[AZA 7]
C 263/01 Ge

III. Kammer

Präsident Borella, Bundesrichter Meyer und Lustenberger;
Gerichtsschreiber Fessler

Urteil vom 16. Januar 2002

in Sachen
Staatssekretariat für Wirtschaft, Abteilung Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung, Bundesgasse 8, 3003 Bern, Beschwerdeführer,
gegen
B._____, Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Dario Zarro, Albisriederstrasse 361, 8047 Zürich,

und
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

In Erwägung,

dass B._____ ab 2. Februar 1998 in einer zweiten Leistungsrahmenfrist Arbeitslosenentschädigung auf der Grundlage eines versicherten Verdienstes von Fr. 7174.- bezog,
dass die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI mit Verfügung vom 18. Oktober 1999 die Summe von Fr. 16'962.- mit der Begründung zurückforderte, der versicherte Verdienst belaufe sich lediglich auf Fr. 6268.- resp. Fr. 6285.-,
dass das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 16. Juli 2001 die von B._____ hiegegen erhobene Beschwerde teilweise guthiess, die Rückerstattungsverfügung aufhob und mit der Feststellung, der versicherte Verdienst für die ab 2. Februar 1998 laufende Leistungsrahmenfrist betrage Fr. 6700.-, an die Arbeitslosenkasse zurückwies, damit sie den zurückzuzahlenden Betrag neu berechne und hernach darüber verfüge,
dass das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) Verwaltungsgerichtsbeschwerde führt mit dem Rechtsbegehren, es sei der kantonale Gerichtsentscheid aufzuheben,
dass B._____ die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen lässt, soweit darauf einzutreten ist, während die Arbeitslosenkasse auf eine Stellungnahme verzichtet,
dass Anfechtungs- und Streitgegenstand die Rückerstattungspflicht bildet,
dass es sich bei der im Zentrum der Diskussion stehenden Anspruchsvoraussetzung der erfüllten Beitragszeit (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG) um ein bestimmendes Element des mit der Anordnung der Rückerstattung festgelegten Rechtsverhältnisses handelt, welches grundsätzlich der richterlichen Überprüfung zugänglich ist (vgl. BGE 125 V 415 ff.
Erw. 2a-c),
dass somit, entgegen der Auffassung in der Vernehmlassung die Prüfung der Frage, ob er sich über eine Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten ausweisen kann (Art. 13 Abs. 1 zweiter Satz AVIG), keine unzulässige Verfahrensausdehnung (vgl. dazu BGE 122 V 36 Erw. 2a) bedeutet,
dass nach der Berechnung des seco der Beschwerdegegner lediglich 11,9 Beitragsmonate innerhalb der Beitragsrahmenfrist vom 1. Februar 1996 bis 31. Januar 1998 (recte:
2. Februar 1996 bis 1. Februar 1998) aufweisen kann, die Anspruchsvoraussetzung der erfüllten Beitragszeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG somit nicht erfüllt und demzufolge die Rückerstattungsverfügung rechtens ist,
dass die Ermittlung der Beitragszeit durch die Aufsichtsbehörde indessen keine Ferienentschädigung berücksichtigt, wie in der Vernehmlassung unter Hinweis auf BGE 121 V 169 richtig geltend gemacht wird (vgl. auch BGE 123 V 74 Erw. 5c, 112 V 226 Erw. 2d),
dass gemäss den Zwischenverdienst-Bescheinigungen die meisten Arbeitseinsätze innerhalb der Beitragsrahmenfrist im Stundenlohn erfolgten, wobei zusätzlich eine Ferienentschädigung von mindestens 8,33 % bezahlt

wurde,
dass bei einem Zuschlag von 8,33 % in den angebrochenen Kalendermonaten (vgl. zu diesem Begriff BGE 121 V 171 Erw. 2c/bb am Ende) mit Arbeitseinsätzen im Stundenlohn zusätzliche Beitragszeiten von mindestens 0,295 Beitragsmonaten resultieren (0,0833 x [0,7 (Dezember 1997) + 0,61 (Oktober 1997) + 0,56 (Mai 1997) + 0,7 (Januar 1997) + 0,98 (Juli 1996)]; vgl. auch Urteil H. vom 17. November 2000 [C 349/99]),
dass der Beschwerdegegner sich somit über mehr als 12,1 Beitragsmonate ausweisen kann und daher das Anspruchserfordernis der Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten (Art. 8 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 zweiter Satz AVIG) erfüllt,
dass weder Aufsichtsbehörde noch Beschwerdegegner konkrete Einwendungen gegen die vorinstanzliche Berechnung des versicherten Verdienstes für die ab 2. Februar 1998 laufende zweite Leistungsrahmenfrist vorbringen, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist,
dass schliesslich der angefochtene Entscheid auch insofern zu bestätigen ist, als er die Verwirkung des Rückerstattungsanspruches verneint, dies umso mehr, als und soweit gemäss Vernehmlassung die Neuberechnung des versicherten Verdienstes im Hinblick auf die Rückforderung allenfalls zu viel bezogener Leistungen auf einen Rechnungsfehler zurückzuführen war (vgl. BGE 124 V 383 oben),
dass entgegen dem Beschwerdegegner BGE 122 V 270 in Fällen wie dem vorliegenden nicht einschlägig ist,

erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

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

Fr. 2000.- (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, Arbeitslosenversicherung,
Zürich, zugestellt.
Luzern, 16. Januar 2002

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

Der Gerichtsschreiber: