



Abteilung II
B-6200/2011

Urteil vom 13. Februar 2012

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richterin Vera Marantelli, Richter Frank Seethaler,
Gerichtsschreiber Beat Lenel.

Parteien

X._____,
vertreten durch A._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft,
Arbeitsmarkt / Arbeitslosenversicherung,
Effingerstrasse 31, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einspracheentscheid vom 12. Oktober 2011; Rückforderung
von Kurzarbeitsentschädigungszahlungen.

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung der Vorinstanz vom 12. Juli 2011 wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, zu Unrecht bezogene Kurzarbeitsentschädigungen in der Höhe von CHF 75'122.60 an die Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten. Zur Begründung wurde angeführt, der Mitarbeiter Y._____, für den diese Entschädigungen bezogen wurden, sei aufgrund der monatlich stark schwankenden Arbeitspensen nach geleisteten Stunden entschädigt worden. Für Personen mit variabler Beschäftigung bestehe jedoch kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigungen.

B.

Am 13. September 2011 erhob der Beschwerdeführer Einsprache bei der Vorinstanz gegen diese Verfügung (das Einspracheschreiben liegt nicht im Recht).

C.

Mit Verfügung vom 22. September 2011 wies die Vorinstanz den Antrag auf Insolvenzenschädigung für den Monat Juni 2011 ab. Der Beschwerdeführer verzichtete auf eine Stellungnahme und erklärte, den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für Juni 2011 nicht aufrechtzuerhalten.

D.

Mit Entscheid vom 12. Oktober 2011 wies die Vorinstanz auch die Einsprache ab. Sie führte aus, anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 7. und 8. Juli 2011 habe kein schriftlicher Arbeitsvertrag für Y._____ vorgelegt werden können und es sei keine Arbeitszeiterfassung erfolgt. Gemäss den Aussagen des Beschwerdeführers sei Y._____ je nach Arbeitsanfall beschäftigt und nach den effektiv geleisteten Stunden entschädigt worden. Die Lohnzahlungen 2008 und 2009 seien stark schwankend gewesen. Die gegenüber der Arbeitslosenkasse ausgewiesenen Lohnabrechnungen seien wahrheitswidrig gewesen. Eine Protokollierung der entsprechenden Aussagen des Beschwerdeführers und der Buchhaltungsstelle sei allerdings nicht notwendig gewesen, weil die Beanstandungen vorwiegend auf eigenen Feststellungen basiert hätten. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dass Y._____ auf einen Teil des ihm zustehenden Lohnes verzichtet habe, sei sodann unglaubwürdig. Ein Aufhebungsvertrag könne aufgrund der vorliegenden

schriftlichen Kündigung ausgeschlossen werden, womit während der Kündigungsfrist kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe.

E.

Am 14. November 2011 erhob der Beschwerdeführer gegen diesen Entscheid Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen, dass der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und die Versicherungsleistungen nicht zurückzufordern seien, eventualiter dass der Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Zur Begründung führte der Beschwerdeführer aus, dass die Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Juni 2011 gar nicht ausbezahlt worden sei und deshalb auch nicht zurückgefordert werden könne. Die Sachverhaltsermittlung durch die Vorinstanz sei rechtswidrig erfolgt, insbesondere seien die Befragten nicht auf den Zweck der Befragung hingewiesen worden und es sei kein Protokoll darüber erstellt worden. Y._____ habe zeitweise auf einen Teil seines Lohnes verzichtet, um den Betrieb nicht zu gefährden. Es bestehe ein Vertrauensschutz wegen Verletzung der Aufklärungspflicht der Behörde bezüglich des 100 % Pensums. Die Verfügung sei nicht zweifellos unrichtig, weshalb eine Revision ausgeschlossen sei.

F.

Mit Vernehmlassung vom 23. Januar 2012 führte die Vorinstanz aus, dass sie an ihren Anträgen festhalte. Aufgrund der Gehaltskarten sei ersichtlich, dass der vereinbarte Lohn nie auch nur annähernd ausbezahlt worden sei. Die Befragung des Beschwerdeführers sei lediglich zum besseren Verständnis der vorgefundenen Dokumente erfolgt, weshalb sich eine Protokollierung erübrigt habe. Aufgrund der eindeutigen Revisionssituation könne der Beschwerdeführer nicht vorbringen, er habe den Zweck der Befragung nicht gekannt. Flexible Arbeitsverträge dürften nicht mit dem Einwand des Lohnverzichts der Kontrolle entzogen werden. Die Einkommensschwankungen seien überdies zu gross gewesen, um unter die Ausnahmeregelung zu fallen. Die Rüge der fehlenden Arbeitszeiterfassung stelle nur ein zusätzliches Element, keine Änderung der Begründung dar. Auch die Aufklärungspflicht nach ATSG sei nicht verletzt worden. Die zweifellose Unrichtigkeit der Auszahlungen sei belegt und die Voraussetzungen für ein Zurückkommen auf die Auszahlungen gegeben. Überdies sei die geltend gemachte Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigungsfrist aktenwidrig.

G.

Gemäss telefonischer Auskunft von Herrn Juillard von der

Arbeitslosenkasse St. Gallen vom 1. Februar 2012 und nachfolgendem E-Mail mit detaillierter Aufstellung wurden dem Beschwerdeführer Kurzarbeitsentschädigungen von insgesamt CHF 75'122.60 bis und mit Mai 2011 ausbezahlt, während der Betrag von CHF 3'303.38 für den Monat Juni 2011 nicht darin enthalten war. Der Beschwerdeführer verzichtete stillschweigend auf eine Stellungnahme zu dieser Aufstellung.

H.

Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung haben die Parteien stillschweigend verzichtet.

I.

Auf die weiteren Vorbringen ist, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGVE 2007/6 E. 1 S. 45).

1.2. Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 172.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Beim angefochtenen Einspracheentscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Zulässig sind Beschwerden gegen Verfügungen von Vorinstanzen, zu denen gestützt auf Art. 33 Bst. d VGG auch das SECO zählt. Nach Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG, SR 837.0) sind Verfügungen des SECO beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.3. Durch den angefochtenen Entscheid ist der Beschwerdeführer besonders berührt und er hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Bst. b und c VwVG, vgl. auch Art. 59

des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Die dagegen erhobene Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG, vgl. auch Art. 60 Abs. 1 ATSG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1. Ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG für Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben (Bst. a), der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Bst. b), das Arbeitsverhältnis ungekündigt ist (Bst. c) und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (Bst. d).

2.2. Gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Art. 46b der Arbeitslosenversicherungsverordnung (AVIV, SR 837.02) präzisiert dazu, dass die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraussetzt und dass der Arbeitgeber die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat. Auch bei den im Monatslohn angestellten Personen ist ein geltend gemachter Arbeitszeitausfall nur dann genügend überprüfbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag kontrollierbar ist. Es genügt nicht, wenn der Arbeitgeber eine An- und Abwesenheitskontrolle führt; vielmehr bedarf es Angaben über die täglich geleistete Arbeitszeit. (Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts C 140/02 vom 8. Oktober 2002, E. 3.2; ERWIN MURER/HANS-ULRICH STAUFFER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 31 Ziff. 4).

2.3. Das Moment der Kontrollierbarkeit erfordert, dass ein Fachmann aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung sich innert angemessener Frist ein einigermaßen klares Bild über den Arbeitsausfall

machen kann. Die zur Verfügung gestellten Unterlagen müssen das Kontrollorgan in die Lage versetzen, jederzeit möglichst zuverlässig die genauen Arbeitszeiten jedes einzelnen Arbeitnehmers feststellen zu können. Es liegt nicht an der Kasse, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede zur Kurzarbeit angemeldete Person individuell zu beweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten. Die Beweislast obliegt dem Arbeitgeber (Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts C 66/04 vom 18. August 2004, E. 3.2).

2.4. Die Ausgleichsstelle prüft stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen (Art. 110 Abs. 4 AVIV). Sie hält das Revisionsergebnis in einem schriftlichen Bericht fest und gibt es der Kasse sowie dem Träger in der Regel innert 60 Tagen bekannt. Dem Arbeitgeber eröffnet sie mittels Verfügung das Ergebnis der Arbeitgeberkontrolle. Der Arbeitslosenkasse obliegt das Inkasso allfälliger zurückgeforderter Beträge (Art. 83a Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 111 AVIV). Zu Unrecht ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen fordert die Arbeitslosenkasse vom Arbeitgeber zurück. Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmern ausgeschlossen (Art. 95 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG).

3.

3.1. Die Vorinstanz hat den Anspruch von Y. _____ mit dem Argument aberkannt, dass für arbeitnehmende Personen, welche lediglich teilzeitlich ohne vereinbarte Arbeitszeit und mit schwankenden Arbeitspensen beschäftigt werden, grundsätzlich kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe, da sich aufgrund der fehlenden normalen Arbeitszeit kein anrechenbarer Arbeitsausfall ermitteln liesse. Es seien nicht die in den Lohnabrechnungen deklarierten Monatslöhne überwiesen worden, sondern massiv schwankende Beträge geringeren Umfangs. Zudem liege weder ein schriftlicher Arbeitsvertrag noch eine Arbeitszeiterfassung vor.

3.2. Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer keine Unterlagen vorweisen können, die eine zuverlässige Bestimmung des Arbeitsausfalls gewährleisten könnten. Vielmehr stimmten die überwiesenen Gehaltszahlungen nicht mit den gemeldeten überein, es wurde keine Arbeitszeiterfassung geführt und es liegt auch kein schriftlicher Arbeitsvertrag vor. Aus den Gehaltskarten gehen für das Jahr 2008

folgende Brutto-Monatslöhne hervor: Januar CHF 3'469.95; Februar CHF 3'126.65; März CHF 3'006.90; April CHF 2'700.35; Mai CHF 2'070.25; Juni CHF 6'671.60; Juli CHF 0.00; Juni-August CHF 13'438.00; September CHF 3'874.40; Oktober CHF 0.00; November CHF 3'778.60; Dezember CHF 1'852.05; Gratifikation CHF 2'128.80. Im Folgejahr 2009 wurden bis zum Beginn der Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung eingetragen: Januar CHF 2'804.90; Februar CHF 2'890.45; März CHF 3'124.00; April CHF 2'585.90; Mai CHF 2'534.75; Juni CHF 3'335.20. Die Differenz zwischen der tiefsten (CHF 0.00) und der höchsten (CHF 13'438.00) Lohnzahlung beträgt 336 % des durchschnittlich geltend gemachten Monatslohns von rund CHF 4'000.00. Die mittlere Abweichung dieser Zahlenreihe beträgt CHF 1'651.60, die Standardabweichung CHF 2'885.75. Weiter fällt auf, dass die einzelnen Lohnabrechnungen nicht mit den Gehaltskarten übereinstimmen. So wird für den Monat Juli 2009 gemäss Gehaltskarte 2009 ein Bruttolohn von CHF 3'913.30 aufgeführt, gemäss Lohnabrechnung jedoch CHF 4'030.50. Im Dezember 2009 betrug der Bruttolohn gemäss Gehaltskarte CHF 3'913.30, gemäss Lohnabrechnung CHF 4'335.95. Diese Unstimmigkeiten ziehen sich durch sämtliche ins Recht gelegten Lohnabrechnungen und Gehaltskarten. Somit ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die vorliegenden Unterlagen keine zuverlässige Bestimmung des Arbeitsausfalls ermöglichen.

3.3. Der Beschwerdeführer bringt zwar zu Recht vor, dass bei flexiblen Arbeitsverhältnissen ein anrechenbarer Arbeitsausfall nicht einfach verneint werden kann. In diesem Fall müsste jedoch die effektive Arbeitsauslastung durch Arbeitszeitaufzeichnungen lückenlos dokumentiert werden, damit eine Berechnung des Arbeitsausfalls möglich wird. Dies ist in casu nicht erfolgt. Auch das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass der Arbeitnehmer Y. _____ freiwillig auf Teile seines Lohnes verzichtet habe, hätte nur dann berücksichtigt werden müssen, wenn der Nachweis dafür anlässlich der Arbeitgeberkontrolle sofort hätte erbracht werden können. In Analogie zum Nachreichen von Arbeitszeitaufzeichnung kann der Beweis nicht durch die nachträgliche Befragung des betroffenen Arbeitnehmers erbracht werden (vgl. Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1B, C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2). Im Übrigen anerkennt der Beschwerdeführer, dass der AHV-Ausgleichskasse die effektiv ausbezahlten Lohnsummen gemeldet worden seien (siehe unten Ziff. 7.1) und diese nicht mit denjenigen, die der Arbeitslosenkasse gemeldet wurden, übereinstimmten.

3.4. Nachdem der Beschäftigungsgrad des Mitarbeiters Y. _____ weder vor noch während der Kurzarbeit zuverlässig zu eruieren ist, besteht gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

4.

4.1. Der Beschwerdeführer rügt weiter die mangelnde zweifellose Unrichtigkeit der Leistungszusprache. Art. 57 AVIV impliziere, dass auch bei stark schwankenden Löhnen Kurzarbeitsentschädigungen bezogen werden könnten. Der Arbeitsvertrag sei per Aufhebungsvertrag beendet worden, es habe keine Kündigungsfrist gegeben. Die Kurzarbeitsentschädigung sei korrekterweise auf Basis des vertraglich vereinbarten Lohnes berechnet worden.

4.2. Gemäss dem vom Beschwerdeführer zitierten Urteil des Bundesgerichts 9C_760/2010 vom 17. November 2010 E. 2 ist das Erfordernis der zweifellosen Unrichtigkeit in der Regel erfüllt, wenn eine Leistungszusprache aufgrund falsch oder unzutreffend verstandener Rechtsregeln erfolgt ist oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden. Anders verhalte es sich, wenn der Wiedererwägungsgrund im Bereich materieller Anspruchsvoraussetzungen liegt, deren Beurteilung notwendigerweise Ermessenszüge aufweist. Art. 83a Abs. 1 AVIG verfolgt exakt dasselbe Ziel: Stellt die Ausgleichsstelle fest, dass die gesetzlichen Vorschriften nicht oder nicht richtig angewendet wurden, so erteilt sie der Kasse oder der zuständigen Amtsstelle die erforderlichen Weisungen.

4.3. Die Ausführungen mit Bezug auf Art. 57 AVIV müssen aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG nicht weiter geprüft werden. Auch die Ausführungen zum Aufhebungsvertrag sind unerheblich, wird doch bereits die Anspruchsgrundlage für die Leistungen verneint. Letztere sind überdies aktenwidrig, da eine Kopie des Kündigungsschreibens sowie eine entsprechend ausgefüllte Arbeitgeberbescheinigung im Recht liegen.

4.4. In Ziff. 3.4 wurde festgestellt, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG nicht erfüllt waren. Es stellt sich somit die Frage, ob der Behörde in Bezug auf die Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls oder die Kontrolle der Arbeitszeit ein Ermessen zusteht. Ermessen ist die Entscheidungsbefugnis der

Verwaltungsbehörden, die ihr der Gesetzgeber durch die offene Normierung überträgt. (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 429). Dem Bundesverwaltungsgericht kommt hinsichtlich des Ermessens von Bundesbehörden eine umfassende Überprüfungsbefugnis zu (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.150 f.). Das Bundesverwaltungsgericht hebt Ermessensentscheide dann auf, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Rechtsprechung Lehre anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweist (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.163).

4.5. Der fragliche Art. 31 Abs. 1 Bst. a AVIG kann aufgrund der Formulierung "Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist" als unbestimmter Rechtsbegriff (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 445 ff.) aufgefasst werden. Nach Lehre und Rechtsprechung ist bei der Überprüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen eine gewisse Zurückhaltung auszuüben und der rechtsanwendenden Behörde einen Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht als die Beschwerdeinstanz (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.155).

4.6. Nachdem im vorliegenden Fall die Anzahl zu leistender Arbeitsstunden vom Beschwerdeführer nur behauptet, jedoch nicht nachgewiesen wird und auch keine Arbeitszeitaufzeichnungen bestehen, ist es nicht sachwidrig, wenn die Vorinstanz diesen Sachverhalt unter Art. 31 Abs. 1 Bst. a AVIG subsumiert. Es ist auch kein Ermessensspielraum ersichtlich, aufgrund dessen die Vorinstanz den Sachverhalt anders hätte beurteilen können. Es ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht von einer zweifelsfreien Unrichtigkeit der Revisionsverfügung ausgegangen ist.

5.

5.1. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die Sachverhaltsermittlung durch die Vorinstanz rechtswidrig erfolgt sei. Es sei am 7. und 8. Juli 2011 eine Befragung des Beschwerdeführers und seiner

Buchhaltungsstelle erfolgt, ohne dass diese über den Zweck der Befragung informiert gewesen seien. Auch sei kein Protokoll darüber angefertigt worden. Die Befragung sei nur dann ein zulässiges Beweismittel, wenn eine schriftliche Befragung nicht in Frage komme.

5.2. Das rechtliche Gehör ist in Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) und Art. 42 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) garantiert. Gemäss Art. 43 Abs. 1 ATSG prüft der Versicherungsträger die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen, von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein, wobei mündlich erteilte Auskünfte schriftlich festzuhalten sind. Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls folgender Beweismittel: Urkunden; Auskünfte der Parteien und Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen.

5.3. Das Einholen von Auskünften und Berichten, welches bei den Verfahrensbeteiligten wie auch bei Dritten erfolgen kann, hat im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren ein grosses Gewicht. Den Beteiligten ist dabei Gelegenheit einzuräumen, sich zur erteilten Auskunft zu äussern. Für die beweismässige Verwendung sind Aktennotizen mündlicher Auskünfte, die nicht nur Nebensachen betreffen, der Person, welche Auskunft erstattet hat, zur Bestätigung vorzulegen (UELI KIESER, das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung [hiernach: Verwaltungsverfahren], Zürich 1999, Rz. 442 f.; UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht [hiernach: Sozialversicherungsrecht], Zürich/St. Gallen 2008, S. 428). Umfang und Detaillierungsgrad der Protokollierung bestimmen sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (RENÉ RHINOW, HEINRICH KOLLER, CHRISTINA KISS, DANIELA THURNHERR, DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 340).

5.4. Da es sich beim vorliegenden Fall nicht um eine Strafuntersuchung handelt, gelten die Grundsätze von Art. 143 Abs. 1 Bst. b Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) nicht, wonach die einvernommene Person über den Gegenstand des Strafverfahrens und die Eigenschaft, in der sie einvernommen wird, zu informieren ist. Im Übrigen ist das Ziel einer Revision offensichtlich: Die Revision untersucht, ob die durch Gesetz, allgemeine Grundsätze der Ordnungsmässigkeit oder unternehmenspolitische Entscheide festgesetzten Normen

eingehalten worden sind (JEAN-PAUL THOMMEN, Lexikon der Betriebswirtschaft, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 545). Die Folgen des Revisionsergebnisses bedürfen keiner weiteren Erläuterung. Demzufolge hatte die Vorinstanz keine Pflicht, vorab auf allfällige Folgen eines negativen Revisionsergebnisses hinweisen.

5.5. Das rechtliche Gehör wäre verletzt, wenn sich die angefochtene Verfügung ausschliesslich auf die mündlichen Aussagen des Beschwerdeführers sowie seiner Buchhaltungsstelle abgestützt hätte, weil die entsprechenden Aktennotizen den Auskunft erteilenden Personen nicht zur Bestätigung vorgelegt worden sind. Wie jedoch die Vorinstanz sowohl im Einspracheentscheid wie auch in der Beschwerdeantwort ausführte, hatte die Befragung vorliegend nur ergänzenden Charakter, da die wesentlichen Punkte des Verfahrens aus der Aktenlage (bzw. aus dem Fehlen notwendiger Unterlagen) eindeutig hervorgingen. Der Befragung des Beschwerdeführers sowie von Frau Z._____ kommt keine zentrale Rolle zu. Massgeblich ist im vorliegenden Verfahren die amtliche Feststellung, dass die Kontrollunterlagen fehlen und die gemeldeten Lohnsummen von Y._____ nicht mit den überwiesenen Beträgen vereinbar sind. Das Verfahren hätte auch ohne Weiteres ausschliesslich aufgrund dieser amtlichen Feststellungen durchgeführt werden können. Unter diesen Umständen vermag es keinen wesentlichen Verfahrensmangel zu begründen, dass die Aussagen der beiden Befragten nicht in einem Protokoll, sondern nur sinngemäss festgehalten und den Befragten nicht zur Bestätigung vorgelegt worden sind.

5.6. Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass sich die Sachverhaltsermittlung im Wesentlichen auf das Ergebnis der Revision abstützt und das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht verletzt worden ist.

6.

6.1. Der Beschwerdeführer rügt des Weiteren, es sei der Vorwurf, dass vor Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung keine Arbeitszeiterfassung erfolgte, erst im Einspracheverfahren geltend gemacht worden.

6.2. Tatsächlich stellte die Vorinstanz in ihrer Revisionsverfügung vom 12. Juli 2011 nur fest, dass sich der anrechenbare Arbeitsausfall von

Y. _____ nicht ermitteln lasse. Im angefochtenen Einspracheentscheid führte sie dagegen aus, dass kein schriftlicher Arbeitsvertrag und keine Arbeitszeiterfassung vorliege, sowie dass die Lohnzahlungen 2008 und 2009 stark schwankend gewesen und von dem gegenüber der Arbeitslosenkasse deklarierten Einkommen stark abgewichen seien.

6.3. Das Eventualprinzip hat für das Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren grundsätzlich keine Bedeutung (KIESER, *Verwaltungsverfahren*, a.a.O., Rz. 195). Die Vorinstanz kann bis zu ihrer Vernehmlassung die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen (Art. 58 Abs. 1 VwVG) und inhaltlich abändern. Da das Administrativverfahren das Verfügungs- und das Einspracheverfahren umfasst, konnte der Gesetzgeber die Pflicht zur Anhörung in das Einspracheverfahren verlegen, während die Abklärung des Sachverhalts vor Verfügungserlass zu erfolgen hat. Damit soll ein einfaches und rasches verwaltungsinternes Verfahren gewährleistet werden. Dies schliesst ergänzende Sachverhaltsabklärungen im Einspracheverfahren jedoch nicht aus. Denn in diesem Verfahren kann die Verwaltung die angefochtene Verfügung nochmals überprüfen und über die strittigen Punkte entscheiden, bevor allenfalls die Beschwerdeinstanz angerufen wird. Spätestens im Einspracheverfahren hat die Verwaltung in rechtsgenügender Form Gelegenheit zu geben, sich zu den getroffenen Beweismassnahmen inhaltlich wie auch zum Verfahren zu äussern (BGE 132 V 368 S. 375).

6.4. Es ist der Vorinstanz somit nicht verwehrt, ergänzende Sachverhaltselemente in den angefochtenen Einspracheentscheid einzubringen. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei den im Einspracheentscheid gerügten konkreten Sachverhalten um eine Detaillierung und Konkretisierung der in der Revisionsverfügung gemachten Feststellung, dass sich der anrechenbare Arbeitsausfall nicht ermitteln liesse. Somit hat die Vorinstanz keine Verfahrensvorschriften verletzt, indem sie die konkret festgestellten Mängel erst im Einspracheverfahren gerügt hat.

7.

7.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Aufklärungspflicht und macht Vertrauensschutz geltend. In der Broschüre "Information für Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen, Kurzarbeitsentschädigung" werde nicht darauf hingewiesen, dass ein Lohnverzicht sich auf die

Normalarbeitszeit und die Höhe der Entschädigung auswirken würden. Die zentrale Ausgleichsstelle habe es unterlassen, die ihr gemeldeten Taggeldbezüge mit den AHV-pflichtigen Löhnen abzugleichen. Das Vertrauen des Versicherten sei zu schützen und die Versicherungsleistungen deshalb nicht rückforderbar.

7.2. Diese Frage kann jedoch offen gelassen werden, weil der Beschwerdeführer nicht näher substantiiert hat, auf welche Ausgabe dieser Broschüre er sich bezieht.

8.

8.1. Der Beschwerdeführer wendet weiter ein, dass ihm mit Schreiben vom 22. September 2011 eröffnet worden sei, dass die Kurzarbeitsentschädigung Juni 2011 nicht ausbezahlt werde. Mit Telefonat vom 28. September 2011 mit Herrn Juillard von der Arbeitslosenkasse St. Gallen habe er den Antrag für den Monat Juni 2011 zurückgezogen und auf eine Stellungnahme verzichtet. Die Rückforderung für diesen Monat sei rechtswidrig, da die Auszahlung nicht erfolgt sei.

8.2. Gemäss einer detaillierten Aufstellung der kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen wurden insgesamt CHF 75'122.60 bis und mit Mai 2011 an den Beschwerdeführer ausbezahlt. Die den Monat Juni 2011 betreffenden und zwar zugesprochenen, aber nicht ausbezahlten CHF 3'303.38 sind darin nicht inbegriffen, weshalb CHF 75'122.60, wie in der Rückforderungsverfügung angegeben, zurückzubezahlen sind. Die Befürchtungen des Beschwerdeführers, dass auch die nicht ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen zurückgefordert werden, sind somit unbegründet.

9.

9.1. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 12. Oktober 2011 korrekt ist. Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

9.2. Das Verfahren vor einer Bundesbehörde richtet sich nach dem VwVG, ausser wenn sie über sozialversicherungsrechtliche Leistungen, Forderungen und Anordnungen entscheidet (Art. 55 Abs. 2 ATSG). In Bezug auf die Kostenpflicht des Verfahrens enthält das AVIG keine Bestimmung, während das ATSG lediglich die Kostenfreiheit des

Verfahrens vor dem kantonalen Versicherungsgericht vorsieht; Art. 61 Bst. a ATSG ist für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht anwendbar. Art. 55 Abs. 1 ATSG verweist für diesen Fall auf das VwVG zurück. Die gestützt auf das VwVG erlassene Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (VKE, SR 172.041.0) sah in Art. 4b vor, dass in Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen, es sei denn, es handle sich um mutwillige oder leichtfertige Beschwerden. Die Rückforderung einer Kurzarbeitsentschädigung ist als Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherung zu qualifizieren und fiel als solche grundsätzlich unter Art. 4b der Kostenverordnung (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 5). Diese Bestimmung ist formell per Ende April 2007 aufgehoben worden (Änderung vom 21. Februar 2007, in Kraft seit 1. Mai 2007, AS 2007 1075).

9.3. Nach Art. 63 VwVG i. V. m. Art. 37 VGG sind die Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich kostenpflichtig. Für die Bemessung der Gebühren im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das VGG massgeblich (vgl. Art. 63 Abs. 5 Satz zwei VwVG), wobei die Gerichtsgebühren in einem Reglement geregelt werden (Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG). Das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sieht keine Kostenfreiheit analog der Regelung von Art. 4b VKE vor. Somit sind die Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenpflichtig, selbst wenn es sich um Streitigkeiten betreffend die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt.

9.4. In Anwendung von Art. 2 Abs. 2 VGKE werden die Verfahrenskosten auf CHF 2'000.00 festgesetzt und mit dem am 23. November 2011 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von CHF 2'000.00 werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'000.00 verrechnet.

3.

Es wird keine Prozessentschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2011-10-10/33; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann

Beat Lenel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der

angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 13. Februar 2012