



## Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

Die praktische Handhabung der Lohnfortzahlungspflicht bietet immer wieder Schwierigkeiten, vor allem dann, wenn die Parteien anstelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers eine Leistung einer Krankentaggeldversicherung vereinbart haben. Der nachfolgende Artikel verschafft einen Überblick über die Voraussetzungen der Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall.

■ Von Dr. Harry F. Nötzli

### Die Karenzfrist

Die Lohnfortzahlungspflicht entsteht im Falle einer Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit erst dann, wenn der Arbeitsvertrag für mehr als drei Monate fest abgeschlossen ist oder das Arbeitsverhältnis bereits mehr als drei Monate gedauert hat (Art. 324a Abs. 1 OR). Falls also ein Arbeitnehmer innerhalb der ersten drei Monate des unbefristeten Arbeitsverhältnisses erkrankt, besteht keine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber wird erst am ersten Tag nach Ablauf der dreimonatigen Karenzfrist zahlungspflichtig, es sei denn, ein unbefristeter Vertrag kann von Anfang an durch Kündigung erst auf einen Termin nach Ablauf von drei Monaten beendet werden. Zu beachten ist allerdings, dass zahlreiche GAV und Anstellungsverhältnisse zugunsten der Arbeitnehmer von dieser gesetzlichen Karenzfrist abweichen. Sodann sieht das UVG keine Karenzfrist vor mit der Konsequenz, dass bei Arbeitsunfähigkeit wegen eines Unfalls Zahlungen vom 3. Tag nach dem Unfall erfolgen (Art. 324b OR). Auch bei Militär-, Zivil- und Schutzdienst sowie bei Mutterschaft bezüglich der Leistungen der EO besteht keine Karenzfrist.

### Gründe für die Verhinderung müssen in der Person des Arbeitnehmers liegen

Eine Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR liegt nicht nur bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vor (z.B. wegen einer Grippe), sondern auch bei Unzumutbarkeit (z.B. notwendiger Rehabilitationsaufenthalt in einer Klinik). Die Arbeitsverhinderung ist stets funktionsbezogen. So kann ein Bauarbeiter wegen eines verstauchten Knöchels arbeitsunfähig sein, derweil ein Mitarbeitender im Büro mit gleicher Verletzung nach wie vor arbeitsfähig ist. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht allerdings nur dann, wenn die Verhinderung «in der Person des Ar-

beitnehmers» liegt (Art. 324a Abs. 1 OR). Diese etwas gestelzte Formulierung bringt zum Ausdruck, dass keine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht, wenn die Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung aus objektiven Gründen erfolgt (z.B. Streichung eines Flugs bei geplanter Rückreise aus den Ferien). Kann der Arbeitnehmer seine Arbeit infolge eines solchen Ereignisses nicht bzw. erst später antreten, hat er den Ausfall selber zu tragen; es besteht keine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers.

### Spezialfall arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

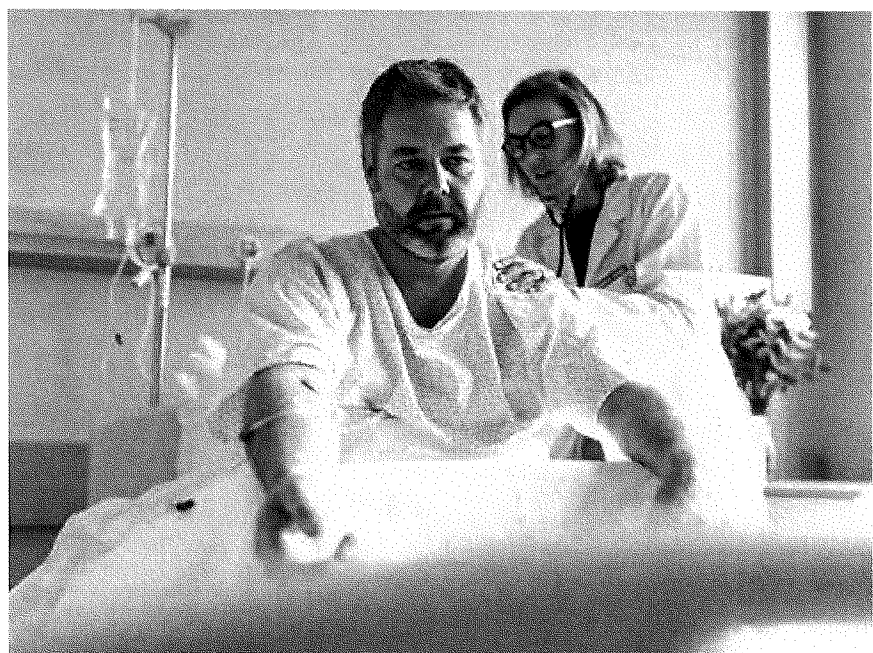
Eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ist gegeben, wenn der Arbeitnehmer an der Erbringung seiner konkret geschuldeten Arbeitsleistung bei seinem Arbeitgeber verhindert ist, aber an einem anderen Einsatzort oder bei einem anderen Arbeitgeber vollstän-

dig einsatzfähig wäre. Demgegenüber liegt eine generelle Arbeitsunfähigkeit dann vor, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung unabhängig vom Arbeitgeber und vom Einsatzort nicht erbringen kann.

Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers wird durch eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit nicht tangiert (von Leistungen der Krankentaggeldversicherungen einmal abgesehen; diese gewähren dem Arbeitnehmer in der Regel eine gewisse Anzahl Taggelder, verlangen aber im Hinblick auf die Schadensminderungspflicht des Arbeitnehmers, dass er nach dieser Übergangsfrist eine andere zumutbare Tätigkeit ausübt). Im Gegensatz zu einer generellen Arbeitsunfähigkeit löst die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit aber keinen zeitlichen Kündigungsschutz aus. Begründet wird das Ausbleiben des Kündigungsschutzes mit der Fähigkeit des Arbeitnehmers, während der Kündigungsfrist bei einer bloss arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit problemlos eine andere Anstellung zu suchen und anzutreten.

### Die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht

Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht nur für eine beschränkte Zeit. Gemäss Art. 324a Abs. 2 OR beträgt die Lohnfortzahlungspflicht im ersten Dienstjahr drei Wochen, danach nimmt sie zu, ohne dass dem Gesetz



Eine Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers ist immer funktionsbezogen.



eine konkrete Antwort auf die Frage zu entnehmen ist, in welchem Ausmass die Lohnfortzahlungspflicht mit fortschreitender Dauer des Arbeitsverhältnisses zunimmt. Die Praxis hat sich zur Milderung dieser Unschärfe mit Skalen beholfen (Berner, Basler und Zürcher Skala). Die Zürcher Skala z.B. addiert (vom ersten Dienstjahr abgesehen, für welches die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht von drei Wochen dauert) zu der Anzahl Dienstjahre die Zahl «6», um die Lohnfortzahlungsdauer zu bestimmen (z.B. 4. Dienstjahr + 6 = 10 Wochen Lohnfortzahlungspflicht).

Wichtig und zu beachten ist, dass das Gesetz den Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung auf eine beschränkte *Zeit pro Dienstjahr* beschränkt. Es muss also auf das Dienstjahr abgestellt werden, das am Tag der vertraglich vereinbarten Arbeitsaufnahme beginnt, wobei die Lehre allerdings unter gewissen Voraussetzungen das Abstellen auf das Kalenderjahr erlaubt, falls dies durch den Arbeitsvertrag oder einen GAV schriftlich vereinbart wurde. Der Anbruch eines neuen Dienstjahrs lässt den Anspruch des Arbeitnehmers neu entstehen. Hat also z.B. ein Arbeitnehmer in seinem ersten Dienstjahr während 10 Tagen Lohnfortzahlung wegen eines Krankheitsereignisses erhalten und erkrankt er im zweiten Dienstjahr erneut, dürfen diese bereits geleisteten 10 Tage nicht vom Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers in Abzug gebracht werden.

## Die Höhe der Lohnfortzahlung

Der vom Arbeitgeber zu bezahlende Lohn umfasst den herkömmlichen Lohn, aber auch eine allfällige Entschädigung für Naturallohn, wenn dieser nicht mehr in natura gewährt werden kann, die regelmässig wiederkehrenden Zulagen (z.B. Schichtzulagen; diese gelten als Lohn), ausfallende Trinkgelder (ausser in Branchen, in denen das Trinkgeld inbegriffen ist) und Spesen, soweit diese Lohncharakter haben («verkappte Spesen»). Der Arbeitnehmer soll während der Arbeitsunfähigkeit so gestellt werden, wie wenn er gearbeitet hätte. Teil des Lohnfortzahlungsanspruchs des Arbeitnehmers bildet deshalb auch der 13. Monatslohn (nicht aber die Gratifikation). Allerdings ist zu beachten, dass der 13. Monatslohn in der Regel einmal jährlich ausgerichtet wird, weshalb während

der Arbeitsunfähigkeit keine separate Zahlung erfolgt. Falls eine solche dennoch entrichtet würde, müsste bei der späteren Auszahlung des 13. Monatslohns ein entsprechender Abzug getätigt werden, um eine Überentschädigung zu verhindern.

Etwas schwieriger gestaltet sich die Berechnung der Lohnfortzahlung bei variablen Einkommen, z.B. bei Einkommen mit einer fixen und einer erfolgsabhängigen Komponente. Die Praxis behilft sich in diesen Konstellationen meist mit dem sogenannten Referenzperiodensystem, auch Pauschalmethode genannt, welches auf ein während einer bestimmten Zeitdauer («Referenzperiode») in der Vergangenheit erzieltetes Durchschnittseinkommen abstellt und dieses als Berechnungsgrundlage für die Bestimmung der Höhe der Lohnfortzahlung verwendet. Je länger diese Referenzperiode ist, desto zuverlässiger ist in der Regel auch das Ergebnis. Allerdings geht beim Abstellen auf diese in die Vergangenheit gerichtete Methode zuweilen vergessen, dass dem Arbeitnehmer während seiner Arbeitsverhinderung zu ersetzen ist, was er tatsächlich verdient hätte. Lässt sich also konkret berechnen, was der Arbeitnehmer tatsächlich verdient hätte (falls z.B. der Abschluss eines provisionsberechtigten Geschäfts unmittelbar bevorstand), ist dieser Berechnungsmethode, Lohnausfallsprinzip genannt, der Vorzug zu geben.

## Versicherungsleistungen

Nach Art. 324a Abs. 4 OR können die Parteien durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbaren, dass eine Versicherungsleistung an die Stelle der Leistungen des Arbeitgebers tritt, sofern sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist. Der Arbeitgeber kann aber auch einseitig, also ohne schriftliche Vereinbarung, sein Risiko (die Lohnfortzahlung) versichern. Falls in dieser Konstellation Versicherungsleistungen direkt an den Arbeitnehmer erfolgen, muss der Arbeitnehmer sich diese Leistungen an die Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber anrechnen lassen.

Die Krankentaggeldversicherungen sehen in der Regel Wartefristen vor (z.B. 30 oder 60 Tage), bevor sie Taggeldleistungen erbringen. Dass während dieser Wartefrist eine

Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht, ist unbestritten. Weniger klar ist die Höhe der vom Arbeitgeber zu leistenden Lohnfortzahlung während dieser Wartefrist. Eine Reduktion der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber auf 80 Prozent ist nur dann zulässig, wenn eine entsprechende vertragliche Grundlage besteht. Ohne eine solche Grundlage beträgt die Lohnfortzahlung 100 Prozent.

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sehen die Krankentaggeldversicherungen unterschiedliche Lösungen vor. Regelungen in den Versicherungsbedingungen, dass die Taggeldberechtigung am Ende des Arbeitsverhältnisses endet, sind zulässig, aber nicht sehr verbreitet. Häufiger sind Regelungen, wonach für eine während des Arbeitsverhältnisses eingetretene Krankheit die volle Leistungsdauer von 720 Tagen unter der Kollektivpolice (ohne dass ein Übertritt in die Einzelversicherung nötig wäre) erbracht wird.

Es kommt in der Praxis immer wieder vor, dass die Taggeldversicherung keine Leistungen (mehr) erbringt, weil sie z.B. das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit verneint. Lebt in solchen Fällen die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a Abs. 1 OR wieder auf? Die Antwort auf diese Frage ist weder einfach noch einheitlich und kann überdies vom Einzelfall abhängen (etwa einer spezifischen Formulierung in einem GAV). Ein beachtlicher Teil der Lehre geht davon aus, dass die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers nach Art. 324a Abs. 1 OR wieder auflebt, während ein anderer Teil dafür hält, dass nicht die tatsächlich erbrachte (oder eben nicht erbrachte) Ersatzleistung an die Stelle der gesetzlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers tritt, sondern nur die gleichwertige Regelung – mit der Konsequenz, dass der Arbeitgeber mit Vereinbarung einer gleichwertigen Regelung all seinen Verpflichtungen bezüglich Lohnfortzahlung vollumfänglich nachgekommen ist und diese nicht wieder aufleben können.



## AUTOR

**Dr. Harry Nötzli** ist Partner der Anwaltskanzlei *Zuerich Law Rechtsanwälte*. Er ist Fachanwalt SAV Arbeitsrecht.