[AZA 7]
C 139/00 Ge

I. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Schön, Spira, Bundesrichterin
Widmer und Bundesrichter Ursprung; Gerichtsschreiberin
Polla

Urteil vom 27. Juli 2001

in Sachen
Staatssekretariat für Wirtschaft, Abteilung Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung, Bundesgasse 8, 3003 Bern, Beschwerdeführer,

gegen
R._____, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwältin Regula Bähler, Dolderstrasse 24, 8024 Zürich,

und
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- Die 1965 geborene R._____ war seit 21. Februar 1995 bei der T._____ AG als Redaktorin tätig. Nachdem die T._____ AG das Arbeitsverhältnis per 31. August 1996 beendet hatte, arbeitete R._____ anschliessend als freie Journalistin für verschiedene Printmedien, wobei sie gleichzeitig wieder eine vollzeitliche Festanstellung suchte. Am 20. Mai 1998 stellte R._____ Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 10. Mai 1998. Mit Verfügung vom 13. August 1998 bejahte die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI die Anspruchsberechtigung und setzte den versicherten Verdienst auf Fr. 3'708.- fest.

B.- Dagegen erhob R._____ beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde und stellte das Rechtsbegehren, die Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 13. August 1998 sei aufzuheben und der versicherte Verdienst neu nach ihrem als Redaktorin erzielten Einkommen festzulegen. Das kantonale Gericht hiess die Beschwerde in dem Sinne gut, als es den versicherten Verdienst auf Fr. 7'655. 70 festsetzte und die Sache an die Arbeitslosenkasse zur Vornahme von Differenzzahlungen zurückwies (Entscheid vom 21. März 2000).

C.- Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) führt hiegegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei die Verwaltungsverfügung vom 13. August 1998 zu bestätigen.
R._____ lässt die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen, während die Arbeitslosenkasse mit Hinweis auf die Begründung in der Verwaltungsverfügung und die Ausführungen des seco deren Gutheissung beantragt.
Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Das kantonale Gericht hat die massgebende Bestimmung zur Berechnung des versicherten Verdienstes (Art. 23 AVIG) und zu den dabei je nach Sachlage anwendbaren Bemessungszeiträumen (Art. 37 AVIV) unter Hinweis auf die hiezu ergangene Rechtsprechung (BGE 125 V 42, 125 V 51), insbesondere bei Annahme einer Teilzeitbeschäftigung zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit (BGE 112 V 226 Erw. 2c), richtig dargelegt. Darauf kann verwiesen werden.

2.- Streitig und zu prüfen ist die Höhe des versicherten Verdienstes, welcher den Taggeldberechnungen zu Grunde zu legen ist, wobei die Frage des massgeblichen Bemessungszeitraumes im Vordergrund steht.
Gestützt auf die Sonderfallregelung in Art. 37 Abs. 3bis AVIV setzte die Arbeitslosenkasse den versicherten Verdienst anhand der Einkommen der letzten zwölf vollen Kalendermonate innerhalb der vom 20. Mai 1996

bis 19. Mai 1998 dauernden Rahmenfrist für die Beitragszeit fest. Die Vorinstanz betrachtet dagegen die in BGE 112 V 226 Erw. 2c ergangene Rechtsprechung als anwendbar, wonach bei Personen, welche in Ausübung ihrer Schadenminderungspflicht zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit eine Ersatzarbeit (alt Art. 25 AVIG) oder Teilzeitbeschäftigung angenommen oder einen Zwischenverdienst (alt Art. 24 AVIG) erzielt und dabei weniger als normalerweise verdient haben, auf den letzten ordentlichen Verdienst abzustellen ist, den die versicherte Person innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit noch während mindestens eines Monats erzielt hat.
Demgegenüber macht das Beschwerde führende seco geltend, BGE 112 V 226 Erw. 2c sei nicht mehr einschlägig, vielmehr gelte Art. 23 Abs. 4 AVIG (in der seit 1. Januar 1996 geltenden Fassung), wonach bei einer auf einem Zwischenverdienst beruhenden Verdienstberechnung die erhaltenen Kompensationszahlungen bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes mitberücksichtigt würden. Daher sei die in BGE 112 V 220 ergangene Rechtsprechung überholt.

3.- a) Die Versicherte war innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit von zwei Jahren (Art. 9 Abs. 1 und 3 AVIG) bei vier verschiedenen Printmedien teilzeitlich als freie Journalistin tätig gewesen. Die Entlöhnung bemass sich nach Aufwand (Tagessätze) pro Artikel, wobei diese Beiträge jeweils lediglich wenige Tage in Anspruch nahmen.
Vorher arbeitete die Beschwerdegegnerin in festen Arbeitsverhältnissen, zunächst als Volontärin (August 1990 bis Dezember 1992), anschliessend bis 31. August 1996 als Redaktorin mit einem 100%igen Pensum.

b) Die von der Arbeitslosenkasse angewendete Sonderregelung des Art. 37 Abs. 3bis AVIV sieht zwar vor, dass bei einem besonderen, in der Art des Arbeitsverhältnisses oder des branchenüblichen Arbeitszeitkalenders angelegten Grund für die Lohnschwankungen der versicherte Verdienst aus den letzten zwölf Kalender- und nicht Beitragsmonaten ermittelt wird, wobei mit der Wendung "Art des Arbeitsverhältnisses" in erster Linie die in Art. 8 Abs. 1 AVIV genannten Personen gemeint sind (BGE 121 V 173 Erw. 4b), welche Bestimmung den Beruf des Journalisten ausdrücklich aufführt. Daher ist die Anwendung des Art. 37 Abs. 3bis AVIV nicht zum Vornherein von der Hand zu weisen. Auf Grund der Aktenlage steht jedoch fest, dass die Versicherte rund sechs Jahre als Volontärin und Redaktorin in festen Arbeitsverhältnissen mit fixem Gehalt tätig war und in den massgeblichen zwei Jahren lediglich zur Schadensminderung und als Überbrückung bis zur nächsten Festanstellung als freie Journalistin Aufträge annahm. Dies wird auch durch die fast ausschliessliche Stellensuche in der angestammten Tätigkeit sowie durch den Umstand, dass die Beschwerdegegnerin seit 1. August 1999 wieder eine teilzeitliche Festanstellung als Redaktorin innehat, glaubhaft dargelegt.
Daher ist bei vorliegender Sachlage Art. 37 Abs. 3bis AVIV nicht massgeblich, da bei dieser Art journalistischer Tätigkeit Lohnschwankungen gerade nicht üblich sind.

c) Zu Recht erachtet das seco seine interne Verwaltungsweisung für arbeitslose Personen mit schwankendem Beschäftigungsrad (ALV-Praxis 97/1, Blatt 11) nicht als massgeblich. Die darin festgelegte differenzierte Betrachtungsweise sieht vor, dass sich der versicherte Verdienst nach dem gesuchten Beschäftigungsgrad bemisst, soweit der Versicherte innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit während mindestens sechs Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung im entsprechenden Umfang ausgeübt hat. Diese - im Übrigen mit Art. 37 AVIV vereinbare Weisung - erging zwar ebenfalls mit dem Zweck, dass Versicherten, welche den Verlust ihrer Arbeitsstelle oder die Reduktion des Beschäftigungsgrades kurz oder mittelfristig ohne Inanspruchnahme von Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu überbrücken versuchen, nicht zum Nachteil gereichen soll, wenn sie einen Taggeldanspruch nicht unmittelbar bei Eintritt der ganzen oder teilweisen Arbeitslosigkeit geltend machen. Die Beschwerdegegnerin war aber in den massgeblichen letzten zwei Jahren vor Anmeldung zum Taggeldbezug lediglich rund drei Monate bei der T._____ AG vollzeitig angestellt und anschliessend nur noch tageweise tätig, sodass die Anwendung dieser Weisung ausser Betracht fällt.

d) Weiter geht der in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorgebrachte Einwand fehl, dass die Versicherte bei einer früheren Anmeldung zum Leistungsbezug einen höheren versicherten Verdienst erlangt hätte. Dies steht dem Sinn und Zweck der Arbeitslosenversicherung entgegen, deren Ziel es ist, Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zumindest zu verkürzen (Art. 17 Abs. 1 AVIG), und nicht, diese möglichst früh zu begründen.
Daher ist mit kantonalem Gericht die in BGE 112 V 226 Erw. 2c ergangene Rechtsprechung anzuwenden, welche insoweit nicht überholt ist, als sie sich auf Arbeitsvertragsverhältnisse bezieht, die vor Eintritt der Ar-

beitslosigkeit zur Vermeidung derselben eingegangen wurden (vgl. Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Rz 304). Mit dem Inkrafttreten des revidierten Abs. 4 von Art. 23 AVIG bezweckte der Gesetzgeber mit Bezug auf eine zweite Rahmenfrist für den Leistungsbezug (BGE 125 V 482 Erw. 1b), eine Schlechterstellung derjenigen Versicherten zu vermeiden, welche in der ersten Leistungsrahmenfrist einen Zwischenverdienst erzielt haben, indem die Differenzzahlungen bei der Festlegung des versicherten Verdienstes so in Rechnung gestellt werden, wie wenn darauf, entsprechend der Grundregel des Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 AVIG, Beiträge nach Massgabe der AHV-Gesetzgebung erhoben worden wären. Diesbezüglich ist die Rechtsprechung in BGE 112 V 220 gegenstandslos geworden (nicht veröffentlichtes Urteil E. vom 14. Dezember 1998, C 91/98). Folglich wäre mit dem seco in einem solchen Fall der versicherte Verdienst nach der Regelung des Art. 37 AVIV zu bestimmen, welcher
Sachverhalt hier aber nicht vorliegt. Die Versicherte stellte erst im Mai 1998 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung, was auch erstmals ihre Arbeitslosigkeit begründete (Art. 10 Abs. 3 AVIG), sodass keine in einer früheren Leistungsrahmenfrist ausgeübte Zwischenverdiensttätigkeit vorliegt (Art. 24 Abs. 1 AVIG).
Während der Rahmenfrist für die Beitragszeit arbeitete die Beschwerdegegnerin noch vom 20. Mai 1996 bis 31. August 1996 als Redaktorin für die T._____ AG, sodass die Festlegung des versicherten Verdienstes aus dieser Tätigkeit auf Fr. 7'655. 70 nicht zu beanstanden ist und der vorinstanzliche Entscheid somit Stand hält.
4.- Im vorliegenden Verfahren geht es um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen, weshalb von der Auferlegung von Gerichtskosten abzusehen ist (Art. 134 OG). Dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses entsprechend steht der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zulasten des seco zu (Art. 135 in Verbindung mit Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
III. Das Staatssekretariat für Wirtschaft hat der Beschwerdegegnerin für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von

Fr. 2'500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

IV. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, Zürich, und dem

Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich zugestellt.
Luzern, 27. Juli 2001

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

Die Gerichtsschreiberin:

i.V.