

EmploymentNews Nr. 7 November 2007

## Lohnfortzahlung und Taggeldversicherungen



Dr. Ueli Sommer, LL.M., Rechtsanwalt  
Managing Associate  
+41 44 498 95 16; [usommer@wwp.ch](mailto:usommer@wwp.ch)



Yves Endrass, Rechtsanwalt  
Associate  
+41 44 498 95 14; [yendrass@wwp.ch](mailto:yendrass@wwp.ch)



Daniel Staffelbach, Rechtsanwalt  
Counsel  
+41 44 498 96 50; [dstaffelbach@wwp.ch](mailto:dstaffelbach@wwp.ch)

**Arbeitgeber haben ihren Arbeitnehmern bei Krankheit nur während eines relativ kurzen Zeitraums den Lohn fortzuzahlen. Um die Arbeitnehmer sozial abzusichern, schliessen Arbeitgeber daher häufig Taggeldversicherungen gegen die Folgen von Krankheit ab. Bei der Koordination zwischen der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht und der gewählten Krankentaggeldversicherungslösung gibt es jedoch einige Klippen, die jedoch bei umsichtiger Ausgestaltung des Arbeitsvertrages umschifft werden können.**

### Ausgangslage

Gemäss Art. 324a Abs. 1 OR hat ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, der aus Gründen, die in dessen Person liegen (wie bspw. Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten), unverschuldet an der Arbeitsleistung verhindert ist, für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen worden ist. Der Arbeitgeber hat im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten (Art. 324a Abs. 2 OR). Wie lange diese angemessene längere Zeit ist, bestimmt sich nach den von kantonalen Gerichten entwickelten Skalen (z.B. im zweiten Dienstjahr nach Berner Skala 1 Monat, nach Basler Skala 2 Monate). Bei Schwangerschaft der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber den Lohn im gleichen Umfang zu entrichten. Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine abweichende Regelung getroffen werden, wenn diese für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist (Art. 324a Abs. 4 OR).

### Schriftliche Abänderung der gesetzlichen Lohnfortzahlungsregelung

Die Eckpunkte der von der gesetzlichen Ordnung abweichenden Regelung müssen aus der Abrede hervorgehen (Dauer und Umfang der Lohnfortzahlung, allfällige Karenzfrist, Finanzierungsanteile). Schliesst der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer eine Taggeld-

versicherung ab, ohne eine schriftliche Abrede getroffen zu haben, behält der Arbeitnehmer gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung seinen vollen Lohnfortzahlungsanspruch. Jedoch muss sich der Arbeitnehmer die ausbezahlten Taggelder an die Lohnfortzahlungen anrechnen lassen. Der Arbeitgeber versichert in diesem Fall primär seinen eigenen Ausfall und die Lohnfortzahlungsregelung von Art. 324a Abs. 1 bis Abs. 3 OR bleibt in Kraft.

### Gleichwertige Regelungen mit Taggeldversicherungen

Soll die getroffene Vereinbarung im Arbeitsvertrag die gesetzliche Regelung ersetzen, muss diese gleichwertig zur gesetzlichen Lösung sein. Das schweizerische Obligationenrecht enthält keine konkrete Regelung, welche die Gleichwertigkeit einer abweichenden Regelung zur bestehenden Lohnfortzahlungspflicht i.S.v. Art. 324a OR präzisiert. Gleichwertigkeit liegt nach herrschender Lehre dann vor, wenn die abweichenden Regelungen im Ergebnis dem Arbeitnehmer mindestens den gleichen Schutz vor den wirtschaftlichen Folgen des Lohnausfalls wegen unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung bieten wie die gesetzliche Regelung. Unter bestimmten Voraussetzungen werden auch Regelungen mit Taggeldversicherungen als gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR erkannt. Gleichwertigkeit wird gemäss bestehender, aber uneinheitlicher Praxis bei Taggeldversicherungen insbesondere dann angenommen, wenn die vom Arbeitgeber für die Taggeldversiche-

zung zu entrichtende Prämie mindestens gleich hoch ist wie die Prämie, die dem Arbeitgeber anfallen würde, wenn er eine die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht deckende Versicherung abgeschlossen hätte.

In der Praxis wurde Gleichwertigkeit einer Regelung mit Taggeldversicherung bspw. angenommen, wenn dem Arbeitnehmer folgende Leistungen gewährt werden:

- Taggelder im Umfang von 80 Prozent des Lohnes;
- ab dem 1. Tag der Arbeitsunfähigkeit (beachte jedoch die Ausnahme der Zulässigkeit von Karenzfristen gemäss nachstehenden Ausführungen);
- während mindestens 720 Tagen;
- bei mindestens hälftiger Prämienteilung (wobei der Arbeitnehmer nicht mehr zahlen darf als der Arbeitgeber).

#### **Unterscheidung von Karenzfristen und Wartefristen**

In der Frage der Gleichwertigkeit sind die in der Praxis oftmals vereinbarten Karenz- und Wartefristen besonders zu diskutieren. Die Begriffe Warte- und Karenzfrist bedeuten inhaltlich nicht dasselbe. *Karenzfristen* sind Fristen, bei denen der Arbeitnehmer infolge krankheitsbedingter Abwesenheit während der ersten Tage der Krankheit (der Karenztage) keine Lohnfortzahlung erhält. *Wartefristen* sind Fristen, bei denen Versicherungsleistungen (bspw. Taggelder) vereinbarungsgemäss erst nach Ablauf einer bestimmten Zeiteinheit (bspw. 7, 30, 60 oder 180 Tage) erbracht werden.

In der Rechtsprechung finden sich Beispiele, welche Ersatzregelungen, die 1 bis 3 Karenztage vorsehen, in Verbindung mit einer gleichzeitig vereinbarten Taggeldversicherung mit einer Leistungsdauer von 720 oder 730 Tagen, bereits als gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR zulassen. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers werde durch die gleichwertige Regelung vollständig substituiert und der Arbeitgeber habe dem Arbeitnehmer während der Karenzfrist grundsätzlich keine Lohnfortzahlungen zu erbringen. Regelungen mit längeren Karenzfristen als die oben genannten 1 bis 3 Tage werden demgegenüber in Lehre und Rechtsprechung regelmässig als nicht mehr gleichwertig erkannt, da die wirtschaftliche Belastung für den Arbeitnehmer dadurch zu gross werden würde.

#### **Gleichwertige Regelungen von Taggeldversicherungen mit Wartefristen**

In der Praxis sind Ersatzregelungen, bei welchen Taggeldversicherungen mit – je nach Versicherungs-

lösung – mehr oder minderlangen Wartefristen vereinbart werden, weit verbreitet. Derartige Ersatzregelungen dürften regelmässig dann gleichwertig sein, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich schriftlich darauf verständigen, eine etwaige Wartefrist durch Lohnfortzahlungen (im Umfang von mindestens 80%) zu überbrücken. Für die Frage der Gleichwertigkeit sollte – abstrakt gesehen – nur entscheidend sein, dass ein Arbeitnehmer ab dem 1. Tag, gegebenenfalls erst ab dem 3. Tag, mindestens 80 Prozent seines Lohnes erhält, sei dies in Form von Lohnfortzahlungen oder in Form von Taggeldern. Eine lange Wartefrist ist grundsätzlich auch im Interesse der begünstigten Arbeitnehmer. Je länger die Wartefrist der Krankentaggeldversicherung nämlich ist, umso tiefer wird die Versicherungsprämie, weil der Arbeitgeber das Risiko in der Wartefrist selbst trägt und nicht auf die Versicherung abwälzt. Trägt der Arbeitnehmer die Prämie zum Teil mit, wie dies häufig in der Praxis der Fall sein wird, wird damit für den Arbeitnehmer die Prämienbelastung geringer.

#### **Formulierung der Vereinbarung**

Bei der Formulierung einer Vereinbarung mit Lohnüberbrückungszahlung und Taggeldversicherung ist die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht schriftlich durch eine präzise Umschreibung abzulösen. Jeder Interpretationsspielraum wird regelmässig zulasten des Arbeitgebers ausgelegt. Grundsätzlich sollte jede Formulierung vermieden werden, welche sich darauf beschränkt, dem Arbeitnehmer pauschal einen Anspruch auf Lohnfortzahlung für 720 Tage zuzusichern. Kann der Arbeitnehmer nämlich nicht versichert werden oder bleibt die Versicherungsleistung infolge Nichterfüllung einer Leistungsvoraussetzung aus (z.B. infolge mangelnder Kooperation des Arbeitnehmers), läuft ein Arbeitgeber in Gefahr, für die vollen 720 Tage persönlich leistungspflichtig zu werden. Die Vereinbarung sollte daher vorsichtig formuliert werden und neben der Lohnfortzahlungsregelung auch die Versicherungsbedingungen reflektieren, um das Risiko eines vorbehaltlosen Anspruchs des Arbeitnehmers zu vermeiden.

#### **Fazit**

Gemäss Lehre und Rechtsprechung liegt eine gleichwertige Regelung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR regelmässig vor, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich schriftlich darauf verständigen (oder in einem Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag), eine Taggeldversicherung (welche mindestens 80% Lohn für 720 Tage bei mindestens hälftiger Prämienteilung mit einer Wartefrist versichert) abzuschliessen und diese mit einer Lohnfortzahlungsregelung für die Wartefrist ergänzen. Dabei ist die Gleichwertigkeit grund-

sätzlich auch dann gewährleistet, wenn die Lohnüberbrückungszahlung während der Wartefrist 80% des Lohnes beträgt.

Die Formulierung der Vereinbarung ist heikel. Jeder Interpretationsspielraum wird grundsätzlich zum Nachteil des Arbeitgebers ausgelegt. Die Implementierung der Taggeldversicherungslösung in den Arbeitsvertrag und die Allgemeinen Anstellungsbedingungen muss daher mit äusserster Sorgfalt vorgenommen werden, damit kein zusätzliches Haftungspotential des Arbeitgebers geschaffen wird.

**EmploymentNews** berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereiche des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin gemachten Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die gemachten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der EmploymentNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail ([EmploymentNews@wvp.ch](mailto:EmploymentNews@wvp.ch)) mit.

© Walder Wyss & Partner, Zürich, 2007

**ww&p**

**Walder Wyss & Partner  
Rechtsanwälte**

Seefeldstrasse 123  
Postfach 1236  
CH-8034 Zürich  
Telefon +41 44 498 98 98  
Fax +41 44 498 98 99  
[reception@wvp.ch](mailto:reception@wvp.ch)  
[www.wvp.ch](http://www.wvp.ch)