



Abteilung II
B-1858/2022

Urteil vom 17. März 2023

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

Nachlass von A._____ sel.,
Inhaber des Einzelunternehmens X._____
handelnd durch
B._____,
vertreten durch
MLaw Gina Galfetti, Rechtsanwältin,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. Isabelle Häner und/oder Dr. Florian Brunner,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

A._____ bezog als Inhaber des Einzelunternehmens X._____ im Zeitraum März bis Juni 2020 sowie Januar bis April 2021 Kurzarbeitsentschädigung von Fr. 171'032.80.

A.a Am 4. Oktober 2021 vereinbarte die für die Durchführung der Arbeitgeberkontrolle vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) beauftragte Treuhandstelle mit C._____, Co-Direktorin des Einzelunternehmens, telefonisch einen Termin für die Arbeitgeberkontrolle am 14. Oktober 2021 und bestätigte diesen gleichentags per E-Mail.

A.b Mit E-Mail vom 8. Oktober 2021 ersuchte C._____ bei der Vorinstanz ohne Angabe eines Grundes um Verschiebung der Arbeitgeberkontrolle. Die beauftragte Treuhandstelle versuchte nach Angaben der Vorinstanz daraufhin mehrfach telefonisch, einen neuen Termin zu vereinbaren.

A.c Mit E-Mail vom 3. November 2021 bat die beauftragte Treuhandstelle C._____, sich telefonisch oder per E-Mail bis zum 5. November 2021 zu melden, um einen neuen Termin für die Prüfung zu vereinbaren. C._____ meldete sich nicht. Nach Angaben der Vorinstanz versuchte die beauftragte Treuhandstelle nach dem 5. November 2021 erneut erfolglos, C._____ telefonisch zu erreichen.

A.d Mit Schreiben vom 1. Dezember 2021 an "[Name des Betriebs], C._____" hielt die beauftragte Treuhandstelle fest, dass der ursprüngliche Termin für die Arbeitgeberkontrolle durch C._____ abgesagt worden sei und kein neuer Prüfungstermin vereinbart werden könne, da sie telefonisch nicht erreichbar sei und auch auf die E-Mail vom 3. November 2021 nicht reagiert habe. C._____ wurde ersucht, bis zum 13. Dezember 2021 einen verbindlichen Termin im Zeitraum vom 13. Dezember 2021 bis zum 28. Januar 2022 vorzuschlagen, an welchem die Prüfung durchgeführt werden könne. Die Revision werde voraussichtlich einen ganzen Tag beanspruchen und es würden sämtliche betrieblichen Unterlagen der Jahre 2020 und 2021 benötigt. Schliesslich wies die beauftragte Treuhandstelle auf die anwendbaren Rechtsgrundlagen hin und legte diese dem Schreiben bei. Das Schreiben wurde gleichentags auch per E-Mail an C._____ versandt.

A.e Mit Schreiben vom 16. Dezember 2021 an "[Name des Betriebs], Herr A._____, Frau C._____" wurde der Betrieb durch die beauftragte Treuhandstelle erneut ersucht, bis zum 7. Januar 2022 einen Termin für die Prüfung vor Ort im Zeitraum zwischen dem 10. Januar und dem 4. Februar 2022 mitzuteilen. Sollte eine Prüfung bis zum 4. Februar 2022 nicht möglich sein, weil der Betrieb mit seiner Verhaltensweise die Einsichtnahme in die betrieblichen Unterlagen weiterhin verunmögliche, würden die vom Einzelunternehmen X._____ bezogenen Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung vollständig aberkannt und zurückgefordert. Auf nach diesem Datum eingereichte Unterlagen und neue Terminvorschläge für eine Arbeitgeberkontrolle würde nicht mehr eingetreten. Das Schreiben wurde gleichentags, unter Beilage der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen, auch an die zweite publizierte Adresse des Betriebs sowie per E-Mail an C._____ und die E-Mail-Adresse des Betriebs versandt.

A.f Mit E-Mail vom 16. Dezember 2021 teilte C._____ mit, dass sie sich vor Weihnachten nicht gemeldet habe, da ihr im letzten Schreiben eine Frist bis Ende Januar 2022 eingeräumt worden sei. Mit E-Mail vom gleichen Tag führte die beauftragte Treuhandstelle gegenüber C._____ aus, dass sie mit Schreiben vom 2. (recte: 1.) Dezember 2021 gebeten worden sei, bis zum 13. Dezember 2021 einen neuen Termin vorzuschlagen. Daraufhin habe sie sich nicht gemeldet. Nun sei sie ersucht worden, bis zum 7. Januar 2022 einen Termin im angegebenen Zeitraum mitzuteilen.

A.g Mit E-Mail vom 18. Januar 2022 räumte C._____ ein, dass sie es verpasst habe, der beauftragten Treuhandstelle einen neuen Termin vorzuschlagen. Sie stellte in Aussicht, in der folgenden Woche einige geeignete Termine vorzuschlagen. Mit E-Mail vom gleichen Tag erklärte die beauftragte Treuhandstelle, sie sei darauf angewiesen, bis zum 20. Januar 2022 einen verbindlichen Terminvorschlag für den Zeitraum vom 24. Januar bis zum 4. Februar 2022 zu erhalten, da man bereits seit längerer Zeit versuche, einen Termin zu vereinbaren, und die Treuhandstelle gewisse Fristen einhalten müsse.

A.h Mit Revisionsverfügung vom 8. Februar 2022 aberkannte die Vorinstanz gegenüber A._____ als Inhaber des Einzelunternehmens X._____ unrechtmässig bezogene Versicherungsleistungen für den Zeitraum von März bis Juni 2020 und Januar bis April 2021 in der Höhe von Fr. 171'032.80 infolge Unkontrollierbarkeit. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, die Prüfung der beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen

habe nicht vorgenommen werden können, da die Co-Direktorin des Einzelunternehmens, C._____, dies durch ihr Verhalten verunmöglicht habe.

A.i Mit Einsprache vom 5. März 2022 beantragte C._____ sinngemäss die Aufhebung der Rückforderung. Sie führte aus, dass ihr Verhalten nicht korrekt gewesen sei. Sie habe aber nie in böser Absicht gehandelt. Zudem berief sie sich auf Unwissen. Sie erklärte, die Forderung bringe den Betrieb in Existenznöte, da der Betrag nicht aufgebracht werden könne.

B.

Mit Entscheid vom 18. März 2022 wies die Vorinstanz die Einsprache von C._____ ab (Dispositiv-Ziff. 1) und bestätigte die Rückforderung gegenüber A._____ als Inhaber des Einzelunternehmens X._____ im Umfang von Fr. 171'032.80 (Dispositiv-Ziff. 2). Die unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen seien innert 90 Tagen der kantonalen Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten (Dispositiv-Ziff. 3).

C.

Mit Eingabe vom 18. April 2022 erhob C._____ gegen den Einspracheentscheid Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht und beantragte sinngemäss die Aufhebung der Rückforderung.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 21. April 2022 erhob das Bundesverwaltungsgericht von A._____ als Inhaber des Einzelunternehmens X._____ einen Kostenvorschuss und ersuchte C._____, bis zum 24. Mai 2022 das Vertretungsrecht für das Einzelunternehmen X._____ mittels Vollmacht nachzuweisen, da als Adressat des angefochtenen Einspracheentscheids A._____ als Inhaber des Einzelunternehmens bezeichnet und dieser zur Rückzahlung von Kurzarbeitsentschädigungen verpflichtet worden war.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Juni 2022 hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass der Beschwerdewille des durch die Vorinstanz verpflichteten Inhabers des Einzelunternehmens, trotz zwischenzeitlich bezahltem Kostenvorschuss, mangels Vollmacht nicht ausgewiesen sei. C._____ wurde unter Androhung des Nichteintretens letztmals aufgefordert, innert Nachfrist das Vertretungsrecht für das Einzelunternehmen X._____ nachzuweisen.

F.

Mit Vollmacht vom 16. Juni 2022 wies sich C. _____ als Vertreterin von A. _____, dem Inhaber des Einzelunternehmens X. _____, aus.

G.

Mit Vernehmlassung vom 22. August 2022 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

H.

Mit als "Replik" bezeichneter Eingabe vom 17. Januar 2023 teilten die gesetzlichen Erbinnen von A. _____, B. _____ und D. _____, mit, dass dieser am 14. Juli 2022 verstorben sei. Sie beantragen, der Einspracheentscheid vom 18. März 2022 sowie die Revisionsverfügung vom 8. Februar 2022 über die Rückerstattung von Fr. 171'032.80 seien im Umfang von Fr. 152'791.05 aufzuheben und der Rückforderungsbetrag sei auf Fr. 18'241.75 zu reduzieren. Eventualiter seien Einspracheentscheid sowie Revisionsverfügung aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

I.

Mit Stellungnahme vom 8. März 2023 beantragt die Vorinstanz erneut, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 [AVIG, SR 837.0] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.2 Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Vorbehalten bleiben nach Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1). Gemäss Art. 1 Abs. 1 AVIG sind die Bestimmungen des ATSG auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung anwendbar, soweit das AVIG

nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht, was soweit in diesem Zusammenhang interessierend nur hinsichtlich der vom ATSG abweichend geregelten Beschwerdeinstanz zutrifft (vgl. Art. 101 AVIG).

1.3

1.3.1 Nach dem Tod von A._____ sel. ist die auf C._____ lautende Vollmacht erloschen (Art. 35 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]).

1.3.2 Unter Vorbehalt der Annahme der Erbschaft, gehen infolge Todes des Erblassers die Rechte und Pflichten auf seine Erben über und die Schulden des Erblassers werden zu persönlichen Schulden der Erben (vgl. Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB).

1.3.3 Am 29. August 2022 wurde die Errichtung eines öffentlichen Inventars nach Art. 580 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) angeordnet. Das Inventar wurde bis zum 6. Februar 2023 aufgelegt. Während der Dauer des Inventars dürfen nur die notwendigen Verwaltungshandlungen vorgenommen werden (Art. 585 Abs. 1 ZGB). Gestattet die Behörde die Fortsetzung des Geschäftes des Erblassers durch einen Erben, so sind dessen Miterben befugt, Sicherstellung zu verlangen (Art. 585 Abs. 2 ZGB). Die Ehefrau von A._____ sel., B._____, wurde auf entsprechendes Gesuch hin mit Verfügung des zuständigen Regierungsstatthalteramts vom 14. September 2022 ermächtigt, das Einzelunternehmen X._____ bis zum Abschluss des öffentlichen Inventars im bisherigen Rahmen und in Absprache mit dem Massaverwalter weiterzuführen. Eine weitere gesetzliche Erbin hat dabei auf Sicherstellung verzichtet.

1.3.4 Prozesse können während der Dauer des Inventars mit Ausnahme von dringenden Fällen weder fortgesetzt noch angehoben werden (Art. 586 Abs. 3 ZGB) und werden demnach sistiert bis feststeht, ob eine Erbschaft angenommen oder ausgeschlagen wird. Dringlichkeit liegt nach der Rechtsprechung unter anderem vor, wenn es um Ansprüche und Verpflichtungen geht, deren Nicht- oder Vorhandensein darüber entscheidet, ob die Erben die Erbschaft annehmen oder ausschlagen (vgl. BGE 130 III 241 E. 2.3 in fine; Urteil des BGer 4A_290/2008 vom 4. Mai 2009 E. 2). Die gesetzlichen Erbinnen führen aus, sie hätten die Erbschaft bisher nicht angenommen. Sämtliche Handlungen im vorliegenden Verfahren würden unter dem aus-

drücklichen Vorbehalt einer allfälligen späteren Ausschlagung der Erbschaft erfolgen. Damit erklären sie sinngemäss, dass es sich um einen dringenden Fall im Sinne von Art. 586 Abs. 3 ZGB handelt. Auch die Ausführungen des zuständigen Regierungsstatthalteramts, das mit Schreiben vom 11. Januar 2023 an die Rechtsvertreterin der gesetzlichen Erbeninnen in Aussicht stellt, die bisher noch nicht angesetzte Deliberationsfrist (Art. 587 ZGB) von vornherein "bis zum rechtskräftigen Abschluss des hängigen Revisionsverfahrens" zu verlängern, legt diesen Schluss nahe. Das zuständige Regierungsstatthalteramt führt im genannten Schreiben zudem aus, auch die an B. _____ erteilte Ermächtigung zur Fortführung des Geschäftes gelte bis zu diesem Zeitpunkt. Die Vorinstanz hat sich dazu nicht geäußert. Das Beschwerdeverfahren ist demnach fortzusetzen.

1.4 Der Wechsel der Partei ist nur mit Zustimmung der Gegenpartei gestattet (Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273]). Allerdings gilt die Rechtsnachfolge aufgrund von Gesamtnachfolge sowie kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen nicht als Parteiwechsel (Art. 17 Abs. 3 BZP; vgl. dazu Urteil des BGer 1C_69/2019 vom 20. August 2019 E. 2.2), weshalb vorliegend keine Zustimmung notwendig ist. Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren ist somit der Nachlass von A. _____ sel., handelnd durch B. _____.

1.5 Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet einzig der vorinstanzliche Einspracheentscheid vom 18. März 2022. Bei Erhebung einer Einsprache wird das Verwaltungsverfahren denn auch erst durch den Einspracheentscheid abgeschlossen, welcher die ursprüngliche Verfügung ersetzt (BGE 142 V 337 E. 3.2.1 in fine). Soweit der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren die Aufhebung der Revisionsverfügung vom 8. Februar 2022 beantragt, ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten.

1.6 Die Beschwerde ist nur im Rahmen des Streitgegenstands zulässig. Dieser wird durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids und durch die Parteibeghären bestimmt, wobei der angefochtene Entscheid den möglichen Streitgegenstand begrenzt (BGE 133 II 35 E. 2). Die Beschwerdeschrift an das Bundesverwaltungsgericht hat "die Beghären" zu enthalten (Art. 52 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Unter Vorbehalt einer Nachbesserung gemäss Art. 52 Abs. 2 VwVG ist eine nachträgliche Erweiterung (Plus) oder Änderung (Aliud) des Streitgegenstands nicht mehr zu-

lässig. Zulässig ist aber in einem späteren Verfahrensabschnitt eine Einengung beziehungsweise Einschränkung (Minus), das heisst ein teilweiser Verzicht auf ein gestelltes Rechtsbegehren, ebenso eine Präzisierung, die am Streitgegenstand nichts ändert (Urteil des BGer 2C_258/2011 vom 30. August 2012 E. 1.2.2). Die vorgenommene Anpassung des ursprünglichen Rechtsbegehrens auf sinngemässe Aufhebung des angefochtenen Entscheids und damit der verfügbaren Rückforderungssumme erweist sich als zulässig. Der Streitgegenstand wurde weder nachträglich erweitert noch geändert, sondern eingeschränkt auf eine Reduktion des Rückforderungsbetrags auf Fr. 18'241.75, weshalb Haupt- und Eventualbegehren zulässig sind.

1.7 Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 59 ATSG). Das Vertretungsverhältnis wurde durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten, soweit sie sich gegen den Einspracheentscheid vom 18. März 2022 richtet.

2.

2.1 Die Vorinstanz begründet die Rückforderung der beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen mit der fehlenden Kontrollierbarkeit der geltend gemachten Ausfallstunden. Trotz intensiver Bemühungen der beauftragten Treuhandstelle sei es aufgrund der Verhaltensweise des Betriebs nicht gelungen, einen Termin zwecks Prüfung der ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen im Zeitraum vom 14. Oktober 2021 bis zum 4. Februar 2022 zu vereinbaren. Eine Arbeitgeberkontrolle vor Ort sei nicht möglich gewesen und die ursprünglich gegenüber der Kasse geltend gemachten Ausfallstunden hätten nicht kontrolliert werden können. Bis heute seien keine Gründe dargelegt worden, die eine Unterlassung der Mitwirkung und Auskunft hätten erklären oder gar rechtfertigen können. Die Folgen eines Fristversäumnisses seien mit Schreiben vom 16. Dezember 2021 angedroht worden. Obwohl der Betrieb am 18. Januar 2022 mitgeteilt habe, der Aufforderung nachzukommen und in der folgenden Woche einen Terminvorschlag unterbreiten zu wollen, sei jede weitere Kontaktaufnahme unterlassen worden. Auch hätte eine verschuldet versäumte Frist nicht wiederhergestellt werden können, selbst wenn darum ausdrücklich ersucht worden wäre.

2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Ausführungen der Vorinstanz zum Verhalten von C._____ würden nicht bestritten. Bestritten werde jedoch der daraus gezogene Schluss, der Arbeitsausfall sei nicht bestimmbar und nicht ausreichend kontrollierbar gewesen und die Kurzarbeitsentschädigungen zu Unrecht bezogen worden. C._____ sei stets unentgeltlich für den Erblasser und den Betrieb tätig gewesen. Lohnbezüger seien die saisonweise Angestellten gewesen, der Erblasser selber und eine ganzjährig angestellte Person. Anhand des [Angaben zu einem Dokument] seien die Arbeitsausfälle klar bestimmbar und angesichts der Auftritte eindeutig kontrollierbar. Einzig der Erblasser als Inhaber des Einzelunternehmens sei aufgrund seiner Stellung nicht anspruchsberechtigt gewesen. Vereinzelt seien sogar zu wenig oder zu tiefe Kurzarbeitsentschädigungen beantragt worden. Mit Ausnahme des Inhabers seien demnach die Anspruchsvoraussetzungen für die Arbeitnehmenden erfüllt gewesen. C._____ seien namentlich beim Ausfüllen der Anträge Fehler unterlaufen. Diese hätten sich zu Ungunsten des Betriebs ausgewirkt. Dessen Existenz sei nun durch das vorliegende Verfahren gefährdet. Es lägen aber keine Hinweise dafür vor, dass C._____ nicht nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt habe und den Betrieb nicht habe bereichern wollen, da die Gelder an die Arbeitnehmenden weitergeleitet worden seien. In den betroffenen Zeiträumen habe ein berechtigter Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigungen im Umfang von Fr. 152'791.05 bestanden. Der Rückforderungsbetrag sei demnach auf Fr. 18'241.75 zu reduzieren. Schliesslich erklärt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe es abgelehnt, das Verfahren zwecks aussergerichtlicher Einigung durch Wiederholung der Revision zu sistieren.

2.3 Die Vorinstanz führt aus, es sei unbestritten, dass innert der eingeräumten Fristen weder ein Termin für die Arbeitgeberkontrolle vereinbart noch eine solche durchgeführt werden können. Gesuche um Fristerstreckung oder -wiederherstellung seien bei der beauftragten Treuhandstelle keine eingegangen. Das Verhalten des Beschwerdeführers und der damaligen Vertreterin des Einzelunternehmens habe dazu geführt, dass die Kontrolle vor Ort nicht stattfinden können und die geltend gemachten Ausfallstunden beziehungsweise die Rechtmässigkeit der Kurzarbeitsentschädigungen nicht überprüft werden können. Der Beschwerdeführer sei seiner Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen. Die in der (ursprünglichen) Beschwerde vorgebrachten Gründe ("Unwissenheit", "Naivität", "Dummheit") vermöchten daran nichts zu ändern und keinen guten Glauben im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG zu begründen. Die

Kurzarbeitsentschädigungen seien wegen Unkontrollierbarkeit unrechtmässig bezogen worden und deshalb zurückzuerstatten. Eine nachträgliche Durchführung der Arbeitgeberkontrolle sei im Übrigen nicht vorgesehen und aus Gründen der Rechtsgleichheit auch nicht statthaft. Schliesslich könnten die nun im Beschwerdeverfahren eingereichten Unterlagen wegen Verspätung aufgrund von Nachlässigkeit nicht berücksichtigt werden und vermöchten auch im Fall, dass das Gericht diese dennoch berücksichtige, den Arbeitsausfall weder bestimm- noch kontrollierbar zu machen.

3.

3.1 Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben nach Art. 31 Abs. 1 AVIG Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben, der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 32 AVIG), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist, der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können. Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 AVIG).

3.2 Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben unter anderem Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus, wobei der Arbeitgeber die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat (Art. 46b der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 [AVIV, SR 837.02]). Damit soll sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1). Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV; Urteil des BGer 8C_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 2.3 in fine). Das Moment der Kontrollierbarkeit erfordert, dass eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung beziehungsweise das Kontrollorgan sich anhand der verfügbaren Unterlagen zu einem beliebigen Zeitpunkt ein hinlänglich klares Bild über die genauen Arbeits-

zeiten jedes Arbeitnehmenden und den wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall machen können muss (vgl. Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 5.5.3). Nachträglich eingereichte Dokumente können für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht berücksichtigt werden, wenn keine Rückschlüsse auf deren Authentizität gezogen werden können; andernfalls würde die vom Gesetz auferlegte Kontrollaufgabe der Verwaltung ihres Sinnes beraubt werden (Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3).

3.3 Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, die im SECO geführt wird (Art. 83 Abs. 3 AVIG), überprüft unter anderem die Auszahlungen der Kassen und überwacht die Entscheide der kantonalen Amtsstellen (Art. 83 Abs. 1 Bst. d und l AVIG). Sie und die von ihr beauftragten Treuhandsstellen prüfen stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen (Art. 110 Abs. 4 AVIV; Art. 83a AVIG ["Revision und Arbeitgeberkontrolle"]). Sie eröffnet mittels Verfügung dem Arbeitgeber das Ergebnis der Arbeitgeberkontrolle (Art. 111 Abs. 2 Satz 1 AVIV). Allfällige Rückforderungen im Anschluss an Arbeitgeberkontrollen verfügt – in Abweichung von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 AVIG – die Ausgleichsstelle, wobei das Inkasso der Arbeitslosenkasse obliegt (Art. 83a Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 111 Abs. 2 Satz 2 AVIV). Die Revision der Auszahlungen stellt ein systematisch durchgeführtes und methodisch auf die Erfassung einer Vielzahl von Fällen ausgerichtetes Wiedererwägungsverfahren (mit den dabei geltenden Grundsätzen: zweifellose Unrichtigkeit der formell rechtskräftigen Leistungsverfügung, Berichtigung von erheblicher Bedeutung; vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG) dar, wobei nicht die Verwaltungsstelle, welche die Leistungsverfügungen erlassen hat, auf die Angelegenheit zurückkommt, sondern die dafür vom Gesetz vorgesehene höchste verantwortliche Instanz in Form der Ausgleichsstelle (Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5).

3.4 Die Bestimmungen des ATSG sind auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung anwendbar, soweit das AVIG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht (Art. 1 Abs. 1 AVIG). Die Versicherten und ihre Arbeitgeber haben beim Vollzug der Sozialversicherungsgesetze unentgeltlich mitzuwirken (Art. 28 Abs. 1 ATSG). Die spezialgesetzliche Mitwirkungspflicht von Art. 28 Abs. 1 ATSG (vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG) spezifiziert nicht, welche Mitwirkungspflichten zu erfüllen sind. Es handelt sich um eine Generalklausel, auf die abgestellt werden kann, wenn die Pflichten in den Einzelgesetzen nicht ausdrücklich

bezeichnet werden (KURT PÄRLI/LAURA KUNZ, in: Ghislaine Frésard-Fellay/Barbara Klett/Susanne Leuzinger [Hrsg.], Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, Basel 2020 [nachfolgend: BSK ATSG], Art. 28 N 21). Dabei fallen insbesondere die Auskunftserteilung, die Pflicht zur Herausgabe von Unterlagen und die Pflicht zur Duldung von Augenscheinen in Betracht (UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 [nachfolgend: SK ATSG], Art. 28 N 39; PÄRLI/KUNZ, BSK ATSG, Art. 28 N 21). Setzt der Versicherungsträger eine Frist für eine bestimmte Handlung an, so droht er gleichzeitig die Folgen eines Versäumnisses an. Andere als die angedrohten Folgen treten nicht ein (Art. 40 Abs. 2 ATSG). Eine vom Versicherungsträger angesetzte Frist kann aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht (Art. 40 Abs. 3 ATSG). Abs. 2 und 3 von Art. 40 ATSG beziehen sich auf sogenannte behördliche Fristen, deren Länge nicht durch das Gesetz bestimmt ist, wobei die Behörde gleichzeitig mit der Fristansetzung die Folgen eines Versäumnisses anzudrohen hat (PETER FORSTER, in: Hans-Ulrich Stauffer/Basile Cardinaux [Hrsg.], RBS Rechtsprechung des Bundesgerichts zum ATSG, Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 40 N 6 f.). Die Möglichkeit der Erstreckbarkeit von behördlichen Fristen bezieht sich auch auf das Ansetzen von Terminen beziehungsweise der Verschiebung eines Termins (KIESER, SK ATSG, Art. 40 N 18). Ist die gesuchstellende Person oder ihre Vertretung unverschuldeterweise abgehalten worden, binnen Frist zu handeln, so wird diese wiederhergestellt, sofern sie unter Angabe des Grundes innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses darum ersucht und die versäumte Rechtshandlung nachholt (Art. 41 ATSG).

4.

4.1 Der Sachverhalt ist unbestritten. Mit ihrem Verhalten haben C. _____ und A. _____ sel. die Durchführung der gesetzlich vorgesehenen Arbeitgeberkontrolle durch die zuständige Stelle verunmöglicht, zuerst durch das Absagen des vereinbarten Termins, anschliessend durch faktische Weigerung der Vereinbarung eines neuen Termins. Dies ist ohne Weiteres als Verletzung der Mitwirkungspflicht im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ATSG zu qualifizieren. Das Nichteinhalten von Terminen gilt im Übrigen ebenfalls als Verletzung der Mitwirkungspflicht (vgl. PÄRLI/KUNZ, BSK ATSG, Art. 28 N 44). Eine Fristerstreckung für die mehrfach eingeräumten Fristen hat der Betrieb zu keinem Zeitpunkt beantragt. Das Innaussichtstellen der Angabe von möglichen Terminen mit E-Mail vom 18. Januar 2022 kann auch nicht

als Fristerstreckungsgesuch gewertet werden. Auch ein (sinngemässes) Fristwiederherstellungsgesuch ging bei der beauftragten Treuhandstelle nicht ein.

4.2 Die Vorinstanz und die beauftragte Treuhandstelle haben ihrerseits alles Zumutbare unternommen, um die Arbeitgeberkontrolle durchzuführen: Die beauftragte Treuhandstelle hat telefonisch, schriftlich, per Einschreiben und via E-Mail sowohl an die Adressen des Betriebs als auch an C. _____ sowie A. _____ sel. über einen Zeitraum von dreieinhalb Monaten erfolglos versucht, den Betrieb zu kontaktieren und einen Termin für die Arbeitgeberkontrolle zu vereinbaren. Schliesslich hat die beauftragte Treuhandstelle die letztmals angesetzte Frist, nachdem der Betrieb im Januar 2022 die Angabe von Terminvorschlägen nach abgelaufener Frist angekündigt hatte, faktisch sogar noch um zwei Wochen erstreckt. Die Bemühungen der beauftragten Treuhandstelle sind hinreichend dokumentiert. Mittels Angabe der massgebenden gesetzlichen Grundlagen ist die mandatierte Treuhandstelle gegenüber dem Betrieb auch der Aufklärungspflicht nach Art. 27 Abs. 1 ATSG nachgekommen. Mit der schriftlichen Fristansetzung vom 16. Dezember 2021 wurden im Einklang mit den anwendbaren Bestimmungen die Folgen der Nichteinhaltung angedroht und ausgeführt, dass die bezogenen Versicherungsleistungen vollständig aberkannt und zurückgefordert würden und auf nachträglich eingereichte Unterlagen und neue Terminvorschläge nicht mehr eingetreten würde. Art. 40 Abs. 2 ATSG, wonach die Folgen eines Fristversäumnisses anzudrohen sind, erfasst über den Wortlaut der Bestimmung ("Frist für eine bestimmte Handlung") hinaus auch Termine (KIESER, SK ATSG, Art. 40 N 12). Daher ist der Schluss der Vorinstanz, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall aufgrund der durch den Betrieb verunmöglichten, jedoch gesetzlich vorgesehenen Arbeitgeberkontrolle nicht kontrollierbar im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG sei, nicht zu beanstanden.

4.3 Die Situation ist im Ergebnis vergleichbar mit der Konstellation, dass die Arbeitgeberkontrolle zwar stattgefunden hat, aber keine oder keine genügenden Unterlagen zur Kontrolle der beanspruchten Kurzarbeitsentschädigung vorhanden und die Voraussetzungen für eine nachträgliche Einreichung der erforderlichen Dokumente nicht erfüllt waren (vgl. E. 3.2): Der geltend gemachte Arbeitsausfall ist schlicht nicht bestimm- und kontrollierbar.

4.4 Der Vertretene, A. _____ sel. als Inhaber des Einzelunternehmens, muss sich die Handlungen der (unentgeltlich tätigen) Vertreterin

C._____, die sowohl die Anmeldung von Kurzarbeit als auch deren Abrechnung für den Betrieb vorgenommen hat, im Namen des Betriebs mit der Arbeitslosenkasse korrespondiert hat und anschliessend als Vertreterin des Betriebs im Revisions- und alsdann im Einspracheverfahren aufgetreten ist, anrechnen lassen. Der inzwischen eingetretene Erbfall ändert daran nichts. Der Beschwerdeführer bestreitet darüber hinaus nicht, dass C._____ den Betrieb überhaupt hätte vertreten dürfen.

4.5

4.5.1 Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Die Beweisabnahmepflicht korreliert mit dem Recht des Betroffenen, Beweisanträge zu stellen und beantragte Beweise abnehmen zu lassen. Die Pflicht zur Beweisabnahme besteht unter der Voraussetzung, dass der Beweis form- und fristgerecht beantragt wird, der Beweisantrag erheblich und das anbotene Beweismittel zulässig ist. Der Beweis muss sich auf einen rechtserheblichen Umstand beziehen und tauglich sein, diesen Umstand zu beweisen. Auch wenn alle formellen und materiellen Voraussetzungen der Beweisabnahmepflicht erfüllt sind, kann die Behörde von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist (antizipierte Beweiswürdigung). Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn eine Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil sie auf Grund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 141 I 60 E. 3.3).

4.5.2 Die zahlreichen Anträge des Beschwerdeführers auf Zeugen- und Parteibefragung im Zusammenhang mit Arbeitszeiten bei Betrieben derselben Branche, zur Situation des Betriebs in den Jahren 2020 und 2021, zum Ausfall von Veranstaltungen sowie zu weiteren Versäumnissen von C._____ bei der Anmeldung von Kurzarbeit sind in antizipierter Beweiswürdigung abweisen, da daraus keine neuen Erkenntnisse für den zu beurteilenden Sachverhalt im Zusammenhang mit der nicht durchgeführten Arbeitgeberkontrolle zu erwarten sind.

5.

5.1 Unrechtmässig ausgerichtete Leistungen der Arbeitslosenversicherung können zurückgefordert werden (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 und 2 ATSG), sofern die Voraussetzungen für ein wiedererwägungs- oder revisionsweises Zurückkommen auf die formell rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung gegeben sind (Art. 53 ATSG; BGE 142 V 259 E. 3.2; 129 V 110 E. 1.2.3; Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.2). Voraussetzungen für ein wiedererwägungsweises Zurückkommen auf die Auszahlungen sind, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Zusprache von Leistungen (vgl. Art. 100 Abs. 1 AVIG) zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 6). Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmern ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 Satz 2 AVIG). Rückerstattungspflichtig sind der Bezüger oder die Bezügerin der unrechtmässig gewährten Leistungen und seine oder ihre Erben (Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002 [ATSV, SR 830.11]; vgl. dazu BGE 147 V 417 E. 7.2.1).

5.2 Eine zeitliche Befristung der Wiedererwägungsmöglichkeit besteht nicht (BGE 140 V 514 E. 3; BGE 133 V 50 E. 4.2.2). Vorbehalten bleiben die Verwirkungsfristen von Art. 25 ATSG. Die Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts. Darunter fallen insbesondere eine Leistungszusprache ohne oder in unrichtiger Anwendung der massgeblichen Bestimmungen und eine unvollständige Sachverhaltsabklärung aufgrund einer klaren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Urteil des BGer 8C_277/2020 vom 17. August 2020 E. 4.1). Der zeitliche Eintritt der Wirkung der Wiedererwägung ist beim Tatbestand des unrechtmässigen Leistungsbezugs in Art. 25 Abs. 1 ATSG geregelt, indem eine rückwirkende Korrektur vorzunehmen ist (Urteil des BVGer B-5863/2020 vom 1. März 2022 E. 4.2).

5.3 Die Bestimmbarkeit beziehungsweise ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (condition de fond; vgl. statt vieler Urteil des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2), deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.1). Die Berichti-

gung ist, angesichts des in Frage stehenden Betrags, von erheblicher Bedeutung. Somit ist das wiedererwägungsweise Zurückkommen auf die Leistungszusprache beziehungsweise die Rückforderung durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden.

5.4

5.4.1 Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG). Die Rückerstattung unrechtmässig gewährter Leistungen, die in gutem Glauben empfangen wurden, wird bei Vorliegen einer grossen Härte ganz oder teilweise erlassen (Art. 4 Abs. 1 ATSV).

5.4.2 Der Beschwerdeführer beruft sich auf den guten Glauben. Er macht geltend, dass C. _____ nicht bösgläubig, sondern nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt habe und den Betrieb nicht habe bereichern wollen. Ihre Fehler und mangelnde Sorgfalt hätten sich überwiegend zu Ungunsten dieses Traditionsbetriebs ausgewirkt und dieser sei nun aufgrund des vorliegenden Verfahrens in seiner Existenz gefährdet.

5.4.3 Der Beschwerdeführer verkennet, dass die Festlegung einer Rückerstattung von Leistungen in einem mehrstufigen Verfahren erfolgt: In einem ersten Entscheid ist über die Frage der Unrechtmässigkeit des Bezugs der Leistung zu befinden (i.d.R. mittels Wiedererwägung oder Revision, vgl. E. 5.1). Daran schliesst sich zweitens der Entscheid über die Rückerstattung an, in dem zu beantworten ist, ob – bei der festgestellten Unrechtmässigkeit des Leistungsbezugs – eine rückwirkende Korrektur gemäss Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG erfolgt. Schliesslich ist drittens, ein entsprechendes Gesuch vorausgesetzt, über den Erlass der zurückzuerstattenden Leistung gemäss Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG zu entscheiden, wobei die Erlassfrage erst dann zu prüfen ist, wenn die Rechtsbeständigkeit der Rückforderungsverfügung feststeht (Urteil des BGer 9C_466/2014 vom 2. Juli 2015 E. 3.1 betreffend AHV-Leistungen; vgl. auch Art. 4 Abs. 4 ATSV). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss ein Erlassgesuch stellt, erweitert er den Streitgegenstand, was unzulässig ist (E. 1.6).

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Abweisung der Einsprache gegen die Rückforderungsverfügung von Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 171'032.80.– bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

7.

Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor Bundesverwaltungsgericht sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich dabei um Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (Urteil des BVGer B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7). Entsprechend dem Verfahrensausgang hat der unterliegende Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 3'500.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz, das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF und wird der zuständigen Arbeitslosenkasse mitgeteilt.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Astrid Hirzel

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 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 22. März 2023

Zustellung erfolgt an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Das Urteil wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons Y. _____