[AZA]
C 299/99 Vr

IV. Kammer

Bundesrichter Borella, Rüedi und Bundesrichterin Leuzinger;
Gerichtsschreiber Grünvogel

Urteil vom 11. April 2000

in Sachen

Staatssekretariat für Wirtschaft, Abteilung Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung, Bundesgasse 8, Bern, Beschwerdeführer,
gegen

W._____ AG, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt E._____,
und

Kantonsgericht Appenzell I.Rh., Appenzell

A.- Die Firma W._____ AG (im Folgenden Firma), Appenzell, bezog für die Zeit vom 1. Januar bis 28. Februar 1997 sowie vom 1. November 1997 bis 31. März 1998 Kurzarbeitsentschädigung.
Das Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit (ab 1. Juli 1999 Staatssekretariat für Wirtschaft, nachfolgend seco) führte am 8. Oktober 1998 bei der Firma eine Arbeitgeberkontrolle durch. Dabei nahmen die Revisoren diverse Akten zur weiteren Prüfung nach Bern mit. Die uneingeschrieben erfolgte Rücksendung dieser Belege erreichte die Firma nie. Damit gingen all jene Urkunden unwiederbringlich verloren, von welchen keine Kopien vorhanden waren, nämlich die gesamten Lohnlisten der Monate Februar bis Oktober 1997, das Lohnjournal 1997, die Lohnkarten-Rekapitulation 1997, die SUVA-Jahreslohnabrechnung 1997, die Firmen-Rekapitulation 1997, die Abrechnung der Jahreslohnsumme für die kollektive Krankentaggeld-Abrechnung, die Deklarationen der Betriebshaftpflicht und für die UVG-Versicherung sowie die Abrechnung der im Stundenlohn beschäftigten Personen. Nicht davon betroffen waren dagegen insbesondere die von der Firma dem seco zur Verfügung gestellten Arbeitsrapporte, von diesem im provisorischen Bericht vom 20. Oktober 1998 näher als Tagesrapporte bezeichnet.
Nach Erhalt des definitiven Berichtes des seco vom 11. Dezember 1998 verpflichtete die Arbeitslosenkasse des Kantons Appenzell I.Rh. die Firma mit Verfügung vom 17. Dezember 1998, die für die Zeit vom 1. Januar bis 26. Februar 1997 sowie vom 1. November 1997 bis 31. März 1998 bereits ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen im Betrag von Fr. 125’235.- zurückzuerstatten.

B.- Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Kantonsgericht Appenzell I.Rh. gut und wies die Sache unter Aufhebung der Verfügung vom 17. Dezember 1998 an die Kasse zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen zurück (Entscheid vom 8. Juni 1999).

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt das seco die Aufhebung des angefochtenen Entscheids beantragen. Die Arbeitslosenkasse verzichtet auf eine Vernehmlassung. Die Firma schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.
Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Nach 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 122 V 21 Erw. 3a, 173 Erw. 4a, 271 Erw. 2, 368 Erw. 3, 119 V 183 Erw. 3a, 477 Erw. 1, je mit Hinweisen). Die 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 122 V 272 Erw. 2, 110 V 179 Erw. 2a mit Hinweisen; SVR 1995 ALV Nr. 53 S. 162 Erw. 3a), und zwar unbesehen darum, ob sie förmlich oder formlos zugesprochen worden sind (BGE 122 V 369 oben, 111 V 332 Erw. 1; ARV 1995 Nr. 12 S. 64 Erw. 2b). Eine zweifellose Unrichtigkeit liegt nicht nur vor, wenn die in Wiedererwägung zu ziehende Verfügung auf Grund falscher oder unzutreffender Rechtsregeln erlassen wurde, sondern auch, wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (ARV 1996/1997 Nr. 28 S. 158 Erw. 3c).

b) Laut Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit eingestellt ist, unter den in der Bestimmung aufgeführten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben nach Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist. Ein geltend gemachter Arbeitsausfall ist erst dann genügend kontrollierbar, wenn für jeden einzelnen Tag die geleistete Arbeitszeit überprüfbar ist. Nur auf diese Weise ist Gewähr geboten, dass die an gewissen Tagen geleistete Überzeit, welche innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen ist (vgl. Gerhards, Kommentar zum AVIG, Bd. I, N. 5 zu Art. 31), bei der Feststellung des monatlichen Arbeitsausfalls Berücksichtigung findet. Fehlen

geeignete Unterlagen zum Arbeitszeitnachweis, können diese weder durch die nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer noch anderer Personen ersetzt werden, da nicht anzunehmen ist, dass diese aus dem Gedächtnis detailliert Auskunft zu den fraglichen Arbeitszeiten geben können. Entsprechend hält Art. 46b AVIV fest, dass für die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle vorausgesetzt ist (Abs. 1), die der Arbeitgeber zudem während fünf Jahren aufzubewahren hat (Abs. 2).

2.- Streitig ist im Wesentlichen, ob die Arbeitszeit ausreichend kontrollierbar im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG ist.

a) Dies lässt sich in Übereinstimmung mit der Vorinstanz anhand der vorhandenen Akten nicht abschliessend beurteilen. Ob die sowohl von der Beschwerdegegnerin als auch vom seco im provisorischen Bericht vom 20. Oktober 1998 zur Arbeitgeberkontrolle als Tagesrapporte bezeichneten Aufzeichnungen hiezu geeignet sind, ist unklar, scheint es sich dabei doch um Regie-Rapporte zu handeln, die den der Kundschaft verrechenbaren Arbeitsaufwand ausweisen, welcher in der Gartenbaubranche mit der tatsächlich insgesamt geleisteten Arbeitszeit nicht identisch zu sein braucht. Zusätzlich ist nicht erstellt, ob diese Rapporte - den Ausführungen der Beschwerdegegnerin folgend - anders als jene von nicht von der Kurzarbeitszeit betroffenen Arbeiterinnen und Arbeitnehmern lückenlos aufbewahrt worden sind. Bejahendenenfalls fragt sich weiter, wie der Umstand zu erklären ist, dass auf den einzelnen Berichten gleichzeitig Arbeitsstunden als qualifizierter Gärtner, Facharbeiter, für Gartenarbeiten und in einem Fall gar zusätzlich als Gärtnermeister aufgeführt werden, ohne dass - vorausgesetzt der Rapport erfasst mehrere Arbeiter - eine Aufschlüsselung auf die einzelnen Personen stattgefunden hat, sodass von einer Arbeitszeitkontrolle für die von der Kurzarbeitszeit betroffenen Personen gesprochen werden kann. Hiezu bedarf es zusätzlicher Abklärungen.
Die weiteren in den Akten liegenden Dokumente (insbesondere die Lohnlisten und -abrechnungen) sind dagegen zur Arbeitszeitkontrolle von vornherein nicht geeignet.
Welche der anlässlich der Rücksendung untergegangenen Schriftstücke hiezu geeignet waren, ist sodann nicht erstellt, zumal lediglich bekannt ist, was unter "Lohnlisten" zu verstehen ist.

b) Somit bedarf es zusätzlicher Beweiserhebungen. Dabei ist insbesondere auch abzuklären, ob mit den bei der Rücksendung vom seco an die Beschwerdegegnerin verschwundenen Dokumenten der Arbeitsausfall hätte bewiesen werden können. Dies dürfte sich - wie auch die Frage nach der Geeignetheit der Rapporte als Arbeitszeitnachweis - durch den

Beizug entsprechender Dokumente aus anderen Zeitperioden und die förmliche Befragung von Zeugen erstellen lassen. Da für Letzteres ein Gericht über die geeigneteren Mittel verfügt, erweist es sich als sachgerecht, nicht die Verwaltung, sondern das kantonale Gericht mit den weiteren Abklärungen zu betrauen.

3.- Sollten sich die Dokumente als für die Arbeitszeitkontrolle ungeeignet erweisen, war die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung zweifellos unrichtig (Erw. 1a in fine). Ergibt sich dagegen, dass die Dokumente zur Kontrolle geeignet waren, oder lässt sich die Tauglichkeit der ohne Verschulden der Beschwerdeführerin untergegangenen Akten nicht mehr feststellen, ist nur die Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung in dem von der Vorinstanz in Erwägung 3d umschriebenen Umfang zweifellos unrichtig. Daran ändern die letztinstanzlichen Vorbringen der Beschwerdegegnerin nichts. Das kantonale Gericht wird den entsprechenden Rückforderungsbetrag unter Mitwirkung der Parteien festsetzen. In beiden Fällen wird es zusätzlich prüfen, ob die Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (vgl. hiezu in Erw. 1a hievor zitierte Rechtsprechung).

4.- Nachdem das Kantonale Arbeitsamt Appenzell I.Rh. die Anrechenbarkeit des Arbeitszeitausfalles seinerzeit nicht beanstandet hat (Art. 36 Abs. 1 und 4 in Verbindung mit Art. 33 AVIG), ist dies - entgegen der vorinstanzlichen Auffassung - im Rahmen der Wiedererwägung und damit auch vom kantonalen Gericht mangels Zuständigkeit und da keine Anzeichen für Unrichtigkeit vorliegen, nicht mehr zu überprüfen.

5.- Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Dem Prozessausgang entsprechend hat die Beschwerdegegnerin Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung (Art. 135 in Verbindung mit Art. 159 Abs. 3 OG).
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid das Kantonsgerichts Appenzell I.Rh. vom 8. Juni 1999 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, über die Beschwerde neu entscheide. Im Übrigen wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen.

II.Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

III.Das seco hat der Beschwerdegegnerin für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

IV.Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsgericht Appenzell I.Rh., der Kantonalen Arbeitslosenkasse Appenzell I.Rh. und dem Kantonalen Arbeitsamt Appenzell I.Rh. zugestellt.

Luzern, 11. April 2000

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

Der Gerichtsschreiber: