

# Teil 2: Lohnfortzahlung

insbes. während der Kündigungsfrist

**Freie Erfa-Gruppe Personal Ostschweiz**

**Donnerstag 14. Februar 2019**

**Pfalzkeller St. Gallen**



ADVOKATURBÜRO

**FREI • STEGER • SENTI**

**Dr. iur. Christoph Senti**

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro  
Frei Steger Grosser Senti  
Kriessernstr. 40  
9450 Altstätten SG  
[www.9450.ch](http://www.9450.ch)

IRP-HSG, Institut für Rechts-  
wissenschaft und Rechtspraxis  
Bodanstr. 4  
9000 St. Gallen  
[www.irp.unisg.ch](http://www.irp.unisg.ch)

# Grundsätze und Ausnahmen im Arbeitsvertragsrecht

## **Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit**

Die/der Arbeitnehmende ist vorleistungspflichtig (zuerst Arbeit, dann Lohn); Somit besteht für den Arbeitgeber bei fehlender Arbeitsleistung keine Lohnzahlungspflicht.

## **Ausnahmen:**

- 1. Rechtlich keine Ausnahme, aber trotzdem ein Fall von Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung: Art. 324 OR**
- 2. Ausnahme: Art. 324a und Art. 324b OR**
- 3. Ausnahme: Bezahlte Feiertage: Art. 329 Abs. 3 OR / Art. 20a ArG**
- 4. Ausnahme: Art. 329d OR: Lohnzahlung während der Ferien**
- 5. Ausnahme: Lohnfortzahlung während Kurzabsenzen / ausserordentlicher Freizeit: Art. 329 Abs. 3 / Art. 324a OR**

# Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR

## Art. 324a OR:

<sup>1</sup> Wird der Arbeitnehmer aus **Gründen, die in seiner Person liegen**, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, **ohne sein Verschulden** an der **Arbeitsleistung verhindert**, so hat ihm der Arbeitgeber für eine **beschränkte Zeit** den **darauf entfallenden Lohn zu entrichten**, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das **Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist**.

<sup>2</sup> **Sind** durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag **nicht längere Zeitabschnitte bestimmt**, so hat der Arbeitgeber im **ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen** und **nachher für eine angemessene längere Zeit** zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen.

<sup>3</sup> Bei **Schwangerschaft** der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber den **Lohn im gleichen Umfang zu entrichten**.

<sup>4</sup> Durch **schriftliche Abrede**, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen **abweichende Regelung** getroffen werden, wenn sie **für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist**.<sub>3</sub>

# Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324b OR

## Art. 324b OR:

<sup>1</sup> Ist der Arbeitnehmer auf Grund **gesetzlicher Vorschrift** gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung aus Gründen, die in seiner Person liegen, **obligatorisch versichert**, so hat der Arbeitgeber den **Lohn nicht zu entrichten**, wenn die für die beschränkte Zeit geschuldeten **Versicherungsleistungen mindestens vier Fünftel** des darauf entfallenden Lohnes decken.

<sup>2</sup> Sind die **Versicherungsleistungen geringer**, so hat der Arbeitgeber die **Differenz** zwischen diesen und vier Fünfteln des Lohnes zu entrichten.

<sup>3</sup> Werden die **Versicherungsleistungen erst nach** einer Wartezeit gewährt, so hat der Arbeitgeber für **diese Zeit mindestens vier Fünftel des Lohnes** zu entrichten.

# A.1 Volle oder teilweise Arbeitsunfähigkeit

## Arbeitsunfähigkeit

Beurteilt sich nicht abstrakt, sondern in Abhängigkeit von der konkret am Arbeitsplatz auszuübenden Tätigkeit.

Es gilt das Prinzip der funktionsbezogenen Arbeitsunfähigkeit:  
Pianist ≠ Sekretärin ≠ Bauarbeiter.

## Volle oder teilweise Arbeitsunfähigkeit

Teilweise Arbeitsfähigkeit kann sich sowohl auf eine reduzierte Arbeitszeit (bei voller Leistung) als auch auf eine reduzierte Leistungsfähigkeit (bei voller Arbeitszeit) beziehen: Einzelfall ist zu prüfen, Arzt hat Auskunft zu geben.

## Dauer der Lohnfortzahlungspflicht bei teilw. Arbeitsunfähigkeit

Herrschende Meinung: Lohnminimum. D.h. die für die Dauer der Lohnfortzahlung geschuldete Lohnsumme ist zu «verbrauchen», womit sich die Lohnfortzahlungsfrist verlängert, bis die Lohnsumme «aufgebraucht» ist.

## A.2 «in der Person des Arbeitnehmers» liegender Grund

### **Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit**

Nicht nur Unmöglichkeit, sondern auch Unzumutbarkeit gilt als Verhinderungsgrund.

### **Verhinderung, deren Ursache in den persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers liegt**

- gesetzlich erwähnte Fälle (Krankheit, Unfall etc.) sind Beispiele und nicht abschliessend.
- Darunter fallen alle Ereignisse, die den Arbeitnehmer persönlich und individuell (im Sinne eines Einzelfalles) betreffen.
- Abgrenzung gegenüber höherer Gewalt: Verhinderung aus objektiven Gründen wie Verkehrszusammenbrüchen, Sperrungen von Strassen, politischen Unruhen, Reiseverboten, Seuchen etc. (Umstände, die eine grosse Anzahl von Personen betreffen) => kein Anspruch auf Lohnfortzahlung.
- Abgrenzung zu Art. 324 OR: Betriebsrisiko und wirtschaftliches Risiko trägt der Arbeitgeber (Lohnzahlungspflicht besteht jedoch ebenfalls).
- Abgrenzung z. T. knifflig. Bsp.:
  - Mutter bleibt zu Hause weil Kleinkind krank: => Art. 324a OR
  - Mutter bleibt zu Hause, weil Kinderkrippe infolge Grippe-epidemie geschlossen wird, eigenes Kind ist aber gesund: kein Fall von Art. 324a OR, sondern höhere Gewalt.

## A.3 «ohne Verschulden des Arbeitnehmers»

### **Verschuldensmassstab**

Grosszügiger als der allgemeine zivilrechtliche Verschuldensbegriff.

### **Absichtliche Herbeiführung der Arbeitsunfähigkeit**

Gilt als selbstverschuldet, keine Lohnfortzahlungspflicht

### **Eventualvorsätzliche Herbeiführung der Arbeitsunfähigkeit**

«In Kauf nehmen» der Arbeitsunfähigkeit.

Gilt als selbstverschuldet, keine Lohnfortzahlungspflicht

### **Grobfahrlässige Herbeiführung der Arbeitsunfähigkeit**

Anspruch kann gekürzt werden (streitig ob zulässig).

### **Leichtfahrlässige Herbeiführung der Arbeitsunfähigkeit**

Gilt nicht als selbstverschuldet.

### **Beachte**

Gerichtsentscheide betreffend Kürzung von Versicherungsleistungen (bspw. Unfall- oder Krankentaggeldversicherung etc.) dürfen nicht unbesehen übernommen werden (andere gesetzliche / vertragliche Regelungen!).

### **Beispiele**

- Inlineskating ohne Schutzausrüstung
- medizinisch nicht indizierte Schönheitsoperation

### **Wagnisse nach Art. 39 UVG :**

<http://www.suva.ch/startseite-suva/praevention-suva/sichere-freizeit-suva/wagnisse-suva.htm>

## A.4 Karenzfrist von 3 Monaten

**«... sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde.»**

bei unbefristeten Arbeitsverträgen entsteht Lohnfortzahlungspflicht erst ab dem 1. Tag des vierten Anstellungsmonats.

bei befristeten Arbeitsverträgen mit einer Dauer von drei Monaten oder weniger besteht keine Lohnfortzahlungspflicht.

bei befristeten Arbeitsverträgen von mehr als drei Monaten oder unbefristeten Arbeitsverträgen, welche aber erst nach mehr als 3 Monaten erstmalig kündbar sind, besteht die Lohnfortzahlungspflicht bereits ab dem ersten Arbeitstag.

### **Keine Karenzfrist**

Lohnfortzahlung im Bereich obligatorischer Versicherungen (Art. 324b OR): Unabhängig von der bisherigen Dauer des Arbeitsverhältnisses besteht im Bereich des Obligatoriums ein Anspruch auf Versicherungsleistungen bei Unfall (UVG), Erwerbsersatz (EOG) und Militärversicherung (MVG).

Im Bereich des Obligatoriums hat bei einer gesetzlichen Karenzfrist der Arbeitgeber ab dem ersten Tag 80% zu zahlen (Art. 324b Abs. 3 OR). Diese Pflicht «übersteuert» Art. 324a OR, d.h. Zahlungspflicht besteht immer, wenn Versicherungsschutz besteht, auch in den ersten 3 Monaten des Arbeitsverhältnisses.

## A.5 Die Verhinderungsgründe im Einzelnen (I)

### Allgemein

Der in Art. 324a OR aufgezählte Katalog ist nicht abschliessend!

### Krankheit

Krankheitsbegriff nach Art. 3 ATSG ist nur indirekt relevant. Spielt an sich aber gar keine Rolle, denn Krankheit bedeutet nicht automatisch auch eine Arbeitsverhinderung.

Ebenfalls als Krankheit im Sinne von Art. 324a OR gelten:

- an sich aufschiebbare medizinische Eingriffe
- Berufskrankheit (Allergien, etc.)
- Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit (Mobbing).

An sich Krankheit, jedoch selbstverschuldet und daher keine Lohnfortzahlungspflicht:

- Schönheitsoperationen

### Arztzeugnisse als Beweis der Arbeitsunfähigkeit

Arbeitnehmer muss Krankheit bzw. Arbeitsunfähigkeit beweisen, geschieht in der Regel mit Hilfe eines Arztzeugnisses.

Vergleiche:

- Eingehend zum Arztzeugnis unten, Folie E: Spezialfragen
- Film Kassensturz:

<http://www.srf.ch/player/tv/kassensturz/video/migros-betrieb-schikaniert-angestellte?id=62641c4a-4b25-4b02-a83f-f1a0802f3f6b>

## A.5 Die Verhinderungsgründe im Einzelnen (II)

### Unfall

Art. 4 ATSG: «plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat.»

Obligatorische Versicherung nach Art. 324b OR.

Beachte: Versicherung ist nur bis zur Obergrenze von (derzeit) CHF 148'200.- obligatorisch. Ein darüber hinausgehender Lohn fällt nicht unter Art. 324b OR, sondern gilt als – nicht obligatorisch versicherte - Arbeitsverhinderung nach Art. 324a OR.

## A.5 Die Verhinderungsgründe im Einzelnen (III)

### Erfüllung gesetzlicher Pflichten

- Militärdienste:
  - obligatorischer Militärdienst, gilt auch für:
    - Beförderungsdienste
    - Militärdienst von Frauen
    - ausländischen obligatorischen Dienst
  - Nicht darunter fallen:
    - freiwillige Dienste (Wehrsport)
    - Nachschiesspflicht weil das Obligatorische verpasst wurde.
- Andere Dienste:
  - Zivildienst
  - Schutzdienst
  - Feuerwehrdienst
  - Einsatz im Katastrophenhilfskorps.
- Zeugnispflicht oder Teilnahme an Gerichtsverfahren aus anderen Gründen (bspw. Partei, Experte etc.).
- Befolgung eines amtlichen Arbeitsverbotes.

### Amtsausübung:

Jegliche Tätigkeit als Behördenmitglied (Parlament, Gericht, Exekutive, Stimmzähler etc.). Freiwillige Kandidatur gilt als nicht selbstverschuldete Arbeitsverhinderung.

### Anrechnungspflicht von Entschädigungen?

Ist streitig:

- Erwerbssersatz: ja (gilt als Fall von Art. 324b OR)
- Sold: nein
- Andere Entschädigungen wohl umso eher, je höher diese sind.

## A.5 Die Verhinderungsgründe im Einzelnen (IV)

### Schwangerschaft

Separat geregelt in Art. 324a Abs. 3 OR. Gemäss Gesetz besteht Lohnfortzahlungspflicht «im gleichen Umfang».

Diverse Vorschriften gemäss ArG und Verordnungen: Art. 35 ff. ArG; Art. 60 ff. ArGV1; Art. 34 ArGV3; VO über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft.

Wie verhalten sich diese Bestimmungen zueinander?

#### 1. **Arbeitsfähig trotz Schwangerschaft:**

Arbeitspflicht: Art. 35a ArG: Recht auf Fernbleiben vom oder Verlassen des Arbeitsplatzes auf blosser Anzeige hin.

Lohn: Art. 324a OR: Keine Arbeitsunfähigkeit, daher keine Lohnfortzahlungspflicht trotz Fernbleiben.

#### 2. **Keine gefährlichen/beschwerlichen Arbeiten, ansonsten aber voll arbeitsfähig trotz Schwangerschaft:**

Arbeitspflicht: Art. 35 Abs. 2 ArG: Verordnung kann bestimmte gefährliche oder beschwerliche Arbeiten verbieten.

Lohn: Art. 35 Abs. 3 ArG: 80% des entfallenden Lohnes, falls keine alternative Arbeit angeboten werden kann.

#### 3. **Arbeitsunfähigkeit infolge Schwangerschaft:**

Arbeitspflicht: Art. 324a OR: nein.

Lohn: Art. 324a OR: Arbeitsunfähigkeit nach Absatz 3, daher Lohnfortzahlungspflicht (i.d. R. durch Krankentaggeldversicherung abgedeckt; Arztzeugnis nötig).

## A.5 Die Verhinderungsgründe im Einzelnen (V)

### Mutterschaft

Idee des Gesetzgebers: Entbindung der Arbeitgeber von jeder nachgeburtlichen Leistungspflicht bei Mutterschaft.

Folge: Art. 324a OR (und damit auch Art. 324b OR) hat für die Zeit nach der Niederkunft keine Bedeutung mehr, sofern Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung nach EOG.

Falls kein Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung nach EOG, Art. 324a Abs. 1 OR in zwei Fällen trotzdem anwendbar:

- kein Anspruch (bspw. wegen mangelnder Beitragszeit)
  - bei aufgeschobenem Leistungsbeginn nach Art. 16c EOG.
- [Beachte: 324a Abs. 3 OR gilt nur bei Schwangerschaft.]

### Beachte ausserdem

- Mutterschaftsurlaub nach Art. 329f OR:
  - Anspruch auf Urlaub von mindestens 14 Wochen
  - Lohnfortzahlungspflicht richtet sich nach Art. 324a/b (vgl. oben).
- Diverse spezialgesetzliche Bestimmungen im ArG und den dazugehörigen Verordnungen betreffend Stillen, Beschäftigungsverbot, Freizeit etc.

## A.5 Die Verhinderungsgründe im Einzelnen (VI)

### Weitere Gründe unverschuldeter Arbeitsverhinderungen

- Untersuchungshaft: Nur falls unverschuldet.
- Pflege naher Angehöriger
  - Kinder/Eltern: gesetzliche Pflicht nach Art. 272 / 276 ZGB?
  - Beachte: Art. 36 Abs. 3 ArG: Anspruch auf Freizeit bis zu 3 Tagen (≠ Anspruch auf Lohnfortzahlung).
- Hilfeleistung (bspw. Nothilfe bei Unfallopfer etc.).
- Ausserordentliche Freizeit (Zahnarzt, Hochzeit, Tod eines nahen Verwandten, Umzug etc.)?  
Vorgehen:
  1. Freizeit nach Art. 329 Abs. 3 OR gemäss Vereinbarung?  
=> falls ja: bezahlt? (Ist nicht zwingend!)
  2. Falls nichts vereinbart: Arbeitsverhinderung nach Art. 324a OR?  
=> Kann Termin aufgeschoben werden oder ist er akut?  
=> Verlegung auf Zeitpunkt ausserhalb Arbeitszeit möglich?
- Nicht: gesetzliche Feiertage:  
Arbeitsverbot nach öffentlichem Recht; Keine Pflicht zur Lohnzahlung mit Ausnahme des 1. August.
- Nicht: Urlaub für ausserschulische Jugendarbeit:  
Vgl. dazu Art. 329e OR, Lohnanspruch ausdrücklich verneint.

## B. Höhe des zu bezahlenden Lohnes

**Welcher Lohn bzw. welche Lohnbestandteile sind bei der Bemessung des zu bezahlenden Lohnes zu berücksichtigen?**

### Allgemeines Grundprinzip

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf das, was er verdient hätte, wie wenn er gearbeitet hätte (Botschaft S. 93).

### Einzelfragen

- Grundlohn? ✓
- Naturallohn? ✓
- Kost und Logis? Naturallohn
- 13. Monatslohn? ✓ (bei Fälligkeit)
- Umsatzprovision nach Art. 322b OR? ✓
- Gewinnbeteiligung nach Art. 322a OR? ✓ (bei Fälligkeit)
- Pauschalspesen? nur falls kein Auslagenersatz
- Zulagen (Schichtzulagen, Nachtzulagen, ...) Orange-Urteil
- Überstunden? falls regelmässig geleistet: ✓

### Beachte

Diese Grundsätze gelten analog auch in anderen Fällen, bei welchen es um die Berechnung des hypothetischen Lohnes geht (Ferien, Feiertage, Freistellung etc.).

## C. Dauer der Lohnfortzahlungspflicht

### C. 1: Gesetzliche Regelung

Art. 324a Abs. 2 OR: «..... im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen.»

Beachte: Die «besonderen Umstände» sind zu berücksichtigen, es hängt nicht alleine vom Dienstalter ab: Häufigkeit der Krankheiten, wirtschaftliche Lage Arbeitgeber, etc.

### C.2: Dienstjahr als Bemessungsgrundlage

≠ Kalenderjahr.

Anrechenbare Dienstjahre: Es gelten die allgemeinen Grundsätze (wie im Zusammenhang mit Probezeit, Kündigungsfrist).

Anspruch entsteht in jedem Dienstjahr neu, was zur Folge hat, dass eine abgelaufene Lohnfortzahlungspflicht wieder aufleben kann.

## D. Vertragliche Lösungen (I)

### D.1: Formvorschriften

Beachte Formvorschrift in Art. 324a Abs. 4 OR: Wesentliche Eckpfeiler der Ersatzlösung (Dauer, Umfang Lohnfortzahlung, Karenzfrist, Finanzierung) müssen aus Vereinbarung hervorgehen.

### D.2: Berner, Basler, Zürcher Skala

- Sind keine gesetzliche Regelung
- Gelten alle drei als anerkannt und zulässig
- Gilt für sämtliche Verhinderungsgründe inkl. Schwangerschaft gemäss Art. 324a Abs. 3 OR gemeinsam (1 Kredit)
- Beachte: es gibt unterschiedliche Publikationen!

Seco, KMU-Portal:

[https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit\\_Arbeitsbeziehungen/Arbeitsrecht/FAQ\\_zum\\_privaten\\_Arbeitsrecht/verhinderung-des-arbeitnehmers-an-der-arbeitsleistung.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Arbeitsrecht/FAQ_zum_privaten_Arbeitsrecht/verhinderung-des-arbeitnehmers-an-der-arbeitsleistung.html)

[www.arbeitsverhinderung.ch](http://www.arbeitsverhinderung.ch)

<http://www.arbeitsverhinderung.ch/lohnfortzahlung/lohnfortzahlungsskalen>

[www.schreinerversicherung.ch](http://www.schreinerversicherung.ch)

<http://schreinerversicherung.ch/services/berner-basler-zurcher-skala/>

(Berner Skala, 3. Dienstjahr: 2 Monate, 8 Wochen, 9 Wochen)

## D. Vertragliche Lösungen (II)

### Berner Skala

Im 1. Dienstjahr	3 Wochen Lohnfortzahlung
2. Jahr	1 Monat
3. und 4. Jahr	2 Monate
5. bis 9. Jahr	3 Monate
10. bis 14. Jahr	4 Monate
15. bis 19. Jahr	5 Monate
20. bis 25. Jahr	6 Monate

### Basler Skala

Im 1. Dienstjahr	3 Wochen Lohnfortzahlung
2. und 3. Jahr	2 Monate
4. bis 10. Jahr	3 Monate
11. bis 15. Jahr	4 Monate
16. bis 20. Jahr	5 Monate
ab 21. Dienstjahr	6 Monate

### Zürcher Skala

Im 1. Dienstjahr	3 Wochen Lohnfortzahlung
2. Jahr	8 Wochen
3. Jahr	9 Wochen
4. Jahr	10 Wochen
pro weiteres Jahr	je eine zusätzliche weitere Woche

Quelle: Seco, KMU-Portal:  
<http://www.kmu.admin.ch/personal/03369/03383/03385/index.html?lang=de>

## D. Vertragliche Lösungen (III)

### Das Kriterium der Gleichwertigkeit

Im konkreten Einzelfall äusserst schwierig zu beurteilen, ob Gleichwertigkeit gewährleistet ist oder nicht.

### Grundsätze

Es gilt eine *abstrakte* Betrachtungsweise für den einzelnen Arbeitnehmer. Dies bedeutet:

- Die vertragliche Lösung muss *allgemein* (und nicht bezogen auf eine konkrete Situation) mindestens gleichwertig zur gesetzlichen Regelung sein.
- Zu vergleichen ist die Gesamtheit aller theoretisch möglichen Leistungen an den Arbeitnehmer.
- Es ist aber auf die Gleichwertigkeit für den einzelnen Arbeitnehmer (und nicht die ganze Belegschaft) abzustellen.
- Es ist die gesamte (abstrakte) Dienstzeit zu berücksichtigen, und nicht nur ein einzelnes Dienstjahr.
- An sich sind sämtliche Verhinderungsgründe nach Art. 324a OR insgesamt zu betrachten (1 Kredit).
- Die Lohnfortzahlung gilt für den effektiv bezahlten Lohn, nicht nur den versicherten Verdienst (bspw. UVG-Maximum).
- Theoretisch möglich: Methode des Prämienvergleiches: Höhe der Versicherungsprämie bei einer gesetzlichen Minimallösung im Verhältnis zur Prämienhöhe der vertraglich vereinbarten Versicherungslösung.

### Problem

Verfügbare Kasuistik beschränkt sich weitestgehend auf Lohnfortzahlung bei Krankheit und ist uneinheitlich.

# E.1: Krankentaggeldversicherung (I)

## System und Rechtsgrundlage

- Keine Regelung, welche unter Art. 324b OR fällt. Es handelt sich um eine nicht obligatorische Versicherungslösung.
- Möglich nach KVG oder VVG. Letzteres ist die Regel.

## Leistungen

Meistens 720 oder 730 innert 900 Tagen, 80% des versicherten Verdienstes, bei einer Wartezeit von bis zu 180 Tagen.

## Versicherter Verdienst

Zu beachten ist, welche Elemente (13. Monatslohn, Provision etc.) hineingenommen werden, weil:

- versicherter Verdienst kann zu tief sein (bspw. weil Provisionen nicht versichert sind).
- unregelmässige Zahlungen (Zulagen, Zuschläge etc.) können zum relevanten Lohn gehören (Orange-Urteil).
- Bei der Lohnzahlung durch den Arbeitgeber ist zu berücksichtigen, was während der Krankheit bezahlt wurde (bspw. 13. Monatslohn).

## Wartezeiten bis Taggeldzahlung beginnt

- häufig 30, 60, 90 oder 180 Tage
- ≠ Karenzfrist des Lohnanspruches des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber (1 – 3 Tage).
- Höhe der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber während dieser Zeit? Reduktion auf 80% nur falls vereinbart. Andernfalls volle Lohnfortzahlungspflicht.

## E.1: Krankentaggeldversicherung (II)

### Auszahlung der Taggelder: Brutto oder netto?

- Keine Beitragspflicht AHV, IV, EO etc. bei Taggelder (Art. 6 Abs. 2 lit. b AHVV, vgl. WML Rz 2065 ff.)
- Beachte: Beitragslücke bei der AHV, falls Krankheit länger andauert.
- Beachte vertragliche Vereinbarung: Unter Umständen erhält Arbeitnehmer während Krankheit den höheren Nettolohn wie wenn er arbeitet.

### Direktes Forderungsrecht des Arbeitnehmers

- Arbeitnehmer hat direktes Forderungsrecht gegenüber der Versicherung (Art. 87 VVG).

### Vertraglich mögliche Regelung und Implementierung

- Schriftlichkeit der Eckpunkte (Dauer, Höhe etc.).
- Mögliche Regelung:
  - Versicherungslösung *finanziert* Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR: Arbeitgeber bleibt grundsätzlich zahlungspflichtig.
  - Versicherungslösung *ersetzt* Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR; damit wird Arbeitgeber mit Abschluss der Versicherung von Lohnfortzahlungspflicht befreit.
- Versicherungsbedingungen oder Police als integrierender Vertragsbestandteil? Meines Erachtens nicht sinnvoll.

## E.2: Arztzeugnis und Vertrauensarzt (I)

### Arztzeugnis als Beweis

- Dient zum Beweis der Arbeitsunfähigkeit.
- Beweislast liegt beim Arbeitnehmer.
- Aufforderung zur Beibringung eines Arztzeugnisses bereits ab dem ersten Tag ist zulässig, wenn
  - nichts oder nichts Abweichendes vertraglich vereinbart.
  - begründeter Verdacht besteht, dass Krankheit vorgetäuscht.
  - Arbeitsunfähigkeit infolge Unfall (Bericht an SUVA).
- Wenn möglich, kann Arbeitnehmer Arbeitsunfähigkeit auch anders beweisen.
- Arztzeugnis kann als Beweis widerlegt werden, bspw. durch:
  - Verhalten des Arbeitnehmers selbst.
  - Abweichendes Zeugnis des Vertrauensarztes.
  - Zeugnis selbst ist unglaubwürdig (Rückdatierung, Telefonkonsultation etc.).

## E.2: Arztzeugnis und Vertrauensarzt (II)

### Inhalt eines Arztzeugnisses

- Soll Auskunft geben über:
  - Frage der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit
  - Beginn und (voraussichtliches) Ende der Arbeitsunfähigkeit.
- Angaben über Art der Krankheit, Grund der Arbeitsunfähigkeit?
  - Im Normalfall nein.
  - Kann aber im Einzelfall von Bedeutung sein, weil Auswirkung auf Arbeitsplatz.
- Vgl. Projekt zum detaillierten Arztzeugnis des Arbeitgeberverbandes Rheintal in Zusammenarbeit mit dem Ärzteverein Rorschach – Rheintal:

<http://www.agv-rheintal.ch/de/123/Downloads.htm>

oder

<http://www.aerzte-sg.ch/default.asp?selm=Informationen&subm=Absenzenmanagement>

## E.2: Arztzeugnis und Vertrauensarzt (III)

### Vertrauensarzt

- Arbeitgeber ist berechtigt, Arbeitnehmer zum vertrauensärztlichen Untersuchung aufzubieten, wenn
  - dieses Recht vertraglich vereinbart wurde, oder
  - begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit oder der Richtigkeit des eingereichten Arztzeugnisses bestehen.
- Arbeitgeber darf Vertrauensarzt bestimmen.
- Auch Vertrauensarzt ist gegenüber dem Arbeitgeber an Arztgeheimnis gebunden, sofern keine Befreiung erfolgt.
- Kosten für den Untersuchung gehen zu Lasten Arbeitgeber.

### Weigerung des Arbeitnehmers

- Falls Anordnung zur Konsultation des Vertrauensarztes begründet war, entfällt Lohnfortzahlungspflicht.
- Achtung Krankentaggeldversicherung: Wenn diese weiter zahlt, entsteht für Arbeitgeber eine kritische Situation.

### Sich widersprechende Arztzeugnisse

- Gericht hat sich eine eigene Meinung zu bilden, dies ist oft schwierig bis unmöglich.
- Gerichtspraxis uneinheitlich: Hausarzt als Kenner des Patienten versus seine Position als bezahlter Auftragnehmer mit grösserer persönlichen Nähe zum Patienten.
- «Obergutachten» denkbar, jedoch in der Praxis häufig nicht möglich, da Krankheit vorbei.

## F. Art. 324b OR: obligatorische Versicherung

### F.1: Die Versicherungen gemäss Art. 324b OR

- Renten und Taggelder der Unfallversicherung (UVG).
- Erwerbsersatzordnung bei Militär-, Zivil- und Schutzdienst (EO).
- Renten und Taggelder der Militärversicherung.
- NICHT: Mutterschaftsversicherung nach EOG.

### F.2: «mindestens vier Fünftel»

- Versicherungsleistung muss mindestens 80% des Lohnes entsprechen.
- Berechnung des relevanten Lohnes? Meines Erachtens wie in den Fällen nach Art. 324a OR.

### F.3: Differenzzahlungen und Karenzfrist

- Falls Leistungen tiefer, bleibt Arbeitgeber lohnfortzahlungspflichtig (bspw. Lohn > UVG-Maximum, EO während der Rekrutenschule etc.).
- Falls Versicherung Leistungen erst nach einer Karenzfrist ausrichtet (bspw. UVG erst ab dem 3. Tag), hat Arbeitgeber den Lohn zu zahlen (Art. 324b Abs. 3 OR).
- Dauer der Pflicht zur Zahlung der Differenz: «beschränkte Zeit» gemäss Art. 324a OR.

# FRAGEN?

**Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

