[AZA 7]
C 370/99 Gb

IV. Kammer

Bundesrichter Borella, Rüedi und Bundesrichterin Leuzinger;
Gerichtsschreiberin Berger

Urteil vom 19. September 2000

in Sachen

FirmaH. _____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch die Treuhand und Revisions AG, Bahnhofstrasse 8, Naters,

gegen

Kantonales Arbeitsamt, Avenue du Midi 7, Sitten, Beschwerdegegner,

und

Kantonale Rekurskommission in Sachen Arbeitslosigkeit, Sion

A.- Gestützt auf die Ergebnisse einer vom Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit (BWA; ab 1. Juli 1999 Staatssekretariat für Wirtschaft, nachfolgend: seco) durchgeführten Arbeitgeberkontrolle verpflichtete die Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI die Firma H._____ AG mit Verfügung vom 24. Juni 1998, bereits ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von Fr. 58'852. 65 zurückzuerstatten. Dieser Verwaltungsakt erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Ein am 22. Juli 1998 gestelltes Erlassgesuch lehnte das Kantonale Arbeitsamt, Sitten, mangels Gutgläubigkeit beim Leistungsbezug ab (Verfügung vom 1. September 1998).

B.- Die dagegen erhobene Beschwerde wies die Kantonale Rekurskommission in Sachen Arbeitslosigkeit, Sitten, ab (Entscheid vom 10. August 1999).

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt die Firma H._____ AG beantragen, in Aufhebung des angefochtenen Entscheides sei ihr die Rückerstattungsschuld vollumfänglich, eventuell teilweise im Umfang von Fr. 48'208. 65, subeventuell lediglich im Betrag von Fr. 22'728. 80 zu erlassen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht lässt die Firma um Sistierung des Prozesses bis zur rechtskräftigen Erledigung des Wiedererwägungsverfahrens vor der Rekurskommission (recte: Arbeitslosenkasse) ersuchen.
Die Rekurskommission äussert sich in abweisendem Sinne zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Arbeitsamt verzichtet auf eine Stellungnahme. Das seco lässt sich nicht vernehmen.

D.- Auf Anfrage des Eidgenössischen Versicherungsgerichts hat die Firma H._____ AG das an die Arbeitslosenkasse gerichtete Wiedererwägungsgesuch vom 11. Oktober 1999 sowie die Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 8. November 1999 nachgereicht.
Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Die Arbeitslosenkasse ist mit Verwaltungsakt vom 8. November 1999 auf das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin nicht eingetreten. Unter diesen Umständen erweist sich das Sistierungsbegehren als gegenstandslos.

2.- a) Streitig und zu prüfen ist einzig die vorinstanzlich bestätigte Verweigerung des Erlasses der Rückerstattungsschuld, während über die Rückforderung selbst bereits rechtskräftig verfügt worden ist. Dabei steht auf

Grund der Akten fest und ist nunmehr unbestritten, dass der gute Glaube hinsichtlich des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigungen für die ehemaligen Verwaltungsratsmitglieder S._____ und P._____ X._____ sowie den seit 28. März 1997 einzigen Verwaltungsrat der Firma, J._____ X._____, zu verneinen ist.

b) Nach ständiger Rechtsprechung geht es beim Erlass einer Rückerstattungsschuld nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen im Sinne von Art. 132 OG (BGE 122 V 223 oben, mit Hinweis; ARV 1998 Nr. 41 S. 236 f. Erw. 2). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat demnach nur zu prüfen, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, 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.- Die Rekurskommission hat die massgebliche Gesetzesbestimmung über die Voraussetzungen für den Erlass der Rückerstattung zu Unrecht bezogener Kurzarbeitsentschädigung (Art. 95 Abs. 2 AVIG) sowie die nach der Rechtsprechung für die Beurteilung des guten Glaubens der Leistungsbezüger entscheidenden Kriterien (BGE 112 V 103 Erw. 2c, 110 V 180 Erw. 3c; ARV 1992 Nr. 7 S. 103 Erw. 2b) zutreffend dargelegt. Darauf kann verwiesen werden.
Wie im angefochtenen Entscheid sodann richtig ausgeführt wurde, ist gemäss Rechtsprechung zu unterscheiden zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann oder ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen. Ergänzend ist anzuführen, dass die Frage nach dem Unrechtsbewusstsein zum inneren Tatbestand gehört und daher Tatfrage ist, die nach Massgabe von Art. 105 Abs. 2 OG von der Vorinstanz verbindlich beantwortet wird. Demgegenüber gilt die Frage nach der Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit als frei überprüfbare Rechtsfrage, soweit es darum geht, festzustellen, ob sich jemand angesichts der jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse auf den guten Glauben berufen kann (BGE 122 V 223 Erw. 3, 102 V 246; AHI 1994 S. 123 Erw. 2c; ZAK 1983 S. 508 Erw. 3a).

4.- Die Vorinstanz hat im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG für das Eidgenössische Versicherungsgericht verbindlich festgestellt, dass den Verantwortlichen der Beschwerdeführerin beim Bezug der Kurzarbeitsentschädigungen ein Unrechtsbewusstsein fehlte. Zu prüfen bleibt, ob sich die Arbeitgeberin hinsichtlich des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung für den Arbeitnehmer P._____ unter den konkreten Umständen auf den guten Glauben berufen kann (vgl. Erw. 3 hievor).

a) Im Antragsformular für Kurzarbeitsentschädigung, welches die Beschwerdeführerin auszufüllen hatte, unter der Rubrik "Nicht anspruchsberechtigte Arbeitnehmer" werden Arbeitnehmer genannt, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist. Die gleiche Formulierung findet sich in Ziffer 6 des Merkblattes des Info-Service bezüglich Kurzarbeitsentschädigung des heutigen seco (nachfolgend: Merkblatt); ergänzend werden die Firmen darauf hingewiesen, dass die Erfüllung der ausreichenden Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit ein betriebsinternes Zeiterfassungssystem wie Stempelkarten, Stundenrapporte etc. voraussetzt.

b) Vorliegend betätigte der Arbeitnehmer P._____ die Stempeluhr sowohl vor als auch nach der Anmeldung der Kurzarbeit nur morgens, über Mittag und abends, weil er sich, unabhängig vom Arbeitsanfall, jeweils den ganzen Tag im Betrieb aufgehalten hat und ein Arbeitsantritt auf Abruf zufolge der Ausführungen der Beschwerdeführerin für den Grenzgänger nicht sinnvoll gewesen wäre. Anhand dieses Systems lässt sich der Arbeitsausfall sowie die Betriebsüblichkeit oder -unüblichkeit des Arbeitsausfalls nicht feststellen. Entgegen den Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann mit der Führung von Auftragsbüchern und der Erstellung entsprechender Arbeitsrapporte zwar die der Kundschaft verrechenbare, nicht aber die gesamte für den Betrieb erbrachte Arbeitszeit belegt werden. Auch aus der nachgewiesenen Umsatzeinbusse kann der genaue Arbeitsausfall eines einzelnen Arbeitnehmers nicht eruiert werden. In Anbetracht der Hinweise in Antragsformular und Merkblatt einerseits und der von der Beschwerdeführerin für P._____ gewählten ungenauen Methode der Arbeitszeiterfassung anderseits hätte sie bei der gebotenen Aufmerksamkeit Anlass gehabt, sich bei der Arbeitslosenkasse zu erkundigen, ob dieses System die ausreichende Kontrolle

gewährleiste. Die Unterlassung jeglicher Abklärung kann nicht als leichte Nachlässigkeit charakterisiert werden, weshalb es an der Erlassvoraussetzung des guten Glaubens fehlt.
An diesem Ergebnis ändert nichts, dass P._____ als Grenzgänger einen weiteren Arbeitsweg hatte, da dieser Umstand die Umstellung auf ein präziseres Arbeitszeitkontrollsystem nicht ausgeschlossen hätte. Auch die Tatsache, dass der Arbeitgeberin Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt wurden, war nicht geeignet, bei ihr den guten Glauben in das Genügen ihres Zeiterfassungssystems zu begründen. Denn die Arbeitslosenkasse war zu den Bezugszeiten über die Methode der Zeiterfassung noch nicht informiert, weil die entsprechenden Unterlagen nicht mit dem Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung eingereicht, sondern gemäss Ziffer 24 des Merkblattes im Hinblick auf spätere Kontrollen aufbewahrt werden mussten.

c) Der Rekurskommission kann sodann - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - keine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder des Untersuchungsgrundsatzes vorgeworfen werden. Die Vorinstanz durfte sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. die zu Art. 4 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 ergangene, gemäss dem nicht veröffentlichten Urteil I. vom 9. Mai 2000, I 278/99, unter der Herrschaft von Art. 29 Abs. 2 der seit 1. Januar 2000 in Kraft stehenden neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 weiterhin massgebende Rechtsprechung zum rechtlichen Gehör: BGE 124 I 51 Erw. 3a, 242 Erw. 2, 124 II 137 Erw. 2b, 124 V 181 Erw. 1a, 375 Erw. 3b, je mit Hinweisen) und musste unter den vorliegenden Umständen weder den Rügen hinsichtlich der Grenzgänger- und der Betriebsführungsproblematik noch dem Hinweis auf die Gefahr einer teilweisen Betriebsschliessung weiter nachgehen noch zusätzliche Beweismittel (vgl. zum Untersuchungsgrundsatz und zu den Mitwirkungspflichten der Parteien: BGE 125 V 195 Erw. 2, 122 V 158 Erw. 1a, je mit Hinweisen) einfordern.

d) Da es nach dem Gesagten auch bezüglich des Arbeitnehmers P._____ an der Erlassvoraussetzung des guten Glaubens mangelt, hat die Vorinstanz zu Recht nicht geprüft, ob die weitere Voraussetzung der grossen Härte erfüllt ist.
5.- a) Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die Rückforderung betreffe Kurzarbeitsentschädigungen, welche über eine Laufzeit von mehr als zweieinhalb Jahre geleistet worden sei. Bezüglich der für die ehemaligen Verwaltungsratsmitglieder S._____ und P._____ X._____ sowie den derzeitigen Verwaltungsrat J._____ X._____ vor dem 30. Juni 1997 ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen sei der Rückforderungsanspruch somit verwirkt.

b) Art. 95 AVIG sieht ein zweistufiges Verfahren vor (zur inhaltlich übereinstimmenden Regelung in Art. 47 Abs. 1 AHVG: nicht veröffentlichtes Urteil P. vom 10. Mai 1989, P 31/87). Einerseits das Rückforderungsverfahren, in welchem zu beurteilen ist, ob und in welchem Umfang eine Rückforderung besteht (Art. 95 Abs. 1 AVIG), und anderseits das Erlassverfahren, in welchem darüber zu entscheiden ist, ob der rückerstattungspflichtigen Person die Rückzahlung wegen guten Glaubens und grosser Härte erlassen werden kann (Art. 95 Abs. 2 AVIG). Im Rückforderungsverfahren sind alle Gesichtspunkte zu prüfen, welche den Rechtsbestand und den Umfang der Rückforderung betreffen, weshalb allfällige Einwendungen zu diesem Themenbereich in diesem Rahmen vorzutragen sind. Unterlassen es die Versicherten, solche Argumente in dieser Verfahrensstufe vor der Verwaltung oder der Beschwerdeinstanz geltend zu machen, so können sie das Versäumte im Erlassverfahren nicht mehr nachholen, denn mit einer im Rückerstattungsverfahren unangefochten gebliebenen Verfügung der Verwaltung bzw. einem nicht weitergezogenen oder nicht weiterziehbaren richterlichen Erkenntnis sind Bestand und Umfang der Rückforderung rechtskräftig festgestellt. Im Erlassverfahren kann
deshalb grundsätzlich nur noch für Fragen Raum sein, die den guten Glauben oder die grosse Härte betreffen.

c) Die Verwirkung gemäss Art. 95 Abs. 4 AVIG (vgl. BGE 124 V 382 Erw. 1 mit Hinweisen) hat den Untergang der Rückforderung zur Folge und beschlägt somit Bestand oder Nichtbestand der Forderung. Die Einrede der Verwirkung gehört daher in das Rückforderungsverfahren und hätte seinerzeit dort erhoben werden müssen. Der mit der unangefochten gebliebenen Kassenverfügung vom 24. Juni 1998 festgestellte Bestand und Umfang der Rückforderung - auf das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin ist die Arbeitslosenkasse mit Verwaltungsakt vom 8. November 1999 nicht eingetreten - kann deshalb im heutigen Erlassverfahren zufolge Rechtskraft mit der Einrede der Verwirkung nicht mehr in Frage gestellt werden.

6.- Da im vorliegenden Prozess nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen streitig war, fällt er nicht unter die Kostenfreiheit gemäss Art. 134 OG.
Entsprechend dem Verfahrensausgang werden die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin auferlegt (Art. 135 in Verbindung mit Art. 156 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II. Die Gerichtskosten von Fr. 4000. - werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

III. Dieses Urteil wird den Parteien, der Kantonalen Rekurskommission in Sachen Arbeitslosigkeit, Sitten, der Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 19. September 2000

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

Die Gerichtsschreiberin: