Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 7/02

Urteil vom 14. Juli 2003
I. Kammer

Besetzung
Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Bundesrichterin Widmer, Bundesrichter Kernen und Frésard; Gerichtsschreiber Nussbaumer

Parteien
N._____, Beschwerdeführer, vertreten
durch Rechtsanwalt Marc Spescha, Langstrasse 4, 8004 Zürich,

gegen

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

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 7. Dezember 2001)

Sachverhalt:
A.
N._____ war vom 6. November 1995 bis 31. März 1998 als kaufmännischer Leiter bei der X._____ AG erwerbstätig. Am 1. April 1998 meldete er sich bei der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug an. Die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI richtete ihm in der Folge für die am 1. April 1998 eröffnete Rahmenfrist Taggelder auf der Basis eines versicherten Verdienstes von Fr. 7583.- aus.

Seit 1. Januar 2000 ist N._____ als Sachbearbeiter bei der Gemeinde Y._____ mit einem monatlichen Lohn von Fr. 5073.30 zuzüglich 13. Monatslohn tätig. Die Arbeitslosenkasse rechnete in den Kontrollmonaten Januar und Februar 2000 einen Zwischenverdienst von jeweils Fr. 5073.30 an. In der Folge stellte sie fest, dass sie den 13. Monatslohn im Rahmen des Zwischenverdienstes unberücksichtigt gelassen hatte. Mit Abrechnungen vom 24. Mai 2000 forderte sie insgesamt zu viel ausbezahlte Taggelder im Betrag von Fr. 2912.40 für die Monate Januar und Februar 2000 zurück. Daran hielt sie mit Verfügung vom 25. Mai 2000 fest und verneinte einen Anspruch auf Kompensationszahlungen, da der monatliche Verdienst höher als die monatliche Arbeitslosenentschädigung sei.
B.
Hiegegen liess N._____ Beschwerde einreichen und im Wesentlichen beantragen, der versicherte Verdienst sei auf Fr. 8100.- bis Ende Dezember 1999 und auf Fr. 8583.- für die Monate Januar bis März 2000 festzusetzen. Gleichzeitig stellte er bei der Arbeitslosenkasse ein gleich lautendes Wiedererwägungs- und Revisionsgesuch. Nachdem die Arbeitslosenkasse dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich am 6. November 2000 mitgeteilt hatte, dass sie auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eintrete, wurde ein zweiter Schriftenwechsel

angeordnet. Mit Entscheid vom 7. Dezember 2001 wies das kantonale Gericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.
C.
N._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Antrag, in Aufhebung des angefochtenen Entscheides sei die Vorinstanz anzuweisen, auf die Beschwerde gegen die Nichteintretensverfügung der Arbeitslosenkasse vom 6. November 2000 einzutreten und deren Rechtmässigkeit materiell zu prüfen. Ferner sei der vorinstanzliche Entscheid hinsichtlich der Rückforderung von Leistungen aufzuheben und die Sache an die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen mit der Auflage, den versicherten Verdienst unter Berücksichtigung der in den Monaten Januar bis März 1998 ausgerichteten monatlichen Prämie von Fr. 1000.- als Lohnbestandteil neu zu bemessen. Die Frage der Rückforderung sei hernach im Lichte des seit 1. Januar 2000 geltenden Höchstbetrages des versicherten Verdienstes von Fr. 8900.- neu zu beurteilen.

Vorinstanz, Arbeitslosenkasse und Staatssekretariat für Wirtschaft verzichten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im Bereich der Arbeitslosenversicherung geändert worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 Erw. 1), und weil ferner das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 25. Mai und 6. November 2000) eingetretenen Sachverhalt abstellt (BGE 121 V 366 Erw. 1b), sind im vorliegenden Fall die bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen anwendbar.
2.
2.1 Gemäss einem allgemeinen Grundsatz des Sozialversicherungsrechts kann die Verwaltung eine formell rechtskräftige Verfügung, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hat, in Wiedererwägung ziehen, wenn sie zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (BGE 127 V 469 Erw. 2c mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts kann die Verwaltung weder von den Betroffenen noch vom Gericht zu einer Wiedererwägung verhalten werden. Es besteht demnach kein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Wiedererwägung. Verfügungen, mit denen das Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch abgelehnt wird, sind somit grundsätzlich nicht anfechtbar (BGE 117 V 12 Erw. 2a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 119 V 479 Erw. 1b/cc).
2.2 Im Lichte dieser Rechtsprechung ist das kantonale Gericht zu Recht auf die Beschwerde gegen die Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 6. November 2000 nicht eingetreten, mit welcher die Arbeitslosenkasse ihrerseits auf das Wiedererwägungsgesuch vom 28. Juni 2000 betreffend Änderung des versicherten Verdienstes nicht eingetreten war. Zur Änderung der bisherigen, im Schrifttum von einzelnen Autoren (Ueli Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Rz 629 ff.) kritisierten Rechtsprechung besteht schon deshalb kein Anlass, weil sie nunmehr in Art. 53 Abs. 2 ATSG gesetzlich verankert worden ist (BBl 1991 II 262; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, S. 539, Rz 22 zu Art. 53).
3.
3.1 Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, der versicherte Verdienst sei unter Verletzung von Art. 103 Abs. 2 AVIG nie mittels einer Verfügung festgesetzt und damit nicht rechtsbeständig geworden. Nach ständiger Rechtsprechung kommt indessen einer Leistungsabrechnung der Arbeitslosenkasse trotz Fehlens formeller Verfügungsmerkmale materiell Verfügungscharakter zu (BGE 129 V 111 Erw. 1.2.1, 125 V 476 Erw. 1, 122 V 368 Erw. 2, 121 V 53 Erw. 1). Dabei gilt die Rechtsbeständigkeit bei solchen formlosen Verfügungen als eingetreten, wenn anzunehmen ist, ein Versicherter habe sich mit einer getroffenen Regelung abgefunden, was dann der Fall sei, wenn die nach den Umständen zu bemessende Überlegungs- und Prüfungsfrist abgelaufen ist, welche der versicherten Person zusteht, um sich gegen das faktische Verwaltungshandeln zu verwahren (BGE 129 V 111 Erw. 1.2.2, 122 V 368 f. Erw. 3 mit Hinweisen). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat diese Rechtsprechung in BGE 129 V 110 einmal mehr bestätigt und die Rechtsbeständigkeit einer Leistungszusprechung in Form einer faktischen Verfügung bekräftigt. Eine ohne Bindung an die Voraussetzungen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision erfolgende Rückforderung formlos zugesprochener

Versicherungsleistungen ist danach für die Verwaltung nur während eines Zeitraums möglich, welcher der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entspricht. Zu einem späteren Zeitpunkt bedarf die Rückforderung eines Rückkommenstitels in Form einer Wiedererwägung oder einer prozessualen Revision, auch wenn die faktische Verfügung, z.B. die Taggeldabrechnung, von der versicherten Person noch beanstandet werden kann, mithin noch keine Rechtsbeständigkeit erreicht hat, die mit der bei formellen Verfügungen mit dem Ablauf der Beschwerdefrist eintretenden Rechtskraft vergleichbar wäre.
3.2 Angesichts dieser Rechtsprechung hat das kantonale Gericht zu Recht die Rechtsbeständigkeit des mit der ersten Bezügerabrechnung formlos festgelegten versicherten Verdienstes bejaht. Der Beschwerdeführer hat die angeblich unrichtige Festsetzung des versicherten Verdienstes erstmals rund zwei Jahre nach dem Zeitpunkt gerügt, in welchem ihm dieser durch eine nicht formelle Verfügung eröffnet worden ist. Bei dieser Ausgangslage ist die Frist, während welcher sich der Versicherte dagegen hätte verwahren müssen, längst abgelaufen. Wie lange diese Frist allgemein zu dauern hat, hängt von einer nach den Umständen angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist ab (BGE 129 V 111 Erw. 1.1.2 mit Hinweisen). Bei einer formlosen Verfügung soll sie für die versicherte Person - im Unterschied zur Verwaltung (BGE 129 V 110) - jedoch länger sein als die Frist, die für die Anfechtung der formellen Verfügung gilt. Abgesehen davon, dass ihm die Behörde entgegen Art. 103 Abs. 2 AVIG keine formelle Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung zugestellt hat, wird der Adressat, wenn er nicht unter dem Druck eines als Verfügung bezeichneten Verwaltungsakts und damit einer auf Tage berechneten Frist steht, allgemein etwas länger Zeit benötigen, um sich über
Tragweite und Inhalt des Verwaltungsaktes und dessen allfällige Anfechtung klar zu werden. Besondere Umstände des Einzelfalles vorbehalten, sollte jedoch im Interesse der Rechtssicherheit eine drei Mal längere Frist (d.h. 90 Tage, gerechnet ab Eröffnung des formlosen Verwaltungsaktes), als sie für die Rechtsmittelfrist der entsprechenden förmlichen Verfügung gilt, nicht überschritten werden. Damit wird eine Frist angesetzt, die im Normalfall derjenigen für Revisionsgesuche entspricht (vgl. Art. 67 Abs. 1 VwVG; RKUV 1994 Nr. U 191 S. 145; Rudolf Rüedi, Allgemeine Rechtsgrundsätze des Sozialversicherungsprozesses, in: Walter R. Schluep [Hrsg], Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern 1993, S. 473 f.; vgl. nunmehr auch Art. 55 Abs. 1 ATSG). Nichts anderes gilt, falls der formlose Verwaltungsakt in Verletzung von Art. 103 Abs. 2 AVIG (dazu ARV 1987 Nr. 13 S. 118 Erw. 2 sowie Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. Aufl. S. 210 Rz 37, S. 333 Rz 18 f. und Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], S. 271 Rz 731 f.) erfolgt sein sollte. Auch ein solch mangelhaft eröffneter Entscheid
kann nicht beliebig, sondern nur innert angemessener Frist in Frage gestellt werden (BGE 111 V 150, 106 V 97 Erw. 2a, 104 V 166 Erw. 3).
3.3 Steht nach dem Gesagten die Rechtsbeständigkeit des versicherten Verdienstes fest, so erstreckt sich diese auch auf eine neue Bezügerabrechnung infolge eines erzielten Zwischenverdienstes. Sie kann auch nicht mehr im Rahmen der Rückforderungsverfügung überprüft werden, da die Verwaltung bei der neuen Berechnung lediglich die Höhe des Zwischenverdienstes in Wiedererwägung gezogen hat. Da im Übrigen unbestrittenermassen die Voraussetzungen für die Rückforderung der im Januar und Februar 2000 ausgerichteten Taggelder gegeben sind, lässt sich die Verfügung vom 25. Mai 2000 nicht beanstanden.

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 des Kantons Zürich und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 14. Juli 2003

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der I. Kammer: Der Gerichtsschreiber: