

Gleichwertigkeit von Krankentaggeldversicherungen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht

Stefan Rieder
M.A.HSG in Law



Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	II
Literaturverzeichnis.....	III
I. Einleitung.....	1
II. Gesetzliche Grundregel der Lohnfortzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung ...	1
1. Gesetzliche Grundlagen in Art. 324a Abs. 1-3 OR.....	1
2. Anspruchsvoraussetzungen	2
3. Lohnfortzahlungsanspruch als Rechtsfolge	3
4. Versicherung der Lohnfortzahlungspflicht	4
a. Gesetzliche Grundlage.....	4
b. Formerfordernis	5
III. Gleichwertigkeit von vertraglichen Ersatzlösungen	7
1. Was und wie ist zu vergleichen?	7
2. Praxis der Gleichwertigkeit.....	8
3. Rechtsfolgen	9
4. Sonderprobleme	9
a. Karenz- und Wartefristen	9
b. Versicherungsvorbehalte	10
c. Nichterfüllung der Versicherungspflicht.....	11
IV. Schlussfolgerungen und Empfehlungen.....	12

Literaturverzeichnis

AUBERT GABRIEL, Die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall, in: AJP 1997 S. 1485-1491.

BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3., aktualisierte und ergänzte Auflage, Basel 2005.

EGLI HANS-PETER, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, in: AJP 2000, S. 1064-1078.

GEISER THOMAS, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlung bei Krankheit, in: AJP 2003, S. 323-333.

SCARTAZZINI GUSTAVO, Krankentaggeldversicherung, in: AJP 1997 S. 667-676.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6., vollständig überarbeitete und stark erweiterte Auflage, Zürich 2006.

VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, 3., erweiterte Auflage, Basel/Genf/München 2005.

VON KAENEL ADRIAN (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007.

I. Einleitung

Arbeitgeber haben ihren Arbeitnehmern bei Krankheit nur während einer beschränkten und zumindest in den ersten Dienstjahren relativ kurzen Dauer den Lohn fortzuzahlen. Deshalb schliessen Arbeitgeber häufig Krankentaggeldversicherungen gegen die Folgen von Krankheit ab, um die Arbeitnehmer sozial abzusichern. Die Koordination zwischen der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht und der vertraglichen Ersatzlösungen im Rahmen einer Krankentaggeldversicherung kann zu gewissen Problemen oder gar Risiken führen, die jedoch mittels umsichtiger Ausgestaltung des Arbeitsvertrages umschifft werden können.

Vor diesem Hintergrund werden die Grundlagen der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht in einer kurzen Übersicht dargestellt, um anschliessend die Voraussetzungen vertraglicher Ersatzlösungen aufzuzeigen. Ziel der nachfolgenden Abhandlung ist es, in erster Linie auf die Problematik der Gleichwertigkeit von Krankentaggeldversicherungen aufmerksam zu machen und mögliche Lösungsansätze der sich aus der gewählten Krankentaggeldversicherungslösung ergebenden Probleme darzustellen.¹

II. Gesetzliche Grundregel der Lohnfortzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung

1. Gesetzliche Grundlagen in Art. 324a Abs. 1-3 OR

Die gesetzliche statuierte Lohnfortzahlungspflicht ist in Art. 324a Abs. 1-3 OR geregelt und bildet für die Beurteilung der Gleichwertigkeit von Krankentaggeldversicherungen den Ausgangspunkt für die nachfolgende Betrachtung. Die gesetzliche Regelung lautet:

OR 324a

¹ 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 Natural-

¹ Die in dieser Abhandlung gemachten Ausführungen und aufgezeigten möglichen Lösungsansätze beziehungsweise Empfehlungen stellen keine rechtliche Beratung dar und sollen nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

lohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist.

² 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.

³ Bei Schwangerschaft der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber den Lohn im gleichen Umfang zu entrichten.

2. Anspruchsvoraussetzungen

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer auch ohne entsprechende Arbeitsleistung für eine beschränkte Zeit den Lohn weiter zu bezahlen, sofern folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- es muss eine Arbeitsverhinderung vorliegen;
- die Gründe der Arbeitsverhinderung müssen in der Person des Arbeitnehmers liegen²;
- die Arbeitsverhinderung muss ohne Verschulden des Arbeitnehmers eingetreten sein;
- das Arbeitsverhältnis muss mehr als drei Monate gedauert haben oder für mehr als drei Monate eingegangen sein.

Hervorzuheben ist die zeitliche Voraussetzung für einen Lohnfortzahlungsanspruch. Diese ist dann erfüllt, wenn ein Arbeitsvertrag bereits drei Monate gedauert hat oder von Anfang an erst auf einen Termin nach Ablauf von drei Monaten ordentlich beendet werden kann. In diesen Fällen besteht von Anfang an ein Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers. Sobald jedoch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis eine Kündigungsfrist von weniger als drei Monaten vorliegt, beginnt der Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers erst am ersten Tag des vierten Arbeitsmonats zu laufen.

² Gründe, welche in der Person des Arbeitnehmers liegen sind Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes. Eine Verhinderung aus objektiven Gründen wie etwa Naturkatastrophen oder eine Streichung eines Fluges führt nicht zu einer Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers.

3. Lohnfortzahlungsanspruch als Rechtsfolge

Sind die vorgenannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt, hat der Arbeitnehmer während einer beschränkten Zeit der Arbeitsverhinderung Anspruch auf den darauf entfallenden Lohn. Aufgrund des geltenden Lohnausfallprinzips soll der Lohn gleich sein, wie wenn der Arbeitnehmer gearbeitet hätte. Das heisst sämtliche Zulagen wie beispielsweise Nacht-, Sonntags-, Kinder- oder Gefahrenzulagen sowie Überstunden, die ohne Arbeitsverhinderung nachweislich geleistet worden wären, sind zu entgelten. Sobald aus steuerlichen Gründen auch hohe Pauschalspesen gewährt werden, so ist derjenige Anteil, dem keine echten Auslagen gegenüberstehen und der damit Lohnbestandteil ist, auch im Rahmen der Lohnfortzahlungspflicht zu bezahlen. Bei sämtlichen Lohnfortzahlungen des Arbeitgebers müssen - im Unterschied zu Taggeldern von Krankentaggeldversicherungen - Sozialabzüge vorgenommen werden!

Solange der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnfortzahlung hat, wächst parallel auch sein Anspruch auf einen vereinbarten 13. Monatslohn an.

Was die Dauer der Lohnfortzahlung betrifft, so beträgt diese im ersten Dienstjahr drei Wochen, nachher je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen eine angemessene längere Zeit. Die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht orientiert sich im überjährigen Arbeitsverhältnis demnach einer an den Umständen des Einzelfalls angemessenen Lösung. Die Praxis hat hierfür zur Gewährleistung eines Minimums an Vorhersehbarkeit bestimmte Skalen³ erarbeitet. Die meisten Kantone - so auch der Kanton St.Gallen - stellen in der Regel auf die sog. Berner Skala ab, wonach sich für den Arbeitgeber folgende Lohnfortzahlungspflichten ergeben:

im ersten Dienstjahr (über 3 Monate)	3 Wochen
im 2. Dienstjahr	1 Monat
im 3. und 4. Dienstjahr	2 Monate
im 5. bis 9. Dienstjahr	3 Monate
im 10. bis 14. Dienstjahr	4 Monate
im 15. bis 19. Dienstjahr	5 Monate
im 20. bis 24. Dienstjahr	6 Monate
anschliessend alle 5 Dienstjahre	ein Monat zusätzlich

³ Es gibt die sog. Berner-, Basler- und Zürcher Skalen.

Der Anspruch auf die Dauer der Lohnfortzahlung besteht pro Dienstjahr. Wenn ein neues Dienstjahr anbricht, entsteht der Anspruch des Arbeitnehmers grundsätzlich neu. Beim Anspruch handelt es sich um ein sog. Lohnminimum, d.h. der Arbeitnehmer hat also im betreffenden Dienstjahr Anspruch auf den vollen Lohn während der beschränkten Zeit. Bei einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit verlängert sich demnach sein Anspruch in zeitlicher Hinsicht bis der "Lohnkredit" ausgeschöpft ist.

Die gesetzliche Regelung in Art. 324a OR ist relativ zwingender Natur, d.h. von den Vorschriften darf zuungunsten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden. Eine Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers ist jedoch zulässig, d.h. die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht könnte also zugunsten des Arbeitnehmers verlängert, nicht aber verkürzt werden.

4. Versicherung der Lohnfortzahlungspflicht

a. Gesetzliche Grundlage

Eine Ausnahme von der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers ist in Art. 324b OR vorgesehen:

OR 324b

¹ 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.

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

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

Der Arbeitgeber muss beim Bestehen einer obligatorischen Versicherung nur den allfälligen Differenzbetrag auf 80 % des entsprechenden Lohnes entrichten. Dies gilt auch für die Dauer von allfälligen Karenzfristen. Bei Krankheit und Unfall erbringen häufig Versicherungen Leistungen, zu denen eigentlich der Arbeitgeber verpflichtet wäre. Bezüglich den UVG unter-

stellten Arbeitsverhältnissen ist dies bei Unfall obligatorisch, währenddem es bei Krankheit bis heute kein Obligatorium für eine Taggeldversicherung gibt. Das Gesetz lässt in Art. 324a Abs. 4 OR jedoch für eine von der oben aufgezeigten gesetzlichen Regelung abweichende vertragliche Ersatzlösung Platz:

OR 324a

⁴ Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist.

b. Formerfordernis

Art. 324a Abs. 4 OR sieht vor, dass vertragliche Ersatzlösungen ihre Gültigkeit nur durch schriftliche Abrede oder durch die normative Wirkung eines Gesamt- oder Normalarbeitsvertrages erlangen. Sobald jedoch solche Vertragslösungen die gesetzliche Grundregel intakt lassen und diese bloss ergänzen (z.B. Verlängerung der Lohnfortzahlung), können diese auch formfrei vereinbart werden. Folgende Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers sind denkbar:

- Verlängerung der Dauer des Lohnanspruches bei Verhinderung der Arbeitsleistung;
- Separate Lohnfortzahlungskredite für gewisse Arten der Arbeitsverhinderung;
- Deckung einer Arbeitsverhinderung in den ersten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses bei einem für weniger als drei Monate abgeschlossenen Arbeitsverhältnis;
- Versicherungsdeckung nach Ablauf des Lohnanspruches⁴.

Die blosser Verpflichtung zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung kann demnach formfrei - und somit auch konkludent - eingegangen werden. Aus der Vornahme von Lohnabzügen - beispielsweise unter der Bezeichnung "Krankentaggeldversicherung" - entsteht ohne weiteres die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Abschluss einer entsprechenden Versicherung, deren Leistungen dabei mindestens dem entsprechen, was für die Höhe des Lohnabzuges vom Arbeitnehmer marktüblich erwartet werden darf.

⁴ Wenn einem Arbeitnehmer bei Arbeitsverhinderung ein Anspruch auf Versicherungsleistungen über eine lange Zeit ohne jegliche Einschränkungen zuerkannt wird, darf der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf der Anspruchsperiode der Versicherungsschutz weiter andauert. Bei solchen Zusicherungen ist Vorsicht walten zu lassen und es sind unbedingt gewisse Einschränkungen mit der Zusicherung zu verbinden.

Die gesetzlichen Formerfordernisse von Art. 324a Abs. 4 OR müssen dann unbedingt beachtet werden, wenn die Ersatzlösung an die Stelle der oben aufgezeigten Grundregel treten und diese ersetzen soll. Dann bedarf der Ersatz der gesetzlichen Grundregel die Schriftform oder er muss in einem Gesamt- bzw. Normalarbeitsvertrag vorgesehen sein. Bei solchen abweichenden vertraglichen Lösungen gehen beide Parteien Verpflichtungen ein, weshalb auch beide Parteien eigenhändig unterschreiben müssen. Die wesentlichen Eckpunkte einer vertraglichen Ersatzlösung (u.a. Dauer und Umfang der Lohnfortzahlung, allfällige Karenzfrist, Finanzierungsanteile) müssen unbedingt aus der Vereinbarung hervorgehen. Das Erfordernis der Schriftlichkeit wird in der Gerichtspraxis streng genommen, so dass aus der schriftlichen Vereinbarung auch hervorgehen muss, dass das Vereinbarte die gesetzliche Grundregel aus Art. 324a OR ersetzen soll. Andernfalls bleibt der Arbeitgeber an die gesetzliche Regelung der Lohnfortzahlung gebunden! Es besteht also die Gefahr, dass der Arbeitgeber in diesem Fall - je nach Höhe der Leistung der Krankentaggeldversicherung - für eine beschränkte Dauer die Differenz zwischen Krankentaggeld und gewöhnlichem Lohn tragen muss, weil der Arbeitnehmer seinen vollen Lohnfortzahlungsanspruch behält.

Innerhalb der Grenze der Ungewöhnlichkeitsregel, d.h. ungewöhnliche Bestimmungen gehen zu Lasten des Arbeitgebers, kann der Arbeitsvertrag für eine vertragliche Ersatzlösung auch auf ergänzende Dokumente wie die Versicherungsbedingungen hinweisen. Ein blosser Hinweis, dass eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen wurde, ist jedoch ungenügend, so dass der Arbeitgeber weiterhin an die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht gebunden bleibt.

Eine abweichende Regelung im Sinn von Art. 324a Abs. 4 OR, welche die gesetzliche Grundregel zumindest teilweise abändert und nicht bloss ergänzt, ist aber nur dann möglich, wenn diese für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist. Damit stellt sich die Frage, inwieweit Leistungen einer Krankentaggeldversicherung unter Berücksichtigung von deren Finanzierung für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig sind.

III. Gleichwertigkeit von vertraglichen Ersatzlösungen

Die Frage der Gleichwertigkeit ist deshalb von Bedeutung, weil der Arbeitgeber von der Lohnfortzahlungspflicht nach der gesetzlichen Grundregel von Art. 324a Abs. 1-3 OR nur dann befreit ist, wenn neben den Formerfordernissen auch die Voraussetzung der Gleichwertigkeit der abweichenden Regelung gegenüber der Grundregel erfüllt ist. Bei Nichterfüllung der Gleichwertigkeit bleibt die Lohnfortzahlungspflicht nach der Grundregel weiterhin bestehen. Diese Gefahr wird allerdings dahingehend relativiert, weil sich der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer bezogenen Versicherungsleistungen der nicht gleichwertigen Krankentaggeldversicherung auf den geschuldeten Lohn anrechnen kann. Er muss also nur die Differenz zum vollen Lohn für eine beschränkte Dauer bezahlen.

1. Was und wie ist zu vergleichen?

Die unter der Krankentaggeldversicherung zu erwartenden Leistungen - sofern diese vom Arbeitgeber finanziert wurden - sind unter der gesetzlichen Lösung zu erwartenden Leistungen bei Krankheit zu vergleichen. Dabei ist auf den Zeitpunkt der Vereinbarung der vertraglichen Ersatzlösung abzustellen. Ein solcher Vergleich hängt von verschiedenen Faktoren ab und es muss beachtet werden, dass die Krankentaggeldlösung einzig an die Stelle der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht infolge Arbeitsverhinderung durch Krankheit tritt. Das heisst es kann nicht der gesamte Lohnfortzahlungsanspruch in den berücksichtigten Dienstjahren in Anschlag gebracht werden, vielmehr muss abgeschätzt werden, welcher Anteil des gesamten Anspruches für die Lohnfortzahlung bei Krankheit verwendet wird. Der Vergleich erfolgt abstrakt und auf den einzelnen Arbeitnehmer bezogen, d.h. die Vergleichsrechnung wird - abgestützt auf den Zeitpunkt des Abschlusses, also in der Regel zu Beginn des Arbeitsverhältnisses - insgesamt für die gesamte Geltungsdauer der vertraglichen Ersatzlösung durchgeführt. Dem Richter bleibt nichts anderes übrig, als Schätzungen vorzunehmen. Es findet also kein konkreter Vergleich statt, bei dem in jedem Krankheitsfall festgestellt wird, ob der Arbeitnehmer nun mindestens Leistungen im gesetzlichen Umfang erhält.

Um die Gleichwertigkeit zu beurteilen sind sowohl Kriterien auf der Leistungsseite als auch Kriterien auf der Finanzierungsseite massgebend. Auf der Leistungsseite muss u.a. die Höhe des Taggeldes, die Dauer der Taggeldberechtigung, die Karenztage und der Umfang der Ver-

sicherungsdeckung (Versicherungsvorbehalte, Leistungsausschlüsse etc.) berücksichtigt werden. Auf der Finanzierungsseite ist insbesondere die Prämienaufteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer massgebend.

2. Praxis der Gleichwertigkeit

Nach heutiger Auffassung gilt eine vertragliche Ersatzlösung als gleichwertig, wenn eine vom Arbeitgeber abgeschlossene kollektive Krankentaggeldversicherung die folgenden Bedingungen erfüllt:

- Die Versicherung deckt die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit während einer Dauer von 720 oder 730 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 900 Tagen;
- Die Versicherungsleistungen während dieser Dauer machen mindestens 80 % des Lohnes aus;
- Der Arbeitgeber trägt mindestens die Hälfte der Versicherungsprämien.

Die Gleichwertigkeit einer solchen Ersatzlösung gilt unbestritten als gegeben. Die Gleichwertigkeit solcher Ersatzlösungen ist gemäss gefestigter Lehrmeinung und Rechtsprechung auch dann gegeben, wenn sie mit 2 oder 3 Karenztagen kombiniert ist. Bei davon abweichenden Versicherungslösungen ist die Gleichwertigkeit unter Umständen nicht mehr gegeben, insbesondere wenn die Versicherungsleistung nicht mindestens 80 % des Lohnes beträgt oder der Arbeitnehmer mehr als die Hälfte der Prämien übernehmen muss. In jüngster Zeit tendiert sowohl die Rechtsprechung als auch Lehre zur Auffassung, dass eine Taggeldlösung, die weniger als 80 % des Lohnes garantiert, nie gleichwertig sein kann. Bei solchen Taggeldlösungen besteht deshalb für den Arbeitgeber ein Risiko, dass er nicht von seiner gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht befreit ist und der Arbeitnehmer weiterhin einen Anspruch auf die Lohnfortzahlung nach der gesetzlichen Grundregel hat.

Die Gerichtspraxis zur Gleichwertigkeit ist bisher nicht einheitlich und in keiner Weise gefestigt, weshalb keine weiteren Lösungen unbestritten als gleichwertig gelten. In der Gerichtspraxis relativ einheitlich abgelehnt wurde die Gleichwertigkeit bei Taggeldlösungen mit 7, 30 oder gar 60 Karenztagen (Dauer zwischen Beginn der Arbeitsunfähigkeit und dem Ausrichten

der Versicherungsleistung), zumal Kurzkrankheiten am häufigsten vorkommen und der Arbeitnehmer dann keine Leistungen erhalten würde.

3. Rechtsfolgen

Sind sowohl die Formerfordernisse als auch die Anforderungen an die Gleichwertigkeit erfüllt, so tritt die gültige Ersatzlösung an die Stelle der gesetzlichen Ansprüche des Arbeitnehmers. Sobald aber die Formerfordernisse oder die Anforderungen an die Gleichwertigkeit nicht eingehalten sind, ersetzt die vertragliche Lösung die gesetzliche Grundregel nicht und der Arbeitgeber bleibt an die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht gebunden. Es kann durchaus sein, dass eine vertragliche Lösung bloss als teilnichtig betrachtet wird (bsw. wegen übertriebener Karenztage). In diesem Fall hat der Arbeitgeber auf das nach richterlichem Ermessen festgesetzte, gleichwertige Mass aufzuzahlen.

Wenn die vertragliche Lösung die gesetzliche Grundregel nicht ersetzt und der Arbeitgeber an die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht gebunden bleibt, so kann dieser allfällige Taggeldleistungen grundsätzlich an die Lohnfortzahlung anrechnen lassen. Allerdings ist die Gerichtspraxis hierzu wenig konsequent und u.U. kann nicht die gesamte Leistung der Versicherung im betreffenden Dienstjahr angerechnet werden.

4. Sonderprobleme

a. Karenz- und Wartefristen

Häufig sehen die von der gesetzlichen Grundregel abweichenden Ersatzlösungen Karenz- und Wartefristen vor, welche für die Beurteilung der Gleichwertigkeit von entscheidender Bedeutung sind. Die Begriffe Warte- und Karenzfrist bedeuten inhaltlich nicht dasselbe. Als Karenzfristen sind Fristen, bei denen der Arbeitnehmer infolge krankheitsbedingter Abwesenheit während der ersten Tage der Krankheit (der Karenztage) keine Lohnfortzahlung erhält zu verstehen. Wartefristen dagegen sind Fristen, bei denen die Taggelder vereinbarungsgemäss erst nach Ablauf einer bestimmten Frist (bspw. 7, 15, 30, 60 oder 90 Tage) erbracht werden.

Was die Karenzfrist betrifft, so bejaht die Rechtsprechung grundsätzlich die Gleichwertigkeit bei 1 bis 3 Karenztagen in Verbindung mit einer Leistungsdauer von 720 oder 730 Tagen. Regelungen mit längeren Karenzfristen werden demgegenüber in Lehre und Rechtsprechung

regelmässig als nicht mehr gleichwertig erkannt, da die wirtschaftliche Belastung für den Arbeitnehmer dadurch zu gross werden würde.

In der Praxis sind regelmässig Krankentaggeldlösungen mit Wartefristen zu finden. Es ist davon auszugehen, dass derartige Ersatzregelungen grundsätzlich dann gleichwertig sind, wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer schriftlich vereinbart wird, dass eine etwaige Wartefrist durch Lohnfortzahlungen im Umfang von mindestens 80 % überbrückt wird. Abstrakt gesehen ist für die Frage der Gleichwertigkeit nur entscheidend, dass ein Arbeitnehmer ab dem 1.Tag, gegebenenfalls erst ab dem 3. Tag, mindestens 80 % seines Lohnes erhält, sei dies in Form von Lohnfortzahlungen oder in Form von Taggeldern. Eine lange Wartefrist kann grundsätzlich auch im Interesse des Arbeitnehmers liegen, denn je länger die Wartefrist der Krankentaggeldversicherung ist, desto tiefer wird die Versicherungsprämie in der Regel sein, weil der Arbeitgeber das Risiko in der Wartefrist selbst trägt und nicht auf die Versicherung abwälzt.

b. Versicherungsvorbehalte

In der Praxis lässt sich in den Versicherungsbedingungen regelmässig ein Vorbehalt finden, dass vorbestandene Leiden während 5 Jahren von der Versicherung ausgeschlossen sind. Dies wird oftmals vom Arbeitgeber übersehen und birgt für diesen ein Risiko. Wenn in solchen Fällen die Krankentaggeldversicherung die Leistung verweigert bzw. nur eine geringe Grundleistung erbringt, muss der Arbeitgeber die von ihm zugesicherte oder gemäss Gesamtarbeitsvertrag geschuldete Leistung zu seinen eigenen Lasten tragen. Demnach besteht für den Arbeitgeber grundsätzlich das Risiko - je nach Ausgestaltung der Taggeldversicherung - während 720 Tagen 80 % des Lohnes zu leisten. Eine Befreiung des Arbeitgebers von seinen Verpflichtungen, wenn die Versicherung die Deckung eines bestimmten Risikos ablehnt, ist nicht möglich.

Es empfiehlt sich deshalb, im Einzelarbeitsvertrag oder auch im Gesamtarbeitsvertrag ausdrücklich vorzusehen, dass der Arbeitgeber in diesen Fällen nur zur Lohnfortzahlung gemäss der Grundregelung von Art. 324a Abs. 1-3 OR verpflichtet ist. Im Anwendungsfall eines solchen Vorbehaltes, müssten dann aber dem Arbeitnehmer allfällige Lohnabzüge für die Beiträge an die Taggeldversicherung zurückerstattet werden, weil die abweichende Regelung nicht

anwendbar ist und die gesetzliche Grundregel keine Arbeitnehmerbeiträge an die Finanzierung vorsieht.

c. Nichterfüllung der Versicherungspflicht

Da der Gesetzgeber bis heute bewusst kein Obligatorium einer Krankentaggeldversicherung vorsieht, kann der Arbeitnehmer grundsätzlich nach Mass versichert werden. Die Krankentaggeldversicherung kann grundsätzlich sowohl vom Arbeitnehmer als auch vom Arbeitgeber abgeschlossen werden.

Es kann vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer selber eine private Taggeldversicherung abschliesst und sich der Arbeitgeber verpflichtet, deren Prämien (hälftig) zu bezahlen. Eine solche Lösung ist ohne weiteres zulässig, sofern die vom Arbeitnehmer abgeschlossene Taggeldversicherung gleichwertig ist. Es kann aber durchaus sein, dass der Arbeitnehmer es unterlässt eine entsprechende Versicherung abzuschliessen, nicht versicherbar ist oder die Versicherungsleistungen schlichtweg nicht gleichwertig sind. In diesen Fällen bleibt die Lohnfortzahlungspflicht nach der gesetzlichen Grundregel bestehen und der Arbeitgeber muss den vollen Lohn für eine beschränkte Dauer bezahlen. Der Arbeitgeber besitzt gegenüber dem Arbeitnehmer immerhin einen Rückforderungsanspruch in Höhe der bezahlten Prämien.

Unzulässig sind Vertragsabreden, wonach der Anspruch aus Art. 324a OR im Lohn inbegriffen sei, selbst dann wenn der entsprechende Betrag auf jeder Lohnabrechnung separat ausgewiesen wurde(!) oder wonach der Arbeitnehmer sich selbst um den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung zu kümmern habe. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dass im Verhinderungsfall dem Arbeitnehmer mindestens die gesetzlichen Leistungen effektiv ausgerichtet werden.

Kommt hingegen der Arbeitgeber der ihm auferlegten Pflicht eine gleichwertige Krankentaggeldversicherung abzuschliessen nicht nach, dann lebt nicht die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a Abs. 1 OR wieder auf, sondern es kommen die allgemeinen Bestimmungen über die Nichterfüllung zum Zuge. Das heisst, der Arbeitgeber haftet für die Nichterfüllung und wird gegenüber dem Arbeitnehmer schadensersatzpflichtig in Höhe des Versicherungsanspruches.

IV. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Die gesetzliche Grundregel in Art. 324a Abs. 1-3 OR und damit verbundene beschränkte Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers stellt eine Minimalordnung dar. Krankheitsbedingte Arbeitsverhinderungen können sehr lange dauern und sowohl den Arbeitgeber als auch den Arbeitnehmer finanziell schwer belasten. Eine vertragliche Ersatzlösung im Rahmen einer Krankentaggeldversicherung, welche die Belastungen für den Arbeitgeber und die Ansprüche für den Arbeitnehmer klar festlegen liegt deshalb im beidseitigen Interesse. Eine Krankentaggeldversicherung hat den Vorteil, dass der Arbeitgeber die Aufwendungen wegen krankheitsbedingten Ausfällen unabhängig vom Dienstalter der Angestellten und den tatsächlich eintretenden Risiken genau veranschlagen kann. Und die Arbeitnehmenden haben schon von Beginn des Arbeitsverhältnisses an einen lang andauernden Schutz bei Krankheiten von langer Dauer.

Damit der Arbeitgeber von seiner Lohnfortzahlungspflicht nach der gesetzlichen Grundregel befreit wird, muss die vertragliche Lösung einerseits die Formerfordernisse und andererseits die Voraussetzung der Gleichwertigkeit erfüllen. Die von der gesetzlichen Grundregel abweichende Ersatzlösung ist schriftlich zu vereinbaren und es müssen unbedingt die wesentlichen Eckpunkte wie Dauer und Umfang der Lohnfortzahlung, eine allfällige Karenzfrist, die Überbrückung von Wartefristen sowie die Finanzierungsanteile festgehalten werden. Bei der Formulierung einer solchen Vereinbarung 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, läuft ein Arbeitgeber Gefahr, für die volle Dauer (bzw. 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. Es ist zu empfehlen, dass die Formulierung der Vereinbarung einer Ersatzlösung folgende Punkte berücksichtigt:

- wesentliche Eckpunkte der Ersatzlösung (wie Dauer und Umfang der Lohnfortzahlung, eine allfällige Karenzfrist, Überbrückung von Wartefristen sowie die Finanzierungsanteile) oder Hinweis auf ein entsprechendes Dokument wie die Versicherungsbedingungen (inkl. gegengezeichnete Bestätigung, die Versicherungsbedingungen erhalten und gelesen zu haben);
- Ersatz der gesetzlichen Grundregel durch die Versicherungslösung ist explizit vorzusehen;
- Überbrückung allfälliger Wartefristen durch eine Lohnfortzahlung in Höhe von mind. 80 %;
- Expliziter Hinweis auf allfällige Versicherungsvorbehalte und Anwendung der gesetzlichen Grundregel für diesen Fall vorsehen.

Bei der Formulierung der wesentlichen Eckpunkte ist allerdings Vorsicht walten zu lassen, damit diese nicht als Zusicherungen durch den Arbeitgeber selber qualifiziert werden können. Andernfalls ist der Arbeitgeber beim Ausbleiben der Versicherungsleistungen verpflichtet diese zugesicherten Leistungen zu erbringen, was erhebliche finanzielle Folgen haben kann. Wichtig ist auch festzuhalten, dass in der Regel nur die Frage der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausdrücklich geregelt wird. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass die anderslautende Absprache nur für den Krankheitsfall getroffen wurde, d.h. die übrigen Arbeitsverhinderungen unterstehen weiterhin der gesetzlichen Grundregel nach Art. 324a Abs. 1-3 OR.

Was die Gleichwertigkeit betrifft, so ist nach heutiger Auffassung davon auszugehen, dass eine Krankentaggeldversicherung während einer Dauer von 720 oder 730 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 900 Tagen mit mindestens 80 % des Lohnes und mindestens hälftiger Prämientragung durch den Arbeitgeber grundsätzlich gleichwertig ist. Sobald die Gleichwertigkeit oder die aufgezeigten Formerfordernisse nicht eingehalten sind, bleibt die gesetzliche Grundregel nach Art. 324a OR in Kraft.

* * * * *

Staad, den 14. Oktober 2008

Stefan Rieder