

Informationsschreiben an KMU

Lohn bei Verhinderung des Arbeitnehmers?

Einleitung

Viel Unfrieden kann in einem laufenden Arbeitsverhältnis die (recht komplizierte) Rechtsfrage bieten, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, und wenn ja, wie lange, den Lohn auszurichten, obgleich die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer aus Gründen, die in ihrer bzw. seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall oder nach neuem Recht auch Schwangerschaft, an der Arbeitsleistung verhindert ist.

Klarzustellen ist von allem Anfang an, dass die Frage der *Lohnzahlungspflicht* grundsätzlich von der Frage der **Kündigung zur Unzeit strikte** zu trennen ist: Das eine betrifft die Frage, ob der Arbeitgeber Lohn schuldet, das andere behandelt die Rechtsfrage, ob und wann der Arbeitgeber kündigen darf. Währenddem die Kündigung zur Unzeit im Gesetz relativ klar umschrieben ist (vgl. Art. 336c OR), bestehen immer wieder *erhebliche Rechtsunsicherheiten bei der Frage der Lohnfortzahlungspflicht*, zumal bei Krankheit und Unfall häufig auch *Versicherungen Leistungen erbringen*, welche zur Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers in ein Verhältnis zu setzen sind.

Der vorliegende Beitrag erläutert vorab die Begriffe „Krankheit“ und „Unfall“, um sodann die grundsätzliche Dauer der Lohnfortzahlungspflicht darzulegen. Ein weiterer Schwerpunkt bildet die Darstellung des Verhältnisses zwischen der Lohnfortzahlungspflicht zu Versicherungsleistungen. Spezialfragen runden den Beitrag ab.

Krankheit und Unfall

Als erstes Beispiel für die Verhinderung der Arbeitsleistung nennt das Gesetz die *Krankheit*, wobei nicht immer leicht zu umschreiben ist, was zum Fernbleiben von der Arbeit berechtigt (vgl. dazu etwa Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. A. Zürich 1993, N. 10 zu Art. 324a/b OR). Massgebend für die Grenz-

ziehung ist, ob die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten zumutbar ist oder nicht. Als zweites Beispiel erwähnt das Gesetz *Unfall*, wobei Unfall als die Beeinträchtigung der Gesundheit durch ein plötzliches, ungewolltes äusseres Ereignis umschrieben wird. Auch hier ist für die Grenzziehung massgebend, ob die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten zumutbar ist oder nicht. Der Beweis für Krankheit und Unfall obliegt dabei dem Arbeitnehmer und wird meistens durch *Arztzeugnisse* erbracht. Der Arbeitgeber hat dabei das Recht, ab dem *ersten Tag* der Verhinderung ein Arztzeugnis zu verlangen, auch wenn der Arbeitsvertrag dies nicht ausdrücklich vorsieht. *Nicht beweisbildend* sind dabei die oft anzutreffenden Arztzeugnisse, die sich *allein auf die Patientenschilderung abstützen*: Gefordert ist eine eigene objektive Feststellung des behandelnden Arztes. Allerdings kann der Arbeitnehmer auch mit andern Beweismitteln die Gesundheitsstörung nachweisen, so dass er Anspruch auf den Lohn hat. Wenn der Arbeitgeber auf Grund von *objektiven Anhaltspunkten* ein Arztzeugnis bezweifelt, kann er vom Arbeitnehmer verlangen, sich bei einem Vertrauensarzt der Firma untersuchen zu lassen, was aus der Treuepflicht folgt.

Allerdings trägt der Arbeitgeber die Kosten des Vertrauensarztes.

Dauer der Lohnfortzahlungspflicht

Ist einmal festgestellt, dass Krankheit oder Unfall vorliegt, besteht grundsätzlich die Lohnfortzahlungspflicht, wenn entweder der Vertrag auf mehr als drei Monate fest abgeschlossen ist oder mehr als drei Monate gedauert hat. Sie besteht mithin von Anfang an, wenn ein auf eine bestimmte Dauer abgeschlossener Vertrag mehr als drei Monate dauern soll

oder wenn ein Vertrag auf unbestimmte Zeit von Anfang an durch Kündigung erst auf einen Termin nach Ablauf von drei Monaten beendet werden kann. Bei einem Vertrag von unbestimmter Dauer mit Probezeit beginnt damit die Lohnfortzahlungspflicht am ersten Tag des vierten Anstellungsmonats.

Problematisch an der gesetzlichen Regelung ist, dass dem Gesetz *nicht* zu entnehmen ist, wie lange („für eine beschränkte Zeit“) die Lohnfortzahlungspflicht gelten soll. Die Lehre hat daher darauf hingewiesen, dass Art. 324a OR ein Paradebeispiel dafür ist, wie man Gesetze *nicht machen* sollte (so Rehbinder, BK Bern 1985, N. 28 zu Art. 324a OR). Gegenwärtig verwenden die Gerichte von Basel-Stadt die sog. Basler Skala, die Berner Gerichte die von verschiedenen Spitzenverbänden der Wirtschaft entwickelte Berner Skala und die Zürcher Gerichte schliesslich die für den Arbeitnehmer ungünstigste Regelung, die Zürcher Skala, welche im Einzelnen wie folgt ausgestaltet sind:

Basler Skala:

ab 3 Monate	3 Wochen
ab 1 Jahr	2 Monate
ab 4 Jahren	3 Monate
ab 11 Jahren	4 Monate
ab 16 Jahren	5 Monate
ab 20 Jahren	6 Monate

Berner Skala:

ab 3 Monate	3 Wochen
ab 1 Jahr	1 Monat
ab 3 Jahren	2 Monate
ab 5 Jahren	3 Monate
ab 10 Jahren	4 Monate
ab 15 Jahren	5 Monate
ab 20 Jahren	6 Monate

Zürcher Skala:

ab 3 Monate	3 Wochen
ab 1 Jahr	4 Wochen
ab 2 Jahren	5 Wochen
ab 3 Jahren	6 Wochen
usw.	

Das Bundesgericht hat – abgesehen davon, dass es diese Kantonalisierung hinnahm – zur Rechtsunsicherheit beigetragen, etwa mit Formulierungen, dass je tiefer der Lohn sei, desto länger die Lohnfortzahlungspflicht dauere (BGE 96 II 133 ff.) oder man müsse frühere Leistungen des Arbeitgebers im Verhinderungsfalle sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Parteien berücksichtigen (so BGE 84 II 32 ff.). In der Praxis ist indessen festzustellen, dass sich die Gerichte relativ strikte an die Skalen halten.

Eine Besonderheit besteht darin, dass wenn ein neues Dienstjahr anbricht, der Anspruch des Arbeitnehmers (jedes Dienstjahr für die obgenannte Periode) neu entsteht. Das hat zur Folge, dass es vorkommen kann, dass ein Arbeitnehmer während längerer Krankheit (Kündigungssperrfristen) über das Ende des Dienstjahres hinweg zuerst den Lohn erhält, bis der Anspruch jenes Jahres er-

schöpft ist, dann keinen Lohn mehr erhält, bis das Dienstjahr fertig ist und vom neuen Dienstjahr an wieder den vollen Lohn bezieht (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 8 zu Art. 324a/b OR).

Berechnung des „darauf entfallenden Lohnes“

Der vom Gesetz vorgesehene „darauf entfallene“ Lohn umfasst nicht bloss den eigentlichen Lohn, sondern auch eine Entschädigung für den ausfallenden Naturallohn, ferner dauernde Zulagen, wie Teuerungs-, Sozial- und vor allem Kinderzulagen. Der Lohn soll als Richtschnur gleich sein, wie wenn der Arbeitnehmer gearbeitet hätte. So lange der Arbeitnehmer bei Verhinderung Anspruch auf Lohnfortzahlung hat, wächst ihm überdies parallel auch sein Anspruch auf einen vereinbarten 13. Monatslohn, d.h. der 13. Monatslohn wird durch Division des im Kalenderjahr effektiv bezahlten Lohnes durch zwölf errechnet. Wo aus steuerlichen Gründen Pauschalspesen gewährt werden, dürfte auch ein Teil davon bei Verhinderung zu bezahlen sein. Umstritten ist, ob auch eine Entschädigung für regelmässig geleistete Überstundenarbeit bei der Verhinderung mit zu berücksichtigen ist.

Ein besonderes Problem bei der Bemessung stellen die *Sozialabzüge* dar: Auf Versicherungsleistungen müssen mit Ausnahme von Leistungen der EO und der 2. Säule keine Sozialabzüge getätigt werden, indessen sind bei allen Lohnfortzahlungen des Arbeitgebers Sozialabzüge vorzunehmen und den Kassen einzubehalten. Weil in der Unfallversicherung der Arbeitgeber 80 % des Lohnes für die zwei Karenztage gemäss UVG zu bezahlen hat und bei der EO bei Militärdienstleistungen die Differenz bis 80 %, resultieren *unglaublich komplizierte Abrechnungen*.

Verhältnis zu Versicherungsleistungen

Damit ist zugleich das *Verhältnis zu Versicherungsleistungen* angesprochen: Bei Krankheit und Unfall erbringen häufig Versicherungen Leistungen, zu denen eigentlich der Arbeitgeber verpflichtet wäre. Das ist bei den dem UVG unterstellten Arbeitsverhältnissen *obligatorisch* der Unfall, bei Krankheit gibt es hingegen bis heute *kein Obligatorium für eine Tag-*

geldversicherung. Oft werden sie jedoch von einem Gesamtarbeitsvertrag vorgeschrieben oder vom Arbeitgeber freiwillig abgeschlossen, sei es in der Form der Kollektiv- oder der Einzelversicherung. Die Kollektivversicherung gibt dabei dem Arbeitnehmer ein *selbstständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer* (nach Art. 87 des Versicherungsvertragsgesetzes). Viele dieser Versicherungen sehen eine Lohnfortzahlung von 80 % während max. 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen vor.

Bei **Krankheit** sind zwei Fälle zu unterscheiden: Arbeitgeber und Arbeitnehmer können schriftlich vereinbart haben, dass eine Versicherung die Leistungen nach Art. 324a OR erbringe. Tritt die Versicherungsleistung an die Stelle der Leistungen des Arbeitgebers, stellt sich die Frage, ob die Versicherungsleistung *gleichwertig* sei, ansonsten eine solche Lösung unstatthaft ist. Sofern die Versicherung (dies stellt der zweite Fall dar) nicht an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht tritt, muss sich der Arbeitnehmer die (direkte) Auszahlung der Versicherungsleistungen an seine Ansprüche anrechnen lassen. Logisch wäre dabei, dass die Anrechnung der gesamten Leistung der Kasse erfolgt, aber entsprechend dem Prämienaufkommen der Parteien bloss zur Hälfte dem Arbeitgeber gutgeschrieben wird (entgegen BGE 96 II 133). Soweit eine Versicherung für die Lohnfortzahlung aufkommt, allerdings nur 80 % des Lohnes bezahlt, hat der Arbeitgeber während der Lohnfortzahlungspflicht die Differenz bis zu 100 % zu übernehmen, es sei denn, dass gemäss den Vereinbarungen die Versicherungsleistung *an die Stelle der Leistungen des Arbeitgebers getreten* sei (vgl. dazu oben), was bei Gleichwertigkeit der Leistungen zulässig ist.

Insbesondere zur Gleichwertigkeit von Versicherungslösungen

Ob Gleichwertigkeit vorliegt oder nicht, ist im Einzelfall recht schwierig zu beurteilen (vgl. auch zum Folgenden Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 24 zu Art. 324a/b OR). Ist beispielsweise eine Betriebskrankenkasse, von welcher der Arbeitnehmer im Krankheitsfall während 720 Tagen 70 % des Lohnes erhält, die aber erst vom dritten Tag der Erkrankung an Leistungen erbringt, gleichwertig wie das Gesetz? Ist sie sogar dann gleichwertig, wenn die Arbeitnehmer einen Teil der Prämien selber aufbringen müssen? Aus der Konstellation heraus ist offensichtlich, dass

bei einer Lösung derjenige schlechter fährt, der bloss zwei Tage oder jedenfalls weniger lang krank ist, als die volle Lohnzahlungsfrist laut Gesetz dauert. Dies ist indessen nach der neueren Lehre nicht entscheidend: Den besten Massstab zur Beurteilung der Gleichwertigkeit gebe nämlich ein Vergleich der Prämien ab: Zu berechnen ist zunächst, wie hohe Prämien der Arbeitgeber bezahlen müsste, damit die Arbeitnehmer genau die vom Gesetz vorgesehenen Leistungen erhalten würde. Diese Zahl ist mit den vom Arbeitgeber effektiv bezahlten Prämien zu vergleichen. Sind Letztere höher, so ist die Gleichwertigkeit zu bejahen, sind sie tiefer, so hat der Arbeitgeber die Differenz bis zur gesetzlichen Leistung nachzuzahlen (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O.).

Sonderbestimmungen für obligatorische Versicherung

Sonderbestimmungen bestehen für jene Fälle, in denen eine obligatorische Versicherung Taggelder ausbezahlt (Erwerbsersatzordnung für Militär- und Zivildienst [EO] sowie die obligatorische Unfallversicherung gemäss UVG und die Militärversicherung, nicht aber die IV). In jenen Fällen tritt die Leistung der obligatorischen Versicherung *vollständig an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers*, wenn die Leistungen 80 % des Lohnes ausmachen. Ist die Auszahlung geringer als 80 %, so hat der Arbeitgeber nur die Differenz bis 80 % nachzuzahlen. Diese Pflicht gilt für die „beschränkte Zeit“ nach den obgenannten Skalen. In der Praxis ist es üblich, dem Arbeitnehmer den vollen Lohn oder 80 % desselben sofort auszubezahlen, dafür kassiert dann der Arbeitgeber die Leistungen der Erwerbsersatzordnung für sich ein. Die SUVA bezahlt erst vom dritten Tag nach dem Unfalltag an Taggeld, so dass der Arbeitgeber für die Zwischenzeit 80 % des Lohnes zu bezahlen hat.

Spezialproblem: Regress auf Schädiger

Unfälle können von Dritten verschuldet sein. Der von einem Dritten verletzte Arbeitnehmer kann diesen für den von ihm erlittenen Schaden belangen, was selbstverständlich ist. Kann aber auch der Arbeitgeber, der nach Unfall Lohnfortzahlungen leistet, seinerseits auf den Schäd-

diger zurückgreifen? Die neuere Lehre (vgl. dazu Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 33) bejaht diese Frage, was allerdings nicht ganz unbestritten ist.

Kürzung der Versicherungsleistungen wegen Selbstverschulden

Soweit Krankenkassen und Unfallversicherungen Leistungen zu erbringen haben, führt Selbstverschulden des Versicherten zu Kürzungen der Leistungen. In Fällen, wo der Arbeitgeber die Differenz zwischen Versicherungsleistung und Lohn zu bezahlen hat, bewirkt eine Kürzung wegen Selbstverschulden nicht, dass der Arbeitgeber entsprechend mehr zu bezahlen hätte. Bei Selbstverschulden kann er seine Leistung im gleichen Mass kürzen, in Fällen schweren Verschuldens, das zur völligen Verweigerung von Sicherungsleistungen führt, ebenfalls ganz verweigern (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 30). Heute wird davon ausgegangen, dass ein SUVA-Erlass zum groben Verschulden auch für die arbeitsvertraglichen Ansprüche verbindlich ist. Ein völliger Ausschluss von Leistungen findet etwa statt, wenn man sich an Raufhändeln und Schlägereien beteiligt.

Generell: Voraussetzung des fehlenden Verschuldens

Das Gesetz sieht generell die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nur für jene Fälle vor, wenn die Verhinderung ohne das Verschulden des Arbeitnehmers zustande kam. Verschulden liegt vor, wenn der Arbeitnehmer die Verhinderung mindestens in Kauf nahm, was etwa beim Autofahren in angetrunkenem Zustand angenommen wird, wenn die Schwelle von 0,8 ‰ (welche auf 0,5 ‰ gesenkt werden soll!) deutlich und offensichtlich überschritten wird. Davon zu unterscheiden ist die Fahrlässigkeit, die in der Regel nicht zum Wegfall des Anspruches auf Lohnfortzahlung führt. Ist die Fahrlässigkeit grob, so fällt der Anspruch nicht gänzlich weg, sondern derselbe ist zu kürzen. Grobfahrlässigkeit wird etwa angenommen, wenn eine schwierige Bergtour mit völlig ungeeigneter Ausrüstung und/oder fehlenden Kenntnissen unternommen wird, ferner dürfte Grobfahrlässigkeit auch bei sehr gefährlichen Sportarten angenommen werden, wenn sie nicht mit entsprechender Ausrüstung unternommen werden.

Im Bereich von Spiel und Sport ist ein Selbstverschulden praktisch nur von Bedeutung bei krassem Verstoss gegen die Spielregeln.

Stand: April 2000

© by Schwegler Fasel & Partner, Nr. 126042003