

Krankentaggeldversicherung im Arbeitsvertrag

Ergänzung oder Ersatz der Lohnfortzahlungspflicht?

Ist ein Arbeitnehmer krankheitsbedingt an der Arbeit verhindert, besteht für die Arbeitgeberin eine gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht. Diese kann durch eine Krankentaggeldversicherung ergänzt oder ersetzt werden. Klare Regelungen im Arbeitsvertrag schützen Arbeitgebende wie Arbeitnehmende vor unliebsamen Überraschungen.

Von Oliver Bermejo

Die Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung bildet einen zentralen Pfeiler der sozialen Absicherung des Arbeitnehmers bei Krankheit im schweizerischen Arbeitsrecht. Während das Obligationenrecht (OR) in Art. 324a eine grundlegende Regelung vorsieht, hat sich in der betrieblichen Praxis die Absicherung über privatrechtliche Krankentaggeldversicherungen als Standard etabliert. Die Schnittstelle zwischen der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht nach OR und den unterschiedlichen versicherungsvertraglichen Lösungen birgt jedoch gewisse juristische Risiken für Arbeitgebende und Arbeitnehmende. Insbesondere der Unterscheidung zwischen der blossen Besserstellung des Arbeitnehmers gegenüber der gesetzlichen Regelung mittels einer Versicherungslösung (sog. Ergänzungslösung) und deren vollständigem Ersatz durch eine gleichwertige Versicherungsregelung (sog. Ersatzlösung) und den damit einhergehenden Rechtsfolgen wird in der Praxis häufig wenig Beachtung geschenkt.

Die gesetzliche Mindestlösung: Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR

Art. 324a OR regelt die gesetzliche Lohnfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung. Die Bestimmung ist relativ zwingend: Abweichungen zuungunsten des Arbeitnehmers sind unzulässig, während gleichwertige oder vorteilhaftere Regelungen zulässig sind.

Der gesetzliche Anspruch auf Lohnfortzahlung setzt in zeitlicher Hinsicht zunächst voraus, dass das Arbeitsverhältnis

entweder mehr als drei Monate gedauert hat (bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen) oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde (bei befristeten Arbeitsverhältnissen). Bei befristeten Arbeitsverhältnissen mit einer Vertragsdauer von mehr als drei Monaten besteht der gesetzliche Lohnfortzahlungsanspruch bereits ab dem ersten Arbeitstag, bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen entsteht er hingegen erst ab dem ersten Tag des vierten Dienstmonats.

Des Weiteren wird vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer aus in seiner Person liegenden Gründen an der Arbeitsleistung verhindert ist und dieses Leistungshindernis unverschuldet eingetreten ist – Voraussetzungen, die bei Krankheit in der Regel gegeben sind.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, schuldet die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer für eine gewisse Zeitdauer den Lohn nach dem Lohnausfallprinzip. Zu ersetzen ist der volle Lohn, einschliesslich variabler Lohnbestandteile und Naturallohn. Variable Vergütungen, sofern sie als Lohnbestandteil qualifizieren, werden praxisgemäss anhand einer Referenzperiode, in der Regel der letzten zwölf Monate vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit, bestimmt.

Die Lohnfortzahlung ist im ersten Dienstjahr für drei Wochen und in den Folgejahren für eine angemessene längere Zeit zu entrichten. Welche Dauer angemessen ist, wurde durch die Zürcher, Berner und Basler Skalen konkretisiert. Der Anspruch gilt als pro Dienstjahr zur Verfügung stehendes Zeitkontingent, das mit jedem neuen Dienstjahr

neu entsteht. Sämtliche Arbeitsverhinderungen innerhalb desselben Dienstjahrs werden zusammengezählt, unabhängig davon, ob sie auf Krankheit oder Unfall (sofern keine obligatorische Unfallversicherung abgeschlossen wurde) beruhen.

Die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin besteht auch in Konstellationen, in denen die Arbeitsunfähigkeit nicht generell, sondern nur bezogen auf den konkreten Arbeitsplatz gegeben ist (sog. arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit). In solchen Fällen ist der Arbeitnehmer ausserstande, seine Tätigkeit in der bestehenden Arbeitsumgebung auszuüben, während er sie in einem anderen Umfeld oder bei einer anderen Arbeitgeberin ohne Weiteres erbringen könnte und auch ausserhalb der Arbeit kaum Einschränkungen erfährt. Auslöser einer derartigen Konstellation sind in der Praxis häufig zwischenmenschliche Spannungen oder Konflikte am Arbeitsplatz.

Besserstellung des Arbeitnehmers gegenüber dem gesetzlichen Lohnfortzahlungsanspruch (sog. Ergänzungslösung)

In der Praxis reicht die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht oft nicht aus, um das Einkommensausfallrisiko des Arbeitnehmers bei Krankheit adäquat abzudecken, z. B. bei sehr kurzen Arbeitsverhältnissen oder bei länger dauernden Krankheitsfällen. Arbeitgeberinnen können daher eine Krankentaggeldversicherung abschliessen, die ergänzend zur gesetzlichen Mindestlösung hinzutritt. Bei dieser sog. Ergänzungslösung bleiben die gesetzlichen Lohnfortzahlungsansprüche des Arbeitnehmers bestehen, d. h. die Arbeitgeberin bleibt weiterhin zu vollständigen Lohnzahlung während der gesetzlichen Mindestdauer (Zürcher, Berner, Basler Skala) verpflichtet. Die Versicherungslösung tritt jedoch zu dieser gesetzlichen Pflicht hinzu, um den Schutz des Arbeitnehmers zu verbessern, beispielsweise durch eine längere Leistungsdauer von 720 Tagen.

Die Arbeitgeberin kann sich durch eine solche Versicherungslösung in finanzieller Hinsicht absichern, weil sie die Versicherungsleistungen, die häufig nach einer Wartezeit von 30 Tagen erbracht werden, an ihre gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht anrechnen lassen kann.

Da es sich bei der Ergänzungslösung um eine Besserstellung des Arbeitnehmers handelt und somit um eine Abweichung zu seinen Gunsten, ist für ihre Gültigkeit keine Schriftlichkeit erforderlich, eine entsprechende Vereinbarung kann auch formlos oder konkludent vereinbart werden, z. B. durch Abzug von Versicherungsprämien vom Lohn.

Ersatz der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht durch eine Versicherungslösung nach Art. 324a Abs. 4 OR (sog. Ersatzlösung)

Das Gesetz erlaubt es den Parteien, den gesetzlichen Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers vollständig durch eine Versicherungslösung zu ersetzen, womit die Arbeitgeberin vollständig von ihrer gesetzlichen Lohnfortzah-

Take Aways

- Die gesetzliche Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR garantiert bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit 100 % Lohn während beschränkter Dauer gemäss den anerkannten Skalen (Zürcher, Berner, Basler).
- Eine Krankentaggeldversicherung kann als Ergänzungslösung die gesetzliche Mindestleistung verbessern, ohne sie zu ersetzen; sie ist formfrei zulässig und lässt die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin unberührt.
- Eine Ersatzlösung befreit die Arbeitgeberin nur dann vollständig von der Lohnfortzahlung, wenn sie schriftlich vereinbart und für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist.
- Die Gleichwertigkeitsprüfung ist komplex, da Versicherungsbedingungen (Arbeitsunfähigkeitsbegriff, Schadenminderungspflicht, Vorbehalte, Ausschlüsse) zu Deckungslücken gegenüber der gesetzlichen Lösung führen können.
- Formungültige oder nicht gleichwertige Ersatzklauseln führen grundsätzlich zum Rückfall auf die gesetzliche Lohnfortzahlung; zudem drohen Schadenersatzrisiken bei ungenügender Versicherung oder fehlender Aufklärung über Übertrittsrechte.

lungspflicht befreit wird (Art. 324a Abs. 4 OR). Damit eine solche abweichende Regelung vereinbart werden kann, müssen zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: Die Regelung muss durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag getroffen werden, und sie muss für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig zur gesetzlichen Lösung sein.

Das *Schriftformerfordernis* ist erfüllt, wenn die entsprechende Regelung von beiden Vertragsparteien eigenhändig unterschrieben wird, was in aller Regel mit Abschluss des Einzelarbeitsvertrags erfolgt. Die entsprechende Vertragsklausel kann sich auch in einem separaten Dokument befinden, z. B. in den allgemeinen Anstellungsbedingungen, sofern der Arbeitsvertrag ausdrücklich auf dieses Dokument verweist und der Arbeitnehmer vor Vertragsschluss die Möglichkeit hatte, Kenntnis vom Inhalt zu nehmen. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist es sodann erforderlich, dass die wesentlichen Eckwerte der Ersatzlösung schriftlich geregelt werden (sog. qualifizierte Schriftlichkeit). Dazu gehören die versicherten Risiken, die Höhe der Leistungen in Prozent des versicherten Salärs, die Dauer der Leistungen, die Finanzierung der Versicherungsprämien sowie die Dauer einer allfälligen Karenzfrist und die Wartezeit. Sodann ist zu empfehlen, dass auch wichtige

Einschränkungen, Vorbehalte und Ausschlüsse der Versicherungsleistung in die Vertragsklausel aufgenommen werden. In der Praxis hat sich bewährt, von den Versicherungen zur Verfügung gestellte Merkblätter, die in der Regel sämtliche diese Informationen enthalten, zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags zu erklären. Zudem sollte im Arbeitsvertrag explizit festgehalten werden, dass die Versicherungsleistungen die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin vollständig ersetzen.

Die Prüfung der *Gleichwertigkeit* der Versicherungslösung gegenüber der gesetzlichen Regelung kann sich im Einzelfall als schwierig erweisen. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis gelten die Leistungen einer Krankentaggeldversicherung dann als gleichwertig, wenn ein Taggeld von mindestens 80% des Lohns während mindestens 720 Tagen geleistet wird und die Prämienfinanzierung zu mindestens 50% durch die Arbeitgeberin erfolgt. Zudem sind maximal zwei bis drei Karenztage zulässig, während deren zu Beginn der Arbeitsunfähigkeit weder Leistungen von der Arbeitgeberin noch von der Versicherung erbracht werden. Üblich ist zudem, dass die Krankentaggeldversicherung erst Leistungen nach Ablauf einer Wartefrist erbringt (häufig nach 30 Tagen). Sofern sich die Arbeitgeberin verpflichtet, während dieser Wartefrist mindestens 80% des Lohns zu bezahlen, gelten auch solche Versicherungsbedingungen als gleichwertig.

Die Gleichwertigkeitsprüfung ist in der Praxis jedoch komplexer, als diese Faustregeln vermuten lassen. Kritisch kann angemerkt werden, dass Arbeitnehmer häufig die Versicherungsdeckung von mindestens 720 Tagen nicht ausschöpfen können, da sich die Versicherungen auf die Schadminderungspflicht berufen und Arbeitnehmende nach wenigen Monaten zum Berufswechsel auffordern können (z.B. bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit). Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit stimmt in den Versicherungsbedingungen häufig nicht mit dem funktionsbezogenen Begriff nach Art. 324a OR überein, was zu Deckungslücken führen kann. Auch vielfältige Vorbehalte und Ausschlüsse in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen können die Gleichwertigkeit einer Versicherungslösung im Einzelfall infrage stellen.

Wurde eine rechtsgültige Ersatzlösung vereinbart, kann der Arbeitnehmer (nach Ablauf der Wartefrist) seinen Anspruch auf Taggeldzahlungen nur noch gegenüber der Versicherung geltend machen und nicht mehr gegenüber der Arbeitgeberin.

Risiken und Rechtsfolgen bei fehlender oder ungenügender Krankentaggeldversicherung der Arbeitgeberin

Verletzt die Arbeitgeberin ihre vertragliche Pflicht, eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen oder eine den vertraglichen Zusicherungen entsprechende Versicherungs-

Elemente einer Vertragsklausel: KTG-Ergänzungslösung

- Verweis, dass sich die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin bei unverschuldeter, krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ausschliesslich nach Art. 324a OR richtet: Lohnfortzahlung (100%) während der gesetzlichen Dauer gemäss Berner, Zürcher oder Basler Skala.
- Hinweis, dass die Lohnfortzahlungspflicht spätestens mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses endet.
- Klarstellung, dass die Krankentaggeldversicherung nur ergänzend zur gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin hinzutritt.
- Keine Zusicherung fixer Deckungsumfänge oder Leistungen der Krankentaggeldversicherung durch die Arbeitgeberin, sondern blosser Verweis auf die jeweils gültige Versicherungspolice und die Allgemeinen Versicherungsbedingungen.
- Bestimmung, dass die Arbeitgeberin während der gesetzlichen Lohnfortzahlung Taggelder an ihre Lohnzahlungen anrechnen darf.
- Übergang der Taggeldansprüche auf den Arbeitnehmer nach Ablauf der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht und Festlegung, dass ab diesem Zeitpunkt nur noch die Versicherungsbedingungen gelten und keine weitere Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin besteht.
- Regelung der Prämienaufteilung, üblicherweise je zur Hälfte zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer.

deckung sicherzustellen, schuldet sie dem Arbeitnehmer gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz in der Höhe der Leistungen, die dieser von der Versicherung im Krankheitsfall erhalten hätte.

Ausgangspunkt der Beurteilung einer allfälligen Schadenersatzpflicht der Arbeitgeberin ist die Auslegung der konkreten Vereinbarung. Zu klären ist, ob die Parteien mit der Versicherungslösung lediglich eine Besserstellung des Arbeitnehmers bezwecken wollten (Ergänzungslösung) oder ob die gesetzlichen Lohnfortzahlungsansprüche durch Versicherungsleistungen vollständig ersetzt werden sollten (Ersatzlösung). Von einer Ergänzungslösung ist in der Regel auszugehen, wenn der Arbeitnehmerschutz über das gesetzliche Minimum hinaus verbessert wird, ohne die gesetzlichen Mindestansprüche zu schmälern. Eine Ersatzlösung liegt demgegenüber grundsätzlich vor, wenn die gesetzlichen Mindestansprüche reduziert, diese Einschränkungen jedoch durch die Vorteile einer Versicherungslösung kompensiert werden (BGE 4A_228/2017).

Ist eine von den Vertragsparteien als Ersatzlösung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR beabsichtigte Regelung formungültig oder materiell nicht gleichwertig, ist sie nichtig. Rechtsfolge dieser Ungültigkeit ist grundsätzlich der Rückfall auf die gesetzliche Regelung von Art. 324a Abs. 1–3 OR:

Die Arbeitgeberin schuldet die Lohnfortzahlung nach der massgebenden Skala. Soweit sie Prämien einer Krankentaggeldversicherung mitfinanziert hat, kann sie zeitlich kongruente Versicherungsleistungen, die innerhalb der gesetzlichen Lohnfortzahlungsdauer ausgerichtet werden, an ihre Lohnfortzahlungspflicht anrechnen. Eine Haftung der Arbeitgeberin für die vertraglich in Aussicht gestellten Versicherungsleistungen wird in diesen Konstellationen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich verneint. Dies gilt auch dann, wenn die zugesagte Deckung tatsächlich nicht besteht, etwa weil überhaupt keine Versicherung abgeschlossen wurde (vgl. BGE 4A_228/2017), oder wenn die Versicherungsleistungen aufgrund von Einschränkungen, Vorbehalten oder Ausschlüssen in den Versicherungsbedingungen nicht im zugesicherten Umfang erbracht werden (vgl. BGE 4A_98/2014).

Die Rechtsprechung ist allerdings nicht einheitlich. In einem anderen Entscheid hielt das Bundesgericht fest, es sei nicht sachgerecht, die Unwirksamkeit einer formungültigen Ersatzabrede mit für den Arbeitnehmer günstigeren Versicherungsbedingungen anzunehmen. Es verpflichtete die Arbeitgeberin in der Folge, für das Fehlen einer Krankentaggeldversicherung einzustehen und Schadenersatz im vertraglich zugesicherten Umfang zu leisten (BGE 4A_517/2010).

Klarer ist die Rechtslage, wenn die Parteien eine Ergänzungslösung vereinbart haben. Da es sich dabei um eine blosser Besserstellung des Arbeitnehmers handelt, ist eine solche Abrede formfrei zulässig und auch nicht an ein Gleichwertigkeitserfordernis im Vergleich zur gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht gebunden. Verletzt die Arbeitgeberin in dieser Konstellation ihre vertragliche Pflicht zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung mit bestimmten Leistungen, kann sie gegenüber dem Arbeitnehmer schadenersatzpflichtig werden und muss für die vertraglich zugesicherten Leistungen eintreten, wie wenn die Versicherung vertragskonform zustande gekommen wäre.

Schliesslich sind die Arbeitgeberinnen an ihre gesetzliche Pflicht zu erinnern, die Arbeitnehmer über deren Forderungsrechte gegenüber Vorsorgeeinrichtungen bzw. Versicherern zu informieren (Art. 331 Abs. 4 OR, Art. 3 Abs. 3 VVG, Art. 71 Abs. 2 KVG). Dazu gehört auch der Hinweis auf das Recht zum Übertritt in die Einzelunfall- und Krankentaggeldversicherung nach dem Ausscheiden aus dem Betrieb. Unterlässt die Arbeitgeberin den Hinweis auf die Frist für den Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung, haftet sie gegenüber dem Arbeitnehmer für den durch den Verlust des Versicherungsschutzes entstandenen Schaden (vgl. BGE 4A_186/2010 und BGE 4A_300/2017). Diese Aufklärung erfolgt idealerweise mittels eines Informationsschreibens an den Arbeitnehmer vor Austritt aus dem Unternehmen.

Elemente einer Vertragsklausel: KTG-Ersatzlösung (Art. 324a Abs. 4 OR)

- Schriftliche Vereinbarung (von beiden Parteien eigenhändig unterzeichnet), wonach bei unverschuldeter krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit die Leistungen einer Krankentaggeldversicherung die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324a Abs. 4 OR vollständig ersetzen.
- Definition des Taggeldsatzes (z. B. 80% des Bruttolohns) und der maximalen Leistungsdauer (z. B. 720/730 Tage innerhalb von 900 Tagen).
- Festlegung allfälliger Karenztage, während deren kein Anspruch auf Lohnfortzahlung oder Taggeldleistungen besteht.
- Bestimmung der Wartefrist (z. B. 30 Tage) und Regelung der Höhe der Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeberin während dieser Frist (z. B. 80% des Bruttolohns).
- Hinweis, dass nach Ablauf der Wartefrist ausschliesslich Ansprüche gegenüber der Krankentaggeldversicherung bestehen.
- Erwähnung wesentlicher Einschränkungen, Vorbehalte und Ausschlüsse bei den Versicherungsleistungen sowie expliziter Verweis auf die Geltung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen.
- Regelung für den Fall einer Leistungsverweigerung oder -kürzung durch die Krankentaggeldversicherung: Arbeitgeberin haftet höchstens im Rahmen der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR (Bernener, Zürcher oder Basler Skala) und Hinweis, dass die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin spätestens mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses endet.
- Regelung der Prämienaufteilung: zwingend mindestens zur Hälfte durch die Arbeitgeberin.



Oliver Bermejo

Der Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Arbeitsrecht ist Partner bei Rechtskraft Advokatur und berät Unternehmen und Private vorwiegend in arbeits- und wirtschaftsrechtlichen Angelegenheiten.