

# **OW\_GERICHTE VVGE 2001/02 Nr. 40 vom 30. April 2001**

OW Obergericht, 2001-04-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_VVGE\\_2001\\_02\\_Nr\\_40](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE_2001_02_Nr_40)

FR: OW\_GERICHTE VVGE 2001/02 Nr. 40 du 30 avril 2001

IT: OW\_GERICHTE VVGE 2001/02 Nr. 40 del 30 aprile 2001

## **Regeste**

VVGE 2001/02 Nr. 40, S. 134: Art. 8 und Art. 11 AVIG; Art. 5 Abs. 2 AHVG; Art. 6 Abs. 2 GIG; Pönalentschädigungen zufolge diskriminierender Kündigungen aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GIG fallen nicht unter die Entschäd

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz) vom 25. Juni 1982 (AVIG; SR 837.0) hat der Versicherte einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat. Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG). Laut Art. 11 Abs. 3 AVIG ist aber ein Arbeitsausfall, für den dem Arbeitslosen Lohnansprüche oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche zustehen, nicht anrechenbar. Dabei umfasst der Begriff des Lohnanspruches insbesondere den Anspruch auf sogenannten Kündigungslohn für die Zeit zwischen der vorzeitigen Entlassung des Arbeitnehmers bis zur rechtswirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie den Anspruch auf Lohn bei ungerechtfertigter Entlassung nach Art. 337c Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220; vgl. Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, Bern 1988, N. 76 zu Art. 11 AVIG). Die Entschädigungsansprüche wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses betreffen jene Fälle, in denen dem Arbeitnehmer als Rechtsfolge vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Schadenersatz zusteht, d.h. die Rechtsfolge nach Art. 337b OR eintritt (Gerhards, a.a.O., N. 85 zu Art. 11 AVIG). Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass das Gesetz nur jene Versicherte entschädigen will, die durch einen Arbeitsausfall einen tatsächlichen Einkommensverlust erleiden (vgl. Gerhards, a.a.O., N. 84 ff. zu Art. 11 AVIG). Nachdem sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Arbeitgeberin anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 28. März 2000 vergleichsweise dahingehend einigte, dass ihr die Arbeitgeberin den Betrag von Fr. 43'000.-- (nämlich Fr. 20'000.-- brutto als Lohn und Fr. 23'000.-- unter dem Titel Entschädigung) zu bezahlen habe, ist nachfolgend zu prüfen, ob sie trotz dieser Summe einen Verdienstaufschlag erlitt, der zu einem anrechenbaren Arbeitsausfall führte.

### **E. 2**

a) Unbestritten ist zunächst, dass mit dem vergleichsweise zugestandenem Lohn von Fr. 20'000.-- der viermonatige Mutterschaftsurlaub abgegolten wurde. Anschliessend an die Niederkunft haben weibliche Flight Attendants nämlich gemäss Art. 49 Abs. 1 des

Gesamtarbeitsvertrages (GAV) Anspruch auf einen viermonatigen bezahlten, ununterbrochenen Mutterschaftsurlaub. Da sich die angefochtene Verfügung nicht auf diese Zeitspanne nach der Niederkunft erstreckt, sondern vielmehr die Zeitspanne zwischen Kündigung und Niederkunft tangiert, verdient diese Lohnzahlung von Fr. 20'000.-- für das vorliegende Verfahren keine weitere Berücksichtigung. b) Anders verhält es sich hinsichtlich der unter dem Titel Entschädigung geleisteten Zahlung von Fr. 23'000.--. Aufgrund dieser Zahlung verneinte die Arbeitslosenkasse Ob- und Nidwalden in der angefochtenen Verfügung einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung seitens der Beschwerdeführerin für die Zeitspanne nach der Kündigung bis zur Niederkunft, also vom 1. Januar bis zum 20. Mai 2000. Diese Ablehnung begründete sie damit, dass die Lohnansprüche für besagte Zeitspanne vollumfänglich durch die Entschädigungssumme im Betrag von Fr. 23'000.-- abgedeckt seien, denn aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht handle es sich dabei um Entschädigungsansprüche wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Deshalb sei im vorliegenden Fall der Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin nach Art. 11 Abs. 3 AVIG nicht anrechenbar. Gegen diese Sicht der Dinge bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, dass die Entschädigung von Fr. 23'000.-- eine sogenannte Rechtsverletzungsbusse darstelle und als Strafzahlung zu verstehen sei. Diese Entschädigung könne demzufolge unabhängig und zusätzlich zu den Schadenersatzansprüchen geltend gemacht werden. Auf jeden Fall handle es sich bei der Summe von Fr. 23'000.-- weder um Lohnansprüche noch um Entschädigungsansprüche wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses, weshalb vorliegend Art. 11 Abs. 3 AVIG gar nicht zur Anwendung gelange. c) Umstritten ist demgemäss noch die Rechtsnatur der als Entschädigung geleisteten Zahlung im Betrag von Fr. 23'000.--. Diese gilt es in der Folge abzuklären.

### **E. 3**

a) Nach Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (GIG; SR 151) hat die von einer diskriminierenden Kündigung aufgrund ihres Geschlechts gemäss Art. 3 GIG betroffene Person Anspruch auf eine Entschädigung. Diese Entschädigung ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monatslöhne entspricht (Art. 5 Abs. 2 und 4 GIG). Dabei bleiben Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung sowie weitergehende vertragliche Ansprüche vorbehalten (Art. 5 Abs. 5 GIG). Diese Sanktion für diskriminierendes Verhalten bei Kündigungen entspricht der üblichen arbeitsvertraglichen Rechtsfolge missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336a Abs. 2 OR. Die diskriminierende Kündigung aufgrund des Geschlechts bildet insoweit einen Anwendungsfall von Art. 336 Abs. 1 Bst. a OR. Dies wird durch Art. 9 GIG noch betont, wonach das Verfahren gemäss Art. 336b OR einzuhalten ist (Kathrin Klett, Schutz vor Rachekündigungen, in: Schwander/Schaffhauser (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St. Gallen 1996, 168 f.). Die in Art. 336a Abs. 2 OR und Art. 5 Abs. 2 und 4 GIG geregelten "Entschädigungen" stimmen in ihrer Rechtsnatur überein. Es handelt sich dabei weder um Lohn noch um Schadenersatz. Diese "Entschädigungen" mögen zwar ihren Ursprung in einem (aufgelösten) Arbeitsverhältnis finden und insofern auch damit zusammenhängen, doch besteht zur Arbeitsleistung und damit zur Entlohnung oder ihrer ersatzweisen Abgeltung kein auch nur mittelbar rechtlicher oder wirtschaftlicher Bezug. Vielmehr dienen die fraglichen "Entschädigungen" ausschliesslich der Strafe und Prävention sowie allenfalls der Genugtuung; sie sollen den Arbeitgeber in erster Linie für das dem Arbeitnehmer durch die missbräuchliche oder

diskriminierende Kündigung zugefügte Unrecht bestrafen. Die Lehre verwendet denn auch andere Bezeichnungen für diese "Entschädigung", so insbesondere Vertragsstrafe, Privatbusse, Pönalentschädigung, Rechtsverletzungsbusse oder Entschädigung sui generis (BGE 123 V 5 ff. m.H. bezüglich der Entschädigung gemäss Art. 336a OR und gemäss Art. 337c Abs. 3 OR; Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 1999, N. 146; Margrith Bigler-Eggenberger, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, N. 21 ff. zu Art. 5 GlG; Klett, a.a.O., 168 f.). b) Da als massgebender Lohn gemäss Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG; SR 831.10) Entgelte zu betrachten sind, wenn sie wenigstens mittelbar einen Lohn- oder lohnähnlichen Charakter aufweisen und damit der Abgeltung entsprechender (Ersatz-)Forderungen dienen, hingegen eine Entschädigung wegen missbräuchlicher oder diskriminierender Kündigung nicht Schadenersatz, sondern eine Strafzahlung mit präventivem Charakter ist, sind auf diese Pönalentschädigungen sodann keine Sozialversicherungsbeiträge geschuldet (BGE 123 V 10 f. Erw. 5 bezüglich der Entschädigung gemäss Art. 336a OR und gemäss Art. 337c Abs. 3 OR).

#### **E. 4**

Diesen Ausführungen folgend ist die an die Beschwerdeführerin ausgerichtete Entschädigung im Betrag von Fr. 23'000.-- als Pönalentschädigung gemäss Art. 5 Abs. 2 GlG zu qualifizieren. Hiermit steht in Einklang, dass die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin davon keine Abzüge für die Sozialversicherung vorgenommen hat, wohl aber von den Fr. 20'000.--, die als Lohn für die Dauer des Mutterschaftsurlaubes zu betrachten sind. Schliesslich bestätigt das Schreiben der stellvertretenden Vorsitzenden der Schlichtungsstelle des Kantons Zürich vom 13. Juli 2000, dass im Vergleich vom 28. März 2000 "unter dem Begriff 'Entschädigung' eine Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 2 des Gleichstellungsgesetzes vom 24. März 1995 (GlG) vereinbart worden ist".

#### **E. 5**

Werden auf die Entschädigungszahlungen gemäss Art. 5 Abs. 2 GlG keine AHV-Beiträge erhoben, so dürfen sie arbeitslosenversicherungsrechtlich auch nicht als Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber betrachtet werden. Demzufolge sind solche Zahlungen mit zivilrechtlichem Strafcharakter in der Arbeitslosenversicherung nicht zu berücksichtigen, handelt es sich doch dabei nicht um Entschädigungsansprüche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG (Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 1997, N. 14 zu § 34 bezüglich der Entschädigung gemäss Art. 336a OR und Art. 337c Abs. 3 OR; Hans-Ulrich Stauffer, Die sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Ansprüche aus Art. 337c OR, in: SZS 1997, 523, bezüglich der Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR). Es kann somit festgehalten werden, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Verfügung die Entschädigung von Fr. 23'000.-- zu Unrecht als Entschädigungsanspruch wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses qualifizierte und damit diesen Sachverhalt unzutreffend unter den Tatbestand des Art. 11 Abs. 3 AVIG subsumierte. ...

#### **E. 6**

Zusammenfassend steht fest, dass die Beschwerdeführerin einen anrechenbaren Arbeitsausfall gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b AVIG in Verbindung mit Art. 11 AVIG erlitten hat. Da die Beschwerdegegnerin in ihrer Verfügung das Vorliegen eines solchen anrechenbaren Arbeitsausfalls für die Zeit vom 1. Januar bis 20. Mai 2000 verneinte, ist die Verfügung der Arbeitslosenkasse Ob- und Nidwalden vom 21. Juni 2000 aufzuheben und

die Beschwerde in dem Sinne gutzuheissen, dass die Sache zur Ermittlung der gesetzlichen Leistungen an die Arbeitslosenkasse Ob- und Nidwalden zurückgewiesen wird. de| fr | it  
Schlagworte kündigung lohn zahlung schadenersatz anrechenbarer arbeitsausfall  
arbeitsausfall mutterschaftsurlaub arbeitnehmer arbeitslosenkasse nidwalden  
arbeitslosenentschädigung geschlecht verfahren sachverhalt gesamtarbeitsvertrag Mehr  
Deskriptoren anzeigen Normen Bund 151: - GlG: Art.3 Art.5 Art.9 GlG: Art.5 OR: Art.336  
Art.336a Art.336b Art.337b Art.337c AHVG: Art.5 AVIG: Art.8 Art.11 Leitentscheide  
BGE 123-V-5 S.10 123-V-5 VVGE 2001/02 Nr. 40

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