[AZA 7]
C 276/00 Vr

IV. Kammer

Bundesrichter Borella, Rüedi und Bundesrichterin Leuzinger;
Gerichtsschreiberin Amstutz

Urteil vom 17. August 2001

in Sachen
R._____, 1961, Beschwerdeführerin,

gegen
Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Stampfenbachstrasse 32, 8001 Zürich, Beschwerdegegner,

und
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- Mit Verfügung vom 5. Oktober 1999 verneinte das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (AWA) einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung der 1961 geborenen R._____ rückwirkend ab dem 1. Februar 1999 mit der Begründung, die Versicherte sei wegen fehlendem Betreuungsplatz für ihr Kleinkind nicht vermittlungsfähig. In der Folge verfügte die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI am 20. Dezember 1999 die Rückforderung unrechtmässig bezogener Leistungen der Arbeitslosenversicherung im Betrag von Fr. 7565. 10.
B.- Mit Beschwerde vom 5. Januar 2000 betreffend "Kassenverfügung - Rückforderung von Leistungen (;) Verfügung des AWA vom 5. Oktober 1999" bestritt R._____ ihre Vermittlungsunfähigkeit und machte gleichzeitig geltend, den in der Kassenverfügung vom 20. Dezember 1999 zurückgeforderten Betrag nicht zahlen zu können. In ihren Stellungnahmen vom 29. Februar und vom 24. März 2000 erklärte sie, Anfechtungsgegenstand ihrer Beschwerde sei entgegen der Annahme des AWA (Vernehmlassung vom 3. Februar 2000) die Verfügung vom 20. Dezember 1999 und nicht jene vom 5. Oktober 1999, welche sie gar nie erhalten und von deren Inhalt sie nur aufgrund der Sachverhaltsfeststellung in der nachfolgenden Kassenverfügung in Kenntnis gesetzt worden sei. Am 3. Juli 2000 räumte das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich R._____ eine letzte Frist zur Beantwortung der Frage ein, "ob sie die Verfügung vom 5. Oktober 1999 anzufechten gedenk(e)". Hierauf erklärte die Versicherte nunmehr ausdrücklich, gegen die Verfügung vom 5. Oktober 1999 Beschwerde erheben zu wollen, was ihr bisher aus den dargelegten Gründen verwehrt geblieben sei (Schreiben vom 16. Juli 2000). Mit Entscheid vom 26. Juli 2000 trat das Sozialversicherungsgericht auf die Beschwerde
gegen die Verfügung vom 5. Oktober 1999 mangels Rechtzeitigkeit nicht ein.

C.- R._____ führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei ihr "Gelegenheit zu geben, gegen die Verfügung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit vom 5. Oktober 1999 Beschwerde zu erheben"; des Weitern ersucht sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.
Sowohl das Amt für Wirtschaft und Arbeit als auch das Staatssekretariat für Wirtschaft verzichten auf eine Vernehmlassung.
Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Richtet sich die Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid, hat das Gericht, ungeachtet der Vorbringen des Beschwerdeführers, zu prüfen und darüber zu entscheiden, ob die Verwaltung oder die gerichtliche Vorinstanz zu Recht nicht auf das Leistungs- oder Feststellungsbegehren eingetreten ist. Der richterliche Entscheid in der Sache (Sachentscheid) hat in dieser besonderen verfahrensmässigen Situation den formellen Gesichtspunkt des Nichteintretens durch die untere Instanz zum Gegenstand (BGE 116 V 266 Erw. 2a). Dagegen

hat sich das Gericht mit den materiellen Anträgen nicht zu befassen (vgl. BGE 121 V 159 Erw. 2b, 117 V 122 Erw. 1 mit Hinweisen; nicht publizierte Erw. 1a des Urteils RKUV 2000 Nr. U 372 S. 112 [U 269/00]; SVR 1997 UV Nr. 66 S. 226 Erw. 1a). Soweit in der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rechtsbegehren gestellt werden, die sich nicht mit der prozessualen Frage des vorinstanzlichen Nichteintretensentscheids befassen, ist darauf nicht einzutreten.

2.- Da keine Versicherungsleistungen streitig sind, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht nur zu prüfen, ob der vorinstanzliche Entscheid Bundesrecht verletzt, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).

3.- a) Nach Art. 103 Abs. 3 AVIG kann gegen Verfügungen oder Entscheide der kantonalen Amtsstellen und der Kassen innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Nach der Rechtsprechung obliegt der Beweis der Tatsache sowie des Zeitpunktes der Zustellung einer Verfügung grundsätzlich der Verwaltung (BGE 124 V 402 Erw. 2a; 103 V 65 Erw. 2a). Weil der Sozialversicherungsprozess von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, handelt es dabei nicht um die subjektive Beweisführungslast (Art. 8 ZGB), sondern in der Regel nur um die so genannte objektive Beweislast in dem Sinne, dass im Fall der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (BGE 117 V 264 Erw. 3b mit Hinweis; unveröffentlichtes Urteil H 220/98 vom 11. Juli 2000).

b) Bezüglich Tatsachen, welche für die Zustellung von Verfügungen erheblich sind, gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Allerdings bedingt dies in der Regel die Eröffnung der Verfügung mit eingeschriebenem Brief; denn nach der Rechtsprechung vermag die Verwaltung den Wahrscheinlichkeitsbeweis für die Zustellung der Verfügung nicht durch den blossen Hinweis auf den üblichen administrativen Ablauf zu erbringen (BGE 121 V 6 f.
Erw. 3b; vgl. ZAK 1984 S. 124 Erw. 1b). Wird die Tatsache oder das Datum der Zustellung uneingeschriebener Sendungen bestritten, muss im Zweifel auf die Darstellung des Empfängers abgestellt werden (BGE 124 V 402 Erw. 2a, 103 V 66 Erw. 2a). Diese in erster Linie für die Belange der AHV/IV entwickelten Grundsätze gelten gleichermassen für den Bereich der Arbeitslosenversicherung.

c) Aus dem im gesamten Bundessozialversicherungsrecht anwendbaren Grundsatz, dass den Parteien aus mangelhafter Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen (vgl. Art. 38 VwVG und Art. 107 Abs. 3 OG), folgt, dass dem beabsichtigten Rechtsschutz schon dann Genüge getan wird, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht. Das bedeutet nichts anderes, als dass nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu prüfen ist, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. Richtschnur für die Beurteilung dieser Frage ist der auch in diesem prozessualen Bereich geltende Grundsatz von Treu und Glauben, an welchem die Berufung auf Formmängel in jedem Fall ihre Grenze findet (BGE 111 V 150, 106 V 97 Erw. 2a; ZAK 1991 S. 377 Erw. 2a; ARV 1987 Nr. 13 S. 118 Erw. 2b mit weiteren Hinweisen). Eine Rechtsmittelfrist darf jedenfalls nicht schon dann zu laufen beginnen, wenn ein Betroffener zufällig von einer anzufechtenden Verfügung Kenntnis erhält. Umgekehrt kann der Betroffene, entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben, den Zeitpunkt des Beginns des Fristenlaufs nicht beliebig hinauszögern, wenn er einmal von der ihn betreffenden
Verfügung Kenntnis erhalten hat. Er hat nach Kenntnisnahme vom Bestand einer ihn betreffenden Verfügung im Rahmen des ihm Zumutbaren die sich aufdrängenden Schritte zu unternehmen (BGE 102 Ib 94 Erw. 3).

4.- a) Die Vorinstanz begründet ihr Nichteintreten auf die Beschwerde gegen die Verfügung vom 5. Oktober 1999 damit, dass für eine fehlende oder verspätete Zustellung keine stichhaltigen Anhaltspunkte vorlägen, weshalb die Eingabe vom 5. Januar 2000 verspätet erfolgt sei. Aus der Tatsache, dass in der Begründung der Kassenverfügung vom 20. Dezember 1999 ohne Erwähnung einer entsprechenden Beilage auf die Verfügung vom 5. Oktober Bezug genommen wurde, könne nicht geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin letztere Verfügung anders als durch ordnungsgemässe Zustellung erhalten habe. Da die Versicherte die angefochtene Verfügung vom 5. Oktober 1999 selbst und unaufgefordert beim Gericht ins Recht gelegt habe (Eingangsdatum

identisch mit jenem der Beschwerdeschrift), sei von einer ordnungsgemässen Zustellung auszugehen, wobei mangels genauerer Angaben der Beschwerdeführerin das Empfangsdatum auf spätestens den 11. Oktober 1999 festzusetzen sei (übliche postalische Zustelldauer von B-Post bei nachgewiesenem Versanddatum am 6. Oktober 1999).
b) Dagegen bestreitet die Beschwerdeführerin, dass ihr die Verfügung vom 5. Oktober jemals ordnungsgemäss zugestellt worden sei. Insbesondere treffe es nicht zu, dass sie diese selbst und uneingefordert ins Recht gelegt habe.

Vielmehr müsse die beim Gericht tatsächlich eingetroffene Verfügung vom 5. Oktober aus anderer Quelle stammen. Denkbar sei die Zustellung durch den Mitarbeiter der Gemeindeverwaltung Regensdorf, der ihr bei der Ausfertigung der Beschwerdeschrift geholfen habe und dabei Rücksprache mit einer anderen, der Beschwerdeführerin unbekannten Amtsstelle genommen habe, nachdem sie ihm die Verfügung vom 5. Oktober nicht habe vorlegen können.

c) aa) Wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, ging die angefochtene Verfügung vom 5. Oktober 1999 gemäss Eingangsstempel gleichentags wie die Beschwerdeschrift beim kantonalen Gericht ein. Es kann offen bleiben, ob dieser Umstand allein genügt, um den Nachweis einer tatsächlich erfolgten Zustellung mit dem erforderlichen Beweisgrad zu erbringen. Denn selbst wenn die Tatsache der Zustellung als erstellt erachtet wird, lassen sich hieraus noch keine Rückschlüsse bezüglich des für den Beginn des Fristenlaufs im vorinstanzlichen Verfahren massgeblichen Zustelldatums ziehen.

bb) Gestützt auf den Vermerk in der Verfügung vom 5. Oktober 1999, wonach diese am 6. Oktober 1999 versandt wurde, sowie den üblichen administrativen und postalischen Ablauf hat die Vorinstanz das Zustellungsdatum fiktiv auf spätestens den 11. Oktober 1999 festgelegt. Ob es sich hiebei um eine nach Würdigung der Beweise ergangene Tatsachenfeststellung oder aber um eine aus den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen anhand von Erfahrungssätzen gezogene Folgerung rechtlicher Art handelt (vgl. BGE 100 V 152 Erw. 2; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. , Bern 1983, S. 274 f.), die im vorliegenden Verfahren frei zu überprüfen wäre (vgl. Erw. 2 hievor), braucht nicht beantwortet zu werden. Selbst bei Annahme einer Tatsachenfeststellung vermöchte diese nämlich das Eidgenössische Versicherungsgericht nicht zu binden: Wann die betreffende Verfügung der Post übergeben wurde, lässt sich nach den unter Erw. 3a und b hievor dargelegten Grundsätzen selbst im Rahmen des anwendbaren Beweisgrades der überwiegenden Wahrscheinlichkeit mit dem blossen Hinweis auf das in der Verfügung notierte Versanddatum vom 6. Oktober 1999 und den üblichen administrativen Ablauf nicht beweisen; vielmehr wäre dies in erster Linie mittels - der bei
uneingeschriebenen Sendungen naturgemäss fehlenden - Aufgabequittung oder aber auf andere Weise darzutun gewesen. Weitere Indizien dieser Art, die für die Richtigkeit des genannten fiktiven Zustelldatums sprechen könnten, haben weder die Vorinstanz noch das AWA ins Recht geführt und sind auch aus den Akten nicht ersichtlich. Auch wenn die Verfügung vom 5. Oktober 1999 tatsächlich am 6. Oktober 1999 bei der Post aufgegeben wurde, ist damit nicht hinreichend bewiesen, dass die Beschwerdeführerin diese uneingeschriebene Sendung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes empfangen hat, denn ein Fehler bei der Postzustellung liegt nicht derart ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass mit der Möglichkeit einer grösseren Verspätung nicht gerechnet werden müsste (vgl. Urteil X. und Y. vom 5. Juli 2000 [2P. 54/2000]). Das von der Vorinstanz ohne weitere Abklärungen angenommene Zustellungsdatum vom 11. Oktober 1999 ist nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad erstellt. Unter diesen Umständen hat das kantonale Gericht gegen die von der Rechtsprechung für den Zustellungsnachweis von Verfügungen entwickelten Beweisgrundsätze (vgl. Erw. 3 hievor) verstossen, was im Ergebnis einer Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen im Sinne von Art. 105
Abs. 2 OG gleichkommt. Die Vorinstanz hätte der Beschwerdeführerin in der Verfügung vom 3. Juli 2000 auch nicht androhen dürfen, dass von der üblichen postalischen Zustelldauer (B-Post) und damit von der Zustellung der angefochtenen Verfügung spätestens am 11. Oktober 1999 ausgegangen und demnach mangels Rechtzeitigkeit auf die Beschwerde nicht eingetreten werde, falls die Beschwerdeführerin innert Frist nicht (bzw. ungenügend) erkläre, wann sie die angefochtene Verfügung erhalten habe, und das Couvert der angefochtenen Verfügung einreiche.

cc) Die Beschwerdeführerin ist nach eigener Darstellung erstmals in der Kassenverfügung vom 20. Dezember

1999 über den Inhalt der Verfügung des AWA vom 5. Oktober 1999, in welcher ihr die Vermittlungsfähigkeit und damit der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung rückwirkend ab
1. Februar 1999 abgesprochen wurde, in Kenntnis gesetzt worden. Da keine Indizien für eine vor dem 20. Dezember 1999 erfolgte Zustellung vorliegen, noch aufgrund der gesamten Umstände auf eine solche geschlossen werden kann, ist nach dem unter Erw. 3c Gesagten der Beginn der 30tägigen Beschwerdefrist bezüglich der Verfügung vom 5. Oktober 1999 frühestens auf die Tage nach Kenntnisnahme von deren Inhalt mittels Kassenverfügung vom 20. Dezember 1999 festzusetzen.
Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist somit die am 10. Januar 2000 bei der Vorinstanz eingegangene Beschwerde gegen die Verfügung vom 5. Oktober 1999 rechtzeitig erfolgt, sodass das kantonale Gericht darauf hätte eintreten müssen.

d) Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde vom 5. Januar 2000 sowie in ihren späteren Stellungnahmen erkennbar werden lassen, dass sich ihr Beschwerdewille jedenfalls auch auf die Kassenverfügung vom 20. Dezember 1999 erstreckt. Entsprechend hat das kantonale Gericht auch über die Rechtmässigkeit der Verfügung vom 20. Dezember 1999 betreffend die Rückforderung unrechtmässig bezogener Leistungen (Art. 95 Abs. 1 AVIG) materiell zu befinden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich allgemein die Rechtmässigkeit der Rückerstattung nicht bereits aus einer - für die Arbeitslosenkasse verbindlichen - Feststellung fehlender Vermittlungsfähigkeit und damit der Unrechtmässigkeit des Leistungsbezugs ergibt; vielmehr ist die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen nur zulässig, wenn die wiedererwägungs- oder revisionsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 126 V 399 mit weiteren Hinweisen; Urteil E. vom 13. Februar 2001 [C 168/00]).

5.- Das Verfahren ist kostenpflichtig, da es nicht umdie Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht (Art. 134 OG e contrario). Die Kosten sind vom AWA als unterliegender Partei zu tragen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG), weshalb das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 152 in Verbindung mit Art. 135 OG) gegenstandslos ist.
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird, soweit darauf
einzutreten ist, in dem Sinne gutgeheissen, dass der
Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons
Zürich vom 26. Juli 2000 aufgehoben und die Sache an
die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit sie über die
Beschwerde vom 5. Januar 2000 gegen die Verfügung des
Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich vom 5. Oktober 1999 sowie gegen die Verfügung der Arbeitslosenkasse
der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI vom 20. Dezember 1999 materiell entscheide.

II.Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
III. Dieser Entscheid wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht

des Kantons Zürich, der Arbeitslosenkasse
der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI,
Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 17. August 2001

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

Die Gerichtsschreiberin: