

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00417 vom 30. Juni 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-06-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2004.00417](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2004.00417)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00417 du 30 juin 2005

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2004.00417 del 30 giugno 2005

## Erwägungen

### E. 1

1.1. In prozessualer Hinsicht stellte die Beschwerdeführerin den Antrag, die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 19. Juli und diejenige gegen den Einspracheentscheid vom 27. Juli 2004 seien zu vereinigen (Urk. 1 S. 1).

Demgegenüber beantragte die Beschwerdegegnerin, der Antrag auf Vereinigung der Verfahren sei abzuweisen (Urk. 7 S. 1-2).

1.2. Die Frage der Behandlung von Beschwerden in einem einzigen Verfahren oder in getrennten Verfahren wird durch die analoge Anwendung von Art. 58 der Zivilprozessordnung (in Verbindung mit Art. 61 ATSG und mit Art. 28 in der bis 31. Dezember 2004 gültigen Fassung des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVG) bestimmt. Danach kann die klagende Partei im gleichen Verfahren mehrere Rechtsbegehren gegen die beklagte Partei erheben, sofern das Gericht zuständig und die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist (Abs. 1). Aus zureichenden Gründen kann das Gericht den Rechtsstreit jederzeit in mehrere Prozesse trennen. Es kann getrennt eingereichte Klagen vereinigen (Abs. 2).

1.3. Die Beschwerdeführerin hat in einer Beschwerdeschrift zwei Einspracheentscheide angefochten. Im Einspracheentscheid vom 27. Juli 2004 stellt sich die Frage des Anspruchs auf Taggelder beziehungsweise auf Kompensationszahlungen ab 2. Juni 2003 und in diesem Zusammenhang ist der versicherte Verdienst zu prüfen und sind die verschiedenen Arbeitstätigkeiten der Versicherten zu qualifizieren (Urk. 3). Im Einspracheentscheid vom 19. Juli 2004 ist der Frage nachzugehen, ob und gegebenenfalls welchen Einstellungstatbestand die Versicherte dadurch erfüllt hat, dass das eine Arbeitsverhältnis bei ihrem Arbeitgeber "C.\_\_\_\_" schliesslich aufgelöst wurde und welches allenfalls die Konsequenzen dafür sind (Urk. 2).

Unzweifelhaft ist beim Verfassen einer Beschwerdeschrift von nur einem eingeleiteten Verfahren auszugehen. Da beide Einspracheentscheide von der Arbeitslosenkasse GBI erlassen worden waren und auch vom Inhalt her in einem gewissen Zusammenhang stehen, rechtfertigt es sich nicht, das Verfahren zu trennen. Soweit die Beschwerdegegnerin geltend macht, dass die beiden Entscheide zwei verschiedene Rahmenfristen betreffen, so ist dem entgegenzuhalten, dass diese Frage gerade Gegenstand des Verfahrens ist und zu entscheiden sein wird. Daher erbringt sich der Antrag auf Vereinigung der Verfahren.

2. Die Beschwerdeführerin meldete sich aufgrund des Verlusts des Arbeitsverhältnisses bei der A.\_\_\_\_ AG und der B.\_\_\_\_ AG Ende Mai 2003 bei der

Arbeitslosenversicherung an. In der VerfÄ¼gung vom 26. April 2004 erÄ¼ffnete die Beschwerdegegnerin zwar zunÄ¼chst eine Rahmenfrist ab 2. Juni 2003. Sie ging davon aus, dass die BeschwerdefÄ¼hrerin mittels ihres damals noch vorhandenen Lohnes fÄ¼r die TÄ¼tigkeit fÄ¼r den Verein "C.\_\_\_\_" wÄ¼hrend der Monate Juni 2003 bis 23. MÄ¼rz 2004 einen Zwischenverdienst erzielte, der jeweils den Anspruch auf ArbeitslosenentschÄ¼digung von tÄ¼glich Fr. 41.04 Ä¼berstiegen habe. Sie verneinte somit einen Anspruch auf Kompensationszahlungen wÄ¼hrend des Zeitraums vom 2. Juni 2003 bis 23. MÄ¼rz 2004. Den versicherten Verdienst ermittelte sie dabei einzig aus den TÄ¼tigkeiten bei der A.\_\_\_\_ AG und B.\_\_\_\_ AG und liess dabei den Lohn der Wohngruppe "C.\_\_\_\_" ausser Acht. Diesen berÄ¼cksichtigte sie jedoch als Zwischenverdienst und gelangte so zum erwÄ¼hnten Resultat des die ArbeitslosenentschÄ¼digung Ä¼bersteigenden Zwischenverdienstes (Urk. 8/69). Diese Ansicht bestÄ¼tigte sie im Einspracheentscheid vom 27. Juli 2004. Zudem fÄ¼gte sie eine EventualbegrÄ¼ndung an, wonach die Anspruchsberechtigung vor dem 24. MÄ¼rz 2004 (Verlust der Stelle beim Verein "C.\_\_\_\_") auch deshalb nicht gegeben sei, weil die Versicherte bis dahin keinen anrechenbaren Arbeits- oder Lohnausfall gehabt habe (Urk. 3 S. 5).

### E. 3

3.1Ä¼Ä¼Ä¼ Am 1. Juli 2003 traten zahlreiche, im Zuge der dritten Revision der Arbeitslosenversicherung beschlossene Ä¼nderungen des Bundesgesetzes Ä¼ber die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die InsolvenzenschÄ¼digung (AVIG) in Kraft. In zeitlicher Hinsicht sind grundsÄ¼tzlich diejenigen RechtssÄ¼tze massgebend, die bei der ErfÄ¼llung des zu Rechtsfolgen fÄ¼hrenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweisen). Vorab festzuhalten ist, dass dadurch, dass das AWA in der VerfÄ¼gung vom 29. August 2003 die VermittlungsfÄ¼higkeit der Versicherten und damit eine Anspruchsvoraussetzung (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG) zwischen dem 1. Juni und dem 16. August 2003 rechtskrÄ¼ftig verneint hat (Urk. 8/61), sich die Fragen einer zu erÄ¼ffnenden Rahmenfrist fÄ¼r den Leistungsbezug und des dazugehÄ¼rigen versicherten Verdienstes sowie eines Anspruchs auf Kompensationszahlungen frÄ¼hestens ab Montag, dem 18. August 2003 stellen kÄ¼nnen (vgl. Art. 9 Abs. 2 AVIG). Damit ist die Frage der Anspruchsberechtigung und des versicherten Verdienstes nach den Normen zu prÄ¼fen, wie sie seit 1. Juli 2003 GÄ¼ltigkeit haben (vgl. Urteil des EidgenÄ¼ssischen Versicherungsgerichts vom 10. Februar 2005 in Sachen F., C 295/03, Erw. 2).

3.2Ä¼Ä¼Ä¼ Eine der Anspruchsvoraussetzungen fÄ¼r ArbeitslosenentschÄ¼digung ist der anrechenbare Arbeitsausfall (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende voll Arbeitstage dauert. Der Arbeitsausfall von teilweise Arbeitslosen ist anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 der Verordnung Ä¼ber die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die InsolvenzenschÄ¼digung, AVIV). Teilweise arbeitslos ist die Person, die eine TeilzeitbeschÄ¼ftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere TeilzeitbeschÄ¼ftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG).

3.3Ä¼Ä¼Ä¼ Die ArbeitslosenentschÄ¼digung wird gestÄ¼tzt auf Art. 21 und Art. 22 AVIG als Taggeld ausgerichtet, welches sich nach dem versicherten Verdienst bemisst.

Ä¼Ä¼Ä¼Ä¼Ä¼Ä¼ Nach Art. 23 Abs. 1 AVIG gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der wÄ¼hrend eines Bemessungszeitraums

aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Art. 37 AVIV regelt den Bemessungszeitraum. Danach bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Abs. 1). Er bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1 (Abs. 2). Nach Art. 37 Abs. 3 AVIV beginnt der Bemessungszeitraum unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaussfalls. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen. Schliesslich legt Abs. 3 bis fest, dass bei Lohnschwankungen, die auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurückzuführen sind oder in der Art des Arbeitsverhältnisses liegen, der versicherte Verdienst auf den letzten zwölf Monaten, jedoch höchstens aufgrund der vertraglich vereinbarten durchschnittlichen Arbeitszeit ermittelt wird (vgl. BGE 125 V 42 und 125 V 51).

3.4 Nach Art. 24 Abs. 1 AVIG hat die versicherte Person Anspruch auf Ersatz des Verdienstaussfalls. Als Zwischenverdienst gilt jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das die arbeitslose Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt. Der Verdienstaussfall wird in Art. 24 Abs. 3 Satz 1 AVIG als Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit, und dem versicherten Verdienst definiert.

Da als versicherter Verdienst der aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen erzielte Lohn gilt, sind die aus mehreren Anstellungen erzielten Verdienste zusammenzuzählen. Der bei den verbliebenen Teilzeitstellen erzielte Lohn ist sodann als Zwischenverdienst abzurechnen, gilt doch als solcher jedes Einkommen aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, das Arbeitslose innerhalb einer Kontrollperiode erzielen (Art. 24 Abs. 1 AVIG). Dazu gehören auch verbliebene Teilzeitstellen nach Verlust einer Teilzeitarbeit (BGE 122 V 434 Erw. 2b, 120 V 514 Erw. 9; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen B. vom 25. März 2004, C 231/03, Erw. 2.2).

Beim Doppelbegriff des anrechenbaren Arbeitsausfalles (BGE 121 V 346 Erw. 2a mit Hinweis) handelt es sich einerseits um eine Anspruchsvoraussetzung (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG), andererseits um eine Regelung über die Entschädigungsbemessung, indem sich Dauer und Ausmass des Arbeitsausfalles auf den Umfang des Taggeldanspruches auswirken (BGE 125 V 58 f. Erw. 6b mit Hinweisen). Der anrechenbare Arbeitsausfall bestimmt sich grundsätzlich im Verhältnis zur letzten Anstellung vor Eintritt der (Teil-)Arbeitslosigkeit (ARV 1997 Nr. 38 S. 213 Erw. 3). Es kommt darauf an, was die versicherte Person "an Verdienst einbringender Arbeitszeit verloren hat" (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, N. 14 zu Art. 11) und in welchem zeitlichen Umfang sie bereit, berechtigt und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit aufzunehmen (BGE 125 V 59 Erw. 6c/aa). Die Kürzung des Taggeldanspruches bei einem nur teilweise anrechenbaren Arbeitsausfall geschieht durch eine entsprechende Reduktion der Entschädigungsbemessung zu Grunde zu legenden versicherten Verdienstes (BGE 125 V 60 Erw. 6c/aa mit Hinweis).

#### E. 4

4.1. Die Beschwerdegegnerin hat im Einspracheentscheid vom 27. Juli 2004 - wie erwähnt - übersehen, dass sich aufgrund der rechtskräftigen Verneinung der Vermittlungsfähigkeit in der Verfügung des AWA vom 29. August 2003 während des Zeitraums vom 1. Juni bis 16. August 2003 die Frage der Anspruchsberechtigung und von Kompensationszahlungen erst ab Montag, 18. August 2003 stellen konnte, konnte doch mit dieser Entscheidung davor keine Rahmenfrist eröffnet werden (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 23. Februar 2005 in Sachen G., C 118/04, Erw. 1.4.1). Einen Anspruch auf Kompensationszahlungen hat die Beschwerdegegnerin generell bis am 23. März 2004, dem Tag des Verlusts auch der Stelle beim Verein "C.\_\_\_\_", verneint. Denn bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes hat sie nach eigener Darstellung - wie erwähnt - nur die bei der A.\_\_\_\_ AG während der letzten sechs Monate erzielten Einkommen (Urk. 8/44) und den bei den B.\_\_\_\_ AG im Mai 2003 erhaltenen Verdienst (Urk. 8/43/1) berücksichtigt (Urk. 3). Die Tätigkeit bei der Wohngruppe "C.\_\_\_\_" hingegen, die die Versicherte ja zumindest bis 23. März 2004 weiterhin ausgeübt hatte, berücksichtigte die Beschwerdegegnerin bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes deshalb nicht, weil sie sich auf den Standpunkt stellte, bei dieser Tätigkeit handle es sich um Arbeit auf Abruf. Gemäss Seco Kreisschreiben sei ein Arbeitsausfall während eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf grundsätzlich von der Arbeitslosenkasse nicht anrechenbar. Von diesem Grundsatz könne nur abgewichen werden, wenn die geleistete Arbeitszeit auf Abruf vor dem Beschäftigungseinbruch während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen gewesen sei. Dies sei bei der Beschwerdeführerin jedoch nicht der Fall gewesen (Urk. 3 S. 2 bis 3 und Urk. 7 S. 2).

Die Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin zusammengefasst geltend, das beim Verein "C.\_\_\_\_" erzielte Einkommen müsse beim versicherten Verdienst mitberücksichtigt werden. Es sei unbillig, dieses Einkommen bei der Berechnung des versicherten Verdienstes ausser Acht zu lassen, jedoch als Zwischenverdienst anzurechnen (Urk. 1 S. 3).

4.2. Wenn eine Arbeitsleistung im Rahmen einer einheitlichen vertraglichen Bindung zwischen den Parteien über mehrere Monate hinweg erfolgt, liegt nach heute herrschender Meinung auch bei unregelmässig geleisteter Teilzeitarbeit genau gleich Teilzeitarbeit vor, wie im Falle regelmässiger Verteilung der Arbeitszeit. Demgegenüber wird bei einer eigentlichen Arbeit auf Abruf nur ein Rahmenvertrag für die Anstellungsbedingungen abgeschlossen. Der Arbeitgeber garantiert keine feste Anstellungsdauer sondern kann den Arbeitnehmer nach seinen Bedürfnissen abrufen und es wird bei jedem Einsatz ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage, Zürich 1993, N18-19 zu Art. 319 OR, BGE 121 V 170 Erw. 2c/bb).

Im Schreiben der Arbeitgeberin an die Beschwerdegegnerin vom 8. April 2004 (Urk. 8/28) bestätigte diese zwar, dass die Beschwerdeführerin keine feste zugesicherte Arbeitszeit genossen habe und die vereinbarten 10 bis 15 Stunden pro Woche lediglich den Status eines Richtwertes gehabt hätten. Aus der Arbeitsvereinbarung vom 1. Dezember 1998 (Urk. 8/35 = Urk. 8/17) geht jedoch hervor, dass eine Wochenarbeitszeit von zirka 10 bis 15 Stunden vereinbart worden war. Aus dieser Arbeitsvereinbarung kann daher geschlossen werden, dass es sich um Teilzeitarbeit handelte, auch wenn die Arbeitsleistung unregelmässig zu leisten war und nicht um eine eigentliche Arbeit auf

Abruf.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zu diesem Ergebnis führt auch die Prüfung der Lohnabrechnungen der Monate Mai 2002 bis Februar 2004 (Urk. 8/42/1-22). Aus diesen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin jeden Monat zwischen 43 Stunden (Juli 2002, Urk. 8/42/20) und 120.5 Stunden (Oktober 2003, Urk. 8/42/5) gearbeitet hat. Es steht daher fest, dass die Beschwerdeführerin immer mehr als die minimale vereinbarte Anzahl von 10 Stunden pro Woche gearbeitet hat.

4.3 Ä Ä Ä Ä Die Ansicht der Beschwerdegegnerin bezüglich der Nichtberücksichtigung des beim Verein "C.\_\_\_\_" erzielten Verdienstes ist aber auch aus einem anderen Grund nicht zutreffend. Das im Einspracheentscheid vom 27. Juli 2004 zitierte Seco Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung (KS-ALE) Rz B46 - B48 betrifft den Fall, da eine versicherte Person bei einem noch bestehenden Arbeitsverhältnis auf Abruf einen Beschäftigungseinbruch als Arbeitsausfall geltend macht (Urk. 3 S. 3). Das trifft aber bei der Beschwerdeführerin eindeutig nicht zu. Sie hat von mehreren Teilzeitarbeitsverhältnissen diejenigen als Raumpflegerin per Ende Mai 2003 verloren (Urk. 8/44 und Urk. 8/43). Die Beschäftigung beim Verein "C.\_\_\_\_" über sie demgegenüber auch über den 1. Juni 2003 hinaus im bisherigen Umfang weiterhin aus. Der Arbeitsausfall resultierte daher nicht aus dem unregelmässigen Arbeitseinsatz in diesem Arbeitsverhältnis, sondern aus dem erwähnten Wegfall der Arbeit als Raumpflegerin.

4.4 Ä Ä Ä Ä Die Bemessungsregelung des versicherten Verdienstes ergibt sich aus den Erwägungen 3.3 und 3.4. Art. 37 Abs. 3 bis AVIV kommt dabei nur zum Zuge, wenn aufgetretene Lohnschwankungen auf einen branchenüblichen Arbeitszeitkalender zurückzuführen sind oder in der Art des Arbeitsverhältnisses liegen. Bei der ersten Kategorie hatte der Gesetzgeber Arbeitsverhältnisse vor Augen, für die je nach Saison andere Arbeitszeiten gelten, wie zum Beispiel im Forst- und Gartenbau und im Baugewerbe (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosengesetz, Bd. III, Bern/Stuttgart 1993, N 9 zu Art. 23 AVIG). Bei der zweiten Kategorie müssen die Lohnschwankungen in der Art des Arbeitsverhältnisses angelegt sein (BGE 121 V 173 Erw. 4b), so zum Beispiel bei eigentlich Abrufbeschäftigten und Heimarbeitern im Auftragsverhältnis. Die Tätigkeiten der Beschwerdeführerin, die sie während der massgeblichen Beitragszeit ausgeübt hat, können weder der ersten noch der zweiten Kategorie zugerechnet werden. Damit ist der versicherte Verdienst der Beschwerdeführerin nach den Regeln von Art. 37 Abs. 1, 2 und 3 AVIV zu berechnen, und es sind sämtliche Tätigkeiten dieser Zeiträume als Raumpflegerin wie als Pflegehilfe im "C.\_\_\_\_" einzubeziehen.

4.5 Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdeführerin ist als teilarbeitslos zu bezeichnen, stand sie doch ab Juni 2003 in einem Teilzeitarbeitsverhältnis beim Verein "C.\_\_\_\_" und suchte eine weitere Teilzeitstelle im verlorenen Umfang oder eine Vollzeitstelle (Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG). Dadurch, dass sie die beiden Reinigungstätigkeiten verloren hatte, wovon diejenige bei der A.\_\_\_\_ AG 12,5 Stunden pro Woche (bei einer Normalarbeitszeit im Betrieb von 42,5 Stunden pro Woche) betragen hatte (Urk. 8/44), hat sie - entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin (Urk. 3) - die Anspruchsvoraussetzung des anrechenbaren Arbeits- und Verdienstauffalls erfüllt (Art. 5 AVIV; BGE 121 V 341 Erw. 3). Unbestrittenermassen hat sie auch die Beitragszeit (Art. 13 Abs. 1 AVIG) erfüllt, auch hinsichtlich der Vermittlungspflicht liegen ab 18. August 2003 keine Beanstandungen vor (vgl. sogar die in der Verfügung des AWA vom 29. März 2004 positiv festgestellte

gänzliche Vermittlungsfähigkeit "weiterhin", Urk. 8/59), und die Einhaltung der Kontrollvorschriften wurde auch nicht beanstandet.

4.6. Damit ist festzustellen, dass ab 18. August 2003 eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet war. Lief diese Rahmenfrist, so war die Eröffnung einer weiteren Rahmenfrist ab 24. März 2004 nicht möglich (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 23. Februar 2005 in Sachen G., C 118/04).

Die Sache ist in Aufhebung des Einspracheentscheids vom 27. Juli 2004 an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie im Sinne der Erwägungen den versicherten Verdienst und den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kompensationszahlungen ab 18. August 2003 neu berechne.

## E. 5

5.1. Weiter ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin zu Recht wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit ab dem 24. März 2004 für 23 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt wurde.

5.2. Nach Art.

30 Abs.

1 lit.

a AVIG ist die versicherte Person in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos ist. Die Arbeitslosigkeit gilt namentlich dann als selbst verschuldet, wenn die versicherte Person durch ihr Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat (Art.

44 Abs. 1 lit.

a AVIV). Von einer selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit ist auch auszugehen, wenn eine versicherte Person eine zumutbare Zwischenverdiensttätigkeit verschuldetermassen verliert (ARV 1998 Nr. 9 S. 41).

Ein Selbstverschulden im Sinne der Arbeitslosenversicherung liegt dann vor, wenn und soweit der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem nach den persönlichen Verhältnissen und Umständen vermeidbaren Verhalten der versicherten Person liegt, für das die Arbeitslosenversicherung die Haftung nicht übernimmt (ARV 1998 Nr. 9 S. 44 Erw. 2b, 1982 Nr. 4 S. 39 Erw. 1a; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. 1, N 8 zu Art. 30 AVIG).

5.3. Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit gemäss Art. 44 Abs. 1 lit.

a AVIV setzt keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen gemäss Art.

337 beziehungsweise Art.

346 Abs.

2 des Obligationenrechts (OR) voraus. Es genügt, dass das allgemeine Verhalten der versicherten Person Anlass zur Kündigung beziehungsweise Entlassung gegeben hat;

Beanstandungen in beruflicher Hinsicht müssen nicht vorgelegen haben. Mithin gehören dazu auch charakterliche Eigenschaften im weiteren Sinne, die den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin für den Betrieb als untragbar erscheinen lassen. Eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung kann jedoch nur verfügt werden, wenn das der versicherten Person zur Last gelegte Verhalten klar feststeht (BGE 112 V 245 Erw. 1; ARV 1999 Nr. 8 S. 39 Erw. 7b; SVR 1996 AIV Nr. 72 S. 220 Erw. 3 b/bb; Gerhards, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 30 AVIG). Das vorwerfbare Verhalten muss zudem nach Art. 20 lit. b des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988 (SR 0.822.726.8; für die Schweiz in Kraft seit dem 17. Oktober 1991, AS 1991 1914) vorsätzlich erfolgt sein (vgl. BGE 124 V 236 Erw. 3b, welche Rechtsprechung gemäss Urteil in Sachen M. vom 17. Oktober 2000, C 53/00, Erwägung 3b, auch im Bereich von Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV anwendbar ist). Bei Differenzen zwischen dem Arbeitgeber und Beschäftigten darf nicht ohne weiteres auf ein fehlerhaftes Verhalten des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin geschlossen werden, wenn der Arbeitgeber nur unbestimmte Gründe geltend zu machen vermag, für welche er keine Beweise anführen kann (BGE 112 V 245 Erw.

1 mit Hinweisen; Gerhards, a.a.O., N. 10 ff. zu Art. 30 AVIG).

## E. 6

6.1.1 Die Beschwerdeführerin stellte sich auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin habe am 21. März 2004 am Ende ihres Arbeitseinsatzes den Arbeitsplatz verlassen, obwohl sie gewusst habe, dass ihre Kollegin nicht zum Dienst erscheinen werde und dadurch die ihr anvertrauten pflegebedürftigen Personen "wissentlich alleine gelassen", ohne eine vorgesetzte Stelle über das Ausbleiben der Kollegin zu informieren. Dieses Fehlverhalten stelle eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflicht dar und habe zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses geführt (Urk. 2 S. 3).

### E. 6.2

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, es treffe nicht zu, dass sie gewusst habe, ihre Arbeitskollegin werde nicht zur Arbeit erscheinen (Urk. 8/18). Es sei auch nicht ihre Aufgabe gewesen für die Organisation des Pflegebetriebes zu sorgen, und es könne ihr daher nicht angelastet werden, dass eine Drittperson nicht zur Arbeit erschienen sei (Urk. 1 S. 2).

6.3.1 Im Schreiben "Bestätigung der persönlichen Unterredung und Kündigung" vom 22. März 2004 (Urk. 8/29/3) führte die Arbeitgeberin aus, die Beschwerdeführerin sei am Sonntag, dem 21. März 2004 scheinbar die einzige Person gewesen, die vom Fernbleiben einer Mitarbeiterin gewusst habe. Trotzdem habe sie sich nicht zuständig gefühlt, dies der Leitung oder dem Pikettdienst zu melden. Es sei absolut unverantwortlich und grobfahrlässig, die Bewohner (der Behinderten- und Betagtenwohngruppe) wissentlich zu den bekannten Arbeitszeiten alleine zu lassen.

2.2.2 In der schriftlichen Stellungnahme vom 21. April 2004 zuhanden der Rechtsberatung der Beschwerdeführerin (Urk. 8/24) erklärte die Arbeitgeberin, die Beschwerdeführerin habe bereits am Samstag, dem 20. März 2004 zusammen mit einer anderen Mitarbeiterin Dienst gehabt. Diese sei jedoch nicht zum Dienst erschienen, und die Beschwerdeführerin habe es nicht für nötig befunden, die Abwesenheit der anderen

Mitarbeiterin zu melden. Am Sonntagmorgen habe sie den Bewohnern zudem erklärt, sie wisse nicht, ob am Abend jemand zum Dienst erscheinen werde. Am Abend habe die Beschwerdeführerin in der Wohngruppe angerufen und sich erkundigt, ob jemand zum Dienst erschienen sei. Die Beschwerdeführerin hätte ihre Vorgesetzte über das Fernbleiben der anderen Mitarbeiterin informieren müssen. Indem sie dies nicht getan habe, habe sie ihre Pflicht verletzt.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Mit Schreiben vom 25. Mai 2004 (Urk. 8/14) erklärte sich die Arbeitgeberin schliesslich bereit, der Beschwerdeführerin eine Entschädigung von Fr. 2'008.50 zu bezahlen, falls diese auf ein gerichtliches Vorgehen wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung verzichte (vergleiche auch Urk. 8/15). Diesen Vorschlag akzeptierte die Beschwerdeführerin mit Erklärung vom 7. Juni 2004 (Urk. 8/10).

6.4 Ä Ä Ä Ä Aus der Arbeitsvereinbarung vom 1. Dezember 1998 (Urk. 8/17) geht hervor, dass die Beschwerdeführerin für die Tätigkeit Hausdienst/Pflegeassistentin in einer Wohngruppe von Betagten und Behinderten angestellt war. Während die Arbeitgeberin mehrfach detailliert und in gleicher Weise über die Vorkommnisse, die zur Kündigung geführt haben - vor allem über dasjenige vom Wochenende des 20./21. März 2004 - sowohl gegenüber der Arbeitslosenkasse wie auch gegenüber der Rechtsvertretung Auskunft gegeben hat (Urk. 8/24, 8/29/3), hat die Beschwerdeführerin keine eigene Sachdarstellung gemacht, die diejenige der Arbeitgeberin in Frage zu stellen vermöchte. Sie hat sich darauf beschränkt darzutun, sie sei nicht vom Fernbleiben der Arbeitskollegin unterrichtet worden (Urk. 8/27/1, 8/18, 1), obwohl sie von der Beschwerdegegnerin aufgefordert worden war, detailliert eine eigene Sachdarstellung der Geschehnisse des Wochenendes vorzutragen (Urk. 8/20). Auch aus der Beschwerde geht keine andere Sachdarstellung hervor.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Es ist somit davon auszugehen, dass im Wesentlichen die Sachdarstellung der Arbeitgeberin betreffend das Wochenende vom 20./21. März 2004 zutreffend ist: Nachdem es im Jahr 2004 einzelne Anstände mit der Beschwerdeführerin gegeben hatte, hatte die Beschwerdeführerin am Samstag, 20. März 2004, mit einer Kollegin arbeiten sollen, welche jedoch - wie sich nachträglich herausstellte - ohne sich abzumelden ins Ausland zur verstorbenen Mutter abgereist war und deshalb nicht zur Arbeit erschienen war. Die Beschwerdeführerin meldete diesen Umstand nicht. Am folgenden Sonntagmorgen hatte die Beschwerdeführerin erneut Dienst, die Kollegin hatte den Abenddienst versehen müssen. Gegenüber drei Heimbewohnern äusserte die Beschwerdeführerin am Morgen die Vermutung, dass allenfalls am Abend niemand im Dienst sei. Selber rief sie sodann am Abend mehrmals in der Wohngruppe an und erkundigte sich, ob jemand im Dienst sei (Urk. 8/24), ohne erneut die Abwesenheit der betreffenden Person zu melden und obwohl sie durch Bewohner des Heims aufgefordert worden war, sie solle die Abwesenheit der Leitung melden. Die Meldung an den Pikettdienst übernahm schliesslich ein Heimbewohner, der seinerseits die Heimleitung informierte, die einen Ersatz aufbot. Dank der Meldung durch den Heimbewohner war so nur eine Betreuungslücke von 1,5 Stunden entstanden (Urk. 8/24).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Auch wenn die Beschwerdeführerin, wie sie mehrfach darlegte, nicht direkt von der Kollegin über deren bevorstehende Abwesenheit informiert worden war und ihr somit die Gewissheit einer Abwesenheit gefehlt haben mag, zeigen die nicht bestrittenen, detaillierten Abläufe hinreichend auf, dass die Beschwerdeführerin ihrer Sorgfaltspflicht als Betreuerin der Heimbewohner nicht nachgekommen ist. Sie hatte

zunächst sehr wohl zumindest die Vermutung einer Betreuungslücke am Sonntagmorgen, nachdem schon am Vorabend die Kollegin unentschuldig gefehlt hatte, und die Gewissheit am Abend selber nach den entsprechenden Telefonaten, dass die Kollegin nicht zum Dienst erschienen war. Selbstverständlich hätte sie diesen Umstand zum Schutz der Bewohner melden müssen und dies unabhängig davon, ob die Kollegin ihrerseits eine Pflichtverletzung begangen hat. Damit hat die Beschwerdeführerin zweifelsohne der Arbeitgeberin einen relevanten Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben, und eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit ist gerechtfertigt. Ob aus arbeitsrechtlicher Sicht eine fristlose Entlassung gerechtfertigt war oder ob nur unter Einhaltung der Kündigungsfrist hätte gekündigt werden können, ist dabei für die Frage der Einstellung in der Anspruchsberechtigung irrelevant. Entscheidend ist aus der Sicht der Arbeitslosenversicherung einzig, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Verhalten einen relevanten, für die Arbeitgeberin kausalen Grund zur Auflösung des mehrjährigen Arbeitsverhältnisses gegeben hat und dass die Beschwerdeführerin so eines Zwischenverdienstes verlustig ging. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann bei diesem Arbeitsverhältnis von einem unzumutbaren Abrufarbeitsverhältnis im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. g AVIG nicht die Rede sein, das eine ständige Abrufbereitschaft über den Umfang der garantierten Beschäftigung hinaus verlangt hätte, bestanden doch offensichtlich im Voraus erstellte Arbeitspläne. Dass bei Abwesenheiten einer anderen Betreuungsperson eingesprungen werden muss, gehört zu den üblichen Pflichten in einem Arbeitsverhältnis.

6.5 Die Dauer der Einstellung bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens (Art. 30 Abs.

3 AVIG) und beträgt 1 bis 15 Tage bei leichtem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31

bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (Art. 45 Abs.

2 AVIV).

Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung von 23 Tagen im Bereich der Mitte eines mittelschweren Verschuldens, bewegt sich noch im Bereich des erlaubten Ermessens der Verwaltung, ist jedoch als wohlwollend zu bezeichnen. Das Verschulden wirkt keinesfalls leicht, hat die Beschwerdeführerin doch durch die unterlassene Meldung in Kauf genommen, dass eine Betreuungslücke entstanden war, ein Umstand, der für die Arbeitgeberin gravierende Folgen hätte haben können. So hat die Beschwerdeführerin einen klaren Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben. Allerdings vermochte die Beschwerdeführerin ab 1. Juni 2004 (Urk. 8/4) offenbar bereits wieder eine Tätigkeit zu finden, was ihr anzurechnen ist. Die Tatsache, dass die Versicherte durch ihr Verhalten nur einen Zwischenverdienst verloren hat, ist nicht bei der Einstelldauer, die verschuldensabhängig ist, zu beachten, sondern wird bei der Berechnung der Schadenstaggeldhöhe zu berücksichtigen sein (BGE 122 V 40 f.).

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 27. Juli 2004 wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der Entscheid aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückergeben wird, damit sie im Sinne der Erwägungen über den Anspruch auf Kompensationszahlungen ab 18. August 2003 neu befinde.

2. Die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 19. Juli 2004 wird abgewiesen.

3. Das Verfahren ist kostenlos.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- S. \_\_\_\_\_

- Unia Arbeitslosenkasse

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.