Urteilskopf

122 V 367

55. Urteil vom 6. November 1996 i.S. Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit gegen A. und Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich
Regeste (de):
Art. 95 Abs. 1 AVIG, Art. 30 AVIV, Art. 74quater IVV, Art. 58 VwVG. Sind formlos zugesprochene, d.h. faktisch verfügte Leistungen noch nicht rechtsbeständig geworden, kann die Verwaltung darauf grundsätzlich ohne Rechtstitel (Wiedererwägung oder prozessuale Revision) zurückkommen.

Art. 24 Abs. 1 AVIG. Zwischeneinkommen aus selbständiger Nebenerwerbstätigkeit im Sinne dieser Bestimmung ist in dem Zeitpunkt erzielt, in welchem der Versicherte die geldwerte Leistung erbracht hat.

Regeste (fr):
Art. 95 al. 1 LACI, art. 30 OACI, art. 74quater RAI, art. 58 PA. Tant que des prestations accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle, n'ont pas acquis force de chose décidée, l'administration peut revenir sur leur octroi, sans que soient réalisées les conditions qui président à la révocation des décisions administratives (reconsidération ou révision procédurale).

Art. 24 al. 1 LACI. Un gain intermédiaire tiré d'une activité accessoire indépendante au sens de cette disposition est réputé réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire.

Regesto (it):
Art. 95 cpv. 1 LADI, art. 30 OADI, art. 74quater OAI, art. 58 PA. Finché l'assegnazione di prestazioni disposta per decisione informale non esplichi validamente effetti giuridici, l'amministrazione può di principio revocarla senza titolo giuridico (riesame o revisione processuale).

Art. 24 cpv. 1 LADI. Il guadagno intermedio proveniente da un'attività accessoria indipendente ai sensi di questo disposto è da ritenere realizzato nel momento in cui l'assicurato ha fornito la prestazione valutabile in denaro.

Sachverhalt ab Seite 367

A.- Der 1964 geborene A. arbeitete bis Ende Mai 1993 als Computer-Service-Techniker bei der Firma X. Ab 1. Juni 1993 unterzog er sich der Stempelkontrolle und beanspruchte Taggelder der Arbeitslosenversicherung. Nachdem er seit Monaten mit Gitarren- und Bassunterricht einen unselbständigen Zwischenverdienst erzielt hatte, konnte er im Verlaufe des Monats August 1994 seine bisherigen Schüler auf eigene Rechnung unterrichten. In der Folge rechnete die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau und Industrie (GBI) für die Abrechnungsperiode August 1994 ein infolge selbständiger Erwerbstätigkeit als Musiklehrer erzieltes Einkommen von Fr. 1'113.– sowie für die Abrechnungsperiode September 1994 ein solches von Fr. 689.– als Zwischenverdienst an. Mit Abrechnung vom 7. Oktober 1994 verfügte sie die Rückforderung von im Monat August 1994 zuviel bezahlten Betreffnissen in der Höhe von

Fr. 435.15, welche sie mit dem Entschädigungsanspruch für den Monat September 1994 zur Verrechnung brachte.

B.- In Gutheissung der hiegegen eingereichten Beschwerde hob das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich den angefochtenen Verwaltungsakt vom 7. Oktober 1994 auf, und es wies die Sache an die Kasse zurück, damit diese im Sinne der Erwägungen verfahre und die Differenzzahlung vornehme (Entscheid vom 30. Mai 1995).

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides. A. hat sich nicht vernehmen lassen; die Arbeitslosenkasse trägt auf Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an.

Erwägungen

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1. (Kognition)

2. Der Abrechnung des Monats September 1994, mit welcher die Kasse die nach ihren Berechnungen im Monat August 1994 zuviel bezahlten Entschädigungen verrechnungsweise zurückforderte, kommt trotz Fehlens formeller Verfügungsmerkmale materiell Verfügungscharakter zu (BGE 121 V 53 Erw. 1 mit Hinweis; vgl. auch ARV 1993/1994 Nr. 25 S. 179 Erw. 3b und 1992 Nr. 1 S. 69 Erw. 2a). Denn sie stellt eine behördliche Anordnung dar, durch welche verbindlich festgelegt wird, dass der Versicherte für die in Frage stehende Kontrollperiode weniger Arbeitslosenentschädigung beanspruchen kann. Die Vorinstanz ist daher zu Recht auf die hiegegen eingereichte Beschwerde eingetreten.

3. Gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG muss die Kasse Leistungen der Versicherung, auf die der Empfänger keinen Anspruch hatte, zurückfordern. 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 119 V 183 Erw. 3a, 477 Erw. 1 a, je mit Hinweisen). Diese für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen massgebenden Voraussetzungen gelten auch mit Bezug auf die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 95 AVIG (BGE 110 V 179 mit

Hinweisen; SVR 1995 AlV Nr. 53 S. 162 Erw. 3a), und zwar unbesehen darum, ob sie förmlich oder formlos zugesprochen worden sind (BGE 111 V 332 Erw. 1; ARV 1995 Nr. 12 S. 64 Erw. 2b). Bei faktischem Verwaltungshandeln sind jedoch die Rückkommenstitel der Wiedererwägung oder prozessualen Revision nur

erforderlich, wenn die in Frage stehende Taggeldabrechnung auch vom Versicherten nicht mehr beanstandet werden kann, das Verwaltungshandeln vielmehr eine mit dem Ablauf der Beschwerdefrist bei formellen Verfügungen eintretende vergleichbare Rechtsbeständigkeit erreicht hat. Entsprechend der im Bereich des KUVG entwickelten, auf den Prinzipien des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit beruhenden Praxis kann die Rechtsbeständigkeit als eingetreten gelten, wenn anzunehmen ist, ein Versicherter habe sich mit einer getroffenen Regelung abgefunden. Dies ist nach der Rechtsprechung dann der Fall, wenn er sich nicht innert (nach den Umständen) angemessener Überlegungs- und Prüfungsfrist dagegen verwahrt (BGE 110 V 168 Erw. 2b; RKUV 1990 Nr. K 835 S. 82 Erw. 2a, 1988 Nr. K 783 S. 395 Erw. 3a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 107 V 191 Erw. 1). Vorher darf die Verwaltung unter Vorbehalt des Vertrauensschutzes (BGE 116 V 298) grundsätzlich frei, d.h. ohne Bindung an Wiedererwägung oder Revision, auf ihre Abrechnung zurückkommen (MEYER-BLASER, Die Rückerstattung von Sozialversicherungsleistungen, in: ZBJV 131/1995 S. 498 Fn. 125), so gut wie es ihr zusteht, während laufender Rechtsmittelfrist voraussetzungslos auf eine formelle Verfügung zurückzukommen (BGE 107 V 191 f.; vgl. auch BGE 121 II 276 Erw. 1a/aa mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

4. Nach Art. 24 AVIG (in der revidierten, auf den 1. Januar 1992 in Kraft gesetzten Fassung) gilt als Zwischenverdienst jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das der Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielt (Abs. 1). Als Verdienstausfall gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst (Abs. 3 Satz 1).

5. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass das Einkommen, welches der Beschwerdegegner als selbständiger Musiklehrer verdient, grundsätzlich als Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 AVIG anzurechnen ist. Da die Abrechnung für August 1994 damals vom Versicherten bei Nichteinverständnis noch hätte beanstandet werden können, war sie nicht rechtsbeständig geworden, als die

Kasse darauf am 7. Oktober 1994 zurückkam. Diese Verfahrensweise ist nach dem Gesagten (Erw. 3) zulässig, ohne dass es eines Rückkommenstitels bedarf. Streitig und zu prüfen ist einzig, wann, d.h. in welcher Kontrollperiode, dieses Einkommen erzielt und bei der Entschädigungsbemessung zu berücksichtigen ist. a) Das kantonale Gericht hat die Beschwerde unter Bezugnahme auf GERHARDS (Arbeitslosenversicherung: "Stempelferien", Zwischenverdienst und Kurzarbeitsentschädigung für öffentliche Betriebe und Verwaltungen - Drei Streitfragen, in: SZS 1994 S. 321, insbes. S. 346) sowie die bundesamtlichen Weisungen betreffend Behandlung von Zwischenverdiensteinkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit (ALV-Praxis 94/1 vom 15. Dezember 1994, Blatt 3/12) geschützt mit der Begründung, die Anwendung des Entstehungs- oder Fakturierungsprinzips, d.h. des Zeitpunkts, in welchem das Einkommen verrechnet, aber noch nicht eingegangen sei, erscheine nicht als vertretbar, da es dazu führe, dass dem Versicherten ein Einkommen angerechnet werde, obwohl der Eingang der Zahlung auf sich warten lasse. Damit aber laufe er Gefahr, keine oder nur geringe Differenzzahlungen zu erhalten, von denen er nicht leben könne. Aus diesen schutzrechtlichen Überlegungen heraus sei das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit erst in jener Kontrollperiode zu berücksichtigen, in der es tatsächlich anfalle. Demgegenüber bringt das BIGA im wesentlichen vor, es sei mittlerweile zur Überzeugung gelangt, dass das von ihm in den erwähnten Weisungen als massgeblich erachtete Realisierungsprinzip mit Sinn und Zweck der Zwischenverdienstregelung nicht vereinbar sei. Insbesondere widerspreche es dem Gleichbehandlungsgebot, da Zwischenverdiensteinkommen aus einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nach dem Entstehungsprinzip behandelt würden. Bei diesen Lohnempfängern erfolge nämlich die Anrechnung des Zwischenverdienstes für die in der jeweiligen Kontrollperiode erbrachte geldwerte Arbeitsleistung ohne Rücksicht auf den Realisierungszeitpunkt, d.h. unabhängig davon, ob der Lohn verspätet zur Auszahlung gelange.

Entscheidend sei daher nicht, in welchem Zeitpunkt das Entgelt in die Verfügungsgewalt des Versicherten übergehe, sondern wann der wirtschaftliche Wert für die Arbeits- oder Dienstleistung erbracht bzw. entstanden sei.
b) Der Auffassung des Bundesamtes ist im Ergebnis beizupflichten. Als der für die Berechnung des Taggeldes zugrunde zu legende (Art. 22 Abs. 1 AVIG) versicherte Verdienst gilt gemäss Art. 23

BGE 122 V 367 S. 371

Abs. 1 AVIG (in der bis Ende 1995 gültig gewesenen Fassung) der für die Beitragsbemessung massgebende Lohn (Art. 3), der während eines Bemessungszeitraumes normalerweise erzielt wurde, einschliesslich der vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen sind (Satz 1). Für die Beitragsbemessung selber verweist Art. 3 Abs. 1 AVIG auf den massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung. Wie das Eidg. Versicherungsgericht im Zusammenhang mit der AHV-Beitragspflicht wiederholt entschieden hat, gilt Einkommen grundsätzlich in dem Zeitpunkt als erzielt, in welchem der Rechtsanspruch auf die Leistung erworben wird (EVGE 1953 S. 55; ZAK 1989 S. 308 Erw. 3c mit Hinweisen, 1953 S. 223; vgl. auch BGE 73 I 141; MASSHARDT, Kommentar zur direkten Bundessteuer, 2. Aufl. 1985, S. 104, Rz. 5 zu Art. 21 BdBSt; LOCHER, System des Steuerrechts, 5. Aufl. 1995, § 15 S. 238). Einkommen ist mit anderen Worten erzielt, sobald die Forderung für die erbrachte Leistung entstanden ist, nicht erst bei der Gutschrift oder Erfüllung in bar (HÖHN, Steuerrecht, 5. Aufl., S. 193). Es erscheint naheliegend, diese Rechtsprechung auch im Rahmen von Art. 24 Abs. 1 AVIG zur Anwendung zu bringen. Übt ein Versicherter in einer Kontrollperiode, für die er Taggelder der Arbeitslosenversicherung beansprucht, eine Zwischenverdiensttätigkeit aus, hat er sich das vereinbarte (oder berufs-/ortsübliche; Art. 24 Abs. 3 AVIG) Entgelt in der gleichen Periode, in welcher er die geldwerte Leistung erbracht hat, anrechnen zu lassen, unabhängig davon, welchen Fälligkeitstermin die Parteien vereinbart haben. Die gegenteilige Auffassung würde nicht nur dem in Art. 24 AVIG mitenthaltenen Gebot der Schadensminderung (GERHARDS, a.a.O., S. 331) widersprechen, sondern hätte auch zur Folge, dass der Versicherte den Fälligkeitstermin nach Belieben festsetzen und beispielsweise beträchtliche Entschädigungsforderungen in missbräuchlicher Weise auf einen Zeitpunkt fällig stellen könnte, in welchem die Arbeitslosigkeit noch nicht eingetreten oder bereits überwunden ist. Dies kann nicht hingenommen werden. Zwar ist nicht zu verkennen, dass durch die Anrechnung ausstehender Zahlungen das Ersatzeinkommen des Versicherten geschmälert wird. Es ist aber nicht Sache der Arbeitslosenversicherung, solche Ausstände zu "bevorschussen" und alsdann wieder - sei es direkt vom Versicherten, sei es (über das Rechtsinstitut der Zession) von dessen Schuldner - zurückzufordern. Vielmehr obliegt es dem Ansprecher selber, dafür zu sorgen, dass er durch entsprechende

BGE 122 V 367 S. 372

Zahlungsvereinbarungen nicht in finanzielle Engpässe gerät. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Versicherten bei Rückforderungen bereits einen gewissen Schutz geniessen, indem der Verrechnungsabzug mit laufenden Leistungen auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum begrenzt ist (Rz. 22 des bundesamtlichen Kreisschreibens über die Rückforderung unrechtmässig bezogener Leistungen, die Verrechnung und über die Behandlung von Erlassgesuchen [RVE]vom Juli 1986; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 115 V 343 Erw. 2c, 113 V 285 Erw. 5b, BGE 111 V 103 Erw. 3b mit Hinweisen) oder indem die Möglichkeit besteht, bei der Arbeitslosenkasse den (ganzen oder teilweisen) Erlass der Rückforderung zu beantragen (vgl. Art. 95 Abs. 2 AVIG; BGE 116 V 290; ARV 1992 Nr. 7 S. 100; Rz. 43 ff. RVE).
c) Im Lichte des Gesagten hat die Arbeitslosenkasse die von den Musikschülern für die Monate August und September 1994 geschuldeten Entgelte zu Recht in denjenigen Kontrollperioden berücksichtigt, in welchen

der Beschwerdegegner seine Leistung erbracht hat. Der vorinstanzliche Entscheid ist daher in diesem Punkt aufzuheben.