

## Inkonvenienzentschädigung Bemerkungen zu BGE 4C.313/2005

Von Martin Farner

In vielen Arbeitsverhältnissen gibt es Zahlungen über den Monatslohn hinaus für besondere Einsätze. Solche Zahlungen können Spesen- oder Lohncharakter haben. Spesencharakter haben sie dann, wenn mit dem Einsatz entstehende Unkosten abgedeckt werden. Dazu gehören z.B. der Ersatz von Taxikosten für Mitarbeiter, die mitten in der Nacht ihre Schicht beenden. Auch Essenszulagen für auswärtige Arbeit sind hier zu rubrizieren.

Davon zu unterscheiden sind Lohnanreize für bestimmte Tätigkeiten. So wird häufig für Arbeit ausserhalb normaler Arbeitszeiten eine Zulage darum bezahlt, weil ohne sie die Rekrutierung von Arbeitskräften auf Probleme stossen würde. Diese Zulagen haben nicht Spesen- sondern Lohncharakter.

Um solche Zulagen ging es im oben erwähnten Entscheid des Bundesgerichts und ebenfalls im Entscheid des Arbeitsgerichtes Zürich vom 18. September 2003, AN030539, Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2003, Seite 24ff. und dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Februar 2004, LA030053, Entscheide Arbeitsgerichts Zürich 2003, Seite 25f und ARV 2004 Seite 27ff.

Das Arbeitsgericht Zürich hat die Frage, ob Schichtzulagen beim Ferienlohn miteinzubeziehen seien, gleich beantwortet wie das Bundesgericht. Daher ist in unserem Zusammenhang die Frage interessanter, welche guten Argumente das Zürcher Obergericht für seine gegenteilige Lösung hatte. Dieses stützt sich zur Hauptsache auf BGE 115 V 326.

Der entscheidende Passus dieses Entscheides ist (BGE 115 V 326 hier S. 331f.):

Art. 23 Abs. 1 AVIG, welcher Entschädigungen für arbeitsbedingte Inkonvenienzen vom versicherten Verdienst ausschliesst, ist somit nichts anderes als der Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens der Vorteilsanrechnung. Unter diesem Gesichtspunkt hat die Schichtzulage, obwohl sie arbeitsvertragsrechtlich nicht Auslagenersatz, sondern Lohnbestandteil ist (siehe Erwägung 4), im allgemeinen überwiegend den Charakter einer Inkonvenienzentschädigung; denn Schichtarbeit ist effektiv mit typischen unmittelbaren Erschwernissen verbunden, die mit der Einstellung der Schichtarbeit wegfallen. Dass Schichtarbeit den Arbeitnehmer darüber hinaus zu persönlichen Dispositionen anhalten und zu mittelbaren Folgekosten in der Lebensgestaltung führen kann, ändert an der Tatsache nichts, dass die Schichtzulage primär die direkt mit der Arbeitsausübung verbundenen Erschwernisse abgilt. Der arbeitsvertragsrechtliche Umstand, dass Schichtzulagen im Falle krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsverhinderung unter die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers fallen, ist nicht entscheidend; denn zu den vertraglich vereinbarten Zulagen im Sinne des Arbeitsvertragsrechts gehören begrifflich, wie gesagt, u.a. auch Schmutz- oder Gefahrenzulagen, welche der Beschwerdeführer zutreffend als Inkonvenienzentschädigungen im AIV-rechtlichen Sinne anerkennt. Andererseits ist das vom BIGA verwendete Kriterium der Zahlung von Schichtzulagen bei normaler Arbeit unbehelflich, weil in diesem Falle überhaupt keine echte Schichtzulage, sondern vielmehr ein gewöhnlicher Lohnbestandteil vorliegt. **Als Unterscheidungskriterium verbleibt somit allein der Umstand, ob die Schichtzulage während der Ferien bezahlt wird oder nicht.**

Das Bundesgericht hätte in diesem Entscheid nicht die Frage beantworten müssen, ob die Inkonvenienzentschädigung bezahlt **wird**, sondern ob sie **bezahlt werden muss**. Vermutlich haben die Schichtzulagen im Fall BGE 115 V 326 ebenfalls Lohncharakter gehabt. Nun kann eine Zulage mit Lohncharakter eine Ausnahme sein. Nur regelmässig wiederkehrende Zulagen sind in den Ferienlohn miteinzubeziehen.

Das Zürcher Obergericht schliesst aus dem zitierten Passus des Bundesgerichtsentscheids, dass es im Belieben der Parteien liege, Schichtzulagen auch während der Ferien zu zahlen oder eben nicht (ARV 2004 Seite 29). Damit kapituliert die Rechtsprechung aber vor der normativen Kraft des Faktischen, denn den Arbeitgebern muss man nicht zweimal sagen, dass sie eine Zulage während der Ferien nicht zahlen sollen. Daher ist die Entscheidung des Zürcher Obergerichts nicht sehr überzeugend. Das hätte das Bundesgericht auch durchaus klarer sagen können, statt sich darauf zu berufen, die Sachlage des Zürcher Entscheides sei eine andere gewesen. Denn dies traf überhaupt nicht zu. Es ging in allen hier erwähnten Entscheiden um exakt die gleiche Vertragslage.