
Arbor

Mitteilungen des Instituts für
Schweizerisches Arbeitsrecht

2009



Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

ArbOR

Mitteilungen des Instituts für
Schweizerisches Arbeitsrecht

2009

unter Mitwirkung von

Dr. Roland Bachmann

Prof. Dr. Roland A. Müller

lic. iur. Thomas Pietruszak

Prof. Dr. Wolfgang Portmann

Dr. Adrian von Kaenel

lic. iur. Susanna Baumgartner

herausgegeben von

Prof. Dr. Jean-Fritz Stöckli



Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

ArbR 2009

www.staempfliverlag.com

Redaktion

Prof. Dr. Jean-Fritz Stöckli, Peter Merian-Weg 8, Postfach,
CH-4002 Basel, Telefon 061/267 24 85, Fax 061/267 24 83

Verlag

Stämpfli Verlag AG, Postfach 8326, CH-3001 Bern,
Telefon 031/300 63 12, Fax 031/300 66 88, Postcheck 20-458232-5

Anzeigenannahme

beim Verlag

Herstellung

Stämpfli Publikationen AG, Bern

Erscheinungsweise

Jährlich erscheint in der Regel ein Band.

Bezugspreis

Abonnementspreis pro Band CHF 46.–/€ 29,10,
bei Einzelbezug CHF 49.–/€ 31,–,
Sonderpreis für Mitglieder des Instituts: CHF 35.–/€ 22,20.

Alle Preise verstehen sich zuzüglich Zustellungsgebühr. Bestellungen nehmen jede Buchhandlung und der Verlag entgegen. Der Verlag verfügt noch über gewisse Bestände an früheren Bänden. Auf Wunsch unterbreitet Ihnen der Verlag gerne ein Angebot zum Bezug von bereits erschienenen Bänden.

Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen

*lic. iur. Roberta Papa, Rechtsanwältin
Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, eidg. dipl. Sozialversicherungsexpertin*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	70
1. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers	71
a) Gesetzliche Grundlagen: Art. 324a und Art. 324b OR.....	71
b) Beginn und Dauer.....	72
c) Unverschuldete Verhinderung.....	74
2. Kranken- und Unfalltaggeldversicherungen	76
a) Krankentaggeldversicherungen nach KVG und VVG	76
i) <i>Taggeldversicherungen nach KVG</i>	76
ii) <i>Taggeldversicherungen nach VVG</i>	77
b) Unfalltaggeldversicherung	78
c) Direktes Forderungsrecht des versicherten Arbeitnehmers	79
3. Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen	80
a) Krankentaggeldversicherung	80
i) <i>Grundsatz</i>	80
ii) <i>Ersatzlösung oder blosser Ergänzung der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht?</i>	81
iii) <i>Die heikle Frage der Gleichwertigkeit</i>	82
b) Unfalltaggeldversicherung	85
4. Was, wenn der Krankentaggeldversicherer nicht leistet?	86

a) Fragestellung	86
b) Unterbliebene oder ungenügende Versicherung.....	86
c) Vorbehalte	87
d) Leistungskürzung bzw. -verweigerung wegen Selbstverschuldens des Arbeitnehmers	89
e) Leistungsverweigerung aus anderen Gründen.....	90
f) Ergebnis.....	92
Literaturverzeichnis	93

Einleitung

Die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers¹ wirft in der Praxis eine Vielzahl von Fragen auf. Der Arbeitgeber wird an der Schnittstelle zum Sozialversicherungsrecht verpflichtet, wichtige Lohnfortzahlungsleistungen zu erbringen. Diese sind gesetzlich aber ungenau umschrieben. Zudem gewähren sie dem Arbeitnehmer vorab bei langandauernder Krankheit nur einen ungenügenden Schutz, wenn keine freiwillige Krankentaggeldversicherung abgeschlossen worden ist.

Im Folgenden wird die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und (vergleichsweise) bei Unfall des Arbeitnehmers dargestellt und aufgezeigt, wie die Leistungen des Arbeitgebers mit Taggeldleistungen zu koordinieren sind. Da eine Krankentaggeldversicherung häufig mit dem Ziel abgeschlossen wird, den Arbeitgeber von seiner gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht zu befreien, wird insbesondere dargelegt, welchen Anforderungen eine Krankentaggeldversicherung zu diesem Zweck genügen muss. Schliesslich wird untersucht, ob die gewünschte Befreiung tatsächlich in jedem Fall eintritt.

¹ Zwecks besserer Lesbarkeit wird jeweils nur die männliche Form verwendet. Sie erfasst auch die weibliche Form.

1. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers

a) Gesetzliche Grundlagen: Art. 324a und Art. 324b OR

Ist der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen – wie namentlich Krankheit oder Unfall –, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so muss ihm der Arbeitgeber gemäss Art. 324a OR den vollen Lohn² für eine beschränkte Zeit weiterbezahlen.

Der Arbeitgeber wird also verpflichtet, auch dann Lohn zu zahlen, wenn er auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichten muss. Aus sozialpolitischen Gründen hat der Gesetzgeber zu Gunsten des Arbeitnehmers eine Ausnahme vom Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» gemacht³. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers wird daher als wichtige Konkretisierung seiner Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer und mitunter auch als Ergänzung des Sozialversicherungsrechts qualifiziert⁴. Letzteres trifft insbesondere im Krankheitsfall zu, da hier die Leistungen der Sozialversicherungen (v.a. der Invalidenversicherung und der beruflichen Vorsorge) erst viel später einsetzen⁵. Die Leistungen des Arbeitgebers gemäss Art. 324a OR werden in Art. 324b OR denn auch mit sozialversicherungsrechtlichen Leistungen koordiniert. Diese Bestimmung befreit den Arbeitgeber von seiner Lohnfortzahlungspflicht, wenn der Arbeitnehmer von obligatorischen Sozialversicherungen Lohnersatzleistungen erhält, die mindestens 80% des Lohnes decken. Die wichtigste obligatorische Lohnersatzversicherung im Sinne von Art. 324b OR ist die Unfallversicherung

² Darunter fallen auch eine angemessene Entschädigung für entgangenen Naturallohn sowie für Teuerungs-, Nacht-, Sonntags-, Schicht- und Sozialzulagen (v.a. Kinderzulagen) und grundsätzlich auch der 13. Monatslohn. Siehe dazu ausführlich VON KAENEL, 114 f., m.w.H.; HÄBERLI/HUSMANN, 35, m.w.H.

³ Bzw. vom allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsatz, wonach eine Leistung verweigert werden darf, wenn die Gegenleistung unmöglich geworden ist (Art. 119 OR; REHBINDER, Art. 324a OR N 1; VISCHER, 127).

⁴ STAEHELIN, Art. 324a OR N 2; REHBINDER, Art. 324a OR N 1.

⁵ Die Invalidenversicherung erbringt ihre Rentenleistungen in der Regel erst nach Ablauf eines Wartejahres (Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG). Dasselbe gilt für die Rentenleistungen der beruflichen Vorsorge, wobei diese gemäss Vorsorgereglement sogar auf zwei Jahre hinausgeschoben werden können (Art. 26 Abs. 2 BVG i.V.m. Art. 26 BVV 2).

nach UVG⁶. Sie wird zusammen mit der Krankentaggeldversicherung – die als freiwillige Versicherung indessen nicht unter Art. 324b OR fällt – unter Ziffer 2 hiernach näher dargestellt.

Art. 324a und Art. 324b OR sind relativ zwingende Bestimmungen. Es darf nur zu Gunsten des Arbeitnehmers von ihnen abgewichen werden⁷.

b) *Beginn und Dauer*

Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht nur, wenn das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen worden ist. Arbeitnehmer in befristeten Anstellungen bis maximal drei Monate haben bei Krankheit oder Unfall mangels anderer Abrede daher keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung. Dasselbe gilt für Arbeitnehmer, die zwar in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen, dieses aber auf einen Zeitpunkt vor Ablauf der ersten drei Monate wieder aufgelöst werden kann⁸.

Sind durch schriftliche Abrede, NAV oder GAV nicht längere Zeitausschnitte bestimmt, hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und danach für eine *angemessene längere Zeit* zu entrichten, in Berücksichtigung der Anstellungsdauer und der besonderen Umstände (Art. 324a Abs. 2 OR). Die Gerichte haben bekanntlich Skalen aufgestellt,

⁶ Art. 324b OR erfasst ferner die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Arme und Zivilschutz (EO) und die Militärversicherung (MV), nicht dagegen die Mutterschaftsversicherung gemäss EO. Ob auch die Invalidenversicherung und die berufliche Vorsorge unter Art. 324b OR fallen, ist umstritten (siehe RAGG, 49 f.; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 31 und zur Mutterschaftsversicherung N 16; SCHLAURI, 116, Fn. 8).

⁷ Art. 362 OR und der klare Wortlaut von Art. 324a Abs. 2 und Abs. 4 OR.

⁸ Die Lohnfortzahlungspflicht besteht somit ab dem ersten Anstellungstag, wenn ein Vertrag auf mehr als drei Monate befristet ist und eine vorherige, ordentliche Kündigungsmöglichkeit fehlt oder wenn ein unbefristeter Vertrag von Anfang an erst auf einen Termin gekündigt werden kann, der nach Ablauf von drei Monaten liegt. Bei unbefristeten Verträgen beginnt die Lohnfortzahlungspflicht ansonsten am ersten Tag des vierten Anstellungsmonats (BGE 131 III 623 E. 2.4; siehe ferner statt vieler STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 2, mit Hinweisen auf vereinzelte abweichende Meinungen). Endet die Karenzfrist während der Verhinderung des Arbeitnehmers, ist der Lohn von da an zu bezahlen (PORTMANN, Art. 324a OR N 7).

um für den Regelfall zu bestimmen, was unter einer angemessenen längeren Zeit zu verstehen sei: die sog. Zürcher⁹, Berner¹⁰ und Basler Skala¹¹. Diese dürfen aber nicht schematisch angewandt werden, da von Gesetzes wegen die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind¹². Für die Praxis verbleibt damit vor allem bei langer Arbeitsunfähigkeit eine gewisse Rechtsunsicherheit. Eine konkretere gesetzliche Regelung wäre daher wünschenswert¹³.

Art. 324a Abs. 2 OR definiert nach herrschender Lehre ein sog. *Lohnminimum*, nicht ein Zeitminimum¹⁴. Dies bedeutet, dass sich die Lohnfortzahlungsdauer bei Teilarbeitsunfähigkeit entsprechend verlängert. Wichtig ist sodann, dass Art. 324a Abs. 2 OR einen *Gesamtkredit* für sämtliche Verhinderungsgründe definiert; zur Bestimmung, wann die Leistungsdauer nach Art. 324a Abs. 2 OR ausgeschöpft ist, sind daher sämtliche unter Art. 324a OR fallenden Arbeitsverhinderungen in einem Dienstjahr zusammenzuzählen¹⁵.

Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers endet ohne gegenseitige Abrede mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses¹⁶. Dies kann für den

⁹ Nach der Zürcher Skala beträgt der Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers im ersten Dienstjahr (über drei Monate) drei Wochen und im zweiten Dienstjahr acht Wochen; er verlängert sich danach pro Dienstjahr um eine zusätzliche Woche (siehe dazu statt vieler STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 7).

¹⁰ Die Berner Skala sieht ab dem zweiten Dienstjahr eine Lohnfortzahlung von einem Monat und für das dritte und vierte Dienstjahr von zwei Monaten vor. Ab dem fünften Dienstjahr verlängert sich die Dauer der Lohnfortzahlung alle fünf Jahre um einen weiteren Monat (STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 7, mit Hinweisen auf teils abweichende Meinungen zur Skalierung der Lohnfortzahlungsdauer).

¹¹ Gemäss Basler Skala beträgt die Lohnfortzahlung für das zweite und dritte Dienstjahr zwei Monate und erhöht sich ab dem vierten, elften und 16. Dienstjahr um je einen weiteren Monat. Ab dem 21. Dienstjahr dauert die Lohnfortzahlung generell sechs Monate (STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 7).

¹² ZR 2000 Nr. 75.

¹³ So schon JANUTIN, 172 f.

¹⁴ Siehe statt vieler STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 25, m.w.H.

¹⁵ Siehe statt vieler STAEHELIN, Art. 324a OR N 47, m.w.H. Auch im unterjährigen Arbeitsverhältnis besteht der Anspruch in vollem Umfang und nicht pro rata temporis, endet mangels anderer Vereinbarung aber spätestens mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses (PORTMANN, Art. 324a OR N 14).

¹⁶ BGE 124 III 126 E. 2b; BGE 113 II 259 E. 3; VISCHER, 130. Das Bundesgericht nimmt im Zweifel an, dass ein Leistungsversprechen des Arbeitgebers nicht über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinausgeht (BGer 4C.315/2006 vom

Arbeitnehmer, vor allem bei langandauernder Krankheit, gravierende Folgen haben, da er bei der Stellensuche und in seiner Vermittlungsfähigkeit eingeschränkt ist und die Arbeitslosenversicherung in solchen Fällen nur während sehr kurzer Zeit Leistungen erbringt¹⁷. Einen gewissen Schutz davor, dass sich der Arbeitgeber durch Kündigung rasch seiner Pflicht nach Art. 324a OR entledigt, bieten immerhin die Kündigungssperrfristen (Art. 336c Abs. 1 lit. b/c und Abs. 2 OR). Um zu vermeiden, dass der Arbeitnehmer auf dem Weg der Vertragsauslegung oder unter Berufung auf einen Parteiwillen geltend machen kann, der Arbeitgeber habe sich über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus zur Leistung verpflichtet¹⁸, empfiehlt es sich für den Arbeitgeber, entsprechende Vertragsbestimmungen sorgfältig zu formulieren und die Vertragsbeendigung ausdrücklich vorzubehalten.

c) *Unverschuldete Verhinderung*

Die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR gilt nur bei vom Arbeitnehmer unverschuldeter Arbeitsverhinderung. Ein Verschulden des Arbeitnehmers ist dabei nicht leichthin anzunehmen. Der Arbeitnehmer muss sich nicht ständig um die Erhaltung seiner Arbeitskraft bemühen¹⁹. Es kann ihm daher nur grobfahrlässiges Verhalten oder eine absichtliche bzw. eventualvorsätzliche Gesundheitsschädigung vorgeworfen werden, und zwar sowohl hinsichtlich der Ursache der Arbeitsverhinderung als auch hinsichtlich ihrer Dauer²⁰.

10. Januar 2007 E. 3.1). Ein Leistungsversprechen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus wurde hingegen angenommen in BGer 4C.216/2005 vom 12. Juli 2006 E. 2.2 und im Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 6. Dezember 2007, abgedruckt in: BJM 2009, 101.

¹⁷ Vgl. Art. 15 Abs. 1 und Art. 28 AVIG. Bei Unfall greifen die Leistungen nach UVG, siehe dazu Ziff. 2.b) nachstehend.

¹⁸ Vgl. BGE 127 III 318 E. 4b; BGE 124 III 126 E. 2b.

¹⁹ PORTMANN, Art. 324a OR N 4.

²⁰ STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 29; REHBINDER, Art. 324a OR N 18 f.; GEISER, 325; EGLI, 1065, 1067.

Liegt Absicht oder Eventualvorsatz vor, kann der Arbeitgeber die Lohnfortzahlung verweigern. Bei Grobfahrlässigkeit darf er seine Leistungen nach herrschender Lehre (nur) kürzen²¹.

In der Praxis wird ein Verschulden des Arbeitnehmers nur selten – allenfalls bei Unfällen, kaum aber bei Erkrankungen – zu bejahen sein. Beispiele wären etwa Selbstverstümmelung (bei Zurechnungsfähigkeit), Fahren in angetrunkenem Zustand oder gefährliche Betätigungen unter Missachtung der elementaren Vorsichtsmassnahmen (z.B. Bergsteigen ohne die erforderliche Ausrüstung). Ein Verschulden wird dagegen verneint, wenn sich ein Arbeitnehmer mit einer ansteckenden Krankheit infiziert, und zwar selbst bei fahrlässigem Verhalten²². Bei Arbeitsverhinderungen auf Grund einer Suchterkrankung (z.B. Entzugssymptome) und den notwendigen Entziehungskuren wird ein Verschulden des Arbeitnehmers ebenfalls überwiegend verneint²³. In einem jüngeren Entscheid hat das Bundesgericht eine Arbeitsverhinderung infolge Alkoholrauschs allerdings als selbstverschuldet qualifiziert²⁴. Im Übrigen scheint relevantes Verschulden bei Erkrankungen nur dann vorzuliegen, wenn der Arbeitnehmer eine für die Genesung medizinisch gebotene, allgemein anerkannte Behandlung ohne vernünftigen Grund verweigert oder klare ärztliche Anordnungen missachtet²⁵.

Die Arbeitsverhinderung hat der Arbeitnehmer zu beweisen²⁶, was in der Regel durch Vorlage eines Arztzeugnisses erfolgt. Umstritten ist demgegenüber die Frage, wer die Beweislast für das fehlende Verschulden des Arbeitnehmers trägt. Nach der überwiegenden Lehre ist es der Arbeitnehmer²⁷.

²¹ CARUZZO, 288; PORTMANN, Art. 324a OR N 5; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O.; STAEHELIN, Art. 324a OR N 29; GNAEGI, 63 f.; a.M. BRÜHWILER, Art. 324a OR N 7a.

²² Für eine Zusammenstellung von Praxisfällen siehe STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 12, m.w.H.

²³ STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 29, m.w.H.; PORTMANN, Art. 324a OR N 23.

²⁴ BGer 1C_142/2007 vom 13. September 2007 E. 7.1/2; CARUZZO, 289, m.w.H.

²⁵ STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 29; STAEHELIN, Art. 324a OR N 25; GEISER, 326; EGLI, 1067 f., m.w.H.

²⁶ PORTMANN, Art. 324a OR N 2; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 12; CARUZZO, 295.

²⁷ Arbeitnehmer: BRÜHWILER, Art. 324a OR N 7a; VON KAENEL, 113; PIETRUSZAK, Art. 324a OR N 15, m.w.H.; PORTMANN, Art. 324a OR N 5; STREIFF/VON KAENEL,

2. Kranken- und Unfalltaggeldversicherungen

a) Krankentaggeldversicherungen nach KVG und VVG

Es sind zwei Arten von Krankentaggeldversicherungen zu unterscheiden: Soziale Taggeldversicherungen nach KVG und private Taggeldversicherungen nach VVG. Beide sind freiwillige Versicherungen²⁸, die der Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer in der Regel als Kollektivversicherungen abschliesst und dabei oft eine Prämienbeteiligung des Arbeitnehmers verlangt. In ihrer Ausgestaltung weichen sie stark voneinander ab. Die wichtigsten Unterschiede werden nachfolgend aufgezeigt²⁹.

i) Taggeldversicherungen nach KVG

Taggeldversicherungen nach KVG unterstehen als Sozialversicherungen dem öffentlichen Recht. Sie sind in den Art. 67 ff. KVG geregelt. Erwerbstätige Personen zwischen dem 15. und 65. Altersjahr mit Wohnsitz in der Schweiz haben von Gesetzes wegen ein Beitrittsrecht und müssen in die Versicherung aufgenommen werden. Der Versicherer hat einzig die Möglichkeit, Gesundheitsvorbehalte für die Dauer von maximal fünf Jahren anzubringen. Im Übrigen ist ihm eine Risikoselektion aber verwehrt. Das KVG schreibt vor, dass Taggelder während mindestens 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen ausgerichtet werden müssen. Ist nichts Anderes vereinbart, entsteht der Taggeldanspruch am dritten Tag nach der Erkrankung³⁰. Er endet grundsätzlich mit dem Ausscheiden des Arbeitnehmers

Art. 324a OR N 29, m.w.H.; STAEHELIN, Art. 324a OR N 31. Arbeitgeber: REHBINDER, Art. 324a OR N 20; EGLI, 1068.

²⁸ Vorbehalten bleiben einzel- oder gesamtarbeitsvertragliche Verpflichtungen. Siehe Ziff. 3.a) nachstehend.

²⁹ Weitere Abweichungen liegen etwa im unterschiedlichen Rechtsweg (siehe dazu MEIER/FINGERHUTH, 33 ff.; HUSMANN/HÄBERLI, 41 f.; HÄBERLI/HUSMANN, 40; KUHN, 1 ff.) und in den anwendbaren Verjährungsvorschriften (zweijährige Verjährungsfrist nach Art. 46 VVG; vgl. zum frühen Beginn der Verjährungsfrist BGE 127 III 268 E. 2b; zur Verjährung im KVG-Bereich: Urteil des EVG vom 9. Oktober 2001, SVR 2002 KV Nr. 18).

³⁰ Art. 67–69 KVG, Art. 72 Abs. 2 und 3 KVG. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50% werden die Taggelder entsprechend gekürzt, der Versicherungsschutz bleibt aber für die Restarbeitsfähigkeit erhalten (Art. 72 Abs. 4 KVG). Siehe dazu MEIER/FINGERHUTH, 28.

aus dem Kreis der Versicherten. Im Rahmen einer vom Arbeitgeber abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung endet der Anspruch folglich mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses³¹. Der bisherige Versicherer (und subsidiär der Arbeitgeber) muss den ausscheidenden Arbeitnehmer alsdann auf sein Recht auf Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung aufmerksam machen³².

Die Höhe der Taggeldleistungen wird im KVG nicht definiert. In der Praxis bieten die KVG-Taggeldversicherer meist sehr geringe Taggeldleistungen an, weshalb Taggeldversicherungen nach KVG als Lohnersatzversicherungen nur selten vorkommen.

ii) Taggeldversicherungen nach VVG

Taggeldversicherungen nach VVG unterstehen dem Privatrecht. Es herrscht daher grundsätzlich Vertragsfreiheit. Taggeldversicherer nach VVG dürfen somit einen Antragsteller ablehnen oder die Folgen bestimmter Krankheiten für die gesamte Versicherungsdauer von der Versicherung ausschliessen. Sie dürfen ihr Leistungsangebot, und damit namentlich Dauer und Höhe der Leistungen sowie allfällige Wartefristen, frei gestalten³³. Häufig werden Taggeldleistungen während 720 oder 730 Tagen (abzüglich Wartefristen von oftmals 30 bis 60 Tagen) innert 900 Tagen angeboten.

Anders als im Rahmen des KVG endet der laufende Taggeldanspruch des Arbeitnehmers in der Regel nicht mit der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses, da einzig massgebend ist, dass bei Eintritt des Versicherungsfalls

³¹ Vgl. Art. 71 KVG; BGE 127 III 106 E. 3a; BGE 125 V 112 E. 3c; GEISER, 332.

³² Art. 70 und Art. 71 KVG. Der Versicherer darf seine Informationspflicht grundsätzlich nicht mit befreiender Wirkung auf den Arbeitgeber überbinden (HÄBERLI/HUSMANN, 36 f., m.w.H.; MÜLLER, 43 f.). Zum Übertrittsrecht im Allgemeinen siehe BGE 127 III 235 ff. sowie DUC, 924 ff.; MEIER/FINGERHUTH, 31; MÜLLER, 39 ff.

³³ Sie können z.B. vorsehen, dass Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit voll an die Leistungsdauer angerechnet werden. Zum Vergleich mit Taggeldern nach KVG siehe Fn. 30.

Versicherungsschutz bestanden hat³⁴. Vorbehalten bleiben abweichende Vereinbarungen³⁵.

Die VVG-Versicherer sind gesetzlich nicht verpflichtet, dem ausscheidenden Arbeitnehmer ein Übertrittsrecht in die Einzelversicherung zu gewähren. Eine Ausnahme besteht nur für arbeitslose Personen³⁶. Die Versicherungsbedingungen sehen aber oft ein Übertrittsrecht vor. Überdies sind zahlreiche Privatversicherer dem Freizügigkeitsabkommen beigetreten, das ein Übertrittsrecht der ausscheidenden Arbeitnehmer vorsieht³⁷. Auch hier ist es primär Sache des Versicherers, den ausscheidenden Arbeitnehmer auf sein Recht auf Übertritt in die Einzelversicherung aufmerksam zu machen. In den Versicherungsbedingungen wird diese Informationspflicht indessen oft an den Arbeitgeber delegiert³⁸.

b) *Unfalltaggeldversicherung*

Der Arbeitgeber ist gemäss UVG grundsätzlich verpflichtet, seine in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer gegen die Folgen von Berufs- und (bei einem wöchentlichen Arbeitspensum von mindestens acht Stunden) Nichtberufsunfällen zu versichern³⁹. Die Kosten der Berufsunfallversicherung trägt er selbst, jene für die Nichtberufsunfallversicherung darf er auf den Arbeitnehmer überwälzen⁴⁰.

Tritt der Versicherungsfall ein und ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig, leistet der Unfallversicherer ab dem dritten Tag nach dem Unfall ein Taggeld in Höhe von 80% des versicherten Verdienstes und bei Teilarbeitsun-

³⁴ BGE 127 III 106 E. 3b; GEISER, 332 f.; HUSMANN/HÄBERLI, 30; STAEHELIN, Art. 324a OR N 59.

³⁵ Das Bundesgericht anerkennt, dass von diesem Grundsatz im Versicherungsvertrag abgewichen werden darf (BGE 127 III 106 E. 3b/c); STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 13; dazu kritisch GEISER, 332 f.

³⁶ Art. 100 Abs. 2 VVG i.V.m. Art. 71 und Art. 73 KVG.

³⁷ Für den Abkommenstext siehe www.svv.ch; siehe ferner HÄBERLI, 155 f.

³⁸ HÄBERLI, 156; MÜLLER, 40 f. Die Informationspflicht zum Übertrittsrecht arbeitsloser Personen kann der Versicherer jedoch nicht mit befreiender Wirkung auf den Arbeitgeber überbinden (vgl. Fn. 32).

³⁹ Art. 1a und Art. 8 Abs. 2 UVG i.V.m. Art. 13 UVV. Für Ausnahmen von der gesetzlichen Versicherungspflicht siehe Art. 2 UVV.

⁴⁰ Art. 91 UVG.

fähigkeit ein anteilmässig gekürztes Taggeld⁴¹. Der Höchstbetrag des versicherten Verdienstes (UVG-Maximum) liegt derzeit bei CHF 126'000 pro Jahr bzw. CHF 346 pro Tag⁴². Die Dauer der Taggeldleistung ist gesetzlich nicht beschränkt. UVG-Taggelder werden vielmehr so lange entrichtet, als der Arbeitnehmer unfallbedingt arbeitsunfähig ist und die Voraussetzungen für eine UVG-Invalidenrente⁴³ noch nicht erfüllt sind. Der UVG-Versicherer erbringt die Taggeldleistungen folglich auch unabhängig vom Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Wird das Arbeitsverhältnis beendet, muss der Versicherer dem ausscheidenden Arbeitnehmer zudem die Möglichkeit bieten, die Versicherung durch besondere Abrede bis zu 180 Tage zu verlängern. Der Versicherer hat hierüber den Arbeitgeber zu informieren, der die Information an den Arbeitnehmer weiterleiten muss⁴⁴.

Die UVG-Taggelder können durch freiwillige Versicherungen nach VVG ergänzt werden⁴⁵, z.B. wenn Löhne über dem UVG-Maximum oder Leistungen während der Karenzfrist versichert werden sollen.

c) *Direktes Forderungsrecht des versicherten Arbeitnehmers*

Der versicherte Arbeitnehmer hat sowohl für Taggelder nach VVG als auch für solche nach KVG und UVG ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer⁴⁶. Der VVG-Versicherer kann seine Leistungen so-

⁴¹ Art. 16 und Art. 17 UVG. Zur Teilarbeitsunfähigkeit (von mindestens 25%) siehe Art. 25 UVV.

⁴² Art. 22 Abs. 1 UVV.

⁴³ Vgl. Art. 18 ff UVG.

⁴⁴ Art. 3 Abs. 3 UVG i.V.m. Art. 8 und Art. 72 UVV. Zur Tragweite der Informationspflicht siehe BGE 121 V 28 ff.

⁴⁵ Siehe dazu die Ausführungen in Ziff. 2.a) ii) vorstehend.

⁴⁶ Analoge Anwendung von Art. 112 Abs. 2 OR und Art. 87 VVG; Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 1. Juni 2001, besprochen in: Plädoyer 6/2001, 68 ff.; Urteil des EVG vom 23. September 1997 E. 5c, abgedruckt in: SVR-Rechtssprechung 3/1998; BGE 122 V 81 E. 2; BGE 120 V 38 E. 3b und c; vgl. auch Art. 49 UVG und KIESER, Art. 19 ATSG N 12; HUSMANN/HÄBERLI, 40 f.; LUGINBÜHL, 2; MÜLLER, 27.

mit nicht mit befreiender Wirkung an den Arbeitgeber erbringen⁴⁷. Die Taggeldleistungen des KVG- bzw. UVG-Versicherers kommen demgegenüber in dem Ausmass dem Arbeitgeber zu, als dieser dem Arbeitnehmer trotz Taggeldberechtigung den Lohn weiterbezahlt und – bei KVG-Taggeldern – die Versicherungsleistungen mitfinanziert hat⁴⁸.

3. Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen

a) Krankentaggeldversicherung

i) Grundsatz

Wo eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht, kann durch schriftliche Abrede, NAV oder GAV⁴⁹ an deren Stelle ein Ersatzregime vereinbart werden, sofern dieses für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist (Art. 324a Abs. 4 OR). Um dem Schriftformerfordernis zu genügen, müssen beide Parteien eigenhändig unterschreiben⁵⁰. Keine Schriftform ist nötig, wenn der Arbeitgeber lediglich Leistungen verspricht, die über seine gesetzliche Pflicht hinausgehen⁵¹.

Wird eine mindestens gleichwertige Ersatzlösung in Form einer Krankentaggeldversicherung vereinbart, ist der Arbeitgeber von seiner Lohnfort-

⁴⁷ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Juni 2001 E. 2, abgedruckt in: Plädoyer 6/2001, 68 f.; PORTMANN, Art. 324a OR N 54; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 13, m.w.H.

⁴⁸ Art. 72 Abs. 6 KVG, Art. 19 Abs. 2 ATSG; KIESER, Art. 19 ATSG N 28, N 47, m.w.H.

⁴⁹ So schreibt Art. 64 Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe 2008–2010 (LMV 2008, in Kraft seit 1. Mai 2008) dem Arbeitgeber vor, eine Krankentaggeldversicherung bei hälftiger Prämienbeteiligung des Arbeitnehmers abzuschliessen, die 80% des Lohnes während 720 Tagen innert 900 Tagen erbringen soll. Es darf maximal ein Karenztag zu Lasten des Arbeitnehmers vereinbart werden. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber während der Wartefrist (von maximal 30 Tagen) den Lohn entrichten.

⁵⁰ Art. 13 und Art. 14 Abs. 1 OR.

⁵¹ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich der Arbeitgeber bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis ab dem ersten Anstellungstag zur Lohnfortzahlung verpflichtet oder die Lohnfortzahlungsdauer erhöht (vgl. Ziff. 1.b) vorstehend).

zahlungspflicht grundsätzlich befreit⁵². Ist die angestrebte Lösung jedoch bloss ergänzend oder nicht gleichwertig, bleibt seine Leistungspflicht bestehen⁵³. Der Arbeitnehmer muss sich aber an die Lohnzahlungen des Arbeitgebers anrechnen lassen, was er an Taggeldleistungen erhalten hat, soweit er diese nicht selber finanziert hat⁵⁴.

ii) Ersatzlösung oder blosser Ergänzung der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht?

Der Arbeitgeber muss mit dem Arbeitnehmer ausdrücklich und schriftlich vereinbaren, dass die gewählte Krankentaggeldversicherung seine Lohnfortzahlungspflicht *ersetzen* soll. Der blosser Verweis auf das Bestehen einer Versicherung genügt nicht⁵⁵. Die Vereinbarung muss vielmehr die Eckpunkte der Ersatzlösung, wie namentlich Angaben zu Dauer und Höhe der versicherten Leistung, zu den versicherten Risiken, zur Wartefrist sowie zu einer allfälligen Prämienbeteiligung des Arbeitnehmers enthalten⁵⁶. Lehre und Rechtsprechung akzeptieren aber zu Recht, dass zu diesem Zweck – nebst der klaren Vereinbarung, dass eine Ersatzlösung gelten soll – auf die einschlägigen Versicherungsbedingungen verwiesen werden kann⁵⁷. Dies ist sachlich richtig, da bei dieser Form der Ersatzlösung nicht der Arbeitgeber, sondern die Versicherung die Leistungen verspricht. Die Beweislast, dass der Arbeitnehmer die Versicherungsbedingungen bei Ver-

⁵² siehe aber Ziff. 4 nachstehend.

⁵³ Vgl. statt vieler STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 24. Diese Pflicht greift vorab während einer (übermässigen) Wartefrist (siehe dazu und zum Leistungsumfang während der Wartefrist Ziff. 3.a)iii) nachstehend).

⁵⁴ STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 13. Für eine vollumfängliche Anrechnung BGE 96 II 133 E. 3e; CARUZZO, 301; siehe ferner VISCHER, 133; SUBILIA/DUC, AJP 2001, 1026; DIES., Commentaire, 212; BRÜHWILER, Art. 324a OR N 23c; GNAEGI, 117.

⁵⁵ Ebenso wenig genügt ein blosser Vermerk auf der Lohnabrechnung (Arbeitsgericht Zürich, JAR 1983, 119 ff.).

⁵⁶ VON KAENEL, 119.

⁵⁷ BGE 131 III 623 E. 2.5; BRÜHWILER, Art. 324a OR N 23b; VON KAENEL, 120; PORTMANN, Art. 324a OR N 50; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 28; WYLER, 239; GNAEGI, 104 f.; GEISER, 329; a.M. offenbar EGLI, 1075. Der Arbeitgeber kann die Versicherungsbedingungen dann nicht einseitig abändern und sich darauf beschränken, diese dem Arbeitnehmer zur Kenntnis zu bringen (z.B. durch Anschlag am «schwarzen Brett» im Betrieb; Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 3. Dezember 1990, JAR 1992, 143; HÄBERLI, 148; MÜLLER, 22).

tragsabschluss in zumutbarer Weise zur Kenntnis nehmen konnte, trägt der Arbeitgeber und er muss sich unklare oder ungewöhnliche Versicherungsbedingungen insofern entgegenhalten lassen, als er riskiert, dass die Versicherungslösung nicht mehr als gültige Ersatzlösung – sondern als blosser Ergänzung seiner Lohnfortzahlungspflicht – qualifiziert wird⁵⁸. Sollte es der Arbeitgeber dennoch wünschen, die Eckpunkte der gewählten Versicherung in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, muss er darauf achten, die Versicherungsleistungen korrekt wiederzugeben und nicht als eigene Leistungen zu versprechen. Andernfalls läuft er Gefahr, die entsprechenden Leistungen selbst erbringen zu müssen oder schadenersatzpflichtig zu werden, falls der Versicherer keine Leistungen erbringt⁵⁹. Die Vereinbarung einer Ersatzlösung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR ist daher sorgfältig zu formulieren.

iii) Die heikle Frage der Gleichwertigkeit

Der Arbeitgeber ist nur dann von seiner Lohnfortzahlungspflicht befreit, wenn er mit dem Arbeitnehmer eine mindestens gleichwertige Ersatzlösung vereinbart; die Ersatzlösung soll dem Arbeitnehmer mit anderen Worten mindestens den gleichen Schutz vor den wirtschaftlichen Folgen des Lohnausfalls wegen unverschuldeter Arbeitsverhinderung bieten wie die gesetzliche Regelung⁶⁰. Die Anforderungen an die Gleichwertigkeit sind in der Praxis unklar. Es existiert zwar eine reichhaltige Kasuistik⁶¹, jedoch fehlen einheitliche Kriterien zur Beurteilung der Gleichwertigkeit. Der Vergleich wird zusätzlich durch die Anwendung der verschiedenen Skalen erschwert. Massgebend ist jedenfalls eine (abstrakte) Gesamtbetrachtung für den einzelnen Arbeitnehmer, d.h. ein Vergleich der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht mit der gewählten Ersatzlösung zum Zeitpunkt, in dem die Ersatzlösung vereinbart wird⁶²; zu berücksichtigen sind dabei insbe-

⁵⁸ Sog. Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel (siehe z.B. BGE 126 III 388 E. 9d; BGE 119 II 368 E. 4b; BGE 118 II 342 E. 1a). Siehe auch WYLER, 239.

⁵⁹ Vgl. dazu Ziff. 4 nachstehend.

⁶⁰ STAEHELIN, Art. 324a OR N 62.

⁶¹ Für eine Zusammenfassung siehe VON KAENEL, 124 f., sowie BGer 4C.275/2002 vom 5. Dezember 2002 E. 2.1, m.w.H.

⁶² So das Bundesgericht (SJ 1982, 574 f.) und die herrschende Lehre (zusammengefasst bei VON KAENEL, 122). Eine Beurteilung der Gleichwertigkeit im konkreten Einzelfall würde dazu führen, dass stets nur im Vergleich zu Art. 324a OR günstigere Regelungen zulässig wären (GEISER, 328).

sondere die versicherten Risiken, die Höhe der Taggelder, die Leistungsdauer, eine allfällige Karenzfrist und der Prämienanteil des Arbeitnehmers⁶³.

Das Bundesgericht hat sich zur Frage der Gleichwertigkeit bisher nicht in grundsätzlicher Weise geäussert. Lehre und Rechtsprechung sind sich jedoch einig, dass von einer gleichwertigen Lösung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR gesprochen werden darf, wenn die Versicherung ohne Wartefrist 80% des Lohnes während 720 Tagen innert 900 Tagen leistet und Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Versicherungsprämie je hälftig übernehmen⁶⁴. Ob es für eine gleichwertige Ersatzlösung erforderlich ist, dass die Taggeldleistungen das Arbeitsverhältnis überdauern, hängt nach der hier vertretenen Auffassung davon ab, welcher Bestandesschutz (Dauer der Kündigungsfrist bzw. Dauer der Befristung des Arbeitsvertrages) dem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag gewährt wird⁶⁵.

Heikel ist die Vereinbarung von Wartefristen, während denen der Arbeitnehmer keine Leistungen erhalten soll. Einigkeit besteht darin, dass (wenn

⁶³ In der Lehre wird teilweise vorgeschlagen, die Frage der Gleichwertigkeit mittels eines Prämienvergleichs zu beantworten. Die Versicherungsprämie für die angestrebte Ersatzlösung sei mit der Prämie zu vergleichen, die beim selben Versicherer bezahlt werden müsste, um die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht zu versichern (STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 24 a.E.). Da auf diese Weise jedoch ein auf einer versicherungsmathematischen Wertung basierender Risikovergleich und nicht ein Leistungsvergleich vorgenommen wird, ist der Prämienvergleich nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen. Im Ergebnis ähnlich VON KAENEL, 122; kritisch auch EGLI, 1077.

⁶⁴ BGE 127 III 318 E. 3. Die Gleichwertigkeit wurde in älteren Entscheiden verschiedentlich auch bei 60% Lohnzahlung während 720 Tagen bejaht (BGE 96 II 137 E. 3d; CARUZZO, 298, m.w.H.; VON KAENEL, 124 f.). Mehrheitlich wird aber mindestens 80% Lohnzahlung verlangt (vgl. BGer 4C.275/2002 vom 5. Dezember 2002 E. 2.1; REHBINDER, Art. 324a OR N 36; STAEHELIN, Art. 324a OR N 63; GNAEGLI, 116 f.). Taggeldversicherungen nach KVG, die (wie üblich) sehr bescheidene Taggelder vorsehen, dürfen daher regelmässig nicht als gleichwertig bezeichnet werden. Zur Frage der Gleichwertigkeit bei betragsmässigen Begrenzungen des versicherten Lohnes und sehr hohen Löhnen siehe WYLER, 240, m.w.H. Für eine Zusammenstellung der Gerichtspraxis siehe ferner REHBINDER, Art. 324a OR N 36; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 24. Erbringt die Versicherung lediglich Leistungen, zu denen der Arbeitgeber ohnehin verpflichtet wäre, ist eine Prämienbeteiligung des Arbeitnehmers unter dem Aspekt der Gleichbehandlung ausgeschlossen.

⁶⁵ Ähnlich HÄBERLI/HUSMANN, 36. Im Ergebnis offen VON KAENEL, 123 f., Fn. 54.

überhaupt) nur sehr kurze Wartefristen zulässig sind, da die meisten Krankheitsabsenzen von kurzer Dauer sind und die Arbeitnehmer durch eine Wartefrist folglich stärker belastet werden, als sie im Gegenzug von der längeren Leistungsdauer profitieren könnten. Während mehrheitlich die Ansicht vertreten wird, es seien bis zu zwei unbezahlte Wartetage zulässig⁶⁶, ist nach anderen Autoren die Gleichwertigkeit immer zu verneinen, wenn eine Regelung unbezahlte Wartetage vorsieht⁶⁷. Der Arbeitgeber sei daher verpflichtet, den Lohn während einer (selbst sehr kurzen) Wartefrist weiterzubezahlen. Unter Berücksichtigung des Schutzes, den der versicherte Arbeitnehmer im Rahmen einer Ersatzlösung bei langandauernden Erkrankungen geniesst, ist indessen der Mehrheitsmeinung zuzustimmen: Dem Arbeitnehmer können zwei unbezahlte Wartetage zugemutet werden, weil er im Gegenzug bei ernsthaften Erkrankungen existenzhaltende Versicherungsleistungen erhält.

Gilt eine längere Wartefrist und besteht überhaupt eine gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht⁶⁸, so muss der Arbeitgeber zur Erhaltung der Gleichwertigkeit konsequenterweise mindestens ab dem dritten Tag und während der gesamten Wartefrist 80% des Lohnes entrichten⁶⁹, sofern dies der Versicherungsleistung nach Ablauf der Wartefrist entspricht und die Versicherungsleistung während (mindestens) 720 Tagen erbracht wird; wie soeben ausgeführt, gälte eine solche Lösung gesamthaft betrachtet als gleichwertig.

⁶⁶ Siehe WYLER, 238, m.w.H.; BRÜHWILER, Art. 324a OR N 23b; STAEHELIN, Art. 324a OR N 57, N 64; SUBILIA/DUC, AJP 2001, 1022; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 24, mit Hinweisen auf die Praxis des Seco zur Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen; VON KAENEL, 125 f.; CARUZZO, 298. Unzulässig ist eine Wartefrist von sieben Tagen (Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 4. September 1989, JAR 1992, 141; MÜLLER, 22).

⁶⁷ GNAEGI, 112 f.; HUSMANN/HÄBERLI, 29; EGLI, 1075, 1078; Arbeitsgericht Zürich, JAR 1990, 169.

⁶⁸ Vgl. Ziff. 1.b) vorstehend; HÄBERLI/HUSMANN, 34.

⁶⁹ G.L.M. WYLER, 239; siehe ferner GNAEGI, 113; HÄBERLI/HUSMANN, 35; MEIER/FINGERHUTH, 29. Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 22. Oktober 2005, abgedruckt in: Entscheidungen des Arbeitsgerichts Zürich 2005, Nr. 7. Zur Frage, ob diesfalls die Arbeitgeberleistung nach dem Netto- oder dem Bruttolohn zu bemessen ist, siehe ausführlich HUSMANN/HÄBERLI, 29 f.; HÄBERLI/HUSMANN, 35; CARUZZO, 299 f. Vgl. Art. 23 des Landes-Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes (Stand 1. Januar 2010), wonach der Arbeitgeber während der Wartefrist (von maximal 60 Tagen pro Arbeitsjahr) 88% des Bruttolohnes bezahlen muss.

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass lediglich die folgende «klassische» Taggeldversicherungslösung einigermaßen einheitlich als gleichwertige Lösung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR anerkannt wird⁷⁰:

Taggeld in Höhe von 80% des Lohnes;

Leistungsdauer von 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen;

maximal zwei Tage unbezahlte Wartezeit;

maximal hälftige Prämienbeteiligung des Arbeitnehmers.

Im Übrigen bleibt die Beurteilung der Gleichwertigkeit im konkreten Fall schwierig, was sich in Zweifelsfällen wohl regelmässig zu Lasten des Arbeitgebers auswirken dürfte.

b) *Unfalltaggeldversicherung*

Für die Unfalltaggeldversicherung als obligatorische Versicherung greift die Koordinationsnorm von Art. 324b OR. Der Arbeitgeber ist in dem Umfang von seiner Lohnfortzahlungspflicht befreit, als die Leistungen der obligatorischen Versicherung während der durch Art. 324a OR vorgegebenen «beschränkten Zeit» mindestens 80% des Lohnes decken⁷¹. Sind die Versicherungsleistungen geringer oder gilt eine Karenzfrist, während welcher keine Versicherungsleistungen erbracht werden, so muss der Arbeitgeber die Versicherungsleistungen auf 80% des Lohnes aufstocken bzw. während der Karenzfrist mindestens 80% des Lohnes entrichten (Art. 324b Abs. 2 und 3 OR). Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers ist zu den Leistungen obligatorischer Versicherungen folglich (relativ) subsidiär⁷².

Die Koordination ist im Einzelfall einfach: Da die UVG-Taggelder erst nach drei Karenztagen ausgerichtet werden, muss der Arbeitgeber dem verunfallten Arbeitnehmer für diese Tage 80% des Lohnes bezahlen. Er hat

⁷⁰ Sie wurde auch in diversen GAV übernommen; siehe z.B. Art. 64 LMV 2008 (zit. in Fn. 49); vgl. auch Art. 23 des Landes-Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes, wonach zwar eine längere Wartezeit (von maximal 60 Tagen pro Arbeitsjahr) zulässig ist, für diese Zeit aber die Pflicht des Arbeitgebers vorgesehen wird, 88% des Bruttolohnes zu bezahlen (zit. in Fn. 69). Siehe ferner JANUTIN, 290, und im Rahmen der Temporärarbeit WYLER, 236 f.

⁷¹ Siehe dazu Ziff. 1.b) vorstehend.

⁷² SCHLAURI, 110, 116.

die UVG-Taggelder während der gesetzlichen Lohnfortzahlungsdauer ferner immer dann bis zu 80% des Lohnes aufzustocken, wenn der Lohn über dem UVG-Maximum liegt und für den Differenzbetrag keine Zusatzversicherung besteht⁷³.

Im Gegensatz zum Krankheitsfall findet sich hier eine klare gesetzliche Umschreibung der Lohnersatzleistungen und der ergänzenden Arbeitgeberpflichten. Dies wäre auch für den Krankheitsfall anzustreben.

4. Was, wenn der Krankentaggeldversicherer nicht leistet?

a) Fragestellung

Wie soeben ausgeführt, ist der Arbeitgeber bei Krankheit des Arbeitnehmers von seiner Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR befreit, wenn er mit dem Arbeitnehmer ein gleichwertiges Ersatzregime (Krankentaggeldversicherung nach KVG oder VVG) gültig vereinbart hat.

Es stellt sich nun die Frage, ob die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers wieder auflebt, wenn trotz gültig vereinbarter Ersatzlösung der Krankentaggeldversicherer seine Leistungen kürzt oder verweigert. Die Antwort auf diese Frage hängt von den Gründen ab, die den Versicherer hierzu veranlassen.

b) Unterbliebene oder ungenügende Versicherung

Versicherungsleistungen können ausbleiben, wenn der Abschluss einer Versicherung zwar vertraglich vereinbart ist, der Arbeitgeber aber seinen Pflichten nicht (vollständig) nachkommt und z.B. den Versicherungsabschluss gänzlich versäumt, den zu versichernden Arbeitnehmer bei der

⁷³ Siehe dazu Ziff. 2.b) vorstehend. Zu beachten bleibt, dass die Unfallversicherung unter Umständen nicht vom selben Lohnbetrag pro Tag ausgeht wie der Arbeitgeber, da die UVG-Taggelder nicht nur für Arbeitstage, sondern auch für arbeitsfreie Tage wie Sonn- und Feiertage ausgerichtet werden (siehe Art. 25 Abs. 1 UVV).

Versicherung nicht anmeldet, einen zu geringen Lohn versichert oder die Versicherungsprämie nicht bezahlt⁷⁴.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts haftet der Arbeitgeber in solchen Fällen nach Art. 97 Abs. 1 OR für den Schaden, den der Arbeitnehmer aus der Pflichtverletzung des Arbeitgebers erleidet⁷⁵. Der Arbeitnehmer ist mit anderen Worten so zu stellen, wie wenn die Versicherung vereinbarungsgemäss zu Stande gekommen wäre⁷⁶. Das kann zur Folge haben, dass der Arbeitgeber auch für einen Zeitraum nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Schadenersatz für entgangene Taggelder bezahlen muss^{77,78}.

c) *Vorbehalte*

Bringt der Versicherer Vorbehalte an oder schliesst er bestimmte Risiken aus, ist zu unterscheiden: Handelt es sich um generell-abstrakte Vorbehalte

⁷⁴ Siehe dazu BGer 5C.41/2001 vom 3. Juli 2001 und HÄBERLI, 142 ff., m.w.H.

⁷⁵ Zur Diskussion möglicher Reduktionsgründe gemäss Art. 44 OR siehe CARUZZO, 302 ff., m.w.H.

⁷⁶ BGer 4A_541/2008 vom 4. August 2009 E. 6.2; BGer 4C.260/2005 vom 6. Juni 2006 E. 4; BGer 4C.189/2002 vom 27. September 2002; BGE 127 III 318 E. 5; BGer 4C.230/2000 vom 10. November 2000 E. 2a; BGE 124 III 126 E. 4; BGE 115 II 251 E. 4b. Der wegbedungene Art. 324a OR lebt dagegen nicht wieder auf (BGE 125 V 492 E. 4a). Für eine Zusammenstellung weiterer Entscheide siehe HÄBERLI/HUSMANN, 36; WYLER, 242 f.

⁷⁷ BGE 127 III 318 E. 4b; BGE 124 III 126 E. 2b; vgl. ferner BGer 4A_348/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 3.3: Das Bundesgericht bejaht eine Schadenersatzpflicht für entgangene Taggelder über das Pensionierungsalter hinaus, sofern mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen ist, dass ein Erwerbsausfall vorliegt, weil einer Erwerbstätigkeit nachgegangen worden wäre.

⁷⁸ Zum Vergleich: Dem Arbeitnehmer erwächst kein Schaden, wenn der Arbeitgeber den Abschluss der obligatorischen Unfallversicherung unterlässt. Diesfalls erbringt nämlich die Ersatzkasse oder die SUVA die gesetzlichen Leistungen (vgl. Art. 73 UVG). Die Ersatzkasse oder die SUVA zieht dann vom säumigen Arbeitgeber die geschuldeten Ersatzprämien ein (Art. 95 UVG). Vgl. GEISER, 334; SUBILIA/DUC, Commentaire, 222. Ein Schaden könnte demgegenüber entstehen, wenn der Arbeitnehmer es unterlassen würde, eine freiwillige Abredeversicherung abzuschliessen, weil er nicht über diese Möglichkeit informiert wurde (dies wird allerdings in erster Linie der Versicherer und nur subsidiär der Arbeitgeber zu verantworten haben, vgl. Art. 3 Abs. 3 UVG, Art. 72 UVV und BGE 121 V 28 E. 2).

und wurde dem Arbeitnehmer eine vorbehaltlose Versicherung versprochen, so ist die Versicherung nicht vereinbarungsgemäss zu Stande gekommen und es haftet der Arbeitgeber für den Schaden, der dem Arbeitnehmer hieraus entsteht⁷⁹. Dies gilt grundsätzlich auch bei generellen Leistungsausschlüssen, wie z.B. für vorbestehende Leiden, die ohne medizinische Untersuchung des Arbeitnehmers erfolgen, sofern die Ersatzlösung nicht mit einem entsprechenden Vorbehalt vereinbart worden ist⁸⁰.

Selbst wenn der Arbeitnehmer auf generelle Leistungsausschlüsse aufmerksam gemacht worden ist oder wenn individuelle Gesundheitsvorbehalte bei der Aufnahme eines Arbeitnehmers angebracht werden, so darf die Versicherung nicht als gleichwertige Ersatzlösung gelten⁸¹. Denn Art. 324a OR sieht eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers für sämtliche unverschuldeten Arbeitsverhinderungen infolge Krankheit vor; eine Möglichkeit, generelle Leistungsausschlüsse oder individuelle Gesundheitsvorbehalte anzubringen, besteht nicht. Eine gleichwertige Ersatzlösung darf daher zwar eine geringere Leistungshöhe mit einer längeren Leistungsdauer kompensieren, sie muss nach der hier vertretenen Auffassung indessen dieselben Risiken decken. Ein sog. Schutztransfer innerhalb des Verhinderungsgrundes Krankheit, also eine Kompensation der fehlenden Leistungen durch grosszügigere Leistungen bei anderen Krankheitsgründen, ist daher abzulehnen⁸². Kommt ein genereller Leistungsausschluss oder ein individueller Gesundheitsvorbehalt zum Tragen, so bleibt

⁷⁹ Dies ist etwa der Fall, wenn die Versicherung Stundenlöhner oder befristete Anstellungen nicht erfasst und dies dem Arbeitnehmer nicht mitgeteilt wird. Dasselbe muss gelten, wenn Teilarbeitsunfähigkeit von der Versicherung ausgenommen oder eine gewisse Mindestarbeitsunfähigkeit vorausgesetzt wird. In einem solchen Fall wird die Gleichwertigkeit nach der hier vertretenen Auffassung indessen ohnehin kaum bejaht werden können.

⁸⁰ Dazu CARUZZO, 304 f.; PORTMANN, Art. 324a OR N 56; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 14, m.w.H.; gl.M. BRÜHWILER, Art. 324a OR N 23c, m.w.H.; MÜLLER, 26; HÄBERLI, 138, 141; EGLI, 1077. Vgl. auch Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 22. März 2004, abgedruckt in: Entscheidungen des Arbeitsgerichts Zürich, Nr. 10. Weniger streng WYLER, 239 f., wonach selbst bei Globalverweis auf die Versicherungsbedingungen übliche Leistungsausschlüsse als dem Arbeitnehmer bekannt gelten müssen.

⁸¹ Gl.M. HÄBERLI, 138. A.M. STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 14, m.w.H.

⁸² A.M. VON KAENEL, 127 f.

der Arbeitgeber folglich nach Art. 324a OR zur Lohnfortzahlung verpflichtet⁸³.

d) *Leistungskürzung bzw. -verweigerung wegen Selbstverschuldens des Arbeitnehmers*

Kürzt oder verweigert der Versicherer seine Leistungen wegen Selbstverschuldens des Arbeitnehmers, so stellt sich die Frage, ob sich der Arbeitgeber dieser Leistungskürzung/-verweigerung anschliessen darf oder zur Lohnfortzahlung verpflichtet bleibt.

KVG-Taggelder dürfen nur bei Vorsatz des Arbeitnehmers gekürzt oder (in besonders schweren Fällen) verweigert werden^{84,85}. Wie vorstehend ausgeführt, gehen die Kürzungsmöglichkeiten des Arbeitgebers demgegenüber weiter: Der Arbeitgeber darf allfällige Lohnfortzahlungsleistungen bei Absicht oder Eventualvorsatz des Arbeitnehmers generell verweigern und bereits dann kürzen, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsverhinderung grobfahrlässig herbeigeführt hat⁸⁶. Der Arbeitgeber könnte sich einer Leistungsverweigerung oder -kürzung durch den KVG-Versicherer daher grundsätzlich anschliessen⁸⁷, so dass dem Arbeitnehmer auch nach Art. 324a OR kein Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber zustünde. Im-

⁸³ PORTMANN, Art. 324a OR N 58, m.w.H.; STÖCKLI, Art. 356b OR N 78; HUSMANN/HÄBERLI, 32. A.M. STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 14, m.w.H.

⁸⁴ Vgl. Art. 21 Abs. 1 ATSG. Bestehen familienrechtliche Unterhaltspflichten, dürfen KVG-Taggelder (und UVG-Taggelder) um maximal 50% gekürzt werden (Art. 21 Abs. 3 ATSG, Art. 37 Abs. 3 UVG; KIESER, Art. 21 ATSG N 50).

⁸⁵ Zum Vergleich: In der obligatorischen Berufsunfallversicherung dürfen Taggelder nur verweigert werden, wenn der Unfall vorsätzlich oder bei Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens verursacht worden ist (z.B. Fahren in angetrunkenem Zustand; Art. 37 Abs. 3 UVG, Art. 21 Abs. 1 ATSG). Grobfahrlässigkeit führt lediglich bei Nichtberufsunfällen zu einer zeitlich beschränkten Leistungskürzung (Art. 37 UVG). In der Nichtberufsunfallversicherung bestehen zudem besondere Kürzungs- und Verweigerungsgründe für aussergewöhnliche Gefahren und Wagnisse (Art. 39 UVG i.V.m. Art. 49 f. UVV; vgl. BGE 134 V 340 ff.).

⁸⁶ Siehe dazu Ziff. 1.c) vorstehend.

⁸⁷ Ohne formell daran gebunden zu sein. VISCHER, 135; STAEHELIN, Art. 324a OR N 17; RAGG, 170; REHBINDER, Art. 324b OR N 4; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 30, m.w.H. auf vereinzelte abweichende Meinungen. Siehe ferner SUBILIA/DUC, Commentaire, 199, 214.

merhin ist darauf hinzuweisen, dass der Verschuldensbegriff im Zivilrecht und im Sozialversicherungsrecht nicht der gleiche ist, so dass eine richterliche Beurteilung des Arbeitnehmerschuldens unterschiedlich ausfallen kann⁸⁸.

Anders sieht es bei Krankentaggeldversicherungen nach VVG aus: Hier dürfen Fahrlässigkeitskürzungen vereinbart werden, die über die Kürzungsmöglichkeiten des Arbeitgebers hinausgehen⁸⁹. Kürzt oder verweigert der VVG-Versicherer seine Leistungen, weil dem Arbeitnehmer leichte oder mittlere Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann, muss der Arbeitgeber nach der hier vertretenen Auffassung die gesetzlichen Lohnfortzahlungsleistungen erbringen⁹⁰. Wie bereits ausgeführt, muss das Risiko Krankheit im Rahmen der gewählten Ersatzlösung insgesamt abgedeckt sein, ansonsten diese nicht als gleichwertig gelten darf⁹¹. Durch den Ausschluss von fahrlässig verursachten Arbeitsverhinderungen werden nun aber nicht die gleichen Risiken abgedeckt, wie sie von Art. 324a OR erfasst werden. Der Arbeitgeber ist dagegen nicht verpflichtet, die ausfallenden Versicherungsleistungen zu ersetzen, da seinerseits keine Pflichtverletzung vorliegt und er für das Verhalten des Arbeitnehmers nicht einzustehen hat.

e) *Leistungsverweigerung aus anderen Gründen*

Verweigert der Versicherer seine Leistungen aus anderen Gründen – etwa weil dem Arbeitnehmer eine *Verletzung von Mitwirkungs- und Meldepflichten*⁹² oder eine *Anzeigepflichtverletzung*⁹³ vorgeworfen werden kann oder weil der Anspruch auf Versicherungsleistungen *verjährt* ist⁹⁴ –, so

⁸⁸ STAEHELIN, Art. 324a OR N 17; GEISER, 334; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 30; RAGG, 162.

⁸⁹ Vgl. Art. 14 VVG und Ziff. 1.c) vorstehend; BGE 128 III 34 ff.

⁹⁰ So auch REHBINDER, Art. 324b OR N 4, für den Fall, dass gesetzliche Leistungen einer obligatorischen Versicherung gemäss Art. 324b OR wegfallen.

⁹¹ Siehe Ziff. 4.c) vorstehend.

⁹² Vgl. im Bereich des KVG und UVG auch Art. 21 Abs. 4 ATSG, wonach Versicherungsleistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden dürfen, wenn der Versicherte nicht alles Zumutbare zur Verbesserung seiner Erwerbstätigkeit beiträgt und er vorgängig auf diese Sanktionen hingewiesen worden ist.

⁹³ Vgl. Art. 6 VVG.

⁹⁴ Zur kurzen Verjährungsfrist im Rahmen des VVG siehe Fn. 29.

gehen die Meinungen darüber auseinander, ob die Leistungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR wieder aufleben soll. Während ein Teil der Lehre an der einmal zugestandenen Gleichwertigkeit einer Ersatzlösung prinzipiell festhalten will⁹⁵, sprechen sich andere Autoren für einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlungsleistungen nach Art. 324a OR generell aus⁹⁶ oder jedenfalls dann, wenn den Arbeitnehmer an der Leistungsverweigerung des Versicherers kein Verschulden trifft⁹⁷.

Bleiben die Versicherungsleistungen aus den eingangs genannten Gründen aus, rechtfertigt es sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht, die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers wieder aufleben zu lassen. Mitwirkungs-, Melde- und Anzeigepflichten des versicherten Arbeitnehmers sowie Verjährungsbestimmungen sind im Versicherungsverhältnis grundsätzlich üblich. Solange sich die Pflichten, die dem Arbeitnehmer auferlegt werden, in einem üblichen und zumutbaren Rahmen bewegen und sie dem Arbeitnehmer bereits bei Vereinbarung der Ersatzlösung bekannt sind bzw. sein müssen, beeinträchtigen sie die Gleichwertigkeit der Ersatzlösung nicht. Der Arbeitnehmer hat gegenüber dem Arbeitgeber somit keinen Anspruch mehr aus Art. 324a OR. Etwas Anderes muss selbstverständlich gelten, wenn den Arbeitgeber am Ausbleiben der Versicherungsleistung ein Verschulden trifft (weil er z.B. eine Meldung des Krankheitsfalls unterlässt, obschon der Arbeitnehmer ihn darüber informiert hat); diesfalls wird er dem Arbeitnehmer gegenüber schadenersatzpflichtig⁹⁸.

Bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit kündigen die Versicherer oftmals die Einstellung ihrer Leistungen an mit der Begründung, dass der versicherte Arbeitnehmer zur *Schadenminderung* verpflichtet ist und er daher eine neue, ihm zumutbare Stelle suchen und nötigenfalls den Beruf wech-

⁹⁵ VON KAENEL, 130 f.; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b OR N 14.

⁹⁶ GNAEGI, 117; ähnlich wohl GEISER, 329; RAGG, 181 f.; Urteil des Obergerichts Zürich vom 26. September 1989, ZR 1989 Nr. 70. Vgl. auch Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 22. März 2004, abgedruckt in: Entscheidungen des Arbeitsgerichts Zürich 2004, Nr. 10, wo der Arbeitgeber trotz Anzeigepflichtverletzung des Arbeitnehmers zur Bezahlung der vollen Versicherungsleistungen, die gesamtarbeitsvertraglich vorgeschrieben waren, verpflichtet wurde.

⁹⁷ So WYLER, 239 mit Verweis auf ein Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 25. April 2000, JAR 2001, 220 f. (Verweigerung von Krankentaggeldern, weil die Gesundheitsstörung als unfallbedingt erachtet wurde); vgl. für den Fall der Anzeigepflichtverletzung auch CARUZZO, 305, m.w.H.; siehe ferner REHBINDER, Art. 324b OR N 4 und N 5 zur Verletzung von Meldepflichten durch den Arbeitnehmer bei Unfall.

⁹⁸ Siehe Ziff. 4.b) vorstehend.

seln muss⁹⁹. Hierfür muss eine angemessene Anpassungszeit gewährt werden¹⁰⁰. Werden die Versicherungsleistungen alsdann eingestellt, lebt die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls nicht wieder auf, denn der Arbeitnehmer ist auch gegenüber dem Arbeitgeber auf Grund seiner Treuepflicht schadenminderungspflichtig¹⁰¹.

Es fragt sich schliesslich, ob die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht wieder aufleben soll, wenn der Versicherer seine *Leistungen zu Unrecht verweigert*. In einem solchen Fall wäre es auf Grund der vorstehenden Ausführungen erst recht nicht gerechtfertigt, den Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung zu verpflichten¹⁰². Mangels anderer Abrede ist der Arbeitgeber nämlich nicht Garant der Versicherung. Vielmehr bleibt er auf Grund der vereinbarten gleichwertigen Ersatzlösung von seiner Lohnfortzahlungspflicht befreit. Der Arbeitnehmer kann folglich nur gegen den Versicherer vorgehen. Ob der Arbeitgeber ihn dabei unterstützen will, ist ihm freigestellt; aus der allgemeinen Fürsorgepflicht lässt sich jedenfalls keine entsprechende Unterstützungspflicht ableiten¹⁰³, da es sich hierbei in erster Linie um eine Unterlassungspflicht handelt und bei der Annahme von Handlungspflichten, die gesetzlich nicht geregelt sind, Zurückhaltung geboten ist¹⁰⁴.

f) *Ergebnis*

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass der Arbeitgeber trotz gültig vereinbarter Ersatzlösung unter Umständen leistungspflichtig bleiben kann: Unterlässt er den Abschluss der vereinbarten Versicherung oder entspricht diese nicht der vereinbarten Ersatzlösung, ist der Arbeitgeber schadener-

⁹⁹ Vgl. Art. 61 VVG und Art. 6 Satz 2 ATSG; CARUZZO, 306; HUSMANN/HÄBERLI, 33 ff.; MÜLLER, 34 ff.

¹⁰⁰ Die dem versicherten Arbeitnehmer einzuräumende Anpassungszeit bemisst sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles. In der Praxis wurden Zeiten von drei bis fünf Monaten als angemessen betrachtet (BGE 129 V 460 E. 4.2; BGE 111 V 235 E. 2a). Siehe auch KIESER, Art. 6 ATSG N 21; HÄBERLI, 154.

¹⁰¹ BGE 128 III 271 E. 4a/bb; CARUZZO, 306; VON KAENEL, 129 f.

¹⁰² Gegen ein Wiederaufleben der Lohnfortzahlungspflicht auch VON KAENEL, 130 f.; HÄBERLI, 146; STAHELIN, Art. 324a OR N 58.

¹⁰³ A.M. HÄBERLI, 146.

¹⁰⁴ PORTMANN, Art. 328 OR N 1 f.

satzpflichtig und muss den Arbeitnehmer so stellen, wie wenn die Versicherung vereinbarungsgemäss zu Stande gekommen wäre. Dies gilt auch bei generellen Vorbehalten und Leistungsausschlüssen, wenn eine vorbehaltlose Versicherung versprochen worden ist. Verweigert der Versicherer die Auszahlung von Krankentaggeldern auf Grund von individuellen Gesundheitsvorbehalten, lebt die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 324a OR nach der hier vertretenen Auffassung hingegen wieder auf, weil die Ersatzlösung insgesamt nicht als gleichwertig gelten kann. Dasselbe gilt, wenn die Versicherungsleistungen infolge Selbstverschuldens des Arbeitnehmers verweigert oder gekürzt werden und sich der Arbeitgeber dieser Leistungsverweigerung/-kürzung nicht anschliessen darf.

Nach der hier vertretenen Auffassung bleibt der Arbeitgeber von einer Lohnfortzahlungspflicht befreit, wenn die Versicherung ihre Leistungen deswegen verweigert, weil der Arbeitnehmer die üblichen und ihm zumutbaren Mitwirkungs-, Melde- und Anzeigepflichten gemäss Versicherungsvertrag verletzt oder weil die Versicherungsleistungen verjährt sind und den Arbeitgeber daran kein Verschulden trifft. Gleiches gilt, wenn der Versicherer seine Leistungen in zulässiger Berufung auf die Schadenminderungspflicht des versicherten Arbeitnehmers einstellt oder gar zu Unrecht verweigert.

Literaturverzeichnis

BRÜHWILER JÜRIG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996.

CARUZZO PHILIPPE, Les conséquences de l'empêchement non fautif de travailler: questions choisies, SJ 2008 II, 283–330.

DUC JEAN-LOUIS, De l'assurance d'une indemnité journalière en cas de maladie et du droit de libre passage, AJP 1999, 919–928.

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

GEISER THOMAS, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, 323–334.

GNAEGI PHILIPPE, Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, Zürich 1996.

HÄBERLI CHRISTOPH, Sonderprobleme im Bereich des Arbeitsrechts, in: von Kaenel (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, 133–161.

HÄBERLI CHRISTOPH/HUSMANN DAVID, Schnittstellen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Plädoyer 3/2009, 34–41.

HUSMANN DAVID/HÄBERLI CHRISTOPH, Die Fallstricke des Krankentaggeldes, Plädoyer 4/2002, 8–42.

JANUTIN ERICH, Gesundheit im Arbeitsrecht, Zürich 1991.

KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.

KUHN ROLF, Doppelter Instanzenzug im Bereich der Zusatzversicherungen nach VVG: Notwendigkeit oder Unsinn?, Jusletter vom 24. September 2007, 1–8.

LUGINBÜHL RUDOLF, Lohnzahlung oder Versicherungsleistungen? Zur Koordination von KVG- und VVG-Taggeldern, HILL 2004 Nr. 13.

MEIER KURT/FINGERHUTH THOMAS, Krankentaggeld statt Lohnfortzahlung, Plädoyer 3/1999, 26–36.

MÜLLER HANS-RUDOLF, Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: von Kaenel (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, 19–45.

PIETRUSZAK THOMAS, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar, Obligationenrecht, Art. 1–529, Basel 2008.

PORTMANN WOLFGANG, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007.

RAGG STEFAN, Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers im System der obligatorischen Unfallversicherung, Bern 1997.

REHBINDER MANFRED, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abt., 2. Teilbd., 1. Abschnitt: Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330a OR, Bern 1985.

SCHAER ROLAND, Die Praxis des EVG zur obligatorischen Unfall- und Krankenversicherung in den Jahren 2001–2005, ZBJV 2006, 679–735.

SCHLAURI FRANZ, Die Leistungskoordination zwischen Berufsvorsorge, arbeitsrechtlicher Lohnfortzahlung und versicherungsmässigen Lohnfortzahlungssurrogaten, SZS 2007, 105–132.

STAEHELIN ADRIAN, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilbd. V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abt., 2. Teilbd., 3. Abschnitt: Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, Art. 356–360 OR, Bern 1999.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006.

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Quelques réflexions à propos de l'article 324a CO, AJP 2001, 1021–1027 (zit. SUBILIA/DUC, AJP 2001).

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998 (zit. SUBILIA/DUC, Commentaire).

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

VON KAENEL ADRIAN, Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR, in: von Kaenel (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, 109–131.

WYLER RÉMY, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008.

