



Urteil vom 2. September 2022

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Daniel Willisegger,
Gerichtsschreiberin Marina Reichmuth.

Parteien

Kanton A. _____,
vertreten durch
Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA),
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Arbeitsmarkt / Arbeitslosenversicherung,
Vorinstanz.

Gegenstand

Trägerhaftung.

Sachverhalt:**A.**

A.a B._____ (nachfolgend: Versicherter oder Versicherter B._____) war seit dem 1. Januar 2015 als (Berufsbezeichnung) für den Kanton C._____ (nachfolgend: Arbeitgeber) tätig. Mit Vereinbarung vom 1. Februar 2018 (nachfolgend: Auflösungsvereinbarung) lösten die Parteien das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen per 31. Juli 2018 auf. In der Auflösungsvereinbarung wurde dem Versicherten eine Freistellung spätestens ab 30. April 2018 zugesichert (Ziff. 2) und eine Kostengutsprache für ein New Placement in der Höhe von Fr. 5'000.– erteilt (Ziff. 4). In der Auflösungsvereinbarung wurde zudem festgehalten, dass gegenüber der Arbeitslosenkasse kommuniziert werde, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch diese Vereinbarung erfolgt sei, welche an die Stelle einer arbeitgeberseitig geplanten Kündigung getreten sei (Ziff. 13). Über die Kündigungsgründe vereinbarten die Parteien Stillschweigen (Ziff. 13). Der Versicherte meldete sich per 1. August 2018 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons A._____ (nachfolgend: Kasse) an. Am 14. August 2018 erfolgte ein erstes Beratungsgespräch zwischen dem Versicherten B._____ und der Regionalen Arbeitsvermittlung (nachfolgend: RAV) D._____. Am 15. August 2018 nahm der Versicherte gegenüber der Kasse zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses Stellung und erklärte, er habe die Auflösungsvereinbarung unterschreiben müssen, da sonst das Arbeitsverhältnis von Seiten des Personalamtes gekündigt worden wäre. In der Folge verfügte die Kasse keine Einstelltage und zahlte dem Versicherten ab dem Monat August 2018 Taggelder aus. Mit Anstellungsverfügung vom 20. Dezember 2018 wurde der Versicherte wiederum von seinem ehemaligen Arbeitgeber, dem Kanton C._____, per 15. Januar 2019 als (Berufsbezeichnung) beim (Amt), angestellt.

A.b E._____ (nachfolgend: Versicherte oder Versicherte E._____) war seit dem 2. April 2018 für die F._____ Stiftung (nachfolgend: Arbeitgeberin) als (Berufsbezeichnung) tätig. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2019 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per 31. Dezember 2019 und stellte die Versicherte per 1. November 2019 frei. Dem Kündigungsschreiben sind keine Kündigungsgründe zu entnehmen, es wurde lediglich festgehalten, die Versicherte sei persönlich über die Gründe informiert worden. Am 12. Februar 2020 stellte die Versicherte einen Antrag auf Arbeitslosentaggelder. Darin erklärte die Versicherte, die Kündigung sei aufgrund von Meinungsverschiedenheiten über die Zukunft der Stiftung

ausgesprochen worden. Am 13. Februar 2020 fand ein erstes Beratungsgespräch mit der Versicherten beim RAV G. _____ statt. Anlässlich des zweiten Gesprächs am 10. März 2020 wurde festgehalten, dass die Versicherte während der Kündigungsfrist schwanger geworden sei und sich die Kündigungsfrist deshalb bis am 31. März 2020 verlängere. Da die Versicherte jedoch keine Forderungen an die ehemalige Arbeitgeberin stellen wolle, erfolge die Mutation des 1. Kontrolltages auf den 1. April 2020. Man habe ihr die Rechten und Pflichten erklärt. In der Folge wurden der Versicherten ab 1. April 2020 Arbeitslosentaggelder ausbezahlt.

A.c Im August 2020 führte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) bei der Kasse eine Revision für den Zeitraum vom Juli 2018 bis Juni 2020 durch und prüfte 83 Dossiers. Mit Revisionsbericht vom 17. August 2020 machte die Vorinstanz in fünf Fällen Trägerhaftungsansprüche gegenüber dem Kanton A. _____ als Träger der Kasse geltend. Mit Stellungnahme vom 13. Oktober 2020 bestritt der Kanton A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) die geltend gemachten Trägerhaftungsansprüche in drei Fällen. In der Folge erliess die Vorinstanz am 22. Oktober 2020 eine Revisionsverfügung, worin sie betreffend die vom Beschwerdeführer bestrittenen Fälle auf die Trägerhaftung in einem Fall verzichtete und in den Fällen des Versicherten B. _____ und der Versicherten E. _____ eine Trägerhaftung im Umfang von insgesamt Fr. 18'382.60 verfügte (Ziff. 5.1 und 5.3 der Verfügung).

A.d Zur Begründung führte die Vorinstanz zum Versicherten B. _____ aus, die Hürden, welche zur Kündigung von Kantonsangestellten führen könnten, seien bekanntlich hoch angesetzt. Es müssten dazu entsprechend schwerwiegende Gründe vorliegen. Auch wenn die Personalämter regelmässig auf ihre schriftlichen Vereinbarungen verwiesen, hätten sowohl der Arbeitgeber wie auch der Versicherte explizit dazu aufgefordert werden müssen, konkret zum eigentlichen Kündigungsgrund Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme des Versicherten lasse entscheidungsrelevante Fragen offen, welche die Kasse zwingend hätte abklären müssen. Da dies unterlassen worden sei, könne nicht beurteilt werden, ob und in welchem Umfang den Versicherten ein Verschulden an seiner Arbeitslosigkeit treffe, weshalb er in der Anspruchsberechtigung angemessen hätte eingestellt werden müssen.

A.e Hinsichtlich der Versicherten E. _____ stellte sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, die Arbeitgeberin habe sehr wohl eine Kündigungsbe-

gründung geliefert, in welcher sie ausgeführt habe, dass sich die Versicherte beruflich habe verändern wollen und sie als Arbeitgeberin damit einverstanden gewesen sei. Somit sei der Anstoss zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses offensichtlich von der Versicherten aus erfolgt, welche damit selbstverschuldet die Arbeitslosigkeit in Kauf genommen habe.

B.

B.a Gegen diese Verfügung erhebt der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 17. November 2020 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und der zu seinen Lasten verfügte Betrag von Fr. 24'809.35 sei auf Fr. 6'426.75 zu reduzieren. Der Betrag von Fr. 18'382.60 sei zu Lasten des Arbeitslosenfonds abzuschreiben. Eventualiter sei der zu Lasten des Trägers verfügte Betrag angemessen zu reduzieren.

B.b Zur Begründung führt der Beschwerdeführer aus, der Arbeitgeber und der Versicherte B. _____ hätten das Arbeitsverhältnis in gegenseitigem Einvernehmen per 31. Juli 2018 aufgelöst. Über die Gründe der Auflösung hätten die Parteien Stillschweigen vereinbart. Auch die Arbeitgeberbescheinigung habe sich unter Hinweis auf die Vereinbarung über den Grund der Kündigung ausgesprochen. Der Arbeitgeber habe dem Versicherten B. _____ zudem ein hervorragendes Arbeitszeugnis ausgestellt. Vor diesem Hintergrund habe die Kasse auf eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit verzichtet, zumal derselbe Arbeitgeber den Versicherten B. _____ mit Anstellungsverfügung vom 20. Dezember 2018 wiederum angestellt habe.

B.c Zur Versicherten E. _____ stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, in der Arbeitgeberbescheinigung vom 10. Februar 2020 habe die Arbeitgeberin zur Frage nach dem Kündigungsgrund auf das Kündigungsschreiben verwiesen. Die Kasse habe eine Begründung der Kündigung verlangt, doch sei das Schreiben unbeantwortet geblieben, weshalb die Kasse die Arbeitgeberin gemahnt habe. Auch dieses Schreiben sei unbeantwortet geblieben, weshalb die Arbeitgeberin letztmals unter Hinweis auf die Strafandrohung nach Art. 106 AVIG gemahnt worden sei. Die Arbeitgeberin habe daraufhin in ihrer Antwort behauptet, das Arbeitsverhältnis sei in gegenseitigem Einvernehmen aufgelöst worden, weil die Versicherte sich beruflich habe verändern wollen und die Arbeitgeberin damit einverstanden gewesen sei. Es habe jedoch ganz eindeutig die Arbeitgeberin eine Kündigung ausgesprochen. Die Versicherte habe lediglich den

Empfang der Kündigung quittiert. Die Arbeitgeberbescheinigung verweise auf die Kündigung, welche keine Hinweise auf ein schuldhaftes Verhalten der Versicherten enthalte. Erst nach dreimaliger Aufforderung und unter Hinweis auf die Strafandrohung gemäss Art. 106 AVIG habe sich die Arbeitgeberin bewegt und in ihrer Antwort die falsche Theorie der Aufhebungsvereinbarung verfasst und mitgeteilt, die Versicherte habe den Wunsch nach Veränderung geäussert. Selbst wenn dies so gewesen wäre, wäre dies weit weg von einem schuldhaften Verhalten.

C.

Mit Vernehmlassung vom 16. Februar 2021 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen und ihre Verfügung sei zu bestätigen.

D.

Mit Replik vom 8. März 2021 hält der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest.

E.

Mit Duplik vom 18. März 2021 hält auch die Vorinstanz an ihren Anträgen fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur 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]).

Der Beschwerdeführer ist Träger der öffentlichen Arbeitslosenkassen A. _____ (Art. 77 Abs. 2 AVIG) und damit als Adressat der Verfügung zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021] und Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]).

Er hat den von ihm verlangten Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG und Art. 60 ATSG) und auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Der Träger haftet dem Bund für Schäden, die seine Kasse durch mangelhafte Erfüllung ihrer Aufgaben absichtlich oder fahrlässig verursacht (Art. 82 Abs. 1 AVIG). Die Ausgleichsstelle – die nach Art. 83 Abs. 3 AVIG durch die Vorinstanz geführt wird – macht Schadenersatzansprüche durch Verfügung geltend. Bei leichtem Verschulden kann sie auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche verzichten (Art. 82 Abs. 3 AVIG).

2.2 Die Trägerhaftung setzt einen Schaden voraus, der durch mangelhafte Erfüllung kausal und schuldhaft verursacht worden ist. Der Schaden entspricht der ungewollten Verminderung des Reinvermögens des Geschädigten, d.h. der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (Differenztheorie; BGE 142 III 23 E. 4.1 m.w.H.). Mangelhaft ist die Erfüllung, wenn die Kasse die rechtlich gebotenen Handlungen zur gesetzeskonformen Aufgabenerfüllung nicht vollständig, nicht sorgfältig, nicht zweckentsprechend, nicht rechtzeitig oder überhaupt nicht ausführt. Tritt der Schaden als Folge der mangelhaften Erfüllung ein, besteht ein Kausalzusammenhang, wobei jedes Verschulden, mithin auch leichte Fahrlässigkeit, genügt (vgl. Urteile des BVGer B-522/2016 vom 26. Juli 2016 E. 2 m.H. sowie E. 4.3 und B-7909/2007 vom 21. August 2008 E. 7.2 in fine). Leichte Fahrlässigkeit liegt bei geringfügiger Verletzung der Sorgfaltspflichten vor, das heisst, wenn vom Sorgfaltsmassstab, den ein gewissenhaftes und sachkundiges Personal der Kasse in einer vergleichbaren Lage bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben beachten würde, abgewichen wird (BGE 130 V 103 E. 3.3).

2.3 Gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. a AVIG ist der Versicherte in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn er durch eigenes Verschulden arbeitslos geworden ist, was die kantonale Amtsstelle zu prüfen hat (so auch Art. 30 Abs. 2 AVIG). Als selbstverschuldet gilt die Arbeitslosigkeit insbesondere dann, wenn der Versicherte durch sein Verhalten dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat (Art. 44 Abs. 1 Bst. a Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983, Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV [SR 837.02]). Für die Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit genügt es, dass das

allgemeine Verhalten der versicherten Person Anlass zur Kündigung gegeben hat. Ein Selbstverschulden im Sinne der Arbeitslosenversicherung liegt dann vor, wenn der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem vermeidbaren Verhalten des Versicherten liegt. Gesundheitliche Gründe (Art. 16 Abs. 2 Bst. c AVIG) müssen durch ein ärztliches Zeugnis belegt werden (BGE 124 V 234 E. 4b/bb; Urteil des BGer 8C_107/2018 vom 7. August 2018 E. 5 in fine, je m.w.H.). Ein schlechtes Arbeitsklima oder Spannungen zwischen dem Versicherten und seinen Arbeitskollegen oder Vorgesetzten begründen noch keine Unzumutbarkeit. Sie können dafür allenfalls im Rahmen der Verschuldensbeurteilung Berücksichtigung finden (Urteile des BGer 8C_107/2018 E. 3; 8C_742/2013 vom 27. November 2013 E. 4.1, je m.w.H.).

2.4 Die Beweislast richtet sich nach der Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210), sofern das massgebliche Recht keine spezifische Beweisregel enthält. Danach hat derjenige die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, der aus einer unbewiesenen gebliebenen Tatsache Rechte ableiten will. Bei einer Trägerhaftungsverfügung obliegt daher der Vorinstanz die Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen, nämlich einer strafbaren Handlung oder absichtlicher oder fahrlässiger Missachtung von Vorschriften durch das in Frage stehende kantonale Organ, dem Vorliegen und Umfang eines Schadens sowie dem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem geltend gemachten Schaden.

3.

3.1 Strittig sind vorliegend zwei Fälle von Trägerhaftungen, wobei sich in beiden die Frage einer selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit und einer damit verbundenen Einstellung der Anspruchsberechtigung stellt.

3.1.1 Die Vorinstanz bringt bezüglich des Versicherten B._____ vor, dieser sei freigestellt und ihm sei keine Abfindung ausgerichtet worden. Es sei in der Vereinbarung festgehalten worden, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch diese Vereinbarung erfolge, welche an die Stelle einer arbeitgeberseitig geplanten Kündigung trete. Der Versicherte sei darüber informiert worden, dass die Kasse nach dem Kündigungsgrund fragen und den ehemaligen Arbeitgeber zu einer Stellungnahme auffordern werde sowie dass er bei einer selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit mit Einstelltagen

rechnen müsse. Es sei jedoch einzig beim Versicherten eine Stellungnahme bezüglich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingeholt worden. Darin habe der Versicherte festgehalten, dass er die Auflösungsvereinbarung habe unterschreiben müssen, da sonst das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber gekündigt worden wäre. Gestützt auf diese Stellungnahme habe die Kasse von einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung abgesehen. Weitere Abklärungen zur Frage des Kündigungsgrundes seien von Seiten der Kasse keine erfolgt. Die Vorinstanz führt weiter aus, dass es sich beim Arbeitszeugnis des Versicherten vom 31. Juli 2018 durchaus um ein gutes, nicht aber um ein hervorragendes Arbeitszeugnis handle. Der Versicherte sei zwar wieder beim selben Arbeitgeber angestellt worden, im Unterschied zu seiner früheren Anstellung als (Berufsbezeichnung) beim (Amt/Direktion) sei er lediglich als (Berufsbezeichnung) beim (Amt/Direktion) eingestellt worden.

Der Versicherte habe sich in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis befunden, weshalb für eine Kündigung ein sachlich zureichender Grund hätte vorliegen müssen. Dass ihm der Arbeitgeber gekündigt hätte, wenn die Vereinbarung nicht unterzeichnet worden wäre, spreche dafür, dass ein entsprechender Grund vorgelegen haben müsse. Ein weiteres Indiz für ein Selbstverschulden stelle die Tatsache dar, dass der Versicherte gemäss Auflösungsvereinbarung spätestens per 30. April 2018 freigestellt worden sei. Eine Freistellung erfolge aber nur im Ausnahmefall, insbesondere bei klarem Verlust des Vertrauensverhältnisses und bei erheblichen Zusammenarbeitsproblemen im Team. Weiter habe der Versicherte gemäss Auflösungsvereinbarung keine Abfindung erhalten, was ebenfalls für ein Selbstverschulden spreche. Entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers vermöge weder die Gewährung einer Karriereberatung (New Placement) noch das «gute» Arbeitszeugnis ein Selbstverschulden zu widerlegen. Es gelte bezüglich des Inhalts des Arbeitszeugnisses unter anderem das Prinzip des Wohlwollens, weshalb der Arbeitgeber ein Arbeitszeugnis so zu formulieren habe, dass dem Arbeitnehmer das wirtschaftliche Fortkommen nicht unnötig erschwert werde. Auch die Tatsache, dass der Versicherte erneut vom selben Arbeitgeber angestellt worden sei, vermöge ein Selbstverschulden an der Auflösung des vorangehenden Arbeitsverhältnisses nicht zu widerlegen. Die Anstellung sei in einer anderen Direktion (andere Anstellungsbehörde) des Arbeitgebers und mit einer anderen Funktion erfolgt. Die Gründe, die zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses an der einen Stelle geführt hätten, könnten ohne Relevanz für die Anstellung an der anderen Stelle sein. Es fehlten zudem klare Hinweise auf ein entschuldbares Verhalten des Versicherten. Insbesondere vermöge

die vom Beschwerdeführer vorgelegte Zusammenstellung der Krankheitsabsenzen des Versicherten ab Oktober 2017 ein solches nicht zu belegen. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb es die Kasse unterlassen habe, weitere Abklärungen zum Sachverhalt (Selbstverschulden) zu tätigen. Erst recht unverständlich und in grober Weise gegen den Untersuchungsgrundsatz und die Abklärungspflicht verstosse die Tatsache, dass die Kasse den Arbeitgeber nicht ein einziges Mal zu einer Stellungnahme bezüglich der Gründe für die Vertragsbeendigung aufgefordert habe. Eine Stillschweigevereinbarung dürfe nicht als Rechtfertigung dafür dienen, keine Nachforschungen bei den Personalämtern anzustellen. Diese unterständen der allgemeinen Auskunftspflicht und könnten sich gegenüber den Durchführungsstellen der Arbeitslosenversicherung nicht auf eine Stillschweigevereinbarung berufen. Könnten sich die Durchführungsstellen wiederum auf die Unmöglichkeit der Abklärung von Kündigungsgründen berufen, nur weil sich Arbeitgeber auf eine Stillschweigevereinbarung berufen könnten, so wäre der Sanktionsgrund der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit bedeutungslos. Die Kasse habe auch nach Zustellung des Revisionsberichts keine nachträglichen Abklärungen getätigt. Die Kasse habe ihre Arbeit deshalb mangelhaft erfüllt, indem sie ihrer gesetzlichen Abklärungspflicht nicht nachgekommen sei.

3.1.2 Der Beschwerdeführer entgegnet, öffentliche Verwaltungen lösten Arbeitsverhältnisse bevorzugt im gegenseitigen Einvernehmen auf, damit das Entstehen einer Gerichtspraxis zur Rechtmässigkeit von Kündigungen vermieden werde. Wenn der Versicherte durch eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen auf die Kündigungsschutzvorschriften verzichte, brauche es in der Auflösungsvereinbarung ein Entgegenkommen. Standardmässig bestehe dieses in der Freistellung des Arbeitnehmers für die letzte Zeit des Arbeitsverhältnisses. Daher lasse eine Aufhebungsvereinbarung einer öffentlichen Verwaltung und eine gleichzeitige Freistellung von der Arbeit keine Rückschlüsse auf das Verhalten des Arbeitnehmers zu.

3.1.3 Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung mit Stillschweigevereinbarung und die Freistellung des Versicherten implizieren, dass der Wunsch zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses (auch) vom Arbeitgeber ausging und dass er dafür möglicherweise triftige Gründe hatte. Indessen deuten das gute Arbeitszeugnis, die krankheitsbedingten Abwesenheiten des Versicherten im Zeitraum vor Abschluss der Aufhebungsvereinbarung sowie Freistellung und die Stillschweigevereinbarung darauf hin, dass erhebliche zwischenmenschliche

Differenzen vorgelegen hatten. Allein aufgrund dieser Umstände war zwar offen, ob den Versicherten ein relevantes Verschulden an diesen Differenzen traf oder nicht. Dementsprechend offen war aber auch, ob eine allfällig eingeholte Stellungnahme des Arbeitgebers neutral oder aber durch die subjektive Sichtweise eines am Konflikt beteiligten Vorgesetzten in ihrer Glaubwürdigkeit beeinträchtigt sein würde. Im vorliegenden Fall war der Kasse aber zusätzlich bekannt, dass der Versicherte bereits mit Anstellungsverfügung vom 20. Dezember 2018 wieder vom selben Kanton angestellt wurde. Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung durfte die Kasse davon ausgehen, dass diese Einstellung nicht erfolgt wäre, wenn nicht die verantwortlichen Vorgesetzten sich durch vertrauliche Informationen bei der vorangegangenen Arbeitsstelle vergewissert hätten, dass die Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht, oder zumindest nicht in relevantem Ausmass, vom Versicherten zu vertreten waren. Der Kasse ist demnach keine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen, wenn sie aufgrund der vorliegenden Umstände keine weiteren Abklärungen zu den Kündigungsgründen unternommen und keine Einstelltage verfügt hat. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen und die Verfügung der Vorinstanz hinsichtlich Trägerhaftung Ziff. 5.1 aufzuheben.

3.2 In der Folge ist zu prüfen, ob die Vorinstanz der Kasse zu Recht vorwirft, sie hätte die Versicherte E. _____ wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit in der Anspruchsberechtigung einstellen müssen.

3.2.1 Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass die Versicherte in ihrem Antrag auf Arbeitslosentaggelder vom 12. Februar 2020 Meinungsverschiedenheiten über die Zukunft der Stiftung mit der Arbeitgeberin als Auflösungsgrund angegeben habe. Diese Begründung habe sie im Gespräch mit dem RAV D. _____ (recte: RAV G. _____) vom 10. März 2020 wiederholt. Weiter sei die Versicherte Ende 2019, also während laufender Kündigungsfrist, schwanger geworden. Sie sei zudem infolge Schwangerschaftskomplikationen vom 12. Februar bis am 13. März 2020 zu 100 % krankgeschrieben gewesen. Dem Protokoll des RAV D. _____ (recte: RAV G. _____) sei zu entnehmen, dass die Versicherte auf die Geltendmachung von weiteren Forderungen im Zusammenhang mit der Schwangerschaft gegenüber der Arbeitgeberin ausdrücklich verzichtet habe. Es bleibe festzuhalten, dass infolge ungenügender Abklärungen der Kasse nicht abschliessend beurteilt werden könne, ob effektiv eine Kündigung durch die Arbeitgeberin oder eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses zwischen der Arbeitgeberin und der Versicherten vorliege. Einerseits sei die Kündigung formell gesehen von der Arbeitgeberin

aus erfolgt, andererseits scheine der Anstoss zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Versicherten aus gekommen zu sein. Auf jeden Fall liege bei beiden Varianten ein Selbstverschulden der Versicherten vor. Auch wenn davon ausgegangen werde, die Arbeitgeberin habe das Arbeitsverhältnis gekündigt, so wäre die Versicherte trotzdem wegen des Verzichts auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses infolge verlängerter Kündigungsfrist (Schwangerschaft) in ihrer Anspruchsberechtigung einzustellen gewesen. Die Versicherte sei während der Kündigungsfrist schwanger geworden und hätte somit weiterhin ihre Arbeit anbieten oder ein Arztzeugnis einreichen und dadurch die Verlängerung der Kündigungsfrist gegenüber der Arbeitgeberin geltend machen müssen. Darauf habe sie jedoch ausdrücklich verzichtet.

3.2.2 Der Beschwerdeführer äussert sich in seiner Duplik nicht zum Verzicht der Versicherten auf Weiterführung des Arbeitsverhältnisses infolge wegen Schwangerschaft verlängerter Kündigungsfrist. Die Kasse habe die Arbeitgeberin dreimal aufgefordert, konkrete Vorkommnisse zu schildern, welche zur Kündigung geführt hätten. Erst beim dritten Mal habe sich die Arbeitgeberin geäussert, allerdings nur äusserst diffus, es habe kein konkretes Vorkommnis gegeben.

3.2.3 Strittig ist demnach, ob die Versicherte die Kündigung durch ihre Arbeitgeberin selbstverschuldet hat. Dem Kündigungsschreiben selbst lässt sich unzweideutig entnehmen, dass die Kündigung durch die Arbeitgeberin erfolgte. Bezüglich der Kündigungsgründe verweist das Schreiben auf eine mündliche Begründung («We have informed you personally about the reasons»). Die Versicherte bestätigte auf dem Kündigungsschreiben lediglich den Empfang der Kündigung. In ihrem Antrag auf Arbeitslosentaggelder gab die Versicherte an, die Kündigung sei durch die Arbeitgeberin und aufgrund von Meinungsverschiedenheiten über die Zukunft der Stiftung erfolgt. Diese Aussage wiederholte sie anlässlich des Beratungsgesprächs beim RAV G. _____ vom 10. März 2020. Die Arbeitgeberin äusserte sich erst nach mehrmaliger Aufforderung durch die Kasse zum Kündigungsgrund. In ihrer Stellungnahme führte die Arbeitgeberin aus, das Arbeitsverhältnis sei in gegenseitigem Einvernehmen beendet worden. Die Versicherte habe sich beruflich verändern wollen und sie sei damit einverstanden gewesen. Die Stellungnahme der Arbeitgeberin steht damit im Widerspruch zu dem von ihr selbst verfassten Kündigungsschreiben, gemäss dem sie selbst die Kündigung ausgesprochen hatte. Die Versicherte äus-

serte sich hingegen konsistent zum Kündigungsgrund, und es sind, abgesehen von der Behauptung der Arbeitgeberin, keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche gegen die Glaubwürdigkeit ihrer Angaben sprechen würden.

Eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung darf nur verfügt werden, wenn das der versicherten Person zur Last gelegte Verhalten klar feststeht. Bei Differenzen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer darf nicht ohne weiteres auf ein fehlerhaftes Verhalten des Arbeitnehmers geschlossen werden, wenn der Arbeitgeber nur unbestimmte Gründe geltend zu machen vermag, für welche er keine Beweise anführen kann (BGE 112 V 242 E. 1 S. 245 mit Hinweisen).

Unter den dargelegten Umständen ist nicht zu beanstanden, wenn die Kasse die Angaben der Versicherten als glaubhafter einstufte als diejenigen der Arbeitgeberin, welche mit deren eigenem Kündigungsschreiben in Widerspruch standen.

3.2.4 Zu prüfen bleibt, ob eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit der Versicherten vorlag, weil sie während der Kündigungsfrist schwanger wurde und gestützt darauf keine Forderungen gegenüber der Arbeitgeberin geltend machen wollte.

3.2.5 Es ist unbestritten und aktenkundig, dass die Versicherte während laufender Kündigungsfrist schwanger wurde.

3.2.6 Die Kündigungsfrist wird durch die Schwangerschaft unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist, namentlich für die Dauer der Schwangerschaft und 16 Wochen nach der Niederkunft, fortgesetzt (Art. 336c Abs. 1 lit. c i.V.m. Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR, SR 220]). Verlängert sich das Arbeitsverhältnis, weil die Kündigungsfrist durch eine Sperrfrist infolge Krankheit unterbrochen wird, besteht nur dann aufgrund Art. 11 Abs. 3 AVIG zu behandelnder Anspruch, wenn der Versicherte dem Arbeitgeber seine Dienste nach Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit unmissverständlich anbietet. Bietet die versicherte Person ihre Dienste nicht an, liegt allenfalls eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit vor (KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich 2019, S. 219 mit Hinweisen).

3.2.7 Vorliegend hatte die Versicherte E. _____ am 13. Februar 2020 ein erstes Beratungsgespräch beim RAV G. _____, anlässlich welchem sie

dem RAV mitteilte, sie befinde sich in Erwartung und die Geburt des Kindes werde im August 2020 erwartet. Sie reichte dem RAV gleichentags die «Meldung Mutterschaft» des Spitals H. _____ vom 12. Februar 2020 sowie ein Arztzeugnis vom 12. Februar 2020 des Spitals H. _____, welches eine Arbeitsunfähigkeit zu 100 % vom 12. Februar 2020 bis am 28. Februar infolge Schwangerschaftskomplikationen bescheinigte, ein. Am 10. März 2020 fand ein weiteres Beratungsgespräch beim RAV G. _____ statt. Im Gesprächsprotokoll wurde festgehalten, dass die Versicherte während der Kündigungsfrist schwanger geworden sei und sich die Kündigungsfrist somit bis am 31. März 2020 verlängere. Da die Versicherte aber keine Forderungen an die ehemalige Arbeitgeberin stellen wolle, erfolge die Mutation des 1. Kontrolltages auf den 1. April 2020. Die Versicherte reichte zudem ein weiteres ärztliches Zeugnis vom 4. März 2020 ein, welches ihr aufgrund von Schwangerschaftskomplikationen eine Arbeitsunfähigkeit vom 4. März 2020 bis am 13. März 2020 bescheinigte. In der Rubrik «Situationsbeurteilung» wurde weiter festgehalten, dass die Versicherte weiterhin zu 100 % arbeitsunfähig sei und das Arztzeugnis an die Arbeitslosenkasse gesendet werde («STES ist weiterhin zu 100 % AUF. AZ an ALK»).

3.2.8 Aus den Akten ergibt sich nicht eindeutig, ob oder wann die Kasse von der Schwangerschaft der Versicherten Kenntnis erhielt, da die angeführten, von der Vorinstanz eingereichten Belege keine Eingangsstempel der Kasse aufweisen und die Zeit vor dem ersten Kontrolltag betreffen. Indessen hat der Beschwerdeführer dies auch nicht konkret bestritten, da er zu diesem Vorwurf der Vorinstanz, der erstmals in der Vernehmlassung erhoben wurde, überhaupt keine Stellung genommen hat.

3.2.9 Wenn davon ausgegangen wird, dass die Kasse die angeführten Protokolle des RAV G. _____ zeitnah erhalten hat, so stellt sich allerdings in der Folge die Frage, ob die Kasse in dieser Situation hätte Einstelltage verfügen müssen. Aus dem Protokoll des RAV G. _____ vom 10. März 2020 ergibt sich unzweideutig, dass der zuständige Berater, als er von der Schwangerschaft erfuhr, der Versicherten die – falsche – Rechtsauskunft erteilte, dass sich die Kündigungsfrist aufgrund der Schwangerschaft nur bis zum 31. März 2020 verlängere. Der Vermerk, da die Versicherte aber keine Forderungen an die Arbeitgeberin stellen wolle, erfolge die Mutation des 1. Kontrolltages auf den 1. April 2020, kann nur so verstanden werden, als dass der Berater der Versicherten zu verstehen gab, dass mit dieser Verschiebung des Beginns der Anspruchsberechtigung deren Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber der Arbeitgeberin aus Sicht der Arbeitslosenversicherung kompensiert sei.

Diese Rechtsauskunft war, wie bereits dargelegt, unrichtig. Richtig wäre gewesen, dass sich die Kündigungsfrist um die ganze Dauer der Schwangerschaft und weitere 16 Wochen verlängert hätte, sofern die Versicherte der Arbeitgeberin ihre Arbeitskraft angeboten hätte. Allerdings hätte der Berater des RAV oder die Kasse die Versicherte dazu ausdrücklich auffordern müssen. Aus den Weisungen der Vorinstanz ergibt sich denn auch diesbezüglich, dass eine Versicherte in einer derartigen Situation nur wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit eingestellt werden darf, wenn sie vorher durch die Kasse aufgefordert worden ist, dem Arbeitgeber ihre Arbeitskraft anzubieten, und sie dies trotzdem unterlässt (AVIG-Praxis ALE/D29, Version 2020). Eine Einstellung ohne vorgängige Aufforderung ist nach dieser Quelle nur zulässig, wenn es sich um eine Person handelt, bei der einschlägige Rechtskenntnisse anzunehmen sind (AVIG-Praxis ALE/D30, Version 2020). Dass die Versicherte E. _____ vorliegend über derartige Rechtskenntnisse verfügte, machte die Vorinstanz nicht geltend.

Die Frage, die sich daher im vorliegenden Fall stellt, ist, ob die Kasse hätte realisieren müssen, dass erstens der Eintritt einer Schwangerschaft während der Kündigungsfrist diese substantiell verlängert und zweitens, dass die Rechtsauskunft des RAV über die Dauer der Verlängerung der Kündigungsfrist falsch gewesen war, und dass sie die Versicherte selbst zum Anbieten ihrer Arbeitskraft hätte auffordern müssen. Diese Frage ist nicht ohne Weiteres zu bejahen. Es fällt auf, dass die während der Kündigungsfrist eingetretene Schwangerschaft der Versicherten weder im Revisionsbericht noch in der Revisionsverfügung der Vorinstanz thematisiert wurde; offensichtlich fiel dieser Umstand und dessen rechtliche Tragweite auch dem erfahrenen Revisor der Vorinstanz nicht auf, sondern erst ihren Rechtsdienstmitarbeitenden. Es fällt daher schwer, den nicht notwendigerweise in allen arbeitsrechtlichen Fragen juristisch sattelfesten Mitarbeitern der Kasse der Vorwurf zu machen, sie hätten rechtzeitig erkennen müssen, dass die durch den Berater des RAV G. _____ erteilte Rechtsauskunft unrichtig gewesen war und die Versicherte selbst auffordern müssen, der Arbeitgeberin ihre Arbeitskraft anzubieten. Jedenfalls kann dieser Fehler weder als schweres noch als mittleres, sondern höchstens als leichtes Verschulden der Kasse eingestuft werden.

3.2.10 Bei leichtem Verschulden kann die Vorinstanz auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche verzichten (Art. 82 Abs. 3 AVIG).

Diese "Kann-Bestimmung" gewährt der Vorinstanz einen Ermessensspielraum zu. Es ist nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, als erste Instanz über eine Frage zu entscheiden, bei der ein Ermessensspielraum einer Vorinstanz besteht (vgl. Urteil des BGer 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 2.2; PHILIPPE WEISSENBERGER/ASTRID HIRZEL, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 61 N 15 ff.).

Die Sache ist daher in diesem Punkt an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie diese Frage prüft und gegebenenfalls neu verfügt.

4.

Zusammenfassend ist das Beschwerdebegehren Ziff. 1 auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung (recte: teilweise Aufhebung) daher gutzuheissen. Beschwerdebegehren Ziff. 2 und 3 dagegen, welche eine Reduktion der Trägerhaftung um Fr. 18'382.60 verlangen, sind nur in Bezug auf die verlangte Reduktion um Fr. 8'382.60 für den Fall des Versicherten B._____ reformatorisch gutzuheissen. In Bezug auf den Fall der Versicherten E._____ dagegen ist die Trägerhaftung weder um Fr. 10'000.– noch, entsprechend dem Eventualbegehren, angemessen zu reduzieren, sondern die Beschwerde ist diesbezüglich lediglich kassatorisch gutzuheissen und die Sache ist zur Neubeurteilung in Bezug auf diesen Fall im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.

Praxisgemäss sind eine Kassation und Rückweisung zu neuem Entscheid im Kostenpunkt wie eine Gutheissung zu behandeln. Dies allerdings nur dann, wenn der Ausgang völlig offen ist, was vorliegend der Fall ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt, selbst wenn sie unterliegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

6.

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 und 2 des Reglements vom 12. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Beschwerdeführer war im vorliegenden Verfahren nicht vertreten, weshalb praxisgemäss davon auszugehen

ist, dass ihm keine notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten entstanden sind, welche Anlass geben könnten, ihm eine Parteientschädigung zuzusprechen.

7.

Eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts über die Haftung des Trägers einer Arbeitslosenkasse gegenüber dem Bund gestützt auf Art. 82 AVIG ist nur zulässig, wenn der Streitwert die Grenze von Fr. 30'000.– erreicht oder wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (BGE 135 V 98 E. 2-5, Art. 85 Abs. 1 Best. a des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz [BGG, SR 173.110]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

Die angefochtene Verfügung vom 22. Oktober 2020 wird aufgehoben, soweit darin eine Trägerhaftung von Fr. 8'382.60 in Bezug auf den Fall des Versicherten B. _____ verfügt wurde.

In Bezug auf den Fall der Versicherten E. _____ wird die Verfügung aufgehoben und zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.– wird ihm nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, die Vorinstanz und das eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Marina Reichmuth

Rechtsmittelbelehrung:

Sofern der Streitwert den Betrag von Fr. 30'000.– erreicht oder sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 85 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), kann gegen diesen Entscheid 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 7. September 2022