 beurteilten Fälle als anwendbar erklärt. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht im erwähnten Urteil L.
vom 23. Oktober 2000 (C 222/99) festgestellt hat, ist die neue Praxis ab ihrer Einführung auch auf sämtliche rechtskräftig oder noch nicht rechtskräftig entschiedenen Fälle anwendbar. Vor dem 18. März 1998 ergangene Verfügungen sind daher ab diesem Zeitpunkt der günstigeren neuen Praxis anzupassen (vgl. BGE 122 V 133 Erw. 4d).
Im vorliegenden Fall geht es um Arbeitslosenentschädigungen im Zeitraum vom 1. April 1997 bis 30. September 1998. Aus dem Gesagten folgt, dass der Anspruch für die Zeit ab 18. März 1998 ohne Berücksichtigung der freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers festzusetzen ist. Für die vorangegangene Zeit sind die streitigen Übergangsleistungen anrechenbar, soweit sie nach der AHV-Gesetzgebung zum massgebenden Lohn gehören (Erw. 2a hievor). Es wird Sache der Arbeitslosenkasse sein, die Arbeitslosenentschädigung auf dieser Grundlage neu zu berechnen.

4.- Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer Anspruch auf Parteientschädigung zulasten der Arbeitslosenkasse (Art. 159 Abs. 2 OG). Nicht zu beurteilen ist das Begehren um eine höhere Entschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Verfahrens. Weil in der Arbeitslosenversicherung kein bundesrechtlicher Anspruch auf Parteientschädigung für das kantonale Beschwerdeverfahren besteht, wird hierüber das kantonale Gericht zu entscheiden haben.
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde
werden der angefochtene Entscheid und die
Verwaltungsverfügung vom 9. Juli 1997 aufgehoben, und
es wird die Sache an die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft
Bau & Industrie GBI zurückgewiesen, damit sie
die Arbeitslosenentschädigung im Sinne der Erwägungen
neu festsetze.

II.Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
III. Die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung

von Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer)
zu bezahlen.

IV.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, 27. März 2001

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der II. Kammer:
; Die Gerichtsschreiberin: