

ARBEITSRECHT

FEBRUAR 2023
NEWSLETTER **02**

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Mitarbeitende können krank sein. Die Lohnfortzahlung bei Krankheit, insbesondere wenn der Arbeitgeber eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hat, führt jedoch oftmals zu komplexen Fragen. In unserem ersten Top-Thema wird Ihnen das **Kernwissen zur Lohnfortzahlung bei Krankheit und Krankentaggeldversicherung** dargelegt.

Auch im Jahr 2023 kommt es zu Gesetzesänderungen, die einen Einfluss auf das Arbeitsrecht haben. Die wichtigsten Änderungen werden Ihnen in unserem zweiten Top-Thema **Ausblick Arbeitsrecht 2023** aufgezeigt.

Beste Grüße

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Lohnfortzahlung Seite 1
- FAQ:
Lohnfortzahlung Seite 4
- Top-Thema:
Ausblick Arbeitsrecht Seite 5
- Gerichtsurteil:
Bonusvereinbarung
im Kündigungsverhältnis Seite 8

Kernwissen zur Lohnfortzahlung bei Krankheit und KTG

Der vorliegende Beitrag soll eine Orientierungshilfe im Dschungel von Krankheit, Lohnfortzahlung und Krankentaggeldversicherung sein und die typischen Praxisfragen in diesem Kontext beantworten.

■ **Von Simone Wetzstein und Stephanie Wichmann**

Bleiben Mitarbeitende krankheitsbedingt der Arbeit fern, steht die Arbeitgeberin vor der Frage, inwiefern sie weiterhin zur Lohnzahlung verpflichtet ist. Falls eine Krankentaggeldversicherung (KTGV) besteht, welche die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle typischerweise zu 80% deckt, stellt sich zudem oftmals die Frage, ob allfällige Leistungen der Versi-

cherung die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin ersetzen.

Voraussetzungen der gesetzlichen Lohnfortzahlung

Der Lohnfortzahlungsanspruch von erkrankten Mitarbeitenden richtet sich primär nach Art. 324a Abs. 1 Obligationenrecht (OR). Die

Arbeitgeberin ist grundsätzlich nur dann zur Lohnfortzahlung verpflichtet, wenn die folgenden vier Voraussetzungen gegeben sind und keine arbeitnehmerfreundlicheren Regelungen im Arbeitsvertrag getroffen wurden:

- Die Lohnfortzahlung setzt erstens voraus, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis mit über dreimonatiger Vertragsdauer vorliegt oder ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bereits mehr als drei Monate gedauert hat. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen mit über dreimonatiger Vertragsdauer greift die Lohnfortzahlung entsprechend bereits ab dem ersten Arbeitstag, bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen setzt die zwingende gesetzliche Lohnfortzahlung dagegen erst am ersten Tag des vierten Dienstmonats ein.
- Zweitens ist vorausgesetzt, dass arbeitnehmerseitig ein persönliches Leistungshin-



dernis vorliegt. Typischerweise erfüllt eine Krankheit diese Voraussetzung.

- Die Krankheit als Leistungshindernis muss drittens aus vom Mitarbeitenden nicht zu verantwortenden Gründen eingetreten sein. Bei einer Krankheit wird grundsätzlich Unverschulden vermutet. Ein Selbstverschulden des Mitarbeitenden ist gemäss Gerichtspraxis nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen (siehe unser FAQ).
- Eine vierte Voraussetzung für den Eintritt der Lohnfortzahlung ist, dass dem Mitarbeitenden die Erfüllung seiner Arbeitspflicht infolge seiner Krankheit unmöglich ist.

Für die Lohnfortzahlung benötigte Unterlagen

Grundsätzlich hat der Mitarbeitende gegenüber der Arbeitgeberin zu beweisen, dass eine unverschuldete Arbeitsverhinderung vorliegt, welche ihm einen Lohnfortzahlungsanspruch gewährt. Dieser Beweis erfolgt typischerweise durch ein ärztliches Zeugnis. Die Arbeitgeberin kann verlangen, dass bereits ab dem ersten Abwesenheitstag ein ärztliches Zeugnis vorgelegt wird. Kommen seitens der Arbeitgeberin begründete Zweifel an der Richtigkeit des Arztzeugnisses (und folglich auch an ihrer Lohnfortzahlungspflicht) auf, lassen sich diese oftmals einzig durch die Zweitbeurteilung einer Vertrauensärztin rechtswirksam untermauern. Aufgrund seiner Treuepflicht ist der Mitarbeitende grundsätzlich verpflichtet, einer allfälligen Aufforderung zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung Folge zu leisten. Das heisst, die Möglichkeit, eine vertrauensärztliche Untersuchung anzuordnen, muss nicht zwingend im Arbeitsvertrag oder im Personalreglement vorgesehen sein, es empfiehlt sich aber trotzdem, diese Möglichkeit entsprechend vertraglich zu dokumentieren. Wird die Arbeitsfähigkeit durch die Vertrauensärztin zweitärztlich bescheinigt, liegen gewichtige Gründe vor, welche das erste ärztliche Zeugnis des Mitarbeitenden entkräften können.

Kernwissen zur gesetzlichen Lohnfortzahlung

Hat die Arbeitgeberin keine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, kommt die gesetzliche Lohnfortzahlung nach Art. 324a Abs. 1 und 2 OR zum Tragen: Umfangsmässig ist dem Mitarbeitenden für die Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit der Lohn zu bezahlen, den

er verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte (Lohnausfallprinzip). Darunter fällt insbesondere der Grundlohn zuzüglich sämtlicher Lohnbestandteile. Zur Bestimmung des variablen Lohnersatzes wird praxisgemäss auf den Durchschnittslohn der letzten zwölf Monate abgestellt (Referenzperiodenprinzip) (siehe unser FAQ). Die Dauer der Lohnfortzahlung richtet sich nach dem Dienstalter des Mitarbeitenden: Art. 324a Abs. 2 OR sieht vor, dass der Lohn im ersten Dienstjahr während dreier Wochen, in jedem weiteren Dienstjahr für eine «angemessene» längere Dauer geschuldet ist. Welche Dauer in welchem Dienstjahr als «angemessen» gilt, lässt sich den von den Gerichten entwickelten Bemessungsskalen entnehmen (Zürcher, Berner und Basler Skala; siehe Tabelle 1).

Die maximale Dauer der gesetzlichen Lohnfortzahlung gilt pro Dienstjahr und entsteht mit jedem Dienstjahr von Neuem. Sämtliche Absenzen in einem Dienstjahr werden zu-

sammengezählt, selbst wenn diese auf unterschiedlichen Ursachen beruhen. Ist ein Mitarbeitender wiederholt krank, besteht der gesetzliche Lohnfortzahlungsanspruch gesamthaft nur einmal pro Dienstjahr.

Die Arbeitgeberin ist prinzipiell auch dann zur Lohnfortzahlung verpflichtet, wenn der Mitarbeitende unter einer sogenannten arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit leidet. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmende seine Arbeitsleistung nur an seinem konkreten Arbeitsplatz nicht erbringen kann. In einem anderen Umfeld oder bei einer anderen Arbeitgeberin könnte er seine Leistung aber typischerweise ohne Einschränkung erbringen, und auch in seinem Privatleben ist er kaum eingeschränkt. Ursächlich für eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit sind meist persönliche Konflikte im Arbeitsumfeld. Die Lohnfortzahlungspflicht entfällt, wenn der Mitarbeitende den die Arbeitsunfähigkeit auslösenden Konflikt hauptverantwortlich pro-

	Zürcher Skala	Berner Skala	Basler Skala
1. Dienstjahr (ab 4. Monat)	3 Wochen	3 Wochen	3 Wochen
2. Dienstjahr	8 Wochen	1 Monat	2 Monate
3. Dienstjahr	9 Wochen	2 Monate	2 Monate
4. Dienstjahr	10 Wochen	2 Monate	3 Monate
5. Dienstjahr	11 Wochen	3 Monate	3 Monate
6. Dienstjahr	12 Wochen	3 Monate	3 Monate
7. Dienstjahr	13 Wochen	3 Monate	3 Monate
8. Dienstjahr	14 Wochen	3 Monate	3 Monate
9. Dienstjahr	15 Wochen	3 Monate	3 Monate
10. Dienstjahr	16 Wochen	4 Monate	3 Monate
11. Dienstjahr	17 Wochen	4 Monate	4 Monate
12. Dienstjahr	18 Wochen	4 Monate	4 Monate
13. Dienstjahr	19 Wochen	4 Monate	4 Monate
14. Dienstjahr	20 Wochen	4 Monate	5 Monate
15. Dienstjahr	21 Wochen	5 Monate	5 Monate
16. Dienstjahr	22 Wochen	5 Monate	5 Monate
17. Dienstjahr	23 Wochen	5 Monate	5 Monate
18. Dienstjahr	24 Wochen	5 Monate	5 Monate
19. Dienstjahr	25 Wochen	5 Monate	6 Monate
20. Dienstjahr	26 Wochen	6 Monate	6 Monate
21. Dienstjahr	27 Wochen	6 Monate	6 Monate
22. Dienstjahr	28 Wochen	6 Monate	6 Monate
23. Dienstjahr	29 Wochen	6 Monate	6 Monate
24. Dienstjahr	30 Wochen	6 Monate	6 Monate
25. Dienstjahr	31 Wochen	6 Monate	6 Monate

Tabelle 1: Skala zur Lohnfortzahlung



voziert hat (siehe auch WEKA-Arbeitsrecht-Newsletter 06 vom Juni 2021).

Kernwissen zur Krankentaggeldversicherung

Art. 324a Abs. 4 OR eröffnet den Parteien die Möglichkeit, die Lohnfortzahlung nach Gesetz vertraglich durch den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung zu ergänzen oder gänzlich zu ersetzen. Untersteht die Arbeitgeberin einem Gesamtarbeitsvertrag, kann der Abschluss einer Taggeldversicherung auch zur Pflicht werden. Besteht eine Krankentaggeldversicherung, so ist entscheidend, ob diese als volle Ersatz- und «blosse» Ergänzungslösung zu verstehen ist:

Das Gesetz erlaubt es, die gesetzliche Lohnfortzahlung unter bestimmten Voraussetzungen gänzlich durch die Leistungen einer Krankentaggeldversicherung zu *ersetzen*, sodass die Arbeitgeberin vollständig von ihrer gesetzlichen Pflicht zur Lohnfortzahlung befreit ist – sogenannte *Ersatzlösung*. Das Gegenstück zur Ersatzlösung ist die *Ergänzungslösung*, bei welcher die Leistungen der Krankentaggeldversicherung die Arbeitgeberin nicht gänzlich von ihrer gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht befreien, sondern ihre Lohnzahlungen insofern teilweise decken, als sich die Arbeitgeberin die Versicherungsleistungen anrechnen lassen kann. Dies hat zur Folge, dass die Arbeitgeberin im Umfang der gesetzlichen Lohnfortzahlung selbst haftbar bleibt und während der Dauer der gesetzlichen Lohnfortzahlung

(welche sich wiederum nach den kantonalen Skalen bestimmt) für die Differenz zwischen den Versicherungsleistungen und dem vollen Lohn des Mitarbeitenden aufkommen muss.

Damit eine Ersatzlösung gültig vereinbart werden kann, sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen:

- **Gleichwertigkeit** der Versicherungsleistungen: Der Mitarbeitende darf durch die Versicherungsleistungen nicht schlechtergestellt werden als durch die Lohnfortzahlung nach Gesetz. Gemäss Gerichtspraxis gelten Krankentaggelder im Umfang von 80% des Lohns nach Ablauf von zwei bis drei Karenztagen während 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen und mindestens hälftigem Prämienanteil der Arbeitgeberin als gleichwertig zur gesetzlichen Lohnfortzahlung. Möglich und üblich ist zudem, dass die Versicherungsleistungen erst nach einer 30- bis 90-tägigen Wartefrist erbracht werden. Sofern die Arbeitgeberin während dieser Wartefrist mindestens 80% des Lohns bezahlt, gelten auch solche Krankentaggeldversicherungen mit Wartefristen als gleichwertig.
- Das OR verlangt zweitens, dass sich die Parteien *schriftlich* über eine Ersatzlösung einigen: Dies bedeutet, dass beide Parteien der Versicherungslösung im Arbeitsvertrag mit ihrer handschriftlichen Unterzeichnung zustimmen müssen.
- Schliesslich hat die vertragliche Regelung der Ersatzlösung den *wesentlichen Inhalt*

der Versicherung wiederzugeben. In den Arbeitsvertrag gehören daher Angaben zur versicherten Lohnhöhe, zum Deckungsumfang der Versicherung, zur Karenz- oder Wartefrist sowie zur Prämienaufteilung. Zudem ist im Arbeitsvertrag ausdrücklich festzuhalten, dass die Versicherungsleistungen die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin ersetzen.

Sind die gesetzlichen Anforderungen an eine Ersatzlösung nicht erfüllt, so insbesondere weil Angaben zum wesentlichen Deckungsumfang der Versicherung fehlen oder wegen fehlender handschriftlicher Unterzeichnung der Vertragsabrede, liegt eine blosse Ergänzungslösung vor, und die Arbeitgeberin ist nach wie vor an die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht gebunden.

Damit die Krankentaggeldversicherung das Lohnzahlungsrisiko der Arbeitgeberin wirksam deckt und eine rechtsgenügende Ersatzlösung getroffen wird, was typischerweise im Interesse der Arbeitgeberin liegt, ist sorgfältig zu prüfen, ob die arbeitsvertragliche Regelung sämtlichen gesetzlichen Anforderungen genügt. Gleichzeitig hat die Arbeitgeberin insbesondere darauf zu achten, dass sie durch die Umschreibung der Versicherungsleistungen keine Zusicherungen in Bezug auf die Versicherungsdeckung abgibt, um nicht auf den erweiterten Versicherungsschutz behaftet zu werden. Einige sich häufig stellende Spezialfragen werden im Folgenden im Rahmen eines FAQ beantwortet. Angesichts der Komplexität und möglichen Folgekosten bei ungenügender vertraglicher Ausgestaltung der Versicherungslösung ist der Beizug eines Rechtsvertreters zu empfehlen.

AUTORINNEN



Simone Wetzstein lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin und Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, ist Partnerin und Co-Leiterin des Arbeitsrechtsteams von Walder Wyss. Arbeitgeberseitige arbeitsrechtliche Fragestellungen und die damit verbundene Suche nach pragmatischen und praxisorientierten Antworten erfüllen ihren Arbeitsalltag.



Stephanie Wichmann MLaw and Economics (HSG), Rechtsanwältin, ist Associate bei Walder Wyss und berät Unternehmen sowie Privatpersonen in sämtlichen Fragen des Arbeitsrechts.