

Kurt Pärli, Jürg Guggisberg,  
Julia Hug, Thomas Oesch,  
Andreas Petrik, Melania Rudin

## **Arbeit und Krankheit**

Berufliche Wiedereingliederung von Personen mit länger  
andauernder Arbeitsunfähigkeit – Eine Untersuchung zur  
Rolle des Rechts und des sozialen Umfelds

Reihe "Sozialrecht", Band 2-2013

---

Zentrum für Sozialrecht ZSR  
School of Management and Law  
**ZHAW Zürcher Hochschule  
für Angewandte Wissenschaften**

Arbeit und Krankheit

Kurt Pärli, Jürg Guggisberg,

Julia Hug, Thomas Oesch,

Andreas Petrik, Melania Rudin

Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften

Zentrum für Sozialrecht ZSR Reihe "Sozialrecht", Band 2-2013

ISBN-13: 978-3-905745-65-8

Alle Rechte vorbehalten

© Zürcher Hochschule für Angewandte

2013

Wissenschaften, Winterthur

Das ZSR ist ein Zentrum der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften  
[www.zsr.zhaw.ch](http://www.zsr.zhaw.ch), [info.zsr@zhaw.ch](mailto:info.zsr@zhaw.ch)

*Wer weiß dass er weil er gesund ist  
ein besserer Mensch ist  
als die kranken Menschen um ihn herum  
der ist krank*

*Erich Fried, 1987*

## **Vorwort**

Das vorliegende Werk bildet den – vorläufigen – Abschluss einer jahrelangen Auseinandersetzung mit Fragen krankheitsbedingt arbeitsunfähiger Arbeitnehmenden. Erste Projektskizzen zum späteren Projekt stammen aus dem Jahre 2006. Im Herbst 2008 schliesslich bewilligte der schweizerische Nationalfonds (SNF) den gemeinsamen Antrag des Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS und der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften ZHAW „Berufliche Wiedereingliederung von Personen mit länger andauernder Arbeitsunfähigkeit – Eine mikrosoziologische Untersuchung zur Rolle des Rechts und des sozialen Umfelds“. Nach drei intensiven Projektjahren wurde die Studie schliesslich im Oktober 2012 abgeschlossen und beim SNF eingereicht.

Zahlreichen Personen und Institutionen haben wir für ihre sachliche und finanzielle Unterstützung zu danken: Schweizerischer Nationalfonds (SNF), Abteilung Business Law der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften ZHAW, Helsana Versicherungen AG, SWICA Krankenversicherung, SIZ Care AG, Schweizerische Bundesbahnen SBB, Personaldienst Kanton Zürich, Personalamt der Stadt Bern, Personal- und Sozialberatung der Bundesverwaltung, Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Kantonale IV-Stellen, Rehafirst AG. Ein besonderer Dank gilt Edgar Imhof, der bis zu seinem Tod am 4. März 2009 am Projekt mitgearbeitet hat.

Die vorliegende Publikation umfasst den hauptsächlich vom Büro BASS geleisteten empirischen Teil wie auch die rechtliche Analyse, die vom ZHAW-Team bearbeitet wurde.

Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zum 31. März 2013 umfassend berücksichtigt. Spätere Literatur und Urteile wurden nur noch vereinzelt eingearbeitet.

Es wird sowohl die weibliche als auch die männliche Form verwendet, wobei die Aufteilung keiner speziellen Regelung folgt. Häufig sind die Formulierungen geschlechtsneutral.

Winterthur/Bern, Juli 2013

Kurt Pärli, Jürg Guggisberg, Julia Hug, Thomas Oesch, Andreas Petrik, Melania Rudin

## **Teil 1:**

Ergebnisse prospektive Kohortenstudie

Teil 2:

Working Paper: Rechtsfragen gesundheitlicher Beeinträchtigung  
im Arbeitsverhältnis – Zusammenwirken von Arbeits- und  
(Sozial)versicherungsrecht

Jürg Guggisberg, Thomas Oesch, Melania Rudin, Kilian Künzi  
Bern, September 2012

---

Eine prospektive Kohortenstudie (2008 bis 2012) unterstützt vom Schweizerischen Nationalfonds  
(SNF-Gesuch 100013-122499/1)

Eingereicht beim Schweizerischen Nationalfonds am 18. Oktober 2012.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>I</b>
<b>Das Wichtigste auf einen Blick</b>	<b>1</b>
<b>1     <b>Forschungsziel und Fragestellung</b></b>	<b>1</b>
<b>2     <b>Methodisches Vorgehen und Bildung der Stichprobe</b></b>	<b>2</b>
<b>3     <b>Ausgangslage zum Beginn der Befragung</b></b>	<b>3</b>
3.1    Soziodemographie	3
3.2    Gesundheit und Arbeits- und Erwerbsfähigkeit	4
3.3    Berufliche Situation vor der Arbeitsabsenz	6
<b>4     <b>Ressourcen und Belastungen und soziale Unterstützung</b></b>	<b>9</b>
4.1    Personale Ressourcen und Belastungen	9
4.2    Soziale Unterstützung	9
4.3    Arbeitsumgebung	10
<b>5     <b>Interventionen</b></b>	<b>11</b>
5.1    Betriebliches Gesundheitsmanagement und Verhalten der Arbeitgebenden	11
5.2    Invalidenversicherung	11
5.2.1    Früherfassung	11
5.2.2    Anmeldung und Umsetzung von Massnahmen	12
5.3    Krankentaggeldversicherung	13
5.4    Durchgeführte Massnahmen zur Wiedereingliederung	14
5.5    Koordination der Unterstützung	14
<b>6     <b>Erwerbsintegration zum Zeitpunkt der dritten Befragung</b></b>	<b>16</b>
<b>7     <b>Verhinderung von beruflicher Desintegration</b></b>	<b>17</b>
7.1    Erfolgreicher Stellenerhalt	19
7.2    Erfolgreiche Stellensuche	21
7.3    Erfolgreiche Erwerbsintegration	22
<b>8     <b>Analyse und Einfluss des rechtlichen Kontext</b></b>	<b>24</b>
8.1    Indikatoren für fragile Erwerbsintegration	24
8.2    Rechtsform des Betriebs, Versicherungs- und Kündigungsschutz	25
8.3    Einfluss der Indikatoren in der multivariaten Betrachtung	30
8.4    Veränderung der rechtlichen Situation bei Wechsel des Arbeitgebers	31

<b>9</b>	<b>Präsentismus</b>	<b>34</b>
9.1	Definition und Relevanz	34
9.2	Verbreitung und Ursachen	34
9.2.1	Persönliche und arbeitsbedingte Einflussfaktoren von Präsentismus	36
9.2.2	Arbeitsplatzunsicherheit als Grund für Präsentismus	40
9.3	Schlussfolgerungen	41
<b>10</b>	<b>Schlussbetrachtung</b>	<b>43</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>46</b>

## Das Wichtigste auf einen Blick

**Weshalb gelingt es einigen Erwerbspersonen besser als andern, sich nach einer länger andauernden Arbeitsunfähigkeitsphase wieder in den Erwerbsprozess zu integrieren? Die Ergebnisse der über mehrere Jahre durchgeführten prospektiven Kohortenstudie (2008-2012) zeigen, dass zum Gelingen der beruflichen Wiedereingliederung nach einer längeren krankheitsbedingten Arbeitsabsenz sowohl die den Betroffenen zur Verfügung stehenden individuellen und sozialen Ressourcen als auch die konkrete Unterstützung durch die Arbeitgebenden und den am Prozess beteiligten Institutionen eine entscheidende Rolle einnehmen. Dafür wurden rund 400 gesundheitsgefährdeten Arbeitnehmende, die innerhalb der ersten Hälfte des Jahres 2009 während zwei Monaten krankheitsbedingt ihre Arbeit unterbrochen haben und im Verlauf von rund 30 Monaten dreimal über ihre persönliche und berufliche Situation befragt.**

### Vorgehen

Ausgehend von einem biopsychosozialen Ansatz wurde ein mikrosoziologisches Wirkungs- und Arbeitsmodell entwickelt, in dessen Fokus die individuellen Akteure im Wiedereingliederungsprozess stehen. Rekrutiert wurden die Teilnehmenden aus den Registern von Kranken- und Taggeldversicherern, von öffentlich-rechtlichen Institutionen, ausgewählten Betrieben mit internem oder externem Case Management (CM) und der Invalidenversicherung.

### Erwerbsstatus nach 30 Monaten

Zum Zeitpunkt der dritten Befragung sind zwei Drittel der Befragten noch erwerbstätig. Der Rest ist entweder auf Stellensuche (17%), bezieht eine Invalidenrente (11%), ist frühzeitig zurückgetreten (2%) oder sucht ohne weitere Angaben keine Stelle mehr (3%). Der Weg zurück in die Arbeitswelt ist

erwartungsgemäss vor allem für diejenigen Personen sehr schwierig, die nur noch reduziert arbeits- und leistungsfähig sind (26%). Wenn in diesem Fall die Anstellung verloren geht (58%), sind die Chancen relativ klein, dass die Erwerbsintegration gelingt. Von drei Personen ist nur noch eine erwerbstätig, eine ist auf Stellensuche und die Dritte hat sich vollständig aus dem Arbeitsmarkt zurückgezogen.

### Rolle der individuellen und sozialen Ressourcen

Eine gelingende Reintegration ist eng mit den zur Verfügung stehenden individuellen und sozialen Ressourcen verbunden. Die Ressourcen sind jedoch, je nach sozialer Position, ungleich verteilt. Menschen mit besserer Ausbildung, höherem Einkommen und in höherer beruflichen Stellung sind erstens psychisch deutlich weniger stark belastet, können zweitens auf mehr Unterstützung aus ihrem privaten Umfeld zurückgreifen und scheinen bezüglich ihrer Einstellung gegenüber der Erwerbsarbeit eher intrinsisch motiviert zu sein. Ein geringeres Mass an all diesen Ressourcen wirkt sich direkt und negativ auf eine erfolgreiche berufliche Reintegration aus.

### Unterstützungsmassnahmen

Unternehmen, bei denen die Zuständigkeiten im Falle von erkrankten Mitarbeitenden klar geregelt sind, deren Verantwortliche sehr rasch mit den Betroffenen Kontakt aufnehmen und die zusätzlich im Bereich der Gesundheitsprävention aktiv sind, können ihre gesundheitsgefährdeten Mitarbeitenden deutlich öfters weiterbeschäftigen, als Unternehmen, die in diesem Bereich weniger unternehmen.

Die Ergebnisse zeigen zudem deutlich, dass die Umsetzung konkreter Massnahmen und deren Koordination mit den Institutionen dazu führen, dass sowohl die Chancen auf einen Stellenerhalt als auch die Chancen bei einer Stellensuche deutlich steigen.

## 1 Forschungsziel und Fragestellung

Ausgehend von einem biopsychosozialen Ansatz wurde ein mikrosoziologisches Wirkungs- und Arbeitsmodell entwickelt, in dessen Fokus die individuellen Akteure im Wiedereingliederungsprozess stehen. Dabei interessiert der Einfluss des rechtlichen Rahmens, des Gesundheitszustands, der individuellen Charakteristiken, des Arbeits- und des familiären und sozialen Umfeldes sowie sozioökonomischen Aspekten. Es interessiert die Wirkung verschiedener Formen aktiven betrieblichen Gesundheitsmanagements einerseits und der Einfluss unterschiedlicher und sich wandelnden rechtlich-institutionellen Rahmenbedingungen wie bspw. die Revision der Invalidenversicherung oder der Kündigungsschutz und die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit andererseits.

Der Forschung liegen 4 Thesen zugrunde:

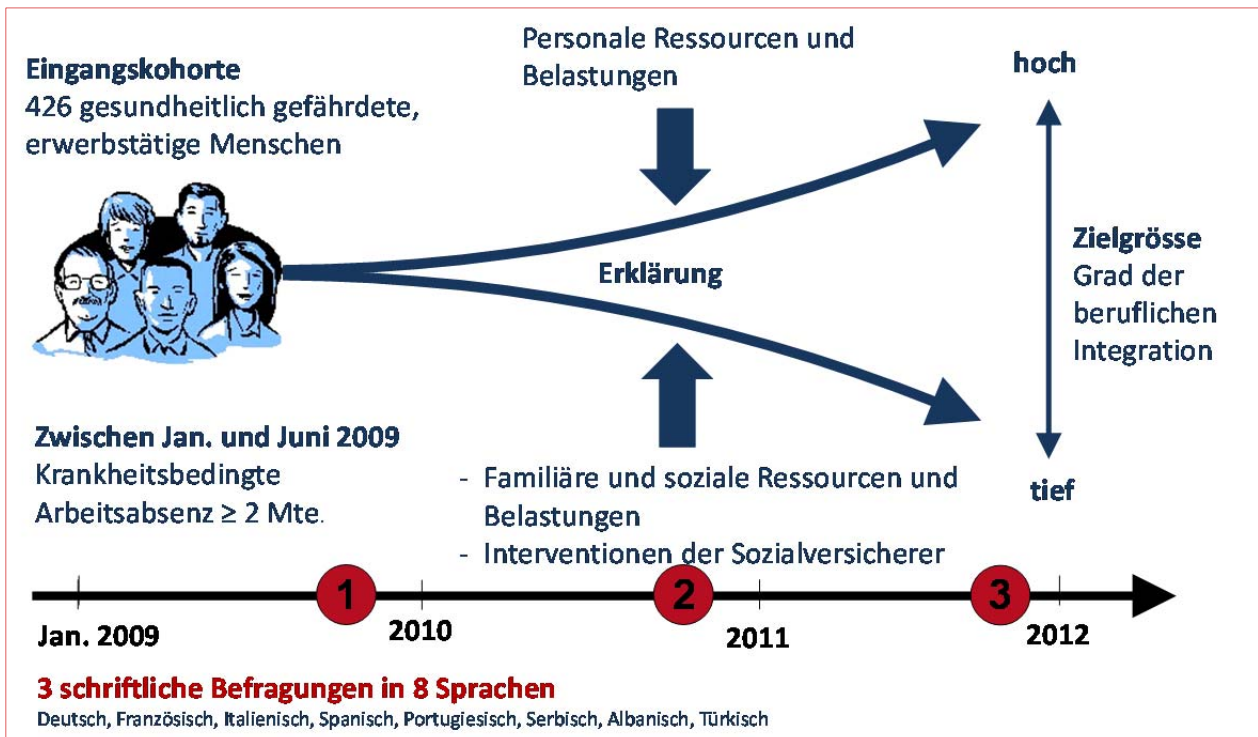
- **These 1:** Die mit der sozialen Position der gesundheitsgefährdeten Arbeitnehmenden verbundenen Ressourcen wirken sich unabhängig von der objektiven Schwere des Gesundheitsproblems auf die Chancen der Verhinderung der Desintegration bzw. das Gelingen der beruflichen Reintegration aus.
- **These 2:** Interventionen der Sozialversicherer sind zur Verhinderung des Desintegrations- bzw. Förderung des Integrationsprozesses dann erfolgreich, wenn sie mit Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmenden vorgenommen werden und an deren individuellen Ressourcen anknüpfen und diese fördern.
- **These 3:** Betriebliches Absenzenmanagement zur Früherkennung von Absenzen und Gesundheitsmanagement zur aktiven Begleitung von Personen mit längeren Absenzen steigern bei den Betroffenen die Bereitschaft, wieder in den Erwerbsprozess zurückzukehren. Sie kehren deshalb im Vergleich zu Personen in Betrieben ohne solche Massnahmen früher und öfters an ihren Arbeitsplatz zurück.
- **These 4:** Bei objektiv gleichem Gesundheitsschaden sind das Niveau des rechtlichen Schutzes bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und/oder die Höhe der zu erwartenden Ersatzleistungen relevante Ko-Faktoren für das Gelingen oder Nichtgelingen des Verbleibs im Arbeitsprozess.



## 2 Methodisches Vorgehen und Bildung der Stichprobe

Es wurde eine *prospektive Kohortenstudie* durchgeführt, bei der die Teilnehmenden zu drei Zeitpunkten innerhalb von 24 bis 30 Monaten zu ihrer gesundheitlichen, beruflichen und privaten Situation schriftlich befragt wurden.

Abbildung 1: Forschungsdesign



Quelle: Eigene Darstellung

Für die erste Welle der geplanten Kohortenbefragung wurden Mitte 2009 *Arbeitnehmende* gesucht, die innerhalb der ersten Hälfte des Jahres 2009 während mindestens zwei Monaten *krankheitsbedingt* ihre Arbeit zumindest teilweise unterbrochen haben. Dafür wurden aus den Registern von Kranken- und Taggeldversicherern, von öffentlich-rechtlichen Institutionen, ausgewählten Betrieben mit internem oder externem Case Management (CM) und der Invalidenversicherung rund 6'000 Personen kontaktiert und angefragt, ob diese bereit wären, an der Befragung teilzunehmen. Insgesamt 707 Personen haben zwischen Juni und November 2009 den Fragebogen ausgefüllt und sich bereit erklärt, an den nächsten zwei Befragungswellen wieder teilzunehmen. 23 Personen erfüllten die Selektionskriterien nicht und wurden von den Auswertungen ausgeschlossen. Die Bruttostichprobe der zweiten Welle besteht demnach aus 684 Personen, womit die Rücklaufquote bei rund 12 Prozent liegt.

Von den 648 in der zweiten Welle angeschriebenen Personen haben 155 (23%) den zweiten Fragebogen nicht zurückgeschickt, 10 Personen sind zwischen der ersten und zweiten Befragung verstorben und 38 Personen konnten aufgrund von fehlerhaften oder fehlenden Adressen nicht kontaktiert werden. Von den 481 Personen der zweiten Welle (Dezember 2010) haben 426 auch den dritten und letzten Fragebogen (Dezember 2011) ausgefüllt. Die Nettostichprobe des Panels, in der Folge Panelstichprobe genannt, besteht somit aus 426 Personen, was 62 Prozent der Personen in der Eingangsstichprobe entspricht<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Weil für die multivariaten Analysen eine zeitliche Standardisierung der Ereignisse und Zustände notwendig ist, musste die Stichprobe für die Durchführung der multivariaten Analysen auf insgesamt 356 Personen reduziert werden. Dies weil zum einen für einige Personen die

## 3 Ausgangslage zum Beginn der Befragung

### 3.1 Soziodemographie

■ **Alter und Geschlecht:** Das Durchschnittsalter der befragten Personen beträgt 49 Jahre und etwas mehr als die Hälfte sind Frauen (53%). Verglichen mit der Gesamtpopulation der kontaktierten Zielpersonen sind damit Personen unter 39 Jahren in der Stichprobe leicht untervertreten, wogegen das Geschlechterverhältnis in etwa dem Verhältnis der Grundgesamtheit entspricht.

■ **Ausbildung:** Insgesamt 12 Prozent der Befragten haben keinen Abschluss auf der Sekundarstufe II vorzuweisen. Dazu zählen alle Personen, die nach der obligatorischen Schulzeit entweder keine Ausbildung oder im Rahmen einer Ausbildung ausschliesslich eine Anlehre oder ein Haushaltslehrjahr abgeschlossen haben. 64 Prozent verfügen über einen Abschluss auf der Sekundarstufe II, der Rest hat eine Tertiärausbildung (24%).

■ **Migrationshintergrund:** Von den rund 20 Prozent der Befragten mit ausländischer Nationalität haben 67 Prozent eine Niederlassungsbewilligung, 16 Prozent eine Aufenthaltsbewilligung und 17 Prozent sind Grenzgänger/innen. Etwas mehr als zwei Drittel (71%) haben weniger als die Hälfte der obligatorischen Schulzeit in der Schweiz absolviert.

■ **Erwerbseinkommen:** 18 Prozent der Befragten erzielten vor Ihrer Arbeitsabwesenheit ein monatliches Erwerbseinkommen (netto) von unter 3'000 Franken, bei 19 Prozent lag dieses zwischen 3000 und 3'999 Franken und bei 21 Prozent zwischen 4'000 und 4'999 Franken. Damit lag bei knapp zwei Dritteln das persönlich erzielte monatliche Erwerbseinkommen (netto) unter 5'000 Franken. Weitere 18 Prozent verdienten pro Monat zwischen 5'000 und 5'999 Franken. Werden die Einkommen auf ein volles Pensum standardisiert, erzielen rund die Hälfte der Befragten Löhne von unter 5'000 Franken pro Monat. Rund 9 Prozent der standardisierten Erwerbseinkommen liegen unter 3'000 Franken.

---

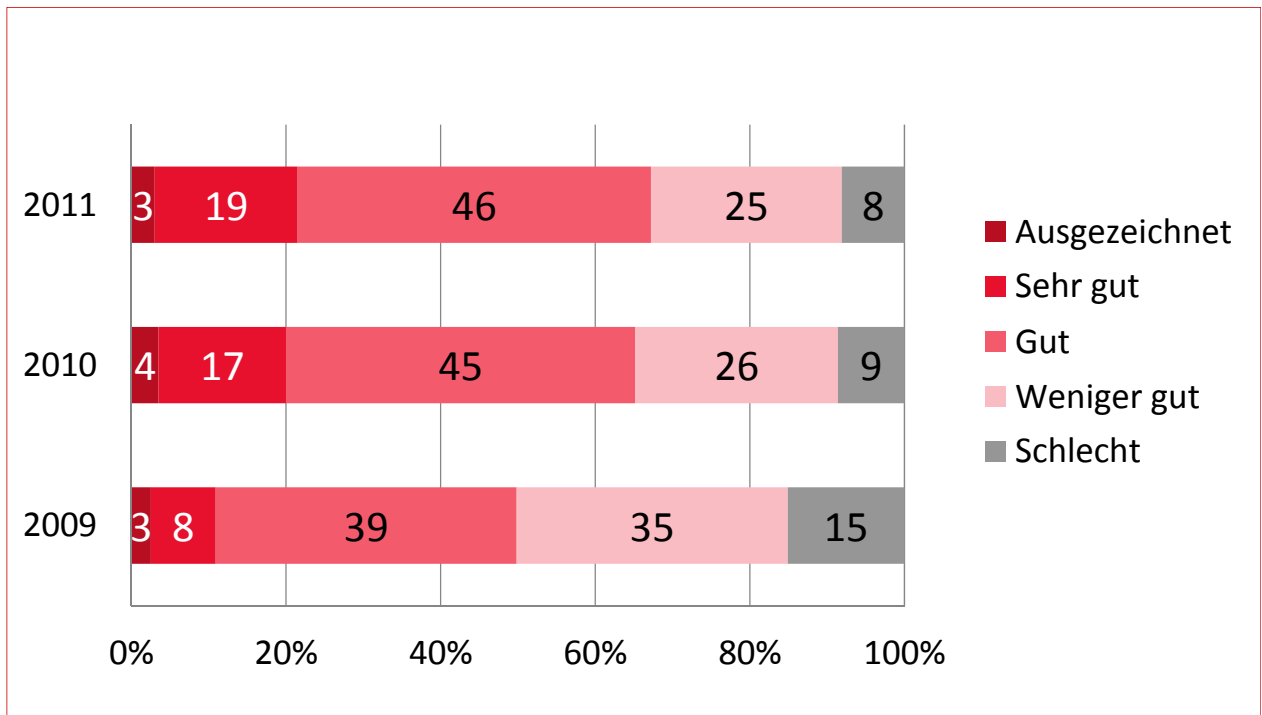
zeitlichen Angaben fehlten und zum andern für einen ein Teil der Befragten der Beginn der längeren Arbeitsabsenz weit länger zurück reicht als ursprünglich geplant.

## 3.2 Gesundheit und Arbeits- und Erwerbsfähigkeit

### Selbst wahrgenommener Gesundheitszustand

Die Hälfte der Befragten geben beim ersten Befragungszeitpunkt an, dass ihr allgemeiner Gesundheitszustand schlecht (15%) oder weniger gut (35%) sei. Die andere Hälfte stuft ihn als gut bis ausgezeichnet ein. Bis zum Ende der Beobachtungszeit (Welle 3) hat sich der selbst wahrgenommene Gesundheitszustand bei einer grossen Mehrheit verbessert. Insgesamt geben nun rund zwei Drittel an, dass ihr Gesundheitszustand gut bis ausgezeichnet sei. Zwischen der zweiten und dritten Befragungswelle sind nur noch geringfügige Veränderungen festzustellen.

Abbildung 2: Selbst wahrgenommener Gesundheitszustand (Wie ist Ihre Gesundheit im Allgemeinen?)

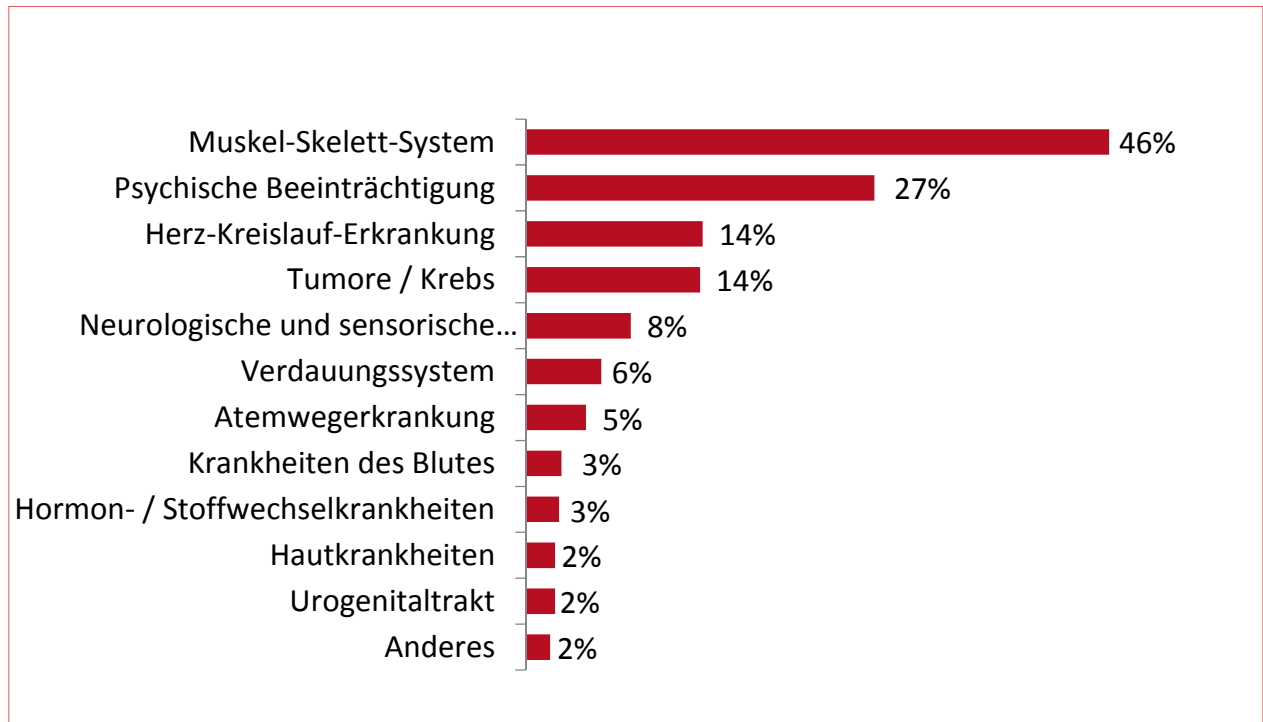


Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009, 2010, 2011); n=426, missing=21.  
Berechnungen BASS

## Erkrankungen

Bei fast der Hälfte der Befragten (46%) haben Erkrankungen des *Muskel-Skelett-Systems* von Rücken, Gliedern und anderen Körperteilen zur längeren krankheitsbedingten Arbeitsabwesenheit geführt. Bei etwas mehr als einem Viertel sind *psychische Beeinträchtigungen* für die Arbeitsabsenz zumindest mitverantwortlich (27%). An dritter Stelle rangieren gemeinsam mit je 14 Prozent der Nennungen *Herz- Kreislauf-Erkrankungen* und *Tumore/Krebs*.

Abbildung 3: Erkrankungen

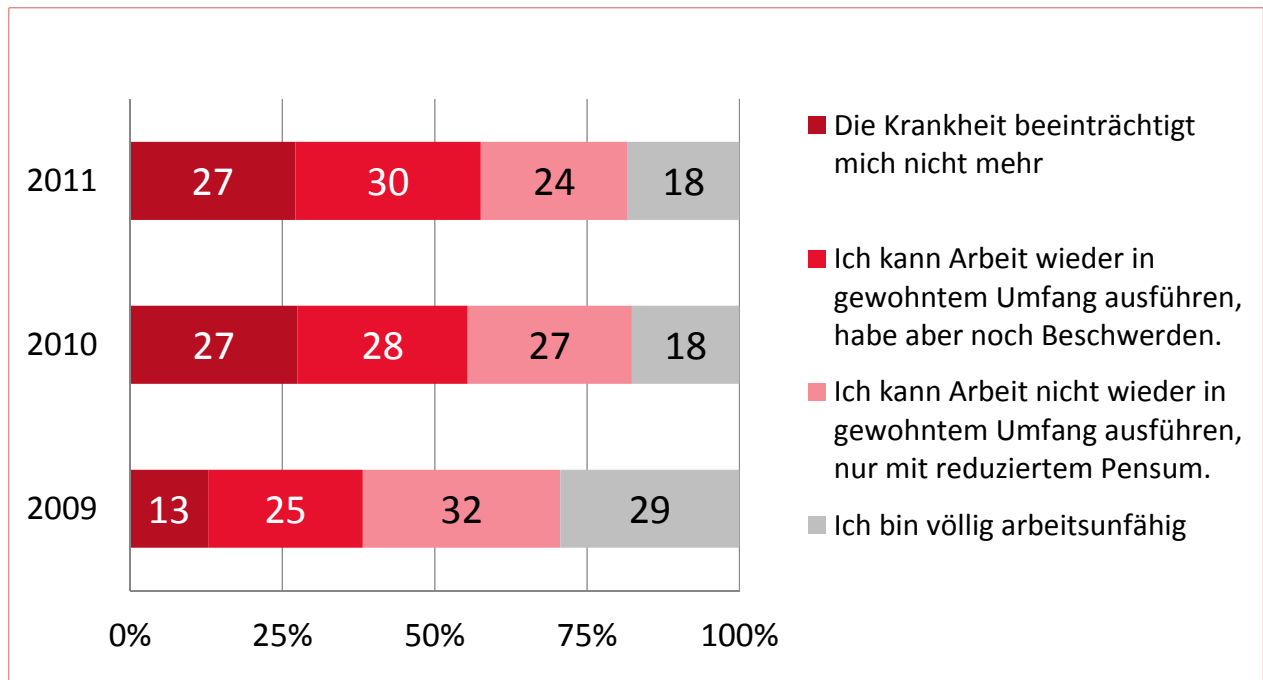


Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009); n=426.  
Berechnungen BASS

## Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit

Von den Befragten sind gemäss Selbsteinschätzung beim ersten Befragungszeitpunkt knapp ein Drittel noch völlig arbeitsunfähig und ein weiteres knappes Drittel teilweise arbeitsunfähig. Ein Viertel führt die Arbeit wieder gewohnt aus, verspürt aber noch Beschwerden. Nur gerade 14 Prozent geben an, dass sie die Krankheit nicht mehr beeinträchtigt und sie wieder in gewohntem Umfang arbeiten können. Am Ende der Beobachtungszeit sind etwas mehr als die Hälfte (55%) aus medizinischer Sicht wieder vollständig arbeitsfähig. Knapp die Hälfte dieser Personen gibt jedoch noch an, dass sie nach wie vor Beschwerden verspürten. 27 Prozent der Panelstichprobe ist nur noch teilweise arbeitsfähig und 18 Prozent vollkommen arbeitsunfähig.

Abbildung 4: Wie stark behindert Sie Ihre Krankheit bei der Arbeit?



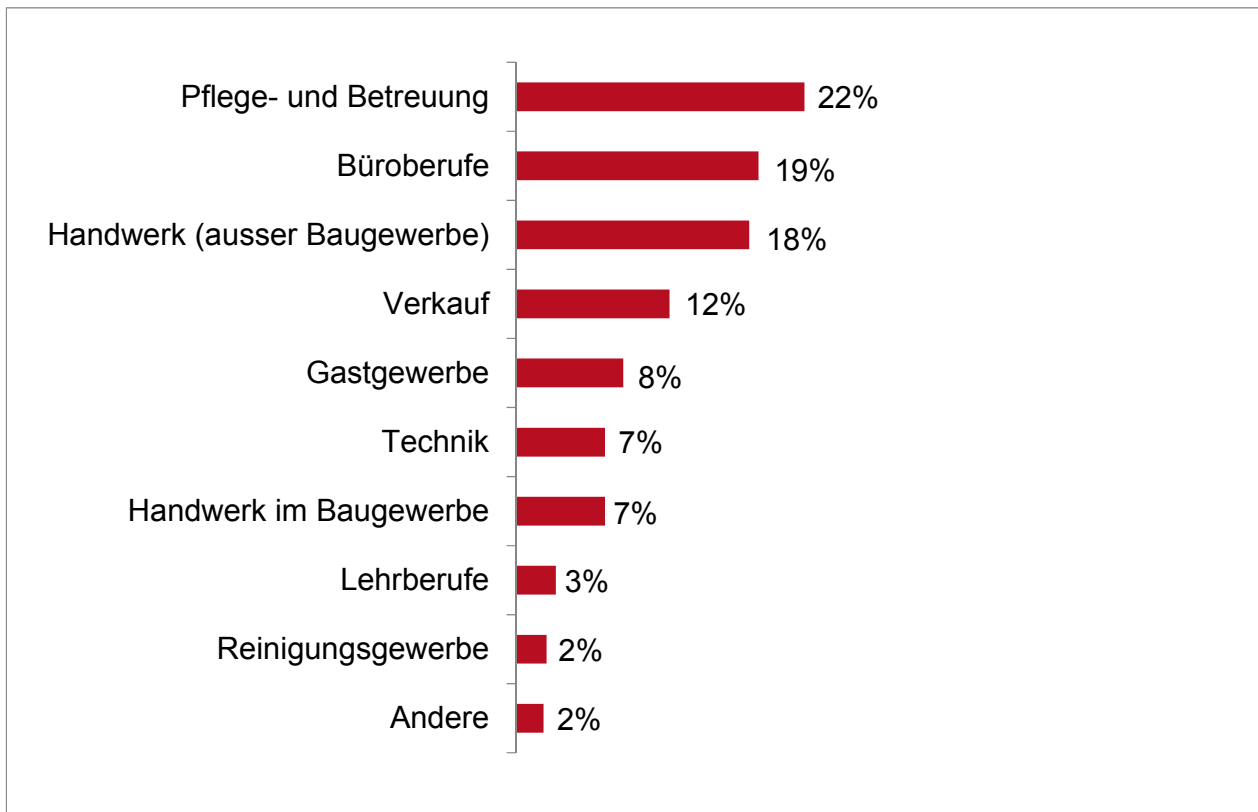
Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009, 2010, 2011); n=426, missing=28. Berechnungen BASS

### 3.3 Berufliche Situation vor der Arbeitsabsenz

Zwei Drittel der befragten Personen gingen vor ihrer Arbeitsabsenz einer Vollzeitbeschäftigung nach und der Rest arbeitete Teilzeit. Mit 63 Prozent ist eine deutliche Mehrheit zu Beginn der Arbeitsabsenz schon mehr als 5 Jahre bei demselben Arbeitgeber tätig. Gut ein Viertel (27%) ist zwischen einem und fünf Jahren und 10 Prozent weniger als ein Jahr im Betrieb. Knapp ein Viertel der Befragten ist bei einem Kleinbetrieb mit weniger als 20 Beschäftigten angestellt (24%), ein Drittel bei einem solchen mit 20 bis 99 Beschäftigten, ein Viertel bei einem Betrieb zwischen 100 und 499 Mitarbeitenden und der Rest (16%) bei einem Grossbetrieb mit 500 oder mehr Beschäftigten.

Die Zusammensetzung des Samples ist bezüglich der *Zugehörigkeit zum Berufsbereich*, in dem die Befragten sich vor der krankheitsbedingten Arbeitsabsenz tätig gewesen sind, sehr heterogen. Mit 22 Prozent bilden die Personen in Pflege- und Betreuungsberufen (Gesundheit, Körperpflege, Sozialberich) die grösste Gruppe. Knapp dahinter folgt mit 19 Prozent die Gruppe von Angestellten, die in Büroberufen tätig sind (kaufmännisch, Verwaltung, EDV, Informatik u.ä.). Personen mit handwerklichen Berufen (ausser Baugewerbe) sind mit 18 Prozent vertreten. Die weiteren Bereich und deren Anteile sind aus der nachfolgenden Grafik ersichtlich.

Abbildung 5: Tätigkeits- bzw. Berufsbereiche vor Arbeitsabsenz



Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009); n=426, missing=2. Berechnungen BASS

Insgesamt geben rund 27 Prozent der Befragten an, dass sie *vorwiegend geistig*, rund 29 Prozent, dass sie *vorwiegend körperlich* und der Rest (44%), dass sie etwa *gleichermaßen geistig und körperlich* tätig waren.

Bezüglich der *beruflichen Stellung* sind 6 Prozent der Befragten dem höheren und 25 Prozent, dem mittleren/unteren Kader mit Führungsfunktionen zuzuordnen. 60 Prozent sind Angestellte ohne Führungsfunktionen und 5 Prozent arbeiteten als Aushilfe oder Hilfskräfte.

Knapp zwei Drittel (63%) der Befragten sind der Meinung, dass für Personen, die keine gesundheitlichen Probleme haben, die *psychische und nervliche Belastung* bei ihrer angestammten Arbeit gross oder eher gross ist. 37 Prozent erachten sie als gering oder sehr gering. In Bezug auf die *körperliche Belastung* bei ihrer Arbeit geben 53 Prozent der Befragten an, dass diese für Personen ohne gesundheitliche Probleme gross oder eher gross ist. 47 Prozent erachten sie als gering oder sehr gering.

Ein Drittel der Befragten glaubt, dass bei ihrer Arbeit sowohl die *psychische* als auch die *körperliche Belastung* für Personen ohne gesundheitliche Probleme gross ist. 29 Prozent führen gemäss ihrer Einschätzung eine Tätigkeit mit einer grossen psychischen aber geringen körperlichen Belastung aus. 20 Prozent beurteilen ausschliesslich die körperliche Belastung ihrer Arbeit als gross. Insgesamt 18 Prozent sind der Meinung, dass bei Ihrer Arbeit sowohl die körperliche als auch die psychische Belastung gering ist.

Ein Drittel der Befragten beurteilen ihre *Arbeitsumgebung* zum Zeitpunkt unmittelbar vor der Arbeitsabwesenheit insgesamt positiv, fast die Hälfte eher positiv und etwa ein Fünftel eher oder ganz negativ. Im Index zur Beurteilung der Arbeitsumgebung sind Informationen zur Atmosphäre am Arbeitsplatz, zum Zusammengehörigkeitsgefühl und zu den Beziehungen zu Kolleg/innen sowie Vorgesetzten enthalten.

Etwa ein Drittel der Befragten hat oder hatte während der Arbeitsabwesenheit sehr stark oder ziemlich *Angst*, den Arbeitsplatz zu verlieren, etwa ein Drittel eher nicht und das letzte Drittel überhaupt nicht. Knapp die Hälfte

(46%) ist der Meinung, dass es bei einem Verlust des Arbeitsplatzes für sie sehr schwer wäre, wieder eine gleichwertige Stelle zu finden und ein Drittel erachtet dies als eher schwer.

Die Hälfte der Befragten war vor der Arbeitsabwesenheit mit der Arbeit ausserordentlich oder sehr zufrieden und 30 Prozent zumindest ziemlich zufrieden. Nur gerade 8 Prozent waren mit ihrer Arbeit ziemlich, sehr oder ausserordentlich unzufrieden.

## 4 Ressourcen und Belastungen und soziale Unterstützung

Dem mikrosoziologischen Wirkungsmodell folgend wurden im Rahmen der Befragung Informationen zu Ressourcen und Belastungen aus folgenden Dimensionen erhoben:

- Personale Ressourcen und Belastungen
- Soziale Ressourcen
- Unterstützung durch Arbeitgebende und Institutionen

### 4.1 Personale Ressourcen und Belastungen

Die personalen Ressourcen wurden mit Hilfe von gängigen Indizes abgefragt. Folgende Merkmale zum Befinden der Arbeitnehmenden wurden erhoben:

- Mastery-Skala;
- Index zur psychischen Belastung;
- Coping-Strategien;
- Index zur intrinsischen Arbeitsmotivation;
- Zufriedenheit (mehrdimensional).

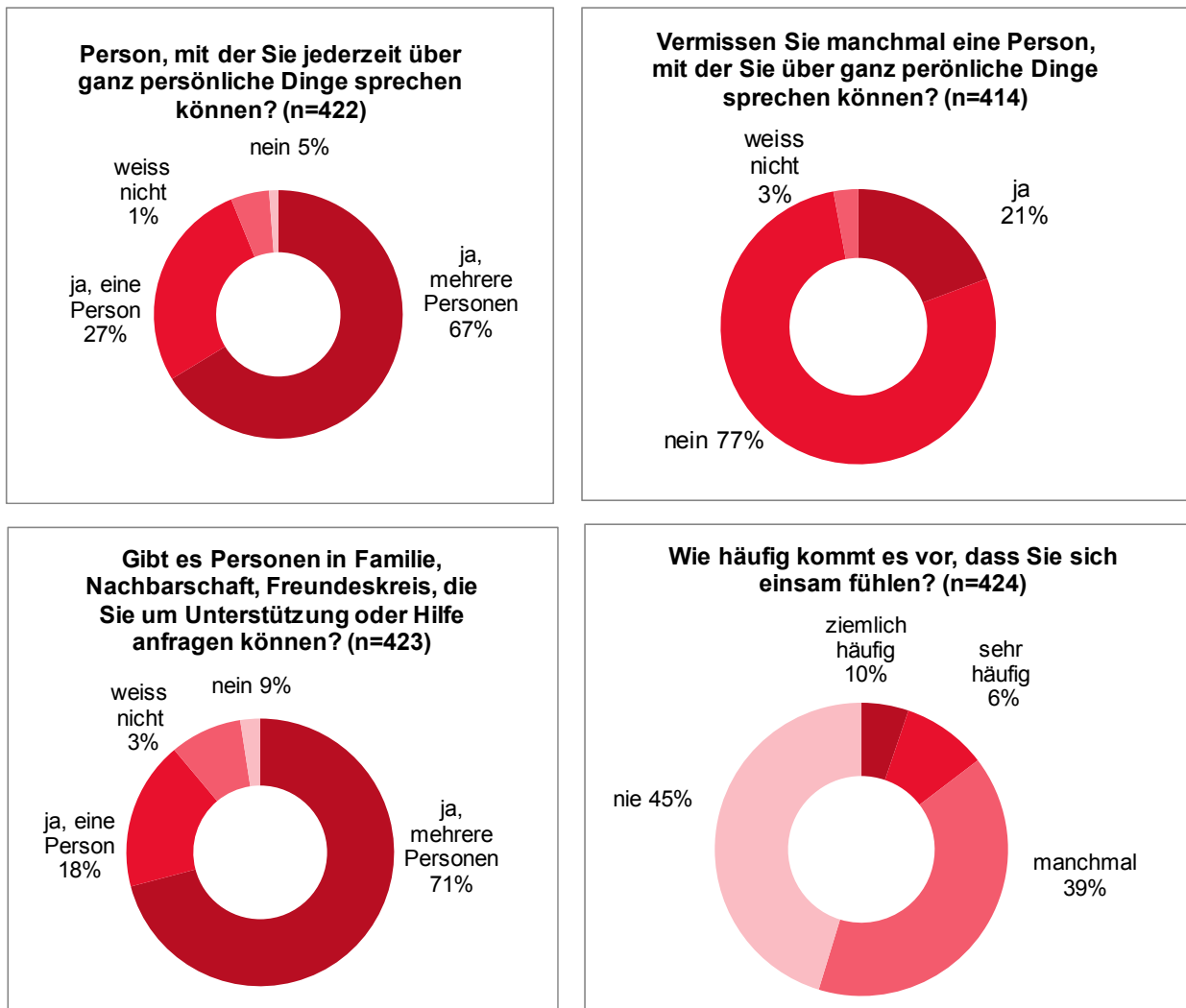
Zum Zeitpunkt der ersten Befragung verfügen 79 Prozent der Arbeitnehmenden über ein hohes Kontrollniveau, 17 Prozent über ein mittleres Niveau und nur 4 Prozent über wenig Kontrolle über ihr Leben. Rund die Hälfte der Population ist gemäss dem Index zur psychischen Belastung in guter Verfassung. Ein Viertel hat aus einer klinischen Sicht schwerwiegende psychische Probleme. Die psychische Stabilität der restlichen Personen ist fragil. Die unterschiedlichen Bewältigungsstrategien wurden mit Hilfe einer Faktoranalyse in drei Dimensionen – problemorientiertes, vermeidungsorientiertes und emotionales Coping - mit jeweils vier Items zusammengefasst. Bei den Coping-Variablen handelt es sich um Durchschnittsindizes, die Werten zwischen 1 und 5 annehmen können. Der Index des problemorientierten Copings beträgt im Durchschnitt 3.7 und liegt damit deutlich über der Skalenmitte von 3. Die Indizes der vermeidungsorientierten und der emotionalen Bewältigungsstrategie erreichen Durchschnittswerte von 2.7 respektive 2.6. Nur 2 von rund 400 Personen weisen eine tiefe intrinsische Arbeitsmotivation auf. 70 Prozent der untersuchten Population sind stark intrinsisch motiviert. Deutlich übervertreten in dieser Gruppe sind Personen mit höherer Ausbildung, mit höheren Einkommen und in höheren beruflichen Positionen.

### 4.2 Soziale Unterstützung

In **Abbildung 6** sind vier Merkmale aufgeführt, welche die soziale Vernetzung der gesundheitsgefährdeten Arbeitnehmenden zum Zeitpunkt der ersten Befragung widerspiegeln. Es kann festgehalten werden, dass der Anteil der Personen, die über keine sozialen Kontakte respektive keine Unterstützung verfügen, eher klein ist. Nur 5 Prozent der Befragten verfügen über keine Person, mit der sie über ganz persönliche Dinge sprechen können (=emotionale Unterstützung). Im sozialen Umfeld von 9 Prozent der Arbeitnehmenden gibt es keine Person, die sie um Hilfe anfragen könnten (=praktische Unterstützung). Hingegen fühlen sich rund 16 Prozent der Betroffenen ziemlich oder sehr häufig einsam. Deutlich mehr Ressourcen zur Verfügung haben insbesondere Personen mit besserer Ausbildung und höheren Einkommen.



Abbildung 6: Soziale Ressourcen und Belastungen



Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009).  
Berechnungen BASS

### 4.3 Arbeitsumgebung

Im Rahmen der Erstbefragung wurden Informationen zum Betriebsklima zum Zeitpunkt vor Beginn der längeren Phase der Arbeitsunfähigkeit gesammelt. Der Indikator besteht aus 6 Items und kann Werte zwischen 1 (sehr positiv) und 4 (sehr negativ) annehmen und besteht aus 6 Items:

- Die Atmosphäre an meinem Arbeitsplatz war ruhig und angenehm.
- Das Zusammengehörigkeitsgefühl war stark.
- Meine Arbeitskolleg/innen unterstützen mich.
- Personen in meinem Arbeitsumfeld zeigten Verständnis, wenn ich einmal einen schlechten Tag hatte.
- Ich verstand mich gut mit meinen Vorgesetzten.
- Ich verstand mich gut mit meinen Arbeitskollegen.

Der durchschnittliche Wert liegt bei 3.15 (n=402). Insbesondere bei Personen mit tiefer Ausbildung ist der Wert signifikant tiefer.

## 5 Interventionen

### 5.1 Betriebliches Gesundheitsmanagement und Verhalten der Arbeitgebenden

■ **Gesundheitsprävention:** 22 Prozent der Befragten sind der Meinung, dass ihr Arbeitgeber, bei dem die Arbeitsabsenz aufgetreten ist, im Allgemeinen sehr viel und 39 Prozent etwas unternimmt, um die Gesundheit der Mitarbeitenden bei der Arbeit *präventiv* zu schützen. Der Rest findet, dass in dieser Hinsicht vom Arbeitgeber «nicht sehr viel» (28%) oder «nichts» (12%) unternommen wird.

■ **Ansprechpersonen:** Mehr als die Hälfte der Befragten (57%) geben an, dass es in ihrer Firma *keine* Person oder Abteilung gibt, die sich speziell um Mitarbeitende kümmert, die wegen gesundheitlichen Problemen nicht voll arbeiten können. In Betrieben, wo dies geregelt ist, sind es in der Hälfte (50%) die direkten Vorgesetzten, die diese Aufgabe wahrnehmen. Beim Rest ist entweder eine spezialisierte Abteilung innerhalb (32%) oder ausserhalb des Betriebs (18%) dafür zuständig.

Der relativ hohe Anteil an Betrieben, die die Betreuung von gesundheitlich angeschlagenen Mitarbeitenden nicht geregelt haben, dürfte eine Erklärung dafür sein, weshalb sich bei 35 Prozent der Befragten während der längeren Arbeitsabwesenheit niemand vom Betrieb gemeldet hat, um sich über deren Grund der Arbeitsabwesenheit zu erkundigen. Hat sich jemand gemeldet, geschah dies bei zwei Dritteln (67%) innerhalb der ersten zwei Wochen nach Beginn der Arbeitsabwesenheit.

■ **Persönliche Beratung:** Eine *persönliche Beratung* zur Rückkehr an den Arbeitsplatz von einer verantwortlichen Person innerhalb oder mit einem Mandat ausgestatteten Person ausserhalb des Betriebs wurde rund 27 Prozent der Befragten angeboten. 11 Prozent haben an den angebotenen Beratungen nicht teilgenommen. Fand ein erstes Treffen statt, hat dies bei rund der Hälfte (51%) innerhalb des ersten Monats nach Beginn der Arbeitsabwesenheit stattgefunden. Beim Rest der Befragten fanden die Erstgespräche im zweiten (12%), dritten (16%) oder im vierten Monat oder später (22%) statt.

■ **Wiedereingliederungsplan und Massnahmen:** 20 Prozent der Befragten haben im Verlauf ihrer Arbeitsabwesenheit mit jemandem aus dem Betrieb einen *Wiedereingliederungsplan* mit konkreten Massnahmen erstellt. Zum Befragungszeitpunkt der ersten Welle sind 24 Prozent *versuchsweise frühzeitig an ihren Arbeitsplatz* zurückgekehrt, 20 Prozent haben diese Massnahme besprochen, jedoch verworfen oder (noch) nicht umgesetzt. Bei 12 Prozent der Befragten wurde der *Arbeitsplatz*, bei 20 Prozent die *Arbeitsfähigkeit* und bei 29 Prozent das *Arbeitspensum* angepasst. Für 5 Prozent der Befragten wird eine *neue Stelle* innerhalb des Betriebs gesucht und 2 Prozent sollen nach einer *Umschulung* weiter im Betrieb beschäftigt werden.

■ **Zufriedenheit:** Etwas mehr als die Hälfte ist mit der erhaltenen Unterstützung durch den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin entweder ziemlich (20%), sehr (22%) oder ausserordentlich (11%) *zufrieden*. 20 Prozent sind weder zufrieden noch unzufrieden. Die restlichen 27 Prozent sind entweder ziemlich, sehr oder ausserordentlich *unzufrieden*.

### 5.2 Invalidenversicherung

#### 5.2.1 Früherfassung

Von knapp zwei Dritteln (65%) der Befragten hat die Invalidenversicherung innerhalb des Beobachtungszeitraums eine Meldung zur Früherfassung erhalten. Von Personen mit einer Tertiärbildung geschieht dies deutlich weniger oft (51%). Werden diejenigen Personen ausgeschlossen, die über die Invalidenversicherung rekrutiert wurden, beträgt die Melderate bei der Früherfassung 58%. Knapp 30 Prozent haben die Meldung selber gemacht oder zumindest gemeinsam mit jemand anderem. 30% wurde durch die Taggeldversicherer, 18 Prozent durch den Arbeitgeber und 16 Prozent durch den behandelnden Arzt oder die behandelnde Ärztin angemeldet. Beim Rest waren andere Institutionen oder Personen beteiligt. 23 Prozent der Personen, die die Meldung nicht selber

gemacht haben, geben an, dass sie vorgängig *nicht* informiert wurden. Etwa derselbe Anteil dieser Personen war mit der Anmeldung nicht oder nur teilweise einverstanden (24%).

Bei knapp 40 Prozent der Betroffenen wurde die Anmeldung innerhalb der ersten zwei Monate nach Beginn der Arbeitsabwesenheit eingereicht und bei weiteren 14 Prozent im dritten Monat. In einem von zehn Fällen erfolgte die Meldung erst nach mehr als einem Jahr nach Beginn der Arbeitsabwesenheit.

In 9 von 10 Fällen (92%) traf die Meldung zur Früherfassung bei der Invalidenversicherung noch während der Anstellung beim Arbeitgebenden ein, bei dem die Arbeitsabsenz aufgetreten ist. Bei 4 von 10 Personen (39%) konnte die Anstellung erhalten werden.

8 von 10 Personen (83%) mit einer Meldung bei der Früherfassung haben sich in der Folge bei der Invalidenversicherung angemeldet. Nur gerade 4 Prozent geben an, dass sie trotz der Aufforderung, sich anzumelden, dies nicht gemacht haben.

Zwischen dem Meldeverhalten bei der Früherfassung und dem Gesundheitszustand bestehen signifikante Zusammenhänge. Von Personen, die zum Zeitpunkt der Erstbefragung noch Beschwerden hatten und in ihrer Arbeitsfähigkeit zumindest teilweise eingeschränkt waren, hat die Invalidenversicherung deutlich öfters ein Meldung zur Früherfassung erhalten.

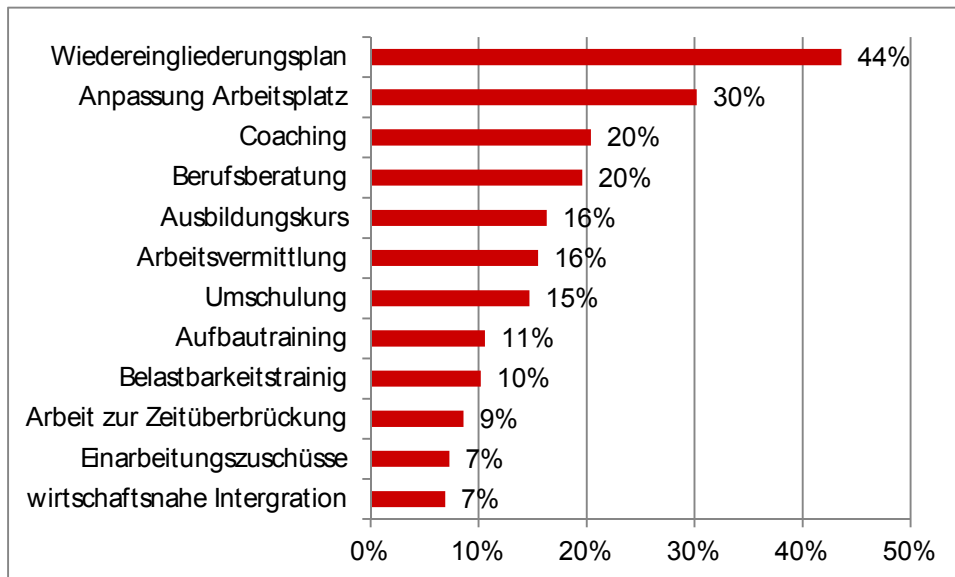
## 5.2.2 Anmeldung und Umsetzung von Massnahmen

■ **Anmeldung:** Von allen befragten Personen haben sich im Verlauf des Beobachtungszeitraums 58 Prozent bei der Invalidenversicherung angemeldet. Nur gerade 5 Prozent dieser Personen gibt an, dies direkt und ohne vorher eine Meldung zur Früherfassung gemacht zu haben. Auch unter Kontrolle des Gesundheitszustands und der Gesamtdauer der Arbeitsunfähigkeitsphase melden sich Personen mit einer Tertiärausbildung, Personen mit Kaderfunktionen und mit höheren Einkommen signifikant weniger häufig an als der Rest der Befragten. Personen mit hoher psychischer Belastung hingegen melden sich bei der Invalidenversicherung überdurchschnittlich oft an. Des Weiteren scheinen Betriebe, die über ein Gesundheitsmanagementsystem verfügen öfters mit der Invalidenversicherung zusammenzuarbeiten als solche, die keine solchen Systeme kennen.

■ **Durchgeführte Massnahmen:** 44 Prozent der Befragten geben an, dass sie zusammen mit der Invalidenversicherung einen Wiedereingliederungsplan erstellt haben. Bei 30 Prozent der von der Invalidenversicherung betreuten Personen wurden Massnahmen zur Anpassung des Arbeitsplatzes getroffen, je 20 Prozent erhielten ein Coaching oder eine Beratung bei Berufsberatung. Die weiteren Massnahmen und deren Verbreitung sind in **Abbildung 7** ersichtlich.

■ **Berentung:** 39 Prozent der Personen, die sich im Verlauf der Beobachtungsperiode bei der Invalidenversicherung angemeldet haben, erhalten zum Ende dieser Zeit eine Rente. Dies entspricht einer Rentenbezugsquote über das gesamte Sample von 23 Prozent. Knapp die Hälfte dieser Personen erhält eine Vollrente (49%), 7 Prozent eine Dreiviertel-, 27 Prozent eine Halbe- und 16 Prozent eine Viertelrente.

Abbildung 7: Von der Invalidenversicherung durchgeführte Massnahmen. Anteilswerte



Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009, 2010, 2011); n=426, Berechnungen BASS

#### ■ **Wahrgenommener Beitrag der Invalidenversicherung zur erfolgreichen Wiedereingliederung**

Etwas mehr als ein Drittel der Personen, welche ihre Stelle behalten konnten, sind der Meinung, dass die Invalidenversicherung etwas (29%) oder sogar sehr viel (8%) zum Stellenerhalt beigetragen hat. Von den Personen, die ihren angestammten Arbeitsplatz verloren haben und anschliessend wieder eine neue Stelle gefunden haben, sind 40 Prozent der Meinung, dass die Invalidenversicherung einen grossen (23%) oder zumindest einen geringen Beitrag zur erfolgreichen Stellensuche geliefert hat.

■ **Zufriedenheit:** Etwas weniger als die Hälfte gibt an, dass sie mit der erhaltenen Unterstützung von der IV ziemlich (17%), sehr (16%) oder ausserordentlich (11%) *zufrieden* ist. Ein Fünftel (21%) ist eher geteilter Meinung («teils, teils» zufrieden). Das restliche Drittel ist mit der erhaltenen Unterstützung ziemlich (10%), sehr (6%) oder ausserordentlich (20%) *unzufrieden*. Insgesamt sinkt die Zufriedenheit mit der Unterstützung der Invalidenversicherung mit fortlaufender Dauer. So ist rund ein Drittel der Personen, die im Rahmen der ersten Welle mit der erhaltenen Unterstützung mindestens teilweise zufrieden war in der darauffolgenden zweiten Befragung ziemlich bis ausserordentlich unzufrieden.

■ **Wirkung:** Multivariate Analysen deuten darauf hin, dass Personen mit einer vollen oder teilweisen Arbeitsfähigkeit auf Stellensuche mit Hilfe der Arbeitsvermittlung der IV eher eine Anstellung finden als vergleichbare Personen, welche sich nicht bei der Invalidenversicherung angemeldet haben.

### 5.3 Krankentaggeldversicherung

Gut 62 Prozent der Befragten geben im Rahmen der ersten Befragung an, dass sich im Verlauf der Arbeitsabwesenheit jemand von der Krankentaggeldversicherung mit ihnen in Verbindung gesetzt hat. 30 Prozent der Kontaktaufnahmen fanden im ersten Monat, 30 Prozent im zweiten, 26 Prozent im dritten und 16 Prozent im vierten Monat oder später nach Eintreten der Arbeitsunfähigkeit statt. 28 Prozent der von den Krankentaggeldversicherern kontaktierten Personen wurde eine persönliche Beratung zur Unterstützung bei der Rückkehr an den Arbeitsplatz angeboten. Bei 75 Prozent dieser Personen fand bis zum Befragungszeitpunkt schon mindestens ein Gespräch statt, 22 Prozent haben eine Beratung abgelehnt. Wurde ein Treffen vereinbart, fand dieses bei 13 Prozent im ersten Monat, bei 21 Prozent im zweiten Monat, bei 40 Prozent im dritten Monat und bei den restlichen 26 Prozent im vierten Monat oder später nach Beginn der Arbeitsabwesenheit statt.

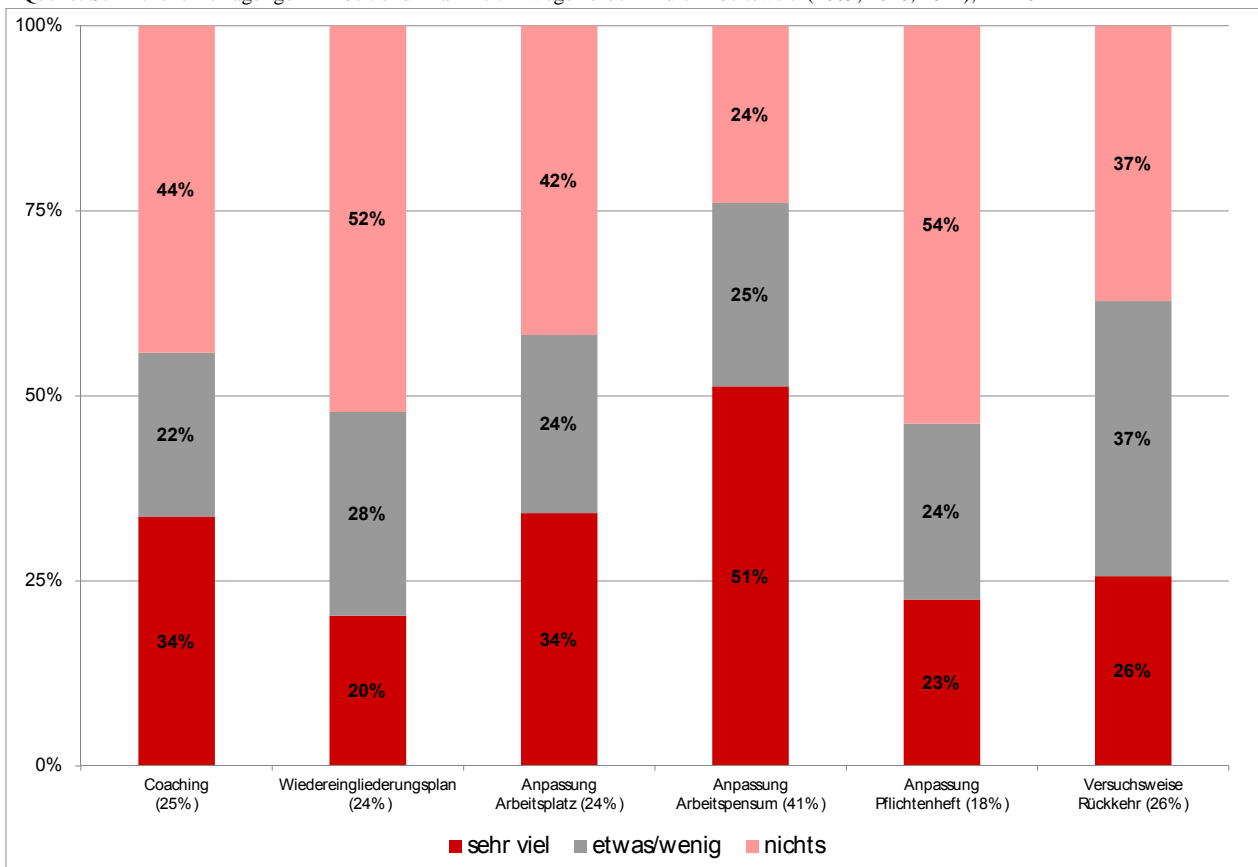
Etwas mehr als die Hälfte sind mit der von der Krankentaggeldversicherung erhaltenen Unterstützung ziemlich (29%), sehr (21%) oder ausserordentlich (7%) zufrieden. 29% ist eher geteilter Meinung («teils, teils» zufrieden). Die restlichen 13 Prozent sind ziemlich (7%), sehr (3%) oder ausserordentlich (3%) unzufrieden.

## 5.4 Durchgeführte Massnahmen zur Wiedereingliederung

Bei 41 Prozent der Personen, bei denen die Wiedereingliederung erfolgreich verlief, konnte eine Anpassung des Arbeitspensums vorgenommen werden. Damit ist diese Massnahme deutlich die häufigste unter den sonst noch durchgeführten. Gleichzeitig wird die Anpassung des Pensums von den Betroffenen als diejenige Massnahme bezeichnet, die am meisten zur erfolgreichen Wiedereingliederung beigetragen hat (vgl. **Abbildung 8**).

Abbildung 8: Beurteilung der durchgeführten Massnahmen bei erfolgreicher Wiedereingliederung («Wie viel hat die folgende Massnahme dazu beigetragen, dass sie rascher oder überhaupt wieder Arbeiten konnten?»)

Bemerkung: In Klammer der Anteil der erfolgreich eingegliederten Personen, bei der die entsprechende Massnahme durchgeführt wurde.  
Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009, 2010, 2011); n=426



Berechnungen BASS

## 5.5 Koordination der Unterstützung

Etwas mehr als die Hälfte der Befragten (52%) hatte zum Zeitpunkt der ersten Befragung während der gesamten Dauer der ersten Arbeitsabwesenheit eine *konstante Ansprechperson*, die sie beraten und unterstützt hat. Am häufigsten stammte diese aus dem privaten Umfeld (29%), gefolgt von einer vom Betrieb beauftragten Person (21%).

Bei etwas mehr als einem Viertel der Befragten (29%) kümmerte sich eine spezifische Person (bspw. Case Manager) explizit um ein *koordiniertes Vorgehen* der verschiedenen involvierten Stellen. Mit 35 Prozent am häufigsten stammte diese aus dem Betrieb oder aus einer privaten Beratungsstelle, die in dessen Auftrag handelte. In 20 Prozent der Fälle hat ein/e Case Manager/in von der Taggeldversicherung diese Aufgabe übernommen. Des

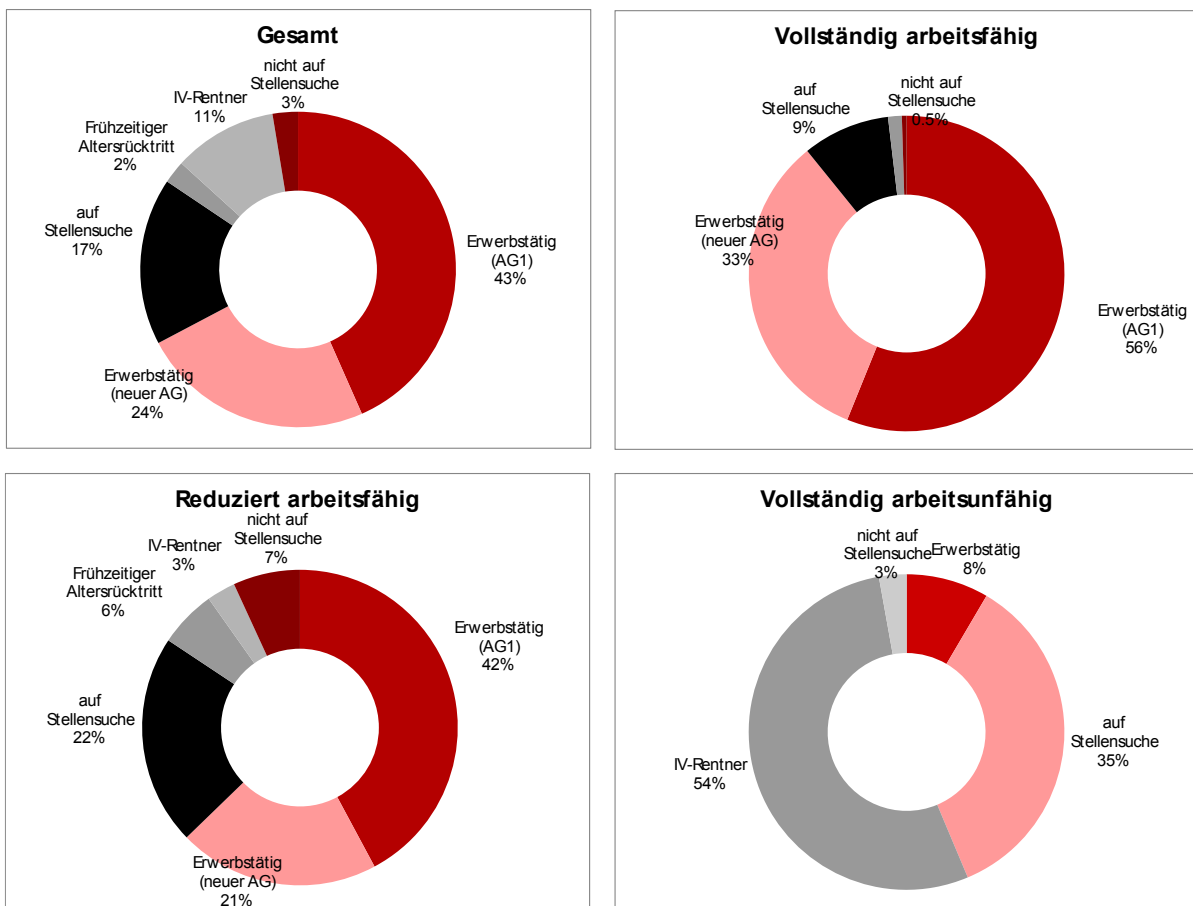
Weiteren werden das private Umfeld (14%), Ärzte und Ärztinnen (12%) und die Invalidenversicherung (9%) genannt.

## 6 Erwerbsintegration zum Zeitpunkt der dritten Befragung

Abbildung 9 zeigt, dass zum Zeitpunkt der dritten Befragung vom gesamten Sample insgesamt zwei Drittel noch erwerbstätig sind. 17 Prozent sind auf Stellensuche. Der Rest bezieht entweder eine Invalidenrente (11%), ist frühzeitig zurückgetreten (2%) oder hat sich aus dem Erwerbsleben zurückgezogen (3%). Eine Unterteilung des Samples nach der Arbeitsfähigkeit zeigt sehr deutlich, dass vor allem diejenigen Personen Mühe haben, den Weg zurück in die Arbeitswelt zu finden, welche sich nicht vollständig regenerieren. Dabei zeigt die Grafik sehr deutlich, wie wichtig der Stellenerhalt gerade für diese Personen ist. Nur jede zweite Person, die ihren Arbeitsplatz verliert und die volle Leistungsfähigkeit nicht wieder erlangt, findet wieder eine neue Stelle. Bei den vollständig Genesenen sind es immerhin 3 von 4 Personen, die eine neue Stelle angetreten haben.

Im Rahmen der multivariaten Analysen soll nun geklärt werden, welche Faktoren dazu beitragen können, eine erfolgreiche Wiedereingliederung zu ermöglichen.

Abbildung 9: Erwerbsstatus zum Zeitpunkt der 3. Welle nach Arbeitsfähigkeit



Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2011); ohne Personen im ordentlichen Rentenalter; n=403, missing=18.  
Berechnungen BASS

## 7 Verhinderung von beruflicher Desintegration

Mit Hilfe von binär logistischen Regressionen<sup>2</sup> werden im Rahmen dieses Kapitels die Ergebnisse der multivariaten Analysen vorgestellt. Es handelt sich dabei um drei Regressionen mit unterschiedlichen zu erklärenden Grössen:

- **Regression 1 «Stellenerhalt»:** Wovon hängt es ab, dass jemand 30 Monate nach dem Beginn der Arbeitsunfähigkeitsphase immer noch bei demselben Arbeitgeber beschäftigt ist? (Stellenerhalt geglückt [ja/nein])
- **Regression 2 «Stellensuche»:** Wenn die Stelle nicht erhalten werden konnte: Wovon hängt ab, dass jemand wieder eine neue Stelle findet? (erfolgreiche Stellensuche [ja/nein])
- **Regression 3 Erwerbsstatus:** Wovon hängt es ab, dass jemand 30 Monate nach dem Beginn der Arbeitsunfähigkeitsphase noch erwerbstätig ist? (angestellt oder selbstständig [ja/nein])

In **Abbildung 10** sind die für die Regressionsanalysen verwendeten erklärenden Grössen aus den verschiedenen Dimensionen des verwendeten Arbeitsmodells aufgeführt.

Grundsätzlich spielen die Art der Krankheit (Diagnose), der Gesundheitszustand und deren Wiederherstellung für einen erfolgreichen Verlauf der Wiedereingliederung eine entscheidende Rolle. Wer aufgrund von gesundheitlichen Problemen die Fähigkeit zur Verrichtung jeglicher Arbeit verliert, kann auch mit der besten Unterstützung nicht mehr in den Erwerbsprozess eingegliedert werden. Diesen Umstand berücksichtigen die von uns durchgeführten Analysen, indem einerseits für den Gesundheitszustand und andererseits für die Entwicklung der Arbeitsfähigkeit während des gesamten Beobachtungszeitraums statistisch kontrolliert wird. Dies bedeutet, dass die Wirkungen der in den Regressionsgleichungen verwendeten Ressourcen und Belastungen auf die Wiedereingliederung unabhängig vom Gesundheitszustand und deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit ermittelt werden können.

---

<sup>2</sup> Die logistische Regressionsanalyse kann immer dann eingesetzt werden, wenn es darum geht, Gruppenunterschiede zu erklären oder Gruppenzugehörigkeiten zu prognostizieren. Im Fall der binären logistischen Regressionsanalyse ist die abhängige Gruppenvariable dichotom, d.h. sie kann zwei Ausprägungen annehmen. Bei der Erklärung von Gruppenunterschieden geht es darum, Variablen zu identifizieren, die diese Unterschiede produzieren und die Stärke und Richtung ihres Einflusses zu bestimmen. Verteilungsannahmen sind für die logistische Regressionsanalyse nicht erforderlich. Zwischen den Prädiktoren sollte keine Multikollinearität vorliegen, da sonst verzerrte Schätzungen und erhöhte Standardfehler auftreten können (vgl. dazu bspw. Eckstein 1999)



Abbildung 10: Verwendete erklärende Grössen für die multivariaten Modelle

<b>Dimension</b>	<b>Variable</b>	<b>Ausprägung</b>
<b>Soziodemographischer und -ökonomischer Status</b>	Geschlecht	Männer (Ref.) Frauen
	Alter	Alter Alter quadriert
	Ausbildung	keine Ausbildung auf Sek II Ausbildung auf Sek II (Ref.) Tertiärausbildung
	Nationalität	Schweizer/innen (Ref.) Ausländer/innen
	Haushaltsgrösse	Anzahl Haushaltsmitglieder
	Stand. Nettoerwerbseinkommen vor Beginn AUF	< 3000 3000 bis 6999 (Ref.) ≥ 7000
	Berufliche Stellung vor Beginn AUF	Ohne Führungsfunktion (Ref.) Mittleres Kader Oberes Kader
<b>Gesundheitszustand</b>	Gesundheitszustand (W1)	mindestens gut (Ref.) (sehr) schlecht
	Krankheitsbild (W1)	Somatische Erkrankung(en) (Ref.) Psychische Erkrankung
	Komorbidität (W1)	Anzahl Krankheiten
	Chronische Krankheit (W2)	nicht vorhanden (Ref.) vorhanden
	Krankheitsbedingte Abwesenheiten 12 Monate vor Beginn AUF	nie (Ref.) 1 bis 2 Mal mehr als 3 Mal
<b>Entwicklung Arbeitsfähigkeit</b>	Vollkommen arbeitsunfähig	Anzahl Monate (0 bis 30)
	Teilweise arbeitsfähig	Anzahl Monate (0 bis 30)
<b>Soziale und interne Ressourcen</b>	Praktische Unterstützung (W1)	keine Person vorhanden (Ref.) mind. 1 Person vorhanden
	Psychische Belastung (W1)	hoch (Ref.) mittel niedrig
	Intrinsische Arbeitsmotivation (W1)	mittel (Ref.) hoch
<b>Arbeitsumgebung</b>	Rechtsform AG1	Privatwirtschaftlicher Betrieb (Ref.) Öffentlich-rechtlicher Betrieb Staatlicher Betrieb weiss nicht
	Unternehmensgrösse AG1	Anz. Mitarbeiter weniger als 20 (Ref.) Anz. Mitarbeiter 20 bis 99 Anz. Mitarbeiter 100 bis 499 Anz. Mitarbeiter 500 und mehr weiss nicht
	Berufsgruppe AG1	White Collar (Ref.) Blue Collar
	verankertes Gesundheitsmanagement AG1 *	nicht vorhanden (Ref.) vorhanden
	Betriebszugehörigkeit AG1	< 1 Jahr (Ref.) 1 - 5 Jahre über 5 Jahre
	Arbeitsklima AG1	Index 1 (negativ) bis 4 (positiv)
<b>Konkrete Unterstützungsmaßnahmen</b>	Wiedereingliederungsplan vor Verlust AG1	kein Wiedereingliederungsplan (Ref.) Plan wurde erstellt
	Wiedereingliederungsmaßnahmen ** vor Verlust AG1	keine Massnahmen (Ref.) Massnahmen wurden umgesetzt
	koordiniertes Vorgehen durch jemanden (bspw. Case Manager/in) gewährleistet	nein (Ref.) ja

Legende: AG 1: Arbeitgeber, bei dem Arbeitsunfähigkeit aufgetreten ist

W1 : Welle 1

\* GM vorhanden = Kontakt 1 bis 2 Wochen nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit + etwas/sehr viel Engagement im GM + Spezialisierte Abteilung im Betrieb;

\*\* Wiedereingliederungsmaßnahmen: Persönliches Coaching, Anpassung des Arbeitsplatzes, Anpassung des Pensums, Anpassung des Pflichtenhefts, Versuchsweise Rückkehr an den Arbeitsplatz, Weiterbeschäftigung nach Umschulung.

Quelle: Schriftliche Befragungen BASS (2009/2010/2011)

## 7.1 Erfolgreicher Stellenerhalt

Etwas mehr als ein Drittel aller Personen, welche die volle Arbeitsfähigkeit nicht mehr erlangt haben, sind am Ende der Beobachtungszeit nicht mehr erwerbstätig. Zwei Drittel dieser Personen sind auf Stellensuche und der Rest hat sich aus dem Arbeitsmarkt zurückgezogen (Frühpensionierung oder nicht mehr auf Stellensuche). Die wirksamste Methode für eine erfolgreiche Wiedereingliederung ist deshalb zweifellos der **Stellenerhalt**. Der Stellenerhalt gelingt bei denjenigen Personen, die im Verlauf der Beobachtungsperiode ihre Arbeitsfähigkeit wieder vollständig oder teilweise erlangt haben in rund zwei von drei Fällen.

Anhand der multivariaten Analysen<sup>3</sup> konnten unter Kontrolle des Gesundheitszustands und der Entwicklung der Arbeitsfähigkeit folgende Faktoren ermittelt werden, die in einem engen, statistisch signifikanten Zusammenhang mit dem Stellenerhalt stehen.

- **Ausbildung:** Personen mit tiefem Ausbildungsniveau (kein Abschluss auf der Sekundarstufe II) verlieren ihre Stelle deutlich öfters als Personen mit höherer Ausbildung (Odds Ratio [OR]=4.5).
- **Berufliche Stellung:** Personen ohne Führungsfunktion verlieren oder wechseln ihre Stelle weniger häufig als Personen in mittleren oder höheren Führungspositionen.
- **Psychische Belastung** zum ersten Befragungszeitpunkt: Personen mit mittlerer oder hoher psychischen Belastung verlassen den ursprünglichen Arbeitgebenden deutlich häufiger als Personen mit tiefen psychischen Belastungen.
- **Krankheitsgeschichte:** Personen, die schon im Jahr vor der letzten längeren AUF-Phase längere krankheitsbedingte Arbeitsabsenzen hatten, sind im Vergleich zum Rest deutlich gefährdeter, ihre Anstellung zu verlieren.
- **Unternehmensgrösse:** Grössere Unternehmungen scheinen für gesundheitsgefährdete Mitarbeitende mehr Möglichkeiten zur Weiterbeschäftigung zur Verfügung zu haben als Kleinstunternehmungen mit weniger als 20 Mitarbeitenden.
- **Betriebszugehörigkeit:** Personen mit schon länger dauernden Anstellungsverhältnissen (mehr als 5 Jahre) sind im Vergleich mit Angestellten mit kürzeren Arbeitsverhältnissen deutlich weniger gefährdet, ihren Arbeitgeber nach einer länger andauernden krankheitsbedingten Arbeitsabsenz zu verlieren.
- **Verankertes Gesundheitsmanagement:** Unternehmungen, die über eine spezialisierte Ansprechstelle für gesundheitsgefährdete Mitarbeitende verfügen, in der Gesundheitsprävention tätig sind und im Krankheitsfall die Betroffenen rasch kontaktieren, verlieren gesundheitsgefährdete Mitarbeitende deutlich weniger oft ihre Anstellung.
- **Durchführung von Massnahmen:** Personen, bei denen spezifische Wiedereingliederungsmassnahmen (Persönliches Coaching, Anpassung des Arbeitsplatzes, Anpassung des Pensums, Anpassung des Pflichtenhefts, Versuchsweise Rückkehr an den Arbeitsplatz) durchgeführt werden konnten, können ihre ursprüngliche Anstellung deutlich öfters behalten als Personen, bei denen keine Massnahmen durchgeführt wurden.

---

<sup>3</sup> Die Regression enthält folgende erklärende Grössen: *Soziodemografie, sozioökonomischer Status:* Geschlecht, Alter, Ausbildung, Nationalität, berufliche Stellung, Branche (white Collar, blue Collar). *Gesundheitszustand:* subjektiver Gesundheitszustand, Art der Krankheit (psychisch, ausschliesslich somatisch), chronische Krankheit, Dauer der (teilweisen) Arbeitsunfähigkeit. *Interne Ressourcen:* psychische Belastung. *Arbeitsumgebung:* Rechtsform des Unternehmens, Unternehmensgrösse, Betriebsklima (Unterstützung am Arbeitsplatz), Dauer Betriebszugehörigkeit, verankertes Gesundheitsmanagement. *Konkrete Unterstützungsmassnahmen:* Erstellung Wiedereingliederungsplan, Durchführung von Wiedereingliederungsmassnahmen, Fallkoordination vorhanden

Abbildung 11: Ergebnisse logistischer Regression. Abhängige Variable Stellenerhalt geglückt (ja=1, nein=0)

			Sig	OR
<b>Soziodemografie und sozioökonomi- sche Stellung</b>	Geschlecht	Männer (Ref.)		
		Frauen	0.417	0.685
	Alter	in Jahren	0.145	1.033
		Ausbildung	Ausbildung auf Sek II (Ref.)	
	keine Ausbildung auf Sek II		<b>0.070</b>	<b>4.743</b>
	Tertiärausbildung		0.229	0.559
	Nationalität	Schweizer/innen		
Ausländer/in		0.178	0.461	
Berufliche Stellung	Ohne Führungsfunktion (Ref.)	0.103		
	Mittleres Kader	<b>0.049</b>	<b>0.367</b>	
	Oberes Kader	0.201	0.355	
<b>Gesundheit</b>	Subjektiver Gesundheitszustand W1	gut bis sehr gut	0.24	1.734
	Art der Krankheit W1	psychische Beeinträchtigung	0.22	0.541
		chronische Krankheit	<b>0.051</b>	<b>0.425</b>
	Arbeitsabsenzen 12 Monate vor letzten AUF	nicht erste längere AUF-Phase	<b>0.009</b>	<b>0.289</b>
		Dauer volle Arbeitsunfähigkeit	Anzahl Monate (1-30)	<b>0.025</b>
	Dauer reduzierte Arbeitsunfähigkeit	Anzahl Monate (1-30)	0.227	0.969
<b>Interne Ressourcen</b>	Psychische Belastung (W1)	hoch (Ref.)		
		mittel	<b>0.006</b>	<b>5.305</b>
		niedrig	<b>0.022</b>	<b>3.623</b>
<b>Arbeitsumgebung</b>	Unternehmensgrösse AG 1	Anz. Mitarbeiter weniger als 20 (Ref.)	0.163	
		Anz. Mitarbeiter 20 bis 99	0.134	2.138
		Anz. Mitarbeiter 100 bis 499	<b>0.043</b>	<b>2.985</b>
		Anz. Mitarbeiter 500 und mehr	<b>0.078</b>	<b>3.546</b>
	Branche AG 1	White Collar (Ref.)		
		Blue Collar	0.195	0.501
	Betriebszugehörigkeit AG 1	< 1 Jahr (Ref.)		
1 - 5 Jahre		0.543	1.592	
	über 5 Jahre	<b>0.008</b>	<b>7.635</b>	
Arbeitsklima AG 1	Index (je höher umso positiver)	0.282	1.417	
<b>Konkrete Unterstützungs- massnahmen</b>	verankertes Gesundheitsmanagement* AG 1	vorhanden	<b>0.088</b>	<b>4.509</b>
		ja	0.140	2.09
	Wiedereingliederungsplan AG 1 durchgeführt**	ja	<b>0.003</b>	<b>4.165</b>
		Koordiniertes Vorgehen***	ja	0.203
<b>Konstante</b>		<b>0.019</b>		

Basis: Erwerbspersonen 30 Monate nach Beginn AUF; n=219; missing=47

-2 Log-Likelihood: 189.252

Nagelkerkes R-Quadrat: .522

Legende: AG 1: Arbeitgeber, bei dem Arbeitsunfähigkeit aufgetreten ist

W1 : Welle 1

\* verankertes Gesundheitsmanagement = Kontakt 1 bis 2 Wochen nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit + etwas/sehr viel Engagement im GM + Spezialisierte Abteilung im Betrieb;

\*\* Wiedereingliederungsmassnahmen: Persönliches Coaching, Anpassung des Arbeitsplatzes, Anpassung des Pensums, Anpassung des Pflichtenhefts, Versuchsweise Rückkehr an den Arbeitsplatz, Weiterbeschäftigung nach Umschulung.

\*\*\* Hat sich in Ihrem Fall jemand (bspw. Case Manager/in) um ein koordiniertes Vorgehen der verschiedenen Stellen gekümmert?

Quelle: Schriftliche Befragungen BASS (2009/2010/2011)

## 7.2 Erfolgreiche Stellensuche

Von den 134 Personen, die ihre Arbeitsfähigkeit zumindest teilweise wiedererlangt haben (W3), haben rund zwei Drittel wieder eine neue Anstellung gefunden, ein Drittel ist auf Stellensuche. Die durchgeführten multivariaten Regressionsanalysen zeigen (unter Kontrolle des Gesundheitszustand und der Entwicklung der Arbeitsfähigkeit) folgende Ergebnisse:

- **Geschlecht:** Frauen finden im Vergleich zu den Männern bei einem Stellenverlust nach einer längeren krankheitsbedingten Arbeitsabwesenheit deutlich weniger oft eine neue Anstellung.
- **Alter:** Ältere Stellensuchende haben deutlich mehr Probleme, eine neue Stelle zu finden.
- **Motivation:** Bei Personen, die zum Zeitpunkt der ersten Befragung angeben, dass ihre Arbeitsmotivation eher intrinsischer Natur ist, sind die Chancen, nach einem Verlust der Stelle wieder eine neue zu finden, deutlich höher. Zudem scheinen positive Erfahrungen in Bezug auf das Arbeitsklima beim vorherigen Arbeitgeber sich positiv auf eine erfolgreiche Stellensuche auszuwirken.
- **Unterstützung durch die Invalidenversicherung:** Ansonsten vergleichbare Personen finden mit Hilfe der Arbeitsvermittlung der Invalidenversicherung häufiger eine neue Anstellung als solche ohne diese Unterstützung.
- **Interinstitutionelle Koordination:** Personen, welche zum ersten Befragungszeit angeben, dass sich eine Person (bspw. Case Manager/in) um ein koordiniertes Vorgehen der verschiedenen Stellen gekümmert hat, finden bei Verlust der angestammten Stelle deutlich häufiger wieder eine neue Anstellung.

Abbildung 12: Ergebnisse logistischer Regression. Abhängige Variable Stellensuche erfolgreich (ja=1, nein=0)

			Sig	OR
<b>Soziodemografie und sozioökonomische Stellung</b>	Geschlecht	Männer (Ref.) Frauen	<b>0.060</b>	<b>0.326</b>
	Alter	in Jahren	<b>0.019</b>	<b>0.923</b>
	Ausbildung	Ausbildung auf Sek II (Ref.) keine Ausbildung auf Sek II	0.532	0.563
		Tertiärausbildung	0.867	0.888
	Nationalität	Schweizer/innen (Ref.) Ausländer/in	0.952	0.461
<b>Gesundheit</b>	Art der Krankheit W1	Somatische Erkrankung(en) (Ref.) psychische Beeinträchtigung	0.429	0.603
	Dauer volle Arbeitsunfähigkeit	Anzahl Monate (1-30)	<b>0.012</b>	<b>0.915</b>
<b>Interne Ressourcen</b>	Arbeitsmotivation	eher intrinsisch	<b>0.003</b>	<b>6.909</b>
	praktische Unterstützung	mind. 1 Person vorhanden	<b>0.087</b>	<b>5.586</b>
	ehemaliges Arbeitsklima (AG 1)	Index (je höher umso positiver)	<b>0.042</b>	<b>2.298</b>
	Anmeldung IV	ja	<b>0.028</b>	<b>0.222</b>
<b>Konkrete Unterstützungsmassnahmen</b>	Arbeitsvermittlung IV	ja	<b>0.060</b>	<b>3.961</b>
	Koordiniertes Vorgehen zu Beginn AUF***	ja	<b>0.052</b>	<b>3.359</b>
<b>Konstante</b>			<b>0.019</b>	

Basis:( Reduziert) arbeitsfähige Erwerbspersonen (Welle 3), welche AG 1 verlassen haben; n=134; missing=18

-2 Log-Likelihood: 99.027

Nagelkerkes R-Quadrat: .46

Legende: AG 1: Arbeitgeber, bei dem Arbeitsunfähigkeit aufgetreten ist

W1 : Welle 1

\*\*\* Hat sich in Ihrem Fall jemand (bspw. Case Manager/in) um ein koordiniertes Vorgehen der verschiedenen Stellen gekümmert?

Quelle: Schriftliche Befragungen BASS (2009/2010/2011)

### 7.3 Erfolgreiche Erwerbsintegration

Von den insgesamt 352 Personen geben 30 Monate nach Beginn der ersten Arbeitsabsenz 240 (68%) an, dass sie einer Erwerbsarbeit (angestellt oder selbstständig erwerbend) nachgehen. Die restlichen 122 (32%) sind entweder auf Stellensuche oder sind Nichterwerbspersonen. Aufgrund der grossen Heterogenität der Panelstichprobe haben wir uns darauf beschränkt, eine Regressionsgleichung mit möglichst wenigen, aber dafür aussagekräftigen erklärenden Grössen zu finden. Folgende Faktoren können mit Hilfe der multivariaten Analysen in Zusammenhang mit dem Erwerbsstatus gebracht werden:

■ **Interne Ressourcen:** Unter Kontrolle der wichtigsten soziodemografischen Merkmale und der Entwicklung der krankheitsbedingten Arbeitsfähigkeit haben Menschen, die zum Zeitpunkt des Beginns der Arbeitsunfähigkeit hohen psychischen Belastungen ausgesetzt waren und Menschen, die das Arbeitsklima nicht positiv erleben, ein höheres Risiko, innerhalb von 30 Monaten nicht mehr erwerbstätig zu sein.

■ **Interventionen und Unterstützung:** Ein in einer Unternehmung verankertes Gesundheitsmanagement reduziert zusammen mit effektiv durchgeführten und konkreten Wiedereingliederungsmassnahmen (wie bspw. eine Reduktion des Pensums, die Anpassung des Arbeitsplatzes oder die Anpassung des Pflichtenhefts) das Risiko, den Wiedereinstieg in den Erwerbsprozess zu verpassen.

Abbildung 13: Ergebnisse logistischer Regression. Abhängige Variable Erwerbsstatus 30 Monate nach Beginn AUF (Erwerbstätig=1, Nicht erwerbstätig=0)

			<b>Sig</b>	<b>OR</b>
<b>Soziodemografie</b>	Geschlecht	Männer (Ref.)		
		Frauen	0.228	0.65
	Alter	in Jahren	0.340	0.983
<b>Gesundheit</b>	Ausbildung	Ausbildung auf Sek II (Ref.)		
		keine Ausbildung auf Sek II	0.164	0.445
		Tertiärausbildung	0.515	0.752
<b>Interne und soziale Ressourcen</b>	Dauer volle Arbeitsunfähigkeit	Anzahl Monate (1-30)	0.000	0.824
		Dauer reduzierte Arbeitsunfähigkeit	Anzahl Monate (1-30)	0.000
<b>Konkrete Unterstützungsmassnahmen</b>	Psychische Belastung (W1)	hoch (Ref.)		
		mittel	<b>0.023</b>	<b>3.014</b>
		niedrig	0.152	1.866
<b>Konstante</b>	Arbeitsklima AG 1	Index (je höher umso positiver)	<b>0.008</b>	<b>1.989</b>
	verankertes Gesundheitsmanagement* AG 1	vorhanden	<b>0.044</b>	<b>9.438</b>
	Wiedereingliederungsplan AG 1	ja	0.477	1.374
	Wiedereingliederungsmassnahmen durchgeführt**	ja	<b>0.070</b>	<b>2.09</b>
	Koordiniertes Vorgehen***	ja	0.838	1.082
<b>Konstante</b>			<b>0.167</b>	

Basis: bereinigtes Panel 30 Monate nach Beginn AUF; n=352; missing=49

-2 Log-Likelihood: 228.228

Nagelkerkes R-Quadrat: .531

Legende: AG 1: Arbeitgeber, bei dem Arbeitsunfähigkeit aufgetreten ist

W1 : Welle 1

\* verankertes Gesundheitsmanagement = Kontakt 1 bis 2 Wochen nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit + etwas/sehr viel Engagement im GM + Spezialisierte Abteilung im Betrieb;

\*\* Wiedereingliederungsmassnahmen: Persönliches Coaching, Anpassung des Arbeitsplatzes, Anpassung des Pensums, Anpassung des Pflichtenhefts, Versuchsweise Rückkehr an den Arbeitsplatz, Weiterbeschäftigung nach Umschulung.

\*\*\* Hat sich in Ihrem Fall jemand (bspw. Case Manager/in) um ein koordiniertes Vorgehen der verschiedenen Stellen gekümmert?

Quelle: Schriftliche Befragungen BASS (2009/2010/2011)

## 8 Analyse und Einfluss des rechtlichen Kontext

Die folgenden Analysen zur rechtlichen Situation am Arbeitsplatz beziehen sich auf die Situation zu Beginn des krankheitsbedingten Unterbruchs. Wir betrachten einerseits, für welchen Anteil der Personen es Hinweise auf eine fragile Integration ins Erwerbsleben gibt (Abschnitt 8.1). Danach wird die Rechtsform des Betriebs sowie der Versicherungs- und Kündigungsschutz der betrachteten Personen beschrieben (Abschnitt 8.2). In Abbildung 16 wird in der multivariaten Betrachtung analysiert, ob die gebildeten Indikatoren für fragile Erwerbsintegration sowie für guten bzw. schlechten Versicherungs- und Kündigungsschutz die Wahrscheinlichkeit beeinflussen, aus dem Erwerbsleben auszuschneiden oder danach eine neue Anstellung zu finden. Im letzten Abschnitt wird darauf eingegangen inwieweit sich die rechtliche Situation für die Personen verändert, die während der Zeitspanne der Panelerhebung den Arbeitgeber wechselten.

### 8.1 Indikatoren für fragile Erwerbsintegration

Unter einer fragilen Erwerbsintegration werden in diesem Artikel Beschäftigungsverhältnisse verstanden, welche aufgrund bestimmter Merkmale weniger gefestigt sind als dies bei regulären Beschäftigungen der Fall ist. Die Begriffe «atypische» oder «prekäre» Beschäftigungsverhältnissen sind etwas geläufiger. In der Literatur wird häufig Unsicherheit als zentrales Merkmal von atypisch-prekären Beschäftigungsverhältnissen aufgeführt (Walker et al. 2010, 5). Dabei wird mitunter zwischen zeitlicher und ökonomischer Unsicherheit sowie Unsicherheit bezüglich Sozialleistungen unterschieden (Kim/Kurz 2001). Zudem wird die Situation oft nur dann als prekär bezeichnet, wenn das atypische Arbeitsverhältnis von den Arbeitnehmenden unfreiwillig eingegangen wird.

Anhand der Daten, die dieser Studie zugrunde liegen, lässt sich nicht eruieren, inwieweit untypische Beschäftigungsverhältnisse von den Arbeitnehmenden freiwillig gewählt wurden. Aufgezeigt werden kann, welche Indikatoren auf eine fragile Erwerbsintegration hindeuten und wie gross der Anteil an Personen ist, der zu Beginn der krankheitsbedingten Abwesenheit davon betroffen war.

Eine fragile Erwerbsintegration kann dazu führen, dass man bei Krankheit schneller aus dem Arbeitsmarkt ausscheidet, beispielsweise wenn man in einem befristeten Arbeitsverhältnis angestellt war. Für die Arbeitgeberseite entstehen bei einer Auflösung eines solchen Arbeitsverhältnisses oft geringere Kosten. Für Arbeitnehmende dürfte der Einstieg in eine neue Anstellung sich schwieriger gestalten wenn sie vor der Arbeitslosigkeit im Erwerbsleben weniger stark etabliert waren.

Ein kleines Arbeitspensum oder ein Erwerbspensum, welches sich aus mehreren Teilzeiterwerben zusammensetzt, kann ein Hinweis darauf sein, dass es sich um eine fragile Integration ins Arbeitsleben handelt – insbesondere wenn diese Situationen nicht freiwillig gewählt sind. Prekäre Situationen ergeben sich, wenn aufgrund kleiner Arbeitspensum oder Mehrfacherwerbstätigkeit keine Versicherung bei einer Pensionskasse besteht oder wenn das Erwerbseinkommen gering ist.

In **Abbildung 14** ist festgehalten, welcher Anteil der betrachteten Personen von diesen Beschäftigungssituationen betroffen ist. 7 Prozent der Personen weisen eines geringes Arbeitspensum aus, welches sich aus einer oder mehreren Teilzeitanstellungen zusammensetzt und verdienen insgesamt weniger als 2000 Franken im Monat (netto). Diese Beschäftigungssituationen können teilweise durchaus freiwillig so gewählt sein. Das Erwerbspensum steht direkt im Zusammenhang mit der Versicherung bei einer Pensionskasse,<sup>4</sup> welche ab einem bestimmten Einkommen obligatorisch ist. 5 Prozent der Personen geben an, nicht bei einer Pensionskasse versichert zu sein. Dabei handelt es sich einerseits um selbständig Erwerbende, welche vom Versicherungsobligatorium der zweiten Säule ausgeschlossen sind. Weitere Personen weisen ein kleines Arbeitspensum und ein Monatseinkommen

<sup>4</sup> Einrichtung der beruflichen Vorsorge, 2. Säule

unter 2'000 Franken aus. Für einige Personen bleibt jedoch ungeklärt, weshalb sie keine Versicherung im Rahmen der zweiten Säule haben.<sup>5</sup>

Abbildung 14: Indikatoren für fragile Erwerbsintegration: Anteil betroffene Personen

Merkmal	Anteil betroffener Personen	Anzahl betroffene Personen
Teilzeitarbeit und Monatseinkommen unter 2'000 Franken	7%	28
Keine Pensionskasse	5%	22
befristete Anstellung	2%	10
Weniger als 1 Jahr im Betrieb angestellt	10%	42
Insgesamt von mindestens einem der Merkmale betroffen	21%	85

Quelle: Berechnungen BASS

Zehn Personen hatten zum Zeitpunkt der krankheitsbedingten Abwesenheit eine befristete Anstellung (2%). Dabei handelt es sich sowohl um Arbeitsverhältnisse, welche noch mehr als zwei Jahre dauerten als auch um solche, welche innerhalb weniger als drei Monaten beendet wurden. Inwiefern es sich um Stellen mit regelmässiger Verlängerung des Arbeitsvertrages handelt, lässt sich aus den Angaben zur Berufsgruppe nicht ablesen.

Auch die Betriebszugehörigkeit, welche mit dem Kündigungsschutz zusammenhängt, ist ein Indikator dafür, ob es sich um eine potenziell fragile Erwerbsintegration handelt. Der grösste Teil der Personen – 62 Prozent – arbeitete zu Beginn des krankheitsbedingten Unterbruchs bereits mindesten fünf Jahre beim gleichen Arbeitgeber.<sup>6</sup> 28 Prozent der Personen waren ein bis fünf Jahre am selben Arbeitsort. Jede zehnte Person wies eine Betriebszugehörigkeit von unter einem Jahr aus. Von diesen befand sich ein Teil (2% des Samples) noch in der Probezeit.

Insgesamt gibt es bei 21 Prozent der untersuchten Personen einen Indikator dafür, dass sie zu Beginn der krankheitsbedingten Abwesenheit nicht im regulären Ausmass ins Erwerbsleben integriert waren. Sei es, weil sie aufgrund eines kleinen Arbeitspensums oder aus anderen Gründen nicht bei einer Pensionskasse versichert waren oder ein kleines Einkommen erzielten, aufgrund einer Befristeten Anstellung oder aufgrund einer relativ kurzen Betriebszugehörigkeit.

## 8.2 Rechtsform des Betriebs, Versicherungs- und Kündigungsschutz

Der rechtliche Schutz bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und/oder die Höhe der zu erwartenden Ersatzleistungen kann das Gelingen oder Nichtgelingen des Verbleibs im Arbeitsprozess durch verschiedene Mechanismen beeinflussen.

Ist der Versicherungs- und Kündigungsschutz für Arbeitnehmende hoch, so resultieren für den Arbeitgeber in der Regel höhere Kosten bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Insofern dürfte ein guter Versicherungs- und Kündigungsschutz dazu beitragen, dass der Verbleib im Arbeitsleben besser gelingt.

Für Arbeitnehmende bedeutet ein guter Versicherungs- und Kündigungsschutz, dass sie auch bei längerer krankheitsbedingten Abwesenheit keine (oder nur geringe) Einkommenseinbussen verkraften müssen. In der Versicherungsökonomie wird in diesem Zusammenhang von einem «Moral Hazard Problem» gesprochen. Das Risiko für Moral Hazard besteht dann, wenn das Verhalten des Versicherten sich ändert, nachdem sie die Versicherung abgeschlossen haben. In der hier untersuchten Thematik würde das bedeuten, dass die Personen mit gutem Ver-

<sup>5</sup> Aus rechtlicher Sicht besteht einzig die Möglichkeit, dass es sich um Schwarzarbeit handelt. Denkbar ist aber auch, dass die befragten Personen nicht optimal über ihre Versicherung informiert sind. Dies ist insofern gut möglich, als auch 5% der Personen nicht wussten, ob sie bei einer Pensionskasse versichert sind oder nicht.

<sup>6</sup> Hierbei beziehen sich die Angaben für Personen mit mehreren Erwerbstätigkeiten auf die Stelle mit dem grössten Pensum.



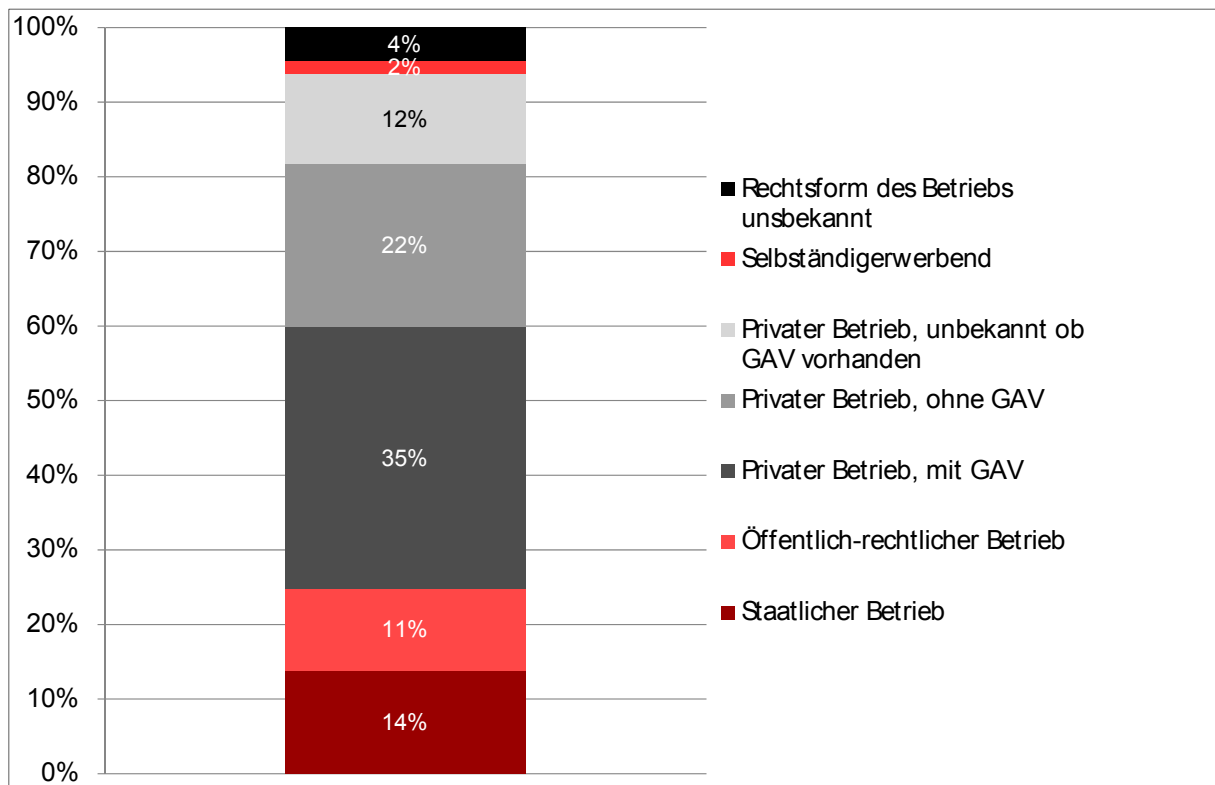
sicherungs- und Kündigungsschutz länger krankheitsbedingt abwesend sind, als es aufgrund ihres Gesundheitszustands nötig wäre, weil ihnen während der Abwesenheit keine Einkommen entgehen. Eine längere Arbeitsabwesenheit wiederum kann sich erschwerend auf das Gelingen des Verbleibs im Arbeitsprozess auswirken.

Die Effekte von Moral Hazard werden in der Versicherungsökonomie breit erforscht, wobei die Bedeutung des Phänomens unterschiedlich eingeschätzt wird (Chetty 2008). Eine schwedische Studie aus dem Jahr 2004 zeigt auf, dass in Bezug auf die Krankentaggeldversicherung ein Moral Hazard Problem zu bestehen scheint, weil die Anzahl krankheitsbedingten Abwesenheitstage zurückgingen, nachdem die Versicherungsleistungen gekürzt wurden (Johansson/Palme 2004, 15).

Nachfolgend wird der Versicherungs- und Kündigungsschutz der untersuchten Population zu Beginn der krankheitsbedingten Abwesenheit anhand der erhobenen Daten beschrieben.

In **Abbildung 15** zeigt die Verteilung nach Rechtsform des Betriebs. Selbständig Erwerbende, welche bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ein höheres Risiko bezüglich Einkommensausfalls tragen als Angestellte, machen nur einen kleinen Teil (2%) der untersuchten Population aus. 69 Prozent der Personen sind in einem privaten Betrieb angestellt. Rund die Hälfte der Angestellten in privaten Betrieben (35% des Samples) ist einem Gesamtarbeitsvertrag unterstellt. Angestellte von staatlichen Betrieben machen 14 Prozent des Samples aus, solche von öffentlich-rechtlichen Betrieben<sup>7</sup> 11 Prozent.

Abbildung 15: Rechtsform des Betriebs und Gesamtarbeitsvertrag (GAV)



Quelle: Schriftliche Befragung «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt» Welle 1 (2009). n=404 (ohne Personen im ordentlichen Rentenalter). Berechnungen BASS

### Krankentaggeldversicherung

Fast alle Angestellten geben an, bei einer Krankentaggeldversicherung gegen Lohnausfall bei Krankheit versichert zu sein: Für Angestellte privater Betriebe trifft dies bei 93 Prozent der Personen zu.<sup>8</sup> Angestellte in

<sup>7</sup> Z.B. SBB, Post, Kantonsspitäler, Kantonalbanken

<sup>8</sup> 3% «weiss nicht»

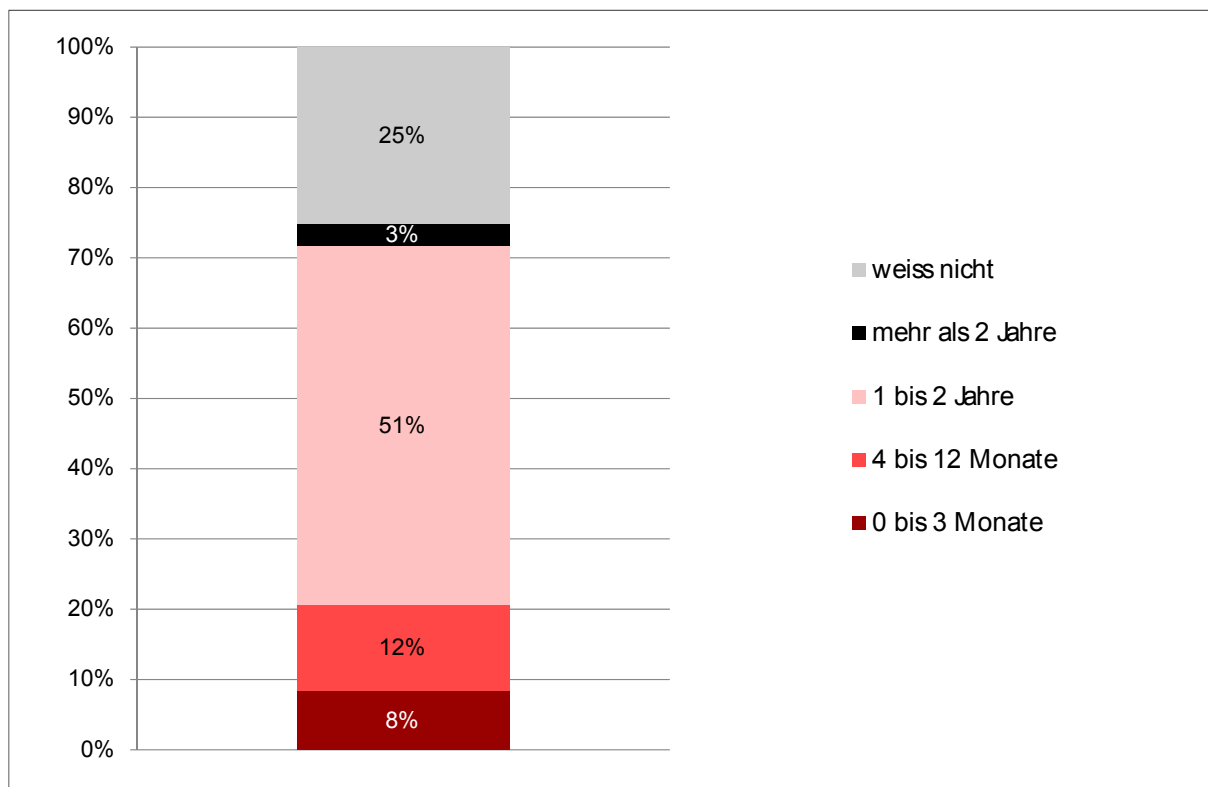
öffentlich-rechtlichen oder staatlichen Betrieben sind auch gegen Lohnausfall bei Krankheit versichert, allerdings nicht immer bei einer Krankentaggeldversicherung.

41 Prozent der Personen, die eine Krankentaggeldversicherung haben, können keine Auskunft darüber geben, welchen Anteil der Arbeitgeber an die Prämie bezahlt. Bei 25 Prozent der Personen zahlt der Arbeitgeber mehr als die Hälfte der Prämie, bei 34 Prozent die Hälfte oder weniger.

Gemäss Rechtsauskunft des Seco geben die meisten Krankentaggeldversicherungen einen Anspruch auf 80% des Lohnes während 720 oder 730 Tagen innert 900 Tagen.<sup>9</sup> Diese Leistungen sind i.d.R. nicht abhängig von der Betriebszugehörigkeit. Bei 51 der befragten Personen entspricht die Dauer des Lohnersatzes diesem Ausmass (vgl. **Abbildung 16**), bei 3 Prozent ist sie höher. 20 Prozent der befragten Personen erhalten den Lohnersatz lediglich bis zu 12 Monaten. Ein beachtlicher Anteil der befragten Personen – rund ein Viertel – weiss nicht darüber Bescheid, welche Dauer der Anspruch auf Lohnersatz hat.

Abbildung 16: Dauer des Anspruchs auf Lohnersatz von der Krankentaggeldversicherung oder dem Arbeitgeber

Quelle: Schriftliche Befragung «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt» Welle 1 (2009). n=404 (ohne Personen im or-



dentlichen Rentenalter). Berechnungen BASS

Bezüglich der Höhe des Lohnersatzes sind drei Modelle verbreitet: Ein Drittel der Befragten erhält den vollen Lohn über die gesamte Bezugsdauer, ein weiterer Drittel erhält über die gesamte Bezugsdauer weniger Lohn. 26 Prozent der Befragten erhalten zuerst den vollen Lohn, danach weniger. Weitere 10 Prozent können keine Auskunft über die Höhe des Lohnersatzes geben. Dabei zeigt sich in den Daten, dass kein Zusammenhang zwischen der Höhe und der Dauer des Lohnersatzes besteht. In staatlichen oder öffentlich-rechtlichen Betrieben ist es weniger verbreitet als in privaten Betrieben, dass über die gesamte Bezugsdauer weniger als der volle Lohn ausbezahlt wird.

## Kündigungsschutz

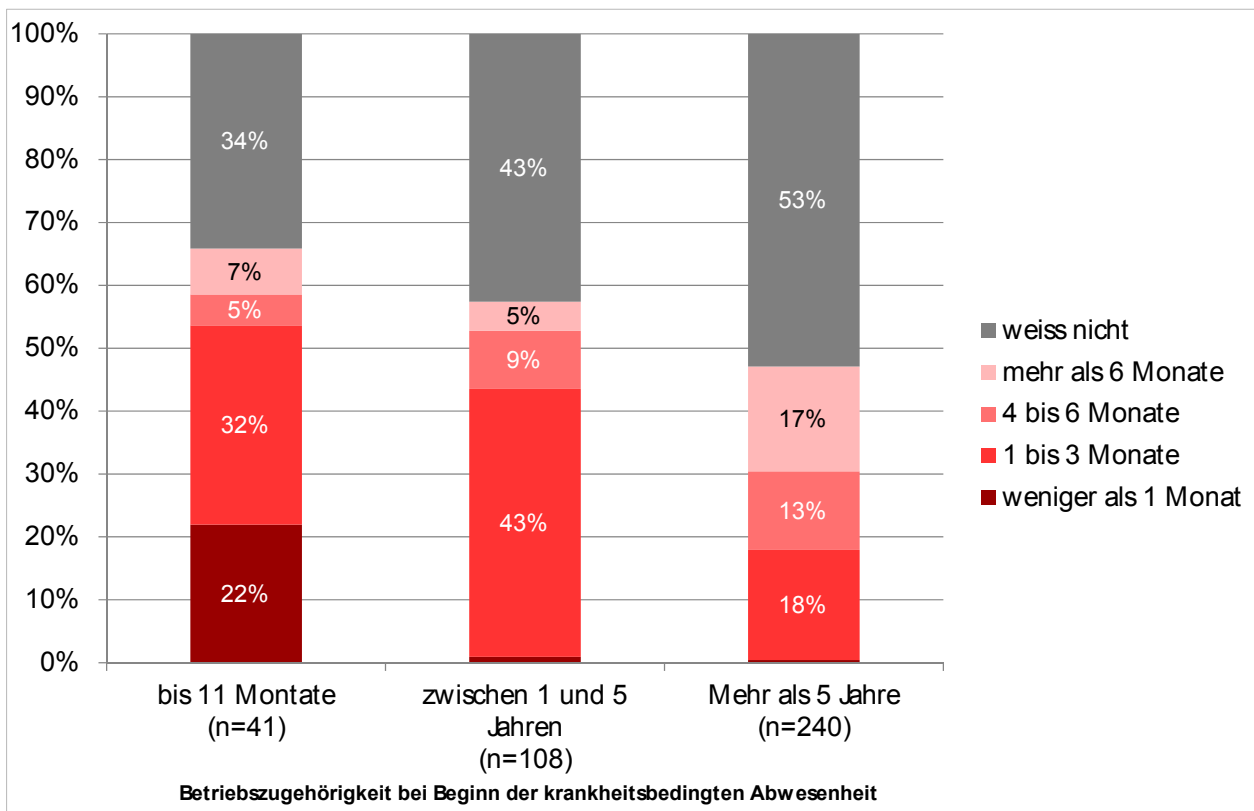
<sup>9</sup> Arbeitsrecht: Auskunft des Seco unter:

[http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04667/04679/index.html?lang=de#sprungmarke0\\_7](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04667/04679/index.html?lang=de#sprungmarke0_7)

Das Gesetz<sup>10</sup> sieht vor, dass kranke Arbeitnehmende während einer gewissen Zeit vor Kündigung geschützt sind indem sogenannte Sperrfristen gelten. Nach Ablauf der Probezeit beträgt der Kündigungsschutz bei Krankheit im ersten Dienstjahr 30 Tage, vom zweiten bis und mit dem fünften Dienstjahr 90 Tage und ab dem 6. Dienstjahr 180 Tage. Der Kündigungsschutz hängt folglich direkt von der Betriebszugehörigkeit ab und insbesondere Personen, die weniger als ein Jahr am selben Ort arbeiten, sind nur während kurzer Zeit vor einer Kündigung geschützt, wenn sie krank sind. Allerdings sieht das Recht auch vor, dass die Kündigung wegen einer Krankheit unter Umständen missbräuchlich ist (Pärli/Hug 2012, 6ff).

Die Auswertung der Daten zeigt, dass die Befragten relativ schlecht über ihren Kündigungsschutz informiert sind oder die Kündigungsfrist allenfalls ebenfalls zur Sperrfrist dazuzählen. Rund die Hälfte der Befragten weiss nicht, wie lange der Kündigungsschutz bei Krankheit in ihrem Fall dauert (**Abbildung 17**).

Abbildung 17: Kündigungsschutz bei Krankheit nach Betriebszugehörigkeit



Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009, 2010); Berechnungen BASS

In der Befragung wurde auch erhoben, wie gut sich die Personen insgesamt über ihren Versicherungs- und Kündigungsschutz informiert fühlen. 24 Prozent der Befragten fühlen sich gut oder sehr gut informiert. 27 Prozent der Befragten beantworten die Frage mit zufriedenstellend, 25 fühlen sich weniger gut informiert. 18 Prozent der Befragten fühlen sich schlecht und 7 Prozent sehr schlecht informiert.

Wenn Personen über einzelne Aspekte des Versicherungs- und Kündigungsschutzes nicht Bescheid wissen, bedeutet das nicht, dass sie sich insgesamt schlecht informiert fühlen. So fühlen sich beispielsweise 34 Prozent der Personen, die nicht wissen wie lange ihr Kündigungsschutz bei Krankheit dauert, trotzdem gut oder zufriedenstellend informiert. Auch 39 Prozent der Personen, die nicht wissen, ob sie aufgrund Ihrer gesundheitlichen Situation bei der Pensionskasse einen Gesundheitsvorbehalt haben, fühlen sich mindestens zufriedenstellend

<sup>10</sup> Art. 336c OR

informiert. Das Gefühl, über den Versicherungs- und Kündigungsschutz informiert zu sein, scheint auch von anderen Faktoren abzuhängen als davon, über bestimmte rechtliche Punkte Bescheid zu wissen.

Aus den vorhandenen Informationen wurden Indikatoren bezüglich des Versicherungs- und Kündigungsschutzes gebildet (vgl. **Abbildung 18**).

Personen, die selbständig erwerbend sind, die in einem privaten Betrieb angestellt sind und keine Krankentaggeldversicherung haben und solche, bei denen die Dauer des Lohnersatzes der Krankentaggeldversicherung oder des Arbeitgebers weniger als 13 Monate dauert, werden der Gruppe zugeordnet, die vergleichsweise schlecht versichert ist. 24 Prozent der Personen sind von einem der Merkmale betroffen, wobei vor allem ein Lohnersatz von weniger als 13 Monaten verbreitet ist.

Der Gruppe mit vergleichsweise gutem Versicherungsschutz werden Personen zugeordnet, welche während mehr als zwei Jahren einen Lohnersatz der Krankentaggeldversicherung oder des Arbeitgebers erhalten oder solche, die einen Lohnersatz während mehr als 12 Monaten bekommen und den vollen Lohn erhalten. Zudem gelten gemäss unserer Zuordnung Personen, die bei der 3. Säule gegen Erwerbsausfall durch Invalidität versichert sind als vergleichsweise gut versichert. 39 Prozent der Personen weisen einen vergleichsweise guten Versicherungs- und Kündigungsschutz aus. Die «Restkategorie», welche aufgrund der Indikatoren weder zu den Personen mit schlechtem noch zu denen mit gutem Kündigungsschutz zugeordnet ist, besteht also aus 37 Prozent der Befragten.

Weil sich in den Daten gezeigt hat, dass ein nicht zu vernachlässigender Teil der Befragten relativ schlecht über die Aspekte des Versicherungs- und Kündigungsschutzes informiert ist, wird zusätzlich ein Indikator bezüglich Informiertheit gebildet. Personen, die angeben sich schlecht oder sehr schlecht informiert zu fühlen machen 24 Prozent der Befragten aus. 48 Prozent der Befragten wissen nicht, wie lange ihr Kündigungsschutz bei Krankheit dauert. Insgesamt weisen 55 Prozent der Befragten eines der beiden Merkmale aus, welches auf vergleichsweise schlechte Informiertheit hindeutet.

Abbildung 18: Anteil Personen mit vergleichsweise gutem und vergleichsweise schlechtem Versicherungs- und Kündigungsschutz, Sowie Anteil Personen, die schlecht über ihren Versicherungs- und Kündigungsschutz informiert sind

Merkmal	Anteil betroffener Personen	Anzahl betroffene Personen
<b>Vergleichsweise schlechter Versicherungs- und Kündigungsschutz</b>	<b>24%</b>	<b>96</b>
Selbständig erwerbend	2%	7
Keine Krankentaggeldversicherung*	3%	11
Dauer Lohnersatz der Krankentaggeldversicherung < 13 Monate	21%	82
<b>Vergleichsweise guter Versicherungs- und Kündigungsschutz</b>	<b>39%</b>	<b>157</b>
Dauer Lohnersatz der Krankentaggeldversicherung > 2 Jahre	3%	9
Voller Lohnersatz durch Krankentaggeldversicherung während gesamter Bezugsdauer**	23%	91
Bei der 3. Säule gegen Erwerbsausfall durch Invalidität versichert	22%	87
<b>Schlecht informiert über Versicherungs- und Kündigungsschutz</b>	<b>55%</b>	<b>221</b>
Person fühlt sich schlecht oder sehr schlecht über Versicherungs- und Kündigungsschutz bei Krankheit informiert.	24%	99
Person weiss nicht, wie lange ihr Kündigungsschutz bei Krankheit dauert	48%	188

\*Nur für Angestellte in privaten Betrieben

\*\*und Dauer der Krankentaggeldversicherung >12 Monate

Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009, 2010); n=426, missing=21.  
Berechnungen BASS

### 8.3 Einfluss der Indikatoren in der multivariaten Betrachtung

Der Einfluss von einzelnen Faktoren auf das Gelingen des Verbleibs im Erwerbsleben wurde anhand statistischer Methoden in einem binär-logistischen Modell überprüft. Im Grundmodell wird überprüft, ob gewisse Merkmale wie Geschlecht, Alter, Nationalität, Zivilstand, Gesundheitszustand und Art der Erkrankung einen Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit haben, noch beim selben Arbeitgeber angestellt zu sein wie zu Beginn der krankheitsbedingten Abwesenheit.<sup>11</sup> Geprüft wird auch, ob die verschiedenen Faktoren einen Einfluss darauf haben, noch im Erwerbsleben zu sein.

Dem Grundmodell werden nun drei Variablen zugefügt:

- der Indikator für fragile Erwerbsintegration
- der Indikator für vergleichsweise schlechten Versicherungsschutz
- der Indikator für vergleichsweise guten Versicherungsschutz

Die Resultate des statistischen Modells geben darüber Auskunft, ob die drei Indikatoren einen Einfluss auf das Gelingen des Verbleibs im Erwerbsleben haben unter der Bedingung, dass die Merkmale, die im Grundmodell enthalten sind, gleich bleiben.

Dabei zeigen sich folgende Ergebnisse:

- Eine fragile Erwerbsintegration verringert die Wahrscheinlichkeit, 26 Monate nach Beginn der krankheitsbedingten Abwesenheit noch im Erwerbsleben zu stehen.
- Eine fragile Erwerbsintegration verringert die Wahrscheinlichkeit, 26 Monate nach Beginn der krankheitsbedingten Abwesenheit noch beim selben Arbeitgeber angestellt zu sein.

<sup>11</sup> Folgende Merkmale sind als erklärende Variablen im Grundmodell enthalten: Geschlecht, Alter, Alter<sup>2</sup>, Ausbildungsabschluss, Nationalität, Einkommen, Gesundheitszustand bei der ersten Befragung, Art der Erkrankung.

■ Ein schlechter Versicherungsschutz verringert die Wahrscheinlichkeit, 26 Monate nach Beginn der krankheitsbedingten Abwesenheit noch beim selben Arbeitgeber angestellt zu sein. (Dieser Einfluss besteht dann, wenn die Personen, die ganz aus dem Arbeitsleben ausscheiden (Nichterwerbspersonen) nicht in das Modell eingeschlossen werden).

Die Resultate geben Hinweise darauf, dass sich der Verbleib im Arbeitsprozess für Personen mit fragiler Erwerbsintegration schwieriger gestaltet. Der Versicherungs- und Kündigungsschutz hat insgesamt einen weniger starken Einfluss auf die berechneten Wahrscheinlichkeiten (es gibt wenige signifikante Resultate). Die Ergebnisse der multivariaten Analysen zum «Moral Hazard Problem» sind nicht eindeutig und die Frage, ob das Problem besteht, kann nicht schlüssig beantwortet werden.

Insgesamt muss angefügt werden, dass die berechneten Einflüsse der drei Indikatoren in den statistischen Modellen nicht sehr robust<sup>12</sup> sind.

#### 8.4 Veränderung der rechtlichen Situation bei Wechsel des Arbeitgebers

Zwischen der ersten und der dritten Befragungswelle haben 24 Prozent der Personen mindestens einmal den Arbeitgeber gewechselt (98 Personen). In diesem Abschnitt wird betrachtet, inwieweit sich für diese Personen die rechtliche Situation am Arbeitsplatz verändert hat.<sup>13</sup>

Betrachtet man den Indikator für eine fragile Erwerbsintegration (vgl. Abschnitt 8.1), so sind 79 Prozent der Personen nach dem Wechsel des Arbeitgebers von einer Situation betroffen, die auf eine fragile Erwerbsintegration hinweist. Dies liegt hauptsächlich daran, dass die meisten Personen zum Zeitpunkt der Befragung weniger als 12 Monate beim neuen Arbeitgeber angestellt waren.<sup>14</sup> Die Betriebszugehörigkeit ist zwar ein wichtiger Faktor, der sich auf das Gelingen des Verbleibs im Erwerbsleben auswirken kann, insbesondere weil auch der Kündigungsschutz bei Krankheit daran gekoppelt ist. Weil die Personen im Rahmen dieser Untersuchung in relativ kurzen Abständen befragt wurden, liegt es auf der Hand, dass die Betriebszugehörigkeit nach dem Wechsel des Arbeitgebers noch nicht lange ist. Ein Vergleich der Situation anhand des gesamten Indikators ist folglich wenig aufschlussreich.

24 Prozent der Personen, die den Arbeitgeber gewechselt haben, verfügen danach entweder über keine Versicherung bei einer Pensionskasse, sind in einer befristeten Anstellung oder haben ein kleines Arbeitspensum und ein monatliches Einkommen unter 2000 Franken. Personen, die beim vorherigen Arbeitgeber bereits von einem dieser Indikatoren für fragile Erwerbsintegration betroffen waren, sind zu einem höheren Anteil (29%) auch beim neuen Arbeitgeber in einer solchen Situation.

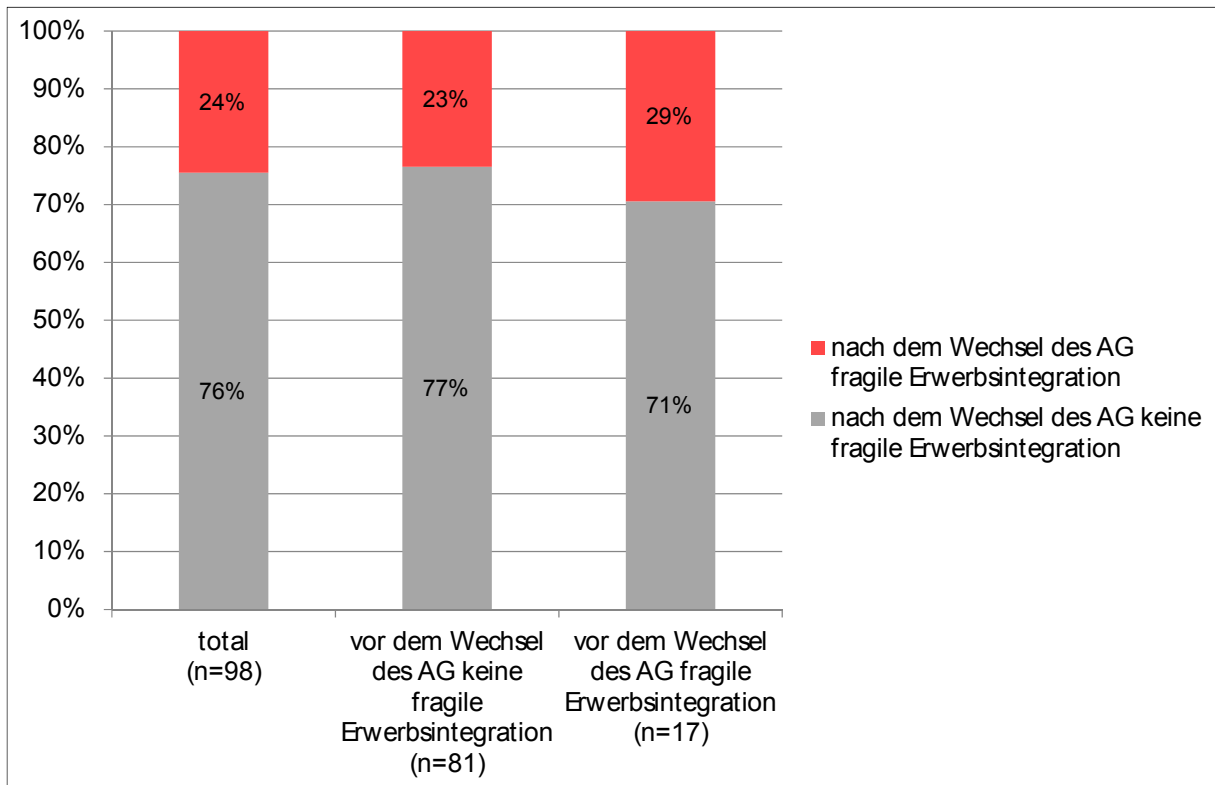
---

<sup>12</sup> D.h. je nachdem, welche Merkmale im Modell aufgenommen werden, sind die Einflüsse der Indikatoren signifikant oder nicht.

<sup>13</sup> Grundsätzlich wird die Situation beim Beginn der krankheitsbedingten Abwesenheit mit der Situation zum Zeitpunkt der dritten Befragung verglichen (61 Personen). Für die Personen, welche zwischen der ersten und der zweiten Befragung den Arbeitgeber gewechselt haben und bei der dritten Befragung nicht mehr im Erwerbsleben standen wird die Situation zum Zeitpunkt der zweiten Befragung betrachtet (37 Personen)

<sup>14</sup> Dies trifft für 72 Prozent der Personen zu, die den Arbeitgeber gewechselt haben.

Abbildung 19: Indikator für fragile Erwerbsintegration nach Wechsel des Arbeitgebers (keine Pensionskasse, befristete Anstellung oder Teilzeitpensum und Erwerbseinkommen unter 2000 Fr.)



Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009, 2010, 2011).  
Berechnungen BASS

Nach dem Wechsel des Arbeitgebers, weisen 31 Prozent gemessen an den in Abschnitt 8.2 definierten Kriterien einen relativ schlechten Versicherungs- und Kündigungsschutz aus. Bei 18 Prozent ist er relativ gut (vgl. Abbildung 20). Personen, die bei Beginn der krankheitsbedingten Abwesenheit einen vergleichsweise schlechten Versicherungs- und Kündigungsschutz hatten, sind auch nach dem Wechsel des Arbeitgebers zu einem höheren Anteil von dieser Situation betroffen (47%). Allerdings muss ein Viertel der Personen, die beim alten Arbeitgeber einen relativ guten Versicherungs- und Kündigungsschutz hatten, nach einem Wechsel des Arbeitgebers Einbussen diesbezüglich hinnehmen.

Abbildung 20: Versicherungs- und Kündigungsschutz nach dem Wechsel des Arbeitgebers



Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009, 2010, 2011).  
Berechnungen BASS



## 9 Präsentismus

### 9.1 Definition und Relevanz

Präsentismus bezeichnet das Verhalten, sich bei einer Erkrankung nicht krank zu melden, sondern arbeiten zu gehen (Steinke/Badura 2011, 18; Schmidt/Schröder 2010, 93). Nachdem die wissenschaftliche Forschung sich längere Zeit auf die Analyse der Ursachen und Folgen von Absentismus konzentrierte, wurde in den letzten Jahren auch dem Phänomen des Präsentismus in der Arbeitsmarktforschung vermehrt Beachtung geschenkt (Pärli/Hug 2012, 3). Die Relevanz von Präsentismus ergibt sich einerseits dadurch, dass es gemäss Forschungsergebnissen weit verbreitet ist, trotz Krankheit arbeiten zu gehen (z.B. Grebner et al. 2010; Schmidt/Schröder 2010, 96), andererseits wird vermehrt betont, dass Präsentismus bedeutende volkswirtschaftliche Kosten verursacht. Diese können dadurch entstehen, dass Präsentismus die Wahrscheinlichkeit für eine Verschlimmerung oder Chronifizierung der Krankheit erhöht oder die Ansteckungsgefahr von Arbeitskolleg/innen vergrössert (Pärli/Hug 2010, 5; Hansen/Andersen 2009). Zudem ergeben sich finanziellen Folgen von Präsentismus – beispielsweise aufgrund des Produktivitätsverlusts, welcher mit der Anwesenheit am Arbeitsplatz von gesundheitlich beeinträchtigten Mitarbeitenden einhergeht. Verschiedene Studien zeigen auf, dass die Kosten von Präsentismus jene von Absentismus gar übersteigen können (Schmidt/Schröder 2010, 83; Hemp 2004; Goetzel et al. 2004).

Es besteht eine Vielzahl an unterschiedlichen Messinstrumenten zur Erfassung des Verhaltens, trotz Krankheit zur Arbeit zu erscheinen. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurde Präsentismus anhand der folgenden Frage erhoben:

#### Wie oft gehen/gingen Sie trotz gesundheitlicher Beschwerden zur Arbeit?

- Das kommt/kam nie vor
- Das kommt/kam selten vor
- Das kommt/kam ab und zu vor
- Das kommt/kam regelmässig vor

### 9.2 Verbreitung und Ursachen

Die Auswertungen zur Häufigkeit von Präsentismus bei den Befragten der vorliegenden Studie bestätigen die bisherigen Resultate, nach welchen Präsentismus ein weit verbreitetes Phänomen ist: 47 Prozent der erwerbstätigen befragten Personen gaben an, regelmässig trotz gesundheitlicher Beschwerden zur Arbeit zu gehen. Bei 32 Prozent der Befragten kann dies ab und zu vor. Hingegen gab lediglich ein kleiner Teil der Befragten an, selten (16%) oder nie (5%) trotz Krankheit zur Arbeit zu gehen (**Vgl. Abbildung 21**).<sup>15</sup>

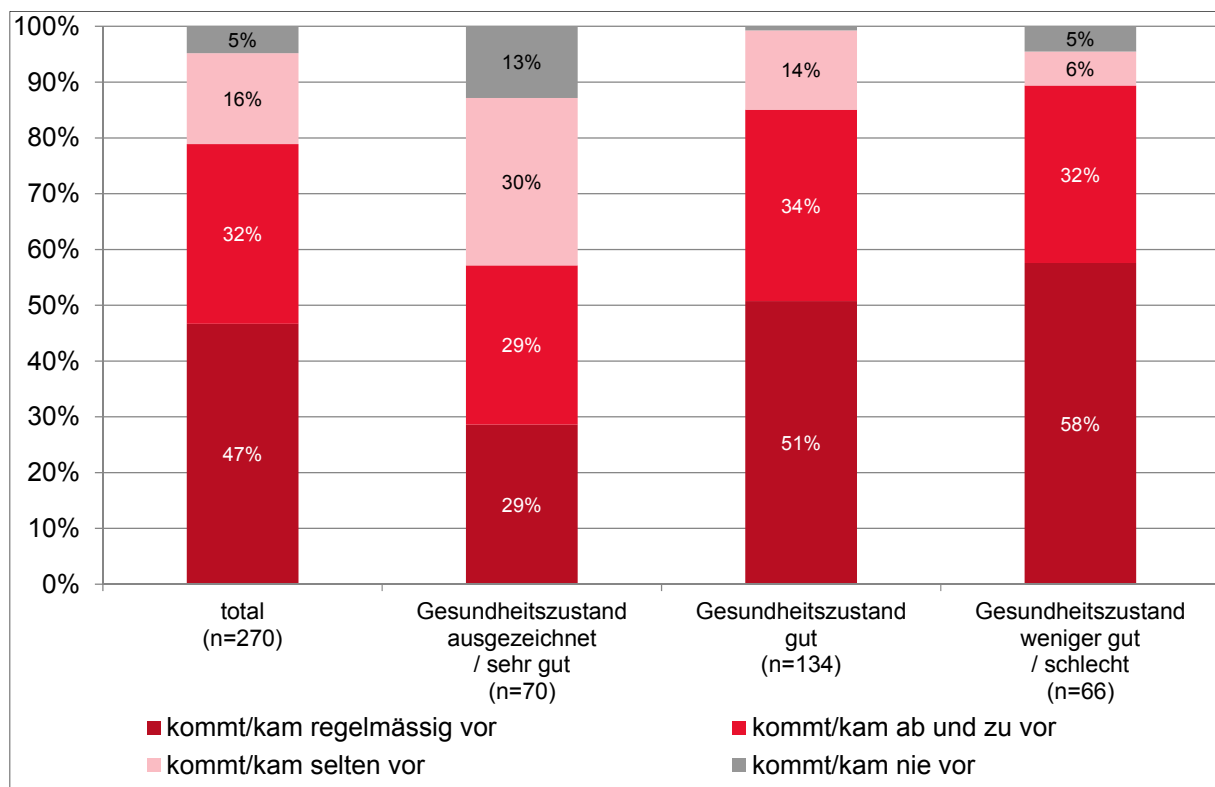
Ein detaillierter Vergleich der Verbreitung von Präsentismus mit anderen Studien ist aufgrund der verschiedenen Abfrageinstrumente nur bedingt möglich. Die Befragung von rund 1000 Schweizer Erwerbstätigen im Rahmen der Stressstudie 2010 des Seco ergab, dass 47 Prozent der Erwerbstätigen in der Schweiz innerhalb eines Jahres trotz Krankheit zur Arbeit gingen. Davon kam dies bei 39 Prozent während 1 bis 3 Tagen vor, bei 48 Prozent während 4-10 Tagen und bei 12 Prozent an mehr als 10 Tagen (Grebner et al. 2010, 82). Unter den Erwerbstätigen, die in der vorliegenden Studie «Berufliche Wiedereingliederung von Personen mit länger andauernder Arbeitsunfähigkeit» befragt wurden, ist Präsentismus demnach etwas stärker verbreitet als unter der Gesamtheit der Schweizer Erwerbstätigen.

<sup>15</sup> Die Auswertungen beziehen sich auf die zweite Erhebungswelle, welche zwischen Dezember 2010 und März 2012 stattfand. selbständig Erwerbende wurden ausgeschlossen. Aufgrund der geringen Anzahl selbständig Erwerbender im Datensatz, ist ein Vergleich mit Angestellten leider nicht möglich.

Zu beachten gilt, dass die Population, welche im Rahmen der vorliegenden Studie befragt wurde, sich in einem entscheidenden Punkt von der Gesamtheit der Schweizerischen Erwerbstätigen unterscheidet – nämlich dadurch, dass alle Befragten in der jüngeren Vergangenheit während mindestens zwei Monaten krankheitsbedingt die Arbeit unterbrochen haben. Der Gesundheitszustand der Teilnehmenden dürfte sich folglich auch zum Befragungszustand von jenem der gesamten Erwerbsbevölkerung unterscheiden. So bezeichnen im Rahmen der Stressestudie 86 Prozent der Befragten ihren Gesundheitszustand als gut oder sehr gut (Grebner et al 2010, 76). Unter den Befragten der vorliegenden Studie liegt dieser Anteil mit 76 Prozent tiefer. Es kann angenommen werden, dass die etwas stärkere Verbreitung von Präsentismus in der hier befragten Stichprobe zu einem gewissen Teil mit dem tendenziell schlechteren Gesundheitszustand der Population zusammenhängt.

Es liegt auf der Hand, dass ein Zusammenhang zwischen dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmenden und Präsentismus besteht, denn wenn man selten krank ist, kann es auch nur in geringem Ausmass vorkommen, dass man trotz Krankheit bei der Arbeit erscheint. So zeigen die Auswertungen in **Abbildung 21**, dass Präsentismus bei Personen welche ihren aktuellen Gesundheitszustand als gut oder sehr gut bezeichnen weniger verbreitet ist. Jeweils 29 Prozent dieser Personen gehen regelmässig oder ab und zu zur Arbeit, obwohl sie krank sind. Bei Erwerbstätigen, die ihren Gesundheitszustand als weniger gut oder als schlecht bezeichnen, kommt Präsentismus häufiger vor. Der Anteil an Personen dieser Gruppe, welche regelmässig trotz gesundheitlicher Beschwerden bei der Arbeit erscheinen liegt bei 58 Prozent. Dieses Ergebnis stimmt mit anderen Forschungsergebnissen überein, wonach Personen mit schlechterem Gesundheitszustand ein höheres Risiko ausweisen, krank zur Arbeit zu gehen (Steinke/Badura 2011, 60).

Abbildung 21: Präsentismus nach Einschätzung des aktuellen Gesundheitszustands (Erwerbstätige, angestellt).



Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt»(2009, 2010, 2011)  
Berechnungen BASS

Nebst dem Gesundheitszustand gibt es eine Vielzahl von Gründen, welche dazu führen, trotz Krankheit arbeiten zu gehen. In der Literatur werden die Einflussfaktoren von Präsentismus mitunter in drei Kategorien unterteilt (Steinke/Badura 2011, 54):

- Persönliche Einflussfaktoren (z.B. Geschlecht, Alter, Gesundheitszustand)
- Arbeits- und organisationsbedingte Einflussfaktoren (z.B. Beruf, Bedingungen am Arbeitsplatz)
- Umweltfaktoren (z.B. Arbeitsplatzunsicherheit)

Der folgende Abschnitt (9.2.1) widmet sich dem Einfluss von persönlichen sowie arbeits- und organisationsbedingten Einflussfaktoren. Der Zusammenhang von Arbeitsplatzunsicherheit und Präsentismus wird in Abschnitt 9.2.2 thematisiert.

### 9.2.1 Persönliche und arbeitsbedingte Einflussfaktoren von Präsentismus

In einem multivariaten Modell<sup>16</sup> wurde untersucht, welche Einflussfaktoren die Wahrscheinlichkeit von Präsentismus bei den im Rahmen des Projekts «Berufliche Wiedereingliederung von Personen mit länger andauernder Arbeitsunfähigkeit» befragten erwerbstätigen Personen erhöhen. Von den Individuellen Merkmalen der Personen wurde der Einfluss von Geschlecht, Gesundheitszustand, Alter sowie von Bewältigungsstrategien untersucht. In Bezug auf arbeits- und organisationsbedingte Faktoren wurde untersucht, inwiefern die Faktoren berufliche Stellung, psychische Belastung am Arbeitsplatz, Gesundheitsmanagement des Betriebs und die Dauer des Kündigungsschutzes die Wahrscheinlichkeit von Präsentismus beeinflussen.

Es wurden zwei Modelle gerechnet: Das erste Modell sucht nach Einflussfaktoren dafür, dass es regelmässig vorkommt, dass die Person trotz Krankheit arbeitet. Im zweiten Modell werden Erklärungsfaktoren dafür ge-

<sup>16</sup> Logit-Modell

sucht, dass die Person regelmässig oder ab und zu trotz Krankheit zur Arbeit geht. Eine Übersicht der Ergebnisse findet sich in Tabelle 1. In Bezug auf die persönlichen Faktoren zeigt sich, dass der Gesundheitszustand – wie schon in der bivariaten Analyse ersichtlich wird – der wichtigste Erklärungsfaktor für Präsentismus ist. Je schlechter der Gesundheitszustand ist, desto häufiger kommt es vor, dass die Person krank zur Arbeit geht. Frauen geben häufiger als Männer an, regelmässig trotz Krankheit zu arbeiten. Auch in anderen Untersuchungen wurde festgestellt, dass Präsentismus bei Frauen stärker verbreitet ist (Steinke/Badura 2011, 59). Interessanterweise gibt es keinen signifikanten Unterschied nach Geschlecht, wenn Präsentismus daran gemessen wird, ob man regelmässig oder ab und zu krank zur Arbeit geht (Modell 2). Nach Alter lassen sich keine ausgeprägten Unterschiede bezüglich der Häufigkeit von Präsentismus erkennen.<sup>17</sup> Aus der Befragung sind Informationen zu den Bewältigungsstrategien der Personen bekannt. Bei einer problemorientierten Bewältigungsstrategie wird versucht, eine Lösung des Problems zu erarbeiten oder die Problemlage positiv zu verändern. Bei einer vermeidungsorientierten Bewältigungsstrategie nehmen die Personen Handlungen vor, um sich der stressvollen Situation zu entziehen. Die emotionsorientierte Bewältigungsstrategie zielt darauf ab, die eigene emotionale Befindlichkeit zu verbessern. Wie die Berechnungen zeigen, ist die Wahrscheinlichkeit von Präsentismus für Personen mit einer ausgeprägt emotionsorientierten Bewältigungsstrategie geringer. Dieses Resultat ist insofern stimmig, als dass Präsentismus nicht förderlich für eine gute emotionale Befindlichkeit sein dürfte. Die Ausprägung von problem- oder vermeidungsorientierten Bewältigungsstrategien hat jedoch keinen signifikanten Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit von Präsentismus. Auch die Arbeitsmotivation wirkt sich auf Präsentismus aus. Personen mit einer ausgeprägten intrinsischen Arbeitsmoral weisen eine höhere Wahrscheinlichkeit für Präsentismus aus.<sup>18</sup> Interessanterweise hat das Geschlecht keinen signifikanten Einfluss mehr, wenn man im Modell auch für intrinsische Arbeitsmotivation kontrolliert. Aus den Daten ist ersichtlich, dass Frauen öfter eine ausgeprägte intrinsische Arbeitsmotivation ausweisen.<sup>19</sup> Das Frauen häufiger krank zur Arbeit gehen liegt folglich nicht unbedingt am Geschlecht selber, sondern daran, dass Frauen bezüglich ihrer Arbeit öfter intrinsisch motiviert sind.

Die Untersuchung von arbeits- und organisationsbedingten Einflussfaktoren zeigt, dass die Wahrscheinlichkeit von Präsentismus bei Arbeiten mit hoher psychischer Belastung grösser ist (Modell1). Dies dürfte damit zusammenhängen, dass in beziehungsintensiven Berufen die psychische Belastung vergleichsweise hoch ist.<sup>20</sup> Aus der Forschung ist bekannt, dass Präsentismus in beziehungsintensiven Berufen – namentlich im Gesundheits- und Unterrichtswesen – stärker verbreitet ist, als in anderen Berufen (Bödeker/Hüsing 2007, 95; Steineke/Badura 2011, 65). Prüft man jedoch im Modell den Einfluss der Berufsgruppen auf die Wahrscheinlichkeit von Präsentismus, ergeben sich keine signifikanten Unterschiede. Zwischen erwerbstätigen Personen mit und ohne Führungsfunktion lassen sich keine signifikanten Unterschiede bezüglich des Risikos für Präsentismus erkennen. Während bei Führungspersonen die Schwierigkeit der Ersetzbarkeit ein Grund für Präsentismus sein dürfte, kann bei Mitarbeitenden ohne Führungsfunktion der Druck der Vorgesetzten oder die Loyalität mit den Arbeitskolleg/innen eine grössere Rolle spielen (Ashby/Mahdon 2010, 6).

Die Resultate des zweiten Modells liefern Hinweise, dass ein sinnvolles betriebliches Gesundheitsmanagement dazu führen kann, die Verbreitung von Präsentismus zu verhindern. So ist die Wahrscheinlichkeit von Präsentismus geringer, je mehr der Arbeitgeber unternimmt, um die Gesundheit der Mitarbeitenden bei der Arbeit zu

<sup>17</sup> Auch aus anderen Studien gibt es nur wenige Erkenntnisse zum Zusammenhang von Alter und Präsentismus (Bödeker/Hüsing 2007, 10; Steineke/Badura 2011, 54)

<sup>18</sup> Gemessen wurde die Ausprägung der intrinsischen Arbeitsmotivation anhand der folgenden Instrumente: „Arbeit ist wie ein Geschäft. Je besser ich bezahlt werde, umso besser arbeite ich; je schlechter ich bezahlt werde, umso schlechter arbeite ich.“ „Ich versuche bei der Arbeit immer das Beste zu geben, unabhängig davon, wie gut ich bezahlt werde.“ „Man muss arbeiten, um überleben zu können. Ich würde nicht arbeiten, wenn ich nicht müsste.“

<sup>19</sup> Im Modell wurde auch der Interaktionseffekt von Geschlecht und intrinsischer Arbeitsmoral geprüft. Dieser ist nicht signifikant.

<sup>20</sup> Im Datensatz, der dieser Untersuchung zugrunde liegt, sind die Angaben zur psychischen Belastung der Arbeit für Berufe im Gesundheits- und Unterrichtswesen – also für beziehungsintensive Berufe – am höchsten.

schützen. Personen mit einem Kündigungsschutz von mehr als drei Monaten gehen öfter krank zur Arbeit als solche mit kürzerem Kündigungsschutz. Dieser Einfluss bleibt auch bestehen, wenn man im Modell für Betriebszugehörigkeit kontrolliert. Interessant ist das Ergebnis, dass Personen, welche nicht wissen, wie lange ihr Kündigungsschutz bei Krankheit dauert, eine signifikant höhere Wahrscheinlichkeit für Präsentismus ausweisen. Unsicherheit bezüglich des Kündigungs- und Versicherungsschutzes scheint ein Erklärungsfaktor für Präsentismus zu sein.<sup>21</sup>

Tabelle 1: Einflussfaktoren von Präsentismus, Erwerbstätige Personen

Messung von Präsentismus		Modell 1 Es kommt <b>regelmässig</b> vor, dass die Person trotz gesundheitlicher Beschwerden zur Arbeit geht.	Modell 2 Es kommt <b>regelmässig oder ab und zu</b> vor, dass die Person trotz gesundheitlicher Beschwerden zur Arbeit geht.
<b>Persönliche Einflussfaktoren</b>			
Gesundheitszustand	je <b>schlechter</b> , desto	<b>höher</b> die Wahrscheinlichkeit	<b>höher</b> die Wahrscheinlichkeit
Geschlecht : Frau		<b>höhere</b> Wahrscheinlichkeit**	n.s.
Alter		n.s.	n.s.
Problemorientierte Bewältigungsstrategie		n.s.	n.s.
Vermeidungsorientierte Bewältigungsstrategie		n.s.	n.s.
Emotionsorientierte Bewältigungsstrategie	je stärker die emotionsorientierte Bewältigungsstrategie ausgeprägt ist, desto	n.s.	<b>geringer</b> die Wahrscheinlichkeit
Intrinsische Arbeitsmotivation		<b>höhere</b> Wahrscheinlichkeit	n.s.
<b>Arbeits- und organisationsbedingte Einflussfaktoren</b>			
Psychische Belastung bei der Arbeit	je höher die psychische Belastung, desto	<b>höher</b> die Wahrscheinlichkeit	n.s.
Führungsfunktion		n.s.	n.s.
Unternehmungen des Arbeitgebers, um die Gesundheit der Mitarbeitenden zu schützen.	je mehr der AG unternimmt, desto	n.s.	<b>geringer*</b> die Wahrscheinlichkeit
Kündigungsschutz mehr als 3 Monate		n.s.	<b>höhere</b> Wahrscheinlichkeit**
Nicht informiert über Kündigungsschutz		n.s.	<b>höhere</b> Wahrscheinlichkeit**

Quelle: Berechnungen BASS, n=239

\*\* Dieser Effekt ist nur dann signifikant, wenn man im Modell nicht für intrinsische Arbeitsmotivation kontrolliert.

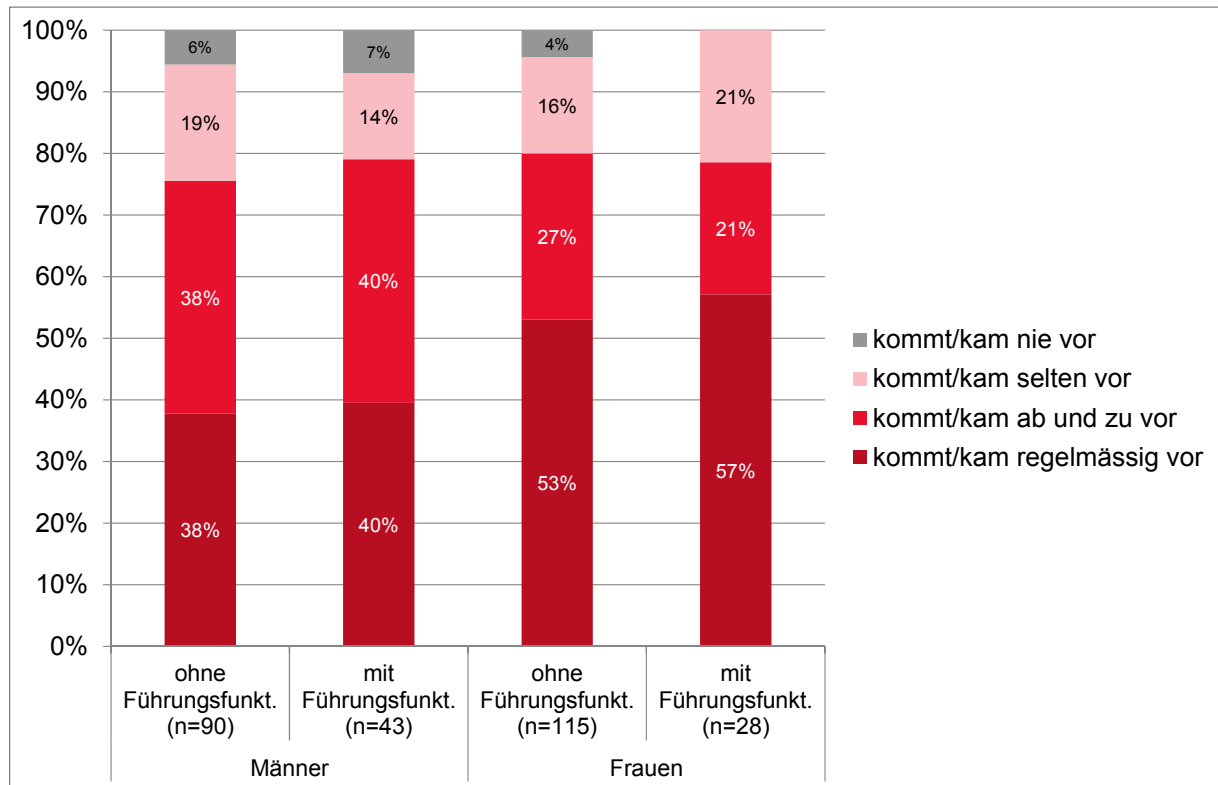
Für weitere Faktoren wurde der Einfluss auf Präsentismus untersucht, jedoch keine signifikanten Effekte gefunden. So zeigt sich beispielsweise kein ausgeprägter Unterschied bezüglich der Verbreitung von Präsentismus zwischen privaten und öffentlichen Betrieben. Zudem scheint die Tatsache, ob im Betrieb eine Abteilung vorhanden ist, welche als Anlaufstelle für gesundheitlich angeschlagene Mitarbeitende dient, gemäss den Berechnungen keinen Einfluss auf die Häufigkeit von Präsentismus zu haben. Auch Angaben zur Atmosphäre und dem Zusammengehörigkeitsgefühl am Arbeitsplatz haben sich nicht als Erklärungsfaktoren erwiesen. Weiter scheint Präsentismus gemäss den Berechnungen nicht von der allgemeinen Zufriedenheit mit der Arbeit abzuhängen. Allerdings ist anzunehmen, dass aufgrund der geringen Fallzahl (n=239) einzelne Faktoren im Modell nicht signifikant sind, auch wenn bei genügend grosser Fallzahl ein signifikanter Einfluss bestehen würde.

In den folgenden Abbildungen wird die Häufigkeit von Präsentismus nach ausgewählten Merkmalen grafisch dargestellt. Aus **Abbildung 22** ist ersichtlich, dass Frauen häufiger angeben, regelmässig trotz Krankheit zu arbeiten. Betrachtet man hingegen den Anteil, der angibt regelmässig oder ab und zu krank arbeiten zu gehen, so

<sup>21</sup> Dieser Effekt bleibt bestehen, wenn man im Modell für den höchsten Ausbildungsabschluss kontrolliert. Die Beurteilung darüber, wie gut sich die Person insgesamt über den Versicherungs- und Kündigungsschutz informiert fühlt, hat hingegen keinen signifikanten Einfluss auf Präsentismus.

gibt es kaum Unterschiede nach Geschlecht. Die Abbildung verdeutlicht zudem, dass es nur minimale Unterschiede zwischen der Häufigkeit von Präsentismus zwischen Angestellten mit und ohne Führungsfunktion gibt. Das von Zok (2008, 129) festgestellte Phänomen, dass bei den Frauen Führungskräfte öfter krank zur Arbeit gehen, während bei Männern Präsentismus bei Mitarbeitenden ohne Führungsfunktion öfter vorkommt, kann demnach anhand der Daten dieser Untersuchung nicht bestätigt werden.

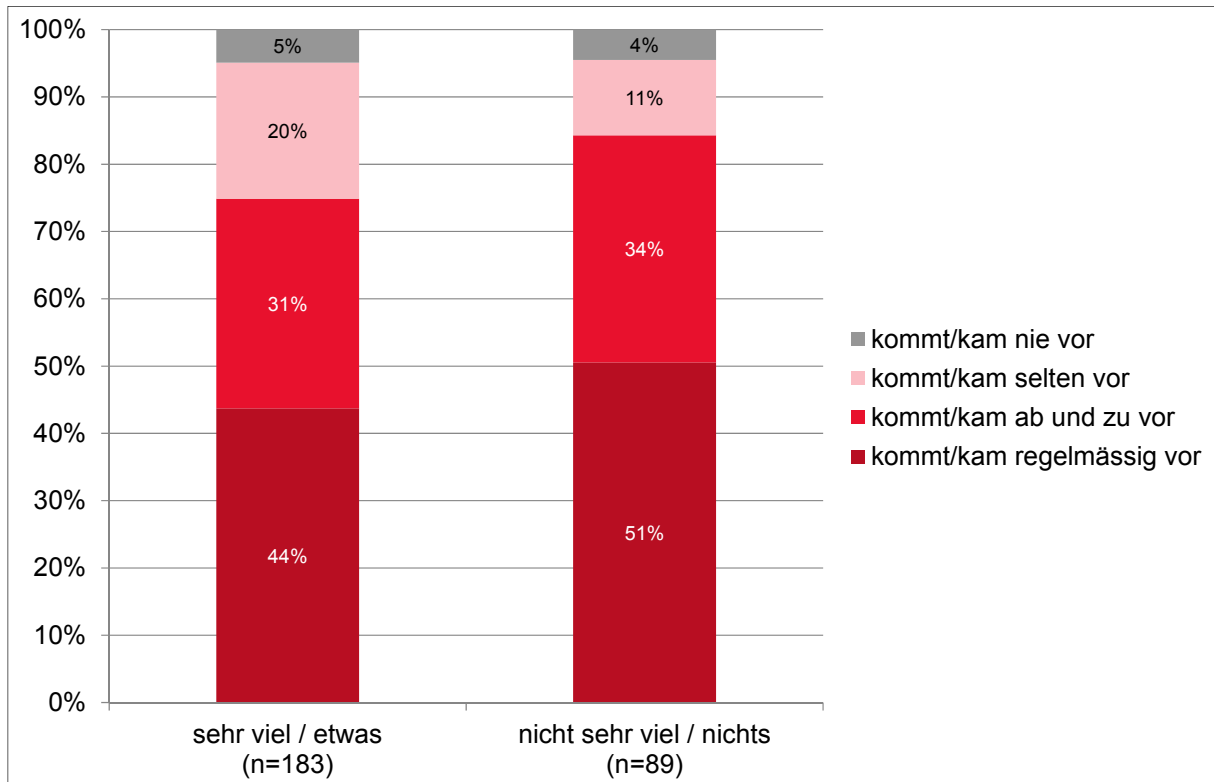
Abbildung 22: Präsentismus nach Geschlecht und beruflicher Position



Quelle: Berechnungen BASS

Aus Abbildung 23 ist ersichtlich, dass Präsentismus in Betrieben, wo der Arbeitgeber gemäss Einschätzung der Befragten «sehr viel» oder «etwas» unternimmt, um die Gesundheit der Mitarbeitenden bei der Arbeit zu schützen weniger verbreitet ist als dort, wo der Arbeitgeber diesbezüglich «nicht sehr viel» oder «nichts» unternimmt.

Abbildung 23: Präsentismus nach Gesundheitsmanagement der Unternehmen (Frageformulierung: *Wie viel unternimmt Ihr Arbeitgeber, um die Gesundheit der Mitarbeitenden bei der Arbeit zu schützen?*)



Quelle: Schriftliche Befragungen «Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt» (2010, 2011); Berechnungen BASS

## 9.2.2 Arbeitsplatzunsicherheit als Grund für Präsentismus

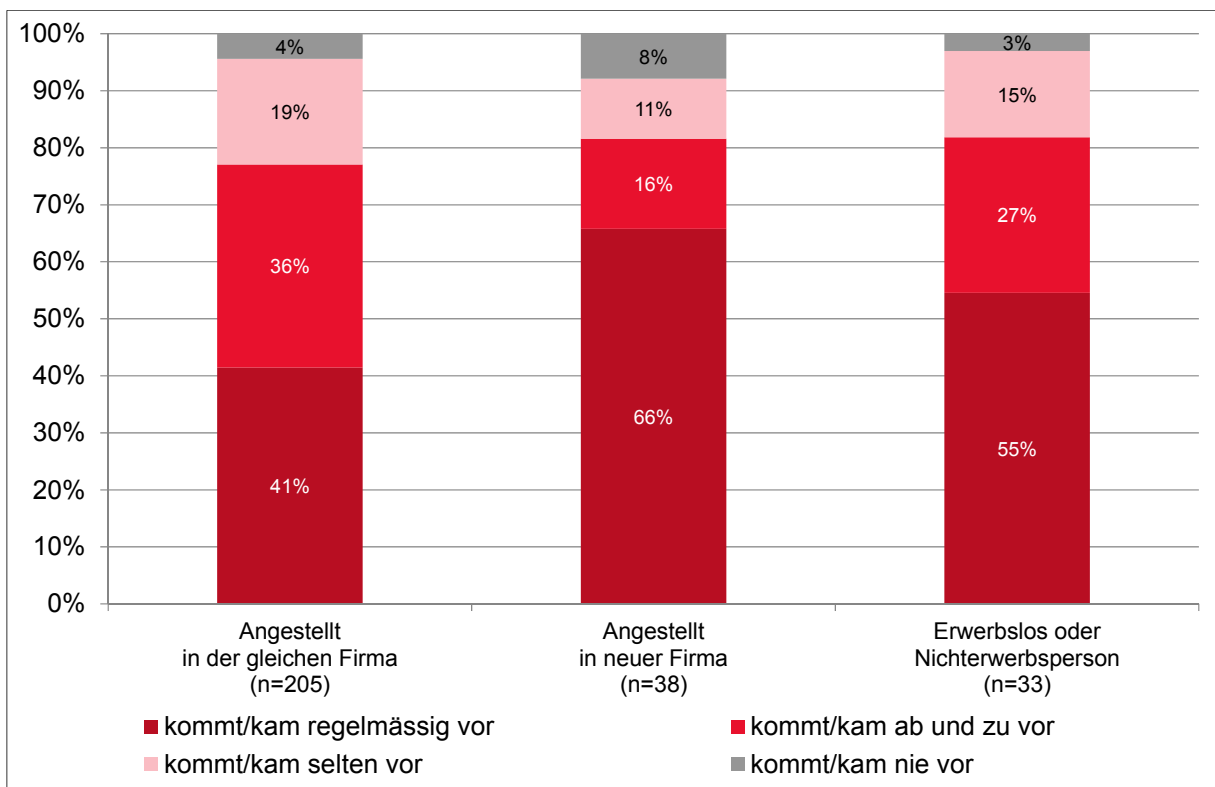
Arbeitsplatzunsicherheit stellt einen viel diskutierten Einflussfaktor auf das Verhalten, krank zur Arbeit zu gehen, dar (Hägerbäumer 2011, 178; Steineke/Badura 2011, 63; Schmidt/Schröder 2009). Es wurde gezeigt, dass Präsentismus bei Personen, die im hohen Masse Angst um ihren Arbeitsplatz haben, öfter vorkommt als bei solchen, die keine Angst vor Arbeitsplatzverlust haben (Steineke/Badura 63).

Auch die Daten der vorliegenden Studie geben Hinweise darauf, dass Arbeitsplatzunsicherheit einen Einfluss auf das Verhalten hat, trotz Krankheit zu arbeiten. **Abbildung 24** zeigt die Häufigkeit von Präsentismus in der zweiten Erhebungswelle (Dezember 2010 bis März 2012) nach Arbeitsstatus in der dritten Erhebungswelle (November bis Dezember 2011). Aus der Abbildung ist ersichtlich, dass Personen, welche in der dritten Erhebungswelle einen neuen Arbeitgeber hatten, davor zu einem beachtlichen Anteil (66%) regelmässig trotz Krankheit zur Arbeit gingen. Hierbei dürfte die Angst vor dem Arbeitsplatzverlust eine Rolle gespielt haben. Bei Personen, die in beiden Erhebungswellen den gleichen Arbeitgeber hatten, kommt dies seltener vor (41%). Betrachtet man den Wechsel des Arbeitgebers als proxy für die Arbeitsplatzunsicherheit zum Zeitpunkt der zweiten Erhebungswelle, so besteht auch in der multivariaten Betrachtung ein signifikanter Zusammenhang zwischen Arbeitsplatzunsicherheit und Präsentismus, wenn man für Gesundheitszustand und Geschlecht kontrolliert.

Die Personen, welche in der dritten Erhebungswelle nicht mehr erwerbstätig waren (Erwerbslose und Nichterwerbspersonen) unterschieden sich bezüglich Präsentismus weniger stark von den Personen, die zu beiden Erhe-

ungszeitpunkten beim gleichen Arbeitgeber angestellt waren.<sup>22</sup> Die Tatsache, vorübergehend oder permanent aus dem Erwerbsleben auszuschneiden ist wahrscheinlich stärker als ein Arbeitsplatzwechsel von anderen Faktoren wie beispielsweise dem Gesundheitszustand beeinflusst. Bemühungen der Arbeitnehmenden – beispielsweise in Form von Präsentismus – dürften weniger dazu beitragen, ob dieser Wechsel des Arbeitsmarktstatus eintritt oder nicht.

Abbildung 24: Präsentismus der erwerbstätigen Personen in der zweiten Erhebungswelle nach Erwerbssituation in der dritten Erhebungswelle



Quelle: Berechnungen BASS

Die Personen wurden auch dazu befragt, wie stark sie sich Gedanken darüber machen, wegen ihres Gesundheitszustandes in Zukunft arbeitslos zu werden. Es zeigt sich, dass Präsentismus bei den Personen, die sich stärker Gedanken darüber machen, öfter vorkommt. Allerdings hat dies vor allem damit zu tun, dass der Gesundheitszustand dieser Personen schlechter ist. Wenn man für den Gesundheitszustand kontrolliert, hat die Aussage darüber, wie stark man sich Gedanken über Arbeitslosigkeit macht keinen Einfluss auf die Häufigkeit von Präsentismus.

### 9.3 Schlussfolgerungen

Die Analyse der im Rahmen des Projekts «Berufliche Wiedereingliederung von Personen mit länger andauernder Arbeitsunfähigkeit» erhobenen Daten bestätigt, dass Präsentismus weit verbreitet ist. Insgesamt geben vier von fünf Personen an, regelmässig (47%) oder ab und zu (32%) trotz Krankheit arbeiten zu gehen. Dabei zeigt sich, dass der Gesundheitszustand der wichtigste Erklärungsfaktor für das Phänomen ist. Je schlechter der Gesundheitszustand ist, desto häufiger gehen Personen krank zur Arbeit. Dies bedeutet, dass der Vergleich der Häufig-

<sup>22</sup> In der multivariaten Betrachtung besteht kein signifikanter Unterschied bezüglich der Häufigkeit von Präsentismus zwischen den Personen, die in beiden Erhebungswellen beim gleichen Arbeitgeber angestellt waren und den Personen, die in der dritten Erhebungswelle erwerbslos oder Nichterwerbspersonen waren.



keit von Präsentismus für verschiedene Gruppen nur bedingt aussagekräftig ist, wenn dabei der unterschiedliche Gesundheitszustand der Gruppen nicht berücksichtigt wird. Unter Kontrolle des Gesundheitszustands zeigt die Analyse, dass sowohl individuelle als auch arbeitsbedingte Faktoren die Wahrscheinlichkeit von Präsentismus beeinflussen. So kommt das Phänomen bei Personen mit stark ausgeprägten emotionalen Bewältigungsstrategien seltener vor und bei Personen mit intrinsischer Arbeitsmotivation häufiger. Eine hohe psychische Belastung am Arbeitsplatz erhöht das Risiko von Präsentismus, hingegen tragen Bemühungen des Arbeitgebers, die Gesundheit der Mitarbeitenden am Arbeitsplatz zu schützen, dazu bei, Präsentismus zu verringern. Unsicherheit bezüglich des Kündigungs- und Versicherungsschutzes scheint ein Erklärungsfaktor für Präsentismus zu sein. Zudem zeigt die Analyse, dass Arbeitsplatzunsicherheit ein Grund dafür sein kann, krank arbeiten zu gehen. Diese Erkenntnisse stehen weitgehend im Einklang mit bisher bekannten Ergebnissen der Forschung, wobei ein Teil der Zusammenhänge im Rahmen dieser Untersuchung erstmals mit Daten für die Schweiz gezeigt werden konnten.

## 10 Schlussbetrachtung

Die Ergebnisse der durchgeführten Analysen machen deutlich, dass ein erfolgreicher Wiedereingliederungsprozess das Produkt von einem Zusammenspiel zwischen vorhandenen personalen, familiären und sozialen Ressourcen und Belastungen einerseits und der Unterstützung und Interventionen der beteiligten Stellen und Sozialversicherer andererseits ist. Im Rahmen der Schlussbetrachtung werden die Ergebnisse im Lichte der zu Beginn des Projekts aufgestellten Thesen betrachtet.

### These 1

*Die mit der sozialen Position der gesundheitsgefährdeten Arbeitnehmenden verbundenen Ressourcen wirken sich unabhängig von der Schwere des Gesundheitsproblems auf die Chancen der Verhinderung der Desintegration bzw. das Gelingen der beruflichen Reintegration aus.*

These 1 wird von den Ergebnissen eindeutig gestützt. Die für das Gelingen der beruflichen Reintegration verfügbaren individuellen und sozialen Ressourcen sind, je nach sozialer Position, ungleich verteilt. Menschen mit besserer Ausbildung, höherem Einkommen und in höherer beruflichen Stellung sind psychisch deutlich weniger belastet, können auf mehr Unterstützung aus ihrem privaten Umfeld zurückgreifen, sind bezüglich der Arbeit eher intrinsisch motiviert. Das Fehlen dieser Ressourcen wirkt sich direkt und negativ auf eine erfolgreiche berufliche Reintegration aus.

Die **psychische Belastung** der Arbeitnehmenden als Teilaspekt der individuellen Verfassung zum Zeitpunkt der ersten Befragung, wirkt sich unabhängig von der Schwere des Gesundheitsproblems auf das Risiko aus, den angestammten Arbeitgeber zu verlieren. Personen in einer guten psychischen Verfassung verfügen gegenüber Personen mit einer hohen psychischen Belastung über eine rund 3.5mal grössere Chance, ihre Anstellung behalten zu können. Auch Personen mit psychischen Problemen, die aus einer klinischen Sicht nicht unbedenklich sind (=mittlere Belastung), haben gegenüber den Personen mit grossen psychischen Problemen eine grössere Chance, den ersten Arbeitgeber behalten zu können. Die Qualität der psychischen Verfassung korreliert mit der sozialen Position der Betroffenen, wirkt aber unabhängig davon einer beruflichen Desintegration entgegen.

Die Tatsache, dass es im familiären und nachbarschaftlichen Umfeld des gesundheitsgefährdeten Arbeitnehmenden eine Person gibt, die der oder die Betroffene um Hilfe anfragen kann, hilft den Betroffenen vor allem bei einer allfälligen Stellensuche. Die **praktische Unterstützung** ist eng verbunden mit der sozialen Position einer Person - besser qualifizierte Personen verfügen in ihrem Umfeld häufiger über Personen, die Hilfe leisten können – sie erhöht aber unabhängig von der sozialen Position (Ausbildung, Einkommen, Berufliche Stellung) der Betroffenen die Chance, im Erwerbsprozess zu verbleiben.

Eine eher **intrinsische Arbeitsmotivation** erhöht die Chance der Betroffenen nach einem erfolgten Stellenverlust, einen neuen Arbeitgeber zu finden. Die Einstellung zur Erwerbsarbeit wirkt sich unabhängig vom Gesundheitszustand und soziodemographischen sowie –ökonomischen Merkmalen positiv auf die Wahrscheinlichkeit eines beruflichen Wiedereinstiegs aus. Die Arbeitsmotivation ist eng verbunden mit der sozialen Position der Arbeitnehmenden. Hochqualifizierte Personen wie auch Angestellte in Führungspositionen sind in Bezug auf ihre Erwerbsarbeit deutlich häufiger intrinsisch motiviert als Personen ohne Abschluss auf der Sekundarstufe II bzw. Personen ohne Führungsaufgaben.

### These 2

*Interventionen der Sozialversicherer sind zur Verhinderung des Desintegrations- bzw. Förderung des Integrationsprozesses dann erfolgreich, wenn sie mit Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmenden vorgenommen werden und an deren individuellen Ressourcen anknüpfen und diese fördern.*

Im Rahmen der durchgeführten multivariaten Analysen kann These 2 nicht gestützt werden. Zum einen sind die Fallzahlen für eine Überprüfung dieser These eher zu gering. Insgesamt sind im Sample nur gerade 39 Personen zu finden, die sich dahingehend äussern, dass sie mit der erfolgten Meldung zur Früherfassung bei der Invalidenversicherung nicht (11) oder nur teilweise (28) nicht einverstanden sind. Zum andern zeigt sich, dass diese Personen eher gesünder sind, als solche, die sich freiwillig melden, was einen Vergleich der beiden Gruppen schwieriger macht.

### **These 3**

*Betriebliches Absenzenmanagement zur Früherkennung von Absenzen und Gesundheitsmanagement zur aktiven Begleitung von Personen mit längeren Absenzen steigern bei den Betroffenen die Bereitschaft, wieder in den Erwerbsprozess zurückzukehren. Sie kehren deshalb im Vergleich zu Personen in Betrieben ohne solche Massnahmen früher und öfters an ihren Arbeitsplatz zurück.*

These 3 wird von den Ergebnissen eindeutig gestützt. Die vorliegenden Ergebnisse zeigen, dass die Angestellten von Betrieben, die über ein in *der Organisation verankertes Gesundheitsmanagement* verfügen, deutlich häufiger ihre Stelle behalten können. Die Chancen dieser Arbeitnehmenden sind deshalb, unabhängig vom Gesundheitszustand der soziodemographischen sowie –ökonomischen Merkmalen deutlich höher, 30 Monate nach Beginn der längeren Phase der Arbeitsunfähigkeit noch erwerbstätig zu sein. Die Anzahl der Unternehmen, die über eine spezialisierte Abteilung inner- oder ausserhalb des Betriebs verfügen, deren Verantwortliche sich spätestens nach 2 Wochen seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit beim Arbeitnehmenden melden und die zusätzlich im Bereich der Gesundheitsprävention aktiv sind, ist im vorliegenden Sample jedoch relativ klein. Die Ergebnisse dazu sind jedoch sehr robust und stabil. Die Ergebnisse zeigen zudem deutlich, dass *konkrete Massnahmen zur beruflichen Wiedereingliederung*, sowohl die Chancen auf einen Stellenerhalt als auch die Chancen auf dem Stellenmarkt deutlich erhöhen.

Zu einem Gesundheitsmanagement gehört es auch, dass die Bemühungen verschiedener in den Wiedereingliederungsprozess beteiligten Personen und Institutionen koordiniert werden. Dies scheint sich insbesondere bei einem allfälligen Stellenverlust und der darauffolgenden Stellensuche positiv auszuwirken. Wer schon zu Beginn der Arbeitsabsenz über eine Person verfügt, die sich für ein *koordiniertes Vorgehen* der verschiedenen Stellen kümmert, hat deutlich grössere Chancen, im Bedarfsfall eine Neuansetzung zu finden.

Neben dem betrieblichen Gesundheitsmanagement spielen bei der Desintegration von gesundheitsgefährdeten Arbeitnehmenden noch weitere Faktoren im Arbeitsumfeld der Betroffenen eine Rolle. So scheinen *grössere Unternehmungen* eher in der Lage zu sein, krankheitsgefährdete Mitarbeitende mit eingeschränktem Leistungsvermögen weiter zu beschäftigen. Je besser das *Arbeitsklima* ist und je mehr die Betroffenen *von Vorgesetzten und Arbeitskolleg/innen* unterstützt werden, desto grösser ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine gesundheitsgefährdete Person 30 Monate nach Beginn der Arbeitsunfähigkeitsphase wieder erwerbstätig ist. Interessanterweise weisen auch Personen mit einer unterstützenden Arbeitsumgebung beim ersten Arbeitgeber eine grössere Chance auf, nach einem Stellenverlust einen neuen Arbeitgeber zu finden. Die positive Arbeitserfahrung beim ersten Arbeitgeber scheint sich positiv auf die Chancen eines erfolgreichen beruflichen Wiedereinstiegs auszuwirken.

### **These 4**

*Bei objektiv gleichem Gesundheitsschaden sind das Niveau des rechtlichen Schutzes bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und/oder die Höhe der zu erwartenden Ersatzleistungen relevante Ko-Faktoren für das Gelingen oder Nichtgelingen des Verbleibs im Arbeitsprozess. Die Wirkung dieser Ko-Faktoren hängt u.a. auch von der sozialen Lage der Individuen ab.*

Die Ergebnisse aus den empirischen Analysen zu These 4 sind nicht eindeutig. Insgesamt hat sich gezeigt, dass ein sehr grosser Teil der befragten Personen nicht oder nur sehr ungenügend über den rechtlichen Schutz bei

krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit informiert ist. Dies zeigt sich in den sehr hohen Anteilen an «weiss nicht»-Antworten zu den Fragen im Kontext des Rechtsschutzes. Diese konnten insgesamt nicht in einen (statistisch signifikanten) Zusammenhang mit dem Ergebnis der Wiedereingliederungsbemühungen gebracht werden. Als einzige Grösse, die sich auf das Gelingen des Verbleibs im Arbeitsprozess auswirkt und die zumindest teilweise in Zusammenhang mit dem rechtlichen Kontext steht, hat sich die Dauer der Betriebszugehörigkeit herausgestellt. Im Rahmen der multivariaten Betrachtungsweise hat sich gezeigt, dass die Betriebszugehörigkeit alle anderen Faktoren zum Versicherungs- und Kündigungsschutz verdrängt. Personen, die bereits seit mehr als 5 Jahren beim ersten Arbeitgeber angestellt sind, verlieren ihre Stelle deutlich weniger oft als Personen mit kürzerer Anstellungsdauer. Eine längere Betriebszugehörigkeit scheint demnach davor zu schützen, den angestammten Arbeitgeber nach einer längeren Krankheit zu verlieren. Ob hinter diesem empirischen Ergebnis der im Vergleich zu kürzeren Anstellungsverhältnissen bessere Kündigungsschutz steht, kann mit den vorhandenen Daten jedoch nicht schlüssig beantwortet werden.

Ist der Versicherungs- und Kündigungsschutz für Arbeitnehmende hoch, so resultieren für den Arbeitgeber in der Regel höhere Kosten bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Insofern dürfte ein guter Versicherungs- und Kündigungsschutz dazu beitragen, dass der Verbleib im Arbeitsleben besser gelingt.

Alternativ kann der Zusammenhang zwischen Betriebszugehörigkeit und Stellenerhalt auch im Rahmen der Humankapitaltheorie erklärt werden. Je länger eine Person in der Regel für den gleichen Arbeitgeber arbeitet, desto mehr betriebsspezifisches (Human)Kapital kann sie sich erwerben. Die Entlassung eines Arbeitnehmenden mit viel betriebsspezifischem Kapital ist für die Unternehmen deshalb mit hohen Kosten verbunden und aus diesem Grund unwahrscheinlicher.

Für Arbeitnehmende bedeutet ein guter Versicherungs- und Kündigungsschutz, dass sie auch bei längerer krankheitsbedingten Abwesenheit keine (oder nur geringe) Einkommenseinbussen hinnehmen müssen. In diesem Zusammenhang wird der Versicherungsökonomie von einem «Moral Hazard Problem» gesprochen. Das Risiko für Moral Hazard besteht dann, wenn das Verhalten des Versicherten sich ändert, nachdem sie die Versicherung abgeschlossen haben. In der hier untersuchten Thematik würde das bedeuten, dass die Personen mit gutem Versicherungs- und Kündigungsschutz länger krankheitsbedingt abwesend sind, als es aufgrund ihres Gesundheitszustands nötig wäre, weil ihnen während der Abwesenheit keine Einkommen entgehen. Eine längere Arbeitsabwesenheit wiederum kann sich erschwerend auf das Gelingen des Verbleibs im Arbeitsprozess auswirken. Die Ergebnisse der multivariaten Analyse lassen nicht darauf schliessen, dass auf der Seite der Arbeitnehmenden ein «Moral Hazard Problem» besteht.

## Literaturverzeichnis

- Bödeker Wolfgang und Tobias Hüsing (2007): IGA-Barometer 2. Welle, Einschätzungen der Erwerbsbevölkerung zum Stellenwert der Arbeit, zur Verbreitung und Akzeptanz von betrieblicher Prävention und zur krankheitsbedingten Beeinträchtigung der Arbeit – 2007.
- Chetty Ray (2008): Moral Hazard vs. Liquidity and optimal unemployment insurance. Working Paper 13967, National Bureau Of Economic Research, Cambridge.
- Eckstein Peter P. (1999): Angewandte Statistik mit SPSS. Gabler, Wiesbaden
- Goetzel Ron Z., Stacey R. Long, Ronald J. Ozminkowski, Kevin Hawkins, Shaohung Wang und Wendy Lynch (2004): « Health, Absence, Disability, and Presenteeism Cost Estimates of Certain Physical and Mental Health Conditions Affecting U.S. Employers». *Occupational and Environmental Medicine*, Vol. 46 2004, 398-412.
- Grebner Simone, Ilana Berlowitz, Vanessa Alvarado und Manuel Cassina (2010): Stressstudie 2010; Stress bei Schweizer Erwerbstätigen; Zusammenhänge zwischen Arbeitsbedingungen, Personenmerkmalen, Befinden und Gesundheit. Seco, Bern.
- Hansen C. D. und J. H. Andersen (2009): «Sick at work – a risk factor for long-term sickness absence at a later date?». *Journal of Epidemiol Community*, No. 63 2009, 397-402.
- Hemp Paul (2004): «Presenteeism: At Work – But Out of It». *Harvard Business Review*, No. 10 2004, 1-10.
- Johansson Per und Märten Palme (2004): Moral Hazard and Sickness Insurance. *Journal of Public Economies* 2004.
- Kim Anna und Kurz Karin (2001): Precarious Employment, Education and Gender: A Comparison of Germany and the United Kingdom. Arbeitspapiere – Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung, Nr. 39, 2001. Mannheim.
- Pärli Kurt und Julia Hug (2012): « Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit)». *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV)*, No. 1 2012, 1-12.
- Pärli Kurt und Julia Hug (2012): « Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit)». *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV)*, No. 1 2012, 1-12.
- Schmidt J. und H. Schröder (2010): Präsentismus – Krank zur Arbeit aus Angst vor Arbeitsplatzverlust. In Badura, B., Schröder, H., Klose, J., Macco, K. (ed) Fehlzeiten-Report 2009. Arbeit und Psyche: Belastungen reduzieren – Wohlbefinden fördern. (Berlin und Heidelberg: Springer), 93-100.
- Steinke M. und B. Badura (2011): Präsentismus Ein Review zum Stand der Forschung. Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin. Dortmund/Berlin/Dresden.
- Walker Philipp Michael Marti und Kathrin Bertschy (2010): Die Entwicklung atypisch-prekärer Arbeitsverhältnisse in der Schweiz, Nachfolgestudie zur Studie von 2003. Studie im Auftrag der Aufsichtskommission für den Ausgleichsfonds der Arbeitslosenversicherung.
- Zok Klaus (2008): Krank zur Arbeit: Einstellungen und Verhalten von Frauen und Männern beim Umgang mit Krankheit am Arbeitsplatz. In Badura/Schröder/Vetter (Hrsg) Fehlzeiten-Report 2007. Arbeit, Geschlecht und Gesundheit - Geschlechteraspekte im betrieblichen Gesundheitsmanagement. (Berlin und Heidelberg: Springer) 121-144.

Teil 1:

Ergebnisse prospektive Kohortenstudie

**Teil 2:**

**Working Paper:** Rechtsfragen gesundheitlicher Beeinträchtigung  
im Arbeitsverhältnis – Zusammenwirken von Arbeits- und  
(Sozial)versicherungsrecht

Kurt Pärli/Julia Hug/Andreas Petrik  
Winterthur, Juni 2013

---

Eine prospektive Kohortenstudie (2008 bis 2012) unterstützt vom Schweizerischen Nationalfonds  
(SNF-Gesuch 100013-122499/1)

Eingereicht beim Schweizerischen Nationalfonds am 18. Oktober 2012.

Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zum 31. März 2013 berücksichtigt.

# Inhaltsverzeichnis

<i>Inhaltsverzeichnis</i> .....	<i>I</i>
<i>Abkürzungsverzeichnis</i> .....	<i>X</i>
<i>Literaturverzeichnis</i> .....	<i>XVI</i>
<i>Materialienverzeichnis</i> .....	<i>XXXII</i>
<b>Teil I: Rechtlicher Kontext</b> .....	<b>- 1 -</b>
<b>1. Kapitel: Einleitung und Fragestellung</b> .....	<b>- 1 -</b>
<b>2. Kapitel: Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Kontext des aktivierenden Sozialstaates</b> .....	<b>- 2 -</b>
<b>I. Massnahmen zur Aktivierung und Disziplinierung arbeitsunfähiger Arbeitnehmenden</b> .....	<b>- 2 -</b>
1. Gesundheitsmanagement, Früherfassung.....	- 2 -
2. Erhöhte Anforderungen für den Beweis der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit.....	- 3 -
3. Das Überwindbarkeitsdogma in der Invalidenversicherung.....	- 4 -
4. Die Überwachung der Versicherten.....	- 6 -
<b>II. Aktivierung Kranker als Teil der Rekommodifizierung</b> .....	<b>- 7 -</b>
<b>III. Schranken der Aktivierung</b> .....	<b>- 8 -</b>
1. Grundrechte sind mehr als Abwehrrechte.....	- 8 -
2. Verbot der faktischen Grundrechtsverletzung.....	- 8 -
<b>Teil II: Bestandsaufnahme und Zusammenwirken relevanter Normen bei Verlaufsszenarien einer Arbeitsunfähigkeit</b> .....	<b>- 11 -</b>
<b>1. Kapitel: Ausgangslage, Fragestellung und Vorgehen</b> .....	<b>- 11 -</b>
<b>I. Keine einheitliche rechtliche Regelungen</b> .....	<b>- 11 -</b>
<b>II. Übersicht zu Ansprüchen bei Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit</b> .....	<b>- 12 -</b>
<b>2. Kapitel: Arbeitsfähigkeit trotz Krankheit</b> .....	<b>- 16 -</b>
<b>I. Schutz vor Kündigung wegen des Gesundheitszustandes</b> .....	<b>- 16 -</b>
1. Die relevanten Missbrauchstatbestände in Art. 336 Abs. 1 OR.....	- 18 -
1.1 Der Gesundheitszustand als Eigenschaft i. S. v. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.....	- 18 -
1.1.1 Allgemein.....	- 18 -
1.1.2 Krankheit.....	- 18 -
1.2 Vereitelungskündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR).....	- 20 -
1.3 Racheündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR).....	- 22 -
1.3.1 Allgemein.....	- 22 -
1.3.2 Mit Blick auf die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR.....	- 23 -
1.4 Weitere missbräuchliche Kündigungsgründe.....	- 23 -
1.4.1 Verletzung der Fürsorgepflicht.....	- 24 -
1.4.2 Leistungsabfall infolge Mobbing.....	- 24 -
1.4.3 Änderungskündigung.....	- 25 -
1.4.4 Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung.....	- 25 -
1.4.5 Altersdiskriminierung.....	- 26 -
1.5 Beweis.....	- 26 -
1.6 Die Rechtsfolge einer missbräuchlichen Kündigung.....	- 28 -
1.6.1 Pönalentschädigung.....	- 28 -
1.6.2 Bemessung der Entschädigung.....	- 28 -
1.6.3 Verhältnis zu Schadenersatz und Genugtuung.....	- 29 -
1.6.4 Kritik an der Rechtsfolge einer missbräuchlichen Kündigung.....	- 30 -
2. Würdigung.....	- 31 -
3. Schutz vor Kündigung wegen des Gesundheitszustandes im öffentlichen Personalrecht.....	- 33 -

3.1	Anwendbares Recht.....	- 33 -
3.1.1	Bundespersonalrecht .....	- 33 -
3.1.2	Kantonales Personalrecht .....	- 33 -
3.1.3	Privatrecht .....	- 33 -
3.1.4	Lückenfüllung und arbeitsrechtliche Minimalstandards .....	- 34 -
3.2	Spezielle Regelungen .....	- 35 -
3.2.1	Kündigung nur aus sachlichen Gründen .....	- 35 -
3.2.2	Kündigung als ultima ratio.....	- 36 -
3.2.3	Kündigungsgrund Krankheit.....	- 37 -
3.3	Regelung im Bundespersonalrecht .....	- 37 -
3.3.1	Ordentliche Kündigungsgründe .....	- 37 -
3.3.2	Weiterbeschäftigung vor Entschädigung.....	- 37 -
3.4	Ausgewählte Regelungen im kantonalen Personalrecht .....	- 39 -
3.4.1	Kanton Bern .....	- 39 -
3.4.2	Kanton Luzern.....	- 40 -
3.4.3	Kanton Zürich .....	- 41 -
3.4.4	Kanton Genf.....	- 41 -
4.	Würdigung .....	- 42 -
5.	Regelungen in ausgewählten privatrechtlichen GAVs.....	- 43 -
6.	Regelungen in ausgewählten öffentlich-rechtlichen GAVs .....	- 43 -
6.1	GAV SBB.....	- 43 -
6.1.1	Einleitung .....	- 43 -
6.1.2	Missbräuchliche Kündigung im GAV SBB .....	- 43 -
6.2	GAV Post .....	- 44 -
6.2.1	Einleitung .....	- 44 -
6.2.2	Missbräuchliche Kündigung im GAV Post.....	- 44 -
6.3	GAV FHNW.....	- 45 -
6.3.1	Einleitung .....	- 45 -
6.3.2	Missbräuchliche Kündigung im GAV FHNW .....	- 45 -
<b>II. Schutz vor Benachteiligung wegen des Gesundheitszustandes im Bewerbungsverfahren und bei der Anstellung .....</b>		<b>- 45 -</b>
1.	Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit von Stellenbewerbenden.....	- 45 -
1.1	Hintergrund .....	- 45 -
1.2	Mögliche rechtliche Grundlagen zum Schutz vor Benachteiligung wegen des Gesundheitszustandes im Bewerbungsverfahren.....	- 46 -
1.2.1	Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers nach Art. 328 ff. OR .....	- 46 -
1.2.2	Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 und 28 ZGB.....	- 46 -
1.2.3	Culpa in Contrahendo .....	- 47 -
1.2.4	Vertrauenshaftung .....	- 47 -
1.2.5	Verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot.....	- 47 -
1.2.6	Fazit: Persönlichkeitsschutz der Stellenbewerbenden.....	- 48 -
2.	Benachteiligung bei der Anstellung .....	- 48 -
2.1	Ungleichbehandlung in der Kollektivkrankentaggeldversicherung (KVG und VVG).....	- 48 -
2.2	Ungleichbehandlung im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge .....	- 48 -
<b>3. Kapitel: Arbeitsunfähigkeit und (drohende) Erwerbsunfähigkeit .....</b>		<b>- 50 -</b>
<b>I. Geldleistungen bei Arbeitsunfähigkeit .....</b>		<b>- 50 -</b>
1.	Lohnfortzahlung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen .....	- 50 -
1.1	Die Voraussetzungen der Lohnfortzahlung .....	- 51 -
1.1.1	Gesundheitlich bedingte Arbeitsunfähigkeit .....	- 51 -
1.1.2	Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses .....	- 52 -
1.1.3	Fehlendes Verschulden .....	- 54 -
1.1.4	Anzeigepflicht des Arbeitnehmers .....	- 56 -
1.1.5	Zusammenfassend .....	- 57 -
1.2	Höhe und Dauer der Lohnfortzahlungspflicht .....	- 57 -
1.2.1	Allgemeines .....	- 57 -
1.2.2	Höhe der Lohnfortzahlung .....	- 57 -
1.2.3	Dauer der Lohnfortzahlung .....	- 58 -
a)	Lohn „für eine beschränkte Zeit“ .....	- 58 -
b)	Skalen.....	- 59 -



c)	Lohnfortzahlung bei Teilarbeitsunfähigkeit.....	- 61 -
d)	Berücksichtigung des Dienstjahres .....	- 61 -
e)	Keine Koordination von Lohnfortzahlung und Kündigungsrecht .....	- 62 -
1.3	Arbeitsrechtliche Folgen bei Vorliegen einer obligatorischen Versicherung .....	- 63 -
1.3.1	Einleitung .....	- 63 -
1.3.2	Obligatorische Versicherung.....	- 63 -
1.3.3	Lohnfortzahlung des Arbeitgebers nach Art. 324b OR.....	- 64 -
a)	Art. 324b Abs. 2 OR .....	- 64 -
b)	Art. 324b Abs. 3 OR .....	- 65 -
1.3.4	Auswirkungen einer Kürzung von Leistungen des Sozialversicherers auf die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers .....	- 66 -
1.3.5	Abweichung von Art. 324b OR.....	- 67 -
1.4	Einzelfragen zur Lohnfortzahlung .....	- 67 -
1.4.1	Schadenminderungspflicht der Arbeitnehmenden .....	- 67 -
1.4.2	Teilzeitarbeit .....	- 68 -
1.4.3	Verweistätigkeit .....	- 68 -
1.4.4	Lohnfortzahlung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit.....	- 69 -
1.4.5	Beweisfragen.....	- 69 -
1.5	Zusammenfassende Würdigung zur Lohnfortzahlung.....	- 71 -
2.	Lohnfortzahlung in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen .....	- 72 -
2.1	Lohnfortzahlung im Bundespersonalrecht.....	- 72 -
2.2	Ausgewählte Regelungen im kantonalen Personalrecht .....	- 73 -
2.2.1	Kanton Zürich .....	- 74 -
a)	Allgemein.....	- 74 -
b)	Lohnfortzahlung über Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus.....	- 74 -
c)	Keine jährliche Erneuerung des Anspruchs .....	- 75 -
d)	Kürzungsmöglichkeiten .....	- 76 -
e)	Befristete Arbeitsverhältnisse .....	- 77 -
f)	Besondere Bestimmungen für Berufsunfall und Berufskrankheit.....	- 77 -
g)	Zusammenfassend .....	- 77 -
2.2.2	Kanton Bern .....	- 78 -
a)	Allgemein.....	- 78 -
b)	Befristete Arbeitsverhältnisse .....	- 79 -
c)	Zusammenfassend .....	- 79 -
2.2.3	Kanton Genf.....	- 80 -
2.2.4	Kanton Glarus .....	- 80 -
2.2.5	Kanton Appenzell Innerrhoden .....	- 81 -
3.	Taggelderleistungen der obligatorischen Unfallversicherungen .....	- 81 -
3.1	Einleitung .....	- 81 -
3.2	Voraussetzungen.....	- 82 -
3.2.1	Kurzüberblick.....	- 82 -
3.2.2	Unfall .....	- 82 -
3.2.3	Arbeitsunfähigkeit und Verdienstaussfall.....	- 82 -
3.2.4	Kausalzusammenhang .....	- 83 -
3.2.5	Keine vorsätzliche Herbeiführung .....	- 84 -
3.3	Verfahrensrechtliche Fragen.....	- 84 -
3.4	Höhe und Dauer der Taggelderleistung .....	- 86 -
3.5	Obligatorische Unfallversicherung bei Arbeitslosigkeit.....	- 86 -
3.6	Längerdauernde Arbeitsunfähigkeit .....	- 86 -
4.	Leistungen der Krankentaggeldversicherung .....	- 88 -
4.1	Gleichwertige Regelungen (324a Abs. 4 OR) .....	- 88 -
4.2	Krankentaggeldversicherung nach KVG .....	- 89 -
4.2.1	Kurzüberblick.....	- 89 -
4.2.2	Leistungsvoraussetzungen.....	- 89 -
a)	Versicherungsverhältnis .....	- 89 -
b)	Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und Verdienstaussfall.....	- 90 -
c)	Gesundheitsvorbehalt.....	- 90 -
d)	Keine vorsätzliche Herbeiführung .....	- 91 -
e)	Bestand Arbeitsverhältnis .....	- 91 -
4.2.3	Höhe und Dauer der Taggelderleistungen .....	- 91 -
4.2.4	Übertritts- und Zügerrecht.....	- 92 -
4.2.5	Verfahrensrechtliche Fragen .....	- 94 -

4.2.6	Längerdauernde Arbeitsunfähigkeit.....	- 94 -
4.3	Krankentaggeldversicherung nach VVG.....	- 95 -
4.3.1	Kurzüberblick.....	- 95 -
4.3.2	Leistungsvoraussetzungen.....	- 96 -
a)	Versicherungsverhältnis.....	- 96 -
b)	Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit.....	- 96 -
c)	Risikoausschluss.....	- 97 -
d)	Keine Wartefrist (mehr).....	- 97 -
e)	Keine vorsätzliche Herbeiführung.....	- 98 -
f)	Bestand Arbeitsverhältnis.....	- 98 -
4.3.3	Höhe und Dauer der Taggeldleistungen.....	- 99 -
4.3.4	Übertritts- und Zügerrecht.....	- 100 -
4.3.5	Rettungspflicht.....	- 100 -
4.3.6	Verfahrensrechtliche Fragen.....	- 101 -
4.3.7	Längerdauernde Arbeitsunfähigkeit.....	- 102 -
4.4	Gleichwertigkeit von Krankentaggeldlösungen.....	- 103 -
4.5	Abschliessende Bemerkungen.....	- 103 -
5.	Lohnfortzahlung in ausgewählten privatrechtlichen GAVs.....	- 105 -
5.1	Allgemein.....	- 105 -
5.2	Grundsätzliches zur Lohnfortzahlung in Gesamtarbeitsverträgen.....	- 106 -
5.3	Der GAV im Schweizerischen Gastgewerbe.....	- 106 -
5.4	Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie 2006–2013.....	- 108 -
5.5	Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe 2012 (LMV).....	- 109 -
5.6	GAV Swisscom.....	- 110 -
6.	Lohnfortzahlung in ausgewählten öffentlich-rechtlichen GAVs.....	- 112 -
6.1	GAV SBB.....	- 112 -
6.2	GAV Post.....	- 113 -
6.3	GAV FHNW.....	- 114 -
6.3.1	Lohnfortzahlung im GAV FHNW.....	- 114 -
7.	Übersicht Geldleistungen bei Arbeitsunfähigkeit.....	- 114 -
7.1	Keine Leistungen.....	- 114 -
7.2	Lohnfortzahlung bis drei Wochen.....	- 115 -
7.3	Volle Lohnfortzahlung ein bis sechs Monate.....	- 115 -
7.4	Taggeldleistungen oder Lohnfortzahlung 80% während 24 Monaten.....	- 115 -
7.5	Taggeldleistungen oder Lohnfortzahlung 12 Monate 100% und weitere 12 Monate reduziert.. .....	- 116 -
7.6	Taggeldleistungen oder Lohnfortzahlung > 80% während 24 Monaten.....	- 116 -
7.7	Abschliessende Bemerkungen.....	- 116 -
<b>II.</b>	<b>Kündigungsschutz.....</b>	<b>- 119 -</b>
1.	Vorbemerkung.....	- 119 -
2.	Schutz vor Kündigung während krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit.....	- 119 -
2.1	Zeitlicher Kündigungsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 336c OR).....	- 119 -
2.1.1	Die Voraussetzungen des zeitlichen Kündigungsschutz.....	- 119 -
a)	Kündigung durch die Arbeitgeberin.....	- 120 -
b)	Gesundheitliche Beeinträchtigung.....	- 120 -
c)	Nach Ablauf der Probezeit.....	- 121 -
2.1.2	Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit.....	- 122 -
2.1.3	Arbeit trotz Krankheit.....	- 122 -
2.1.4	Rechtsfolge der Kündigung zur Unzeit.....	- 123 -
a)	Bei einer Kündigung in der Sperrfrist.....	- 123 -
b)	Beim Auftreten einer Arbeitsunfähigkeit während der Sperrfrist.....	- 124 -
2.1.5	Berechnung Sperrfristen.....	- 124 -
a)	Grundsatz.....	- 124 -
b)	Massgebendes Dienstjahr.....	- 125 -
2.1.6	Einzelfragen.....	- 126 -
a)	Missbräuchliche Berufung auf die Arbeitsunfähigkeit.....	- 126 -
b)	Verschulden.....	- 128 -
c)	Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit.....	- 128 -
d)	Teilzeitangestellte.....	- 128 -
e)	Befristete Arbeitsverträge.....	- 128 -
f)	Verhältnis zur Lohnfortzahlung nach Art. 324a und b OR.....	- 129 -

2.1.7	Würdigung .....	- 130 -
2.2	Zeitlicher Kündigungsschutz im öffentlichen Personalrecht .....	- 131 -
2.2.1	Regelung im Bundespersonalrecht .....	- 131 -
a)	Die Kündigung zur Unzeit im BPG .....	- 131 -
b)	Provisorischer und endgültiger Kündigungsschutz .....	- 132 -
c)	Kündigung vor einer Sperrfrist .....	- 132 -
d)	Beginn des zeitlichen Kündigungsschutzes .....	- 133 -
e)	Würdigung .....	- 133 -
2.2.2	Regelungen im kantonalen Personalrecht .....	- 134 -
a)	Annäherung an das Obligationenrecht .....	- 134 -
b)	Der zeitliche Kündigungsschutz im Personalrecht des Kantons Zürich .....	- 134 -
c)	Der zeitliche Kündigungsschutz im Personalrecht des Kantons Neuchâtel .....	- 134 -
d)	Der Kündigungsschutz im Personalrecht des Kantons Solothurn .....	- 135 -
e)	Der Kündigungsschutz im Personalrecht des Kantons Bern .....	- 135 -
2.3	Zeitlicher Kündigungsschutz in ausgewählten GAVs der Privatwirtschaft .....	- 136 -
2.3.1	Allgemeines .....	- 136 -
2.3.2	Zeitlicher Kündigungsschutz im LMV .....	- 136 -
a)	Kündigungsschutz während Krankentaggeldleistung .....	- 136 -
b)	Krankheit nach Kündigung .....	- 136 -
2.3.3	Zeitlicher Kündigungsschutz im GAV für den Schweizerischen Gerüstbau 2008 - 2011 .....	- 136 -
a)	Kündigungsschutz während Krankentaggeldleistungen .....	- 136 -
b)	Krankheit nach Kündigung .....	- 137 -
2.3.4	Zeitlicher Kündigungsschutz im L-GAV und im GAV MEM .....	- 137 -
2.3.5	GAV Swisscom .....	- 137 -
2.4	Zeitlicher Kündigungsschutz in ausgewählten GAVs öffentlichrechtlicher Betriebe .....	- 137 -
2.4.1	GAV SBB .....	- 137 -
2.4.2	GAV Post .....	- 138 -
2.4.3	GAV FHNW .....	- 139 -

### III. Fürsorgepflichten des Arbeitgebers gegenüber erkrankten/verunfallten Arbeitnehmenden .....

		- 139 -
1.	Schutzpflichten gestützt auf Art. 328 OR .....	- 139 -
1.1	Allgemeine Fürsorgepflicht .....	- 139 -
1.2	Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden im Allgemeinen .....	- 140 -
1.3	Wichtigste geschützte Persönlichkeitsaspekte der Arbeitnehmenden .....	- 140 -
1.4	Beginn und Dauer des Persönlichkeitsschutzes .....	- 142 -
1.5	Grenzen des Persönlichkeitsschutzes .....	- 143 -
1.6	Einzelne Aspekte der Fürsorgepflicht in Art. 328 OR .....	- 143 -
1.6.1	Schutz von Leben und Gesundheit .....	- 143 -
1.6.2	Erhöhte Fürsorgepflicht bei gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden .....	- 144 -
1.7	Arbeitszeugnis .....	- 144 -
1.8	Rechtsfolgen bei Verletzung der Fürsorgepflicht .....	- 145 -
2.	Schutzpflichten gestützt auf das Arbeitsgesetz .....	- 146 -
2.1	Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes .....	- 146 -
2.1.1	Grundsatz .....	- 146 -
2.1.2	Ausnahmen .....	- 147 -
2.1.3	Ausdehnung des Gesundheitsschutzes .....	- 147 -
2.2	Vorschriften des ArG über den Gesundheitsschutz .....	- 148 -
2.2.1	Die Schutzpflichten nach Art. 6 ArG und ArGV 3 .....	- 148 -
2.2.2	Gesundheitsschutz und Arbeits- und Ruhezeiten .....	- 149 -
2.2.3	Betrieblicher Gesundheitsschutz im weiteren Sinn .....	- 150 -
2.3	Folgen einer Pflichtverletzung der Arbeitgeberin .....	- 151 -
2.4	Pflichten der Arbeitnehmenden .....	- 151 -
2.5	Verhältnis zu der privatrechtlichen Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR .....	- 151 -
3.	Im Vergleich: Schutzpflichten gestützt auf das UVG .....	- 152 -
4.	Datenschutz und Überwachung am Arbeitsplatz .....	- 153 -
4.1	Regelung im OR .....	- 153 -
4.2	Regelung im ArG .....	- 153 -
4.3	Regelungen im DSG .....	- 155 -
4.4	Zwischenfazit .....	- 155 -

5.	Fürsorgepflicht im Zusammenhang mit Präsentismus .....	- 156 -
5.1	Hintergrund .....	- 156 -
5.2	Verbreitung und Ursachen.....	- 157 -
5.3	Kontextfaktoren.....	- 158 -
5.4	Folgen.....	- 158 -
5.5	Präsentismus und Fürsorgepflicht/Weisungsrecht.....	- 159 -
5.6	Anwesenheitsprämien.....	- 161 -
5.7	Zusammenfassend: Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden bei Präsentismus.....	- 162 -
5.8	Treuepflicht der Arbeitnehmenden.....	- 163 -
5.9	Zwischenfazit .....	- 164 -
6.	Schutzpflichten im öffentlichen Personalrecht des Bundes.....	- 164 -
6.1	Regelung im Bundespersonalgesetz .....	- 164 -
6.2	Gesundheitsschutz im ArG.....	- 165 -
6.3	Case Management .....	- 166 -
7.	Schutzpflichten in ausgewählten kantonalen Personalrechtsordnungen .....	- 166 -
7.1	Fürsorgepflicht im Personalrecht des Kantons Zürich.....	- 167 -
7.2	Fürsorgepflicht im Personalrecht des Kantons Bern .....	- 167 -
7.3	Fürsorgepflicht im Personalrecht des Kantons Genf .....	- 168 -
7.4	Fürsorgepflicht im Personalrecht des Kantons St. Gallen .....	- 168 -
7.5	Fürsorgepflicht im Personalrecht des Kantons Obwalden.....	- 169 -
8.	Die Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz bei Krankheit/Behinderung in ausgewählten GAVs in der Privatwirtschaft.....	- 169 -
8.1	Bestimmungen in der Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie 2006– 2013 .....	- 169 -
8.2	Bestimmungen im GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie.....	- 170 -
8.3	Fürsorgepflicht im L-GAV .....	- 171 -
8.4	GAV Swisscom .....	- 171 -
9.	Bestimmungen zur Fürsorgepflicht bei Krankheit/Behinderung in ausgewählten GAVs öffentlichrechtlicher Betriebe .....	- 172 -
9.1	GAV SBB.....	- 172 -
9.1.1	Allgemeines .....	- 172 -
9.1.2	Betriebliches Case Management der SBB.....	- 172 -
9.2	GAV Post .....	- 173 -
9.3	Fachhochschule Nordwestschweiz .....	- 174 -
10.	Zusammenfassung und Gesamtwürdigung .....	- 175 -
10.1	Geltende Schutzbestimmungen .....	- 175 -
10.2	Gesundheitsmanagement .....	- 177 -
10.3	Bedeutung der Arbeitsbedingungen .....	- 177 -
<b>IV.</b>	<b>Massnahmen der Invalidenversicherung .....</b>	<b>- 178 -</b>
1.	Verhinderung der Desintegration und Förderung der Wiedereingliederung .....	- 178 -
2.	Früherfassung und Frühintervention der Invalidenversicherung.....	- 179 -
2.1	Früherfassung .....	- 179 -
2.1.1	Voraussetzungen .....	- 179 -
2.1.2	Meldung zur Früherfassung .....	- 179 -
2.1.3	„Freiwilligkeit“ der Früherfassung.....	- 180 -
2.1.4	Datenschutzrechtliche Aspekte .....	- 181 -
2.1.5	Verfahren der Früherfassung.....	- 182 -
2.1.6	Ermächtigung zur Auskunftserteilung.....	- 182 -
2.1.7	Aufforderung zur Anmeldung.....	- 183 -
2.2	Frühintervention .....	- 183 -
2.2.1	Massnahmen der Frühintervention.....	- 184 -
2.2.2	Unterschied zu den Eingliederungsmassnahmen .....	- 184 -
2.2.3	Frühinterventions-Beschäftigungsmassnahme ohne Taggeld .....	- 185 -
3.	Würdigung .....	- 186 -
4.	Eingliederungsmassnahmen der IV .....	- 186 -
4.1	Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen.....	- 186 -
4.2	Berufliche Massnahmen der Invalidenversicherung.....	- 187 -
4.2.1	Voraussetzungen .....	- 187 -
4.2.2	Berufsberatung .....	- 188 -
4.2.3	Umschulung .....	- 188 -
a)	Begriff und Inhalt der Umschulung .....	- 189 -

b)	Leistungsspezifische Invalidität der Umschulung.....	- 189 -
c)	Erheblichkeitsschwelle von ca. 20% .....	- 190 -
d)	Erfordernis der annähernden Gleichwertigkeit .....	- 191 -
4.2.4	Arbeitsvermittlung .....	- 192 -
a)	Begriff und Inhalt der Arbeitsvermittlung.....	- 192 -
b)	Leistungsspezifische Invalidität .....	- 193 -
4.2.5	Arbeitsversuch .....	- 195 -
4.2.6	Einarbeitungszuschuss und Entschädigung für Beitragserhöhung .....	- 196 -
4.2.7	Kapitalhilfe.....	- 197 -
4.3	Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung .....	- 198 -
4.3.1	Inhalt .....	- 198 -
4.3.2	Spezielle Anspruchsvoraussetzungen.....	- 199 -
4.3.3	Dauer der Integrationsmassnahmen .....	- 200 -
4.4	Taggeldleistungen der IV .....	- 201 -
5.	Eingliederungsrechtliche Neuerungen der 6. IV-Revision.....	- 201 -
5.1	Hintergrund der 6. IV-Revision.....	- 201 -
5.2	Verbesserung der Erwerbsfähigkeit von Rentenbezüger durch Massnahmen der Eingliederung .....	- 202 -
5.2.1	Eingliederungsorientierte Rentenrevision .....	- 202 -
5.2.2	Anpassung von Massnahmen an die Besonderheiten einer Eingliederung von Rentenbezüger.....	- 203 -
5.2.3	Aufhebung von Renten ohne entsprechende Verbesserung der Erwerbsfähigkeit.....	- 204 -
5.3	Förderung der Eingliederung durch Verminderung von negativen Anreizen.....	- 204 -
5.3.1	Ausgangslage .....	- 204 -
5.3.2	Bestehendes Rentensystem bleibt .....	- 205 -
6.	Die IV: Achillessehne oder Stolperstein für die berufliche Intergration? .....	- 205 -
6.1	IV-spezifische Ergebnisse der Kohortenstudie.....	- 205 -
6.2	Evaluation im Auftrag des BSV .....	- 207 -
<b>V. Leistungen der Arbeitslosenversicherung .....</b>		<b>- 207 -</b>
1.	Relevanz bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit .....	- 207 -
1.1	Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen der Arbeitslosenversicherung.....	- 208 -
1.1.1	Allgemein.....	- 208 -
1.1.2	Bei eingeschränkter Leistungsfähigkeit .....	- 209 -
a)	Vorübergehende Arbeitsunfähigkeit .....	- 210 -
b)	Dauernde und erhebliche Behinderung .....	- 211 -
1.2	Taggeldleistungen der Arbeitslosenversicherung .....	- 211 -
1.2.1	Höhe und Dauer .....	- 211 -
1.2.2	Wartezeit .....	- 212 -
1.3	Eingliederungsmassnahmen der Arbeitslosenversicherung.....	- 212 -
1.3.1	Abgrenzung der arbeitsmarktlichen Massnahmen der AIV von Massnahmen beruflicher Art der IV .....	- 213 -
1.3.2	Allgemeine massnahmenpezifische Voraussetzungen .....	- 214 -
1.4	Zwischenfazit .....	- 215 -
2.	Bildungsmassnahmen.....	- 215 -
3.	Beschäftigungsmassnahmen.....	- 216 -
4.	Spezielle Massnahmen .....	- 218 -
<b>VI. Prämienbefreiung in der beruflichen Vorsorge.....</b>		<b>- 219 -</b>
1.	Risikoprämien bei Arbeitsunfähigkeit.....	- 219 -
2.	Altersgutschriften bei Invalidität.....	- 220 -
<b>VII. Interinstitutionelle Zusammenarbeit.....</b>		<b>- 220 -</b>
1.	Hintergrund .....	- 220 -
2.	IIZ, IIZ-MAMAC und IIZ-plus.....	- 221 -
3.	Organisation .....	- 222 -
4.	Gesetzliche Grundlage .....	- 223 -
4.1	Nachträgliche gesetzliche Verankerung im AVIG und IVG .....	- 223 -
4.2	Gesetzliche Grundlage in den Sozialhilfegesetzen .....	- 224 -
4.3	Datenschutzrechtliche Aspekte.....	- 224 -
5.	Abschliessende Bemerkungen.....	- 225 -

<b>VIII. Koordinationsfragen</b> .....	<b>- 226 -</b>
1. Einleitung .....	- 226 -
2. Koordination von sozialversicherungsrechtlichen Taggeldern .....	- 226 -
2.1 Allgemein .....	- 226 -
2.2 Leistungen mehrerer KVG- Krankentaggeldversicherungen .....	- 227 -
2.3 Taggelder der Kranken- und der Unfallversicherung .....	- 227 -
2.4 Taggelder der Kranken- und der Invalidenversicherung .....	- 229 -
2.5 Taggelder der Unfallversicherung und der Invalidenversicherung.....	- 229 -
2.6 Arbeitslosenentschädigung und Taggeldleistungen.....	- 230 -
2.7 Vorleistungspflicht .....	- 231 -
2.8 Regressrecht der Sozialversicherungen .....	- 232 -
3. Koordination von privatversicherungsrechtlichen Leistungen .....	- 233 -
3.1 Problemübersicht.....	- 233 -
3.2 Abgrenzung von Schaden- und Summenversicherung .....	- 233 -
3.3 Leistungen einer Summen- und einer Schadenversicherung .....	- 234 -
4. Koordination von sozial- und privatversicherungsrechtlichen Leistungen .....	- 234 -
4.1 Leistungskoordination .....	- 234 -
4.2 Vorleistungspflicht .....	- 235 -
<b>4. Kapitel: Erwerbsunfähigkeit</b> .....	<b>- 236 -</b>
<b>I. Erwerbsunfähigkeit und Invalidität</b> .....	<b>- 236 -</b>
1. Begriff der Erwerbsunfähigkeit und der Invalidität .....	- 236 -
1.1 Legaldefinition .....	- 236 -
1.2 Gesundheitliche Beeinträchtigung und invaliditätsfremde Faktoren .....	- 236 -
1.3 Zumutbare Behandlung und Eingliederung .....	- 237 -
1.4 Bezugnahme auf den Arbeitsmarkt .....	- 238 -
1.5 Fehlende Überwindbarkeit .....	- 238 -
2. Bemessung des Invaliditätsgrades.....	- 240 -
2.1 Regelungsinhalt von Art. 16 ATSG.....	- 240 -
2.2 Methoden des Einkommensvergleichs .....	- 241 -
2.3 Ermittlung des Invaliden- und Valideneinkommens .....	- 242 -
3. Invalidität bei Nicht- und Teilerwerbstätigen.....	- 243 -
3.1 Invalidität bei Nichterwerbstätigen.....	- 243 -
3.2 Invalidität bei Teilerwerbstätigen .....	- 244 -
3.2.1 Invalidenversicherung .....	- 244 -
3.2.2 Unfallversicherung .....	- 245 -
3.2.3 Berufliche Vorsorge.....	- 245 -
4. Einheitlicher Invaliditätsgrad und Bindungswirkung.....	- 246 -
5. Invaliditätsbegriff in der beruflichen Vorsorge.....	- 246 -
<b>II. IV-Rentenleistungen der Invalidenversicherung</b> .....	<b>- 247 -</b>
1. Leistungsvoraussetzungen.....	- 247 -
2. Rentenabstufung.....	- 247 -
3. Höhe und Dauer der Rente .....	- 247 -
4. Weitere Leistungen der IV .....	- 248 -
<b>III. IV-Rentenleistungen der Unfallversicherung</b> .....	<b>- 249 -</b>
1. Leistungsvoraussetzungen.....	- 249 -
2. Rentenabstufung.....	- 249 -
3. Höhe und Dauer der Rente .....	- 249 -
4. Weitere Leistungen der UV.....	- 250 -
4.1 Integritätsentschädigung.....	- 250 -
4.2 Übergangsentschädigung.....	- 251 -
<b>IV. IV-Rentenleistungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge</b> .....	<b>- 251 -</b>
1. Obligatorische Versicherung.....	- 251 -
2. Anspruchsvoraussetzungen und Rentenabstufung .....	- 252 -
2.1 Anspruchsvoraussetzungen .....	- 252 -
2.2 Rentenabstufung .....	- 253 -
3. Höhe und Dauer der Rente .....	- 253 -

4.	Weiterführung des Alterskontos.....	- 254 -
<b>V.</b>	<b>Die Koordination von Invalidenrenten.....</b>	<b>- 254 -</b>
1.	Einleitung .....	- 254 -
2.	Intrasystemische Koordination.....	- 254 -
2.1	Einleitung .....	- 254 -
2.2	Koordination in der Invalidenversicherung .....	- 255 -
2.3	Koordination in der Unfallversicherung.....	- 255 -
2.4	Koordination in der beruflichen Vorsorge.....	- 255 -
3.	Intersystemische Koordination von Invalidenrenten.....	- 255 -
3.1	Grundsatz.....	- 255 -
3.2	Krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit .....	- 256 -
3.3	Unfallbedingte Erwerbsunfähigkeit.....	- 256 -
4.	Intersystemische Koordination von Renten- und Taggeldleistungen .....	- 257 -
4.1	Grundsatz.....	- 257 -
4.2	Rente der IV und Taggelder der UV.....	- 257 -
4.3	Rente BVG und Taggelder nach KVG und UVG.....	- 258 -
5.	Extrasystemische Koordination von Renten und Taggeldern (Invalidenrente BVG und Krankentaggelder VVG).....	- 258 -
5.1	Gesetzliche Regelung .....	- 258 -
5.2	Die bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	- 258 -
5.3	Praktische Probleme der bundesgerichtlichen Betrachtungsweise .....	- 259 -
5.4	Auffassung der Lehre .....	- 259 -
6.	Vorleistung.....	- 260 -
<b>VI.</b>	<b>Feststellung der Invalidität.....</b>	<b>- 261 -</b>
1.	Untersuchungsgrundsatz .....	- 261 -
2.	Mitwirkungsrecht und Mitwirkungspflicht .....	- 261 -
3.	Beweisfragen.....	- 262 -
3.1	Beweismittel.....	- 262 -
3.2	Bedeutung medizinischer Gutachten und Anforderungen an solche .....	- 262 -
3.3	Beweisgrad .....	- 263 -
3.4	Beweiswürdigung.....	- 263 -
<b>5. Kapitel:</b>	<b>Kurzzusammenfassung und Schlusswürdigung .....</b>	<b>- 265 -</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
Abs.	Absatz
AGer	Arbeitsgericht
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AJP	Allgemeine Juristische Praxis (St. Gallen)
AIV	Arbeitslosenversicherung
a. M.	anderer Meinung
Amtl. Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
AppGer	Appellationsgericht Basel-Stadt
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (SR 822.11)
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (SR 822.111)
ArGV 3	Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge) vom 18. August 1993 (SR 822.113)
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (Zürich)
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.01)
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVIG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0)
AVIV	Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 (Arbeitslosenversicherungsverordnung) (SR 837.02)
AZR	Aktenzeichen von Entscheidungen des BAG
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBl	Bundesblatt
BBT	Bundesamt für Berufsbildung und Technologie
Bd.	Band
BehiG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (SR 151.3)
BezGer	Bezirksgericht
BFM	Bundesamt für Migration



BFS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) (SR 173.110)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BL	Kanton Basel Land
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
bspw.	beispielsweise
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
BVV	Verordnung über die berufliche Alters- Hinterlassenen und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SR 831.441.1)
BZP	Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess verweis vom 4. Dezember 1947 (SR 273)
bzw.	beziehungsweise
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
CO	vgl. OR
DAP	Die Arbeitsplatz-Dokumentation der SUVA
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
EDK	Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
eidg.	Eidgenössisch
E-IVG	Entwurf Bundesgesetz über die Invalidenversicherung
EL	Ergänzungsleistungen
ELG	Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur AHV und IV vom 19. März 1965 (SR 831.30)
EOG	Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbssersatzgesetz) (SR 834.1)

EPA	Eidgenössisches Personalamt
Erw.	Erwägung
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
EuGH	Europäischer Gerichtshof
ev.	eventuell
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht, Luzern
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
FHNW	Fachhochschule Nordwestschweiz
Fn.	Fussnote
Fr.	(Schweizer)Franken
FZA	Personenfreizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681)
FZA-KTV	Freizügigkeitsabkommen unter den Krankentaggeld-Versicherern
FZG	Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alter-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42)
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
FZV	Verordnung über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsverordnung) vom 3. Oktober 1994 (SR 831.425)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GewGer ZH	Gewerbegericht Zürich
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995 (SR 151.1)
GSGer	Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt
HaVe	Zeitschrift für Haftpflicht und Versicherung
HIV	Human immunodeficiency virus
h. L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IIZ	Interinstitutionelle Zusammenarbeit
IIZ EKG	IIZ Entwicklungs- und Koordinationsgremium
IIZ MAMAC	Medizinisch-Arbeitsmarktliche Assessments mit Case Management
IIZ STG	IIZ Steuerungsgremium
i. S. v.	im Sinne von
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
i. V. m.	in Verbindung mit
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (SR 831.201)
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts (Bern)

JZ	Juristenzeitung
KBSB	Konferenz Berufs- und Studienberatungen
KGer	Kantonsgericht
KID	Konferenz der Integrationsdelegierten
KSBE	Kreisschreiben
KS-AMM	Kreisschreiben des Staatssekretariats für Wirtschaft über die Arbeitsmarktlichen Massnahmen
KSIM	Kreisschreiben des Bundesamts für Sozialversicherungen über die Integrationsmassnahmen
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 13. Juni 1911 (SR 832.10)
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (SR 832.102)
LAG	Landesarbeitsgericht
LGAV	Landes-Gesamtarbeitsvertrag
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	Buchstabe
LMV	Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe
LSE	Lohnstrukturerhebung
m.a.W.	mit anderen Worten
MEDAS	Medizinische Abklärungsstellen
m. H.	mit Hinweisen
GAV MEM	Gesamtarbeitsvertrag der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie
MV	Militärversicherung
MVG	Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 19. Juni 1922 (SR 833.1)
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. V. a.	mit Verweis auf
N	Note, Randnote
NAV	Normalarbeitsvertrag
NR.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
PeV AI	Personalverordnung Kanton Appenzell Innerrhoden
PFA	Personenfreizügigkeitsabkommen
PG	Personalgesetz
PKB	Pensionskasse des Bundes
POG	Bundesgesetz über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz) vom 30. April 1997 (SR 783.1)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichtes (Basel)
PRK	Eidgenössischen Personalrekurskommission

PV	Personalverordnung
PVBger	Personalverordnung des Bundesgerichts vom 27. August 2001 (SR 172.220.114)
PVO-ETH	Verordnung des ETH-Rates über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (Personalverordnung ETH-Bereich) vom 15. März 2001
RJN	Revue de jurisprudence neuchâteloise
RPAC	Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux
RPST	Règlement concernant la protection de la santé et la sécurité du travail au sein de l'administration cantonale
RKUV	Revue der Kranken- und Unfallversicherung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, hrsg. vom BSV
RL	Richtlinie
Rn.	Randnote
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAKE	Schweizerische Arbeitskräfteerhebung
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBK	Schweizerische Berufsbildungskonferenz
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG	Kanton St. Gallen
SH	Kanton Schaffhausen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
St.	Sankt
StaO FMH	Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte, Stand 12. Dezember 1996.
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SUVA	Schweizerische Unfallversicherung
SVGer	Sozialversicherungsgericht
SVR	Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
TG	Kanton Thurgau
TUG	Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikation des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz) vom 30. April 1997 (SR 784.11)
u. a.	und andere, unter anderem (anderen)

UNO	United Nations Organisation
u. E.	Unseres Erachtens
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
UV	Unfallversicherung
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202)
usw.	und so weiter
VBPV	Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung
VDK	Konferenz der kantonalen Volkswirtschaftsdirektorinnen und –direktoren
VE	Vorentwurf
VGer	Verwaltungsgericht
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958 (SR 170.32)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VSAA	Verband Schweizerischer Arbeitsämter
VUV	Verordnung über die Verhütung von Berufsunfällen vom 19. Dezember 1983 (SR 832.39)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 7. April 1908 (SR 221.229.1)
VVO PG ZH	Vollzugsverordnung zum Personalgesetz Kanton Zürich
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
www.	World Wide Web
z. B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZUG	Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz, ZUG) vom 24. Juni 1977 (SR 851.1)

## Literaturverzeichnis

ABEGG ANDREAS/STEBLER SIMONE, Missbräuchliche Kündigung infolge Krankheit, AJP 9/2008, S. 1177-1180.

AEBI-MÜLLER REGINA/EICKER ANDREAS/VERDE MICHEL, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, Jusletter 3. Mai 2010.

ARONSSON GUNNAR/GUSTAFSSON KLAS, Sickness Presenteeism: Prevalence, Attendance-Pressure Factors, and an Outline of a Model for Research, American College of Occupational and Environmental Medicine 47/9 (2005) S. 958-966.

ARONSSON GUNNAR/GUSTAFSSON KLAS/DALLNER MARGARETA, Sick but yet at work. An empirical study of sickness presenteeism, Journal of Epidemiology and Community Health 54 (2000) S. 502-509.

ASHBY KATHERINE/MAHDON MICHELLE, Why do employees come to work when ill?, London 2010.

AUBERT GABRIEL,

Kommentar zu Art. 324a OR, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand Code des obligations I, 1re édition, Basel 2003 (zit. Kommentar);

Die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall, AJP 1997, S. 1485 ff. (zit. Lohnfortzahlungspflicht);

Calcul du délai de congé: revirement de jurisprudence?, ARV 2005 173-176 (zit. congé).

AMSTUTZ KATHRIN, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bern 2002.

BACHMANN R./D'ANGELO M., Die Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs in der Invalidenversicherung. Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 2/2007, S. 133 ff.

BAERISWYL BRUNO, Geschichten aus dem Wilden Westen – Der Datenschutz im privatrechtlichen Bereich geht seine eigenen Wege: Der Grundrechtsschutz bleibt auf der Strecke, digma 2010, S. 140-145.

BAUCH JOST, Krankheit und Gesundheit als gesellschaftliche Konstruktion, Gesundheits- und medizinsoziologische Schriften 1979-2003, Konstanz 2004.

BAUER GEORG, Betriebliches Gesundheitsmanagement als Grundlage für eine gesunde Wirtschaft und nachhaltige Sozialwerke, Die Volkswirtschaft, 1/2-2011, S. 40 f.

BENOÎT ANNE/MAHON PASCAL (TIEGERMANN MICHÈLE), Kommentar zu Art. 71 ArG, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005.

BERTHOUD PIERRE-ANDRÉ, Le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler: étude des articles 324a et b CO, Diss. Lausanne 1976.

BERTSCHI MARTIN, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht. Das Heranziehen ergänzend anwendbarer Normen, besonders des Obligationenrechts, ZBl 2004, S. 617-643.

BIRKHÄUSER NOAH, Die Kündigung im öffentlichen Personalrecht des Kantons Basel-Landschaft, BJM 2009, S. 1 ff.

BLESİ ALFRED, Gültigkeit der Kündigung bei Weigerung, das Kündigungsschreiben entgegenzunehmen – Krankheit am Kündigungstag, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, 7. September 2011.

BOLLIGER CHRISTIAN/FRITSCHI TOBIAS/SALZGEBER RENATE/ZÜRCHER PASCALE/HÜMBELIN OLIVER, Eingliederung vor Rente; Evaluation der Früherfassung, der Frühintervention und der Integrationsmassnahmen in der Invalidenversicherung, Bern 2012.

BRAND DANIEL/DÜRR LUCIUS/GUTKNECHT BRUNO/PLATZER PETER/SCHNYDER ADRIAN/STAMPFLI CONRAD/WANNER ULRICH, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 319-346a, 361/362, Bern 1991.

BRÜHWILER JÜRIG,

Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1996 (zit. Kommentar);

Verhinderung und Verminderung von Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmer aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Riemer-Kafka (Hrsg.), Case Management und Arbeitsunfähigkeit, Zürich 2006 (zit.: Arbeitsunfähigkeit).

BRÜTT CHRISTIAN, Neoliberalismus plus. Re-Kommodifizierung im aktivierenden Sozialstaat. in: Candeias M./Deppe F. (Hrsg.) Ein neuer Kapitalismus? Akkumulationsregime – Shareholder Society – Neoliberalismus und Neue Sozialdemokratie, Hamburg 2011, S. 265-283

BRUNNER ANDREAS, Arbeitsunfähigkeit und Schadenminderungspflicht – Zumutbarkeit der Verweisungstätigkeit, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Case Management und Arbeitsunfähigkeit, Zürich 2006, S. 67 ff.

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

BUCHER SILVIA, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Bern 2011.

BURKHARD HANS-PETER, Institutionelle und rechtliche Herausforderungen der IIZ am Beispiel des Projekts „IIZ-MAMAC“, in: Gächter Thomas (Hrsg.), Rechtsfragen zur Interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ), Bern 2007, S. 31-40.

BUSER PIA/FRITSCH HUBERT/PORTMANN WOLFGANG/DUNAN JEAN-PHILIPPE, JAR 2012.

CHANSON GEORGES,

Bundesgericht, Urteil vom 29. April 2008, 4A\_47/2008, BGE 134 III 354, ARV 2008 S. 468 ff (zit. Berechnung);

Bundesgericht, Urteil vom 7. April 2009, 4D\_6/2009, ARV 2009 S. 323 ff. (zit. Sperrfrist).

CHOJNACKI MARIAN, Eine Typologie der psychosozialen Mitursachen des krankheitsbedingten Absentismus, Sozial- und Präventivmedizin/Social and Preventive Medicine, 1982, Volume 27, Number 4, S. 173-177.

DIETSCH PETER, Das unwahre ärztliche Zeugnis nach Art. 318 StGB, Diss. Bern 1983.

DONATSCH MARCO, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, Jusletter 3. Mai 2010.

DRÖGE CORDULA, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Heidelberg 2003.

DUC JEAN-MICHEL, L'allocation de maternité et la coordination avec les autres prestations des assurances, AJP 2005, S. 1010-1017.

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

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Les devoirs et la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité et de la santé psychique des travailleurs, in: Guillod Olivier (éd.), Santé et travail, 14<sup>e</sup> Journée de droit de la santé, Bern 2008, S. 99 ff.

EGGER MARCEL/MERCKX VÉRONIQUE/WÜTHRICH ADRIAN, Evaluation des nationalen Projekts IIZ-MAMAC, einsehbar unter:  
<http://www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/02249/index.html?lang=de> , (besucht am 31. Mai 2012).

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

EGLI PHILIPP/GÄCHTER THOMAS, Die Unabhängigkeit der medizinischen Begutachtung im Verfahren der Invalidenversicherung. Grundprobleme und jüngste Entwicklungen der Rechtsprechung, in: Justice – Justiz – Giustizia 2011/3.

EICKELPASCH ROLF/RADEMACHER CLAUDIA/RAMOS LOBATO PHILIPP, Diskursverschiebung der Kapitalismuskritik – Eine Einführung, In: Eickelpasch Rolf/Rademacher Claudia/Ramos Lobato Philipp (Hrsg.), Metamorphosen des Kapitalismus – und seiner Kritik, Wiesbaden 2008, S. 9-17.



EUGSTER GEBHARD,

Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), Zürich 2010 (zit. N zu);

Die freiwillige Krankentaggeldversicherung, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007 (zit. Soziale Sicherheit);

Vergleich der Krankentaggeldversicherung nach KVG und VVG, in: Von Kaenel Adrian (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007 (zit. Vergleich).

FIVIAN LORENZ, Urteilsbesprechung BGer v. 24. August 2009, C\_1026/2008, AJP 3/2010, S. 376-379.

FRIEDAUER SUSANNE, 6 Neuerungen im Rahmen der 5. IV-Revision, HILL 2007 II Nr. 6.

FUHRER STEPHAN

Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheiden des Bundesgerichts, HAVE 2/2008, S. 250-257 (zit. Anmerkungen);

Kurzbesprechung BGer 4A\_5/2011, HAVE 2/2011, S. 166 ff. (zit. Kurzbesprechung).

GÄCHTER THOMAS,

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung der Jahre 2010 und 2011 zum Verfahrensrecht der Sozialversicherung, ZBJV 148/2012, S. 185-219 (zit. Rechtsprechung);

Rechtliche Grundlagen der Institutionellen Zusammenarbeit (IIZ), SZS 7/2006, S. 593-618 (zit. IIZ);

Arbeitsschutz, in: Poledna Tomas/Kieser Ueli (Hrsg.), Gesundheitsrecht, Basel 2005, S. 293-331 (zit. Arbeitsschutz).

GEISER THOMAS,

Berechnung der Kündigungsfristen im Arbeitsvertragsrecht, recht 2012, S. 1-10 (zit. Berechnung);

Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, AJP 2011, S. 243–252 (zit. Arbeitsrecht);

Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arbeitsrecht, AJP 2010, S.120-126 (zit. Rechtsprechung 2010);

Ausgewählte neuere Rechtsprechung zum Arbeitsrecht, AJP 2009, S. 131-141 (zit. Rechtsprechung 2009);

Kommentar zu Art. 1-3 ArG, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005 (zit. Kommentar);

Überwachung am Arbeitsplatz. Arbeits- und datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen bei der Überwachung der Arbeitnehmer durch die Arbeitgeberin, digma 2004, S. 98-101 (zit. Überwachung);

Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003 S. 323-334 (Lohnfortzahlungspflicht);

Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 5/1996, S. 550-558 (zit. Kündigungsschutz);

Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM 1994, S. 169-196 (zit. Neuer Kündigungsschutz).

GÄCHTER THOMAS/TEMP DANIA, Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt?, Jusletter 16. Mai 2011.

GEISER THOMAS/HÄFLIGER BENEDIKT, Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 107/2011, S. 336-341.

GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY, Kommentar zu Art. 3a ArG, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005.

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

GÖKSU TARKAN, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Diss. Freiburg 2003.

HAEFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010.

HÄNNI PETER, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. Auflage, Zürich 2008.

HANSEN C D/ANDERSEN J H, Sick at work – a risk factor for long-term sickness absence at a later date?, Journal of Epidemiology Community Health 2009/63, S. 397-402.

HAURI CORINNA, Staatsrechtler stellen IV-Verfahren in Frage, Plädoyer 2/10, S. 10 f.

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Bern 2012.

HELBLING PETER, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Bund: Ein Vergleich zwischen OR und BPG, in FZR 2004, S. 168-200.

HELMIG BERND/HUNZIKER BEAT, Moral Hazard und Betrug im Sozialversicherungssystem aus ökonomischer Perspektive, SZS 3/2006, S. 171-189.

HEMP PAUL, Presenteeism: At Work – But Out of It, Harvard Business Review (82) 10 2004, S. 49–58.

HERMANN CHRISTOPH/MAHNKOPF BIRGIT, Vergangenheit und Zukunft des Europäischen Sozialmodells, FORBA-Schriftenreihe 2/2009, erschienen in: Candeias, Mario/Rilling, Rainer/Weise, Katharina (Hrsg.), Krise der Privatisierung, Rückkehr des Öffentlichen, Berlin 2009, S. 123-142.

HETZ ROMAN, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Bern 2005.

HONSELL HEINRICH, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas, (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Auflage, Basel 2010.

HORSCHIK MATTHIAS, Datenschutz und Einsatz von Privatdetektiven in der Sozial- und Privatversicherung, in: Kieser Ueli/Pärli Kurt (Hrsg.), Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen, St. Gallen 2012.

HUMBERT DENIS G., Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, AJP 2011, S. 1471-1484.

HUSMANN DAVID/HÄBERLI CHRISTOPH, Die Fallstricke des Krankentaggelds, Plädoyer 4/2002, S. 28-42.

IMHOF EDGAR, Internationalrechtliche und landesrechtliche Ansatzpunkte zur Kritik gewisser Bestimmungen der 5. IV Revision, Jusletter 24. Oktober 2005.

JANSEN MARTIN, Krank arbeiten statt gesund pflegen, Bern 2011.

JANUTIN ERICH, Gesundheit im Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1991.

JEGER JÖRG, Die Entwicklung der „FOERSTER-Kriterien“ und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung: Geschichte einer Evidenz, in Jusletter 16. Mai 2011.

JÖHRI YVONNE / STUDER MARCEL , heimliche Videoüberwachung am Arbeitsplatz; Verwertbarkeit privat beschaffter Beweise im Strafverfahren; Konkretisierung der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz bei Überwachungsmaßnahmen des Arbeitgebers, FP 3/2010, 152 ff.

KIESER UELI,

Checklisten für die Auswirkungen von Stellenwechsel und Entlassung auf die einzelnen Sozialversicherungszweige, recht 2012, S. 10-15 (zit. Checklisten).

Eingliederung aus Rente – Entwicklungen im Rahmen der 6. IV-Revision, HAVE 3/2011, S. 304-307 (zit. HAVE 2011);

Taggeldkoordination – ein unbewältigtes Thema, in: Schaffhauser René/Kieser Ueli (Hrsg.), Arbeitsunfähigkeit und Taggeld, St. Gallen 2010 (zit. Arbeitsunfähigkeit);

ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009 (zit. N zu);

Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. Sozialversicherungsrecht);

Entwicklungen im Rahmen der 5. IV-Revision, HILL 2007 Fachartikel Nr. 7 (zit. 5. IV-Revision);

Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichtes vom 8.1.2001 in Sachen S. c. Visana (5C.211/2000, 5C.239/2000), AJP 6/2001, S. 707-710 (zit. Bemerkungen);

Die Taggeldkoordination im Sozialversicherungsrecht, AJP 3/2000, S. 249-260 (zit. Koordination).

KISSLING DIETER, Kommentar aus arbeitsmedizinischer Sicht, Schweizerische Ärztezeitung, 88(43)/2007, S 1807-1808.

KUHN HANSPETER, Kommentar aus Sicht des FMH-Juristen, Schweizerische Ärztezeitung, 88(43)/2007, S. 1808.

KUHN MORITZ W./POLEDNA THOMAS, Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich 2007.

KIVIMÄKI MIKA ET AL., Working While Ill as a Risk Factor for Serious Coronary Events: The Whitehall II Study, American Journal of Public Health (95) 1 2005, S. 98-102.

KRAUSE ANDREAS/DORSEMAGEN COSIMA/PETERS KLAUS, Interessierte Selbstgefährdung: Was ist das und wie geht man damit um?, HR Today 4/2010.

LANDMANN JULIUS, Die Arbeitsschutzgesetzgebung der Schweiz, Basel 1904.

LANDOLT HARDY,

Die Minusinvalidität – und andere Absurditäten des Erwerbsunfähigkeitsbegriffs, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2011, St. Gallen, S. 129-175 (zit. Minusinvalidität);

Die Rechtsvorstellung der zumutbaren Willensanstrengung im Sozialversicherungsrecht, in: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), St. Gallen 2004, S. 141-212 (zit. Willensanstrengung).

LETSCH THOMAS, Rechtliche Aspekte von Work-Life-Balance, Diss. Zürich, Bern 2008.

LEISERING LUTZ, Paradigmen sozialer Gerechtigkeit: Normative Diskurse im Umbau des Sozialstaats, in: Liebig Stefan/Lengfeld Holger/Mau Steffen (Hrsg.): Verteilungsprobleme und Gerechtigkeit in modernen Gesellschaften, Frankfurt/New York 2004, S. 29-68

LENDFERS MIRIAM, Zur Verfahrensfairness im Zusammenhang mit medizinischen Abklärungen, AJP 9/2011, S. 1247-1252.

LEU AGNES, Die arbeitsmarktlichen Massnahmen, Diss. Zürich, Zürich 2006.

LONDIS MARIA, Das Verhältnis der Krankenversicherer zu den anderen Sozialversicherungen, SZS 2/2001, S. 132-146.

LOCHER THOMAS

Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003 (zit. Sozialversicherungsrecht);

Invalidität, Invaliditätsgrad und Entstehung des Rentenanspruchs nach dem Entwurf zur 5. IV-Revision, Jusletter 12. September 2005 (zit. 5. IV-Revision).

MANSKE ALEXANDRA, Eigenverantwortung statt wohlfahrtsstaatliche Absicherung. Anmerkungen zum Gestaltwandel sozialer Absicherung, Berliner Journal für Soziologie, 15, 2005, S. 241-258.

MATTIG THOMAS, Freizügigkeit in der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Von Kaenel Adrian (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, S. 99-108.

MAURER ALFRED/SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Basel 2009.

MEIER PHILIPPE, 5<sup>e</sup> révision de l'AI et détection précoce: que reste-t-il de la protection des données et du secret médical?, in : Kahil-Wolff Bettina/Simonin Emmanuelle (Hrsg.), La 5<sup>e</sup> révision de l'AI, Bern 2009, S. 87-133.

MEIER THOMAS H., Case Management und Datenschutz – Welche Grundsätze müssen befolgt werden, HAVE 1/2010, S. 65 ff.

MEILI ANDREAS, Kommentar zu Art. 28 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas, (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Auflage, Basel 2010.

MEYER ULRICH,

Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2010 (zit. Rechtsprechung);

Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, in: Gächter Thomas/Schwendener Myriam (Hrsg.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Zürich 2009 (zit. Krankheitsbegriff), S. 5-24;

Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003 (zit. Arbeitsunfähigkeit).

MOSIMANN HANS-JAKOB,

Taggelder wegen Arbeitsunfähigkeit in der IV, der Unfallversicherung und der Militärversicherung – Darstellung der Rechtslage – Erläuterung der Praxis, in: Schaffhauser René/Kieser Ueli (Hrsg.), Arbeitsunfähigkeit und Taggeld, St. Gallen 2010 (zit. Taggelder);

Praxis der Invaliditätsbemessung: aktueller Stand, in: SZS 2007, S. 2-29 (zit. Invaliditätsbemessung);

Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand, in ZBl 99/1998, S. 449-473 (zit. Minimal Standards).

MÜLLER HANS-RUDOLF, Grundlagen der Krankenversicherung nach VVG, in von Kaenel Adrian, Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, S. 19-45.

MÜLLER ROLAND A.,

Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrages, AJP 1999 S. 454 – 460 (zit. Übertragung).

ArG Kommentar, Zürich 2009 (zit. ArG).

MÜLLER URS, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung, Bern 2010.

MÜLLER JÖRG PAUL/REICH JOHANNES, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur medizinischen Begutachtung durch Medizinische Abklärungsstellen betreffend Ansprüche auf Leistungen der Invalidenversicherung mit Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bern, 2010.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der Uno-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008.

MÜLLER ROLAND/STENGEL MANUEL, Berufskleidung im Arbeitsrecht – Vorschriften, Kostenträgungen, Depot, AJP 2011, S. 222-232.

MURER ERWIN,

Invalidenversicherung: Prävention, Früherfassung und Integration, Bern 2009 (Rz. zu);

Die Institution Sozialversicherung als Ursache des Risikoeintritts?, Zur möglichen Interdependenz zwischen dem Risiko Invalidität und dem Verfahren zur Feststellung seines Eintritts, SZS 7/2006, S. 639-660 (zit. Ursache).

NORDMANN PHILIPPE, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss. Basel 1998.

NÖTZLI HARRY, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005.

NUSSBAUMER THOMAS, Arbeitslosenversicherung, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2006, S. 2143-2495.

ORTLIEB RENATE, Betrieblicher Krankenstand als personalpolitische Arena, Diss. Berlin, Wiesbaden 2003, S. 15 ff.

PAPA ROBERTA, Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, Arbr 2009, S. 69-95.

PÄRLI KURT,

Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz – mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union, in Jusletter 7. Februar 2011 (zit. Diskriminierungsschutz);

Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, in: AJP 6 (2010) 715-728 (zit. Kündigungsfreiheit);

Verschärfte Gerichtspraxis bei missbräuchlichen Kündigungen, in: Ochsenbein Guy/Pekruhl Ulrich/Spaar Regula (Hrsg.), Human Resource Management, Zürich 2010, S. 185-213 (zit. Gerichtspraxis);

Videüberwachung am Arbeitsplatz zulässig, in: digma 2010, S. 76-78 (zit. Videüberwachung);

Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2009 (zit. Vertragsfreiheit);

Grundrechtliche Schranken der Pflicht zur Selbsteingliederung in der Invalidenversicherung, HAVE 3/2009, S. 260 ff. (zit. Selbsteingliederung);

IIZ: Illusionäre Wirkungen – Gefahren einer fürsorglichen Belagerung, in: Gächter Thomas (Hrsg.), Rechtsfragen zur interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ), Zürich 2007, S. 19-30 (zit. IIZ);

Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Jusletter 14. August 2006. (zit. Gleichbehandlungsansprüche);

Besprechung von Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T 304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006 (ZH), ARV 1/2006, S. 23-26 (zit. Anstellungsdiskriminierung);

Wirksamkeit und Wirkung ausgewählter Massnahmen im Rahmen der fünften IV-Revision, Jusletter 24. Oktober 2005 (zit. 5. IV-Revision);

Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, ARV 2005 S. 225-235 (zit. Persönlichkeitsschutz);

Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung, Diss Bern 2003 (zit. Datenaustausch).

PÄRLI KURT/CAPLAZI ALEXANDRA/SUTER CAROLINE, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Bern 2007.

PÄRLI KURT/HUG JULIA, Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit). Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV), 1/2012, 1-12.

PÄRLI KURT/STEIGER-SACKMANN SABINE/STÖCKLE IMELDA, Die Verantwortung der Arbeitgebenden für den Gesundheitsschutz, Winterthur 2009.

PATSCHIEDER HUBERT/HARTMANN HANSPETER, Leitfaden der Gerichtsmedizin, 3. Auflage, Bern 1993.

PEDRAZZINI MARIO M./OBERHOLZER NIKLAUS, Grundrisse des Personenrechts, 4. Auflage, Bern 1993.

PESTALOZZI-SEGER GEORGES

5. IVG-Revision (5. Teil): die Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung, Behinderung und Recht 1/08, S. 4-6 (zit. Integrationsmassnahmen);

5. IVG-Revision: Früherfassung und Frühintervention, Behinderung und Recht 4/07, S. 1-4 (zit. Früherfassung);

IV Revision 6a (3. Teil): Die Änderung im Bereich der beruflichen Eingliederungsmassnahmen, Behinderung und Recht 1/12, S. 5-7 (zit. Eingliederungsmassnahmen).

PETERMANN FRANK TH.,

Burnout – Herausforderung an die anwaltliche Beratung, in AJP 2003, S. 761-767 (Zit. Burnout).

Rechte und Pflichten des Arbeitgebers gegenüber psychisch labilen oder kranken Arbeitnehmern, in: ARV 2005, S. 1-12 (zit. Pflichten).

PILETTE PATRICIA C., Presenteeism in Nursing, The Journal of Nursing Administration 35/6 2005, S. 300–303

POLEDNA TOMAS, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: Helbling Peter/Poledna Tomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999.



PORTMANN WOLFGANG,

Kommentar zum Zehnten Titel des Schweizerischen Obligationenrechts, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – 362 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas, (Hrsg.), Basler Kommentar, Basel 2011, (zit. N zu);

Das Verhältnis der „Entschädigung“ zu Schadenersatz und Genugtuung, Aspekte des Arbeitsvertrags- und des Gleichstellungsrechts, in ArbR 2008, S. 15-33 (zit. Entschädigung);

Stresshaftung im Arbeitsverhältnis – Erfolgreiche Stresshaftungsklage gegen Arbeitgeber in der Schweiz und anderen europäischen Ländern, ARV 2008, S. 1-13 (zit. Stresshaftung);

Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in: LeGes, Band 13, Heft 2, 2002, S. 55 ff. (zit. Kündigungsschutz).

RAPP ADRIAN, Das Überentschädigungsverbot im schweizerischen Privatversicherungsrecht, Diss. Basel 2000.

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der Arbeitsvertrag, Band VI/2/2/1, Art. 319-330b OR, Bern 2010.

REIF MARTIN, Gesundheitsvorsorge, Gesundheitsverhalten und gesundheitsrelevante Lebensbereiche aus der Perspektive der OberösterreicherInnen, Linz 2008.

REITER CATHERINE, Die Reformbedürftigkeit des Rechts der missbräuchlichen Kündigung im Lichte des Menschenrechtsschutzes, in: AJP 2006, S. 1087 ff.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Bern 2010.

RUDOLPH ROGER,

Aktuelle Fragen im Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen zum sachlichen Kündigungsschutz, in TREX 3/2009, S.152-156 (zit. Kündigungsschutz);

Zulässigkeit einer Videoüberwachung am Arbeitsplatz, in: ARV 2010, S. 19-22 (zit. Videoüberwachung);

Bundesgericht, Urteil vom 30. Juni 2008, 2C\_103/2008 – Mit Kommentar von RA Dr. iur. Roger Rudolph, ARV online 2009 Nr. 400 (zit. Bundesgericht).

RUDOLPH ROGER/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, Eine rechtliche Auslegung zu einem um sich greifenden Phänomen, in: AJZ 2010, S. 361-366.

RÜEGG MARKUS, Praxisleitfaden zur Koordination von Erwerbsausfall-Leistungen bei (mutmasslichen und tatsächlichen) Krankheitsfaktoren nach Unfall, in: AJP 1/2009, S. 23 - 32.

RUHNKE LUZIA, DIE ENTGELTFORTZAHLUNG IM KRANKHEITSFALL UND DIE MÖGLICHKEITEN DES ARBEITGEBERS, GEGEN EINEN ETWAIGEN MISSBRAUCH DIESES RECHTS VORZUGEHEN, DISS. KONSTANZ, 2004.

RUMO-JUNGO, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Zürich 2003.

SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel, 3. Auflage, Bern 1982.

SCHAER ROLAND,

Koordination von Taggeldleistungen, in: Von Kaenel Adrian (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, S. 163-192 (zit. Koordination);

Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007 (zit.: Versicherungsrecht);

Schiedsgutachten i.S. Schweiz. Mobiliar Versicherung bez. des Unfallereignisses vom 23.1.2002, HAVE 2005, S. 326-334 (zit. Schiedsgutachten).

SCHIEDEGGER HANS-ULRICH/PITTELOUD CHRISTINE, Kommentar zu Art. 6 ArG, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005.

SCHLAURI FRANZ, Die Leistungskoordination zwischen Berufsvorsorge, arbeitsrechtlicher Lohnfortzahlung und versicherungsmässigen Lohnfortzahlungssurrogaten, in: SZS 2/2007, S. 105 – 132.

SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001.

SCHMIDT J./SCHRÖDER H., Präsentismus – Krank zur Arbeit aus Angst vor Arbeitsplatzverlust, in: Badura et al. (Hrsg.), Fehlzeiten-Report 2009, Berlin 2010, S. 93–100.

SCHÖNENBERGER CHRISTOPH, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Diss. Bern 2001.

SCHWEINGRUBER ERWIN, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1976.

SCHWEIZER RAINER,

Kommentar zu Art. 35 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008.

Kommentar zu Art. 10 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008.

SENTI CHRISTOPH, Überstunden, in AJP 2003, S. 373-394.

STAEHELIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag (Zürcher Kommentar, Teilband V2c, Art. 319 – 330a), 4. Auflage, Zürich 2006.

STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005.

STAUFFER HANS-ULRICH/KUPFER BUCHER BARBARA, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 3. Auflage, Zürich 2008.

STOLKIN PHILIP, Von der Europäischen Menschenrechtskonvention, den adäquaten Kausalzusammenhängen, den Normhypothesen und dem Gleichheitssatz oder: Warum die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gesundheitsbegriff das Diskriminierungsverbot verletzt – Ein Erklärungsversuch, HAVE 4/2011, S. 378 ff.

STEIGER-SACKMANN SABINE, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Zürich 2013.

STEINKE M./BADURA B., Präsentismus, Ein Review zum Stand der Forschung, Dortmund/Berlin/Dresden 2011.

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

SUBILIA OLIVIER, La nouvelle loi sur les allocations pour perte de gain et maternité, in: AJP 2005 S. 1469-1481.

TOBLER LUCAS, Einige Bemerkungen zu Art. 324a und 324b OR, in : BJM 1979 S. 57-67.

TOBLER ROLF A./FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/GULLO EHM DANIELA, Arbeitsrecht, Obligationenrecht (Art. 319-362 OR), Gleichstellungsgesetz, Arbeitsgesetz, Lausanne 2006.

TRACHSLER HERBERT, Das privatrechtliche Gleichbehandlungsverbot – Funktonaler Aspekt der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ZGB, Diss. St. Gallen, St. Gallen 1991.

TROXLER DIETER M., Sachlicher Kündigungsschutz bei Kündigungen während der Probezeit?, in: SJZ 88 (1992) S. 366-369

TSCHUDI HANSPETER

100 Jahre Eidgenössisches Fabrikgesetz, in: Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht. Gesammelte Schriften, Festgabe zum 70igsten Geburtstag des Verfassers, Frank Vischer (Hrsg.), Bern 1983 (zit. Fabrikgesetz);

Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985 (zit. Arbeitsschutzrecht).

VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, Basel 2005.

VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss der Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006.

VOGT JOACHIM/BADURA BERNHARD/HOLLMANN DETLEF, Krank bei der Arbeit: Präsentismusphänomene, in: Böcken Jan/Braun Bernhard/Landmann Juliane (Hrsg.), Gesundheitsmonitor 2009, Gütersloh 2009, S. 179-202.

VON KAENEL ADRIAN

Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR, in: von Kaenel Adrian (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, S. 109 ff. (zit. Krankentaggeldlösung);

Kommentar zu Art. 9 ArG, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005 (zit. N zu).

Rechtsmissbrauch bei einer Berufung auf die Sperrfrist des Art. 336c OR?, ARV 2008 191-193 (zit. Kurzkrankheit).

VON KAENEL ADRIAN/WYLER REMY, Effets de la LPGA sur le droit du travail, in: ARV 2005 S. 153 – 166.

VOSWINKEL STEPHAN, Störfaktor Krankheit: Gesundheitsdruck als psychische Belastung, Frankfurt a.M. 2008, <[www.pargema.de/files/voswinkel-st\\_rfaktor\\_krankheit.pdf](http://www.pargema.de/files/voswinkel-st_rfaktor_krankheit.pdf)> (besucht am 25. Januar 2012).

VOSWINKEL STEPHAN/KOCYBA HERMANN, Störfaktor Krankheit, Forschung Frankfurt 3 (2007) S. 43-46.

WEBER STEPHAN, Koordination von Privatversicherungsleistungen, in: Schnyder Anton K. / Weber Stephan (Hrsg.), Totalrevision VVG - Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Zürich 2006, S. 95 - 116.

WEIHERL PHILIPP/EMMERMACHER ANDRÉ/KEMTER PETRA, Gesundheitsmanagement, Präsentismus und Core Self-Evaluations, in: Richter Peter G./Rau Renate/Mühlpfordt Susann (Hrsg.), Arbeit und Gesundheit, Lengerich 2007, S. 305-323.

WINZENRIED VIVIAN,

Die Überwindbarkeitspraxis, in: Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht, Kieser Ueli/Lendfers Miriam (Hrsg.), Zürich 2012, S. 231-245 (zit. Überwindbarkeitspraxis);

Observation von obligatorisch Versicherten, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, 16. Dezember 2011 (zit. Observation).

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

ZELLER ERNST, Krankheit und Arbeitsunfähigkeit – eine interdisziplinär abgestützte Studie zu einem drängenden Thema, in: Schweizerische Ärztezeitung, 88(43)/2007, S. 1806-1807.

ZIMMERMANN MARKUS, Somatoforme Schmerzstörung in der Privatversicherung, HAVE 3/2011, S. 259 ff.

ZINSLI JÖRG MATTHIAS,

Krankheit im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 1992 (zit. Krankheit);

Zur Dauer der minimalen Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei  
Erkrankung des Arbeitnehmers, in: ArbR 1990, S. 29 ff (zit. Dauer).

ZOK KLAUS, Gesundheitsprobleme von Arbeitnehmern und ihr Verhalten im Krankheitsfall,  
Wido-monitor 1 (2008) S. 1-7.

## Materialienverzeichnis

Botschaft zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011, 6703 ff. (zit. Botschaft BPG)

Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktion bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), Erläuternder Bericht und Vorentwurf vom September 2010 (zit. Bericht Teilrevision OR)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (6. IV-Revision, zweites Massnahmenpaket) vom 11. Mai 2011, BBl 2010, 5691 ff. (zit. Botschaft IV-Revision 6b)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket) vom 24. Februar 2010, BBl 2009, 1817 ff. (zit. Botschaft IV-Revision 6a)

Botschaft zur Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 3. September 2008, BBl 2008, 7733 ff. (zit. Botschaft AVIG)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (5. IV-Revision) vom 22. Juni 2005 BBl 2005, 4459 ff. (zit. Botschaft 5. IV-Revision)

Botschaft zur IV-Zusatzfinanzierung vom 22. Juni 2005, BBl 2005, 4623 ff. (zit. Botschaft Zusatzfinanzierung)

Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 04.3000 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 16. Januar 2004, gutgeheissen vom Bundesrat am 30. September 2009 (zit. KTGv-Bericht Bundesrat)

Botschaft über die 4. Revision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 21. Februar 2001, BBl 2001, 3205 ff. (zit. Botschaft 4. IV-Revision)

Parlamentarische Initiative Menschenwürdige Arbeitsbedingungen für Assistenzärzte, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 5. April 2001, BBl 2001, 3181 ff. (Parlam. Initiative Assistenzärzte)

Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999, BBl 1999 IV, 4523 ff. (zit. Parlam. Initiative SVR)

Parlamentarische Initiative Allgemeiner Teil Sozialversicherung vom 27. September 1990, BBl 1991 II, 185 ff. (zit. Parlamentarische Initiative ATSG)

Botschaft zur Volksinitiative „betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht“ und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984, BBl 1984 II, 551 ff. (zit. Botschaft Kündigungsschutz)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 18. August 1976, BBl 1976 III, 141 ff. (zit. Botschaft UVG)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titelsbis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967, BBl 1967 II 241 ff. (zit. Botschaft Arbeitsvertrag)

## Teil I: Rechtlicher Kontext

### 1. Kapitel: Einleitung und Fragestellung

- 1 In vielen europäischen Staaten stieg die Zahl der aus gesundheitlichen Gründen frühzeitig aus dem Erwerbsleben ausscheidender Personen ab Mitte der 80iger Jahre des vergangenen Jahrhunderts massiv an, wobei vor allem eine Zunahme psychischer Erkrankungen und unklarer Krankheitsbilder beobachtet wurde. Im sozialstaatlichen Aktivierungsdiskurs bilden deshalb aus medizinischen Gründen arbeitsunfähige Arbeitnehmende eine wichtige Gruppe. In der Literatur (wie auch in der Politik und am Stammtisch) wird bezüglich die Zunahme der Inanspruchnahme sozialstaatlicher Leistungen wegen gesundheitlich bedingter Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit auch auf unerwünschte Anreize sozialstaatlicher Leistungen zur Arbeitsmarktintegration hingewiesen<sup>1</sup>. Kritisiert wird auf der Grundlage von Moral Hazard-Theorien, die Sozialversicherung setze mit der Offerte einer Rente bei einer Erwerbsunfähigkeit falsche Anreize<sup>2</sup>. Gefordert wurde (und wird) deshalb eine Abkehr von garantierten Leistungsansprüchen zu Gunsten einer möglichst raschen Reintegration in den Arbeitsprozess.
- 2 Diese Forderung blieb nicht ungehört. In vielen Staaten wurde der Sozialstaat umgebaut. Garantierte Rechtsansprüche auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit, krankheits- und unfallbedingter Arbeitslosigkeit und Invalidität werden durch vorgelagerte Integrationspflichten ergänzt oder gar ersetzt. Krankheits- oder unfallbedingt arbeitsunfähige Arbeitnehmende werden so Zielgruppe von Absenzenmanagementsystemen, Früherkennungs- und Frühinterventionsprogrammen und betrieblicher Gesundheitsförderung. An diesen Aktivitäten sind regelmässig verschiedene und viele, staatliche wie nichtstaatliche, betriebliche und ausserbetriebliche Akteure beteiligt, was einen erhöhten Koordinationsbedarf nach sich zieht und neue Fragen daten- und persönlichkeitsrechtlicher Art aufwirft.
- 3 Die Einschätzung über die Wirksamkeit aktivierender Massnahmen ist kontrovers, ein klares Bild ist nicht ersichtlich. Das erstaunt nicht: Monokausale Erklärungen für gelungene oder misslungene Integration bzw. Reintegration in den Arbeitsmarkt nach Arbeitslosigkeit oder gesundheitlich bedingter Arbeitsunfähigkeit sind von vorneherein falsch, multifaktorielle Erklärungsversuche tendieren ins Beliebiges. Ungeachtet der umstrittenen Frage über die wirtschaftlichen Effekte aktivierender Massnahmen interessiert die Auswirkung sozialstaatlicher Aktivierung kranker oder verunfallter Arbeitnehmender auf deren soziale Rechte.
- 4 Im Folgenden werden in einem ersten Schritt ausgewählte Formen der Aktivierung gesundheitlich Beeinträchtigter erläutert und im grösseren Kontext der Veränderungen im europäischen Sozialmodell – andere sprechen von dessen Aushöhlung<sup>3</sup> – verortet (I. Massnahmen zur Aktivierung und Disziplinierung arbeitsunfähiger Arbeitnehmende). Anschliessend folgen grundsätzliche Überlegungen zur Einordnung dieser Entwicklungen in einen allgemeinen Sozialstaatsdiskurs (II. Aktivierung Kranker als Teil der Rekommodifizierung).
- 5 Viele Aktivierungspolitiken und –massnahmen haben ein Janusgesicht; sie versprechen Teilhabe und Emanzipation, führen aber auch zum Verlust sozialrechtlicher Ansprüche und zur Gefährdung grundrechtlich geschützter Sphären; mit diesen Überlegungen wird der Beitrag abgeschlossen, auch darauf ist einzugehen (III. Schranken der Aktivierung).

---

<sup>1</sup> HELMIG/HUNZIKER, S. 171.

<sup>2</sup> So bspw. MURER ERWIN, Besser krank in der IV als gesund in der Sozialhilfe, Vortrag vom 28. Mai 2010 an der Plenarversammlung der IVSK in Solothurn, einsehbar unter [www.ivschweiz.ch/dynasite.cfm?dsid=99538#detail](http://www.ivschweiz.ch/dynasite.cfm?dsid=99538#detail) (besucht am 27. Juni 2013).

<sup>3</sup> HERMANN/MAHNKOPF, S. 123-142.

## 2. Kapitel: Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Kontext des aktivierenden Sozialstaates<sup>4</sup>

### I. Massnahmen zur Aktivierung und Disziplinierung arbeitsunfähiger Arbeitnehmenden

#### 1. Gesundheitsmanagement, Früherfassung

- 6 Zum allgemein anerkannten Kanon an Aktivierungsmassnahmen zu Gunsten gesundheitlich beeinträchtigter Arbeitnehmer/innen gehört, dass betroffenen Personen möglichst rasch nach Auftreten einer mehr als nur ein paar Tage dauernden Arbeitsunfähigkeit Unterstützung gewährt werden soll. Durch betriebliches Absenzen- und Gesundheitsmanagement wird versucht, krankheits- oder unfallbedingt arbeitsunfähige Arbeitnehmende im Erwerbsprozess zu behalten oder wieder einzugliedern.
- 7 Die Kooperation der betroffenen Arbeitnehmer/innen wird dabei durch Sanktionsandrohungen „gefördert“. Im öffentlichen Dienstrecht wurden teilweise spezifische Normen geschaffen während sich in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen die Grundlagen aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers und dem Weisungsrecht des Arbeitgebers ergeben oder ausdrücklich im Arbeitsvertrag bzw. im Gesamtarbeitsvertrag (Tarifvertrag) verankert sind. Regelmässig ist dabei auch eine Pflicht zur Einwilligung in einen weitreichenden Datenaustausch zwischen den involvierten Akteuren vorgesehen. Beispielsweise sieht Ziffer 157 des Gesamtarbeitsvertrags der Schweizerischen Bundesbahnen SBB vor, dass das Arbeitsverhältnis aufgelöst werden kann, wenn die betroffene Person „das Case Management“ nicht aktiv unterstützt, „den Reintegrationsplan wiederholt nicht einhält“ oder „ein zumutbares Stellenangebot ablehnt“<sup>5</sup>.
- 8 Der Nutzen von Sanktion und Zwang zur Verhinderung beruflicher Desintegration ist umstritten. Im Rahmen der vorliegenden Studie wurden u. a. Personalverantwortliche nach Einsatz und Nutzen solcher Sanktionsnormen befragt<sup>6</sup>. Die bei der SBB befragte Person gibt an, von 3000 Fällen hätte diese Bestimmung nur gerade bei zwei Personen angewendet werden müssen. Der Befragte sagt indes weiter: „Häufiger jedoch ist, wozu ich aber keine Statistik habe, dass die Ziffer 157 in der einen oder anderen Situation thematisiert wird und so die zumutbare Mitwirkung der betroffenen Person im Reintegrationsprozesse „gefördert“ wird. Die Ziffer bewirkt einen gewissen Grad an Verbindlichkeit des Betrieblichen Case Managements, die die Ernsthaftigkeit und Zusammenarbeit auf beiden Seiten (betroffene Mitarbeiter/in und Gesundheitsmanager/in) fördert“. Eine weitere befragte Person – sie ist für Case Management in einer grossen öffentlichen Verwaltung zuständig – erachtet eine vergleichbare Bestimmung im Personalrecht indes für unnötig: „Case Management ist ein Vertrauensprozess allererster Güte. Grundlage für diesen Vertrauensprozess ist die Freiwilligkeit. Ein Zwang für eine Teilnahme an einem Case Management kann sich nur negativ auf den Erfolg dieses Angebots auswirken“.

---

<sup>4</sup> Ausführlich dazu: PÄRLI KURT, Aktivierung von gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden - Auswirkungen auf Soziale Rechte, in: Der Kampf ums Recht – Akteure und Interessen im Blick der interdisziplinären Rechtsforschung – Beiträge zum zweiten Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologischen Vereinigungen, Wien 2011.

<sup>5</sup> Siehe dazu Rz. 657 ff.

<sup>6</sup> Siehe dazu Rz. 259, 267 und 659.



- 9 In den beiden Aussagen widerspiegeln sich die Hauptargumentationslinien der Debatte: während auf der einen Seite argumentiert wird, Sanktion und Zwang verhindere falsche Anreize zum Krankwerden und Krankbleiben<sup>7</sup> wird von anderen Stimmen auf sinkende Motivation hingewiesen, wenn Unterstützungsangebote mit Sanktion bei Nichtkooperation verknüpft werden<sup>8</sup>.
- 10 Der schweizerische Gesetzgeber hat im Invalidenversicherungsgesetz (Erwerbsunfähigkeitsversicherung) ein System der Früherfassung und Frühintervention geschaffen, das ebenfalls von der Idee einer möglichst frühen Intervention bei Arbeitsunfähigkeit getragen ist. Die Unterstützung, die den versicherten Arbeitnehmer/innen geboten wird, wird mit Zwang und Sanktionsandrohung vermischt. Die Meldung zur Früherfassung bei der Invalidenversicherung erfolgt nicht nur durch die Betroffenen<sup>9</sup> und die im Rahmen der Frühintervention angebotenen Unterstützungen verlieren durch gesetzliche Sanktionsandrohungen ihren freiwilligen Charakter<sup>10</sup>. Dazu gehört auch, dass die versicherten Personen durch die Anmeldung bei den Sozialversicherungsbehörden zu einem umfassenden Datenaustausch zwischen den beteiligten Akteuren einwilligen müssen<sup>11</sup>.

## 2. *Erhöhte Anforderungen für den Beweis der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit*

- 11 Arbeitnehmer/innen müssen die krankheits- und unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit beweisen, wenn sie die im Gesetz oder durch Arbeits- bzw. Versicherungsvertrag vorgesehenen Leistungen beziehen wollen. Stehen Leistungen der Sozialversicherungen in Frage, so haben die Behörden gemäss dem Untersuchungsgrundsatz abzuklären, ob die tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen, um die im Gesetz vorgesehenen Leistungen beziehen zu können. Eine Analyse jüngerer Entwicklungen in der Verwaltungspraxis, Rechtsprechung und Gesetzgebung zeigt, dass die Hürden zum Leistungsbezug höher geworden sind<sup>12</sup>.
- 12 Es liegt auf der Hand, dass bei kurzfristigen Absenzen das Arztzeugnis des Hausarztes die häufigste Form des Beweises darstellt. Wenn die Arbeitgeberin das Hausarztzeugnis anzweifelt, kann sie eine vertrauensärztliche Untersuchung verlangen. In jüngerer Zeit sind die Hausärzte/innen vermehrt kritisiert worden, sie würden lediglich Gefälligkeitszeugnisse ausstellen, die einer vertieften Überprüfung nicht Stand halten<sup>13</sup>. Diesen Studien wird indes entgegen, angesichts des zunehmenden Drucks in der Arbeitswelt, müssten heute immer häufiger Ärzte und Ärztinnen die Patienten und Patientinnen gegen deren Willen arbeitsunfähig schreiben<sup>14</sup>.
- 13 In der Rechtspraxis wird bei der Beurteilung des Beweiswertes von Hausarztzeugnissen regelmässig der „Erfahrungstatsache“ Rechnung getragen, dass Hausärzte im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen<sup>15</sup>. Dies gilt insbesondere auch im Verfahren zur Abklärung einer Langzeiterwerbsunfähigkeit und Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung. Hier anerkennt das Bundes-

---

<sup>7</sup> MURER (Ursache), S. 645.

<sup>8</sup> Kritisch zum Zwang siehe: MAGNIN CHANTAL, Beratung und Kontrolle. Widersprüche in der staatlichen Bearbeitung von Arbeitslosigkeit, Zürich 2005.

<sup>9</sup> In Art. 3b Abs. 2 lit. a-I IVG sind die meldeberechtigten Stellen und Personen aufgeführt.

<sup>10</sup> Art. 7 Abs. 2 lit. a IVG.

<sup>11</sup> MEIER T., S. 65 ff.

<sup>12</sup> Dazu trägt v. a. auch die „Überwindbarkeitspraxis“ des Bundesgerichts bei, siehe dazu WINZENRIED (Überwindbarkeitspraxis), Rz. 16 ff.

<sup>13</sup> ZELLER, S. 1806 f.; zur Kritik an diesem Beitrag KISSLING, S. 1807 f.

<sup>14</sup> KUHN, S. 1808.

<sup>15</sup> BGE 125 V 351, Erw. 3b/cc, S. 353.

gericht auch Parteigutachten, selbst wenn sie nicht vom Hausarzt stammen, nicht den gleichen Stellenwert zu wie einem vom Gericht oder vom Versicherungsträger nach dem relevanten Verfahrensrecht eingeholten Gutachten<sup>16</sup>. Bei der Entscheidung über die Gewährung von Leistungen der Invalidenversicherung stützen sich die Behörden und die Gerichte regelmässig auf medizinische Berichte, die von Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) im Auftrag der Invalidenversicherung erstellt worden sind. Bei den MEDAS handelt es sich mehrheitlich um privatrechtlich organisierte und gewinnorientierte Institutionen, die den ganzen oder einen erheblichen Teil ihres Umsatzes mit der Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen der Invalidenversicherung erzielen<sup>17</sup>.

- 14 In rechtlicher Hinsicht ist fraglich, ob diese Verwaltungs- und Gerichtspraxis mit den Anforderungen an ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu vereinbaren ist<sup>18</sup>. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid BGE 137 V 210 gewisse problematische Aspekte der heute gängigen Praxis aufgegriffen und verlangt Verbesserungen, u. a. hinsichtlich der Gehörs- und Partizipationsrechte der versicherten Person<sup>19</sup>.

### 3. *Das Überwindbarkeitsdogma in der Invalidenversicherung*

- 15 Bei einer länger dauernden gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit werden Leistungen der Arbeitgeberin (Entgeltfortzahlung) oder Krankentaggeldversicherung durch Erwerbsunfähigkeitsrentenleistungen der Invalidenversicherung abgelöst. Die Hürden zum Erhalt einer solchen Rentenleistung sind indes hoch. Zu beachten ist vorab, dass Eingliederungsmassnahmen wie Berufsberatung oder Umschulungen dem Rentenanspruch vorgehen (Grundsatz „Eingliederung vor Rente“)<sup>20</sup>.
- 16 Der Anspruch auf eine Rentenleistung der Invalidenversicherung setzt eine dauerhafte Erwerbsunfähigkeit voraus. Die Legaldefinition der Erwerbsunfähigkeit lautet: „Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt“ (Art. 7 Abs. 1 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG). Nach dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 ATSG liegt eine Erwerbsunfähigkeit zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist. Kann einer versicherten Person trotz Vorliegen eines Gesundheitsschadens die Verwertung der Arbeitsfähigkeit zugemutet werden, liegt kein invalidisierender Gesundheitsschaden vor und die Voraussetzungen des leistungsauslösenden Begriffs der Erwerbsunfähigkeit sind nicht erfüllt.
- 17 Die Frage der Überwindbarkeit stellt sich vorab im Zusammenhang mit psychischen Beschwerden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung begründet eine fachärztlich festgestellte psychische Krankheit an sich noch keine Erwerbsunfähigkeit. Zusätzlich ist erforderlich, dass im Einzelfall eine durch die gesundheitliche Schädigung bedingte Beeinträchtigung der Erwerbsunfähigkeit ausgewiesen und in ihrem Ausmass bestimmt ist. Entscheidend ist demnach, ob und inwiefern der versicherten Person trotz ihres Leidens die Verwertung der verbleibenden Restarbeitsfähigkeit noch sozial-praktisch zumutbar ist, wobei dies anhand eines weitgehend objektivierten Massstabs zu beurteilen ist<sup>21</sup>. Das Bundesgericht entschied im

---

<sup>16</sup> BGE 125 V 351, Erw. 3c.

<sup>17</sup> Siehe zur ganzen Problematik: EGLI/GÄCHTER.

<sup>18</sup> MÜLLER/REICH.

<sup>19</sup> BGE 137 V 210; siehe dazu: LENDFERS, S. 1247 ff.

<sup>20</sup> BGE 108 V 210, Erw. 1d.

<sup>21</sup> BGE 127 V 294, Erw. 4c, m. w. H.

Leitentscheid BGE 130 V 352, dass eine somatoforme Schmerzstörung als solche in der Regel keine lang andauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu bewirken vermöge. Nur wenn über das Vorliegen der Schmerzzustände hinaus im Einzelfall eine erhebliche psychische Komorbidität und weitere Aspekte vorliegen, die einer Überwindbarkeit entgegenstehen, sei ein Leistungsanspruch ausnahmsweise doch zu bejahen<sup>22</sup>. Diese im Bereich der somatoformen Schmerzstörung entwickelten Grundsätze wurden auf weitere Leiden wie die Fibromyalgie<sup>23</sup>, auf das Chronic Fatigue Syndrome<sup>24</sup>, auf die dissoziative Sensibilitäts- oder Empfindungsstörung<sup>25</sup>, chronifizierte Somatisierungsstörungen<sup>26</sup> und auf nicht-organische Hypersomnie<sup>27</sup> ausgedehnt. Die Grundsätze der Überwindbarkeit wurden auch auf Verletzungen der Halswirbelsäule (HWS, Schleudertrauma), die nicht klar eine organische Grundlage haben, ausgedehnt<sup>28</sup>.

- 18 Die immer strengere Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zur Überwindbarkeit von Schmerzzuständen auf der Basis von „pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne organische Grundlage“<sup>29</sup> führt dazu, dass Versicherte, die noch vor diesem Paradigmenwechsel eine Invalidenrente erhalten haben, vergleichsweise privilegiert sind. Mit der jüngsten Revision des Invalidenversicherungsgesetzes (in Kraft seit 1.1.2012) hat der Gesetzgeber deshalb entschieden, die entsprechenden Rentenbezüger/innen zu überprüfen und deren Renten gegebenenfalls herabzusetzen oder aufzuheben<sup>30</sup>. Betroffen sind rund 12500 Personen, die zum Teil bereits jahrelang eine IV-Leistung beziehen und nicht mehr im Arbeitsmarkt integriert sind. Eine allfällige Aufhebung der Rente erfolgt dabei nicht sofort, vielmehr sieht das Gesetz eine ganze Reihe von Unterstützungsmassnahmen vor, die der Wiedereingliederung der invaliden Personen in den Arbeitsmarkt dienen sollen<sup>31</sup>.
- 19 Die Vorstellung, dass eine durch Schmerzstörungen auf der Basis von „pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne organische Grundlage“ bei gehöriger Willensanstrengung überwunden werden können, wird aus medizinischer Sicht als unhaltbar kritisiert<sup>32</sup>. Aus rechtlicher Sicht ist zudem fraglich, wie weit die durch Ungleichbehandlung verschiedener Krankheitsbilder – es wird im Ergebnis zwischen überwindbaren und nicht überwindbaren Schmerzzuständen differenziert – dem verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund einer Behinderung standhält<sup>33</sup>. Das Bundesgericht hat bis heute entsprechende Beschwerden abgelehnt, soweit es überhaupt darauf eingetreten ist<sup>34</sup>.
- 20 Möglicherweise wäre indes eine Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) erfolgversprechend. Der EGMR hat in der Rechtssache „Glor gegen die Schweiz“ entschieden, dass die Pflicht zur Wehrpflichtabgabe für einen an Diabetes leidenden aber voll arbeitsfähigen Wehrpflichtigen gegen das in Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verankerte Diskriminierungsverbot verstosse<sup>35</sup>. Im Ergebnis hat

---

<sup>22</sup> BGE 130 V 352, Erw. 2.2.3.

<sup>23</sup> BGE 132 V 65.

<sup>24</sup> Urteile BGer 9C\_662/2009 vom 17. August 2010, Erw. 2.3; 9C\_98/2010 vom 28. April 2010, Erw. 2.2.2 und I 70/07 vom 14. April 2008, Erw. 5.

<sup>25</sup> Urteil BGer 9C\_903/2007 vom 30. April 2008, Erw. 3.4.

<sup>26</sup> Urteil BGer 8C\_195/2008 vom 16. Dezember 2008.

<sup>27</sup> BGE 137 V 64.

<sup>28</sup> BGE 136 V 279.

<sup>29</sup> So der Terminus in den Schlussbestimmungen zur Revision des Invalidenversicherungsgesetzes, siehe Fn. 30.

<sup>30</sup> Schlussbestimmungen der Änderung vom 18. März 2011 (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket) Übergangsbestimmungen, Buchstabe a, Ziffer 1-5.

<sup>31</sup> Botschaft IV-Revision 6a.

<sup>32</sup> JEGER.

<sup>33</sup> ZIMMERMANN, S. 259 ff.

<sup>34</sup> Siehe statt vieler: Urteil BGer 9C\_68/2010 vom 14. Dezember 2010, Erw. 3.1.3.

<sup>35</sup> EGMR, Glor ./ Schweiz, Nr. 1344/04, 30.4.2009.

der EGMR die Ungleichbehandlung in Sachen Wehrpflichtabgabe zwischen verschiedenen Formen von Behinderung und eine Ungleichbehandlung zwischen behinderten Wehrpflichtigen und solchen, die aus Gewissensgründen keinen Militärdienst leisten wollen und – im Gegensatz zu den Behinderten – einen zivilen Ersatzdienst leisten dürfen, als nicht sachgerecht und damit diskriminierend qualifiziert<sup>36</sup>.

#### 4. *Die Überwachung der Versicherten*

- 21 Auf dem Hintergrund der Diskussion um so genannte „Scheininvalide“ haben Sozial- und Privatversicherer verstärkte Anstrengungen zur Missbrauchsbekämpfung unternommen<sup>37</sup>. Einem besonders hohen Missbrauchsverdacht ausgesetzt sind ausländische Versicherte, besonders solche aus bestimmten Staaten, und Versicherte, die eine Rentenleistung aus psychischen Gründen oder wegen Schmerzzuständen erhalten haben<sup>38</sup>. Zu den Missbrauchsbekämpfungsmassnahmen gehört in erster Linie die Observation von Versicherten, die in der Regel durch Privatdetektive stattfindet. Durch die Observation sollen „Tatsachen, welche sich im öffentlichen Raum verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können (beispielsweise Gehen, Treppensteigen, Autofahren, Tragen von Lasten oder Ausüben sportlicher Aktivitäten), systematisch gesammelt und erwahrt werden“<sup>39</sup>.
- 22 Die Observation durch Versicherer ist rechtlich heikel, da sie möglicherweise gegen Persönlichkeits- und Datenschutzrechte der überwachten Personen verstösst<sup>40</sup> und überdies strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann<sup>41</sup>. Das Bundesgericht hat bis anhin die Observation durch Versicherer konsequent geschützt. Der Eingriff in die Persönlichkeit der Versicherten wurde regelmässig durch das öffentliche Interesse der Versichertengemeinschaft an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und der Aufdeckung bzw. Verhinderung von Versicherungsbetrug geltend gemacht<sup>42</sup>. Erlaubt ist nach BGE 135 I 169 namentlich auch die Observation betreffend Tätigkeiten im öffentlichen Raum, wie etwa Autofahren, Treppensteigen, Tragen von Lasten. In einem höchst umstrittenen Entscheid vom November 2011 hat das Bundesgericht auch die Observation eines Versicherten auf dessen Balkon als zulässig erachtet<sup>43</sup>. Es liege weder ein unzulässiger Grundrechtseingriff noch ein strafrechtliches Delikt vor. Bei einer Person, die bei freiwillig ausgeübten, von blossen Auge beobachtbaren Alltagsverrichtungen in einem von jedermann öffentlich einsehbaren Bereich (Balkone) gefilmt wird, dürfe angenommen werden, sie habe insoweit auf einen Schutz der Privatheit verzichtet und in diesem Umfang ihre Privatsphäre der Öffentlichkeit ausgesetzt<sup>44</sup>.
- 23 Kritisiert wird am Urteil weiter die Geeignetheit der Observation zur Feststellung, ob eine Arbeitsunfähigkeit vorliege. Das Bundesgericht begründet die Geeignetheit mit den Argumenten, die unmittelbare Wahrnehmung mittels Überwachung sei geeignet und erforderlich, „um das Ausmass der tatsächlichen Einschränkungen zu erfassen, da sich die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit aufgrund des Zusammenspiels somatischer und somatoformer Leiden mit einer Verdeutlichungstendenz und Selbstlimitierung sowie psychischer Beeinträchtigungen ausserordentlich schwierig erwies“. Diese Begründung ist problematisch, da der Nachweis organischer Befunde psychischer Störungen nur sehr selten möglich ist. In letzter Konsequenz be-

---

<sup>36</sup> STOLKIN, S. 378 ff.

<sup>37</sup> AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE.

<sup>38</sup> BACHMANN/D'ANGELO, S. 133 ff.

<sup>39</sup> Urteil BGer 8C\_239/2008 vom 17. Dezember 2009, Erw. 6.3; BGE 135 I 169, Erw. 4.3.

<sup>40</sup> Die Überwachung kann gegen Art. 28 Zivilgesetzbuch (ZGB), siehe BGE 136 III 410, und gegen Grundsätze des Datenschutzgesetzes (DSG) verstossen.

<sup>41</sup> Art. 179<sup>quater</sup> Strafgesetzbuch (StGB), siehe BGE 135 I 169, Erw. 4.3.

<sup>42</sup> BGE 129 V 323, Erw. 3.3.3; BGE 132 V 241; BGE 135 I 169, Erw. 5.2; BGE 136 III 410, Erw. 2.2.3.

<sup>43</sup> Urteil BGer 8C\_272/2011 vom 11. November 2011.

<sup>44</sup> Urteil BGer 8C\_272/2011 vom 11. November 2011, Erw. 6.1.

deutet dies, dass bei fast allen psychischen Störungen eine Observation als geeignet und erforderlich anzusehen wäre. Zu Recht wird deshalb in der juristischen Lehre gefordert, für die Anordnung einer Observation sei ein substantieller Anfangsverdacht vorzusetzen und die Observation dürfe nicht leichtfertig angeordnet werden<sup>45</sup>.

## II. Aktivierung Kranker als Teil der Rekommodifizierung

- 24 Die Aktivierung und Disziplinierung gesundheitlich beeinträchtigter Arbeitnehmer/innen bildet Teil einer umfassenden Politik der Aktivierung erwerbsloser oder von Erwerbslosigkeit bedrohter Personen. Dabei vertrauen Politik, Verwaltung und Rechtsprechung auf die Heilwirkung der Arbeit für die gesellschaftliche Integration, eine Arbeitsbeschäftigung, erfolge sie auch im Rahmen eines mit erheblichem Aufwand finanzierten Beschäftigungsprogramms, sei in jedem Fall einer Nichtbeschäftigung vorzuziehen. Die entsprechenden Hilfsangebote sind regelmässig mit Sanktionsandrohung und Zwang verbunden.
- 25 Die jüngere Sozialstaatsentwicklung im Bereich der Aktivierung Erwerbsloser wird in der Literatur auch als Prozess der „Rekommodifizierung“ bezeichnet<sup>46</sup>. Beim Prozess der arbeitsmarktpolitischen Eingliederung zeigt sich eine normative Aufwertung der Eigenverantwortung<sup>47</sup>. Während im Zuge der Dekommodifizierung die Marktabhängigkeit des arbeitstätigen Menschen und dadurch dessen Warencharakter durch die Gewährung von Rechtsansprüchen auf existenzsichernde Leistungen bei Alter, Krankheit, Unfall und Invalidität verringert werden konnte, werden die Individuen durch die Rekommodifizierung wieder stärker den Zwängen der Marktlogik unterworfen<sup>48</sup>.
- 26 Der heutige Arbeitsmarkt braucht flexible, anpassungsfähige und innovative Arbeitskräfte. Sozialversicherungsrechtliche Ansprüche sind der Anpassung an die Marktgegebenheiten hinderlich<sup>49</sup>. Der Rekommodifizierungsprozess ist dabei nicht auf Arbeitslose oder Sozialhilfeempfänger/innen beschränkt, er umfasst vielmehr auch Kranke und Invalide. Auch sie sollen sich nicht in der Sicherheit wähen (dürfen sollen), dass sie aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung ihren Lebensstandard oder doch mindestens die minimale Existenz gesichert hätten. Anstelle der Rentenleistungen treten immer öfters für beschränkte Zeit ausgerichtete finanzielle Unterstützungen, die an die Verpflichtung gekoppelt werden, trotz und mit Gesundheitsbelastung mit Hilfe von Unterstützungsprogrammen wieder in den Arbeitsmarkt zurückzukehren. Die Verantwortung für das Gelingen der Wiedereingliederung wird dabei weitgehend dem Individuum zugeschrieben, während Kontextfaktoren (Arbeitsmarkt, Arbeitsplatz) weitgehend ausgeklammert werden<sup>50</sup>.
- 27 Nach konstruktivistischen Theorien sind sowohl Gesundheit wie Krankheit Ergebnis gesellschaftlicher Zuschreibungsprozesse<sup>51</sup>. Neuere Untersuchungen auf der Basis von Gouvernementalitätsstudien (nach Foucault) weisen darauf hin, dass auf Verantwortung und Aktivierung von kranken – und von noch gesunden – Erwerbsfähigen basierende Interventionen dazu führen, dass „Gesundheit“ zunehmend (auch) zu einer Frage des Willens wird<sup>52</sup>. Ausdruck dieser Entwicklung bilden etwa die zunehmende Verbreitung von so genannten Anwesen-

---

<sup>45</sup> WINZENRIED (Observation), Rz. 8; siehe zur Problematik auch: HORSCHIK.

<sup>46</sup> BRÜTT, S. 265 ff.

<sup>47</sup> MANSKE, 241 ff.

<sup>48</sup> LEISERING, S. 29 ff.

<sup>49</sup> PÄRLI (IIZ), Rz. 20.

<sup>50</sup> Siehe dazu: HETZLER ANTOINETTE, Labor Market Activation Policies For the Long-Term Ill - A Sick Idea?, Konferenzbeitrag, <[http://213.241.152.197/veranstaltungen/2008/activation\\_2008\\_hetzler.pdf](http://213.241.152.197/veranstaltungen/2008/activation_2008_hetzler.pdf)> (besucht am 6. Februar 2012).

<sup>51</sup> BAUCH.

<sup>52</sup> EICKELPASCH/RADEMACHER/RAMOS LOBATO, S. 13.

heitsprämien von Arbeitgebern und Gehaltsfortzahlungsversicherungen<sup>53</sup> und die Tendenz in Rechtsprechung und Gesetzgebung, gewisse Krankheiten mit Blick auf Erwerbsunfähigkeitsrenten als überwindbar zu qualifizieren<sup>54</sup>.

### III. Schranken der Aktivierung

#### 1. Grundrechte sind mehr als Abwehrrechte

- 28 Welche Bedeutung haben Grundrechte in diesem Zusammenhang? Nach klassischem Grundrechtsverständnis sind Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte gegen die missbräuchliche Ausübung staatlicher Macht<sup>55</sup> und folglich primär für die staatliche Eingriffsverwaltung von Bedeutung<sup>56</sup>.
- 29 Diese Dimension der Grundrechte zeigt sich im vorliegenden Zusammenhang besonders bei den Grenzen der zulässigen Überwachung von Versicherungsleistungsbezüger/innen. Den Grundrechten wird jedoch auch eine konstitutiv-institutionelle Bedeutung zu erkannt<sup>57</sup> und sind auch in der Leistungsverwaltung<sup>58</sup> und damit für Sozialversicherungen relevant.
- 30 Grundrechte sind überdies auch in privatrechtlichen Verhältnissen zu berücksichtigen, wobei nach schweizerischem Verständnis von einer indirekten (mittelbaren) Drittwirkung auszugehen ist<sup>59</sup>.

#### 2. Verbot der faktischen Grundrechtsverletzung

- 31 Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen zur Rolle der Grundrechte bei der Verweigerung von Sozialversicherungsleistungen bildet BGE 113 V 22 aus dem Jahre 1987. Das Bundesgericht hielt in dieser Entscheidung fest, die Ablehnung einer Sozialversicherungsleistung könne die Wahrnehmung der Grundrechte mittelbar beeinträchtigen und damit zu einer faktischen Grundrechtsverletzung führen<sup>60</sup>. Im konkreten Fall weigerte sich die Invalidenversicherung, für die Mehrkosten eines Motorfahrzeuges aufzukommen, das ein teilinvalidierter Versicherter als Folge seines Wohnortswechsels für den Weg zur Arbeit verlangte.
- 32 Die grundrechtlichen Überlegungen zur Niederlassungsfreiheit waren für das Bundesgericht massgebend, um die bisherige Abgrenzung der Leistungspflicht der Invalidenversicherung von der zumutbaren Schadenminderungspflicht neu zu beurteilen<sup>61</sup>. Ein Grundrechtseingriff im eigentlichen Sinne liegt, wie das Bundesgericht richtig hervorhebt, nicht vor. Den Versi-

---

<sup>53</sup> Anwesenheitsprämien belohnen Arbeitnehmende mit keinen oder wenigen Krankheitstagen. Solche Systeme führen zu einem gesteigerten Präsentismus und sind zudem auch aus rechtlicher Hinsicht kritisch zu beleuchten, siehe dazu ausführlich Rz. 613 ff.

<sup>54</sup> Zur Überwindbarkeitsrechtsprechung siehe Rz. 15 ff.

<sup>55</sup> SCHWEIZER, N 3 zu Art. 35 BV; MÜLLER/SHEFER, S. 74; HÄFELIN/HALLER/KELLER 2008, Rz. 257.

<sup>56</sup> SCHWEIZER, N 7 zu Art. 35 BV.

<sup>57</sup> SALADIN; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 263.

<sup>58</sup> BGE 103 Ia 369, Erw. 5 und E. 6e; BGE 104 Ia 88; BGE 108 Ib 162, Erw 5a.

<sup>59</sup> Siehe Art. 35 Absatz 3 BV: Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.

<sup>60</sup> BGE 113 V 22, Erw. 4d.

<sup>61</sup> Siehe zu dieser Entscheidung zurückhaltend MURER ERWIN, Grundrechtsverletzung durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen?, SZS 1995, S. 184 ff. und befürwortend SCHÜRER CHRISTIAN, Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen, AJP 1997, S. 3 ff.

- cherten wird die Wahrnehmung ihrer Grundrechte nicht durch autoritative staatliche Anordnung verweigert. Die Grundrechtsverletzung entsteht jedoch mittelbar, in dem die Nichtgewährung der Sozialversicherungsleistung den Grundrechtsgenuss je nach materiellen Möglichkeiten der betroffenen Personen faktisch verunmöglicht oder zumindest erschwert<sup>62</sup>.
- 33 Seit dem zwischenzeitlich mehrfach bestätigten BGE 113 V 22<sup>63</sup> müssen die rechtsanwendenden Behörden bei der Beurteilung von Leistungsansprüchen gegenüber der Invalidenversicherung die Grundrechtspositionen der Versicherten in die Beurteilung der Schadenminderungspflicht einbeziehen<sup>64</sup>.
- 34 Mehrere Entscheide betrafen das Spannungsfeld „Grundrechtsschutz und zumutbare Arbeit“ im Bereich der Arbeitslosenversicherung. In einem Entscheid aus dem Jahre 1997 entschied das Bundesgericht, die arbeitslosenversicherungsrechtliche Pflicht, zur Schadenminderung eine vom Arbeitsamt zugewiesene zumutbare Arbeit anzunehmen, müsse hinter die Religionsfreiheit zurücktreten. Im konkreten Fall hätte die Versicherte bei der in Frage kommenden Beschäftigung aus Sicherheitsgründen das religiöse Kopftuch nicht tragen dürfen<sup>65</sup>. Geschützt hat das Bundesgericht überdies die Berufung eines muslimischen Mannes auf das religiöse Verbot, alleine mit einer Frau in einem geschlossenen Raum arbeiten zu müssen<sup>66</sup>. Gleich wurde entschieden bei einer Arbeitnehmerin brahmanischen Glaubens, der eine Arbeit zugewiesen wurde, bei der sie in Kontakt mit Fleisch und Fisch gekommen wäre, was ihr aus religiösen Gründen nicht erlaubt ist<sup>67</sup>. Nicht geschützt hat das Bundesgericht die Weigerung eines Atheisten, in einem Hotel christlicher Prägung arbeiten zu müssen<sup>68</sup>.
- 35 Grundvoraussetzung für das Vorliegen einer faktischen Grundrechtsverletzung ist, dass die Verweigerung von Sozialversicherungsleistungen sich überhaupt auf eine grundrechtlich geschützte Lebensgestaltung auswirkt, es muss mit anderen Worten der *Schutzbereich eines Grundrechts* betroffen sein. Wenn gemäss Bundesgerichtspraxis von den Versicherten zur Überwindung der Erwerbsunfähigkeit bei somatoformen Schmerzsyndromen das Aufbieten guten Willens verlangt wird<sup>69</sup>, kann der Schutzbereich der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV betroffen sein. Zwar beinhaltet das Recht der persönlichen Freiheit keine allgemeine Handlungsfreiheit; geschützt sind nur „elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltungen“<sup>70</sup>. Keinen guten Willen zur Überwindung der Erwerbsunfähigkeit zeigen zu wollen, fällt nicht in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit. Für die Bestimmung des Schutzbereichs relevant ist indes die durch die Versicherer unter Androhung der Leistungsverweigerung auferlegte Pflicht, sich zwecks Erhalt oder Verbesserung der Erwerbsfähigkeit bestimmten medizinischen Behandlungen zu unterziehen<sup>71</sup>. Die Sozialversicherungsbehörden müssen bei der Auferlegung solcher Pflichten auf der Grundlage der gesetzlichen Schaden-

---

<sup>62</sup> Wer wirtschaftlich nicht auf Sozialversicherungsleistungen angewiesen ist, wird in seiner grundrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit nicht eingeschränkt, kann bspw. auf die angeordnete medizinische Massnahme oder den geforderten Berufswechsel verzichten, ohne deswegen in wirtschaftliche Bedrängnis zu geraten. Eine Berücksichtigung des Bedarfs bei der Feststellung einer mittelbaren Grundrechtsverletzung durch die Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen hat das Bundesgericht jedoch in BGE 113 V 22 mit dem Hinweis verworfen, Sozialversicherungen würden gerade nicht nach dem Bedarfsprinzip funktionieren.

<sup>63</sup> Siehe BGE 118 V 206, Erw. 5b; BGE 134 I 105, Erw. 6 und eine Reihe unveröffentlichter Entscheide, bspw. Urteil EVG vom 8. Januar 2004, I 336/03 Erw. 6.3.

<sup>64</sup> PÄRLI (Selbsteingliederung), S. 260 ff.

<sup>65</sup> Urteil EVG C 366/96 vom 2. Juni 1997 (ARV 1998 Nr. 47, 276).

<sup>66</sup> Urteil EVG C 144/94 vom 27. Dezember 1994.

<sup>67</sup> Urteil EVG C 145/94 vom 27. September 1996, (SVR 1997 ALV Nr. 90, 278).

<sup>68</sup> Urteil EVG C 274/04 vom 29. März 2005 (ARV 2006, 155).

<sup>69</sup> BGE 130 V 352.

<sup>70</sup> BGE 127 I 6, Erw. 5.

<sup>71</sup> Art. 7 Abs. 2 lit. c IVG.

minderungspflicht die Frage der Zumutbarkeit im Lichte des Grundrechts auf persönliche Freiheit prüfen<sup>72</sup>.

- 36 Wie bereits dargelegt, ist es in diskriminierungsrechtlicher Hinsicht problematisch, wenn bei den Anforderungen an die Überwindbarkeit gesundheitlicher Beeinträchtigungen unsachliche Differenzierungen zwischen allgemeinen somatischen Beeinträchtigungen und somatoformen Schmerzen vorgenommen werden<sup>73</sup>. Zwar lässt sich aus dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot kein unmittelbar gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Leistungen zur Herstellung faktischer Gleichheit ableiten<sup>74</sup>. Eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV kann vorliegen, wenn „der Staat bei der Ausgestaltung seiner Leistungen Unterschiede schafft, die an eines der in Art. 8 Abs. 2 BV genannten, verpönten Unterscheidungsmerkmale (...) anknüpfen“<sup>75</sup>. Dabei ist zu beachten, dass ohnehin vulnerable Personengruppen wie Migranten/innen, Alleinerziehende und Personen mit kleinen Einkommen durch die Überwindbarkeitsrechtsprechung besonders betroffen sind<sup>76</sup>. Aus dem verfassungsrechtlichen Grundrecht auf Diskriminierungsschutz und aus Art. 14 EMRK<sup>77</sup> lässt sich eine Verpflichtung zum besonderen Schutz dieser Personengruppen ableiten; der vollständige Ausschluss vom Anspruch auf Erwerbsunfähigkeitsrenten stellt eine Verletzung dieser Pflicht dar.

---

<sup>72</sup> PÄRLI (Selbsteingliederung), S. 269.

<sup>73</sup> Siehe dazu Rz. 15 ff.

<sup>74</sup> BGE 126 II 377, Erw. 6a; BGE 134 I 105, Erw. 5.

<sup>75</sup> BGE 134 I 105, Erw. 5, mit Hinweisen auf BGE 131 V 9, Erw. 3.5.1.1; BGE 127 V 121, Erw. 3b; BGE 126 V 70, Erw. 4c.

<sup>76</sup> STOLKIN, S. 393.

<sup>77</sup> Auch die EMRK verpflichten die Ratifikationsstaaten über das Verbot von Diskriminierung hinaus zu positiven Verpflichtungen zum Diskriminierungsschutz, DRÖGE, S. 146.



## **Teil II: Bestandsaufnahme und Zusammenwirken relevanter Normen bei Verlaufsszenarien einer Arbeitsunfähigkeit**

### **1. Kapitel: Ausgangslage, Fragestellung und Vorgehen**

#### **I. Keine einheitliche rechtliche Regelungen**

37 Im Rahmen der SNF-Studie wurde das Verhalten der von längerer, krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit betroffenen Personen u. a. unter Berücksichtigung unterschiedlicher rechtlicher Kontextbedingungen erfragt. Die rechtlichen Folgen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit sind je nach Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses völlig unterschiedlich.

38 Eine Gesundheitsschädigung kann entweder von einer Krankheit oder einem Unfall herrühren<sup>78</sup>. Als Unfall gilt dabei die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat (Art. 4 ATSG). Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder die eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Art. 3 Abs. 2 ATSG). Ist eine Arbeitsunfähigkeit auf einen Unfall zurückzuführen und ist die betroffene Person in der obligatorischen Unfallversicherung (UV) versichert, kommt sie in den Genuss der entsprechenden UV-Leistung. Anders als in der obligatorischen Krankenversicherung (KV), deren Leistungen zeitlich begrenzt sind, besteht in der UV ein Taggeldanspruch, der grundsätzlich so lange dauert, bis die Arbeitsfähigkeit wieder hergestellt oder eine Invalidität eingetreten ist. Kommt es zu einer Erwerbsunfähigkeit bzw. zu einer unfallbedingten Invalidität, entsteht ein Anspruch auf eine Invalidenrente. Zwar erfassen wir in unserer Kohortenuntersuchung<sup>79</sup> nur Personen mit krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. In der rechtlichen Analyse indes wollen wir auch die Rechtsfolgen der unfallbedingten Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit erfassen und dabei insbesondere die Unterschiede zur krankheitsbedingten Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit aufzeigen und rechtspolitisch würdigen.

39 Zu unterscheiden ist ferner zwischen Arbeitnehmenden und Selbständigerwerbenden. Arbeitsrechtliche Normen schützen krankheitsbedingt arbeitsunfähige Arbeitnehmende einerseits zeitlich limitiert vor Kündigung und gewähren andererseits für eine beschränkte Zeit eine Lohnfortzahlung. Zu beachten sind zudem Schutzpflichten des Arbeitgebers gegenüber erkrankten Arbeitnehmenden. Für Selbständigerwerbende ist die Ausgangslage anders: Verlieren sie als Folge einer Krankheit ihre Arbeits- bzw. Erwerbsfähigkeit, haben sie die Folgen alleine zu tragen bzw. müssen auf den Schutz der für Selbständigerwerbende freiwilligen Lohnersatzversicherungen zurückgreifen. Einzig in der obligatorischen Invalidenversicherung werden zwar Unterschiede in der Beitragsbemessung, nicht aber bei den Leistungen vorgenommen. Auf die Rechtslage bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit wird nachfolgend jedoch nur punktuell verwiesen.

40 Relevant ist weiter, ob eine privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Anstellung vorliegt. Für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bilden die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) und die Art. 319 ff OR zum Arbeitsvertrag die Ausgangslage. Ergänzt werden diese Bestimmungen durch einen allfällig anwendbaren Gesamtarbeitsvertrag (GAV)

---

<sup>78</sup> Vgl. KIESER, N 4 zu Art. 6 ATSG.

<sup>79</sup> Siehe dazu Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“.

sowie zahlreiche öffentlich-rechtliche Bestimmungen, die für sämtliche Arbeitsverhältnisse Anwendung finden, wie etwa das Arbeitsgesetz (ArG), die relevanten Sozialversicherungsbestimmungen, das Datenschutzgesetz (DSG) oder das Gleichstellungsgesetz (GlG). Öffentlich-rechtlich angestellte Arbeitgebende sind grundsätzlich nicht den arbeitsvertraglichen Bestimmungen des OR unterworfen; für sie gelten die einschlägig anwendbaren Personalerlasse des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden.

- 41 Wie zu zeigen sein wird, unterscheiden sich Voraussetzungen und Dauer der Lohnfortzahlung, des Kündigungsschutzes und der Schutzpflichten für erkrankte Arbeitnehmende je nach Anstellungstypus erheblich. Von grosser Bedeutung ist, ob die nach OR lediglich kurze Zeit gewährte Lohnfortzahlung durch eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung ergänzt wird. Unterschiede zeigen sich nicht nur im Vergleich der drei Hauptkategorien „Art. 319 ff“, „GAV“ und „Öffentliches Personalrecht“, sondern vielmehr auch innerhalb der einzelnen Kategorien.

## II. Übersicht zu Ansprüchen bei Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit

- 42 Lebenssachverhalte wie die länger dauernde Arbeitsunfähigkeit und eine ihr folgende Erwerbsunfähigkeit berühren einerseits arbeitsrechtliche und andererseits sozialversicherungsrechtliche Normen. Diese beiden Rechtsgebiete werden in der Rechtswissenschaft eher selten zusammenhängend dargestellt und diskutiert. Das hängt vor allem damit zusammen, dass die meisten Arbeitsrechtsspezialisten/innen einen vorwiegend privatrechtlichen Hintergrund haben, was sich angesichts der Verortung des Arbeitsvertragsrechts im allgemeinen privatrechtlichen Schuldrecht und der zentralen Rolle der Art. 319 OR ff. erklären lässt. Sozialversicherungsrecht und auch das öffentliche Personalrecht sind im öffentlichen Recht anzusiedeln. Sozialversicherungsrechtsexperten/innen verstehen sich deshalb regelmässig als Öffentlichrechtler/innen.
- 43 Entsprechend dieser Disziplinentrennung finden sich in der Literatur zahlreiche Darstellungen der versicherten Risiken in der Sozialversicherung, den Leistungen der einzelnen Sozialversicherungen und der Koordination zwischen verschiedenen Leistungen und Leistungsarten<sup>80</sup>. Die arbeitsrechtlichen Vorschriften werden in den einschlägigen OR-Kommentierungen sowie in Monographien zum Arbeitsrecht analysiert<sup>81</sup>. Studien, die auf die Schnittstellen der beiden Gebiete fokussieren, existieren kaum.
- 44 Die nachfolgende Übersicht stellt dar, welche Rechtsansprüche Personen mit länger dauernder Arbeitsunfähigkeit und darauf folgender Erwerbsunfähigkeit haben.

---

<sup>80</sup> Siehe z. B. KIESER UELI, Leistungen der Sozialversicherung, 2. Auflage, Zürich 2012.

<sup>81</sup> Dazu gehören die klassischen Kommentare (Basler-, Zürcher- und Bernerkommentar), weiter Praxiskommentare wie derjenige von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH oder TOBLER/FAVRE/MUNOT/GULLO (nähere Angaben zu allen Werken im Literaturverzeichnis).

Abbildung 1: Übersicht zu Ansprüchen im Verlauf einer Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit

	Arbeitsrecht		Taggeldversicherung		IV	UV	BV	ALV
Lebenssachverhalt	Privatrechtliche Anstellung (ev. GAV)	Öffentlich-rechtliche Anstellung	Taggeld nach KVG	Taggeld nach VVG		Unfall Unfallähnliches Ereignis Berufskrankheit		
Krankheit AUF 1-3 Mte	Lohnzahlung (Rz. 168 ff.) Zeitlicher Kündigungsschutz (Rz. 458 ff.)	Lohnzahlung (Rz. 168 ff.) Zeitlicher Kündigungsschutz (Rz. 500 ff.)	Taggeld (Rz. 315 ff.)	Taggeld (Rz. 343 ff.)	Früherfassung (Rz. 689 ff.) Frühintervention (Rz. 702 ff.)		Prämienbefreiung (Rz. 845 ff.)	Taggeld (Rz. 808 ff., 833 u. 839) Eingliederungsmassnahmen (Rz. 800 ff.)
Unfall AUF 1-3 Mte	Zeitlicher Kündigungsschutz (Rz. 458 ff.)	Lohnzahlung (Rz. 168 ff.) Zeitlicher Kündigungsschutz (Rz. 500 ff.)			Früherfassung (Rz. 689 ff.) Frühintervention (Rz. 702 ff.)	Taggeld (Rz. 283 ff.)		Taggeld (Rz. 808 ff., 833 u. 839) Eingliederungsmassnahmen (Rz. 800 ff.)
Krankheit AUF 4-12 Mte	Lohnzahlung (Rz. 168 ff.) Zeitlicher Kündigungsschutz (Rz. 458 ff.)	Lohnzahlung (Rz. 168 ff.) Zeitlicher Kündigungsschutz (Rz. 500 ff.)	Taggeld (Rz. 315 ff. und 338 ff.)	Taggeld (Rz. 343 ff. und 373 ff.)	Integrationsmassnahmen (Rz. 761 ff.) Massnahmen beruflicher Art (Rz. 718 ff.) Taggeld (Rz. 771 f.)			Taggeld (Rz. 808 ff., 833 u. 839) Eingliederungsmassnahmen (Rz. 800 ff.)
Unfall AUF 4-12 Mte	Zeitlicher Kündigungsschutz (Rz. 458 ff.)	Lohnzahlung (Rz. 168 ff.) Zeitlicher Kündigungsschutz (Rz. 500 ff.)			Integrationsmassnahmen (Rz. 761 ff.) Massnahmen beruflicher Art (Rz. 718 ff.) Taggeld (Rz. 771 f.)	Taggeld (Rz. 283 ff. und ev. 307 ff.)		Taggeld (Rz. 808 ff., 833 u. 839) Eingliederungsmassnahmen (Rz. 800 ff.)
	Fürsorgepflicht (Rz. 537 ff.), Sachlicher Kündigungsschutz (Rz. 49 ff.)		Fürsorgepflicht (Rz. 537 ff.), Sachlicher Kündigungsschutz (Rz. 49 ff.)					

Krankheit AUF 13-24 Mte		Fürsorgepflicht (Rz. 537 ff.), Sachlicher Kündigungsschutz (Rz. 49 ff.)	Lohnzahlung (Rz. I.3.1.1 ff.)	Fürsorgepflicht (Rz. 537 ff.), Sachlicher Kündigungsschutz (Rz. 49 ff.)	Taggeld Taggeld (Rz. 315 ff. und 338 ff.)	Taggeld (Rz. 343 ff. und 373 ff.)	Integrationsmassnahmen (Rz. 761 ff.)		Prämienbefreiung (Rz. 845 ff.)	Taggeld (Rz. 808 ff., 833 u. 839)	
Unfall AUF 13-24 Mte			Lohnzahlung (Rz. I.3.1.1 ff.)					Integrationsmassnahmen (Rz. 761 ff.)		Taggeld (Rz. 283 ff. und ev. Rz. 307 ff.)	Taggeld (Rz. 808 ff., 833 u. 839)
Krankheit AUF 25-36 Mte			Lohnzahlung (Rz. 239 ff.)			Taggeld (Rz. 343 ff. und 373 ff.)	Integrationsmassnahmen (Rz. 761 ff.)				Taggeld (Rz. 808 ff., 833 u. 839)
Unfall AUF 25-36 Mte			Lohnzahlung (Rz. 239 ff.)				Integrationsmassnahmen (Rz. 761 ff.)	Taggeld (Rz. 283 ff. und ev. Rz. 307 ff.)			Taggeld (Rz. 808 ff., 833 u. 839)
Krankheit EUF							IV-Rente (Rz. 941 ff.)		IV-Rente (Rz. 962 ff.)		
Unfall EUF							IV-Rente (Rz. 941 ff.)	IV-Rente (Rz. 949 ff.)	IV-Rente (Rz. 962 ff.)		

Quelle: Eigene Darstellung

- 45 Diese Darstellung kann nicht berücksichtigen, dass der Verlauf einer Arbeitsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit nicht immer linear verläuft. Es kann vielmehr zu Unterbrüchen oder Rückfällen kommen und auch der Grad der Arbeitsfähigkeit wie der Erwerbsfähigkeit kann im Zeitverlauf ändern. Auf die damit zusammenhängenden rechtlichen Fragen und Probleme wird in den nächsten Kapiteln eingegangen. Dabei wird in einem ersten Schritt die Rechtsstellung von gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden dargestellt, die nicht in ihrer Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt sind bzw. uneingeschränkt einer Teilzeitarbeitstätigkeit nachgehen können (Rz. 46 ff.). In einem weiteren Kapitel wird die Rechtslage bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit sowie (drohender) Erwerbsunfähigkeit erörtert (Rz. 168 ff.). Abschliessend werden Ausführungen gemacht zur Rechtslage bei einer Erwerbsunfähigkeit (Rz. 905 ff.) und der Eingliederung aus Rente (Rz. 776 ff.). Es werden nicht nur die relevanten Normen wiedergegeben sondern insbesondere auch deren Zusammenwirken bei Verlaufsszenarien einer Arbeitsunfähigkeit dargestellt.

## 2. Kapitel: Arbeitsfähigkeit trotz Krankheit

- 46 Viele Krankheiten führen nicht dazu, dass die betroffenen Arbeitnehmenden tatsächlich in ihrer Arbeitsunfähigkeit beeinträchtigt sind. So sind bspw. viele Diabetiker oder HIV-positive Menschen vollständig erwerbstätig. Ferner können gesundheitlich angeschlagene Menschen trotz einer Beeinträchtigung einer Teilzeitarbeit nachgehen ohne in dieser eingeschränkt zu sein. So ist eine Person, der aus gesundheitlichen Gründen lediglich ein 80%iges Pensum zumuten ist, in diesem Teilzeitpensum grundsätzlich trotz Vorliegen einer Krankheit nicht eingeschränkt. Auch Teil-Invalidenrentner sind im Rahmen ihrer Restarbeitsfähigkeit nicht eingeschränkt.
- 47 Obwohl in einer solchen Fallkonstellation die Krankheit gerade nicht zu einer Arbeitsunfähigkeit führt, sind die betroffenen Arbeitnehmenden häufig Benachteiligungen ausgesetzt – sowohl im Arbeitsmarkt als auch im Versicherungsbereich. Gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden droht möglicherweise die Kündigung, da die Arbeitgebenden vermehrte Fehltagel oder mangelhafte Leistung befürchten. Das schweizerische Arbeitsrecht geht vom Prinzip der Kündigungsfreiheit aus; es bedarf für die Rechtmässigkeit einer Kündigung grundsätzlich keiner besonderen Gründe<sup>82</sup>. Die Kündigung von gesundheitlich beeinträchtigten, aber arbeitsfähigen Arbeitnehmenden, ist zwar missbräuchlich, aber gültig<sup>83</sup>.
- 48 Weniger klar ist der Schutz von gesundheitlich beeinträchtigten Stellensuchenden, da in diesem Fall noch kein Arbeitsverhältnis besteht<sup>84</sup>. Nachfolgend wird der Schutz vor Missbräuchlicher Kündigung bei Krankheit ausführlich dargelegt. Ebenfalls behandelt wird der Schutz vor Benachteiligung im Bewerbungsverfahren und bei der Anstellung. Auch die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden bzw. der Gesundheitsschutz greift selbstverständlich bereits bei einer (noch) keine Arbeitsunfähigkeit auslösenden Krankheit bzw. insbesondere auch davor, um eine Gesundheitsschädigung zu verhindern. Da die Fürsorgepflicht aber auch im Zusammenhang mit einer Arbeitsunfähigkeit von grosses Bedeutung ist, wird sie erst im Kapitel zur Arbeitsunfähigkeit behandelt<sup>85</sup>.

### I. Schutz vor Kündigung wegen des Gesundheitszustandes

- 49 Das Gesetz nennt in Art. 336 Abs. 1 und 2 OR seit 1988 eine Reihe von Gründen, bei deren Vorliegen eine Kündigung zwar gültig aber missbräuchlich ist. Eine missbräuchliche Kündigung führt zu einer Entschädigungspflicht der kündigenden Partei (Art. 336a OR). Zu den verpönten Kündigungsmotiven gehören nach Art. 336 Abs. 1 OR eine Kündigung, die erfolgt „wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht“ (lit. a), „weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt“ (lit. b), „ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln“ (lit. c), „weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht“, sog. Rache Kündigung (lit. d) sowie wenn die Kündigung ausgesprochen wird, „weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt“ (lit. e).
- 50 Art. 336 Abs. 1 ist paritätisch ausgestaltet, es können also sowohl von Arbeitgebenden als auch von Arbeitnehmenden ausgesprochene Kündigungen als missbräuchlich qualifiziert

---

<sup>82</sup> BGE 132 III 115, Erw. 2.1; BGE 125 III 70, Erw. 2a.

<sup>83</sup> Dazu sogleich, Rz. 49 ff.

<sup>84</sup> Zum Schutz vor Benachteiligung wegen des Gesundheitszustandes im Bewerbungsverfahren siehe Rz. 157 ff.

<sup>85</sup> Unter Rz. 537 ff.

- werden<sup>86</sup>. Wenn auch in der Theorie Beispiele denkbar sind, in denen Arbeitnehmende eine missbräuchliche Kündigung aussprechen, ist diese Konstruktion praktisch bedeutungslos<sup>87</sup>.
- 51 Nach Art. 336 Abs. 2 OR ist eine Kündigung im weiteren missbräuchlich, wenn *Arbeitgebende*<sup>88</sup> sie aussprechen, „weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt“ (lit. a), „während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zu Kündigung hatte“ (lit. b)<sup>89</sup> und wenn die Kündigung „im Rahmen einer Massenentlassung, ohne dass die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer konsultiert worden sind“ erfolgt (lit. c).
- 52 Im Gegensatz zum absoluten Kündigungsschutz nach Art. 336c OR, der den Arbeitnehmenden zunächst während einer bestimmten Frist einen Bestandsschutz des Arbeitsvertrages gewährt<sup>90</sup>, vermag der relative Schutz nach Art. 336 OR den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht zu garantieren<sup>91</sup>. Ist die Kündigung missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR, ändert dies zwar nichts an der Wirksamkeit der Kündigung, gemäss Art. 336a OR hat die Missbräuchlichkeit aber zur Folge, dass die Partei, die eine missbräuchliche Kündigung ausgesprochen hat, der anderen Partei eine Entschädigung zu leisten hat<sup>92</sup>. Die Entschädigung beträgt maximal sechs, resp. bei einer missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 Abs. 2 lit. c maximal zwei Monatslöhne<sup>93</sup>.
- 53 Die Verfahrensvorschriften sind in Art. 336b OR geregelt: Wer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben (Abs. 1) und danach, wenn keine Einigung zustande kommt, innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Gericht Klage einreichen (Abs. 2).
- 54 In der Lehre war lange die Frage umstritten, ob der sachliche Kündigungsschutz bereits während der Probezeit greift, da Art. 336 OR, im Gegenteil zu Art. 336c OR, diesbezüglich nichts festhält<sup>94</sup>. Nach der herrschenden Lehre galt der sachliche Kündigungsschutz bereits in der Probezeit<sup>95</sup>, während eine Minderheitsmeinung von einer Gesetzeslücke ausging und deshalb die Anwendung im Probeverhältnis ablehnte<sup>96</sup>. In einem Entscheid vom November 2007 hat das Bundesgericht nun festgehalten, dass eine Kündigung grundsätzlich auch während der Probezeit missbräuchlich sein kann<sup>97</sup>. Allerdings vermag eine Kündigung, die einen Tatbestand von Art. 336 OR erfüllt, mit Blick auf den durch die Probezeit verfolgten Zweck – sie bietet den Parteien die Möglichkeit, einander kennen zu lernen und den Entscheid über eine langfristige Bindung aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse treffen zu können

---

<sup>86</sup> NORDMANN, S. 84.

<sup>87</sup> RUDOLPH (Kündigungsschutz), S. 153; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N10 zu Art. 336 OR; NORDMANN, S. 84, der aber betont, dass es deshalb noch nicht gerechtfertigt sei, von einer „abwegigen oder gar absurden Idee zu sprechen“.

<sup>88</sup> Im Gegensatz zu Art. 336 Abs. 1 OR schützen die drei Fälle des Abs. 2 nur die Arbeitnehmenden.

<sup>89</sup> Laut Art. 336c Abs. 3 besteht der Kündigungsschutz eines Arbeitnehmervertreters nach Abs. 2 lit. b, dessen Mandat infolge eines Betriebsübergangs vorzeitig endet, solange weiter, als es ohne Betriebsübergang gedauert hätte.

<sup>90</sup> Zum zeitlichen Kündigungsschutz siehe Rz. 458 ff.

<sup>91</sup> ABEGG/STEBLER, S. 1178.

<sup>92</sup> RUDOLPH (Kündigungsschutz), S. 152.

<sup>93</sup> Art. 336a OR.

<sup>94</sup> BGE 134 III 108, Erw. 7.1; GEISER (Rechtsprechung 2009), S. 135.

<sup>95</sup> PORTMANN, N 14 zu Art. 335b OR; STAEHELIN, N 8 zu Art. 335b OR; STREIFF/VON KAENEL, N 9 zu Art. 335b OR (6. Auflage).

<sup>96</sup> TROXLER, S. 366 ff.

<sup>97</sup> BGE 134 III 108, Erw. 7.1 f.

– dennoch zulässig erscheinen. Dies selbst dann, wenn sie eine gewisse Willkür aufweist, denn diese „entspricht der Freiheit der Parteien, darüber zu entscheiden, ob sie sich langfristig binden wollen“<sup>98</sup>. Steht die Kündigung aber im Widerspruch zum erweckten Vertrauen, so verdient sie keinen Rechtsschutz<sup>99</sup>.

## **1. Die relevanten Missbrauchstatbestände in Art. 336 Abs. 1 OR**

### **1.1 Der Gesundheitszustand als Eigenschaft i. S. v. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR**

#### **1.1.1 Allgemein**

55 Der Begriff „Eigenschaften“, die den Arbeitnehmenden „kraft ihrer Persönlichkeit zukommen“ wurde, wie auch der Begriff „Persönlichkeit des Arbeitnehmers“ in Art. 328 OR<sup>100</sup>, von der Gesetzgeberin bewusst nicht näher präzisiert<sup>101</sup>. Nach Bundesgericht und Lehre gehören zu den Eigenschaften, die einer Person im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR kraft ihrer Persönlichkeit zukommen: alle angeborenen oder erworbenen Eigenschaften, welche die Trägerin als Individuum kennzeichnen, insbesondere Rasse, Nationalität, sexuelle Orientierung, Alter, Religion, Vorstrafen, sofern diese keinen Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit aufweisen, Betreibungen, Krankheiten einschliesslich positiver HIV-Befund<sup>102</sup>.

56 Obwohl Ausfluss der Persönlichkeit des betroffenen Arbeitnehmers ist das „zu langsame Arbeiten“ kein missbräuchlicher Kündigungsgrund. Heikel wird es, wenn ein älterer Arbeitnehmer den technischen Anforderungen seines Berufes nicht mehr gewachsen ist und deshalb langsamer arbeitet als andere. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die Arbeitgeberin ihn ohne weiteres entlassen darf oder ob nicht vorerst abgeklärt werden muss, ob er auf andere Weise im Unternehmen beschäftigt werden kann. Das gleiche gilt auch für Arbeitnehmende, die aufgrund einer Krankheit langsamer arbeiten<sup>103</sup>.

57 Zu ergänzen ist, dass eine Kündigung unter Berufung auf das Geschlecht, den Zivilstand, eine Schwangerschaft oder die familiäre Situation, eine nach Art. 3 GIG verbotene Diskriminierung darstellt. Im Anwendungsbereich des GIG gelten Beweislast erleichterungen. Es genügt, wenn eine geschlechtsspezifische Kündigung glaubhaft gemacht wird, die Arbeitgeberin hat sodann zu beweisen, dass die Kündigung nicht aus den genannten Gründen erfolgt ist<sup>104</sup>.

#### **1.1.2 Krankheit**

58 Im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht kennt das Arbeitsrecht keine Legaldefinition des Begriffs Krankheit. Die Krankheit wird in der Lehre übereinstimmend zu den geschützten Ei-

---

<sup>98</sup> BGE 134 III 108, Erw. 7.1.1.

<sup>99</sup> BGE 134 III 108, Erw. 7.1 f.

<sup>100</sup> Siehe dazu Rz. 542.

<sup>101</sup> Botschaft Kündigungsschutz, 597; PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1335.

<sup>102</sup> BGE 130 III 699, Erw. 4.1; BGE 127 III 68, Erw. 2a; Urteile BGer 4C.326/2006 vom 22. Mai 2006, Erw. 4.1 und 4C.320/2005 vom 20. März 2006, Erw. 3 ff.; PORTMANN, N5 zu Art. 336 OR; STREIFF/VON KANENEL/RUDOLPH, N5 zu Art. 336 OR; STAEHELIN, N 9 zu Art. 336 OR.

<sup>103</sup> Urteil BGer 4A\_291/2008 vom 2. Dezember 2008, Erw. 4.3; Siehe zur Fürsorgepflicht bei kranken Arbeitnehmenden Rz. 73 ff.

<sup>104</sup> PÄRLI (Kündigungsfreiheit), S. 719; zur Beweislast erleichterung im GIG siehe SABINE STEIGER-SACKMANN, Kommentar zu Art. 6 GIG, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. aktualisierte und ergänzte Aufl., Basel 2009, S. 201 ff.



- genschaften im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR gezählt<sup>105</sup>. Die Kündigung ist nur dann missbräuchlich, wenn sie *wegen* der Krankheit erfolgt, die Krankheit also der Grund für die Kündigung darstellt<sup>106</sup>.
- 59 Der Kündigungsschutz entfällt, wenn die Krankheit oder die Folgen der Krankheit dazu führen, dass die Arbeitgeberin die in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR vorgesehene Rechtfertigungsgründe geltend machen kann. Die beiden Gründe sind: „wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit“ oder ein „Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis“. Führt die Krankheit zu einer ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit, so stellt dies einen Rechtfertigungsgrund (Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis) dar und es ist grundsätzlich nicht missbräuchlich, nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes gemäss Art. 336c OR das Arbeitsverhältnis zu kündigen<sup>107</sup>.
- 60 Anders ist die Rechtslage jedoch dann, wenn die Arbeitgeberin infolge fehlender oder unzureichender Wahrnehmung ihrer Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) entweder den Grund für die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zu verantworten hat<sup>108</sup> oder vor der Kündigung nicht alle ihr zumutbaren Vorkehrungen zur Verbesserung der Betriebsatmosphäre getroffen hat<sup>109</sup>. So erkannte das Bundesgericht bspw. die Kündigung eines Mitarbeiters, der als Folge eines durch den Arbeitgeber verursachten Betriebsunfalls nur noch 50% arbeiten konnte, was ihm aber vom Arbeitgeber verweigert wurde, als missbräuchlich<sup>110</sup>. Laut Bundesgericht hätte der Arbeitnehmer in casu gestützt auf die aus Art. 328 OR fliessende Fürsorgepflicht berechtigterweise eine Rücksichtnahme auf seinen Gesundheitszustand fordern können. Damit hat das Bundesgericht im Ergebnis die Kündigungsfreiheit gegenüber einem erkrankten Mitarbeiter über den zeitlichen Kündigungsschutz hinaus eingeschränkt (dieser war in casu bereits abgelaufen) – zumindest dann, wenn die Arbeitgeberin die gesundheitliche Beeinträchtigung (mit) zu verantworten hat<sup>111</sup>. Im erwähnten Urteil hat das Bundesgericht die Missbräuchlichkeit über die Rache Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR) abgehandelt<sup>112</sup>.
- 61 Nach dem Kantonsgericht St. Gallen ist eine Kündigung, die nach Ablauf der Sperrfrist aufgrund einer die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigenden Krankheit ausgesprochen wurde, selbst dann nicht missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber die Krankheit zu verantworten habe. Dem Schutz des Arbeitnehmers vor den Folgen eines berufsbedingten Unfalls oder einer Krankheit nach Ablauf des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes werde durch das Sozialversicherungsrecht Rechnung getragen, so das St. Galler Gericht. Zudem könne ein Arbeitnehmer, dessen Gesundheit durch die schuldhafte Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beeinträchtigt wurde, Schadenersatz fordern<sup>113</sup>. Während bei einem Unfall oder einer Berufskrankheit

---

<sup>105</sup> NORDMANN, S. 90; PORTMANN, N6 zu Art. 336 OR; STAEHELIN, N15 zu Art. 336; STREIFF/VON KANENEL/RUDOLPH, N5 zu Art. 336 OR.

<sup>106</sup> NORDMANN, S. 90.

<sup>107</sup> BGE 123 III 246, Erw. 5; Urteil BGer 4C.174/2004 vom 5. August 2004, Erw. 2.2.2; NORDMANN, S. 90; PORTMANN, N6 zu Art. 336 OR.

<sup>108</sup> HUMBERT, S. 1482; GEISER (Neuer Kündigungsschutz), S. 183; PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1352; STAEHELIN, N 15 zu Art. 336; a. A. Urteil KGer St. Gallen vom 3. Januar 2008, JAR 2009, S. 565 ff. (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 29. Mai 2007), das betonte, diese Ansicht verkenne „dass dem Schutz des Arbeitnehmers vor den Folgen eines berufsbedingten Unfalls oder einer Krankheit nach Ablauf des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes durch das Sozialversicherungsrecht Rechnung getragen wird“; siehe dazu sogleich Rz. 61.

<sup>109</sup> HUMBERT, S. 1482; NORDMANN, S. 102.

<sup>110</sup> Urteil BGer 4A.102/2008 vom 27. Mai 2008.

<sup>111</sup> Urteil BGer 4A.102/2008 vom 27. Mai 2008, Erw. 2; PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1354; vertiefter vgl. Rz. I.1.3.2

<sup>112</sup> Siehe zur missbräuchlichen Rache Kündigung und Verletzung der Fürsorgepflicht: Rz. 69 ff.

<sup>113</sup> Urteil KGer St. Gallen vom 3. Januar 2008, JAR 2009, S. 565 ff. (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 29. Mai 2007), Erw. 2, wobei das Kantonsgericht St. Gallen aber gar nicht auf die Berufung eingetreten war, da das Rechtsmittel zu spät erhoben worden war und lediglich in einer Eventualbegründung ausführte,

dieser Begründung noch ein gewisses Verständnis entgegengebracht werden könnte, greift sie angesichts des fehlenden Krankentaggeldversicherungs-Obligatorium insbesondere bei Krankheit zu kurz. Längst nicht alle Arbeitnehmende verfügen über eine Krankentaggeldversicherung und je nach Länge der Sperrfrist und der Lohnfortzahlung haben sie zum Teil mit erheblichen finanziellen Einbussen zu kämpfen. Ob Unfall oder Krankheit – es kann nicht angehen, dass sich ein Arbeitgeber mit Verweis auf die Leistung der Sozialversicherungen eines kranken oder verunfallten Arbeitnehmers entledigt, dessen gesundheitliche Beeinträchtigung er durch mangelnde Wahrnehmung seiner Fürsorgepflicht zu verantworten hat. Zwar entfällt die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, wenn der Arbeitnehmer gestützt auf das UVG Renten- oder Taggeldleistungen erhält (Art. 324b OR)<sup>114</sup> oder eine gleichwertige Lösung nach Art. 324a Abs. 4 OR getroffen wurde<sup>115</sup>, aber der Verbleib in einem Anstellungsverhältnis ist für den betroffenen Arbeitnehmer auch unabhängig von der Lohnfortzahlung von Vorteil, insbesondere mit Blick auf eine mögliche Wiedereingliederung. Allenfalls leistungserbringende Sozialversicherungsträger treten sodann bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person ein, welche gegenüber einem Haftpflichtigen, in einem solchen Fall dem Arbeitgeber, bestehen<sup>116</sup>.

- 62 Mit Blick auf das soeben erwähnte, dürfte unter Umständen auch eine Kündigung aufgrund einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit infolge Konfliktsituation oder Mobbing missbräuchlich sein, wenn die Arbeitsunfähigkeit darauf zurückzuführen ist, dass die Arbeitgeberin nicht alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen hat, um die Arbeitsunfähigkeit zu verhindern<sup>117</sup>.

## 1.2 Vereitelungskündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR)

- 63 Laut Art. 336 Abs. 1 lit. c OR ist eine Kündigung immer dann missbräuchlich, wenn sie ausschliesslich mit dem Ziel ausgesprochen wird, Ansprüche der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln. Diese Ansprüche können sowohl vertraglich als auch gesetzlich begründet sein<sup>118</sup>. Damit ist insbesondere die Vereitelung der Auszahlung von besonderen Vergütungen gemeint, deren Zahlung an den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Zeitpunkt geknüpft ist, wie bspw. Abgangsentschädigungen oder Treueprämien<sup>119</sup>.
- 64 Eine Kündigung kann auch dann missbräuchlich sein, wenn sie bspw. vor einer Operation<sup>120</sup> oder während einer in der Probezeit eingetretenen Krankheit ausgesprochen wird um die Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR zu umgehen. Die Kündigung wegen einer Krankheit die zur Arbeitsunfähigkeit führt, ist dagegen in der Regel nicht als missbräuchliche Vereitelungskündigung einzustufen, obwohl sie regelmässig zur Folge hat, dass für die Zukunft die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin entfällt. Laut Bundesgericht ist aufgrund der Systematik des gesamten Kündigungsschutzes jedoch anzunehmen, dass der Gesetzgeber nicht so weit

---

dass die Kündigung als nicht rechtsmissbräuchlich einzuordnen sei und der Beschwerdeführer überdies gegen die Kündigung nicht rechtzeitig Einsprache erhoben habe. So äusserte sich in der Folge auch das angerufene Bundesgericht in Urteil 4A\_83/2008 vom 11. April 2008 lediglich zu der Frage der Rechtzeitigkeit der Berufung und wies die Beschwerde ab, ohne auf die Eventualbegründung des Kantonsgerichts St. Gallen einzugehen.

<sup>114</sup> Siehe dazu Rz. 206 ff.

<sup>115</sup> Siehe dazu Rz. 311 ff.

<sup>116</sup> Siehe dazu Rz. 895 ff.

<sup>117</sup> Obwohl eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit in der Regel keine Sperrfrist auszulösen vermag, siehe dazu Rz. 469 ff.

<sup>118</sup> NORDMANN, S. 109.

<sup>119</sup> NORDMANN, S. 109; PÄRLI (Kündigungsfreiheit), S. 719; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 336 OR.

<sup>120</sup> Urteil AGer ZH vom 24. Februar 1992, ZR 1994, Nr. 54.

- gehen wollte, eine Kündigung wegen Krankheit als eine Vereitelungskündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR zu behandeln. Das Bundesgericht erachtet es deshalb als zulässig, „nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes jemandem wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen“<sup>121</sup>.
- 65 Es stellt sich die Frage, ob eine Vereitelungskündigung vorliegt, wenn ein Arbeitgeber eine Arbeitnehmerin entlässt, die immer wieder krank wird und so immer wieder die Sperrfrist auslöst. Nach GEISER handelt es sich dabei um eine missbräuchliche Kündigung, da der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR vereitelt wird<sup>122</sup>. Laut REHBINDER handelt es sich nur dann um eine missbräuchliche Kündigung, wenn vertraglich eine längere Lohnfortzahlungspflicht vereinbart wurde und die Kündigung erfolgte, um eine weitere Lohnfortzahlung zu verhindern<sup>123</sup>.
- 66 Grundsätzlich ist die Kündigung eines Arbeitnehmers, der vermehrt kurze krankheitsbedingte Absenzen aufweist als zulässig zu erachten, sofern sie ausserhalb der Sperrfrist nach Art. 336c OR erfolgt. Erstens kann die Lohnfortzahlung aufgrund einer eventuell während der Kündigungsfrist eintretenden Krankheit wegen dem zeitlichen Kündigungsschutz durch die Kündigung nicht verhindert werden. Zweitens ist es ungewiss, dass der betroffene Arbeitgebende tatsächlich auch in Zukunft erneut erkrankt und dies vermag die Gültigkeit der Kündigung eines gesunden Mitarbeitenden nicht verhindern. Selbstverständlich wäre die Kündigung aber eventuell dann missbräuchlich, wenn die zahlreichen Absenzen darauf zurückzuführen sind, dass der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht nicht oder nur unzureichend wahrgenommen hat, so bspw. bei einer Arbeitsunfähigkeit infolge Stress am Arbeitsplatz oder Mobbing. Auch die Kündigung eines bspw. an Krebs erkrankten Arbeitnehmenden, der nicht vollständig arbeitsunfähig ist, aber aufgrund seiner Krankheit überdurchschnittlich häufig kürzere Absenzen zu vermerken hat, dürfte aufgrund der dem Arbeitgebenden obliegenden erhöhten Fürsorgepflicht gegenüber erkrankten Mitarbeitenden missbräuchlich sein. Der sachliche Kündigungsschutz sagt aber noch nichts aus über die Lohnfortzahlung, d. h. wenn der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR aufgebraucht ist, hat der Arbeitgeber bei Abwesenheit des Arbeitnehmers keine Lohnfortzahlungspflicht mehr<sup>124</sup>.
- 67 Nach Gesetzeswortlaut muss die Kündigung *ausschliesslich* zur Vereitelung des Anspruches erfolgen, dies im Gegensatz zu den restlichen Buchstaben von Art. 336 Abs. 1 OR, welche lediglich eine Kündigung „wegen“ oder „weil“ eines verpönten Grundes als missbräuchlich erachten<sup>125</sup>. Ein Teil der Lehre geht dennoch davon aus, dass die Gesetzgebung trotz Verwendung des Wortes „ausschliesslich“ nicht zum Ausdruck bringen wollte, dass die Vereitelungsabsicht das alleinige Motiv der Kündigung sein müsse. Gemeint sei damit vielmehr, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Motiv und Kündigung bestehen müsse. Der Tatbestand sei bereits dann erfüllt, wenn das Vereitelungsmotiv überwiege<sup>126</sup>. Ein anderer Teil der Lehre vertritt die Meinung, der eindeutige Wortlaut verbiete es, von der Ausschliesslichkeit abzuweichen<sup>127</sup>.
- 68 Der Blick in die Materialien bringt nur bedingt Klärung: Die Ausschliesslichkeit war in der bundesrätlichen Botschaft noch keine Voraussetzung und wurde erst im Laufe der Differenz-

---

<sup>121</sup> BGE 123 III 246, Erw. 5; Urteil BGer 4C.174/2004 vom 5. August 2004, Erw. 2.2.2.

<sup>122</sup> GEISER (Kündigungsschutz), S. 556, wobei GEISER seine Aussage aber insofern relativiert, als er bezweifelt, dass dies der Absicht des Gesetzgebers entspricht.

<sup>123</sup> REHBINDER, N 10 zu Art. 336c OR.

<sup>124</sup> Siehe dazu Rz. 203 ff und Rz. 492 f.

<sup>125</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 336 OR.

<sup>126</sup> NORDMANN, S. 110 m. H.; PORTMANN, N 12 zu Art. 336 OR.

<sup>127</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 336 OR; GEISER (Neuer Kündigungsschutz), S. 185; Laut STAEHELIN, N 23 zu Art. 336 OR muss die Vereitelung ausschlaggebendes Motiv für die Kündigung bilden; zu den Beweisschwierigkeiten siehe Rz. 81 ff.

bereinigung eingeführt. Der Ständerat wollte Art. 336 Abs. 1 lit. c OR ursprünglich ganz streichen, da die Bestimmung vage und zukünftig sei und keine Grenzen setzen würde<sup>128</sup> und sie zudem bei jeder Kündigung geltend gemacht werden könnte<sup>129</sup>. Das Erfordernis der Ausschliesslichkeit wurde erstmals von einer Minderheit des Ständerats vorgeschlagen um zu verdeutlichen, dass sich nicht jede entlassene Person auf die Bestimmung berufen kann. Der Antrag wurde jedoch abgelehnt<sup>130</sup>. Der Nationalrat nahm die Formulierung zwecks Kompromisslösung wieder auf. Laut Leuenberger bedeutet das Wort „ausschliesslich“, „dass ein allfälliges anderes Kündigungsmotiv kein Vorwand, keine Ausrede, sein darf und dass dessen Vorhandensein und dessen Berechtigung bewiesen werden müsste“<sup>131</sup>. In der Folge stimmte auch der Ständerat der Bestimmung zu<sup>132</sup>. Unklar ist, ob der ausschlaggebende Punkt das Erfordernis der Ausschliesslichkeit war, oder ob der Ständerat im Rahmen der Differenzvereinbarung dem Nationalrat ohnehin zugestimmt hätte. Der Begriff „ausschliesslich“ wurde aber eindeutig eingeführt, um die Berufung auf Art. 336 Abs. 1 lit. c OR einzuschränken und um zu verdeutlichen, dass sich nicht alle entlassenen Arbeitnehmenden darauf berufen können weil sie irgendwann in der Zukunft Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend machen könnten. Im Endeffekt ist die praktische Bedeutung der Auslegung des Begriffs „ausschliesslich“ eher gering, dies zeigt sich auch daran, dass sich das Bundesgericht bis anhin nicht dazu zu äussern hatte. Ist die Kündigung tatsächlich Missbräuchlich, kann dies zudem meist durch die weiteren Tatbestände des Art. 336 OR aufgefangen werden, insbesondere, da die aufgeführten Gründe nicht abschliessend sind.

### 1.3 *Rachekündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)*

#### 1.3.1 Allgemein

69 Eine weitere Form der missbräuchlichen Kündigung ist die so genannte Rachekündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Eine solche liegt vor, wenn die Kündigung ausgesprochen wird, weil die andere Partei nach Treu und Glauben ihr zustehende Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht, sei dies auf dem Betreibungs- oder Prozessweg oder direkt beim vermeintlichen Schuldner. Nicht relevant ist, ob sich diese Ansprüche in einem Gerichtsverfahren als rechtmässig herausstellen oder nicht. Die Gesetzgeberin will damit verhindern, dass Arbeitnehmende sanktionslos entlassen werden können, bloss weil sie ihre Rechte geltend machen. Der Hinweis auf „Treu und Glauben“ bildet eine Schranke vor haltlosen und schikanösen Ansprüchen<sup>133</sup>.

70 Wird eine Arbeitnehmerin entlassen weil sie sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zurückweist, überschneidet sich das OR mit dem Gleichstellungsgesetz. Das GIG geht diesbezüglich als *lex specialis* vor. Der mit der Rachekündigung verwandte Art. 10 GIG sieht einen entscheidenden Unterschied zu der obligationenrechtlichen Bestimmung vor: Wird eine Arbeitnehmerin nach einer Diskriminierungsbeschwerde ohne begründeten Anlass während dem innerbetrieblichen oder behördlichen Verfahren oder innerhalb sechs Monaten danach entlassen, ist die Kündigung innerhalb der Kündigungsfrist anfechtbar. Die Richterin kann demzufolge die Kündigung aufheben und die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses anordnen, es sei denn, die betroffene Arbeitnehmerin macht stattdessen eine Entschädigung nach Art. 336a OR gelten. Zudem kommt der betroffenen Arbeitnehmerin die in Art. 6 GIG festgehaltene Beweislast erleichterung zugute, wonach sie die Rachekündigung bloss glaubhaft machen muss

---

<sup>128</sup> Votum Masoni, Amtl. Bull. SR 1987 345.

<sup>129</sup> Votum Affolter, Amtl. Bull. SR 1987 610.

<sup>130</sup> Amtl. Bull. SR 610 – 611.

<sup>131</sup> Votum Leuenberger, Amtl. Bull. NR 1988 2.

<sup>132</sup> Amtl. Bull. SR 1988 57.

<sup>133</sup> PÄRLI (Gerichtspraxis), S. 190; STAEHLIN, N 24 zu Art. 336 OR.

und es dem Arbeitgeber obliegt zu beweisen, dass die Kündigung sachlich gerechtfertigt war<sup>134</sup>.

### 1.3.2 Mit Blick auf die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR

71 Wie bereits erwähnt, zählen Lehre und Rechtsprechung Krankheit zu den unter Art. 336 Abs. 1 lit. a OR geschützten Eigenschaften<sup>135</sup>, wobei der gesundheitliche Zustand als Teil der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden angesehen wird<sup>136</sup>. In einem bereits weiter vorne erwähnten<sup>137</sup>, nicht in die amtliche Sammlung aufgenommenen Entscheid vom 27. Mai 2008 hat das Bundesgericht die Frage des Kündigungsschutzes infolge Krankheit sodann unter dem Fall der missbräuchlichen Rache Kündigung abgehandelt<sup>138</sup>. In casu wurde ein Arbeitnehmer, der infolge eines durch nachlässige Betriebsorganisation hervorgerufenen Berufsunfalls zunächst zu 100%, später zu 50% arbeitsunfähig war, nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes mit der Begründung entlassen, das reduzierte Pensum habe erhebliche Organisationsprobleme mit sich gebracht. Das Appellationsgericht Genf hat jedoch für das Bundesgericht verbindlich festgehalten, dass die Arbeitgeberin vielmehr deshalb gekündigt hat, weil der Arbeitnehmer gestützt auf ein ärztliches Zeugnis die Leistung des vollen Pensums verweigert hatte. Das Bundesgericht erachtete die Kündigung als missbräuchlich, da sie nur erfolgt sei, weil sich der Arbeitnehmer darauf berufen hatte, er könne infolge seiner weiterhin beeinträchtigten Gesundheit kein volles Arbeitspensum leisten. Die Arbeitgeberin wäre aber aufgrund ihrer Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR verpflichtet gewesen, auf die Gesundheit ihres Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen<sup>139</sup>. Damit hat das Bundesgericht im Ergebnis die Kündigungsfreiheit gegenüber erkrankten Mitarbeitenden über den zeitlichen Kündigungsschutz hinaus eingeschränkt<sup>140</sup>. Laut ABEGG/STEBLER stellt sich die Frage, ob demnach in einer Situation der ärztlich bescheinigten teilweisen Arbeitsunfähigkeit faktisch auch nach Ablauf der Sperrfrist von Art. 336c OR eine Weiterbeschäftigungspflicht besteht<sup>141</sup>. Das Bundesgericht schweigt sich in seiner sehr knappen Begründung darüber aus, verweist aber auf den allgemeinen Rechtfertigungsgrund nach Art. 328 OR<sup>142</sup>, der im konkreten Fall gemäss Vorinstanz gefehlt habe<sup>143</sup>. Eine Weiterbeschäftigungspflicht von teilweise arbeitsunfähigen Arbeitnehmenden nach Ablauf der Sperrfrist ist trotz dieser Entscheidung grundsätzlich zu verneinen. Allerdings besteht gegenüber gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmenden eine erhöhte Fürsorgepflicht, weshalb eine Kündigung nur rechtmässig ist, wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass er alles ihm zumutbare und Notwendige im Sinne von Art. 328 OR vorgekehrt hat, um die Weiterbeschäftigung der betroffenen Arbeitnehmenden zu ermöglichen<sup>144</sup>.

### 1.4 Weitere missbräuchliche Kündigungsgründe

72 Nach der Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit dem Grossteil der Lehre hat der Gesetzgeber mit Art. 336 Abs. 1 und 2 OR das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot, welches in Art. 2 Abs. 2 ZGB verankert ist, konkretisiert und „mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen“ ausgestaltet. Art. 336 OR ist bezüglich der aufgezählten Gründe, die zur Miss-

---

<sup>134</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336 OR.

<sup>135</sup> Siehe dazu Rz. 58 ff.

<sup>136</sup> ABEGG/STEBLER, S. 1178.

<sup>137</sup> Siehe dazu weiter vorne: Rz. 60.

<sup>138</sup> Urteil BGer 4A\_102/2008 vom 27. Mai 2008.

<sup>139</sup> Urteil BGer 4A\_102/2008 vom 27. Mai 2008, Erw. 2; ABEGG/STEBLER, S. 1177.

<sup>140</sup> Urteil BGer 4A.102/2008 vom 27. Mai 2008, Erw. 2; PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1354; vertiefter siehe Rz. 553.

<sup>141</sup> ABEGG/STEBLER, S. 1178-1179.

<sup>142</sup> Siehe dazu Rz. 549 ff.

<sup>143</sup> Urteil BGer 4A\_102/2008 vom 27. Mai 2008, Erw. 2; ABEGG/STEBLER, S. 1177.

<sup>144</sup> PÄRLI (Gerichtspraxis), S. 207 f; so auch ABEGG/STEBLER, S. 1180.

bräuchlichkeit einer Kündigung führen, *nicht abschliessend*<sup>145</sup>. Eine Kündigung kann demzufolge auch aus anderen Gründen missbräuchlich sein. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt laut Bundesgericht allerdings voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR aufgezählten Varianten vergleichbar ist<sup>146</sup>. Zudem gelten auch bei diesen Missbrauchsgründen die Regeln der Art. 336a und 336b OR und es tritt nicht wie im allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB vorgesehen, die Nichtigkeit der Kündigung ein<sup>147</sup>.

#### 1.4.1 Verletzung der Fürsorgepflicht

- 73 Laut Art. 328 OR hat die Arbeitgeberin zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität ihrer Arbeitnehmenden jene Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es ihr mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden kann<sup>148</sup>.
- 74 In BGE 132 III 257 vom Februar 2006 setzte sich das Bundesgericht mit der Entlassung eines Arbeitnehmers auseinander, dessen Rauchallergie immer wieder zu krankheitsbedingten Absenzen geführt hatte. Der betroffene Arbeitnehmer verlangte ein allgemeines Rauchverbot, zuerst direkt beim Arbeitgeber, dann mit Klage vor dem Arbeitsgericht. Kurz darauf wurde ihm ordentlich gekündigt, allerdings nicht wegen der Klage (ansonsten hätte eine Rache Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d vorgelegen), sondern aufgrund der häufigen Krankenabsenzen<sup>149</sup>. Das Bundesgericht erachtete es als „massgeblich, ob das zum Schutze des Klägers Notwendige nach dem Stand der Technik realisierbar und der Beklagten unter Berücksichtigung der gesamten Umstände billigerweise zumutbar war“<sup>150</sup>.
- 75 Im Lichte des eben genannten Bundesgerichtsentscheides ist eine Kündigung infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der Sperrfristen nach Art. 336c nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber alles Notwendige und Zumutbare im Sinne von Art. 328 OR geleistet hat, um die Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes für den gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmer zu ermöglichen oder aber wenn solche Massnahmen von vornherein nicht zumutbar gewesen wären. Damit zeigt sich eine erstaunliche Parallele zur Zulässigkeit von Rechtfertigungsgründen bei Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung nach dem Europäischen Unionsrecht. Ungleichbehandlungen von behinderten Arbeitnehmenden sind nur unter dem Vorbehalt zulässig, dass diese entscheidende und wesentliche berufliche Anforderungen trotz erforderlichen, angemessenen und dem Arbeitgeber zumutbaren Vorkehrungen nicht erfüllen<sup>151</sup>.

#### 1.4.2 Leistungsabfall infolge Mobbing

- 76 In mehreren Entscheiden hielt das Bundesgericht fest, dass eine Kündigung wegen Leistungsabfall missbräuchlich sei, wenn der Leistungsabfall auf Mobbing zurückzuführen ist<sup>152</sup>. Mobbing kann nicht nur zu Leistungsabfall sondern auch zu Krankheit und Arbeitsunfähigkeit füh-

---

<sup>145</sup> BGE 132 III 115, Erw. 2.1; BGE 125 III 70, Erw. 2a; PORTMANN N21 zu Art. 336 OR; STAEHELIN, N7 zu Art. 336 OR; WYLER, S. 531.

<sup>146</sup> BGE 132 III 115, Erw. 2.2.

<sup>147</sup> PORTMANN, N 21 zu Art. 336 OR.

<sup>148</sup> Siehe ausführlich zur Fürsorgepflicht Rz. 537.

<sup>149</sup> Urteil BGer 4C.354/2005 vom 8. Februar 2006 = BGE 132 III 257; ABEGG/STEBLER, S. 1179.

<sup>150</sup> BGE 132 III 257, Erw. 6; weitere Ausführungen zu de, sog. Raucherurteil siehe Rz. 553.

<sup>151</sup> Siehe dazu mit ausführlichen Stimmen zum einschlägigen EU-Recht: PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1420.

<sup>152</sup> BGE 125 III 70, Erw. 2a; Urteile BGer 4C.320/2005 vom 20. März 2006, Erw. 3 und 4C.276/2004 vom 12. Oktober 2004, Erw. 5.

ren. Die Missbräuchlichkeit ist dann gegeben, wenn die Arbeitgeberin ihre Pflichten zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR nicht oder nicht ausreichend wahrgenommen hat<sup>153</sup>.

### 1.4.3 Änderungskündigung

77 Ebenfalls als missbräuchlich, da mindestens so verwerflich wie die im Gesetz ausdrücklich erwähnte Vereitelungskündigung, beurteilte das Bundesgericht eine Änderungskündigung<sup>154</sup>, mit der die Arbeitgeberin *ohne Einhaltung der Kündigungsfrist* eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durchsetzen wollte, ohne dass für die Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen betriebliche oder marktbedingte Gründe bestanden hatten<sup>155</sup>. Das Bundesgericht ordnete den Fall Art. 336 Abs. 1 lit. d OR, also der Racheekündigung zu, da die Weigerung, eine Lohnreduktion ohne Einhaltung der Kündigungsfrist anzunehmen, die Geltendmachung eines Anspruches aus dem Arbeitsverhältnis darstelle<sup>156</sup>.

### 1.4.4 Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung

78 Obwohl der sachliche Kündigungsschutz grundsätzlich am Motiv der Kündigung anknüpft, kann sich die Missbräuchlichkeit auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch bei einer rechtmässigen Kündigung muss das Gebot schonender Rechtsausübung beachtet werden und die kündigende Person darf insbesondere kein „falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht“. Ein bloss unanständiges Verhalten reiche mit Blick auf die Kündigungsfreiheit noch nicht aus, um eine Missbräuchlichkeit der Kündigung anzunehmen<sup>157</sup>. In BGE 132 III 115 beurteilte das Bundesgericht die Entlassung eines Mitarbeiters, der nach 44 im Wesentlichen klaglosen Dienstjahren ohne jegliches Vorgespräch und unter sofortiger Freistellung kurz vor der Pensionierung entlassen wurde, als missbräuchlich<sup>158</sup>. Damit bejahte das Bundesgericht nicht nur eine vorgängige Anhörungspflicht sondern im Ergebnis auch eine Pflicht des Arbeitgebers, eine erwogene Kündigung vorab einer Verhältnismässigkeitskontrolle zu unterziehen<sup>159</sup>. Bald darauf relativierte das Bundesgericht jedoch die Präjudizienwirkung seines Entscheides bereits wieder und es betonte sowohl, dass die Umstände in jenem Entscheid ausserordentlich bzw. extrem waren, als auch, dass die Arbeitgeberin nicht verpflichtet sei, den Arbeitnehmer vor Aussprechen einer Kündigung schriftlich zu verwarnen<sup>160</sup>.

---

<sup>153</sup> Urteil BGer 4C.109/2005 vom 31. Mai 2006, Erw. 4 (zur Definition von Mobbing); PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1353; zum Persönlichkeitsschutz siehe Rz. 537 ff.

<sup>154</sup> Im Allgemeinen wird die Änderungskündigung in der Lehre nicht als missbräuchlich erachtet, da es *nicht Aufgabe des Gerichts sei, die betriebliche Angemessenheit der Änderung zu überprüfen* (BGE 123 III 246, Erw. 3b; NORDMANN, S. 121; RUDOLPH (Kündigungsschutz), S. 154; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 zu Art. 336 OR). Auch das Bundesgericht betonte, dass eine Anpassung eines Arbeitsvertrags an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse möglich und zulässig sein müsse. Ansonsten würde die Arbeitgeberin vor die Alternative gestellt, entweder die Arbeitnehmerin zu den bisherigen Bedingungen weiter zu beschäftigen oder ihr die Kündigung auszusprechen (BGE 123 III 246, Erw. 3b).

<sup>155</sup> BGE 123 III 246, Erw. 3b; PÄRLI (Gerichtspraxis) S. 193.

<sup>156</sup> BGE 123 III 246, Erw. 4a.

<sup>157</sup> BGE 132 II 115, Erw. 2.2 f.; BGE 118 II 157, Erw. 4b/cc; PORTMANN, N 25 und 30 zu Art. 336 OR.

<sup>158</sup> BGE 132 III 115, Erw. 5.4; PÄRLI (Kündigungsfreiheit), S. 724.

<sup>159</sup> RUDOLPH, S. 155.

<sup>160</sup> Urteil BGer 4A\_419/2007 vom 29. Januar 2008, Erw. 2.5 f., in welchem das Bundesgericht die Kündigung eines 55-jährigen Uhrenmechanikers, der nach 27 Dienstjahren entlassen wurde, für rechtens erklärte. Siehe dazu auch Urteil BGer 4A\_72/2008 vom 2. April 2008, in welchem sich ein 57-jähriger Offsetdrucker, dem nach 33 Dienstjahren aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt wurde, erfolglos auf BGE 132 III 115 berief; RUDOLPH, S. 155.

### 1.4.5 Altersdiskriminierung

- 79 Das „Alter“ fällt unter die Eigenschaften i. S. v. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zustehen. Im bereits erwähnten BGE 132 III 115 hat das Bundesgericht festgehalten, „dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (insgesamt 44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt. Dazu gehört die Sorge dafür, einem wenige Monate vor der Pensionierung stehenden Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbusse zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen.“ In einem nicht in die amtliche Sammlung aufgenommenen Entscheid vom März 2007 hat das Bundesgericht jedoch betont, das Alter für sich alleine führe noch nicht zur Missbräuchlichkeit einer Kündigung<sup>161</sup>.
- 80 Materialien, Lehrmeinung und Praxis zeigen, dass insbesondere bei der Entlassung älterer Arbeitnehmenden zumindest der Verdacht einer missbräuchlichen Kündigung besteht<sup>162</sup>. Aus den vereinzelt gerichtlichen Fällen und der spärlichen Auseinandersetzung in der Lehre lassen sich jedoch noch nicht einmal Anzeichen eines kohärenten Konzeptes „Schutz vor diskriminierender Persönlichkeitsverletzung aufgrund des Alters“ ausmachen. Insbesondere fehlt auch jede Vorstellung darüber, welches „Alter“ denn vor Diskriminierung geschützt sein soll<sup>163</sup>. Weit gehende Einigung besteht jedoch darin, dass eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Erreichen des gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Pensionsalters keine missbräuchliche Kündigung darstellt<sup>164</sup>.

## 1.5 Beweis

- 81 Gemäss Art. 8 ZGB obliegt es grundsätzlich der Gekündigten, den Beweis zu erbringen, dass die Kündigung missbräuchlich ist<sup>165</sup>. Sie muss sowohl beweisen, dass erstens ein verpönter Kündigungsgrund des Art. 336 OR vorlag und zweitens dieser für die Kündigung kausal war<sup>166</sup>. Im Gegensatz zu Art. 6 GIG kann die gekündigte Person nicht von einer Beweislastentlastung profitieren<sup>167</sup>. Die Frage, ob ein Beweis erbracht ist, ist tatsächlicher Natur und wird somit vom Bundesgericht nicht überprüft<sup>168</sup>.
- 82 Arbeitnehmende sehen sich regelmässig mit Beweisschwierigkeiten konfrontiert, da sie eine innere Tatsache, das Kündigungsmotiv, zu beweisen haben. Nur selten wird das missbräuchliche Motiv von der kündigenden Partei in der schriftlichen Begründung angegeben oder von Zeugen genannt, ein strikter Beweis wäre also nur in Ausnahmefällen möglich<sup>169</sup>. Laut Rechtsprechung des Bundesgerichts kann deshalb der Richter das Vorhandensein einer missbräuchlichen Kündigung vermuten, wenn die Arbeitnehmerin genügend Indizien vorbringen kann, die den vom Arbeitgeber angegebenen Grund als unrichtig und eine missbräuchliche Kündigung als in *hohem Grad wahrscheinlich* erscheinen lassen. Diese Vermutung erleichtert den

---

<sup>161</sup> Urteil BGer 4C.388/2006 vom 5. März 2007, Erw. 4.2; dazu auch Urteil BGer 4A\_72/2008 vom 2. April 2008, siehe Fn. 160; RUDOLPH, S. 155.

<sup>162</sup> PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1348.

<sup>163</sup> PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1348.

<sup>164</sup> BGE 114 II 394; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N5 zu Art. 336 OR; STAEHELIN, N14 zu Art. 336 OR; BRÜHWEILER, N2 zu Art. 336 OR; Keine Altersdiskriminierung aber eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts lag vor, weil eine Spitalangestellte nicht über die Pensionierung hinaus arbeiten konnte, um ihre berufliche Vorsorge aufzubessern, PÄRLI (Vertragsfreiheit) Rz. 1347 m. V. a. Appellationsgericht Basel Stadt, Urteil vom 19. November 2002, in JAR 2004, S. 430 f.

<sup>165</sup> BGE 123 III 246, Erw. 4 b.

<sup>166</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 zu Art. 336 OR; NORDMANN, S. 279.

<sup>167</sup> NORDMANN, S. 281.

<sup>168</sup> BGE 130 III 699, Erw. 4.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 zu Art. 336 OR.

<sup>169</sup> NORDMANN, S. 280.



- Beweis, kehrt aber deswegen die Beweislast nicht um, sondern stellt eine Form des «Indizienbeweises» dar. Der Arbeitgeber seinerseits hat, zumindest bei genügenden Indizien für ein missbräuchliches Kündigungsmotiv, Beweise für seine eigenen Angaben zum Kündigungsgrund zu liefern<sup>170</sup>. Eine allgemeine Ausführung, wie bspw. die Konjunktur im Baugewerbe sei schlecht, reicht hierfür nicht sondern es bedarf ernsthafter Beweise<sup>171</sup>.
- 83 Als Indiz für die Missbräuchlichkeit gelten unzutreffende, offensichtlich vorgeschobene oder im Prozess nachgeschobene Gründe, es sei denn letztere hätten bereits vor Zugang der Kündigung bestanden<sup>172</sup>, ebenso die Weigerung die Kündigung zu begründen<sup>173</sup> sowie ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Grund und Kündigung<sup>174</sup>. Eine falsche Begründung bedeutet aber noch nicht die Missbräuchlichkeit der Kündigung<sup>175</sup> sondern führt lediglich zu deren Vermutung, welche wiederum von der Kündigenden entkräftet werden kann<sup>176</sup>.
- 84 Trotz der von der Gesetzgebung verwendeten Worte „weil“ und „wegen“, wird nicht verlangt, dass die Kündigung ausschliesslich wegen dem missbräuchlichen Grund ausgesprochen wurde. Beruht eine Kündigung auf mehreren Gründen genügt es, wenn dieses Motiv den Ausschlag zur Kündigung gegeben hat, beziehungsweise ohne dessen Vorliegen die Kündigung nicht ausgesprochen worden wäre. Andererseits führt aber nicht jeder verpönte Grund, der lediglich zu einem sehr geringen Anteil zum Kündigungsentscheid beigetragen hat, zur Missbräuchlichkeit<sup>177</sup>. Sobald ein missbräuchliches Teilmotiv mit hoher Wahrscheinlichkeit feststeht, obliegt es der kündigenden Partei nachzuweisen, dass sie auch ohne Vorliegen des durch das Gesetz missbilligten Grundes die Kündigung ausgesprochen hätte<sup>178</sup>. Anders sieht es bei der Vereitelungskündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. c OR aus, bei welcher die Vereitelung von Ansprüchen das einzige Motiv darstellen muss<sup>179</sup>.
- 85 Probleme ergeben sich insbesondere, wenn die Arbeitgeberin wirtschaftliche Motive als Kündigungsgrund angibt. Dabei handelt es sich um einen durchaus zulässige Rechtfertigungsgrund, aber auch bei Vorliegen wirtschaftlicher Gründe ist es missbräuchlich, die zu kündigenden Arbeitnehmenden aufgrund verpönter Kriterien i. S. v. Art. 336 OR oder Art. 3 GIG auszuwählen<sup>180</sup>. Eine solche Kündigung ist aber dann gerechtfertigt, wenn die aufgeführten Probleme mit den wirtschaftlichen Problemen in einem engen Zusammenhang stehen. Während dies beim Kriterium des Geschlechts regelmässig nicht der Fall sein dürfte, mag es bei einer Krankheit, welche die Arbeitsfähigkeit negativ beeinflusst, durchaus zutreffen<sup>181</sup>.

---

<sup>170</sup> BGE 130 III 699, Erw. 4.1; BGE 125 III 277, Erw. 3c; Urteil BGer 4C.27/1992 vom 30. Juni 1992; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N16 zu Art. 336; anders sieht es bei der Entlassung von Arbeitnehmendenvertretenden aus, wo es aufgrund der in Art. 336 Abs. 2 lit. b OR ausdrücklich statuierten Beweislastumkehr den Arbeitgebenden obliegt zu beweisen, dass ein begründeter Anlass zur Kündigung bestanden hatte, NORDMANN, S. 279.

<sup>171</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 zu Art. 336 OR.

<sup>172</sup> STAEHELIN, N 36 zu Art. 336 OR; GEISER (Neuer Kündigungsschutz), S. 191, nach dessen Erachtens ein Nachschieben von Gründen nur zulässig ist, wenn die entsprechende Partei für ihr Verhalten hinreichende Gründe geltend machen kann.

<sup>173</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 zu Art. 336 OR.

<sup>174</sup> PORTMANN, N 31 zu Art. 336; STAEHELIN, N 36 zu Art. 336 OR.

<sup>175</sup> BGE 121 III 60, Erw. 3d.

<sup>176</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 17 zu Art. 336 OR.

<sup>177</sup> BGE 125 III 277, Erw. 3c; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N20 zu Art. 336; NORDMANN, S. 285.

<sup>178</sup> Urteil BGer 4P.205/2000 vom 6. März 2001, Erw. 3a; NORDMANN, S. 285; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 20 zu Art. 336 OR; PORTMANN, N 34 zu Art. 336 OR.

<sup>179</sup> Siehe dazu Rz. 67.

<sup>180</sup> NORDMANN, S. 286; GEISER (Kündigungsschutz), S. 556 f.

<sup>181</sup> NORDMANN, S. 170.

- 86 Obwohl die Rechtsprechung eine hohe Wahrscheinlichkeit genügen lässt, ist der Beweis einer missbräuchlichen Kündigung in den meisten Fällen nur schwer zu erbringen, da oft die nötigen Indizien fehlen<sup>182</sup>.

## 1.6 Die Rechtsfolge einer missbräuchlichen Kündigung

### 1.6.1 Pönalentschädigung

- 87 Gemäss Art. 336a Abs. 1 und 2 OR hat die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei eine Entschädigung von max. sechs Monatslöhnen auszurichten. Bei dieser Entschädigung handelt es sich *nicht* um Schadenersatz, da sie laut Gesetz nicht an die Voraussetzung gebunden ist, dass ein Schaden im Rechtssinne entstanden ist. Die Sanktion ist auch keine Genugtuung, da eine missbräuchliche Kündigung nicht zwingend mit einer schweren Persönlichkeitsverletzung einhergeht. Sie stellt vielmehr eine Art Pönalentschädigung, oder Rechtsverletzungsbusse dar<sup>183</sup>, also ein Anspruch sui generis<sup>184</sup>. Die Pönalentschädigung berechnet sich zwar in Monatslöhnen, ist aber aufgrund ihrer Klassierung als Busse rein netto, also ohne jeden Abzug von Sozialversicherungsprämien auszurichten<sup>185</sup>. Dennoch gilt das Konkursprivileg nach Art. 219 SchkG<sup>186</sup>, denn trotz fehlenden Lohncharakters handelt es sich um eine Leistung, die ihren Rechtsgrund im Arbeitsverhältnis hat und ist somit eine Forderung erster Klasse<sup>187</sup>.
- 88 Laut Bundesgericht dient sie sowohl der *Bestrafung* als auch der *Wiedergutmachung*<sup>188</sup>. Die Pönalentschädigung verfolgt aber insbesondere auch einen präventiven Zweck, indem sie in Bezug auf einen zukünftigen Rechtsverstoss abschreckend wirken soll<sup>189</sup>.

### 1.6.2 Bemessung der Entschädigung

- 89 Die Entschädigung ist auf maximal sechs, resp. im Fall einer Missbräuchlichkeit wegen Verletzung der Konsultationsvorschriften bei Massenentlassung auf zwei Monatslöhne beschränkt<sup>190</sup>. Grundlage bildet der Bruttolohn, ebenfalls zu berücksichtigen ist jede geschuldete Entschädigung mit Lohncharakter (wie bspw. Provision, unechte Pauschalspesen und der 13. Monatslohn). Nicht im Gesetz festgehalten ist, auf welchen Lohn abzustellen ist, also ob der letzte Monatslohn oder der Durchschnitt des letzten Jahres resp. der bisherigen Anstellungsdauer relevant sind<sup>191</sup>. Das Gericht hat die Höhe der Entschädigung innerhalb dieses Rahmens nach pflichtgemäsem Ermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalls festzusetzen<sup>192</sup>. Wird die Missbräuchlichkeit einer Kündigung festgestellt, darf jedoch nicht von einer Entschädigung abgewichen werden<sup>193</sup>.

---

<sup>182</sup> REITER, S. 1087.

<sup>183</sup> PORTMANN (Entschädigung), S. 16.

<sup>184</sup> PORTMANN, N1 zu Art. 336a OR.

<sup>185</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336a OR.

<sup>186</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1.

<sup>187</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336a OR; REHBINDER, N 2 zu Art. 336a OR.

<sup>188</sup> BGE 123 III 394, Erw. 3.

<sup>189</sup> PORTMANN (Entschädigung), S. 16 f.

<sup>190</sup> PORTMANN, N2 zu Art. 336a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N3 zu Art. 336a OR.

<sup>191</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 336a OR.

<sup>192</sup> BGE 123 III 246, Erw. 6a; PORTMANN, N 2 zu Art. 336a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 336a OR.

<sup>193</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336a OR.

- 90 Im Hinblick auf die pönale Funktion der Strafzahlung wird unter anderem berücksichtigt: die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der Gekündigten, die finanzielle Lage der kündigenden Partei und die Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers, wobei der Anlass der Kündigung, ein allfälliges Mitverschulden der Gekündigten sowie die besonderen Umstände der Kündigung im Einzelfall wie bspw. ein besonders rücksichtsloses Vorgehen berücksichtigt werden<sup>194</sup>. Neben der pönalen Funktion der Entschädigung ist mit Blick auf die Genugtuungsfunktion auch die wirtschaftliche Auswirkung der Kündigung auf die missbräuchlich Entlassene<sup>195</sup> von Bedeutung; also das Alter des Betroffenen, seine berufliche Stellung<sup>196</sup>, seine soziale Situation, die Schwierigkeit seiner Wiedereingliederung in das Arbeitsleben<sup>197</sup>, die konjunkturelle Lage auf dem Arbeitsmarkt sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses<sup>198</sup>.
- 91 Detaillierte Erhebungen über die Höhe der gewährten Entschädigungen gibt es bis anhin nicht. Grundsätzlich gilt aber, dass die Gerichte den oberen Rahmen eher selten ausschöpfen und häufig lediglich Entschädigungen von zwei bis drei Monatslöhnen gewähren<sup>199</sup>. Die Höhe der Entschädigung hängt zu einem grossen Teil vom Ermessen des Gerichts ab und wie dies bei Ermessensentscheiden üblich ist, setzt das Bundesgericht auch bei der Höhe der Entschädigung nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz sondern greift nur mit Zurückhaltung ein. Es prüft lediglich, ob die Vorinstanz grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Bemessungskriterien abgewichen ist, Tatsachen berücksichtigt hat, die sie hätte ausser Acht lassen müssen oder ob sie Umstände beiseitegelassen hat, die zwingend zu beachten gewesen wären<sup>200</sup>. Vereinzelt kantonale Gerichte gehen jeweils von einem Grundbetrag von bspw. zwei oder drei Monatslöhnen aus und erhöhen oder ermässigen diese „Einsatzentschädigung“ aufgrund der Umstände des Einzelfalls, andere wiederum setzen die Entschädigung aus generalpräventiven Gründen regelmässig nahe beim Maximum an<sup>201</sup>. Für letzteres lässt jedoch Art. 336a Abs. 2 OR laut Bundesgericht kein Raum<sup>202</sup>.

### 1.6.3 Verhältnis zu Schadenersatz und Genugtuung

- 92 Laut Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR sind Schadenersatzansprüche aus einem anderen *Rechtstitel* vorbehalten. Diese Formulierung ist insofern unglücklich, als damit nicht etwa der Anspruch auf Schadenersatz aufgrund einer anderen Bestimmung, sondern *aus einem anderen Grund als der missbräuchlichen Kündigung* gemeint ist<sup>203</sup>.

---

<sup>194</sup> PORTMANN, N 2 zu Art. 336a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 336a OR.

<sup>195</sup> Laut BGE 123 III 391, Erw. 3c, hat der Richter bei der Festlegung der Höhe der Entschädigung allen Umständen Rechnung zu tragen, weshalb „er die wirtschaftlichen Umstände der Kündigung, welche die Folgen des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers noch verschlimmern können, nicht unberücksichtigt lassen [darf]“; Anders noch in: BGE 119 II 157, wo das Bundesgericht in Erw. 2b festhielt, dass die wirtschaftlichen Folgen der missbräuchlichen Kündigung, die sich aus der Dauer des Arbeitsverhältnisses, aus dem Alter sowie der Stellung der entlassenen Arbeitnehmerin, deren sozialer Lage und den Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt ergeben, *nicht* bei der Pönalentschädigung nach Art. 336a OR zu berücksichtigen, sondern durch Schadenersatz abzugelten seien. Ähnlich auch noch in BGE 123 II 246, Erw. 6.

<sup>196</sup> Laut STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH ist die Stellung des Entlassenen im Betrieb jedoch von geringer Bedeutung (N 3 zu Art. 336a OR).

<sup>197</sup> Laut STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH darf die Frage ob die Gekündigte zufällig rasch oder mit grosser Schwierigkeit eine neue Anstellung findet, keinen Einfluss auf die Festlegung der Strafzahlung haben, da dies mit der Strafwürdigkeit des Fehlverhaltens des Arbeitgebers nichts zu tun habe (N 3 zu Art. 336a OR).

<sup>198</sup> PORTMANN, N 3 zu Art. 336a OR.

<sup>199</sup> PÄRLI (Kündigungsfreiheit), S. 721.

<sup>200</sup> BGE 123 III 246 Erw. 6a.

<sup>201</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 336a OR (ablehnend).

<sup>202</sup> BGE 119 II 157, Erw. 2b.

<sup>203</sup> Botschaft Kündigungsschutz, 601; BGE 123 III 391, Erw. 3c; PORTMANN (Entschädigung), S. 17; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336a OR.

- 93 Demzufolge ist es einer missbräuchlichen entlassenen Arbeitnehmerin nicht möglich, neben der Pönalentschädigung von Art. 336a OR auch noch Schadenersatzansprüche, die aus der Missbräuchlichkeit der Kündigung hergeleitet werden, geltend zu machen<sup>204</sup>. Ebenfalls nicht möglich ist die Klage auf Schadenersatz an Stelle der Geltendmachung der Entschädigung nach Art. 336a OR, da ansonsten die Plafonierung des Entschädigungsanspruches übergangen werden könnte<sup>205</sup>. Hingegen spricht nichts dagegen, den aus anderen Gründen entstandenen Schaden auf die kündigende Partei abzuwälzen und dies auch dann, wenn sie einen Zusammenhang zur missbräuchlichen Kündigung aufweisen, wie beispielsweise wenn der Kündigung eine sexuelle Belästigung vorausgegangen ist. Zudem können Gekündigte auch einen Erfüllungsanspruch gestützt auf Art. 156 OR geltend machen, wenn durch die Kündigung bspw. ein Dienstaltersgeschenk vereitelt werden soll<sup>206</sup>.
- 94 Unter der Voraussetzung, dass die besonderen Voraussetzungen von Art. 49 OR erfüllt sind, ist zusätzlich zur Pönalentschädigung auch das Geltendmachen von Genugtuung denkbar. Laut Bundesgericht lässt die Entschädigung nach Art. 336a OR jedoch kaum Raum für eine Genugtuung; nur wenn die Strafzahlung in der Höhe von sechs Monatslöhnen nicht ausreicht, um der Persönlichkeitsverletzung im Rahmen der Kündigung genügend Rechnung zu tragen, sei deren zusätzliche Zusprechung denkbar. Regelmässig möglich ist laut Bundesgericht jedoch die Gewährung von Genugtuung aufgrund einer Persönlichkeitsverletzung die aus von der Kündigung unabhängigen Umständen resultiert<sup>207</sup>. So wurde bspw. in einem Entscheid vom 8. Januar 1998 einer missbräuchlich entlassenen Arbeitnehmerin zusätzlich zur maximalen Entschädigung von sechs Monatslöhnen eine Genugtuung nach Art. 49 OR zugesprochen, da diese bereits lange vor der Kündigung regelmässig von ihrem Vorgesetzten sexuell belästigt wurde, was die Entwicklung eines Geschwürs, welches schon vor der missbräuchlichen Kündigung aufgetreten ist und bei der Betroffenen zu Angstzuständen und Depressionen führte, spürbar beeinflusste. Laut Bundesgericht hing die besonders schwere Beeinträchtigung der psychischen und physischen Gesundheit der Entlassenen eindeutig nicht mit der missbräuchlichen Kündigung (in Casu eine Rache Kündigung, da sich die betroffene Arbeitnehmerin bei der Arbeitgeberin über das Verhalten ihres Vorgesetzten beschwerte) zusammen, weshalb die parallele Anwendung von Art. 49 OR zu Art. 336a OR gerechtfertigt sei<sup>208</sup>.

#### 1.6.4 Kritik an der Rechtsfolge einer missbräuchlichen Kündigung

- 95 Die Rechtsfolge einer missbräuchlichen Kündigung wird in der Lehre aus verschiedenen Gründen kritisiert.
- 96 So ist bspw. PORTMANN der Meinung, der primär angestrebte Strafzweck der Entschädigung werde vereitelt, sobald der Schaden einen Umfang erreiche, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspreche oder diesen übersteige. Zudem widerspreche es den allgemeinen Grundätzen, den Schadenersatz zu plafonieren, ohne dass dafür ein wichtiger Grund ersichtlich sei<sup>209</sup>.
- 97 Kritisiert wird zudem der *fehlende Bestandesschutz* des Arbeitsverhältnisses. Dessen Fehlen steht im Gegensatz zu vielen europäischen Ländern, wo einerseits eine Kündigung nur aus be-

---

<sup>204</sup> BGE 123 III 391, Erw. 3b; anders noch in BGE 123 III 246, wo das Bundesgericht festhielt, dass die wirtschaftlichen Folgen einer missbräuchlichen Kündigung durch Schadenersatz abzugelten und nicht bei der Entschädigung zu berücksichtigen seien; PORTMANN (Entschädigung), S. 17.

<sup>205</sup> PORTMANN (Entschädigung), S. 18.

<sup>206</sup> PORTMANN (Entschädigung), S. 19; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336a OR.

<sup>207</sup> Urteile BGer 4C.310/1998 vom 8. Januar 1999 und 4C.177/2003 vom 21. Oktober 2003, Erw. 4;

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336a OR.

<sup>208</sup> Urteil BGer 4C.310/1998 vom 8. Januar 1999, Erw. 4.

<sup>209</sup> PORTMANN (Entschädigung), S. 18.

stimmten Gründen zulässig ist und andererseits als Rechtsfolge alternativ zur Entschädigung auch die gerichtlich verordnete Wiedereinstellung in Frage kommt. Das Schweizer Recht sieht eine Wiedereinstellung nur gerade im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes vor<sup>210</sup>.

- 98 Lauter REITERT gilt ähnlich wie im Strafrecht auch im Arbeitsrecht, dass sich potenzielle Rechtsbrecher in der Regel nicht durch die Art und Höhe einer Sanktion, die an die Rechtsverletzung geknüpft ist, abhalten lassen. Während im Strafrecht die *Wahrscheinlichkeit der Überführung im Vordergrund* stehe, sei im Arbeitsrecht die *Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Klage* entscheidend. Dies zeige sich auch am Rückgang der Klagen nach Art. 336 Abs. 2 lit. b OR (Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern), welcher die Hauptbeweislaster der Arbeitgeberin auferlegt und diese beweisen muss, dass sie einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte. Da Arbeitnehmervertreterinnen und –vertreter in der Regel gut informiert seien und ihnen bei einer Klage keine unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten gegenüberstehen würden, welche sie von einem gerichtlichen Verfahren abhielten, muss der Grund für den Rückgang von Entscheiden im Zusammenhang mit Art. 336 Abs. 2 lit. b OR laut REITERT in einem tatsächlichen Rückgang solcher Entlassungen liegen. Mit Ausnahme von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR sei es im Kündigungsschutzrecht jedoch oft die Beweisschwierigkeit, die eine erfolgreiche Klage verhindert, weshalb REITERT eine Beweislastumkehr fordert, wenn die missbräuchliche Kündigung auf einer Menschenrechtsverletzung durch Private beruht, also in den Fällen von Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR sowie Art. 336 Abs. 2 lit. a OR<sup>211</sup>.

## 2. Würdigung

- 99 Der Kündigungsschutz aufgrund einer Krankheit ist besser, als er aufgrund der geltenden Vertragsfreiheit vermutet wird. Erfolgt eine Kündigung wegen des Gesundheitszustandes der Arbeitnehmerin, der keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit hat, ist sie missbräuchlich. Führt die Krankheit zu einer ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit, so stellt dies einen Rechtfertigungsgrund (Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis) dar und es ist grundsätzlich nicht missbräuchlich, nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes gemäss Art. 336c OR das Arbeitsverhältnis zu kündigen.
- 100 Im Lichte von BGE 132 III 257 (Raucherurteil) ist eine Kündigung infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der Sperrfristen nach Art. 336c nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber alles Notwendige und Zumutbare im Sinne von Art. 328 OR geleistet hat, um die Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes für den gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmer zu ermöglichen oder aber wenn solche Massnahmen von vornherein nicht zumutbar gewesen wären.
- 101 In mehreren Entscheiden hielt das Bundesgericht zudem fest, dass eine Kündigung wegen Leistungsabfall missbräuchlich ist, wenn der Leistungsabfall auf Mobbing zurückzuführen ist. Mobbing kann nicht nur zu Leistungsabfall sondern auch zu Krankheit und Arbeitsunfähigkeit führen. Die Missbräuchlichkeit ist dann gegeben, wenn die Arbeitgeberin ihre Pflichten zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR nicht oder nicht ausreichend wahrgenommen hat.
- 102 Beruht eine Kündigung auf mehreren Gründen, genügt es, wenn das missbräuchliche Motiv den Ausschlag zur Kündigung gegeben hat, beziehungsweise ohne dessen Vorliegen die Kündigung nicht ausgesprochen worden wäre. Die Kündigung ist nur dann missbräuchlich, wenn sie *wegen* der Krankheit erfolgt, die Krankheit also der Grund für die Kündigung darstellt.

---

<sup>210</sup> PÄRLI (Kündigungsfreiheit), S. 721.

<sup>211</sup> REITERT, S. 1091 f., sie fordert zudem eine durchschnittlich deutlich höhere finanzielle Sanktion nach Art. 336a OR, wenn die missbräuchliche Kündigung auf einer Menschenrechtsverletzung durch Private beruht (Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR sowie Art. 336 Abs. 2 lit. a und b OR) als in den übrigen Fällen (S. 1092).

Arbeitnehmende sehen sich aber regelmässig mit Beweisschwierigkeiten konfrontiert, da sie eine innere Tatsache, das Kündigungsmotiv, zu beweisen haben.

- 103 Selbst wenn der entlassenen Arbeitnehmerin der schwierig zu erbringende Beweis der Missbräuchlichkeit gelingt, wird die Kündigung nicht rückgängig gemacht sondern die Arbeitgeberin muss eine Pönalentschädigung ausrichten. Die Gerichte sprechen aber selten eine Entschädigung aus, die mehr als zwei bis drei Monatslöhne beträgt. Ist eine kranke Person in einem Betrieb unerwünscht, weil die Arbeitgeberin bspw. zu viele krankheitsbedingte Ausfälle fürchtet, kann dennoch eine gültige Kündigung ausgesprochen werden. Einzig im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes wird eine Wiedereinstellung vorgesehen. Ein Bestandesschutz auch bei missbräuchlicher Kündigung wegen Krankheit wäre wünschenswert, politisch aber vermutlich kaum durchsetzbar. Selbst wenn ein Grossteil der missbräuchlich Entlassenen eine finanzielle Entschädigung der Weiterbeschäftigung in einem Betrieb, der sie aufgrund einer persönlichen Eigenschaft entlassen hat, vorziehen dürfte, sollte die Entscheidungsmöglichkeit zumindest offen stehen<sup>212</sup>. Insbesondere wenn die Entlassung auf diffuse Ängste der Arbeitgeberin zurückzuführen ist, dass die Krankheit möglicherweise in Zukunft zu Ausfällen und damit zu Kosten führen könnte, ist darauf hinzuweisen, dass sich die Rechtslage ändert, sobald die Krankheit tatsächlich zu einer Arbeitsunfähigkeit führt. Nach Ablauf der Sperrfrist, die je nach Dienstjahr nicht sehr lange dauert, kann eine arbeitsunfähige Arbeitnehmende sowieso entlassen werden und auch der Lohn ist nur während einer gewissen Zeit geschuldet.

---

<sup>212</sup> Das Zentrum für Sozialrecht hat an der Vernehmlassung zur Teilrevision des Obligationenrechts daraufhingewiesen, dass die Annullierung einer Kündigung – im GlG oder im Bundespersonalrecht – dem schweizerischen System des Kündigungsschutzes nicht fremd ist, siehe Bericht über die Ergebnisse der zweiten Vernehmlassung, Abschnitt 3.1.2.1, <[www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html](http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html)> (besucht am 28. Juni 2013); Siehe aber den erläuternden Bericht zu Teilrevision des Obligationenrecht (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), S. 22, wo festgehalten wird: „Die Sanktion des geltenden Rechts stellt eine ausgewogene Lösung dar, die eine präventive Wirkung entfaltet, ohne dass missbräuchliche Meldungen und Ansprüche gefördert werden, aus denen zusätzliche Konflikte resultieren könnten.“ <[www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing/vn-ber-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing/vn-ber-d.pdf)> (besucht am 28. Juni 2013).

### 3. *Schutz vor Kündigung wegen des Gesundheitszustandes im öffentlichen Personalrecht*

#### 3.1 *Anwendbares Recht*

##### 3.1.1 **Bundespersonalrecht**

104 Das öffentliche Dienstrecht des *Bundes* ist hauptsächlich im Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG)<sup>213</sup> sowie in der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BV)<sup>214</sup> terund der Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (VBPV) vom 6. Dezember 2001<sup>215</sup> geregelt<sup>216</sup>. Das als Rahmengesetz konzipierte BPG hält Mindeststandards fest, definiert die strategischen Ziele der Bundespersonalpolitik und soll als gemeinsames Dach für das gesamte Bundespersonal eine Aufsplitterung des Arbeitsrechts verhindern<sup>217</sup>. Darüber hinaus sind diverse Spezialgesetze relevant, namentlich das Verantwortlichkeitsgesetz (VG)<sup>218</sup>, das Gleichstellungsgesetz (GlG)<sup>219</sup>, das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG)<sup>220</sup>, das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)<sup>221</sup> und das Bundesgerichtsgesetz (BGG)<sup>222</sup> sowie das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG)<sup>223</sup> und nicht zuletzt auch das Strafgesetzbuch (StGB)<sup>224</sup>, relevant<sup>225</sup>.

##### 3.1.2 **Kantonales Personalrecht**

105 Das öffentliche Dienstrecht der *Kantone* ist in den jeweiligen kantonalen Personalgesetzen und -verordnungen geregelt. Bund und Kantone, Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften haben sich bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen zudem an die verfassungsmässigen Schranken wie bspw. das Gleichbehandlungsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie das rechtliche Gehör zu halten<sup>226</sup>.

##### 3.1.3 **Privatrecht**

106 Laut Art. 342 Abs. 1 OR ist die öffentliche Hand als Arbeitgeberin grundsätzlich nicht an das Arbeitsvertragsrecht des Obligationenrechts gebunden.

---

<sup>213</sup> SR 172.220.1.

<sup>214</sup> SR 172.220.111.3.

<sup>215</sup> SR 172.220.111.31.

<sup>216</sup> Für das Personal des Bundesgerichts gilt zudem die Personalverordnung des Bundesgerichts (PVBger) vom 27. August 2001, SR 172.220.114 sowie für das Personal der ETH die Verordnung des ETH-Rates über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschule (Personalverordnung ETH-Bereich, PVO-ETH) vom 15. März 2001, SR 172.220.113.

<sup>217</sup> NÖTZLI, S. 9.

<sup>218</sup> Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958, SR 170.32.

<sup>219</sup> Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995, SR 151.1.

<sup>220</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1.

<sup>221</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

<sup>222</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005, SR 173.110.

<sup>223</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010.

<sup>224</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

<sup>225</sup> NÖTZLI, S. 29.

<sup>226</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 342 OR.

107 Die staatlichen Gemeinwesen sind bei Vorliegen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage<sup>227</sup> grundsätzlich befugt, privatrechtliche Arbeitsverträge abzuschliessen<sup>228</sup>. Öffentlich-rechtliche Personalerlasse können zudem für gesetzlich nicht geregelte Punkte auf die Bestimmungen des Obligationenrechts verweisen<sup>229</sup>. Durch den Verweis wird die entsprechende Regelung des OR zu öffentlichem Recht. Ein Verweis, wonach die einschlägigen Bestimmungen des OR sinngemäss gelten, soweit das Personalgesetz oder andere Bundesgesetze nichts anderes vorsehen, bezieht sich aber nicht nur auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR, sondern auch auf die einschlägigen des Allgemeinen Teils<sup>230</sup>. Die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots und des Vertrauensschutzes sind auch bei einer sinngemässen Anwendung des OR zwingend zu beachten. Der Verweis auf das OR ist dynamisch, d. h. er bezieht sich auf das OR „in seiner jeweils geltenden Fassung“<sup>231</sup> und trägt so der Entwicklung des OR Rechnung<sup>232</sup>.

### 3.1.4 Lückenfüllung und arbeitsrechtliche Minimalstandards

108 Weist das öffentliche Dienstrecht eine Lücke auf, soll die Lückenfüllung in erster Linie in Anlehnung an verwandte Regelungen des öffentlichen Rechts erfolgen<sup>233</sup>. Kann die Lücke nicht durch die Heranziehung anderer öffentlichrechtlicher Normen<sup>234</sup> gefüllt werden, kann subsidiär das Arbeitsvertragsrecht übernommen oder analog angewendet werden<sup>235</sup>. Die herangezogenen Privatrechtsnormen werden damit wie beim Verweis auf obligationenrechtliche Bestimmungen zu öffentlichem Recht<sup>236</sup>.

109 Keine Lücke und damit keine Auslegungsbedürftigkeit liegt nach dem Berner Verwaltungsgericht dann vor, wenn ein Personalerlass eine eindeutige und klare, aber zurückhaltende Regelung enthält. Das Gericht betonte in einem Entscheid vom 28. April 1998, es könne nicht Sache des Gerichts sein, eine klare gesetzliche Regelung durch überdehnende Heranziehung fremdrechtlicher Bestimmungen (i. c. Bestimmungen des Obligationenrechts) abzuändern, um ein erwünschtes Ergebnis zu erreichen. Es sei vielmehr Aufgabe der politischen Behörden und nicht der Gerichte, die Grundsätze der Lohnfortzahlung bei Krankheit, Unfällen und andern unverschuldeten Arbeitsverhinderungen zu bestimmen<sup>237</sup>.

<sup>227</sup> Fehlt es an einer klaren und unmissverständlichen gesetzlichen Grundlage, sind öffentlich-rechtliche Arbeitgebende nicht befugt, privatrechtliche Arbeitsverträge abzuschliessen (BGE 118 II 213; Urteil VGer SG, SGGVP 1996 63).

<sup>228</sup> STAEHELIN, N 4 zu Art. 342 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 342 OR; Ausführlich zur Frage der Zulässigkeit einer Unterstellung der öffentlichen Dienstverhältnisse unter das Privatrecht: DONATSCH, der zum Schluss kommt, dass eine Unterstellung öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse unter das Obligationenrecht nicht mit einer verfassungskonformen Regelung des öffentlichen Dienstrechts zu vereinbaren sei.

<sup>229</sup> STAEHELIN, N 3-4 zu Art. 342 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 342 OR.

<sup>230</sup> BGE 132 II 161 Erw. 3.1; NÖTZLI, S. 31-32, der darauf hinweist, dass jene Bestimmungen davon ausgeschlossen sind, die sich nicht für das Arbeitsverhältnis beim Bund eignen.

<sup>231</sup> NÖTZLI, S. 31.

<sup>232</sup> NÖTZLI, S. 31-32.

<sup>233</sup> Urteil VGer ZH PB.1999.00023 vom 19. April 2000, Erw. 2.1.d, in ZBI 102/2001, S. 91 ff.

<sup>234</sup> Wie bspw. die in Rz I.3.1.1 erwähnten Spezialgesetze.

<sup>235</sup> Urteil BGer, ZBI 1997 S. 65 Erw. 4a; BGE 132 II, Erw. 3; BIRKHÄUSER, S. 6 ff.; MOSIMANN (Minimal Standards), S. 458 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 342 OR.

<sup>236</sup> BGE 132 II 161, Erw. 3.1; BGE 108 II 490 Erw. 7; Urteil BGer, ZBI 1997 S. 65 Erw. 4a; STAEHELIN, N 3 zu Art. 342 OR.

<sup>237</sup> Urteil VGer BE vom 28. April 1998, BVR 1998. 484.



- 110 Erreicht aber ein öffentliches Dienstrecht in seiner Gesamtheit nicht annähernd den durch das OR gewährten Schutz, liegt eine vom Gericht zu schliessende Lücke vor<sup>238</sup>. Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis hat der Staat mit den zwingenden Bestimmungen des OR die Vertragsfreiheit zugunsten der schwächeren Partei beschränkt. Es wäre stossend, wenn dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber weniger abverlangt würde.<sup>239</sup><sup>240</sup>. Ein Teil dieser zwingenden Bestimmungen des OR sind als sog. „Minimal Standards“ auch im öffentlichen Dienstrecht zu beachten. Diese „OR Minimal Standards“ sind aber auf die grundlegenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts beschränkt, welche Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze sind<sup>241</sup>. So hat das Verwaltungsgericht bspw. bereits in einem Entscheid von 1964 festgehalten, der der privatrechtlichen Fürsorgepflicht zugrunde liegende Rechtsgedanke, wonach der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer angemessenen Schutz vor betrieblichen Gefahren zu gewähren habe, habe allgemeine Gültigkeit und sei auch auf Verhältnisse zwischen Staat oder Gemeinde und öffentlichen Beamten und Angestellten anzuwenden<sup>242</sup>.
- 111 In BGE 124 II 53 setzte sich das Bundesgericht mit der Frage einer allfälligen Lückenfüllung auseinander, da der Beschwerdeführer – ein SBB-Angestellter, dem während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit gekündigt worden war – geltend machte, das öffentliche Dienstrecht sei lückenhaft, da es keine Sperrfrist vorsehe, weshalb die Lücke analog der OR Regelung zu füllen sei. Das Bundesgericht befand, es handle sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen und dementsprechend sei die Lückenfüllung nicht möglich. Die Ungleichbehandlung der Krankheit im privaten und öffentlichen Dienstrecht beruhe auf sachlichen Gründen, da der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz bereits deshalb besser sei als derjenige nach OR, weil das öffentliche Dienstverhältnis nur bei Vorliegen eines triftigen Grundes gekündigt werden kann und die Angestelltenordnung der SBB zudem eine weiterreichende Lohnfortzahlungspflicht vorsehe<sup>243</sup>. Es sind also nicht nur die Einzelfragen wie bspw. Regelungen zur Kündigung zu Unzeit oder die Lohnfortzahlung miteinander zu vergleichen, sondern *die Gesamtheit der Rechte im Krankheitsfall*. Ist folglich der Kündigungsschutz im öffentlichen Recht insgesamt nicht schlechter als nach OR, kann das öffentliche Dienstrecht bspw. unvorteilhaftere Sperrfristen vorsehen oder auf eine Sperrfrist im Fall von Krankheit überhaupt verzichten<sup>244</sup>. Ist dagegen der Schutz auch insgesamt weniger gut als die vergleichbaren OR-Bestimmungen und können keine verwandten Bestimmungen des öffentlichen Rechts herangezogen werden, ist auf dem Weg der Lückenfüllung der dem Privatrecht entstammende „Minimal Standard“ anzuwenden<sup>245</sup>.

## 3.2 Spezielle Regelungen

### 3.2.1 Kündigung nur aus sachlichen Gründen

- 112 Öffentlich-rechtliche Arbeitgebende haben sich bei einer Kündigung an die allgemeinen Grundsätze staatlichen Handelns (Gesetzesmässigkeit, Rechtsgleichheit, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Willkürfreiheit und Treu und Glauben) sowie an die von der Bundesverfassung geschützten Grundrechte und Verfahrensgarantien zu halten<sup>246</sup>. Daraus folgt

---

<sup>238</sup> Urteil VGer ZH vom 19. April 2000, ZBI 102/2001, S. 91 f., Erw. 2.1.d; MOSIMANN (Minimal Standards), S. 468 und S. 470; ähnlich auch BIRKHÄUSER, S. 7.

<sup>239</sup> Ausführlich dazu MOSIMANN (Minimal Standards).

<sup>240</sup> BERTSCHI, S. 628.

<sup>241</sup> Urteil BGer 2P.276/1995 vom 3. April 1996, ZBI 98/1997, S. 65 ff., Erw. 4.a.

<sup>242</sup> Urteil VGer PB.1999.00023 vom 19. April 2000, Erw. d m. V. a. RB 1964 Nr. 46.

<sup>243</sup> BGE 124 II 53; ausführlich dazu: MOSIMANN (Minimal Standards), S. 460f.

<sup>244</sup> BERTSCHI, S. 636-637, mit weiteren Hinweisen; MOSIMANN (Minimal Standards), S. 467.

<sup>245</sup> MOSIMANN (Minimal Standards), S. 468 und S. 470.

<sup>246</sup> Urteil BGer 8C\_340/2009 vom 24. August 2009, Erw. 4.2.2; LGVE 2005 II 2, Erw. 3d.

unter anderem, dass ein öffentliches Dienstverhältnis nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes gekündigt werden kann<sup>247</sup>. „Mit dem Erfordernis des sachlich zureichenden Kündigungsgrundes geht der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz weiter als jener im privaten Arbeitsrecht, wo grundsätzlich Kündigungsfreiheit besteht und die Kündigung einzig durch die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts beschränkt ist“<sup>248</sup>. Das Erfordernis eines sachlichen Grundes gilt im öffentlichen Personalrecht auch dann, wenn ein kantonales Personalrecht überhaupt keine Regelung zur missbräuchlichen Kündigung kennt oder lediglich auf die Kündigungsregeln des OR verweist<sup>249</sup>.

- 113 Während ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Sperrfrist grundsätzlich aufgelöst werden kann, auch wenn der Grund hierfür die Krankheit selber ist, bildet dies also im öffentlichen Dienstverhältnis für sich allein noch kein Kündigungsgrund<sup>250</sup>. Gesundheitliche Probleme können zwar als sachlicher Grund eine Kündigung rechtfertigen, es ist aber ist eine generelle gesundheitliche Nichteignung oder Untauglichkeit für die bisher ausgeübte Tätigkeit erforderlich<sup>251</sup>. Solange die begründete Aussicht besteht, dass der oder die Betroffene die Arbeit zu einem späteren Zeitpunkt wieder dauernd aufnehmen kann, ist die Entlassung unzulässig<sup>252</sup>. Im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung (Verhältnismässigkeit) muss regelmässig eine sachlich begründete Lösung angestrebt werden<sup>253</sup>. Dennoch ist ein Gemeinwesen nicht grundsätzlich verpflichtet, seinen Angestellten, die aus gesundheitlichen Gründen nur eingeschränkt arbeitsfähig sind, nach Ablauf der Sperrfrist für einen nicht abzusehenden Zeitraum entsprechend geringe Arbeit zuzuweisen<sup>254</sup>.

### 3.2.2 Kündigung als ultima ratio

- 114 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Art. 5 Abs. 2 BV fordert, dass staatliches Handeln geeignet und notwendig zur Verwirklichung des im öffentlichen Interessen liegenden Zieles ist. Der angestrebte Zweck muss sodann in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden<sup>255</sup>. Verlangt ist also, dass eine Verwaltungsmassnahme das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles ist und dass der Eingriff nicht schärfer ist, als der Zweck der Massnahme es verlangt. Wo das im öffentlichen Interesse liegende Ziel mit einem milderem Mittel erreicht werden kann, ist dieses zu wählen. Demzufolge ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend die Kündigung stets *ultima ratio* und ist regelmässig ausgeschlossen, wenn dem Arbeitgeber schonendere Massnahmen zur Verfügung stehen<sup>256</sup>. Die Kündigung muss also stets eine in der konkreten Situation angemessene Massnahme sein<sup>257</sup>.
- 115 Bei der Frage der Angemessenheit der Kündigung ist u. a. die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden (Art. 4 Abs. 2 lit. g BPG i. V. m. Art. 6 Abs. 2 BPG und Art. 328 OR) zu berücksich-

<sup>247</sup> BGE 124 II 53, Erw. 2b/aa; LGVE 1999 II 3, Erw. 6; BERTSCHI, S. 636.

<sup>248</sup> Urteil BGer 8C\_594/2010 vom 25. August 2011, Erw. 4.4; Urteile BGer 2P.252/2006 vom 13. März 2007 Erw. 3.1.

<sup>249</sup> Urteil BGer 2A.71/2001 vom 22. Mai 2001, Erw. 2.c; LGVE 1999 II 3, Erw. 6d.

<sup>250</sup> BGE 124 II 53 Erw. 2b/aa; Urteil BGer vom 22. Mai 2001, 2A.71/2001, Erw. 2c; Urteil VGer ZH PB.2005.00018 vom 12. August 2005, Erw. 4.3.

<sup>251</sup> BGE 124 II 53 Erw. 2b/aa am Ende; Urteil VGer ZH PB.2005.00018 vom 12. August 2005, Erw. 4.3; HÄNNI, S. 565 f. m. V. a. RB ZH 2005 109 (VGer ZH).

<sup>252</sup> BGE 124 II 53 Erw. 2b/aa am Ende; Urteil VGer ZH PB.2005.00018 vom 12. August 2005, Erw. 4.3.

<sup>253</sup> HÄNNI, S. 565f. m. V. a. RB ZH 2005 109 (VGer ZH).

<sup>254</sup> HÄNNI, S. 566 m. V. a. www.vgrzh.ch/rechtsprechung; PB.2002.00001.

<sup>255</sup> BVGE 2008/25, Erw. 6; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 581.

<sup>256</sup> Urteil BVGer

A-5849/2009 vom 1. Juli 2010, Erw. 3.1; BVGE 2008/25, Erw. 6; Urteil BVGer A-1508/2007 vom 15. November 2007, Erw. 3.4.5; Urteil BVGer A-6609/2007 vom 17. Dezember 2007, Erw. 4.2.3.

<sup>257</sup> Urteil BGer 8C\_340/2009 vom 24. August 2009, Erw. 4.2.2.

tigen<sup>258</sup>. Auch die öffentlich-rechtlichen Arbeitgebenden haben zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität ihrer Angestellten die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs oder Haushaltes angemessen sind, soweit es ihnen zugemutet werden kann<sup>259</sup>. Ergreifen die Arbeitgebenden nicht alle zumutbaren Schutzmassnahmen zu Gunsten der Gesundheit ihrer Angestellten oder zur Lösung eines bestehenden Konfliktes, die es ermöglichen würden, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, und sprechen sie stattdessen eine Kündigung aus, ist diese missbräuchlich<sup>260</sup>.

### 3.2.3 Kündigungsgrund Krankheit

116 Das Bundesgericht hat festgehalten, dass Krankheit für sich alleine noch keinen Kündigungsgrund darstellt, sofern keine generelle gesundheitliche Nichteignung oder Untauglichkeit für die bisher ausgeübte Tätigkeit vorliegt. Solange die begründete Aussicht besteht, dass der Betroffene zu einem späteren Zeitpunkt wieder in der Lage sein könnte, die Arbeit dauernd auszuüben, darf er nicht entlassen werden und der Lohn ist weiter geschuldet<sup>261</sup>.

## 3.3 Regelung im Bundespersonalrecht

### 3.3.1 Ordentliche Kündigungsgründe

117 Sachliche Gründe für eine zulässige ordentliche Kündigung sind in Art. 10 Abs. 3 lit. a-f BPG festgehalten. Mögliche Gründe für die Kündigung durch den Arbeitgeber sind u. a. die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (lit. a), mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten (lit. c) sowie mangelnde Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit (lit. d). Die Kündigung während einer Krankheit ist also bspw. dann zulässig, wenn der Arbeitgeber nicht bereit ist, eine andere zumutbare Arbeit zu verrichten (Art. 10 Abs. 3 lit. d) – natürlich nur unter der Voraussetzung, dass die Sperrfrist nach Art. 14 Abs. 1 lit. c BPG i. V. m. Art. 336c OR eingehalten wird<sup>262</sup>. Im Zuge der neusten Revision des Bundespersonalgesetzes wurde die ursprünglich abschliessende Liste der ordentlichen Kündigungsgründe in eine nicht abschliessende Auflistung gewandelt.

### 3.3.2 Weiterbeschäftigung vor Entschädigung

118 Im Bundespersonalrecht führt eine im Sinne von Art. 336 OR missbräuchliche Kündigung dazu, dass der Arbeitgeber der angestellten Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit anzubieten hat, wenn die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund Missbräuchlichkeit gutgeheissen hat (Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG). Auf Gesuch der angestellten Person hin kann bei einer Gutheissung der Beschwerde anstelle einer Weiterbeschäftigung eine Entschädigung von in der Regel mindestens sechs Monatslöhnen und höchstens einem Jahreslohn zugesprochen werden (Art. 34c Abs. 2 BPG). Die Wahl zwischen der Weiterbeschäftigung und der Entschädigung liegt somit bei der betroffenen Angestellten<sup>263</sup>. Nach der gesetz-

---

<sup>258</sup> Siehe dazu Rz. 622 ff.

<sup>259</sup> BVGE 2008/25, Erw. 6.3.

<sup>260</sup> BGE 132 III 115, Erw. 2.2; BVGE 2008/25, Erw. 6.3.

<sup>261</sup> BGE 124 II 53, Erw. 2b/aa; PB.2005.00018, Erw. 4.4; HÄNNI, S. 564-565.

<sup>262</sup> Zum zeitlichen Kündigungsschutz im Bundespersonalrecht siehe Rz. 500 ff.

<sup>263</sup> Botschaft BPG, 6724.

- lichen Regelung ist die Entschädigung im Verhältnis zur Weiterbeschäftigung also grundsätzlich subsidiär<sup>264</sup>.
- 119 Unter dem bisherigen Bundespersonalrecht löste auch eine sachlich nicht hinreichend begründete Kündigung das Prinzip „Weiterbeschäftigung vor Entschädigung“ aus (Art. 14 Abs. 1 und 2 aBPG). Diese Möglichkeit wurde mit der neusten BPG-Revision eingeschränkt. Zwar dürfen Arbeitgebende ein Arbeitsverhältnis auch zukünftig nur aus sachlich hinreichenden Gründen kündigen, eine ohne solchen Grund ausgesprochene Kündigung löst aber nur eine Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG aus<sup>265</sup>. Zu beachten ist aber Art. 19 Abs. 1 BPG, der betont, dass der Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis erst dann auflösen darf, wenn er alle sinnvollen Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung ausgeschöpft hat.
- 120 Vor der Revision enthielt der Artikel zur Weiterbeschäftigung unrechtmässig entlassener Angestellten den Zusatz, dass die Entschädigung nach Artikel 19 des vorliegenden Gesetzes vorbehalten sei. Art. 19 aBPG sah wiederum vor, dass missbräuchlich entlassene Personen eine Entschädigung erhalten, wenn sie nicht weiterbeschäftigt werden können. Das Bundesgericht wies im Urteil 1C\_277/2007 vom 30. Juni 2009 in Erw. 7 darauf hin, dass sich aus Art. 14 BPG nicht eindeutig die Verpflichtung ergebe, eine unrechtmässige Kündigung unter allen Umständen aufzuheben und eine Wiedereinstellung vorzunehmen<sup>266</sup>. Auch der Botschaft<sup>267</sup> lasse sich dies nicht eindeutig entnehmen, da der bundesrätliche Gesetzesentwurf ursprünglich anders lautete<sup>268</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt demnach die Subsidiarität der Entschädigung im Falle der Aufhebung einer Kündigung durch die Beschwerdeinstanz nicht absolut. Welche Umstände dazu führen können, dass eine Person entgegen des Grundsatzes nicht weiterbeschäftigt wird, ist im BPG nicht näher geregelt. Da die Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Ausnahme darstellt, darf nicht leichthin von der Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung ausgegangen werden. Neben organisatorischen Schwierigkeiten kann bspw. ein zerstörtes Vertrauensverhältnis zwischen der missbräuchlich entlassenen Person und ihren Vorgesetzten dazu führen, dass die Weiterbeschäftigung faktisch gar nicht mehr möglich ist<sup>269</sup>. Von der Weiterbeschäftigung kann ferner abgesehen werden, wenn sich die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unmöglich oder praktisch nicht sinnvoll erweist oder aus anderen Gründen nicht angemessen erscheint<sup>270</sup>. Im neuen Art. 34 c BPG ist die Entschädigung nach Art. 19 BPG nicht mehr vorbehalten. Nur die betroffenen Arbeitnehmenden können statt der Weiterbeschäftigung eine Entschädigung beantragen. Seit der Revision gilt somit die Subsidiarität der Weiterbeschäftigung absolut, sofern nicht die betroffene Angestellte die Entschädigung wählt.
- 121 Mit der Revision wurde zwar die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung von Angestellten, die ohne sachlichen Grund entlassen wurden gestrichen, dafür muss missbräuchlich entlassenen Angestellte zwingend die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit angeboten werden. Damit können sich Arbeitgebende theoretisch nicht mehr mit der Behauptung, eine Weiterbeschäftigung sei weder bei ihnen noch bei anderen Arbeitgebenden nach Art. 3 BPG möglich, von einem Angestellten freikaufen<sup>271</sup>.

---

<sup>264</sup> Zur Regelung vor der neusten BPG Revision: Urteil BVGer A-5849/2009 vom 1. Juli 2010, Erw. 4.3; Urteil BVGer A-76/2009 vom 24. August 2009, Erw. 9.2; PORTMANN (Kündigungsschutz), S. 70.

<sup>265</sup> Botschaft BPG, 6705.

<sup>266</sup> Urteil BGer 1C.277/2007 vom 30. Juni 2008, Erw. 7; so auch Urteil BVGer A-4006/2010, Erw. 2.3.

<sup>267</sup> BBI 1999 1616 und 1642.

<sup>268</sup> Urteil BGer 1C.277/2007 vom 30. Juni 2008, Erw. 7.

<sup>269</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-5849/2009 vom 1. Juli 2010, Erw. 4.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-76/2009 vom 24. August 2009, Erw. 9.2.

<sup>270</sup> Urteil BVGer A-621/2009 vom 20. August 2009, Erw. 4.1.

<sup>271</sup> So noch die Kritik von NÖTZLI, S. 229-230, zur Rechtslage vor der Revision.

- 122 Verfügungen der Arbeitgebenden können mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 36 Abs. 1 BPG). Im Rahmen der Revision wurde die interne Beschwerdeinstanz (Art. 35 aBPG) aufgehoben. Beschwerden haben neu nur aufschiebende Wirkung, wenn die Beschwerdeinstanz dies von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei anordnet (Art. 34a BPG). Wird die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde nicht angeordnet, verkommt die Weiterbeschäftigung unter Umständen zur Theorie. Wer entlassen wird, wird sich in der Regel sogleich um eine neue Arbeitsstelle bemühen, sofern es die Gesundheit zulässt, und nicht abwarten, ob die Beschwerde erfolgreich ist.

### **3.4 Ausgewählte Regelungen im kantonalen Personalrecht**

- 123 Kennen hinsichtlich der Dauer der Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall die meisten Kantone weitergehende Bestimmungen als das OR, zeigt sich beim Kündigungsschutz bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit in den kantonalen Erlassen ein anderes Bild. Diverse Kantone verweisen auf die Bestimmungen des OR zur missbräuchlichen Kündigung. Viele Kantone kennen aber einen weiterreichenden Schutz und die Kündigung ist regelmässig nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig. Zudem sehen im Gegensatz zu den Obligationenrechtlichen Bestimmungen viele Kantone unter Umständen eine Weiterbeschäftigung vor.
- 124 Wie bei den BPG-Arbeitsverhältnissen gilt auch bei kantonalen Arbeitsverhältnissen der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung bereits aufgrund verfassungsmässiger Rechte und rechtsstaatlichen Grundsätzen<sup>272</sup>.
- 125 Sieht das öffentliche Personalrecht keine Folge der ungerechtfertigten Kündigung vor, wenden die Verwaltungsgerichte regelmässig die Entschädigungsregelung nach Art. 336a OR analog an. In der neueren Lehre wird allerdings in Frage gestellt, ob dem Staat der gesetzliche Ausschluss der Weiterbeschäftigung überhaupt erlaubt sei; das Gemeinwesen soll sich nicht wie ein privater Arbeitgeber durch Zahlung einer Entschädigung eines Arbeitnehmers entledigen können, wenn hierzu keine sachlichen Gründe vorliegen<sup>273</sup>. Dies würde das Vertrauen in den Staat untergraben<sup>274</sup>. Allerdings spricht nichts dagegen, dass ein Kanton Entschädigungsmöglichkeiten vorsieht, solange diese nur subsidiär für die Fälle sind, in denen eine Weiterbeschäftigung nicht zumutbar oder möglich ist<sup>275</sup>.

#### **3.4.1 Kanton Bern**

- 126 Gemäss Art. 25 Abs. 2 des Berner Personalgesetzes (PG BE) darf eine ordentliche Kündigung nur bei Vorliegen triftiger Gründe ausgesprochen werden. Triftige Gründe liegen namentlich vor, wenn die oder der Angestellte ungenügende Leistungen erbringt (lit. a), Weisungen der Vorgesetzten wiederholt missachtet hat (lit. b), durch ihr oder sein Verhalten während der Arbeitszeit das Arbeitsklima nachhaltig stört (lit. c) oder Arbeitskolleginnen, Arbeitskollegen oder in einem Betreuungs- oder Abhängigkeitsverhältnis stehende Personen sexuell belästigt (lit. d). Krankheit wird dagegen nicht explizit als triftiger Grund erwähnt. Der Blick in die Rechtsprechung zeigt, dass eine Krankheit dann einen triftigen Grund darstellt, wenn sie dazu führt, dass die betroffene Person ihrer Arbeit im angestammten Tätigkeitsfeld nicht mehr nachgehen kann<sup>276</sup>. In einem Entscheid vom 6. Dezember 1999 hat das Verwaltungsgericht

---

<sup>272</sup> Vgl. hierzu Rz. 112 f.

<sup>273</sup> POLEDNA, S. 230.

<sup>274</sup> BIRKHÄUSER, S. 24.

<sup>275</sup> BIRKHÄUSER, S. 25.

<sup>276</sup> Urteil BGer vom 18. Februar 2011, 8C\_809/2010, Erw. 5.2.2, Urteil Vorinstanz: VGer BE vom 31. August 2010, in BVR 2010 391.

Bern festgehalten, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit an sich ein sachlicher Grund ist und die ordentliche Kündigung des Angestelltenverhältnisses rechtfertigt. Die Kündigung sei jedoch rechtswidrig, wenn die psychische Erkrankung des Arbeitnehmers auf das Verhalten des Arbeitgebers zurückzuführen sei<sup>277</sup>. Mit Blick auf die im öffentlichen Dienstrecht anwendbaren Grundsätze und die bundesgerichtliche Rechtsprechung fehlt es regelmässig dann an einem sachlichen bzw. triftigen Grund für eine Kündigung, wenn begründete Aussicht besteht, dass die oder der Betroffene zu einem späteren Zeitpunkt wieder in der Lage sein könnte, die Arbeit dauernd auszuüben<sup>278</sup>.

- 127 Art. 29 PG BE besagt, dass die betroffene Person weiterbeschäftigt wird, wenn die Kündigung unbegründet erfolgt ist. Der absolute Anspruch auf Weiterbeschäftigung wird insofern relativiert, als bei Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung (bspw. bei Unzumutbarkeit der Weiterführung infolge Belastung des Arbeitsklimas oder wegen fehlender gleichwertiger Arbeit innerhalb der Kantonsverwaltung) die Kündigung auch ohne sachlichen Grund wirksam ist<sup>279</sup>. In einem solchen Fall hat die betroffene Person Anspruch auf eine Abgangsschädigung, welche im Verhältnis zum Dienst- und Lebensalter festgelegt wird und max. 18 Monatsgehälter betragen darf (Art. 29 Abs. 2 i. V. m. Art. 32 PG BE).

### 3.4.2 Kanton Luzern

- 128 In § 18 des Personalgesetzes des Kantons Luzern (PG LU) sind mögliche Kündigungsgründe aufgelistet. Das Arbeitsverhältnis kann unter anderem bei mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen, beendet werden (§ 18 lit. c PG LU).
- 129 § 21 PG LU regelt die Auflösung oder Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses bei dauernder Arbeitsunfähigkeit. Ist es der oder dem Angestellten wegen Krankheit oder Unfall unmöglich, die Dienstpflicht voll zu erfüllen, kann das Arbeitsverhältnis aufgelöst oder umgestaltet werden (Abs. 1). Dauernde Arbeitsunfähigkeit liegt gemäss Abs. 2 dann vor, wenn die zuständige Behörde gestützt auf ein Gutachten einer Vertrauensärztin des Gemeinwesens diese so beurteilt oder wenn sie länger als 12 Monate dauert (Abs. 2). Gemäss § 24 der Personalverordnung ist eine Entschädigung in der Höhe der Fortzahlung der Besoldung inklusive allfälliger Sozialzulagen geschuldet, wenn das Arbeitsverhältnis wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit vor Ablauf der Lohnfortzahlungsdauer nach § 24 der Personalverordnung beendet wird und zwar solange diese dauern würde. Personalrechtliche Entscheide, durch die ein Arbeitsverhältnis beendet wird, können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden (§ 70 PG LU). Eine solche Beschwerde hat aber keine aufschiebende Wirkung (§ 73 Abs. 1 PG LU). Hält eine gerichtliche Beschwerdeinstanz eine Kündigung für rechtswidrig, erlässt sie einen entsprechenden Feststellungsentscheid (§ 72 Abs. 1 PG LU). Ändert die zuständige Behörde in der Folge ihren Entscheid nicht, hat die oder der Betroffene Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens (§ 72 Abs. 2 PG LU).
- 130 Der Grundsatz „Weiterbeschäftigung vor Entschädigung“ findet im Kanton Luzern keine Anwendung, ebensowenig ist eine Pönalentschädigung vorgesehen. Das Personalgesetz sieht einzig die Ausrichtung von Schadenersatz vor, wenn die Beschwerdeinstanz die Kündigung für rechtswidrig hält. Da das Gesetz keine Maximaldauer des Schadenersatzanspruches vorsieht, hat das Verwaltungsgericht Luzern diese im Rahmen einer Lückenfüllung auf ein Jahr

---

<sup>277</sup> Urteil VGer BE vom 6. Dezember 1999, in BVR 2000 312.

<sup>278</sup> BGE 124 II 53, Erw. 2b/aa; PB.2005.00018, Erw. 4.4; HÄNNI, S. 564-565.

<sup>279</sup> Finanzdirektion Kanton Bern, Wissensdatenbank Personalrecht, Kommentar zu Art. 29 PG BE, einsehbar unter: <[www.fin.be.ch/fin/de/index/personal/personalrecht/wdb.artikel.html?artSection=0=PG&artId=0=29&group-submit=0=Anzeigen&groupCount=3](http://www.fin.be.ch/fin/de/index/personal/personalrecht/wdb.artikel.html?artSection=0=PG&artId=0=29&group-submit=0=Anzeigen&groupCount=3)> (besucht am 29. August 2011).

festgelegt<sup>280</sup>. Das Verwaltungsgericht Luzern hat aber betont, dass sich auf dem Wege der Gesetzgebung durchaus auch andere Lösungen vertreten liessen.

### 3.4.3 Kanton Zürich

- 131 Gemäss § 18 Abs. 2 PG ZH bedarf die Kündigung eines sachlichen Grundes und darf nicht missbräuchlich nach den Bestimmungen des OR sein. Ist die oder der Angestellte aus gesundheitlichen Gründen während langer Zeit wiederholt oder dauernd an der Erfüllung der Aufgaben verhindert, besteht laut § 16 Abs. 1 lit. c Satz 1 VVO PG ZH ein sachlich zureichender Grund für eine Kündigung. Eine Kündigung ist also grundsätzlich zulässig, selbst wenn die Krankheit selbst der Grund dafür ist<sup>281</sup>. Der Lohnfortzahlungsanspruch ist trotz Kündigung weiterhin geschuldet (§ 16 Abs. 1 lit. c Satz 2 VVO PG ZH)<sup>282</sup>.
- 132 Das Verwaltungsgericht Zürich hat in einem Entscheid vom August 2005 betont, dass der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz nicht auf die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts beschränkt ist, sondern weiter geht: „Bei der Frage, ob die Kündigung materiell gerechtfertigt ist (sachlicher Kündigungsgrund), muss insbesondere geprüft werden, ob die kündigende Behörde die allgemeinen verfassungsrechtlichen Schranken wie das Willkürverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie Treu und Glauben beachtet hat: Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss die Kündigung erstens ein geeignetes Mittel zur Problemlösung sein, muss sie zweitens in dem Sinn erforderlich sein, dass nicht weniger einschneidende Massnahmen ebenfalls zum Ziel führen würden, und muss drittens eine Abwägung der gegenseitigen Interessen die Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lassen. Dennoch verbleibt den Verwaltungsbehörden beim Entscheid über eine Kündigung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum.“<sup>283</sup> Da im kantonalen Personalrecht eine Kündigung nicht nur dann unrechtmässig ist, wenn sie als missbräuchlich im Sinne der Bestimmungen des OR einzuordnen ist, sondern auch dann, wenn es ihr an einem sachlich zureichenden Grund mangelt, kann die Rechtsprechung zu den Art. 336 ff. OR bei der Kündigung wegen Krankheit nicht ohne weiteres auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse übertragen werden, so das Verwaltungsgericht Zürich weiter<sup>284</sup>.
- 133 Im Falle einer missbräuchlichen oder sachlich nicht gerechtfertigten Kündigung bemisst sich die Entschädigung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts, sofern der oder die Angestellte nicht wiederingestellt wird (§ 18 Abs. 1 PG ZH). Nach Praxis des Verwaltungsgerichts Zürich gewährt diese Bestimmung *keinen Anspruch auf Aufhebung der Kündigung und Wiedereinstellung*<sup>285</sup>. Mit anderen Worten sieht das Personalrecht des Kantons Zürich keine zwingende Weiterbeschäftigung von missbräuchlich entlassenen Angestellten vor.

### 3.4.4 Kanton Genf

- 134 Eine Kündigung setzt einen sachlichen Grund (Motif fondé) voraus (Art. 21 Abs. 3 LPAC). Ein sachlicher Grund liegt vor, wenn die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person nicht mit dem guten Funktionieren der Verwaltung zu vereinbaren ist, was laut Art. 22 LPAC namentlich der Fall ist, bei ungenügender Leistung (lit. a), bei mangelnder Tauglichkeit (lit. b) sowie bei dauerhaftem Wegfall eines Anstellungsgrundes (lit. c).

---

<sup>280</sup> LGVE 2006 II 4, Erw. 5.

<sup>281</sup> Urteil VGer ZH PB.2005.00018 vom 12. August 2005, Erw. 4.4.

<sup>282</sup> Siehe dazu Rz. 251.

<sup>283</sup> Urteil VGer ZH PB.2005.00018 vom 12. August 2005, Erw. 4.2, erster Abschnitt.

<sup>284</sup> Urteil VGer ZH PB.2005.00018 vom 12. August 2005, Erw. 4.2, zweiter Abschnitt.

<sup>285</sup> Urteil VGer ZH PB 2009.00002 vom 1. April 2009, Erw. 1.3.

- 135 Sind Angestellte aufgrund einer Krankheit oder Invalidität nicht mehr in der Lage, ihre angestammte Tätigkeit auszuüben, ist gemäss Art. 26 Abs. 1 LPAC grundsätzlich eine Entlassung möglich. Eine Entlassung ist aber immer erst dann zulässig, wenn alle Möglichkeiten ausgeschöpft wurden, die betroffene Person anderweitig weiterzubeschäftigen (Art. 26 Abs. 2 LPAC).
- 136 Art. 31 LPAC regelt die Folgen einer ungerechtfertigten Kündigung. In erster Linie ist die Wiedereinstellung vorgesehen. Ist dies nicht möglich, hat der oder die Entlassene Anspruch auf eine Entschädigung: Beamte auf mind. einen bis höchsten 24 Monatslöhne, Angestellte ohne Beamtenstatus auf höchstens sechs Monatslöhne. Bis 2007 war für normale Angestellte kein Entschädigungsanspruch vorgesehen, dies wurde aber vom Bundesgericht auf Grund des Gleichstellungsgebots als verfassungswidrig beanstandet. Allerdings müsse die Entschädigung nicht in der gleichen Höhe ausfallen<sup>286</sup>.

#### 4. *Würdigung*

- 137 Öffentlich-rechtliche Arbeitgebende müssen sich an die allgemeinen Grundsätze staatlichen Handelns (Gesetzesmässigkeit, Rechtsgleichheit, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Willkürfreiheit und Treu und Glauben) sowie an die von der Bundesverfassung geschützten Grundrechte und Verfahrensgarantien halten. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Art. 5 Abs. 2 BV fordert, dass staatliches Handeln geeignet und notwendig zur Verwirklichung des im öffentlichen Interessen liegenden Zieles ist und der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen steht, die den Privaten auferlegt werden. Im öffentlichen Anstellungsverhältnis ist die Kündigung stets *ultima ratio*. Stehen dem Arbeitgeber schonendere Massnahmen zur Verfügung, ist die Kündigung ausgeschlossen.
- 138 Im öffentlichen Personalrecht sind Kündigungen nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig. Mögliche zulässige Gründe sind in der Regel im anwendbaren Personalgesetz aufgeführt, allfällige Listen müssen aber nicht vollständig sein. Das Erfordernis eines sachlichen Grundes gilt im öffentlichen Personalrecht auch dann, wenn ein kantonales Personalrecht überhaupt keine Regelung zur missbräuchlichen Kündigung kennt oder lediglich auf die Kündigungsregeln des OR verweist.
- 139 Das Bundesgericht hat festgehalten, dass Krankheit für sich alleine noch keinen Kündigungsgrund darstellt, sofern keine generelle gesundheitliche Nichteignung oder Untauglichkeit für die bisher ausgeübte Tätigkeit vorliegt.
- 140 Eine weitere Besonderheit des öffentlichen Personalrechts ist der Grundsatz „Weiterbeschäftigung vor Entschädigung“. Die Kantone sind aber nicht verpflichtet, die Weiterbeschäftigung vorzusehen. Sieht das öffentliche Personalrecht überhaupt keine Folge der ungerechtfertigten Kündigung vor, wenden die Verwaltungsgerichte regelmässig die Entschädigungsregelung nach Art. 336a OR analog an.
- 141 Mit der neusten BPG-Revision wurde die Weiterbeschäftigung im Personalrecht des Bundes eingeschränkt: bei einer Entlassung ohne sachlichen Grund, wird künftig nur noch eine Entschädigung ausgerichtet. Immerhin ist die Weiterbeschäftigung nach der Feststellung einer missbräuchlichen Kündigung zwingend vorgesehen, es sei denn, die betroffene Angestellte wählt stattdessen die Entschädigung<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> Urteil BGer 2P.181/2006 vom 28. November 2006.

<sup>287</sup> Siehe dazu Rz. 118 ff.



## 5. *Regelungen in ausgewählten privatrechtlichen GAVs*

142 Gemäss Art. 361 OR sind die Tatbestände der missbräuchlichen Kündigung in Art. 336 Abs. 1 OR sowie die Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung absolut zwingend und dementsprechend nicht durch einen GAV abänderbar<sup>288</sup>. Von Art. 336 Abs. 2 OR kann hingegen nach Art. 362 OR zugunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden. Allerdings macht davon kaum ein GAV gebrauch. Keiner der untersuchten GAVs sieht eine Bestimmung zum sachlichen Kündigungsschutz vor.

143 Wäre Art. 336 Abs. 1 OR relativ zwingend ausgestaltet, wären Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmenden zulässig, könnte via GAV zumindest in vereinzelt Brachen einen Bestandesschutz bei missbräuchlicher Kündigung eingeführt werden.

## 6. *Regelungen in ausgewählten öffentlich-rechtlichen GAVs*

### 6.1 *GAV SBB*

#### 6.1.1 *Einleitung*

144 Die SBB ist als eine Spezialgesetzliche AG organisiert an welcher der Bund zu jeder Zeit die kapital- und stimmenmässige Mehrheit halten muss (Art. 2 Abs. 1, Art. 7 Abs. 3 SBBG)<sup>289</sup>.

145 Gemäss Art. 15 Abs. 1 SBBG finden die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals auch auf das Personal der SBB Anwendung. Der Bundesrat kann jedoch nach Art. 15 Abs. 2 SBBG die SBB ermächtigen, das Anstellungsverhältnis im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen abweichend oder ergänzend zum Bundespersonalgesetz zu regeln. Art. 38 Bundespersonalgesetz (BPG)<sup>290</sup> hält sodann fest, dass unter anderem die SBB für ihren Bereich mit den Personalverbänden Gesamtarbeitsverträge (GAV) abschliesst (Abs. 1) und der GAV grundsätzlich für das gesamte Personal der SBB gilt (Abs. 2). Der GAV SBB ist öffentlich-rechtlicher Natur (Ziffer 1 GAV SBB).

146 Das Personal der SBB Cargo untersteht hingegen nicht dem BPG sondern ist privatrechtlich angestellt<sup>291</sup>. Allerdings wurde auch hier ein Gesamtarbeitsvertrag ausgearbeitet, welcher aber im Gegensatz zum GAV SBB privatrechtlicher Natur ist (Ziffer 1 Abs. 1 GAV SBB Cargo). Die Bestimmungen zur Lohnfortzahlung sind in den beiden Gesamtarbeitsverträgen weitaus deckungsgleich, weshalb nachfolgend lediglich auf den GAV SBB eingegangen wird.

#### 6.1.2 *Missbräuchliche Kündigung im GAV SBB*

147 Die missbräuchliche oder diskriminierende Kündigung ist in Ziffer 187 GAV SBB geregelt und besagt, dass die SBB der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit anbietet, wenn die Beschwerdeinstanz die Kündigung aufgehoben hat, insbesondere weil sie missbräuchlich gemäss Art. 336 OR (Ziffer 187 Abs. 1 lit. a GAV SBB) oder diskriminierend nach Art. 3 oder 4 GIG ist (Ziffer 187 Abs. 1 lit. b). Nach Ziffer 187 Abs. 2 GAV SBB kann die betroffene Person die Missbräuchlichkeit innert 30 Ta-

---

<sup>288</sup> Allgemein zu den Gesamtarbeitsverträgen siehe Rz. 384 ff.

<sup>289</sup> Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SR 742.31).

<sup>290</sup> Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).

<sup>291</sup> DTF 135 III 483 Erw. 5.

gen mit Beschwerde bei der SBB-internen Beschwerdeinstanz geltend machen und die Diskriminierung gemäss Abs. 3 innert 30 Tagen entweder bei der Schlichtungskommission oder ebenfalls mit Beschwerde bei der SBB-internen Beschwerdeinstanz.

- 148 Nach Ablauf der Probezeit ist eine ordentliche Kündigung nur aus den in Ziffer 182 GAV SBB aufgeführten Gründen möglich, namentlich wegen der Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (lit. a) Mängel in der Leistung oder im Verhalten (lit. b), mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten (lit. c), mangelnder Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit (lit. d) oder weil eine gesetzliche oder vertragliche Anstellungsbedingung wegfällt (lit. e).
- 149 Ist die mangelnde medizinische Tauglichkeit der Grund für die Kündigung, so darf die SBB gemäss Ziffer 134 GAV SBB nach Ablauf der dreimonatigen Probezeit das Arbeitsverhältnis frühestens auf das Ende der zweijährigen Anspruchsfrist auflösen<sup>292</sup>.

## 6.2 GAV Post

### 6.2.1 Einleitung

- 150 Bis Ende 2012 war die Post als öffentliche Anstalt organisiert, seit dem 1. Januar 2013 ist sie eine *spezialgesetzliche AG* (Art. 2 Abs. 1 Postorganisationsgesetz, POG)<sup>293</sup>
- 151 Solange die Post noch als öffentliche Anstalt organisiert war, unterstanden die Dienstverhältnisse des Personals der Gesetzgebung über das Bundespersonal. Mit der Umwandlung zur spezialgesetzlichen AG hat sich auch die Natur der Arbeitsverhältnisse geändert und das Personal ist ab 2013 privatrechtlich angestellt (Art. 9 Abs. POG). Die Post ist verpflichtet, mit den Personalverbänden Verhandlungen über einen Gesamtarbeitsvertrag zu führen (Art. 9 Abs. 2 POG i. V. m. Art. 4 Abs. 3 lit. c Postgesetz, PG<sup>294</sup>). Ab Inkrafttreten der neuen Regelungen haben die Post und die Personalverbände zwei Jahre Zeit, um einen neuen GAV auszuhandeln. Der neue GAV wird vermutlich ab 2015 in Kraft treten, bis dahin gilt der bisherige GAV<sup>295</sup>.
- 152 Für die in privatrechtliche AGs ausgelagerten Bereiche gilt ein GAV für ausgelagerte Konzerngesellschaften (GAV KG). Die Bestimmungen des GAV KG entsprechen faktisch denjenigen des GAV Post, weshalb nachfolgend lediglich auf den GAV Post eingegangen wird.

### 6.2.2 Missbräuchliche Kündigung im GAV Post

- 153 Ziffer 32 GAV Post hält fest, dass die Post der/dem betroffenen Mitarbeitenden die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit anbietet, wenn sie oder die Beschwerdeinstanz die Kündigung aufgehoben hat, insbesondere weil sie missbräuchlich nach Art. 336 OR oder diskriminierend nach Art. 3 und 4 GlG ist.

---

<sup>292</sup> Vgl. zur Anspruchsfrist die Ausführungen unter Rz. 530 ff.

<sup>293</sup> Bundesgesetz über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz) vom 30. April 1997, SR 783.1; siehe dazu die Medienmitteilung der Post vom 30. August 2012, einsehbar unter <[www.post.ch/post-startseite/post-konzern/post-medien/post-archive/2012/post-mm12-konzernstruktur/post-medienmitteilungen.htm](http://www.post.ch/post-startseite/post-konzern/post-medien/post-archive/2012/post-mm12-konzernstruktur/post-medienmitteilungen.htm)> (besucht am 17. Januar 2013).

<sup>294</sup> Postgesetz (PG) vom 17. Dezember 2010, SR 783.0.

<sup>295</sup> Siehe dazu Information von der Gewerkschaft Syndicom, <[www.syndicom.ch/de/newsaktivitaeten/kampagnen/alles-gelbe-unter-einem-dach/postgesetzgebung.html](http://www.syndicom.ch/de/newsaktivitaeten/kampagnen/alles-gelbe-unter-einem-dach/postgesetzgebung.html)> (besucht am 17. Januar 2013).

- 154 Wie im BPG liegt auch nach dem GAV Post nur dann eine ordentliche Kündigung vor, wenn sie begründet ist. So ist bspw. gemäss Ziffer 124 lit. c eine Kündigung dann ordentlich, wenn sie aufgrund mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten ausgesprochen wird. Allerdings gilt auch hier nach Ziffer 8.1 der Anwendungsbestimmungen zum GAV Post, dass die Post das Arbeitsverhältnis erst beenden kann, wenn der Anspruch der betroffenen Person auf Leistungen der Krankentaggeldversicherung oder der obligatorischen Unfallversicherung endet. Nur wenn keine Aussicht mehr auf Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit besteht, kann das Arbeitsverhältnis per Aufhebungsvertrag früher aufgelöst werden.

## **6.3 GAV FHNW**

### **6.3.1 Einleitung**

- 155 Nach Ziffer 1.3 Abs. 1 ist der Gesamtarbeitsvertrag für die Fachhochschule Nordwestschweiz (GAV FHNW) öffentlich-rechtlicher Natur. Die Grundlage findet sich in § 13 des Staatsvertrags zwischen den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW). Der Staatsvertrag geht dem GAV vor (Ziffer 1.3 Abs. 3 Satz 1 GAV FHNW), enthält allerdings neben § 11 (Gleichstellung der Geschlechter) und § 13 keine weiteren arbeitsrechtliche Bestimmungen. Finden sich im Staatsvertrag und dem GAV keine Vorschriften, so gelten sinngemäss die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts, des Arbeitsgesetzes und des Mitwirkungsgesetzes (Ziffer 1.3 Abs. 3 Satz 2 GAV FHNW).

### **6.3.2 Missbräuchliche Kündigung im GAV FHNW**

- 156 Nach Ziffer 3.10 Abs. 3 GAV FHNW kann die FHNW das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit nur aufgrund wesentlicher Gründe auflösen. Ein solcher Grund liegt u. a. dann vor, wenn ein Mitarbeitender längerfristig oder dauern an der Aufgabenerfüllung verhindert ist (lit. a). Ansonsten sieht der GAV FHNW keine Regelung zur missbräuchlichen Kündigung vor. Da der Staatsvertrag diesbezüglich ebenfalls keine Bestimmung enthält, kommt aufgrund des Pauschalverweises (Ziffer 1.3 Abs. 3 GAV FHNW) Art. 336 OR zur Anwendung.

## **II. Schutz vor Benachteiligung wegen des Gesundheitszustandes im Bewerbungsverfahren und bei der Anstellung**

### **1. Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit von Stellenbewerbenden**

#### **1.1 Hintergrund**

- 157 In der TV-Sendung „Kassensturz“ vom 23. September 2008 wurde folgender Sachverhalt vorgestellt: Nach einem ersten Vorstellungsgespräch konnte eine Stellenbewerberin einen Mitarbeiter des entsprechenden Teams einen halben Tag begleitet. In einem weiteren Gespräch mit den verantwortlichen Personen wurde ihr sodann mitgeteilt, dass die Wahl auf sie gefallen sei und ihr auch das gewünschte Salär bezahlt werden könne. Anlässlich dieses Gesprächs wurde die Stellenbewerberin ersucht „aus formellen Gründen“ einen Gesundheitsfragebogen auszufüllen. Dieser beinhaltete unter anderem auch die Frage nach dem Vorhandensein und allenfalls der Art von Gesundheitsbeeinträchtigungen. Wahrheitsgemäss gab die

Stellenbewerberin bekannt, dass sie an Diabetes Typ 2 erkrankt sei. Kurz darauf erhielt sie erste Rückfragen zu ihrer Krankheit und deren Behandlung und noch am selben Tag wurde die Zusage mit der Begründung widerrufen, dass eine höhere Stelle ein zu grosses Risiko ausgemacht hätte. In einer späteren Kontaktaufnahme wurden der Stellenbewerberin die Gründe für die Absage erläutert; eine – in ihrem Fall statistisch gesehen sehr wahrscheinliche – Invalidität würde dem Arbeitgeber sehr hohe Kosten verursachen und zudem würden sich auch die Prämien für die Krankentaggeldversicherung verteuern. Auf Erläuterungen seitens der Bewerberin wurde nicht eingegangen.

## 1.2 *Mögliche rechtliche Grundlagen zum Schutz vor Benachteiligung wegen des Gesundheitszustandes im Bewerbungsverfahren*

158 Das schweizerische Arbeitsrecht sieht kein Recht auf Anstellung vor, sondern es gilt grundsätzlich die Partnerwahlfreiheit. Es gibt allerdings gewisse Grenzen: So verbietet das GIG ausdrücklich die diskriminierende Nichtanstellung aufgrund des Geschlechtes (Art. 3 GIG) und der europäische Wanderarbeitnehmer findet gestützt auf das Personenfreizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Union Schutz vor diskriminierenden Nichtanstellung<sup>296</sup>. Die Bestimmungen des Vertragsrechts dagegen sind im Vertragsverhandlungsverhältnis – und somit auch im Bewerbungsverfahren<sup>297</sup> – grundsätzlich noch nicht anwendbar. Allerdings kann aus Art. 2 und 28 ZGB und des unbestrittenermassen bereits im Bewerbungsverfahren anwendbaren Art. 328b OR ein Verbot, Stellenbewerbende unter Anknüpfung an persönlichkeitsrelevante Merkmale zu diskriminieren, abgeleitet werden<sup>298</sup>.

### 1.2.1 **Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers nach Art. 328 ff. OR**

159 In der Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob Art. 328 OR dahingehend eine Vorwirkung zukommt, dass er bereits im Bewerbungsverfahren anwendbar ist<sup>299</sup>. Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 30. Juni 2008 eine Vorwirkung bejaht, allerdings ohne eine Begründung<sup>300</sup>. Für Art. 328b OR dagegen wird eine solche Vorwirkung allgemein bejaht, d. h. dieser beschränkt auch die Bearbeitung der Daten von Stellenbewerbenden<sup>301</sup>. Der Schutz von Art. 328b OR im Arbeitsverhältnis wäre illusorisch, wenn die geschützten Daten bereits in der Bewerbungsphase beschafft werden könnten<sup>302</sup>.

### 1.2.2 **Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 und 28 ZGB**

160 Der Persönlichkeitsschutz der Stellenbewerbenden im Bewerbungsverfahren kann sodann auch auf Art 27 und 28 ZGB gestützt werden. Mit Beginn der Vertragsverhandlungsphase er-

<sup>296</sup> Siehe dazu ausführlich: PÄRLI (Gleichbehandlungsansprüche), Rz. 74-75.

<sup>297</sup> Ein Stelleninserat stellt eine Aufforderung zur Aufnahme vom Vertragsverhandlungen dar, weshalb die Vertragsverhandlungen mit der Bewerbung der Stellensuchenden beginnt, Urteil AGER ZH, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN050401/U1 vom 13. Januar 2006, Erw. 5.2/a; siehe dazu auch PÄRLI (Anstellungsdiskriminierung, S. 24).

<sup>298</sup> PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1377; DERS. (Persönlichkeitsschutz), S. 229; VISCHER, S. 74; siehe dazu auch TRACHSLER, S. 211 f.

<sup>299</sup> Kapitel zum Beginn und Dauer des Persönlichkeitsschutzes siehe Rz. 546.

<sup>300</sup> Urteil 2C\_103/2008 vom 30. Juni 2008, Erw. 6.2 und Kritik dazu von RUDOLPH (2C\_103/2008).

<sup>301</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 zu Art. 328b OR; PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1377; PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 134; STAEHELIN, N 1 zu Art. 328b OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 zu Art. 328b OR; RUDOLPH (2C\_103/2008); REHBINDER/STÖCKLI halten in N 1 zu Art. 328b OR mit Verweis auf BGE 131 V 298, Erw. 6.1 fest, dass Art. 328b OR nicht nur während der Dauer sondern auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses anwendbar ist, erwähnen aber nichts zu der Vorwirkung.

<sup>302</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 zu Art. 328b OR:

wachsen den Parteien erhöhte Pflichten hinsichtlich des Schutzes der Persönlichkeit<sup>303</sup>. Der Gesundheitszustand fällt unter die durch Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeitsgüter<sup>304</sup>. Wenn eine Arbeitgeberin die Anstellung eines Stellenbewerbers nur aufgrund einer Krankheit, welche auf die bestimmte Arbeitsstelle keinen relevanten Einfluss hätte, verweigert, handelt es sich um eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB.

- 161 Gestützt auf Art. 28a ZGB kann die von einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung betroffene Person eine Unterlassungs- und Beseitigungsklage beantragen, sofern sich die Persönlichkeitsverletzung weiterhin störend auswirkt auch eine Feststellungsklage. Überdies kann nach Art. 28a Abs. 3 ZGB Schadenersatz und Genugtuung gefordert werden.

### 1.2.3 Culpa in Contrahendo

- 162 Der Schutz vor Benachteiligung wegen des Gesundheitszustandes im Bewerbungsverfahren kann auch aus der anerkannten Rechtsfigur der culpa in contrahendo abgeleitet werden. Das in Art. 2 Abs. 1 ZGB verankerte Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben auferlegt Verhaltenspflichten bei Vertragsverhandlungen, deren schuldhafte Verletzung gegebenenfalls zur Haftung aus culpa in contrahendo führt<sup>305</sup>. Aus der Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben ergibt sich unter anderem eine erhöhte Sorgfalts- und Rücksichtspflicht der Parteien in einem Bewerbungsverfahren<sup>306</sup>.

### 1.2.4 Vertrauenshaftung

- 163 Ferner könnte auch in Betracht gezogen werden, den Schutz vor Benachteiligung wegen des Gesundheitszustandes im Bewerbungsverfahren mit der vom Bundesgericht im Fall *Swissair* entwickelten Vertrauenshaftung<sup>307</sup> zu begründen. Die Vertrauenshaftung setzt eine Sonderbeziehung voraus, die in ihrer Beziehungsnähe vertragsähnlichen Charakter hat. Indem im Bewerbungsverfahren personenbezogene Daten mittels Bewerbungsunterlagen ausgetauscht werden und in einem weiteren Schritt Bewerbungsgespräche geführt werden, entsteht zwischen einer Arbeitgeberin und einer Stellenbewerberin eine solche Sonderbeziehung<sup>308</sup>. Allerdings hat das Bundesgericht insbesondere im "Gotthardtunnel-Fall" die Vertrauenshaftung weiter präzisiert und begrenzt<sup>309</sup>. Eine Berufung auf die Vertrauenshaftung ist denn auch entbehrlich, da sich der Persönlichkeitsschutz der Stellenbewerbers bereits aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes nach Art. 27 und 28 ZGB sowie aufgrund von Art. 328b OR ableiten lässt.

### 1.2.5 Verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot

- 164 Das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte Diskriminierungsverbot ist grundsätzlich nicht anwendbar, da es keine direkte Drittwirkung entfaltet. Allerdings sieht Art. 35 BV vor, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen (Abs. 1) und die Behörden dafür sorgen müssen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Abs. 3). Diese Konzeption der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte verlangt, dass sowohl das verfassungsrechtliche als auch das völkerrechtliche

---

<sup>303</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 135.

<sup>304</sup> MEILI, N 17 zu Art. 28 ZGB.

<sup>305</sup> HONSELL, N 17 zu Art. 2 ZGB; PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 135.

<sup>306</sup> Urteil AGer Zürich vom 13. Januar 2006, AN 050401/U1, Erw. 5.6 c; PÄRLI (Vertragsfreiheit).

<sup>307</sup> BGE 120 II 331.

<sup>308</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 135.

<sup>309</sup> BGE 133 III 449 und ausführliche Kommentierung durch LOSER PETER, AJP 2008, S. 1171 ff.

Diskriminierungsverbot bei der Auslegung des Begriffs der Persönlichkeit i. S. v. Art. 27 und 28 ZGB sowie Art. 328 OR berücksichtigt werden<sup>310</sup>.

### 1.2.6 **Fazit: Persönlichkeitsschutz der Stellenbewerbenden**

165 Unabhängig davon, ob man Art. 328 OR eine Vorwirkung zugesteht oder nicht, sind Stellenbewerbende vor Benachteiligungen wegen des Gesundheitszustandes geschützt. Der Persönlichkeitsschutz der Stellenbewerbenden lässt sich aus Art. 27 und 28 ZGB, Art. 328b OR, der verfassungskonformen Auslegung des Begriff der Persönlichkeit i. S. v. Art. 27 und 28 ZGB sowie der Culpa in Contrahendo-Haftung ableiten<sup>311</sup>. Betroffene dürften aber regelmässig mit Beweisschwierigkeiten zu kämpfen haben.

## 2. *Benachteiligung bei der Anstellung*

### 2.1 *Ungleichbehandlung in der Kollektivkrankentaggeldversicherung (KVG und VVG)*

166 Viele Arbeitgebende schliessen für ihre Arbeitnehmende freiwillig oder aufgrund einer GAV-Bestimmung eine Taggeldversicherung nach KVG oder VVG ab. Nach Art. 69 Abs. 1 KVG kann der Versicherer für Krankheiten, die bei der Aufnahme bestehen oder erfahrungsgemäss zu Rückfällen führen, einen maximal fünf Jahre dauernden Vorbehalt anbringen<sup>312</sup>. Taggeldversicherungen nach dem VVG können dagegen die vertraglichen Aufnahmebedingungen so gestalten, dass Personen mit ungünstiger Gesundheit überhaupt nicht oder nur zu erhöhten Prämien in die Versicherung aufgenommen werden. Vorbestehende Leiden werden in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen denn auch regelmässig vom Versicherungsschutz ausgenommen<sup>313</sup>.

### 2.2 *Ungleichbehandlung im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge*

167 Während in der obligatorischen beruflichen Vorsorge Gesundheitsvorbehalte nicht zulässig sind<sup>314</sup>, ist in der weitergehenden beruflichen Vorsorge für die Risiken Tod und Invalidität ein Vorbehalt zulässig. Dieser darf höchsten fünf Jahre betragen und kann nur beim erstmaligen Eintritt in eine Vorsorgeeinrichtung oder bei einem Stellenwechsel angebracht werden (Art. 331c OR, Art. 14 FZG). Der Gesundheitsvorbehalt muss sich inhaltlich auf ein bestimmtes oder bestimmbares Leiden beziehen, das innerhalb der Dauer des Vorbehaltes ein relevantes Invaliditätsrisiko in sich birgt. Bezieht sich die Vorsorgeeinrichtung in der freiwilligen beruflichen Vorsorge reglementarisch oder statuarisch auf den Invaliditätsbegriff nach Art. 23 BVG, ist nur ein Vorbehalt für diejenigen Leiden möglich, die während der maximalen Vorbehaltsdauer von fünf Jahren zu einer Arbeitsunfähig und in der Folge eventuell zu einer Invalidität führen können. Sofern aber ein weitergehender oder enger gefasster Invaliditätsbegriff

---

<sup>310</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 136.

<sup>311</sup> PÄRLI (Persönlichkeitsschutz), S. 228 f.

<sup>312</sup> Siehe dazu Rz. 322 f.

<sup>313</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 144; siehe ausführlich zur Krankentaggeldversicherung Rz. 349 ff.

<sup>314</sup> Eine entsprechende Bestimmung fehlt zwar im BVG, da aber Art. 45 BVG die Möglichkeit eines Vorbehaltes bei der freiwilligen Versicherung vorsieht, kann daraus geschlossen werden, dass im obligatorischen Bereich keine Vorbehalte zulässig sind, PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 145.

verwendet wird, ist das Anbringen des Vorbehalts an diesem auszurichten. Vom Vorbehalt erfasst sind regelmässig nur risikorelevante Krankheiten bzw. Krankheitsdispositionen<sup>315</sup>.

---

<sup>315</sup> PÄRLI (Datenaustausch), S. 95; PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 146.

### 3. Kapitel: Arbeitsunfähigkeit und (drohende) Erwerbsunfähigkeit

#### I. Geldleistungen bei Arbeitsunfähigkeit

##### 1. Lohnfortzahlung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen

- 168 Die Voraussetzungen und die Dauer der Arbeitgeberpflicht den Arbeitnehmenden bei Arbeitsunfähigkeit als Folge von Krankheit oder Unfall den Lohn weiter auszurichten, sind je nach Rechtsquelle verschieden.
- 169 In privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen sind Art. 324a Abs. 1-4 OR und Art. 324b OR massgebend. Art. 324a Abs. 1-2 OR regelt u. a. Voraussetzungen, Dauer und Höhe der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit und Unfall. Art. 324a Abs. 3 OR bestimmt die vorliegend nicht weiter interessierende Lohnfortzahlung bei Schwangerschaft.
- 170 Ein Scharnier zum Versicherungsrecht bildet Art. 324a Abs. 4 OR. Durch schriftliche Abrede kann von den vorangehenden Absätzen abgewichen werden, sofern die getroffene Lösung für die Arbeitnehmenden insgesamt gleichwertig ist. Solche abweichenden Lösungen erfolgen in der Praxis regelmässig durch den Abschluss von Kollektiv-Krankentaggeldversicherungen. Vereinbarungen über die Lohnfortzahlungspflicht finden sich überdies häufig in Gesamtarbeitsverträgen (GAV).
- 171 Mit der dem Arbeitgeber auferlegten Pflicht, den Lohn auch bei Ausbleiben der Arbeitsleistung zu erbringen, wird von der allgemeinen vertragsrechtlichen Regel abgewichen, wonach bei Ausbleiben der vertraglichen Leistung die andere Vertragspartei ebenfalls von ihrer Leistungspflicht befreit wird<sup>316</sup>. Der Kern der Regelung war bereits im ursprünglichen OR von 1881 enthalten. Wie damals, dient die Bestimmung noch heute einem sozialen Zweck, in dem sie den arbeitsunfähigen Arbeitnehmenden für eine gewisse Zeit ein Erwerbseinkommen sichert. Heute stellen sich die Fragen der Daseinsvorsorge schwergewichtig im Sozialversicherungsrecht, weshalb der Anspruch auf Lohnfortzahlung auch als „Ergänzung zum Sozialversicherungsrecht“<sup>317</sup> bezeichnet wird.
- 172 Ist eine Arbeitsunfähigkeit auf einen Unfall im Sinne des Unfallversicherungsgesetzes (UVG) zurückzuführen<sup>318</sup>, bestimmt sich die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324b OR. Nach dieser Bestimmung kommt Art. 324a OR nicht zur Anwendung, wenn eine obligatorische Versicherung eine Versicherungsleistung von mindestens 80% ausrichtet, was im Falle der obligatorischen Unfallversicherung zutrifft. Alle Arbeitnehmenden sind in der gesetzlichen Unfallversicherung obligatorisch versichert. Damit stellt sich die Frage einer Lohnfortzahlungspflicht bei einem Unfall nur dann aufgrund von Art. 324a OR, wenn die Unfallversicherung z. B. bei einem selbstverschuldeten Unfall ihre Taggeldleistungen verweigert<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> Vgl. Art. 119 Abs. 2 OR; BGE 126 III 75.

<sup>317</sup> REHBINDER, N1 zu Art. 324a OR.

<sup>318</sup> Zum Unfallbegriff siehe Art. 4 ATSG; zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit in arbeitsrechtlicher Hinsicht vgl. Rz. 178, Rz. 206 ff.; zu den Taggeld- und den Rentenleistungen der obligatorischen Unfallversicherung siehe Rz. 286 ff.

<sup>319</sup> Siehe dazu Rz. 214 ff.



## 1.1 Die Voraussetzungen der Lohnfortzahlung

### 1.1.1 Gesundheitlich bedingte Arbeitsunfähigkeit

- 173 Der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a Abs. 1 OR setzt voraus, dass der Arbeitnehmer „aus Gründen, die in seiner Person liegen“ ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist. Im Gesetzestext werden die folgenden Gründe exemplarisch aufgeführt: Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes. Bei den vorliegend interessierenden Gründen „Krankheit“ und „Unfall“ bildet nicht die gesundheitliche Beeinträchtigung als Folge einer Krankheit oder eines Unfalls an sich die Voraussetzung für den Anspruch auf eine Lohnfortzahlung, sondern vielmehr die daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit. Erforderlich ist demnach ein Kausalzusammenhang zwischen der unfall- oder krankheitsbedingten Beeinträchtigung und der Arbeitsunfähigkeit<sup>320</sup>.
- 174 Anders als der im Sozialversicherungsrecht massgebende Begriff der Arbeitsunfähigkeit<sup>321</sup> wird im privaten Arbeitsrecht nicht auf die Fähigkeit, im bisherigen Beruf zumutbare Arbeit zu leisten, abgestellt. Im Anwendungsbereich von Art. 324a OR wird in erster Linie auf den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin abgestellt. Um die Arbeitsunfähigkeit i. S. v. Art. 324a OR zu bestimmen, ist die gesundheitliche Beeinträchtigung den konkreten Pflichten des Einzelarbeitsvertrages gegenüberzustellen<sup>322</sup>. Sowohl die Feststellung der gesundheitlichen Beeinträchtigung als auch die Einschätzung der Fähigkeit, die gemäss Arbeitsvertrag geschuldeten Tätigkeiten auszuüben, haben durch eine Ärztin zu erfolgen. Neben der Möglichkeit, die vertraglich geschuldeten Leistung zu erbringen, sollen zudem auch weitere mit der Arbeitsstelle verbunden Faktoren, wie bspw. das Arbeitsklima in einem Betrieb, in die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit einbezogen werden<sup>323</sup>.
- 175 Neben der Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung erfasst der Begriff der „Verhinderung an der Arbeitsleistung“ auch jene Sachverhalte, in welchen es dem Arbeitnehmer zwar möglich, jedoch *nicht zumutbar* ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen<sup>324</sup>. Praktisch von grosser Relevanz ist die Frage der Unzumutbarkeit der Erbringung der Arbeitsleistung, wenn die Arbeitnehmerin während der Arbeitszeit einen Arzt aufsucht, ohne dass eine gesundheitlich bedingte Arbeitsunfähigkeit vorliegt.
- 176 Ob in diesen Fällen ein Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht hängt zum einen davon ab, ob die Konsultation überhaupt während der Arbeitszeit erfolgen kann oder ob dafür Freizeit aufgewendet werden muss. Diese Frage beurteilt sich danach, ob es sich bei der benötigten Zeit um „übliche freie Stunden“ i. S. v. Art. 329 Abs. 3 OR handelt<sup>325</sup>. Erst bei Bestehen eines Anspruchs auf zusätzliche Freizeit, stellt sich überhaupt die Frage der Lohnfortzahlung, wobei diese in der Lehre unterschiedlich beantwortet wird. Während nach der einen Ansicht der An-

<sup>320</sup> Kein Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht, wenn der Arbeitnehmer nicht nur wegen der Arbeitsunfähigkeit sondern auch aus anderen Gründen nicht zur Arbeit erscheint. Am Wochenende und an Feiertagen erscheint der Arbeitnehmer nicht zur Arbeit und eine allfällig vorliegende Arbeitsunfähigkeit spielt dann keine Rolle mehr. In diesen Fällen besteht mangels Kausalität zwischen Arbeitsunfähigkeit kein Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes, siehe dazu ZINSLI, S. 197 ff.; EGLI, S. 1067. Fällt die Arbeitsunfähigkeit hingegen in die Ferien, können diese nachbezogen werden, da der Ferienzweck – die Erholung – durch die Krankheit vereitelt wird.

<sup>321</sup> Vgl. Art. 6 ATSG; nach Satz 2 der Bestimmung wird zudem bei längerer Arbeitsunfähigkeit auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf berücksichtigt, siehe dazu hinten, Rz. 338 ff.

<sup>322</sup> GSGer vom 4. Februar 1982 JAR 1983 117.

<sup>323</sup> GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 324.

<sup>324</sup> PORTMANN, N1 zu Art. 324a OR; STAEHELIN, N3 zu Art. 324a OR; BRÜHWILER (Kommentar), S. 151; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N6 zu Art. 324a/b.

<sup>325</sup> Für den Anspruch auf Gewährung von Freizeit i. S. v. Art. 329 Abs. 3 OR wird vorausgesetzt, dass aus medizinischen oder anderen Gründen der Arztbesuch nicht ausserhalb der Arbeitszeit wahrgenommen werden kann; vgl. dazu PORTMANN, N15 zu Art. 329 OR und ZINSLI, S. 65.

spruch auf zusätzliche Freizeit gleichsam eine Lohnfortzahlung impliziert<sup>326</sup>, wird der Lohnanspruch nach anderer Ansicht mit dem Hinweis auf die Zumutbarkeit der stundenweisen Ausgleichung der Fehlzeit verneint<sup>327</sup>. Ähnlich gelagerte Fragen stellen sich auch im Zusammenhang mit Operationen und Kuraufenthalten. Ob – trotz Fähigkeit, die Arbeitsleistung zu erbringen – eine für den Lohnfortzahlungsanspruch relevante Verhinderung an der Arbeitsleistung vorliegt, beurteilt sich in beiden Fällen nach der Möglichkeit, die fragliche Massnahme ohne Gefährdung der Gesundheit auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben<sup>328</sup>.

- 177 Neben einer ganzen kann eine krankheits- oder unfallbedingte gesundheitliche Beeinträchtigung auch eine teilweise Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben. Die Ärztin wird den Grad der Arbeitsunfähigkeit in Prozenten angeben, wobei unklar bleiben kann, ob sich die Einschränkung auf die Arbeitsleistung oder die Arbeitszeit bezieht. Die Unterscheidung ist von weittragender Relevanz, weil im Falle einer reduzierten *Arbeitsleistung* weiterhin Anspruch auf den „regulären“ Lohn besteht<sup>329</sup>, während sich bei einer Unfähigkeit die Arbeitsleistung während der vertraglich vereinbarten *Arbeitszeit* zu erbringen die Lohnzahlung nach Art. 324a OR richtet. Allgemeine Regeln, wonach festgelegt werden kann, ob sich die Einschränkung auf die Arbeitsleistung oder die Arbeitszeit bezieht, gibt es nicht. Im Zweifel hat eine Rückfrage an die das Zeugnis ausstellende Person zu erfolgen.
- 178 Art. 324a OR nennt Krankheit und Unfall ausdrücklich als „in der Person der Arbeitnehmerin liegende“ Verhinderungsgründe. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ATSG ist Krankheit „jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, welche nicht Folge eines Unfalles ist und eine medizinische Behandlung oder Untersuchung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zu Folgen hat“<sup>330</sup>. Nach Art. 4 ATSG ist Unfall „die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat“. Es ist jedoch zu beachten, dass die sozialversicherungsrechtlichen Begriffsdefinitionen für das Bestehen des arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlungsanspruchs nicht von Bedeutung sind. Mit der ausdrücklichen Erwähnung von Krankheit und Unfall stellt das Gesetz lediglich klar, dass es sich um persönliche Hinderungsgründe handelt. Auch bei unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit richten sich die Voraussetzungen der Lohnfortzahlung nach Art. 324a Abs. 1-3 OR, wobei die Koordination mit Leistungen einer obligatorischen Versicherung durch Art. 324b OR erfolgt<sup>331</sup>.

### 1.1.2 Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses

- 179 Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht nach Art. 324a Abs. 1 OR nur, wenn das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde. Die auf der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beruhende Lohnfortzahlungspflicht setzte also voraus, dass ein Arbeitsverhältnis eine gewisse Zeit dauert. Für die Arbeitnehmenden heisst dies, dass das Risiko des Lohnverlustes als Folge gesundheitlicher Beein-

---

<sup>326</sup> ZINSLI, S. 66; REHBINDER, N23 zu Art. 329 OR.

<sup>327</sup> BRÜHWILER (Kommentar), N 2 zu Art. 324a OR.

<sup>328</sup> Vgl. dazu AGer ZH vom 23. Mai 1979 JAR 1981, 260 (Operation); Urteil BGer 4C.496/1996 vom 5. Mai 1997, JAR 1998 214 (Kuraufenthalt).

<sup>329</sup> Gegenstand des Arbeitsvertrages ist die Arbeitsleistung und nicht der Arbeitserfolg; setzt der Arbeitnehmer seine reduzierte Arbeitskraft ein, erfüllt er seine Leistungspflicht, sodass sich der Lohnanspruch nach Art. 322 Abs. 1 OR richtet. Aufgrund der Fürsorgepflicht müssen Arbeitgebende darauf Rücksicht nehmen, wenn Arbeitnehmende krankheitsbedingt langsamer arbeiten, vgl. BGer 4A\_291/2008 vom 2. Dezember 2008.

<sup>330</sup> Die Aussagekraft der gesetzlichen Krankheitsdefinition von Art. 3 Abs. 1 ATSG wird als äusserst gering bezeichnet, da Krankheit als „Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit“ umschrieben wird, und diese Umschreibung gleichbedeutend mit der Aussage „Krankheit ist eine körperliche, geistige oder psychische Krankheit“ ist (MEYER [Krankheitsbegriff], S. 10 ff.).

<sup>331</sup> Siehe dazu hinten, Rz. 206 ff.

trächtigkeit bei sehr kurzfristigen Arbeitsverhältnissen nicht gedeckt ist. Die vom Gesetzgeber getroffene Regelung ist allerdings missverständlich und umstritten.

180 Die Karenzfrist beginnt im Zeitpunkt des vertraglich vereinbarten Stellenantritts. Es sind vier Fälle zu unterscheiden:

- Ist das Arbeitsverhältnis befristet und wurde es für eine längere Dauer als drei Monate eingegangen, ist die Arbeitgeberin vom Vertragsantritt an zur Lohnfortzahlung verpflichtet.
- Bei einem befristeten Arbeitsverhältnis von weniger als 3 Monaten besteht während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Lohnfortzahlungspflicht<sup>332</sup>.
- Bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag ist zu unterscheiden, ob eine längere als eine dreimonatige Kündigungsfrist<sup>333</sup> besteht. Ist dies der Fall, besteht ebenfalls vom ersten Tag an eine Lohnfortzahlungsfrist.
- Handelt es sich um ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von höchstens drei Monaten, besteht die Lohnfortzahlungspflicht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erst nach Ablauf von drei Monaten; ist der Arbeitnehmer während dieser drei Monate unverschuldet aus persönlichen Gründen an der Arbeit verhindert, hat er keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung<sup>334</sup>.

181 Es stellt sich die Frage, ob die unterschiedliche Behandlung von auf mehr als drei Monaten befristeten Arbeitsverhältnissen und von unbefristeten Arbeitsverhältnissen, die mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten oder weniger aufgelöst werden können, sachlich gerechtfertigt ist. In der Lehre wird die vom Bundesgericht vertretene Lösung mitunter kritisiert<sup>335</sup>.

182 Schliesst an einen Arbeitsvertrag unmittelbar ein neuer an, beginnt keine neue Karenzfrist, sondern der Arbeitnehmer hat in jedem Fall ab dem ersten Tag einen Lohnfortzahlungsanspruch<sup>336</sup>. Sogar bei Unterbrüchen werden die Dienstzeiten in der Regel zusammengezählt. Massgebend ist, ob die Parteien den Unterbruch als Beendigung des Arbeitsverhältnisses betrachten. In diesem Fall wird nach dem Unterbruch ein neues Arbeitsverhältnis begründet, weshalb mit erneutem Stellenantritt eine weitere Karenzfrist zu laufen beginnt<sup>337</sup>. Ist hingegen bereits bei „Beendigung“ des Arbeitsverhältnisses absehbar, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nach dem Unterbruch wieder bei derselben Arbeitgeberin erbringen wird, wird

---

<sup>332</sup> BGE 126 III 75, Erw. 2d, m. H. auf die Literatur; BGE 131 III 623, Erw. 2.4.1.

<sup>333</sup> Bei der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis für länger als drei Monate eingegangen wurde, sind auch die Bestimmungen über den Kündigungsschutz zu berücksichtigen: der sachliche Kündigungsschutz besteht nach Ablauf der Probezeit und beträgt im ersten Dienstjahr einen Monat (Art. 335c Abs. 1 OR); der zeitliche Kündigungsschutz setzt ebenfalls nach der Probezeit ein und beträgt im ersten Dienstjahr dreissig Tage (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR).

<sup>334</sup> BGE 131 III 623, Erw. 2.4.4.4.f., m. H. auf die Literatur.

<sup>335</sup> PORTMANN (N 9 zu Art. 324a OR) und STAEHELIN (N 35 a. E. zu Art. 324a OR) bejahen den Anspruch des Arbeitnehmers ab dem Zeitpunkt, in welchem eine Vertragsauflösung innerhalb der ersten drei Monate nicht mehr möglich ist, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (N 2 zu Art. 324a OR) lehnen eine solche Auslegung mit Hinweis auf den Gesetzeswortlaut „...gedauert hat...“ und den Schwierigkeiten in der Praxis ab, teilen aber die Kritik am heutigen Rechtszustand; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (N13 zu Art. 324a OR) wollen den Anspruch bereits am ersten Tag des Arbeitsverhältnisses entstehen lassen.

<sup>336</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 324a OR, m. H. auf die Rechtsprechung.

<sup>337</sup> BGE 101 Ia 463, Erw. 2.

beim Wiederantritt der Stelle keine neue Karenzfrist ausgelöst<sup>338</sup>. Bei aufeinanderfolgenden Arbeitsverträgen ist jeweils zu prüfen, ob ein sog. Kettenarbeitsvertrag vorliegt<sup>339</sup>.

- 183 Praktisch werden die Risiken und Fragestellungen betreffend die Karenzfrist in zweierlei Hinsicht entschärft. Zum einen kennt das UVG keine entsprechende Karenzfrist: Bei einer Arbeitsunfähigkeit, die durch das UVG gedeckt ist, besteht somit auch während der ersten drei Monaten ein Taggeldanspruch, der ab dem dritten Tag<sup>340</sup> nach dem Unfall ausgerichtet wird und 80% des letzten Lohnes<sup>341</sup> beträgt. Zum anderen sind die Folgen der Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer Krankheit Regelungsgegenstand vieler GAVs und Anstellungsreglemente. Damit der Lohnausfall bei Krankheit je nach Umständen nicht erst ab dem vierten Monat abgesichert ist, ist oftmals eine Lohnfortzahlung ab dem ersten Tag des Anstellungsverhältnisses vereinbart oder der Arbeitgeber ist verpflichtet, für seine Belegschaft eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen, welche in der Regel bereits nach einer Karenzfrist von wenigen Tagen die Taggeldleistungen erbringt.

### 1.1.3 Fehlendes Verschulden

- 184 Der Anspruch auf Lohnfortzahlung setzt voraus, dass die Arbeitnehmerin die Arbeitsunfähigkeit nicht verschuldet hat. Allgemein setzt ein Verschulden subjektiv Urteilsfähigkeit und objektiv Vorsatz<sup>342</sup> oder Fahrlässigkeit voraus. Arbeitnehmende müssen jedoch nicht dauernd um die Erhaltung ihrer Arbeitsfähigkeit bemüht sein. Deshalb werden an die zu beachtende Sorgfalt keine hohen Anforderungen gestellt und nur ein offensichtliches Fehlverhalten soll sich auf den Lohnfortzahlungsanspruch auswirken<sup>343</sup>. Wird die Arbeitsunfähigkeit von der Arbeitnehmerin vorsätzlich herbeigeführt, entfällt ihr Lohnfortzahlungsanspruch gänzlich. Ist das Verhalten hingegen als leicht fahrlässig zu qualifizieren, handelt es sich nach dem oben Ausgeführten nicht um ein im Rahmen von Art. 324a OR relevantes Verschulden, weshalb sich am Anspruch auf Lohnfortzahlung nichts ändert. Betreffend die Rechtsfolgen bei grobfahrlässigem Verhalten des Arbeitnehmers besteht in der Lehre keine Einigkeit. Ein Teil spricht sich in diesem Fall für eine Kürzung und nicht für ein vollständiges Entfallen des Anspruchs aus<sup>344</sup>. Gegen eine Kürzung des Anspruchs wird angeführt, dass für ein solches Vorgehen keine gesetzliche Grundlage bestehe<sup>345</sup> oder diese dem im Gesetz verankerten Verschuldensprinzip widerspräche<sup>346</sup>.
- 185 Die Frage nach der rechtlich relevanten Mitverantwortlichkeit der Arbeitnehmerin an der Arbeitsunfähigkeit stellt sich in bedeutenderem Masse bei Unfallereignissen als bei Krankheiten. Als eventualvorsätzliche Herbeiführung der Verhinderung an der Arbeitsleistung wird bspw. angesehen, wenn sie Folge eines Autounfalls ist und dabei der Blutalkoholwert des Lenkers 0,5 Promille deutlich und offensichtlich überschritten wurde<sup>347</sup>. Fahren in fahruntüchtigem Zustand, ohne dass der zulässige Grenzwert deutlich und offensichtlich überschritten wird<sup>348</sup>, und

<sup>338</sup> EGLI, S. 1071; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 324a OR.

<sup>339</sup> Siehe zum Kettenarbeitsvertrag Rz. 491 sowie STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 334 OR.

<sup>340</sup> Art. 16 Abs. 2 UVG.

<sup>341</sup> Art. 22 Abs. 3 UVV.

<sup>342</sup> Auch Eventualvorsatz ist erfasst, bspw. fahren in angetrunkenem Zustand (PORTMANN, N5 zu Art. 324a OR).

<sup>343</sup> WYLER, S. 222; PORTMANN, N 4 zu Art. 324a OR; REHBINDER, N 16 zu Art. 324a OR; PAPA, S. 74 f.; Urteil OGer TG v. 29.9.1983 JAR 1984 126, Erw. 2a.

<sup>344</sup> AUBERT (Kommentar), N 34 zu Art. 324a OR; EGLI, S. 1065; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 29 zu Art. 324a/b OR.

<sup>345</sup> PORTMANN, N 5 zu Art. 324a OR; REHBINDER, N 15 zu Art. 324a OR, der aber in N 16 zu Art. 324a OR betont, dass Verschulden nur bei einem groben Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse gebotene Verhalten vorliege.

<sup>346</sup> BRÜHWILER (Kommentar), N7 zu Art. 324a OR.

<sup>347</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 29 zu Art. 324a/b OR m. H.

<sup>348</sup> Urteil OGer ZH vom 23. Mai 1978, JAR 1980 137.

das Nichttragen der Sicherheitsgurten<sup>349</sup> werden als grob fahrlässiges Verhalten angesehen und wirken sich somit ebenfalls auf den Anspruch auf Lohnfortzahlung aus. Sportliche Betätigungen implizieren für sich noch kein Verschulden, auch wenn es sich um riskante Sportarten handelt<sup>350</sup>. Ein im Rahmen von Art. 324a OR relevantes Verschulden setzt neben der Ausübung von sportlichen Aktivitäten weiter voraus, dass diese in krasser Weise entgegen der Regeln der Kunst stattfindet. Dies ist zu bejahen, wenn die Betätigung mit ungenügender Ausrüstung, ohne die erforderliche Ausrüstung oder ohne die vorherige Aneignung der von Mindestkenntnissen erfolgt<sup>351</sup>. Ob ein Verhalten als grobfahrlässig eingestuft werden muss, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen<sup>352</sup>.

- 186 Bei Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit kommt ein Selbstverschulden des Arbeitnehmers nur in wenigen Fällen in Betracht. So wird das Verschulden bei einer Arbeitsunfähigkeit aufgrund Drogenkonsums<sup>353</sup>, einer Infizierung mit einer ansteckenden Krankheit, den Folgen eines Selbstmordversuches, eines erlaubten Schwangerschaftsabbruchs sowie aufgrund Geschlechtskrankheiten in der Regel zu verneinen sein<sup>354</sup>. Die Arbeitnehmerin kann ein Verschulden treffen, indem sie eine medizinische gebotene Behandlung verweigert<sup>355</sup>. Klar ist, dass es sich um eine allgemein anerkannte Behandlungsform handeln muss. Weigert sich die Arbeitnehmerin, sich einer riskanten oder ungewissen Behandlung zu unterziehen, kommt ein Verschulden nicht in Betracht<sup>356</sup>. Allgemein wird ein Selbstverschulden der Arbeitnehmerin dann bejaht, wenn eine medizinisch klar gebotene Handlung verweigert wird<sup>357</sup>. Teilweise wird darüber hinaus gefordert, dass einer Abmahnung durch die Arbeitgeberin keine Folge geleistet wird und somit ein direkter Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Arbeitnehmers und der Arbeitsunfähigkeit besteht<sup>358</sup>. Kein Verschulden liegt vor, wenn der Arbeitnehmer sich einer medizinisch indizierten aber aufschiebbaren Behandlung sofort unterzieht. Es sei denn, bei einer Interessenabwägung überwiegt das Arbeitgeberinteresse klar und ein medizinisches Risiko kann bei einem Aufschub ausgeschlossen werden<sup>359</sup>.
- 187 Weigert sich die Arbeitnehmerin, sich einer medizinisch klar gebotenen medizinischen Behandlung zu unterziehen und dauert die Arbeitsunfähigkeit deshalb weiter an, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber – unabhängig davon, ob er zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist – das Arbeitsverhältnis kündigen kann, ohne dass es sich um eine missbräuchliche Kündigung i. S. v. Art. 336 Abs. 1 OR handelt. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR liegt Missbräuchlichkeit u. a. vor, wenn die Kündigung wegen einer Eigenschaft ausgesprochen wird, die der Arbeitnehmerin kraft ihrer Persönlichkeit zusteht. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung ist eine Kündigung, welche wegen einer Krankheit ausgesprochen wird missbräuchlich, sofern

---

<sup>349</sup> BRÜHWILER (Kommentar), N 7b zu Art. 324a OR.

<sup>350</sup> BRÜHWILER (Kommentar), N 7b zu Art. 324a OR.

<sup>351</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 29 zu Art. 324a/b OR m. w. H.

<sup>352</sup> BRÜHWILER (Kommentar), N 7b zu Art. 324a OR.

<sup>353</sup> GSGer vom 14. März 1983 JAR 1984 136; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 29 zu Art. 324a/b OR; GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 326; EGLI, S. 1067; REHBINDER, N 16 zu Art. 324a OR.

<sup>354</sup> EGLI, S. 1067 f.; REHBINDER, N 16 zu Art. 324a OR.

<sup>355</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 29 zu Art. 324a/b OR; REHBINDER, N 16 zu Art. 324a OR; Bei einer Einstellung der Lohnzahlung wegen Verweigerung einer medizinischen Behandlung ist zu beachten, dass das Recht auf individuelle Selbstbestimmung als Teilgehalt der persönlichen Freiheit nach Art. 10 BV den Schutz aller wichtigen Entscheidungen der Persönlichkeitsentfaltung und der individuellen Lebensgestaltung garantiert, worunter auch Gesundheitsbedürfnisse fallen (vgl. SCHWEIZER, N 24 zu Art. 10 BV). Ob der private Arbeitgeber an die Grundrechte gebunden ist, bleibt freilich umstritten (vgl. dazu PÄRLI KURT, [Vertragsfreiheit], S. 216 ff.). Im Sozialversicherungsrecht hat die Rechtsprechung anerkannt, dass die Verweigerung von Leistungen eine Person in ihren Grundrechten mittelbar verletzen kann (Vgl. dazu PÄRLI [Selbsteingliederung]).

<sup>356</sup> EGLI, S. 1068.

<sup>357</sup> GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 326; EGLI, S. 1068; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 29 zu Art. 324a/b OR; PAPA, S. 75.

<sup>358</sup> GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 326.

<sup>359</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 29 zu Art. 324a/b OR.

trotz Krankheit die Arbeitsleistung erbracht werden kann<sup>360</sup>. Hat die unterlassene medizinische Behandlung zur Folge, dass die Verhinderung an der Erbringung der Arbeitsleistung anhält, wird indes der Zusammenhang zwischen dem weiterhin anhaltenden Krankheitszustand und der Arbeitsunfähigkeit zu bejahen sein, sodass die Kündigung ausnahmsweise als nicht missbräuchlich zu betrachten ist<sup>361</sup>.

#### 1.1.4 Anzeigepflicht des Arbeitnehmers

- 188 Die Anzeigepflicht des Arbeitnehmers, also die Pflicht, den Arbeitgeber über die Arbeitsunfähigkeit zu informieren, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Die Treuepflicht (Art. 321a OR) verlangt von Arbeitnehmenden aber grundsätzlich, die Arbeitgebenden rechtzeitig über wichtige Ereignisse wie bspw. eine Arbeitsunfähigkeit zu informieren<sup>362</sup>. So hat das Bundesgericht in einem Urteil vom 15. Februar 2005 festgehalten: „(...) le devoir de fidélité, énoncé à l'art. 321a al. 1 CO, impose au travailleur d'informer immédiatement l'employeur sur son état de santé en cas d'absence“ und der Cour d'appel des Prud'hommes de Genève hat in einem Urteil vom 21. Februar 2006 betont: „Cette obligation de fidélité concerne aussi le travailleur lorsqu'il s'estime malade et incapable de travailler. Elle lui impose, entre autres, pendant cette période, une obligation d'information («*Mitteilungspflicht*») rapide, continue et complète de l'employeur pour ce qui est de l'existence, du degré et de la durée (prévisible) de son incapacité de travail.“<sup>363</sup> Die Information des Arbeitgebers über die Verhinderung an der Arbeitsleistung sollte also so rasch als möglich zu erfolgen.
- 189 Betreffend eine (noch) nicht die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigenden Krankheit besteht hingegen keine Informationspflicht des Arbeitnehmers, selbst wenn sie möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt eine Arbeitsunfähigkeit verursachen könnte. Eine solche Informationspflicht lässt sich auch nicht aus der Treuepflicht ableiten. Gemäss Art. 3 lit. c Ziff. 2 Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) gehören Gesundheitsdaten zu den besonders schützenswerten Personendaten. Eine Offenlegung solcher Informationen kann von einem Arbeitnehmer nur verlangt werden, wenn ansonsten die Gesundheit anderer gefährdet wäre. Weder das Interesse der Arbeitgeberin an einer möglichst frühzeitigen Kenntnis von möglichen Erkrankungen, noch dass der Arbeitnehmer eine leitende Stellung bekleidet, vermögen eine derartige Informationspflicht zu begründen<sup>364</sup>. Das Tribunale d'appello del Cantone Ticino hat allerdings in einem Urteil vom 6. März 1996 die fristlose Kündigung einer Assistenzärztin geschützt, da diese – während sie ihren Vertrag neu aushandelte, um ihrer Teilinvalidität Rechnung zu tragen – dem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft verschwie<sup>365</sup>.
- 190 Selbst wenn aber eine Verletzung der Treuepflicht vorliegt, wird die Berufung auf Lohnfortzahlung dadurch nicht automatisch rechtsmissbräuchlich<sup>366</sup>. Das Anzeigen einer Arbeitsunfähigkeit stellt grundsätzlich keine zwingende Voraussetzung für die Lohnfortzahlung dar. Allerdings müssen Arbeitnehmende ihre die krankheits- und unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit beweisen, wenn sie die im Gesetz oder durch Arbeits- bzw. Versicherungsvertrag vorgesehe-

<sup>360</sup> Siehe dazu ausführlich Rz. 58 ff.

<sup>361</sup> NORDMANN, S. 90, siehe weitergehend zum sachlichen Kündigungsschutz bei krankheits- und unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit, Rz. 49 ff.

<sup>362</sup> Urteil BGer 4C.346/2004 vom 15. Februar 2005, Erw. 5.1 m. V. a. Urteil BGer 4C.331/1998 vom 12. März 1999, Erw. 3b, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 321a OR.

<sup>363</sup> Urteil CA GE in JAR 2008, S. 376 ff., Erw. 2.2 m. V. a. STAEHELIN, N. 10 zu Art. 321a OR und SCHÖNENBERGER, S. 65; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 321a OR.

<sup>364</sup> Zum ganzen Abschnitt Urteil BGer 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001, Erw. 2b/aa; siehe dazu Rz. 619 f.

<sup>365</sup> Urteil Tribunale d'appello del Cantone Ticino vom 30. Januar 1996 in JAR 1997, S. 110–112; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 321a OR; es ist aber nicht grundsätzlich rechtsmissbräuchlich, wenn die Arbeitnehmerin erst einige Zeit nach Erhalt der Kündigung die Arbeitgeberin über die Schwangerschaft informiert, vgl. hierzu BGE 135 III 349, Erw. 2.

<sup>366</sup> Urteil BGer 4C.346/2004 vom 15. Februar 2005, Erw. 5.1.

nen Leistungen beziehen wollen<sup>367</sup>. Darüber hinaus besteht die Pflicht der Arbeitnehmenden, ihre Arbeitgebenden über eine krankheits- oder unfallbedingte Abwesenheit zu informieren nur dann, wenn letztere nicht bereits um die Arbeitsunfähigkeit wissen<sup>368</sup>.

### 1.1.5 Zusammenfassend

191 Ist eine Arbeitnehmerin an der Arbeitsleistung verhindert, ist ihr gemäss Art. 324a Abs. 1 OR der Lohn dennoch auszurichten, falls die Verhinderung in ihrer Person liegt, sie kein Verschulden trifft und das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde. Eine Verhinderung an der Arbeitsleistung liegt vor, wenn aufgrund einer gesundheitlichen Beeinträchtigung die gemäss Arbeitsvertrag geschuldeten Tätigkeiten nicht mehr ausgeführt werden können. Bei einer gesundheitlichen Beeinträchtigung infolge eines Unfalls oder einer Krankheit liegt eine in der Person der Arbeitnehmerin begründete Arbeitsunfähigkeit vor. Objektive Gründe wie Naturkatastrophen oder Streichung eines Fluges begründen keine Lohnfortzahlungspflicht. Eine verschuldete Arbeitsunfähigkeit ist nicht leichthin anzunehmen, nur ein offensichtliches Fehlverhalten wirkt sich auf den Anspruch der Arbeitnehmerin aus. Die Voraussetzung der Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses ist bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann nicht erfüllt, wenn eine Kündigungsfrist von max. drei Monaten vereinbart ist und die Arbeitsunfähigkeit während den ersten drei Monaten eintritt. In der Lehre wird diese Auffassung als nicht sachgemäss kritisiert.

## 1.2 Höhe und Dauer der Lohnfortzahlungspflicht

### 1.2.1 Allgemeines

192 Sind die Voraussetzungen von Art. 324a Abs. 1 OR erfüllt, hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin „für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten“. Der Wortlaut der Bestimmung stellt klar, dass es sich bei der Leistung um Lohn und nicht etwa um eine Ersatzleistung handelt. Entsprechend sind die Bestimmungen über die Ausrichtung des Lohnes<sup>369</sup> anwendbar und es müssen Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden<sup>370</sup>. Die Qualifikation der Leistungen als Lohn hat ausserdem zur Folge, dass sich der Arbeitnehmer weder die Leistungen einer auf eigene Kosten abgeschlossenen Taggeldversicherung noch Leistungen der AHV anrechnen lassen muss<sup>371</sup>. Im Unterschied zur Regelung über die Art und Höhe des Lohnes im Allgemeinen<sup>372</sup> kann der Arbeitnehmer auf seinen Anspruch auf Lohnfortzahlung während des Arbeitsverhältnisses und einen Monat nach Beendigung nicht verzichten<sup>373</sup>.

### 1.2.2 Höhe der Lohnfortzahlung

193 Die Regelung von Art. 324a Abs. 1 OR soll den Arbeitnehmer während einer beschränkten Zeit so stellen, wie wenn er hätte arbeiten können (Lohnausfallprinzip). Neben dem normalen Lohn besteht auch Anspruch auf Zulagen (bspw. Teuerungs-, Sozial- oder Nachtzulagen).

---

<sup>367</sup> Siehe dazu Rz. 11.

<sup>368</sup> SCHÖNENBERGER, S. 60.

<sup>369</sup> Art. 323 ff. OR.

<sup>370</sup> Dies im Gegensatz zu Leistungen einer Krankentaggeldversicherung, welche gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b AHVV nicht der Beitragspflicht unterliegen.

<sup>371</sup> STAEHELIN, N 48 zu Art. 324a OR.

<sup>372</sup> Art. 322 OR.

<sup>373</sup> Art. 341 Abs. 1 i. V. m. Art. 362 Abs. 1 OR.

Gratifikationen, 13. Monatslohn, Prämien oder Beteiligungen am Geschäftsgewinn sind bei Fälligkeit auszurichten, wobei jene Leistungen, auf welche ein Rechtsanspruch besteht, nicht wegen der unverschuldeten Arbeitsverhinderung herabgesetzt werden dürfen<sup>374</sup>. Sofern Trinkgelder Lohnbestandteil sind, müssen sie ebenfalls ausgerichtet werden<sup>375</sup>; anders sogenannte „Overtips“, welche nicht Lohnbestandteil bilden und somit nicht in der Lohnfortzahlung enthalten sind<sup>376</sup>. Bei Spesen handelt es sich nicht um Lohn, weshalb sie im Rahmen der Lohnfortzahlung auch nicht zu bezahlen sind<sup>377</sup>. Zum normalen Lohn ist bei Leistungen im Rahmen von Art. 324a Abs. 1 OR eine Entschädigung für Überstunden auszurichten, wenn diese schon vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit geplant oder angeordnet waren oder wenn der Arbeitnehmer während längerer Zeit Überstunden zu leisten hatte und er deshalb davon ausgehen konnte, dass auch während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit Überstunden im Masse der vorangehenden Zeit anfallen werden<sup>378</sup>.

- 194 Variiert die Höhe des Lohnes, was bspw. bei Arbeit auf Abruf, Akkordlohn oder anderen Formen von leistungsorientierten Lohnsystemen der Fall ist, kann die Anwendung des Lohnausfallsprinzips mitunter Mühe bereiten. Da sich der Lohn von Monat zu Monat unterscheiden kann, fragt sich, wie der Lohnausfall ermittelt werden soll. Es sind verschiedene Ansätze denkbar: Eine erste Möglichkeit besteht darin, auf den unmittelbar vor dem Eintreten der Arbeitsunfähigkeit bezogenen Lohn abzustellen<sup>379</sup>. Nach einer anderen Methode soll der „darauf entfallende Lohn“ dem entsprechen, was ein vergleichbarer Arbeitnehmer in der fraglichen Periode verdient hat<sup>380</sup>. Schliesslich kann die Höhe der Lohnfortzahlung aus dem Durchschnittslohn einer repräsentativen Zeitspanne errechnet werden, wobei jedoch aktuelle Entwicklungen und Besonderheiten zu berücksichtigen sind<sup>381</sup>.

### 1.2.3 Dauer der Lohnfortzahlung

#### a) Lohn „für eine beschränkte Zeit“

- 195 Art. 324a Abs. 1 OR hält fest, dass bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer den Lohn „für eine beschränkte Zeit“ auszurichten hat. In Abs. 2 der Bestimmung wird präzisiert, dass der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine „angemessene längere Zeit“ zu entrichten hat, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen. Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, eine Skala, welche die Dauer der Lohnfortzahlung in Abhängigkeit vom Dienstjahr festlegt, in das Gesetz aufzunehmen. Hintergrund dieser Lösung ist, dass der Richter im Streitfall die Dauer der Lohnfortzahlung nicht nur gestützt auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses, sondern ebenso unter Würdigung der weiteren Umstände, wie frühere Leistungen des Arbeitgebers, Zeitpunkt und Umfang dieser Leistungen oder die wirtschaftlichen Verhältnis-

---

<sup>374</sup> REHBINDER, N 22 zu Art. 324a OR.

<sup>375</sup> GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 1070 m. H.

<sup>376</sup> EGLI, S. 1070, bezeichnet dies als der Realität oft nicht gerecht werdend und verweist zudem auf den GAV für das Gastgewerbe, in dessen Anwendungsbereich sich die Frage eigentlich nicht stellt, weil dieser den Arbeitgebern den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung, welche Overtips nicht versichert, vorschreibt und bei Versäumnis des Arbeitgebers, eine Versicherung abzuschliessen, diesem die Pflicht auferlegt, die Versicherungs- und nicht die Lohnfortzahlungsleistungen zu erbringen.

<sup>377</sup> EGLI, S. 1070, spricht sich für den Anspruch auf Ausrichtung von Spesen im Falle der unverschuldeten Arbeitsverhinderung aus, soweit es sich dabei um versteckte Lohnbestandteile handelt, auf welche keine Sozialbeiträge entrichtet und keine Steuern bezahlt werden; gl. A.: VON KAENEL (Krankentaggeldlösung) S. 114, m. H. auf AGer ZH, ZR 2002 Nr. 67; a. A.: BRÜHWILER (Kommentar), N 11 zu Art. 324a OR, der die Parteien auf der Bezeichnung als Spesen behaften will.

<sup>378</sup> VON KAENEL (Krankentaggeldlösung), S. 114, m. w. H.; EGLI, S. 1070.

<sup>379</sup> EGLI, S. 1070.

<sup>380</sup> EGLI, S. 1070.

<sup>381</sup> PORTMANN, N 12 zu Art. 324a OR.



sen der Vertragsparteien festsetzen soll<sup>382</sup>. Auch ging der Gesetzgeber davon aus, dass die Festsetzung der Dauer der Lohnfortzahlung in erster Linie durch Abrede oder der Regelung durch Normalarbeitsvertrag (NAV) oder GAV festgesetzt wird<sup>383</sup>.

- 196 Der Ansatz des Gesetzgebers den Entscheid über die minimale Dauer der Lohnfortzahlung ab dem zweiten Dienstjahr dem Richter zu überlassen führt dazu, dass sich die Parteien des Arbeitsvertrages kein Bild über die Dauer des Anspruchs auf Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit machen können. Klärung kann nur ein Gerichtsverfahren schaffen. Vor dem Hintergrund, dass eine ordentliche Kündigung – unter Vorbehalt des zeitlichen und sachlichen Kündigungsschutzes – ohne weiteres ausgesprochen werden kann, hat sich die Arbeitnehmerin in der Regel zu entscheiden, ob sie den Fall vor den Richter bringen und damit Kenntnis über die Dauer des Lohnfortzahlungsanspruch erlangen will oder – in der Praxis wahrscheinlich öfter anzutreffen – weiterhin beim bisherigen Arbeitgeber angestellt sein will<sup>384</sup>.

## b) *Skalen*

- 197 Um ein Mindestmass an Rechtssicherheit zu gewährleisten, legen die Gerichte ihren Entscheidungen betreffend die Dauer der Lohnfortzahlung Richtwerte zugrunde. Aus der Tatsache, dass sich nicht alle Gerichte an die Skalen halten<sup>385</sup> wird ersichtlich, dass es sich nicht um verbindliche Regeln, sondern vielmehr um Richtlinien handelt, von welchen im Einzelfall abgewichen werden kann<sup>386</sup>. Im Interesse der Rechtssicherheit wird dafür plädiert, von der Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles nur zurückhaltend Gebrauch zu machen<sup>387</sup>. Die Richtwerte sind in der Basler-, der Berner- und der Zürcherskala<sup>388</sup> festgehalten:

Abbildung 2: Skalen Lohnfortzahlung

Basler Skala:

Im 1. Dienstjahr	3 Wochen Lohnfortzahlung
2. und 3. Jahr	2 Monate Lohnfortzahlung
4. bis 10. Jahr	3 Monate Lohnfortzahlung
11. bis 15. Jahr	4 Monate Lohnfortzahlung
16. bis 20. Jahr	5 Monate Lohnfortzahlung
ab 21. Dienstjahr	6 Monate Lohnfortzahlung

<sup>382</sup> Weitere zu berücksichtigende Kriterien finden sich bei ZINSLI (Dauer), S. 30 und bei STAEHELIN, N 45 f. zu Art. 324a OR.

<sup>383</sup> Vgl. Botschaft Arbeitsvertrag, 334.

<sup>384</sup> Vgl. dazu REHBINDER, N 29 zu Art. 324a OR, der Art. 324a OR aufgrund dieser Überlegungen in seiner Wirkung als „sozialstaatswidrig“ bezeichnet; vgl. dazu auch JANUTIN, S. 172 f., welcher festhält, dass die Regelung der Lohnfortzahlungspflicht „völlig unzureichend“ geregelt sei und der zeitliche Kündigungsschutz „bei weitem nicht ein ausreichender Schutz“ gewähre; de lege ferenda fordert er die Regelung der minimalen Dauer der Lohnfortzahlungspflicht im Gesetz, was es den Parteien ermögliche, das wirtschaftliche Risiko der Arbeitsunfähigkeit zu erkennen und in genügender Weise abzudecken.

<sup>385</sup> Siehe dazu die Ergebnisse einer schweizweiten Umfrage bei ZINSLI (Dauer), S. 33 ff.

<sup>386</sup> ZINSLI (Krankheit), S. 110; siehe auch STAEHELIN (N 47 zu Art. 324a OR), der weiter darauf hinweist, dass ab dem 2. Dienstjahr nicht auf eine Dauer der Lohnfortzahlungspflicht von unter 3 Wochen erkannt werden darf.

<sup>387</sup> STAEHELIN, N 47 zu Art. 324a OR.

<sup>388</sup> Berner-, Basler- und Zürcher Skala: Lohnfortzahlung bei Krankheit, <[www.kmu.admin.ch/themen/00208/00225/00227/index.html?lang=de](http://www.kmu.admin.ch/themen/00208/00225/00227/index.html?lang=de)> (besucht am 3. März 2010).

## Berner Skala:

Im 1. Dienstjahr	3 Wochen Lohnfortzahlung
2. Jahr	1 Monat Lohnfortzahlung
3. und 4. Jahr	2 Monate Lohnfortzahlung
5. bis 9. Jahr	3 Monate Lohnfortzahlung
10. bis 14. Jahr	4 Monate Lohnfortzahlung
15. bis 19. Jahr	5 Monate Lohnfortzahlung
20. bis 25. Jahr	6 Monate Lohnfortzahlung

## Zürcher Skala:

Im 1. Dienstjahr	3 Wochen Lohnfortzahlung
2. Jahr	8 Wochen Lohnfortzahlung
3. Jahr	9 Wochen Lohnfortzahlung
4. Jahr	10 Wochen Lohnfortzahlung
pro weiteres Jahr	je eine zusätzliche weitere Woche Lohnfortzahlung

Quelle: Eigene Darstellung

- 198 Die Skalenjustiz der Gerichte erweist sich unter mehreren Gesichtspunkten als problematisch: Zunächst entspricht die Praxis nicht dem Willen des Gesetzgebers, die minimale Dauer der Lohnfortzahlung gerade nicht schematisch einzig nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses festzulegen. Auch ist die ungleiche rechtliche Behandlung, welche sich aus den Unterschieden der einzelnen Skalen ergibt, angesichts der umfassenden bundesrechtlichen Regelung nicht begründbar. Weiter wird kritisiert, dass der Meinung der Sozialpartner zu wenig Gewicht beigemessen wird, obgleich die offene Regelung dafür Raum lassen würde<sup>389</sup>. Schliesslich erscheint fraglich ob die Skalen ihren Zweck, die Gewährung eines Mindestmasses an Rechtssicherheit, überhaupt erreichen, denn mangels Verbindlichkeit steht es den Gerichten frei, von den Richtwerten abzuweichen oder diese erst gar nicht anzuwenden<sup>390</sup>.
- 199 Sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die Skalen machen die Dauer der Lohnfortzahlung abhängig vom Dienstjahr. Der Beginn des Dienstjahres richtet sich nach dem Datum des vertraglich vereinbarten Stellenantritts. Nicht zulässig ist demnach ein Abstellen auf die letzten zwölf Monate vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit. Durch schriftliche Abrede oder GAV kann sicher dann das Kalenderjahr als massgebend erklärt werden, wenn Gleichwertigkeit im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR gegeben ist<sup>391</sup>. Bei einem Unterbruch des Arbeitsverhältnisses oder bei einer Änderung des Vertragsinhalts stellt sich die Frage, ob ein neues Arbeitsverhältnis begründet wurde oder ob es sich nach wie vor um dasselbe Arbeitsverhältnis handelt. Die Dauer des Arbeitsverhältnisses richtet sich primär nach dem Parteiwillen, wobei im Zweifel von einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auszugehen ist<sup>392</sup>.

<sup>389</sup> Vgl. zum ganzen Abschnitt: AUBERT (Lohnfortzahlungspflicht), S. 1486.

<sup>390</sup> ZINSLI (Dauer), S. 31 ff., kommt gestützt auf eine schweizweite Umfrage zum Schluss, dass sich nur wenige Gerichte an die Skalen halten.

<sup>391</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 324 a/b OR.

<sup>392</sup> PORTMANN, N 15 zu Art. 324a OR, m. H.

c) **Lohnfortzahlung bei Teilarbeitsunfähigkeit**

200 Ist die Arbeitnehmerin nur teilweise arbeitsunfähig, werden betreffend die Dauer der Lohnfortzahlung zwei Meinungen vertreten: Nach der herrschenden Lehre handelt es sich bei der Mindestdauer des Lohnfortzahlungsanspruch um ein *Lohnminimum*<sup>393</sup>; d. h. der Arbeitnehmerin steht pro Dienstjahr ein gewisser Betrag zur Verfügung, dessen Höhe sich aus der Multiplikation der Anzahl Monate, auf welche Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht, und dem Monatslohn ergibt. Wird dieser Ansicht gefolgt, verlängert sich die Dauer des Anspruchs entsprechend dem Grad der verbleibenden Arbeitsfähigkeit. In der früheren Lehre wurde dagegen der Anspruch aus Art. 324a OR als *Zeitminimum* eingeordnet, nach welchem sich die Dauer der Lohnfortzahlung bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit nicht verlängert und somit das Total der Leistung insgesamt kleiner ist<sup>394</sup>. Das Bundesgericht hat die Frage bis anhin noch nicht entschieden<sup>395</sup> und die Eidgenössische Personalrekurskommission hat in einem Entscheid vom 25. Juli 2006 sogar offengelassen, ob sich die herrschende Lehre für ein Lohnminimum ausspricht<sup>396</sup>. Die kantonale Rechtsprechung folgt überwiegend der herrschenden Lehre, spricht sich also für ein Lohnminimum aus<sup>397</sup>.

d) **Berücksichtigung des Dienstjahres**

201 Art. 324a Abs. 1 und 2 OR regeln die minimale Dauer der Lohnfortzahlung für ein Dienstjahr. Wurde aber der arbeitsunfähigen Arbeitnehmerin bereits die gesamte für das entsprechende Dienstjahr vorgesehene Lohnfortzahlung geleistet, ist der „Lohnkredit“ aufgebraucht und es besteht bei erneuter Arbeitsunfähigkeit keinen Anspruch mehr auf Lohnfortzahlung. Dies gilt auch, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf unterschiedlichen Gründen beruht<sup>398</sup>.

202 Wird ein Dienstjahr nicht vollendet, besteht trotzdem Anspruch auf den vollen, dem Dienstjahr entsprechenden Kredit. Dauert die Arbeitsunfähigkeit über ein Dienstjahr hinaus, hat der Arbeitnehmer ab Beginn des neuen Dienstjahres einen neuen Anspruch auf Lohnfortzahlung, dessen Dauer sich nach dem neuen Dienstjahr richtet. Während kantonale Gerichte teilweise dahin tendierten, eine (zufälligerweise) durch den Wechsel des Dienstjahres begründete lange

<sup>393</sup> WYLER, S. 230; GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 328; PORTMANN N 18 zu Art. 324a OR; EGLI, S. 1074; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 25 zu Art. 324a/b OR; PAPA, S. 73; REHBINDER/STÖCKLI N 12 zu Art. 324a OR; PAPA, S. 73; wohl auch STAEHELIN, N 7 zu Art. 324a OR, bei welchem die Berechnung der Dauer nach dem Zeitminimum zum gleichen Ergebnis führt wie die Berechnung nach dem Lohnminimum.

<sup>394</sup> REHBINDER in der alten BK-Auflage (MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt; Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR, Bern 1985); BRÜHWILER (Kommentar), N 10 b zu Art. 324a OR.

<sup>395</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 25 zu Art. 324a/b OR.

<sup>396</sup> Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 25. Juli 2006, PRK 2006-005, Erw. 2d, wobei es in diesem konkreten Fall um die Einordnung von Art. 36 Abs. 1 der Personalverordnung der ETH zur Lohnfortzahlung ging. Die Eidgenössische Personalrekurskommission hielt abschliessend fest, „dass die Lohnfortzahlungspflicht der ETHZ aufgrund von Art. 36 PVO-ETH auch dann auf maximal 730 Tage beschränkt ist, wenn die Mitarbeitenden wie im vorliegenden Fall für ein Teilpensum arbeitsfähig war und ein Teilpensum weiterhin geleistet hat“ (Erw. 2e).

<sup>397</sup> Urteil KGer ZG vom 15. Dezember 2003, GVP 2003, S. 167 ff., Erw. 3.2.5; Urteil ArGer ZH vom 5. April 1995, JAR 1999 S. 179 ff, Erw. 1.3; Urteil OGer SO vom 16. November 1987, JAR 1988 S. 220 ff., Erw. 3a; Urteil GSGer BS in BJM 1974, S. 250; für ein Zeitminimum: Urteil TC VD vom 18. Dezember 1990, JAR 1992, S. 135 ff., Erw. 3; zum Ganzen siehe auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 25 zu Art. 324a OR m. w. H.

<sup>398</sup> Ob für Schwangerschaft ein gesonderter Lohnfortzahlungsanspruch bzw. Lohnkredit besteht ist umstritten: bejahend: GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 327; EGLI, S. 1074 f.; früher auch noch AUBERT (Lohnfortzahlungspflicht), S. 1487; verneinend: PORTMANN, N 17 zu Art. 324a OR; REHBINDER/STÖCKLI, N 27 zu Art. 324a OR, STAEHELIN, N 47a zu Art. 324a OR, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 25 zu Art. 324a/b OR m. w. H.; gegen einen gesonderten Lohnfortzahlungsanspruch hat sich auch das Bundesgericht ausgesprochen (Urteile BGer vom 18. Dezember 1992, JAR 1993, S. 143 ff. und vom 17. November 1994, JAR 1995, S. 112 ff.).

Dauer der Lohnfortzahlung mit Hinweis auf bereits geleistete Lohnzahlungen zu kürzen<sup>399</sup>, lässt das Bundesgericht eine Kürzung des Anspruchs nur zu, wenn sie sich in Anbetracht der Gesamtumstände aufdrängt. Eine Kürzung des Anspruches allein mit dem Hinweis auf eine bereits im vergangenen Dienstjahr ausgerichtete Lohnfortzahlung lehnte das Bundesgericht ausdrücklich ab<sup>400</sup>.

e) ***Keine Koordination von Lohnfortzahlung und Kündigungsrecht***

203 Die Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR setzt grundsätzlich den Bestand eines Arbeitsverhältnisses voraus<sup>401</sup>. Endet das Arbeitsverhältnis, entfällt folglich der Anspruch auf Lohnfortzahlung. Die Lohnfortzahlungspflicht und die durch den zeitlichen Kündigungsschutz gewährte Sperrfrist sind aber nicht immer von gleicher Dauer.

204 Einerseits ist es möglich, dass der zeitliche Kündigungsschutz länger ist, als die geschuldete Lohnfortzahlung. So bspw. wenn sich die arbeitsunfähige Arbeitnehmerin im zweiten Dienstjahr befindet und die Zürcher Skala anwendbar ist: sie ist dann zwar während 90 Tagen vor einer Kündigung geschützt, erhält aber nur während acht Wochen Lohnfortzahlung. Im dritten Monat der Abwesenheit hätte sie zwar keinen Anspruch mehr auf Lohn, ihr Arbeitsplatz ist aber gesichert und sobald sie wieder gesund ist, kann sie an den Arbeitsplatz zurückkehren. Dieser Fall wird dadurch begünstigt, dass bei der Berechnung der Lohnfortzahlung alle Abwesenheiten im fraglichen Dienstjahr zusammengezählt werden, während jede neue Arbeitsunfähigkeit eine neue Sperrfrist auslöst. Hat ein Arbeitnehmer seinen „Lohnkredit“ bereits durch eine frühere Krankheit aufgebraucht und wird er im gleichen Dienstjahr erneut arbeitsunfähig, ist er zwar vor einer Kündigung geschützt, hat aber keinen Anspruch mehr auf Lohnfortzahlung<sup>402</sup>.

205 Andererseits ist aber auch denkbar, dass der Lohnfortzahlungsanspruch länger ist als der zeitliche Kündigungsschutz. Der relativ zwingende Charakter von Art. 324a Abs. 1-3 OR lässt eine für die Arbeitnehmerin günstigere Lösung zu<sup>403</sup>. Vereinbaren die Parteien des Arbeitsvertrages nun eine über die Mindestdauer von Art. 324a Abs. 2 OR hinausgehende Lohnfortzahlung, stellt sich die Frage, ob damit eine Leistung vereinbart wurde, auf welche unabhängig vom Bestand des Arbeitsverhältnisses Anspruch besteht. Ob der Arbeitgeber auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch weiter zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist, muss durch Vertragsauslegung ermittelt werden. Während in der Lehre die Meinung vorherrscht, dass namentlich bei erheblich verlängerter Lohnfortzahlungspflicht ein vom Bestand des Arbeitsverhältnisses unabhängiger Anspruch bestehen soll<sup>404</sup>, geht das Bundesgericht im Zweifel davon aus, dass der Anspruch auf Lohnfortzahlung – im Gegensatz zum Anspruch auf Krankentaggeld – vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig ist: „Wegen dieser fehlenden gesetzlichen Koordination stellt sich regelmässig die Frage, wie die Parteien das Verhältnis zwischen Kündigungsschutz und Lohnfortzahlungspflicht regeln wollten, wenn sie eine vertragliche Verlängerung der Lohnfortzahlungspflicht vereinbart haben. Soll diese durch eine Versicherung gewährleistet werden, indem nicht der Lohn weiterbezahlt wird, sondern Taggeldleistungen als Verdienstersatz erbracht werden, darf davon ausgegangen werden, dass die Versicherungsleistungen auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus erbracht werden sollen, sei es dass die Kollektivtaggeldversicherung unverändert weiter besteht oder dass ein Übertritt in eine gleichwertige Einzeltaggeldversicherung erfolgen kann (...). Anders verhält es sich, wenn keine Versicherung, sondern eine blosser Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin vereinbart ist. Weil es sich diesfalls um Lohn handelt, muss im Zweifel angenommen

---

<sup>399</sup> Bspw. GSGer v. 27. August 1981 JAR 1982 115; OGer ZH v. 3. Februar 1998 ZR 2000 Nr. 75.

<sup>400</sup> Urteil BGer vom 10. September 1998, JAR 1999 167.

<sup>401</sup> BGE 113 II 259, Erw. 3, m. w. H.

<sup>402</sup> Dazu auch GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 327.

<sup>403</sup> Art. 362 OR; der relativ zwingende Charakter von Art. 324a Abs. 2 OR ergibt sich aus dessen Wortlaut.

<sup>404</sup> GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 328, m. H.; GSGer BJM 1976 324.

werden, dass die Verpflichtung den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses voraussetzt und ohne entsprechende abweichende Vereinbarung der zeitliche Kündigungsschutz nicht entsprechend ausgedehnt worden ist“<sup>405</sup>. Wird also im Arbeitsvertrag eine längere Lohnfortzahlung vereinbart – ohne diese über eine Krankentaggeldversicherung abzusichern<sup>406</sup> – kann die Arbeitgeberin diese nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einstellen, sofern keine gegenteilige Regelung vereinbart wurde.

### **1.3 Arbeitsrechtliche Folgen bei Vorliegen einer obligatorischen Versicherung**

#### **1.3.1 Einleitung**

206 Art. 324b OR regelt die arbeitsrechtlichen Folgen in jenen Fällen, in welchen der Arbeitnehmer gegen die Folgen einer Verhinderung an der Arbeitsleistung obligatorisch versichert ist.

207 Wie bei der Koordination von Taggeldern, welche für eine beschränkte Zeit nach Eintritt einer Arbeitsunfähigkeit von privaten und öffentlich-rechtlichen Versicherungen ausbezahlt werden, ist auch das Zusammenspiel von Lohnfortzahlung und Versicherungsleistungen, welche einen Lohnausfall absichern, von Unsicherheiten geprägt. So ist bspw. die Frage umstritten, ob Leistungen der beruflichen Vorsorge nach Art. 324b OR mit der Lohnfortzahlung koordiniert werden. Weitere Streitfragen betreffen die Anspruchsvoraussetzungen sowie die Dauer der Lohnfortzahlung.

#### **1.3.2 Obligatorische Versicherung**

208 Ist die Arbeitnehmerin gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung aus Gründen, die in ihrer Person liegen, obligatorisch versichert, entfällt gemäss Art. 324b Abs. 1 OR die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, falls die Versicherungsleistungen vier Fünftel des Lohnes decken. Der Zweck dieser Bestimmung ist, den Arbeitgeber für den Fall, dass die Arbeitnehmerin sowohl Anspruch auf Leistungen einer obligatorischen Versicherung als auch einen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber gestützt auf Art. 324a OR hat, von seiner Lohnfortzahlungspflicht zu entlasten und dadurch einer Bereicherung der Arbeitnehmerin entgegenzuwirken. In diesem Sinne koordiniert Art. 324b Abs. 1 OR die Leistungen einer obligatorischen Versicherung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung mit den Leistungen des Arbeitgebers nach Art. 324a OR<sup>407</sup>.

209 Renten- oder Taggeldleistungen<sup>408</sup>, welche der Arbeitnehmer gestützt auf das UVG, das E-OG<sup>409</sup> oder das MVG erhält, stellen obligatorische Versicherungsleistungen im Sinne von Art. 324b Abs. 1 OR dar und lassen, soweit sie vier Fünftel des Lohnes abdecken, die Leistungspflicht des Arbeitgebers entfallen. Demgegenüber handelt es sich bei der AHV und der AIV

---

<sup>405</sup> Urteil BGer 4C.315/2006 vom 10. Januar 2007, Erw. 3.1; so auch Urteil BGer 4A\_50/2011 vom 6. April 2011, Erw. 1.4.1.

<sup>406</sup> Zur Voraussetzung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses für die Krankentaggeldleistung siehe Rz. 325 f. (Taggeldversicherung nach KVG) und Rz. 357 ff. (Taggeldversicherung nach VVG).

<sup>407</sup> REHBINDER, N 1 zu Art. 324b OR.

<sup>408</sup> Bei Integritäts- und Hilflosenentschädigungen fällt die Anwendung von Art. 324b Abs. 1 OR ausser Betracht, denn damit werden nicht die wirtschaftlichen Folgen einer in der Person des Arbeitnehmers liegenden Arbeitsunfähigkeit ausgeglichen.

<sup>409</sup> Umstritten ist die Rechtslage bei der Mutterschaftsversicherung: Während nach einem Teil der Lehre (STAEHELIN, N 16a zu Art. 324a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 zu Art. 324 a/b OR) die Leistungen bei Mutterschaft nicht unter Art. 324b OR fallen, ist der andere Teil der Lehre (PORTMANN, N 39 zu Art. 324a OR; DUC, S. 1011; SUBILIA, S. 1475f.) der Ansicht, dass Art. 324b OR zur Anwendung kommt und der Arbeitgeber in diesem Rahmen leistungspflichtig ist.

nicht um obligatorische Versicherungen, deren Leistungen durch Art. 324b Abs. 1 OR mit der Lohnfortzahlungspflicht koordiniert werden. Während die ältere kantonale Rechtsprechung Taggeld- und Rentenleistungen der IV nicht unter Art. 324b Abs. 1 OR subsumierte und damit eine zur Lohnfortzahlung der Arbeitgeberin kumulative Ausrichtung solcher Leistungen befürwortete<sup>410</sup>, besteht in der Lehre mittlerweile weitgehende Einigkeit, dass auch Leistungen der IV durch Art. 324b Abs. 1 OR mit der Lohnfortzahlung koordiniert werden<sup>411</sup>. Weiterhin unklar ist die Rechtslage betreffend Invalidenrenten der beruflichen Vorsorge<sup>412</sup>. Die Frage, ob BVG-Invalidenrenten unter Art. 324b Abs. 1 OR fallen, stellt sich in der Praxis allerdings kaum, da die Vorsorgeeinrichtungen meist von ihrer Aufschubmöglichkeit gemäss Art. 26 Abs. 2 BVG<sup>413</sup> Gebrauch gemacht haben<sup>414</sup>.

### 1.3.3 Lohnfortzahlung des Arbeitgebers nach Art. 324b OR

210 Der Arbeitgeber ist nach Art. 324b Abs. 1 OR nur soweit zur Lohnfortzahlung verpflichtet, als die Leistungen der obligatorischen Versicherung nicht vier Fünftel des Lohnes abdecken. Eine Leistungspflicht der Arbeitgeberin kommt in zwei Fällen in Betracht: Zum einen können vier Fünftel des Lohnes mehr sein, als die durch eine obligatorische Versicherung ausgerichteten Leistungen. Zum anderen führen Karenztage beim Bezug von Versicherungsleistungen dazu, dass für die betreffende Zeitspanne keine Leistungen ausgerichtet werden. Für beide Fälle ist in Art. 324b Abs. 2 (geringere Versicherungsleistungen) und Abs. 3 OR (Karenztage) ausdrücklich festgehalten, dass der Arbeitgeber die Differenz zu vier Fünftel des Lohnes auszugleichen hat. Im Anwendungsbereich des UVG ist die Arbeitgeberin bei Einkommen von über CHF 126'000.-<sup>415</sup> sowie während der Karenzfrist von drei Tagen<sup>416</sup> grundsätzlich zur Lohnfortzahlung verpflichtet.

#### a) *Art. 324b Abs. 2 OR*

211 Decken die Leistungen einer obligatorischen Versicherung nicht 80% des Lohnes ab, ist der Arbeitgeber nach Art. 324b Abs. 2 OR verpflichtet, die Versicherungsleistungen so zu ergänzen, dass die Arbeitnehmerin auf ein Einkommen von 80% ihres Lohnes kommt (*80%-Lohngarantie*). Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ist der Arbeitgeber nur dann zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn das in Art. 324a Abs. 1 OR festgehaltene Erfordernis der Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses erfüllt ist<sup>417</sup>. Die Verpflichtung der Arbeitgeberin den Lohn soweit zu entrichten, als die Leistungen einer obligatorischen Versicherung nicht vier Fünftel des Lohnes erreichen, ist auf die „beschränkte Zeit“ nach Art. 324a Abs. 1 OR begrenzt; auch bei Verhinderungen, bei denen sich die Lohnfortzahlung nach Art. 324b Abs. 2

---

<sup>410</sup> Urteil GewGer ZH vom 2. September 1974, Erw. 2 JAR 1980 210, m. H. auf das Protokoll der nationalrätlichen Kommission; AGer ZH v. 23. April 1985 JAR 1988 217.

<sup>411</sup> REHBINDER, N 2 zu Art. 324b OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 31 zu Art. 324a/b OR; STAEHELIN, N 4 zu Art. 324b OR; PORTMANN, N 4 zu Art. 324b OR.

<sup>412</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (N 31 zu Art. 324a/b OR) weisen darauf hin, dass sowohl IV-Renten als auch BVG-Renten die Folgen einer Erwerbsunfähigkeit abdecken und deshalb keine Gründe für eine unterschiedliche Behandlung ersichtlich seien; a. A.: PORTMANN, N 4 zu Art. 324b OR.

<sup>413</sup> Siehe zur Aufschubmöglichkeit gemäss Art. 26 Abs. 2 BVG, Rz. 972.

<sup>414</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 31 zu Art. 324a/b OR.

<sup>415</sup> Der maximale Betrag des versicherten Verdienstes beträgt CHF 126'000.- pro Jahr und CHF 346.- pro Tag (Art. 22 Abs. 1 UVV); die Höhe des Taggeldes und der Rente beläuft sich auf 80% des versicherten Verdienstes (Art. 17 Abs. 1 und 20 Abs. 1 UVG).

<sup>416</sup> Art. 16 Abs. 2 UVG.

<sup>417</sup> Urteil AGer ZH vom 2. Oktober 1990, JAR 1991 138, PORTMANN, N 3 zu Art. 324b OR, BRÜHWILER (Kommentar), N 3 zu Art. 324b OR, STAEHELIN, N 14 zu Art. 324b OR.

OR richtet, ziehen nur dann einen Lohnfortzahlungsanspruch nach sich, wenn der Arbeitnehmer seinen Anspruch für die „beschränkte Zeit“ nicht bereits ausgeschöpft hat<sup>418</sup>.

- 212 In der Lehre besteht weitgehende Einigkeit, dass die minimale Lohnfortzahlungspflicht im Rahmen von Art. 324b Abs. 2 OR auf das *Zeitminimum* beschränkt ist<sup>419</sup>. Nach Ablauf der „beschränkten Zeit“ besteht folglich auch dann kein Anspruch auf Ausrichtung des Lohnes mehr, wenn die Arbeitgeberin bis anhin keinen Lohn auszurichten hatte, weil bspw. die UV-Taggelder 80% des massgebenden Lohnes abdecken. Die unterschiedlichen Meinungen betreffend die Dauer der Lohnfortzahlung im Rahmen von Art. 324a Abs. 1 OR bei *teilweiser Arbeitsunfähigkeit* können sich jedoch auf die Dauer der Lohnfortzahlung bei Vorliegen einer obligatorischen Versicherung auswirken: Soweit der Ansicht gefolgt wird, dass die durch Art. 324a Abs. 1 und 2 OR festgelegte Mindestdauer ein Lohnminimum darstellt, wird die Dauer der Lohnfortzahlung bei Vorliegen einer obligatorischen Versicherung nur soweit beschränkt, als auch tatsächlich Leistungen erbracht worden sind; war ein Arbeitnehmer während drei Wochen zu 50% krankheitsbedingt arbeitsunfähig, reduziert sich sein Anspruch in zeitlicher Hinsicht um 1,5 Wochen. Wird demgegenüber die minimale Dauer der Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a Abs. 1 und 2 OR ebenfalls als *Zeitminimum* betrachtet, reduziert sich der *Zeitkredit* um die Dauer der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und zwar unabhängig davon, ob die Arbeitgeberin den Lohn in vollem Umfang oder nur teilweise auszurichten hatte. Im erwähnten Beispiel hätte die Arbeitnehmerin folglich bereits 3 Wochen des „*Zeitkredites*“ aufgebraucht<sup>420</sup>.

**b) Art. 324b Abs. 3 OR**

- 213 Werden Leistungen einer obligatorischen Versicherung erst nach einer *Wartezeit* gewährt, besteht nach einem Teil der Lehre ein Lohnfortzahlungsanspruch, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 324a OR erfüllt sein müssen<sup>421</sup>; nach dieser Ansicht ist es somit nicht erforderlich, dass das Arbeitsverhältnis für eine gewisse Mindestdauer eingegangen worden ist oder bestanden hat. Kommen die Voraussetzungen von Art. 324a Abs. 1 - 3 OR nicht zur Anwendung hat dies weiter zur Folge, dass im Rahmen von Art. 324b OR ein Anspruch auf Lohnfortzahlung auch dann besteht, wenn der Anspruch aus Art. 324a OR bereits ausgeschöpft worden ist. Diese Betrachtungsweise wird im Übrigen auch durch die Gesetzesmaterialien zu Art. 324b Abs. 3 OR gestützt, wo ausdrücklich festgehalten ist, dass die Einführung von Art. 324b Abs. 3 OR notwendig sei, „(...) um in den Fällen, in denen die Lohnzahlungspflicht nach 324a Abs. 2 OR bereits erloschen wäre (z. B. nach mehreren Krankheiten oder Unfällen im ersten Dienstjahr), die Wartezeiten bis zum Bezug des Taggeldes zu überbrücken“<sup>422</sup>. Nach dem anderen Teil der Lehre besteht nur dann ein Anspruch aus Art. 324b OR, wenn die Voraussetzungen von Art. 324a Abs. 1 OR erfüllt sind<sup>423</sup>. Vorausgesetzt ist demnach, dass das Arbeitsverhältnis für eine Mindestdauer eingegangen worden ist oder bereits für eine gewisse Dauer besteht und dass der Arbeitnehmer den Lohn bei Arbeitsunfähigkeit nicht bereits für die in Art. 324a Abs. 1 OR vorgesehene „beschränkte Zeit“ erhalten hat.

---

<sup>418</sup> Urteil GewGer ZH vom 2. September 1974, Erw. IV JAR 1980 210; GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 333; EGLI, S. 1074.

<sup>419</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 31 zu Art. 324 a/b OR; BRÜHWILER (Kommentar), N 3 zu Art. 324b OR; REHBINDER, N 3 zu Art. 324b OR; AUBERT (Lohnfortzahlung), S. 1489.

<sup>420</sup> Siehe dazu auch das Rechenbeispiel bei AUBERT (Lohnfortzahlung), S. 1489 f.

<sup>421</sup> REHBINDER, N 7 zu Art. 324b OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 31 zu Art. 324 a/b OR, WYLER, S. 251.

<sup>422</sup> Botschaft UVG, 231.

<sup>423</sup> Urteil KGer VD vom 18. Dezember 1990 JAR 1992 135; Urteil AGer ZH vom 2. Oktober 1990 JAR 1991 138; PORTMANN, N 1 zu Art. 324b OR; BRÜHWILER (Kommentar), N 6 zu Art. 324b OR; STAEHELIN, N 15 zu Art. 324b OR.

### 1.3.4 Auswirkungen einer Kürzung von Leistungen des Sozialversicherers auf die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers

- 214 Ist die versicherte Person selbst für den Eintritt eines Schadenereignisses verantwortlich, haben die Versicherer die Möglichkeit, die Leistungen zu kürzen. Vorliegend interessiert, inwiefern sich die Kürzungs- und Verweigerungsgründe im Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht unterscheiden und wie sich Entscheide über versicherungsrechtliche Ansprüche auf den zivilrechtlichen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auswirken.
- 215 Gemäss Art. 21 Abs. 1 ATSG werden sozialversicherungsrechtliche Ansprüche gekürzt, wenn die versicherte Person den Versicherungsfall *vorsätzlich* oder bei vorsätzlicher Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt oder verschlimmert hat. In Abweichung von den Bestimmungen des ATSG regeln die Erlasse zur *Unfallversicherung* die Rechtsfolgen bei absichtlicher und grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles: Nach Art. 37 Abs. 1 UVG entfallen bei absichtlicher Herbeiführung des Versicherungsfalles die Leistungen vollständig. Art. 48 UVV schliesst eine Kürzung hingegen wieder aus, falls sich der Versicherte nachweislich das Leben nehmen oder sich selbst verstümmeln wollte und er dabei ohne Verschulden gänzlich unfähig war vernunftgemäss zu handeln oder diese Handlungen eindeutig Folge eines versicherten Unfalles waren. In Abweichung zur Regelung im ATSG hält Art. 37 Abs. 2 UVG für Nichtberufsunfälle zudem fest, dass bei *grob fahrlässig* verursachten Unfällen die Taggelder, die während der ersten zwei Jahre nach dem Unfall erbracht werden, gekürzt werden können.
- 216 Sowohl die vorsätzliche als auch die grobfahrlässige Herbeiführung der Arbeitsunfähigkeit wirken sich auf den zivilrechtlichen Anspruch auf Lohnfortzahlung aus<sup>424</sup>. Da das *IVG* keine Leistungskürzung wegen grobfahrlässigem Verhalten kennt, unterscheidet sich die Rechtslage im Vergleich zum Anspruch aus 324a f. OR bereits in Bezug auf die Kürzungsgründe; eine Berücksichtigung oder gar eine Bindung des über die arbeitsrechtlichen Ansprüche entscheidenden Zivilrichters kommt somit nicht in Betracht, soweit es um die Berücksichtigung von grobfahrlässigem Verhalten geht. Wenn es um Ansprüche gemäss *UVG* geht, stellt sich die Frage, ob der Zivilrichter einen Entscheid über die Kürzung oder die Verweigerung von Versicherungsleistungen wegen grobfahrlässiger Herbeiführung des Schadenfalles zu berücksichtigen hat. Lehre und Rechtsprechung gehen zwar davon aus, dass sich die Verschuldensbegriffe des Sozialversicherungsrechts und des Zivilrechts nicht vollständig decken<sup>425</sup>. Da sich jedoch bei genauer Betrachtung die Begriffe kaum unterscheiden<sup>426</sup> wird sich der Zivilrichter in der Regel der Einschätzung des Versicherungsrichters anschliessen können<sup>427</sup>. Eine formelle Bindung des Zivilrichters wird in der Lehre jedoch abgelehnt<sup>428</sup>. Die kantonale Rechtsprechung hat demgegenüber die Bindungswirkung schon bejaht. Begründet wurde dies damit, dass eine vom ergangenen Urteil abweichende Auffassung die – bereits beurteilte – Leistungspflicht der SUVA in Frage stellen würde und der Arbeitgeber zum Ersatzversicherer für schlechte Risiken würde<sup>429</sup>. Zu beachten ist jedoch, dass ein Teil der Lehre eine Kürzung des Lohnfortzahlungsanspruches bei grober Fahrlässigkeit ablehnt und den Lohnfortzahlungsanspruch vollständig entfallen lässt<sup>430</sup>. Wird dieser Meinung gefolgt, hat die versicherungsrechtliche Betrachtungsweise insofern keine Bedeutung für den Zivilrichter, als darin eine Entscheidung über das Ausmass der Leistungskürzung getroffen wird.

---

<sup>424</sup> Siehe dazu Rz. 185.

<sup>425</sup> Urteil BGer 4C.286/2003 vom 18. Februar 2004, Erw. 3.1; STAEHELIN, N 17 zu Art. 324b OR.

<sup>426</sup> BRÜHWILER (Kommentar), N 7c zu Art. 324a OR, m. H., vgl. zum sozialversicherungsrechtlichen Begriff der Grobfahrlässigkeit BGE 109 V 150, Erw. 1, zum haftpflichtrechtlichen Begriff, BGE 107 II 161, Erw. 7c sowie ferner zum Begriff nach VVG, BGE 119 II 443, Erw. 2a,

<sup>427</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 30 zu Art. 324 a/b OR, m. H.

<sup>428</sup> REHBINDER, N 4 zu Art. 324b OR, Urteil GewGer ZH v. 2. September 1974 JAR 1980 210, Erw. III A.

<sup>429</sup> Urteil OGer TG v. 29. September 1983 JAR 1984 126.

<sup>430</sup> Siehe zum Meinungsstreit bei grobfahrlässig herbeigeführter Arbeitsunfähigkeit Rz. 184 ff.



- 217 Entfallen Versicherungsleistungen, weil die Arbeitnehmerin ihren Meldepflichten nicht nachgekommen ist, hat der Arbeitgeber nicht 80% des Lohnes zu entrichten<sup>431</sup>. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausrichtung von Versicherungsleistungen nicht gegeben und ist dies nicht durch eine Partei verschuldet, richtet sich die Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR, weshalb der Arbeitnehmer 100% des Lohnes ausbezahlt erhält<sup>432</sup>. Gleiches gilt, wenn das Ausbleiben der Versicherungsleistungen durch den Arbeitgeber oder einen Dritten verschuldet ist<sup>433</sup>.

### 1.3.5 Abweichung von Art. 324b OR

- 218 Gemäss Art. 362 Abs. 1 OR handelt es sich bei Art. 324b OR um eine teilzwingende Bestimmung. Abweichende Vereinbarungen zu Lasten der Arbeitnehmerin sind nach Art. 362 Abs. 2 OR nichtig. Demgegenüber sind Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers gültig<sup>434</sup> und können formlos vereinbart werden<sup>435</sup>. Ebenfalls als zulässig erachtet wird die Vereinbarung einer gleichwertigen Lösung i. S. v. Art. 324a Abs. 4 OR<sup>436</sup>. Eine solche erfordert jedoch Schriftlichkeit.

## 1.4 Einzelfragen zur Lohnfortzahlung

### 1.4.1 Schadenminderungspflicht der Arbeitnehmenden

- 219 Sind die Voraussetzungen des Anspruchs auf Lohnfortzahlung erfüllt, entfällt in der Folge die Arbeitspflicht der angestellten Person, während der Arbeitgeber weiterhin zur Lohnzahlung verpflichtet ist. Die Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 1 OR gebietet es der Arbeitnehmerin, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers zu wahren. Im Falle der Arbeitsunfähigkeit kommt die Arbeitnehmerin ihrer Treuepflicht nach, indem sie zu einer möglichst raschen Genesung beiträgt und bei wieder erlangter (Teil-)Arbeitsfähigkeit die Arbeitsleistung unverzüglich weitererbringt<sup>437</sup>.
- 220 Die Treuepflicht findet ihre Grenzen im Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gemäss Art. 328 OR. Hinzuweisen ist zudem auf das Recht auf Krankheit, welches einen Teilgehalt der persönlichen Freiheit darstellt<sup>438</sup>. Im konkreten Fall sind die Interessen der Arbeitgeberin jenen des Arbeitnehmers gegenüber zu stellen und abzuwägen.
- 221 Bleibt ein Arbeitnehmer unter Verletzung seiner Treuepflicht der Arbeit fern, kommen als Rechtsfolgen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie eine Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers in Betracht<sup>439</sup>. Von der Frage der Treuepflichtverletzung ist die Frage des Verschuldens an der Arbeitsunfähigkeit zu unterscheiden<sup>440</sup>. Das fehlende Verschulden ist Anspruchsvoraussetzung für die Lohnfortzahlung. Wird ein Verschulden bejaht, entfällt zwar der Anspruch auf Ausrichtung des Lohnes, eine Treuepflichtverletzung wird damit jedoch nicht

---

<sup>431</sup> BRÜHWILER (Kommentar), N 5d zu Art. 324b OR; REHBINDER, N 5 zu Art. 324b OR, BERTHOUD, S. 158 f.

<sup>432</sup> REHBINDER, N 6 zu Art. 324b OR.

<sup>433</sup> REHBINDER, N 4 zu Art. 324b OR.

<sup>434</sup> BGE 101 Ia 456 Erw. 2b.

<sup>435</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 32 zu Art. 324 a/b OR.

<sup>436</sup> Urteil AGer ZH vom 13. Juni 1980 JAR 1981 263, Erw. 1; Urteil GewGer ZH vom 2. September 1974 JAR 1980 210, Erw. IV b; STAEHELIN, N 18 zu Art. 324b OR, zur Gleichwertigkeit siehe Rz. 311 ff.

<sup>437</sup> BRÜHWILER (Arbeitsunfähigkeit), S. 36.

<sup>438</sup> GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 326.

<sup>439</sup> STAEHELIN, N 35 zu Art. 321a OR.

<sup>440</sup> Siehe dazu Rz. 184 ff.

impliziert. Sowohl ein Verschulden an der Arbeitsunfähigkeit als auch ein Verstoss gegen die Treuepflicht sind nicht leichthin anzunehmen.

#### 1.4.2 Teilzeitarbeit

- 222 Bei Personen, welche Teilzeit arbeiten, ergeben sich einige spezifische Fragestellungen. Folgend wird darauf eingegangen, wie sich eine Teilarbeitsunfähigkeit auf das Pensum einer Teilzeitbeschäftigten auswirkt<sup>441</sup> und wie sich eine Teilzeitbeschäftigung auf die soziale Absicherung auswirkt.
- 223 Ist eine in einem Teilpensum beschäftigte Person teilweise arbeitsunfähig, stellt sich zunächst die Frage, auf welches Pensum sich die Arbeitsunfähigkeit bezieht; wird einer zu 50% beschäftigten Person ein Zeugnis über ein 50% Arbeitsunfähigkeit ausgestellt, kann die verbleibende Arbeitsfähigkeit 50% (die Arbeitsunfähigkeit bezieht sich auf ein Vollpensum) oder 25% (die Arbeitsunfähigkeit bezieht sich auf das tatsächliche Pensum von 50%) betragen. Falls aus dem Arztzeugnis nicht hervorgeht, welches Pensum dem Prozentsatz der der Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegt, hat eine Abklärung bei der das Zeugnis ausstellenden Person zu erfolgen. Auch kann sich die Frage stellen, ob die Arbeitnehmerin jene Zeit, für welche sie arbeitsunfähig ist, in ihre Freizeit zu verlegen hat. Da die Arbeitnehmerin in ihrer Freizeitgestaltung frei ist und allenfalls eine weitere Teilzeittätigkeit ausüben könnte, wirkt sich die Teilarbeitsunfähigkeit proportional auf das Arbeitspensum aus<sup>442</sup>: eine zu 50% angestellte Arbeitnehmerin, welche zu 50% arbeitsunfähig ist, hat demnach ein Pensum von 25% zu erfüllen.
- 224 Eine Teilzeitbeschäftigung kann sich, falls eine wöchentliche Stundenanzahl nicht erreicht wird oder ein jährliches Einkommen nicht erzielt wird, erheblich auf die soziale Absicherung bei Arbeitsunfähigkeit auswirken. In der Unfallversicherung unterstehen Personen, welche weniger als acht Stunden pro Woche beim selben Arbeitgeber arbeiten, nicht der obligatorischen Nichtberufsunfallversicherung (Art. 7 Abs. 2 UVG i. V. m. Art. 8 Abs. 2 UVG i. V. m. Art. 13 Abs. 2 UVV). Obligatorisch in der beruflichen Vorsorge ist versichert, wer einen Jahreslohn von mindestens CHF 20'520.- verdient (Art. 2 Abs. 1 BVG, Art. 7 Abs. 1 BVG). Ist eine Person bei mehreren Arbeitgebern beschäftigt und wird bei keinem das Mindesteinkommen erreicht, ist eine freiwillige Versicherung möglich (Art. 4 Abs. 1 BVG).

#### 1.4.3 Verweistätigkeit

- 225 Eine Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn die Arbeitnehmerin die gemäss dem Inhalt des Arbeitsvertrages auszuführende Tätigkeit nicht ausführen kann oder die Ausführung unzumutbar wäre<sup>443</sup>. Für die Arbeitgeberin kann es interessant sein, die an der vertraglich geschuldeten Tätigkeit verhinderte Arbeitnehmerin für eine Tätigkeit einzusetzen, welche trotz gesundheitlicher Einschränkung ausgeführt werden kann. Leistet die Arbeitnehmerin eine andere Arbeit als die gemäss Arbeitsvertrag geschuldete, erhält sie den Lohn auf unbeschränkte Zeit weiterausgerichtet, denn Art. 324a Abs. 1 OR, der die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung regelt, kommt nicht zur Anwendung.
- 226 Der allgemein im Vertragsrecht geltende Grundsatz „pacta sunt servanda“ verbietet grundsätzlich eine Änderung der vereinbarten Pflichten. Relativiert wird die Unabänderlichkeit des Vertragsinhaltes insbesondere durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers und die entspre-

---

<sup>441</sup> Zum Unterschied von Teilarbeitsunfähigkeit in Bezug auf die Arbeitszeit und auf die Arbeitsleistung vgl. Rz. 177.

<sup>442</sup> GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 324 f.

<sup>443</sup> Zur Arbeitsunfähigkeit siehe Rz. 173 ff.

chenden Nebenpflichten des Arbeitnehmers wie die Befolgungspflicht und die Treuepflicht. Die Änderung des Vertragsinhaltes muss sich dabei im Rahmen des Vereinbarten bzw. – falls keine ausdrückliche Vereinbarung besteht – im Rahmen des Üblichen bewegen. Grenzen findet das Weisungsrecht im Gebot von Treu und Glauben, dem Verbot der übermässigen vertraglichen Bindung und dem arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers. Vor allem aber müssen die neu zugewiesenen Aufgaben für den Arbeitnehmer zumutbar sein. Welche Aufgaben noch als zumutbar erscheinen kann dabei nicht allgemein festgelegt werden. Zur Beurteilung der Zumutbarkeit sind die konkreten Umstände des Arbeitsverhältnisses einzubeziehen und es ist zwischen den Interessen der Parteien abzuwägen<sup>444</sup>.

#### 1.4.4 Lohnfortzahlung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit

- 227 Ein aktuelles Thema ist das Phänomen der so genannten „arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit“<sup>445</sup>, bei dem die betroffenen Arbeitnehmenden nur bezüglich ihrer konkreten Stelle an der Arbeit verhindert, ansonsten aber kaum eingeschränkt sind. Der Grund für eine solche Arbeitsverhinderung ist häufig eine psychische Belastung am Arbeitsplatz aufgrund einer Konfliktsituation, Mobbing oder Stress<sup>446</sup>.
- 228 Dass die betroffene Person nur in Bezug auf ihren Arbeitsplatz arbeitsunfähig ist, vermag grundsätzlich nichts an ihrem Anspruch auf Lohnfortzahlung ändern<sup>447</sup>, sofern alle Voraussetzungen erfüllt sind. Der Lohnfortzahlungsanspruch setzt keinen besonderen Krankheitswert voraus, geschweige denn, dass arbeitsunfähige Arbeitnehmende das Bett hüten müssten.
- 229 Ist die Arbeitsunfähigkeit die Folge eines Konflikts am Arbeitsplatz, stellt sich aber die Frage, ob die betroffene Person ein Verschulden trifft. Allerdings hat, wie bereits erwähnt<sup>448</sup>, nur ein offensichtliches Fehlverhalten eine Auswirkung auf den Lohnfortzahlungsanspruch. Bei Mobbing und sonstigen Konfliktsituationen dürfte es in der Regel schwierig sein, einer konkreten Person die Hauptschuld für die Situation zuzuschreiben. Ist die Arbeitsunfähigkeit auf Stress zurückzuführen, ist das Verschulden noch weniger bei der betroffenen Arbeitnehmerin zu suchen<sup>449</sup>. Auch bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit dürfte das Verschulden nur in den seltensten Fällen zu bejahen sein.
- 230 Die Arbeitnehmerin hat aufgrund ihrer Treuepflicht eine andere ihr vom Arbeitgeber zugewiesene Arbeit anzunehmen, sofern diese zumutbar ist. Dies gilt umso mehr für eine Arbeitsunfähigkeit, die sich nur auf den konkreten Arbeitsplatz bezieht<sup>450</sup>. Verweigert die Arbeitnehmerin die ihr zugewiesene Arbeit, obwohl diese zumutbar ist und den Genesungsprozess nicht behindert, kann sie ihren Anspruch auf Lohnfortzahlung verlieren.

#### 1.4.5 Beweisfragen

- 231 Nach den im Privatrecht vorherrschenden Grundsätzen hat der Arbeitnehmer als jene Partei, welche aus der behaupteten Arbeitsunfähigkeit Rechte ableitet, diese substantiiert zu behaupten und zu beweisen. Demgegenüber klärt im öffentlichen Recht die Behörde den Sachverhalt

---

<sup>444</sup> Vgl. zum ganzen Abschnitt MÜLLER R. (Übertragung), S. 455; STAEHELIN, N7 zu Art. 324a OR, BJM 1977, S. 287 ff.

<sup>445</sup> Siehe dazu bspw. den Artikel „Wenn kranke Angestellte ins Fitness gehen“ von Thomas Müller auf Tagesanzeiger Online am 3. Mai 2010, <[www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Wenn-kranke-Angestellte-ins-Fitness-gehen/story/21531064](http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Wenn-kranke-Angestellte-ins-Fitness-gehen/story/21531064)> (besucht am 30. April 2013).

<sup>446</sup> Ausführlich dazu: RUDOLPH/VON KAENEL, S. 361-366.

<sup>447</sup> So auch RUDOLPH/VON KAENEL, S. 363.

<sup>448</sup> Siehe dazu Rz. 184 ff.

<sup>449</sup> Vgl. PORTMANN (Stresshaftung).

<sup>450</sup> Siehe Rz. 225 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 321d OR.

grundsätzlich von Amtes wegen ab; für die unter das ATSG fallenden Sozialversicherungszweige ist dies in Art. 43 Abs. 1 ATSG festgehalten. Im Arbeitsrecht erfährt die Verhandlungsmaxime insofern eine bedeutende Milderung als gemäss Art. 343 Abs. 4 OR bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.- der Richter den Sachverhalt – und damit auch die Arbeitsunfähigkeit – von Amtes wegen abzuklären hat. Andererseits führen die Mitwirkungspflichten der Parteien im Sozialversicherungsverfahren zu einer Annäherung an das privatrechtliche Verfahren. Trotz grundsätzlich unterschiedlicher Verfahrenskonzeption, welche sich daraus ergibt, dass im Bereich des Arbeitsrechts das zivilrechtliche Verfahren zur Anwendung gelangt, während die Abklärung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungsansprüchen den Regeln des öffentlichen Prozessrechts unterliegt, liegt es in beiden Fällen in erster Linie am Arbeitnehmer bzw. am Leistungsansprecher, seine Arbeitsunfähigkeit zu belegen. Für das Verfahren zur Abklärung von Ansprüchen auf Leistungen der IV ist in Art. 59 Abs. 2<sup>bis</sup> IVG vorgesehen, dass die medizinischen Voraussetzungen für einen Leistungsanspruch von den Regionalen ärztlichen Diensten abgeklärt werden. Zwar steht es dem Ansprecher frei, weitere, die Arbeitsunfähigkeit bescheinigende Zeugnisse ins Recht zu legen, doch kommt diesen Parteigutachten bei der Entscheidungsfindung nur sehr untergeordnete Bedeutung zu.

- 232 Der Arbeitnehmerin obliegt es, im Prozess ihre Arbeitsunfähigkeit zu beweisen. Dies trifft auch im Anwendungsbereich von Art. 343 Abs. 4 OR zu, trägt sie doch trotz Geltung des Untersuchungsgrundsatzes die Folgen des Beweislosigkeit. Die ansprechende Arbeitnehmerin ist in den Beweismitteln nicht beschränkt. Selbst wenn die (gesamt-) arbeitsvertragliche Verpflichtung bestehen würde, ab einem bestimmten Tag der Arbeitsunfähigkeit ein ärztliches Attest vorzulegen, kann die Verhinderung an der Arbeitsleistung auch auf anderem Wege bewiesen werden<sup>451</sup>. Obwohl der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit nicht mit einem ärztlichen Zeugnis beweisen muss, wird er aber auch mangels Alternativen i. d. R. auf eine ärztliche Bescheinigung zurückgreifen. Ein vom Arbeitnehmer ins Recht gelegtes ärztliches Zeugnis stellt eine private Zeugnisurkunde dar, welche keine Vermutung für die Richtigkeit des Inhaltes zu begründen vermag. Dennoch wird in der Praxis von der Richtigkeit des Inhaltes eines vom Arbeitnehmer beigebrachten ärztlichen Zeugnisses ausgegangen. In der Lehre wird dies unter Hinweis auf die leichte Erhältlichkeit von „Gefälligkeitszeugnissen“ mitunter kritisiert<sup>452</sup>. Die Abweichung von einer im ärztlichen Zeugnis festgehaltenen Arbeitsunfähigkeit kommt namentlich in Betracht, wenn der Arbeitnehmer die festgestellte Verhinderung durch sein eigenes Verhalten in Zweifel zieht<sup>453</sup>.
- 233 Obwohl die Möglichkeit des Arbeitgebers, von der Arbeitnehmerin zu verlangen, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, weitgehend anerkannt ist<sup>454</sup>, wird in der Praxis nicht allzu oft davon Gebrauch gemacht<sup>455</sup>. Unterschiedliche Ansichten werden demgegenüber betreffend die Rechtsfolgen bei Weigerung des Arbeitnehmers, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, vertreten. Unbestritten ist, dass das Zulassen einer angeordneten vertrauensärztlichen Untersuchung keine vertragliche Pflicht darstellt, welche auf dem Rechtsweg durchgesetzt werden könnte. Nach dem überwiegenden Teil der Lehre führt die Nichtbefolgung der Anordnung aber zu einem gänzlichen Verlust des Anspruches

---

<sup>451</sup> Urteil BGer 4C.230/2000 vom 10. November 2000, Erw. 4; ZivilGer Glarus vom 4. Mai 1984 JAR 1985 154; OGer Solothurn vom 8. April 1976 JAR 1982 112; STAEHELIN, N 9 zu Art. 324a OR; REHBINDER, N 18 zu Art. 324a OR.

<sup>452</sup> Vgl. insb. ZELLER, S.7 f. und SCHÖNENBERGER, S. 88 ff.

<sup>453</sup> Vgl. dazu die Beispiele aus der Rechtsprechung: Urteil GSGer vom 14. Oktober 1974 BJM 1975 230 (Ausbesserung des Daches bei Arbeitsunfähigkeit wegen eines Knieleidens), Urteil GSGer vom 10. Juli 1978 JAR 1980 209 (Mehrere hundert Kilometer Fahrt bei ausgewiesener Arbeitsunfähigkeit wegen Rückenbeschwerden) und GSGer vom 13. November 2008 JAR 2009 482 (Arztbesuch am Tag nach der Kündigung durch den Arbeitnehmer und Krankschreibung während gesamter Kündigungsfrist); vgl. weitergehend zum Arztzeugnis MÜLLER ROLAND, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP 2/2010, S. 167-175.

<sup>454</sup> Urteil BGer 4P.102/1995 vom 12. Dezember 1995, JAR 1997 132; WYLER, S. 225; PORTMANN N 25 zu Art. 324a OR.

<sup>455</sup> EGLI, S. 1069.

auf Lohnfortzahlung<sup>456</sup>. Anders wurde allerdings von einem kantonalen Gericht entschieden. Dieses verneinte den Anspruch erst ab dem Zeitpunkt, an welchem die Untersuchung hätte stattfinden sollen<sup>457</sup>.

- 234 Wem die Beweislast für das fehlende Selbstverschulden obliegt, ist umstritten. Nach der einen Ansicht handelt es sich beim „fehlenden Verschulden“ um eine rechtsbegründende Tatsache, welche durch den Ansprecher, also den Arbeitnehmer, zu beweisen ist<sup>458</sup>. Der andere Teil der Lehre betrachtet das „fehlende Verschulden“ als rechtshindernde Tatsache, womit der Arbeitgeber die Verwirklichung eines schuldenhaften Verhaltens zu beweisen hätte<sup>459</sup>. Im Zusammenhang mit einer Arbeitsverhinderung aufgrund angeordneter Untersuchungshaft ging das Bundesgericht stillschweigend davon aus, dass die Arbeitgeberin die Beweislast für das Verschulden des Arbeitnehmers trägt<sup>460</sup>.

## 1.5 Zusammenfassende Würdigung zur Lohnfortzahlung

- 235 Art. 324a f. OR gewähren dem Arbeitnehmer eine beschränkte finanzielle Absicherung bei Verhinderung an der Erbringung der Arbeitsleistung aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Bestand das Arbeitsverhältnis bereits drei Monate oder wurde es für mehr als drei Monate eingegangen, besteht in Abweichung vom vertragsrechtlichen Grundsatz, wonach bei unverschuldeter Unmöglichkeit die Gegenleistung ebenfalls erlischt, für eine beschränkte Zeit weiterhin Anspruch auf Lohn<sup>461</sup>.
- 236 Nach Art. 324a Abs. 2 OR ist die Dauer der Lohnfortzahlung abhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen. Es erscheint fragwürdig, eine zentrale Frage, wie die minimale Dauer der Lohnfortzahlungspflicht nicht konkreter auf Gesetzesstufe zu regeln. In der Lehre wird die Regelung denn auch unmissverständlich als „sozialstaatswidrig“<sup>462</sup> oder „völlig unzureichend“<sup>463</sup> bezeichnet. Der Versuch der Gerichte, der Rechtsunsicherheit mit der Aufstellung von Skalen entgegenzuwirken, hat nur bedingt eine Besserung gebracht. Eine erhöhte Rechtssicherheit ist zwar durchwegs zu begrüßen, doch gibt die Anwendung der Skalen wiederum Anlass zur Kritik: es wird darauf hingewiesen, dass ein Abstellen auf Skalen nicht dem Willen des Gesetzgebers entspreche, der die Dauer der Lohnfortzahlung im konkreten Fall dem Richter überlassen wollte. Weiter wird vorgebracht, dass die durch die verschiedenen Skalen hervorgerufene Ungleichbehandlung nicht annehmbar sei. Auch wird angesichts der fehlenden Verbindlichkeit daran gezweifelt, ob der Zweck, die Gewährung eines Mindestmasses an Rechtssicherheit, überhaupt erreicht werden könne. Schliesslich wird, angesichts flexibilisierter Arbeitsmärkte, der Grundsatz, wonach sich die Dauer der Lohnfortzahlung nach der Diensttreue richtet, als nicht mehr zeitgemäss angesehen<sup>464</sup>.
- 237 Die Koordination der arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlung mit Leistungen von obligatorischen Sozialversicherungen erfolgt durch Art. 324b OR. Die Bestimmung lässt die Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung entfallen, soweit die Leistungen einer obligatorischen Versi-

<sup>456</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 zu Art. 324a/b; WYLER, S. 225; GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 1069; siehe auch Urteil BGer vom 12. Dezember 1995 Erw. 3b/aa, JAR 1997 133.

<sup>457</sup> Tribunale di Appello del Cantone del Ticino vom 13. Juli 1992 JAR 1993 144.

<sup>458</sup> Urteil OGer TG v. 29.9.1983 JAR 1984 126, BRÜHWILER (Kommentar), S. 152; STAEHELIN, N 31 zu Art. 324a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 29 zu Art. 324a/b; GEISER (Lohnfortzahlungspflicht), S. 333; SCHWEINGRUBER, N7 zu Art. 324a OR.

<sup>459</sup> EGLI, S. 1068; REHBINDER, N 20 zu Art. 324a OR.

<sup>460</sup> Urteil BGer 4C.74/2000 vom 16. August 2001, JAR 2002 198, Erw. 4b.

<sup>461</sup> Siehe zu den Voraussetzungen der Lohnfortzahlung Rz. 173 ff.

<sup>462</sup> REHBINDER, N 29 zu Art. 324a OR.

<sup>463</sup> JANUTIN, S. 172 f.

<sup>464</sup> Siehe dazu die Ausführungen zur Höhe der Lohnfortzahlung, Rz. 193 f.

cherung 80% des Lohnes abdecken. Gemäss Art. 324b Abs. 3 OR hat der Arbeitgeber mindestens 80% des Lohnes zu entrichten, wenn die Versicherungsleistungen erst nach einer Wartezeit gewährt werden. In der Lehre ist umstritten, ob die Voraussetzungen der Lohnfortzahlung, namentlich das Erfordernis der Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses sowie die fehlende Ausschöpfung der „beschränkten Zeit“, nach Art. 324a Abs. 1 OR erfüllt sein müssen. Demgegenüber setzt die Aufstockung der Leistung einer obligatorischen Versicherung auf 80% des Lohnes voraus, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 324a Abs. 1 OR erfüllt sind. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit ist die Dauer der Lohnfortzahlung nach Art. 324b OR durch das Zeitminimum beschränkt. Zu beachten ist jedoch, dass im Rahmen von Art. 324b OR kein eigener Zeitkredit besteht und der verbleibende Lohnkredit nach Art. 324a Abs. 1 OR in eine Zeitspanne umzurechnen ist. Nicht restlos geklärt sind auch die Auswirkungen von Leistungskürzungen durch Versicherungen auf den Lohnfortzahlungsanspruch<sup>465</sup>.

238 An der geltenden gesetzlichen Regelung ist weiter zu bemängeln, dass Lohnfortzahlung und Kündigungsschutz nicht koordiniert sind. Indem nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Lohnfortzahlung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses entfällt, besteht für den Arbeitgeber ein Anreiz sich des gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmers zu entledigen<sup>466</sup>. Verstärkt wird dieser Umstand durch die Auswirkung von eingetretenen Schadensfällen auf die Prämien im Bereich der beruflichen Vorsorge und der Krankentaggeldversicherung.

## **2. Lohnfortzahlung in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen**

### **2.1 Lohnfortzahlung im Bundespersonalrecht**

239 Die Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall ist BPG selbst nicht materiell geregelt. Das BPG enthält in Art. 29 Abs. 1 lediglich eine Delegationsnorm („Die Ausführungsbestimmungen regeln die Leistungen der Arbeitgeber an die Angestellten bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit, Unfall, Invalidität, Militär-, Zivilschutz- und Zivildienst sowie bei Mutterschaft.“). Art. 29 Abs. 3 BPG bestimmt zudem, dass die Ausführungsbestimmungen auch die Anrechnung der Leistungen obligatorischer in- und ausländischer Sozialversicherungen an den Lohn zu bestimmen haben.

240 Die Bundespersonalverordnung (BPV) regelt den Lohnanspruch bei Krankheit und Unfall in Art. 56 BPV wie folgt: Der Arbeitgeber bezahlt den vollen Lohn während 12 Monaten (Art. 56 Abs.1 BPV) und nach Ablauf dieser Frist 90% des Lohnes während weiteren 12 Monaten. Dabei darf die Summe des gekürzten Lohnes nicht geringer sein als die Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung oder als die Leistungen der Pensionskasse Publica, auf die der Angestellte bei Invalidität Anspruch hätte (Art. 56 Abs. 2 BPV). Zu beachten ist, dass die Kürzung von 100% auf 90% nicht erfolgt, wenn die Arbeit infolge eines Berufsunfalls oder einer Berufskrankheit ausgesetzt werden muss (Art. 57 Abs. 2 BPV). Nach Art. 6 Abs. 2 BPG gelten ferner die einschlägigen Bestimmungen des OR sinngemäss, soweit das BPG oder andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen.

241 Wie im Privatrecht ist auch im Bundespersonalrecht die Lohnfortzahlung grundsätzlich an den Bestand des Arbeitsverhältnisses gebunden. Das BPG enthält keine Koordinationsregel zu den Bestimmungen betreffend Kündigung zu Unzeit und denjenigen betreffend Lohnfortzahlung. Auch das BPV schweigt sich darüber aus, ob der Lohnfortzahlungsanspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses endet oder ob dieser über eine Kündigung hinaus besteht. Laut Bundesverwaltungsgericht endet mit dem Ende eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich auch die

---

<sup>465</sup> Siehe zur Lohnfortzahlungspflicht bei Vorliegen einer obligatorischen Versicherung, Rz. 206 ff.

<sup>466</sup> Siehe zum Verhältnis von Lohnfortzahlung und Kündigung, Rz. 203 f.

Lohnfortzahlungspflicht<sup>467</sup>. Da der Arbeitgeber aber in den Fällen, in denen die Lohnfortzahlungspflicht länger als die Kündigungsfrist dauert, einen erkrankten Arbeitnehmenden entlassen könnte um die Lohnfortzahlung zu umgehen, könne eine solche Kündigung unter Umständen missbräuchlich sein, so das Bundesverwaltungsgericht weiter<sup>468</sup>. Laut Art. 336 Abs. 1 lit. c OR – welcher aufgrund Art. 6 Abs. 2 BPG und einer fehlenden Bestimmung im BPG auch im Bundespersonalrecht anwendbar ist – ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird um ausschliesslich die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln<sup>469</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht weist aber daraufhin, dass die Missbräuchlichkeit in einem solchen Fall nur schwer zu beweisen ist, da ein Arbeitgeber durchaus einleuchtende Gründe haben kann, einem erkrankten Arbeitnehmer zu kündigen und dessen Stelle neu zu besetzen<sup>470</sup>. Dennoch – der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis nicht einzig kündigen, um die Lohnfortzahlung zum umgehen. Eine Kündigung ist aber bspw. dann rechtmässig, wenn bereits kurz vor der Erkrankung des Arbeitnehmers Gründe für eine Kündigung vorgelegen haben<sup>471</sup>.

- 242 Nach Ablauf von insgesamt 24 Monaten Lohnfortzahlung kann gemäss Art. 56 Abs. 3 BPV in begründeten Ausnahmefällen ein weiterer Anspruch von zwölf Monaten Lohnfortzahlung im Umfang von 90% bestehen. Nach insgesamt 36 Monaten erlischt der Lohnfortzahlungsanspruch sodann unabhängig vom Weiterbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Allerdings unterbricht eine mindestens drei Monate dauernde Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit im Umfang von mindestens 50 Prozent die genannte Frist (Art. 56 Abs. 5 BPV).
- 243 Leistungen der Militärversicherung und der obligatorischen Unfallversicherer werden an die Lohnfortzahlung bei Krankheit angerechnet, Renten und Taggelder der Invalidenversicherung soweit, als diese zusammen mit den Lohn und den angerechneten Leistungen der MV und UV den ungekürzten Anspruch übersteigen (Art. 58 Abs. 1 BPV).
- 244 Die Lohnfortzahlung bei befristeten Arbeitsverhältnissen regelt gemäss Art. 56 Abs. 6 BPV das Eidgenössische Finanzdepartement EFD, was es mit Art. 23 der Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (VBPV) getan hat. Art. 23 VBPV sieht unter dem Titel "Lohnanspruch bei befristeten Arbeitsverhältnissen" vor, dass die Lohnfortzahlung nach Art. 56 Abs. 1 und 2 BPV spätestens mit dem Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses endet.

## 2.2 *Ausgewählte Regelungen im kantonalen Personalrecht*

- 245 Das öffentliche Personalrecht ist in unzähligen Erlassen geregelt. Grundsätzlich kennt jeder Kanton eine eigene Regelung der Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit und die Bestimmungen über die Dauer der Lohnfortzahlung gehen in den kantonalen Personalrechten in der Regel weiter als diejenigen des OR. Eine Mehrheit der Kantone kennt bereits ab dem 1. Dienstjahr eine Lohnfortzahlungsdauer von bis zu einem oder zwei Jahren, resp. 360 oder 720 Tagen und nur vereinzelte sehen eine Dauer von weniger als einem Jahr vor. Das Gros der Kantone sieht eine Lohnfortzahlung in Kombination mit einer Krankentaggeldversicherung

---

<sup>467</sup> Urteil BVGer A-411/2007 vom 25. Juni 2007, Erw. 11.2 m. V. a. BGE 113 II 259 Erw. 3 und BGE 124 III 126 Erw. 2; Urteil BVGer A-499/2007, Erw. 7.2.2; Entscheidung der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 14. Mai 2004, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 68.152, Erw. 7c.bb.

<sup>468</sup> Urteil BVGer A-411/2007 vom 25. Juni 2007, Erw. 11.2.

<sup>469</sup> Zur Regelung im Bundespersonalrecht siehe Rz. 118 ff., zur Vereitelungskündigung im Privatrecht siehe Rz. 63 ff.

<sup>470</sup> Urteil BVGer A-411/2007 vom 25. Juni 2007, Erw. 11.2.

<sup>471</sup> Urteil BVGer A-411/2007 vom 25. Juni 2007, Erw. 11.2 ff.; vgl. auch die Antwort des Bundesrates auf die Motion „Keine Benachteiligung des Bundespersonals im Krankheitsfall“ von Christine Goll vom 13.12.2006, einsehbar unter < [www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch\\_id=20063698](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20063698) > (besucht am 31. Mai 2012).

vor und gewährt folglich eine ausgedehnte Lohnfortzahlung. Weiter gewähren einige Kantone während des ersten Jahres der Arbeitsunfähigkeit eine volle Lohnfortzahlung oder zumindest während einer gewissen Zeit, bevor auf 80% oder 90% reduziert wird. Allerdings lassen sich doch einige Unterschiede zwischen den Kantonen beobachten: So gewährt der Kanton Zürich „nur“ eine Lohnfortzahlungsdauer von sechs Monate im ersten Dienstjahr und 12 Monaten im zweiten Dienstjahr und der Kanton Bern bis zu max. zwei Jahren unabhängig vom Dienstjahr.

- 246 Im Gegensatz zu den Berner-, Basler- und Zürcher-Skalen ist nur in wenigen Kantonen eine dem Dienstjahr entsprechende Lohnfortzahlungsdauer vorgesehen. Im ersten und teilweise auch noch im zweiten Dienstjahr ist die Dauer zwar in einigen Kantonen kürzer als in den folgenden Dienstjahren, ab dem 2. resp. 3. Dienstjahren gilt dann aber eine einheitliche, meist relativ lange Fortzahlungsdauer. Zudem ist in den meisten Kantonen bereits während der Probezeit Lohnfortzahlung geschuldet.
- 247 Nachfolgend wird nun kurz auf die Bestimmungen über die Dauer der Lohnfortzahlung ausgewählter kantonaler Erlasse eingegangen. Es handelt sich dabei um die Personalerlasse der Kantone Zürich, Bern, Genf, Glarus und Appenzell Innerrhoden.

### 2.2.1 Kanton Zürich

#### a) *Allgemein*

- 248 Die Grundsätze der Rechte und Pflichten der kantonalen Angestellten sind im Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (PG ZH)<sup>472</sup> verankert. Detaillierte Ausführungen finden sich in der Personalverordnung (PV ZH)<sup>473</sup> sowie in der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (VVO PG ZH)<sup>474</sup> geregelt. Dem Personalgesetz untersteht das Personal des Staates und seiner unselbstständigen Anstalten (§ 1 Abs. 1 PG ZH). Für die Lehrkräfte an Seminaren, Mittelschulen und Berufsschulen gilt das Personalgesetz, soweit nicht besondere Bestimmungen bestehen (§ 1 Abs. 2 PG ZH). Die kantonalen Anstellungsverhältnisse sind öffentlichrechtlicher Natur (§ 7 PG ZH). Der Regierungsrat kann in Bereichen, zu deren Regelung er abschliessend zuständig ist, mit den Personalverbänden Gesamtarbeitsverträge für das gesamte Personal oder für einzelne Personalgruppen abschliessen (§ 6 Abs. 1 PG ZH).

#### b) *Lohnfortzahlung über Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus*

- 249 Die Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall ist im Kanton Zürich in der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (VVO PG ZH) geregelt (§ 43 lit. c PG ZH). Nach § 99 Abs. 2 VVO PG ZH wird den Angestellten bei ganzer oder teilweiser<sup>475</sup> krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit der Lohn im ersten Dienstjahr während drei Monaten zu 100% und weiteren drei Monaten zu 75%, im zweiten Dienstjahr während je sechs Monaten und ab dem dritten Dienstjahr gesamthaft während längstens zwölf Monaten zu 100% weiter ausgerichtet<sup>476</sup> (ordentliche Lohnfortzahlung). Der Anspruch auf Lohnfortzahlung entsteht ab dem ersten Arbeitstag und somit auch bereits in der Probezeit.

---

<sup>472</sup> Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz) vom 27. September 1998, 177.10.

<sup>473</sup> Personalverordnung vom 16. Dezember 1998, 177.11.

<sup>474</sup> Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999

<sup>475</sup> Damit stellt die Vollzugsverordnung klar, dass es sich bei der Lohnfortzahlung um ein Zeitminimum und nicht um ein Lohnminimum handelt (Urteil VGer ZH PB.2005.00050 vom 31. Mai 2005, Erw. 2.3.2; Die Lohnfortzahlung dauert deshalb bei einer Teilarbeitsunfähigkeit nicht länger, zur Diskussion im Privatrecht siehe Rz. 200.

<sup>476</sup> § 19 VVO PG ZH sieht vor, dass das Arbeitsverhältnis einer Person, die laut einem, aufgrund einer vertrauensärztlichen Untersuchung verfassten, vertrauensärztlichen Bericht in absehbarer Zeit nicht wieder die volle Arbeitsfähigkeit erlangt, ganz oder teilweise aufgelöst wird. Gemäss § 19 Abs. 4 VVO PG ZH darf aber die in § 99 Abs. 2 und 3 VVO PG ZH vorgesehene Lohnfortzahlung nicht verkürzt werden.



- 250 Besteht allerdings nach Ablauf der ordentlichen Lohnfortzahlung *begründete Aussicht*, dass die oder der Angestellte in absehbarer Zeit wieder arbeitsfähig wird, oder ist die Wiederaufnahme der Arbeit oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen Invalidität noch ungewiss, hat gemäss § 99 Abs. 4 VVO PG ZH die Direktion im Einvernehmen mit dem Personalamt oder das zuständige oberste kantonale Gericht die Möglichkeit, die Weiterausrichtung von max. 75% des Lohnes zu bewilligen (ausserordentliche Lohnfortzahlung). Beim Entscheid über die Weiterausrichtung und deren Höhe sind die Umstände des einzelnen Falles angemessen zu berücksichtigen und allfällige Taggelder der obligatorischen Unfallversicherung anzurechnen (§ 99 Abs. 5 VVO PG ZH). Die ordentliche und die ausserordentliche Lohnfortzahlung betragen gesamthaft längstens zwei Jahre (§ 99 Abs. 4 VVO PG ZH a. E.). Werden Angestellte, die nach Ausschöpfen der Lohnfortzahlung wieder vollständig arbeitsfähig waren, erneut teilweise arbeitsunfähig, wird ihnen während max. drei Monaten weiterhin der volle Lohn ausgerichtet (§ 101 Abs. 3 VVO PG ZH).
- 251 Die in § 99 Abs. 2 VVO PH ZG gewährte ordentliche Lohnfortzahlungspflicht *darf grundsätzlich nicht durch eine Kündigung verkürzt werden* (§ 16 Abs. 3 lit. c Satz 2 VVO PG ZH). Zwar liegt ein sachlich zureichender Grund für eine Kündigung vor, wenn die oder der Angestellte aus gesundheitlichen Gründen während langer Zeit wiederholt oder dauernd an der Erfüllung der Aufgaben verhindert ist (§ 16 Abs. 3 lit. c Satz 1 VVO PG ZH), die Lohnfortzahlung ist aber weiterhin geschuldet. Somit können die Arbeitgebenden – anders als im Privatrecht – die Dauer des Lohnfortzahlungsanspruches nicht durch eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist verkürzen. Der ordentliche Lohnfortzahlungsanspruch ist somit grundsätzlich gewährleistet.
- 252 Bis Ende 2005 besagte § 16 Abs. 3 lit. c Satz 2 VVO PG ZH, dass die für die Lohnfortzahlung massgebende Dauer angemessen mit zu berücksichtigen sei. Mit Wirkung ab 1. Januar 2006 wurde dieser Satz durch den folgenden ersetzt: „Die Lohnfortzahlung gemäss § 99 Abs. 2 und 3 sowie § 108 Abs. 1 darf durch die Kündigung grundsätzlich nicht verkürzt werden“. Mit der Änderung soll sichergestellt werden, dass die Dauer der ordentlichen Lohnfortzahlung nicht unterschritten wird. Mit dem Adverb „grundsätzlich“ wird die Möglichkeit einer Verkürzung in besonderen Fällen offen gelassen, etwa bei Vorliegen einer Missbrauchssituation oder wenn aus andern Gründen angezeigt ist, bereits auf einen früheren Zeitpunkt zu kündigen. Mit der Neuregelung wurde im Wesentlichen die bisherige Praxis verdeutlicht<sup>477</sup>.
- c) *Keine jährliche Erneuerung des Anspruchs***
- 253 Anders als bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, wo mit Beginn eines neuen Dienstjahres in der Regel ein neuer Anspruch auf Lohnfortzahlung entsteht, dessen Dauer sich nach dem neuen Dienstjahr richtet<sup>478</sup>, *wird der Lohnfortzahlungsanspruch im Kanton Zürich nicht jährlich erneuert*<sup>479</sup>.
- 254 Frühere Arbeitsunfähigkeiten werden grundsätzlich bei der Berechnung der Lohnfortzahlung berücksichtigt, in der Regel aber nur jene, die nicht länger als 18 Monate zurückliegen. Dabei werden Abwesenheiten, die weniger als sechs Monate auseinander liegen, gesamthaft angerechnet, (§ 101 Abs. 2 VVO PG ZH). Leistet die oder der Angestellte während mindestens sechs zusammenhängender Monate wieder das volle Pensum, erneuert sich dagegen der Lohnfortzahlungsanspruch vollständig (§ 101 Abs. 1 VVO PG ZH). Arbeitnehmende können sich also mit anderen Worten einen bereits aufgebrauchten Lohnfortzahlungsanspruch mit einer mindestens sechsmonatigen Arbeitsfähigkeit wieder „erarbeiten“.

---

<sup>477</sup> ABI Kanton Zürich 2005, 1550 f. 1551, Änderung Vollzugsverordnung zum Personalgesetz.

<sup>478</sup> Siehe dazu Fn. 201.

<sup>479</sup> Urteil VGer ZH VB.2011.00682 vom 8. Februar 2012, Erw. 3.3.3.

- 255 Zur Festsetzung des Lohnfortzahlungsanspruchs sind bei jeder Arbeitsunfähigkeit alle Abwesenheiten der letzten eineinhalb Jahre, die weniger als sechs Monate auseinanderliegen, vom Gesamtanspruch abzuziehen. War also bspw. eine Arbeitnehmerin im vierten Dienstjahr zwei Mal während je drei Monaten arbeitsunfähig und erkrankt sie zu Beginn des fünften Dienstjahres erneut, beträgt ihr Lohnfortzahlungsanspruch noch sechs Monate (zwölf Monate – sechs Monate). Nach einer vollständigen Arbeitsfähigkeit während mindestens sechs Monaten würde der Lohnfortzahlungsanspruch wieder zwölf Monate betragen.
- 256 In einem Entscheid vom 8. Februar 2012 hat das Verwaltungsgericht Zürich festgehalten, dass § 101 Abs. 2 VVO PG ZH auch dann zur Anwendung kommt, wenn der Lohnfortzahlungsanspruch noch nicht durch eine mindestens sechsmontatige Arbeitsfähigkeit erneuert wurde. Die Auslegung der Arbeitgeberin (im genannten Fall das Universitätsspital Zürich), wonach § 101 Abs. 2 VVO PG ZH erst wieder zur Anwendung gelangen könne, wenn Angestellte während sechs zusammenhängender Monate wieder ihr volles Pensum geleistet haben, bezeichnete das Verwaltungsgericht als willkürlich und kaum mit dem Zweck der Lohnfortzahlung vereinbar. Eine solche Auslegung würde dazu führen, dass Personen, die regelmässig wegen Krankheit einzelne Tage am Arbeitsplatz fehlen, nach einer langen Abwesenheit wegen einer Krankheit oder eines Unfalls kaum je wieder in den Genuss der Lohnfortzahlungspflicht bei vollständiger Arbeitsunfähigkeit kommen könnten. Das Verwaltungsgericht betont in seinen Ausführungen: „Ein solcher Ausschluss vom Krankheitsschutz – der nur mit einem Stellenwechsel behoben werden könnte – widerspricht dem Zweck dieser Bestimmung offensichtlich. Ein Anspruch auf Lohnfortzahlung ist deshalb nach § 101 Abs. 2 VVPG auch zu prüfen, wenn sich die Lohnfortzahlungspflicht zuvor wegen längerer Abwesenheit erschöpft hatte und nach § 101 Abs. 1 VVPG noch keine vollständige Erneuerung des Anspruchs eingetreten ist.“<sup>480</sup>
- 257 Angewendet auf ein Beispiel, bedeutet das ebenerwähnte: Der Lohnfortzahlungsanspruch eines Arbeitnehmers, der im dritten und vierten Dienstjahr gesamthaft während vierzehn Monaten vollständig arbeitsunfähig ist, beträgt trotz Beginn eines neuen Dienstjahres nur zwölf Monate. Wird er nach zwei Jahren erneut länger Arbeitsunfähig hat er aber auch dann wieder einen Lohnfortzahlungsanspruch, wenn seine zweijährige Arbeitsfähigkeit immer wieder einmal durch kürzere Absenzen unterbrochen wurde, so, dass er nie sechs Monate ununterbrochen gearbeitet hat. Der Lohnfortzahlungsanspruch reduziert sich jedoch um die Absenzen der vergangenen eineinhalb Jahren.
- 258 Das Personalamt des Kantons Zürich betont aber, dass es trotz des Entscheides des Verwaltungsgerichtes an seiner bisherigen Praxis festhalte. Das Verwaltungsgericht habe bei seinem Entscheid übersehen, dass § 101 Abs. 2 VVO nur den Regelfall darstelle, Ausnahmen aber nach klarem Wortlaut der Bestimmung möglich seien. Krankheits- oder unfallbedingte Abwesenheiten, die länger als 18 Monate zurückliegen ist laut Auffassung des Personalamtes des Kantons Zürich im Einzelfall insbesondere dann möglich, wenn in den Jahren vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit bereits lange Lohnfortzahlungen geleistet wurden<sup>481</sup>.

**d) Kürzungsmöglichkeiten**

- 259 Gemäss § 103 VVO PG ZH kann der Lohn gekürzt werden, wenn die Arbeitsunfähigkeit ganz oder zum Teil auf Krankheiten zurückgeht, die beim Dienst Eintritt bereits bestanden haben, oder die Krankheit absichtlich oder grobfahrlässig vom Mitarbeitenden herbeigeführt worden ist. Der Lohn kann auch dann gekürzt werden, wenn die betroffene Person die zumutbare Mitwirkung im Rahmen der Fallbegleitung (Case Management) gemäss § 100a VVO PG ZH verweigert (§ 103 lit. d VVO PG ZH) oder die Durchführung einer vertrauensärztlichen Untersuchung verweigert oder verzögert (§ 103 lit. e VVO PG ZH). Zur Zeit besteht die Mög-

---

<sup>480</sup> Urteil VGer ZH VB.2011.00682 vom 8. Februar 2012, Erw. 3.3.5.

<sup>481</sup> So in der eigenen Publikation „PaRat“ vom Dezember 2012, S. 3-4, welche sich insbesondere an Führungskräfte und Personalverantwortliche der kantonalen Verwaltung richtet.

lichkeit der Lohnfortzahlungskürzung nur bei offensichtlichen und groben Missbrauchsfällen, da aus Mangel an einer genügenden Gesetzesgrundlage betroffene Mitarbeitende nicht zur Auskunft oder Entbindung der beruflichen Schweigepflicht der Medizinalpersonen gegenüber der Case Managerin verpflichtet werden können. Für jeden Informationsaustausch ist die Einwilligung der betroffenen Person eine zwingende Voraussetzung. Solange es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, ist das Case Management demzufolge grundsätzlich freiwillig<sup>482</sup>. In der Praxis wurde von der Lohnkürzung noch nie Gebrauch gemacht. Da sich der Teilnahmewang negativ auf den Erfolg auswirken könne, werde die Freiwilligkeit auch zukünftig, insbesondere bei der Verankerung des Case Managements im Personalgesetz, beibehalten<sup>483</sup>.

**e) Befristete Arbeitsverhältnisse**

260 Das Arbeitsverhältnis wird laut § 13 PG ZH in der Regel unbefristet begründet (Abs. 1). Befristete Arbeitsverhältnisse sind möglich, aber grundsätzlich für längstens ein Jahr zulässig und geltend nach dessen Ablauf als unbefristet (Abs. 2)<sup>484</sup>. Gemäss Art. 3 PG ZH sind *Angestellte* zudem sowohl unbefristet als auch befristet angestellte Personen, weshalb § 99 VVO PG ZH, der die Lohnfortzahlungsdauer für alle *Angestellten* regelt, auch für befristet angestellte Personen anwendbar ist.

**f) Besondere Bestimmungen für Berufsunfall und Berufskrankheit**

261 Besteht die Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines Berufsunfalls oder einer Berufskrankheit im Sinne des UVG wird den Angestellten während zwölf Monaten der volle Lohn ausgerichtet. Wiederholte Dienstaussetzungen wegen Berufsunfalls werden für die Lohnzahlung nicht zusammengezählt (§ 108 Abs. 1 VVO PG ZH). Ab dem dreizehnten Monat der Arbeitsunfähigkeit wird der Lohn sodann bis zur Wiederaufnahme der Arbeit oder bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen Invalidität auf 80% reduziert (§ 108 Abs. 2 VVO PG ZH). Ansprüche der Angestellten gegen haftpflichtige Dritte gehen im Umfang der staatlichen Leistungen auf den Staat über (§ 108 Abs. 3 VVO PG ZH).

262 Gemäss § 109 VVO PG ZH richtet der Staat die vom UVG-Versicherer festgesetzte Invaliditäts- oder Hinterlassenenrente auch auf dem nicht versicherten Verdienst aus, sofern der Bruttolohn den Höchstbetrag des in der obligatorischen Unfallversicherung versicherten Verdienstes übersteigt.

**g) Zusammenfassend**

263 Mit sechs Monaten im ersten und zwölf Monaten ab dem zweiten Dienstjahr geht die Lohnfortzahlungsdauer im Kanton Zürich weiter als die Obligationenrechtlichen Bestimmungen. Im Vergleich zu anderen Kantonen und den Bestimmungen in privatrechtlichen Gesamtarbeitsverträgen hinkt der Kanton Zürich allerdings etwas hinterher. Das Personalamt des Kantons weist denn auch das Personal auf seiner Homepage darauf hin, dass sich im ersten und zweiten Dienstjahr das Abschliessen einer privaten Taggeldversicherung mit aufgeschobenem Leistungsbeginn empfehle, um den Leistungsausfall bis zum Erlass einer allfälligen Invalidenrente zu überbrücken<sup>485</sup>. Einen gewissen Spielraum ergibt sich immerhin aus der in § 99

---

<sup>482</sup> Erläuterungen Änderungen VVO PG ZH betreffend Einführung Case Management, einsehbar unter: [www.pa.zh.ch/internet/finanzdirektion/personalamt/de/dienstleistungen/case\\_management/informationen\\_und\\_downloads.html](http://www.pa.zh.ch/internet/finanzdirektion/personalamt/de/dienstleistungen/case_management/informationen_und_downloads.html) (besucht am 17. Februar 2011).

<sup>483</sup> Auskunft Case Management Kanton Zürich, 22. März 2011.

<sup>484</sup> Besondere Bestimmungen über Anstellungsdauer und Kündigungsfristen für Anstellungsverhältnisse mit Ausbildungscharakter oder mit aus anderen Gründen zeitlich begrenzten Aufgaben bleiben vorbehalten (Art. 13 Abs. 2 PG ZH).

<sup>485</sup> Personalamt Kanton Zürich, Krankheit/Unfall, [www.pa.zh.ch/internet/finanzdirektion/personalamt/de/anstellungsbedingungen/krankheit\\_unfallversicherung/krankheit\\_unfall/lohn\\_bei\\_krankheitundnichtberufsunfall.html](http://www.pa.zh.ch/internet/finanzdirektion/personalamt/de/anstellungsbedingungen/krankheit_unfallversicherung/krankheit_unfall/lohn_bei_krankheitundnichtberufsunfall.html) (besucht am 17. Februar 2011).

Abs. 4 und 5 VVO PG ZH vorgesehenen Verlängerungsmöglichkeit auf bis zu zwei Jahre, die auch bereits im ersten und zweiten Dienstjahr greifen kann.

- 264 Anders als im Privatrecht, ist im Kanton Zürich die Lohnfortzahlung ausdrücklich nicht an den Bestand des Arbeitsverhältnisses gebunden ist. Hervorzuheben ist aber auch die Möglichkeit der Kürzung der Lohnfortzahlung bei fehlender Mitwirkung im Case Management.

## 2.2.2 Kanton Bern

### a) Allgemein

- 265 Die gesetzlichen Grundlagen für die Anstellungsbedingungen des Berner Kantonspersonals bilden insbesondere das Personalgesetz (PG BE)<sup>486</sup> und die Personalverordnung (PV BE)<sup>487</sup>. Nach Art. 65 PG BE wird krankheitsbedingt arbeitsunfähigen Mitarbeitenden der Lohn ganz oder teilweise befristet weiter ausgerichtet. Die Dauer der Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit ist in Art. 52 ff. PV BE geregelt: Behördenmitglieder und Angestellte erhalten max. 100% des Lohnes im ersten und 90% im zweiten Jahr (Art. 52 Abs. 1 PV BE). Der Anspruch besteht ab dem ersten Arbeitstag und somit bereits in der Probezeit. Die Lohnfortzahlung hängt in jedem Fall vom Bestand des Arbeitsverhältnisses ab, vorbehalten bleibt jedoch ein allfälliger weiterer Anspruch auf Kranken- oder Unfalltaggeld (Art. 52 Abs. 2 PV BE).
- 266 Seit dem 1. Januar 2007 schliesst der Kanton Bern für seine Angestellten eine Krankentaggeldversicherung ab, deren Prämien je zur Hälfte zu Lasten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers gehen (Art. 98 Abs. 3 PG BE und Art. 191a PV BE). Die Aufnahme in die Versicherung erfolgt ohne Gesundheitsvorbehalte. Der Versicherer bezahlt bei einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25% ab dem 180. Tag bis zum 730. Tag – effektiv werden also maximal 550 Taggelder ausgerichtet. Das Krankentaggeld beträgt 80% des Lohnes, der Kanton leistet zusätzlich Lohnfortzahlung, damit die 100% bzw. 90% erreicht sind<sup>488</sup>. Solange die Arbeitgebenden die Lohnfortzahlung nach den gesetzlichen Vorgaben gewährt, leistet der Versicherer das Krankentaggeld direkt an diese<sup>489</sup> und der Anspruch der Arbeitnehmenden besteht demzufolge ebenfalls gegenüber den Arbeitgebenden. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses richtet ihr der Anspruch an die Taggeldversicherung.
- 267 Gemäss Art. 53 PV BE kann das Gehalt bei Krankheit oder Unfall gekürzt oder eingestellt werden, wenn die Krankheit absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt worden oder in Ausübung einer bezahlten Nebenbeschäftigung entstanden ist. Die Möglichkeit einer Gehaltseinschränkung besteht darüber hinaus, wenn sich die oder der betroffene Angestellte den erforderlichen Abklärungs- und Eingliederungsmassnahmen widersetzt. Die Bestimmung ist seit 2005 in Kraft und es musste laut Auskunft des Personalamtes Bern zweimal davon Gebrauch gemacht werden: Eine Kürzung der Lohnfortzahlung hinnehmen mussten eine Lehrkraft, die (wiederholt) nicht zu Wiedereingliederungsgesprächen mit dem Case Management erschienen ist und eine Mitarbeiterin, die sich geweigert hat, die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu befolgen<sup>490</sup>. Art. 18 des Berner Personalgesetzes besagt zudem,

---

<sup>486</sup> Personalgesetz (PG) vom 16. September 2004, 153.01.

<sup>487</sup> Personalverordnung (PV) vom 18. Mai 2005, 153.011.1.

<sup>488</sup> Siehe die Grafik unter

[www.fin.be.ch/fin/de/index/personal/gesundheit\\_bgm/Gesundheit\\_am\\_Arbeitsplatz/Eingliederung.assetref/content/dam/documents/FIN/PA/de/lohnfortzahlung-bei-krankheit.pdf](http://www.fin.be.ch/fin/de/index/personal/gesundheit_bgm/Gesundheit_am_Arbeitsplatz/Eingliederung.assetref/content/dam/documents/FIN/PA/de/lohnfortzahlung-bei-krankheit.pdf) (besucht am 13. Mai 2013).

<sup>489</sup> Finanzdirektion Kanton Bern, Krankentaggeld,

[www.fin.be.ch/fin/de/index/personal/anstellungsbedingungen/versicherungen/Krankentaggeld.html](http://www.fin.be.ch/fin/de/index/personal/anstellungsbedingungen/versicherungen/Krankentaggeld.html) (besucht am 17. Februar 2011).

<sup>490</sup> So eine Auskunft des Personalamtes Bern vom 24. März 2011.

dass in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverträgen ausnahmsweise, wenn die besonderen Umstände es erfordern, Abweichungen hinsichtlich Gehaltsfortzahlung bei Krankheit oder Unfall zulässig sind. Die zwingenden Mindestansprüche nach OR müssen jedoch gewährleistet sein.

268 Mehrere Verhinderungen infolge Krankheit oder Unfall mit verschiedenen Ursachen begründen jeweils einen neuen und vollständigen Lohnfortzahlungsanspruch (Art. 54 Abs. 1 PV Kanton Bern). Ist die Ursache der Arbeitsunfähigkeit die gleiche, so entsteht nur dann ein neuer Anspruch, wenn zwischen den Dienstabwesenheiten mindestens drei Monate zum ursprünglichen Beschäftigungsgrad gearbeitet worden ist (Art. 54 Abs. 2 PV Kanton Bern). Wie im Kanton Zürich<sup>491</sup> beginnt der Lohnfortzahlungsanspruch somit nicht mit jedem neuen Dienstjahr erneut. Durch eine Arbeitsfähigkeit während mindestens drei Monaten zum vertraglich vereinbarten Beschäftigungsgrad wird ein neuer Anspruch „erarbeitet“.

### **b) *Befristete Arbeitsverhältnisse***

269 Gemäss Art. 16a PG BE sind Arbeitsverhältnisse grundsätzlich unbefristet, können aber ausnahmsweise auch befristet abgeschlossen werden (Abs. 1). Befristete Arbeitsverhältnisse können auf längstens fünf Jahre geschlossen werden und gelten nach deren Ablauf als unbefristet (Abs. 2).

270 Die Lohnfortzahlung endet auf jeden Fall mit dem Ende einer befristeten Anstellung. Um eine Versicherungslücke zu verhindern, zahlt in diesem Fall der Versicherer bereits ab diesem Zeitpunkt bis und mit dem 180. Tag ein Krankentaggeld. Ab dem 181. Tag kann die betroffene Person in jedem Fall in die Einzelversicherung übertreten. Ist ein Arbeitsverhältnis auf weniger als 180 Tage befristet, muss der Übertritt in die Einzelversicherung bei Krankheit innert 30 Tagen nach Ablauf der vereinbarten Einsatzzeit erfolgen. Die betroffenen Angestellten haben in diesem Fall bereits nach Erschöpfung der Lohnzahlungsfrist des Arbeitgebers ein Übertrittsrecht in die Einzelversicherung, unabhängig von der 180-tägigen Wartefrist des Kantons<sup>492</sup>.

### **c) *Zusammenfassend***

271 Der Kanton Bern geht mit einer zweijährigen Lohnfortzahlung und dem Verzicht auf das Erfordernis der Dauer des Arbeitsverhältnisses als Anspruchsvoraussetzung eindeutig weiter als die Berner-, Basler- und Zürcher-Skalen. Mit der abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung ist zudem sichergestellt, dass infolge Krankheit arbeitsunfähige Angestellte auch im Falle einer Kündigung weiterhin Leistungen erhalten. Dies ist umso wichtiger, als die Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeberin an den Bestand des Arbeitsverhältnisses geknüpft ist. Ohne Krankentaggeldversicherung würde der zweijährige Lohnfortzahlungsanspruch von Arbeitnehmenden, die aufgrund eines krankheitsbedingten Unvermögens ihre Arbeit im angestammten Tätigkeitsfeld weiterzuführen noch vor Ablauf dieser zwei Jahre entlassen werden<sup>493</sup>, gekürzt. Hervorzuheben ist, dass die Aufnahme in die Taggeldversicherung ohne Gesundheitsvorbehalt erfolgt.

272 Mit Art. 53 PV BE sieht der Kanton Bern, ähnlich wie der Kanton Zürich, bei fehlender Kooperation im Rahmen des Case Managements die Möglichkeit der Lohnkürzung vor und hat davon auch schon zweimal Gebrauch gemacht.

---

<sup>491</sup> Siehe dazu Rz. 253 ff.

<sup>492</sup> Personalamt des Kantons Bern, Orientierung über die Krankentaggeldversicherung, <[www.fin.be.ch/fin/de/index/personal/anstellungsbedingungen/versicherungen/Krankentaggeld.assetref/content/dam/documents/FIN/PA/de/Orientierung\\_ueber\\_die\\_Krankentaggeldversicherung.pdf](http://www.fin.be.ch/fin/de/index/personal/anstellungsbedingungen/versicherungen/Krankentaggeld.assetref/content/dam/documents/FIN/PA/de/Orientierung_ueber_die_Krankentaggeldversicherung.pdf)> (besucht am 4. April 2011).

<sup>493</sup> Dazu siehe Rz. 126.

### 2.2.3 Kanton Genf

- 273 Die Anstellungsbedingungen finden sich insbesondere in der Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC)<sup>494</sup> sowie im Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (RPAC)<sup>495</sup>. Der Kanton Genf kennt noch den Beamtenstatus, unterscheidet also zwischen verschiedenen Personalkategorien (Art. 4 Abs. 1 LPAC), namentlich Beamten (fonctionnaire, Art. 5 LPAC), Angestellten (employés, Art. 6 LPAC) und Hilfskräften (auxiliaire, Art. 7 LPAC).
- 274 Der Erlass sieht für Beamte und Angestellte eine unterschiedliche Regelung der Lohnfortzahlung vor: Laut Art. 59 RPAC haben *Angestellte* bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit im ersten Dienstjahr Anspruch auf Lohnfortzahlung in der Höhe von 50% ihres Lohnes und zwar in den ersten drei Monaten während zwei Wochen und ab dem vierten Monat während acht Wochen (Abs. 1). Nach einer krankheitsbedingten Abwesenheit von drei Monaten entfällt die Lohnfortzahlung (Art. 59 Abs. 2 RPAC). Gemäss Art. 59 Abs. 3 RPAC kommt für Angestellte ab dem zweiten Dienstjahr sowie bei Arbeitsunfähigkeit infolge Unfalls die Bestimmung der *Lohnfortzahlung bei Beamten* zur Anwendung. Diese ist in Art. 54 RPAC geregelt und besagt, dass im Falle einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall und bei Vorliegen eines Arztzeugnisses statt des Lohnes ein Taggeld während 730 innerhalb von 1095 Tagen geleistet wird. Nach 30 Krankheitstagen innerhalb von 3 Monaten hat der Vertrauensarzt des Kantons mit dem behandelnden Arzt Kontakt aufzunehmen und abzuklären, ob die betroffene Person geeignet, unter bestimmten Bedingungen geeignet oder nicht mehr geeignet ist, die bisherige Tätigkeit auszuüben. Das Verwaltungsgericht Genf legt die Rechtslage dahingehend aus, dass *die Lohnfortzahlung resp. die Taggeldleistungen mit Beendigung des Dienstverhältnisses enden*<sup>496</sup>. Das RPAC schränkt den Lohnfortzahlungspflicht nicht auf die Zeit nach der Probezeit ein, weshalb sie bereits ab Arbeitsbeginn besteht.
- 275 Bei Missbrauch oder falls die Krankheit auf ein grobes Verschulden des Angestellten zurückzuführen ist, kann die Lohnfortzahlung gekürzt oder gestrichen werden<sup>497</sup>.

### 2.2.4 Kanton Glarus

- 276 Gemäss Art. 18 Abs. 1 Personalgesetz Kanton Glarus (PG GL)<sup>498</sup> wird bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfalls während eines Jahres der vollständige Lohn ausgerichtet. Dauert die Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf eines Jahres an, so kann während höchstens weiteren 12 Monaten 80% des Lohnes ausgerichtet werden (Art. 23 Personalverordnung Kanton Glarus, PV GL) oder die zuständige Behörde kann die krankheitsbedingte Pensionierung anordnen (Art. 18 PG GL).
- 277 Können Angestellte infolge Krankheit oder Unfalls ihre Stelle nicht antreten, haben sie nach Art. 23 Abs. 2 PV GL Anrecht auf den vollen Lohn während max. einem Monat. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen besteht der Lohnfortzahlungsanspruch für einen Viertel der Anstellungsdauer, jedoch längstens bis zum Ablauf der Anstellung (Art. 18 Abs. 2 PG GL).

---

<sup>494</sup> Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC), B 5 05.

<sup>495</sup> Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (RPAC), B 0 05.01.

<sup>496</sup> Urteil VGer Genf ATA/623/2004 vom 5. August 2004, Erw. 2b, eine solche Auslegung ist laut Bundesgericht nicht willkürlich (Urteil BGer 2P.227/2004 vom 30. September 2004, Erw. 2.1).

<sup>497</sup> Art. 59 Abs. 2 RPAC.

<sup>498</sup> Gesetz über das Personalwesen (Personalgesetz), II A/6/1, vom 5. Mai 2002.

278 Auch der Kanton Glarus verzichtet auf eine kürzere Dauer im ersten Dienstjahr und gewährt eine einheitlich längere Lohnfortzahlung als das OR.

### 2.2.5 Kanton Appenzell Innerrhoden

279 Die Rechte und Pflichten der Mitarbeitenden des Kantons Appenzell Innerrhoden sind in der Personalverordnung (PeV AI)<sup>499</sup> geregelt. Soweit die PeV AI nicht andere Regelungen enthält, gelten die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechtes (Art. 2 Abs. 1 PeV AI).

280 Im Kanton Appenzell Innerrhoden ist die Dauer der Lohnfortzahlung in Art. 29 Personalverordnung (PeV AI) geregelt. Art. 29 Abs. 1 PeV AI entspricht sinngemäss Art. 324a Abs. 1 OR und besagt, dass Mitarbeitende unter anderem bei Krankheit und Unfall Anspruch auf Lohnfortzahlung während einer beschränkten Zeit haben, wenn das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen worden ist. In Abs. 2 ist die Dauer der Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung geregelt: Im ersten und zweiten Dienstjahr beträgt die Dauer vier Wochen. Danach verlängert sie sich pro Dienstjahr um je vier Wochen. Die Lohnfortzahlung dauert längstens bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses<sup>500</sup>. Laut Art. 29 Abs. 4 PeV AI endet die Lohnfortzahlung spätestens mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

281 Laut Art. 33 Abs. 1 PeV AI hat der Arbeitgeber jedoch für seine Mitarbeitenden eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen in der Höhe von 80% des Lohnes während 730 Tagen. Die Mitarbeitenden haben einen Teil der Prämien zu übernehmen (Art. 33 Abs. 2 PeV AI). Die relativ kurze Lohnfortzahlung von Art. 29 PeV AI ist folglich nur dann relevant, wenn die Krankentaggeldversicherung z. B. aufgrund eines Gesundheitsvorbehaltes nicht greift. Unklar ist, ob die Taggeldleistung an den Bestand des Arbeitsverhältnisses gebunden ist<sup>501</sup>.

282 Bei grobem Selbstverschulden kann die Standeskommission die Fortzahlung der Besoldung nach freiem Ermessen kürzen<sup>502</sup>.

## 3. Taggeldleistungen der obligatorischen Unfallversicherungen

### 3.1 Einleitung

283 Zwar konzentriert sich die Kohortenstudie auf Arbeitnehmende, die infolge Krankheit länger arbeitsunfähig werden<sup>503</sup>. Wie aber eingangs erläutert, wird im rechtlichen Teil auch die Arbeitsunfähigkeit infolge Unfalls behandelt. Dies einerseits der Vollständigkeit halber und andererseits um die Unterschiede zwischen den Leistungen bei Krankheit und Unfall aufzuzeigen.

284 Alle in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmerinnen sind nach Art. 1a UVG obligatorisch gegen Berufs- und Nichtberufsunfälle versichert, sofern sie mindestens acht Stunden pro Woche arbeiten (Art. 13 Abs. 1 UVV)<sup>504</sup>. Die Unfallversicherung leistet nach Art. 16 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 UVG bei einer Arbeitsunfähigkeit von 80% das volle Taggeld. Liegt eine we-

---

<sup>499</sup> Personalverordnung (PeV AI) vom 30. November 1998.

<sup>500</sup> Art. 29 Abs. 4 PeV AI.

<sup>501</sup> Vgl. zu dieser Frage Rz. 325 f. und 357 ff.

<sup>502</sup> Art. 29 Abs. 3 PeV AI.

<sup>503</sup> Siehe dazu Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“.

<sup>504</sup> Zur Weitergeltung der UV-Deckung beim Bezug von Taggeldern vgl. Art. 3 Abs. 2 UVG und Art. 7 UVV; zur Verlängerung der Versicherung vgl. Art. 2 Abs. 4 UVG und Art. 8 UVV.

niger grosse Arbeitsunfähigkeit vor, wird das Taggeld entsprechend reduziert. Der Höchstbetrag des versicherten Verdienstes beläuft sich zurzeit auf 126 000 Franken im Jahr und 346 Franken im Tag (Art. 22 Abs. 1 UVV).

- 285 Ein Bedarf an privatrechtlichen Einzel- oder Kollektivversicherungslösungen besteht nur ausserhalb des Obligatoriums, also wenn das Mindestpensum nicht erreicht wird und somit im Bereich der Nichtberufsunfälle keine gesetzliche Versicherungspflicht besteht oder bei der Versicherung von höheren Einkommen.

## 3.2 Voraussetzungen

### 3.2.1 Kurzüberblick

- 286 Der Anspruch auf ein Taggeld der obligatorischen Unfallversicherung setzt eine unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit sowie einen Schaden im Sinne eines Erwerbsausfalls (Schadenversicherung) voraus. Bei psychischen Unfallfolgen sowie bei Verletzungen der Halswirbelsäule war die Rechtsprechung gehalten, Kriterien festzulegen, um die Leistungspflicht der sozialen Unfallversicherung zu begrenzen; die Grenzziehung erfolgt über die Voraussetzung des adäquaten Kausalzusammenhangs. Die Rechtsprechung zur Adäquanz ist ebenfalls Bestandteil der folgenden Ausführungen. Schliesslich ist für einen Taggeldanspruch erforderlich, dass die versicherte Person den Gesundheitsschaden nicht absichtlich herbeigeführt hat.

### 3.2.2 Unfall

- 287 Art. 4 ATSG definiert den Unfall als eine nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat<sup>505</sup>. Geschieht der Unfall bei Arbeiten, die auf Anordnung des Arbeitgebers oder in dessen Interesse ausgeführt werden oder im Bereich der beruflichen Tätigkeit während Arbeitspausen oder vor und nach der Arbeit, handelt es sich nach Art. 7 Abs. 1 UVG um einen Berufsunfall<sup>506</sup>. Ein Nichtberufsunfall liegt gemäss Art. 8 Abs. 1 UVG vor, wenn es sich nicht um einen Berufsunfall handelt.

### 3.2.3 Arbeitsunfähigkeit und Verdienstausfall

- 288 Der sozialversicherungsrechtliche Begriff der Arbeitsunfähigkeit wird in Art. 6 Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) definiert. Danach ist Arbeitsunfähigkeit die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten (Art. 6 Satz 1 ATSG)<sup>507</sup>.
- 289 Das Bundesgericht bezeichnet Arbeitsunfähigkeit als eine Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen im bisherigen Beruf<sup>508</sup>. Der Grad der Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen und damit der Grad der Arbeitsunfähigkeit ist danach zu beurteilen, ob die versi-

---

<sup>505</sup> Zu den einzelnen Begriffsmerkmalen vgl. MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 16 N 60 ff., LOCHER (Sozialversicherungsrecht), § 7, Rz. 11.

<sup>506</sup> Vgl. auch die Konkretisierung in Art. 12 UVV.

<sup>507</sup> Zur längere dauernden Arbeitsunfähigkeit siehe Rz. 307 ff.; zur Erwerbsunfähigkeit siehe Rz. 905 ff.

<sup>508</sup> BGE 114 V 281, Erw. 3c; vgl. auch BGE 105 V 156, Erw. 2a und Urteil BGer 9C\_276/2010 vom 2. Juli 2010, Erw. 3.2; KIESER, N 3 zu Art. 6 ATSG.



cherte Person aus gesundheitlichen Gründen an ihrem angestammten Arbeitsplatz zumutbarerweise nicht mehr nutzbringend tätig sein kann.

- 290 Die rechtliche Arbeitsunfähigkeit deckt sich nicht notwendigerweise mit der medizinisch-theoretischen Arbeitsunfähigkeit. Liegt beispielsweise nach medizinisch-theoretischer Einschätzung eine teilweise Arbeitsunfähigkeit vor, können jedoch für den Beruf zentrale Tätigkeiten nicht mehr ausgeführt werden, liegt entgegen der medizinisch-theoretischen Einschätzung eine volle Arbeitsunfähigkeit vor. Letztere ist demnach nicht massgebend für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit<sup>509</sup>. Eine Arbeitsunfähigkeit liegt auch vor, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar ist, was insbesondere der Fall ist, wenn die Tätigkeit nur unter der Gefahr, den Gesundheitszustand zu verschlimmern, ausgeführt werden kann<sup>510</sup>.
- 291 Weiter setzt ein Anspruch auf ein Taggeld der UV einen Schaden im Sinne eines Erwerbsausfalls voraus<sup>511</sup>.

### 3.2.4 Kausalzusammenhang

- 292 Neben dem gemäss Art. 6 ATSG erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Gesundheitsschaden und der Arbeitsunfähigkeit ist für eine Leistungspflicht der UV ein Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und dem Gesundheitsschaden Voraussetzung. Als natürlich kausal gelten alle Umstände, ohne deren Vorhandensein nicht eingetreten wäre. Ob ein natürlicher Kausalzusammenhang vorliegt ist eine Tatfrage und somit gestützt auf medizinische Berichte zu beantworten. Erscheint der Unfall mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als Ursache für den Gesundheitsschaden, gilt der Nachweis als erbracht<sup>512</sup>.
- 293 Die Leistungspflicht der UV setzt einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und der gesundheitlichen Beeinträchtigung voraus. Die Adäquanz ist zu bejahen, wenn ein Unfall nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Gesundheitsschaden wie den eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Schadens also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint. Beim Entscheid über die Adäquanz handelt es sich um eine Rechtsfrage, welche durch die Verwaltung und – im Streitfalle – durch den Richter zu beantworten ist<sup>513</sup>. Da die UV auch für seltenste, schwerwiegendste Komplikationen aufzukommen hat, welche nach der unfallmedizinischen Erfahrung gerade nicht eintreten sollten, spielt die Voraussetzung der Adäquanz bei physischen Unfallfolgen praktisch keine Rolle<sup>514</sup>. Grosse Bedeutung kommt dem Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhanges jedoch im Zusammenhang mit psychischen Unfallfolgen zu.
- 294 Da sich die Leistungspflicht bei psychischen Unfallfolgen nicht auf die in psychischer Hinsicht gesunden Versicherten beschränken soll, ist bei der Beurteilung der Adäquanz auf eine weite Bandbreite an Versicherten abzustellen, die auch Menschen mit einer ungünstigen konstitutionellen Prädisposition, einem allgemein geschwächten Gesundheitszustand oder schwierigen Lebensverhältnissen mitumfasst. Die Adäquanzbeurteilung erfolgt deshalb anhand eines realitätsgerechten – und damit nicht anhand allzu strengen – Massstabs<sup>515</sup>. Soweit die psychi-

---

<sup>509</sup> BGE 111 V 235, Erw. 1b m. w. H.

<sup>510</sup> BGE 114 V 281, Erw. 1c.

<sup>511</sup> Der Erwerbsausfall ist nicht ausdrücklich als Anspruchsvoraussetzung genannt. Siehe zum Ganzen BGE 114 V 281, Erw. 3c und spezifisch zur Voraussetzung des Erwerbsausfalls im Rahmen von Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung bei Arbeitsunfähigkeit BGE 130 V 35, Erw. 3.3.

<sup>512</sup> Vgl. zum ganzen Abschnitt BGE 119 V 335, Erw. 1.

<sup>513</sup> BGE 122 V 415, Erw. 2a.

<sup>514</sup> BGE 118 V 286, Erw. 3a.

<sup>515</sup> BGE 115 V 133, Erw. 4b.

schen Beschwerden auch durch weitere, bereits vor dem Unfall bestehende Faktoren mitverursacht wurden, schliesst dies die Adäquanz nicht aus, das Unfallereignis muss jedoch im Gesamtzusammenhang ernsthaft ins Gewicht fallen<sup>516</sup>.

- 295 Die Eignung eines Unfalls, psychische Beeinträchtigungen hervorzurufen, wurde nach der älteren Rechtsprechung nach allen Umständen des Einzelfalles beurteilt<sup>517</sup>. Als u. a. massgebendes Element nannte das Bundesgericht auch die Eindringlichkeit des Unfalls für den Betroffenen<sup>518</sup>. In einem Grundsatzentscheid kam das Bundesgericht dem Ruf nach mehr Rechtssicherheit und -gleichheit nach und teilte die Unfälle in drei Gruppen ein, wobei – anders als in der bisherigen Rechtsprechung – auf den objektiven Unfallhergang und nicht auf die Wahrnehmung des Betroffenen abzustellen ist: bei banalen Unfällen ist ein adäquater Kausalzusammenhang zu verneinen, während ein solcher bei schweren Unfällen zu bejahen ist. Im dazwischenliegenden Bereich sind neben dem Unfallhergang weitere objektiv erfassbare Umstände wie physische Beeinträchtigungen, Dauer der Behandlung, Schmerzen sowie Grad und Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit zu berücksichtigen<sup>519</sup>.
- 296 Bei der Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen einem Unfallereignis und *Schleudertraumen*, äquivalenten *Halswirbelsäulenverletzungen* sowie *Schädelhirntraumen* unterscheidet die Rechtsprechung nicht zwischen physischen und psychischen Unfallfolgen<sup>520</sup>. Obwohl es Anhaltspunkte gibt, wonach das für solche Verletzungen typisches Beschwerdebild durch Mikroverletzungen – und durch organische Veränderungen – hervorgerufen wird<sup>521</sup>, beurteilt die Rechtsprechung die Adäquanz nach den Kriterien, welche bei rein psychischen Beschwerdebildern zur Anwendung gelangen<sup>522</sup>.

### 3.2.5 Keine vorsätzliche Herbeiführung

- 297 Schliesslich setzt der Taggeldanspruch der obligatorischen Unfallversicherung voraus, dass der Unfall nicht vorsätzlich oder bei vorsätzlicher Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt wurde (Art. 21 Abs. 1 ATSG). Abweichend vom ATSG sieht das UVG zudem in Art. 37 Abs. 2 UVG auch eine Kürzungsmöglichkeit bei grobfahrlässigem Verhalten der versicherten Person vor<sup>523</sup>. Diese Leistungskürzung kommt nur bei Nichtberufsunfällen in Betracht und ist auf zwei Jahre beschränkt. Spezialgesetzlich sind in der UV auch die Verweigerungs- und Kürzungsmöglichkeiten geregelt, wenn die versicherte Person aussergewöhnliche Gefahren<sup>524</sup> oder Wagnisse<sup>525</sup> eingeht.

## 3.3 Verfahrensrechtliche Fragen

- 298 Der fast im gesamten Sozialversicherungsrecht zur Anwendung gelangende Untersuchungsgrundsatz gebietet es den rechtsanwendenden Behörden den Sachverhalt – und damit auch die Arbeitsunfähigkeit – *von Amtes wegen* abzuklären. Die Behörde hat aus eigener Initiative und

<sup>516</sup> BGE 115 V 133, Erw. 4c.

<sup>517</sup> BGE 113 V 307, Erw. 3e.

<sup>518</sup> BGE 113 V 307, Erw. 3e.

<sup>519</sup> BGE 115 V 133, Erw. 4 ff.

<sup>520</sup> BGE 117 V 359, Erw. 5d/aa

<sup>521</sup> Vgl. dazu die in BGE 117 V 359, Erw. d/aa aufgeführte medizinische Fachliteratur.

<sup>522</sup> BGE 117 V 359, Erw. 5d/aa und 6a.

<sup>523</sup> Siehe dazu Rz. 214 ff.; in Urteil BGer 8C\_877/2009 vom 28. Juni 2010, Erw. 3, entschied das Bundesgericht, dass eine Kürzung von 20% zu Recht erfolgte, nachdem die versicherte Person nach einer verbalen Provokation eine schwere Kopfverletzung erlitten hatte; vgl. auch Urteil BGer 8C\_932/2012 vom 22. März 2013 (Provokation durch Stinkefinger).

<sup>524</sup> Vgl. dazu die abschliessende Aufzählung in Art. 49 UVV.

<sup>525</sup> Vgl. dazu die Generalklausel in Art. 50 UVV.

ohne Bindung an die Vorbringen der Parteien die dem Begehren einer versicherten Person zugrunde liegenden Tatsachen zu eruieren<sup>526</sup>. Der Untersuchungsgrundsatz ist für das Verwaltungsverfahren in Art. 43 Abs. 1 ATSG und für das gerichtliche Verfahren in Art. 61 lit. c ATSG geregelt. Der Untersuchungsgrundsatz findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der versicherten Person gemäss Art. 28 Abs. 1 ATSG. Diese sind sowohl Ergänzung als auch Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes<sup>527</sup>. Bei Verletzung der Mitwirkungspflicht durch die versicherte Person – nicht jedoch durch eine Ärztin oder den Arbeitgeber<sup>528</sup> – ist der Versicherungsträger gemäss Art. 43 Abs. 3 ATSG nicht zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes verpflichtet und kann entweder aufgrund der Akten entscheiden oder Nichteintreten beschliessen.

- 299 Die *Beweismittel* sind teilweise im ATSG geregelt. Ausdrücklich erwähnt ist die Auskunftspflicht der Parteien, welche die Editionsspflicht betreffend die zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit notwendigen schriftlichen Unterlagen sowie die Pflicht umfasst, notwendige und zumutbare ärztliche oder fachliche Untersuchungen zu dulden (Art. 43 Abs. 2 ATSG). Ebenfalls erwähnt werden im ATSG die Auskunftspflicht von gewissen Drittpersonen (Art. 28 Abs. 3 ATSG) sowie das Gutachten (Art. 44 ATSG). Neben den im ATSG kommen die in Art. 12 VwVG genannten Beweismittel zum Tragen, wobei auch weitere, nicht im Gesetz erwähnte Beweismittel zulässig sind<sup>529</sup>. Als Beweismittel zulässig ist deshalb auch ein durch einen im Auftrag eines privaten Haftpflichtversicherers tätigen Privatdetektiven erstelltes Videoband<sup>530</sup>. Werden bei der Abklärung von Tatsachen Grundrechte der versicherten Person tangiert, ist das Vorgehen nur dann zulässig, wenn dafür eine ausreichende gesetzliche Grundlage besteht, eine öffentliches Interesse zu bejahen und die Verhältnismässigkeit gewahrt ist.
- 300 Auch ohne ausdrückliche Grundlage im ATSG gilt – wie allgemein im öffentlichen Recht – der *Grundsatz der freien Beweiswürdigung*<sup>531</sup>. Dieser verpflichtet die Behörden, die Beweise ohne Bindung an förmliche Regeln umfassend, pflichtgemäss und objektiv zu würdigen<sup>532</sup>. Die Rechtsprechung hat für einige Beweismittel Würdigungsgrundsätze festgelegt, welche mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung grundsätzlich nicht vereinbar sind. Diese Richtlinien betreffen vorab die Feststellung von medizinischen Gegebenheiten, wie etwa die Bedeutung von versicherungsinterne Gutachten, Berichte von Hausärztinnen sowie Privat- und Gerichtsgutachten<sup>533</sup>.
- 301 Würde der im Zivil- und Strafprozess anwendbare Beweisgrad des vollen Beweises auch im Sozialversicherungsrecht gelten, wären die Behörden, die im Rahmen der Massenverwaltung die tatsächlichen Begebenheiten von sich aus abklären müssen, überfordert, weshalb gemäss Rechtsprechung bei der Feststellung der für den Leistungsanspruch erheblichen Tatsachen der *Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit* zur Anwendung gelangt<sup>534</sup>. Abweichende Beweiserfordernisse können im Gesetz vorgesehen sein<sup>535</sup>.
- 302 Die Verwaltung und im Streitfall die Gerichte haben die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit gestützt auf Untersuchungsergebnisse von Ärzten und anderen medizinischen Fachpersonen vorzunehmen. Neben der Feststellung des Gesundheitsschadens hat durch medizinische Fach-

---

<sup>526</sup> BGE 122 V 157, Erw. 1a.

<sup>527</sup> LOCHER (Sozialversicherungsrecht), § 68, Rz. 11.

<sup>528</sup> Diese sind gemäss Art. 29 ATSG auch zur Mitwirkung verpflichtet.

<sup>529</sup> KIESER, N 20 zu Art. 43 ATSG.

<sup>530</sup> Vgl. BGE 132 V 241.

<sup>531</sup> Vgl. jedoch Art. 19 VwVG, welcher auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess verweist (BZP); Art. 40 BZP hält den Grundsatz der freien Beweiswürdigung ausdrücklich fest.

<sup>532</sup> MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 21, N 7, m. H.

<sup>533</sup> KIESER, N 34 f. zu Art. 43 ATSG, m. H. auf die Rechtsprechung, vgl. auch Urteil BGer 8C\_320/2007 vom 7. Dezember 2007, Erw. 4.

<sup>534</sup> BGE 119 V 7, Erw. 3c/bb, BGE 126 V 353, Erw. 5b.

<sup>535</sup> Vgl. bspw. Art. 87 Abs. 3 IVV (Glaubhaftmachen) oder Art. 141 Abs. 3 AHVV (Beweisen).

personen auch eine Beurteilung betreffend die Frage zu erfolgen, in welchem Umfang und bezüglich welchen Tätigkeiten eine Arbeitsunfähigkeit besteht. Weiter bilden die ärztlichen Untersuchungsergebnisse eine wichtige Grundlage der Frage, welche Tätigkeiten der versicherten Person noch zugemutet werden können<sup>536</sup>.

### 3.4 *Höhe und Dauer der Taggeldleistung*

- 303 Die Unfallversicherung leistet ein Taggeld in der Höhe von 80% des versicherten Verdienstes, der gegenwärtig maximal Fr. 126'000.- beträgt (Art. 22 Abs. 1 UVV). Die Höhe des versicherten Verdienstes bestimmt sich nach dem letzten vor dem Unfall bezogenen Lohn (Art. 22 Abs. 3 UVV). Die Bemessung des versicherten Verdienstes erfolgt nach den Grundsätzen der AHV-Gesetzgebung<sup>537</sup>. Bei unregelmässiger Erwerbstätigkeit oder bei starken Lohnschwankungen ist jedoch auf einen angemessenen Durchschnittslohn abzustellen (Art. 23 Abs. 3 UVV)<sup>538</sup>. Hatte die versicherte Person bis zum Unfall einen Anspruch auf ein Taggeld der IV, so entspricht das Taggeld mindestens dem bisher bezogenen IV-Taggeld, wobei die maximale Höhe gemäss Art. 22 Abs. 1 UVV nicht überschritten werden darf (Art. 22 Abs. 3<sup>bis</sup> UVV).
- 304 Das Taggeld wird am dritten Tag nach dem Unfall ausgerichtet (Art. 16 Abs. 2 UVG). Während der ersten zwei Tage besteht eine gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, welche 80% des Lohnes beträgt und gegen oben nicht begrenzt ist<sup>539</sup>.
- 305 Das UVG kennt keine Höchstzahl der auszurichtenden Taggelder. Der Taggeldanspruch erlischt grundsätzlich mit der Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit, einem allfälligen Beginn einer Rente oder dem Tod der versicherten Person (Art. 16 Abs. 2 UVG). Die Arbeitsfähigkeit gilt auch dann als wiedererlangt, wenn zwar nicht mehr der ursprüngliche Gesundheitszustand erreicht wird, jedoch ein stabiler Gesundheitszustand, eine voraussichtlich dauernde Beeinträchtigung der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf sowie die Zumutbarkeit eines Berufswechsels vorliegen<sup>540</sup>. Ferner erlischt der Taggeldanspruch mit dem Wegfall der Unfallkausalität<sup>541</sup>.

### 3.5 *Obligatorische Unfallversicherung bei Arbeitslosigkeit*

- 306 Die Bezügerinnen von Arbeitslosentschädigung sind nach Art. 22a Abs. 4 AVIG ebenfalls gegen Unfälle versichert. Diesfalls entspricht der versicherte Verdienst der Höhe der Nettoarbeitslosenentschädigung. Die Unfallversicherung erbringt die ganze Leistung, wenn die Arbeitsunfähigkeit mehr als 50% beträgt, und die halbe Leistung, wenn die Arbeitsunfähigkeit mehr als 25% und höchstens 50% beträgt (Art. 5 Abs. 4 Verordnung über die Unfallversicherung arbeitsloser Personen<sup>542</sup>).

### 3.6 *Längerdauernde Arbeitsunfähigkeit*

- 307 Art. 6 Satz 2 ATSG kommt grundsätzlich nur dort zur Anwendung, wo Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit nach Massgabe von generellen zeitlichen Grenzen ausgerichtet werden, also

---

<sup>536</sup> BGE 105 V 156, Erw. 1.

<sup>537</sup> Art. 22 Abs. 2 UVV i. V. m. Art. 5 AHVG und Art. 7 AHVV, vgl. zum massgebenden Lohn nach Art. 5 Abs. 2 AHVG; BGE 133 V 556 Erw. 4.

<sup>538</sup> Für weitere Sonderfälle der Berechnung des massgebenden Lohnes vgl. Art. 23 Abs. 1 - 9 UVV.

<sup>539</sup> Vgl. zur Lohnfortzahlung des Arbeitgebers bei obligatorischer Versicherung Rz. 206 ff.

<sup>540</sup> Siehe zur länger andauernden Arbeitsunfähigkeit Rz. 307 ff.

<sup>541</sup> MOSIMANN (Taggelder), S. 60.

<sup>542</sup> Verordnung über die Unfallversicherung arbeitsloser Personen vom 24. Januar 1996, SR 837.171.

- typischerweise bei einer Krankentaggeldlösung nach KVG<sup>543</sup>. Im Bereich des Unfalltaggeldes ist Art. 6 Satz 2 ATSG dagegen grundsätzlich nicht anwendbar, womit die Berücksichtigung einer Tätigkeit in einem anderen Beruf ausser Betracht fällt<sup>544</sup>. Nach der Rechtsprechung ist aber auch in der Unfallversicherung ein Berufswechsel nicht ausgeschlossen, wenn ein stabiler Gesundheitszustand vorliegt, voraussichtlich eine dauernde Beeinträchtigung der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf anzunehmen ist, die berufliche Neueingliederung für die versicherte Person zumutbar ist und eine Übergangsfrist gewährt wird<sup>545</sup>.
- 308 Der Unfallversicherer kann nach Abschluss der allgemeinen Heilbehandlung nach einem Unfall erneut die adäquate Kausalität überprüfen. Im Rahmen einer solchen Überprüfung der Unfallkausalität ist es möglich, dass der Unfallversicherer seine bis dahin erbrachten Heilkosten- und Taggeldleistungen mit der Begründung einstellt, dass keine behandlungsbedürftigen Unfallfolgen mehr vorlägen. Bei einer längeren Arbeitsunfähigkeit nach einem Unfall ist es also denkbar, dass anerkannte Unfallursachen nach einer gewissen Zeit als nicht mehr wirksam beurteilt werden, da sog. unfallfremde Ursachen für die Beschwerden ursächlich seien<sup>546</sup>.
- 309 Ist aber die Unfallkausalität einmal mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, entfällt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die deswegen anerkannte Leistungspflicht des Unfallversicherers erst, wenn der Unfall nicht die natürliche und adäquate Ursache des Gesundheitsschadens darstellt, bzw. wenn Letzterer nur noch und ausschliesslich auf unfallfremden Ursachen beruht. Dies trifft laut der Rechtsprechung dann zu, „wenn entweder der (krankhafte) Gesundheitszustand, wie er unmittelbar vor dem Unfall bestanden hat (status quo ante), oder aber derjenige Zustand, wie er sich nach dem schicksalsmässigen Verlauf eines krankhaften Vorzustandes auch ohne Unfall früher oder später eingestellt hätte (status quo sine), erreicht ist“<sup>547</sup>. Obwohl das UVG keine Höchstzahl an Taggeldern vorsieht und diese grundsätzlich bis zur Wiedererlangung der früheren Arbeitsfähigkeit, der Ausrichtung einer Rente oder dem Tod der versicherten Person ausgerichtet werden (Art. 16 Abs. 2 UVG), kann der Unfallversicherer also beim Wegfall der Unfallkausalität die Taggeldleistungen einstellen<sup>548</sup>. Der Unfallversicherer muss hierfür aber den Wegfall des zuvor anerkannten Kausalzusammenhangs zwischen dem Gesundheitsschaden und dem Unfall mit dem im Sozialversicherungsrecht allgemein üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachweisen<sup>549</sup>. Dabei genügt es nicht, dass lediglich die Möglichkeit besteht, dass die ursächlichen Auswirkungen des Unfalls nicht mehr fortbestehen. Die Beweislast liegt – anders als beim leistungs begründenden natürlichen Kausalzusammenhang – beim Unfallversicherer, da es sich um eine anspruchsaufhebende Tatfrage handelt. Nicht zu beweisen hat der Unfallversicherer dagegen, welche Ursache ein nach wie vor geklagtes Leiden hat<sup>550</sup>.
- 310 Hat die unfallbedingte Ursache eines Gesundheitsschadens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ihre kausale Bedeutung verloren, kann die Unfallversicherung die Taggeldleistungen einstellen. Hat die betroffene Person weiterhin Beschwerden und ist sie nach wie vor arbeitsunfähig, wird aus einer ursprünglich unfallbedingten eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit. Verfügt die betroffene Person über eine Krankentaggeldversicherung, wird diese mög-

---

<sup>543</sup> KIESER, N 18 zu Art. 6 ATSG; siehe zur Krankentaggeldlösung nach KVG Rz. 315 ff.

<sup>544</sup> KIESER, N 19 zu Art. 6 ATSG.

<sup>545</sup> Urteil BGer U 301/02 vom 1. Oktober 2003, Erw. 2.2.

<sup>546</sup> RÜEGG, S. 24.

<sup>547</sup> Urteil BGer 8C\_933/2011 vom 9. Mai 2012, Erw. 3; Urteil BGer 8C\_181/2007 vom 17. April 2009, Erw. 1; Urteil EVG U 411/04 vom 2. Februar 2005; Urteil EVG 183/04 vom 4. November 2004, Erw. 3.2.

<sup>548</sup> RÜEGG, S. 24; MOSIMANN (Taggelder), S. 60.

<sup>549</sup> Urteil BGer 8C\_933/2011 vom 9. Mai 2012, Erw. 3; Urteil BGer 8C\_181/2007 vom 17. April 2009, Erw. 1; Urteil EVG U 411/04 vom 2. Februar 2005; Urteil EVG 183/04 vom 4. November 2004, Erw. 3.2; RÜEGG, S. 24.

<sup>550</sup> Urteil BGer 8C\_933/2011 vom 9. Mai 2012, Erw. 3; Urteil BGer 8C\_181/2007 vom 17. April 2009, Erw. 1; Urteil EVG U 411/04 vom 2. Februar 2005; Urteil EVG 183/04 vom 4. November 2004, Erw. 3.2.

licherweise leistungspflichtig<sup>551</sup>. Die Kollektivkrankentaggeldversicherung kann aber mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses ebenfalls enden<sup>552</sup>. Ist dies der Fall und hat kein Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung stattgefunden, besteht kein Anspruch auf Krankentaggeld. Auch bei einer unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit ist es deshalb wichtig, dass die betroffene Person im Falle einer Ausscheidung aus der Kollektivkrankentaggeldversicherung in die Einzeltaggeldversicherung übertritt.

## 4. Leistungen der Krankentaggeldversicherung

### 4.1 Gleichwertige Regelungen (324a Abs. 4 OR)

- 311 Gemäss Art. 324a Abs. 4 OR kann durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag eine von Art. 324a Abs. 1 - 3 OR abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist. So können die Parteien eine von der gesetzlichen Regelung abweichende längere Dauer der Lohnfortzahlung vereinbaren. Eine weitere Möglichkeit besteht im Abschluss einer Taggeldversicherung. Die Versicherungsleistungen der Taggeldversicherung treten an die Stelle des gesetzlichen Lohnfortzahlungsanspruchs oder ergänzen diesen.
- 312 Bei einer Regelung, welche die Stellung der Arbeitnehmerin durchgehend verbessert, bspw. durch eine länger andauernde Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber, liegt keine abweichende Lösung i. S. v. Art. 324a Abs. 4 OR vor: Aufgrund des teilzwingenden Charakters von Art. 324a Abs. 1 und 3 OR kann zugunsten der Arbeitnehmerin formlos von der gesetzlichen Regelung abgewichen werden<sup>553</sup>.
- 313 Viele Arbeitgebende schliessen für ihre Arbeitnehmenden freiwillig oder aufgrund einer GAV-Vorschrift eine Taggeldversicherung ab. Krankentaggeldversicherungen können auf Grundlage des VVG (Privatversicherung) oder des KVG (soziale Versicherung) abgeschlossen werden. Sowohl VVG- als auch KVG-Krankentaggeldversicherungen können als Einzel- oder Kollektivversicherung abgeschlossen werden. Schliessen Arbeitgebende für ihre Arbeitnehmenden eine Taggeldversicherung ab<sup>554</sup>, handelt es sich dabei regelmässig um eine Kollektivversicherung, bei welcher die Arbeitgebenden als Versicherungsnehmer auftreten. Die Prämien werden häufig hälftig zwischen den beiden Parteien aufgeteilt, teilweise werden sie auch ganz von der Arbeitgeberin übernommen<sup>555</sup>.
- 314 Die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgebenden setzen den Bestand des Arbeitsverhältnisses voraus. Endet das Arbeitsverhältnis, kann die Arbeitgeberin auch die Lohnfortzahlung einstellen<sup>556</sup>. Teil der nachfolgenden Ausführungen bildet deshalb auch die Frage, ob Leistungen der Krankentaggeldversicherung gleichermassen vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses abhängig sind.

---

<sup>551</sup> RÜEGG, S. 24 f., der darauf hinweist, dass die Krankentaggeldversicherung in einer solchen Situation in der Regel nicht ohne Weiteres bereit sein dürfte, die durch die Unfallversicherung behaupteten unfallfremden Ursachen als krankheitsbedingt anzuerkennen.

<sup>552</sup> Siehe dazu Rz. 325 f. (für KVG-Versicherungen) und Rz. 357 ff. (für VVG-Versicherungen).

<sup>553</sup> BGE 131 III 623, Erw. 2.5.2; REHBINDER/STÖCKLI, N 36 zu Art. 324a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 28 zu Art. 324a/b OR.

<sup>554</sup> Art. 67 Abs. 3 lit. a KVG. Statt der Arbeitgebenden können auch Arbeitgeberorganisationen und Berufsverbänden für ihre Mitglieder und die Arbeitnehmenden ihrer Mitglieder (Art. 67 Abs. 3 lit. b KVG) oder Arbeitnehmerorganisationen für ihre Mitglieder (Art. 67 Abs. 3 lit. c KVG) eine Kollektivversicherung abschliessen.

<sup>555</sup> Entsprechende Regelungen finden sich in zahlreichen Gesamtarbeitsverträgen, wie ein Blick in den GAV-Service der Gewerkschaft Unia zeigt, < <http://www.gav-service.ch/> > (besucht am 28. März 2013).

<sup>556</sup> Siehe dazu Rz. 203 ff.

## 4.2 Krankentaggeldversicherung nach KVG

### 4.2.1 Kurzüberblick

315 Bei den freiwilligen Taggeldversicherungen nach KVG handelt es sich um *öffentlich-rechtliche Versicherungsverhältnisse*. Zwar können die Parteien einige Vertragspunkte frei bestimmen, so bspw. die Höhe des Taggeldes, Art. 67 ff. KVG sehen jedoch zahlreiche zwingende Vorschriften vor. So obliegt den Versicherern bspw. ein *Kontrahierungszwang*, d. h. sie müssen jede gemäss Gesetz zum Beitritt berechtigte Person in die Versicherung aufnehmen (Art. 67 Abs. 1 KVG, Art. 68 Abs. 1 KVG). Die KVG-Versicherer können aber gemäss Art. 69 Abs. 1 KVG Krankheiten, die bei der Aufnahme bereits bestehen, durch einen Vorbehalt von der Versicherung ausschliessen. Das gleiche gilt für frühere Krankheiten, die erfahrungsgemäss zu Rückfällen führen können. Dieser sog. Gesundheitsvorbehalt fällt bei einer KVG-Taggeldversicherung aber spätestens nach fünf Jahren dahin. Nach Ablauf dieser fünf Jahren haben Versicherte auch bei einer Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer ursprünglich vorbehaltenen Krankheit Anspruch auf das Taggeld.

316 Zur Anwendung gelangt neben dem KVG auch das ATSG. Überdies sind die KVG-Versicherer als Träger hoheitlicher Befugnisse an die Grundsätze des staatlichen Handelns gemäss Art. 5 BV gebunden, haben die Grundrechte zu beachten und die allgemeinen Prinzipien des Verwaltungs- und Sozialversicherungsrechts gelangen zur Anwendung. Aufgrund der Bestimmungen des ATSG besteht für die Versicherer die Pflicht zur Aufklärung und Beratung sowie zur Abklärung des Sachverhaltes von Amtes wegen<sup>557</sup>.

317 Art. 72 Abs. 3 KVG schreibt eine Taggeldmindestdauer von 720 Tagen innerhalb 900 Tagen vor. Eine Untergrenze des zu versichernden Taggeldes ist im Gesetz dagegen nicht verankert.

### 4.2.2 Leistungsvoraussetzungen

318 Die soziale Krankentaggeldversicherung erbringt Taggeldleistungen, wenn ein Versicherungsverhältnis besteht, eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit deren Ursache nicht Gegenstand eines Vorbehaltes ist, eingetreten ist, die Arbeitsunfähigkeit einen Verdienstausschlag zur Folge hat, kein relevantes Selbstverschulden vorliegt und die Wartezeit vorbei ist. Nachfolgend wird auf die einzelnen Voraussetzungen eingegangen.

#### a) *Versicherungsverhältnis*

319 Bei der Taggeldversicherung nach KVG handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Versicherungsverhältnis, dessen Begründung einen Antrag sowie eine vorbehaltlose Zustimmung seitens des Versicherers voraussetzt. Nach Art. 68 Abs. 1 KVG muss ein zugelassener KVG-Versicherer jede Person, die in seinem örtlichen Tätigkeitsbereich eine Arbeitnehmertätigkeit ausübt oder ihren Wohnsitz hat, in die soziale Taggeldversicherung aufnehmen. Der Beitritt zur *kollektiven Taggeldversicherung* kann für die Arbeitnehmerin vertraglich vorgesehen oder freiwillig sein. Abgeschlossen wird der Kollektivversicherungsvertrag zwischen dem Versicherer und dem Arbeitgeber als Versicherungsnehmer. Begünstigte sind die versicherten Arbeitnehmer.

---

<sup>557</sup> Siehe dazu EUGSTER (Vergleich), S. 50 ff.

**b) Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und Verdienstaussfall**

320 Neben der Versicherteneigenschaft<sup>558</sup> setzt ein Anspruch auf Taggeldleistungen weiter voraus, dass eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50% vorliegt (Art. 72 Abs. 2 KVG). Vertraglich kann ein Anspruch bereits ab einem tieferen Grad vorgesehen werden<sup>559</sup>. Krankheitsbedingt ist die Arbeitsunfähigkeit, wenn die gesundheitliche Beeinträchtigung nicht auf einen Unfall zurückzuführen ist (Art. 3 ATSG). Da es sich bei der KVG-Krankentaggeldversicherung um eine Sozialversicherung handelt, kann ansonsten auf die Ausführungen zur Arbeitsunfähigkeit bei der Unfallversicherung verwiesen werden<sup>560</sup>.

321 Da die soziale Krankentaggeldversicherung als Schadenversicherung konzipiert ist<sup>561</sup>, setzt der Anspruch auf Taggelder weiter eine durch den Versicherungsfall verursachte Verdiensteinbusse voraus<sup>562</sup>. Aufgrund des schadenausgleichenden Charakters wird durch die Koordination von Taggeldleistungen verhindert, dass Versicherte durch den Risikoeintritt eine über den Schaden hinausgehende Entschädigung erhalten<sup>563</sup>.

**c) Gesundheitsvorbehalt**

322 Nach Art. 69 Abs. 1 KVG kann der Versicherer Krankheiten, die bei der Aufnahme bestehen oder erfahrungsgemäss zu Rückfällen führen durch einen Vorbehalt von der Versicherung ausschliessen. Der Vorbehalt ist gemäss Art. 69 Abs. 2 KVG für fünf Jahre gültig, soweit nicht vor Ablauf der Nachweis erbracht wird, dass er nicht mehr gerechtfertigt ist. Ein Vorbehalt hat zur Folge, dass eine Arbeitsunfähigkeit dann keine Leistungspflicht der Versicherung zur Folge hat, wenn sie auf das vorbehaltene Leiden zurückzuführen ist.

323 Eine Krankheit ist dann i. S. v. Art. 69 Abs. 1 KVG vorbehaltstauglich, wenn sie im Zeitpunkt der Versicherungsaufnahme besteht und mit dem Risiko der Arbeitsunfähigkeit belastet ist<sup>564</sup>. Nicht zur Anwendung kommt die Krankheitsdefinition von Art. 3 ATSG, die als funktionaler Begriff zur Klärung möglicher Ansprüche auf Leistungen der Krankenversicherung dient und damit nur im Leistungsbereich zur Anwendung gelangt<sup>565</sup>. Kein Vorbehalt ist zulässig bei blossen Krankheitsdispositionen<sup>566</sup> sowie bei vorübergehenden leichten gesundheitliche Beeinträchtigungen, die weder eine medizinische Behandlung, noch eine Arbeitsunfähigkeit verursachen<sup>567</sup>. HIV-Seropositivität stellt eine vorbehaltstaugliche Krankheit dar<sup>568</sup>. Der Vorbehalt ist nur gültig, wenn der Versicherer die vorbestehende Krankheit sowie Beginn und Ende des Vorbehalts bei der Annahme des Versicherungsantrags schriftlich präzise bezeichnet<sup>569</sup>.

---

<sup>558</sup> Zur Voraussetzung der Zugehörigkeit zum im Versicherungsvertrag festgelegten Personenkreis siehe Rz. 325.

<sup>559</sup> EUGSTER, N 7 zu Art. 72 KVG, m. H.

<sup>560</sup> Siehe dazu Rz. 288 ff.; zur länger dauernden Arbeitsunfähigkeit siehe Rz. 338 ff.

<sup>561</sup> EUGSTER (Soziale Sicherheit), N 1095.

<sup>562</sup> Der Erwerbsausfall ist nicht ausdrücklich als Anspruchsvoraussetzung genannt. Siehe zum Ganzen BGE 114 V 281, Erw. 3c und spezifisch zur Voraussetzung des Erwerbsausfalls im Rahmen von Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung bei Arbeitsunfähigkeit BGE 130 V 35, Erw. 3.3.

<sup>563</sup> Taggelder von Sozialversicherungen unterliegen dem Überentschädigungsverbot nach Art. 69 ATSG, siehe dazu Rz. 871, zu der Koordination von sozialversicherungsrechtlichen Taggeldern siehe Rz. 870ff.

<sup>564</sup> PÄRLI (Datenaustausch), S. 47.

<sup>565</sup> PÄRLI (Datenaustausch), S. 45, m. H.

<sup>566</sup> EUGSTER, N 2 zu Art. 69 KVG, m. H. auf die Rechtsprechung; PÄRLI (Datenaustausch), m. H. auf die Literatur und die Rechtsprechung.

<sup>567</sup> PÄRLI (Datenaustausch), m. H.

<sup>568</sup> BGE 116 V 239, Erw. 4b/bb.

<sup>569</sup> Für zahlreiche Beispiele von zulässigen und unzulässigen Vorbehalten und Formulierungen von Vorbehalten vgl. EUGSTER (Soziale Sicherheit), N 1109 ff.



**d) Keine vorsätzliche Herbeiführung**

324 Nach Art. 21 Abs. 1 ATSG können Leistungen gekürzt oder verweigert werden, wenn die versicherte Person den Versicherungsfall vorsätzlich oder bei vorsätzlicher Ausübung eines Vergehens oder eines Verbrechens herbeigeführt oder verschlimmert hat. Eine Kürzung wegen fahrlässigem Verhalten kommt im Unterschied zum alten Recht nicht mehr in Betracht<sup>570</sup>.

**e) Bestand Arbeitsverhältnis**

325 Die Zugehörigkeit zur Kollektivversicherung endet mit Auflösung des Arbeitsverhältnisses, da die Person nicht mehr zum im Versicherungsvertrag festgelegten Personenkreis gehört<sup>571</sup>. Die Taggelder werden folglich nur solange ausgerichtet, als das Arbeitsverhältnis besteht. Damit die betroffene Person nach Ablauf der Kündigungsfrist weiterhin Leistungen der Taggeldversicherung erhält, muss sie in die Einzelversicherung wechseln<sup>572</sup>. Die (teuren) Prämien für die Einzeltaggeldversicherung muss sie alleine übernehmen.

326 Das Einzelversicherungsverhältnis dagegen endet erst mit der Erschöpfung des maximalen Taggeldes. Für die Absicherung einer arbeitnehmenden Person, die über die Kollektivversicherung der Arbeitgeberin versichert ist, kommt dem Recht, in eine Einzelversicherung überzutreten, deshalb grosse Bedeutung zu.

**4.2.3 Höhe und Dauer der Taggelderleistungen**

327 Das KVG schreibt keine Mindesthöhe des Krankengeldes vor, welche die Versicherer anzubieten hätten<sup>573</sup>. Viele KVG-Taggeldversicherer bieten deshalb im Rahmen der KVG-Taggeldversicherung nur Versicherungslösungen mit sehr tiefen Taggeldern an (zwischen 6.- und 30.- Franken), die sich nicht als Lohnersatzversicherung eignen<sup>574</sup>. Die KVG-Taggeldversicherung kommt deshalb in der Praxis nur selten als Lohnersatzversicherung vor<sup>575</sup>. Einen weitergehenden Versicherungsschutz bieten viele Versicherer nur im Rahmen von Zusatzversicherungen nach VVG an<sup>576</sup>. Es wird kritisiert, dass die fehlende Untergrenze in der Praxis zu einer Unterlaufung des Kontrahierungszwangs führt<sup>577</sup>. Trotz deutlicher Kritik seitens der Lehre, welche zudem mehrheitlich davon ausgeht, dass der Gesetzgeber eine vollwertige Erwerbsausfallversicherung schaffen wollte<sup>578</sup>, hält das Bundesgericht daran fest, dass der Versicherer im Rahmen der sozialen Krankentaggeldversicherung nicht verpflichtet ist, ein gewisses Mindesttaggeld zu versichern<sup>579</sup>. Immerhin besteht ein Anspruch der Antragstellenden Person auf rechtsgleiche Behandlung mit den übrigen Versicherten im Hinblick auf Taggeldhöhe und Taggelddauer. Eine teilweise Arbeitsunfähigkeit hat nach Art. 72 Abs. 4 KVG zur Folge, dass ein entsprechend gekürztes Taggeld ausgerichtet wird.

---

<sup>570</sup> KIESER, N 14 zu Art. 21 ATSG.

<sup>571</sup> BGE 125 V 106, Erw. 3, BGE 127 III 106, Erw. 3a; KIESER (Checklisten), S. 14; RÜEGG, S. 27 f.; PAPA, S. 76 f.; zur Kritik an dieser Rechtsprechung vgl. etwa KIESER (Bemerkungen), S. 708.

<sup>572</sup> KIESER (Checklisten), S. 14; RÜEGG, S. 27 f.; PAPA, S. 76 f.

<sup>573</sup> BGE 126 V 490, Erw. 2b.

<sup>574</sup> Siehe hierzu bspw. die Lösung der Atupri Krankenversicherung (max. CHF 30.- / Tag), <[www.atupri.ch/?id=90](http://www.atupri.ch/?id=90)> (besucht am 28. März 2013).

<sup>575</sup> Bericht des Bundesrates vom 30. September 2009, Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 28.

<sup>576</sup> Ausführungen des BSV im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens, wiedergegeben in BGE 126 V 490, Erw. 2a.

<sup>577</sup> HUSMANN/HÄBERLI, S. 28 f. m. H. auf die Rechtsprechung.

<sup>578</sup> Vgl. dazu die Zusammenstellung der verschiedenen Lehrmeinungen in BGE 126 V 490, Erw. 2a.

<sup>579</sup> BGE 126 V 490, Erw. 2 b/c.

- 328 Das Taggeld ist während mindestens 720 von 900 Tagen für eine oder mehrere Erkrankungen auszurichten (Art. 72 KVG). Nach einer Arbeitsfähigkeit von 180 Tagen beginnt die Rahmenfrist von 900 Tagen erneut zu laufen. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit ist ein proportional gekürztes Taggeld geschuldet, wobei der Versicherungsschutz für die restliche Arbeitsfähigkeit erhalten bleibt. Im Fall einer Kürzung des Taggeldes zwecks Vermeidung einer Überentschädigung durch gleichzeitigen Erhalt anderer Sozialversicherungsleistungen verlängern sich gemäss Art. Art. 72 Abs. 5 KVG Anspruchsdauer und Rahmenfrist, so dass die versicherte Person während eines entsprechend längeren Zeitraums den vollen Gegenwert von 720 Taggeldern beziehen kann (sog. Geldminimum, das gemäss h. L. auch im Rahmen des arbeitsvertraglichen Lohnfortzahlungspflicht gilt<sup>580</sup>).
- 329 Die Auszahlung des Taggeldes beginnt am dritten Tag nach der Erkrankung; die Parteien können jedoch eine für die versicherte Person günstigere, kürzere Wartefrist vereinbaren. Überdies ist auch eine längere Wartefrist möglich, wobei die Wartetage aber nur im Rahmen einer gleichwertigen Lösung nach Art. 324a Abs. 4 OR zu Lasten des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin gehen dürfen<sup>581</sup>.
- 330 Wie bereits erwähnt, kann die Leistungserbringung durch den Krankenversicherer auch vor Ausschöpfung der maximalen Leistungsdauer enden, wenn die versicherte Person aus dem Unternehmen, das die Kollektivversicherung abgeschlossen hat, ausscheidet<sup>582</sup>. Von Seiten der versicherten Person muss die Taggeldversicherung – auf der Grundlage der allgemeinen Vertragsbedingungen – kündbar sein. Nach der Beendigung des Versicherungsverhältnisses trifft den Versicherer – vorbehaltlich anders lautender Vertragsbestimmungen – keine weitere Leistungspflicht für die bereits während der Deckung eingetretene Arbeitsunfähigkeit<sup>583</sup>.

#### 4.2.4 Übertritts- und Zügerrecht

- 331 Wenn die versicherte Person wegen Aufgabe ihrer bisherigen Arbeitsstelle *aus der Kollektivversicherung ausscheidet*, hat der Versicherer nach Art. 71 KVG dafür zu sorgen, dass die versicherte Person schriftlich darüber aufgeklärt wird, dass sie innert drei Monaten seit Erhalt dieser Meldung in die *Einzeltaggeldversicherung* übertreten kann. Erfolgt keine Information, bleibt die betroffene Arbeitnehmerin in der Kollektivversicherung<sup>584</sup>. Der Versicherer kann diese Mitteilung selber vornehmen oder mittels AVB die Informationspflicht den Arbeitgebenden übertragen<sup>585</sup>. Kommen Arbeitgebende der ihnen übertragenen Informationspflicht nicht nach und macht die betroffene Arbeitnehmerin in der Folge nicht oder zu spät von ihrem Übertrittsrecht Gebrauch, haftet sie für die ausfallenden Leistungen<sup>586</sup>.
- 332 In der Einzelversicherung darf der Versicherer in Bezug auf die gleichen Taggeldleistungen, welche zuvor kollektiv versichert waren, keine weiteren Vorbehalte und keine Anpassung des Eintrittsalters vornehmen; jedoch darf er nunmehr die Prämien nach dem Einzelversicherten-tarif festlegen (Art. 71 Abs. 1 Satz 2 KVG).
- 333 Das Zügerrecht bedeutet, dass der von der versicherten Person gewählte neue KVG-Versicherer das bisherige Taggeldarrangement weiter versichern muss – selbst wenn dessen Höhe, Dauer usw. das übliche Angebot des neuen Versicherers übersteigt (Art. 70 Abs. 4

---

<sup>580</sup> Vgl. zur Frage des Lohn- oder Zeitminimums im Rahmen der Lohnfortzahlung, Rz. 200 und Rz. 212.

<sup>581</sup> Vgl. zur Gleichwertigkeit einer von Art. 324 Abs. 1 - 3 OR abweichende Regelung, Rz. 311 ff.

<sup>582</sup> Siehe dazu Rz. 325.

<sup>583</sup> BGE 125 V 112, Erw. 3c, m. H. auf die Literatur.

<sup>584</sup> RÜEGG, S. 27 f.

<sup>585</sup> RÜEGG, S. 28.

<sup>586</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_186/2010 vom 3. Juni 2010, und zu diesem Entscheid GEISER (Arbeitsrecht), S. 249.

- KVG)<sup>587</sup> – und dass er keine neuen Vorbehalte anbringen darf (Art. 70 Abs. 1 KVG). Bei einem Wechsel des Versicherers gewährt Art. 70 Abs. 4 KVG der versicherten Person das Recht dasselbe Taggeld zu versichern, wie es beim bisherigen Versicherer der Fall war. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung geht Art. 70 Abs. 4 KVG den reglementarischen Bestimmungen vor, so dass auch dann ein Taggeld in der bisherigen Höhe zu versichern, wenn das Reglement eine Versicherungsdeckung in dieser Höhe nicht vorsieht<sup>588</sup>. Wechselt eine Arbeitnehmerin ihre Stelle und muss sie sich aufgrund des Arbeitsvertrages dem Kollektivversicherer ihres neuen Arbeitgebers anschliessen, darf der neue Versicherer keine neue Gesundheitsvorbehalte anbringen, aber allfällige noch bestehende bis zum Ablauf der ursprünglichen Frist weiterführen (Art. 70 KVG).
- 334 Arbeitslos gewordene Versicherte haben das Recht, gegen eine angemessene Anpassung der Prämie eine Versicherung ab dem 31. Tag der Arbeitsunfähigkeit abzuschliessen. Damit enthält Art. 73 KVG eine komplementäre Regel zu Art. 28 AVIG, wonach die Arbeitslosenversicherung innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug zwar bis zu 44 Taggelder an arbeitsunfähige Arbeitslose ausrichtet, jedoch nacheinander während maximal 30 Tagen. Weiter haben die versicherten Personen nach Art. 70 KVG ein Zügerrecht, wenn die Aufnahme oder Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses einen Wechsel des sozialen Taggeldversicherers verlangt oder wenn die versicherte Person aus dem Tätigkeitsbereich des bisherigen Versicherers ausscheidet.
- 335 Ein erleichterter Wechsel von einer KVG-Kollektivkrankentaggeldversicherung in eine VVG-Kollektivkrankentaggeldversicherung sieht das Freizügigkeitsabkommen unter den Krankentaggeld-Versicherern vom 1. Januar 2006 (FZA-KTV)<sup>589</sup> vor. Das Abkommen findet auch dann Anwendung, wenn der Wechsel nicht nahtlos, sondern innerhalb einer vertragslosen Phase von höchstens drei Monaten erfolgt (Art. 2 Abs. 1 lit. a FZA-KTV) sowie beim Übertritt von einer Einzeltaggeldversicherung zu einer Kollektivtaggeldversicherung, sofern vorangehend ein Wechsel von einer Kollektivkrankentaggeldversicherung in die Einzeltaggeldversicherung gestützt auf das Übertrittsrecht erfolgt ist (Art. 2 Abs. 1 lit. c FZA-KTV). Unter der Voraussetzung, dass beide Versicherungen – also der bisherige Kranken- und der neue Privatversicherer – dem Abkommen beigetreten sind<sup>590</sup>, gewährt das Abkommen ein Übertrittsrecht, ohne dass der Versicherer neue Vorbehalte anbringen könnte. Solche sind nur möglich, wenn höhere Leistungen als bis anhin versichert werden. Anders als das gesetzliche Zügerrecht nach Art. 70 KVG besteht jedoch kein Anspruch auf Versicherungsdeckung im bisherigen Umfang. Gemäss Art. 3 Abs. 1 FZA-KTV ist der beim neuen Versicherer vorgesehene Versicherungsschutz zu gewähren. Das Freizügigkeitsabkommen enthält zudem u. a. Bestimmungen über die Übertrittsbedingungen bei laufenden Schadenfällen<sup>591</sup>.
- 336 Das KVG-Krankentaggeld wird somit zwar grundsätzlich nur solange ausgerichtet, als das Arbeitsverhältnis besteht. Durch das Übertrittsrecht in die Einzeltaggeldversicherung können sich aber Personen, die nach Ablauf der Sperrfrist aufgrund ihrer Krankheit entlassen werden, die Weiterausrichtung des Taggeldes dennoch sichern.

---

<sup>587</sup> BGE 126 V 490, Erw. 3a.

<sup>588</sup> BGE 126 V 490, Erw. 3.

<sup>589</sup> Abrufbar unter: <[www.santesuisse.ch/datasheets/files/201210220802360.pdf](http://www.santesuisse.ch/datasheets/files/201210220802360.pdf)> (besucht am 25. April 2013), siehe auch MATTIG, S. 99 f. und 103 f.

<sup>590</sup> Die Liste mit den beigetretenen Kranken- und Privatversicherern findet sich unter: <[www.santesuisse.ch/datasheets/files/201302040644183.pdf](http://www.santesuisse.ch/datasheets/files/201302040644183.pdf)> (besucht am 25. April 2013).

<sup>591</sup> Siehe dazu die Fallbeispiele bei MATTIG, S. 104 ff.

#### 4.2.5 Verfahrensrechtliche Fragen

337 Das Verfahren richtet sich grundsätzlich nach Art. 85 ff. KVG. Anwendbar ist zudem das ATSG. Da es sich bei der KVG-Krankentaggeldversicherung um eine Sozialversicherung handelt, gelangt wie bei der UV der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung. Es kann daher weitgehend auf die verfahrensrechtlichen Fragen bei den Taggeldleistungen der UV verwiesen werden<sup>592</sup>.

#### 4.2.6 Längerdauernde Arbeitsunfähigkeit

338 Nach Art. 6 Satz 2 ATSG ist bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit auch die zumutbare Arbeit in einem anderen Beruf zu berücksichtigen. Bereits vor In-Kraft-Treten des ATSG war nach der Rechtsprechung bei langer Arbeitsunfähigkeit die Möglichkeit, in einem anderen Beruf tätig zu sein, zu berücksichtigen. Aus dem Gebot der Schadenminderung leitete die Rechtsprechung ab, dass eine im bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähige Person gehalten ist, innert nützlicher Frist Arbeit in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen. Eine Nichtverwertung der verbleibenden Arbeitsfähigkeit hat zur Folge, dass der Verdienst angerechnet wird, welcher bei gutem Willen erzielt werden könnte<sup>593</sup>. Da in Art. 6 Satz 2 ATSG die Rechtsprechung bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit festgehalten worden ist, ist diese auch weiterhin massgeblich<sup>594</sup>. Ausdruck der Schadenminderungslast ist überdies Art. 21 Abs. 4 ATSG, welcher als Folge einer unterlassenen Teilnahme an Massnahmen der Eingliederung oder einer fehlenden Eingliederung aus eigenem Antrieb die Kürzung oder Verweigerung von Leistungen vorsieht.

339 Durch die Berücksichtigung einer Tätigkeit in einem anderen Beruf bei langer Arbeitsunfähigkeit findet eine Annäherung an den Begriff der Erwerbsunfähigkeit<sup>595</sup> statt. Nach Art. 7 Abs. 1 ATSG ist Erwerbsunfähigkeit die nach der medizinischen Behandlung und Eingliederung verbleibende teilweise oder volle Verlust der Erwerbsmöglichkeit. Um eine Eingliederung nicht zu gefährden, setzt die Berücksichtigung von Beschäftigungsmöglichkeiten in anderen Berufsfeldern im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 ATSG ebenfalls voraus, dass ein stabiler Gesundheitszustand vorliegt<sup>596</sup> und allfällige Eingliederungsmassnahmen abgeschlossen sind<sup>597</sup>. Aufgrund der Parallelen zwischen einer Erwerbsunfähigkeit und einer langandauernden Arbeitsunfähigkeit i. S. v. Art. 6 Abs. 2 ATSG lässt sich regelmässig vom durch die IV festgelegten Invaliditätsgrad auf den für die Krankentaggeldversicherung massgeblichen Erwerbssausfall schliessen. Eine Bindungswirkung des IV-Entscheidendes kommt jedoch mangels gesetzlicher Grundlage nicht in Betracht<sup>598</sup>.

340 Im Gesetz und in der Verordnung finden sich keine näheren Angaben, was unter einer längeren Dauer zu verstehen ist. Gemäss den Gesetzesmaterialien ist eine Arbeitsunfähigkeit in der Regel von längerer Dauer, wenn sie mehr als sechs Monate anhält<sup>599</sup>. Zu beachten ist, dass ei-

---

<sup>592</sup> Siehe dazu Rz. 298 ff.

<sup>593</sup> BGE 111 V 235, Erw. 2a, m. w. H.

<sup>594</sup> Vgl. BGE 130 V 343, Erw. 3.1.

<sup>595</sup> Zum Begriff der Erwerbsunfähigkeit siehe hinten, Rz. 905 ff.

<sup>596</sup> Urteil EVGer vom 4. November 1999 RKUV 2/2000, S. 92, siehe auch MEYER (Arbeitsunfähigkeit), S. 40, der zur Beurteilung, ob eine Person ihre Arbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf wieder gewinnen wird, die Rechtsprechung zum Erfordernis der namhaften Verbesserungsfähigkeit des Gesundheitszustandes als Voraussetzung der weiteren Behandlung nach Art. 19 Abs. 1 UVG heranzieht.

<sup>597</sup> Vgl. BGE 111 V 235, Erw. 2c, KIESER, N 18 zu Art. 6 ATSG; nicht ausgeschlossen ist die Anwendung von Art. 6 Abs. 2 ATSG hingegen, wenn der Entscheid über Eingliederungsmassnahmen noch aussteht, vgl. dazu BGE 129 V 460, Erw. 4.4.

<sup>598</sup> Vgl. BGE 114 V 290, Erw. 6b.

<sup>599</sup> Bericht der Kommission des Ständerates vom 27. September 1990 zur Parlamentarischen Initiative Allgemeiner Teil Sozialversicherung, in: BBl 1991 II 249.

ne Tätigkeit in einem anderen Beruf solange nicht zu berücksichtigen ist, als es der versicherten Person nicht zumutbar ist, ihre verbleibende Arbeitsfähigkeit in einem anderen Berufszweig zu verwerten. Die Zeitspanne von sechs Monaten ist als Regel zu betrachten, von der aus Gründen der Zumutbarkeit abgewichen werden darf<sup>600</sup>.

- 341 Die Berücksichtigung einer Tätigkeit in einem anderen als dem bisherigen Beruf setzt voraus, dass ein Berufswechsel für die versicherte Person zumutbar ist. Die Zumutbarkeit ist dann gegeben, wenn der Berufswechsel objektiv und subjektiv möglich ist. Objektive Möglichkeit liegt dann vor, wenn die durch die versicherte Person ausführbare Tätigkeit auf dem örtlich relevanten Arbeitsmarkt tatsächlich nachgefragt ist; anders als bei der Invaliditätsbemessung ist nicht auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt abzustellen<sup>601</sup>. Bei der Prüfung der subjektiven Möglichkeit eines Berufswechsels werden die persönlichen Umstände der versicherten Person wie Alter, soziale Stellung oder familiäre Verhältnisse berücksichtigt. Nicht zumutbar ist ein Berufswechsel, wenn ein Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen der IV besteht<sup>602</sup>. Ist hingegen nicht mit unmittelbar bevorstehenden Massnahmen zu rechnen, kann die soziale Krankentaggeldversicherung ihre Leistungen unter Hinweis auf die Verwertbarkeit der Arbeitsfähigkeit einstellen oder reduzieren<sup>603</sup>.
- 342 Wird der versicherten Person nach Ablauf der langen Dauer i. S. v. Art. 6 Satz 2 ATSG eröffnet, dass sie ihre Restarbeitsfähigkeit in einem anderen Beruf zu verwerten habe, ist ihr gemäss Rechtsprechung eine Anpassungszeit zu gewähren<sup>604</sup>. Diese beträgt üblicherweise drei bis sechs Monate und bestimmt sich im konkreten Fall danach, mit welcher Zeitspanne bis zum Antritt einer neuen Stelle gerechnet werden muss<sup>605</sup>. Nach Ablauf einer angemessenen Anpassungszeit von drei bis fünf Monaten ab Ansetzung der Frist hängt der Taggeldanspruch davon ab, ob und wie sich die Verwertung der Restarbeitsfähigkeit auf den krankheitsbedingten Erwerbsausfall im bisherigen Beruf und auf den damit zusammenhängenden Taggeldanspruch auswirkt<sup>606</sup>.

### 4.3 Krankentaggeldversicherung nach VVG

#### 4.3.1 Kurzüberblick

- 343 Bei der Taggeldversicherung nach VVG handelt es sich um eine *Privatversicherung* und es liegt folglich ein privatrechtliches Vertragsverhältnis vor. Es gelten die Bestimmungen des OR, soweit das VVG keine besonderen Regelungen enthält (Art. 100 Abs. 1 VVG). In der Praxis sind Kollektivversicherungen nach VVG weit häufiger anzutreffen als solche nach KVG<sup>607</sup>.
- 344 Die privaten Versicherer können aufgrund der Vertragsfreiheit die Dauer der Taggeldleistungen selber bestimmen, in der Regel werden aber Taggelder für eine Dauer von 720 - 730 Tagen ausgerichtet<sup>608</sup>. Das Krankentaggeld entspricht häufig 80% des Bruttolohnes<sup>609</sup>.

---

<sup>600</sup> KIESER, N 20 zu Art. 6 ATSG.

<sup>601</sup> Zum Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarktes siehe Rz. 913 f.; zur Invaliditätsbemessungsregeln der IV siehe Rz. 920 ff.

<sup>602</sup> BGE 111 V 235, Erw. 2c; Urteil OGer SH v. 11. September 1998, Erw. 2ee SVR 2000 KV Nr. 3.

<sup>603</sup> Vgl. zum ganzen Abschnitt KIESER, N 22 ff. zu Art. 6 ATSG.

<sup>604</sup> BGE 114 V 281, Erw. 5b.

<sup>605</sup> KIESER, N 21 zu Art. 6 ATSG m. H. auf die Rechtsprechung.

<sup>606</sup> Urteil EVG K 121/03 vom 10. August 2004, Erw. 4.2.1.

<sup>607</sup> KTGv-Bericht Bundesrat, S. 28.

<sup>608</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 13 zu Art. 324a/b.

<sup>609</sup> RÜEGG, S. 27.

#### 4.3.2 Leistungsvoraussetzungen

345 Die Leistung von Taggeldern einer privaten Versicherung<sup>610</sup> setzt voraus, dass ein Versicherungsvertrag sowie eine Arbeitsunfähigkeit im Sinne der vertraglichen Vereinbarung besteht, dass die der Arbeitsunfähigkeit zugrundeliegende Ursache zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht bestanden hat und auch nicht Gegenstand eines Ausschlusses ist und dass die vereinbarte Wartefrist abgelaufen ist. Ein Erwerbsausfall ist dann Leistungsvoraussetzung, wenn die Versicherung als Schadensversicherung ausgestaltet ist. Wurde hingegen eine Summenversicherung abgeschlossen, besteht die Leistungspflicht auch ohne entsprechende Schadensposition. Im Folgenden wird auf die einzelnen Voraussetzungen näher eingegangen.

##### a) *Versicherungsverhältnis*

346 Anders als des KVG enthält das VVG in den Art. 1-3a Vorschriften über das *Zustandekommen des Versicherungsverhältnisses* sowie über die vorvertraglichen Informationspflichten des Versicherers. Wie bei der öffentlich-rechtlichen Versicherung muss die Annahmeerklärung des Versicherers die vorbehaltlose Zustimmung zum Antrag beinhalten, ansonsten ein Antrag als abgelehnt gilt<sup>611</sup>. Der Beitritt zu einer kollektiven Krankentaggeldversicherung kann – wie bei der sozialen Versicherung – freiwillig erfolgen oder vertraglich vorgeschrieben sein.

##### b) *Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit*

347 Wie der sozialversicherungsrechtliche Begriff der Arbeitsunfähigkeit kann auch der privatversicherungsrechtliche nicht mit dem arbeitsrechtlichen Begriff der Arbeitsverhinderung infolge von Krankheit oder Unfall in Art. 324a OR gleichgesetzt werden. Im Gegensatz zu Sozialversicherungsrecht ist der *Begriff der Arbeitsunfähigkeit* aber im Privatversicherungsrecht nicht einheitlich definiert. Entsprechend dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, können die Parteien das zu versichernde Risiko frei definieren. Zwar besteht in der Privatassekuranz die allgemeine Tendenz die sozialversicherungsrechtlichen Begriffe zu übernehmen, doch existieren weiterhin davon abweichende Umschreibungen<sup>612</sup>. Häufig wird der Begriff der Arbeitsunfähigkeit dahingehend eingeschränkt, dass nur jene Krankheiten eine Arbeitsunfähigkeit hervorrufen können, die durch den Arzt wahrnehmbar sind. Im Vergleich zum sozialversicherungsrechtlichen Begriff besteht somit für Arbeitsunfähigkeit infolge psychischer Beeinträchtigungen oft kein Versicherungsschutz<sup>613</sup>. Soweit die Schadenminderungspflicht im Sinne der Berücksichtigung eines in einem anderen Beruf erzielbaren Einkommens nicht in den AVB niedergelegt ist, kommt auch im privatrechtlichen Verhältnis die Gerichtspraxis zur langandauernden Arbeitsunfähigkeit zur Anwendung<sup>614</sup>.

348 Während die Taggeldversicherung nach KVG als reine Schadenversicherung konzipiert ist<sup>615</sup>, können Taggeldversicherungen nach VVG auch als Summenversicherungen abgeschlossen werden. Bei Versicherungen solches Typus leistet die Versicherung das vereinbarte Taggeld unabhängig von der Frage, ob durch den Eintritt des versicherten Risikos, also der Arbeitsun-

---

<sup>610</sup> Art. 12 Abs. 2 KVG ermöglicht den Krankenversicherern Krankentaggeldversicherungen auf Grundlage des VVG abzuschliessen. Grundsätzlich sind sie in der statutarischen und reglementarischen Ausgestaltung der Zusatzversicherungen frei. Beschränkt wird diese Gestaltungsfreiheit durch die Bindung an die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie sich aus dem allgemeinen Bundessozialversicherungsrecht und dem übrigen Verwaltungsrecht sowie der Bundesverfassung ergeben. Wesentliche Bedeutung haben die Grundsätze der sozialen Krankenversicherung, insbesondere die Grundsätze der Gegenseitigkeit, der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung.

<sup>611</sup> EUGSTER (Vergleich), S. 59.

<sup>612</sup> EUGSTER (Vergleich), S. 54; LONDIS, S. 145.

<sup>613</sup> EUGSTER (Vergleich), S. 54, Fn. 21.

<sup>614</sup> EUGSTER (Vergleich), S. 83 f. m. H. auf die Rechtsprechung.

<sup>615</sup> EUGSTER (Soziale Sicherheit), N 1095.

fähigkeit, ein vermögensrechtlicher Schaden vorliegt. Bei Summenversicherungen ist ferner eine Überentschädigung möglich<sup>616</sup>.

**c) Risikoausschluss**

349 Im Gegensatz zur KVG-Taggeldversicherung besteht für die Privatversicherer *kein Abschlusszwang* und die dem abzudeckenden Risiko zugrundeliegende Begriffe dürfen frei definiert werden<sup>617</sup>. Die Privatversicherer können also für die gesamte Versicherungsdauer geltende *Gesundheitsvorbehalte* anbringen oder Antragsteller ganz ablehnen<sup>618</sup>. Arbeitnehmende, die nicht in die Taggeldversicherung aufgenommen werden oder für die ein Gesundheitsvorbehalt gilt, haben im Krankheitsfall Anspruch auf Lohnfortzahlung durch die Arbeitgebenden nach Art. 324a OR<sup>619</sup>.

350 Taggeldversicherungen nach dem VVG können also die vertraglichen Aufnahmebedingungen so gestalten, dass Personen mit ungünstiger Gesundheit überhaupt nicht oder nur zu erhöhten Prämien in die Versicherung aufgenommen werden. Vorbestehende Leiden werden in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen regelmässig vom Versicherungsschutz ausgenommen<sup>620</sup>.

351 Grundsätzlich darf gemäss Art. 33 VVG der Privatversicherer im Konsens mit dem Versicherungsnehmer den Umfang der versicherten Gefahr beliebig einschränken, solange die generellen (bspw. Gesundheitsschäden infolge von Erdbeben) oder individuellen (bspw. eine vorbestehende Krankheit) *Ausschlussklauseln* unzweideutig gefasst sind. Die individuellen Ausschlüsse können den Vorbehalten der sozialen Taggeldversicherung zeitlich begrenzt werden. Zwecks Kompatibilität mit der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers wird in Kollektivverträgen häufig zumindest auf individuelle Ausschlüsse verzichtet.

352 Unterlässt es die Arbeitgeberin, die Arbeitnehmenden über die Versicherungsbedingungen aufzuklären und verweigert im Krankheitsfall die Versicherung aufgrund dieser Bestimmungen die Zahlung, wird sie im Umfang der Versicherungsleistung schadenersatzpflichtig<sup>621</sup>.

353 Nach Art. 9 VVG gilt grundsätzlich ein *Rückwärtsversicherungsverbot*. Danach ist ein Versicherungsvertrag nichtig, wenn zum Abschlusszeitpunkt das versicherte Risiko bereits eingetreten ist. Als bereits eingetretenes Risiko gilt dabei nicht nur die bei Vertragsabschluss aktuell bestehende Arbeitsunfähigkeit, sondern rechtsprechungsgemäss auch die Rückfallgefahr infolge einer früheren, abgeschlossenen Arbeitsunfähigkeit bzw. sogar das Risiko aus einer früheren blossen Krankheit<sup>622</sup>. Die Privatversicherer wenden aber diese Rechtsprechung richtigerweise regelmässig nicht an.

**d) Keine Wartefrist (mehr)**

354 Den Parteien steht es frei, *Wartefristen* zu vereinbaren. Wird die Lohnfortzahlung des Arbeitgebers durch die Versicherung i. S. v. Art. 324a Abs. 4 OR abgelöst, müssen die Versicherungsleistungen die Anforderungen an die Gleichwertigkeit erfüllen<sup>623</sup>. In der Praxis häufig anzutreffen sind private Taggeldlösungen, welche erst nach einer längeren Zeit Leistungen

---

<sup>616</sup> Zur Koordination siehe Rz. 870 ff.

<sup>617</sup> Siehe dazu EUGSTER (Vergleich), S. 50 ff.

<sup>618</sup> PAPA, S. 77.

<sup>619</sup> PAPA, S. 88 f.; REHBINDER, N 35 zu Art. 324a OR; differenziert STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 zu Art. 324a/b OR, m. W. H.

<sup>620</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 144.

<sup>621</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 35 zu Art. 324a OR.

<sup>622</sup> BGE 127 III 21, Erw. 2b/bb.

<sup>623</sup> Vgl. zur Gleichwertigkeit Rz. 311 ff.

ausrichten. Bis zum Beginn der Taggeldausrichtung durch den Versicherer bezahlt der Arbeitgeber im Rahmen seiner gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht den Lohn weiter aus.

355 Dauert die Wartefrist für die Taggeldausrichtung nur ganz wenige Tage, so kann das Risiko des Lohnausfalls vertraglich dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin überwältzt werden. Günstiger und häufiger sind Lösungen, bei denen vorerst dem Arbeitgeber die gesetzliche Lohnfortzahlung obliegt und die Ausrichtung von Krankentaggeldern erst nach Ablauf von beispielsweise 30 oder 60 Tagen seit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit einsetzt.

**e) *Keine vorsätzliche Herbeiführung***

356 Gemäss Art. 14 VVG erbringt der Versicherer keine Leistungen, wenn das versicherte Ereignis absichtlich herbeigeführt wurde (Abs. 1) und die Leistungen werden bei grobfahrlässigem Verhalten gekürzt (Abs. 2) und werden schliesslich in vollem Umfang erbracht, wenn lediglich ein leichte Fahrlässigkeit vorliegt (Abs. 4). Da es sich bei Art. 14 VVG nach Art. 97 Abs. 1 VVG nicht um eine zwingende Bestimmung handelt, können die Parteien von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen treffen. Viele Taggeldversicherer verzichten bspw. in ihren AVB auf das Recht, bei grobfahrlässiger Herbeiführung des versicherten Ereignisses die Leistungen zu kürzen<sup>624</sup>.

**f) *Bestand Arbeitsverhältnis***

357 Im Gegensatz zu der Kollektiv-Taggeldversicherung nach KVG hängt der Leistungsanspruch bei einer Privatversicherung nach VVG nicht von der Mitgliedschaft ab<sup>625</sup>. Ein Taggeld nach VVG wird grundsätzlich *über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses hinaus weiter ausgerichtet*, wenn ein Krankheitsfall während der Dauer des Versicherungsschutzes eingetreten ist<sup>626</sup>.

358 Die Privatversicherer können aber im Kollektivversicherungsvertrag den Leistungsanspruch über die Dauer des Versicherungsschutzes hinaus einschränken oder aufheben<sup>627</sup>. Bei der Frage, ob das Taggeld nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit weiter ausgerichtet wird, sind deshalb in erster Linie die jeweiligen Vertragsbedingungen zu konsultieren. Will eine Privatversicherung die Ausrichtung des Taggeldes an den Bestand des Arbeitsverhältnisses knüpfen, muss sie dies im Kollektivversicherungsvertrag eindeutig festhalten<sup>628</sup>. Eine Versicherungsklausel die besagt, dass der Versicherungsschutz an dem Tag erlischt, an dem der Versicherte aus dem Kreis der versicherten ausscheidet („Pour chaque assuré pris individuellement, la couverture d'assurance produit ses effets au jour de l'entrée en vigueur du contrat de travail avec l'entreprise assurée et s'éteint notamment lorsque l'assuré quitte le cercle des personnes assurées“) bedeutet bspw. nicht, dass mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Taggeldleistungen eingestellt werden<sup>629</sup>. Damit wird lediglich sichergestellt, dass ein nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingetretener Krankheitsfall keinen Leistungsanspruch mehr auszulösen vermag.

<sup>624</sup> So u. a. die Versicherungen Atupri, CSS, Die Mobiliar, Publisana, Swica, Visana gemäss deren AVB für die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung.

<sup>625</sup> BGE 127 III 106.

<sup>626</sup> BGE 127 III 106, Erw. 3; RÜEGG, S. 28; GEISER, S. 332; STAEHELIN, N 59 zu Art. 324a OR.

<sup>627</sup> Kritisch zur Möglichkeit, per Versicherungsvertrag die Ausrichtung von VVG-Taggeldern an den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu knüpfen: GEISER, S. 332, der betont, das Risiko wäre gar nicht mehr versicherbar, wenn sich die Leistungspflicht für die dem Ausscheiden aus der Versicherung nachfolgenden Taggelder ausschliessen liesse. Erstens wäre kaum je eine Versicherung bereit, eine bereits erkrankte Person mit sofortiger Berechtigung zu Taggeldern zu versichern, und zweitens wäre dies aufgrund des Rückwärtsversicherungsverbot es ohnehin unzulässig.

<sup>628</sup> STAEHELIN, N 59 zu Art. 324a OR.

<sup>629</sup> BGE 127 III 106, Erw. 3 b und c.



- 359 Ist einer Arbeitnehmerin im Falle einer Arbeitsunfähigkeit ohne irgendwelche Einschränkungen für eine lange Dauer ein Anspruch auf Versicherungsleistungen zuerkannt worden, darf sie guten Glaubens darauf vertrauen, dass sie diesem Schutz auch dann noch untersteht, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Erlöschen des Taggeldanspruches endet, so das Bundesgericht in einem Entscheid vom 2. Dezember 1997<sup>630</sup>. Das Bundesgericht betonte weiter: „La couverture prévue par la convention nationale s'étendait sur 720 jours d'incapacité sur une période de 900 jours, sans aucune restriction. Une telle protection n'aurait guère de sens si l'employeur pouvait en priver le travailleur en lui donnant son congé.“<sup>631</sup>
- 360 Um sicherzustellen, dass die Leistungen der Krankentaggeldversicherung auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiter ausgerichtet werden, schreiben viele Gesamtarbeitsverträge vor, dass eine Kündigung so lange unzulässig ist, als dem Arbeitnehmer Taggeldleistungen einer Krankentaggeldversicherung oder der Unfallversicherung zustehen. Einige Gesamtarbeitsverträge schreiben auch Mindestversicherungsbedingungen vor wie bspw. ein Übertrittsrecht in die Einzelversicherung nach Ausscheiden aus der Kollektivversicherung.
- 361 Ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine Taggeldversicherung nach VVG abzuschliessen, die ohne Vorbehalt während einer längeren Dauer Leistungen zu erbringen hat, wird dies als eine Abweichung von der gesetzlichen Lohnfortzahlung zugunsten des Arbeitnehmers in dem Sinne angesehen, als die Leistungen unabhängig vom Bestand des Arbeitsverhältnisses zu erbringen sind. Vorbehalten sind dabei abweichende Vereinbarungen<sup>632</sup>.

#### 4.3.3 Höhe und Dauer der Taggeldleistungen

- 362 Das VVG lässt den Parteien weiten Spielraum in der Vereinbarung von privaten Taggeldlösungen, so auch in der Frage der Höhe und Dauer des Taggeldes. Tatsächlich aber kennen insbesondere Kollektivtaggeldversicherungen zwecks Koordination mit dem Arbeitsrecht (im Sinne gleichwertiger Versicherungslösungen nach Art. 324a Abs. 4 OR) und der beruflichen Vorsorge (im Sinne der maximal zweijährigen Wartefrist nach Art. 26 BVV für die Ausrichtung der Invalidenrente) eine ähnliche Ausgestaltung<sup>633</sup>. Häufig vereinbart werden Versicherungen mit einer Höhe des Taggeldes von 80% oder 100% des Bruttolohns und einer Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich Wartefrist pro Schadensfall; dabei werden Tage mit teilweiser Arbeitsunfähigkeit in der Regel voll gezählt (sog. Zeitminimum).
- 363 Anders als bei der sozialen Taggeldversicherung endet im Rahmen der privaten Taggeldversicherung die Leistungspflicht des Versicherers für einen während der Deckungsdauer eingetretenen Schaden nicht mit dem Ende des Versicherungsverhältnisses, allerdings ist auch hier eine gegenseitige vertragliche Abrede möglich<sup>634</sup>. Gemäss Lehre muss jedoch in Frage gestellt werden, ob eine solche vertragliche Vereinbarung tatsächlich mit dem VVG vereinbar ist: Da bei einem Übertritt in die Einzelversicherung das versicherte Risiko, also der krankheitsbedingte Erwerbsausfall, bereits eingetreten ist, liegt ein Verstoß gegen das Rückwärtsversicherungsverbot nach Art. 9 VVG vor<sup>635</sup>.

---

<sup>630</sup> BGE 124 III 126, Erw. 2, in Pra 87 (1998) Nr. 103; Urteil BGer 4C.196/1995 vom 11. September 1995, Erw. 4 in SJ 1996, S. 373–376.

<sup>631</sup> BGE 124 III 126, Erw. 2, in Pra 87 (1998) Nr. 103; ähnlich auch BGE 127 III 318, Erw. 4.

<sup>632</sup> BGE 127 III 106, Erw. 3b, BGE 127 III 318, Erw. 4b.

<sup>633</sup> Zu weiteren Kriterien der Vereinbarkeit von Taggeldlösungen vgl. MÜLLER H., S. 23 f.

<sup>634</sup> BGE 127 III 106, Erw. 3b.

<sup>635</sup> FIVIAN, m. w. H.

#### 4.3.4 Übertritts- und Zügerrecht

- 364 Der Übertritt von einer VVG-Kollektivversicherung oder einer VVG-Einzelversicherung in eine VVG-Kollektivversicherung wird durch das Freizügigkeitsabkommen zwischen VVG-Versicherern für die Arbeitnehmer erleichtert<sup>636</sup>. Das Abkommen sieht vor, dass die darunter fallenden Personen in die Versicherung aufgenommen werden müssen und erklärt betreffend der Möglichkeit, Vorbehalte anzubringen, die Regelung der öffentlich-rechtlichen Versicherung für anwendbar<sup>637</sup>. Zahlreiche Privatversicherer sind diesem Freizügigkeitsabkommen unter den Krankentaggeld-Versicherern beigetreten<sup>638</sup> und oft ist das Übertrittsrecht in den Versicherungsbedingungen ausdrücklich vorgesehen<sup>639</sup>. Die AVB der Kollektivkrankentaggeldversicherungen sehen dabei in der Regel vor, dass der Versicherungsnehmer – bei einer Kollektivkrankentaggeldversicherung ist dies die Arbeitgeberin – den ausscheidenden Versicherten über das Übertrittsrecht und über die Frist für den Übertritt in die Einzelversicherung rechtzeitig zu informieren hat<sup>640</sup>.
- 365 Für arbeitslose Personen, die beim Arbeitsamt zur Stellensuche gemeldet sind, sieht Art. 100 Abs. 2 VVG die analoge Anwendung von Art. 71 KVG (Übertrittsrecht in die Einzelversicherung bei Ausscheiden aus der Kollektivversicherung) und Art. 73 KVG (Koordination der Krankengeldversicherung mit der Arbeitslosenversicherung) vor<sup>641</sup>. Falls die private Taggeldversicherung nicht ohnehin über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus Leistungen erbringt, hat die aus der Kollektivversicherung Austretende folglich das Recht, beim gleichen Versicherer in die Einzelversicherung überzutreten. Dies hat den Vorteil, dass sich die betroffene Person nicht anderweitig um Versicherungsschutz bemühen muss, was insbesondere für Arbeitslose mit Schwierigkeiten verbunden sein kann. Die Einzelversicherung hat in der Folge die gleichen Leistungen zu gewähren wie die Kollektivversicherung. Sofern keine Höherversicherung erfolgt, dürfen grundsätzlich auch keine neuen Vorbehalte – weder individuell konkrete und zeitlich begrenzte noch generelle, zeitlich unbeschränkte – angebracht werden<sup>642</sup>.
- 366 Des Weiteren kennen die AVB häufig ein allgemeines Übertrittsrecht der aus der Kollektivversicherung ausscheidenden Versicherten in die Einzelversicherung<sup>643</sup>. Die AVB sehen dabei manchmal vor, dass das Übertrittsrecht zeitlich bis zum Ende eines laufenden Leistungsbezugs ausgedehnt wird; allerdings fehlt diesfalls der Versicherungsschutz für während des Bezugs neu hinzutretende Krankheiten.

#### 4.3.5 Rettungspflicht

- 367 Unter der Marginalie „Rettungspflicht“ hält Art. 61 VVG fest, dass die versicherte Person nach Eintritt des befürchteten Ereignisses „tunlichst für die Verminderung des Schadens“ zu sorgen hat. Art. 61 VVG Abs. 2 der Bestimmung besagt, dass bei einer Verletzung dieser Pflicht die Entschädigung um jenen Betrag gekürzt werden kann, um welche sich die Entschädigung bei Erfüllung der Rettungspflicht reduziert hätte. Nach der Rechtsprechung han-

---

<sup>636</sup> Das Abkommen ist einsehbar unter <[www.svv.ch/de/ubersicht-leaf/465/freizuegigkeitsabkommen-der-kollektiv-krankentaggeldversicherung](http://www.svv.ch/de/ubersicht-leaf/465/freizuegigkeitsabkommen-der-kollektiv-krankentaggeldversicherung)> (besucht am 15. Mai 2013).

<sup>637</sup> EUGSTER (Vergleich), S. 65 ff.

<sup>638</sup> Die Liste mit den beigetretenen Krankentaggeld-Versicherer ist einsehbar unter <[www.svv.ch/de/ubersicht-leaf/465/freizuegigkeitsabkommen-der-kollektiv-krankentaggeldversicherung](http://www.svv.ch/de/ubersicht-leaf/465/freizuegigkeitsabkommen-der-kollektiv-krankentaggeldversicherung)> (besucht am 15. Mai 2013).

<sup>639</sup> RÜEGG, S. 28; PAPA, S. 78.

<sup>640</sup> So bspw. die Versicherungen Atupri, CSS, Helsana, Die Mobiliar, Groupe Mutuel, Swica, Visana; zu den Folgen einer unterlassenen Information siehe Rz. 331.

<sup>641</sup> Vgl. dazu Rz. 331 ff.

<sup>642</sup> BGE 127 III 235, Erw. 2c.

<sup>643</sup> Dies auf der Grundlage eines Abkommens unter den Krankentaggeld-Versicherern vom 6. November 1996 betreffend den Übertritt in die Einzeltaggeld-Versicherung; vgl. dazu MATTIG, S. 101 f.

delt es sich bei der Rettungspflicht um Ausdruck derselben Schadenminderungspflicht, aus welcher die Rechtsprechung vor Geltung des ATSG bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit ableitete, dass auch ein in einem anderen Beruf zumutbares Einkommen zu berücksichtigen sei<sup>644</sup>. Bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit ist somit auch im Rahmen der privatrechtlichen Krankentaggeldversicherung die Rechtsprechung betreffend die Schadenminderungspflicht im öffentlich-rechtlichen Versicherungsverhältnis – und als Ausdruck dieser Rechtsprechung Art. 6 Abs. 2 ATSG zu berücksichtigen. In vielen Fällen erübrigt sich indes ein solcher Rückgriff auf die Rechtsprechung zu öffentlich-rechtlichen Versicherungsverhältnissen, weil der Begriff der Arbeitsunfähigkeit in den AVB bereits die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf mitberücksichtigt<sup>645</sup>.

- 368 Viele Privatversicherer sehen in ihren AVB zudem Verhaltenspflichten vor. Bspw., dass Versicherungsnehmer oder die versicherte Person alles Zumutbare unternehmen müssen, was von ihnen erwartet werden kann, um den Schaden zu verringern oder dass die versicherte Person im Rahmen der Zumutbarkeit innert gegebener Frist Folge leistet, wenn medizinisch notwendige Operationen, Therapien oder andere Massnahmen von einem Arzt oder der CSS empfohlen werden.<sup>646</sup> Auch die Pflicht, sich zur Früherfassung und Frühintervention bei der zuständigen IV-Stelle zu melden wird teilweise festgehalten<sup>647</sup>. Über solche Verhaltenspflichten können Privatversicherer auch das Mitwirken im Rahmen eines Case Managements verlangen.

#### 4.3.6 Verfahrensrechtliche Fragen

- 369 Ein Versicherungsvertrag nach VVG stellt einen privatrechtlichen Vertrag i. S. v. Art. 1 Abs. 1 OR dar. Entsprechend unterstehen Streitigkeiten dem Zivilprozessrecht. Nach der im Zivilprozessrecht vorherrschenden Verhandlungsmaxime ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche darzulegen<sup>648</sup>. Ableiten lässt sich die Verhandlungsmaxime aus Art. 8 ZGB, wonach derjenige das Vorhandensein einer Tatsache behaupten muss, der aus ihr Rechte ableitet. Tritt das versicherte Risiko – im Falle der Krankentaggeldversicherung die Arbeitsunfähigkeit – ein, obliegt es demnach der versicherten Person das Vorhandensein einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nach zuweisen.
- 370 Die Rechtsprechung betrachtet die Taggeldversicherung nach VVG als Zusatzversicherung i. S. v. Art. 12 Abs. 2 KVG<sup>649</sup>. Nach Art. 7 ZPO können die Kantone ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung zuständig ist<sup>650</sup>. Die Kantone können entscheiden, ob sie Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen den Zivilgerichten oder den kantonalen Versicherungsgerichten

---

<sup>644</sup> BGE 127 III 106, Erw. 3.2.1. m. w. H.

<sup>645</sup> Vgl. MÜLLER H., S. 34.

<sup>646</sup> So die CSS in den AVB der Krankentaggeldversicherung.

<sup>647</sup> So bspw. die Bestimmungen in den AVB der Mobiliar „Die versicherte Person hat sich zur Früherfassung und Frühintervention bei der zuständigen IV-Stelle zu melden, wenn sie während mindestens 30 Tagen ununterbrochen arbeitsunfähig war oder innert eines Jahrs wiederholt während kürzerer Zeit aus gesundheitlichen Gründen der Arbeit fernbleiben musste.“, Ziff. 4.5, einsehbar unter [www.mobi.ch/mobiliar/live/111\\_028\\_101.pdf?lenya.usecase=medialib&lenya.step=mediafile&uid=2008-06-25T14:17:45.000%2B02:00&language=de](http://www.mobi.ch/mobiliar/live/111_028_101.pdf?lenya.usecase=medialib&lenya.step=mediafile&uid=2008-06-25T14:17:45.000%2B02:00&language=de) (besucht am 26. April 2013).

<sup>648</sup> VOGEL/SPÜHLER, 6. Kap. N 19.

<sup>649</sup> Urteil BGer 5C.41/2001 vom 3. Juli 2007, Erw. 2b/bb; In der Lehre wird dies mitunter kritisiert, denn in der Praxis würden die privaten Krankentaggeldversicherungslösungen i.d.R. an die Stelle der sozialen Versicherung treten, weshalb nicht von einer Zusatzversicherung gesprochen werden könne, EUGSTER (Vergleich), S. 98, m. H.

<sup>650</sup> BGE 138 III 558, 560 f. Erw. 3 m.w.H.

zuweisen<sup>651</sup>. Der Anspruch aus der Zusatzversicherung bleibt dennoch ein zivilrechtlicher und die ZPO ist anwendbar<sup>652</sup>.

371 Keine das Verfahren abweichend regelnde Bestimmungen finden sich in Bezug auf Streitigkeiten mit privaten Versicherungsgesellschaften und soweit die Leistungspflicht aus einer Unfalltaggeldversicherung nach VVG streitig ist.

372 Der versicherten Person obliegt nach Art. 38 VVG im Schadensfall eine Anzeigepflicht bei ihrem Versicherer. Der Versicherer darf nach Art. 39 VVG von der versicherten Person unter Androhung des Anspruchsverlusts im Säumnisfall verlangen, dass sie die notwendigen Auskünfte erteilt und zudem bestimmte Belege wie beispielsweise ärztliche Zeugnisse, die sie ohne erhebliche Kosten beschaffen kann, beibringt. Im Rahmen der privaten Taggeldversicherung trifft Drittpersonen keine Auskunftspflicht gegenüber dem Versicherer.

#### 4.3.7 Längerdauernde Arbeitsunfähigkeit

373 Im Gegensatz zu den Taggeldversicherungen nach KVG<sup>653</sup> ist im VVG-Bereich Art. 6 Satz 2 ATSG nicht unmittelbar anwendbar. Wie bereits erwähnt<sup>654</sup>, handelt es sich nach der Rechtsprechung bei der in Art. 61 VVG verankerten Rettungspflicht um Ausdruck derselben Schadenminderungspflicht, aus welcher die Rechtsprechung vor Geltung des ATSG bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit ableitete, dass auch ein in einem anderen Beruf zumutbares Einkommen zu berücksichtigen sei<sup>655</sup>. Bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit kann somit auch im Rahmen einer Taggeldversicherung nach VVG auf die Rechtsprechung zur Schadenminderungspflicht im öffentlich-rechtlichen Versicherungsverhältnis – und als Ausdruck dieser Rechtsprechung auf Art. 6 Abs. 2 ATSG – zurückgegriffen werden.

374 Privatversicherer können in ihren AVB andere Pflichten bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit vorsehen. So sieht bspw. die AVB der Mobiliar unter der Ziffer „Schadenminderung“ vor: „Eine versicherte Person, die nicht mehr in einem Anstellungsverhältnis steht, ist verpflichtet, 120 Tage nach Beginn der ärztlich bestätigten Arbeitsunfähigkeit eine ihrem Ausbildungs- und Berufsstand entsprechende Tätigkeit aufzunehmen. Unterlässt sie es, sich um eine zumutbare Tätigkeit zu bemühen, lehnt sie eine solche ab oder meldet sie sich nicht bei der Regionalen Arbeitsvermittlung (RAV) zur Arbeitsvermittlung und zum Leistungsbezug an, wird der Grad der Arbeitsunfähigkeit neu beurteilt und die Leistungen der Mobiliar werden entsprechend gekürzt.“ Ähnlich auch die entsprechende Bestimmung in den AVB der Swica: „Sofern ein in seinem angestammten Beruf arbeitsunfähiger Versicherter nicht innerhalb des Betriebes eingegliedert werden kann, ist er gehalten, innert 3 Monaten Arbeit in einem anderen Erwerbszweig zu suchen und sich bei der Invaliden- und Arbeitslosenversicherung anzumelden.“ Auch die Visana schreibt in ihren AVB der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach VVG vor, dass die versicherte Person bei lang dauernder teilweiser oder voller Arbeitsunfähigkeit die versicherte Person verpflichtet ist, eine zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich anzunehmen und hält vertraglich fest, dass sie die versicherte Person unter Ansetzung einer angemessenen Frist auffordert, ihre bisherige Tätigkeit anzupassen oder eine andere zumutbare Tätigkeit anzunehmen. Bei schuldhafter Verletzung dieser Schadenminderungspflichten drohen Leistungskürzungen oder -verweigerungen.

---

<sup>651</sup> BGE 138 III 558, 560 Erw. 3.1.

<sup>652</sup> BGE 138 III 558, 561 Erw. 3.2. m.V.a. BGE 133 III 439, 442 Erw. 2.1; BGE 124 III 44, 46 Erw. 1.aa.

<sup>653</sup> Siehe dazu Rz. 315 ff.

<sup>654</sup> Siehe dazu Rz. 367.

<sup>655</sup> BGE 127 III 106, Erw. 3.2.1. m. w. H.

375 Auch in der Privatversicherung wird also bei längerdauernder Arbeitsunfähigkeit die zumutbare Arbeit in einem anderen Beruf berücksichtigt. Während im KVG-Bereich in der Regel ab einer Arbeitsunfähigkeit von sechs Monaten unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit von der versicherten Person erwartet wird, dass sie ihre Restarbeitsfähigkeit in einem anderen Beruf verwertet, kann dies je nach AVB des Privatversicherers im VVG-Bereich bereits nach einer kürzeren Zeit der Fall sein.

#### 4.4 Gleichwertigkeit von Krankentaggeldlösungen

376 Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit von Krankentaggeldlösungen sind die Leistungen der Krankentaggeldversicherung, welche im Krankheitsfall erbracht werden würden, den gesetzlich vorgesehenen Leistungen gegenüberzustellen<sup>656</sup>. Die Beurteilung der Gleichwertigkeit einer von Art. 324a Abs. 1 – 3 OR abweichenden Lösung gestaltet sich schwierig. Eine Konkretisierung im Gesetz fehlt und auch in der Praxis haben sich (noch) keine einheitlichen Kriterien herausgebildet<sup>657</sup>. Massgebend ist eine *abstrakte Gesamtbetrachtung*, wobei unter anderem die Höhe der Taggelder, die Leistungsdauer, eine allfällige Karenzfrist und der Prämienanteil des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind<sup>658</sup>.

377 Ausgehend von einer abweichenden Regelung in Form einer Taggeldversicherung erweist sich ein Vergleich deshalb als schwierig, weil sich die Anspruchsvoraussetzungen für Taggelder von jenen der Lohnfortzahlung unterscheiden. Insbesondere ist die arbeitsrechtliche Lohnfortzahlung abhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses, während die (Mindest-) Dauer der Taggeldleistungen durch das Gesetz oder durch Vertrag festgelegt werden. Der Entscheid über die Gleichwertigkeit in einem konkreten Fall liegt deshalb weitgehend im Ermessen des Richters<sup>659</sup>.

378 Einigkeit besteht in Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich dahingehend, dass eine Krankentaggeldversicherung, welche bei hälftiger Prämienteilung ohne Wartefrist Taggelder von 80% des Lohnes während mindestens 720 Tagen innerhalb von 900 aufeinander folgenden Tagen ausrichtet gleichwertig ist<sup>660</sup>.

379 Unklar ist, ob eine Versicherungslösung mit unbezahlten Wartetagen als gleichwertig eingeordnet werden kann. Der überwiegende Teil der Lehre hält eine Krankentaggeldlösung mit einer unbezahlten Karenzfrist von zwei bis drei Tagen für zulässig, sofern die Leistungen bei einer länger dauernden Krankheit existenzertreuend sind<sup>661</sup>. Ebenfalls möglich und in der Praxis häufig ist eine Krankentaggeldversicherung (720 Tage innert 900 Tagen) mit einer längeren Wartefrist, wobei die Arbeitgebenden zwischen Eintritt der Arbeitsunfähigkeit und dem Leistungsbeginn der Versicherung mindestens 80% des Lohnes weiter ausrichtet<sup>662</sup>.

#### 4.5 Abschliessende Bemerkungen

380 Freiwillige Krankentaggeldeversicherungen können auf Grundlage des KVG oder des VVG abgeschlossen werden. KVG-Versicherer sind von Gesetzes wegen verpflichtet in ihrem örtli-

---

<sup>656</sup> VON KAENEL (Krankentaggeldlösung), S. 120 f.; PAPA, S. 82.

<sup>657</sup> PAPA, S. 82.

<sup>658</sup> PAPA, S. 82 m. w. H.; REHBINDER, N 37 zu Art. 324a OR.

<sup>659</sup> BRÜHWILER (Kommentar), N 24a zu Art. 324a OR; REHBINDER/STÖCKLI, N 37 zu Art. 324a OR.

<sup>660</sup> Urteil BGer 4C.275/2002 vom 5. Dezember 2002, Erw. 2.1; PAPA, S. 82 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 24 zu Art. 324a/b OR m. w. H.

<sup>661</sup> PAPA, 84 m.H. auf Lehrmeinungen (max. zwei Tage); MÜLLER, 21 f. (drei Tage); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 24 zu Art. 324a OR m.H. auf Lehrmeinungen (drei Tage).

<sup>662</sup> PAPA, S. 84 m. w. H.

- chen Zuständigkeitsbereich jede Person in die Versicherung aufzunehmen und können Gesundheitsvorbehalte für eine maximale Dauer von fünf Jahren anbringen. Kein Anspruch besteht demgegenüber auf Abschluss einer VVG-Taggeldversicherung.
- 381 Während die Unfallversicherung in der Schweiz obligatorisch ist, ist das Risiko des Erwerbsausfalls infolge Krankheit nicht über eine obligatorische Versicherung gedeckt. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers dauert besonders bei kurzen Arbeitsverhältnissen nicht lange<sup>663</sup>. Wird das Risiko des Lohnausfalles nicht durch eine freiwillige Versicherung abgedeckt, besteht die Gefahr, dass zwischen dem Ende der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber und dem Beginn der Ausrichtung von Invalidenrenten der krankheitsbedingte Verdienstaussfall nicht ersetzt wird. Nach Ablauf der Lohnfortzahlung sind Betroffene oft gezwungen, ihre Ersparnisse aufzubrechen und danach Sozialhilfe zu beantragen. Um den Unklarheiten, welche sich sowohl im Bereich der gesetzlichen Lohnfortzahlung als auch der freiwilligen Taggeldversicherung ergeben, zu begegnen wird vielfach für die Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung plädiert. Bisher scheiterten aber alle politischen Anstrengungen zur Einführung einer obligatorischen Versicherung zur Absicherung eines krankheitsbedingten Verdienstaussfalls<sup>664</sup>.
- 382 Die Verdrängung der KVG-Krankentaggeldversicherung durch VVG-Versicherungen, welche den Parteien bei der Gestaltung des Versicherungsverhältnisses mehr Raum lässt, wirken sich zuungunsten jener Personen aus, die gesundheitlich beeinträchtigt sind oder es einmal waren<sup>665</sup>.
- 383 Die Absicherung des Erwerbsausfalls infolge Krankheit oder Unfall spielt sich innerhalb unterschiedlicher rechtlicher Rahmenbedingungen ab. Der obligatorischen Unfallversicherung steht die freiwillige Krankentaggeldversicherung gegenüber, deren öffentlich-rechtliche Variante in der Praxis immer weniger eine Rolle spielt. Weiter an Bedeutung gewinnen indes die privatrechtlichen Versicherungslösungen. Angesichts der bedeutend grösseren Anzahl von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ist die ungleiche Behandlung von unfall- und krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit zu hinterfragen<sup>666</sup>.

---

<sup>663</sup> Siehe dazu Rz. 433.

<sup>664</sup> So bspw. die Interpellation „Obligatorische Taggeldversicherung bei Krankheit“ vom 18. März 2010 (11.3246) von Jacqueline Fehr, das Postulat „Erwerbsausfallentschädigung bei Krankheit“ vom 20. März 2009 (09.3278) von Stéphane Rossini, die Motion „Wirksame Taggeldversicherung bei Krankheit“ vom 1. Oktober 2010 (10.3821) von Ruth Humbel oder die Interpellation „Taggeld bei Krankheit“ vom 14. Juni 2000 (00.3279) von Meinrado Robbiani.

<sup>665</sup> Siehe zur Ablösung der gesetzlichen Lohnfortzahlung durch gleichwertige Lösungen, Rz. 311 ff.

<sup>666</sup> Siehe dazu STEINER OLIVER, Die Abschaffung der Unfallversicherung: eine Untersuchung zur Ungleichbehandlung von Unfall und Krankheit im schweizerischen und niederländischen Sozialrecht, Diss. Zürich 2007.

## 5. Lohnfortzahlung in ausgewählten privatrechtlichen GAVs

384 Ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) ist eine Vereinbarung zwischen Arbeitgebenden oder deren Verbänden einerseits und Arbeitnehmerverbänden andererseits<sup>667</sup>. In der Schweiz gibt es sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche GAVs, wobei die privatrechtlichen den grössten Teil ausmachen. Mit Blick auf die Anzahl der unterstehenden Arbeitnehmenden zählen der GAV des Schweizer Gastgewerbes (L-GAV), der GAV der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie (MEM) sowie der Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) zu den grössten privatrechtlichen Gesamtarbeitsverträgen der Schweiz<sup>668</sup> und werden deshalb nachfolgend kurz behandelt. Von den öffentlichen-rechtlichen Gesamtarbeitsverträgen werden diejenigen der SBB, der Swisscom, der Post sowie der Fachhochschule Nordwestschweiz behandelt. Es gibt aber auch Kantone, die mit den Personalverbänden einen GAV abgeschlossen haben – so bspw. der Kanton Solothurn<sup>669</sup>.

### 5.1 Allgemein

385 In einem Gesamtarbeitsvertrag halten Arbeitgebende oder deren Verbände und Arbeitnehmerverbände Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden fest (Art. 356 Abs. 1 OR). Darüber hinaus kann ein Gesamtarbeitsvertrag weitere Bestimmungen enthalten, die das Verhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden betreffen (Art. 356 Abs. 2 OR).

386 Im Jahr 2009 gab es in der Schweiz gesamthaft 614 Gesamtarbeitsverträge (GAV) mit 1'699'300 unterstellten Arbeitnehmenden, wobei Arbeitnehmende, die mehreren GAV unterstellt sind, mehrmals gezählt werden. Bei 217 handelt es sich um Verbands-GAVs, bei 397 um Firmen-GAVs. Ebenfalls mitgezählt werden die GAVs der öffentlichen Verwaltung. 69 GAVs sind allgemeinverbindlich erklärt. Die Allgemeinverbindlicherklärung erfolgt auf Gesuch der vertragsschliessenden Verbände durch die zuständigen Behörden im Bund und in den Kantonen. In einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) wird ein GAV für einen bestimmten geografischen und Wirtschaftsbereich (Tätigkeit, Wirtschaftszweig oder Beruf) und für alle Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden als obligatorisch erklärt<sup>670</sup>.

387 Ein klassischer GAV enthält zwei Teile: die normativen Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse und die schuldrechtlichen Bestimmungen, welche die Rechte und Pflichten der Tarifpartner unter sich regeln<sup>671</sup>.

388 Nachfolgend interessieren hauptsächlich die normativen Bestimmungen. Sie finden mit Inkrafttreten des GAVs wie relativ zwingendes Gesetzesrecht Anwendung auf alle Arbeitsverhältnisse zwischen den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Zudem geben sie der Arbeitnehmerin einen direkten Anspruch gegen die Arbeitgeberin<sup>672</sup>. Ist eine Materie sowohl in einem GAV als auch in einem Einzelarbeitsvertrag geregelt, geht der GAV grundsätzlich

---

<sup>667</sup> VISCHER, S. 323.

<sup>668</sup> Bundesamt für Statistik, Erhebung der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz, Stand 1. Mai 2007, <[www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/lexikon/lex/0.Document.86932.pdf](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/lexikon/lex/0.Document.86932.pdf)> (besucht am 7. September 2012).

<sup>669</sup> Gesamtarbeitsvertrag (BGS 126.3) abrufbar unter: <[www.so.ch/departemente/finanzen/personalamt/anstellungsregelungen/gav.html](http://www.so.ch/departemente/finanzen/personalamt/anstellungsregelungen/gav.html)> (besucht am 9. Dezember 2010).

<sup>670</sup> Bundesamt für Statistik, Erhebung der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz 2009, Neuchâtel 2012, <[www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.Document.154419.pdf](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.Document.154419.pdf)> (besucht am 9.12.2010.)

<sup>671</sup> BGE 127 III 318, Erw. 2a; Urteil BGer 4C.290/2004 vom 27. Oktober 2004, Erw. 4.1.

<sup>672</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 f. zu Art. 356 OR.

vor. Ist die im Einzelarbeitsvertrag verankerte Regelung jedoch für die Arbeitnehmerin günstiger, geht diese vor (Günstigkeitsprinzip, Art. 357 Abs. 2 OR)<sup>673</sup>.

- 389 Erlässt ein GAV normative Bestimmungen, übt er eine gesetzgeberische Funktion aus, weshalb die Auslegung dieser Bestimmungen nach den Grundsätzen über die Auslegung von Gesetzen erfolgt<sup>674</sup>.

## 5.2 Grundsätzliches zur Lohnfortzahlung in Gesamtarbeitsverträgen

- 390 Gemäss Art. 324a Abs. 4 OR kann unter anderem durch Gesamtarbeitsvertrag eine vom Obligationenrecht abweichende Regelung zur Lohnfortzahlung getroffen werden, sofern diese für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist<sup>675</sup>. Die Mehrheit der Gesamtarbeitsverträge enthält eine eigene Bestimmung zur Lohnfortzahlung bei Krankheit, wobei üblicherweise das Abschliessen einer Kollektivkrankentaggeldversicherung vorgeschrieben oder zumindest empfohlen wird. Schreibt ein GAV den Abschluss einer Kollektivkrankentaggeldversicherung vor, haftet ein Arbeitgeber, wenn er seiner Verpflichtung zum Abschluss eben dieser mit den zugesicherten Leistungen nicht nachkommt, für den Schaden, welcher dem Arbeitnehmenden daraus entsteht<sup>676</sup>.

## 5.3 Der GAV im Schweizerischen Gastgewerbe

- 391 Der aktuelle Gesamtarbeitsvertrag des Schweizer Gastgewerbes (L-GAV)<sup>677</sup> ist mindestens gültig bis zum 31. Dezember 2013 (Art. 3 L-GAV). Mit seinen über 200'000 unterstellten Arbeitnehmenden ist er der grösste GAV der Schweiz<sup>678</sup>.
- 392 Gemäss Art. 22 L-GAV gelten für Mitarbeitende, die unverschuldet infolge Krankheit oder Unfall an der Arbeitsleistung verhindert sind die Art. 23 ff. L-GAV. Art. 23 L-GAV schreibt vor, dass die Arbeitsgeberin zugunsten ihrer Mitarbeitenden eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen hat, die während 720 innerhalb von 900 aufeinanderfolgenden Tagen 80% des Bruttolohnes zahlt. Die Aufschubzeit der Taggeldversicherung darf pro Dienstjahr höchstens 60 Tage betragen und die Arbeitgebenden müssen während dieser Frist Lohnfortzahlung leisten. Da auf Lohnfortzahlungen – im Gegensatz zu Krankentaggeldleistungen – Sozialversicherungsbeiträge geschuldet sind, haben die Arbeitgebenden 88% des Bruttolohnes zu entrichten. Die Prämien der Krankentaggeldversicherung sind je zur Hälfte von Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden zu übernehmen (Art. 23 Abs. 2 L-GAV).
- 393 Die Arbeitgebenden werden durch den L-GAV verpflichtet, eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen, die für alle Arbeitnehmenden zugänglich ist. Die Versicherungen können für bereits bestehende Krankheiten und solche, die erfahrungsgemäss zu Rückfällen führen, einen Vorbehalt für eine Dauer von maximal fünf Jahren vorsehen (Art. 23 Abs. 3 L-GAV)<sup>679</sup>. Den Arbeitgebenden steht es frei, ob sie eine Krankentaggeldversicherung nach KVG oder VVG

---

<sup>673</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 356 OR.

<sup>674</sup> BGE 127 III 318, Erw. 2a; BGE 136 III 283, Erw. 2.3.1; GEISER/HÄFLIGER, S. 340; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 356 OR.

<sup>675</sup> Siehe zur Voraussetzung der Gleichwertigkeit Rz. 311 ff.

<sup>676</sup> BGE 127 III 318, Erw. 5; BGE 124 III 126, Erw. 2 in Pra 87 (1998), Nr. 103.

<sup>677</sup> Der Vertragstext sowie eine kommentierte Version sind abrufbar unter <[www.l-gav.ch/index.php?id=196&L=0](http://www.l-gav.ch/index.php?id=196&L=0)> (besucht am 8. Mai 2013).

<sup>678</sup> Bundesamt für Statistik, Erhebung der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz 2007, S. 49, Neuchâtel 2009, <[www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/22/publ.Document.125518.pdf](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/22/publ.Document.125518.pdf)> (besucht am 12. Juli 2010); zum Geltungsbereich siehe Art. 1 L-GAV.

<sup>679</sup> Kommentierte Version L-GAV, S. 57.



- abschliessen, sofern die minimalen Versicherungsbedingungen nach L-GAV eingehalten werden. Erhalten erkrankte Arbeitnehmende aufgrund eines zulässigen Vorbehalts keine Taggeldleistungen, lebt die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgebenden nach Art. 324a OR wieder auf (Art. 22 Abs. 2 und 3 L-GAV)<sup>680</sup>.
- 394 Die Arbeitgebenden sind verpflichtet, eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen, die den Vorgaben des L-GAV genügen. Kennt die Versicherung bspw. unzulässige Vorbehalte oder entspricht die Höhe des Taggeldes nicht 80%, müssen die Arbeitgebenden die gesamten in Art. 23 Abs. 1 L-GAV zugesicherten Leistungen selbst erbringen<sup>681</sup>. Im Gegensatz zu jenem Fall, wo die Versicherung aufgrund eines zulässigen Vorbehalts kein Taggeld leistet, müssen die Arbeitgebenden nicht die kürzere Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR, sondern die Leistungen erbringen, welche eine genügende Versicherung erbracht hätte.
- 395 Der L-GAV schreibt weiter vor, dass die Taggeldleistungen auch dann weiter zu erbringen sind, wenn das Arbeitsverhältnis vor Krankheitsende aufgelöst wird (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 L-GAV). Nicht zwingend ist dabei, dass die Arbeitnehmenden in der Kollektivkrankentaggeldversicherung verbleiben können, aber es muss zumindest die Möglichkeit zum Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung möglich sein. Für allfällig erhobene Einzelversicherungsprämien nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses müssen die Arbeitnehmenden aber alleine aufkommen (Art. 23 Abs. 1 Satz 4 L-GAV).
- 396 Mit der zwingend vorgeschriebenen Krankentaggeldversicherung und der Pflicht der Arbeitgebenden, während der Aufschubzeit 88% des Bruttolohnes zu entrichten, wird die Stellung der Arbeitnehmenden im Vergleich zur OR-Regelung grundsätzlich verbessert. Die Überprüfung auf Gleichwertigkeit scheint somit hinfällig, da keine abweichende Lösung i. S. v. Art. 324a Abs. 4 OR vorliegt. Dennoch gibt es Fälle, in denen die Lohnfortzahlung nach Art. 324a Abs. 4 OR besser ist: Wenn bspw. eine Arbeitnehmerin im 20. Dienstjahr während 5 Monaten arbeitsunfähig ist, hätte sie sowohl mit der Basler-, Berner- als auch der Zürcher Skala Anspruch auf eine volle Lohnfortzahlung während der gesamten Zeit. Mit der im L-GAV vorgesehenen Taggeldlösung, erhält sie jedoch nur 80% des Bruttolohnes. Wie bereits erwähnt, ist eine Krankentaggeldlösung nicht nur dann gleichwertig, wenn sie in jedem konkreten Einzelfall mindestens gleich gute Leistungen erbringt. Massgebend ist vielmehr eine *abstrakte Gesamtbetrachtung*<sup>682</sup>. Hervorzuheben ist zudem die Begrenzung des Gesundheitsvorbehaltes auf max. fünf Jahre. Die vom L-GAV vorgeschriebene Taggeldlösung ist somit mindestens gleichwertig.
- 397 Zahlreiche Bestimmungen des L-GAV wurden vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt, so auch Art. 22 Abs. 1 L-GAV. Die L-GAV Bestimmungen zur Lohnfortzahlung gelten laut der Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates unmittelbar für alle Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden (Teilzeitarbeitnehmende sowie Aushilfen inbegriffen) in Betrieben, die gastgewerbliche Leistungen anbieten<sup>683</sup>.

---

<sup>680</sup> Kommentierte Version L-GAV, S. 57.

<sup>681</sup> Kommentierte Version L-GAV, S. 57.

<sup>682</sup> Siehe zur Gleichwertigkeit von Krankentaggeldlösungen Rz. 376 ff.

<sup>683</sup> Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landes-Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes, einsehbar unter <[www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/01435/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/01435/index.html?lang=de)> (besucht am 10. Dezember 2012).

#### 5.4 *Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie 2006–2013*

- 398 Mit seinen knapp über 100'000 unterstellten Arbeitnehmenden ist der GAV der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie (MEM) der zweitgrösste GAV<sup>684</sup>. Er gilt seit dem 1. Januar 2006 und wurde im Juni 2010 bis zum 30. Juni 2013 verlängert<sup>685</sup>.
- 399 Art. 18.1 GAV MEM regelt die Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall. Innert 12 Monaten ab Beginn eines Falles beträgt die Lohnfortzahlung (Art. 18.1 Abs. 1 GAV MEM) je für alle Krankheitsfälle gesamthaft und alle Unfälle gesamthaft (Art. 18.1 Abs. 2 GAV MEM):
- im 1. Dienstjahr 1 Monat
  - ab dem 2. Dienstjahr 2 Monate
  - ab dem 4. Dienstjahr 3 Monate
  - ab dem 10. Dienstjahr 4 Monate
  - ab dem 15. Dienstjahr 5 Monate
  - ab dem 20. Dienstjahr 6 Monate
- 400 Werden die zwölf Monate überschritten, besteht erst wieder nach einer vollen Wiederaufnahme der Arbeit während mindestens drei Monaten ein erneuter Anspruch auf Lohnfortzahlung (Art. 18.1 Abs. 3 GAV MEM).
- 401 Art. 18.4 GAV MEM lässt den Firmen die Wahl, ob sie ihrer Lohnfortzahlungspflicht durch direkte Lohnzahlung oder über eine Taggeldversicherung nachkommen wollen. Abs. 2 desselben Artikels *empfiehlt* den Firmen jedoch, für die Leistungen im Krankheitsfall eine Versicherungslösung zu treffen. Ausserdem soll dabei *darauf geachtet werden*, dass den Arbeitnehmenden im Falle eines Austritts aus der Kollektivversicherung der Übertritt in die Einzelversicherung zu gleichen Leistungen möglich ist.
- 402 Gemäss Art. 18.5 GAV MEM können die Arbeitgeber für ihre Arbeitnehmenden eine Krankentaggeldversicherung abschliessen, die mindestens 80% des Lohnes während 720 innerhalb von 900 aufeinanderfolgenden Tagen ausrichtet (Art. 18.5 Abs. 1 und 2 GAV MEM). Die Arbeitgeberin leistet einen Prämienbeitrag von 2% des durchschnittlichen Lohnes und hat zudem die Versicherungsleistungen so zu ergänzen, dass die betroffenen Personen während der in Art. 18.1 GAV MEM vorgesehenen Zeit 100% des Lohnes erhalten (Art. 18.5 Abs. 3 GAV MEM). Über die Möglichkeit eines Gesundheitsvorbehalts schweigt sich der GAV MEM aus.
- 403 Schliesst der Arbeitgeber wie vom GAV MEM empfohlen, eine Taggeldversicherung für seine Arbeitnehmenden ab, ist die Lohnfortzahlung mindestens gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR<sup>686</sup>.
- 404 Falls die Arbeitgebenden für ihre Arbeitnehmenden keine Krankentaggeldversicherung abschliessen um sich von der Lohnfortzahlung zu befreien, müssen sie direkt den Lohn während

---

<sup>684</sup> Bundesamt für Statistik, Erhebung der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz 2007, S. 29, Neuchâtel 2009, <[www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/22/publ.Document.125518.pdf](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/22/publ.Document.125518.pdf)> (besucht am 12. Juli 2010).

<sup>685</sup> Syna, Verlängerung des GAV in der MEM-Industrie, <[www.syna.ch/sectoren-branchen/sector-industrie/mem-industrie/verlaengerung-des-gav-in-der-mem-industrie.html#c6431](http://www.syna.ch/sectoren-branchen/sector-industrie/mem-industrie/verlaengerung-des-gav-in-der-mem-industrie.html#c6431)> (besucht am 12. Juli 2010).

<sup>686</sup> Vgl. zur Gleichwertigkeit Rz. 311 ff.

der beschränkten Zeit nach Art. 18.1 GAV MEM ausrichten. In solchen Fällen müssten die Arbeitnehmenden selbst und auf eigene Kosten eine aufgeschobene Krankentaggeldversicherung abschliessen (Art. 18.6 GAV MEM). Der von der Gewerkschaft SMUV (heute Unia)<sup>687</sup> im Jahr 2000 veröffentlichte Kommentar zum GAV MEM kritisiert diesbezüglich, dass im GAV keine Kontrollpflicht vorgesehen sei, was bei einigen Arbeitnehmenden zu mangelnder Versicherung bei langer Arbeitsunfähigkeit führen könne<sup>688</sup>.

405 Die Dauer der Lohnfortzahlung bei fehlender Taggeldversicherung liegt mehr oder weniger im Rahmen der Berner und Basler Skalen resp. meistens etwas höher. Die Zürcher Skala gewährt jedoch teilweise eine längere Lohnfortzahlung<sup>689</sup>. Die Lohnfortzahlung dauert jedoch auf jeden Fall mindestens vier Wochen, das Minimum von drei Wochen nach Art. 324a Abs. 2 OR ist somit stets eingehalten. Da es sich bei den Skalen mehr um Richtlinien, denn um verbindliche Regelungen handelt<sup>690</sup>, kann die Gleichwertigkeit wohl auch bei fehlender Taggeldversicherung bejaht werden.

## 5.5 *Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe 2012 (LMV)*

406 Nachdem der LMV für das Schweizerische Bauhauptgewerbe von 2008 auf Ende 2011 ausgelaufen ist, wurde am 28. März 2012 nach einer dreimonatigen Vertragslosigkeit die Vereinbarung betreffend LMV 2012-2015 unterzeichnet<sup>691</sup>.

407 Der neue LMV ist am 1. April 2012 in Kraft getreten und bietet im Vergleich zum bisherigen LMV insbesondere eine höhere Lohnfortzahlung. Bis 2011 verpflichtet der LMV 2008 die Betriebe, die dem LMV unterstellten Arbeitnehmenden kollektiv für ein Taggeld von 80% des Lohnes zu versichern. Seit dem 1. April 2012 muss das Taggeld 90% betragen. Dabei steht es den Arbeitgebenden frei, ob sie eine Versicherung nach KVG oder VVG abschliessen (Art. 64 Abs. 1 LMV)<sup>692</sup>.

408 Art. 64 Abs. 3 LMV hält die minimalen Versicherungsbedingungen fest. Weitere Details zur Krankentaggeldversicherung sind ferner im „Merkblatt Krankentaggeld-Versicherung für das Bauhauptgewerbe“ geregelt, welches die Bedingungen enthält, die jeder Versicherungsvertrag erfüllen muss. Werden diese Ansprüche durch eine Versicherung nicht erfüllt, so haftet der Arbeitgeber für den Schaden, welcher dem Arbeitnehmenden daraus entsteht<sup>693</sup> (Art. 1 Merkblatt Krankentaggeld-Versicherung).

409 Das Taggeld beträgt ab dem zweiten Tag 90% des ausfallenden Lohnes und wird höchstens während 720 Tagen innert 900 aufeinander folgenden Tagen ausbezahlt (Art. 2 und 3 Merkblatt Krankentaggeld-Versicherung für das Bauhauptgewerbe). Übersteigen die Leistungen

---

<sup>687</sup> Der 1915 gegründete Schweizerische Metall- und Uhrenarbeiterverband (SMUV) fusionierte 2004 mit der Gewerkschaft Bau & Industrie (GBI), dem Verband der Handels- Transport- und Lebensmittelarbeiter (VHTL) sowie der Gewerkschaft unia zur heutigen Unia. Siehe dazu:

<[www.unia.ch/Gewerkschaftsarchiv.1969.0.html?&L=10](http://www.unia.ch/Gewerkschaftsarchiv.1969.0.html?&L=10)> (besucht am 16. Februar 2011).

<sup>688</sup> Nicht mehr publizierter SMUV-Kommentar 2000 zum GAV der Maschinenindustrie, S. 86 zu Art. 18.6, <[web.archive.org/web/20040116103112/http://www.smuv.ch/statisch/files/kom\\_gav\\_masch.pdf](http://web.archive.org/web/20040116103112/http://www.smuv.ch/statisch/files/kom_gav_masch.pdf)> (besucht am 16. Februar 2011).

<sup>689</sup> Siehe zur Dauer der Lohnfortzahlung ohne GAV Rz. 195 ff.

<sup>690</sup> Vgl. zur Gleichwertigkeit Rz. 311 ff.

<sup>691</sup> NZZ online vom 29. März 2009, Landesmantelvertrag ist unter Dach und Fach, <[www.nzz.ch/aktuell/startseite/landesmantelvertrag-ist-unter-dach-und-fach-1.16148292](http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/landesmantelvertrag-ist-unter-dach-und-fach-1.16148292)> (besucht am 7. September 2012).

<sup>692</sup> Vereinbarung betreffend LMV für das schweizerische Bauhauptgewerbe 2012-2015, einsehbar unter <[www.baumeister.ch/fileadmin/media/2\\_Kernthemen/LMV/lmv\\_2012-2015\\_vereinb\\_120328\\_d.pdf](http://www.baumeister.ch/fileadmin/media/2_Kernthemen/LMV/lmv_2012-2015_vereinb_120328_d.pdf)> (besucht am 7. September 2012).

<sup>693</sup> BGE 127 III 318, Erw. 5; vgl. auch Rz. 390.

der Krankentaggeldversicherung den wegen des Versicherungsfalles entgangenen Verdienst, können sie gekürzt werden (Art. 64 Abs. 3 lit. b LMV). Gemäss Art. 7 Merkblatt Krankentaggeld-Versicherung sind Gesundheitsvorbehalte möglich. In diesem Fall hat die betroffene Arbeitnehmerin Anspruch auf Leistungen nach Art. 324a OR (Art. 64 Abs. 3 lit. g LMV). Die Prämien gehen je zur Hälfte zu Lasten der Betriebe und der Arbeitnehmenden (Art. 64 Abs. 2 lit. a LMV), wobei aber Art. 64 Abs. 3 lit. f LMV vorsieht, dass Arbeitnehmende während der Krankheitszeit von den Prämien zu befreien sind.

- 410 Der Betrieb kann eine Versicherung mit einem Leistungsaufschub von max. 30 Tagen unter Einhaltung eines Karenztages abschliessen, hat dann aber während der Aufschubfrist 90% des aufgrund der Krankheit ausfallenden Lohnes selbst zu entrichten (Art. 64 Abs. 2 lit. b LMV, Art. 2 Merkblatt Krankentaggeld-Versicherung für das Bauhauptgewerbe).
- 411 Gemäss Art. 21 Abs. 1 LMV ist eine Kündigung durch den Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit solange ausgeschlossen, wie die Krankentaggeldversicherung oder die obligatorische Unfallversicherung Taggeldleistungen erbringen. Nur wenn Arbeitnehmende neben Taggeldleistungen der Krankentaggeldversicherung auch noch eine Rente der IV erhalten ist eine Kündigung möglich und zwar ab Datum der Anspruchsberechtigung auf eine Invalidenrente unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist (Art. 21 Abs. 2 LMV). Art. 21 Abs. 1 LMV garantiert somit den Arbeitnehmenden, dass die Kollektivversicherung mit bestimmten Leistungen nach Art. 64 LMV, zu dessen Abschluss die Arbeitgeberin durch den LMV verpflichtet wird, auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses andauert. Zu den bestimmten Leistungen zählt auch die Prämienbefreiung der Arbeitnehmenden während der Krankheitszeit (Art. 64 Abs. 3 lit. f)<sup>694</sup>. Laut Bundesgericht ist „davon auszugehen, dass die vom Arbeitgeber gemäss Art. 64 LMV zugesagten Versicherungsleistungen grundsätzlich unabhängig davon erbracht werden müssen, ob das Arbeitsverhältnis noch andauert oder beendet worden ist“<sup>695</sup>.
- 412 Die betroffene Person hat zudem nach Ausscheiden aus der Kollektivversicherung das Recht gemäss Art. 71 Abs. 2 KVG in die Einzelversicherung des Versicherers überzutreten (Art. 64 Abs. 3 lit. h LMV). Allerdings sind die Prämien der Versicherten nach dem Übertritt in die Einzelversicherung für das gleiche Taggeld in der Regel massiv höher als in der Kollektivversicherung<sup>696</sup>. Ohne Art. 21 Abs. 1 LMV müssten die Betroffenen nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in die (teurere) Einzeltaggeldversicherung übertreten<sup>697</sup>.

## 5.6 GAV Swisscom

- 413 Die Swisscom AG ist eine Spezialgesetzliche AG, deren Organisation sich nach dem Telekommunikationsunternehmungsgesetz (TUG)<sup>698</sup>, den Statuten und den aktienrechtlichen Vorschriften richtet (Art. 2 Abs. 1 TUG). Der Bund hält die kapital- und stimmenmässige Mehrheit (Art. 6 Abs. 1 TUG).
- 414 Gemäss Art. 16 TUG wird das Personal der Swisscom privatrechtlich angestellt (Abs. 1) und die Swisscom hat mit den Personalverbänden Verhandlungen zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages zu führen (Abs. 2).

---

<sup>694</sup> BGE 132 III 318, Erw. 5.

<sup>695</sup> BGE 127 III 318, Erw. 4b.

<sup>696</sup> EUGSTER (Vergleich), S. 76 f.

<sup>697</sup> Art. 21 Abs. 1 LMV kann aus Arbeitgebersicht problematisch sein, wenn sich eine Firma auflösen will, dies aber nicht möglich ist, da sie einer kranken Arbeitnehmenden nicht kündigen kann, die noch Anspruch auf Krankentaggeld hat.

<sup>698</sup> Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikation des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz) vom 30. April 1997, SR 784.11.

- 415 Bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall gewährt die Swisscom gemäss Ziffer 2.8.1 GAV Swisscom für die Dauer von maximal 730 Tagen eine Lohnfortzahlung von 100% des Basislohnes. Für ihre Leistungen schliesst die Swisscom Kollektivversicherungen für ein Krankentaggeld und ein Unfalltaggeld ab an denen sich die Mitarbeitenden je zur Hälfte beteiligen. Die Wartefrist beträgt maximal 180 Tage (Ziffer 2.8.1 GAV Swisscom). Über die Lohnfortzahlung während der Wartefrist findet sich keine Regelung im GAV Swisscom. Gestützt auf den relativ zwingenden Art. 324b Abs. 3 OR hat der Arbeitgeber jedoch während der Wartefrist mindestens 80% des Lohnes zu entrichten<sup>699</sup>. Während der Wartefrist besteht demzufolge ein Lohnfortzahlungsanspruch gegenüber der Swisscom.
- 416 Ziffer 2.8.1 überdies fest, dass der Lohn nur solange weiter ausgerichtet wird, als das Arbeitsverhältnis dauert. Danach besteht jedoch noch der Anspruch auf das versicherte Taggeld gegenüber der Versicherung. Bei einem befristeten Arbeitsverhältnis erlischt der Anspruch auf Krankentaggeld aber spätestens mit Beendigung des Einzelarbeitsvertrages. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss die betroffene Person ohne neue Vorbehalte in die Einzelversicherung übertreten können.
- 417 Solange das Arbeitsverhältnis weiter besteht, stehen die Leistungen der Taggeldversicherung der Swisscom zu und diese leistet den Arbeitnehmenden Lohnfortzahlung. Die Swisscom behält sich im GAV das Recht vor, ihr Lohnfortzahlung im gleichen Ausmass zu kürzen, wie die Versicherung ihre Leistungen kürzt (Ziffer 2.8.1 a. E.).
- 418 Die Lohnfortzahlung wurde mit dem GAV 2013 erhöht. Die Übergangsbestimmung lautet wie folgt: „Für Krankheiten und Unfälle, deren Falldatum vor dem 1.1.2013 liegt, wird die Lohnfortzahlung bzw. werden die Versicherungsleistungen gemäss der/dem am Falldatum geltenden Lohnfortzahlung bzw. Versicherungsumfang ausgerichtet. Dasselbe gilt für Rückfälle zu Krankheiten und Unfällen, deren ursprüngliches Falldatum vor dem 1.1.2013 liegt.“ (Ziffer 4.2.3). In den erwähnten Fällen gewährt die Swisscom während 365 zu 100% und während weiteren 365 Tagen zu 80% eine Lohnfortzahlung. Die weiteren Bestimmungen haben sich nicht geändert.

---

<sup>699</sup> Siehe dazu auch Rz. 211.

## 6. Lohnfortzahlung in ausgewählten öffentlich-rechtlichen GAVs

### 6.1 GAV SBB

- 420 Die Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall ist im Gesamtarbeitsvertrag der SBB<sup>700</sup> ausführlich geregelt. Arbeitnehmende die wegen Krankheit oder Unfall arbeitsunfähig sind, haben während zwei Jahren Anspruch auf Lohnfortzahlung, längstens aber bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses (Ziffer 133 Abs. 1 GAV SBB). Während dem ersten Jahr der Arbeitsverhinderung wird der Lohn zu 100% ausbezahlt, während dem zweiten Jahr zu 90%. Ist die Arbeitsverhinderung auf eine Berufskrankheit oder einen Berufsunfall zurückzuführen, wird auch im zweiten Jahr 100% des Lohnes gewährt (Ziffer 133 Abs. 3 und 5 GAV SBB).
- 421 Nach Ziffer 138 Abs. 1 GAV SBB kann der Anspruch auf Lohnfortzahlung gekürzt oder entzogen werden, wenn die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter die Krankheit absichtlich herbeigeführt hat<sup>701</sup>.
- 422 Bei mangelnder medizinischer Tauglichkeit darf das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit frühestens auf das Ende der Anspruchsfrist nach Ziffer 133 SBB GAV aufgelöst werden. Der Lohnfortzahlungsanspruch kann somit nicht durch eine frühzeitige Kündigung verkürzt werden. Während der dreimonatigen Probezeit ist die Kündigung aufgrund mangelnder medizinischer Tauglichkeit jedoch möglich; in diesem Fall dauert die Lohnfortzahlung entsprechend der Probezeit nur drei Monate<sup>702</sup>.
- 423 Die Anspruchsfrist von zwei Jahren wird entsprechend verlängert, wenn die betroffene Person vorübergehend in der bisherigen Funktion voll arbeitsfähig war und dann aufgrund der *gleichen* Ursache erneut arbeitsunfähig wird. Die Anspruchsfrist wird zudem um max. sechs Monate verlängert, wenn nach ihrem Ablauf festgestellt wird, dass entweder in absehbarer Zeit die bisherige Funktion wieder vollständig aufgenommen werden kann oder – falls bei Ablauf der Frist mangelnde medizinische Tauglichkeit für die bisherige Tätigkeit festgestellt wird – die berufliche Reintegration bei der Unternehmung möglich oder absehbar ist (Ziffer 135 GAV SBB).
- 424 Ziffer 136 GAV SBB regelt die Fälle, in denen eine neu Anspruchsfrist beginnt: Nimmt eine betroffene Person nach einer Arbeitsunfähigkeit während weniger als sechs Monaten ihre bisherige Funktion vollständig wieder auf und wird sie sodann aufgrund einer *anderen* Ursache erneut arbeitsunfähig, beginnt eine neue Anspruchsfrist (Abs. 1). Es beginnt ebenfalls eine neue Anspruchsfrist, wenn die betroffene Person während mehr als sechs Monaten voll arbeitsfähig war und dann wegen der *gleichen oder einer anderen* Ursache erneut an der Arbeit verhindert wird (Abs. 2), sie nach einer Reintegration während mehr als sechs Monaten in einer angepassten Tätigkeit voll arbeitsfähig war und aufgrund der *gleichen* Ursache erneut arbeitsunfähig wird (Abs. 3) und wenn sie nach einer Reintegration und entsprechender Anpassung des Arbeitsverhältnisses wegen einer *anderen* Ursache erneut an der Arbeit verhindert wird (Abs. 4).
- 425 Wer nach einer Arbeitsunfähigkeit länger als sechs Monate wieder voll arbeitsfähig war, kann demzufolge bei einer erneuten Arbeitsunfähigkeit *immer* von einer neuen Anspruchsfrist profitieren, unabhängig davon ob er oder sie aufgrund der gleichen oder einer neuen Krankheit der Arbeit fernbleiben muss. So hat bspw. eine Arbeitnehmerin nach einer dreimonatigen Arbeitsunfähigkeit gefolgt von einer achtmonatigen vollen Arbeitsfähigkeit bei einer erneuten

---

<sup>700</sup> Allgemein zum GAV SBB siehe Rz. 144 ff.

<sup>701</sup> Siehe zur Voraussetzung des fehlenden Verschuldens Rz. 184 ff.

<sup>702</sup> Resp. maximal sechs Monate, wenn die Probezeit auf sechs Monate verlängert wird, siehe dazu Ziffer 22 Abs. 1 GAV SBB.

Arbeitsunfähigkeit unabhängig davon, ob sie aufgrund der gleichen oder einer anderen Gesundheitlichen Beeinträchtigung erneut arbeitsunfähig wird, durch ihre länger als sechs Monate dauernde Arbeitsfähigkeit einen neuen Lohnfortzahlungsanspruch von max. 12 Monaten „erarbeitet“.

- 426 Wird dagegen die nach einer Arbeitsunfähigkeit wieder vollständig aufgenommene Arbeitstätigkeit nach weniger als sechs Monaten erneut durch eine Arbeitsunfähigkeit unterbrochen, beginnt nur im Falle einer anderen Krankheit ein neue Anspruchsfrist. Ist die Arbeitsunfähigkeit auf dieselbe Erkrankung zurückzuführen, verlängert sich die Anspruchsfrist um die Dauer der Arbeitstätigkeit.
- 427 Der Anspruch auf Lohnfortzahlung kann somit teilweise sogar länger als zwei Jahre dauern. Da der GAV SBB öffentlichrechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur ist, hat keine Überprüfung auf Gleichwertigkeit i.S. von Art. 324a Abs. 4 OR stattzufinden. Die öffentlichrechtlichen Minimalstandards<sup>703</sup> sind eindeutig eingehalten.

## 6.2 GAV Post

- 428 Die Lohnfortzahlung ist im GAV Post in Ziffer 37 ff. geregelt. Grundsätzlich beträgt die Dauer bei unverschuldeter, medizinisch begründeter Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, Schwangerschaft oder Unfall 720 Tage. Während den ersten 360 Tagen wird der Lohn zu 100% ausgerichtet, anschliessend zu 80% (Ziffer 3700 Abs. 1 GAV Post). Gemäss Ziffer 8.1 der Anwendungsbestimmungen zum GAV Post lebt der Lohnanspruch wieder auf, wenn die betroffene Mitarbeitende während mindestens sechs Monaten zu 100% an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt. Ist die betroffene Person während weniger als sechs Monaten voll arbeitsfähig, lebt der Anspruch nur dann wieder auf, wenn die erneute Arbeitsverhinderung eine andere Ursache hat<sup>704</sup>.
- 429 Die Post schliesst gemäss Ziffer 3700 Abs. 3 GAV Post für die Leistung bei Krankheit eine Kollektiv-Taggeldversicherung ab, zu der die Mitarbeitenden einen Beitrag in der Höhe von 0,4 Prozent der Bruttobezüge leisten. Der Anspruch auf Taggeldzahlungen besteht ab dem 61. Tag der Arbeitsunfähigkeit und wird während des bestehenden Arbeitsverhältnisses an die Schweizerische Post ausgerichtet, welche sodann ihrerseits die vertragliche Lohnfortzahlung erbringt<sup>705</sup>. Diese Lohnfortzahlung endet mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses, anschliessend besteht Anspruch auf das versicherte Taggeld gegenüber der Versicherung (Ziffer 3700 Abs. 4 GAV Post). Die Anwendungsbestimmungen zum GAV Post sehen jedoch in Ziffer 8.1 Abs. 2 vor, dass die Post das Arbeitsverhältnis frühestens auf den Zeitpunkt auflösen kann, in welchem der Anspruch der betroffenen Person auf Leistungen der Krankentaggeldversicherung oder der obligatorischen Unfallversicherung endet. Gemäss Abs. 3 kann das Arbeitsverhältnis nur dann mittels Aufhebungsvertrag auf einen früheren Zeitpunkt aufgelöst werden, wenn keine Aussicht mehr besteht, dass die betroffene Person die Arbeitsfähigkeit wieder erlangt. Zudem besteht die Möglichkeit der Kündigung auf einen früheren Zeitpunkt durch die betroffene Arbeitnehmerin.
- 430 Mit Ziffer 3701 sieht der GAV Post zudem auch eine Bestimmung zur Lohnfortzahlung während der Probezeit vor. So hat bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall während der Probezeit die betroffene Person für eine Dauer, die der halben zurückgelegten Probezeit entspricht, zumindest aber für vier Wochen, vollen Lohnfortzahlungsanspruch (Abs. 1). Danach besteht Anspruch auf eine Lohnfortzahlung von 80% resp. auf das

---

<sup>703</sup> Siehe dazu Rz. 110 ff.

<sup>704</sup> Ziffer 8.1 GAV Post.

<sup>705</sup> Die Schweizerische Post, Bei Krankheit richtet die Post den Lohn längere Zeit weiter aus, in: Die Post vom 18. Februar 2002, Nr. 2/2002, S. 11, <[www.post.ch/uk\\_postzeitung\\_0202.pdf](http://www.post.ch/uk_postzeitung_0202.pdf)> (besucht am 8. März 2010).

Taggeld der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung oder der Unfallversicherung (Abs. 2). Allerdings dauert der Lohnanspruch längstens bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Abs. 3) und die ist während der Probezeit gemäss Ziffer 121 Anhang 4 GAV Post in den ersten zwei Monaten auf Ende der folgenden Woche (lit. a) und ab dem dritten Monat auf das Ende des folgenden Monats (lit. b) möglich.

- 431 Gemäss Ziffer 3702 Abs. 1 GAV Post erfolgt keine Kürzung auf 80%, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einen Berufsunfall oder eine nach UVG gleichgestellten Berufskrankheit zurückzuführen ist. Bei einer Behinderung als Folge einer solchen Berufskrankheit besteht bei vollständiger Erwerbsunfähigkeit Anspruch auf 100% der Bruttobezüge am Unfalltag bis zum Entstehen des Anspruchs auf die AHV-Altersrente. Bei teilweiser Erwerbsunfähigkeit besteht Anspruch auf den dem Invaliditätsgrad nach UVG entsprechenden Anteil (Ziffer 3702 Abs. 2 lit. a). Ziffer 3702 Abs. 3 sieht unter lit. a die Streichung der Leistungen nach Abs. 2 bei einem absichtlich herbeigeführten Unfall vor und unter lit. b die Kürzung bei einem grobfahrlässig herbeigeführten Unfall. Taggeld- und Rentenleistungen von obligatorischen Sozialversicherungen werden auf den Anspruch nach Abs. 2 angerechnet, soweit sie diesen nicht übersteigen (Ziffer 3702 Abs. 4 GAV Post).

## 6.3 *GAV FHNW*

### 6.3.1 **Lohnfortzahlung im GAV FHNW**

- 432 Nach Ziffer 8.4 Abs. 1 GAV FHNW wird in den ersten drei Monaten einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit der Lohn zu 100% weiter ausgerichtet. Ab dem vierten Monat erhält die betroffene Person sodann während weiteren 21 Monaten 80% des AHV-pflichtigen Lohnes, wofür die FHNW eine Lohnausfallversicherung abschliesst. Die Prämie für die Lohnausfallversicherung wird vollständig von der FHNW übernommen (Ziffer 8.4 Abs. 2 und 3). Bei Absenzen von mehr als 730 Tagen besteht erst nach voller Wiederaufnahme der Arbeit während mindestens drei Monaten ein erneuter Anspruch auf Lohnfortzahlung (Abs. 3).

## 7. *Übersicht Geldleistungen bei Arbeitsunfähigkeit*

### 7.1 *Keine Leistungen*

- 433 Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht nach Art. 324a Abs. 1 OR nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde<sup>706</sup>. Folglich ist das Risiko des Lohnverlustes aufgrund gesundheitlicher Beeinträchtigung bei sehr kurzfristigen Arbeitsverhältnissen nicht gedeckt.
- 434 Obwohl die Regelungen zur Lohnfortzahlung in den Gesamtarbeitsverträgen grundsätzlich weitergehen als diejenige in Art. 324a OR, gibt es Fallkonstellationen, wo überhaupt keine Lohnfortzahlung geschuldet ist. Sowohl im LMV des Bauhauptgewerbes als auch im L-GAV des Gastgewerbes wird Art. 324a OR für anwendbar erklärt, wenn die Taggeldversicherung aufgrund eines Gesundheitsvorbehalts nicht leistet. Ist die vom Gesundheitsvorbehalt betroffene Person seit weniger als drei Monaten angestellt oder wurde das Arbeitsverhältnis für weniger als drei Monate eingegangen, hat sie keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung (Art. 64 Abs. 3 lit. g LMV und Art. 22 Ziff. 2 und 3 L-GAV).

---

<sup>706</sup> Siehe zur Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses Rz. 179 ff.



## **7.2 Lohnfortzahlung bis drei Wochen**

- 435 Laut dem relativ zwingenden Art. 324a Abs. 2 OR dauert die Lohnfortzahlung bei Arbeitnehmenden im ersten Dienstjahr drei Wochen. Auch keine der Skalen sieht eine längere Dauer vor. Nach OR angestellte Arbeitnehmende im unterjährigen Arbeitsverhältnis haben demzufolge lediglich Anspruch auf volle Lohnfortzahlung bis drei Wochen.
- 436 Angestellte beim Kanton Genf (nicht aber Beamte) die innerhalb der erste drei Monaten des Arbeitsverhältnisses krankheitsbedingt arbeitsunfähig werden, haben nur Anspruch auf 50% des Lohnes während zwei Wochen.

## **7.3 Volle Lohnfortzahlung ein bis sechs Monate**

- 437 Sowohl der Gesetzeswortlaut von Art. 324a OR als auch die in der Rechtsprechung entwickelten Skalen machen die Dauer der Lohnfortzahlung abhängig vom Dienstjahr. Mit jedem Dienstjahr steigt die Dauer des Lohnfortzahlungsanspruches. Die Basler-, Berner- und Zürcherskala sehen je nach Dienstjahr eine Lohnfortzahlungsdauer zwischen drei Wochen und sechs Monaten vor. Die gesetzliche Mindestdauer greift nicht nur dann, wenn die Arbeitgebenden überhaupt keine Krankentaggeldversicherung vorsehen, sondern auch dann, wenn Arbeitnehmende aufgrund einer vorbestehenden Krankheit nicht oder nur unter Vorbehalt in die Krankentaggeldversicherung aufgenommen worden sind.
- 438 Grundsätzlich wird der Lohn im Kanton Zürich gemäss § 99 VVO PG ZH für Angestellte im ersten Dienstjahr während 3 Monaten zu 100% und während weiteren 3 Monaten zu 75% weiter ausgerichtet, womit die Lohnfortzahlung gesamthaft 6 Monate beträgt. In begründeten Fällen ist jedoch eine Verlängerung der Lohnfortzahlung möglich. Angestellte beim Kanton Genf im ersten Dienstjahr haben Anspruch auf eine 50%-ige Lohnfortzahlung während 8 Wochen, wenn sie ab dem vierten Monat arbeitsunfähig werden.
- 439 Auch ein Gesamtarbeitsvertrag kann eine Skala vorsehen, wie dies bspw. im GAV MEM der Fall ist. Der GAV MEM empfiehlt lediglich, eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen. Die Arbeitgebenden können auch nur die im GAV MEM vorgesehene Mindestlohnfortzahlung leisten. Wie die Basler-, Berner- und Zürcherskala beträgt die im GAV MEM vorgeschriebene Dauer der Lohnfortzahlung je nach Dienstjahr zwischen einem Monat im ersten und sechs Monaten ab dem 20. Dienstjahr.

## **7.4 Taggeldleistungen oder Lohnfortzahlung 80% während 24 Monaten**

- 440 Diverse Gesamtarbeitsverträge schreiben den Abschluss einer Taggeldversicherung vor, die während 720 innerhalb von 900 aufeinanderfolgenden Tagen 80% des Bruttolohnes zahlt. So auch die weiter vorne besprochenen Gesamtarbeitsverträge des Gastgewerbes und des Bauhauptgewerbes. Während der Aufschubzeit haben bei beiden Gesamtarbeitsverträgen die Arbeitgebenden für die Lohnfortzahlung aufzukommen. Der Gesamtarbeitsvertrag der der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie empfiehlt den Abschluss einer Taggeldversicherung lediglich, wird eine solche aber abgeschlossen, haben die betroffenen Arbeitnehmenden ebenfalls Anspruch auf 80% des Lohnes während 720 innerhalb von 900 aufeinanderfolgenden Tagen.
- 441 Auch die Kantone können für ihr Personal eine Taggeldversicherung abschliessen, was auch zahlreiche gemacht haben.
- 442 Ist der Grund für die Arbeitsunfähigkeit ein Unfall und keine Krankheit, leistet die Unfallversicherung ein Taggeld in der Höhe von 80% des versicherten Verdienstes, der gegenwärtig maximal Fr. 126'000.- beträgt, sofern alle Voraussetzungen erfüllt sind. Das UVG kennt keine

Höchstzahl der auszurichtenden Taggelder. Der Taggeldanspruch erlischt grundsätzlich mit der Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit, einem allfälligen Beginn einer Rente oder dem Tod der versicherten Person.

### **7.5 *Taggeldleistungen oder Lohnfortzahlung 12 Monate 100% und weitere 12 Monate reduziert***

443 Der Bund gewährt grundsätzlich während max. während 12 Monaten eine Lohnfortzahlung zu 100% und während max. weiteren 12 Monaten zu 90%. Auch der GAV der SBB, sowie der GAV der Post und der Swisscom gewähren den Arbeitnehmenden eine Lohnfortzahlung von 100% während den ersten 12 Monaten und von 90% (SBB) bzw. 80% (Post und Swisscom) während weiteren 12 Monaten.

444 Der Kanton Bern sieht eine Kombination von Taggeldleistungen und Lohnfortzahlung vor, die betroffene Arbeitnehmerin erhält während 12 Monaten 100% des Lohnes und weiteren 12 Monaten 90%. Angestellte des Kantons Glarus erhalten während 12 Monaten eine Lohnfortzahlung von 100% und weiteren 12 Monaten von 80%. Im Kanton Zürich steht Arbeitnehmenden ab dem dritten Dienstjahr eine Lohnfortzahlung von 100% während 12 Monaten zu. In begründeten Fällen ist eine Verlängerung der Lohnfortzahlung möglich. Höhe und Dauer der Verlängerung richten sich nach dem konkreten Einzelfall, 12 Monate dürften aber wohl nur die Ausnahme sein.

### **7.6 *Taggeldleistungen oder Lohnfortzahlung > 80% während 24 Monaten***

445 Sowohl im Bund als auch bei der SBB und der Post wird der Lohnfortzahlungsanspruch im zweiten Jahr nicht reduziert, sondern beträgt weiterhin 100%, wenn die Arbeitsverhinderung auf eine Berufskrankheit oder einen Berufsunfall zurückzuführen ist.

446 Seit dem 1. April 2012 verpflichtet der LMV die Arbeitgebenden, eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen, die mindestens ein Taggeld in der Höhe von 90% des ausfallenden Lohnes leistet.

### **7.7 *Abschliessende Bemerkungen***

447 Die Höhe und insbesondere die Dauer der privatrechtlichen Lohnfortzahlung variieren je nach Art und Dauer des Anstellungsverhältnisses. Einige Arbeitnehmende sind sehr gut abgesichert, andere überhaupt nicht. Heikel ist die Situation insbesondere für Arbeitnehmende in der Probezeit und in Arbeitsverhältnissen, die noch nicht lange dauern. Werden diese Arbeitnehmende länger krankheitsbedingt arbeitsunfähig, haben sie unter Umständen mit erheblichen finanziellen Problemen zu kämpfen, wenn sie nicht über eine Krankentaggeldversicherung verfügen.

448 Der Blick in die kantonalen Personalgesetze und -verordnungen zeigt, dass die Lohnfortzahlung im kantonalen Recht länger und höher ist als die minimale Lohnfortzahlung von Art. 324a OR, resp. die von der Rechtsprechung entwickelten Skalen. Insbesondere lässt sich auch im Zusammenhang mit der Modernisierung zahlreicher Personalgesetze keine Verschlechterung im Bereich der Lohnfortzahlung beobachten. Auch die zahlreichen GAVs sehen für die Arbeitnehmenden günstige Regelungen der Lohnfortzahlung vor, insbesondere da die meisten GAVs den Abschluss einer Kollektivkrankentaggeldversicherung vorschreiben. Aber auch trotz GAV ist es möglich, dass in einigen Fällen überhaupt keine oder nur eine kurze Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin besteht. Einerseits nehmen nicht alle Kollektivtaggeldversicherungen Arbeitnehmende ohne Gesundheitsprüfung auf, andererseits kann die Leistung von Taggeldern an das Bestehen des Arbeitsverhältnisses geknüpft sein und die Betroffenen

- müssen in die teure Einzeltaggeldversicherung wechseln um weiterhin ein Taggeld zu erhalten.
- 449 Während das Risiko des Erwerbsausfalls infolge Krankheit nicht über eine obligatorische Versicherung gedeckt ist, ist die Unfallversicherung in der Schweiz obligatorisch. Sofern keine freiwillige Krankentaggeldversicherung besteht, macht es einen grossen Unterschied, ob jemand aufgrund eines Unfalls oder einer Krankheit arbeitsunfähig wird. Bei Unfall ist die sozialversicherungsrechtliche Absicherung relativ gut, bei Krankheit droht unter Umständen ein finanzieller Engpass.
- 450 Bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehreren Monaten verändern sich je nach Anstellung und konkreter versicherungsmässiger Ausgestaltung, Voraussetzungen und Dauer des Anspruchs auf Lohnfortzahlung des Arbeitgebers oder Geldleistungen durch die Versicherer. So verlangen die Taggeldversicherungen bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit in der Regel, eine Arbeitsstelle in einem anderen Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen. Die Unfallversicherung stellt möglicherweise die Taggeldleistungen ein mit der Begründung, es würden keine behandlungsbedürftigen Unfallfolgen mehr vorliegen (Wegfall der Unfallkausalität). Allenfalls ist zudem nach einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen auch bereits eine Anmeldung zur Früherkennung der IV erfolgt<sup>707</sup>. In arbeitsrechtlicher Hinsicht läuft zudem je nach Dienstjahren der zeitliche Kündigungsschutz aus.
- 451 Wie bereits erwähnt, ist die Krankentaggeldversicherung in der Schweiz nicht obligatorisch<sup>708</sup>. Zahlreiche politische Vorstösse sind insbesondere aus Kostengründen stets gescheitert. Die Initiative des Christlichnationalen Gewerkschaftsbundes (heute Travail Suisse) 1998 kam mangels notwendiger Unterschriften nicht zustande. In Erfüllung des Postulates 04.3000 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 16. Januar 2004 hat der Bundesrat den Bericht „Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit“ veröffentlicht. In diesem Bericht kommt der Bundesrat zum Schluss, dass das heutige System mit den sozialpartnerschaftlichen Lösungen für die Mehrheit der Versicherten zufrieden stellend funktioniere. Zwar sei der heutige Zustand mit zwei nebeneinander bestehenden, unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen der Taggeldversicherung nicht ideal, die Mehrheit der unselbständig Erwerbstätigen sei aber für den Erwerbsunfall bei Krankheit weitgehend gedeckt. Der Erwerbsausfall bei Krankheit werde auch ohne eine obligatorische Versicherung weitgehend durch Taggeldversicherungen abgedeckt, weil sowohl Arbeitgebende wie Arbeitnehmende an solchen Verträgen interessiert seien. Im aktuellen politischen und wirtschaftlichen Umfeld sei eine Umgestaltung des heutigen Systems, die mit einer zusätzlichen finanziellen Belastung sowohl für die Arbeitgebenden als auch die Arbeitnehmenden einherginge, aber kaum denkbar<sup>709</sup>.
- 452 Eine Einzeltaggeldversicherung ist im Vergleich zu einer Kollektivkrankentaggeldversicherung sehr teuer. Die Einzeltaggeldversicherungen – egal ob nach KVG oder VVG – haben in der Praxis denn auch nur eine geringe Bedeutung<sup>710</sup>.
- 453 Für jene Arbeitnehmenden, die nicht über ihre Arbeitgebenden in einer Kollektivkrankentaggeldversicherung versichert sind, kann eine längerdauernde Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit massive finanzielle Probleme nach sich ziehen. Betroffen sind nicht nur Arbeitnehmende, deren Arbeitgebenden keine Kollektivkrankentaggeldversicherung abgeschlossen haben, sondern auch jene, die aufgrund eines Gesundheitsvorbehaltes nicht aufgenommen wurde. Betroffen von einem Gesundheitsvorbehalt sind regelmässig Menschen mit einer chronischen Krankheit wie Diabetes oder Menschen mit HIV. Ferner sind auch Menschen mit einem

---

<sup>707</sup> Siehe zur Früherfassung der IV Rz. 689 ff.

<sup>708</sup> Siehe dazu Rz. 381 ff.

<sup>709</sup> KTGv-Bericht Bundesrat.

<sup>710</sup> KTGv-Bericht Bundesrat, S. 27 und 28.

Krebsleiden häufig von der Krankentaggeldversicherung ausgeschlossen. Da sich mittlerweile die Taggeldversicherung nach VVG durchgesetzt hat und jene nach KVG praktisch kaum mehr von Bedeutung ist, können diese Menschen dauerhaft von der Taggeldversicherung ausgeschlossen werden. Bei der Taggeldversicherung nach KVG darf der Vorbehalt max. fünf Jahre dauern, danach ist auch das ursprünglich vorbehalten Leiden versichert.

## II. Kündigungsschutz

### 1. Vorbemerkung

454 Das schweizerische Kündigungsrecht gilt als ausgesprochen liberal. Ausgangslage bildet im Gegensatz zu den meisten Rechtsordnungen Europas die Vertragsfreiheit und damit auch die Kündigungsfreiheit; diese wird lediglich durch Bestimmungen über die Kündigung zur Unzeit (Art. 336c Obligationenrecht OR) und durch die Sanktionierung missbräuchlicher Kündigungen (Art. 336, Art. 336a, und Art. 336b OR) eingeschränkt<sup>711</sup>.

455 Die Schutzvorschriften bezüglich Kündigung zur Unzeit gewähren bei krankheits- und unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit einen zeitlich beschränkten Schutz vor Kündigung (zeitlicher Kündigungsschutz). Auch die Bestimmungen zum Schutz vor missbräuchlicher Kündigung (sachlicher Kündigungsschutz) können bei Krankheit oder Unfall eine Rolle spielen. Erfolgt eine Kündigung aus Gründen des Gesundheitszustandes an sich, ohne dass eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt, ist die Kündigung möglicherweise missbräuchlich<sup>712</sup>.

456 Besondere Vorschriften gelten überdies, wenn Entlassungen im grossen Stil vorgenommen werden. In diesen Fällen haben die Arbeitgebenden die Arbeitnehmervertretung oder wo eine solche fehlt, die Arbeitnehmenden, zu konsultieren<sup>713</sup>. Weiter ist im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetz (GIG) das Verbot diskriminierender Kündigungen aufgrund des Geschlechts zu beachten.

457 Für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse richtet sich der Kündigungsschutz nach dem anwendbaren Personalrecht; dieses verweist zum Teil wiederum auf die OR-Bestimmungen. Zu beachten sind Bestimmungen zum Kündigungsschutz in Gesamtarbeitsverträgen, die einen weitergehenden (aber keinen schlechteren) Schutz als im OR vorgesehen ist, beinhalten dürfen.

### 2. Schutz vor Kündigung während krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit

#### 2.1 Zeitlicher Kündigungsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 336c OR)

##### 2.1.1 Die Voraussetzungen des zeitlichen Kündigungsschutz

458 Der Schutz vor Kündigung zur Unzeit durch die Arbeitgeberin ist in Art. 336c OR verankert und ist gemäss Art. 362 OR relativ zwingend.

459 Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf die Arbeitgeberin nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während die Arbeitnehmerin ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im

---

<sup>711</sup> Siehe zum liberalen Kündigungsrecht der Schweiz: PÄRLI (Kündigungsfreiheit).

<sup>712</sup> Zum sachlichen Kündigungsschutz siehe Rz. 49 ff.

<sup>713</sup> Siehe dazu Art. 335d bis 335g OR. Ab wie vielen Entlassungen die Vorschriften über die Massentlassung Anwendung finden, hängt von der Betriebsgrösse ab, siehe dazu im Einzelnen Art. 335d OR.

ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen.

**a) Kündigung durch die Arbeitgeberin**

460 Die Sperrfristen des Art. 336c OR greifen grundsätzlich nur, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine *ordentliche* Kündigung des Arbeitgebers beendet wird<sup>714</sup>. Allerdings ist entgegen dem Wortlaut von Art. 336c Abs. 1 OR nicht ausgeschlossen, dass der Kündigungsschutz auch bei einer Kündigung durch die Arbeitnehmerin greift. Dies jedoch nur dann, wenn die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin die Kündigung aufgezwungen oder sie ihr zur Vermeidung einer Entlassung nahe gelegt hat. In einem solchen Fall ist die Kündigung der Arbeitgeberin und nicht der Arbeitnehmerin zuzurechnen<sup>715</sup>. Entscheidende Bedeutung kommt hierbei dem Mass der Entscheidungsfreiheit zu, welches der Arbeitnehmerin hinsichtlich der Kündigung zusteht. Die Kündigung ist regelmässig dann der Arbeitgeberin zuzurechnen, wenn der Druck seitens der Arbeitgeberin so weit geht, dass der Arbeitnehmerin nach Treu und Glauben betreffend die Kündigung eine Entscheidungsgrundlage fehlte<sup>716</sup>.

461 Auch bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch einen Aufhebungsvertrag gilt der zeitliche Kündigungsschutz grundsätzlich nicht. Dieser kann aber zur Anwendung kommen, wenn die Aufhebungsvereinbarung auf Druck der Arbeitgeberin oder zum Zweck der Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen geschlossen wurde<sup>717</sup>. Allerdings ist die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses trotz der zwingenden Natur der Sperrfristen weiterhin möglich<sup>718</sup>.

462 Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung während einer Sperrfrist, welche die Nichtigkeit zur Folge hat und später wiederholt werden muss, beendet die fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis ohne Rücksicht auf eine Sperrfrist und dies auch wenn sie ungerechtfertigt ist. Der zeitliche Kündigungsschutz wirkt sich aber im Rahmen der Schadenersatzbemessung im Sinne von Art. 337c OR aus. Da ungerechtfertigt fristlos Entlassene so gestellt werden sollen, wie wenn die fristlose Kündigung unterblieben wäre, verlängert sich die Ersatzpflicht für den Lohn um die Dauer der Arbeitsunfähigkeit bzw. die anwendbare Sperrfrist<sup>719</sup>.

**b) Gesundheitliche Beeinträchtigung**

463 Art. 336c Abs. 1 lit. b OR schützt erkrankte oder verunfallte Arbeitnehmende in einem Zeitabschnitt vor einem Stellenverlust, in dem sie grundsätzlich keine oder geringe Chancen auf der Stellensuche haben. Weiss der künftige Arbeitgeber um die Arbeitsunfähigkeit eines Stellenbewerbers, wird er diesen in der Regel nicht einstellen<sup>720</sup>. Hintergrund des zeitlichen Kündigungsschutzes ist nicht der Umstand, dass der Gesundheitszustand den betreffenden Arbeitnehmenden im Zeitpunkt des Erhalts der Kündigung daran hindert, eine andere Anstellung zu suchen, sondern dass eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der or-

---

<sup>714</sup> PORTMANN, N 2 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336c OR.

<sup>715</sup> Urteil AGer Lenzburg vom 1. November 2006, in: JAR 2007 373, 375; Urteil VGer ZH vom 13. Mai 1998, in: JAR 2001 279, 280; PORTMANN, N 2 zu Art. 336c OR.

<sup>716</sup> Urteil AGer Lenzburg vom 1. November 2006, in: JAR 2007 373, 375.

<sup>717</sup> PORTMANN, N 2 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336c OR; WYLER, S. 566.

<sup>718</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336c OR.

<sup>719</sup> EGLI, S. 121; GEISER (Kündigungsschutz), S. 556; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336c OR; vgl. auch PORTMANN, N 2 zu Art. 336c OR.

<sup>720</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 a.E. zu Art. 336c OR.

dentlichen Kündigungsfrist wegen der Unsicherheit in Bezug auf die Dauer und den Grad der Arbeitsunfähigkeit sehr unwahrscheinlich ist<sup>721</sup>.

- 464 Die Sperrfrist wird nach ausdrücklichem Wortlaut sowohl bei vollständiger als auch bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit ausgelöst<sup>722</sup>. So hat auch das Bundesgericht betont, dass nichts darauf schliessen lässt, dass der Gesetzgeber den Kündigungsschutz nur für die Arbeitsunfähigkeit von einer gewissen Mindestdauer gewähren wollte<sup>723</sup>. Unabhängig davon, zu wie viel Prozent die betroffene Person arbeitsunfähig ist, besteht für sie Ungewissheit darüber, wann sie wieder eine neue Arbeitsstelle als voll Arbeitsfähige antreten kann<sup>724</sup>. Nur wenn die gesundheitliche Beeinträchtigung so unbedeutend ist, dass sie für die betroffene Arbeitnehmende in keiner Weise ein Hindernis darstellt, um eine neue Anstellung anzunehmen, spielt die Sperrfrist nicht<sup>725</sup>.

**c) Nach Ablauf der Probezeit**

- 465 Der zeitliche Kündigungsschutz kommt gemäss Art. 336c Abs. 1 OR erst zur Anwendung, wenn die Probezeit abgelaufen ist<sup>726</sup>. Eine Kündigung trotz oder wegen einer Arbeitsunfähigkeit ist somit während der Probezeit grundsätzlich zulässig. Wird die Probezeit wegbedungen, gilt die 30-tägige Sperrfrist bereits ab dem ersten Tag des Arbeitsverhältnisses. Verlängert sie sich aufgrund Art. 335b Abs. 3 OR wegen Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht, setzt auch der Kündigungsschutz entsprechend später ein<sup>727</sup>.
- 466 Da es sich bei der Kündigung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ist der Zeitpunkt des *Zugangs* der Kündigung entscheidend. Das bedeutet, jede noch während der Probezeit erhaltene Kündigung ist gültig, selbst dann, wenn die Arbeitsverhinderung über die Probezeit hinaus dauert<sup>728</sup>. Wird die am letzten Tag der Probezeit ausgesprochene Kündigung jedoch erst am nächsten Tag empfangen, greift der gesetzliche Kündigungsschutz<sup>729</sup>. Laut einem älteren Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich würde es dem Zweck der Probezeit widersprechen, „wenn der Ablauf der kurzen Kündigungsfrist durch eine Krankheit nach der rechtsgültigen Kündigung unterbrochen würde“<sup>730</sup>. Selbstverständlich sind aber Fälle denkbar, wo eine solche Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR zu qualifizieren wäre<sup>731</sup>.

<sup>721</sup> BGE 128 III 212, in: Pra 91 (2002) Nr. 153; bestätigt in: Urteile BGer 4C.346/2004 vom 15. Februar 2005, Erw. 4.1 und vom 28. Juli 2009, 4A\_227/2009, Erw. 3.2; Botschaft Kündigungsschutz, 551 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336c OR.

<sup>722</sup> Art. 336c Abs. 1 lit. b OR; EGLI, S. 124; GEISER (Kündigungsschutz), S. 553.

<sup>723</sup> BGE 115 V 437, Erw. 3.d.

<sup>724</sup> EGLI, S. 124.

<sup>725</sup> BGE 128 III 41, Erw. 2.c, in Pra 91 (2002) Nr. 153; BGE 115 V 437, Erw. 3.d; GEISER (Rechtsprechung 2010), S. 122, gegenteiliger Meinung noch in: DERS. (Kündigungsschutz), S. 553, wo er kritisierte, es bestehe eine grosse Rechtsunsicherheit, da der Arbeitnehmer nicht verpflichtet sei, dem Arbeitgeber die Diagnose bekannt zu geben und dieser deshalb in vielen Fällen gar nicht genau wisse, ob ein Sperrtatbestand vorliegt oder nicht. Der Kündigungsschutz bestehe deshalb auch bei bloss geringfügiger Arbeitsunfähigkeit; PORTMANN, N 6 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336c OR; WYLER, S. 569; a.M. EGLI, S. 125, nach dem Teilarbeitsunfähigkeit generell die Sperrfrist auslösen muss; zur allfälligen Missbräuchlichkeit der Berufung auf die Sperrfrist bei Kurzkrankheiten siehe weiter hinten Rz. 483 f.

<sup>726</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336c OR; EGLI, S. 118-119.

<sup>727</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336c OR; EGLI, S. 118-119.

<sup>728</sup> PORTMANN, N 1 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336c OR; EGLI, S. 118-119; GEISER (Rechtsprechung 2009), S. 134.

<sup>729</sup> EGLI, S. 118-119.

<sup>730</sup> Urteil AGer ZH vom 22. März 1984, in JAR 1985 S. 198-201.

<sup>731</sup> Im Gegensatz zum zeitlichen greift der sachliche Kündigungsschutz bereits während der Probezeit, wenn auch in leicht abgeschwächter Form, siehe dazu weiter hinten: Rz. 54.

- 467 Der fehlende Kündigungsschutz während der Probezeit kann sich für Arbeitnehmende mit gesundheitlichen Problemen fatal auswirken. Die Suche nach einer neuen Stelle wird durch die Hypothek erschwert, eine Stelle bereits während der Probezeit verloren zu haben. Dauert die Arbeitsunfähigkeit an, so ist die betroffene Person auch im Bewerbungsverfahren verpflichtet, auf eine entsprechende Frage der potentiellen Arbeitgeberin wahrheitsgemäss Auskunft zu erteilen.
- 468 Insgesamt stellt die Probezeit hinsichtlich der Absicherung gegen die sozialen und finanziellen Risiken einer Krankheit ein sehr hohes Risiko dar.

### 2.1.2 Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

- 469 Nicht selten geht mit einer arbeitsplatzbezogenen Krankmeldung eine kurz bevorstehende oder bereits ausgesprochene Kündigung durch den Arbeitgeber einher. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob auch eine bloss arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit den Sperrfristschutz auszulösen vermag oder nicht. Mit Blick auf den soeben erwähnten Zweckgedanken von Art. 336c OR<sup>732</sup> wird dies in Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich verneint, da in der Regel keine rechtlich relevante Beeinträchtigung der Anstellungschancen bei einer neuen Arbeitgeberin bestehe<sup>733</sup>.
- 470 Unter Beachtung des Zweckgedanken mag es auf den ersten Blick einleuchten, dass die Sperrfrist nicht greift. Allerdings ist auch eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit dazu geeignet, die Chancen, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden, erheblich zu reduzieren. Vor allem eine durch Stress ausgelöste Arbeitsunfähigkeit kann durchaus dazu führen, dass eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unwahrscheinlich erscheint. Eine allgemeine Aussage darüber, ob die Sperrfrist bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit greift oder nicht, ist deshalb nicht möglich. Es muss jeweils der Einzelfall betrachtet werden.
- 471 Insbesondere wenn die betroffene Person aufgrund Stress oder Mobbing am Arbeitsplatz krankgeschrieben wird, erscheint es zudem stossend, wenn der Arbeitgeber mit Verweis auf den Zweckgedanken von Art. 336c OR eine gültige Kündigung aussprechen kann. In einem solchen Fall wäre die Kündigung aber möglicherweise infolge Verletzung der Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) missbräuchlich i. S. v. Art. 336 OR, da dem Arbeitgeber eine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmenden obliegt. Laut Bundesgericht ist eine Kündigung unabhängig davon, ob die Sperrfrist bereits abgelaufen ist, nur dann rechtmässig, wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass er alles ihm zumutbare und notwendige unternommen hat, um die Weiterbeschäftigung der betroffenen Arbeitnehmerin zu ermöglichen. Dasselbe hat folglich zu gelten, wenn die Sperrfrist von Anfang an nicht greift<sup>734</sup>.

### 2.1.3 Arbeit trotz Krankheit

- 472 Für die Praxis relevant ist insbesondere auch die Frage, ob sich Arbeitnehmende, die trotz attestierter vollständiger oder teilweiser krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit gleichwohl voll Arbeit leisten, ebenfalls auf den zeitlichen Kündigungsschutz berufen können. Dieses verbreitete Phänomen ist unter dem Begriff Präsentismus bekannt und betrifft neben dem zeit-

---

<sup>732</sup> Siehe Rz. 463 f.

<sup>733</sup> RUDOLPH/VON KAENEL, S. 361-366; Urteil VGer ZH PB.2005.00034 vom 21. Dezember 2005, Erw. 4.3; Urteil OGer Luzern 11 08 74 vom 24. November 2008.

<sup>734</sup> Zur Missbräuchlichkeit einer Kündigung aufgrund arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit siehe Rz. 62.



lichen Kündigungsschutz auch andere Bereiche des Arbeitsrechts<sup>735</sup>. Der Gesetzeswortlaut spricht von Verhinderung an der Arbeitsleistung aufgrund Krankheit oder Unfall, weshalb bei wortgetreuer Auslegung eine Arbeitnehmerin die krank zur Arbeit erscheint, nicht vor einer Kündigung geschützt ist<sup>736</sup>.

- 473 Nach herrschender Lehre sowie konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts, sind arbeitsunfähige oder teilweise arbeitsunfähige Arbeitnehmende, die dennoch arbeiten, gleichwohl durch die Sperrfrist geschützt<sup>737</sup>. Allerdings wird auch hier die Sperrfrist nur ausgelöst, wenn die Krankheit den Antritt einer neuen Stelle unwahrscheinlich erscheinen lässt. Vom Bundesgericht geschützt wurde bspw. ein Arbeitnehmer, der bereits vor der Kündigung an einer Depression litt und dennoch arbeitete, weil „l'atteinte à la santé était suffisamment importante (...) pour l'empêcher de reprendre, le cas échéant, une nouvelle activité“<sup>738</sup>. Nicht geschützt wurde hingegen eine an Angina erkrankte Arbeitnehmerin, die trotz eines Arztzeugnisses zur Arbeit erschien, da „l'infection passablement banale dont souffrait la recourante (...) n'était pas de nature à affecter sa faculté d'occuper un nouveau poste de travail à la fin de son délai de congé.“<sup>739</sup> Ebenfalls als gültig erachtete das Bundesgericht eine im Rahmen eines Kündigungsgesprächs ausgehandigte Kündigung, deren Annahme der betroffene Arbeitnehmer aber verweigerte und sich in der Folge von einem Arzt rückwirkend ab dem Tag der Kündigung krankschreiben liess. Bis zum Nachmittag des Kündigungsgesprächs arbeitete der betroffene Arbeitnehmer normal und wies keinerlei Anzeichen einer Erkrankung auf<sup>740</sup>. Nicht vorausgesetzt ist, dass die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der Kündigung um ihre Krankheit weiss<sup>741</sup> oder die Arbeitgeberin darüber in Kenntnis gesetzt hat<sup>742</sup>. Verschweigt eine Arbeitnehmerin ihrer Arbeitgeberin ihre Arbeitsunfähigkeit, verletzt sie damit möglicherweise ihre Treuepflicht<sup>743</sup>, die Berufung auf den zeitlichen Kündigungsschutz wird dadurch jedoch gemäss Bundesgericht nicht missbräuchlich<sup>744</sup>.

## 2.1.4 Rechtsfolge der Kündigung zur Unzeit

### a) Bei einer Kündigung in der Sperrfrist

- 474 Erfolgt eine Kündigung während einer Sperrfrist ist sie gemäss Art. 336c Abs. 2 OR nichtig, entfaltet also keinerlei Wirkung. Sie muss nach Ablauf der Sperrfrist oder sobald der betroffene Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig ist, wiederholt werden, wobei eine blossige Bestätigung der Kündigung nicht reicht. Entscheidend, ob die Kündigung in die Sperrfrist fällt, ist der Zu-

<sup>735</sup> Siehe dazu Rz. 595 ff. und PÄRLI/HUG.

<sup>736</sup> EGLI, S. 125.

<sup>737</sup> Urteil BGer 4A\_227/2009 vom 28. Juli 2009, Erw. 3.2; BGE 128 III 41 Erw. 2.c, in Pra 91 (2002) Nr. 153; EGLI, S. 126; GEISER (Rechtsprechung 2010), S. 122; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336c OR.

<sup>738</sup> Urteil BGer 4C.346/2004 vom 15. Februar 2005, Erw. 4.2.

<sup>739</sup> Urteil BGer 4A\_227/2009 vom 28. Juli 2009, Erw. 3.2.

<sup>740</sup> Urteil BGer 4A\_89/2011 vom 27. April 2011, Erw. 2; BLESIG, Rz. 2; wobei nicht bekannt ist, aus welchem Grund der betroffene Arbeitnehmer krankgeschrieben wurde und inwieweit diese Krankheit den Antritt einer neuen Stelle erschwerte.

<sup>741</sup> BGE 128 III 41 Erw. 2.c, in Pra 91 (2002) Nr. 153 (Geschützt wurde ein Arbeitnehmer, der an Leukämie litt, dies aber zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht wusste); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336c OR.

<sup>742</sup> Urteil BGer 4C.346/2004 vom 15. Februar 2005, Erw. 5.4; PORTMANN, N 6 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336c OR.

<sup>743</sup> Siehe dazu Rz. 188 f.

<sup>744</sup> Urteil BGer 4C.346/2004 vom 15. Februar 2005, Erw. 5.4; PORTMANN, N 6 zu Art. 336c OR; zum ganzen Abschnitt siehe PÄRLI/HUG, S. 6 f.

gang beim Arbeitnehmer<sup>745</sup>. Kann die Kündigung nicht zugestellt werden, gilt sie als zugestellt, sobald sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist<sup>746</sup>.

#### **b) Beim Auftreten einer Arbeitsunfähigkeit während der Sperrfrist**

475 Wird die Kündigung vor Auftreten einer Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen, ist sie gemäss Art. 336c Abs. 2 OR zwar gültig, die Kündigungsfrist ruht aber während der Sperrfrist. Der Endtermin verschiebt sich um die Dauer der Arbeitsunfähigkeit bzw. der Sperrfrist und, wenn das Arbeitsverhältnis nur auf einen bestimmten Termin wie bspw. das Ende eines Monats aufgelöst werden kann, nach Art. 336c Abs. 3 OR bis zum nächstmöglichen üblichen Endtermin<sup>747</sup>.

476 Erleidet der betroffene Arbeitnehmer einen Rückfall während der aufgrund von Art. 336c Abs. 2 OR verlängerten Kündigungsfrist, wird diese erneut unterbrochen, sofern die gesamte Sperrfrist noch nicht aufgebraucht ist<sup>748</sup>. Beruht die Arbeitsunfähigkeit auf einem neuen Grund, wird eine neue Sperrfrist ausgelöst<sup>749</sup>. Wesentlich ist hierbei, ob die Arbeitsunfähigkeit auf dieselbe gesundheitliche Beeinträchtigung zurückgeht oder nicht<sup>750</sup>. Stellt die zweite Krankheit einen Rückfall oder eine klare Folgeerscheinung der ersten dar, wird regelmässig keine neue Sperrfrist ausgelöst<sup>751</sup>. Überlappen sich zwei Sperrfristen, laufen sie insofern parallel als sie unabhängig voneinander berechnet werden<sup>752</sup>. Beginnen zwei Sperrfristen zur gleichen Zeit, so greift die längere der beiden<sup>753</sup>.

477 Die Erkrankung eines Arbeitnehmer während der aufgrund Art. 336c Abs. 3 OR verlängerten Kündigungsfrist löst dagegen keine neue Sperrfrist aus<sup>754</sup>.

### **2.1.5 Berechnung Sperrfristen**

#### **a) Grundsatz**

478 Die Länge der Sperrfrist knüpft an die Dauer des Arbeitsverhältnisses an und beträgt gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR im ersten Dienstjahr 30, ab dem zweiten bis fünften Dienstjahr 90 und ab dem sechsten Dienstjahr 180 Tage. Nach Art. 336c Abs. 3 OR verlängert sich die Kündigungsfrist nochmals, wenn für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche vereinbart wurde und dieser nicht mit dem Ende der Sperrfrist zusammenfällt, und zwar bis zum nächstfolgenden üblichen Endtermin.

---

<sup>745</sup> BGE 113 II 259 Erw. 2.a; EGLI, S. 131; GEISER (Kündigungsschutz), S. 551; PORTMANN, N 10 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 336c OR; WYLER, S. 575.

<sup>746</sup> EGLI, S. 131.

<sup>747</sup> GEISER (Kündigungsschutz), S. 552; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 zu Art. 336c OR.

<sup>748</sup> BGE 124 III 474 Erw. 2.b.cc, in Pra 88 (1999) Nr. 72.

<sup>749</sup> Wenn aber der Lohnfortzahlungskredit aufgebraucht ist, ist die betroffene Arbeitnehmerin zwar vor einer Kündigung geschützt, der neue Grund löst aber keine neue Lohnfortzahlung aus. D. h. es ist denkbar, dass eine erkrankte Person vor einer Kündigung geschützt ist, aber nicht von der Lohnfortzahlung profitiert, siehe dazu Rz. 203 ff.

<sup>750</sup> GEISER (Kündigungsschutz), S. 555; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 zu Art. 336c OR, wonach der Kunstfehler bei einer Operation eine neue Sperrfrist auslöst, nicht aber die Lungenentzündung die sich aus der Erkältung entwickelt hat. Die Lungenentzündung eines bereits an einer Darmgrippe erkrankten Arbeitnehmers löst hingegen eine neue Sperrfrist aus; siehe ausführlich dazu: Urteil BVGer A-6509/2010 vom 22. März 2011.

<sup>751</sup> Urteil BVGer A-6509/2010 vom 22. März 2011, Erw. 10.4.

<sup>752</sup> WYLER, S. 571.

<sup>753</sup> EGLI, S. 143.

<sup>754</sup> BGE 124 III 474, Erw. 2.a, in Pra 88 (1999) Nr. 72; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 zu Art. 336c OR; WYLER, S. 571; a. M. EGLI, S. 145 f.

479 Der Beginn der Kündigungsfrist ist nach Bundesgerichtspraxis durch *Rückrechnung* vom Endtermin aus zu bestimmen, da Arbeitnehmende gerade gegen Ende eines gekündigten Arbeitsverhältnisses darauf angewiesen sind, dass eine allfällige Krankheit sie bei der Stellensuche möglichst nicht behindert<sup>755</sup>. Wird bspw. anfangs Juli mit zweimonatiger Kündigungsfrist auf Ende Oktober gekündigt, so läuft die Kündigungsfrist vom 1. September bis zum 31. Oktober. Für diese Methode der Rückrechnung hat sich das Eidgenössische Versicherungsgericht erstmals in BGE 115 V 437 ausgesprochen und das Bundesgericht hat diesen Entscheid später in konstanter Rechtsprechung bestätigt<sup>756</sup>. Davon abweichend hielt das Bundesgericht in BGE 131 III 467 Erw. 2.1 fest, die Kündigungsfrist beginne stets mit der Zustellung der Kündigung bzw. am darauf folgenden Tag zu laufen. Das Urteil wurde in der Lehre mehrfach kritisiert und führte zu einer Unsicherheit in der Praxis darüber, welche Berechnungsmethode anzuwenden ist<sup>757</sup>. Mit BGE 134 III 354 wurde diese Unsicherheit sodann geklärt, indem das Bundesgericht ausdrücklich an der bisherigen Praxis der Rückrechnung festgehalten und betont hat, mit BGE 131 III 467 sei keine Praxisänderung vorgenommen worden, da nicht darauf Bezug genommen und die Abweichung nicht begründet worden sei. Es gelte nach wie vor die Methode der Rückrechnung<sup>758</sup>.

### **b) Massgebendes Dienstjahr**

480 In der Lehre ist umstritten, welche Sperrfrist zur Anwendung kommt, wenn sich eine Arbeitsunfähigkeit über zwei aufeinander folgende Dienstjahre erstreckt, für die Art. 336c Abs. 1 lit. b unterschiedliche Sperrfristen vorsieht. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob die längere Sperrfrist anzuwenden ist, wenn die Kündigung vor Ablauf des ersten bzw. des fünften Dienstjahres ausgesprochen wird, der Endtermin aber erst im zweiten bzw. im sechsten Dienstjahr liegt<sup>759</sup>.

481 In BGE 133 III 517 hat sich das Bundesgericht mit den verschiedenen Lehrmeinungen, die an ganz unterschiedliche Zeitpunkte anknüpfen (Empfang der Kündigung, Beginn der Arbeitsunfähigkeit, Ende der Sperrfrist, Dauer der Arbeitsunfähigkeit), auseinandergesetzt<sup>760</sup>. Ein Teil der Lehre sieht den ausschlaggebenden Zeitpunkt im Empfang der Kündigung, unabhängig davon, ob im Laufe der Kündigungsfrist ein neues Dienstjahr beginnt<sup>761</sup>. Andere wiederum knüpfen an den Beginn der Arbeitsunfähigkeit an<sup>762</sup>, bezeichnen das Dienstjahr als relevant, in dessen Verlauf die Sperrfrist endet<sup>763</sup> oder empfehlen die Berechnung einer anteilmässigen mittleren Dauer aus den beiden Sperrfristen<sup>764</sup>. Das Bundesgericht folgte der herrschenden Lehre, die von der Arbeitsunfähigkeit ausgeht und immer dann die längere Sperrfrist anwen-

<sup>755</sup> BGE 105 V 437; BGE 134 III 354, Erw. 2.2 und 3.3; PORTMANN, N 12 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 336c OR, wo noch darauf hingewiesen wird, dass es stossend sein kann, wenn der bewusst früh kündigende Arbeitgeber wegen einer Kurzkrankheit in der Kündigungsfrist nochmals einen ganzen Monat Lohn zu bezahlen hat.

<sup>756</sup> BGE 119 II 449, Erw. 3.a; BGE 121 III 107 Erw. 2.a; Urteil BGer 4C.331/2001 vom 12. Februar 2002; AUBERT (congé), S. 173 f. m. w. H.

<sup>757</sup> AUBERT (congé), S. 174 ff.; CHANSON (Berechnung), S. 468 ff.; GEISER (Berechnung), S. 4; PORTMANN, N 12 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336c OR.

<sup>758</sup> BGE 134 III 354 Erw. 2.1; CHANSON (Berechnung), S. 468 ff.; zur Kritik an der Methode der Rückrechnung siehe Rz. 484.

<sup>759</sup> BGE 133 III 517 Erw. 3, in: Pra, (97) 2008, Nr. 26; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336c OR.

<sup>760</sup> BGE 133 III 517, in: Pra 97 (2008), Nr. 26; GEISER (Rechtsprechung 2010), S. 133.

<sup>761</sup> BGE 133 III 517 Erw. 3.3, in: Pra, (97) 2008, Nr. 26 m. V. a. ZINSLI (Krankheit), S. 236; AUBERT (Kommentar), N 11 zu Art. 336 d OR und René Kuhn/Gerhard L. Koller [Hrsg.], Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Band 7, Kap. 2.4.1, S. 16.

<sup>762</sup> BGE 133 III 517, Erw. 3.3, in: Pra, (97) 2008, Nr. 26 m. V. a. DENIS WEBER, La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, Diss. Lausanne 1991, S. 101 f.

<sup>763</sup> So STAEHELIN, N 10 zu Art. 336c OR.

<sup>764</sup> BGE 133 III 517 Erw. 3.3, in: Pra, (97) 2008, Nr. 26 m. V. a. Jean-Louis Duc/Olivier Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, N 24 zu Art. 336 c OR mit zwei Zahlenbeispielen in der Fn. 823.

det, wenn die aufgrund von Art. 336c Abs. 2 OR unterbrochene Kündigungsfrist erst im zweiten resp. sechsten Dienstjahr abläuft. Hingegen greift die längere Sperrfrist dann nicht, wenn der Endtermin nur wegen der Anwendung von Art. 336c Abs. 3 OR auf das folgende Dienstjahr fällt<sup>765</sup>. Die längere Frist beginnt jedoch nicht am Anfang des neuen Dienstjahres, sondern ist auf den Beginn der Arbeitsunfähigkeit zurück zu beziehen<sup>766</sup>. Endet also die durch diese Arbeitsunfähigkeit ausgelöste Sperrfrist erst im folgenden Dienstjahr, läuft die neue, längere Sperrfrist 90 bzw. 180 Tage nach dem ersten Krankheitstag ab<sup>767</sup>.

- 482 Es ist zudem auch denkbar, dass die erste, kürzere Sperrfrist während des laufenden Dienstjahres endet und sich sodann die unterbrochene Kündigungsfrist fortsetzt, obwohl die Arbeitnehmerin noch immer arbeitsunfähig ist. Dauert dieses Arbeitsverhältnis im neuen Dienstjahr noch an, wird die Kündigungsfrist erneut unterbrochen. Auf die Dauer der neuen, längeren Sperrfrist ist jedoch die bereits im vorangehenden Jahr abgelaufene Sperrfrist anzurechnen. Die Zeit zwischen der abgelaufenen ersten Sperrfrist und dem Beginn des neuen Dienstjahres wird der Kündigungsfrist angerechnet<sup>768</sup>.

### 2.1.6 Einzelfragen

#### a) *Missbräuchliche Berufung auf die Arbeitsunfähigkeit*

- 483 Berufet sich ein Arbeitnehmer bei sehr kurzer oder unbedeutender Arbeitsunfähigkeit während der Kündigungsfrist auf Art. 336c OR, wodurch sich das Arbeitsverhältnis in der Regel um einen ganzen Monat verlängert, kann dieses Verhalten als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 ZGB eingestuft werden.

- 484 Auch die Methode der Rückrechnung wird in der Lehre teilweise kritisiert. Dadurch würden Arbeitgebende benachteiligt, welche die Kündigung frühzeitig aussprechen, um den Arbeitnehmern mehr Zeit für die Stellensuch bzw. die Umstellung auf die neue Situation zu gewähren<sup>769</sup>. Aufgrund der Rückrechnung und Art. 336c Abs. 3 OR, wonach sich die fortgesetzte Kündigungsfrist bis zum nächsten Endtermin verlängert, wenn ein solcher vereinbart wurde (in der Regel das Ende eines Monats), kann eine kurze Absenz am Ende der Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis um einen weiteren Monat verlängern. Zwar scheint der Sperrfristen-schutz unter Umständen nicht mehr notwendig zu sein – so insbesondere wenn der gekündigte Arbeitnehmer bereits eine neue Stelle gefunden hat, wodurch aber die Berufung auf die Sperrfrist rechtsmissbräuchlich sein dürfte – der bewusst frühzeitig kündigende Arbeitgeber wird aber nicht in jedem Fall bestraft. Eine frühzeitige Kündigung ist im Interesse des betroffenen Arbeitnehmers und in diesem Sinne ein Entgegenkommen des Arbeitgebers. Fraglich ist aber, ob der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis überhaupt auf einen früheren Zeitpunkt beenden wollte, oder ob er nicht vielmehr einfach das Kündigungsschreiben frühzeitig ausgehändigt hat. Will ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auf Ende Juni kündigen, kann er die Kündigung bei einer Kündigungsfrist von drei Monaten Ende Januar oder auch erst Ende März aussprechen. So oder so läuft die Kündigungsfrist von März bis Juni. Bestraft sind nur jene Arbeitgeber, welche lediglich aus Rücksicht auf den Arbeitnehmer auf einen späteren Termin kündigen, die Kündigung aber frühzeitig aussprechen und sich dann diese freiwillig verlängerte Kündigungsfrist aufgrund des Sperrfristen-schutzes nochmals verlängert. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass sowohl während der freiwillig verlängerten Kündigungsfrist als auch während der durch eine kurze Arbeitsunfähigkeit verlängerten Kündigungsfrist nicht nur

---

<sup>765</sup> BGE 133 III 517 Erw. 3.3, in: Pra, (97) 2008, Nr. 26; BGE 124 III Erw. 2. a und b, in Pra 88 (1999) Nr. 72; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336c OR; WYLER, S. 570.

<sup>766</sup> BGE 133 III 517, Erw. 3.3, in: Pra, (97) 2008, Nr. 26; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336c OR.

<sup>767</sup> BGE 133 III 517, Erw. 3.3, in: Pra, (97) 2008, Nr. 26.

<sup>768</sup> BGE 133 III 517, Erw. 3.3, in: Pra, (97) 2008, Nr. 26; GEISER (Rechtsprechung 2009), S. 133.

<sup>769</sup> GEISER (Berechnung), S. 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 336c OR;

der Arbeitgeber Lohn schuldet sondern auch der Arbeitnehmer Arbeitsleistung. Kurze bzw. unbedeutende Gesundheitsstörungen, die klarerweise keinen Einfluss auf die Stellensuche haben, lösen zudem in der Regel keine Sperrfrist aus<sup>770</sup>.

- 485 Entscheidend für die Rechtsmissbräuchlichkeit ist deshalb nicht alleine, ob der Arbeitgeber frühzeitig gekündigt hat und der betroffene Arbeitnehmer damit sowieso bereits von einer längeren „Stellensuchfrist“<sup>771</sup> profitieren konnte. Ob Rechtsmissbrauch i. S. v. Art. 2 Abs. 2 ZGB vorliegt, ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen<sup>772</sup>. Nach WYLER ist die Berufung auf die Sperrfrist regelmässig dann missbräuchlich, wenn die Arbeitsunfähigkeit einen Tag oder weniger beträgt<sup>773</sup>, wohingegen EGLI darauf hin weist, dass die Berufung des Arbeitnehmers auf den Kündigungsschutz in den seltensten Fällen als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden könne<sup>774</sup>. Auch VON KAENEL betont, dass die Kürze der Arbeitsunfähigkeit noch nicht zu einer Rechtsmissbräuchlichkeit i. S. v. Art. 2 Abs. 2 ZGB führt<sup>775</sup>. Die kantonale Praxis hierzu ist nach STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH heterogen; allgemein gilt aber, dass die Geltendmachung der Sperrfrist nicht bereits deshalb rechtsmissbräuchlich ist, weil die Krankheit nur kurz war. Berücksichtigt wird unter anderem, ob die Arbeitnehmerin freigestellt wurde und demzufolge ohnehin eine verlängerte Kündigungsfrist zur Verfügung hatte oder ob sie bereits eine neue Stelle gefunden hat<sup>776</sup>. Ebenfalls von Bedeutung ist, ob die betroffenen Arbeitnehmenden infolge einer frühzeitigen Kündigung faktisch bereits eine längere Kündigungsfrist eingeräumt erhalten, insbesondere wenn diese gleich lang oder länger als die Kurzabsenz ist<sup>777</sup>.
- 486 Als missbräuchlich eingestuft wurde das Verhalten einer Hausangestellte, die nach einem Unfall beim Zwetschgenpflücken mehrere Wochen klaglos gearbeitet hatte und sich erst unmittelbar nach Erhalt der Kündigung ein Arztezeugnis besorgt hatte<sup>778</sup>. Das Obergericht des Kantons Thurgau befand sodann die Berufung einer Arbeitnehmerin auf die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses wegen einer dreitägigen Krankheit als missbräuchlich, da diese am Ende der Kündigungsfrist, also in der gemäss Bundesgericht besonders sensiblen Phase, 10 Tage bei Verwandten in den Ferien verweilt, obwohl sie bis zu diesem Zeitpunkt noch keine neue Arbeitsstelle gefunden hatte. Deshalb und da die betroffene Arbeitnehmerin aufgrund einer frühzeitigen Kündigung durch die Arbeitgeberin faktisch eine um 12 Tage längere Kündigungsfrist eingeräumt erhielt sowie ihre Ferien ohne Kostenfolge hätte absagen können, laufe die Berufung auf die Sperrfrist von Art. 336c Abs. 2 OR dem Gerechtigkeitsempfinden hochgradig zuwider, so der Entscheid das Obergericht des Kantons Thurgau<sup>779</sup>. Das Bundesgericht hielt hingegen in einem Entscheid vom 7. April 2009 fest, dass selbst eine zweitägige krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit an Weihnachten eine Sperrfrist nach Art. 336c OR auslöst, wenn sie in der Kündigungsfrist liegt. Aus dem Wortlaut von Art. 336c OR ergebe sich nicht, dass sich die Sperrfristen nur auf Werktage bezögen oder dass nur Werktage zu berücksichtigen seien und eine solche Annahme finde auch keine Stütze in der Doktrin<sup>780</sup>.

---

<sup>770</sup> BGE 128 III 41, Erw. 2.c, in Pra 91 (2002) Nr. 153; BGE 115 V 437, Erw. 3.d; PÄRLI/HUG, S. 6; PORTMANN, N 6 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336c OR.

<sup>771</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 336c OR.

<sup>772</sup> VON KAENEL (Kurzkrankheit), S. 192.

<sup>773</sup> WYLER, S. 576.

<sup>774</sup> EGLI, S. 137.

<sup>775</sup> VON KAENEL (Kurzkrankheit), S. 192.

<sup>776</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 336c OR.

<sup>777</sup> VON KAENEL (Kurzkrankheit), S. 191.

<sup>778</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336c OR.

<sup>779</sup> Urteil OGer TG vom 18. März 2008, abrufbar unter: <[www.entscheide.arbeitsrechtler.ch](http://www.entscheide.arbeitsrechtler.ch)> (besucht am 22. Juli 2010); VON KAENEL (Kurzkrankheit), S. 191.

<sup>780</sup> Urteil BGer 4D\_6/2009 vom 7. April 2009, Erw. 3: „Le texte de la loi ne fait pas référence aux jours ouvrables et/ou fériés. Il n'indique pas que les périodes de protection ne couvrent que les jours ouvrables et que seuls de tels jours devraient donc être pris en considération. (...) On ne saurait donc déduire de la ratio legis de

**b) Verschulden**

487 Nach Wortlaut von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR löst nur die unverschuldete Hinderung an der Arbeitsleistung eine Sperrfrist aus. Es handelt sich um den gleichen Verschuldensbegriff wie bei Art. 324a OR<sup>781</sup>, weshalb grundsätzlich auf diese Ausführungen verwiesen werden kann<sup>782</sup>.

**c) Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit**

488 Bezüglich die Frage, wer die Arbeitsunfähigkeit zu beweisen hat, kann auf die Ausführungen zu Art. 324a und b OR verwiesen werden<sup>783</sup>.

**d) Teilzeitangestellte**

489 Art. 319 Abs. 2 OR hält ausdrücklich fest, dass auch ein Vertrag, durch den sich ein Arbeitnehmer zur Leistung von Teilzeitarbeit im Dienste des Arbeitgebers verpflichtet, als Arbeitsvertrag gilt. Die Teilzeitarbeit ist der Vollzeitarbeit rechtlich grundsätzlich gleichgestellt<sup>784</sup>. Wie bereits erwähnt, besteht die ratio legis des zeitlichen Kündigungsschutzes darin, erkrankte oder verunfallte Arbeitnehmende in einer Periode, in der sie in der Regel keine oder geringe Chancen bei der Stellensuche haben, vor einem Stellenverlust zu schützen<sup>785</sup>. Erkrankte Teilzeitangestellte sind nach einem Stellenverlust mit den gleichen Schwierigkeiten konfrontiert wie Vollzeitangestellte. Deshalb können auch Teilzeitangestellte von den Sperrfristen profitieren und dies unabhängig davon, ob die Arbeitsunfähigkeit zeitlich in die Arbeitszeit fällt oder nicht<sup>786</sup>.

**e) Befristete Arbeitsverträge**

490 Bei befristeten Arbeitsverträgen besteht kein zeitlicher Kündigungsschutz, da diese grundsätzlich nicht durch vorzeitige Kündigung aufgelöst werden können; d. h. wenn eine befristet angestellte Arbeitnehmerin erkrankt, kann ihr innerhalb der vereinbarten Vertragsdauer nicht gekündigt werden<sup>787</sup>. Die Erkrankung einer Arbeitnehmerin vermag aber nicht verhindern, dass der Arbeitsvertrag abläuft. Anders sieht es aus bei befristeten Arbeitsverhältnissen, im Lauf derer eine Kündigung möglich ist<sup>788</sup>: hierbei handelt es sich um eine Kombination aus befristetem und unbefristetem Arbeitsverhältnis. Endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Maximalfrist, ist es befristet, wird es vorher durch eine ordentliche Kündigung aufgelöst, unbefristet<sup>789</sup>. Nur bei letzterem kommt der zeitliche Kündigungsschutz zur Anwendung. Falls der Arbeitsvertrag eine Probezeit vorsieht, greift die Sperrfrist erst nach deren Ablauf. Die Sperrfrist endet in jedem Fall mit Ablauf der vertraglichen Höchstdauer. Der zeitliche Kündigungsschutz besteht ebenfalls, wenn bei einem Arbeitsverhältnis die ordentliche Kündigung

---

l'art. 336c al. 2 CO que seule une incapacité survenue durant un jour ouvrable permettrait de suspendre le délai de congé. L'admettre irait à l'encontre de la volonté clairement exprimée du législateur, qui ne fait du reste l'objet d'aucune discussion en doctrine ; CHANSON (Sperrfrist).

<sup>781</sup> GEISER (Kündigungsschutz), S. 554; PORTMANN, N 6 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 zu Art. 336c OR.

<sup>782</sup> Siehe dazu Rz. 184 ff.

<sup>783</sup> Siehe dazu Rz. 231 ff.

<sup>784</sup> VISCHER, S. 42; zu einigen spezifischen Fragen bezüglich Teilzeitarbeit siehe Rz. 222 ff.

<sup>785</sup> Siehe dazu Rz. 463.

<sup>786</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH N 2 zu Art. 336c OR.

<sup>787</sup> Das Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses sagt aber noch nichts über den Anspruch auf Lohnfortzahlung aus, siehe hierzu Rz. 179.

<sup>788</sup> EGLI, S. 119 f.

<sup>789</sup> PORTMANN, N 3 zu Art. 334 OR.

bloss während einer Minimaldauer ausgeschlossen ist, da es sich dabei nicht um ein befristetes, sondern um ein unecht befristetes Arbeitsverhältnis handelt<sup>790</sup>.

- 491 Sich ablösende, aneinander gereihte befristete Arbeitsverträge, also sog. Kettenarbeitsverträge, sind regelmässig unzulässig, wenn sie zu einer Gesetzesumgehung führen. Die Berufung auf die Befristung wäre missbräuchlich, weshalb das Arbeitsverhältnis als unbefristet zu behandeln ist. Demzufolge greift bei unzulässigen Kettenarbeitsverträgen dennoch der zeitliche Kündigungsschutz<sup>791</sup>.

**f) Verhältnis zur Lohnfortzahlung nach Art. 324a und b OR**

- 492 Wie bereits weiter vorne erwähnt, sind der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 336c und die Lohnfortzahlung nach Art. 324a nicht koordiniert<sup>792</sup>. Wer durch Art. 336c OR vor einer Kündigung geschützt ist, hat demzufolge nicht zwingend während der gesamten Dauer des Kündigungsschutzes auch einen Anspruch auf Lohnfortzahlung<sup>793</sup>. Dies ist nur dann der Fall, wenn der betroffene Arbeitnehmende entweder arbeitet, die Voraussetzungen der Art. 324a/b oder 329d OR erfüllt oder der Arbeitgeber sich in Verzug befindet. Das bedeutet, dass Arbeitnehmende unter Umständen ihren Lohnanspruch verlieren, aber weiterhin angestellt bleiben und die Arbeit jederzeit wieder aufnehmen können, solange sie durch die Sperrfrist vor einer Kündigung geschützt sind<sup>794</sup>. Sobald die Arbeitnehmerin die Arbeit wieder aufnimmt, verliert sie allerdings den Schutz vor Kündigung zur Unzeit und kann unter Einhaltung der Kündigungsfrist ordentlich gekündigt werden. Art. 336c OR garantiert also lediglich, dass dem Arbeitnehmer der Arbeitsplatz vorerst erhalten bleibt, nicht jedoch, dass er den Lohn erhält<sup>795</sup>.

- 493 Wird ein Arbeitnehmer, der während einer Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR erkrankte, während der verlängerten Kündigungsfrist wieder gesund, so muss er die Arbeit unverzüglich wieder aufnehmen oder zumindest eindeutig anbieten<sup>796</sup>. Andernfalls entfällt der Lohnanspruch<sup>797</sup>. Dies gilt nach Bundesgerichtspraxis auch dann, wenn sich der Arbeitnehmer der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses gar nicht bewusst ist und deshalb seine Arbeitsleistung auf Grund eines Rechtsirrtums nicht anbietet. Der Arbeitgeber ist nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen in der Regel nicht verpflichtet, den rechtsunkundigen Arbeitnehmer auf seine Rechte aufmerksam zu machen und ihn auf seine Arbeitspflicht hinzuweisen<sup>798</sup>. Laut Bundesgericht ergibt sich eine solche Verpflichtung höchstens dann, wenn der Arbeitgeber den Rechtsirrtum seines Arbeitnehmers bemerkte oder hätte bemerken müssen und er gleichzeitig erkannte, dass dieser durch die Nichtgeltendmachung des Kündigungsschutzes ein irreparabler Nachteil erleidet<sup>799</sup>. Ansonsten ist es Sache des Arbeitnehmers, seinem bisherigen Arbeitgeber seine Dienste anzubieten indem er diesem unmissverständlich seine Absicht bekannt gibt, für ihn während der verlängerten Kündigungsfrist tätig zu sein<sup>800</sup>.

---

<sup>790</sup> EGLI, S. 119 f.

<sup>791</sup> EGLI, S. 120.

<sup>792</sup> PORTMANN, N 14 zu Art. 336c; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 zu Art. 336c OR; siehe dazu auch Rz. 203 ff.

<sup>793</sup> Urteil BGer 4C.331/2001 vom 12. Februar 2002, Erw. 4; PORTMANN, N 14 zu Art. 336c OR.

<sup>794</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 zu Art. 336c OR.

<sup>795</sup> BGE 124 II 53, Erw. 2b/aa.

<sup>796</sup> BGE 115 V 437, Erw. 5.a; Urteil BGer 4C.331/2001 vom 12. Februar 2002, Erw. 4.c; PORTMANN, N 14 zu Art. 336c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 zu Art. 336c OR.

<sup>797</sup> BGE 115 V 437, Erw. 5.a; Urteil BGer 4C.331/2001 vom 12. Februar 2002, Erw. 4.c; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 zu Art. 336c OR.

<sup>798</sup> BGE 115 V 437, Erw. 6.a-d; Urteil BGer 4C.230/2005 vom 1. September 2005, Erw. 3.3; Urteil BGer 4C.346/2005 vom 29. November 2005, Erw. 3.1; PORTMANN, N 14 zu Art. 336c OR; a.M. insb. EGLI, S. 139-140, der betont, es widerspräche der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, wenn dieser einfach stillschweigend zusehe, wie sein Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch verpatze.

<sup>799</sup> BGE 115 V 437, Erw. 6.d; Urteil BGer 4C.346/2005 vom 29. November 2005, Erw. 3.1.

<sup>800</sup> Urteil BGer 4C.230/2005 vom 1. September 2005, Erw. 3.3.

Der Arbeitgeber ist jedoch nur verpflichtet, seine Arbeitsleistung anzubieten, wenn nicht von vornherein feststeht, dass der Arbeitgeber die Arbeitsleistung sowieso nicht annehmen würde, wenn sie zur Verfügung gestellt würde<sup>801</sup>.

### 2.1.7 Würdigung

- 494 Wenn auch das Schweizer Kündigungsrecht als sehr liberal gilt, geniessen Arbeitnehmende nach Ablauf der Probezeit einen zeitlich beschränkten Kündigungsschutz bei Krankheit oder Unfall. Die während einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall ausgesprochene Kündigung ist nichtig, entfaltet also keinerlei Wirkung. Nach Ablauf der Sperrfrist ist die Kündigung wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigung aber zulässig. Verteilt sich die Arbeitsunfähigkeit auf zwei Dienstjahre, die eine unterschiedliche Dauer der Sperrfrist gewähren, ist grundsätzlich die längere Sperrfrist anwendbar. Fällt aber der Endtermin der Sperrfrist in Anwendung von Art. 336c Abs. 3 OR in das nächste Dienstjahr, weil er sonst nicht wie verabredet auf das Ende eines Monats oder einer Woche fallen würde, ist weiterhin die kürzere Sperrfrist relevant<sup>802</sup>.
- 495 Der zeitliche Kündigungsschutz schützt erkrankte oder verunfallte Arbeitnehmende während einer gewissen Zeit vor einer Kündigung, weil ihre Chancen auf eine neue Anstellung aufgrund der Unsicherheit in Bezug auf Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit gering sind. Ist die gesundheitliche Beeinträchtigung allerdings von einer solch geringen Bedeutung, dass sie die betroffene Arbeitnehmerin in keinster Weise an der Annahme einer neuen Stelle hindert, greift der zeitliche Kündigungsschutz nicht<sup>803</sup>. Kranke Teilzeitangestellte geniessen ebenfalls einen zeitlichen Kündigungsschutz, sind sie doch aufgrund der gesundheitlichen Beeinträchtigung bei der Stellensuche mit den gleichen Schwierigkeiten konfrontiert wie Vollzeitangestellte<sup>804</sup>. Befristete Arbeitsverträge können bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nur vorzeitig aufgelöst werden, wenn im Arbeitsvertrag die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung vorgesehen ist<sup>805</sup>.
- 496 Der Schutz im Krankheitsfall hängt aber in grossem Masse davon ab, in welchem Dienstjahr sich die betroffene Arbeitnehmende befindet. Je länger das Arbeitsverhältnis dauert, desto länger ist die Sperrfrist. Während der Probezeit besteht überhaupt kein zeitlicher Kündigungsschutz. Der fehlende Kündigungsschutz während der Probezeit kann sich für Arbeitnehmende mit gesundheitlichen Problemen fatal auswirken. Die Suche nach einer neuen Stelle wird durch die Hypothek erschwert, eine Stelle bereits während der Probezeit verloren zu haben. Dauert die Arbeitsunfähigkeit an, so ist die betroffene Person auch im Bewerbungsverfahren verpflichtet, auf eine entsprechende Frage der potentiellen Arbeitgeberin wahrheitsgemäss Auskunft zu erteilen.
- 497 Das Weiterbestehen eines Arbeitsverhältnisses infolge des zeitlichen Kündigungsschutzes sagt aber noch nichts aus über einen Anspruch auf Lohnfortzahlung. Aufgrund der fehlenden Koordination des zeitlichen Kündigungsschutzes und der Lohnfortzahlung sind Fälle denkbar, in denen betroffene Arbeitnehmende aufgrund einer Sperrfrist vor einer Kündigung geschützt sind, aber den Lohnfortzahlungskredit bereits aufgebraucht haben<sup>806</sup>.

---

<sup>801</sup> Urteil BGer 4C.346/2005 vom 29. November 2005, Erw. 3.1; Urteil BGer 4C.230/2005 vom 1. September 2005, Erw. 4.

<sup>802</sup> Siehe Rz. 474ff.

<sup>803</sup> Siehe Rz. 463 f.

<sup>804</sup> Siehe Rz. 489.

<sup>805</sup> Siehe Rz. 490 f.

<sup>806</sup> Siehe Rz. 492 f.



- 498 Die Ergebnisse der Kohortenstudie zeigen, dass der Stellenerhalt einen entscheidenden Faktor bei der Wiedereingliederung darstellt<sup>807</sup>. Ob deshalb die Einführung von längeren Sperrfristen bereits bei weniger Dienstjahren sinnvoll bzw. wünschenswert wäre, ist allerdings fraglich. Die mit der Ausweitung des zeitlichen Kündigungsschutzes verbundenen Kostenfolgen für die Arbeitgeber könnten zwar mit der Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung abgedeckt werden. Ein forciertes Stellenerhalt kann allerdings einen unerwünschten Nebeneffekt herbeiführen: Während längerer Zeit abwesende Arbeitnehmende müssen in der Regel während dieser Zeit ersetzt werden. Dies dürfte aus praktischen Gründen in der Regel durch befristete Anstellungen erfolgen. Während die Dauer einer unfallbedingten Abwesenheit noch mehr oder weniger abgeschätzt werden kann, ist dies aber gerade bei krankheitsbedingten Abwesenheiten häufig nicht möglich. Eine befristete Anstellung auf unbestimmte Dauer ist aber nicht möglich. Die Arbeitgeberin wäre gezwungen, eine Person befristet auf eine kurze Zeit anzustellen und bei Notwendigkeit das befristete Arbeitsverhältnis um eine weitere kurze Zeit zu verlängern. Solche sog. Kettenarbeitsverträge sind zwar zulässig, wenn es einen sachlichen Grund dafür gibt, was in einer solchen Situation der Fall sein dürfte, sie bringen aber eine erhebliche Unsicherheit für die befristet angestellte Person mit sich. Ein Stellenerhalt ist zwar wünschenswert, aber wohl gerade in kleineren Betrieben praktisch häufig nicht umsetzbar. Je eher aber die Arbeitgeberin nicht alle Aufwendungen alleine zu tragen hat – so bspw. wenn eine Krankentaggeldversicherung besteht, deren Prämien je hälftig von der Arbeitgeberin und der Arbeitnehmerin übernommen werden – desto eher dürfte sie bereit sein, Anstrengungen zum Stellenerhalt vorzunehmen.
- 499 Ein Stellenerhalt ist aber nicht nur mit Blick auf die Wiedereingliederung bei der bestehenden Arbeitgeberin sinnvoll: Die Ergebnisse zeigen nämlich auch, dass nicht vollständig regenerierte Personen, die ihre angestammte Stelle verlieren, nur zu 50% wieder eine Chance haben, eine Stelle zu finden. Bei Personen, die bereits wieder ihre volle Leistungsfähigkeit erlangt haben, liegt sie dagegen immerhin bei 80%<sup>808</sup>. Selbst wenn also die betroffene Person nach der vollständigen Genesung nicht mehr an ihren alten Arbeitsplatz zurückkehren kann, weil die Stelle neu besetzt ist (eine solche Kündigung wäre in der Regel nicht missbräuchlich), so bleibt ihr zumindest erspart, eine Stelle suchen zu müssen, während sie noch nicht wieder ihre volle Leistungsfähigkeit erlangt hat. Wird die Kündigung erst nach vollständiger Genesung der betroffenen Person ausgesprochen, stehen zumindest deren Chancen, eine Stelle zu finden, etwas besser. Eine Verlängerung der Sperrfristen könnte sich somit positiv auf die Wiedereingliederung auswirken. Schliesst die Arbeitgeberin zudem eine Krankentaggeldversicherung ab, muss sie die damit verbundenen Mehrkosten nicht alleine tragen.

## 2.2 *Zeitlicher Kündigungsschutz im öffentlichen Personalrecht*

### 2.2.1 **Regelung im Bundespersonalrecht**

#### a) *Die Kündigung zur Unzeit im BPG*

- 500 Gemäss Art. 34c Abs. 1 lit. c BPG bietet der Arbeitgeber der angestellten Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an, wenn die Beschwerdeinstanz (Bundesverwaltungsgericht, Art. 36 Abs. 1 BPG) die Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gutgeheissen hat, weil die Kündigung

---

<sup>807</sup> Siehe dazu Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“, insb. Abschnitt 7.1.

<sup>808</sup> Siehe dazu Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“, Abschnitt 6; Dieses Ergebnis bestätigt den Sinn und Zweck der in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR verankerten Sperrfrist. Diese schützt nämlich erkrankte oder verunfallte Arbeitnehmende in einer Periode, in der sie in aller Regel keine oder geringe Chancen bei der Stellensuche haben und von Arbeitgebenden in Kenntnis der Arbeitsunfähigkeit kaum angestellt würden, vor einem Stellenverlust (siehe dazu Rz. 463 f.).

während eines in Art. 336c Abs. 1 genannten Zeitraums ausgesprochen worden ist. Die privatrechtliche Sperrfristenregelung<sup>809</sup> kommt zudem über den Verweis in Art. 6 Abs. 2 BPG zu Anwendung<sup>810</sup>. Auf Gesuch der angestellten Person spricht das Bundesverwaltungsgericht bei Gutheissen der Beschwerde anstelle einer Weiterbeschäftigung eine Entschädigung von in der Regel mindestens sechs Monatslöhnen und höchstens einem Jahreslohn (Art. 34 c Abs. 2 i. V. m. Art. 36 Abs. 1 BPG). Das Primat der Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers vor dem Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers gilt also neben dem sachlichen auch im zeitlichen Kündigungsschutz<sup>811</sup>.

#### **b) Provisorischer und endgültiger Kündigungsschutz**

501 Das bisherige BPG sah eine vom OR abweichende Struktur im Kündigungsschutz vor: der Arbeitgeber hatte gemäss Art. 14 Abs. 1 aBPG der betroffenen Person entweder die bisherige oder, falls dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit anzubieten, wenn diese innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes (gem. Art. 14 Abs. 1 lit. c aBPG bei einer Kündigung zur Unzeit im Sinne von Art. 336c OR) beim Arbeitgeber schriftlich und *glaubhaft* geltend machte, die Kündigung sei nichtig. Dieser *provisorische Kündigungsschutz* bezweckt, die betroffene Person so lange weiter zu beschäftigen, bis die Nichtigkeit oder Wirksamkeit der Kündigung festgestellt wird<sup>812</sup>. Der Arbeitgeber konnte innert 30 Tagen nach Eingang der geltend gemachten Nichtigkeit bei der Beschwerdeinstanz die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung verlangen, ansonsten wurde die Kündigung endgültig nichtig und die betroffene Person wurde weiterbeschäftigt (endgültiger Kündigungsschutz, Art. 14 Abs. 2 aBPG)<sup>813</sup>. Die gleiche Rechtsfolge trat auch ein, wenn die Beschwerdeinstanz die Kündigung als nichtig beurteilte<sup>814</sup>. Gemäss Art. 14 Abs. 5 aBPG blieb die Entschädigung nach Art. 19 BPG vorbehalten.

502 Mir der neusten BPG Revision wurde dieser provisorische Kündigungsschutz aufgehoben. Die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht hat nur aufschiebende Wirkung, wenn die Beschwerdeinstanz dies von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei anordnet (Art. 34a BPG)<sup>815</sup>.

#### **c) Kündigung vor einer Sperrfrist**

503 Sowohl Art. 34c BPG wie auch Art. 14 Abs. 1 lit. c aBPG regeln die Kündigung während eines in Art. 336c Abs. 1 OR genannten Zeitraums.

504 NÖTZLI und PORTMANN vertreten die Meinung, der Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 lit. c BPG unterscheide nicht zwischen Kündigungen die vor und solchen die nach der Sperrfrist ausgesprochen worden sind. Die Nichtigkeit einer Kündigung, die vor Beginn einer Sperrfrist erfolgte, sei aber sachlich nicht nachvollziehbar. Es liege ein Versehen des Gesetzgebers vor, weshalb der Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 1 lit. c BPG mittels teleologischer Reduk-

---

<sup>809</sup> Siehe dazu Rz. 458 ff.

<sup>810</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336c OR m. V. a. Urteil BGer 1C\_234/2008 vom 7. November 2008, Erw. 7.2 = JAR 2009, S. 422).

<sup>811</sup> Zur Weiterbeschäftigung vor Entschädigung im sachlichen Kündigungsschutz siehe Rz. 118 ff.

<sup>812</sup> NÖTZLI, S. 193.

<sup>813</sup> PORTMANN (Kündigungsschutz), S. 60; HÄNNI, S. 739.

<sup>814</sup> HELBLING, S. 194.

<sup>815</sup> In einem Urteil vom 10. Oktober 2013 hatte sich das Bundesverwaltungsgericht erstmals mit einem Prozessantrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung auseinanderzusetzen. Es erörterte insb., welche Bedeutung bzw. Tragweite dieser neuen Bestimmung zukommt. Es hielt u.a. fest, dass erstens nur in jenen Fällen die Anordnung des Suspensiveffekts in Betracht fällt, in denen bei Gutheissung der Beschwerde ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht (u.a. missbräuchliche Kündigung, Kündigung innerhalb der Sperrfrist, diskriminierende Kündigung) und dass zweitens die Beschwerde nicht aussichtslos erscheint (Urteil BVGer A-5218/2013 vom 10. Oktober 2013, Erw. 3 m. w. H.).

tion auf die in der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung einzuschränken sei. Folglich sei die Kündigung vor der Sperrfrist im BPG nicht geregelt, weshalb Art. 6 Abs. 2 heranzuziehen sei, wonach sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des OR gelten, soweit das BPG oder andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen. Gestützt auf Art. 336c Abs. 2 Halbsatz 2 OR i. V. m Art. 6 Abs. 2 BPG sei die Kündigung vor der Sperrfrist nicht nichtig, sondern es komme zum Ruhen der Kündigungsfrist<sup>816</sup>.

505 Zum gleichen Ergebnis kommt auch das Bundesverwaltungsgericht: Zwar folgt es nicht der Ansicht von NÖTZLI und PORTMANN, wonach aus dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 lit. c BPG geschlossen werden müsse, eine Kündigung zu Unzeit sei in jedem Fall nichtig, es teilt aber die Meinung, dass das BPG zur Rechtsfolge einer Kündigung die vor einer Sperrfrist erfolgt überhaupt keine Aussage macht, weshalb nach Art. 6 Abs. 2 BPG Art. 336c Abs. 2 Halbsatz 2 OR zur Anwendung komme. Folglich wird die Kündigungsfrist unterbrochen und nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt<sup>817</sup>.

506 Auch nach der neusten Revision regelt das BPG den Fall einer Kündigung vor einer Sperrfrist nicht. Es gilt deshalb aufgrund Art. 6 Abs. 2 BPG die privatrechtliche Bestimmung (Art. 336c Abs. 2 Halbsatz 2 OR).

#### **d) Beginn des zeitlichen Kündigungsschutzes**

507 Wie bereits erwähnt, kommt der zeitliche Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 OR erst zur Anwendung, wenn die Probezeit abgelaufen ist<sup>818</sup>. Der Verweis in Art. 14 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 BPG auf Art. 336c OR gilt sowohl für die in Art. 336c Abs. 1 lit. a-d OR aufgezählten Fälle als auch die Regelung in Art. 336c Abs. 1, wonach der zeitliche Kündigungsschutz erst nach Ablauf der Probezeit greift. Da Art. 27 Abs. 1 BPV mit drei Monaten eine längere Probezeit vorsieht als Art. 335b Abs. 1 OR, wird der zeitliche Kündigungsschutz im Bundespersonalrecht länger aufgeschoben als im Privatrecht<sup>819</sup>.

#### **e) Würdigung**

508 Da der zeitliche Kündigungsschutz erst nach Ablauf der Probezeit gilt und diese mit drei oder in begründeten Fällen sechs Monaten (Art. 8 BPG i. V. m Art. 27 Abs. 1 BPV) länger dauert, als jene im privaten Arbeitsrecht (1 bis 3 Monate, Art. 335b Abs. 1 und 2 OR), ist der Schutz insofern weniger stark, als er teilweise später greift. Da ansonsten die gleichen Regeln wie im privaten Arbeitsrecht und somit die gleichen Sperrfristen gelten, ist kein grosser Unterschied zwischen dem zeitlichen Kündigungsschutz im Privatrecht und jenem im öffentlichen Recht festzustellen. Problematisch am zeitlichen Kündigungsschutz ist die fehlende Koordination mit der Lohnfortzahlungsdauer. Wie im Privatrecht hängt auch im Bundespersonalrecht die Lohnfortzahlung vom Bestand des Arbeitsverhältnisses ab<sup>820</sup>. Durch die kurzen Sperrfristen kann deshalb unter Umständen die lange Lohnfortzahlungsdauer erheblich verkürzt werden. Spricht aber die Arbeitgeberin eine Kündigung nur deshalb aus, weil sie die Lohnfortzahlung umgehen will, wäre die Kündigung missbräuchlich. Wird die Kündigung aber aus anderem Grund – bspw. bereits bevor die Arbeitnehmerin erkrankt – ausgesprochen, wird die Kündigungsfrist zwar unterbrochen, aber nach Ablauf der Sperrfrist fortgesetzt.

509 Auch durch das Primat der Weiterbeschäftigung vor Entschädigung ist der zeitlichen Kündigungsschutz des Bundespersonalrechts im Vergleich zum Arbeitsvertragsrecht des OR nicht stärker; eine zur Unzeit ausgesprochene Kündigung hat auch im OR die Weiterführung des

---

<sup>816</sup> NÖTZLI, S. 143; PORTMANN (Kündigungsschutz), S. 59 ff.

<sup>817</sup> BVGE 2007/34, Erw. 6 ff.; Urteil BVGer A-6517/2007 vom 9. April 2008, Erw. 10.1.

<sup>818</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 336c OR; EGLI, S. 118-119; siehe dazu zudem Rz. 465.

<sup>819</sup> NÖTZLI, S. 142.

<sup>820</sup> Dazu siehe Rz. 241.

Arbeitsverhältnisses zur Folge, da eine solche Kündigung nichtig ist und somit keinerlei Wirkung entfaltet<sup>821</sup>.

## 2.2.2 Regelungen im kantonalen Personalrecht

### a) *Annäherung an das Obligationenrecht*

510 Die Hälfte aller Kantone verweist entweder auf die Bestimmungen des Obligationenrechts oder gibt diese entsprechend wieder<sup>822</sup>. Die Kantone Neuchâtel und Wallis kennen überhaupt keine Regelung zum zeitlichen Kündigungsschutz. Ein Teil der Kantone sieht einen weiterreichenden Kündigungsschutz bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit vor<sup>823</sup>.

511 Die obligationenrechtlichen Bestimmungen betreffen den Einzelarbeitsvertrag gelten nur für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Vorschriften des Bundes, der Kantone und Gemeinden „über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis“ bleiben nach Art. 342 Abs. 1 OR ausdrücklich vorbehalten<sup>824</sup>. Wie bereits erwähnt, ist ein pauschaler oder punktueller Verweis auf das OR möglich<sup>825</sup> und wird in der Praxis auch oft gemacht. Die entsprechenden Bestimmungen werden durch den Verweis zu öffentlichem Recht<sup>826</sup>.

512 Nachfolgend werden vier kantonale Personalrechte näher besprochen.

### b) *Der zeitliche Kündigungsschutz im Personalrecht des Kantons Zürich*

513 Das Zürcher Personalgesetz verweist in § 20 Abs. 1 auf die Bestimmungen des Obligationenrechts zur Kündigung zur Unzeit. Die Sperrfrist bei einer Kündigung bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit beträgt demzufolge 30 Tage im ersten Dienstjahr, 90 Tage im 2. bis zum 5. Dienstjahr und 180 Tage ab dem 6. Dienstjahr.

514 Der zeitliche Kündigungsschutz ist im Vergleich zur Lohnfortzahlung bei Krankheit kürzer. Die in § 99 Abs. 2 VVO PH ZG gewährte ordentliche Lohnfortzahlungspflicht *darf aber grundsätzlich nicht durch eine Kündigung verkürzt werden* (§ 16 Abs. 3 lit. c Satz 2 VVO PG ZH). Somit können die Arbeitgebenden – anders als im Privatrecht – die Dauer des Lohnfortzahlungsanspruches nicht durch eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist verkürzen<sup>827</sup>.

### c) *Der zeitliche Kündigungsschutz im Personalrecht des Kantons Neuchâtel*

515 Das Personalgesetz des Kantons Neuchâtel (Loi sur le statut de la fonction publique, LSt) verweist in Art. 12 Abs. 3 zwar ausdrücklich auf die Bestimmungen zur missbräuchlichen Kündigung in Art. 336 OR, aber gerade nicht auf die Bestimmung zum Kündigungsschutz bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit in Art. 336c OR<sup>828</sup>.

516 Das Verwaltungsgericht Neuchâtel hielt in einem Entscheid vom 24. Juni 1998 fest, es handle sich dabei nicht um eine echte Lücke, denn hätte der Gesetzgeber die Anwendbarkeit von Art. 336c OR gewollt, hätte er diesen erwähnt, so wie er es bei Art. 336 OR eindeutig getan habe.

<sup>821</sup> Siehe zum zeitlichen Kündigungsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis Rz. 458 ff.

<sup>822</sup> Dies sind die Kantone Aargau, Appenzell Innerrhoden, Genf, Glarus, Graubünden, Jura, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Uri, Waadt, Zug und Zürich.

<sup>823</sup> Z.B. die Kantone Appenzell Ausserrhoden, Basel-Land, Basel-Stadt, Fribourg, Schaffhausen, Schwyz, St. Gallen, Solothurn, Tessin, Thurgau.

<sup>824</sup> Unechter Vorbehalt der Art. 64 BV und Art. 6 ZGB verdeutlicht, MOSIMANN (Minimal Standards), S. 452.

<sup>825</sup> Siehe Rz. 107.

<sup>826</sup> MOSIMANN (Minimal Standards), S. 457.

<sup>827</sup> Siehe zur Lohnfortzahlung im Kanton Zürich über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus Rz. 249 ff.

<sup>828</sup> BGE 124 II 53, Erw. 2; HÄNNI, S. 567.

Das Verwaltungsgericht hat sodann die Überlegungen aus BGE 124 II 53 herangezogen, wonach das Fehlen einer Sperrfrist oder einer Regelung zur Kündigung zu Unzeit keine durch den Richter zu füllende Lücke darstellen muss und der Kündigungsschutz insgesamt im öffentlichen Dienstrecht besser ist als im Privatrecht. Das Verwaltungsgericht befand, dass auch das Personalrecht des Kantons Neuchâtel mit Art. 8 und 42 LSt und Art. 23 und 26 des Règlement concernant les traitements de la fonction publique (RTFP) insgesamt einen besseren Kündigungsschutz kenne als das OR, weshalb die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt sei<sup>829</sup>. In einem weiteren Entscheid hat das Verwaltungsgericht des Kantons Neuchâtel dazu festgehalten, dass das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis erstens nicht aus dem alleinigen Grund einer Krankheit aufgelöst werden könne – im Gegensatz zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, wo die Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist ohne weiteres möglich sei – und zweitens die Lohnfortzahlung länger sei als in Art. 324 OR vorgesehen<sup>830</sup>.

517 Art. 336c OR kommt demzufolge nicht zur Anwendung, weshalb es im Kanton Neuchâtel keine Sperrfrist bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit gibt.

**d) Der Kündigungsschutz im Personalrecht des Kantons Solothurn**

518 Der Kanton Solothurn verfügt als erster öffentlicher Arbeitgeber über einen Gesamtarbeitsvertrag. Die Kündigung zu Unzeit ist in § 44 geregelt und besagt, dass bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall während 12 Monaten eine Sperrfrist gilt (Abs. 1 lit. a). Die Kündigung während der Sperrfrist ist nichtig (Abs. 2). Erfolgt sie vor Beginn der Sperrfrist so wird der Ablauf der Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Abs. 3). Der zeitliche Kündigungsschutz bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit geht im Kanton Solothurn somit eindeutig weiter als nach OR.

**e) Der Kündigungsschutz im Personalrecht des Kantons Bern**

519 Gemäss Art. 28 Abs. 1 lit. b des Personalgesetzes des Kantons Bern kann das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt werden während die Angestellten oder Aushilfen ohne eigenes Verschulden aufgrund Krankheit oder Unfalls arbeitsunfähig sind. Die Sperrfrist liegt vom 2. bis und mit 5. Dienstjahr bei 60 Tagen, ab dem 6. bis und mit 9. Dienstjahr bei 150 Tagen und ab dem 10. Dienstjahr bei 180 Tagen seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit.

520 Die Bestimmung zur Kündigung zur Unzeit im Kanton Bern geht aus zwei Gründen weniger weit als das OR: Zum einen kennt das Personalgesetz erst ab dem 2. Dienstjahr eine Sperrfrist, was bedeutet, dass im ersten Dienstjahr überhaupt keine Sperrfrist zur Anwendung kommt, und zum anderen sind die Sperrfristen bis zum 10. Dienstjahr regelmässig kürzer als diejenigen des OR. Gemäss obiger Ausführung sind unvorteilhaftere Sperrfristen jedoch zulässig, sofern das öffentliche Dienstrecht im Vergleich zum OR nicht eine stossende Schlechterstellung enthält<sup>831</sup>.

521 Die Kündigung kranker Arbeitnehmenden ist aber grundsätzlich erschwert, da ein sachlicher Kündigungsgrund vorausgesetzt wird<sup>832</sup>. Überdies hat das Personal auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Leistungen der Krankentaggeldversicherung<sup>833</sup>.

---

<sup>829</sup> Urteil VGer NE TA.1998.142, Erw. 4.

<sup>830</sup> Revue de jurisprudence neuchâteloise (RJN) 2001, S. 206 Erw. 2c m.V.a. BGE 124 II 54 Erw. 2b/aa.

<sup>831</sup> Vgl. zur Annäherung an das Obligationenrecht Rz. 510 f.; BERTSCHI, S. 629.

<sup>832</sup> Zum sachlichen Kündigungsschutz im Kanton Bern siehe Rz. 126 f.

<sup>833</sup> Dazu siehe Rz. 265 ff.

## 2.3 *Zeitlicher Kündigungsschutz in ausgewählten GAVs der Privatwirtschaft*

### 2.3.1 *Allgemeines*

522 Bei Art. 336c OR (Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber) handelt es sich um eine relativ zwingende Bestimmung, weshalb zugunsten der Arbeitnehmenden davon abgewichen werden kann. So ist beispielsweise die Verlängerung der Sperrfrist durch einen GAV denkbar. In diversen GAVs ist vorgesehen, dass entweder bereits nach Ablauf der Probezeit<sup>834</sup> oder ab dem 6.<sup>835</sup> resp. 10.<sup>836</sup> Dienstjahr eine Kündigung so lange ausgeschlossen ist, als die Krankentaggeldversicherung oder die obligatorische Unfallversicherung Taggeldleistungen erbringt. Ansonsten kommt Art. 336c OR zur Anwendung, sei dies aufgrund eines Verweises oder aufgrund einer fehlenden Bestimmung im GAV.

### 2.3.2 *Zeitlicher Kündigungsschutz im LMV*

#### a) *Kündigungsschutz während Krankentaggeldleistung*

523 Gemäss Art. 21 Abs. 1 LMV ist eine Kündigung durch die Arbeitgebenden nach Ablauf der Probezeit solange ausgeschlossen, wie die Krankentaggeldversicherung oder die obligatorische Unfallversicherung Taggeldleistungen erbringen. Damit regelt der LMV die im OR fehlende Koordination zwischen Lohnfortzahlung und zeitlichem Kündigungsschutz.

#### b) *Krankheit nach Kündigung*

524 Erkrankten Arbeitnehmende während der Kündigungsfrist, wird gemäss Art. 21 Abs. 3 LMV der Ablauf der Kündigungsfrist nach Art. 336c Abs. 2 OR im ersten Dienstjahr während längstens 30 Tagen, im zweiten bis und mit fünften Dienstjahr während längstens 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während längstens 180 Tagen unterbrochen. Fällt der Endtermin nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Monatsende.

### 2.3.3 *Zeitlicher Kündigungsschutz im GAV für den Schweizerischen Gerüstbau 2008 - 2011*

#### a) *Kündigungsschutz während Krankentaggeldleistungen*

525 Wie der LMV enthält auch der GAV für den Schweizerischen Gerüstbau den Grundsatz, dass eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Probezeit solange ausgeschlossen ist, wie die Krankentaggeldversicherung oder die obligatorische Unfallversicherung für den Arbeitnehmer Taggeldleistungen erbringt (Art. 7 Abs. 1 GAV für den Schweizerischen Gerüstbau). Im Gegensatz zum LMV sieht der GAV für den Schweizerischen Gerüstbau aber in Art. 7 Abs. 2.1 vor, dass das Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von 60 Tagen gekündigt werden kann, wenn aufgrund eines medizinischen Gutachtens (Vertrauensarzt der Krankentaggeldversicherung bzw. der SUVA-Unfallversicherung) eine Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit ausgeschlossen ist. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die erkrankte Person bis zum Ablauf der maximalen Leistungsdauer bzw. bis zur Wiedererlangung

---

<sup>834</sup> Bspw. im LMV Bauhauptgewerbe und im GAV für den Schweizerischen Gerüstbau.

<sup>835</sup> Bspw. im GAV für das Maler und Gipser Gewerbe.

<sup>836</sup> Bspw. im GAV des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes, im LGAV für das Schweizerische Schlosser-, Metallbau-, Landmaschinen-, Schmiede- und Stahlbaugewerbe sowie im GAV Gebäudetechnik.

der vollen Erwerbsfähigkeit in der kollektiven Taggeldversicherung des Betriebs verbleiben und Taggeldleistungen beziehen kann.

526 Gleich wie beim LMV ist eine Kündigung möglich, wenn die erkrankte Arbeitnehmende neben Taggeldleistungen eine Rente der Invalidenversicherung erhält (Art. 7 Abs. 2.2 GAV für den Schweizerischen Gerüstbau).

#### **b) Krankheit nach Kündigung**

527 Erkrankten Arbeitnehmende während der Kündigungsfrist, wird gemäss 7 Abs. 3 der Ablauf der Kündigungsfrist nach Art. 336c Abs. 2 OR im ersten Dienstjahr während längstens 30, im zweiten bis und mit fünften Dienstjahr während längstens 90 und ab dem sechsten Dienstjahr während längstens 180 Tagen unterbrochen. Fällt der Endtermin nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Monatsende.

### **2.3.4 Zeitlicher Kündigungsschutz im L-GAV und im GAV MEM**

528 Weder der L-GAV noch der GAV MEM sehen eine Bestimmung zum zeitlichen Kündigungsschutz vor. Somit kommt Art. 336c OR zur Anwendung.

### **2.3.5 GAV Swisscom**

529 Gemäss Ziffer 2.12.5 GAV Swisscom gilt bei einer Kündigung zur Unzeit Art. 336c OR<sup>837</sup>.

## **2.4 Zeitlicher Kündigungsschutz in ausgewählten GAVs öffentlichrechtlicher Betriebe**

### **2.4.1 GAV SBB**

530 Gemäss Ziffer 184 Abs. 1 lit. c GAV SBB ist eine Kündigung nichtig, wenn sie zu Unzeit nach Art. 336c Abs. 1 OR erfolgt, also u. a. während die oder der Mitarbeitende ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise arbeitsunfähig ist. Die Sperrfrist beträgt der obligationenrechtlichen Regelung entsprechend im ersten Dienstjahr 30, ab dem zweiten bis und mit fünftem Dienstjahr 90 und ab dem sechsten Dienstjahr 180 Tage. Ziffer 186 GAV SBB gibt sodann die Absätze 2 und 3 des Art. 336c OR wieder, wonach der Ablauf der Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt wird, wenn die Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist erfolgt, die Kündigungsfrist aber bei Beginn der Sperrfrist noch nicht abgelaufen ist (Abs. 1) und sich die Kündigungsfrist bis zum nächstfolgenden Endtermin verlängert, falls ein solcher vereinbart wurde (Abs. 2)<sup>838</sup>.

531 Nach Ablauf der dreimonatigen Probezeit darf die SBB gemäss Ziffer 134 GAV SBB das Arbeitsverhältnis aufgrund mangelnder medizinischer Tauglichkeit frühestens auf das Ende der mindestens zweijährigen Anspruchsfrist auflösen. Dem steht nicht entgegen, dass ein Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Anspruchsfrist aufgelöst wird, wenn der Grund der Kündigung

---

<sup>837</sup> Siehe dazu Rz. 458 ff.

<sup>838</sup> Die Bestimmungen zum zeitlichen Kündigungsschutz entsprechen im Wesentlichen Art. 14 BPG (Folgen bei Verletzung der Bestimmungen über die Auflösung). Im Gegensatz zum BPG wird jedoch in Ziff. 186 Abs. 1 GAV SBB auch Art. 336c Abs. 2 OR wiedergegeben und somit klargestellt, dass die Kündigungsfrist verlängert wird, wenn sie vor Beginn einer Sperrfrist erfolgt.

ein anderer als die medizinische Untauglichkeit ist<sup>839</sup>. Mit anderen Worten verfügt eine Person, der bspw. wegen Mängel im Verhalten gekündigt wurde und die sodann während der Kündigungsfrist erkrankt, nicht über einen Lohnanspruch über die nach Art. 336c Abs. 2 Satz 2 OR erstreckte Kündigungsfrist hinaus, obwohl die Krankheit und die daraus folgende Arbeitsunfähigkeit sich über dieses Datum hinziehen<sup>840</sup>.

- 532 Die betroffene Person kann die Nichtigkeit der Kündigung mit Einsprache innert 30 Tagen bei der SBB-internen Beschwerdeinstanz, dies ist in der Regel der Zentralbereich Personal<sup>841</sup>, geltend machen (Ziffer 184 Abs. 2 GAV SBB)<sup>842</sup>. Gemäss Ziffer 184 Abs. 3 GAV SBB ist die Kündigung bei rechtzeitiger Geltendmachung nichtig, ausser die SBB verlangt innert 30 Tagen bei der SBB-internen Beschwerdeinstanz die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung. Stellt die Beschwerdeinstanz die Nichtigkeit der Kündigung fest, wird der betroffenen Person die bisherige oder, wenn die nichts möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit angeboten (Ziffer 185 Abs. 1 GAV SBB). Gegen personalrechtliche Entscheide der internen Beschwerdeinstanz steht sodann gemäss Art. 15 Abs. 1 i. V. m. 36 Abs. 1 BPG die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen.

#### 2.4.2 GAV Post

- 533 Gleich wie im BPG und im GAV SBB ist auch im Gesamtarbeitsvertrag der Post vorgesehen, dass die Post der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit anbietet, wenn diese innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes bei der Post schriftlich und glaubhaft geltend macht, die Kündigung sei nichtig, weil sie zur Unzeit nach Art. 336c OR erfolgt ist (Ziffer 30 GAV Post). Dieser provisorische Kündigungsschutz wird definitiv, wenn die zuständige Stelle der Post nicht innert 30 Tagen nach Eingang der geltend gemachten Nichtigkeit die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung verlangt (Ziffer 31 GAV Post). Ziffer 30 und 31 GAV Post geben faktisch Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG wieder, weshalb auf diese Ausführungen verwiesen werden kann<sup>843</sup>.
- 534 Trotz des Verweises auf die obligationenrechtliche Regelung zur Kündigung zur Unzeit kann das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der 30-, 90- oder 180-tägigen Sperrfrist nicht ohne weiteres aufgelöst werden. Nach Ablauf der Probezeit kann die Post nur aus den in Ziffern 124 (ordentlich) und 125 (fristlos) genannten Gründen einseitig kündigen. Ziffer 124 erwähnt hier unter anderem mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten (lit. c). Wann genau diese Voraussetzungen als erfüllt betrachtet werden, ist aus dem GAV Post nicht ersichtlich. Eine Kündigung aufgrund mangelnder Tauglichkeit ist allerdings von vornherein nur dann ordentlich, wenn, wenn dieser Zustand über einen längeren Zeitraum andauert und absehbar ist, dass innert angemessener Frist keine Besserung eintreten wird. Dies erfordert eine Würdigung der gesamten Umstände und in jedem Fall ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten<sup>844</sup>.

---

<sup>839</sup> VPB 68 (2004) Rn. 152, Erw. 7c/bb.

<sup>840</sup> HÄNNI, S. 565.

<sup>841</sup> Urteil BVGer A-515/2008 vom 4. Juni 2008, Erw. 1.1.

<sup>842</sup> Laut Ziff. 194 Abs. 2 GAV SBB richtet sich das Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG).

<sup>843</sup> Siehe dazu Rz. 500 ff.

<sup>844</sup> Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission (PRK), vom 20. September 2006, Erw. 4b.



### 2.4.3 GAV FHNW

- 535 Der GAV FHNW enthält weder eine Bestimmung zur Kündigung zur Unzeit noch einen direkten Verweis auf das OR. Dennoch kommt aufgrund des Pauschalverweises in Ziffer 1.3 Abs. 3 GAV FHNW und aufgrund fehlender Regelung im Staatvertrag zwischen den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz Art. 336c OR zur Anwendung<sup>845</sup>.
- 536 Wie der GAV Swisscom sieht demzufolge auch der GAV FHNW im Gegensatz zu den Gesamtarbeitsverträgen der SBB und der Post, keine spezielle Struktur mit einem provisorischen und definitiven Kündigungsschutz vor.

## III. Fürsorgepflichten des Arbeitgebers gegenüber erkrankten/verunfallten Arbeitnehmenden<sup>846</sup>

- 537 Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz wird in der Schweiz durch eine breite Palette von Rechtsnormen verschiedener Normhierarchien sowohl im privaten wie im öffentlichen Recht geregelt<sup>847</sup>. Bestimmungen finden sich im Arbeitsgesetz (insbesondere Art. 6 ArG und die Verordnung 3 zum ArG), im Unfallversicherungsgesetz (Art. 82 UVG) und den dazu gehörenden Verordnungen<sup>848</sup> sowie in den Bestimmungen zum Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz in Art. 328 OR. Ebenfalls zum Arbeitsschutz gehören die Vorschriften der SUVA über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (Art. 81 UVG)<sup>849</sup>.

### 1. *Schutzpflichten gestützt auf Art. 328 OR*

#### 1.1 *Allgemeine Fürsorgepflicht*

- 538 Die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden ergibt sich aus dem personenbezogenen Charakter des Einzelarbeitsvertrages, welcher eine enge Beziehung zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden schafft<sup>850</sup> sowie aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) und aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB)<sup>851</sup>. Ihr Gegenstück ist die allgemeine Treuepflicht der Arbeitnehmenden nach Art. 321a Abs. 1 OR. Gestützt auf die Fürsorgepflicht sind die Arbeitgebenden verpflichtet, den Arbeitnehmenden im Rahmen des Arbeitsverhältnisses

---

<sup>845</sup> Siehe dazu Rz. 458 ff.

<sup>846</sup> Aus zeitlichen Gründen konnte die neu erschienene Dissertation von SABINE STEIGER-SACKMANN nicht mehr eingearbeitet werden, STEIGER-SACKMANN hat sich u.a. mit dem öffentlichrechtlichen Gesundheitsschutz auseinandergesetzt.

<sup>847</sup> Links zu allen für den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz relevanten gesetzlichen Grundlagen finden sich unter <[www.ekas.admin.ch](http://www.ekas.admin.ch)> unter „Themen“.

<sup>848</sup> Zudem sind in zahlreichen weiteren Gesetzes Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmenden enthalten, so bspw. im Chemikaliengesetz (ChemG), im Bundesgesetz über Strahlenschutz, im Giftgesetz, im Sprengstoffgesetz, im Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG) sowie in der Verordnung über den Schutz der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen vor Gefährdung durch Mikroorganismen (SAMV).

<sup>849</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 16 zu Art. 328 OR.

<sup>850</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 328 OR.

<sup>851</sup> STAEHELIN, N 1 zu Art. 328 OR.

Schutz und Fürsorge zu gewähren sowie deren berechnigte Interessen in guten Treuen (Art. 2 Abs. 1 ZGB) zu wahren<sup>852</sup>.

- 539 Bei der allgemeinen Fürsorgepflicht handelt es sich in erster Linie um eine Unterlassungspflicht. Arbeitgebenden sind verpflichtet, alles zu unterlassen, was die berechtigten Interessen der Arbeitnehmenden schädigen könnte<sup>853</sup>. Handlungspflichten sind dagegen mit Zurückhaltung anzunehmen, sofern sie nicht gesetzlich festgelegt oder verabredet sind<sup>854</sup>. Ihre Grenze findet die Fürsorgepflicht in den überwiegenden berechtigten Interessen der Arbeitgebenden<sup>855</sup>.
- 540 Es gibt nicht eine einzelne, spezifische Bestimmung mit dem Titel „Fürsorgepflicht“. Die Fürsorgepflicht setzt sich vielmehr aus mehreren Bestimmungen zusammen. Massgebend sind der allgemeine Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 328 OR), der besondere Schutz bei Hausgemeinschaft (Art. 328a OR), der Datenschutz (Art. 328b OR), die Gleichstellung von Frau und Mann (Art. 1 ff. GIG) sowie die Gewährung von Freizeit (Art. 329 OR), Ferien (Art. 329a-329d OR) und Urlaub (Art. 329e OR)<sup>856</sup>. Zum grössten Teil ist die Fürsorgepflicht aber in Art. 328 OR geregelt<sup>857</sup>.

## 1.2 *Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden im Allgemeinen*

- 541 Der arbeitsvertragliche Persönlichkeitsschutz von Art. 328 ff. OR stellt – wie auch Art. 6 ArG<sup>858</sup> – eine Konkretisierung des allgemeinen privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes in Art. 27 und 28 ZGB dar<sup>859</sup>. Ferner überführt er Schutzpflichten aus dem öffentlichen Recht, insbesondere aus dem Arbeits- und Unfallversicherungsgesetz, ins Privatrecht<sup>860</sup>. Art. 328 OR wurde im Rahmen einer Angleichung der privatrechtlichen Fürsorgepflicht an die entsprechenden Bestimmungen des öffentlichen Rechts eingeführt, womit zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass es sich im Grunde um eine einheitliche Pflicht handelt<sup>861</sup>. Deshalb können Art. 6 Abs. 1 ArG sowie der gestützt darauf erlassene Art. 19 der Verordnung 3 zum ArG zur Konkretisierung von Art. 328 Abs. 2 OR herangezogen werden<sup>862</sup>.

## 1.3 *Wichtigste geschützte Persönlichkeitsaspekte der Arbeitnehmenden*

- 542 Im Gesetz findet sich keine Legaldefinition des Begriffs „Persönlichkeit“<sup>863</sup>. So ist auch der in Art. 328 verwendete Begriff „Persönlichkeit des Arbeitnehmers“ als unbestimmt einzuordnen<sup>864</sup>. Die Gesetzgeberin hat bewusst auf eine nähere Präzisierung der Begriffe verzichtet<sup>865</sup>.

<sup>852</sup> PORTMANN, N 1 zu Art. 328 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 328 OR.

<sup>853</sup> PORTMANN, N 1 zu Art. 328 OR; REHBINDER/STÖCKLI, N 2 zu Art. 328 OR.

<sup>854</sup> LETSCH, S. 81; Laut PORTMANN soll bei der Abgrenzung, ob es sich bei einer bestimmten Fürsorgemassnahme um eine freiwillige Sozialleistung handle, oder ob sie als Interessenwahrung geboten sei, im Zweifel auf die Verkehrsauffassung zurückgegriffen werden (PORTMANN, N 2 zu Art. 328 OR).

<sup>855</sup> LETSCH, S. 81 f.

<sup>856</sup> PORTMANN, N 3 zu Art. 328 OR.

<sup>857</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 328 OR.

<sup>858</sup> PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1334 und Fn. 2679 m. V. a. BGE 130 II 425, Erw. 6.5.

<sup>859</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 zu Art. 328 OR; REHBINDER/STÖCKLI, N 4 zu Art. 328 OR; PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1334; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 328 OR.

<sup>860</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 328 OR.

<sup>861</sup> Botschaft Arbeitsvertrag, 345.

<sup>862</sup> BGE 132 III 257, Erw. 5.4; KGer St. Gallen, 22. September 2008; zu den Schutzpflichten gestützt auf das Öffentliche Recht siehe Rz. 563 ff.

<sup>863</sup> Vgl. dazu A. BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Basel/Genf/München 1999, N 463.

<sup>864</sup> PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1335.

<sup>865</sup> PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1335.

Der Inhalt der Persönlichkeit sowie deren Schutzwürdigkeit sind vielmehr wertungsabhängig und dem zeitlichen Wandel unterworfen<sup>866</sup>. Laut einer neueren Definition ist unter „Persönlichkeit“ die Gesamtheit derjenigen Werte, die dem Menschen inhärent sind, als schutzwürdig erscheinen und Gegenstand einer Verletzung bilden können, zu verstehen<sup>867</sup>. Zur Konkretisierung der dem Menschen inhärenten Werte dient die in der Lehre gängige Klassifikation der Persönlichkeitsgüter:

- Schutz der physischen Persönlichkeit (z. B. Recht auf Leben, auf körperliche Integrität und Bewegungsfreiheit sowie sexuelle Freiheit)<sup>868</sup>;
- Schutz der emotionalen oder affektiven Persönlichkeit<sup>869</sup> (z. B. Recht auf Beziehung zu nahen Angehörigen, auf Achtung der persönlichen Gefühlswelt und Integrität des Seelenlebens sowie Recht auf diskriminierungsfreie Behandlung<sup>870</sup>);
- Schutz der sozialen Persönlichkeit (z. B. Recht auf Namen, am eigenen Bild, auf Ehre und auf wirtschaftliche Entfaltung)<sup>871</sup>.

543 Die Einteilung ist allerdings mehr deklaratorischer Bedeutung, kann doch eine und dieselbe Handlung durchaus mehrere Persönlichkeitsgüter verletzen<sup>872</sup>.

544 Im Arbeitsrecht besteht wegen des Abhängigkeitsverhältnisses der Arbeitnehmenden zu den Arbeitgebenden, das im Weisungsrecht der Arbeitgeberin seine Grundlage findet, Ergänzungsbedarf. Zum arbeitsvertraglichen Persönlichkeitsschutz zählen daher auch die Freiheit der persönlichen Meinungsäußerung oder die Freiheit der beruflichen Organisation<sup>873</sup>. Eine Erweiterung erfährt der Persönlichkeitsschutz durch den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, dessen Begründung und Tragweite jedoch umstritten sind<sup>874</sup>. Eine weitere Ergänzung des arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes betrifft die Schutzverpflichtung der Arbeitgebenden vor Eingriffen Dritter<sup>875</sup>.

545 Die gängige Klassifikation der Persönlichkeitsgüter ist nicht in Stein gemeißelt sondern passt sich dem Wandel der Zeit an. Grundsätzlich zeichnet sich eine Ausdehnung der geschützten Güter ab. Dies beeinflusst selbstverständlich auch den arbeitsvertragliche Persönlichkeitsschutz, hängt dieser doch unmittelbar mit dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz zusammen. Ergibt sich aus einer neuen oder angepassten sozialen Anschauung, dass der Persönlichkeitsschutz in einem neuen Bereich zur Anwendung gelangt, sind Arbeitgebende verpflichtet, diesen zu respektieren, ohne dass ein Tätigwerden der Gesetzgeberin notwendig ist. So ist heute bspw. auch das berufliche Fortkommen als geschütztes Gut anerkannt<sup>876</sup>.

---

<sup>866</sup> PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1335; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, S. 132 f.

<sup>867</sup> GÖKSU, Rz. 236.

<sup>868</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 169.

<sup>869</sup> SCHMID, Rz. 842-845.

<sup>870</sup> GÖKSU, Rz. 236.

<sup>871</sup> SCHMID, Rz. 846-857.

<sup>872</sup> Zum ganzen Abschnitt: PÄRLI (Persönlichkeitsschutz), S. 227.

<sup>873</sup> STAEHELIN, N 1 zu Art. 328 OR.

<sup>874</sup> Umfassend dazu CAMASTRAL CLAUDIA, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 1996 und GEMPER, Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, Diss. Basel 1993.

<sup>875</sup> WYLER, S. 220.

<sup>876</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 328 OR.

## 1.4 *Beginn und Dauer des Persönlichkeitsschutzes*

- 546 Der Persönlichkeitsschutz von Arbeitnehmenden beginnt gewöhnlich erst mit dem Vertragsbeginn<sup>877</sup> und wirkt grundsätzlich während der Dauer des Arbeitsvertrags, wobei einzelne Aspekte über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinauswirken<sup>878</sup>. Umstritten ist, ob Art. 328 OR eine Vorwirkung auf das Bewerbungsverhältnis zukommt. Während das Bundesgericht in einem Urteil vom 30. Juni 2008 festgehalten hat: „Par ailleurs, les droits et obligations découlant de l'art. 328 CO s'appliquent déjà lors des pourparlers précontractuels“<sup>879</sup> und somit eine Vorwirkung bejahte<sup>880</sup>, herrscht in der Lehre Uneinigkeit<sup>881</sup>. Die abschliessende Klärung der Frage, ob Art. 328 OR eine Vorwirkung zugesprochen werden kann oder nicht, ist insofern entbehrlich, als sich aus Art. 2 und 28 ZGB und des unbestrittenermassen bereits im Bewerbungsverfahren anwendbaren Art. 328b OR<sup>882</sup> ein Verbot, Stellenbewerbende unter Anknüpfung an persönlichkeitsrelevante Merkmale zu diskriminieren, ableiten lässt<sup>883</sup>.
- 547 Der arbeitsvertragliche Persönlichkeitsschutz während des Arbeitsverhältnisses ist von jenem im Zusammenhang mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu unterscheiden. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR beschränkt die Kündigungsfreiheit dahingehend, dass persönlichkeitsrelevante Kündigungsgründe missbräuchlich sind<sup>884</sup>. Beide haben aber ihre Basis im allgemeinen Persönlichkeitsschutz. Im Unterschied zu Art. 328 OR sieht Art. 336 Abs. 1 lit. a OR jedoch Rechtfertigungsgründe vor<sup>885</sup>.
- 548 Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlischt grundsätzlich auch die Fürsorgepflicht. In gewissen Bereichen besteht jedoch – wenn auch in stark eingeschränktem Umfang – eine nachwirkende vertragliche Fürsorgepflicht, namentlich im Bereich der Geheimhaltungs- und Zeugnispflicht<sup>886</sup>. Diese sog. nachwirkenden Fürsorgepflichten haben ihren Entstehungsgrund im Arbeitsvertrag, entfalten ihre Rechtswirksamkeit aber zum Teil erst nach dessen Beendigung. Der Hintergrund ist die Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens der Arbeitnehmenden<sup>887</sup>.

<sup>877</sup> STAEHELIN, N 12 zu Art. 328 OR.

<sup>878</sup> PÄRLI (Persönlichkeitsschutz), S. 228 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 21 zu Art. 328 OR.

<sup>879</sup> Urteil BGer 2C\_103/2008 vom 30. Juni 2008, Erw. 6.2.

<sup>880</sup> Zur Kritik am Urteil: RUDOLPH (2C\_103/2008).

<sup>881</sup> Verneinend: insbesondere RUDOLPH (2C\_130/2008), der darauf hinweist, dass das Gros der Standartwerke (PORTMANN, BRÜHWILER, STREIFF/VON KAENEL) sich gar nicht zu einer möglichen Vorwirkung äussert und wenn überhaupt von einer gefestigten Rechtsauffassung gesprochen werden könne, diese Art. 328 OR eine Vorwirkung abspreche (m. V. a. STAEHELIN, N 12 zu Art. 328 OR; VISCHER, S. 68; PÄRLI [Persönlichkeitsschutz], S. 228); Bejahend: BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 zu Art. 328 OR; REHBINDER/STÖCKLI, N 1 zu Art. 328 OR; HETZ, S. 82; vgl. dazu auch Urteile Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne T 304.021563 vom 10. Oktober 2005 und AGer ZH, Urteil vom 13. Januar 2006, Erw. 5.1, JAR 2007, S. 510 f., letzteres liess die Frage aber offen und löste den Fall über die anerkannte Rechtsfigur der culpa in contrahendo.

<sup>882</sup> PÄRLI (Datenschutz), S. 34; Siehe dazu Rz. 159.

<sup>883</sup> PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1377; DERS. (Persönlichkeitsschutz), S. 229; VISCHER, S. 74; siehe dazu auch TRACHSLER, S. 211 f.; Selbstverständlich gibt es aber Bereiche, in denen die Vorwirkung von praktischer Bedeutung wäre, dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 21 zu Art. 328 OR; Ausführlich zum Schutz vor Benachteiligung wegen des Gesundheitszustandes siehe Rz. 157 ff.

<sup>884</sup> Siehe zum sachlichen Kündigungsschutz Rz. 49 ff.

<sup>885</sup> Zum ganzen Abschnitt: PÄRLI (Persönlichkeitsschutz), S. 229.

<sup>886</sup> STAEHELIN, N 12 zu Art. 328 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 21 zu Art. 328 OR.

<sup>887</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 2 zu Art. 328 OR.

## 1.5 Grenzen des Persönlichkeitsschutzes

- 549 Es liegt in der Natur eines jeden Arbeitsverhältnisses, dass es – insbesondere auf Grund des Subordinationsverhältnisses<sup>888</sup> – gewisse Einschränkungen der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers mit sich bringt. Der Schutz der Persönlichkeitsgüter gilt deshalb nicht absolut und deren Schutzwürdigkeit kann mit berechtigten Gegeninteressen der Arbeitgebenden in Konkurrenz treten<sup>889</sup>. Arbeits-, Kleider- und Verhaltensvorschriften sowie durch betriebliche Interessen gerechtfertigte Überwachungsmaßnahmen<sup>890</sup> berühren sehr sensible Bereiche der Persönlichkeitswerte, welche einer Person als solchen zukommen. Solche Selbsteinschränkungen der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden sind mit Blick auf Art. 27 Abs. 2 ZGB in den Grenzen des Rechts und der guten Sitten grundsätzlich zulässig<sup>891</sup>.
- 550 Ein Eingriff des Arbeitgebers in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers darf aber nie weitergehen, als es für die Zwecke des Arbeitsvertrages zwingend erforderlich ist<sup>892</sup>. Ob der Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmenden Vorzug genießt oder gegenläufige berechnete Interessen der Arbeitgebenden, ist im Einzelfall nach den Regeln der Billigkeit abzuklären. Besteht erhebliche Gefahr für Leben und Gesundheit, haben die wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeberseite regelmässig zurückzutreten. Ferner wird bei Eingriffen in die Persönlichkeitsgüter der Arbeitnehmenden von den Arbeitgebenden verlangt, zu prüfen, ob eine weniger einschneidende Massnahme den gleichen Zweck zu erfüllen vermag<sup>893</sup>.
- 551 Die Arbeitgebenden sind verpflichtet, diejenigen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden zu treffen, die notwendig, anwendbar, verhältnismässig und zumutbar sind. Bei notwendigen und erlaubten Eingriffen in die Gesundheit der Arbeitnehmenden bedeutet dies, dass die Arbeitgebenden die negativen Auswirkungen des Eingriffs so gering als möglich halten müssen<sup>894</sup>.

## 1.6 Einzelne Aspekte der Fürsorgepflicht in Art. 328 OR

### 1.6.1 Schutz von Leben und Gesundheit

- 552 Die Arbeitgebenden haben die gesundheitliche Unversehrtheit der Arbeitnehmenden nach Möglichkeit zu wahren. Art. 328 Abs. 2 OR verpflichtet die Arbeitgebenden nicht nur Massnahmen zum Schutz vor Berufsunfällen zu ergreifen, sondern auch solche, die ganz allgemein vor Gesundheitsschädigungen schützen, welche sich aus der Berufsausübung ergeben können<sup>895</sup>. Die praktische Bedeutung von Art. 328 Abs. 2 OR ist allerdings gering, da die Bestimmungen im öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz näher konkretisiert sind<sup>896</sup>. Der Schutzbereich von Art. 328 Abs. 2 OR beschränkt sich vielmehr auf jene Arbeitsverhältnisse, die nicht dem ArG unterstehen<sup>897</sup>.

---

<sup>888</sup> PÄRLI (Persönlichkeitsschutz), S. 227.

<sup>889</sup> LETSCH, S. 83; REHBINDER/STÖCKLI, N 2 zu Art. 328 OR.

<sup>890</sup> Siehe dazu Rz. 590 ff.

<sup>891</sup> PÄRLI (Persönlichkeitsschutz), S. 227.

<sup>892</sup> MÜLLER/STENGEL, S. 231; LETSCH, S. 83.

<sup>893</sup> LETSCH, S. 83.

<sup>894</sup> LETSCH, S. 83ff.

<sup>895</sup> BGE 132 III 257, Erw. 5.2; vgl. auch REHBINDER/STÖCKLI, N 15 zu Art. 328 OR.

<sup>896</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 15 zu Art. 328 OR.

<sup>897</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 15 zu Art. 328 OR.

## 1.6.2 Erhöhte Fürsorgepflicht bei gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden

553 Arbeitgebende haben auf gesundheitliche Beeinträchtigungen der Arbeitnehmenden Rücksicht zu nehmen<sup>898</sup>, ihnen obliegt also gegenüber gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmenden eine erhöhte Fürsorgepflicht. Diese konkretisiert sich darin, dass die Arbeitgebenden alles zumutbare zu unternehmen haben, um die Weiterbeschäftigung der betroffenen Arbeitnehmenden trotz ihrer gesundheitlichen Beschwerden zu ermöglichen<sup>899</sup> und um ihre Gesundheit nicht weiter zu beeinträchtigen<sup>900</sup>. In BGE 132 III 257 hatte das Bundesgericht den Umfang der aus der Fürsorgepflicht fliessenden Schutzpflicht der Arbeitgebenden zu erläutern. Im Fall ging es um einen an einer schweren Rauchallergie leidenden Arbeitnehmer, der ein umfassendes Rauchverbot forderte und kurz darauf entlassen wurde<sup>901</sup>. Der Betrieb hatte zuvor bereits in allen Räumen, welche der Rauchallergiker benutzte, ein Rauchverbot eingeführt, was aber dem speziellen Gesundheitszustand des Betroffenen zu wenig Rechnung trug. Er war aufgrund der verbleibenden Rauchimmissionen gesundheitlich weiterhin derart beeinträchtigt, dass er aufgrund seiner Allergie wiederholt arbeitsunfähig war. Das Bundesgericht betonte, dass im konkreten Fall nicht der generelle Schutz vor Passivrauch zu beurteilen sei, sondern vielmehr die möglichen Massnahmen zur Verhinderung des voraussehbaren Ausbruchs der Rauchallergie und damit des Eintritts einer Gesundheitsschädigung beim gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmer. In einer solchen Konstellation sei es gerechtfertigt, einen höheren Schutz zu fordern als bei Nichtrauchern allgemein. Der Gesundheitszustand des Arbeitnehmers hätte objektiv mehr als nur ein Teilrauchverbot erfordert, der Arbeitgeber hätte vielmehr alle zumutbaren Massnahmen ergreifen müssen, um eine Beeinträchtigung der Gesundheit des Rauchallergikers zu verhindern<sup>902</sup>.

## 1.7 Arbeitszeugnis

554 Laut Art. 330a Abs. 1 OR können Arbeitnehmende von ihren Arbeitgebenden jederzeit ein Arbeitszeugnis verlangen, welches sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über ihre Leistungen und ihr Verhalten ausspricht. Die Pflicht zur Ausstellung eines solchen *qualifizierten Zeugnisses* resp. *Vollzeugnisses* ist ein Aspekt der nachwirkenden Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden.<sup>903</sup> Es soll wohlwollend formuliert werden um das berufliche Fortkommen der Arbeitnehmenden zu fördern, aber dennoch ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten der Arbeitgebenden geben. Das Arbeitszeugnis muss deshalb grundsätzlich wahr und vollständig sein<sup>904</sup>. Da das Wohlwollen in der Wahrheitspflicht seine Grenzen findet, können durchaus auch negative Tatsachen im Zeugnis festgehalten werden<sup>905</sup>, allerdings nur dann, wenn diese für die Gesamtbeurteilung der betroffenen Person erheblich sind. Unwichtige Kleinigkeiten oder völlig isolierte Vorfälle gehören nicht in ein Arbeitszeugnis<sup>906</sup>.

555 Eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit darf nur dann im Zeugnis Erwähnung finden, wenn sie „einen erheblichen Einfluss auf Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers hatte oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgaben in Frage stellte und damit einen

---

<sup>898</sup> STAEHELIN, N 4 zu Art. 328 OR.

<sup>899</sup> Siehe dazu ausführlich Rz. 73 ff.

<sup>900</sup> BGE 132 III 257, Erw. 6.1.

<sup>901</sup> Zur Frage der Zulässigkeit dieser Kündigung siehe Rz. 73 ff.

<sup>902</sup> BGE 132 III 257, Erw. 5.5 und 6.1.

<sup>903</sup> BGE 129 III 177, Erw. 3.2; PORTMANN, N 3 zu Art. 328 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 330a OR.

<sup>904</sup> BGE 136 III 510, Erw. 4.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 330a OR.

<sup>905</sup> BGE 136 III 510, Erw. 4.1.

<sup>906</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3a zu Art. 330a OR.

sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete<sup>907</sup>. So sind beispielsweise längere Arbeitsunterbrüche – auch krankheitsbedingte – grundsätzlich in einem Arbeitszeugnis festzuhalten, sofern sie im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer erheblich ins Gewicht fallen. In einem neueren Entscheid wies das Bundesgericht die Beschwerde eines Arbeitnehmers ab, welcher erfolglos rügte, die Erwähnung seiner Krankheit im Arbeitszeugnis widerspreche dem Prinzip der wohlwollenden Formulierung und verstosse demnach gegen Art. 330a OR. Laut Bundesgericht war die Arbeitgeberin sogar gehalten, die seit 1 ½ Jahren andauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers in seiner bisherigen Tätigkeit im Zeugnis zu erwähnen, da die Krankheit aufgrund der Ungewissheit über die zukünftige Arbeitsfähigkeit die Ausübung der bisherigen Tätigkeit durch den Arbeitnehmer erheblich in Frage stellt. Eine geheilte Krankheit, welche die Beurteilung der Leistung und des Verhaltens nicht beeinträchtigt, ist hingegen nicht relevant und darf deshalb auch nicht im Vollzeugnis erwähnt werden<sup>908</sup>.

556 Eine Arbeitsunfähigkeit ist also grundsätzlich dann in einem qualifizierten Zeugnis festzuhalten, wenn Arbeitnehmende während mehr als eines Jahres krankheitsbedingt ihre bisherige Tätigkeit nicht ausüben konnten und bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht absehbar war, ob und wann sie dazu wieder in der Lage sein werden<sup>909</sup>.

557 Der Grundsatz „wohlwollend, aber wahr“ ist nicht zu beanstanden. Dennoch – die Erwähnung einer länger dauernden Krankheit im Arbeitszeugnis verschlechtert selbstredend die ohnehin geringen Chancen nach einer längeren Arbeitsunfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt noch mehr. Gemildert wird diese Folge aber durch die Einschränkung, wonach die Krankheit nur dann erwähnt werden darf, wenn bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht absehbar war, ob und wann die Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit wieder hergestellt sein wird.

## 1.8 *Rechtsfolgen bei Verletzung der Fürsorgepflicht*

558 Eine Verletzung der Fürsorgepflicht kann verschiedene Rechtsfolgen auslösen. Der betroffene Arbeitnehmer kann nach Abmahnung und Fristsetzung auf Erfüllung klagen, also einen Leistungs- oder Unterlassungsanspruch geltend machen<sup>910</sup>. Erfolgsversprechender aus Sicht des Arbeitnehmers ist allerdings insbesondere das Leistungsverweigerungsrecht. So kann der Arbeitnehmer ohne seinen Lohnanspruch zu verlieren seine Arbeit einstellen, bis die entsprechenden Ansprüche erfüllt werden. Es darf sich allerdings nicht um Geringfügigkeiten handeln und der Arbeitnehmer hat zuerst beim Arbeitgeber vorstellig zu werden<sup>911</sup>. Die wichtigste mögliche Rechtsfolge bei einer Fürsorgepflichtverletzung ist der Schadenersatzanspruch nach Art. 97 OR<sup>912</sup>.

559 Art und Umfang des Schadenersatzes bei einer Verletzung der Fürsorgepflicht sind gesetzlich nicht besonders festgelegt sondern ergeben sich aus den allgemeinen Grundsätzen<sup>913</sup>. Verletzt die Arbeitgeberin ihre Pflicht zum Persönlichkeitsschutz, stellt dies eine Vertragsverletzung dar (Art. 328 OR i. V. m. Art. 97 OR). Die Arbeitgeberin haftet unter den Voraussetzungen, dass sie verschuldet ihre Schutzpflicht(en) verletzt hat und der Arbeitnehmer einen dadurch kausal verursachten Schaden erlitten hat. Während Schaden, Verletzung der Schutzpflicht sowie der Kausalzusammenhang vom Arbeitnehmer beweisen werden müssen, wird das Verschulden der Arbeitgeberin gemäss Art. 97 OR vermutet. Der Arbeitgeberin steht zwar der

---

<sup>907</sup> BGE 136 III 510, Erw. 4.1.

<sup>908</sup> BGE 136 III 510, Erw. 4.1.

<sup>909</sup> BGE 136 III 510, Regeste.

<sup>910</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 20 zu Art. 328 OR m. w. H.

<sup>911</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 21 zu Art. 328 OR m. w. H.

<sup>912</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 22 zu Art. 328 OR m. w. H.

<sup>913</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 22 zu Art. 328 OR; VISCHER, S. 179.

Exkulpationsbeweis offen, da das Bundesgericht aber dem Arbeitgeber die Haftung für alle Berufsrisiken überbindet, besteht de facto eine Kausalhaftung<sup>914</sup>. Ein Selbstverschulden bei der Persönlichkeitsverletzung seitens des Arbeitnehmers kann zur teilweisen oder vollständigen Reduktion der Haftung der Arbeitgeberin führen<sup>915</sup>. Insbesondere bei psychischen Gesundheitsschäden gestaltet sich der Nachweis schwierig und bedarf in der Regel eines medizinischen Gutachtens<sup>916</sup>.

- 560 Bei schweren Verletzungen der Persönlichkeit schuldet die Arbeitgeberin zudem eine Genugtuung (Art. 99 Abs. 3, Art. 47 und 49 OR). Laut Bundesgericht kommt eine Genugtuung jedoch nur dann in Frage, wenn die objektiv schwere Persönlichkeitsverletzung von der betroffenen Person als seelischer Schmerz empfunden wird, was einer ausserordentlichen Kränkung bedarf<sup>917</sup>. Überdies sind die Genugtuungssummen wegen Verletzungen des Persönlichkeits- und Gesundheitsschutzes in der Schweiz relativ tief<sup>918</sup>.
- 561 Ferner kann sich auch eine ausservertragliche Haftung des Arbeitgebers aufgrund von Art. 41 ff. OR ergeben. Da die vertragliche Haftung aber für den betroffenen Arbeitnehmer in der Regel günstiger ist, ist die ausservertragliche Haftung praktisch nur für die Hinterbliebenen eines Arbeitnehmers relevant, da diese nicht Partei des Arbeitsvertrages sind<sup>919</sup>.
- 562 Überdies kann der betroffene Arbeitnehmer die Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung feststellen lassen<sup>920</sup> oder – sofern der Arbeitgeber sich wiederholt und beharrlich weigert seiner Fürsorgepflicht nachzukommen oder die Pflichtverletzung besonders schwer wiegt – ausserordentlich kündigen<sup>921</sup>.

## 2. *Schutzpflichten gestützt auf das Arbeitsgesetz*

### 2.1 *Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes*

#### 2.1.1 Grundsatz

- 563 Das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) hält in Art. 1 einen relativ weiten Anwendungsbereich fest und enthält insbesondere den Grundsatz, dass es auf *alle öffentlichen und privaten Betriebe* anwendbar ist. Das Arbeitsgesetz fin-

---

<sup>914</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 zu Art. 328 OR; BGE 112 II 138, in JAR 1987, Erw. 3.

<sup>915</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 23 zu Art. 328 OR.

<sup>916</sup> Urteil BGer 4P.329/2005 vom 21. Februar 2006, Erw. 3.

<sup>917</sup> BGE 125 III 70, Erw. 3a, wobei das Bundesgericht eine schwere Persönlichkeitsverletzung aufgrund der Aufforderung des Arbeitgebers an die Arbeitnehmerin, sich psychiatrisch begutachten zu lassen, verneinte. Eine schwere Persönlichkeitsverletzung bejahte das Bundesgericht hingegen im Entscheid vom 4. April 2003 (2C.2/2000), angesichts der Intensität der immateriellen Unbill, welche die Arbeitnehmerin erleiden musste (Mobbing durch ihre direkte Vorgesetzte während vier Monaten) wurde die Genugtuung auf 12000 Franken festgesetzt (Erw. 4.8 des Entscheides), PÄRLI (Persönlichkeitsschutz), S. 229.

<sup>918</sup> Vgl. Zusammenstellung bei DUNAND, S. 115 f., wonach durch Urteile Summen zwischen 5'000 und 50'000 Franken zugesprochen wurden.

<sup>919</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 24 und 27 zu Art. 328 OR m. w. H.

<sup>920</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 25 zu Art. 328 OR.

<sup>921</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 25 zu Art. 328 OR.



det aber auch ausserhalb der im Titel genannten Wirtschaftszweige Anwendung, namentlich in Dienstleistungsbetrieben und im (privatrechtlichen)<sup>922</sup> Gesundheitssektor<sup>923</sup>.

### 2.1.2 Ausnahmen

- 564 Die Art. 2 ff. ArG schränken den „Grundsatz eines einheitlichen Arbeitsrechts“ für alle Betriebe jedoch wieder ein – sowohl bezüglich einzelner Betriebskategorien als auch für bestimmte Arbeitnehmende<sup>924</sup>:
- 565 Art. 2 ArG zählt die Ausnahmen vom *betrieblichen Geltungsbereich* auf: nicht integral dem ArG unterstellt sind unter anderem die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden (lit. a)<sup>925</sup>; die Betriebe, die der Bundesgesetzgebung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs unterstehen (lit. b) sowie private Haushaltungen (lit. g).
- 566 Art. 3 ArG hält die Ausnahmen vom *persönlichen Geltungsbereich* fest: nicht anwendbar ist das ArG unter anderem auf Personen geistlichen Standes und Angehörige von Ordens- und Mutterhäusern (lit. a); auf die Besatzung von schweizerischen Flugbetriebsunternehmen (lit. c); auf Arbeitnehmende, die eine höher leitenden Tätigkeit ausüben (lit. d)<sup>926</sup> sowie auf Heimarbeitnehmer (lit. f). Die in Art. 3 ArG aufgezählten Ausnahmen sind aber nur relevant, soweit der Betrieb grundsätzlich dem Arbeitsgesetz untersteht. Mit anderen Worten ist das Arbeitsgesetz bei vom Geltungsbereich ausgenommenen Betrieben auch dann nicht anwendbar, wenn eine Arbeitnehmerin nicht unter den Ausnahmekatalog fällt<sup>927</sup>. Wie Art. 2 ArG enthält auch Art. 3 ArG den Vorbehalt von Art. 3a ArG.

### 2.1.3 Ausdehnung des Gesundheitsschutzes

- 567 Während die Art. 2 und 3 ArG den Geltungsbereich einschränken, wird dieser durch Art. 3a ArG zumindest im Bereich des Gesundheitsschutzes ausgedehnt. Laut Art. 3a ArG sind die Vorschriften über den Gesundheitsschutz (Art. 6, 35 und 36a) auch auf die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden (lit. a)<sup>928</sup>; auf Arbeitnehmende, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbständige künstlerische Tätigkeit ausüben (lit. b) sowie auf Lehrer an Privatschulen und Lehrer, Fürsorger, Erzieher und Aufseher in Anstalten (lit. c) anwendbar.
- 568 Die Gesundheitsbestimmungen des ArGs gelten also für einen grösseren Kreis von Arbeitnehmenden als die restlichen Bestimmungen<sup>929</sup>.

---

<sup>922</sup> Die Anwendbarkeit des ArG auf das Spitalpersonal ist unterschiedlich: Assistenzärzte an privaten und öffentlichen Spitälern sind seit 2002 bzw. 2005 dem Anwendungsbereich des ArG vollumfänglich unterstellt (Art. 2 Abs. 2 ArG i. V. m. Art. 4a Abs. 1 ARV1, vgl. auch Urteil BGer 2A.407/2001 vom 14. Juni 2002, Erw. 4.3). Ansonsten gilt das ArG vollumfänglich für Oberärzte, Spitalfachärzte, *médecins adjoint* und *médecins associés* an Privatspitälern, öffentlichen Spitälern mit Rechtspersönlichkeit, öffentlichen Spitälern ohne Rechtspersönlichkeit, in welchem aber die Mehrheit der Arbeitnehmenden privatrechtlich angestellt sind oder die Mehrheit der Arbeitnehmenden öffentlich-rechtlich, die Oberärzte aber privatrechtlich angestellt sind. Die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz gelten aber gestützt auf Art. 3a lit. a ArG in jedem Fall auch für die vom Anwendungsbereich ausgenommenen (KUHNS/POLEDNA, S. 379 ff.).

<sup>923</sup> GEISER (ArG), N 2-4 zu Art. 1 ArG.

<sup>924</sup> GEISER (ArG), N 2-4 zu Art. 1 ArG; MÜLLER (ArG), N 1 zu Art. 2 Abs. 1 ArG.

<sup>925</sup> Zur Fürsorgepflicht in öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen siehe Rz. 622 ff.

<sup>926</sup> Vgl. dazu BGE 126 III 337, Erw. 5.

<sup>927</sup> GEISER (ArG), N 3 zu Art. 3 ArG; MÜLLER (ArG), S. 33.

<sup>928</sup> Zur Fürsorgepflicht in öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen siehe Rz. 622 ff.

<sup>929</sup> GEISER/VON KAENEL/WYLER, Rz. 1 zu Art. 3a ArG.

## 2.2 Vorschriften des ArG über den Gesundheitsschutz

569 Die in Art. 3a ArG verankerte Aufzählung der anwendbaren Bestimmungen ist grundsätzlich abschliessend<sup>930</sup>. Bei allen drei genannten Normen (Art. 6, 35 und 36a ArG) handelt es sich um auslegungsbedürftige Generalklauseln, welche grundsätzlich Art. 328 OR wiedergeben<sup>931</sup>. Soweit sie aber in den Verordnungen zum Arbeitsgesetz konkretisiert werden, sind auch diese von der Ausdehnung gemäss Art. 3a ArG erfasst<sup>932</sup>. Art. 6 ArG gilt als „Kernstück des öffentlichen Arbeitsschutzes“<sup>933</sup> und hält in Form von Generalklauseln<sup>934</sup> die Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer fest<sup>935</sup>. Art. 35 ArG regelt den Gesundheitsschutz bei Mutterschaft und Art. 36a ArG hält fest, dass durch Verordnung die Beschäftigung anderer Gruppen von Arbeitnehmern für beschwerliche und gefährliche Arbeiten aus gesundheitlichen Gründen untersagt oder von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Nachfolgend wird Art. 6 ArG und die gestützt darauf erlassene Verordnung 3 zum ArG vertiefter behandelt.

### 2.2.1 Die Schutzpflichten nach Art. 6 ArG und ArGV 3

570 Art. 6 Abs. 1 ArG verpflichtet die Arbeitgebenden, zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Ferner schreibt er in dem im Jahr 2000 eingefügten Satz 2 desselben Absatzes den Arbeitgebenden vor, dass sie die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmenden vorzusehen haben. Laut Art. 6 Abs. 2 ArG haben die Arbeitgebenden die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmenden möglichst vermieden werden. Die genannten, sehr offenen Regelungen, benennen lediglich die Ziele des betrieblichen Gesundheitsschutzes um dem Verordnungsgeber genügend Raum zu lassen, um zu bestimmen, welche Massnahmen für den Gesundheitsschutz in den Betrieben zu treffen sind<sup>936</sup>. Gestützt auf Art. 6 Abs. 4 und Art. 40 ArG hat der Bundesrat die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) erlassen, welche die Massnahmen regelt, die in allen dem Gesetz unterstehenden Betrieben für die Gesundheitsvorsorge zu treffen sind (Art. 1 Abs. 1 ArGV 3).

571 Art. 2 ArGV 3 verlangt, dass Arbeitgeber alle Massnahmen treffen, die nötig sind um den Gesundheitsschutz zu wahren und zu verbessern und die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Hierzu hat er unter anderem dafür zu sorgen, dass eine übermässig starke oder allzu einseitige Beanspruchung vermieden (Art. 2 lit. c ArGV 3) und die Arbeit geeignet organisiert wird (Art. 2 lit. d ArGV 3). Die verlangten Massnahmen zur Gesundheitsvorsorge müssen im Hinblick auf die baulichen und organisatorischen Auswirkungen verhältnismässig sein (Art. 2 Abs. 2 ArGV 3). Überdies haben die Arbeitgebenden dafür zu sorgen, dass die Massnahmen der Gesundheitsvorsorge in ihrer Wirksamkeit nicht beeinträchtigt werden und er hat sie in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen (Art. 3 Abs. 1 ArGV 3). Liegen Hinweise vor, dass die Gesundheit eines Arbeitnehmers durch die von ihm ausgeübte Tätigkeit geschädigt wird, so ist eine arbeitsmedizinische Abklärung durchzuführen (Art. 3 Abs. 3 ArGV 3). Die Formulierungen in ArGV 3 sind zum Teil sehr offen und lassen es nicht immer zu, direkt aus dem Gesetz konkrete Regeln zum Gesundheits-

---

<sup>930</sup> GEISER/VON KAENEL/WYLER, Rz. 3 zu Art. 3a ArG; MÜLLER (ArG), S. 39.

<sup>931</sup> GEISER/VON KAENEL/WYLER, Rz. 3 zu Art. 3a ArG.

<sup>932</sup> GEISER/VON KAENEL/WYLER, Rz. 3 zu Art. 3a ArG. Aufgrund des direkten Bezuges zu Art. 6 ArG ist insbesondere ArGV3 anwendbar, nicht jedoch zahlreiche Bestimmungen der ArGV 1 (vgl. Wegleitung des SECO zum Arbeitsgesetz, November 2006, 003a-1); MÜLLER (ArG), S. 39.

<sup>933</sup> PETERMANN (Pflichten), S. 4.

<sup>934</sup> PETERMANN (Pflichten), S. 4.

<sup>935</sup> Dazu Rz. 570.

<sup>936</sup> GÄCHTER (Arbeitsschutz), S. 327 f.

schutz abzulesen<sup>937</sup>. Konkretisierungen finden sich in der Wegleitung des SECO zur ArGV 3<sup>938</sup>.

- 572 Art. 6 ArG verpflichtet die Arbeitgebenden einerseits zum Schutz der physischen Gesundheit und andererseits zum Schutz der persönlichen Integrität. Die heutigen Arbeitsschutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes (ArG) und des Unfallversicherungsgesetzes (UVG)<sup>939</sup> sind aus historischen Gründen in erster Linie auf den Schutz der physischen Gesundheit (Unfälle und Berufskrankheiten, ungesunde Arbeitszeiten) ausgerichtet<sup>940</sup>. Die Anwendung dieser Schutzbestimmungen ist relativ unproblematisch, da die Massnahmen teilweise konkret und detailliert vorgeschrieben und daher relativ leicht kontrollierbar sind. Heute beträgt der Anteil gesundheitsbedingter Absenzen aus physischen Gründen allerdings „nur“ noch rund 20%. Die übrigen 80% sind auf psychische Erkrankungen zurückzuführen, von denen wahrscheinlich ein Teil mit negativen Arbeitsbedingungen zusammenhängt<sup>941</sup>. Allein 30% der krankheitsbedingten Absenzen sind auf Stress zurückzuführen<sup>942</sup>. Diese arbeitsbedingten Erkrankungen fordern die Rechtsanwendung weit stärker<sup>943</sup>. Die Anforderungen an die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden lassen sich im Bereich des psychischen Gesundheitsschutzes weniger eindeutig bezeichnen<sup>944</sup>. Konkretisierungen finden sich in der Wegleitung des SECO zu Art. 2 und 3 ArGV 3<sup>945</sup>. Obwohl bereits seit einigen Jahren im öffentlichen Bewusstsein, wird die Thematik in der Rechtswissenschaft erst seit kurzem vertiefter behandelt<sup>946</sup>.

### 2.2.2 Gesundheitsschutz und Arbeits- und Ruhezeiten

- 573 Das Arbeitsgesetz sieht in den Art. 9 bis 28 zahlreiche Bestimmungen zur Arbeits- und Ruhezeit vor. Geregelt sind unter anderem: wöchentliche Höchstarbeitszeiten (Art. 9 ArG), Tages- und Abendarbeiten (Art. 10 ArG), Nacharbeit (Art. 16 ff. ArG), Sonntagsarbeit (Art. 18 ff. ArG), Ruhezeit (Art. 15 ff. ArG) sowie Voraussetzungen und Dauer der Überzeitarbeit (Art. 12 ArG) und Lohnzuschlag für Überzeitarbeit (Art. 13 ArG).
- 574 Die Arbeitszeit wird in der Regel durch Einzelarbeitsvertrag geregelt, eventuell auch durch Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag<sup>947</sup>. Diejenigen Arbeitsstunden, welche die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit übersteigen, gelten als Überstunden. Sobald die geleistete Arbeitszeit die vom Arbeitsgesetz in Art. 9 vorgesehene Höchstarbeitszeit (45 bzw. 50 Stunden pro Woche) überschreitet, handelt es sich um Überzeit. Während die Pflicht zur Leistung von Überstunden

---

<sup>937</sup> PETERMANN (Pflichten), S. 4.

<sup>938</sup> SECO, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz und Anhänge, <[www.seco.admin.ch/themen/00385/00390/00392/02003/index.html](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00390/00392/02003/index.html)> (besucht am 13. Juli 2012).

<sup>939</sup> Siehe zu den Schutzpflichten gestützt auf das UVG Rz. 583.

<sup>940</sup> TSCHUDI (Fabrikgesetz), S. 307 ff.; DERS. (Arbeitsschutzrecht), S. 5 ff.; LANDMANN, S. 1 ff.

<sup>941</sup> Bundesamt für Gesundheit, Arbeitsbedingungen und Gesundheit – eine strategische Perspektive für alle. Impulse, Ergebnisse und Empfehlungen im Anschluss an die nationale Arbeitstagung der Nationalen Gesundheitspolitik vom 18. September 2003 in Aarau, Bern 2006, S. 14.

<sup>942</sup> <sup>942</sup> Bundesamt für Gesundheit, Arbeitsbedingungen und Gesundheit – eine strategische Perspektive für alle. Impulse, Ergebnisse und Empfehlungen im Anschluss an die nationale Arbeitstagung der Nationalen Gesundheitspolitik vom 18. September 2003 in Aarau, Bern 2006, S. 15; ausführlich zur Frage nach der Haftung des Arbeitgebers für eine durch arbeitsplatzbezogenen Stress bedingte Gesundheitsbeeinträchtigung; PORTMANN (Stresshaftung).

<sup>943</sup> Siehe dazu ausführlich: PÄRLI/STEIGER-SACKMANN/STÖCKLE, S. 3 ff.

<sup>944</sup> TSCHUDI (Arbeitsschutzrecht), S. 35.

<sup>945</sup> SECO, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz und Anhänge, <[www.seco.admin.ch/themen/00385/00390/00392/02003/index.html](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00390/00392/02003/index.html)> (besucht am 13. Juli 2012); Ausführlich zu den Rechten und Pflichten der Arbeitgebenden gegenüber psychisch labilen oder kranken Arbeitnehmenden siehe PETERMANN (Pflichten).

<sup>946</sup> Zum Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz: STEIGER-SACKMANN.

<sup>947</sup> PETERMANN (Burnout), S. 763.

und deren Kompensation in Art. 321c OR geregelt ist, sind die Grenzen und Kompensation der Überzeit in den Art. 12 und 13 ArG verankert<sup>948</sup>.

575 Obwohl die Vorschriften zur Arbeits- und Ruhezeit im weiteren Sinne ebenfalls zum Gesundheitsschutz zählen<sup>949</sup>, ist für die Arbeits- und Ruhezeiten keine entsprechende Ausdehnung des Anwendungsbereichs verankert. Die Arbeits- und Ruhezeiten gelten deshalb nur für jene, die dem Arbeitsgesetz integral unterstellt sind. Das Bundesgericht betonte in einem Urteil vom 14. Juni 2001, dass sich Art. 6 ArG nicht auf die Regelung der Höchstarbeitszeit bezieht<sup>950</sup>. Die systematische und historische Auslegung des Gesetzes zeige, dass sich die Regelung des Gesundheitsschutzes und jede der Arbeits- und Ruhezeit nicht überschneiden würden. Die Bestimmungen zur Arbeits- und Ruhezeit seien nicht nur systematisch klar von denjenigen zum Gesundheitsschutz abgetrennt, auch der Gesetzgeber habe deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er zwischen Gesundheitsschutz und der Regelung der Arbeitszeit unterscheide<sup>951</sup>. Eine Unterstellung unter den Gesundheitsschutz des ArGs führt deshalb noch nicht zu einer (indirekten) Beschränkung der zulässigen Höchstarbeitszeit. Allerdings weist das Bundesgericht im genannten Urteil darauf hin, dass die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz die Arbeitnehmenden vor berufsbedingten Erkrankungen und Unfällen am Arbeitsplatz bewahren sollen. Dabei gehe es insbesondere um die Ausgestaltung der Arbeitsumgebung und die Organisation der Arbeitsabläufe. Letzteres beinhalte auch die Verteilung der Arbeit sowie die Organisation der Arbeitszeit, wobei die Arbeitnehmenden ausdrücklich vor Überbeanspruchung<sup>952</sup> zu schützen seien<sup>953</sup>. Arbeitnehmende dürfen deshalb weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht derart belastet werden, dass auf die Dauer ihre physische oder psychische Gesundheit beeinträchtigt wird<sup>954</sup>. Sind die Arbeitsbedingungen bzw. die Arbeitszeiten geradezu missbräuchlich, kann deshalb gestützt auf Art. 6 ArG in Verbindung mit Art. 2 ArGV 3, also über die Gesundheitsschutzbestimmungen des ArGs, gegen die Arbeitszeiten vorgegangen werden. Laut Bundesgericht würden bspw. Arbeitspensen von gegen 100 Stunden pro Woche mit Sicherheit gegen die Gesundheitsschutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes und dessen Verordnung verstossen<sup>955</sup>.

### 2.2.3 Betrieblicher Gesundheitsschutz im weiteren Sinn

576 Die in Art. 6 ArG genannten Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten zusammen mit den Vorschriften des Unfallversicherungsgesetzes (Art. 81 ff. UVG) als die wichtigste Grundlage für den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. Ferner ist Art. 6 ArG die gesetzliche Grundlage zahlreicher Verordnungsbestimmungen zum Gesundheitsschutz. Die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz<sup>956</sup> regelt die Massnahmen, die in allen dem Arbeitsgesetz unterstehenden Betrieben für die Gesundheitsvorsorge zu treffen sind. Während die genannten Bestimmungen des UVG hauptsächlich die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten regeln, ver-

---

<sup>948</sup> SENTI, S. 383.

<sup>949</sup> VON KAENEL, N 4 zu Art. 9 ArG.

<sup>950</sup> Urteil BGer vom 14. Juni 2002, 2P.251/2001, Erw. 5.2.1.

<sup>951</sup> Urteil BGer vom 14. Juni 2002, 2P.251/2001, Erw. 5.2.1. i. V. m. Erw. 4.3.

<sup>952</sup> Unter Überbeanspruchung wird jede Beanspruchung verstanden, die unter Berücksichtigung der Konstitution des jeweiligen Arbeitnehmers bei Fortdauer zu einer Schädigung der Gesundheit führen kann (MÜLLER [ARG], N 3 zu Art. 6 Abs. 2 ArG).

<sup>953</sup> Urteil BGer 2P.251/2001 vom 14. Juni 2002, Erw. 5.3 m. V. a. Art. 6 Abs. 2 ArG und Art. 2 Abs. 1 lit. c ArGV 3 und Wegleitung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) zum Arbeitsgesetz, April 2001. 009-2, Vorbemerkung zu Art. 9 ArG.

<sup>954</sup> Urteil BGer 2P.251/2001, vom 14. Juni 2002, Erw. 5.3; MÜLLER (ARG), N 4 zu Art. 6 abs. 2 ArG.

<sup>955</sup> Urteil BGer 2P.251/2001 vom 14. Juni 2002, Erw. 5.3.

<sup>956</sup> Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3) vom 18. August 1993, SR 822.113.

langt der Gesundheitsschutz des Arbeitsgesetzes, dass grundsätzlich jede Gesundheitsbeeinträchtigung zu vermeiden ist<sup>957</sup>.

### 2.3 *Folgen einer Pflichtverletzung der Arbeitgeberin*

577 Die Arbeitgebenden sind verpflichtet, angemessene Massnahmen zum Gesundheitsschutz zu treffen. Die Missachtung öffentlich-rechtlicher Normen durch die Arbeitgebenden kann die Anordnung von Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51 ff. ArG nach sich ziehen. Bei fahrlässiger oder vorsätzlicher Verletzung der Gesundheitsbestimmungen machen sie sich sodann nach Art. 59 ArG strafbar<sup>958</sup>.

### 2.4 *Pflichten der Arbeitnehmenden*

578 Neben den Arbeitgebenden nehmen Art. 6 Abs. 3 ArG sowie Art. 10 ArGV 3 auch die Arbeitnehmenden in die Pflicht. So sind die Arbeitnehmenden verpflichtet, die Weisungen der Arbeitgebenden bezüglich der Gesundheitsvorsorge zu befolgen und die allgemein anerkannten Regeln zu berücksichtigen. Ferner müssen die Arbeitnehmenden die persönlichen Schutzausrüstungen benützen und dürfen die Wirksamkeit der Schutzeinrichtungen nicht beeinträchtigen (Art. 10 Abs. 1 ArGV 3). Falls die Arbeitnehmenden Mängel feststellen, welche die Gesundheitsvorsorge beeinträchtigen, haben sie diese zu beseitigen, sofern sie dazu befugt und in der Lage sind. Ansonsten haben sie den Mangel den Arbeitgebenden zu melden (Art. 10 Abs. 2 ArGV 3).

579 Die Arbeitnehmenden haben bei allen Fragen des Gesundheitsschutzes ein gesetzliches Mitspracherecht (Art. 48 Abs. 1 lit. a ArG, Art. 6 Abs. 3 ArG und Art. 6 Abs. 1 ArGV 3), müssen also angehört werden und können Vorschläge unterbreiten, sie haben aber kein *Mitbestimmungsrecht*. Sie sind sodann verpflichtet, die Weisungen der Arbeitgebenden zu befolgen (Art. 321d OR) und bei der Durchführung der Präventionsmassnahmen mitzuwirken und diese zu unterstützen (Art. 6 Abs. 3 ArG).

### 2.5 *Verhältnis zu der privatrechtlichen Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR*

580 Die Schutzverpflichtungen des öffentlichen Rechts (dazu zählen neben Art. 6 Abs. 1 ArG auch zahlreiche weitere Schutzvorschriften des Arbeits- und Unfallversicherungsgesetzes) und die privatrechtliche Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR bestehen nebeneinander, sind jedoch weitgehend deckungsgleich. Sind die öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften auf ein Arbeitsverhältnis anwendbar, gewährt Art. 342 OR insoweit einen zivilrechtlichen Anspruch auf Erfüllung, als diese Inhalt eines Einzelarbeitsvertrages sein könnten, also immer dann, wenn es sich um konkrete Schutzrechte handelt<sup>959</sup>.

581 Trotz des zwingenden Charakters von Art. 342 Abs. 2 OR<sup>960</sup> können laut Bundesgericht die Arbeitgebenden zu Schutzmassnahmen verpflichtet werden, die über die öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften hinausgehen<sup>961</sup>. Es ist nicht auszuschliessen, dass Art. 328 Abs.

---

<sup>957</sup> GÄCHTER (Arbeitsschutz), S. 326f.

<sup>958</sup> SCHEIDEGGER/PITTELOUD, N 28 zu Art. 6 ArG.

<sup>959</sup> BGE 132 III 257, Erw. 5.4.5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 zu Art. 328 OR; vgl. auch REHBINDER/STÖCKLI, N 15 zu Art. 328 OR.

<sup>960</sup> Siehe Art. 361 OR.

<sup>961</sup> BGE 132 III 257, Erw. 5.4.5.

2 OR zu einem weiterreichenden Schutz als das öffentliche Recht verpflichtet<sup>962</sup>. Da Art. 342 Abs. 2 OR nicht nur die den Arbeitgebenden, sondern auch die den Arbeitnehmenden auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten umfasst, wird laut Bundesgericht durch die beidseitig zwingende Ausgestaltung lediglich sichergestellt, dass auch die Arbeitgebenden allfälligen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Arbeitnehmenden Nachachtung verschaffen können<sup>963</sup>. Zudem ist Art. 328 OR nur relativ zwingend ausgestaltet (Art. 362 OR), weshalb die Parteien laut STAEHELIN durchaus strengere Schutzvorschriften vereinbaren können<sup>964</sup>.

582 Durch die zusätzliche Verankerung des Gesundheitsschutzes im öffentlichen Arbeitsrecht wird die Wirkung von Art. 328 OR verstärkt, da er von Amtes wegen durchzusetzen ist. Ferner könne die Arbeitnehmenden selbst bei unverschuldeter Pflichtverletzung durch die Arbeitgebenden ihre Arbeitsleistung ohne Lohneinbusse verweigern<sup>965</sup>.

### 3. *Im Vergleich: Schutzpflichten gestützt auf das UVG*

583 Die Unfallverhütung ist unter dem sechsten Titel des UVG geregelt und aufgeteilt in ein ausführliches Kapitel zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (Art. 81-87 UVG) und ein aus einem Artikel bestehenden Kapitel zur Verhütung von Nichtberufsunfällen (Art. 88 UVG). Konkretisiert werden die Bestimmungen insbesondere in der Verordnung über die Unfallverhütung (VUV)<sup>966</sup>.

584 Laut Art. 82 Abs. 1 UVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind. Diese Unfallverhütungspflicht trifft alle Arbeitgebenden von Arbeitnehmenden, die erkennbar gefährdet sind<sup>967</sup>. Der Bundesrat kann sodann aufgrund Art. 83 Abs. 1 UVG nach Anhören der unmittelbar beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen Vorschriften über technische, medizinische und andere Massnahmen zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten in den Betrieben erlassen. Dem ist er bspw. mit der Verordnung über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (Bauarbeitenverordnung, BauAV) vom 29. März 2000 nachgekommen<sup>968</sup>. In der VUV werden die Sicherheitsanforderungen an Gebäude, Arbeitsmittel, Arbeitsumgebung und Arbeitsorganisation ausführlich umschrieben und die Umsetzung wird streng kontrolliert.

585 Verletzen Arbeitgebende Vorschriften zur Unfallverhütung müssen sie einen Prämienzuschlag ausrichten (Art. Art 113 UVV) oder haben gar strafrechtliche Sanktionen in Kauf zu nehmen<sup>969</sup>. Neben diesen negativen Anreizen können auch wirtschaftliche Anreize die Arbeitgebenden zu Gesundheitsprävention motivieren. Da die Prämien für die Unfallversicherung sowohl bezüglich der Branche als auch bezüglich eines einzelnen Betriebes risikogerecht festgesetzt werden (Art. 92 Abs. 2 UVG), besteht für Arbeitgebende ein wirtschaftlicher Anreiz dafür zu sorgen, dass die Risiken nicht eintreten. Indem die Leistungen der Unfallversicherung

---

<sup>962</sup> So auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 zu Art. 328 OR; STAEHELIN, N 17 zu Art. 328 OR (wenn auch jeweils mit andere Argumentation als das Bundesgericht); a.M. PORTMANN, N 11 zu Art. 328 OR, der aufgrund der zwingenden Natur von Art. 342 Abs. 2 OR in den strengeren öffentlich-rechtlichen Vorschriften die obere Grenze der von den Arbeitgebenden geschuldeten Schutzpflichten sieht.

<sup>963</sup> BGE 132 III 257, Erw. 5.4.5.

<sup>964</sup> STAEHELIN, N 17 zu Art. 328 OR.

<sup>965</sup> GÄCHTER (Arbeitsschutz), S. 327.

<sup>966</sup> Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV) vom 19. Dezember 1983, SR 832.30.

<sup>967</sup> RUMO-JUNGO, S. 325 m. V. a. BGE 109 IV 17, Erw. 2a.

<sup>968</sup> Vgl. RUMO-JUNGO, S. 327.

<sup>969</sup> PÄRLI/STEIGER-SACKMANN/STÖCKLE, S. 4.

(Heilungskosten, Taggelder, Renten, Hilflosenentschädigung) über eine lange Zeitdauer zu erbringen sind und allein durch die Prämien und Kapitalerträge finanziert werden, besteht ein gewichtiger Zusammenhang zwischen Prävention und Prämien. Bei der allgemeinen Gesundheitsvorsorge aufgrund des ArGs bzgl. Krankheit findet sich kein solcher Zusammenhang<sup>970</sup>.

586 Im Vergleich zum Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz im ArG und OR ist der Schutz vor Berufskrankheiten und Unfällen im UVG und den zugehörigen Verordnungen sehr detailliert.

#### **4. *Datenschutz und Überwachung am Arbeitsplatz***

587 Die moderne Technik bietet zahlreiche Möglichkeiten zur Überwachung der Arbeitnehmenden. Aber nicht alles, was technisch möglich ist, ist rechtlich erlaubt und/oder aus gesundheitlicher Sicht zu befürworten. Aber auch ohne Überwachung verfügen Arbeitgebende über persönliche Daten der Arbeitnehmenden. Das Arbeitsvertragsrecht beinhaltet deshalb zum „Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers“ neben dem allgemeinen Art. 328 OR auch Art. 328b OR zum Persönlichkeitsschutz bei der Bearbeitung von Personendaten. Relevant sind überdies das DSG und das ArG.

##### **4.1 *Regelung im OR***

588 Nach Art. 328b OR darf die Arbeitgeberin Personendaten des Arbeitnehmers nur bearbeiten, „soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind“. In Art. 328b Satz 2 OR wird sodann darauf hingewiesen, dass im Übrigen die Bestimmungen des DSG gelten. Damit konkretisierte die Gesetzgeberin das in Art. 4 DSG verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip und gegenüber dem DSG wird der Schutz im Arbeitsverhältnis durch Art. 328b OR erhöht. Basis der Schranken der Überwachung von Arbeitnehmenden bilden die allgemeine Persönlichkeitsschutznorm in Art. 328 OR und die öffentlich-rechtliche Parallelnorm in Art. 6 ArG.

589 Bearbeiten im Sinne von Art. 328b OR beinhaltet jeglichen Umgang mit Personendaten, darunter fällt aber insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten. Das Aufzeichnen von Vorgängen, die eindeutig einer Person zuzuordnen sind, gilt ebenfalls als Bearbeiten im Sinne dieser Schutznorm, nicht vorausgesetzt ist, dass diese Daten tatsächlich von jemandem wahrgenommen werden<sup>971</sup>.

##### **4.2 *Regelung im ArG***

590 Die gestützt auf Art. 6 Abs. 4 und Art. 40 ArG erlassene Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, welche die Massnahmen für die Gesundheitsvorsorge regelt, untersagt in Art. 26 Abs. 1 zwingend den Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen, die das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen sollen. Abs. 2 desselben Artikels schreibt vor, dass Überwachungs- und Kontrollsysteme die aus anderen Gründen erforderlich sind, insbesondere so zu gestalten und anzuordnen sind, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden dadurch nicht beeinträchtigt werden. Als Überwachungs- und Kontrollsysteme

---

<sup>970</sup> Siehe dazu: PÄRLI/STEIGER-SACKMANN/STÖCKLE, S. 35 f.

<sup>971</sup> GEISER (Überwachung), S. 99.

me gelten namentlich Videoanlagen, Computersysteme und -netzwerke, Telefonanlagen, Gegensprechanlagen, Fotokopiergerät und GPS<sup>972</sup>.

591 Der Verordnungsgeber unterscheidet demnach zwischen einer nicht zulässigen Verhaltenskontrolle und einer zulässigen Kontrolle aus anderen Gründen, wie bspw. Überwachungen aus Sicherheitsgründen, zur Leistungskontrolle oder zum Schutz vor Diebstählen, sofern und soweit dadurch die Gesundheit der Arbeitnehmenden nicht gefährdet wird<sup>973</sup>. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Überwachungsarten ist jedoch nicht immer einfach. Nur schwer möglich ist sie bspw. beim Einsatz von Videoanlagen. Aber auch bei der Kontrolle aus anderen Gründen dürfen jeweils nur bestimmte Vorgänge und Eigenschaften aufgezeichnet werden. Nicht erlaubt ist die totale Überwachung. Ferner hat die Videoüberwachung grundsätzlich transparent zu sein, d. h. die Arbeitnehmenden müssen über die Einrichtung von Überwachungsmassnahmen informiert werden. Dem Gesagten entgegenstehende privatrechtliche Abmachungen sind nicht erlaubt<sup>974</sup>. Das absolute Verbot von Abs. 1 umfasst jedoch nach Ansicht der Verfassenden nur die reinen Verhaltensüberwachungen.

592 Da das Arbeitsgesetz selbst keine Bestimmung zur Überwachung der Arbeitnehmenden enthält, stellte die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in einem Urteil vom 12. November 2009 in Frage, ob Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruht. Es wendete den Artikel aber dennoch an und kam zum Schluss, dass Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmenden überwachen, nicht in jedem Fall die Gesundheit der Arbeitnehmenden beeinträchtigen und folglich nur verboten seien, soweit sie geeignet seien, die Gesundheit oder das Wohlbefinden der Arbeitnehmer zu schädigen<sup>975</sup>. Im genannten Fall ging es um eine heimliche Videoüberwachung des Kassenraumes einer Bijouterie. Dass diese Überwachung ohne das Wissen der betroffenen Arbeitnehmerin erfolgte, war für die strafrechtliche Abteilung nicht relevant<sup>976</sup>. Während zumindest die Ausführungen des Bundesgerichts zur Auslegung von Art. 26 ArGV3 zum Teil begrüsst wurden, da diese den Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Verhaltenskontrolle und Kontrolle aus anderen Motiven Rechnung tragen<sup>977</sup>, stösst insbesondere die datenschutzrechtliche Würdigung des Sachverhalts auf Kritik. Indem es die strafrechtliche Abteilung nicht für relevant hielt, dass die betroffene Arbeitnehmerin nicht über die Videoüberwachung im Kassenraum informiert war, schenkte es dem zentralen Grundsatz der Erkennbarkeit und Transparenz von Videoüberwachungen zu wenig Beachtung und verkannte die Bedeutung der in Art. 4 DSGVO verankerten Datenbearbeitungsgrundsätze<sup>978</sup>. Auch der Argumentation, wonach es Art. 26 Abs. 1 ArGV3 an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage mangle, vermag nicht zu überzeugen, denn die reine Verhaltensüberwachung gefährdet erfahrungsgemäss die Gesundheit der Arbeitnehmenden<sup>979</sup>. Dem entsprechend hat auch die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts in BGE 130 II 425 vom 13. Juli 2004 (GPS-Urteil) die Gesetzesmässigkeit von Art. 26 Abs. 1 ArGV3 ausdrücklich festgehalten und in Erw. 3 betont: „l'art. 26

---

<sup>972</sup> SECO, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, Bern 1995, S. 2 zu Art. 26.

<sup>973</sup> PÄRLI (Videoüberwachung), S. 77f.

<sup>974</sup> GEISER (Überwachung), S. 100f.; SECO, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, Bern 1995, S. 1-3 zu Art. 26.

<sup>975</sup> Urteil BGer 6B\_536/2009 vom 12. November 2009, Erw. 3 ff.

<sup>976</sup> Urteil BGer 6B\_536/2009 vom 12. November 2009, Erw. 3.5.

<sup>977</sup> JÖHRI/STUDER, S. 159.

<sup>978</sup> PÄRLI (Videoüberwachung), S. 78; BAERISWYL, S. 141; JÖHRI/STUDER, S. 160; positiv aufgenommen wurde das Urteil hingegen von ROGER RUDOLPH, der deshalb Handlungsbedarf beim SECO und den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten sieht, da diese nach wie vor von einem absoluten Verbot gezielter Überwachungsmassnahmen ausgehen, RUDOLPH (Videoüberwachung), S. 21.

<sup>979</sup> So der Bundesrat in Beantwortung der parlamentarischen Anfrage von Nationalrat Reimann vom 12. Dezember 1984 am 20. Februar 1985, BBl 1985 724; so auch: SECO, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, Bern 1995, S. 2 zu Art. 26.



OLT 3 s'insère parfaitement dans le cadre de la délégation de compétence prévue à l'art. 6 al. 4 LTr<sup>980</sup>.

### 4.3 *Regelungen im DSG*

593 Neben Art. 26 ArGV3 und Art. 328b OR ist insbesondere auch das DSG relevant, welches den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden, bezweckt (Art. 1 DSG)<sup>981</sup>. Das DSG gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen sowohl durch private Personen als auch durch Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 DSG). Eine Überwachung muss laut DSG in jedem Fall verhältnismässig sein (Art. 4 Abs. 2 DSG), die Daten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Art. 4 Abs. 3 DSG) und ihre Beschaffung sowie der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person erkennbar sein (Art. 4 Abs. 4 DSG). Eine verdeckte Überwachung ist folglich grundsätzlich unzulässig und nur erlaubt, wenn der Zweck nicht anders erreicht werden kann. Geiser nennt hier eine Untersuchung, um ein bereits begangenes Delikt in einem Betrieb aufzuklären, wenn ein offenes Vorgehen den Fahndungserfolg verhindern würde<sup>982</sup>. Grundsätzlich sind aber Anordnung und Durchführung solcher Überwachungsmassnahmen Aufgabe der staatlichen Strafverfolgungsbehörden<sup>983</sup>.

### 4.4 *Zwischenfazit*

594 Zu unterscheiden ist zwischen einer verdeckten und einer offenen Überwachung. Erstere wirft insbesondere datenschutzrechtliche Fragen auf, denn die Beschaffung von Personendaten und der Zweck müssen erkennbar sein (Art. 4 Abs. 4 DSG) und die Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein (Art. 4 Abs. 2 DSG). Während die Installation der Kamera an sich mit dem selbstverständlich legitimen Zweck des Schutzes vor Diebstahl gerechtfertigt werden kann, stellt die Nichtinformation der betroffenen Arbeitnehmenden über die Überwachung eine Verletzung der Datenschutzprinzipien dar. Die verdeckte Videoüberwachung stellt zwar ein geeignetes Mittel zur Diebstahlsicherung dar, die Nichtinformation ist aber nicht erforderlich, denn der Zweck könnte auch bei vorgängiger Information des Personals erreicht werden<sup>984</sup>. Bei der offenen Überwachung steht der Gesundheitsschutz im Vordergrund. Eine übermässige Überwachung kann sich negativ auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden auswirken. Diese Aussage wurde aber durch die neuere Bundesgerichtsrechtsprechung etwas relativiert, weshalb im Interesse der Rechtssicherheit zu prüfen ist, ob die Verankerung der Schranken von zulässigen Überwachungen der Arbeitnehmenden in einer eigenen, über Art. 6 ArG hinausgehenden, ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage sinnvoll wäre.

---

<sup>980</sup> BGE 130 II 425 Erw. 3.

<sup>981</sup> Zum Verhältnis DSG und Art. 328b OR vgl. Rz. 588.

<sup>982</sup> GEISER (Überwachung), S. 99.

<sup>983</sup> Beschluss Verfahrensgericht BL 420 03 81 vom 24. März 2004, Erw. 7.

<sup>984</sup> Anders sieht es dagegen aus, wenn die Videoüberwachung nach konkretem Diebstahlverdacht zur Überführung eines Verdächtigen eingesetzt wird, siehe dazu Urteil BGer 9C\_785/2010 vom 10. Juni 2011.

## 5. Fürsorgepflicht im Zusammenhang mit Präsentismus

### 5.1 Hintergrund

595 Präsentismus<sup>985</sup> bezeichnet das Verhalten von Arbeitnehmenden, trotz Krankheit zur Arbeit zu gehen, obwohl das Fernbleiben aufgrund des Gesundheitszustandes legitim wäre oder sogar vom Arzt geraten wurde<sup>986</sup>. Der Begriff steht im Gegensatz zum Absentismus, also der Abwesenheit von Arbeitnehmenden vom Arbeitsplatz. Während vieler Jahre wurde in der Arbeitswissenschaft intensiv das Phänomen des „Absentismus“ diskutiert. Als Ursache für die gesundheitlich bedingten Abwesenheiten wurde das komplexe Zusammenspiel von Persönlichkeitsfaktoren, Arbeitsmilieu aber auch gesamtgesellschaftliche Einflüsse auf das Individuum und sein Verhalten am Arbeitsplatz genannt<sup>987</sup>. Um die Jahrtausendwende begann eine wissenschaftliche und politische Debatte über tatsächlich krankheitsbedingte Absenzen einerseits und eher motivationsbedingte Absenzen andererseits<sup>988</sup>. Als „Treiber“ für die Zunahme eher motivationsbedingter Absenzen wurden (und werden) dabei Anreize zu arbeitsfreien Einkommen – Moral Hazard bei Lohnfortzahlungspflichten der Arbeitgeber, in Aussicht stehende Versicherungsleistungen<sup>989</sup> – und Gefälligkeitszeugnisse der Hausärzte/innen genannt<sup>990</sup>. Dieser Diskurs bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die Praxis. Arbeitgeber wie Taggeldversicherer stellen häufiger die Arbeitsunfähigkeit in Frage, verlangen vertrauensärztliche Untersuchungen oder stellen die Leistungen mit der Begründung ein, eine Arbeitsunfähigkeit sei „überwindbar“<sup>991</sup>. Diese Entwicklung ist im Bereich der Invalidenversicherung seit längerer Zeit im Gange. Auf dem Hintergrund steigender Kosten und stagnierender Einnahmen wurden durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zunehmend mehr Krankheitsbilder als überwindbar bezeichnet und die betroffenen Personen damit vom Rentenbezug ausgeschlossen<sup>992</sup>. Durch betriebliches Gesundheitsmanagement<sup>993</sup> und Früherfassung- und Frühintervention der Invalidenversicherung<sup>994</sup> wird versucht, krankheits- oder unfallbedingt arbeitsunfähige Arbeitnehmende im Erwerbsprozess zu behalten oder wieder einzugliedern. Solche Interventionen sind regelmässig nicht freiwillig und sanktionsbewehrt<sup>995</sup>.

---

<sup>985</sup> Nachfolgende Ausführungen stammen überwiegend aus: PÄRLI KURT/HUG JULIA, Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit). Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV), 1/2012, 1-12.

<sup>986</sup> ASHBY/MAHDON, S. 13.

<sup>987</sup> So z. B. CHOJNACKI, S.173 ff.

<sup>988</sup> Siehe z. B. ORTLIEB, S. 15 ff.

<sup>989</sup> Siehe RUHNKE.

<sup>990</sup> ZELLER, S. 1806 f.; zur Kritik an diesem Beitrag: KISSLING, S 1807 f., welcher betont, dass es sich bei unwahren Arztattesten oder gar Gefälligkeitszeugnissen um Einzelfälle handelt. Ebenfalls kritisch äussert sich: KUHN, S. 1808, KUHN weist daraufhin, dass die Belastung am Arbeitsplatz zuweilen so hoch sei, dass Ärzte Arbeitnehmende zu ihrem eigenen Schutz und gegen ihren Willen krankschreiben müssen.

<sup>991</sup> Urteil BGer 4A\_5/2011 vom 24. März 2011, mit Kommentaren von ZIMMERMANN (ablehnend), S. 259 und FUHRER (Kurzbesprechung), S. 166 (zustimmend).

<sup>992</sup> In BGE 131 V 49 äusserte das Bundesgericht die Vermutung, dass eine somatoforme Schmerzstörung mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar sei (Regel mit Ausnahmen). In den folgenden Jahren wurde diese Argumentation auf weitere Krankheitsbilder übertragen, u. a. in BGE 136 V 279 auf die HWS-Traumata. Der Gesetzgeber hat diese Entwicklung mit der 5. IV-Revision nachvollzogen (Einführung von Art. 7 Abs. 2 ATSG, Objektivierung der Erwerbsunfähigkeit); weitere Hinweise siehe Rz. 15 ff. und Rz. 915 ff.

<sup>993</sup> BAUER, S. 40 f.

<sup>994</sup> Die Früherfassung und Frühintervention wurde im Rahmen der 5. IV-Revision ins Gesetz aufgenommen.

<sup>995</sup> Siehe z. B. Art. 3c Abs. 6 IVG; im Rahmen der Früherfassung kann die IV-Stelle die versicherte Person zur Anmeldung bei der Invalidenversicherung auffordern, wird dieser Aufforderung nicht unverzüglich Folge geleistet, kann die IV ihre (später möglichen) Leistungen kürzen oder verweigern.

- 596 In jüngerer Zeit mehrten sich Stimmen, die auf „Nebenwirkungen“ des Kampfes gegen den Absentismus hinweisen<sup>996</sup>. Wenn Verhaltenskontrolle und Sanktionen gegenüber erkrankten Arbeitnehmenden zunehmen, ist es nicht erstaunlich, dass Arbeitnehmende selbst dann zur Arbeit gehen, wenn sie dies aus gesundheitlichen Gründen unterlassen sollten. Das Phänomen wird als „Präsentismus“ bezeichnet und ist gemäss neueren Erkenntnissen weit verbreitet<sup>997</sup>.
- 597 Präsentismus hat in der Rechtswissenschaft noch kaum Beachtung gefunden. Allerdings zu Unrecht, denn tatsächlich stellen sich viele Fragen, wie aus rechtswissenschaftlicher Sicht mit Präsentismus umzugehen ist. Wie bereits erwähnt, stellt sich bspw. die Frage, ob Arbeitnehmende die trotz Krankheit arbeiten dennoch durch Art. 336c Abs. 1 lit. b OR während einer gewissen Zeit vor einer Kündigung geschützt sind, was grundsätzlich zu bejahen ist<sup>998</sup>. Besteht Anspruch auf Kündigungsschutz, wenn Arbeitnehmende krank arbeiten? Ist die Arbeitgeberin gestützt auf ihre Fürsorgepflicht gehalten, zum Präsentismus neigende Arbeitnehmende von der Arbeit fernzuhalten und kann sie sich dazu auf das Weisungsrecht berufen? Diesen (und anderen) Fragen wird im vorliegenden Beitrag nachgegangen. Vorangestellt wird diesen rechtlichen Ausführungen ein Überblick zum Stand des Wissens in der Präsentismusforschung.

## 5.2 *Verbreitung und Ursachen*

- 598 Präsentismus ist weit verbreitet. 47% der in der Stressstudie 2010 des SECO befragten Erwerbstätigen der Schweiz gaben an, innerhalb eines Jahres trotz Krankheit gearbeitet zu haben. Von diesen 47% gingen 39% ein bis drei Tage krank zur Arbeit, 48% vier bis zehn Tage und 12% mehr als zehn Tage<sup>999</sup>. Umfragen aus anderen Ländern weisen ähnliche Zahlen auf; durchschnittlich verzichten 30% bis 50% der Arbeitnehmenden mindestens zweimal pro Jahr trotz Krankheit auf eine Krankmeldung<sup>1000</sup>. Bei Menschen mit einem schlechten Gesundheitszustand ist das Risiko, trotz Krankheit zu arbeiten grösser als bei grundsätzlich gesunden Menschen<sup>1001</sup>. Die Auswertungen der vorliegenden Studie bestätigen diese Zahlen<sup>1002</sup>.
- 599 Die Gründe für das Verhalten, trotz Krankheit zu arbeiten, können aufgeteilt werden in Persönliche Einflussfaktoren (z. B. Geschlecht, Alter, Gesundheitszustand), Arbeits- und organisationsbedingte Einflussfaktoren (z. B. Beruf, Bedingungen am Arbeitsplatz) und Umweltfaktoren (z. B. Arbeitsplatzunsicherheit)<sup>1003</sup>.

<sup>996</sup> Lieber Krank sein als an „Präsentismus“ leiden, NZZ Online vom 7. Juni 2011, <[www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/lieber\\_krank\\_sein\\_als\\_an\\_praesentismus\\_leiden\\_1.10846427.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/lieber_krank_sein_als_an_praesentismus_leiden_1.10846427.html)>, (besucht am 22. Januar 2012); BHAGWATI ANJANA, Da – und doch nicht da, St. Galler Tagblatt vom 5. März 2011, <[www.icas-eap.com/mm/100305\\_SG\\_Tagblatt\\_Artikel.pdf](http://www.icas-eap.com/mm/100305_SG_Tagblatt_Artikel.pdf)> (besucht am 22. Januar 2012); Jobangst drückt den Krankenstand auf Rekordtief, Welt Online vom 13. Juli 2009, <[www.welt.de/wirtschaft/article4107255/Jobangst-drueckt-den-Krankenstand-auf-Rekordtief.html](http://www.welt.de/wirtschaft/article4107255/Jobangst-drueckt-den-Krankenstand-auf-Rekordtief.html)> (besucht am 22. Januar 2012).

<sup>997</sup> Siehe dazu Rz. 598 ff.

<sup>998</sup> Siehe dazu Rz. 472 f.

<sup>999</sup> SECO, Stress bei Schweizer Erwerbstätigen, einsehbar unter: <[www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00008/00022/04731/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00008/00022/04731/index.html?lang=de)> (besucht am 21. November 2011).

<sup>1000</sup> REIF, S. 98 f.; ZOK, S. 4; SCHMIDT/SCHRÖDER, S. 96; DGB-Index 2009, S. 19, einsehbar unter: <[www.dgb-index-gute-arbeit.de/downloads/publikationen/data/diga\\_report\\_09.pdf](http://www.dgb-index-gute-arbeit.de/downloads/publikationen/data/diga_report_09.pdf)> (besucht am 26. Juli 2011); VOGT/BADURA/HOLLMANN, S. 190; ARONSSON/GUSTAFSSON/DALLNER, S. 505; ARONSSON/GUSTAFSSON, S. 961.

<sup>1001</sup> ARONSSON/GUSTAFSSON, S. 963; JANSEN, S. 33.

<sup>1002</sup> Siehe dazu Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“, Abschnitt 9.

<sup>1003</sup> Dazu ausführlich Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“, Abschnitt 9.

### 5.3 *Kontextfaktoren*

- 600 Das Phänomen des Präsentismus lässt sich nicht ausschliesslich durch eine Analyse des individuellen Verhaltens erklären. Mit der Globalisierung und dem Strukturwandel von einer Industrie- hin zu einer wissensorientierten Dienstleistungsgesellschaft haben sich auch die Arbeitsorganisationsformen geändert. Die Anforderungen, im globalen Wettbewerb bestehen zu können, sind gross, der Produktivitätsdruck entsprechend hoch, die Mitarbeitenden sämtlicher Hierarchiestufen gefordert. Produktivitätssteigerungen werden u. a. mit neueren Managementkonzepten wie dem der indirekten Steuerung der Mitarbeitenden durch Ziele (Management by objectives) zu realisieren versucht<sup>1004</sup>.
- 601 Technische Innovation und komplexe Arbeitsorganisation erfordern zudem vermehrt Gruppen-, Team- und Projektarbeiten. Eine solche Arbeitsorganisation fördert einerseits das Mitdenken der Mitarbeitenden, erhöht so unter anderem die Motivation und erfüllt die Forderungen nach einer „Humanisierung der Arbeit“<sup>1005</sup>, andererseits hat diese Form der Führung auch zur Folge, dass die psychischen Belastungen und Beanspruchungen zunehmen – insbesondere wenn das Erreichen der vorgegebenen Ziele von vornherein unrealistisch ist<sup>1006</sup>.
- 602 Mit den neueren Managementkonzepten geht nicht selten einher, dass Arbeitnehmende ihre privaten Bedürfnisse missachten und sich zunehmend bewusst gesundheitsschädigend verhalten, also bspw. auch krank arbeiten gehen<sup>1007</sup>. Nicht eindeutig ist hingegen, wie sich die Möglichkeit der Anpassung der Arbeit bzgl. Arbeitsmenge, -ort und -zeit sowie der Art der geleisteten Arbeit an den Gesundheitszustand auf das Präsentismusverhalten auswirkt. Während die fehlende Anpassbarkeit zu vermehrtem Absentismus führt<sup>1008</sup>, erhöht die Möglichkeit die Arbeit anzupassen die Wahrscheinlichkeit von Präsentismus<sup>1009</sup>. Allerdings fühlen sich Betroffene, die unter Anpassung ihrer Arbeit trotz Krankheit arbeiten, weniger in ihrer Produktivität beeinträchtigt als jene, welche diese Möglichkeit nicht haben<sup>1010</sup>.
- 603 Die Betriebe können das Absenzen- sowie das Präsentismusverhalten ihrer Arbeitnehmenden durch zweckmässiges betriebliches Gesundheitsmanagement positiv beeinflussen. Betriebliches Gesundheitsmanagement bezweckt die Förderung und den Erhalt der Gesundheit der Arbeitnehmenden<sup>1011</sup>. Durch gezieltes Gesundheitsmanagement sollen Fehlzeiten, Fluktuation und gesundheitsbedingte Leistungsminderungen reduziert, die Kosten gesenkt und die Produktivität erhöht werden<sup>1012</sup>. Laut den Studien vom Wissenschaftlichen Institut der AOK scheinen Arbeitnehmende, deren Betriebe Gesundheitsmanagement betreiben, seltener trotz Krankheit zu arbeiten. Offensichtlich scheint sich betriebliches Gesundheitsmanagement positiv auf das Verhalten von Arbeitnehmenden bei Krankheit auszuwirken<sup>1013</sup>.

### 5.4 *Folgen*

- 604 Regelmässiges Arbeiten trotz Krankheit bleibt nicht folgenlos. Das Verschleppen und fehlende Auskurieren von Krankheiten oder das Hinauszögern eines Arztbesuches kann negative

---

<sup>1004</sup> KRAUSE/DORSEMAGEN/PETERS, S. 1.

<sup>1005</sup> VOSWINKEL/KOCYBA, S. 43.

<sup>1006</sup> JANSEN, S. 81.

<sup>1007</sup> KRAUSE/DORSEMAGEN/PETERS, S. 1; STEINKE/BADURA, S. 62.

<sup>1008</sup> STEINKE/BADURA, S. 68.

<sup>1009</sup> ASHBY/MAHDON, S. 50-51; STEINKE/BADURA, S. 68.

<sup>1010</sup> ASHBY/MAHDON, S. 50-51.

<sup>1011</sup> WEIHERL/EMMERMACHER/KEMTER, S. 306 f. m. H.

<sup>1012</sup> WEIHERL/EMMERMACHER/KEMTER, S. 308.

<sup>1013</sup> Um tatsächlich einen Kausalzusammenhang nachzuweisen, bedürfte es allerdings mehr als die vom Wissenschaftlichen Institut der AOK durchgeführten Querschnittsbetrachtung (SCHMIDT/SCHRÖDER, S. 98).

Auswirkungen auf die Gesundheit haben, etwa durch Chronifizierung oder Verschlimmerung eines Leidens. Eine verschleppte Erkältung kann sich zu einer Mittelohrentzündung oder zu gefährlichen Folgeerkrankungen wie einer Herzmuskel-, Lungen- oder Hirnhautentzündung entwickeln<sup>1014</sup>. Bei ansteckenden Krankheiten erfolgt zudem eine Gefährdung von Arbeitskollegen.

- 605 Eine dänische Studie aus dem Jahr 2009 weist einen nahezu linearen Zusammenhang zwischen Präsentismus und der erhöhten Wahrscheinlichkeit einer länger dauernden Krankheit nach, d. h., je öfters jemand trotz Krankheit arbeitet, desto höher ist das Risiko später während längerer Zeit arbeitsunfähig zu werden<sup>1015</sup>. Zu einer ähnlichen Erkenntnis kam bereits eine auf einer Kohorte von 5071 männlichen englischen Beamten basierende Studie aus dem Jahr 2005. Deren Ergebnisse zeigen, dass bei gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden, welche sich während drei Jahren nie krank gemeldet haben, das Risiko eines koronaren Herzproblems zwei Mal höher ist als bei gesundheitlich ähnlich beeinträchtigten mit moderaten Krankheitstagen<sup>1016</sup>.
- 606 Neben den Folgen für die Gesundheit sind auch die finanziellen Effekte zu erwähnen. Vor allem in US-amerikanischen Veröffentlichungen wird Präsentismus als Produktivitätsverlust infolge gesundheitsbeeinträchtigter aber anwesender Arbeitnehmenden definiert. Im Vordergrund stehen bei diesen Untersuchungen die durch Präsentismus anfallenden Kosten, welche in den USA zwei bis drei Mal höher sind als jene für Absentismus<sup>1017</sup>. Eine neuere Veröffentlichung aus Deutschland nennt ähnliche Zahlen; Berechnungen ergaben, dass die durch Fehlzeiten bedingten Kosten nur rund ein Drittel der effektiv durch Krankheit verursachten Kosten in Unternehmen ausmachen. Zwei Drittel der Kosten, welche Unternehmen durch Krankheit entstehen, werden durch Präsentismus verursacht. Noch nicht einbezogen in diese Berechnung sind die Kosten für Vertretungen, Know-how-Verlust oder Ansteckung von Arbeitskollegen, d. h. die tatsächlichen Kosten dürften noch höher sein<sup>1018</sup>.

## 5.5 *Präsentismus und Fürsorgepflicht/Weisungsrecht*

- 607 Mit Blick auf die möglichen gesundheitlichen Folgen von Präsentismus stellt sich zudem die Frage, ob und welche Massnahmen Arbeitgebende aufgrund ihrer Fürsorgepflicht zu ergreifen haben. Weiter interessiert, welche Verhaltenspflichten die Treuepflicht gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden auferlegt.
- 608 Wie bereits erwähnt, kann der weit verbreitete Präsentismus den Zustand bereits gesundheitlich angeschlagener Mitarbeiter/innen weiter verschlechtern<sup>1019</sup>. Eine Arbeitsorganisation und

<sup>1014</sup> Verschleppte Erkältung – ein verkanntes Risiko, ecara Gesundheitsblog vom 4. April 2011, <[www.ecara.de/krankheiten/erschleppte-erkaltung-symptome-folgen/](http://www.ecara.de/krankheiten/erschleppte-erkaltung-symptome-folgen/)> (besucht am 12. Dezember 2011); Vorsicht: Verschleppte Erkältung, Erkaeltung.de vom 10. Februar 2011, <[erkaeltung.de/2011/02/vorsicht-verschleppte-erkaeltung/](http://erkaeltung.de/2011/02/vorsicht-verschleppte-erkaeltung/)> (besucht am 12. Dezember 2011).

<sup>1015</sup> HANSEN/ANDERSEN, S. 397-402; Die Studie zeigt weiter auf, dass bei Arbeitnehmenden, die öfters als sechs Mal krank zur Arbeit gehen, das Risiko einer mindestens zweiwöchigen krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit 53% höher ist als bei denjenigen, welche nie oder lediglich einmal trotz Krankheit zur Arbeit erscheinen; das Risiko einer länger als zwei Monate dauernden Arbeitsunfähigkeit ist gar um 74% höher.

<sup>1016</sup> KIVIMÄKI ET AL, S. 98-102.

<sup>1017</sup> HEMP, S. 51.

<sup>1018</sup> So die Studie „Vorteil Vorsorge“ von Booz & Company, 2011, anforderbar unter: <<http://www.booz.com/de/home/Presse/Pressemitteilungen/pressemitteilung-detail/49542837>> (besucht am 23. Januar 2012).

<sup>1019</sup> Siehe Rz. 604.

- ein Betriebsklima, die es erschweren, sich bei Krankheit arbeitsunfähig zu melden und sich auszukurieren, sind dabei erhebliche Risikofaktoren<sup>1020</sup>.
- 609 Arbeitgebende sind aufgrund der Fürsorgepflicht verpflichtet, Präsentismus zu unterbinden; zumindest dann, so entschied das Landesarbeitsgericht Hamm in einem Urteil vom 10. November 1988, „wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers objektiv feststeht, dieses beiden Arbeitsvertragsparteien bekannt ist, der Arbeitnehmer aber sehenden Auges gleichwohl arbeiten will“<sup>1021</sup>. Diese Aussage lässt sich auch auf die schweizerische Rechtslage übertragen. Eine Arbeitgeberin muss die Arbeitsleistung offensichtlich gesundheitlich beeinträchtigter bzw. gesundheitlich gefährdeter Arbeitnehmenden zurückweisen<sup>1022</sup>. Das Bundesgericht hielt in BGE 126 III 75 fest, die Nichtbeschäftigung einer Opersängerin in der Endphase ihrer Schwangerschaft sei angesichts der konkreten Bedrohung ihrer Gesundheit (und der des Kindes) durch den Bühnenauftritt im Lichte von Art. 328 Abs. 1 und 2 OR zulässig<sup>1023</sup>. Aus der Fürsorgepflicht lässt sich folglich eine Pflicht der Arbeitgebenden ableiten, dafür zu sorgen, dass ihre Arbeitnehmenden nicht krank arbeiten, wenn sie damit ihre oder die Gesundheit von Dritten gefährden. Die Arbeitgeber können dabei auf das in Art. 321d OR verankerte Weisungsrecht zurückgreifen, welches ihnen erlaubt, über das Verhalten der Arbeitnehmenden im Betrieb Anordnungen zu erlassen und ihnen besondere Weisungen zu erteilen. Beim Weisungsrecht handelt es sich in der Regel um eine blosser Obliegenheit. Ist es aber zum Schutz der Arbeitnehmenden oder Dritten erforderlich, wird aus dem Weisungsrecht eine Weisungspflicht<sup>1024</sup>. In diesen Fällen haben Arbeitgebende nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, Arbeitnehmende von (für sie oder andere) gesundheitsschädigenden Arbeiten abzuhalten. Dabei genügt es unter Umständen nicht, Arbeitnehmende bloss nach Hause zu schicken. Kann der Arbeitnehmer die Arbeit auch von zu Hause aus verrichten, ist ihm, sofern und soweit dies aus gesundheitlichen Gründen geboten ist, auch die „Home-Office-Arbeit“ zu untersagen<sup>1025</sup>.
- 610 Arbeitnehmende, die – wenn auch gegen ihren Willen – aus gesundheitlichen Gründen nicht arbeiten dürfen, können sich in der Regel nicht auf den in Art. 324 OR geregelten Annahmeverzug des Arbeitgebers stützen, da es an einem tauglichen Angebot seitens des Arbeitnehmers<sup>1026</sup> fehlt. Will die Arbeitgeberin jedoch unter dem Vorwand der Krankheit eine unliebsame Arbeitnehmerin nach Hause schicken, obwohl diese durch die Krankheit nicht in der Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt ist, dürfte Art. 324 OR zur Anwendung gelangen<sup>1027</sup>. Für die betroffene Arbeitnehmerin hätte dies zur Folge, dass sie trotz fehlender Arbeitsleistung und ohne Nachleistungspflicht einen Lohnanspruch geltend machen könnte.
- 611 Fraglich ist, wer eine allfällige Arbeitsunfähigkeit resp. die Möglichkeit einer Gesundheitsgefährdung der betroffenen Arbeitnehmenden oder Dritten bei Weiterarbeit zu beweisen hätte. Lehnt ein Arbeitgeber die angebotene Arbeitsleistung aufgrund einer gesundheitlichen Beeinträchtigung des Arbeitnehmers gegen dessen Willen ab, hat er nach den Regeln von Art. 8 ZGB den Beweis für die Arbeitsunfähigkeit zu erbringen. Mit Blick auf den Gesundheitsschutz muss es dem Arbeitgeber insbesondere bei möglicherweise ansteckenden Krankheiten möglich sein, die betroffenen Arbeitnehmenden unverzüglich nach Hause zu schicken. Auf-

---

<sup>1020</sup> VOSWINKEL, S. 5.

<sup>1021</sup> LAG Hamm, Urteil vom 10.11.1988 - 17 Sa 605/88.

<sup>1022</sup> TOBLER et al., N 1.5 zu Art. 328 OR.

<sup>1023</sup> BGE 126 III 75, Erw. 2d, in: Pra 89 (2000) 121.

<sup>1024</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 321d OR.

<sup>1025</sup> Ähnlich der Vorgehensweise bei Zwangsferien für Investmentbanker ist notfalls dafür zu sorgen, dass kranke Arbeitnehmende vor sich selber geschützt werden, indem bspw. ihr Computerzugang gesperrt wird (NIEDERBERGER WALTER, CS schickt Händler aus Sicherheitsgründen in die Ferien, Tagesanzeiger Online vom 28. Dezember 2011, <[www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/CS-schickt-Haendler-aus-Sicherheitsgruenden-in-die-Ferien/story/17033169](http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/CS-schickt-Haendler-aus-Sicherheitsgruenden-in-die-Ferien/story/17033169)> (besucht am 25. Januar 2012)).

<sup>1026</sup> STAEHELIN, N 3 zu Art. 324 OR.

<sup>1027</sup> Weiter wäre in einem solchen Fall die Berufung des Arbeitgebers auf sein Weisungsrecht als rechtsmissbräuchlich i. S. v. Art. 2 ZGB zu qualifizieren.

grund ihrer Treuepflicht haben Arbeitnehmende sodann die Obliegenheit, sich bei begründeten Zweifeln an ihrer Arbeitsfähigkeit auf Kosten des Arbeitgebers einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen<sup>1028</sup>. Bei bewiesener Arbeitsunfähigkeit haben Arbeitnehmende Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR, kann die Arbeitsunfähigkeit nicht bewiesen werden, haben sie Anspruch auf Lohn nach Art. 324 OR. Der Lohnanspruch nach Art. 324 OR ist für die Arbeitnehmenden insofern günstiger, als derjenige nach Art. 324a OR beschränkt ist und es nicht in ihrem Interesse liegt, diesen anzubrauchen, oder aber weil dieser aufgrund früherer Arbeitsunfähigkeiten bereits aufgebraucht ist.

- 612 Gesundheitliches Befinden ist sehr subjektiv, weshalb es für die Arbeitgebenden in der Praxis nicht immer einfach sein wird, Präsentismusverhalten auszumachen. Aus diesem Grund haben Arbeitgebende weitere Massnahmen zu ergreifen um zu verhindern, dass Arbeitnehmende erst gar nicht trotz Krankheit arbeiten.

## 5.6 Anwesenheitsprämien

- 613 Neben der Pflicht, gesundheitlich angeschlagene Arbeitnehmende zu schonen und gegebenenfalls von der Arbeit fernzuhalten, sind Arbeitgebende aufgrund der Fürsorgepflicht gehalten, ein Betriebsklima zu schaffen, welches den Arbeitnehmenden ermöglicht, bei Krankheit zu Hause zu bleiben. Aus Sicht der Präsentismusbekämpfung eher kritisch zu beurteilen sind sogenannte Anwesenheitsprämien, die in den letzten Jahren im Kontext der Absenzenbekämpfung in vielen Betrieben eingeführt wurden. Anwesenheitsprämien sollen objektiv nicht begründete Fehlzeiten reduzieren und jene Arbeitnehmenden belohnen, die den Arbeitgebenden ununterbrochen zur Verfügung stehen<sup>1029</sup>.

- 614 Die Anwesenheitsprämie ist gesetzlich nicht direkt verankert. Art. 322d OR regelt jedoch die Gratifikation, eine Sondervergütung, welche neben dem gewöhnlichen Lohn bei bestimmten Anlässen von der Arbeitgeberin ausgerichtet wird. Das Gesetz nennt als Anlässe Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres<sup>1030</sup>, denkbar wäre aber auch eine Anwesenheitsprämie. So wird in der Lehre die Kürzung einer Gratifikation bei längerer krankheitsbedingter Abwesenheit grundsätzlich akzeptiert<sup>1031</sup>. Art. 329b Abs. 2 OR sieht bei einer Verhinderung an der Arbeitsleistung von mehr als einem Monat, welche durch Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, die Möglichkeit einer Ferienkürzung vor<sup>1032</sup>. Andererseits darf eine unverschuldete Arbeitsverhinderung und damit auch eine (unverschuldete) krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nach Art. 337 Abs. 3 OR vom Richter nie als wichtiger Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses anerkannt werden. Ausdrücklich geregelt ist die Zulässigkeit einer Anwesenheitsprämie im deutschen Recht. Hier sieht Art. 4a des Entgeltfortzahlungsgesetzes<sup>1033</sup> vor, dass Sondervergütungen – und damit auch Anwesenheitsprämien<sup>1034</sup> – auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit durch Vereinbarung zulässigerweise gekürzt werden dürfen. Die Kürzung darf indes für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit in-

---

<sup>1028</sup> Zur entsprechenden Obliegenheit bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses: PORTMANN, N 25 zu Art. 324a OR. Eine schikanöse Weisung an den Arbeitnehmer, sich vertrauensärztlich untersuchen zu lassen muss hingegen nicht befolgt werden (PORTMANN, N 7 zu Art. 321d OR).

<sup>1029</sup> Schönenberger, S. 54.

<sup>1030</sup> STAEHELIN, N 1 zu Art. 322b OR.

<sup>1031</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH N 7 und N 15 zu Art. 322d OR.

<sup>1032</sup> Entgegen des Wortlauts sind sich Lehre und Bundesgericht einig, dass eine Ferienkürzung erst ab vollendetem zweitem Monat erfolgen darf und pro vollen Arbeitsmonat einen Zwölftel beträgt, siehe STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 329b OR mit Hinweisen.

<sup>1033</sup> "Entgeltfortzahlungsgesetz vom 26. Mai 1994 (BGBl. I S. 1014, 1065), das zuletzt durch Artikel 80 des Gesetzes vom 23. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2848) geändert worden ist", <[www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/entfgf/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/entfgf/gesamt.pdf)>, (besucht 31. Januar 2012).

<sup>1034</sup> Der Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall umfasst grundsätzlich auch die Anwesenheitsprämie, BAG, 04.10.1978, DB 1979, 797.

folge Krankheit ein Viertel des Arbeitsentgelts, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt, nicht überschreiten<sup>1035</sup>.

- 615 Eine höchstgerichtliche Klärung der Zulässigkeit von Anwesenheitsprämien fehlt. Soweit ersichtlich haben sich lediglich ein Erstinstanzgericht und ein Kantonsgericht mit der Frage beschäftigt, wie weit krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit Grundlage der Gewährung oder Nichtgewährung einer nicht ausdrücklich im Gesetz verankerten Leistung sein darf. Das Kreisgericht Bern-Laupen hat festgehalten, es verstosse gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 328 OR, dass die Arbeitgeberin nach Auflösung einer Abteilung nur drei von vier Arbeitnehmenden eine freiwillige Abgangsentschädigung ausrichtete und sie der vierten Arbeitnehmerin aufgrund ihrer krankheitsbedingten Abwesenheit verweigerte. Die Arbeitnehmerin hätte die Krankheit nicht zu verantworten, weshalb es nicht angehe, ihr daraus ein Strick zu drehen. Die Verweigerung der Abgangsentschädigung wurde folglich vom Gericht als unterschiedliche Behandlung gleich liegender Fälle aus sachfremden Gründen beurteilt, womit die Arbeitgeberin Art. 328 OR verletzte<sup>1036</sup>. Ein ähnlicher Sachverhalt lag dem Urteil des Kantonsgerichts Fribourg zugrunde: Eine Betriebsordnung sah für Arbeitnehmende, welche sich während eines Jahres nie krankschrieben, einen Bonus von 300 Franken und für Mitarbeitende mit einer oder mehreren Krankmeldungen einen Malus vor. Der Malus entsprach einer Lohnreduktion um 1% während – je nach Länge der krankheitsbedingten Abwesenheit – sechs bis achtzehn Monaten. Das Gericht befand die entsprechende Klausel als Verletzung der guten Sitten und der Persönlichkeit und somit gestützt auf Art. 20 Abs. 2 OR als nichtig. Ein solches Bonus-Malus-System bestrafe Arbeitnehmende für etwas, wofür sie keinerlei Verschulden treffe und habe „(...) également pour conséquence de contraindre le travailleur à poursuivre son travail, même malade, pour ne pas être pénalisé par une réduction de son salaire“. Diese unerwünschte Folge sei bei bescheidenen Löhnen besonders stossend<sup>1037</sup>. Weiter stünde ein solches Bonus-Malus-System wohl auch im Widerspruch zu der in Art. 324a OR geregelten Lohnfortzahlungspflicht.
- 616 Im Fall Bern-Laupen handelte es sich um eine freiwillige Leistung und in jenem vor dem Fribourger Gericht war die Anwesenheitsprämie in einer Betriebsordnung verankert. Ebenfalls unzulässig, da im Widerspruch zu Art. 27 ZGB, wäre eine vertraglich vereinbarte Anwesenheitsprämie. Anwesenheitsprämien sind nicht nur diskriminierend<sup>1038</sup>, sie begünstigen auch Präsentismus und stehen deshalb in einem Widerspruch zum Gesundheitsschutz bzw. der Fürsorgepflicht. Arbeitgebende haben aufgrund ihrer Fürsorgepflicht gegenüber ihren Arbeitnehmenden auf eine Führung zu verzichten, welche ein gesundheitsschädigendes Verhalten ihrer Arbeitnehmenden fördert und haben deshalb auch auf Anwesenheitsprämien zu verzichten.

## 5.7 Zusammenfassend: Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden bei Präsentismus

- 617 Die Fürsorgepflicht auferlegt den Arbeitgebenden im Zusammenhang mit Präsentismus zwei Hauptpflichten; sie haben erstens mittels Weisung kranke Arbeitnehmende nach Hause zu schicken bzw. von der Arbeit abzuhalten, sofern und soweit diese ansonsten sich oder Dritte gefährden würden. Dabei haben Arbeitgebende zweitens ein Betriebsklima zu schaffen, wel-

---

<sup>1035</sup> Nicht zulässig ist nach BAG, 25.07.2001, AZR 520/00, wenn eine Anwesenheitsprämie für ein Quartal nur dann gewährt wird, wenn in diesem Zeitraum kein krankheitsbedingter Fehltag vorliegt, zulässig ist einzig die in Art. 4a Entgeltfortzahlungsgesetz vorgesehene Kürzung, nicht aber die vollständige Streichung des Anspruchs.

<sup>1036</sup> Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Urteil vom 11. Juni 2001, JAR (2002) 220.

<sup>1037</sup> Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, Urteil vom 11. November 2002, Erw. 3 (Bestätigung des Urteils der Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine vom 21. Mai 2002), JAR 2003, S. 235-239, S. 239.

<sup>1038</sup> PÄRLI (Vertragsfreiheit), Rz. 1355 m. H.



ches eine Krankmeldung zulässt. Ziel ist, dass kranke Arbeitnehmende gar nicht oder nur so viel arbeiten, wie dies nach ihrer gesundheitlichen Situation sinnvoll ist. Dies erfordert eine Arbeitsorganisation mit adäquaten Stellvertretungsregelungen. Wie Art. 328 Abs. 2 OR festhält, müssen Arbeitgebende nur jene Massnahmen ergreifen, die den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind, d. h. die Anforderungen an einen kleineren Betrieb sind bei der Vermeidung von Präsentismus tiefer anzusetzen. Gleichwohl muss auch in einem kleineren Betrieb mit krankheitsbedingten Fehlzeiten gerechnet und müssen Massnahmen ergriffen werden, dass diese nicht durch die Betriebsorganisation verunmöglicht werden.

## 5.8 *Treuepflicht der Arbeitnehmenden*

- 618 Als Korrelat zur Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden sieht Art. 321a OR eine allgemeine Treuepflicht der Arbeitnehmenden vor. Die Arbeitnehmenden sind verpflichtet, die berechtigten Interessen der Arbeitgebenden in guten Treuen zu wahren. Dazu gehört auch, bei Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit zu einer möglichst raschen Genesung beizutragen und bei wieder erlangter (Teil-) Arbeitsfähigkeit die Arbeitsleistung unverzüglich wieder aufzunehmen<sup>1039</sup>. Da Präsentismus offensichtlich zu einer Verschleppung einer Krankheit oder einer Chronifizierung führen kann, haben Arbeitnehmende nicht nur ein Recht, sondern mit Blick auf Art. 321a OR auch eine Pflicht, bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit der Arbeitsstelle fernzubleiben oder nach Absprache mit den behandelnden Ärzten/innen und dem Arbeitgeber die Arbeit solange zu reduzieren, wie dies der Gesundheitszustand erfordert<sup>1040</sup>.
- 619 Laut Bundesgericht sind krankgeschriebene Arbeitnehmende aber grundsätzlich nicht verpflichtet, ihre Arbeit niederzulegen oder die Arbeitgeberin über die Krankheit zu informieren, sofern sie trotzdem arbeiten<sup>1041</sup>. Gesundheitsdaten gelten als besonders schützenswerte Daten i. S. v. Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO<sup>1042</sup>. Eine Offenlegung entsprechender Informationen kann gestützt auf die Treuepflicht von Art. 321a OR nur verlangt werden, wenn die Gesundheit der Parteien oder Dritter zu schützen ist, also wenn die betroffene Arbeitnehmerin an einer ansteckenden Krankheit leidet und eine Ansteckungsgefahr besteht<sup>1043</sup>. Die Entscheidungsfreiheit der Arbeitnehmenden, bei Krankheit zu arbeiten, findet also dort ihre Grenzen, wo die eigene Gesundheit oder jene von Dritten gefährdet oder wo die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt ist.
- 620 Wer trotz Krankheit arbeitet verletzt also unter Umständen seine Treuepflicht. Wenn aber die betriebliche Organisation einer Krankmeldung entgegensteht oder diese erschwert, geht es nicht an, mit Verweis auf die Treuepflicht der Arbeitnehmenden die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden aufzuweichen. Aus den gleichen Gründen verletzen Arbeitnehmende grundsätzlich nicht ihre Treuepflicht, wenn sie aufgrund einer Krankheit weniger sorgfältig arbeiten. Dennoch ist natürlich auch von ihnen eine gewisse Verantwortung zu erwarten. Ist die Arbeitgebende ihrer Fürsorgepflicht hinlänglich nachgekommen, ist ein Verstoss gegen die Treuepflicht durch eine Arbeitnehmerin, die regelmässig trotz Krankheit arbeitet und dadurch häufiger Fehler macht, durchaus denkbar. Auch kann Arbeitnehmenden, die entgegen ausdrücklicher Weisung der Arbeitgeberin weiter arbeiten und sich keine Schonung auferlegen, im Fall einer später eintretenden Arbeitsunfähigkeit mit Blick auf die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324a OR allenfalls entgegen gehalten werden, die Arbeitsunfähigkeit sei nicht unverschuldet.

---

<sup>1039</sup> BRÜHWILER (Arbeitsunfähigkeit), S. 36.

<sup>1040</sup> Wie in Rz. 609 erwähnt, haben in einem solchen Fall auch die Arbeitgebenden die Pflicht, kranke Arbeitnehmende nach Hause zu schicken.

<sup>1041</sup> Urteil BGer 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001, Erw. 2. b/bb; siehe dazu Rz. 188 f.

<sup>1042</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1.

<sup>1043</sup> Urteil BGer 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001, Erw. 2. b/aa; Zur Frage nach einem HIV-Test bei medizinischen Berufen siehe: PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 140 f.

## 5.9 Zwischenfazit

621 Zumindest in der Arbeitswissenschaft ist heute unbestritten, dass Präsentismus ein ernst zu nehmendes Problem ist und sowohl für die einzelnen Unternehmungen wie auch volkswirtschaftlich schwerwiegende finanzielle Folgen nach sich zieht. Der Entwicklung einer Kultur, wonach eine Erkrankung möglichst ignoriert und dennoch weitergearbeitet wird, muss deshalb entgegengewirkt werden, indem einerseits sowohl bei Arbeitgebenden als auch bei Arbeitnehmenden das Bewusstsein über die negativen Folgen von Präsentismus gestärkt wird und andererseits beide Seiten an ihre arbeitsrechtlichen Verpflichtungen im Umgang mit Präsentismus zu erinnern sind: Arbeitnehmende haben immer dann auf das Erbringen der Arbeitsleistung zu verzichten, sofern und soweit ihr Gesundheitszustand dies zu ihrem eigenen oder zum Schutz Dritter verlangt; Arbeitgebende haben ihre Arbeitnehmenden dann nach Hause zu schicken oder die „Home-Office-Arbeit“ zu untersagen, wenn diese trotz offensichtlicher Arbeitsunfähigkeit oder Ansteckungsgefahr auf eine Krankmeldung verzichten.

## 6. Schutzpflichten im öffentlichen Personalrecht des Bundes

### 6.1 Regelung im Bundespersonalgesetz

622 Das BPG sieht in Art. 4 Abs. 2 lit. b und g vor, dass der Bund geeignete Massnahmen trifft; zur persönlichen und beruflichen Entwicklung, zur Weiterbildung und Motivierung seines Personals und zu dessen vielseitiger Einsetzbarkeit sowie auch zum Schutz der Persönlichkeit, der Gesundheit und zur Arbeitssicherheit. Nach Art. 6 Abs. 2 BPG gelten des Weiteren sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des OR, soweit das BPG oder andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen. Aus Art. 4 Abs. 2 lit. g BPG i. V. m. Art. 6 Abs. 2 BPG und Art. 328 OR ergibt sich deshalb, dass auch den Bund als öffentlicher Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht gegenüber seinen Arbeitnehmenden trifft<sup>1044</sup>.

623 Aus der Fürsorgepflicht ergibt sich zudem, dass der Arbeitgeber im Fall einer Störung des Betriebsklimas zuerst alle zumutbaren Massnahmen ergreifen muss, um die Lage zu entspannen, anstatt einfach alle am Konflikt beteiligten Angestellten zu entlassen oder ganz untätig zu bleiben<sup>1045</sup>.

624 Nach Art. 4 Abs. 2 lit. f BPG haben die Arbeitgeber des Bundes geeignete Massnahmen für die Chancengleichheit Behinderter sowie zu deren Beschäftigung und Eingliederung zu treffen. Die Departemente schaffen gemäss Art. 8 Abs. 1 BPV im Rahmen der bundesrätlichen Vorgaben geeignete Bedingungen, um gezielt behinderte Personen zu beschäftigen, und sorgen für deren nachhaltige berufliche Eingliederung. Eine besondere Ausprägung der Fürsorgepflicht ergibt sich ausserdem aus dem Anspruch von Behinderten auf Gleichbehandlung, da das Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG) integral für Arbeitsverhältnisse nach BPG gilt<sup>1046</sup>. Gemäss Art. 13 Abs. 1 des Behindertengleichstellungsgesetzes vom 13. Dezember 2002 (BehiG)<sup>1047</sup> hat der Bund als Arbeitgeber sodann alles daran zu setzen, Behinderten gleiche Chancen wie nicht Behinderten anzubieten. Daraus folgt, dass dem Bund als Arbeitgeber

---

<sup>1044</sup> Urteil BGer 1C\_245/2008 vom 2. März 2009, Erw. 4.2; BVGE 2008/25, Erw. 6.4.

<sup>1045</sup> Urteil BGer 1C\_245/2008 vom 2. März 2009, Erw. 4.2; Urteil BVGer A-621/2009 vom 20. August 2009, Erw. 3.5.2; Urteil BGer 8C\_340/2009 vom 24. August 2009, Erw. 4.3.2.

<sup>1046</sup> BVGE 2008/25, Erw. 6.4, zu diesem Urteil siehe: PÄRLI (Diskriminierungsschutz), Rz. 27-29; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 zu Art. 328 OR.

<sup>1047</sup> Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002, SR 151.3.

gegenüber behinderten Angestellten eine *erhöhte Fürsorgepflicht* obliegt<sup>1048</sup>. Diese Pflicht erfordert u. a., dass behinderungsbedingte Nachteile ausgeglichen werden müssen. Eine Benachteiligung von Personen mit Behinderung im Sinne des BehiG liegt zudem auch vor, wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung notwendig ist<sup>1049</sup>.

## 6.2 Gesundheitsschutz im ArG

- 625 Die öffentliche Verwaltung von Bund, Kanton und Gemeinden untersteht unter Vorbehalt von Art. 3a ArG grundsätzlich nicht dem ArG (Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG). Das gleiche gilt für die öffentlichen Anstalten, die in der Verordnung 1 zum ArG den Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gleichgestellt werden (Art. 2 Abs. 2 ArG i. V. m. Art. 7 ArGV 1). Die Vorschriften des ArG zum Gesundheitsschutz sind ausdrücklich anwendbar (Art. 2 Abs. 1 lit. a i. V. m. 3a ArG)<sup>1050</sup>.
- 626 Grundsätzlich nicht anwendbar sind dagegen die im ArG verankerten Vorschriften zur Arbeits- und Ruhezeit<sup>1051</sup>. Von der Ausnahme betroffen sind aber nur Betriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit und dies auch nur dann, wenn sie ihr Personal mehrheitlich öffentlich-rechtlich angestellt haben (Art. 7 Abs. 1 ArGV 1)<sup>1052</sup>. Für Anstalten ohne eigener Rechtspersönlich sowie öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Anstalten, deren Arbeitnehmende überwiegend privatrechtlich angestellt sind, gelten folglich neben den Bestimmungen zum Gesundheitsschutz auch die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des ArGs<sup>1053</sup>. Für privatrechtlich angestellte Arbeitnehmende eines Betriebes, der seine Arbeitnehmenden mehrheitlich öffentlich-rechtlich anstellt, gelten laut Art. 7 Abs. 2 ArGV 1 neben den Gesundheitsschutzbestimmungen auch jene zu den Arbeits- und Ruhezeiten<sup>1054</sup>, soweit das öffentliche Dienstrecht für die Arbeitnehmenden nicht günstigere Bestimmungen vorsieht (Art. 7 Abs. 2 ArGV 1)<sup>1055</sup>. Private Betriebe, auf welche öffentliche Aufgaben übertragen worden sind, sind ebenfalls integral dem ArG unterstellt und zwar auch dann, wenn sie hoheitlich auftreten<sup>1056</sup>.
- 627 Unterliegt ein öffentlich-rechtlicher Betrieb grundsätzlich dem ArG gilt es aber noch die in Art. 71 ArG verankerten Vorbehalte zu beachten. Nach lit. a bleiben die Bundesgesetzgebung über die berufliche Ausbildung, über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten sowie über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer vorbehalten, wobei dieser Vorbehalt nur für das Bundesrecht relevant ist<sup>1057</sup>. Nach lit. b sind ferner die Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis vorbehalten. Von den Vorschriften über den Gesundheitsschutz und über die Arbeits- und Ruhezeit darf dabei jedoch nur zu Gunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden. Fehlen in einem Reglement des öffentlichen Dienstrechts Vorschriften zum Gesundheitsschutz oder zu den Arbeits- und Ruhezeiten oder sind diese nicht mindesten gleichwertig für die Arbeitnehmenden, gelangen subsidiär die Mindestschutzbestimmungen des ArGs zu

---

<sup>1048</sup> BVGE 2008/25, Erw. 6.4.

<sup>1049</sup> PÄRLI (Diskriminierungsschutz), Rz. 27-29.

<sup>1050</sup> Siehe dazu Rz. 567 f.

<sup>1051</sup> MÜLLER (ArG), N 2 zu Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG.

<sup>1052</sup> GEISER (ArG), N 11 i. V. m. 13 zu Art. 2 ArG; MÜLLER (ArG), N 2 zu Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG; Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 besagt, dass die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen nicht anwendbar sind auf öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit sowie Körperschaften des öffentlichen Rechts, sofern die Mehrzahl der in ihnen beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen.

<sup>1053</sup> GEISER (ArG), N 13 zu Art. 2 ArG; MÜLLER (ArG), N 3 zu Art. 2 ArG.

<sup>1054</sup> GEISER (ArG), N 18 zu Art. 2 ArG; MÜLLER (ArG), N 3 zu Art. 2 ArG.

<sup>1055</sup> GEISER (ArG), N 13 zu Art. 2 ArG; MÜLLER (ArG), N 2 zu Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG.

<sup>1056</sup> GEISER (ArG), N 11 zu Art. 2 ArG; MÜLLER (ArG), N 2 zu Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG; vgl. MÜLLER (ArG), N 3 zu Art. 2 Abs. 2 ArG für Ausführungen zu weiteren teilweise unterstellten Betrieben.

<sup>1057</sup> BENOIT/MAHON/(TIEGERMANN), N 6 zu Art. 71 ArG.

Anwendung<sup>1058</sup>. Umstritten ist, ob Art. 71 lit. b ArG nur anwendbar ist, sofern ein Betrieb integral dem ArG untersteht<sup>1059</sup> oder auch dann, wenn für einen Betrieb lediglich die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz anwendbar sind<sup>1060</sup>.

- 628 Die fehlende Anwendbarkeit des ArGs führt nicht dazu, dass verfassungs- und völkerrechtswidrige Arbeitsbedingungen ohne weiteres hinzunehmen sind. Die Verantwortung dafür, dass bspw. angemessene Arbeitszeitlimiten angeordnet und durchgesetzt werden, wird in diesen Fällen dem betroffenen Gemeinwesen übertragen. Dieses hat hierbei unter anderem die Schranken zu beachten, die sich aus der BV und der EMRK ergeben. So sind bspw. Überlegungen zum Schutz des Rechts auf körperliche und geistige Unversehrtheit der Angestellten (Art. 10 Abs. 2 BV) und zum Schutz von deren Familienleben (Art. 8 EMRK) bei der Ausgestaltung des Personalreglementes zu berücksichtigen<sup>1061</sup>.

### 6.3 Case Management

- 629 In diesem Zusammenhang ist auf das Betriebliche Case Management der Bundesverwaltung hinzuweisen, deren Ziel es ist, mittels Früherkennung, Frühintervention und Case Management der Personal- und Sozialberatung PSB die Gesundheit der Mitarbeitenden zu erhalten sowie erkrankte oder verunfallte Personen möglichst rasch in den Arbeitsprozess zu reintegrieren. Eine interdepartementale Arbeitsgruppe hat hierzu unter der Leitung des Eidgenössischen Personalamtes (EPA) den „Leitfaden Betriebliches Case Management“ ausgearbeitet. Rechtsgrundlage ist unter anderem Art. 11a BPV, der die in Art. 4 Abs. 2 lit. g verlangten geeigneten Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit konkretisiert. So sind bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsverhinderung einer angestellten Person alle sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten auszuschöpfen, um die erkrankte oder verunfallte Person wieder in den Arbeitsprozess einzugliedern. Der Leitfaden enthält Ausführungen zur Früherkennung und -intervention (Angebotsgespräch, Fehlzeitengespräch, Konstruktives Konfrontationsgespräch, Entlastungsgespräch und Rückkehrgespräch) sowie zum Vorgehen bei krankheits- oder unfallbedingter Abwesenheit (Kontaktaufnahmen, Einfache Unterstützungsmassnahmen und Umfassende Unterstützungsmassnahmen). Die Bundesverwaltung als Arbeitgeberin will bei der Reintegration und Verhinderung von Invalidisierung ganz bewusst eine Vorbildfunktion einnehmen<sup>1062</sup>.

## 7. Schutzpflichten in ausgewählten kantonalen Personalrechtsordnungen

- 630 Die meisten kantonalen Personalrechte sehen Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz der Angestellten vor. In anderen Kantonen kommt Art. 328 OR mittels Pauschalverweis zur Anwendung. Jedoch können sich Angestellte unabhängig davon, ob die kantonalen Erlasse eine Regel zum Persönlichkeitsschutz vorsehen oder auf Art. 328 OR verweisen, auf die Fürsorgepflicht berufen, da es sich dabei um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelt. Gemäss POLEDNA hat sich dieser Grundsatz im Privatrecht entwickelten<sup>1063</sup>, NÖTZLI sowie die Ver-

<sup>1058</sup> Parlamentarische Initiative Menschenwürdige Arbeitsbedingungen für Assistenzärzte, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 5. April 2001, BBl 2001, S. 3186 f.; Urteil Zürcher Verwaltungsgericht vom 5. Oktober 2011, PB.2010.00047, Erw. 4.1; Urteil VGer vom 24. August 2011, PB.2010.00048, Erw. 2.1

<sup>1059</sup> BENOIT/MAHON/(TIEGERMANN), N 11 zu Art. 71 ArG;

<sup>1060</sup> BENOIT/MAHON/(TIEGERMANN), N 11 zu Art. 71 ArG; vgl. Urteil BGer 2A.407/2001 vom 14. Juni 2002.

<sup>1061</sup> Urteil BGer 2P.251/2001 vom 14. Juni 2002, Erw. 4.4.1.

<sup>1062</sup> Eidgenössisches Personalamt EPA, Leitfaden Betriebliches Case Management, Bern 2009.

<sup>1063</sup> POLEDNA, S. 235.

waltungsgerichte Zürich und St. Gallen gehen davon aus, dass er sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts ergibt<sup>1064</sup>.

- 631 Gleich wie im öffentlichen Personalrecht des Bundes kommen auch bei kantonalen Arbeitsverhältnissen die Vorschriften des Arbeitsgesetzes über den Gesundheitsschutz (Art. 6, 35 und 36a ArG) zur Anwendung und somit indirekt auch Art. 328 Abs. 2 OR<sup>1065</sup>.

### **7.1 Fürsorgepflicht im Personalrecht des Kantons Zürich**

- 632 Im Kanton Zürich ist der Schutz der Persönlichkeit in § 39 des Personalgesetzes verankert: Der Staat hat die Persönlichkeit der Angestellten zu achten und zu schützen sowie auf die Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen. Um das Leben, die Gesundheit und die persönliche Integrität seiner Angestellten zu schützen, hat er die erforderlichen Massnahmen vorzunehmen<sup>1066</sup>. Das Verwaltungsgericht Zürich anerkennt zudem in langjähriger Praxis die Fürsorgepflicht nach OR 328 als allgemeinen Rechtsgrundsatz, der zwingend zur Anwendung kommt<sup>1067</sup>. Der dem Art. 328 OR zugrunde liegende Rechtsgedanke, wonach der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer angemessenen Schutz vor betrieblichen Gefahren zu gewähren habe, sei allgemein gültig und komme auch in öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis zur Anwendung<sup>1068</sup>.

- 633 Der Kanton Zürich kennt seit April 2008 ein Case Management für die Begleitung von arbeitsunfähigen Mitarbeitenden: Gestützt auf § 100a Abs. 1 Vollzugsverordnung zum Personalgesetz klären die Vorgesetzten oder die Personaldienste die Möglichkeit einer Fallbegleitung (Case Management) ab, wenn Angestellte voraussichtlich länger dauernd voll oder teilweise arbeitsunfähig sind (lit. a) oder wenn festgestellt wird, dass eine möglicherweise länger dauernde Leistungseinbusse am Arbeitsplatz aufgrund Krankheit oder Unfall vorliegt (lit. b). Im Zusammenhang mit der Fallbegleitung kann eine vertrauensärztliche Untersuchung angeordnet werden (§ 100a Abs. 4)<sup>1069</sup>.

### **7.2 Fürsorgepflicht im Personalrecht des Kantons Bern**

- 634 In Art. 4 des Personalgesetzes sind die Grundlagen und Ziele festgehalten. So trifft die Personalpolitik des Kantons Bern unter anderem Vorkehren zum Schutz der persönlichen Integrität der Angestellten (lit. g) und fördert die Beschäftigung und Integration von Behinderten und Arbeitslosen in der Kantonsverwaltung (lit. k). Mit Art. 5 sieht das Personalgesetz zudem einen spezifischen Artikel zum Schutz vor sexueller Belästigung vor. Die Fürsorgepflicht ist damit zwar nicht explizit vorgesehen, dafür ihr Gegenstück die Treuepflicht der Angestellten (Art. 55 PG). Gemäss dem Verwaltungsgericht Bern muss davon ausgegangen werden, „dass das Gemeinwesen seinen Bediensteten die Fürsorge nicht vorenthält, zu welcher der private Dienstgeber nach Art. 328 OR verpflichtet ist“. Der Rechtsgedanke welcher der Fürsorgepflicht zugrunde liegt, habe allgemeine Gültigkeit<sup>1070</sup>.

---

<sup>1064</sup> Urteil VGer SG vom 16. Juni 2009, Erw. 2.2.5; Urteil VGer ZH, ZBl 2003 S. 209; NÖTZLI, S. 28.

<sup>1065</sup> Vgl. hierzu Rz. 625 ff.

<sup>1066</sup> § 39 Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz).

<sup>1067</sup> Urteil VGer ZH, 7.1.2004, PB.2003.00022, Erw. 7.1; VGer ZH, ZBl 2003 S. 209; BERTSCHI, S. 634.

<sup>1068</sup> Urteil VGer ZH, 19.4.2000, PB.1999.00023.

<sup>1069</sup> Siehe zu der vorgesehenen Möglichkeit der Lohnfortzahlungskürzung, wenn die betroffene Person die zutunbare Mitwirkung beim Case Management oder die vertrauensärztliche Untersuchung verweigert oder verzögert Rz. 259.

<sup>1070</sup> BVR 2007 538-553, Erw. 4.4.

635 Mit Art. 58 PV wurde eine Rechtsgrundlage für ein Case Management geschaffen, um auf länger dauernde Abwesenheit aufgrund Krankheit oder Unfall frühzeitig zu reagieren. In Abs. 4 und 5 des Artikels wird die betroffene Person zur Kooperation verpflichtet<sup>1071</sup>.

### 7.3 *Fürsorgepflicht im Personalrecht des Kantons Genf*

636 Der Kanton Genf sieht in Art. 2B LPAC (Protection de la personnalité) vor, dass die Persönlichkeit der Angestellten geschützt werden muss, namentlich in Bezug auf psychologische und sexuelle Belästigung. Gemäss Art. 2B Abs. 3 werden die Modalitäten durch Verordnung geregelt. Am 1. Januar 2009 ist im Kanton Genf eine ausführliche Verordnung zum Schutz der Persönlichkeit der Kantonsangestellten in Kraft getreten (Règlement relatif à la protection de la personnalité à l'Etat de Genève, RPPers)<sup>1072</sup> mit dem Ziel, vorzeitig, rasch und flexibel im Falle sexueller oder psychologische Belästigung (harcèlement psychologique ou sexuel) zu reagieren. Aufgrund Art. 4 der genannten Verordnung wurde eine so genannte „Groupe de confiance“ begründet, welche für die Umsetzung und richtige Anwendung der Art. 5 bis 22 der Verordnung verantwortlich ist. Sie kann von allen Kantonsangestellten kontaktiert werden und sie behandelt alle Anfragen vertraulich, unvoreingenommen und unabhängig. Um die Unabhängigkeit zu gewährleisten ist sie direkt dem Regierungsrat angegliedert (Art. 7 RPPers). Die Verordnung konkretisiert aber vor allem den Schutz vor sexueller Belästigung und Mobbing und nicht den Gesundheitsschutz. Dies ergibt sich auch aus einer Weisung des Office du personnel de l'Etat, welches nur, aber immerhin, im Zusammenhang mit Mobbing die Gefährdung der Gesundheit erwähnt<sup>1073</sup>.

637 Gemäss dem Règlement concernant la protection de la santé et la sécurité du travail au sein de l'administration cantonale vom 28. Juli 1999 (RPST)<sup>1074</sup> sind die ArG-Bestimmungen hinsichtlich Hygiene und Gesundheitsschutz sowie die Bestimmungen bezüglich Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG)<sup>1075</sup> unter anderem auf alle Angestellten der Kantonsverwaltung anwendbar. Die Verordnung sieht sodann Konkretisierungen vor zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit. Weitere Ausführungen finden sich zudem in einer Weisung des Office du Personnel de l'Etat (Santé et sécurité au travail – bases légales et principes directeurs MSST, N 04.06.11).

638 Zusätzlich zur sowieso geltenden Fürsorgepflicht sind dementsprechend im Kanton Genf weitere Konkretisierungen vorgenommen worden.

### 7.4 *Fürsorgepflicht im Personalrecht des Kantons St. Gallen*

639 Bis Juni 2012 kannte der Kanton St. Gallen keine explizite Regelung zum Persönlichkeitsschutz seiner Angestellten. Dennoch konnten sich diese auf die Fürsorgepflicht berufen, da sich diese Pflicht neben Art. 328 OR auch aus den allgemeinen Grundsätzen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts ergibt. Dementsprechend berücksichtigte auch das Verwaltungsgericht

---

<sup>1071</sup> Siehe zu der vorgesehenen Möglichkeit der Lohnfortzahlungskürzung bei fehlender Mitwirkung Rz. 267.

<sup>1072</sup> B 5 05.10.

<sup>1073</sup> Office du personnel de l'Etat, Protection de la personnalité, en particulier en matière de harcèlement psychologique sexuel, N 04.06.10.

<sup>1074</sup> B 4 30.08.

<sup>1075</sup> SR 832.20.

St. Gallen regelmässig die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers<sup>1076</sup>. Ferner waren aufgrund von Art. 3a ArG auch die Vorschriften des ArGs über den Gesundheitsschutz anwendbar.

640 Mit Einführung des neuen Personalgesetzes auf 1. Juni 2012 bekennt sich der Kanton St. Gallen in der Generalklausel von Art. 3 PG SG zu einer zeitgemässen, sozial verantwortungsvollen und wirtschaftlich tragbaren Personalpolitik (Abs. 1) und verpflichtet sich, die Persönlichkeit seiner Mitarbeitenden zu achten und zu schützen und auf deren Gesundheit Rücksicht zu nehmen (Abs. 2). Die Konkretisierung findet sich sodann in Art. 30 des neuen Gesetzes: Der Kanton achtet die Persönlichkeit (lit. a) und schützt das Leben, die persönliche Integrität sowie die Gesundheit (lit. b) seiner Mitarbeitenden und sorgt dafür, dass sie nicht Opfer von Diskriminierung werden (lit. c). Weiter sieht lit. d vor, dass der Kanton die nach der Erfahrung notwendigen, dem Stand der Technik anwendbaren und den Verhältnissen an den Arbeitsplätzen angemessenen Massnahmen zum Schutz und zu Erhaltung der Gesundheit seiner Mitarbeitenden trifft.

641 Im Wesentlichen wiederholt das neue Personalgesetz die bereits geltende Bestimmungen von Art. 6 Abs. 1 ArG und Art. 328 OR und hält die Praxis des Verwaltungsgerichts St. Gallen im Gesetz fest. Die Verankerung des Persönlichkeitsschutzes im neuen Personalgesetz soll u. a. die Absicht der Arbeitgebenden unterstreichen, eine Betriebskultur des gegenseitigen Vertrauens und Respekts zu pflegen<sup>1077</sup>. Die Aufzählung der Persönlichkeitsgüter und die Umschreibung der Fürsorgepflicht ist hervorzuheben, wenn auch im Vergleich zur vorgängigen Lösung der Schutz faktisch nicht verbessert wurde.

## **7.5 Fürsorgepflicht im Personalrecht des Kantons Obwalden**

642 Gemäss Art. 42 der Personalverordnung des Kantons Obwalden kommt das OR ergänzend zur Anwendung, wenn das kantonale Personalrecht einen bestimmten Fall nicht regelt. Zum Persönlichkeitsschutz ist keine bestimmte Regelung ersichtlich, weshalb Art. 328 OR herangezogen wird. In diesem Zusammenhang ist jedoch noch Art. 41 (Beschützende Arbeitsplätze) der Personalverordnung zu erwähnen. Nach diesem Artikel kann der Regierungsrat zusätzlich zu den bewilligten Stellen beschützende Arbeitsplätze für die berufliche Eingliederung und Wiedereingliederung anbieten.

## **8. Die Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz bei Krankheit/Behinderung in ausgewählten GAVs in der Privatwirtschaft**

### **8.1 Bestimmungen in der Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie 2006–2013**

643 GAV der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie (MEM)<sup>1078</sup> hält in Art. 27 fest, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmende zusammen wirken, um alle notwendigen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit und zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten im Betrieb durchzusetzen (Abs. 1). Arbeitnehmende bzw. ihre Arbeitnehmervertretungen sind über Fragen der Gesundheitsvorsorge und Probleme und Risiken von neuen Produkten und Verfahren,

---

<sup>1076</sup> Urteil VGer SG, K/2008/4 vom 16. Juni 2009, Erw. 2.2.5; Urteil VGer SG, B 2005/33 vom 16. August 2005, Erw. 2 b)ee.

<sup>1077</sup> Botschaft und Entwurf der Regierung vom 27. April 2010 zum Personalgesetz, einsehbar unter: [www.ratsinfo.sg.ch/home/geschaefstssuche.Document.653E24E6-1851-456E-95AC-0BB8559BD6DF.risDoc](http://www.ratsinfo.sg.ch/home/geschaefstssuche.Document.653E24E6-1851-456E-95AC-0BB8559BD6DF.risDoc) (besucht am 30. August 2011).

<sup>1078</sup> Siehe dazu Rz. 398.

die sie betreffen, zu informieren und anzuhören (Abs. 2). Bei der Gestaltung der Arbeitsumgebung sind die Anforderungen des Gesundheitsschutzes und der Arbeitssicherheit besonders zu beachten (Abs. 3). Art. 28 GAV MEM besagt sodann, dass die persönliche Integrität der Arbeitnehmenden zu schützen und jede Verletzung der Würde durch Verhalten, Handlungen, Sprache und Bilder zu bekämpfen und zu beheben ist. Geschäftsleitung, Kader und Arbeitnehmervertretung wirken zusammen, um durch offene Kommunikation im Betrieb ein Klima des persönlichen Respekts und Vertrauens zu schaffen, das Missbräuche, Übergriffe, sexuelle Belästigungen und Mobbing verhindern kann (Art. 28 Abs. 1 GAV MEM). Die Integration von ausländischen Arbeitnehmenden soll, insbesondere durch Förderung ihrer Sprachkompetenz, unterstützt und eine ausländerfeindliche Stimmung verhindert werden (Art. 28 Abs. 2 GAV MEM). Die Bestimmungen sind relativ allgemein gehalten und sehen keine konkreten Rechte und Pflichten vor.

644 Art. 29 Abs. 1 GAV MEM weist darauf hin, dass die Arbeitnehmervertretungen das Recht auf frühzeitige Information über die Systeme der Erfassung und Bearbeitung personenbezogener Daten mittels elektronischer Anlagen und über die Regelung der Zugangsberechtigung haben. In Art. 29 Abs. 2 wird sodann festgehalten, *dass Überwachungs- und Kontrollsysteme, die ausschliesslich das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen sollen, nicht eingesetzt werden dürfen*. Werden solche Überwachungs- und Kontrollsysteme aus anderen Gründen eingesetzt, müssen sie möglichst so gestaltet und angeordnet werden, dass dadurch die persönliche Integrität und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden nicht übermässig eingeschränkt werden (Art. 29 Abs. 3 GAV MEM). Art. 29 Abs. 2 und 3 GAV MEM geben mehr oder weniger wortwörtlich Art. 26 Abs. 1 und 2 ArGV3<sup>1079</sup> wieder. Die zusätzliche Verankerung betont zwar die Wichtigkeit der Bestimmungen, bietet aber keinen zusätzlichen Schutz.

## 8.2 *Bestimmungen im GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie*

645 Der GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten und gilt bis zum 31. Dezember 2011 (Art. 1.22 Abs. 1 GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie).

646 Der GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie regelt den Persönlichkeitsschutz in den Artikeln 9.1 bis 9.4. Art. 9.1 des GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie definiert Mobbing und Art. 9.2 Sexuelle Belästigung. In Art. 9.3 Abs. 1 des GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie ist festgehalten, dass in Betrieben mit über 50 Beschäftigten von der Geschäftsleitung und der Gewerkschaft Unia eine Vertrauensperson zu bestimmen ist, an die Klagen wegen sexueller Belästigung zu richten sind. Ist die Beschreitung des Dienstwegs für das Opfer ausgeschlossen, ist die Vertrauensperson zudem auch in Mobbing-Fällen zuständig. Gemäss Abs. 5 desselben Artikels ist die Vertrauensperson zu grösstmöglicher Diskretion verpflichtet. Art. 9.4 des GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie verpflichtet den Arbeitgeber, bei dem die Vertrauensperson vorstellig geworden ist, diejenigen Massnahmen in die Wege zu leiten, die sich erfahrungsgemäss aufdrängen, den Umständen angemessen sind und dem Arbeitgeber vernünftigerweise zugemutet werden können, um solchen Handlungen vorzubeugen oder sie abzustellen.

647 Art. 10.2 des GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie schreibt vor, dass sobald die Wiedereingliederung von kranken oder verunfallten Arbeitnehmenden aus medizinischer Sicht möglich scheint, die Arbeitgeberin objektiv prüft, welche Massnahmen sie tref-

---

<sup>1079</sup> Siehe dazu Rz. 590 ff.



fen kann. Dabei berücksichtigt sie die Meinung der betroffenen Arbeitnehmerin, der Ärztin, der betroffenen Versicherer sowie ihre eigenen Möglichkeiten.

648 Gemäss Art. 10.4 Abs. 1 GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnik haben die Unternehmen sorgfältig alle Möglichkeiten zur Beschäftigung von Personen mit einer Behinderung in Büros und Werkstätten zu prüfen. Diese Integration wird unter Berücksichtigung der individuellen Arbeitsfähigkeit der behinderten Person und in Zusammenarbeit mit der Personalkommission, bzw. der Gewerkschaftsvertreterin, vollzogen (Art. 10.4 Abs. 2 GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie).

### 8.3 *Fürsorgepflicht im L-GAV*

649 Der L-GAV sieht keine zusätzlichen Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz oder zur Fürsorgepflicht vor.

### 8.4 *GAV Swisscom*

650 Respekt und Toleranz hält der GAV Swisscom in Ziffer 2.9.2 GAV als Grundsätze fest. Zudem dürfen die Mitarbeitenden nicht auf Grund ihres Geschlechts, ihres Alters, ihrer Sprache, Herkunft und Kultur sowie Beschäftigungsgrades weder indirekt noch direkt diskriminiert werden. Nicht erwähnt ist die Benachteiligung aufgrund einer Behinderung, allerdings bleibt auf dem Hintergrund von Art. 8 Abs. 2 BV sowie der Grundrechtsbindung der Swisscom eine Benachteiligung aus anderen als im GAV genannten Gründen ebenfalls unzulässig<sup>1080</sup>.

651 Nach Ziffer 2.9.2 achtet und schützt die Swisscom ferner die Persönlichkeit ihrer Mitarbeitenden und sorgt unter Beachtung der Ergonomie für einen angemessenen Gesundheitsschutz. Die Mitarbeitenden haben unter anderem bei Persönlichkeitsverletzungen durch Vorgesetzte oder andere Mitarbeitende die Möglichkeit, eine Vertrauensperson beizuziehen.

652 In Ziffer 3.1 GAV Swisscom sind die Grundsätze zur Gleichstellung, Chancengleichheit und zum Persönlichkeitsschutz festgehalten. So verpflichtet sich die Swisscom u. a. dazu, die Persönlichkeit ihrer Mitarbeitenden zu schützen, Massnahmen zur Verhinderung von Diskriminierung, sexueller Belästigung und Mobbing zu treffen und nötigenfalls für Abhilfe zu sorgen sowie geeignete Massnahmen für die Umsetzung der Chancengleichheit zu treffen. Die Swisscom lädt zudem die mit Gleichstellung, Chancengleichheit, Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz, usw. befassten Personen mindestens einmal im Jahr zu einem Runden Tisch ein um u. a. gemeinsame Interessen und Ziele zu identifizieren und laufende Projekte und Massnahmen zu bewerten. Die Konferenz kann nur Empfehlungen formulieren. Die Swisscom bezeichnet Ansprechpersonen, an die sich Mitarbeitenden wenden können, die sich benachteiligt oder sexuell diskriminiert fühlen.

653 Nach Ziffer 2.12.3 GAV Swisscom wird das Arbeitsverhältnis bei Teilinvalidität mit Beginn der Rentenzahlung unter Berücksichtigung des Grades der Erwerbsfähigkeit umgestaltet.

---

<sup>1080</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 165.

## **9. Bestimmungen zur Fürsorgepflicht bei Krankheit/Behinderung in ausgewählten GAVs öffentlichrechtlicher Betriebe**

### **9.1 GAV SBB**

#### **9.1.1 Allgemeines**

654 Nach Ziffer 26 GAV SBB trifft die SBB Massnahmen zum Persönlichkeitsschutz ihrer Mitarbeitenden (Abs. 1) und sorgt dafür, dass sie vor Diskriminierungen geschützt sind (Abs. 2). Ziffer 124 GAV SBB sieht zudem vor, dass die SBB in allen Bereichen die nötigen Massnahmen zum Gesundheitsschutz sowie zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten trifft. Ausserdem ist die SBB aufgrund der unmittelbaren Grundrechtsbindung nach Art. 8 Abs. 2 BV gehalten, Mitarbeitende nicht aufgrund einer Behinderung zu diskriminieren<sup>1081</sup>.

655 Gemäss Ziffer 163 Abs. 1 GAV SBB stellt die SBB den Zugang zu einer professionellen Sozialberatung sicher. Dem ist die SBB mit neun Beratungsstellen in Basel, Bern, Biel, Lausanne, Lugano, Luzern, Olten, St. Gallen und Zürich, die Mitarbeitenden fachliche Unterstützung sowohl bei privaten als auch bei beruflichen Problemen anbieten, nachgekommen<sup>1082</sup>. Im 2007 und 2008 haben sich jeweils knapp 1400 Mitarbeitende an die Sozialberatung SBB gewandt. Im Vordergrund standen finanzielle und gesundheitliche Probleme sowie Schwierigkeiten am Arbeitsplatz und in der Beziehung<sup>1083</sup>.

656 Als ergänzendes Instrument im Sozialbereich der SBB erwähnt Ziffer 163 Abs. 2 GAV SBB die Stiftung Personalfonds SBB. Der Zweck dieser Stiftung ist u. a. die Unterstützung von aktiven und pensionierten Mitarbeitenden die aufgrund von Krankheit, Unfall oder Invalidität in eine finanzielle Notlage geraten sind. Überdies unterstützt sie präventive Massnahmen im gesundheitlichen und psychosozialen Bereich<sup>1084</sup>.

#### **9.1.2 Betriebliches Case Management der SBB**

657 Seit 2008 begleiten professionelle Case Manager Mitarbeitende die aufgrund einer Krankheit oder eines Unfalls für längere Zeit ganz oder teilweise arbeitsunfähig sind. Im 2008 haben die Case Manager 1035 Mitarbeitende betreut<sup>1085</sup>.

658 Der GAV SBB enthält in den Ziffern 154 ff. detaillierte Regelungen zur beruflichen Reintegration von Mitarbeitenden die aufgrund einer Krankheit oder eines Unfalls in ihrer Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sind. Ziel der Möglichkeit zur beruflichen Reintegration ist, die betroffene Person entweder in die bisherige Tätigkeit oder – wenn dies aufgrund mangelnder medizinischer Tauglichkeit nicht mehr möglich ist – innerhalb oder ausserhalb der SBB zu

---

<sup>1081</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S.164.

<sup>1082</sup> FISCHER MARKUS, Hilfe zu suchen, ist keine Schande, in: kontakt.sev vom 3. September 2009, Nr. 17, S. 12-14.

<sup>1083</sup> SBB, Engagement für Mitarbeitende, <[http://mct.sbb.ch/mct/konzern\\_engagement/konzern\\_soziales/konzern\\_mitarbeitende-2.htm](http://mct.sbb.ch/mct/konzern_engagement/konzern_soziales/konzern_mitarbeitende-2.htm)> (besucht am 22. Februar 2010).

<sup>1084</sup> Zweck gemäss Eintragung im Handelsregister des Kantons Bern, <<http://be.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGPDF?chnr=CH-035.7.025.076-0&amt=036&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0>> (besucht am 22. Februar 2010).

<sup>1085</sup> SBB, Neue Wege in der Reintegration, <[http://mct.sbb.ch/mct/konzern\\_engagement/konzern\\_soziales/konzern\\_reintegration.htm](http://mct.sbb.ch/mct/konzern_engagement/konzern_soziales/konzern_reintegration.htm)> (besucht am 22. Februar 2010).

reintegrieren (Ziffer 154 Abs. 1 GAV SBB). Die berufliche Reintegration beginnt bereits bei einer krankheits- oder unfallbedingten Einschränkung der Arbeitsleistung (Abs. 2) und endet erst wenn entweder die betroffene Person während mehr als sechs Monaten uneingeschränkt ihre bisherige Tätigkeit wieder aufgenommen hat oder das Arbeitsverhältnis angepasst oder aufgelöst wurde (Abs. 3).

- 659 Spätestens nach drei Monaten seit Beginn der beruflichen Reintegration wird zusammen mit der betroffenen Person ein Reintegrationsplan vereinbart und der laufenden Entwicklung angepasst. Der Reintegrationsplan enthält die Reintegrationsmassnahmen und trägt den Fähigkeiten, dem Alter, den persönlichen Verhältnissen und dem Gesundheitszustand der betroffenen Person Rechnung (Ziffer 155 GAV SBB). Wenn die betroffene Person den Reintegrationsprozess nicht aktiv unterstützt, den Reintegrationsplan wiederholt nicht einhält oder ein Stellenangebot innerhalb oder ausserhalb der SBB nicht annimmt, obwohl es nach Reintegrationsplan zumutbar wäre, löst die SBB das Arbeitsverhältnis auf (Ziffer 157 GAV SBB). Zu dieser Sanktion greift die SBB nur äusserst selten, thematisiert sie aber, sofern erforderlich, in Gesprächen mit den betroffenen Mitarbeitenden, um ihre Mitwirkung zu verbessern. Die Bestimmung wird von den Case Managern der SBB geschätzt, da sie für eine gewisse Verbindlichkeit des Case Managements sorgt und dessen Ernsthaftigkeit betont, was die Zusammenarbeit zwischen den Case Managern und den betroffenen Mitarbeitenden verbessert<sup>1086</sup>.
- 660 Gemäss Ziffer 158 Abs. 1 GAV SBB hat die betroffene Person bei einer Kündigung aufgrund mangelnder medizinischer Tauglichkeit Anspruch auf eine Abgangsentschädigung wenn aufgrund ihrer Ausbildung wenig Chancen bestehen, eine neue Tätigkeit zu finden (lit. a), sie das 40. Altersjahr vollendet hat (lit. b) oder während mindestens 15 Jahren bei der SBB gearbeitet hat (lit. c). Die Entschädigung liegt je nach Anzahl Arbeitsjahre bei der SBB zwischen 2 und 12 Monatslöhnen (Ziffer 159 Abs. 1 GAV SBB). Der betroffenen Person steht ausnahmsweise keine Entschädigung zu, wenn die Auflösung der Arbeitsverhältnisses entweder mit einem Anspruch auf periodische Leistungen der PK SBB oder mit der Vermittlung einer zumutbaren Stelle bei einem Arbeitgeber nach Art. 3 BPG verbunden ist (Ziffer 158 Abs. 2 GAV SBB).

## 9.2 *GAV Post*

- 661 Mitarbeitende dürfen nach Ziffer 140 Abs. 1 GAV Post nicht aufgrund persönlicher Merkmale wie bspw. dem Gesundheitszustand diskriminiert werden, weder direkt noch indirekt. Abs. 2 verpflichtet sodann die GAV-Parteien u. a. dazu, in ihren Bereichen die Persönlichkeit der Mitarbeitenden zu schützen und Massnahmen zur Verhinderung von Diskriminierung zu treffen. Ziffer 226 betont nochmals, dass die Mitarbeitenden Anspruch auf Persönlichkeitsschutz nach Ziffer 140 haben.
- 662 In Abschnitt 7 hält der GAV Post unter dem Titel „Soziales“ zehn Bestimmungen fest. Ziffer 70 besagt bspw. dass die Post soziale Einrichtungen für ihre Mitarbeitenden unterstützt oder betreibt (Abs. 1) und dass sie zur Behandlung von Grundsatzfragen die Paritätische Kommission Soziale Einrichtungen einsetzt (Abs. 2). Ausserdem stellt die Post eine Sozialberatung zur Verfügung (Ziffer 701 GAV Post) und fördert die Wohlfahrt ihrer Mitarbeitenden, indem sie bei finanziellen Notlagen direkt, über die vertragsschliessenden Gewerkschaften oder über Dritte gezielte Unterstützung leisten kann (Ziffer 71). Ziffer 73 besagt zudem, dass die Post auf die Gesundheit ihrer Mitarbeitenden Rücksicht nimmt und alle erfahrungsgemäss notwendigen Massnahmen zum Gesundheitsschutz und zur Verhütung von Berufsunfällen und -krankheiten trifft, die nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind (Abs. 1). Gemäss Ziffer 73 Abs. 3 informiert die Post zudem ihre Mitarbeitenden über Aspekte des Gesundheitsschutzes, der Arbeitssicherheit, der Ergonomie und

---

<sup>1086</sup> Schriftliche Auskunft SBB, 10. August 2011.

der Suchtprävention. Zur Behandlung von Grundsatzfragen wird die Paritätische Kommission Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz eingesetzt (Ziffer 73 Abs. 4).

663 Mitarbeitende die aus gesundheitlichen Gründen nur teilweise arbeitsfähig sind und deshalb ihre bisherige Tätigkeit unverschuldet nicht mehr im gleichen Mass ausüben können, werden von der Post weiterbeschäftigt, sofern die medizinischen und betrieblichen Voraussetzungen dazu gegeben sind (Ziffer 74 Abs. 1).

664 Ziffer 40 Anhang 4 GAV Post hält fest, dass die Post alle sinnvollen Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung ausschöpft, bevor sie der betroffenen Person ohne deren Verschulden kündigt. Entsprechend der Sozialvereinbarung in Anhang 5 des GAV Post soll auch bei mangelnder Eignung oder Tauglichkeit zuerst versucht werden, diesen Mangel zu beheben, sei dies mit entsprechender Weiterbildung oder einer Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses<sup>1087</sup>.

665 Ziffer 373 GAV Post hält sodann fest, dass bei Teilinvalidität das Arbeitsverhältnis mit Beginn der Rentenzahlung unter Berücksichtigung des Grades der Erwerbsfähigkeit ohne Änderungskündigung umgestaltet wird (Abs. 1). Der Anspruch auf Lohnfortzahlung bei Krankheit, Unfall und Schwangerschaft nach Ziffer 370 GAV Post (Abs. 3) resp. bei einer Teilinvalidität infolge einer Berufskrankheit oder eines Berufsunfalls die Leistungen nach Ziffer 370 Abs. 2 GAV Post (Abs. 4) bleibt in jedem Fall gewahrt.

### 9.3 *Fachhochschule Nordwestschweiz*

666 Nach Ziffer 2.1 achtet und schützt die FHNW die Würde und Persönlichkeit ihrer Mitarbeitenden (Abs. 1), duldet weder Mobbing noch Diskriminierung noch sexuelle Belästigung und sorgt mit den nötigen Massnahmen für den Schutz vor entsprechenden Vorfällen (Abs. 2). Zusammen mit der GAV-Kommission bezeichnet sie eine Ansprechperson, welche die Mitarbeitenden vertraulich kontaktieren können, wenn sie sich in ihrer Persönlichkeit verletzt fühlen (Abs. 3).

667 Zudem trifft die FHNW zum Schutze der Gesundheit ihrer Mitarbeitenden sowie zur Verhütung von Berufskrankheiten und -unfällen alle erfahrungsgemäss notwendigen Massnahmen, die zudem nach dem Stand der Technik möglich und den betrieblichen Verhältnissen angemessen sind (Ziffer 2.2 GAV FHNW).

668 Unter Ziffer 11.5 GAV FHNW ist zudem das Recht auf Aussprache festgehalten: Fühlen sich Mitarbeitende in ihrer Persönlichkeit oder in der Ausübung ihrer Arbeit durch das Verhalten anderer Mitarbeitender oder Vorgesetzter beeinträchtigt, versuchen sie in einem ersten Schritt, die Unstimmigkeiten in direkter Aussprache mit allen Beteiligten zu beseitigen. Führt dies nicht zum gewünschten Ergebnis, kann sich die betroffene Person jederzeit an ihre direkte Vorgesetzte, an die nächsthöhere Vorgesetzte oder an die Personalfunktion wenden (Abs. 1) Sollten auch diese Massnahmen zu keinem befriedigenden Ergebnis führen, kann die Mitwirkungsorganisation Mitarbeitenden (MOM) oder Vertreter der vertragsschliessenden Personalverbände einbezogen werden (Abs. 2).

669 Gemäss Ziffer 8.10 GAV FHNW sorgt die FHNW durch ein systematisches Eingliederungsmanagement dafür, dass Mitarbeitende nach einer Arbeitsunfähigkeit aufgrund Krankheit oder Unfall möglichst rasch wieder für die FHNW tätig sein können. Allerdings befindet sich die

---

<sup>1087</sup> Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission (PRK), vom 20. September 2006, Erw. 4b.

FHNW im Bereich Disability Management, Gesundheits- und Eingliederungsförderung nach eigener Einschätzung erst in der Start- und Sensibilisierungsphase<sup>1088</sup>.

## 10. Zusammenfassung und Gesamtwürdigung

### 10.1 Geltende Schutzbestimmungen

670 Arbeitgebende haben aufgrund ihrer Fürsorgepflicht zahlreiche Pflichten gegenüber ihren Arbeitnehmenden. Bestimmungen finden sich sowohl im Privatrecht (Art. 328 ff. OR) als auch im Öffentlichen Recht (insb. im ArG). Die Arbeitgebenden haben die Pflicht, die gesundheitliche Unversehrtheit der Arbeitnehmenden mit den Massnahmen die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind zu wahren, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihnen billigerweise zugemutet werden kann. Der arbeitsvertragliche Persönlichkeitsschutz von Art. 328 ff. OR stellt – wie auch Art. 6 ArG – eine Konkretisierung des allgemeinen privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes in Art. 27 und 28 ZGB dar.

671 Der Persönlichkeitsschutz von Arbeitnehmenden beginnt gewöhnlich erst mit dem Vertragsbeginn und wirkt grundsätzlich während der Dauer des Arbeitsvertrags<sup>1089</sup>. Einzelne Aspekte wirken über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus.

672 Es liegt in der Natur eines jeden Arbeitsverhältnisses, dass es gewisse Einschränkungen der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden mit sich bringt. Die Abwägung der Interessen der Arbeitnehmenden am Schutz ihrer Persönlichkeit und berechtigten Arbeitgeberinteressen erfolgt im Einzelfall. Die Arbeitgebenden sind aber immer verpflichtet, alle Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden zu treffen, die notwendig, anwendbar, verhältnismässig und zumutbar sind.

673 Eine Verletzung der Fürsorgepflicht kann verschiedene Rechtsfolgen auslösen: Der betroffene Arbeitnehmer kann nach Abmahnung und Fristsetzung auf Erfüllung klagen, also einen Leistungs- oder Unterlassungsanspruch geltend machen oder er kann von seinem Leistungsverweigerungsrecht gebrauch machen, also seine Arbeit einstellen, ohne dass er seinen Lohnanspruch verliert. Eine Verletzung der Fürsorgepflicht kann zudem einen Schadenersatzanspruch nach Art. 97 oder 41 OR begründen. Bei schweren Verletzungen der Persönlichkeit schuldet die Arbeitgeberin zudem eine Genugtuung (Art. 99 Abs. 3, Art. 47 und 49 OR). Überdies kann der betroffene Arbeitnehmer die Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung feststellen lassen oder unter Umständen sogar ausserordentlich kündigen.

674 Das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) ist zwar nicht auf alle, aber doch auf viele Arbeitsverhältnisse anwendbar. Zentrale Ausnahmen sind öffentliche Verwaltung von Bund, Kanton und Gemeinden (Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG) und öffentlichen Anstalten, die in der Verordnung 1 zum ArG den Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gleichgestellt werden (Art. 2 Abs. 2 ArG i. V. m. Art. 7 ArGV 1). Die fehlende Anwendbarkeit des ArGs in öffentlich-rechtlichen Betrieben führt nicht dazu, dass verfassungs- und völkerrechtswidrige Arbeitsbedingungen ohne weiteres hinzunehmen sind. Die Verantwortung dafür, dass bspw. angemessene Arbeitszeitlimiten angeordnet und durchgesetzt werden, wird in diesen Fällen dem betroffenen Gemeinwesen übertragen. Dieses

---

<sup>1088</sup> FHNW, Gesundheits- und Eingliederungsförderung, <[www.fhnw.ch/services/personal/disability-management](http://www.fhnw.ch/services/personal/disability-management)> (besucht am 16. März 2010).

<sup>1089</sup> Zum Schutz gesundheitlich vorbelasteter Arbeitnehmenden im Bewerbungsverfahren siehe Rz 157 ff.

- hat hierbei unter anderem die Schranken zu beachten, die sich aus der BV und der EMRK ergeben.
- 675 Insbesondere der im ArG verankerte Gesundheitsschutz ist auch auf Arbeitsverhältnisse anwendbar, für die die restlichen Bestimmungen nicht gelten. Die wichtigste Bestimmung im öffentlichen Arbeitsschutz ist Art. 6 ArG, der in Form von Generalklauseln die Pflichten der Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden festhält. Gestützt auf Art. 6 ArG wurde die Verordnung 3 zum ArG erlassen, welche die Massnahmen regelt, die in allen dem Gesetz unterstehenden Betrieben für die Gesundheitsvorsorge zu treffen sind (Art. 1 Abs. 1 ArGV 3). Obwohl die Vorschriften zur Arbeits- und Ruhezeit im weiteren Sinne ebenfalls zum Gesundheitsschutz zählen, ist für diese keine entsprechende Ausdehnung des Anwendungsbereichs verankert. Die Arbeits- und Ruhezeiten gelten deshalb nur für jene, die dem Arbeitsgesetz integral unterstellt sind. Sind die Arbeitsbedingungen bzw. die Arbeitszeiten aber geradezu missbräuchlich (so bspw. bei Arbeitspensen gegen 100 Stunden pro Woche), kann gestützt auf Art. 6 ArG in Verbindung mit Art. 2 ArGV 3 gegen die Arbeitszeiten vorgegangen werden. Verletzen Arbeitgebende öffentlich-rechtliche Normen, können Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51 ff. ArG angeordnet werden. Bei fahrlässiger oder vorsätzlicher Verletzung der Gesundheitsbestimmungen machen sie sich sodann nach Art. 59 ArG strafbar.
- 676 Im Arbeitsvertragsrecht bildet die Treuepflicht der Arbeitnehmenden nach Art. 321a Abs. 1 OR das Gegenstück zur Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden. Das ArG nimmt die Arbeitnehmenden in Art. 6 Abs. 3 ArG sowie Art. 10 ArGV 3 in die Pflicht.
- 677 Die Schutzverpflichtungen des öffentlichen Rechts und die privatrechtliche Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR bestehen nebeneinander, sind jedoch weitgehend deckungsgleich.
- 678 Für kranke Arbeitnehmende ist die erhöhte Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden gegenüber gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden von besonderer Bedeutung. Die Fürsorgepflicht alleine bietet zwar eine gute Argumentationsgrundlage für den Schutz von gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden, reicht aber für sich alleine häufig nicht, um eine Situation zu verbessern. Betroffene Arbeitnehmende sind auf weitere Schutzbestimmungen angewiesen, um ihre Rechte durchzusetzen. Dabei ist insbesondere an den sachlichen Kündigungsschutz (Art. 336 OR) zu denken, bzw. an die Missbräuchlichkeit einer Kündigung wegen Verletzung der Fürsorgepflicht. Die Fürsorgepflicht vermag es sogar rechtfertigen, dass eine Kündigung aufgrund einer gesundheitlichen Beeinträchtigung selbst nach Ablauf der Sperrfrist als missbräuchlich eingeordnet werden kann, wenn der Arbeitgeber zu wenig Rücksicht auf die Gesundheit des betroffenen Arbeitnehmers genommen hat.
- 679 Dass auch eine missbräuchliche Kündigung gültig ist und ein Arbeitsverhältnis beenden kann, hat auch einen Einfluss auf den Schutz kranker oder von Krankheit bedrohter Arbeitnehmenden. Wenn diese bspw. unzumutbare Arbeitsbedingungen bei ihren Arbeitgebenden geltend machen, wäre eine Kündigung aufgrund dieser Geltendmachung missbräuchlich (Rachekündigung, Art. 336 Abs. 1 lit. d OR). Erfolgt sie aber trotzdem, bleibt den betroffenen Arbeitnehmenden nur die Entschädigung. Dies zeigt exemplarisch der Raucher-BGE (BGE 132 III 257). Der an einer Rauchallergie leidende Arbeitnehmer hatte von seiner Arbeitgeberin ein vollständiges Rauchverbot verlangt und wurde daraufhin entlassen. Das Bundesgericht stellte zwar die Missbräuchlichkeit der Kündigung fest, das Arbeitsverhältnis wurde aber dennoch beendet. Nur ein Bestandesschutz würde betroffenen Arbeitnehmenden ermöglichen, ohne Angst vor Verlust des Arbeitsplatzes auf Missstände aufmerksam zu machen.
- 680 Vielfach scheinen sich die Arbeitgebenden ihrer Fürsorgepflicht gegenüber erkrankten Arbeitnehmenden nicht im Klaren zu sein. Es ist deshalb wichtig, die Aufklärung in diesem Bereich zu verstärken.

## 10.2 Gesundheitsmanagement

- 681 Die Ergebnisse der Kohortenstudie zeigen, dass die Rolle der Arbeitgeber sehr zentral ist. Personen, welche in Firmen beschäftigt sind, die über ein strukturell verankertes Gesundheitsmanagementsystem verfügen, haben eine deutlich grössere Chance, nach einer längeren krankheitsbedingten Arbeitsabsenz den Wiedereinstieg in das Erwerbsleben zu finden. Zudem scheinen die Erstellung eines Wiedereingliederungsplans und die Umsetzung von konkreten Wiedereingliederungsmassnahmen vor Stellenverlust zu schützen. Unabhängig davon scheinen grössere Unternehmungen ihr Personal besser weiterbeschäftigen zu können als kleinere Betriebe<sup>1090</sup>.
- 682 Da sich ein strukturell verankertes Gesundheitsmanagementsystem als überaus zentral herausgestellt hat, fragt sich, ob sich eine entsprechende Pflicht aus der Fürsorgepflicht ableiten lässt. Eine Arbeitgeberpflicht zu einem Gesundheitsmanagement steht auch im öffentlichen Interesse und lässt sich auf Art. 6 des Arbeitsgesetz und der Verordnung 3 abstützen. Ob dies der Arbeitgebende selber organisieren oder aber einen externen Dienst beanspruchen will, steht ihm frei. Hat ein Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer eine Kollektivkrankentaggeldversicherung abgeschlossen, besteht die Möglichkeit, das Gesundheitsmanagement der Versicherung zu übertragen. Wichtig ist, dass es sich um ein umfassendes Gesundheitsmanagementsystem handelt und nicht um ein reines Absenzenmanagement. Im Rahmen des Gesundheitsmanagements könnte überdies die Information zum Versicherungs- und Kündigungsschutz verbessert werden.
- 683 Zu prüfen wäre, ob und gegebenenfalls wo eine solche Verpflichtung der Arbeitgeberin ausdrücklich verankert werden könnte. Denkbar wäre eine Präzisierung der Wegleitung zu Art. 6 ArG oder/und der Gesundheitsschutzverordnung (ArGV 3). Die Wegleitung zu Art. 6 Abs. 1 ArG hält unter anderem fest, dass der Gesundheitsschutz sowohl die physische als auch die psychische Integrität der Arbeitnehmenden umfasse. Vom Arbeitgeber könne beispielsweise verlangt werden, „dass er im Betrieb Massnahmen gegen psychosoziale Missstände wie Mobbing oder andere Formen der Belästigung ergreift.“ An dieser Stelle könnte die Wegleitung dahingehend ergänzt werden, dass Arbeitgebende für ein strukturell verankertes Gesundheitsmanagementsystem zu sorgen haben, wobei es ihnen frei steht, dieses selber anzubieten oder an eine externe Stelle wie beispielsweise einer Krankentaggeldversicherung zu übertragen. Da eine solche Verpflichtung eine bedeutende Änderung mit sich bringen würde, stellt sich allerdings die Frage, ob die Wegleitung die richtige Ebene darstellt oder ob eine Ergänzung der ArGV 3 notwendig wäre. Die Änderung der Verordnung gestaltet sich allerdings aufwändiger als die Präzisierung der Wegleitung zu Art. 6 ArG; die Ergänzung der ArGV 3 bedarf ein Handeln des Bundesrates, die Präzisierung der Wegleitung würde durch das SECO erfolgen.
- 684 Aufgrund der Treuepflicht kann von den Arbeitnehmenden verlangt werden, innerhalb der Zumutbarkeit an Massnahmen des Gesundheitsmanagements teilzunehmen, wobei die Grenze der Persönlichkeitsschutz bildet.

## 10.3 Bedeutung der Arbeitsbedingungen

- 685 Die Ergebnisse der Befragung zeigen ferner<sup>1091</sup>, dass unabhängig vom Schweregrad der Krankheit die sozialen und internen Ressourcen eine wichtige Rolle spielen. Personen, welche in ihrem sozialen Umfeld über praktische Unterstützung verfügen und keinen hohen psychischen Belastungen ausgesetzt sind, haben insgesamt eine deutlich grösserer Chance, 30 Monat

---

<sup>1090</sup> Siehe dazu Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“, insb. Abschnitt 7 und 10.

<sup>1091</sup> Siehe dazu Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“, insb. Abschnitte 7 und 10.

nach Krankheitsbeginn noch im Erwerbsprozess integriert zu sein. Hier muss das Recht wohl zurückstehen. Ein stabiles soziales Umfeld kann kaum durch rechtliche Bestimmungen generiert werden. Allerdings können schlechte Arbeitsbedingungen – bedingt durch überlange Arbeitszeiten, Stress und Mobbing – dazu führen, dass Arbeitnehmende eher ihr gutes Umfeld verlieren. Die verstärkte Wahrnehmung der Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) durch die Arbeitgebenden und die damit verbundenen besseren Arbeitsbedingungen könnten dagegen einen positiven Einfluss auf das soziale Umfeld der Arbeitnehmenden haben. Die Grenze bildet einerseits das Privatleben der Arbeitnehmenden, auf dessen Gestaltung die Arbeitgebenden keinen Einfluss nehmen dürfen, und andererseits die Verhältnismässigkeit. Arbeitgebende haben nur die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihnen billigerweise zugemutet werden kann.

- 686 Arbeitnehmende sind nicht bloss Arbeitskräfte sondern Menschen<sup>1092</sup>, die in sozialen Bezügen zu Freunden und Familie leben und Tätigkeiten ausserhalb der Erwerbsarbeiten nachgehen können sollen. Die die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden gebietet, Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass diese nicht dauernd und in erheblichem Masse das Sozial- und Privatleben einschränken.

## IV. Massnahmen der Invalidenversicherung

### 1. *Verhinderung der Desintegration und Förderung der Wiedereingliederung*

- 687 Nach dem in der IV geltenden Grundsatz „Eingliederung vor Rente“ ist ein Anspruch auf eine Rente erst zu prüfen, wenn sich die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, (noch) nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern lässt (Art. 28 Abs. 1 lit. a IVG). Bevor ein Rentenanspruch geprüft wird, hat die zuständige IV-Stelle also abzuklären, ob Eingliederungsmassnahmen möglich und sinnvoll sind<sup>1093</sup>. Das Ziel ist, eine drohende Erwerbsunfähigkeit zu verhindern oder eine bestehende zu überwinden um die Zunahme von Neurenten zu senken<sup>1094</sup>. Mit der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen 5. IV Revision, die insbesondere das Ziel „Eingliederung statt Rente“ verfolgte, wurde dieser Grundsatz noch verstärkt. Die am 1. Januar 2012 in Kraft getretene IV-Revision 6a hat sodann eine neue Bestimmung eingeführt, welche die „Eingliederung aus Rente“ vorsieht<sup>1095</sup>. Dadurch sollen auch bereits länger andauernde Erwerbsunfähigkeiten überwunden werden.
- 688 Unterschieden wird zwischen der Früherfassung und der Frühintervention und den Eingliederungsmassnahmen. Mit der Früherfassung sollen Arbeitsplätze erhalten sowie Invalidität verhindert werden. Auch die Frühintervention ist präventiv und bezweckt durch rasch einsetzende und einfache Massnahmen eine Ausgliederung zu verhindern, darüber hinaus hat sie aber auch die berufliche Eingliederung zum Ziel. Die Eingliederungsmassnahmen beinhalten medizinische Massnahmen, Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung, Massnahmen beruflicher Art (Berufsberatung, erstmalige berufliche Ausbildung, Umschulung, Arbeitsvermittlung, Kapitalhilfe) sowie die Abgabe von Hilfsmitteln. Die ge-

---

<sup>1092</sup> In Anlehnung an Max Frisch „Wir riefen Arbeitskräfte, und es kamen Menschen“.

<sup>1093</sup> MÜLLER U., S. 193.

<sup>1094</sup> Vgl. dazu Botschaft IV-Revision 6a, 1839.

<sup>1095</sup> BUCHER, Rz. 1.



nannten Leistungen gilt es bei einer länger dauernden Arbeitsunfähigkeit zu prüfen und werden deshalb nachfolgend behandelt.

## 2. *Früherfassung und Frühintervention der Invalidenversicherung*

### 2.1 *Früherfassung*

689 Bereits bei einer relativ kurzen Arbeitsunfähigkeit bzw. im frühen Stadium einer möglicherweise länger dauernden Arbeitsunfähigkeit kommt unter Umständen die Invalidenversicherung ins Spiel.

690 Ziel der mit der 5. IV-Revision eingeführten Früherfassung ist es, möglichst früh einen Kontakt zwischen aus gesundheitlichen Gründen in ihrer Arbeitsfähigkeit beeinträchtigten Personen und der zuständigen IV-Stelle herzustellen<sup>1096</sup>. Eine Anmeldung bei der IV ist nicht vorausgesetzt. Die IV-Stelle klärt ab, ob Massnahmen der IV zur Erhaltung des noch bestehenden Arbeitsplatzes notwendig sind<sup>1097</sup>. Dadurch sollen möglichst viele Versicherte möglichst rasch nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit Unterstützung erhalten um den Arbeitsplatz nicht zu verlieren oder den Weg zurück an den Arbeitsplatz zu finden<sup>1098</sup>. Durch diese frühzeitige Erfassung soll der Eintritt einer Invalidität verhindert werden (Art. 3a Abs. 1 IVG).

#### 2.1.1 **Voraussetzungen**

691 Eine Früherfassung erfordert, dass die versicherter Person während mindestens 30 Tagen ununterbrochen arbeitsunfähig war (Art. 1<sup>ter</sup> Abs. 1 lit. a IVV) oder innerhalb eines Jahres wiederholt während kürzerer Zeit aus gesundheitlichen Gründen der Arbeit fernbleiben musste (Art. 1<sup>ter</sup> Abs. 1 lit. b IVV), wobei eine teilweise Arbeitsunfähigkeit genügt<sup>1099</sup>.

#### 2.1.2 **Meldung zur Früherfassung**

692 Sind die Voraussetzungen erfüllt, kann sich die versicherte Person zur Früherfassung bei der zuständigen IV Stelle melden (Art. 3b IVG). Neben der versicherten Person können auch die in Art. 3b Abs. 2 lit. a – 1 IVG aufgezählten Personen und Stellen, „die zwar allfällige Kenntnisse einer länger dauernden Arbeitsunfähigkeit einer Person, jedoch nicht genügend Informationen über die Gründe oder die Auswirkungen dieser Arbeitsunfähigkeit haben“<sup>1100</sup>, die Meldung vornehmen. Neben der gesetzlichen Vertretung der versicherten Person sind dies unter anderem die im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienangehörigen der versicherten Person, die Arbeitgeberin, die behandelnden Ärzte, die Krankentaggeldversicherung, die Durchführungorgane der Arbeitslosenversicherung und der Sozialhilfegesetze sowie die Unfallversicherung. Die Meldung hat schriftlich mittels eines amtlichen Formulars zu erfolgen (Art. 1<sup>ter</sup> Abs. 2 IVV)<sup>1101</sup>. Der Meldung kann ein ärztliches Zeugnis beigelegt werden. Wird die Meldung durch Drittpersonen oder Stellen nach Art. 3b Abs. 2 lit. b - 1 IVG vorgenommen, muss die versicherte Person vor der Meldung informiert werden (Art. 3b Abs. 3 IVG)<sup>1102</sup>. Zur Bestä-

---

<sup>1096</sup> MEIER, S. 94 f.; MÜLLER U., Rz. 641.

<sup>1097</sup> MEIER, S. 94 f.; MÜLLER U., Rz. 641.

<sup>1098</sup> MURER, Rz. 10 zu Art. 3a-c IVG.

<sup>1099</sup> BUCHER, Rz. 49; MURER, Rz. 10 zu Art. 3a.

<sup>1100</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4514.

<sup>1101</sup> MURER, Rz. 15 zu Art. 3b IVG; MÜLLER U., Rz. 646.

<sup>1102</sup> Dass auch die gesetzliche Vertretung zur Information verpflichtet ist, ergibt sich aus Art. 409 ZGB, MEIER, S. 98 f.; MÜLLER U., Rz. 674.

tigung dieser Informationen muss die versicherte Person an dafür vorgesehener Stelle im Meldeformular unterschreiben. Fehlt die Unterschrift dürfte die zuständige IV-Stelle nicht darauf eintreten, bzw. fordert die meldende Person oder Stelle dazu auf, die Information nachzuholen<sup>1103</sup>. Die IV-Stellen-Konferenz hält sodann fest, dass die IV-Stelle keine weiteren Schritte einleiten kann, wenn die betroffene Person nicht über die Meldung informiert wurde<sup>1104</sup>. In Extremfällen kann eine Meldung ohne vorgängige Information eine Persönlichkeitsverletzung darstellen<sup>1105</sup>.

- 693 Obwohl die Information der betroffenen Person zwingend ist, haben 23% der in der Kohortenstudie befragten Personen, die durch eine andere Person oder Stelle zur Früherfassung gemeldet wurden, angegeben, dass sie vorgängig nicht über die Meldung informiert wurden<sup>1106</sup>.

### 2.1.3 „Freiwilligkeit“ der Früherfassung

- 694 Die Früherfassung basiert nach bundesrätlicher Vorstellung auf einem ‘System der Freiwilligkeit’. Es besteht keine Meldepflicht<sup>1107</sup> und gemäss Botschaft sollen weder der versicherten Person noch den Arbeitgebenden aus einer unterlassenen Meldung nachteilige Konsequenzen entstehen<sup>1108</sup>. So setzt auch die Anmeldung bei der IV nicht voraus, dass vorgängig eine Früherfassung stattgefunden hat. Der Bundesrat betonte in seiner Botschaft, dass die Mitwirkung der betroffenen Versicherten der Schlüssel zum Erfolg „in diesem freiwilligen Abklärungsverfahren“ sei<sup>1109</sup>. Fehlt eine ausdrückliche Einwilligung zur Früherfassung, kann dies negative Auswirkungen auf den Erfolg der Massnahmen haben<sup>1110</sup>. Die Freiwilligkeit der Meldung erweist sich allerdings bei genauer Betrachtung als nicht konsequent umgesetzt, denn das Gesetz verlangt bei einer Meldung durch eine Drittperson oder Stelle nach Art. 3b lit. b – 1 IVG zwar die Information, aber *nicht die Zustimmung* der versicherten Person. Die Meldung kann also grundsätzlich *auch gegen deren Willen erfolgen*<sup>1111</sup>. Wenn man bedenkt, dass die IV die versicherte Person ab erfolgter Meldung unter Verweis auf einen möglichen ganzen oder teilweisen Rechtsverlust zur IV-Anmeldung auffordern kann (Art. 3c Abs. 6 IVG)<sup>1112</sup>, liegt eine erhebliche Fremdbestimmung vor, wenn die Meldung zur Früherfassung gegen den Willen der betroffenen Person erfolgt. Die Freiwilligkeit scheint vielmehr nur für die IV-Stellen zu bestehen, denn da kein Rechtsanspruch auf die Massnahmen der Frühintervention besteht, kann sich eine versicherte Person, welcher keine entsprechende Massnahme gewährt wird, nicht dagegen wehren<sup>1113</sup>.

- 695 Die Arbeitgebenden sind zwar nach Art. 3b lit. c IVG meldeberechtigt. Gestützt auf ihre Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR sind sie aber gehalten, auf eine solche Meldung zu verzichten,

---

<sup>1103</sup> MEIER, S. 100; MÜLLER U., Rz. 1243; nach MURER, Rz. 46, geht es dann zu weit, wenn bereits eingeleitete Verfahren abgebrochen werden müssten, wenn erst später festgestellt wird, dass die versicherte Person nicht informiert wurde.

<sup>1104</sup> 5. IVG-Revision: Die wichtigsten Infos für Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen, S. 2, <[www.ivsk.ch/mm/5\\_IVG\\_Revision\\_Infos\\_Arbeitgeber\\_d.pdf](http://www.ivsk.ch/mm/5_IVG_Revision_Infos_Arbeitgeber_d.pdf)> (besucht am 9. Februar 2012).

<sup>1105</sup> MURER, Rz. 56 zu Art. 3b IVG.

<sup>1106</sup> Siehe dazu Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“, Abschnitt 5.2.1.

<sup>1107</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4513; MURER, Rz. 18 zu Art. 3a-c IVG; MÜLLER U., Rz. 654.

<sup>1108</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4513.

<sup>1109</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4514.

<sup>1110</sup> PÄRLI (5. IV-Revision), Rz. 58.

<sup>1111</sup> BUCHER, Rz. 47; MÜLLER U., Rz. 655; MURER, Rz. 55 zu Art. 3b IVG.

<sup>1112</sup> Siehe dazu sogleich IV.2.1.7, Aufforderung zur Anmeldung.

<sup>1113</sup> LOCHER (5. IV-Revision), Rz. 18.

wenn die betroffene Arbeitnehmerin ausdrücklich keine Meldung zur Früherfassung wünscht<sup>1114</sup>.

696 Laut MURER ist wenn immer möglich die Zustimmung einzuholen bzw. ist zumindest dann eine vorgängige Zustimmung zur Meldung der versicherten Person zwingend, wenn voraussehbar ist, dass diese durch die Meldung in eine grosse Verwirrung gebracht und in ihrer Persönlichkeit bzw. Gesundheit beeinträchtigt werden könnte<sup>1115</sup>. Wann dies voraussehbar ist für Personen, die gerade „nicht genügend Informationen über die Gründe oder die Auswirkungen dieser Arbeitsunfähigkeit haben“<sup>1116</sup>, ist allerdings unklar.

697 Obwohl wenn immer möglich die Zustimmung der versicherten Person einzuholen ist<sup>1117</sup>, ist dies in der Praxis nicht immer der Fall. 24% der in der Kohortenstudie befragten Personen, welche durch Dritte zur Früherfassung gemeldet wurden gaben an, dass sie nicht oder nur teilweise mit der Meldung einverstanden waren<sup>1118</sup>.

#### 2.1.4 Datenschutzrechtliche Aspekte

698 Die Möglichkeit der Meldung zur Früherfassung durch Dritte ohne Einwilligung oder sogar gegen den ausdrücklichen Willen der versicherten Person ist aus datenschutzrechtlicher Sicht äusserst kritisch zu betrachten<sup>1119</sup>. Eine Meldung beinhaltet Personendaten und möglicherweise auch besonders schützenswerte Daten<sup>1120</sup>. Angaben über die Gesundheit gehören nach Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO zur Kategorie der besonders schützenswerten Personendaten. Meldet eine – wenn auch nach Art. 3b Abs. 2 IVG berechnete – Drittperson die versicherte Person zur Früherfassung, bedeutet dies grundsätzlich ein Bearbeiten von Personendaten und überdies eine Bekanntgabe von besonders schützenswerten Daten (Art. 3 lit. c Ziff. 2 i. V. m. Art. 3 lit. f DSGVO). Der in Art. 4 Abs. 2 DSGVO verankerte Verhältnismässigkeitsgrundsatz fordert, dass jede Datenbearbeitung geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Diese Voraussetzung müssen auch Meldungen zur Früherfassung durch Dritte erfüllen. Da sich eine Meldung gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Person negativ auf den Erfolg der Massnahme auswirken kann, ist die Meldung durch Dritte grundsätzlich nicht geeignet. Auch die Erforderlichkeit einer solchen Meldung ist zu verneinen, denn die Meldung durch die versicherte Person selbst (oder die Meldung durch Dritte mit ausdrücklicher Einwilligung) sollte grundsätzlich zum besseren oder mindestens gleichen Ergebnis führen. Zudem ist der Anspruch darauf, selber zu entscheiden, ob besonders schützenswerte Daten an eine staatliche Stelle weiterge-

---

<sup>1114</sup> Art. 7c IVG sieht vor, dass der Arbeitgeber aktiv mit der IV-Stelle zusammenarbeitet und bei der Herbeiführung einer angemessenen Lösung im Rahmen des Zumutbaren mitwirkt. BUCHER weist darauf hin, dass die Mitwirkung der Arbeitgebenden Art. 7c IVG eine Konkretisierung der privatrechtlichen Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR darstellt und „der Arbeitnehmer vor Arbeitsgericht vom Arbeitgeber die Erfüllung der Fürsorgepflicht oder Schadenersatz wegen deren Nichterfüllung einfordern kann“ (Bucher, Rz. 532 m. V. a. Amtl. Bull. 2006 SR 602 und NR 1172). Die Aussage, wonach die Mitwirkung der Arbeitgebenden Teil der Früherfassung ist, gilt es zu relativieren. Es sind Konstellationen denkbar, in denen die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer eine Zusammenarbeit mit der Invalidenversicherung bewusst nicht wünscht. In dieser Situation stellt die Meldung an die IV zur Früherkennung keine Massnahme dar, die gestützt auf die Fürsorgepflicht gerechtfertigt werden kann. Nach MURER handelt der Arbeitgeber meistens „unklug“, wenn er gegen den Willen des Arbeitnehmers Meldung erstattet, verletze aber nicht seine Fürsorgepflicht, wenn die Meldung (auch) im Interesse des Arbeitnehmers geschehe (MURER, Rz. 49 zu Art. 3b IVG).

<sup>1115</sup> MURER, Rz. 60 zu Art. 3b IVG.

<sup>1116</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4514; Siehe dazu Rz. 692.

<sup>1117</sup> MURER, Rz. 60 zu Art. 3b IVG; MÜLLER U., Rz. 655.

<sup>1118</sup> Siehe dazu Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“, Abschnitt 5.2.1.

<sup>1119</sup> Datenschutzrechtlich unbedenklich sind hingegen Fälle, in denen die versicherte Person in die Meldung einwilligt. Dennoch ist der Grundsatz zu beachten, dass je heikler die Daten sind, desto ausdrücklicher die Einwilligung vorliegen muss.

<sup>1120</sup> MÜLLER U., Rz. 721.

leitet werden, Teil des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, das in Art. 13 Abs. 2 BV als Teilgehalt des Grundrechts auf persönliche Freiheit enthalten ist. Angesichts des höchst fraglichen möglichen Nutzens einer Meldung zur Früherfassung durch Dritte, ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung regelmässig höher zu gewichten. Die Ausgestaltung des Meldesystems zur Früherfassung durch Dritte genügt somit nicht den datenschutzrechtlichen Anforderungen<sup>1121</sup>.

### 2.1.5 Verfahren der Früherfassung

699 Die Meldung eröffnet das in Art. 3c IVG geregelte Verfahren der Früherfassung. Die zuständige IV-Stelle prüft die Voraussetzungen, informiert die versicherte Person über Zweck und Umfang der beabsichtigten Datenbearbeitung (Art. 3c Abs. 1 IVG), klärt die persönliche Situation der versicherten Person ab und entscheidet innert 30 Tagen nach Eingang der Meldung, ob Massnahmen der Frühintervention nach Art. 7d IVG notwendig sind (Art. 3c Abs. 2 IVG i. V. m. Art. 1<sup>quater</sup> IVV)<sup>1122</sup>. Die IV informierte nach Abschluss der Abklärungen die versicherte Person oder deren gesetzlichen Vertretung, den Krankentaggeldversicherer, die private Versicherungseinrichtung nach Art. 3b Abs. 2 lit. f IVG, den Unfallversicherer sowie den Arbeitgeber, falls dieser die versicherte Person zur Früherfassung gemeldet hat, ob Massnahmen zur Frühintervention nach Art. 7d angezeigt sind (Art. 3c Abs. 5 IVG)<sup>1123</sup>.

### 2.1.6 Ermächtigung zur Auskunftserteilung

700 Die IV-Stelle fordert die versicherte Person auf, den Arbeitgeber, Leistungserbringer nach den Artikeln 36–40 KVG, Versicherungen sowie Arbeitsstellen generell zu ermächtigen, alle Auskünfte zu erteilen und alle Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die für die Abklärung im Rahmen der Früherfassung erforderlich sind (Art. 3c Abs. 3 IVG). Die Ermächtigung zur Auskunftserteilung gilt jeweils nur für den konkreten Einzelfall<sup>1124</sup>. Lehnt die versicherte Person die Ermächtigung ab, kann eine Ärztin des regionalen ärztlichen Dienstes (Art. 59 Abs. 2 IVG) die erforderlichen Auskünfte bei den behandelnden Ärzten der versicherten Person einholen, welche in diesem Fall ex lege auch ohne Ermächtigung von ihrer Schweigepflicht entbunden sind. Die Ärztin des regionalen ärztlichen Dienstes hat sodann zu beurteilen, ob Massnahmen der Frühintervention nach Art. 7d IVG angezeigt sind und informiert die IV-Stelle, ohne die medizinischen Auskünfte und die Unterlagen weiterzuleiten (Art. 3c Abs. 4 IVG)<sup>1125</sup>. Ein solcher erzwungener Datentransfer ist insbesondere dann problematisch, wenn die versicherte Person bereits gegen ihren Willen von einer Drittperson bei der IV gemeldet wurde. Ist in einem solchen Fall der Hausarzt zur Auskunft verpflichtet, könnte dies das Vertrauensverhältnis Arzt/Patient stören und womöglich den Heilungsverlauf negativ beeinflussen<sup>1126</sup>.

---

<sup>1121</sup> Ausführlich zum Ganzen: PÄRLI (5. IV-Revision), Rz. 50-85; MÜLLER U., Rz. 721 ff. und MURER, Rz. 39 ff. zu Art. 3b IVG.

<sup>1122</sup> MÜLLER U., Rz. 650.

<sup>1123</sup> MÜLLER U., Rz. 681 ff.

<sup>1124</sup> MÜLLER U., Rz. 1249.

<sup>1125</sup> MURER, Rz. 56 zu Art. 3c IVG, begrüsst trotz des erzwungenen Datentransfers das Konzept, da es den Weg der Freiwilligkeit zumindest versuche. Zudem, so betont er, würden die versicherten Personen in der Mehrzahl der Fälle ihre Einwilligung freiwillig geben, weil sie einsehen würden, dass es in erster Linie um ihre eigenen Interessen geht; MÜLLER U., Rz. 1552 ff. kritisiert die Massnahme hingegen als unverhältnismässig bzw. nicht erforderlich, zumal auf Massnahmen der Frühintervention kein Rechtsanspruch bestehe.

<sup>1126</sup> Siehe dazu auch FRIEDAUER, Rz. 3.1; ausführlich zur Problematik der Auskunft ohne Ermächtigung siehe MÜLLER U., Rz. 696 ff. und 1246 ff.

### 2.1.7 Aufforderung zur Anmeldung

701 Zeichnet sich aufgrund der Abklärungsergebnissen ab, dass eine Anmeldung bei der IV nach Art. 29 ATSG angebracht ist, fordert die zuständige IV-Stelle die versicherte Person zur Anmeldung auf<sup>1127</sup>. Dabei wird die versicherte Person darauf aufmerksam gemacht, dass die Leistungen gekürzt oder verweigert werden können, wenn sie sich trotz Aufforderung der IV-Stelle nicht unverzüglich förmlich anmeldet (siehe Art. 3c Abs. 6 IVG). Mit anderen Worten: Obwohl die Meldung zur Früherfassung freiwillig ist, kann der versicherten Person am Ende des Früherfassungsverfahrens eine Pflicht zur Anmeldung auferlegt werden<sup>1128</sup>.

## 2.2 Frühintervention

702 Mit der *Anmeldung* bei der IV beginnt automatisch die Frühinterventionsphase<sup>1129</sup>, während derer einerseits Massnahmen der Frühintervention angeordnet und durchgeführt werden können und andererseits die Voraussetzungen für (ordentliche) Eingliederungsmassnahmen geprüft werden. Die Massnahmen der Frühintervention sind in Art. 7d IVG und Art. 1<sup>sexies</sup>-1<sup>octies</sup> IVV verankert. Es handelt es sich dabei um „ein relativ formloses vorgelagertes System“, bei dem auf einlässliche Abklärungen verzichtet wird<sup>1130</sup>, weshalb die Frühintervention auch nicht zu den ordentlichen Eingliederungsmassnahmen zählt<sup>1131</sup>. Die Frühintervention dient insbesondere der Verhinderung einer Ausgliederung<sup>1132</sup> bzw. Desintegration; der bisherige Arbeitsplatz von arbeitsunfähigen Versicherten soll erhalten bleiben bzw. die Versicherten an einem neuen Arbeitsplatz innerhalb oder ausserhalb des bisherigen Betriebes eingegliedert werden (Art. 7d Abs. 1 IVG). Es werden aber nicht zwingend Massnahmen der Frühintervention angeordnet<sup>1133</sup>.

703 Sinn und Zweck der Frühintervention ist es, mittels niederschwelliger, schnell einsetzbarer Massnahmen die Lücke zwischen langer Arbeitsunfähigkeit und den ordentlichen Eingliederungsmassnahmen zu schliessen. Um eine Chronifizierung möglichst zu vermeiden, sollen rasch und unbürokratisch Massnahmen ergriffen werden, um Personen mit eingeschränkter Arbeitsfähigkeit einen Verbleib am bestehenden bzw. eine Eingliederung an einem neuen Arbeitsplatz zu ermöglichen<sup>1134</sup>.

704 Die Frühinterventionsphase endet mit einem Grundsatzentscheid nach Art. 1<sup>septies</sup> IVV<sup>1135</sup>, wobei entweder die Durchführung von Integrationsmassnahmen zur beruflichen Eingliederung oder Massnahmen beruflicher Art verfügt werden (Art. 1<sup>septies</sup> lit. a IVV), eine Mitteilung erfolgt, dass keine Eingliederungsmassnahmen mit Aussicht auf Erfolg durchgeführt werden können und der Anspruch auf eine Rente geprüft wird (Art. 1<sup>septies</sup> lit. b IVV), oder indem verfügt wird, dass weder ein Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen noch auf eine Rente besteht (Art. 1<sup>septies</sup> lit. c IVV).

705 Nach der Anmeldung führt die zuständige IV-Stelle in der Regel ein Evaluationsgespräch (Assessment) durch um alle relevanten Informationen zusammenzutragen und die Eingliederung

<sup>1127</sup> Die Aufforderung zur Anmeldung darf jedoch nur erfolgen, wenn Massnahmen der Frühintervention oder Eingliederungsmassnahmen die Dauer und das Ausmass der Arbeitsunfähigkeit verringern und den Eintritt der Invalidität verhindern würden, MÜLLER U., Rz. 716.

<sup>1128</sup> PÄRLI (5. IV-Revision), Rz. 51 f.; wobei es sich mangels Erzwingbarkeit um eine Obliegenheit und nicht eine Rechtspflicht handelt, BUCHER, Rz. 52.

<sup>1129</sup> BUCHER, Rz. 509.

<sup>1130</sup> PESTALOZZI-SEGER (Früherfassung), S. 3.

<sup>1131</sup> BUCHER, Rz. 502; MURER, Rz. 5 zu Art. 7d IVG.

<sup>1132</sup> BUCHER, Rz. 502; MURER, Rz. 5 zu Art. 7d IVG.

<sup>1133</sup> BUCHER, Rz. 508; MURER, Rz. 3 zu Art. 7d IVG.

<sup>1134</sup> BUCHER, Rz. 506; MURER, Rz. 5 zu Art. 7d IVG.

<sup>1135</sup> BUCHER, Rz. 509; MURER, Rz. 8 zu Art. 7d IVG.

rungsfähigkeit festlegen zu können (Art. 70 Abs. 1 IVV). Teilnehmende des Assessments sind die versicherte Person und die Eingliederungsverantwortlichen, sofern sinnvoll auch die fallverantwortliche Person, eine Ärztin oder ein Arzt des regionalen ärztlichen Dienstes oder weitere Personen. Anhand der Ergebnisse des Evaluationsgesprächs erstellt die zuständige IV-Stelle einen Eingliederungsplan (Art. 70 Abs. 2 IVV) mit den zu erreichenden Zielen, den Verantwortlichkeiten und Fristen sowie der Kooperation zwischen den Parteien<sup>1136</sup>.

- 706 Geht bereits aus der Anmeldung hervor, dass die IV nicht zuständig, die Eingliederung nicht möglich ist oder wenn nicht die Frage der Eingliederung oder der Rente im Zentrum steht, sondern ein Hilfsmittel oder eine Hilflosenentschädigung ist, verzichtet die IV-Stelle auf ein solches Assessment<sup>1137</sup>.

### 2.2.1 Massnahmen der Frühintervention

- 707 Die Massnahmen der Frühintervention sind in Art. 7d Abs. 2 lit. a bis f IVG aufgelistet und beinhalten die Anpassung des Arbeitsplatzes, Ausbildungskurse, Arbeitsvermittlung, Berufsberatung, sozial-berufliche Rehabilitation sowie Beschäftigungsmassnahmen.

- 708 Auf die freiwillige gewährten Massnahmen der Frühintervention besteht nach Art. 7d Abs. 3 IVG kein Rechtsanspruch<sup>1138</sup>, weshalb sie auch nicht gerichtlich eingeklagt werden können<sup>1139</sup>. Die Gewährung von Massnahmen der Frühintervention knüpft denn auch nicht an eine leistungsspezifische oder drohende Invalidität an<sup>1140</sup>. Mit Hilfe von Massnahmen der Frühintervention sollen Personen, die ganz oder teilweise arbeitsunfähig sind, ihren bestehenden Arbeitsplatz behalten oder an einem neuen Arbeitsplatz innerhalb oder ausserhalb des bisherigen Betriebes eingegliedert werden. Sie setzen unabhängig davon aus, ob die versicherte Person im Sinne des Gesetzes invalid ist oder nicht<sup>1141</sup>. Es muss also „nur“ eine Arbeitsunfähigkeit vorliegen sowie die Prognose, dass mit der entsprechenden Massnahme der bestehenden Arbeitsplatz gehalten bzw. die Eingliederung an einem neuen Arbeitsplatz tatsächlich möglich ist<sup>1142</sup>.

### 2.2.2 Unterschied zu den Eingliederungsmassnahmen

- 709 Die Massnahmen zur sozialberuflichen Rehabilitation sowie die Beschäftigungsmassnahmen sind nach dem Wortlaut auch bei den Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung vorgesehen. Auch die Anpassung des Arbeitsplatzes, die Arbeitsvermittlung und die Berufsberatung finden sich nicht nur bei den Massnahmen der Frühintervention sondern auch bei den Eingliederungsmassnahmen nach Art. 8 Abs. 3 IVG. Die Anspruchsvoraussetzungen für Massnahmen der Frühintervention sind allerdings tiefer, denn im Gegensatz zu den Eingliederungsmassnahmen nach Art. 8 Abs. 3 IVG, die eine bestehende oder drohende Invalidität voraussetzen<sup>1143</sup>, reicht bei den Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung bereits eine Arbeitsunfähigkeit<sup>1144</sup>. Während einer-

---

<sup>1136</sup> Zum ganzen Abschnitt: Früherfassung und Frühintervention (Merkblatt 4.12), Ziffer 13 ff., Merkblatt einsehbar unter <[www.ahv-iv.info/andere/00134/00186/index.html?lang=de](http://www.ahv-iv.info/andere/00134/00186/index.html?lang=de)> (besucht am 29. Mai 2013).

<sup>1137</sup> Früherfassung und Frühintervention (Merkblatt 4.12), Ziffer 15, Merkblatt einsehbar unter <[www.ahv-iv.info/andere/00134/00186/index.html?lang=de](http://www.ahv-iv.info/andere/00134/00186/index.html?lang=de)> (besucht am 29. Mai 2013).

<sup>1138</sup> MURER, Rz. 41 zu Art. 7d IVG.

<sup>1139</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4519; MÜLLER U., Rz. 97.

<sup>1140</sup> MURER, Rz. 27 zu Art. 7d IVG.

<sup>1141</sup> Früherfassung und Frühintervention (Merkblatt 4.12), Ziffer 18, Merkblatt einsehbar unter <[www.ahv-iv.info/andere/00134/00186/index.html?lang=de](http://www.ahv-iv.info/andere/00134/00186/index.html?lang=de)> (besucht am 29. Mai 2013).

<sup>1142</sup> MURER, Rz. 27 zu Art. 7d IVG.

<sup>1143</sup> Siehe dazu Rz. 715 ff.

<sup>1144</sup> BUCHER, Rz. 26, 524 und 526; MURER, Rz. 10 zu Art. 7d IVG.

seits die Anspruchsvoraussetzungen für Massnahmen der Frühintervention tiefer sind als für Eingliederungsmassnahmen, sind andererseits auch die Leistungen aus Sicht der Versicherten weniger günstig. Im Gegensatz zu den Eingliederungsmassnahmen nach Art. 8 Abs. 3 IVG besteht im Rahmen der Frühintervention weder ein Rechtsanspruch auf Massnahmen der Frühintervention, noch kann ein Taggeld ausgerichtet werden<sup>1145</sup>.

- 710 Sobald die zuständige IV-Stelle feststellt, dass die Anspruchsvoraussetzungen für Eingliederungsmassnahmen erfüllt sind, verfügt sie diese<sup>1146</sup>. So wird bspw. eine im Rahmen der Frühintervention durchgeführte sozialberufliche Rehabilitation in eine Integrationsmassnahme zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung umgewandelt, sobald die versicherte Person die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen erfüllt<sup>1147</sup>.

### 2.2.3 Frühinterventions-Beschäftigungsmassnahme ohne Taggeld

- 711 Obwohl kein Rechtsanspruch auf Massnahmen der Frühintervention besteht, trifft die versicherte Person eine Mitwirkungspflicht. Als kritisch zu betrachten ist die Pflicht zur Teilnahme (unter Androhung eines Rechtsverlusts) an einer Beschäftigungsmassnahme (Art. 7d Abs. 2 lit. f IVG) ohne Taggeldberechtigung. Die Botschaft zur 5. IV-Revision führt hierzu lediglich aus, allenfalls erhalte die versicherte Person während einer solchen Beschäftigungsmassnahme aufgrund der bestehenden Arbeitsunfähigkeit ein Taggeld des Krankenversicherers oder eine Lohnfortzahlung des Arbeitgebers<sup>1148</sup>. Ein solcher Zwang zur unentgeltlichen Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm kann mit dem Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit kollidieren, welches in diversen völkerrechtlichen Übereinkommen (ILO-Übereinkommen Nr. 29, ILO-Übereinkommen Nr. 105, Art. 4 Abs. 2 EMRK<sup>1149</sup>, Art. 8 UN-Pakt II, Art. 6 f. UN-Pakt I) und Art. 27 BV enthalten ist. Im Zusammenhang mit Beschäftigungsmassnahmen im Rahmen der Arbeitslosenversicherung, wo während der Massnahme weiterhin das Taggeld als Entschädigung ausgerichtet wird (Art. 59b AVIG), hat das SECO – gleichsam vorsichtshalber – die Arbeitsmarktbehörden angewiesen, die Zuweisung einer versicherten Person zu einem Beschäftigungsprogramm erst zu verfügen, wenn laufende Einstelltage getilgt sind, also das Arbeitslosentaggeld als Entgelt für die Programmteilnahme ausgerichtet wird. Dies, obwohl Einstelltage (Entzug des Taggeldes aufgrund einer Sanktion nach Art. 30 AVIG) während eines Beschäftigungsprogramms grundsätzlich zu tilgen sind<sup>1150</sup>. Diese praktische Handhabung der Taggeldeinstellung weist auf eine gewisse Vorsicht des SECO mit Blick auf das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit hin, die auch im Rahmen der Beschäftigungsmassnahmen der Frühintervention angebracht wäre<sup>1151</sup>.

---

<sup>1145</sup> BUCHER, Rz. 26 und 524.

<sup>1146</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4519; BUCHER, Rz. 526.

<sup>1147</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4519; BUCHER, Rz. 527.

<sup>1148</sup> Botschaft 5. IV-Revision 4459.

<sup>1149</sup> Wobei der EGMR im Urteil *Muselle v. Belgien* eine eher zurückhaltenden Auslegung des Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit in Art. 4 Abs. 2 EMRK einnahm, indem er selbst bei unbezahlter Arbeit im Rahmen einer Ausbildungstätigkeit für die Zulassung zum Anwaltsberuf aufgrund der Abwägung mit den zu erwartenden späteren beruflichen Vorteilen keine Verletzung des Verbots der Zwangs- und Pflichtarbeit erkannte. Die Konturen des Verbots der Zwangs- und Pflichtarbeit im Rahmen von Art. 8 UN-Pakt II und insbesondere der ILO-Konvention Nr. 29 dürften jedoch schärfer sein.

<sup>1150</sup> SECO, Änderungen des Kreisschreibens vom 1. Januar 2000 über die arbeitsmarktrechtlichen Massnahmen, gültig ab 1. Januar 2001, A 30 f.

<sup>1151</sup> Zum Ganzen siehe PÄRLI (5. IV-Revision), Rz. 86-90 und IMHOF, Rz. 13-24.

### 3. *Würdigung*

712 Im Bereich der Früherfassung zeigen die Ergebnisse der Kohortenstudie, dass von den Personen, welche die Meldung zur Früherfassung nicht selber vorgenommen haben, 23% *vorgängig nicht darüber informiert wurden*<sup>1152</sup>. Die Meldung zur Früherfassung können neben der versicherten Person auch die in Art. 3b Abs. 2 lit. a - 1 IVG aufgezählten Personen und Stellen vornehmen. *Art. 3b Abs. 3 IVG schreibt vor, dass die versicherte Person vor der Meldung informiert wird, wenn die Meldung durch Drittpersonen oder Stellen nach Art. 3b Abs. 2 lit. b - 1 IVG vorgenommen wird.* Zur Bestätigung dieser Informationen muss die versicherte Person an dafür vorgesehener Stelle im Meldeformular unterschreiben. Tatsächlich findet aber diese vorgängige Information nicht immer statt. Die Anforderungen an eine Meldung zur Früherfassung durch Drittpersonen oder andere Stellen sind nicht besonders hoch. Es wird nicht einmal eine Einwilligung der betroffenen Person vorausgesetzt. Dass dennoch 23% der Befragten nicht über die Meldung zur Früherfassung informiert wurden, ist deshalb schwer nachvollziehbar. Die Meldung zur Früherfassung erfolgt schriftlich mittels eines amtlichen Formulars, welches eine Stelle vorsieht, an der die betroffene Person mittels Unterschrift bestätigt, dass sie vorgängig informiert wurde. Um eine Nichtinformation zu verhindern, müssen die zuständigen IV-Stellen Meldungen ohne die entsprechende Unterschrift konsequent an die meldende Person oder Stelle zurückweisen und diese zur Information der betroffenen Versicherten auffordern.

### 4. *Eingliederungsmassnahmen der IV*

713 Eingliederungsmassnahmen können bereits sehr früh relevant sein. Art. 8 IVG bildet die Grundsatzbestimmung der Eingliederungsmassnahmen, zu welchen nach dessen Absatz 3 zählen: medizinische Massnahmen, Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung, Massnahmen beruflicher Art (Berufsberatung, erstmalige berufliche Ausbildung, Umschulung, Arbeitsvermittlung, Kapitalhilfe) sowie die Abgabe von Hilfsmitteln.

714 Die vorliegende Studie konzentriert sich schwerpunktmässig auf Arbeitnehmende, die länger dauernd krankheitsbedingt arbeitsunfähig sind und/oder waren. Im rechtlichen Teil wird auch die Rechtslage nach einem Unfall dargelegt, insb. um die Unterschiede von unfall- und krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit darzulegen. Im Bereich der Eingliederungsmassnahmen werden nachfolgend nur die Berufsberatung, Umschulung, Arbeitsvermittlung, Kapitalhilfe sowie die Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung behandelt<sup>1153</sup>. Die erstmalige berufliche Ausbildung wird nicht behandelt, da sich diese an noch nicht erwerbstätige Versicherte richtet. Ebenfalls nicht Gegenstand unserer Untersuchung bildet die Bedeutung von Hilfsmitteln und medizinischen Massnahmen für die berufliche Integration. Damit wollen wir keineswegs die Bedeutung dieser Massnahmen für die berufliche Integration in Frage stellen, die Studie ist jedoch bereits ohne Behandlung dieser Fragen so umfassend, dass bei gewissen Themen Abstriche gemacht werden müssen.

#### 4.1 *Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen*

715 Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen der IV haben invalide oder von einer Invalidität bedrohte Versicherte, soweit die Massnahmen notwendig und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, wieder herzustellen, zu er-

---

<sup>1152</sup> Siehe dazu Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“, Abschnitt 5.2.1.

<sup>1153</sup> Sehr ausführlich zu den Eingliederungsmassnahmen siehe BUCHER, welche umfassend die Rechtsprechung zum Thema sowie die gesamte Literatur berücksichtigt.



halten oder zu verbessern (Art. 8 Abs. 1 lit. a IVG). Zudem müssen die Voraussetzungen für den Anspruch auf die einzelnen Massnahmen erfüllt sein (Art. 8 Abs. 1 lit. b IVG).

716 Der Invaliditätsbegriff ist im Hinblick auf die beanspruchte Leistung funktional und relativ, das heisst, neben und zum Teil in Abweichung vom allgemeinen Begriff der Invalidität gemäss ATSG müssen die spezifischen Anspruchsvoraussetzungen des jeweiligen Einzelgesetzes für eine bestimmte Leistung gegeben sein<sup>1154</sup>.

717 Der Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen setzt grundsätzlich eine obligatorische oder freiwillige Versicherung nach Art. 1a oder 2 AHVG voraus (Art. 9 Abs. 1<sup>bis</sup> und 8 Abs. 1 IVG)<sup>1155</sup>. Der Anspruch entsteht frühestens mit der Unterstellung unter die obligatorische oder die freiwillige Versicherung und endet spätestens mit dem Ende der Versicherung (Art. 9 Abs. 1<sup>bis</sup>).

## 4.2 Berufliche Massnahmen der Invalidenversicherung

718 Die Massnahmen beruflicher Art der IV umfassen die Berufsberatung (Art. 15 IVG), die erstmalige berufliche Eingliederung (Art. 16 IVG), die Umschulung (Art. 17 IVG) sowie die Arbeitsvermittlung (Art. 18 IVG). Ferner den Arbeitsversuch (Art. 18a IVG), den Einarbeitungszuschuss (Art. 18b IVG), die Entschädigung für die Beitragserhöhung (Art. 18c IVG) und die Kapitalhilfe (Art. 18d IVG).

### 4.2.1 Voraussetzungen

719 Neben den versicherungsmässigen und anderen allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen müssen die leistungsspezifischen Voraussetzungen der jeweiligen Eingliederungsmassnahme erfüllt sein (Art. 8 Abs. 1 lit. b IVG)<sup>1156</sup>. Für alle Massnahmen beruflicher Art gilt, dass ein Anspruch nur dann besteht, wenn die versicherte Person invalid oder von einer Invalidität bedroht ist (Art. 8 Abs. 1 IVG). *Eine drohende Invalidität liegt vor, wenn der Eintritt einer Erwerbsunfähigkeit überwiegend wahrscheinlich ist.* Nicht relevant ist dabei der Zeitpunkt des Eintritts der Erwerbsunfähigkeit (Art. 1<sup>novies</sup> IVV). Die jeweilige Massnahme beruflicher Art hat ferner notwendig, geeignet und (in sachlicher, zeitlicher, wirtschaftlich-finanzieller und persönlicher Hinsicht) angemessen zu sein um die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit sich im Aufgabenbereich zu betätigen wieder herzustellen, zu erhalten oder zu verbessern (Art. 8 Abs. 1 IVG)<sup>1157</sup>.

720 Ein Anspruch auf Massnahmen beruflicher Art kann ferner erst entstehen, wenn der Gesundheitszustand aufgrund seiner Art und Schwere die Eingliederungsmassnahme sowohl erfordert als auch ermöglicht<sup>1158</sup>. Hingegen ist weder der Zeitpunkt des Eintritts des Gesundheitsschadens noch der Wille der versicherten Person, sich einer Eingliederungsmassnahme zu unterziehen, relevant<sup>1159</sup>.

721 Gemäss Art. 4 Abs. 2 IVG gilt die Invalidität bzw. der Versicherungsfall als eingetreten, sobald die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und

---

<sup>1154</sup> LOCHER (5. IV-Revision), Rz. 27.

<sup>1155</sup> BUCHER, Rz. 59 ff.

<sup>1156</sup> BUCHER, Rz. 159 f.

<sup>1157</sup> Wobei die IV-Stellen aufgrund der Untersuchungsmaxime abzuklären hat, ob Eingliederungsmassnahmen angezeigt sind, MÜLLER U., Rz. 1034 ff.

<sup>1158</sup> Urteil EVG I 484/05 vom 13. April 2006, Erw. 2.2; BUCHER, Rz. 587.

<sup>1159</sup> BUCHER, Rz. 588.

Schwere erreicht ist<sup>1160</sup>. Es gelten somit je nach Massnahme unterschiedliche spezielle Anspruchsvoraussetzungen, bzw. es ist eine unterschiedliche leistungsspezifische Invalidität vorausgesetzt<sup>1161</sup>.

#### 4.2.2 Berufsberatung

722 Art. 15 IVG gewährt versicherten Personen, die infolge Invalidität in der Berufswahl oder in der Ausübung ihrer bisherigen Tätigkeit behindert sind, einen Anspruch auf Berufsberatung. Die Massnahme ist auf Versicherte zugeschnitten, die ihre *Berufswahl noch nicht getroffen* haben und steht sowohl jenen Versicherten offen, die noch nicht berufstätig sind, als auch jenen, die ihre bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben können und deshalb eine neue Berufswahl zu treffen haben<sup>1162</sup>.

723 Die leistungsspezifische Invalidität liegt bei der Berufsberatung in der gesundheitlich bedingten Behinderung in der Berufswahl. Der Versicherungsfall tritt also dann ein, wenn sich der Gesundheitsschaden dermassen auswirkt, dass die betroffene Versicherte in ihrer Berufswahl oder in der Ausübung ihrer bisherigen Tätigkeit behindert ist<sup>1163</sup>. Dabei besteht ein Anspruch auf Berufsberatung schon bei relativ geringem Mass an gesundheitlichen Schwierigkeiten. Unter Vorbehalt der geringsten Beeinträchtigung genügt es, wenn aufgrund der gesundheitlichen Beeinträchtigung der Kreis der für die versicherte Person nach ihrer Eignung und Neigung möglichen Berufe eingeengt oder die Ausübung der bisherigen Aufgabe unzumutbar ist<sup>1164</sup>. Wenn keine besonderen Kenntnisse über die Möglichkeiten behinderungsangepasster Tätigkeiten erforderlich sind, besteht in der Regel kein Anspruch auf eine Berufsberatung<sup>1165</sup>.

724 Die IV-Stellen haben abzuklären, welche Massnahmen tatsächlich notwendig, geeignet und angemessen sind<sup>1166</sup>. Im Rahmen der Berufsberatung können u. a. Berufswahlgespräche geführt und Neigungs- und Begabungstests durchgeführt werden<sup>1167</sup>. Möglich ist aber auch eine stationären Abklärungen<sup>1168</sup> oder ein Aufenthalt in einer Eingliederungs- oder Ausbildungsstätte<sup>1169</sup>, sofern erforderlich<sup>1170</sup>. Bei letzterem braucht es eine vorgängige Bewilligung der Dauer, welche grundsätzlich drei Monate nicht übersteigen darf<sup>1171</sup>. Nicht durch die Berufsberatung gedeckt ist das Schliessen schulischer Wissenslücken<sup>1172</sup>.

#### 4.2.3 Umschulung

725 Nach Art. 17 Abs. 1 IVG haben Versicherte Anspruch auf Umschulung auf eine neue Erwerbstätigkeit, wenn sie infolge Invalidität notwendig ist und dadurch die Erwerbsfähigkeit voraussichtlich erhalten oder verbessert werden kann. Art. 17 Abs. 2 IVG stellt sodann die Wiedereinschulung in den bisherigen Beruf der Umschulung auf eine neue Erwerbstätigkeit gleich.

<sup>1160</sup> BGE 113 V 263, Erw. 1b.

<sup>1161</sup> BUCHER, Rz. 104 ff.

<sup>1162</sup> BUCHER, Rz. 594 ff.

<sup>1163</sup> BGE 113 V 261, Erw. 1b; MÜLLER U., Rz. 1002.

<sup>1164</sup> BUCHER, Rz. 604 f., m.V.a. Urteil BGer 9C\_534/2010 vom 10. Februar 2011, Erw. 3.2 (statt vieler).

<sup>1165</sup> BUCHER, Rz. 605.

<sup>1166</sup> MÜLLER U., Rz. 1037.

<sup>1167</sup> BUCHER, Rz. 596 m. V. a. Urteil BGer 9C\_534/2010 vom 10. Februar 2011, Erw. 3.2.

<sup>1168</sup> BUCHER, Rz. 596 ff., m.V.a. Urteil EVG I 189/02 vom 15. Januar 2003, Erw. A und 2.3.

<sup>1169</sup> BUCHER, Rz. 597 m. V. a. Urteil EVG I 242/02 vom 17. März 2004, Erw. 5.2.1.

<sup>1170</sup> BUCHER, Rz. 598 m. V. a. Urteil EVG I 836/05 vom 1. März 2006, Erw. 3.2.

<sup>1171</sup> Urteil EVG I 836/05 vom 1. März 2006, Erw. 3.2.; ausführlich zum Ganzen mit Beispielen: BUCHER Rz. 596 ff.; siehe zum enger zu fassenden Begriff BUCHER, Rz. 600.

<sup>1172</sup> BUCHER, Rz. 601.

726 Mit einer Umschulung soll die betroffene Versicherte in die Lage versetzt werden, einer ihrer früheren Tätigkeit möglichst gleichwertigen Tätigkeit nachzugehen<sup>1173</sup>. Ist der Tatbestand der Umschulung erfüllt, gilt die gesamte Ausbildung an sich als invaliditätsbedingt und die IV kommt für die gesamten Kosten der Umschulung auf (Naturalleistungsanspruch)<sup>1174</sup>.

**a) Begriff und Inhalt der Umschulung**

727 Die Umschulung setzt voraus, dass die betroffene versicherte Person bereits erwerbstätig war<sup>1175</sup>. Als bereits erwerbstätig gewesen gelten nach Art. 6 Abs. 1 IVV Versicherte, die bereits vor Eintritt der Invalidität eine erstmalige berufliche Ausbildung abgeschlossen haben oder ohne vorgängige Ausbildung bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit ein ökonomisch relevantes Einkommen erzielt haben. Als ökonomisch relevant gilt ein ohne erstmalige berufliche Ausbildung während mindestens sechs Monaten erzielt es Erwerbseinkommen in der Höhe von mindestens drei Vierteln der minimalen vollen einfachen ordentlichen Invalidenrente<sup>1176</sup>. Nicht relevant ist, ob die versicherte Person nach Abschluss einer erstmaligen beruflichen Ausbildung ein ökonomisch relevantes Einkommen erzielt hat oder dass die versicherte Person zum Zeitpunkt des Invaliditätseintritts noch erwerbstätig ist<sup>1177</sup>.

728 Die Umschulung umfasst alle Eingliederungsmassnahmen berufsbildender Art, die geeignet und notwendig sind, damit versicherte Personen, die vor Eintritt der Invalidität erwerbstätig waren, wieder einer annähernd gleichwertigen Erwerbstätigkeit nachgehen können. Ziel und Zweck der Massnahme ist dabei eine gezielte und planmässige Förderung in beruflicher Hinsicht. Als Umschulung kommt sowohl eine Berufslehre in Frage als auch eine Anlehre, eine kurzfristige Einarbeitung oder ein Arbeitstraining<sup>1178</sup>. Ferner kann auch eine Massnahme, welche die Vorbereitung auf eine konkrete Berufsausbildung bezweckt, als Umschulung gelten, sofern es dabei nicht um das Schliessen schulischer Lücken geht<sup>1179</sup>. Denkbar wäre bspw. ein Kurs zur Verbesserung der Landessprache oder ein Sprachkurs<sup>1180</sup>.

729 Das Umschulungsrecht umfasst nicht nur Massnahmen, die dem Erwerb neuer Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung eines neuen Berufes dienen, sondern auch solche, die den Erwerb ergänzender Kenntnisse zur Ausübung des bisherigen Berufes bezwecken<sup>1181</sup>.

**b) Leistungsspezifische Invalidität der Umschulung**

730 Die in Art. 17 IVG vorausgesetzte Invalidität gilt als eingetreten, sobald die invaliditätsbedingte Notwendigkeit einer Umschulung besteht<sup>1182</sup>. Dies ist der Fall, wenn eine versicherte

---

<sup>1173</sup> BUCHER, Rz. 729 m. V. a. Urteil EVG vom 29. Januar 2002, Erw. 2b.

<sup>1174</sup> BUCHER, Rz. 762 ff.

<sup>1175</sup> BUCHER, Rz. 688 f.

<sup>1176</sup> Statt vieler: BGE 118 V 7, Erw. 1c/aa; näheres zu den Anspruchsvoraussetzung im Rahmen einer Umschulung siehe Rz. 725 ff.; Hat eine versicherte Person während einer erstmaligen beruflichen Ausbildung ein sehr hohes Einkommen erzielt und musste die Ausbildung invaliditätsbedingt abgebrochen werden, erfolgt eine taggeldmässige (BUCHER, Rz. 804 ff.) Gleichstellung mit einer Umschulung (Art. 6 Abs. 2 IVV), (BUCHER, Fn. 1821).

<sup>1177</sup> BUCHER, Rz. 688 ff.

<sup>1178</sup> Sofern die versicherte Person eingliederungsfähig ist und eine Arbeitsfähigkeit von mindesten 50% aufweist (statt vieler: Urteil BGer 9C\_882/2010 vom 25. Januar 2011, Erw. A.a. und 7.3.2; BUCHER, Rz. 694).

<sup>1179</sup> Hingegen können Massnahmen zur Auffrischung des Schulwissens durchaus unter das Umschulungsrecht fallen (BUCHER, Rz. 696).

<sup>1180</sup> Zum ganzen Abschnitt: BUCHER, Rz. 691 ff.

<sup>1181</sup> BUCHER, Rz. 698; Massnahmen der sozialberuflichen Rehabilitation sind hingegen unter Art. 14a IVG zu beurteilen. Solange die Massnahme aber hauptsächlich darauf abzielt, die Erwerbsfähigkeit unmittelbar zu verbessern oder zu erhalten, schliesst ein therapeutischer Nebeneffekt die Einordnung unter das Umschulungsrecht nicht aus (BUCHER, Rz. 699 f.).

<sup>1182</sup> BUCHER, Rz. 702.

Person nicht hinreichend eingegliedert ist, weil der Gesundheitsschaden eine Art und Schwere erreicht hat, welche die Ausübung der bisherigen Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise unzumutbar macht<sup>1183</sup>. Der Versicherungsfall gilt als eingetreten, sobald sich der Gesundheitsschaden in der erforderlichen Weise<sup>1184</sup> auf die Erwerbsfähigkeit auswirkt, was bspw. bei einem progressiven Leiden durchaus erst nach Jahren der Fall sein kann<sup>1185</sup>. Die Umschulung muss nicht nur notwendig, sondern auch möglich sein; das heisst, der Eintritt des Versicherungsfalles setzt zudem voraus, dass der Gesundheitszustand der versicherten Person eine entsprechende Eingliederungsmassnahme zulässt und die erforderlichen medizinischen Behandlungen soweit abgeschlossen sind<sup>1186</sup>.

731 Art. 17 IVG gelangt zudem auch bei erst drohender Invalidität zur Anwendung, gewährt doch Art. 8 Abs. 1 IVG ausdrücklich nicht nur invaliden, sondern auch von einer Invalidität bedrohten Versicherten einen Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen<sup>1187</sup>.

**c) Erheblichkeitsschwelle von ca. 20%**

732 Voraussetzung für die Übernahme der Umschulungskosten ist, dass der Invaliditätsgrad ein bestimmtes erhebliches Mass erreicht. Dies ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich bei einer Erwerbseinbusse von etwa 20% der Fall<sup>1188</sup> (im Vergleich zum vor Eintritt des Gesundheitsschadens erzielten Erwerbseinkommen)<sup>1189</sup>. Kann die versicherte Person ihre angestammte Tätigkeit nicht mehr ausüben, ist zu prüfen, ob im Sinne einer Selbsteingliederung als Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht das Ausweichen auf eine ohne (zusätzliche) Ausbildung mögliche Tätigkeit zumutbar ist<sup>1190</sup>. Die Erheblichkeitsschwelle von ca. 20% bezieht sich also sowohl auf die Erwerbsmöglichkeit im angestammten als auch in einem leidensangepassten Beruf<sup>1191</sup>.

733 Bei der Erheblichkeitsschwelle von 20% handelt es sich um einen von der Rechtsprechung entwickelten *Richtwert*<sup>1192</sup>, der sich im Gesetz nicht wiederfindet<sup>1193</sup>. Hintergrund der Erheblichkeitsschwelle sind die relativ hohen Kosten einer Umschulung; so widerspricht es dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, wenn die Kosten einer Umschulung jene der auszugleichenden Erwerbseinbusse erheblich übersteigen. Dabei wird allerdings ausser Acht gelassen, dass unter den Umschulungsbegriff nicht nur (teure) Berufsausbildungen fallen, sondern auch weniger kostspielige Massnahmen wie eine kurze oder berufsbegleitende Ausbildung<sup>1194</sup>. Immerhin stellt die Erheblichkeitsschwelle von 20% keine starre Grenze dar, insbesondere bei Berufen mit tiefen Anfangslöhnen berücksichtigt die Rechtsprechung neben den aktuellen Verdienstmöglichkeiten im Rahmen einer Prognose auch weitere Faktoren wie Lohnentwicklung und Aktivitätsdauer<sup>1195</sup>. Regelmässig berücksichtigt wird insbesondere die zu erwartende zu-

<sup>1183</sup> BGE 124 V 108, Erw. 2b; BUCHER, Rz. 703; MÜLLER U., Rz. 1004.

<sup>1184</sup> Sogleich unter Rz. 732 f.

<sup>1185</sup> BUCHER, Rz. 704, m. V. a. Urteil EVG I 15/01 vom 3. Mai 2001, Erw. 3.

<sup>1186</sup> BUCHER, Rz. 705; MÜLLER U., Rz. 1042.

<sup>1187</sup> BUCHER, Rz. 706.

<sup>1188</sup> Statt vieler: BGE 124 V 108, Erw. 3; Urteile BGer 9C\_341/2009 vom 10. August 2009, Erw. 3 und 9C\_169/2010 vom 19. April 2010, Erw. 2.1; BUCHER, Rz. 703.

<sup>1189</sup> MÜLLER U., Rz. 1041.

<sup>1190</sup> BUCHER, Rz. 703 m. V. a. Urteil BGer 9C\_341/2009 vom 10. August 2009, Erw. 3 und 9C\_169/2010 vom 19. April 2010, Erw. 2.1.

<sup>1191</sup> BUCHER, Rz. 703; MÜLLER U., Rz. 1004.

<sup>1192</sup> BGE 130 V 488, Erw. 4.2; BUCHER, Rz. 711; MÜLLER U., Rz. 1004.

<sup>1193</sup> BUCHER, Rz. 712.

<sup>1194</sup> BUCHER, Rz. 712.

<sup>1195</sup> BGE 124 V 108, Erw. 3c.

künftige Einkommensentwicklung in der ursprünglich gelernten und einer allfälligen Hilfstätigkeit<sup>1196</sup>.

**d) *Erfordernis der annähernden Gleichwertigkeit***

- 734 Steht der Anspruch auf eine Umschulung einmal fest, ist zu prüfen, welche konkreten Umschulungsmassnahmen einer versicherten Person gewährt werden. Zu berücksichtigen ist dabei das Erfordernis der annähernden Gleichwertigkeit zwischen der ursprünglichen und der angestrebten Erwerbstätigkeit<sup>1197</sup>. Das Erfordernis der Gleichwertigkeit begrenzt im Sinne der Verhältnismässigkeit den Umschulungsanspruch nach oben, wodurch sichergestellt werden soll, dass die versicherte Person aufgrund der Umschulung im Vergleich zu ihrer ökonomischen Lage vor dem Invaliditätseintritt wirtschaftlich nicht wesentlich besser gestellt wird. Grundsätzlich nicht übernommen werden folglich die Kosten für eine Umschulung, die zu einem wesentlich höheren Einkommen als dem im bisherigen Beruf erzielten führen würde<sup>1198</sup>. Hingegen beinhaltet das Erfordernis der Gleichwertigkeit keine Begrenzung nach unten. Denkbar ist also auch eine Umschulung zu einer bescheideneren beruflichen Tätigkeit, was invaliditätsbedingt häufig der Fall sein dürfte. Dabei ist einzig erforderlich, dass sich der erwartete Teilerfolg noch als genügend eingliederungswirksam bezeichnen lässt, die Umschulung also zu einer dauerhaften und wesentlichen Verbesserung der Erwerbsfähigkeit führt (im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes)<sup>1199</sup>.
- 735 Die Gleichwertigkeit bezieht sich nicht in erster Linie auf das Ausbildungsniveau, sondern auf die nach erfolgter Eingliederung zu erwartende Verdienstmöglichkeit unter Berücksichtigung der mit der angestrebten Ausbildung verbundenen voraussichtlichen künftigen Entwicklung der Erwerbsmöglichkeit<sup>1200</sup>. Dennoch enthält das Kriterium der annähernden Gleichwertigkeit neben diesem quantitativen auch einen qualitativen Aspekt, welcher besagt, dass die annähernde Gleichwertigkeit der Erwerbsmöglichkeit in der alten und neuen Tätigkeit nur dann zu verwirklichen sein dürfte, wenn auch die beiden Ausbildungen einen einigermaßen vergleichbaren Wert aufweisen<sup>1201</sup>. Zu berücksichtigen ist, dass es für Personen ohne Berufsausbildung gerade bei schwieriger Arbeitsmarktlage schwer ist, überhaupt eine Stelle zu finden, und sie den konjunkturellen und strukturellen betrieblichen Anpassungen viel mehr ausgeliefert sind. Ferner ist bei der Prüfung der Frage der Gleichwertigkeit dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Einkommensentwicklung bei Arbeitnehmenden mit und ohne Berufsbildung nicht gleichmässig verläuft: Häufig liegt der Anfangslohn nach Lehrabschluss nicht oder nicht wesentlich höher als gewisse Hilfsarbeiterlöhne, wächst aber in der Folgezeit umso stärker an<sup>1202</sup>.
- 736 Das Erfordernis der Gleichwertigkeit bedeutet nicht, dass versicherte Personen ohne abgeschlossene Berufsausbildung von vornherein keinen Anspruch auf eine Berufslehre haben; ist bspw. eine blosse Anlehre in einem konkreten Fall als nicht hinreichend eingliederungswirk-

---

<sup>1196</sup> So bspw. bei einer 29-jährigen gelernten Coiffeuse, die mit dem Ausweichen auf eine unqualifizierte Hilfsarbeit nur eine Erwerbseinbusse von 11,6% erlitten hätte (Urteil EVG I 794/02 vom 19. November 2003, Erw. 4.2 und 5), ähnlich auch: BGE 124 V 108 (Umschulungsanspruch eines Bäcker/Konditors zum Konserven- und Tiefkühltechnologien, obwohl der Versicherte mit einer Hilfstätigkeit im Vergleich zum gelernten Beruf nur geringe Lohnneinbussen zu verzeichnen hatte); zum ganzen Abschnitt und den genannten Beispielen: BUCHER, Rz. 710 ff. und 725 ff.

<sup>1197</sup> BUCHER, Rz. 728 f.; MÜLLER U., Rz. 1044.

<sup>1198</sup> BUCHER, Rz. 729.

<sup>1199</sup> BGE 122 V 77, Erw. 3b/bb; BUCHER, Rz. 743; MÜLLER U., Rz. 1044.

<sup>1200</sup> BGE 130 V 489, Erw. 4.2; BUCHER, Rz. 731 ff.; MÜLLER U., Rz. 1044.

<sup>1201</sup> BGE 124 V 108, Erw. 3b; Urteil BGer 9C\_994/2009 vom 22. März 2010, Erw. 4; BUCHER, Rz. 730.

<sup>1202</sup> BGE 124 V 108. Erw. 3b; BUCHER, Rz. 725 i. V. m. Rz. 730.

sam zu qualifizieren, besteht Anspruch auf eine Berufslehre<sup>1203</sup>. Das Gleiche gilt für Personen, die vor Eintritt des Versicherungsfalles aus invaliditätsfremden Gründen trotz abgeschlossener Berufslehre eine bloße Hilfstätigkeit verrichtet haben<sup>1204</sup>. Die Tatsache, dass eine versicherte Person aus ungeklärten Gründen nicht in ihrem erlernten Beruf arbeitete, sondern eine Hilfsarbeit verrichtete, steht dem Umschulungsanspruch mindestens so lange nicht entgegen, als feststeht, dass sie sowohl die angestammte, als auch die zuletzt ausgeübte Tätigkeit infolge des Gesundheitsschadens nicht mehr ausüben kann<sup>1205</sup>.

- 737 Ausnahmsweise werden auch die Kosten einer höherwertigen Ausbildung übernommen, wenn nur eine anspruchsvollere Ausbildung zu einer höheren Berufsstufe eine optimale Verwertung der verbleibenden Arbeitsfähigkeit erlaubt<sup>1206</sup>. Höherwertige Ausbildungen werden ferner übernommen, wenn eine versicherte Person mit einer Teilzeittätigkeit auf höherem Ausbildungsniveau ein ähnliches Einkommen erzielt wie vor Eintritt der Invalidität mit einer Vollzeittätigkeit<sup>1207</sup>, da es wie bereits erwähnt nicht in erster Linie auf das Ausbildungsniveau ankommt, sondern auf die Verdienstmöglichkeit<sup>1208</sup>.

#### 4.2.4 Arbeitsvermittlung

##### a) *Begriff und Inhalt der Arbeitsvermittlung*

- 738 Arbeitsunfähige Versicherte, welche eingliederungsfähig sind, haben Anspruch auf aktive Unterstützung bei der Suche eines geeigneten Arbeitsplatzes (Art. 18 Abs. 1 lit. a IVG) sowie begleitende Beratung im Hinblick auf die Aufrechterhaltung ihres Arbeitsplatzes (Art. 18 Abs. 1 lit. b IVG).
- 739 Zur Arbeitsvermittlung zählen die aktive Unterstützung bei der Suche eines geeigneten Arbeitsplatzes (Art. 18 Abs. 1 lit. a IVG) sowie die begleitende Beratung im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes (Art. 18 Abs. 1 lit. b IVG). Nach Art. 18 Abs. 2 IVG veranlasst die IV-Stelle die Massnahmen unverzüglich nach einer summarischen Prüfung.
- 740 Der Anspruch auf die aktive Unterstützung bei der Suche eines geeigneten Arbeitsplatzes (z. B. Hilfe beim Erstellen von Bewerbungsdossiers oder Vorbereitung auf Vorstellungsgespräche) entsteht, sobald die dafür notwendigen Voraussetzungen gegeben sind, und dauert in der Regel bis zur erfolgreichen Eingliederung oder aber bis zum Zeitpunkt, in dem von weiteren Anstrengungen keinerlei Erfolg mehr erwartet werden kann, obwohl sich die IV-Stelle vorher intensiv bemüht hat<sup>1209</sup>.
- 741 Bei der begleitenden Beratung nach lit. b geht es vor allem um das Arbeitspensum, die Aufgabenverteilung, die Arbeitsorganisation sowie um Vorkehrungen zur Anpassung des Arbeitsplatzes<sup>1210</sup>. Die Beratung wird nicht nur am bisherigen, sondern auch an einem nach Ein-

<sup>1203</sup> BUCHER, Rz. 732 f., die zudem auf Urteil EVG I 826/05 vom 28. Februar 2006 verweist, welches besagt, dass auch dann ein Anspruch auf eine Berufslehre besteht, wenn mit der angestrebten Tätigkeit im Vergleich zum angestammten Beruf ein kleiner Mehrverdienst (unter 5%) erzielt werden kann.

<sup>1204</sup> BUCHER, Rz. 734 f. m. V. a. Urteil EVG I 764/03 vom 22. Januar 2004, Erw. 2.2.1; auch wenn im Rahmen der Erheblichkeitsschwelle die Hilfstätigkeit als Vergleich diene und nicht die Erwerbsmöglichkeit im einmal erlernten Beruf (BUCHER, Rz. 735).

<sup>1205</sup> Eine gegenteilige Auffassung würde wohl dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz widersprechen, Urteil EVG I 764/03 vom 22. Januar 2004, Erw. 2.2.1.

<sup>1206</sup> BUCHER, Rz. 734; statt vieler: Urteil BGer 9C\_169/2010 vom 19. April 2010, Erw. 2.2.

<sup>1207</sup> BUCHER Rz. 741.

<sup>1208</sup> Siehe Rz. 735

<sup>1209</sup> Urteil BGer 9C\_16/2008 vom 2. September 2008, Erw. 3.1; BUCHER, Rz. 853 f.

<sup>1210</sup> KSBE, Rz. 5012; BUCHER, Rz. 857.

tritt der Invalidität gefundenen neuen Arbeitsplatz gewährt<sup>1211</sup>. Dabei wird neben der versicherten Person auch ihre Arbeitgeberin unterstützt<sup>1212</sup>.

**b) Leistungsspezifische Invalidität**

- 742 Bis zum Inkrafttreten der 5. IV-Revision gewährte Art. 18 Abs. 1 Satz 1 IVG „invaliden[n]“ Versicherten einen Anspruch auf Arbeitsvermittlung. Die leistungsspezifische Invalidität galt dabei als eingetreten, sobald die versicherte Person bei der Suche nach einer geeigneten Arbeitsstelle gesundheitsbedingt bleibend oder während voraussichtlich längerer Zeit Schwierigkeiten hatte<sup>1213</sup>. Dabei genügten bereits relativ geringe gesundheitlich bedingte Schwierigkeiten bei der Stellensuche für die Bejahung eines Anspruchs<sup>1214</sup>.
- 743 Anspruch auf Arbeitsvermittlung wurde zugestanden, wenn behinderungsbedingt Probleme bei der Stellensuche selbst bestanden oder wenn spezielle Anforderungen an Arbeitsplatz oder Arbeitgebende gestellt werden mussten<sup>1215</sup>. Bei voller Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit bestand jedoch grundsätzlich kein Anspruch auf Arbeitsvermittlung durch die Invalidenversicherung<sup>1216</sup>.
- 744 Seit Inkrafttreten der 5. IV-Revision ist in Art. 18 Abs. 1 Satz 1 IVG von „[a]rbeitsunfähige[n] (Art. 6 ATSG)“ Versicherten, welche eingliederungsfähig sind, die Rede. Der Bundesrat hat diese Anpassung in der Botschaft vorgeschlagen, um den Anspruch auf Arbeitsvermittlung zu erweitern. Unter dem Titel „*Erweiterung des Anspruchs auf Arbeitsvermittlung*“ betonte er in der Botschaft zur 5. IV-Revision, dass neu alle stellenlosen Personen, die ihre bisherige Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausüben können, Anspruch auf Arbeitsvermittlung durch die IV hätten, somit auch Hilfsarbeiterinnen und Hilfsarbeiter, die in einer angepassten Hilfstätigkeit noch voll arbeitsfähig seien<sup>1217</sup>. Diese Ausführungen und die Ablösung der Wortes „invalid“ durch „arbeitsunfähige“ weisen laut BUCHER darauf hin, dass die leistungsspezifische Invalidität nicht mehr in der gesundheitsbedingten Einschränkung bei der Suche nach einer geeigneten Stelle besteht, sondern neu in einer bleibenden oder längere Zeit dauernden Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf<sup>1218</sup>.
- 745 In der Literatur wird denn auch zu einem beachtlichen Teil von einer Änderung der Rechtslage durch die 5. IV-Revision ausgegangen bzw. die Erweiterung des Anspruchs auf Arbeitsvermittlung betont<sup>1219</sup>. Dennoch halten einige an der Voraussetzung fest, dass die versicherte Person aufgrund ihres Gesundheitszustandes nicht nur ihre bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben kann, sondern auch bei der Suche nach einer neuen geeigneten Stelle Unterstützung benötigt<sup>1220</sup>. Nach Meinung des Bundesgerichts ist jedoch die vor Inkrafttreten der 5. IV-

<sup>1211</sup> BUCHER, Rz. 858.

<sup>1212</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4565; BUCHER, Rz. 859.

<sup>1213</sup> BUCHER, Rz. 828 u. a. m. V. a. Urteil BGer I 170/06 vom 16. Februar 2007, Erw. 3.4.

<sup>1214</sup> BUCHER, Rz. 828, u. a. m. V. a. Urteil BGer 9C\_16/2008 vom 2. September 2008, Erw. 1 und 3.1.

<sup>1215</sup> BUCHER, Rz. 829.

<sup>1216</sup> BUCHER, Rz. 830 u. a. m. V. a. Urteil BGer I 846/06 vom 12. September 2007, Erw. 5.3.

<sup>1217</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4524, Hintergrund der Ausweitung war die Beobachtung, dass angesichts eines angespannten Arbeitsmarktes insbesondere gesundheitlich eingeschränkte Hilfskräfte nur schwer eine neue, der Behinderung angepasste Stelle finden. Dies führe oft zu einer Aussteuerung bei der AIV, wobei dann die lange Arbeitslosigkeit zu einer Verschlimmerung bzw. Chronifizierung des ursprünglichen Leidens führen könne (Botschaft 5. IV-Revision, 4522).

<sup>1218</sup> BUCHER, Rz. 835-840.

<sup>1219</sup> BUCHER, Rz. 837 ff. und 841 m. V. a. IMHOF, Rz. 5; PESTALOZZI-SEGER (Integrationsmassnahmen), S. 3 f.; MURER, Rz. 5 zu Art. 14a IVG; MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 12 Rz. 60.

<sup>1220</sup> LOCHER (5. IV-Revision), Rz. 26; RIEMER-KAFKA, Rz. 5.120; MÜLLER U., definiert zwar in Rz. 1005 die Leistungsspezifische Invalidität von Art. 18 IVG als die aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit erschwerte Suche nach einer geeigneten Arbeitsstelle, betont aber in Rz. 1046 mit Verweis auf die Botschaft, dass „alle Stellen-

Revision ergangene Rechtsprechung nach wie vor gültig<sup>1221</sup>, d. h. es setzt voraus, dass die betroffene Person für das Finden einer Stelle auf die spezifischen Fachkenntnisse der IV angewiesen ist<sup>1222</sup>. Das BSV führt zwar im Kreisschreiben über die Eingliederungsmassnahmen beruflicher Art (KSBE) zu den Voraussetzungen der Arbeitsvermittlung aus, die IV habe nicht für andere Gründe der erschwerten Stellensuche einzutreten, die hauptsächlich in Bereichen liegen wie z. B. Stellenmangel auf dem Arbeitsmarkt und verweist dabei auf die frühere, vor der 5. IV-Revision geltende Praxis<sup>1223</sup>. In BGE 137 V 1, Erw. 4.4 wird im Zusammenhang mit der Klärung eines Anspruchs auf Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung das BSV allerdings folgendermassen zitiert: „In casu seien allerdings keine Integrationsmassnahmen durchzuführen, weil der Versicherte in einer seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung angepassten Beschäftigung zu 100% arbeitsfähig sei. Damit bestehe direkt Anspruch auf Arbeitsvermittlung gemäss Art. 18 IVG ohne vorgängige Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung im Sinne von Art. 14a IVG“. Wörtlich verstanden scheint also möglicherweise auch das BSV davon auszugehen, dass trotz voller Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit ein Anspruch auf Arbeitsvermittlung besteht.

- 746 Verlieren gesundheitlich beeinträchtigte Personen, die in einer ihrem Leiden angepassten Tätigkeit voll arbeitsfähig sind, unfreiwillig (z. B. aus wirtschaftlichen Gründen) eben diese Stelle<sup>1224</sup>, hätten sie nach neuem Wortlaut von Art. 18 Abs. 1 IVG keinen Anspruch auf Arbeitsvermittlung. Haben sie aber aus gesundheitlichen Gründen Schwierigkeiten bei der Stellensuche, ist ihnen mit Blick auf die von der Gesetzgeberin bezweckten Erweiterung des Anspruches dennoch (im Sinne der zum alten Recht ergangenen Rechtsprechung) Arbeitsvermittlung zu gewähren<sup>1225</sup>. Das Gleiche hat auch für Personen zu gelten, die eine Umschulung nach Art. 17 IVG oder eine erstmalige berufliche Ausbildung nach Art. 16 IVG absolviert haben<sup>1226</sup>.
- 747 Der leistungsspezifische Invaliditätseintritt setzt überdies voraus, dass die Arbeitsvermittlung nicht nur erforderlich, sondern auch möglich ist. Vorausgesetzt ist also bspw., dass der Gesundheitszustand einen Stellenantritt überhaupt zulässt (bzgl. Unterstützung bei der Suche eines geeigneten Arbeitsplatzes nach Art. 18 Abs. 1 lit. a IVG) oder dass eine Weiterbeschäftigung aus gesundheitlicher Sicht möglich ist (bzgl. Beratung im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes nach Art. 18 Abs. 1 lit. b IVG)<sup>1227</sup>.

---

losen Personen, die ihre bisherige Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausüben können“, Anspruch auf Arbeitsvermittlung haben (BUCHER, Fn. 2499).

<sup>1221</sup> BUCHER, Rz. 843 und Fn. 2506, die hierzu insbesondere auf Urteil BGER 9C\_416/2009 vom 1. März 2010, Erw. 5.2 i. V. m. Erw. 2.2 hinweist, wo das Bundesgericht auf das frühere Urteil I 421/01 vom 15. Juli 2002, Erw. 2c verweist.

<sup>1222</sup> BUCHER, Fn. 2506 m. V. a. Urteil BGER 8C\_782/2010 vom 9. Dezember 2010, Erw. 3.3.

<sup>1223</sup> BUCHER, Fn. 2502 i. v. m. Fn. 2491; konkret verweist das BSV auf AHI 2000 S. 68 und AHI 2000 S. 69, wo festgehalten wird, dass Personen, die zwar in ihrer bisherigen Tätigkeit nicht mehr, in einer leidensangepassten Tätigkeit aber voll arbeitsfähig sind, keinen Anspruch auf Arbeitsvermittlung haben (BUCHER, Fn. 2491).

<sup>1224</sup> BUCHER, Rz. 844 f.; Aufgrund der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) gilt das Gleiche wohl auch bei einem freiwilligen Stellenwechsel, BUCHER, Rz. 845.

<sup>1225</sup> BUCHER, Rz. 844 f.

<sup>1226</sup> BUCHER, Rz. 846 ff., die zudem darauf hinweist, dass eine Person, die eine Umschulung absolviert hat, in der zuvor ausgeübten Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise arbeitsunfähig ist und somit bereits aus diesem Grund die Voraussetzungen für eine Arbeitsvermittlung erfüllt (Rz. 846). Ferner sei es nicht gerechtfertigt, Personen, die eine erstmalige berufliche Ausbildung mit Unterstützung der IV absolviert haben, bezüglich der Arbeitsvermittlung anders zu behandeln als jene die durch die IV umgeschult wurden weshalb auch diesen einen entsprechenden Anspruch hätten (Rz. 847).

<sup>1227</sup> BUCHER, Rz. 850.



#### 4.2.5 Arbeitsversuch

- 748 Zur Optimierung der Massnahmen beruflicher Art wurde im Rahmen der IV-Revision 6a der Arbeitsversuch im Gesetz verankert<sup>1228</sup>, wodurch die Eingliederungschancen erhöht werden sollen. Art. 18a Abs. 1 IVG sieht vor, dass die Invalidenversicherung einer versicherten Person versuchsweise einen Arbeitsplatz für längstens 180 Tage zuweisen kann, um die tatsächliche Leistungsfähigkeit im Arbeitsmarkt abzuklären. Dabei geht es vor allem darum, die tatsächliche Leistungsfähigkeit einer versicherten Person im ersten Arbeitsmarkt zu testen. Wie bei anderen Eingliederungsmassnahmen hat die versicherte Person während der Durchführung Anspruch auf ein Taggeld, bzw. bei einer Wiedereingliederung auf die Weiterentrichtung der Rente (Art. 18a Abs. 2 IVG)<sup>1229</sup>. Art. 18a Abs. 3 IVG hält sodann explizit fest, dass im Rahmen des Arbeitsversuches kein Arbeitsverhältnis nach dem OR entsteht, weshalb die versicherte Person vom Arbeitgeber auch keinen Lohn erhält. Beim Einsatzbetrieb fallen also weder Lohnkosten an, noch entstehen Versicherungskosten (so auch kein Malusrisiko beim Unfallversicherer<sup>1230</sup> oder der Krankentaggeldversicherung)<sup>1231</sup>.
- 749 Zur Regelung der Rechte und Pflichten der versicherten Person und des Einsatzbetriebes führt Art. 18a Abs. 3 IVG in lit. a-k Bestimmungen des OR auf, welche sinngemäss anwendbar sind. Dazu zählen namentlich die Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR), die Befolgung von Anordnungen und Weisungen (Art. 321d OR), die Bestimmungen zur Überstundenarbeit (Art. 321c OR), der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 328 und 328b OR) sowie die Bestimmungen zu Freizeit und Ferien (Art. 329, 329a und 329c OR). Die konkreten Modalitäten wie z. B. Inhalt der zu verrichtenden Arbeit, Arbeitsort, Dauer, usw. sind sodann in der Verfügung der IV über den konkreten Arbeitsversuch zu regeln, da sie auf den Einzelfall abgestimmt werden müssen<sup>1232</sup>. Überdies ist die versicherte Person als Arbeitnehmerin im arbeitsgesetzlichen Sinn zu qualifizieren, sofern keine Ausnahme vom betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich (Art. 2 f. ArG) greift. Aufgrund des Fehlens eines Arbeitsverhältnisses ist die versicherte Person hingegen nicht dem BVG unterstellt, weshalb weder eine Beitragspflicht noch ein Anspruch auf entsprechende Leistungen entsteht<sup>1233</sup>.
- 750 Die Botschaft sah vor, dass versicherte Personen während der Durchführung eines Arbeitsversuches obligatorisch unfallversichert sind und die IV sowohl die Prämien für Berufs- als auch für die Nichtberufsunfallversicherung übernimmt<sup>1234</sup>. Eine hierfür notwendige Anpassung des UVV ist aber nicht erfolgt<sup>1235</sup>. Die Heilungskosten werden deshalb von der obligatorischen Krankenversicherung gedeckt<sup>1236</sup>.
- 751 Die Voraussetzungen für einen vorzeitigen Abbruch eines Arbeitsversuchs sind in Art. 6<sup>bis</sup> IVV geregelt. Dieser ist möglich, wenn das vereinbarte Ziel erreicht wurde (lit. a), sich eine geeignetere Eingliederungsmassnahme aufdrängt (lit. b), die Weiterführung aus medizini-

<sup>1228</sup> Die IV-Stellen setzten zuvor bereits ähnliche Massnahmen unter dem Titel Umschulung ein, Botschaft IV-Revision 6a, 1890.

<sup>1229</sup> Auch eine vorbestehende Rente der beruflichen Vorsorge läuft während des Arbeitsversuchs weiter, KIESER (HAVE 2011), S. 306.

<sup>1230</sup> So werden Unfälle und Berufskrankheiten der versicherten Person bei der Erfahrungstarifizierung des Betriebs nicht berücksichtigt, siehe Botschaft IV-Revision 6a, 1891.

<sup>1231</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 1890.

<sup>1232</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 1890.

<sup>1233</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 1891; KIESER (HAVE 2011), S. 306.

<sup>1234</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 1890.

<sup>1235</sup> BUSER/FRITSCH/PORTMANN/DUNAN, S. 62 m.V.a. Informationsschreiben des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) vom Dezember 2011 zur Änderung des bisherigen Rechts per 1. Januar 2012.

<sup>1236</sup> Versicherungsschutz während Eingliederungsmassnahmen der IV (Merkblatt 4.11), Ziffer 4 ff.

schen Gründen nicht zumutbar ist (lit. c) oder eine Weiterführung aus andern beachtlichen Gründen nicht zielführend ist (lit. d)<sup>1237</sup>.

- 752 Eine Minderheit im Nationalrat kritisierte die Bestimmung, weil sie grundsätzliche arbeitsrechtliche Prinzipien verletze und nach dem Gedanken „Keine Pflichten für die Arbeitgeber, alle Pflichten ausschliesslich für die Betroffenen“ funktioniere<sup>1238</sup>. Auf Kritik ist auch das Zwangselement gestossen<sup>1239</sup>.

#### 4.2.6 Einarbeitungszuschuss und Entschädigung für Beitragserhöhung

- 753 Mit dem Einarbeitungszuschuss und der Entschädigung für die Beitragserhöhungen wurden mit der 5. IV-Revision neue Leistungen eingeführt, die den Anfall von Kosten für den Arbeitgeber reduzieren sollten<sup>1240</sup>.
- 754 Da sich nach der Einführung des Einarbeitungszuschusses gezeigt hat, dass dessen Ausrichtung nicht praktikabel war, wurde er mit der IV-Revision 6a in administrativer Hinsicht vereinfacht<sup>1241</sup>. Nach Art. 18b Abs. 1 IVG haben versicherte Personen, die *im Rahmen der Arbeitsvermittlung* einen Arbeitsplatz gefunden haben und deren Leistungsfähigkeit noch nicht dem vereinbarten Lohn entspricht, Anspruch auf einen Einarbeitungszuschuss<sup>1242</sup>. Dieser wird während der erforderlichen Einarbeitungszeit bzw. während längstens 180 Tagen ausgerichtet, wobei die Auszahlung direkt von der zentralen Ausgleichsstelle in Genf an den Arbeitgeber erfolgt (Art. 18b Abs. 3 IVG i. V. m. Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 5 IVV). Der Einarbeitungszuschuss entspricht maximal dem vereinbarten monatlichen Bruttolohn und darf den Höchstbetrag des Taggeldes nicht überschreiten (Art. 18b Abs. 2 IVG).
- 755 Der Einarbeitungszuschuss bezweckt, dass Arbeitgebende bei verminderter Leistungsfähigkeit einer gesundheitlich beeinträchtigten Person in der Anfangsphase einer Anstellung nicht die vollen Lohnkosten tragen müssen. Als Anreiz für Arbeitgebende, gesundheitlich beeinträchtigte Personen anzustellen, soll der Einarbeitungszuschuss das Finden einer behinderungsangepassten Stelle erleichtern<sup>1243</sup>.
- 756 Die Entschädigung für Beitragserhöhungen ist in Art. 18c IVG und Art. 6<sup>quater</sup> IVV geregelt. Mit der Entschädigung sollen Arbeitgebende, die eine behinderte Person anstellen oder weiterbeschäftigen, vom Risiko einer Prämienhöhung entlastet werden<sup>1244</sup>. Es soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass bei Personen mit einer Behinderung das Risiko einer gesundheitsbedingten Absenz generell grösser ist als bei gesunden Personen<sup>1245</sup>. Eine Entschädigung wird ausgerichtet, wenn die versicherte Person nach erfolgter Arbeitsvermittlung der IV innert drei Jahren aus gesundheitlichen Gründen erneut arbeitsunfähig wird (Art. 18c Abs. 1 lit. a IVG) und das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der erneuten Arbeitsunfähigkeit länger als drei Monate gedauert hat (Art. 18c Abs. 1 lit. a IVG). Damit eine Entschädigung erfolgt, muss die betroffene Arbeitnehmerin innerhalb eines Jahres während mindestens 15 Arbeitstagen krankheitsbedingt abwesend sein und die Arbeitgeberin weiterhin Lohn zahlen oder eine Taggeldversicherung Leistungen erbringen. Die Entschädigung wird erst ab dem 16. Tag ausge-

<sup>1237</sup> So ausdrücklich Art. 18a Abs. 4 IVG i. V. m. Art. 6<sup>bis</sup> IVV.

<sup>1238</sup> Votum Rechsteiner, AB 2010 N 2091.

<sup>1239</sup> Voten Prelicz-Huber und Goll AB 2010 N 2091 f.

<sup>1240</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 1850.

<sup>1241</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 1851 und 1892.

<sup>1242</sup> Die leistungsspezifische Invalidität im Sinne von Art. 18b IVG tritt ein, wenn die versicherte Person eine durch die IV vermittelte Stelle antritt, aber noch nicht die nach Abschluss der Anlern- und Einarbeitungszeit zu erwartende Leistungsfähigkeit aufweist, BUCHER, Rz. 874 f.

<sup>1243</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 4524; BUCHER, Rz. 870.

<sup>1244</sup> BUCHER, Rz. 861.

<sup>1245</sup> Votum Forster-Vannini, AB 2006 S 606.

richtet (Art. 6<sup>quater</sup> Abs. 1 IVV). Betriebe mit bis zu 50 Mitarbeitenden erhalten einen höheren Betrag als grössere Betriebe (Art. 6<sup>quater</sup> Abs. 2 lit. a und b IVV)<sup>1246</sup>.

#### 4.2.7 Kapitalhilfe

- 757 Die in Art. 18d IVG geregelte Kapitalhilfe zur Aufnahme oder zum Ausbau einer Tätigkeit als Selbständigerwerbende und zur Finanzierung von invaliditätsbedingten betrieblichen Umstellungen kann eingliederungsfähigen invaliden Versicherten gewährt werden. Neben einem Wohnsitz in der Schweiz wird dabei vorausgesetzt, dass sich die versicherte Person in fachlicher und charakterlicher Hinsicht für eine selbständige Erwerbstätigkeit eignet, die wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine dauernde existenzsichernde Tätigkeit gegeben sind und für eine ausreichende Finanzierung Gewähr geboten ist (Art. 7 Abs. 1 IVV). Die Kapitalhilfe kann sowohl ohne Rückzahlungspflicht als auch als zinsloses oder verzinsliches Darlehen gewährt oder in Form von Betriebseinrichtungen oder Garantieleistungen erbracht werden (Art. 7 Abs. 2 IVV).
- 758 Auch bei der Kapitalhilfe gelten die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVG, die Kapitalhilfe muss folglich invaliditätsbedingt notwendig sein. Die leistungsspezifische Invalidität tritt ein, wenn sich der Gesundheitsschaden dermassen schwerwiegend auf die Erwerbstätigkeit auswirkt, dass die versicherte Person als unselbständig Erwerbende nicht hinreichend eingegliedert ist<sup>1247</sup>. Invaliditätsbedingte Notwendigkeit einer Kapitalhilfe liegt vor, wenn eine versicherte Person, die bereits vor Invaliditätseintritt selbständig erwerbstätig war, aus gesundheitlichen Gründen in ihrer bisherigen Tätigkeit beeinträchtigt ist und ihre selbständige Erwerbstätigkeit ausbauen oder betriebliche Umstellungen vornehmen muss um hinreichend eingegliedert zu sein<sup>1248</sup>. Kapitalhilfe kann aber auch bei bisher nicht selbständig erwerbstätigen Personen invaliditätsbedingt notwendig sein, wenn diese aus gesundheitlichen Gründen in der bisherigen unselbständigen Tätigkeit eingeschränkt sind und die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit für eine hinreichende Eingliederung notwendig ist<sup>1249</sup>.
- 759 Wie bereits erwähnt, verlangt Art. 7 Abs. 1 IVV, dass die wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine dauernde existenzsichernde Tätigkeit vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die versicherte Person mit der Tätigkeit während eines relativ langen Zeitraums ein monatliches Bruttoeinkommen in der Höhe des Mittelbetrags zwischen Minimum und Maximum der ordentlichen einfachen Altersrente erzielen kann<sup>1250</sup>. Mit Blick auf Art. 8 Abs. 1 lit. a IVG ist ferner vorausgesetzt, dass der wahrscheinliche künftige Leidensverlauf die Gewährung von Kapitalhilfe nicht ausschliesst<sup>1251</sup>.
- 760 Trotz der Kann-Formulierung haben Versicherte, welche die Voraussetzungen erfüllen, einen Rechtsanspruch auf Kapitalhilfe<sup>1252</sup>. Die Verwaltung hat aber bei der Form der Kapitalhilfe einen grossen Ermessensspielraum<sup>1253</sup>.

---

<sup>1246</sup> BUCHER, Rz. 865.

<sup>1247</sup> MÜLLER U., Rz. 1006.

<sup>1248</sup> BUCHER, Rz. 884.

<sup>1249</sup> BUCHER, Rz. 884 m. V. a. KSBE, Rz. 6004 f. und Urteil EVG I 304/00 vom 28. März 2001, Erw. 3b; ist hingegen bei versicherten Personen, welche vor Eintritt der Invalidität in einem Anstellungsverhältnis standen auch die Ausübung einer unselbständigen Tätigkeit zumutbar und sind entsprechende Stellen auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt ausreichend vorhanden, besteht nur dann Anspruch auf Kapitalhilfe, wenn die Wahl der selbständigen Tätigkeit eindeutig die besser Lösung darstellt (BUCHER, Rz. 889).

<sup>1250</sup> BUCHER, Rz. 894 m. V. a. Urteil EVG I 123/02 vom 13. März 2003, Erw. 2.2.

<sup>1251</sup> BGE 97 V 162, Erw. 2.

<sup>1252</sup> BUCHER, Rz. 881.

<sup>1253</sup> BUCHER, Rz. 881 m. V. a. Urteil EVG I 304/00 vom 28. März 2001, Erw. 2.

### 4.3 Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung

- 761 Die mit der 5. IV-Revision eingeführten Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung (nachfolgend Integrationsmassnahmen) bilden eine eigene Kategorie der Eingliederungsmassnahmen und sind in Art. 14a IVG und in Art. 4<sup>quater</sup>-4<sup>octies</sup> IVV geregelt. Sie werden zur Vorbereitung auf die beruflichen Eingliederungsmassnahmen eingeschaltet, falls es trotz Massnahmen der Frühintervention an einer (für die Durchführung von Massnahmen vorausgesetzten) Eingliederungsfähigkeit fehlt<sup>1254</sup> oder falls eine bestehende Eingliederungsfähigkeit verloren zu gehen droht<sup>1255</sup>. Anspruch auf Integrationsmassnahmen haben Versicherte, die seit mindestens sechs Monaten mindestens 50% arbeitsunfähig sind und bei denen eine Vorbereitung der Eingliederung notwendig ist<sup>1256</sup>. Die Integrationsmassnahmen umfassen Massnahmen zur sozialberuflichen Rehabilitation (Art. 14a Abs. 2 lit. a IVG) und Beschäftigungsmassnahmen (Art. 14a Abs. 2 lit. b IVG).
- 762 Die Integrationsmassnahmen richten sich insbesondere – aber nicht ausschliesslich<sup>1257</sup> – an (teilweise) arbeitsunfähige Versicherte mit psychischen Beeinträchtigungen, da diese mit den beruflichen Eingliederungsmassnahmen häufig überfordert sind<sup>1258</sup> und auch oft deren Voraussetzungen nicht erfüllen<sup>1259</sup>. Ziel ist, mittels „niederschwellige[r]“ Massnahmen die Lücke zwischen sozialer und beruflicher Integration zu schliessen<sup>1260</sup>. Um Chronifizierungsprozessen möglichst vorzubeugen, soll rasch, einzelfallbezogen und auf die berufliche Eingliederung gerichtet reagiert werden<sup>1261</sup>.
- 763 Die versicherte Person wird während der Dauer der Integrationsmassnahmen durch die IV-Stelle begleitet, welche den Erfolg der Massnahmen überwacht (Art. 14a Abs. 4 IVG). Massnahmen, welche im Betrieb stattfinden, werden in enger Zusammenarbeit mit der Arbeitgeberin getroffen und umgesetzt. Die Versicherung kann der Arbeitgeberin einen Beitrag leisten, wenn die versicherte Person weiterhin im Betrieb beschäftigt bleibt (Art. 14a Abs. 5 IVG). Ein solcher Beitrag beträgt maximal 100 Franken pro Massnahmetag (Art. 4<sup>octies</sup> Abs. 1 IVV).

#### 4.3.1 Inhalt

- 764 Art. 14a Abs. 2 lit. a IVG nennt als mögliche Integrationsmassnahmen gezielte, auf die berufliche Eingliederung gerichtete *Massnahmen zur sozialberuflichen Rehabilitation*. Diese richten sich an Versicherte, die in Bezug auf Massnahmen beruflicher Art noch nicht eingliederungsfähig sind (Art. 4<sup>quater</sup> Abs. 2 IVV) und haben zum Ziel, die Eingliederungsfähigkeit (wieder) herzustellen<sup>1262</sup>. Nach Art. 4<sup>quinquies</sup> Abs. 1 IVV gelten als Massnahmen zur sozialberuflichen Rehabilitation Massnahmen zur Gewöhnung an den Arbeitsprozess, zur Förderung der Arbeitsmotivation, zur Stabilisierung der Persönlichkeit und zum Einüben sozialer Grundfähigkeiten. Dabei stehen abschliessend zur Auswahl: ein Belastbarkeitstraining, ein Aufbau-training sowie die Wirtschaftsnähe Integration mit Support am Arbeitsplatz (WISA)<sup>1263</sup>.

<sup>1254</sup> LOCHER (5. IV-Revision), Rz. 11.

<sup>1255</sup> BUCHER, Rz. 536 ff.

<sup>1256</sup> LOCHER (5. IV-Revision), Rz. 11.

<sup>1257</sup> BGE 137 V 1, Erw. 5.3; PESTALOZZI-SEGER (Integrationsmassnahmen), S. 4.

<sup>1258</sup> MURER, Rz. 4 zu Art. 14a IVG.

<sup>1259</sup> BUCHER, Rz. 539; zu den Voraussetzungen der beruflichen Massnahmen siehe Rz. 719 ff.

<sup>1260</sup> BGE 137 V 1, Erw. 3.2; BUCHER, Rz. 540; MURER, Rz. 5 ff.

<sup>1261</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4523.

<sup>1262</sup> MURER, Rz. 40 zu Art. 14a IVG.

<sup>1263</sup> KSIM, Rz. 10; BUCHER, Rz. 537; MURER, Rz. 44 zu Art. 14a IVG.

765 Art. 14a Abs. 2 lit. b IVG nennt als weitere mögliche Integrationsmassnahmen gezielte, auf die berufliche Eingliederung gerichtete *Beschäftigungsmassnahmen*, welche in der Zeit bis zum Beginn von Massnahmen beruflicher Art oder bis zum Stellenantritt auf dem ersten Arbeitsmarkt eine Tagesstruktur aufrechterhalten sollen (Art. 4<sup>quinquies</sup> Abs. 2 IVV). Anspruch auf Beschäftigungsmassnahmen haben Versicherte, deren bestehende Eingliederungsfähigkeit in Bezug auf Massnahmen beruflicher Art verloren zu gehen droht (Art. 4<sup>quater</sup> Abs. 3 IVV). In der Regel findet diese „Arbeit zur Zeitüberbrückung“<sup>1264</sup> im Anschluss an eine Massnahme zur sozialberuflichen Rehabilitation statt<sup>1265</sup>, um die damit erreichte Eingliederungsfähigkeit zu erhalten, falls diese beim Warten auf eine Anschlusslösung<sup>1266</sup> wieder verloren zu gehen droht<sup>1267</sup>.

### 4.3.2 Spezielle Anspruchsvoraussetzungen

766 Integrationsmassnahmen können angeordnet werden, wenn die versicherte Person seit mindestens sechs Monaten zu mindestens 50%<sup>1268</sup> arbeitsunfähig ist. Sie muss überdies zum Bezug von IV-Leistungen angemeldet sein (Art. 14a IVG, Art. 29 ATSG) und darf in Bezug auf Massnahmen beruflicher Art nicht eingliederungsfähig sein. Der Anspruch auf Beschäftigungsmassnahmen dagegen setzt den drohenden Verlust einer Eingliederungsfähigkeit voraus<sup>1269</sup>.

767 Ausnahmsweise ist also nicht eine drohende oder bestehende Invalidität, sondern „lediglich“ eine Arbeitsunfähigkeit vorausgesetzt. Da Art. 14a Abs. 1 IVG auf Art. 6 ATSG verweist, reicht aber laut Bundesgericht eine Arbeitsunfähigkeit von 50% im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich (Art. 6 Satz 1 ATSG) nicht aus, einen Anspruch auf Integrationsmassnahmen auszulösen, vielmehr sei auch eine mindestens 50%ige Arbeitsunfähigkeit in einem anderen Beruf bzw. Aufgabenbereich (Art. 6 Satz 2 ATSG) vorausgesetzt<sup>1270</sup>. Wer also in einer leidensangepassten Tätigkeit voll arbeitsfähig ist, erfüllt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Anspruchsvoraussetzungen von Art. 14a IVG nicht<sup>1271</sup>. „Hätte der Gesetzgeber nur die Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich gemeint, so hätte er wohl ausdrücklich nur auf Satz 1 des Art. 6 ATSG (...) verwiesen“<sup>1272</sup>, so das Bundesgericht. Auslegungselemente, welche eine Abweichung vom klaren Gesetzeswortlaut nahelegen würden, seien dagegen nicht ersichtlich<sup>1273</sup>. Gegen die vom Bundesgericht gewählte Auslegung sprechen laut BUCHER unter anderem die Gesetzesmaterialien, nach denen Integrationsmassnahmen jenen Versicherten zugesprochen werden sollen, „deren massgebender Gesundheitsschaden eine Art und Schwere erreicht, welche die bisherige Arbeitstätigkeit in einem Umfang von mindestens 50 Prozent einschränkt und dies seit mindestens 6 Monaten“<sup>1274</sup>. Überdies ist eine solche Auslegung nicht mit der Regelung über die Beschäftigungsmassnahmen verein-

<sup>1264</sup> KSIM, Rz. 12.

<sup>1265</sup> KSIM, Rz. 12; MURER, Rz. 46 zu Art. 14a IVG.

<sup>1266</sup> Mögliche Anschlusslösungen sind Massnahmen beruflicher Art oder ein Stellenantritt, BUCHER, Rz. 567.

<sup>1267</sup> BUCHER, Rz. 567.

<sup>1268</sup> Wobei die Arbeitsunfähigkeit nie unter 50% sinken darf, MURER, Rz. 30 zu Art. 14a IVG.

<sup>1269</sup> Erläuterungen IVV 2008, zu Art. 4<sup>quater</sup> Abs. 2 und 3; MURER, Rz. 31 zu Art. 14a IVG.

<sup>1270</sup> Urteil BGer 9C\_597/2010 vom 24. Februar 2011, Erw. 4.1; Urteil BGer 9C\_597/2010 vom 7. Februar 2011, Erw. 2.2; BUCHER, Rz. 546.

<sup>1271</sup> BGE 137 V 1, Erw. 7.2; Urteil BGer 9C\_597/2010 vom 7. Februar 2011, Erw. 2.2.

<sup>1272</sup> BGE 137 V 1, Erw. 7.2.3.

<sup>1273</sup> BGE 137 V 1, Erw. 7.2.4.

<sup>1274</sup> BUCHER, Rz. 547 und Fn. 1662 m. V. a. Botschaft 5. IV-Revision, 4563; zudem führt der Bundesrat in seiner Botschaft zur IV-Revision 6a im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Wiedereingliederung von Rentenbezügerinnen und -bezügern (Art. 8a IVG), deren Grundalge die bestehenden Eingliederungsmassnahmen bilden, aus, dass die Anspruchsvoraussetzungen in Art. 8a IVG offener formuliert sind, dass also eine „Arbeitsunfähigkeit von mindestens sechs Monaten zu mindestens 50 Prozent“ nicht als Anspruchsvoraussetzung nach Art. 8a IVG gilt.

bar, welche gerade den drohenden Verlust einer Eingliederungsfähigkeit (der drohende Verlust der Eingliederungsfähigkeit setzt logischerweise deren Bestehen voraus) zu verhindern versucht, bzw. diese bleibe „toter Buchstabe“<sup>1275</sup>. Ein Anspruch auf Integrationsmassnahmen setzt vielmehr „nur“ voraus, dass die betroffene Person seit mindestens sechs Monaten zu mindestens 50% arbeitsunfähig im Sinne von Art. 6 Satz 1 ATSG ist, das heisst, aufgrund einer Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit voll oder teilweise unfähig ist, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Art. 6 Satz 2 ATSG, wonach bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit auch zumutbare Tätigkeiten in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt werden müssen, kommt hingegen im Rahmen der Integrationsmassnahmen nicht zur Anwendung<sup>1276</sup>. Mit BUCHER ist auf eine Präzisierung der Rechtsprechung durch das Bundesgericht zu hoffen<sup>1277</sup>.

- 768 Ein Anspruch auf Integrationsmassnahmen setzt überdies die Notwendigkeit und Geeignetheit der Integrationsmassnahmen voraus, d. h. diese werden nur zugesprochen, wenn ohne sie die berufliche Eingliederung nicht möglich wäre<sup>1278</sup>.
- 769 In Art. 4<sup>quater</sup> Abs. 1 IVV ist sodann eine Mindestpräsenzzeit vorausgesetzt; so hat nur Anspruch auf Integrationsmassnahmen, wer fähig ist, eine Präsenzzeit von mindestens zwei Stunden täglich während mindestens vier Tagen pro Woche zu absolvieren. Die Mindestpräsenzzeit bildet einen Aspekt der Geeignetheit der Massnahme und wird damit begründet, dass die Durchführung von Integrationsmassnahmen nicht sinnvoll ist, wenn diese Mindestanforderungen nicht erfüllt werden können<sup>1279</sup>.

### 4.3.3 Dauer der Integrationsmassnahmen

- 770 Integrationsmassnahmen können mehrmals zugesprochen werden, dürfen gesamthaft aber grundsätzlich nicht länger als ein Jahr<sup>1280</sup> dauern (Art. 14a Abs. 3 IVG). Ausnahmsweise können die Massnahmen um maximal ein weiteres Jahr verlängert werden, wenn sie aus gesundheitlichen Gründen während des ersten Jahres zweimal für eine längere Dauer unterbrochen werden mussten und weitere Integrationsmassnahmen notwendig sind, um die Eingliederungsfähigkeit in Bezug auf Massnahmen beruflicher Art zu erreichen (Art. 14a Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Art. 4<sup>sexies</sup> Abs. 5 IVV). Art. 4<sup>sexies</sup> Abs. 6 IVV sieht sodann vor, dass Versicherte, die während insgesamt zwei Jahren an Integrationsmassnahmen teilgenommen haben, zeitlebens keinen Anspruch mehr auf entsprechende Massnahmen haben. Das bedeutet, dass ein neuer Versicherungsfall nur dann erneut einen Anspruch auf Integrationsmassnahmen auslöst, wenn die zwei Jahre noch nicht ausgeschöpft wurden<sup>1281</sup>. Die Gesetzesmässigkeit dieser lediglich in der Verordnung verankerten Einschränkung ist jedoch fraglich, ebenso die sachliche Begründung für die Einmaligkeit<sup>1282</sup>. Der Bundesrat anerkannte in seiner Botschaft zum zweiten

<sup>1275</sup> BUCHER, Rz. 547; BUCHER fragt denn auch in Rz. 547 treffend, wie eine Integrationsmassnahme der Erhaltung der Eingliederungsfähigkeit – die Erhaltung der Eingliederungsfähigkeit setzt deren aktuelles Bestehen logisch voraus – dienen können sollte, wenn zurzeit eingliederungsfähige Personen vom Anspruch auf Integrationsmassnahmen von vornherein ausgeschlossen sind; siehe ausführlich zu dieser Problematik: BUCHER, Rz. 544 ff.

<sup>1276</sup> BUCHER, Rz. 544.

<sup>1277</sup> BUCHER, Rz. 547.

<sup>1278</sup> BUCHER, Rz. 564 ff. m. w. H.

<sup>1279</sup> Erläuterungen IVV 2008, zu Art. 4<sup>quater</sup> Abs. 1 IVV; BUCHER, Rz. 570 f.; MURER, Rz. 32, betont, dass unter Präsenz selbstverständlich eine aktive Präsenz zu verstehen sei, ansonsten die Massnahme keinen Sinn machen würde.

<sup>1280</sup> Wobei ein Jahr Integrationsmassnahmen 230 Massnahmentagen bzw. Arbeitstagen entspricht (Art. 4<sup>sexies</sup> Abs. 1 IVV).

<sup>1281</sup> BUCHER, Rz. 573.

<sup>1282</sup> Kritisch auch: PESTALOZZI-SEGER (Integrationsmassnahmen), S. 6; KIESER (5. IV-Revision), Rz. 7 und Fn. 59; ähnlich auch: MURER, Rz. 54 zu Art. 14a IVG, vgl. auch BUCHER, Fn. 1732.

Massnahmenpaket der 6. IV-Revision, dass gerade Menschen mit psychischen Behinderungen oft mehr Zeit für eine berufliche Rehabilitation benötigen. Deshalb hätten Integrationsmassnahmen neu zeitlich unbefristet zugesprochen werden sollen<sup>1283</sup>, die IV-Revision 6b ist aber im Parlament gescheitert.

#### **4.4 Taggeldleistungen der IV**

771 Die Invalidenversicherung richtet Taggelder akzessorisch zu den meisten Eingliederungsmassnahmen aus, jedoch nicht zu den Frühinterventionsmassnahmen. Zu den Taggeld auslösenden Eingliederungsmassnahmen gehören namentlich die Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung<sup>1284</sup> und verschiedene Massnahmen beruflicher Art wie die erstmalige berufliche Ausbildung und die Umschulung (Art. 22-25 IVG). Überdies haben Versicherte, die zu mindestens 50% arbeitsunfähig sind und auf den Beginn einer erstmaligen beruflichen Ausbildung oder einer Umschulung warten, Anspruch auf ein sog. Wartetaggeld (Art. 18 IVV). Das Wartetaggeld setzt voraus, dass die Eingliederungsfähigkeit in subjektiver und objektiver Hinsicht soweit rechtsgenügend erstellt ist, dass Eingliederungsmassnahmen ernsthaft in Frage kommen, nicht erforderlich ist hingegen ein entsprechender Entscheid<sup>1285</sup>.

772 Das IV-Taggeld wird in Form des grossen und des kleinen Taggeldes geleistet. Das grosse Taggeld wird an Personen ausgerichtet, die vor Eintritt des Gesundheitsschadens bereits erwerbstätig waren. Es bedingt weiter, dass eine Person während drei Tagen aufgrund der Eingliederungsmassnahme nicht arbeiten kann oder dass sie während dieser Tage zu mindestens 50% arbeitsunfähig ist, und setzt sich aus einer Grundentschädigung von 80% des letzten ohne gesundheitliche Einschränkung erzielten Erwerbseinkommens – maximal aber in der Höhe des versicherten Tagesverdienstes nach UVG<sup>1286</sup> – sowie einem gewissen Kindergeld zusammen. Das kleine Taggeld wird insbesondere an Versicherte während der ersten beruflichen Ausbildung ausgerichtet und beträgt 10% bzw. unter bestimmten Voraussetzungen 30% der maximalen Höhe des versicherten Tagesverdienstes nach UVG (also ungefähr Fr. 33.- bzw. Fr. 100.- pro Tag). Auch hier kommt gegebenenfalls ein Kindergeld hinzu.

### **5. Eingliederungsrechtliche Neuerungen der 6. IV-Revision**

#### **5.1 Hintergrund der 6. IV-Revision**

773 Die 6. IV-Revision beinhaltete zwei Massnahmenpakete. Der erste Teil der Vorlage ist auf den 1. Januar 2012 in Kraft getreten, der zweite Teil hätte 2013 in Kraft treten sollen. Nachdem National- und Ständerat drei Mal über die IV-Revision 6b debatiert hatten, ist diese am 19. Juni 2013 gescheitert<sup>1287</sup>.

---

<sup>1283</sup> Botschaft IV-Revision 6b, 5742 f.; Für Rentenbeziehende ist dies heute bereits so (Art. 8a abs. 3 IVG und Art. 4<sup>novies</sup> IVV)

<sup>1284</sup> BUCHER, Rz. 527; MURER, Rz. 33 zu Art. 14a IVG.

<sup>1285</sup> BGE 129 V 460, Erw. 4.1.

<sup>1286</sup> Art. 24 Abs. 1 IVG; der Höchstbetrag des versicherten Tagesverdienstes gemäss UVG beläuft sich auf CHF 346.- (Art. 22 Abs. 1 UVV).

<sup>1287</sup> Siehe bspw. Tagesanzeiger-online vom 19. Juli 2013: Nationalrat versetzt IV-Revision den Todesstoss“, <[www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Nationalrat-versetzt-der-IVRevision-den-Todesstoss/story/10098189](http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Nationalrat-versetzt-der-IVRevision-den-Todesstoss/story/10098189)> oder NZZ-online vom 19. Juni 2013: Nationalrat versenkt IV-Revision definitiv, <[www.nzz.ch/aktuell/schweiz/nationalrat-iv-revision-1.18101965](http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/nationalrat-iv-revision-1.18101965)> ; alle Infos dazu siehe: Die Bundesversammlung – Das Schweizer Parlament, 10.032 6. IV-Revision. Erstes Massnahmenpaket, 11.030 6. IV-

- 774 Wie die 4. und 5. IV-Revision steht bzw. stand auch die 6. Revision ganz im Zeichen der finanziellen Konsolidierung der IV. Die 6. IV-Revision umfasst unter anderem Bestimmungen, die zu einer vermehrten Eingliederung von Rentenbezüglern führen sollen. Mit diesem letzten Schritt sollte die IV finanziell konsolidiert sein und auch langfristig kein Defizit mehr aufweisen.
- 775 Die eingliederungsrechtlichen Neuerungen der 6. IV-Revision lassen sich in zwei Themenbereiche unterteilen. Zum einen sind die Neuerungen auf die vermehrte Teilnahme von Rentenbezüglern an Massnahmen der Eingliederung gerichtet<sup>1288</sup> und zum anderen ist die Gesetzesrevision auf den Abbau von finanziellen Negativanreizen gerichtet, die mit einer Eingliederung aus der Rente für den Rentenbezüglern verbunden sein können.

## **5.2 Verbesserung der Erwerbsfähigkeit von Rentenbezüglern durch Massnahmen der Eingliederung**

### **5.2.1 Eingliederungsorientierte Rentenrevision**

- 776 Im Zentrum der eingliederungsrechtlichen Neuerungen der 6. IV-Revision steht das Ziel, die Eingliederung von Rentenbezüglern durch die vermehrte Zusprache von Eingliederungsmassnahmen zu fördern. Ausgangspunkt der anvisierten Eingliederung aus Rente bildet die periodisch durchzuführende Rentenrevision. Durch eingehende Abklärungen sollen jene Rentenbezüglern mit Eingliederungspotential ausselektioniert und in den ersten Arbeitsmarkt eingegliedert werden. Die massgeblichen Rechtsgrundlagen wurden mit dem ersten Massnahmenpaket eingeführt.
- 777 Art 8a IVG regelt den Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen von Personen, die bereits eine Rente beziehen. Als allgemeine Voraussetzungen werden in Art. 8a Abs. 1 IVG die voraussichtliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit sowie die Eignung der Massnahmen, die Erwerbsfähigkeit zu verbessern, genannt. Gemäss Art. 8a Abs. 2 IVG sind Massnahmen der Wiedereingliederung Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung nach Art. 14a Abs. 2 IVG, Massnahmen beruflicher Art nach den Artikeln 15 – 18c IVG, die Abgabe von Hilfsmitteln nach den Art. 21 – 21quater IVG sowie die Begleitung und Beratung der Rentenbezüglerninnen und ihrer Arbeitgeber gemäss Art. 8a Abs. 4 IVG.
- 778 Ob die Erwerbsfähigkeit durch geeignete Massnahmen voraussichtlich verbessert werden kann, prüft die IV-Stelle mittels zweifacher Triage. Zunächst wird abgeklärt, ob Anhaltspunkte vorliegen, die auf eine auf eine mögliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit schliessen lassen. Die Botschaft nennt folgende mögliche Anhaltspunkte: Der Gesundheitszustand beginnt sich zu stabilisieren, das Bestehen der Möglichkeit einer Angewöhnung und Anpassung an den Gesundheitszustand, das Vorhandensein von medizinischen Berichten, wonach mittelfristig mit einer Verbesserung der Gesundheitszustandes gerechnet werden kann und das Ausüben einer Erwerbstätigkeit, die sich jedoch noch nicht auf den Rentenanspruch ausgewirkt hat. Ausserdem wird davon ausgegangen, dass bei jungen Personen, die erst seit relativ kurzer Zeit eine Rente beziehen, die Erwerbsfähigkeit mittels geeigneter Massnahmen voraussichtlich verbessert werden kann<sup>1289</sup>.

---

Revision. Zweites Massnahmenpaket, <[www.parlament.ch/d/dokumentation/dossiers/iv6-revision/Seiten/default.aspx](http://www.parlament.ch/d/dokumentation/dossiers/iv6-revision/Seiten/default.aspx)> (alle besucht am 30. Juni 2013).

<sup>1288</sup> Zur Eingliederung aus Rente siehe Rz. 776 ff.

<sup>1289</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 1842 f., 1887.



- 779 Liegen solche Aufgreifkriterien vor, klärt die IV-Stelle die voraussichtliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit mittels eines Assessments eingehend ab. Im Rahmen dieser Abklärung wird die Situation des Rentenbezügers in persönlicher, medizinischer, sozialer und finanzieller Hinsicht untersucht. Es können auch weitere Abklärungen, bspw. durch Berufliche Abklärungsstellen durchgeführt werden<sup>1290</sup>.
- 780 Kommt die IV-Stelle gestützt auf die getätigten Abklärungen zum Schluss, dass die Erwerbsfähigkeit voraussichtlich mit geeigneten Massnahmen verbessert werden kann, wird zusammen mit der einzugliedernden Person ein Eingliederungsplan erarbeitet. In diesem sind die Zielsetzung sowie die zur deren Erreichung erforderlichen Massnahmen beschrieben. Die voraussichtlichen Auswirkungen auf den Rentenanspruch werden im Eingliederungsplan oder in der Verfügung über den Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen mitgeteilt<sup>1291</sup>.
- 781 Nach Erreichen des vereinbarten Ziels oder nach dem Abschluss der Eingliederungsmassnahmen entscheidet die IV-Stelle über eine Anpassung der Rente. Der Entscheid richtet sich nach den Ergebnissen der durchgeführten Massnahmen<sup>1292</sup>. Die Anpassung der Rente setzt – auch nach Durchführung von Massnahmen nach Art. 8a IVG – eine Veränderung der tatsächlichen Grundlagen, die dem damaligen Rentenentscheid zugrunde gelegt wurden, voraus<sup>1293</sup>.

### **5.2.2 Anpassung von Massnahmen an die Besonderheiten einer Eingliederung von Rentenbezügern**

- 782 Mit dem ersten Massnahmenpaket der 6. IV-Revision werden die Integrationsmassnahmen auf die spezielle Situation, in welcher sich Rentenbezüger befinden, angepasst. Die Eingliederung von Rentenbezügern wird als schwieriger betrachtet als die Eingliederung von Personen, die (noch) über einen Arbeitsplatz verfügen<sup>1294</sup>. Die Antwort des Gesetzgebers auf die Schwierigkeit einer solchen Eingliederung ist unter anderem die Flexibilisierung der Integrationsmassnahmen. Entsprechend werden die Anspruchsvoraussetzungen für Integrationsmassnahmen offener formuliert; auf die Voraussetzung der während sechs Monaten andauernden Arbeitsunfähigkeit wird verzichtet (vgl. Art. 8a Abs. 1 IVG). Auch können die Integrationsmassnahmen in Abweichung von Art. 14a Abs. 3 IVG länger dauern als ein Jahr (Art. 8a Abs. 3 IVG).
- 783 Ebenfalls für den besonderen Fall der Eingliederung von Rentenbezügern wurde eine neue Massnahme eingeführt: Nach Art. 8a Abs. 4 IVG haben Rentenbezüger und deren Arbeitgeber während drei Jahren Anspruch auf Beratung und Begleitung.
- 784 Läuft eine Rentenbezügerin Gefahr, bei einer gesundheitsbedingten Reduktion des Erwerbseinkommens nach vorangegangener Erhöhung desselben, nicht mehr das vor der Eingliederung vorhandene Ersatzeinkommen beanspruchen zu können, wird dies eine Unsicherheit bewirken, die sich nicht positiv auf die Eingliederung auswirkt. Diesen Umstand trug der Gesetzgeber im Rahmen des ersten Massnahmenpakets Rechnung und führte eine Übergangsfrist von drei Jahren ein, währenddessen im Falle einer erneuten Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50% Anspruch auf eine Übergangsleistung besteht (Art. 32 Abs. 1 lit. a IVG). Der Anspruch auf eine Übergangsleistung setzt weiter voraus, dass die Arbeitsunfähigkeit mindestens 30 Tage gedauert hat (lit. b) und vor der Herabsetzung oder Aufhebung der Rente an Eingliederungsmassnahmen nach Art. 8a IVG teilgenommen oder die Rente infolge Erzielung oder Erhöhung eines Erwerbseinkommens aufgehoben oder gekürzt wurde (lit. c). Kein Anspruch

---

<sup>1290</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 1844, 1887.

<sup>1291</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 1844, 1887.

<sup>1292</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 1847.

<sup>1293</sup> Vgl. KIESER, N 16 zu Art. 17 ATSG.

<sup>1294</sup> Botschaft IV-Revision 6a, 1888.

auf eine Übergangsleistung besteht, wenn die Rente gestützt auf den Schlusstitel zur 6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket, entzogen wurde. Gleichzeitig mit der Ausrichtung dieser Leistung leitet die IV-Stelle ein Revisionsverfahren ein und prüft den Rentenanspruch erneut (Art. 34 IVG).

- 785 Wurde die IV-Rente nach der Teilnahme an Massnahmen nach Art. 8a oder infolge Erzielung oder Erhöhung des Erwerbseinkommens aufgehoben oder herabgesetzt, bleibt die versicherte Person während drei Jahren in der bisherigen Vorsorgeeinrichtung versichert (Art. 26a Abs. 1 BVG). Richtet die IV eine Übergangsleistung nach Art. 32 IVG aus, besteht ebenfalls Anspruch auf Leistungen der beruflichen Vorsorge (Art. 26a Abs. 1 und 2 BVG). Gemäss Art. 26a Abs. 3 BVG kann die Vorsorgeeinrichtung die Invalidenrente während der Weiterversicherung und Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs entsprechend dem verminderten Invaliditätsgrad kürzen, soweit die Kürzung durch ein Zusatzeinkommen der versicherten Person ausgeglichen wird.

### **5.2.3 Aufhebung von Renten ohne entsprechende Verbesserung der Erwerbsfähigkeit**

- 786 Mit dem ersten Massnahmenpaket der 6. IV-Revision wurde die gesetzliche Grundlage geschaffen, laufende Renten an die aktuelle Rechtsprechung anzupassen, ohne dass dafür eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse vorliegen müsste. Gemäss Schlusstitel zur 6. IV-Revision lit. a werden alle Renten, die aufgrund pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ausgerichtet werden, innerhalb von 3 Jahren überprüft. Sollte festgestellt werden, dass gemäss heutiger Rechtsprechung keine Erwerbsunfähigkeit vorliegt, wird die Rente aufgehoben. Keine Überprüfung des Rentenanspruchs findet statt, wenn das 55. Altersjahr zurückgelegt oder bereits mehr als 15 Jahren eine Rente bezogen wurde (Abs. 4). Besteht Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen nach Art. 8a IVG, wird die Rente bis zur deren Abschluss, längstens jedoch während zwei Jahren, weiter ausgerichtet.
- 787 Die Invalidenrenten der beruflichen Vorsorge werden in gleicher Weise wie jene der Invalidenversicherung herabgesetzt oder aufgehoben<sup>1295</sup>.

## **5.3 Förderung der Eingliederung durch Verminderung von negativen Anreizen**

### **5.3.1 Ausgangslage**

- 788 Negative Anreize im Zusammenhang mit einer Eingliederung können aus Sicht der einzugliedernden Person zum einen darin bestehen, dass das einer Person gesamthaft zur Verfügung stehende Einkommen mit erfolgter Eingliederung abnimmt. Zum anderen wirkt es sich negativ aus, wenn im Falle einer gesundheitlichen Verschlechterung nach erfolgter Eingliederung der Zugang zum erneuten Bezug von Rentenleistungen nicht gewährleistet ist. In beiden Fällen wird die Motivation des Rentenbezügers zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt durch die Mechanismen der gesetzlichen Ordnung nicht unterstützt sondern eher gehemmt. Eine Eingliederung, die einen finanziellen Verlust und eine zu grosse Unsicherheit bezüglich dem Wiedererlangen von Rentenleistungen zur Folge hat ist in der Realität kaum zu bewerkstelligen.

---

<sup>1295</sup> BVG, Schlussbestimmung der Änderung vom 18. März 2011 (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket).

### 5.3.2 Bestehendes Rentensystem bleibt

- 789 Mit einer Anpassung des Rentensystems im Rahmen der IV-Revision 6b hätte verhindert werden sollen, dass Einkommenseinbussen entstehen, die sich durch die grobe Abstufung von IV-Renten ergeben. Das IVG kennt bis anhin vier Rentenstufen: Es besteht Anspruch auf eine Rente von einem Viertel, der Hälfte, drei Viertel oder auf eine ganze Rente. Reduziert sich der Invaliditätsgrad als Folge einer Erhöhung des Erwerbseinkommens und wird dabei die Grenze zur nächsten unteren Rentenstufe überschritten, vermindert sich der Rentenanspruch im Vergleich zur Reduktion des Invaliditätsgrades nicht immer im gleichen Verhältnis. Im Extremfall kann die Abnahme des Invaliditätsgrades um einen Prozentpunkt die Verminderung der Rente in der Höhe einer Viertelsrente bewirken.
- 790 Mit dem zweiten Massnahmenpaket hätte die grobe Abstufung des Rentenanspruchs aufgegeben und stattdessen ein lineares System eingeführt werden sollen. Nach dem Scheitern im Parlament, bleibt es bei der bestehenden Regelung.

## 6. Die IV: Achillessehne oder Stolperstein für die berufliche Intergration?

### 6.1 IV-spezifische Ergebnisse der Kohortenstudie<sup>1296</sup>

- 791 Von knapp zwei Dritteln (65%) der Befragten hat die Invalidenversicherung innerhalb des Beobachtungszeitraums eine Meldung zur Früherfassung erhalten. Von Personen mit einer Tertiärbildung geschieht dies auch unter Kontrolle vom Gesundheitszustand, Alter und anderen Grössen deutlich weniger oft (51%). Knapp 30% haben die Meldung selber gemacht oder zumindest gemeinsam mit jemand anderem. 30% wurden durch die Taggeldversicherer, 18% durch den Arbeitgeber und 16% durch den behandelnden Arzt oder die behandelnde Ärztin angemeldet. Beim Rest waren andere Institutionen oder Personen beteiligt. 23% der Personen, die die Meldung nicht selber gemacht haben, geben an, dass sie vorgängig *nicht* informiert wurden. Etwa derselbe Anteil dieser Personen war mit der Anmeldung nicht oder nur teilweise einverstanden (24%). Bei knapp 40% der Betroffenen wurde die Anmeldung innerhalb der ersten zwei Monate nach Beginn der Arbeitsabwesenheit eingereicht und bei weiteren 14% im dritten Monat. In einem von zehn Fällen erfolgte die Meldung erst nach mehr als einem Jahr nach Beginn der Arbeitsabwesenheit. In 9 von 10 Fällen (92%) traf die Meldung zur Früherfassung bei der Invalidenversicherung noch während der Anstellung beim Arbeitgebenden ein, bei dem die Arbeitsabsenz aufgetreten ist. Bei 4 von 10 Personen (39%) konnte die Anstellung erhalten werden.
- 792 Von allen befragten Personen haben sich im Verlauf des Beobachtungszeitraums 58% bei der Invalidenversicherung angemeldet. Nur gerade 5% dieser Personen gibt an, dies direkt und ohne vorher eine Meldung zur Früherfassung gemacht zu haben. Auch unter Kontrolle des Gesundheitszustands und der Gesamtdauer der Arbeitsunfähigkeitsphase melden sich Personen mit einer Tertiärausbildung, Personen mit Kaderfunktionen und mit höheren Einkommen signifikant weniger häufig an als der Rest der Befragten. Personen mit hoher psychischer Belastung hingegen melden sich bei der Invalidenversicherung überdurchschnittlich oft an. Des Weiteren scheinen Betriebe, die über ein Gesundheitsmanagementsystem verfügen öfters mit der Invalidenversicherung zusammenzuarbeiten als solche, die keine solchen Systeme kennen.
- 793 44% der Befragten geben an, dass sie zusammen mit der Invalidenversicherung einen Wiedereingliederungsplan erstellt haben. Bei 30% der von der Invalidenversicherung betreuten Per-

---

<sup>1296</sup> Die nachfolgenden Abschnitte sind übernommen aus: GUGGISBERG JÜRIG/PÄRLI KURT, Arbeit und Krankheit – Wege zurück in die Arbeitswelt, in Soziale Sicherheit CHSS 6/2012.

- sonen wurden Massnahmen zur Anpassung des Arbeitsplatzes getroffen, je 20% erhielten ein Coaching oder eine Beratung bei der Berufsberatung und je 16% sind in der Arbeitsvermittlung, erhalten einen Ausbildungskurs oder eine Umschulung. Alle weiteren Massnahmen werden in deutlich geringerem Ausmass durchgeführt.
- 794 Multivariate Analysen zeigen, dass die Chancen auf eine erfolgreiche Stellensuche von Personen, welche mindestens eine Restarbeitsfähigkeit besitzen mit Hilfe der Arbeitsvermittlung der IV deutlich grösser sind als bei vergleichbaren Stellensuchenden, welche sich nicht bei der Invalidenversicherung angemeldet haben und bei der Stellesuche unterstützt werden.
- 795 39% der Personen, die sich im Verlauf der Beobachtungsperiode bei der Invalidenversicherung angemeldet haben, erhalten zum Ende dieser Zeit eine Rente. Dies entspricht einer Rentenbezugsquote über das gesamte Sample von 23%. Knapp die Hälfte der Rentenbezüger/innen erhält eine Vollrente (49%), 7% eine Dreiviertel-, 27% eine Halbe- und 16% eine Viertelrente. Die Ergebnisse zeigen weiter, dass Personen ohne Ausbildung unter Kontrolle von mehreren Grössen (Gesundheitszustand, Alter, etc.) deutlich geringere Chancen haben, nach einer Anmeldung bei der IV eine Rente zu erhalten. Demgegenüber steigt die Wahrscheinlichkeit bei Personen mit höheren Einkommen deutlich, nach einer Anmeldung bei der IV eine Rente zu erhalten. Dies kommt vermutlich daher, dass Versicherte mit einem unterdurchschnittlichen Valideneinkommen mit dem gleichen Gesundheitsschaden eine geringere Lohneinbusse erfahren als Besserverdienende, da der ausgeglichene Arbeitsmarkt<sup>1297</sup> für erstere mehr Verweisungstätigkeiten bereit hält<sup>1298</sup>.
- 796 Die Ergebnisse aus den empirischen Analysen zum Einfluss des Versicherungs- und Kündigungsschutzes sind nicht eindeutig. Insgesamt hat sich gezeigt, dass ein sehr grosser Teil der befragten Personen nicht oder nur sehr ungenügend über den rechtlichen Schutz bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit informiert ist. Dies zeigt sich in den sehr hohen Anteilen an «weiss nicht»-Antworten zu den Fragen im Kontext des Rechtsschutzes. Diese konnten insgesamt nicht in einen (statistisch signifikanten) Zusammenhang mit dem Ergebnis der Wiedereingliederungsbemühungen gebracht werden. Als einzige Grösse, die sich auf das Gelingen des Verbleibs im Arbeitsprozess auswirkt und die zumindest teilweise in Zusammenhang mit dem rechtlichen Kontext steht, hat sich die Dauer der Betriebszugehörigkeit herausgestellt. Im Rahmen der multivariaten Betrachtungsweise hat sich gezeigt, dass die Betriebszugehörigkeit alle anderen Faktoren zum Versicherungs- und Kündigungsschutz verdrängt. Personen, die bereits seit mehr als 5 Jahren beim ersten Arbeitgeber angestellt sind, verlieren ihre Stelle deutlich weniger oft als Personen mit kürzerer Anstellungsdauer. Eine längere Betriebszugehörigkeit scheint demnach davor zu schützen, den angestammten Arbeitgeber nach einer längeren Krankheit zu verlieren. Ob hinter diesem empirischen Ergebnis der im Vergleich zu kürzeren Anstellungsverhältnissen bessere Kündigungsschutz steht, kann mit den vorhandenen Daten jedoch nicht schlüssig beantwortet werden.
- 797 Wie bereits erwähnt<sup>1299</sup>, zeigen die Ergebnisse, dass die Angestellten von Betrieben, die über ein in *der Organisation verankertes Gesundheitsmanagement* verfügen, deutlich häufiger ihre Stelle behalten können. Die Chancen dieser Arbeitnehmenden sind deshalb, unabhängig vom Gesundheitszustand und soziodemographischen sowie –ökonomischen Merkmalen deutlich höher, 30 Monate nach Beginn der längeren Phase der Arbeitsunfähigkeit noch erwerbstätig zu sein. Arbeitgebende sollte also die Unterstützung bei der Eingliederung nicht vollständig der IV überlassen sondern im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht alles Zumutbare unternehmen, um erkrankte Arbeitnehmende weiterzubeschäftigen.

---

<sup>1297</sup> Zum ausgeglichenen Arbeitsmarkt siehe Rz. 913 f.

<sup>1298</sup> Siehe dazu LANDOLT (Minusinvalidität), Rz. 55 ff.

<sup>1299</sup> Siehe dazu Rz. 681 ff. und Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“, insb. Abschnitte 7 und 10.

## 6.2 *Evaluation im Auftrag des BSV*

- 798 Am 30. November 2012 ist der Schlussbericht der vom BSV beim Büro Vatter, Politikforschung & -beratung, Bern, und der Berner Fachhochschule (Fachbereich Soziale Arbeit) in Auftrag gegebenen „Eingliederung vor Rente; Evaluation der Früherfassung, Frühintervention und der Integrationsmassnahmen in der IV“ erschienen<sup>1300</sup>. Zur Früherfassung halten die Autorinnen und Autoren zusammenfassend fest, dass diese rechtzeitige Eintritte begünstige. Wie von der Revision erwartet worden sei, trage die Früherfassung dazu bei, dass Personen mit Invaliditätsrisiko vor einem Stellenverlust und vor einer längeren Dauer der Arbeitsunfähigkeit mit der IV in Kontakt kommen. Als bedeutender Anreiz zur rechtzeitigen Anmeldung erweise sich ferner Art. 29 IVG, nach dem der Beginn des Rentenanspruchs frühestens sechs Monate nach der Anmeldung bei der IV entsteht. Bei Personen mit einem Stellenverlust, bei denen vor der Anmeldung eine Früherfassung stattgefunden hat, wurde zum Zeitpunkt der Zwischenergebnisse eine leicht gesteigerte Wahrscheinlichkeit, eine neue Arbeitsstelle gefunden zu haben, festgestellt. Bei jenen, die eine Früherfassung durchlaufen habe, ist zudem die Rentenprüfung unterdurchschnittlich tief, was aber auch auf die bessere gesundheitliche Situation dieser Personen zurückgeführt werden könne und die tendenziell kürzere Dauer der Arbeitsunfähigkeit. Zwar habe sich die Früherfassung in ihrer Konzeption bewährt, die meisten Erstkontakte würden aber noch immer ohne Früherfassung direkt über die Anmeldung erfolgen<sup>1301</sup>.
- 799 Die Resultate zur Frühintervention würden zeigen, dass diese wesentlich dazu beitragen, dass der von der Revision erwartete Trend zu mehr und schnelleren Zusprachen von beruflichen Eingliederungsmassnahmen in allen Kantonen eingetreten sei, wenn auch zwischen den IV-Stellen Unterschiede festzustellen seien und das Anwendungspotenzial und damit auch das Wirkungspotential noch nicht vollständig ausgeschöpft wird. Frühinterventionsmassnahmen würden tendenziell eher Personen mit physischen Gebrechen zugesprochen. Zudem gebe es Hinweise darauf, dass bei der Vergabe von Frühinterventionsmassnahmen Personen mit tertiärem Abschluss gegenüber Personen mit geringerer Bildung bevorzugt würden, obwohl die eingliederungsorientierte Wirkung der Frühinterventionsmassnahmen bei Personen mit geringer Bildung stärker ausfalle. Im Allgemeinen stellten die Autorinnen eine positive Wirkung der Massnahmen der Frühintervention auf einen vorläufigen Eingliederungserfolg fest. Die Wirkungen sei aber stark abhängig von der Situation der versicherten Person<sup>1302</sup>.

## V. Leistungen der Arbeitslosenversicherung

### 1. *Relevanz bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit*

- 800 Viele Arbeitnehmende, die länger krankheitsbedingt Arbeitsunfähig sind, verlieren nach einer gewissen Zeit ihre Arbeitsstelle. Krankheits- oder unfallbedingte Ausfälle werden grundsätzlich über die Krankentaggeldversicherung, die Unfallversicherung oder die Invalidenversiche-

<sup>1300</sup> Die vom BSV mit Verweis auf die Evaluation verfasste Medienmitteilung titelte: „Sichtbarer Erfolg der 5. IV-Revision: Erneut deutlicher Rückgang der Neurenten“. Dank den neuen Möglichkeiten der 5. IV-Revision sei die Zahl der Neurenten im ersten Halbjahr 2009 wiederum markant gesenkt und im Vergleich zum vorangehenden Semester 8% weniger neue IV-Renten bewilligt worden. Damit liege die Zahl der bewilligten Neurenten bereits um 46% unter dem Stand des ersten Halbjahres 2003, so das BSV weiter. Diese Medienmitteilung stiess in einschlägigen Blogs auf Kritik, siehe dazu: <<http://cripplepride.blogspot.ch/2012/12/evaluation-der-5-iv-revision.html>> und <<http://ivinfo.wordpress.com/2012/12/07/50-weniger-neurenten-aufgrund-der-5-iv-revision-klingt-gut-stimmt-aber-nicht/>> (beide besucht am 26. Juni 2013).

<sup>1301</sup> BOLLIGER/FRITSCHI/SALZGEBER/ZÜRCHER/HÜMBELIN, S. XIX und 67 ff.

<sup>1302</sup> BOLLIGER/FRITSCHI/SALZGEBER/ZÜRCHER/HÜMBELIN, S. XIX f. und 191 ff.

nung ausgeglichen. Sofern und soweit die Vermittlungsfähigkeit (noch oder wieder) gegeben ist, kommen auch Leistungen der Arbeitslosenversicherung in Frage.

- 801 Das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG) bezweckt einerseits, den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, schlechtem Wetter oder Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zu garantieren (Art. 1a Abs. 1 AVIG) und will andererseits drohende Arbeitslosigkeit verhüten, bestehende Arbeitslosigkeit bekämpfen und die rasche und dauerhafte Eingliederung in den Arbeitsmarkt fördern (Art. 1a Abs. 2 AVIG). Letzterem Zweck dienen insbesondere die im sechsten Kapitel des AVIG geregelten arbeitsmarktlichen Massnahmen<sup>1303</sup>. Das Ziel von arbeitsmarktlichen Massnahmen ist die rasche und dauerhafte Wiedereingliederung von arbeitslosen Personen, die *aus Gründen des Arbeitsmarktes* erschwert vermittelbar sind (Art. 59 Abs. 2 lit. a AVIG). Dies soll durch eine Verbesserung der Qualifikation und Vermittelbarkeit erreicht werden<sup>1304</sup>. Die arbeitsmarktlichen Massnahmen umfassen Bildungsmassnahmen (Art. 60 bis 62 AVIG), Beschäftigungsmassnahmen (Art. 64a und b AVIG) und spezielle Massnahmen (Art. 65 ff. AVIG).

## 1.1 Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen der Arbeitslosenversicherung

### 1.1.1 Allgemein

- 802 Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG setzt voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 10 AVIG). Ganz arbeitslos ist, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitstelle sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG). Eine teilweise Arbeitslosigkeit liegt vor, wenn eine Person in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Teilzeitbeschäftigung sucht oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 lit. a und b AVIG)<sup>1305</sup>.
- 803 Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG verlangt sodann, dass die versicherte Personen einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 11 AVIG). Dies ist der Fall, wenn der Arbeitsausfall mindestens zwei Tage gedauert und die Versicherte einen Verdienstaufschlag erlitten hat<sup>1306</sup>. Ein anrechenbarer Verdienstaufschlag liegt auch dann vor, wenn ein Anspruch auf Versicherungsleistungen wegen krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit (Kranken- oder Unfalltaggeld) besteht<sup>1307</sup>.
- 804 Ferner ist vorausgesetzt, dass die versicherte Person in der Schweiz wohnt (Art. 8 Abs. 1 lit. c i. V. m. Art. 12 AVIG)<sup>1308</sup> und die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht (Art. 8 Abs. 1 lit. d AVIG)<sup>1309</sup>.

<sup>1303</sup> Urteil EVG C 265/04 vom 19. April 2005, Erw. 2.2.1; LEU, S. 6; NUSSBAUMER, Rz. 642; LOCHER (Sozialversicherungsrecht), § 35, Rz. 31.

<sup>1304</sup> LEU, S. 6 f.; NUSSBAUMER, Rz. 642.

<sup>1305</sup> LEU, S. 38 f.; NUSSBAUMER, Rz. 138 ff.

<sup>1306</sup> LEU, S. 42 f.; NUSSBAUMER, Rz. 150 ff.; Kieser (Sozialversicherungsrecht), S. 282 f.

<sup>1307</sup> Siehe zum Hintergrund Rz. 887.

<sup>1308</sup> Der Wohnsitzbegriff von Art. 12 AVIG ist inhaltlich weniger restriktiv als derjenige nach Art. 23 ff. ZGB; NUSSBAUMER, Rz. 181; KIESER (Sozialversicherungsrecht), S. 283 m. w. H.

<sup>1309</sup> NUSSBAUMER, Rz. 194 ff.

- 805 Zusätzlich muss die versicherte Person die Kontrollvorschriften<sup>1310</sup> (Art. 8 Abs. 1 lit. g i. V. m. Art. 17 AVIG)<sup>1311</sup> und die Beitragszeit erfüllen (Art. 8 Abs. 1 lit. e i. V. m. Art. 13 AVIG)<sup>1312</sup>. Die Beitragszeit gilt als erfüllt, wenn die Versicherte vor ihrer Arbeitslosigkeit innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG)<sup>1313</sup>. *Dabei werden unter anderem auch Zeiten angerechnet, in denen die Versicherte zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber wegen Krankheit oder Unfalls keinen Lohn erhält und deshalb keine Beiträge bezahlt (Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG).*
- 806 Von der *Erfüllung der Beitragszeit befreit* sind unter anderem Personen, die wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaft innerhalb der Rahmenfrist während insgesamt mehr als zwölf Monaten *nicht* in einem Arbeitsverhältnis standen und deshalb die Beitragszeit nicht erfüllen konnten (Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG)<sup>1314</sup>. Ebenfalls von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sind Personen, die bspw. wegen Wegfalls bzw. Herabsetzung einer Invalidenrente gezwungen sind, eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder zu erweitern (Art. 14 Abs. 2 AVIG)<sup>1315</sup>.
- 807 Eine weitere zentrale Voraussetzung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f i. V. m. Art. 15 AVIG). Gemäss Legaldefinition von Art. 15 Abs. 1 AVIG ist eine arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG)<sup>1316</sup>. Der Begriff der zumutbaren Arbeit ist in Art. 16 AVIG erläutert, wobei dieser in Abs. 2 lit. a-i Beispiele unzumutbarer Arbeiten aufführt. Die Vermittlungsfähigkeit setzt sich aus dem subjektivem Element der Vermittlungsbereitschaft sowie den objektiven Elementen der Arbeitsberechtigung und Arbeitsfähigkeit zusammen<sup>1317</sup>. Unter Arbeitsfähigkeit werden dabei nicht nur gesundheitliche, sondern auch die geistige und psychische Leistungsfähigkeit, die soziale Eignung sowie die Verfügbarkeit in räumlicher und zeitlicher Hinsicht verstanden<sup>1318</sup>.

### 1.1.2 Bei eingeschränkter Leistungsfähigkeit

- 808 Im Falle eingeschränkter Leistungsfähigkeit ist zwischen vorübergehend vermindert arbeits- und vermittlungsfähigen Versicherten (Art. 28 AVIG) und Versicherten mit einer körperlichen oder geistigen Behinderung (Art. 15 Abs. 2 AVIG) zu unterscheiden. Beide Tatbestände

---

<sup>1310</sup> So bspw. die Anmeldung beim Arbeitsamt des Wohnortes (Art. 10 Abs. 3 AVIG), die darüber hinaus für den Übertritt von einer Kollektivtaggeldversicherung in eine Einzeltaggeldversicherung vorausgesetzt ist, vgl. dazu Rz. 365.

<sup>1311</sup> NUSSBAUMER, Rz. 310 ff.

<sup>1312</sup> NUSSBAUMER, Rz. 201 ff.

<sup>1313</sup> Ausführlich dazu LEU, S. 47 ff.; NUSSBAUMER, Rz. 653 ff.

<sup>1314</sup> Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG verlangt zudem, dass die Person zu dieser Zeit Wohnsitz in der Schweiz hatte. Vgl. aber zur Vereinbarkeit dieser Voraussetzung mit dem staatsvertraglichen Diskriminierungsverbot (Art. 9 Abs. 2 von Anhang I zum FZA) BGE 133 V 367, Erw. 8.8, 9.8 und 11.6, in: Pra 97 (2008) Nr. 71, wo das Bundesgericht in Bezug auf die geprüfte Situation festhielt, das direkt anwendbare staatsvertragliche bzw. gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot gehe vor, und dies obwohl der Gesetzgeber die Absicht gehabt habe, mit der in Frage stehenden Bestimmung die Auswirkungen des FZA auf die schweizerische Arbeitslosenversicherung zu mildern; STAUFFER/KUPFER BUCHER, S. 55.

<sup>1315</sup> KIESER (Sozialversicherungsrecht), S. 283.

<sup>1316</sup> NUSSBAUMER, Rz. 259.

<sup>1317</sup> BGE 136 V 95, Erw. 7.3; Urteil EVG C 138/03 vom 15. September 2005, Erw. 5.2; LOCHER (Sozialversicherungsrecht), § 16, Rz. 19; NUSSBAUMER, Rz. 261 f.

<sup>1318</sup> Urteil EVG C 138/03 vom 15. September 2005, Erw. 5.2; NUSSBAUMER, Rz. 264.

bilden eine Ausnahme zum Grundprinzip der Arbeitslosenversicherung, wonach Leistungen nur bei Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person in Betracht kommen<sup>1319</sup>.

**a) Vorübergehende Arbeitsunfähigkeit**

- 809 Ist die versicherte Person *vorübergehend* voll arbeitsunfähig, ist sie grundsätzlich vermittlungsunfähig, womit es an einer Anspruchsberechtigung fehlt. Im Rahmen der 3. AVIG-Revision vom 22. März 2002 wurde jedoch mit Art. 28 AVIG das Erfordernis der Vermittlungsfähigkeit bei bloss vorübergehender Arbeitsunfähigkeit durchbrochen<sup>1320</sup>. *Art. 28 Abs. 1 AVIG sieht vor, dass Versicherte, die wegen Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind und deshalb die Kontrollvorschriften nicht erfüllen können ebenfalls Anspruch auf das volle Taggeld haben sofern sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen.* Dieser Anspruch besteht nur bis zum 30. Krankheitstag und ist innerhalb der Rahmenfrist auf 44 Taggelder beschränkt.
- 810 Gegenstücke zu Art. 28 AVIG bilden Art. 73 Abs. 1 KVG sowie Art. 25 Abs. 3 UVV. Diese beiden Bestimmungen sehen vor, dass bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 50% das ganze und bei einer Arbeitsunfähigkeit zwischen 25% und 50% das halbe Taggeld ausgerichtet wird. Um eine Überentschädigung zu vermeiden, werden gemäss Art. 28 Abs. 2 AVIG Taggelder der Kranken- oder Unfallversicherung, die Erwerbsersatz darstellen, von der Arbeitslosenentschädigung abgezogen, Taggelder der AIV sind gegenüber Kranken- und Unfalltaggeldern also subsidiär<sup>1321</sup>. Art. 28 Abs. 2 AVIG findet nicht nur im Verhältnis zur sozialen Krankentaggeld- und Unfallversicherung Anwendung, sondern koordiniert auch Ansprüche aus Taggeldversicherungen nach VVG mit den Leistungen der AIV<sup>1322</sup>.
- 811 Arbeitslose, die ihren Anspruch nach Art. 28 Abs. 1 AVIG ausgeschöpft haben und weiterhin vorübergehend vermindert arbeitsfähig sind und Leistungen einer Taggeldversicherung beziehen, haben – sofern sie unter Berücksichtigung ihrer verminderten Arbeitsfähigkeit vermittelbar sind und alle übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen – Anspruch auf das volle Taggeld, wenn sie zu mindestens 75%, und auf das um 50% gekürzte Taggeld, wenn sie zu mindestens 50% arbeitsfähig sind (Art. 28 Abs. 4 AVIG)<sup>1323</sup>. Hintergrund der Aufnahme dieser Koordinationsvorschrift war, dass kranke Arbeitslose nicht nur keine Leistungen der AIV, sondern aufgrund der in vielen Fällen aufgeschobenen Krankentaggeldversicherung auch keine Taggelder der KV erhielten<sup>1324</sup>. Mit Einführung des Zusatzes „und Leistungen einer Taggeldversicherung beziehen“ im Rahmen der 4. AVIG-Revision soll sodann sichergestellt werden, dass Personen ohne freiwillige Krankentaggeld-Versicherung ein ALV-Taggeld erhalten, das der verbleibenden Arbeitsfähigkeit entspricht<sup>1325</sup>. Nach vormals geltender Regelung hätte bspw. eine versicherte Person, die über keine Taggeldversicherung verfügte, bei einer Arbeitsfähigkeit von weniger als 50% jeglichen Anspruch bei der AIV verloren, ab einer Arbeitsfähigkeit von 75% dagegen ein volles Taggeld bezogen<sup>1326</sup>. Die Sonderregelung von Art. 28 AVIG dient der Vermeidung von Härtefällen, die ansonsten aufgrund des fehlenden Obligatoriums für eine Krankentaggeldversicherung eintreten könnten<sup>1327</sup>.

<sup>1319</sup> BGE 136 V 95, Erw. 5.2; NUSSBAUMER, Rz. 278.

<sup>1320</sup> Urteil BGer 8C\_841/2009 vom 22. Dezember 2009, Erw. 4.4; LEU, S. 66; LOCHER (Sozialversicherungsrecht), § 16 Rz. 33.

<sup>1321</sup> NUSSBAUMER, N 437.

<sup>1322</sup> BGE 128 V 176, Erw. 5.

<sup>1323</sup> Urteil BGer 8C\_841/2009 vom 22. Dezember 2009, Erw. 2.

<sup>1324</sup> BGE 128 V 149, Erw. 3b; Urteil BGer 8C\_841/2009 vom 22. Dezember 2009, Erw. 4.4.

<sup>1325</sup> Botschaft AVIG, 7754 f.; Votum Leuthard, AB 2009 N 2216.

<sup>1326</sup> Botschaft AVIG, 7755.

<sup>1327</sup> Urteil BGer vom 22. Dezember 2009, 8C\_841/2009, Erw. 4.4; Im Rahmen der 4. AVIG-Revision hat die Expertenkommission die Frage geprüft, ob die AIV mit Art. 28 AVIG nicht Leistungen erbringt, die eigentlich die Krankenversicherung tragen müsste bzw. ob arbeitslose Personen sich für solche Krankheitsfälle privat auf



## b) *Dauernde und erhebliche Behinderung*

- 812 Für Personen, die *dauernd*<sup>1328</sup> und erheblich körperlich oder geistig behindert sind – ohne dass die Behinderung im invalidenversicherungsrechtlichen Sinne invalidisierend wirken muss<sup>1329</sup> – ist Art. 15 Abs. 2 AVIG einschlägig: *betreffene Versicherte gelten als vermittlungsfähig, wenn ihnen, unter Berücksichtigung ihrer Behinderung, bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte*<sup>1330</sup>. Es werden also für Personen mit einer Behinderung nur Einsatzmöglichkeiten in Betracht gezogen, bei denen auf die gesundheitliche Leistungsdefizite Rücksicht genommen werden kann<sup>1331</sup>. Überdies wird die Vermittlungsfähigkeit unter Annahme eines ausgeglichenen Arbeitsmarktes geprüft<sup>1332</sup>, Grundlage bildet also ein hypothetischer Arbeitsmarkt, in dem Behinderte mit einem sozialen Entgegenkommen durch die Arbeitgebenden rechnen können<sup>1333</sup>. Eine Behinderung im Sinne von Art. 15 Abs. 2 AVIG liegt vor, wenn eine dauernde und erhebliche Beeinträchtigung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit vorliegt<sup>1334</sup>. Keine Behinderung liegt dagegen vor, wenn die betroffene Person nur in ihrem bisher ausgeübten Beruf arbeitsunfähig, für andere Tätigkeiten aber voll arbeitsfähig ist<sup>1335</sup>.

## 1.2 *Taggeldleistungen der Arbeitslosenversicherung*

### 1.2.1 *Höhe und Dauer*

- 813 Ein volles Taggeld beträgt grundsätzlich 80% des versicherten Verdienstes<sup>1336</sup>. Hinzu kommt ein Zuschlag, der den auf den Tag umgerechneten gesetzlichen Kinder- und Ausbildungszulagen entspricht, auf die der Versicherte Anspruch hätte, wenn er in einem Arbeitsverhältnis stünde (Art. 22 Abs. 1 AVIG). Hat die versicherte Person keine Unterhaltspflicht gegenüber Kindern unter 25 Jahren, beträgt ihr volles Taggeld mehr als 140 Franken und bezieht sie keine Invalidenrente, die einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% entspricht, erhält sie lediglich 70% des versicherten Verdienstes (Art. 22 Abs. 2 lit. a – b AVIG). Grundlage der Entschädigung bildet der versicherte Verdienst, wobei dieser nach Massgabe der tatsächlichen Lohnbezüge innerhalb des Bemessungszeitraumes ermittelt wird<sup>1337</sup>.
- 814 Die Höchstzahl der Taggelder bestimmt sich zum einen nach dem Alter der Versicherten und zum anderen nach der Beitragszeit und beträgt zwischen 90 und 520 (Art. 27 AVIG). Ab einer Beitragszeit von 12 Monaten besteht grundsätzlich Anspruch auf 260 Taggelder und ab einer Beitragszeit von 18 Monaten auf 400 Taggelder (Art. 27 Abs. 2 lit. a und b AVIG). Wer eine Beitragszeit von mindestens 22 Monaten nachweisen kann, hat Anspruch auf 520 Taggelder,

---

ihre Kosten nach KVG zu versichern hätten. Laut der Expertenkommission wäre aber ein solcher Abschlusszwang kaum durchsetzbar, weshalb zur Vermeidung von Härtefällen an der geltenden Lösung festgehalten wurde, Botschaft AVIG, 7741.

<sup>1328</sup> Vorausgesetzt wird eine erhebliche Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit während mindestens eines Jahres, NUSSBAUMER, Rz. 280.

<sup>1329</sup> NUSSBAUMER, Rz. 280.

<sup>1330</sup> BGE 126 V 124, Erw. 3a; LEU, S. 66; LOCHER (Sozialversicherungsrecht), § 16, Rz. 35; NUSSBAUMER, Rz. 280; zum ausgeglichenen Arbeitsmarkt siehe Rz. 913 f.

<sup>1331</sup> Urteil EVG C 60/06 vom 28. November 2006, Erw. 2.2; NUSSBAUMER, Rz. 280.

<sup>1332</sup> LEU, S. 62; zum ausgeglichenen Arbeitsmarkt siehe Rz. 913 f.

<sup>1333</sup> Urteil EVG C 60/06 vom 28. November 2006, Erw. 2.2; NUSSBAUMER, Rz. 281.

<sup>1334</sup> NUSSBAUMER, N 280, m. H.

<sup>1335</sup> NUSSBAUMER, Rz. 280; zu weiteren Koordinationsfragen siehe Rz. 884 ff.

<sup>1336</sup> Der Höchstbetrag des versicherten Verdienstes entspricht demjenigen der obligatorischen Unfallversicherung (Art. 23 Abs. 1 AVIG), dieser beträgt zurzeit Fr. 126'000.-, siehe Rz. 986.

<sup>1337</sup> BGE 128 V 189, Erw. 3.a.aa; BGE 123 V 70, Erw. 3; KIESER (Sozialversicherungsrecht), S. 284.

sofern er das 55. Altersjahr zurückgelegt hat oder eine Invalidenrente bezieht, die einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% entspricht (Art. 27 Abs. 2 lit. c AVIG). Personen, die von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sind – so bspw. Personen, die wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaft innerhalb der Rahmenfrist während insgesamt mehr als zwölf Monaten *nicht* in einem Arbeitsverhältnis standen und deshalb die Beitragszeit nicht erfüllen konnten (Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG) – haben lediglich Anspruch auf maximal 90 Taggelder (Art. 27 Abs. 4 AVIG)<sup>1338</sup>.

### 1.2.2 Wartezeit

815 Das Taggeld wird nach einer Wartezeit ausgerichtet, die fünf, oder, wenn die versicherte Person keine Unterhaltspflicht gegenüber Kindern unter 25 Jahre hat, zwischen zehn und zwanzig Tagen beträgt (Art. 18 Abs. 1 AVIG).

816 Versicherte, die aufgrund von Art. 14 Abs. 1 lit. a AVIG von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sind, müssen eine zusätzliche Wartefrist von fünf Tagen bestehen (Art. 18 Abs. 2 AVIG i. V. m. Art. 6 Abs. 2 AVIV).

817 Die Rechtsprechung unterscheidet zwei Fallkategorien und stellt dabei auf den Zeitpunkt des Eintrittes der Arbeitsunfähigkeit ab: Tritt die Arbeitsunfähigkeit vor dem Stellenverlust ein, gilt die Vermutung, dass die versicherte Person – wie vor dem Stellenverlust – erwerbstätig wäre, wenn sie nicht erkrankt wäre. Wird eine arbeitslose Person arbeitsunfähig, gilt demgegenüber die Vermutung, dass sie – auch ohne gesundheitliche Beeinträchtigung – keine Erwerbstätigkeit ausüben würde<sup>1339</sup>.

## 1.3 Eingliederungsmassnahmen der Arbeitslosenversicherung

818 Neben der IV kennt auch die AIV Eingliederungsmassnahmen. Diese richten sich zwar hauptsächlich an vermittlungsfähige Versicherte, also Personen, die bereit, in der Lage und berechtigt sind, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG). Ausnahmsweise sind aber auch Leistungen für vorübergehend voll arbeitsunfähige oder dauernd und erheblich körperlich oder geistig behinderte Personen vorgesehen<sup>1340</sup>.

819 Ein Anspruch auf arbeitsmarktliche Massnahmen setzt nach Art. 59 Abs. 3 lit. a und b AVIG voraus, dass die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 AVIG und die spezifischen Voraussetzungen für die betreffende Massnahme kumulativ erfüllt sind<sup>1341</sup>. Mit Blick auf die Eingliederung von gesundheitlich beeinträchtigten Personen soll nachfolgend der Fokus insbesondere darauf gerichtet sein, ob und wann trotz einer Gesundheitsbeeinträchtigung die Anspruchsvoraussetzungen für die Teilnahme an arbeitsmarktlichen Massnahmen erfüllt sind.

---

<sup>1338</sup> Vgl. zur Koordination: KIESER UELI, Die Koordination von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung mit Taggeldern anderer Sozialversicherungszweige, ARV 2012, S. 217 ff.

<sup>1339</sup> EVG vom 17. Juli 1998, RKUV 1998, S. 420 ff., Erw. 3, m. H.

<sup>1340</sup> Siehe dazu Rz. 800 ff.

<sup>1341</sup> LEU, S. 34; NUSSBAUMER, Rz. 652.

### 1.3.1 Abgrenzung der arbeitsmarktlichen Massnahmen der AIV von Massnahmen beruflicher Art der IV

- 820 Sowohl die arbeitsmarktlichen Massnahmen der AIV (Art. 59-71d AVIG), als auch die Massnahmen beruflicher Art der IV (Art. 8 Abs. 3 lit. b und Art. 15 ff. IVG) dienen der beruflichen Eingliederung. Massnahmen der AIV kommen zur Anwendung, wenn eine erschwerte Vermittelbarkeit aus Gründen des Arbeitsmarktes, also eine arbeitsmarktliche Indikation vorliegt. Massnahmen der IV dagegen setzen das Vorliegen einer leistungsspezifischen Invalidität voraus<sup>1342</sup>. *Ist die betroffene Person vermittlungsfähig, hat sie Anspruch auf Massnahmen der AIV, fehlt es hingegen an der Vermittlungsfähigkeit, kommen Massnahmen der IV in Frage*<sup>1343</sup>. Die beiden Versicherungszweige sind nicht komplementär in dem Sinne, dass sich betroffene Versicherte jeweils entweder auf Invalidität oder auf Arbeitslosigkeit berufen müssen. So besteht einerseits die Möglichkeit, dass eine versicherte Person trotz eines schweren Gesundheitsschadens invalidenversicherungsrechtlich nicht in rentenbegründetem Masse erwerbsunfähig ist und zugleich auch arbeitslosenversicherungsrechtlich nicht vermittlungsfähig ist<sup>1344</sup>. Andererseits schliesst weder der Bezug einer ganzen Invalidenrente zwingend die Vermittlungsfähigkeit aus<sup>1345</sup>, noch ist undenkbar, dass die versicherte Person sowohl die Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen der IV im Bereich der beruflichen (Wieder-) Eingliederung also auch für arbeitsmarktrechtliche Massnahmen der AIV erfüllt<sup>1346</sup>.
- 821 Auch die Arbeitsvermittlung, welche sowohl die IV (Art. 18 Abs. 1 lit. a IVG) als auch die AIV (Art. 17 Abs. 2 AVIG) durchführt<sup>1347</sup>, wird in den beiden Versicherungszweigen unabhängig voneinander beurteilt<sup>1348</sup>. Da die Arbeitsvermittlung der IV eine versicherte Leistung darstellt, auf welche im Gegensatz zu der Arbeitsvermittlung der AIV ein Rechtsanspruch besteht, und die IV überdies auf die Vermittlung gesundheitlich beeinträchtigter Versicherter spezialisiert ist, liegt die Zuständigkeit für die Arbeitsvermittlung vorrangig bei der IV<sup>1349</sup>. Dabei arbeiten die IV-Stellen im Rahmen der IIZ mit den regionalen Arbeitsvermittlungszentren der AIV zusammen (Art. 85f Abs. 1 lit. d AVIG und Art. 68<sup>bis</sup> Abs. 1 lit. a IVG)<sup>1350</sup>.
- 822 Begründet ein Versicherungsfall einen Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen, ist aber noch unklar, welche Sozialversicherung die Leistungen zu erbringen hat, kann die berechtigte Person gemäss Art. 70 Abs. 1 ATSG Vorleistung verlangen. Sofern umstritten ist, ob die AIV, die KV, die UV oder die IV zur Übernahme von Leistungen verpflichtet ist, ist gemäss Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG die AIV vorleistungspflichtig<sup>1351</sup>. In der Praxis kommt der Vorleistungspflicht durch die AIV nur sehr untergeordnete Bedeutung zu: Zum einen enthalten die Einzelgesetze Bestimmungen, welche die Leistungspflicht – zeitlich abgestuft – definitiv festlegen<sup>1352</sup>, und zum anderen liegt in der Regel entweder Arbeitslosigkeit oder Arbeitsunfähigkeit vor, so dass die Leistungen der KV und der UV einerseits sowie der AIV andererseits zeitlich nacheinander ausgerichtet werden und sich somit primär direkt Fragen der Zuständigkeit stellen und nicht solche der Vorleistungspflicht<sup>1353</sup>.

---

<sup>1342</sup> Siehe dazu Rz. 719.

<sup>1343</sup> Zur Vermittlungsfähigkeit siehe Rz. 807.

<sup>1344</sup> NUSSBAUMER, Rz. 284.

<sup>1345</sup> NUSSBAUMER, Rz. 280.

<sup>1346</sup> BGE 126 V 384, Erw. 2c/bb.

<sup>1347</sup> Während die Arbeitsvermittlung der IV eine versicherte Leistung darstellt, besteht in der AIV kein Anspruch auf Arbeitsvermittlung, BGE 116 V 80, Erw. 7c; NUSSBAUMER, Rz. 14 und 314.

<sup>1348</sup> Urteil EVG I 265/02 vom 19. Februar 2003, Erw. 3.2; NUSSBAUMER, Rz. 12.

<sup>1349</sup> Urteil EVG 9C\_16/2008 vom 2. September 2008, Erw. 1; Urteil EVG I 265/02 vom 19. Februar 2003, Erw. 3.2; BGE 116 V 80, Erw. 7c.

<sup>1350</sup> Zur IIZ siehe Rz. 850 ff.

<sup>1351</sup> BGE 136 V 95, Erw. 5.3; siehe dazu Rz. 890 ff.

<sup>1352</sup> Zur Leistungskoordination zwischen AIV und KV/UV siehe Rz. 884.

<sup>1353</sup> KIESER, N 21 zu Art. 70 ATSG; zur Leistungskoordination zwischen AIV und KV/UV siehe Rz. 884 ff.

### 1.3.2 Allgemeine massnahmenpezifische Voraussetzungen

- 823 Die AIV erbringt Leistungen für versicherte Personen die arbeitslos und allenfalls auch für jene, die unmittelbar von Arbeitslosigkeit bedroht sind (Art. 59 Abs. 1 AVIG)<sup>1354</sup>. Ein Anspruch auf Teilnahme an arbeitsmarktlichen Massnahmen setzt überdies voraus, dass die Arbeitsmarktlage die Ausrichtung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung unmittelbar gebietet (arbeitsmarktliche Indikation)<sup>1355</sup>. Dadurch soll gewährleistet werden, dass Leistungen nur zu Zwecken in Anspruch genommen werden, die mit der Arbeitslosenversicherung in Zusammenhang stehen. Arbeitsmarktfremde Gründe führen nicht zu einem Anspruch auf Teilnahme an arbeitsmarktlichen Massnahmen<sup>1356</sup>.
- 824 Nach Art. 59 Abs. 2 AVIG soll mit arbeitsmarktlichen Massnahmen die Eingliederung von Versicherten, *die aus Gründen des Arbeitsmarktes erschwert vermittelbar sind*, gefördert werden. Schwere Vermittelbarkeit liegt vor, wenn es einer Arbeitnehmenden nicht mehr möglich ist, ihre Arbeitskraft auf dem aktuellen Arbeitsmarkt zu verwerten. Dies, weil entweder die erworbenen Fähigkeiten den heutigen Anforderungen nicht mehr genügen oder in einer Berufsbranche ein derart schneller und intensiver Wandel stattfand, dass die betroffene Person nicht rechtzeitig auf diese Veränderung zu reagieren vermochte<sup>1357</sup>. Zwischen der Notwendigkeit einer arbeitsmarktlichen Massnahme und der Schwierigkeit der betroffenen Person, eine zumutbare Arbeit zu finden, muss ein enger Zusammenhang bestehen, damit ein Leistungsanspruch entsteht. Die arbeitsmarktlichen Massnahme muss sich aus arbeitsmarktlichen Gründen geradezu aufdrängen. So sieht auch Art. 59 Abs. 2 AVIG vor, dass mit arbeitsmarktlichen Massnahmen die Eingliederung von Versicherten gefördert werden soll, die aus Gründen des Arbeitsmarktes erschwert vermittelbar sind<sup>1358</sup>. Gründe ohne arbeitsmarktlichen Bezug führen regelmässig nicht zu einem Anspruch auf arbeitsmarktliche Massnahmen<sup>1359</sup>. An einer arbeitsmarktlichen Indikation fehlt es insbesondere, wenn die schwere Vermittelbarkeit auf einen Gesundheitsschaden zurückzuführen ist<sup>1360</sup>.
- 825 Aus Art. 59 Abs. 2 AVIG ergibt sich ferner die Voraussetzung der Eingliederungswirksamkeit einer Massnahme. So muss bspw. eine Weiterbildung die Vermittelbarkeit im Einzelfall tatsächlich und erheblich verbessern (lit. a)<sup>1361</sup> und die Förderung der beruflichen Qualifikation ist auf die Bedürfnisse des Arbeitsmarktes abzustimmen (lit. b)<sup>1362</sup>.
- 826 Wie bei allen sozialversicherungsrechtlichen Sachleistungen sind auch für die Kostenvergütungsleistungen der AIV die Kriterien der Einfachheit, Notwendigkeit und Zweckmässigkeit massgeblich<sup>1363</sup>. Es besteht also nur Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen der AIV die mit Blick auf den Eingliederungszweck angemessen und notwendig sind, nicht aber auf die nach den gegebenen Umständen bestmöglichen Vorkehren. Nach dem bei Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung geltenden und auch hier anwendbaren Grundsatz sind nur die im Einzelfall notwendigen, aber dennoch genügenden Massnahmen zu gewähren und

---

<sup>1354</sup> NUSSBAUMER, Rz. 144 und 656.

<sup>1355</sup> LEU, S. 34; NUSSBAUMER, Rz. 660.

<sup>1356</sup> NUSSBAUMER, Rz. 660.

<sup>1357</sup> LEU, S. 35.

<sup>1358</sup> NUSSBAUMER, Rz. 660.

<sup>1359</sup> LEU, S. 36; NUSSBAUMER, Rz. 660.

<sup>1360</sup> LEU, S. 37 m. V. a. ARV 1985 Nr. 22 S. 171 E. 2.

<sup>1361</sup> Vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a AVIG, der festhält, dass arbeitsmarktliche Massnahmen insbesondere die Vermittlungsfähigkeit der Versicherten verbessern soll, damit diese rasch und dauerhaft wieder eingegliedert werden können; obwohl das Gesetz von „Vermittlungsfähigkeit“ spricht, wäre ein Verweis auf die „Vermittelbarkeit“ zutreffender, da in Art. 59 Abs. 2 lit. a AVIG die objektive arbeitsmarktabhängige Vermittelbarkeit gemeint ist und nicht etwa die Vermittlungsfähigkeit i. S. v. Art. 15 Abs. 1 AVIG (LOCHER [Sozialversicherung], § 35, Rz. 42f.).

<sup>1362</sup> LOCHER (Sozialversicherung), § 35, Rz. 43 f.

<sup>1363</sup> Urteil EVG C 241/03 vom 3. Mai 2004, , Erw. 3.

der voraussichtliche Erfolg der Massnahme muss in einem vernünftigen Verhältnis zu den Kosten stehen<sup>1364</sup>.

## 1.4 *Zwischenfazit*

827 Die vorgängigen Ausführungen zeigen, dass bei längerdauernden Krankheiten unter Umständen auch Leistungen der Arbeitslosenversicherung ausgerichtet werden. Mit Blick auf die Kohortenuntersuchung, bei der Arbeitnehmende befragt wurden, die mindestens zwei Monate krankheitsbedingt arbeitsunfähig waren<sup>1365</sup>, kann die Arbeitslosenversicherung insb. in der folgenden Konstellation relevant sein: So, wenn Arbeitnehmenden wegen ihrer Arbeitsunfähigkeit ihre Stelle verloren haben, krankheitsbedingt länger keine neue Erwerbstätigkeit aufnehmen konnten, dann aber wieder vollständige gesund werden und eine neue Arbeit suchen. Aufgrund der krankheitsbedingten Unterbrechung der Erwerbstätigkeit dürften sie mit Schwierigkeiten bei der Stellensuche konfrontiert sein und zwar auch dann, wenn sie im gleichen Tätigkeitsbereich eine Stelle suchen. Viele Arbeitgebende dürften davor zurück schrecken, Arbeitnehmende einzustellen, die länger Krank waren, da sie weitere Abwesenheiten und zusätzliche Kosten fürchten. Für diese Arbeitnehmende ist die Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit von grosser Bedeutung<sup>1366</sup>. Die Arbeitslosenversicherung ist auch regelmässig dann von Bedeutung, wenn die betroffenen Personen krank, aber nicht in ihrer arbeitsfähigkeit eingeschränkt und damit vermittlungsfähig sind.

828 Nachfolgend wird kurz auf die einzelnen Massnahmen (Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen sowie spezielle Massnahmen) eingegangen.

## 2. *Bildungsmassnahmen*

829 Bildungsmassnahmen umfassen namentlich individuelle und kollektive Kurse zur Umschulung, Weiterbildung oder Eingliederung sowie Übungsfirmen und Ausbildungspraktika (Art-60 Abs. 1 AVIG). Individuelle Kurse sind solche, die auf dem freien Bildungsmarkt angeboten werden und nicht nur für arbeitslose Personen zugänglich sind. Unter kollektive Kurse fallen Umschulungs- und Weiterbildungsmassnahmen, die sich ausschliesslich an arbeitslose oder von Arbeitslosigkeit unmittelbar bedrohte Personen richten<sup>1367</sup>. Mit den Bildungsmassnahmen soll die berufliche Mobilität gefördert werden<sup>1368</sup>.

830 Unter Weiterbildung fallen jene Berufsbildungen, bei denen bereits erworbene Kenntnisse eines Berufes weiter ausgebaut werden, um eine Tätigkeit innerhalb derselben Berufsart zu ermöglichen. Bei der Umschulung dagegen wird ein wesentlich anderes Berufsziel angestrebt<sup>1369</sup>. Die Grundausbildung sowie die allgemeine Förderung der Weiterbildung sind nicht Sache der Arbeitslosenversicherung. Vielmehr sollen durch konkrete Eingliederungs- und Weiterbildungsmassnahmen bestehende Arbeitslosigkeiten bekämpft und drohende Arbeitslosigkeit verhindert werden, indem versicherten Personen ermöglicht wird, sich dem industriellen und technischen Fortschritt anzupassen oder ihre bereits vorhandenen beruflichen Fähigkeiten ausserhalb der angestammten engen bisherigen Erwerbstätigkeit auf dem Arbeitsmarkt

---

<sup>1364</sup> BGE 112 V 397, Erw. 1b; Urteil BGer 8C\_600/2008 vom 6. Februar 2009, Erw. 5.1.

<sup>1365</sup> Siehe dazu Teil BASS „Ergebnisse prospektive Kohortenstudie“, Abschnitt 2.

<sup>1366</sup> Zur Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit siehe Rz. 806.

<sup>1367</sup> LEU, S. 72; NUSSBAUMER, Rz. 680.

<sup>1368</sup> LOCHER (Sozialversicherungsrecht), § 35, Rz. 46.

<sup>1369</sup> LEU, S. 73 ff.; NUSSBAUMER, Rz. 682.

- zu verwerten<sup>1370</sup>. Sowohl eine Umschulung als auch eine Weiterbildung setzen eine berufliche Grundausbildung voraus<sup>1371</sup>.
- 831 Eine weitere Bildungsmassnahme stellt die Eingliederung dar (Art. 60 Abs. 1 AVIG). Diese kommt insbesondere bei Versicherten mit schlechten beruflichen Voraussetzungen oder in fortgeschrittenem Alter, bei einem Wiedereinstieg in den Arbeitsmarkt nach einem längeren Unterbruch sowie bei Versicherten mit einer körperlichen oder geistigen Behinderung in Frage<sup>1372</sup>. Bei der Eingliederung von Personen mit Behinderung in den Arbeitsprozess ist vorrangig die Invalidenversicherung zuständig, wobei nach der Rechtsprechung die Arbeitsvermittlung in der Arbeitslosenversicherung unabhängig von jener durch die Invalidenversicherung beurteilt wird<sup>1373</sup>.
- 832 Für die Teilnahme an einer Bildungsmassnahme müssen neben den allgemeinen Voraussetzungen zusätzlich spezifische Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Die versicherte Person muss arbeitslos<sup>1374</sup> oder unmittelbar von Arbeitslosigkeit bedroht sein. Eine unmittelbar drohenden Arbeitslosigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person die Kündigung bereits erhalten hat, diese vorangekündigt wurde oder ein befristetes Arbeitsverhältnis demnächst ausläuft und die betroffene Person trotz entsprechenden Bemühungen keine neue Stelle gefunden hat<sup>1375</sup> sowie wenn die Arbeitgeberin sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet oder den Abbau von Stellen angekündigt hat<sup>1376</sup>. Bildungsmassnahmen werden sodann nur gewährt, wenn der versicherten Person nicht eine zumutbare Arbeit zugewiesen werden kann<sup>1377</sup>.
- 833 Sind alle Voraussetzungen der Bildungsmassnahmen erfüllt, übernimmt die AIV die Auslagen (Art. 59c<sup>bis</sup> Abs. 3 AVIG und Art. 85 AVIV). Sind die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 AVIG erfüllt und die Höchstzahl nach Art. 27 AVIG nicht ausgeschöpft, wird der arbeitslosen versicherten Person zudem ein Taggeld ausgerichtet<sup>1378</sup>.
- 834 Ebenfalls unter den Bildungsmassnahmen aufgezählt werden Ausbildungspraktika und Übungsfirmen (Art. 60 Abs. 1 AVIG). Das Ausbildungspraktikum soll als Bildungsmassnahme den Teilnehmenden zur Vertiefung der Berufskennntnisse dienen um deren Vermittelbarkeit zu erleichtern und die Eingliederung in den Arbeitsmarkt zu ermöglichen<sup>1379</sup>. In einer Übungsfirma können Teilnehmende im technischen oder kaufmännischen Bereich Arbeiten wie bspw. den An- und Verkauf von fiktiven Produkten üben<sup>1380</sup>.

### 3. *Beschäftigungsmassnahmen*

- 835 Die Beschäftigungsmassnahmen der Arbeitslosenversicherung sind in Art. 64 AVIG festgehalten und umfassen Programme zur vorübergehenden Beschäftigung, Berufspraktika in Unternehmen und Verwaltung sowie Motivationssemester für Versicherte, die nach Erfüllung der obligatorischen Schulpflicht einen Ausbildungsplatz suchen.

---

<sup>1370</sup> BGE 111 V 271, Erw. 2b; LEU, S. 73; LOCHER (Sozialversicherungsrecht), § 35, Rz. 47; NUSSBAUMER, Rz. 683.

<sup>1371</sup> LEU, S. 77.

<sup>1372</sup> LEU, S. 77 f.

<sup>1373</sup> Urteil EVGer I 169/02 vom 25. November 2002, Erw. 2.2; siehe auch Rz. 820 ff.

<sup>1374</sup> Siehe Rz. 802 ff.

<sup>1375</sup> LEU, S. 80.

<sup>1376</sup> NUSSBAUMER, Rz. 144.

<sup>1377</sup> LEU, S. 80.

<sup>1378</sup> NUSSBAUMER, Rz. 696.

<sup>1379</sup> NUSSBAUMER, Rz. 705.

<sup>1380</sup> NUSSBAUMER, Rz. 706.

- 836 Ziel der von der Arbeitslosenversicherung finanzierten Programme zur vorübergehenden Beschäftigung ist die Sicherung der Erwerbsfähigkeit der Arbeitslosen und ihre rasche und dauerhafte Wiedereingliederung. Programme zur vorübergehenden Beschäftigung müssen deshalb regelmässig für die (Wieder-)Eingliederung notwendig sein<sup>1381</sup>. Tätigkeiten im Rahmen eines Programms zur vorübergehenden Beschäftigung müssen grundsätzlich ausserordentlicher Natur sein. Die Tätigkeiten dürfen also in einem Betrieb nicht unbedingt notwendig sein und dürfen nicht in den täglichen Betriebsablauf fallen. Weiter dürfen solche Programme weder die Privatwirtschaft konkurrieren, noch gewinnorientiert sein. In Frage kommen beispielsweise Waldsäuberungen oder Räumungsarbeiten nach Überschwemmungen<sup>1382</sup>. Die zugewiesene vorübergehende Beschäftigung muss dem Alter, den persönlichen Verhältnissen oder dem Gesundheitszustand angemessen sein, ansonsten gilt sie als unzumutbar (Art. 64a Abs. 2 i. V. m. 16 Abs. 2 lit. c AVIG). Angesichts des Zwecks der Beschäftigungsmassnahmen und des vorübergehenden Charakters ist eine Unzumutbarkeit nur mit Zurückhaltung anzunehmen<sup>1383</sup>.
- 837 Eine spezielle Form der vorübergehenden Beschäftigung ist das von der Arbeitslosenversicherung finanziell unterstützte Berufspraktikum in privaten oder öffentlichen Unternehmen. Das Berufspraktikum soll durch den Erwerb von Berufserfahrung den Einstieg ins Berufsleben und das Herstellen von beruflichen Kontakten im angestammten oder einem nahe verwandten Berufsfeld ermöglichen<sup>1384</sup>. Das Motivationssemester dient im Gegensatz zu den anderen arbeitsmarktlichen Massnahmen nicht der Wiedereingliederung, sondern der Eingliederung in eine erste berufliche Laufbahn<sup>1385</sup>. Das Motivationssemester richtet sich an Versicherte, die nach Abschluss der obligatorischen Schulpflicht einen Ausbildungsplatz suchen und weder über einen Berufsabschluss verfügen noch mit einer Maturität abgeschlossen haben (Art. 64a Abs. 1 lit. c AVIG).
- 838 Die Versicherten stehen während des Beschäftigungsprogramms nicht in einem Arbeitsverhältnis, sondern in einem Vertragsverhältnis sui generis. Zwischen der zuständigen Amtsstelle, dem Einsatzbetrieb und der versicherten Person wird dazu eine Zielvereinbarung abgeschlossen (Art. 81d AVIV)<sup>1386</sup>. In einer Leistungsvereinbarung werden hierzu unter anderem die Dauer und die Ziele der Massnahme, die zuständige Amtsstelle, den Veranstalter der Massnahme, die Modalitäten der Kündigung oder Änderung der Leistungsvereinbarung sowie das Verfahren bei Streitigkeiten festgehalten (Art. 81d Abs. 2 und 3 AVIG).
- 839 Wie bei den Bildungsmassnahmen erhalten versicherte Personen ein Taggeld, sofern die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 AVIG erfüllt und die Höchstzahl nach Art. 27 AVIG nicht ausgeschöpft sind. Sind alle Voraussetzungen der Beschäftigungsmassnahmen erfüllt, übernimmt die AIV zudem die Auslagen (Art. 59c<sup>bis</sup> Abs. 3 AVIG und Art. 85 AVIV). Beträgt bei einem Programm zur vorübergehenden Beschäftigung oder einem Berufspraktika der Bildungsanteil nicht mehr als 40%, beträgt das Taggeld mindestens 102 Franken (Art. 59b Abs. 2 AVIG i. V. m. Art. 81b AVIV), sofern die Höchstzahl nach Art. 27 AVIG nicht ausgeschöpft ist<sup>1387</sup>.

---

<sup>1381</sup> LEU, S. 100.

<sup>1382</sup> LEU, S. 101.

<sup>1383</sup> Urteil EVG C 113/04 vom 2. September 2004, Erw. 2a; LEU, S. 106.

<sup>1384</sup> LEU, S. 110.

<sup>1385</sup> LEU, S. 114.

<sup>1386</sup> NUSSBAUMER, Rz. 719.

<sup>1387</sup> NUSSBAUMER, Rz. 722.

#### 4. *Spezielle Massnahmen*

- 840 Unter die speziellen Massnahmen fallen die Einarbeitungszuschüsse, die Ausbildungszuschüsse, die Unterstützung zur Förderung der selbständigen Berufstätigkeit sowie die Pendlerkosten- und Wochenaufenthalterbeiträge. Geregelt sind diese in Art. 65 bis 71d AVIG und Art 90 bis 95e AVIV.
- 841 Erwähnenswert im Zusammenhang mit gesundheitlich beeinträchtigten Versicherten sind insbesondere die Einarbeitungszuschüsse.
- 842 Wie der Einarbeitungszuschuss der IV<sup>1388</sup> sollen auch die Einarbeitungszuschüsse der AIV Arbeitgebende dazu motivieren, Personen einzustellen, die eine ausserordentliche Einarbeitung benötigen oder (noch) nicht die volle Leistung erbringen und die sie sonst nicht beschäftigen würden<sup>1389</sup>. Mit den Einarbeitungszuschüssen der AIV sollen die Chancen von erschwert vermittelbaren Versicherten verbessert werden. Angestrebt wird eine dauerhafte Eingliederung<sup>1390</sup>. Die Einarbeitungszuschüsse decken den Unterschied zwischen dem tatsächlich bezahlten und dem normalen Lohn, den der Versicherte nach der Einarbeitung unter Berücksichtigung seiner Leistungsfähigkeit erwarten darf, höchstens jedoch 60% des normalen Lohnes (Art. 66 Abs. 1 AVIG). Einarbeitungszuschüsse werden in der Regel für längstens sechs Monate, ausnahmsweise für längstens zwölf Monate, ausgerichtet (Art. 66 Abs. 2 AVIG).
- 843 Um eine „Lohndrückerei“ oder eine Subventionierung von Arbeitgebern zu verhindern, sind an die Einarbeitungszuschüsse der AIV strenge Voraussetzungen geknüpft<sup>1391</sup>. Nach Art. 65 Abs. 1 AVIG kann nur schwer vermittelbaren Versicherten Einarbeitungszuschüsse gewährt werden. Die Vermittlung einer Person gilt gemäss Art. 90 Abs. 1 AVIV als erschwert, wenn sie bei der herrschenden Arbeitsmarktlage besonders grosse Schwierigkeiten hat, eine Stelle zu finden, weil sie in fortgeschrittenem Alter steht (lit. a), körperlich, psychisch oder geistig behindert ist (lit. b), ungenügende berufliche Voraussetzungen hat (lit. c), bereits 150 Taggelder bezogen hat (lit. d) oder weil sie in einer Zeit erhöhter Arbeitslosigkeit mangelnde berufliche Erfahrung hat (lit. e). Mit Art. 90 Abs. 1 lit. b AVIV wird somit ausnahmsweise auch eine erschwerte Vermittelbarkeit aufgrund eines Gesundheitsschadens von der AIV abgesichert<sup>1392</sup>. Eine körperliche oder geistige Behinderung i. S. v. Art. 90 Abs. 1 lit. b AVIV liegt vor bei einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, die sich nachteilig auf die Ausübung einer neuen Tätigkeit auswirkt<sup>1393</sup>. Angesprochen sind damit Behinderte i. S. v. Art. 15 Abs. 2 AVIG<sup>1394</sup>. Eine nachteilige Auswirkung liegt regelmässig vor, wenn ein manuell tätiger Versicherter auf Grund eines bleibenden Gesundheitsschadens nach einem Unfall eine von der IV anerkannte Umschulung im administrativen Bereich absolviert hat, jedoch (noch) nicht über eine genügende Berufserfahrung im neuen Arbeitsbereich verfügt<sup>1395</sup>. Eine psychische Beeinträchtigung führt dann zu einer die Ausrichtungen von für Einarbeitungszuschüssen vorausgesetzten erschwerten Vermittelbarkeit, wenn eine versicherte Person durch andauernde Arbeitslosigkeit oder aus anderen persönlichen Gründen starke psychische Schwierigkeiten aufweist, die jedoch nicht als Invalidität gelten<sup>1396</sup>. Sofern die Schäden bereits durch IV-Leistungen ge-

---

<sup>1388</sup> Diese kommt nur in Frage, wenn die versicherte Person im Rahmen der Arbeitsvermittlung der IV eine Stelle gefunden hat, siehe zur Arbeitsvermittlung der IV Rz. 738 ff.

<sup>1389</sup> KS-AMM, Rz. J1.

<sup>1390</sup> LEU, S. 144.

<sup>1391</sup> Urteil EVG C 371/99 vom 22. September 200, Erw. 1b.

<sup>1392</sup> LOCHER (Sozialversicherungsrecht), § 35, Rz. 52; NUSSBAUMER, Rz. 731 ff.

<sup>1393</sup> LEU, S. 126 m. V. a. KS-AMM (2009), Rz. 8.

<sup>1394</sup> LEU, S. 126; NUSSBAUMER, Rz. 734; siehe dazu Rz. 812 f.

<sup>1395</sup> LEU, S. 126.

<sup>1396</sup> LEU, S. 127.



deckt sind, bspw. durch eine IV-Rente oder eine Umschulung, werden keine Einarbeitungszuschüsse ausgerichtet<sup>1397</sup>.

- 844 Überdies wird ein leistungsgerechter Lohn verlangt, dieser muss also mindestens der während der Einarbeitungszeit erbrachten Leistung entsprechen (Art. 65 lit. b AVIG)<sup>1398</sup>. Ausserdem muss die versicherte Person nach der Einarbeitung mit einer Anstellung zu orts- und branchenüblichen Bedingungen, allenfalls unter Berücksichtigung einer dauernd verminderten Leistungsfähigkeit, rechnen können (Art 65 lit. b AVIG). Damit das angestrebte Ziel der dauerhaften Eingliederung nicht zur Illusion wird, muss eine definitive Zusage in Form eines unbefristeten Arbeitsvertrages vorliegen<sup>1399</sup>.

## VI. Prämienbefreiung in der beruflichen Vorsorge

### 1. Risikoprämien bei Arbeitsunfähigkeit

- 845 Bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit sind grundsätzlich weiterhin Prämien für die berufliche Vorsorge zu entrichten. Während das BVG keine Bestimmung zur Prämienbefreiung im Falle einer Verhinderung der Arbeitnehmenden an der Arbeitsleistung enthält, *können* Versicherer eine solche vorsehen<sup>1400</sup>.
- 846 Ob eine Prämienbefreiung vorhanden ist und die Dauer der Wartefrist bis zum Eintritt einer solchen ist von Versicherer zu Versicherer unterschiedlich. Laut SECO tritt bei der Pensionskasse meistens nach einigen Monaten eine Prämienbefreiung ein<sup>1401</sup>. Die Allianz-Suisse hält bspw. in ihren Allgemeinen Reglementsbestimmungen im Abschnitt 4.3.2, Ziff. 1 fest, dass bei einer versicherte Person, die länger als während der in den Besondere Reglementsbestimmungen zum Vorsorgeplan für den Anspruch auf Beitragsbefreiung festgelegten Wartefrist zu mindestens 40% arbeitsunfähig ist, die Beitragszahlungspflicht auf diesem Teil entfällt und die Stiftung nach dieser Frist die Bezahlung der geschuldeten Beiträge übernimmt. Die Wartefrist ist in den jeweiligen Besonderen Reglementsbestimmungen festgehalten. Die VSAO Stiftung für Selbständigerwerbende sieht in ihrem Leistungsreglement der Personalvorsorge in Art. 23 vor, dass die Prämienbefreiung nach einer Wartefrist von sechs Monaten beginnt und bei einer vorübergehenden oder dauernden Arbeitsunfähigkeit von mindestens 40% gewährt wird (Abs. 1) sowie, dass der Anspruch auf Prämienbefreiung sowohl bei Krankheit als auch bei Unfall besteht (Abs. 2)<sup>1402</sup>.
- 847 Die Prämienbefreiung bietet arbeitsunfähigen Versicherten eine finanzielle Entlastung in einer Zeit, in der sie häufig nicht mehr 100% ihres Lohnes erhalten.

---

<sup>1397</sup> LEU, S. 126; zu der Abgrenzung der Eingliederungsmassnahmen der IV und der AIV siehe Rz. 820 ff.

<sup>1398</sup> LEU, S. 127f.; NUSSBAUMER, Rz. 736.

<sup>1399</sup> LEU, S. 128; NUSSBAUMER, Rz. 737.

<sup>1400</sup> Vgl. bspw. Information bei Helsana <[www.helsana.ch/de/fuer\\_unternehmen/beratung/berufliche\\_vorsorge/](http://www.helsana.ch/de/fuer_unternehmen/beratung/berufliche_vorsorge/)> (besucht am 12. September 2012) oder bei der Axa Winterthur <[www.axa-winterthur.ch/de/privatpersonen/angebote/berufliche-vorsorge/Seiten/default.aspx](http://www.axa-winterthur.ch/de/privatpersonen/angebote/berufliche-vorsorge/Seiten/default.aspx)> (besucht am 12. September 2012).

<sup>1401</sup> SECO, Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung, <[www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04667/04679/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04667/04679/index.html?lang=de)> (besucht am 12. September 2012).

<sup>1402</sup> <[www.vsao-stiftung.ch/fileupload/20104713738\\_pdf.pdf](http://www.vsao-stiftung.ch/fileupload/20104713738_pdf.pdf)> (besucht am 12. September 2012).

## 2. *Altersgutschriften bei Invalidität*

- 848 Jeder versicherten Person wird jährlich eine Altersgutschrift gutgeschrieben, die sich aus einem bestimmten Prozentsatz des koordinierten Lohnes ergibt. Die Ansätze finden sich in Art. 16 BVG. Nach Art. 14 Abs. 1 BVV 2 ist die zuständige Vorsorgeeinrichtung gehalten, das Alterskonto einer rentenberechtigten Person, bis zum Wiedereintritt in das Erwerbsleben, längstens jedoch bis zum Rentenalter weiterzuführen. Als Berechnungsgrundlage für die Altersgutschrift während der Invalidität dient der koordinierte Lohn des letzten Versicherungsjahres (Art. 14 Abs. 3 BVV 2). Erlischt der Anspruch auf eine Invalidenrente, weil der Versicherte nicht mehr invalid ist, so hat er Anspruch auf eine Freizügigkeitsleistung in der Höhe seines weitergeführten Altersguthabens (Art. 14 Abs. 4 BVV 2)<sup>1403</sup>. Mit Art. 14 BVV 2 soll verhindert werden, dass invalide Versicherte im Falle einer Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit im Rücktrittsalter eine Kürzung der Altersleistung erleiden. Die Äufnung des Alterskontos ist deshalb rein fiktiv und wenn die invalide Person vor dem Rücktrittsalter wieder erwerbstätig wird, hat sie keinen Anspruch auf in Anwendung von Art. 14 BVV 2 geäußerte Altersgutschriften<sup>1404</sup>.
- 849 Wird der versicherten Person eine Teil-Invalidenrente zugesprochen, wird das Altersguthaben in einen der Rentenberechtigung entsprechenden und in einen aktiven Teil aufgeteilt (Art. 15 Abs. 1 BVV2). Nach Art. 15 Abs. 2 BVV 2 wird das auf die Teilinvalidität entfallende Altersguthaben nach Art. 14 BVV 2 behandelt. Das auf die weitergeführte Erwerbstätigkeit entfallende Altersguthaben ist dem Altersguthaben voll erwerbstätigen Versicherten gleichgestellt.

## VII. *Interinstitutionelle Zusammenarbeit*<sup>1405</sup>

### 1. *Hintergrund*

- 850 Das historisch gewachsene schweizerische System der sozialen Sicherheit ist mit seinen elf Sozialversicherungszweigen und der Sozialhilfe äusserst komplex<sup>1406</sup>. Die organisatorische Zersplitterung der Systeme, die sich mit gesundheitlich beeinträchtigten Personen und deren Ein- oder Wiedereingliederung befassen und die mit der fehlenden Koordination verbundene Gefahr, dass sinnvolle, der Eingliederung dienende Massnahmen zu spät veranlasst werden könnten, wurde immer mehr als Problem anerkannt<sup>1407</sup>.
- 851 Wer aufgrund einer länger dauernden krankheits- oder unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit seine Stelle verliert, sieht sich häufig mit der Frage konfrontiert, an welche Stelle sie oder er sich wenden soll.
- 852 Um die Koordination der Institutionen, die sich mit der beruflichen Wiedereingliederung befassen zu verbessern und um den sog. Drehtüreffekt zu vermeiden, wurde im Rahmen einer gemeinsamen Empfehlung der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und -direktoren (SODK) und der Konferenz der kantonalen Volkswirtschaftsdirektorinnen und -direktoren

---

<sup>1403</sup> VETTER-SCHREIBER, S. 337 zu Art. 14 BVV 2.

<sup>1404</sup> BGE 127 V 312, Erw. 2c; Vetter-Schreiber, S. 337 f. zu Art. 14 BVV 2.

<sup>1405</sup> Siehe für weitere Hinweise das Gutachten „Datenschutz und Datenaustausch in der IIZ“ von PÄRLI KURT im Auftrag der Nationalen IIZ-Gremien, März 2013, <[www.iiz.ch/mm/IIZ\\_Datenschutz\\_Datenaustausch-Final\\_DE.pdf](http://www.iiz.ch/mm/IIZ_Datenschutz_Datenaustausch-Final_DE.pdf)>.

<sup>1406</sup> GÄCHTER (IIZ), S. 593.

<sup>1407</sup> GÄCHTER (IIZ), S. 593 f.

(VDK) die interinstitutionelle Zusammenarbeit (IIZ) initiiert<sup>1408</sup>. Mit der IIZ sollen die bestehenden Angebote im Interesse der betroffenen Person wirksamer und effizienter genutzt werden können um eine drohende Desintegration zu verhindern. Dabei soll der betroffene Mensch im Mittelpunkt stehen und nicht die einzelnen Sicherungssysteme<sup>1409</sup>. Die Einführung der IIZ ist massgeblich auf die Durchführungsorgane der Sozialversicherung und der Sozialhilfe zurückzuführen und nicht auf die Bundesgesetzgeberin<sup>1410</sup>. GÄCHTER hat die IIZ denn auch „als national koordinierte Bewegung (...), die Probleme der beruflichen und sozialen Integration mit übergreifenden, pragmatischen und wirkungsvollen Handlungsmodellen bewältigen möchte“ beschrieben<sup>1411</sup>.

- 853 Die IIZ schliesst hauptsächlich die Sicherungssysteme der Arbeitslosenversicherung, der Invalidenversicherung und der Sozialhilfe ein, aber auch Taggeldversicherer, berufliche Vorsorge und Berufsbildungsstellen. Diese Sicherungs- und Integrationsysteme sollen optimal aufeinander abgestimmt werden. Statt dass vorab in einem möglicherweise langwierigen Verfahren darüber entschieden wird, welche Institutionen für die Eingliederung einer betroffenen Personen zuständig ist, setzt eine gemeinsame Geschäftsstelle IIZ im Rahmen einer gemeinsamen arbeitsmarktlichen Prüfung die für die betreffende Person geeigneten Integrationsmassnahmen verbindlich fest<sup>1412</sup>.

## 2. *IIZ, IIZ-MAMAC und IIZ-plus*

- 854 Die im Jahr 2001 initiierte IIZ konzentrierte sich insbesondere darauf, die IV, die AIV und die Sozialhilfe, fallweise auch die öffentliche Berufsberatung oder andere Institutionen optimal aufeinander abzustimmen. Dadurch sollen die bestehenden Angebote wirksamer und effizienter genutzt und damit die Ausbildungs- und Arbeitsintegration unterstützt werden<sup>1413</sup>. Seit 2001 wurden in vielen Kantonen IIZ-Projekte gestartet.
- 855 Vom Dezember 2005 bis Dezember 2010 wurde zudem das Projekt IIZ-MAMAC (Medizinisch-Arbeitsmarktliche Assessments mit Case Management) durchgeführt, welches vom BSV, vom SECO, von der Konferenz der kantonalen Sozialdirektoren und Sozialdirektorinnen und der Konferenz der kantonalen Volkswirtschaftsdirektoren sowie vom Verband Schweizerischer Arbeitsämter, der IV-Stellen-Konferenz und der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe getragen wurde. Das Gesamtprojekt setzte sich aus einem übergeordneten nationalen Projekt und 16 kantonalen Pilotprojekten zusammen<sup>1414</sup>. Ziel des Projektes war es, durch eine frühzeitige enge und verbindliche Zusammenarbeit der AIV, der IV und der Sozialhilfe sowie weiteren Partnerinstitutionen, namentlich der SUVA und der Berufsbildung, Personen mit komplexen Mehrfachproblematiken rascher wieder in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Dieses Ziel sollte insbesondere durch ein gemeinsam durchgeführtes Assessment

---

<sup>1408</sup> EGGER/MERCKX/WÜTHRICH, Vorwort; Nationales IIZ Steuerungsgremium, Wichtigste Grundsätze der interinstitutionellen Zusammenarbeit IIZ, Rz. 2, einsehbar unter: <[www.iiz.ch/mm/Grundsatz\\_IIZ\\_de.pdf](http://www.iiz.ch/mm/Grundsatz_IIZ_de.pdf)> (besucht am 6. August 2012); Empfehlungen der VDK und SODK zur Förderung der Interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ), einsehbar unter:

<sup>1409</sup> Nationales IIZ Steuerungsgremium, Wichtigste Grundsätze der interinstitutionellen Zusammenarbeit IIZ, Rz. 2, einsehbar unter: <[www.iiz.ch/mm/Grundsatz\\_IIZ\\_de.pdf](http://www.iiz.ch/mm/Grundsatz_IIZ_de.pdf)> (besucht am 6. August 2012).

<sup>1410</sup> GÄCHTER (IIZ), S. 595.

<sup>1411</sup> GÄCHTER (IIZ), S. 617.

<sup>1412</sup> GÄCHTER (IIZ), S. 1 ff.; Nationales IIZ Steuerungsgremium, Wichtigste Grundsätze der interinstitutionellen Zusammenarbeit IIZ, Rz. 1 f., einsehbar unter: <[www.iiz.ch/mm/Grundsatz\\_IIZ\\_de.pdf](http://www.iiz.ch/mm/Grundsatz_IIZ_de.pdf)> (besucht am 6. August 2012).

<sup>1413</sup> Nationales IIZ Steuerungsgremium, Wichtigste Grundsätze der interinstitutionellen Zusammenarbeit IIZ, Rz. 2, einsehbar unter: <[www.iiz.ch/mm/Grundsatz\\_IIZ\\_de.pdf](http://www.iiz.ch/mm/Grundsatz_IIZ_de.pdf)> (besucht am 6. August 2012).

<sup>1414</sup> Evaluation IIZ-MAMAC, <[www.iiz.ch/mm/iiz\\_mamac\\_evaluationsbericht.pdf](http://www.iiz.ch/mm/iiz_mamac_evaluationsbericht.pdf)> (besucht am 3. September 2012), Rz. 2.

der Arbeitsfähigkeit und Arbeitsmarktfähigkeit erreicht werden, bei dem eine Gesamtbeurteilung aus arbeitsmarktlicher, sozialer und medizinischer Sicht vorgenommen wird. Die Evaluation des Projekts zeigte, dass IIZ- MAMAC heute ein auf wenige Fälle ausgerichtetes System ist, die ein erhebliches Gefährdungspotenzial haben, dauerhaft auf Leistungen der sozialen Sicherungssysteme angewiesen zu sein<sup>1415</sup>. Mit IIZ-MAMAC konnte laut den Evaluationsergebnissen das gegenseitige Verständnis zwischen den Institutionen gefördert und die Zusammenarbeit verbessert werden. Aufgrund der komplizierten Abläufe konnte aber das Verfahren kaum beschleunigt werden<sup>1416</sup>. Nach Ablauf des Projekts steht es den Kantonen frei, IIZ MAMAC als Teil eines Gesamtkonzepts der IIZ anzuwenden. So fand bspw. im Kanton Zürich eine Neukonzeption statt, die auf den Erkenntnissen aus dem IIZ-MAMAC Projekt basiert<sup>1417</sup>.

- 856 Zur Förderung einer frühzeitigen, eingliederungsorientierten Zusammenarbeit zwischen den IV-Stellen und den ihr vorgelagerten Versicherungsträgern wurde die IIZ im Jahr 2005 erweitert. Im Rahmen der sog. IIZ-plus soll die frühzeitige, eingliederungsorientierte Zusammenarbeit zwischen den IV-Stellen und den diesen vorgelagerten Versicherungsträger (Krankentaggeldversicherer, Unfallversicherer und Vorsorgeeinrichtungen) gefördert werden<sup>1418</sup>. Da die Invalidenversicherung sowohl bei der IIZ als auch bei der IIZ-plus beteiligt ist, bildet sie deren Schnittstelle<sup>1419</sup>.

### 3. *Organisation*

- 857 Während die zur Förderung, Optimierung und Durchführung von IIZ notwendigen Strukturen im operativen Bereich hauptsächlich auf kantonaler und kommunaler Ebene angesiedelt sind, liegen die Kompetenzen im strategischen und normativen Bereich beim Bund. Da aber die Regelungskompetenz für die Sozialhilfe bei den Kantonen liegt und diese jeweils unterschiedliche Organisationsformen für die Sozialhilfe kennen, gibt es kein allgemeines IIZ-Modell, das in allen Kantonen angewendet werden könnte. IIZ-Modelle werden vielmehr nur innerhalb eines Kantons entwickelt<sup>1420</sup>.
- 858 Am 11. November 2010 haben sodann die Bundesräte Johann Schneider-Ammann und Didier Burkhalter die Einsetzung einer nationalen IIZ-Organisation zur Weiterentwicklung der IIZ beschlossen. Da Rechtssetzungs- und Vollzugskompetenz auf Bund und Kantone aufgeteilt sind, hielten die Bundesräte in ihrem Beschluss fest, dass ein zentraler Erfolgsfaktor eine systemübergreifende Trägerschaft sei, die willens und in der Lage sei, dass IIZ-System zu gestalten und zu steuern. IIZ mache dann Sinn, wenn die Sozialhilfe in eine solche Trägerschaft und in die Geschäftsprozesse verbindliche einbezogen sei. Mit einer schlanken nationalen IIZ-Organisation solle die Zusammenarbeit zwischen IV, AIV und Sozialhilfe verbessert und die Zusammenarbeit verbindlicher werden. Die nationale IIZ-Organisation umfasst ein nationales

---

<sup>1415</sup> Evaluation IIZ-MAMAC, <[www.iiz.ch/mm/iiz\\_mamac\\_evaluationsbericht.pdf](http://www.iiz.ch/mm/iiz_mamac_evaluationsbericht.pdf)> (besucht am 3. September 2012), Rz. 5.1.

<sup>1416</sup> Evaluation IIZ-MAMAC, <[www.iiz.ch/mm/iiz\\_mamac\\_evaluationsbericht.pdf](http://www.iiz.ch/mm/iiz_mamac_evaluationsbericht.pdf)> (besucht am 3. September 2012), Rz. 5.3 und Vorwort von BSV und SECO zur Evaluation IIZ\_MAMAC.

<sup>1417</sup> Siehe dazu den Jahresbericht IIZ-Netzwerk Kanton Zürich, 02/2012, <[www.awa.zh.ch/internet/volkswirtschaftsdirektion/awa/de/aktuell.newsextern.-internet-volkswirtschaftsdirektion-awa-de-arbeitsmarkt-iiz-iiz\\_45\\_news-2012-news2\\_2012.html](http://www.awa.zh.ch/internet/volkswirtschaftsdirektion/awa/de/aktuell.newsextern.-internet-volkswirtschaftsdirektion-awa-de-arbeitsmarkt-iiz-iiz_45_news-2012-news2_2012.html)> (besucht am 3. September 2012)

<sup>1418</sup> IIZ plus, <[www.iiz-plus.ch/dynasite.cfm?dsmid=103591](http://www.iiz-plus.ch/dynasite.cfm?dsmid=103591)> (besucht am 6. August 2012); BURKHARD, S. 31.

<sup>1419</sup> IIZ plus, <[www.iiz-plus.ch/dynasite.cfm?dsmid=103591](http://www.iiz-plus.ch/dynasite.cfm?dsmid=103591)> (besucht am 6. August 2012).

<sup>1420</sup> IIZ, <[www.iiz.ch/dynasite.cfm?dsmid=103248](http://www.iiz.ch/dynasite.cfm?dsmid=103248)> (besucht am 3. September 2012).

- IIZ Steuerungsgremium (IIZ STG), ein nationales IIZ Entwicklungs- und Koordinationsgremium (IIZ EKG) sowie eine nationale IIZ Fachstelle<sup>1421</sup>.
- 859 Das IIZ EKG ist für die Weiterentwicklung und die koordinierte Umsetzung der IIZ im Alltag zuständig. Im IIZ EKG sind die Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (SKOS), die IV-Stellen-Konferenz (IVSK), der Verband Schweizerischer Arbeitsämter (VSAA), die Schweizerische Berufsbildungskonferenz (SBBK), die Städteinitiative Sozialpolitik, die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA), die Konferenz der Integrationsdelegierten (KID) sowie die Konferenz Berufs- und Studienberatungen (KBSB) vertreten<sup>1422</sup>.
- 860 Zur Optimierung der IIZ und der Koordinierung der beruflichen Eingliederung in der Schweiz ist sodann das IIZ STG zuständig. An zwei bis drei Treffen jährlich legen Vertreter des SECO, des BSV, des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT), der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK), des Schweizerischen Städteverbandes, der SODK, der VDK, des Bundesamtes für Migration (BFM), des IIZ EKG und der nationalen IIZ Fachstelle die Rahmenbedingungen und die politische Stossrichtung fest<sup>1423</sup>.
- 861 Die nationale IIZ Fachstelle bildet das Kompetenzzentrum und gestaltet als solches die IIZ-Aktivitäten mit und ist Anlaufstelle des Bundes für IIZ-Fragen. Die IIZ Fachstelle ist dem IIZ STG unterstellt und wird gemeinsam vom SECO, BSV, BBT, BFM und einer Vertretung der Sozialhilfe geführt. Die Fachstelle unterstützt das nationale Steuerungs- sowie das Entwicklungs- und Koordinationsgremium in fachlicher und organisatorischer Hinsicht und übernimmt zahlreiche Aufgaben zur Umsetzung der IIZ<sup>1424</sup>.

## 4. Gesetzliche Grundlage

### 4.1 Nachträgliche gesetzliche Verankerung im AVIG und IVG

- 862 Mit der AVIG-Revision vom 22. März 2002 wurde Art. 85f AVIG mit der Überschrift „Förderung der interinstitutionellen Zusammenarbeit“ geschaffen. Art. 85f AVIG sieht in Abs. 1 vor, dass die kantonalen Amtsstellen, die Regionalen Arbeitsvermittlungszentren, die Logistikstellen für arbeitsmarktliche Massnahmen und die Kassen eng mit den Berufsberatungsstellen (lit. a), den Sozialdiensten (lit. b), den Durchführungsorganen der kantonalen Arbeitslosenhilfegesetze (lit. c), den Durchführungsorganen der Invaliden- und Krankenversicherung (lit. d), den Durchführungsorganen der Asylgesetzgebung (lit. e), den kantonalen Berufsbildungsbehörden (lit. f), der SUVA (lit. g) sowie anderen privaten und öffentlichen Institutionen, die für die Eingliederung Versicherter wichtig sind (lit. h), zusammenarbeiten.
- 863 Im Rahmen der 4. IV-Revision vom 21. März 2003 wurde zudem mit Art. 68<sup>bis</sup> IVG auch eine Gesetzesgrundlage für die Interinstitutionelle Zusammenarbeit zwischen den IV-Stellen, den Durchführungsorganen der Arbeitslosenversicherung und den kantonalen Durchführungsstellen, die für die Förderung der beruflichen Eingliederung zuständig sind eingeführt. Nach der Öffnung des Kreises der involvierten Partnerorganisationen im Rahmen der IIZ-plus, drängte

---

<sup>1421</sup> Beschluss von EVD und EDI zur Einsetzung einer nationalen IIZ-Organisation zur Weiterentwicklung der interinstitutionellen Zusammenarbeit vom 11. November 2010, einsehbar unter [www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/02249/index.html?lang=de](http://www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/02249/index.html?lang=de) (besucht am 3. September 2012).

<sup>1422</sup> IIZ, Nationales IIZ Entwicklungs- und Koordinationsgremium, [www.iiz.ch/dynasite.cfm?dsmid=103666](http://www.iiz.ch/dynasite.cfm?dsmid=103666) (besucht am 31. August 2012).

<sup>1423</sup> IIZ, Nationales IIZ-Steuerungsgremium, [www.iiz.ch/dynasite.cfm?dsmid=103665](http://www.iiz.ch/dynasite.cfm?dsmid=103665) (besucht am 31. August 2012).

<sup>1424</sup> Nationale IIZ-Fachstelle, [www.iiz.ch/dynasite.cfm?dsmid=103667](http://www.iiz.ch/dynasite.cfm?dsmid=103667) (besucht am 31. August 2012).

sich im Rahmen der 5. IV-Revision eine Anpassung von Art. 68<sup>bis</sup> IVG auf. Die ursprüngliche Bestimmung wurde deshalb auf alle Träger und Durchführungsorgane von Sozialversicherungen, private Versicherungseinrichtungen, die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, die Durchführungsstellen der Sozialhilfe sowie auf andere private oder öffentliche Institutionen, welche für die Eingliederung von Versicherten von Bedeutung sind, ausgedehnt. Damit wurde die im Rahmen der IIZ-plus initiierte Förderung der Zusammenarbeit zwischen den IV-Stellen und den ihr vorgelagerten Versicherungsträgern, namentlich der Krankentaggeldversicherer, der Unfallversicherer sowie den Vorsorgeeinrichtungen, im IVG verankert<sup>1425</sup>. Die Ausdehnung bezweckte, den IV-Stellen das einfachere und effizientere Austauschen von Daten und Informationen mit all diesen Stellen zu ermöglichen<sup>1426</sup>.

## 4.2 Gesetzliche Grundlage in den Sozialhilfegesetzen

864 Da die Kompetenz im Bereich der Sozialhilfe gemäss Art. 115 Satz 1 BV grundsätzlich bei den Kantonen liegt und der Bund nach Art. 115 Satz 2 BV lediglich die Ausnahmen und die Zuständigkeit regelt<sup>1427</sup>, fehlt es an einem Bundesgesetz der Sozialhilfe und damit an einer gesamtschweizerischen gesetzlichen Grundlage zur IIZ im Zusammenhang mit der Sozialhilfe. Aus Art. 115 Satz 2 BV kann keine umfassende Koordinationskompetenz abgeleitet werden<sup>1428</sup>. Ob eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist und wie diese ausgestaltet ist, ist von Kanton zu Kanton unterschiedlich.

## 4.3 Datenschutzrechtliche Aspekte

865 Art. 33 ATSG sieht vor, dass Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt sind, gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren haben. Da aber die IIZ an sich den Austausch von Daten beinhaltet, müssen die Beteiligten von dieser Schweigepflicht entbunden werden<sup>1429</sup>. Da es sich bei den auszutauschenden Daten im Rahmen der IIZ überdies zum Teil um besonders schützenswerte Daten i. S. v. Art. 3 lit. c DSGVO oder Persönlichkeitsprofile i. S. v. Art. 3 lit. d DSGVO handelt, bedarf es für die Bearbeitung und Bekanntgabe von Daten einer gesetzlichen Grundlage<sup>1430</sup>. Art. 85f AVIG und Art. 68<sup>bis</sup> IVG beinhalten deshalb auch Bestimmungen über den Datenaustausch.

866 Für die AIV und die IV sehen Art. 85f Abs. 3 AVIG bzw. Art. 68bis Abs. 2 IVG die gegenseitige Entbindung von der Schweigepflicht vor, sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht und die Auskünfte bzw. Unterlagen dazu dienen, geeignete Eingliederungsmassnahmen zu ermitteln oder die Ansprüche der betroffenen Person gegenüber den Sozialversicherungen zu klären.

---

<sup>1425</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4549.

<sup>1426</sup> Botschaft 5. IV-Revision, 4550.

<sup>1427</sup> Der Bund hat von seiner Kompetenz mit dem Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG) gebraucht gemacht, welches insbesondere die Zuständigkeit zwischen den Kantonen regelt.

<sup>1428</sup> GÄCHTER (IIZ), S. 613.

<sup>1429</sup> BURKHARD, S. 38 f.

<sup>1430</sup> GÄCHTER (IIZ), S. 605; wobei das Datenschutzregime des Bundessozialversicherungsrechts die allgemeine Datenschutzgesetzgebung konkretisiert und ihr vorgeht. Insbesondere besteht kein Raum dafür, eine Datenbearbeitung die nach einer sozialversicherungsrechtlichen Bestimmung rechtmässig ist, gestützt auf das Datenschutzgesetz als unrechtmässig zu erklären (BGE 133 V 359, Erw. 6.4; GÄCHTER THOMAS/EGLI PHILIPP, Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe, Zürich 2009, einsehbar unter <[www.gef.be.ch/gef/de/index/direktion/organisation/ra/publikationen.assetref/content/dam/documents/GEF/RA/de/DownloadsPublikationen/ra\\_verfuegungsleitfaden\\_pdf.pdf](http://www.gef.be.ch/gef/de/index/direktion/organisation/ra/publikationen.assetref/content/dam/documents/GEF/RA/de/DownloadsPublikationen/ra_verfuegungsleitfaden_pdf.pdf)> (besucht am 4. September 2012)).

- 867 Nach Art. 85f Abs. 2 lit. a AVIG ist für die Weitergabe von Daten an die in Art. 85f Abs. 1 AVIG genannten Stellen<sup>1431</sup> oder den Zugriff auf Daten durch diese Stellen, die Einwilligung der betroffenen Person erforderlich. Nach Art. 68bis Abs. 3 IVG entfällt die Schweigepflicht der IV grundsätzlich<sup>1432</sup> auch gegenüber den in Art. 68bis Abs. 1 lit. b-f IVG genannten Einrichtungen, kantonalen Durchführungsstellen bzw. Institutionen, sofern diese jeweils über eine formgesetzliche Grundlage verfügen und den IV-Stellen Gegenrecht gewähren. Während Art. 85f Abs. 1 lit. a AVIG für die Weitergabe der Daten die Einwilligung der betroffenen Person voraussetzt, findet sich keine entsprechende Voraussetzung in Art. 68bis IVG. Insbesondere wenn man bedenkt, dass nach Art. 68bis Abs. 3 i. V. m. 1 lit. b IVG die IV-Stellen auch gegenüber privaten Versicherungseinrichtungen von der Schweigepflicht entbunden ist – wenn auch nur, sofern die Voraussetzungen von Art. 68bis Abs. 2 lit. b und c IVG erfüllt sind – bringt diese Bestimmung eine erhebliche Missbrauchsgefahr mit sich<sup>1433</sup>. Obwohl mit der Bestimmung das Abklären geeigneter Eingliederungsmassnahmen für die betroffene Person vereinfacht und beschleunigt werden dürfte<sup>1434</sup>, kann in diesem Zusammenhang durchaus von „gläsernen Versicherten“<sup>1435</sup> gesprochen werden.
- 868 Da die Regelungskompetenz für die Sozialhilfe bei den Kantonen liegt, gibt es keine gesamtschweizerisch geltende Bestimmung zur Weitergabe von Daten durch die Sozialhilfe im Rahmen der IIZ. Die Kantone können in ihren Sozialhilfegesetzen aber eine entsprechende Bestimmung vorsehen. So sieht bspw. das Sozialhilfegesetz des Kanton Zürichs in § 47d vor, dass die Sozialhilfeorgane im Rahmen der IIZ ermächtigt sind, mit den im Einzelfall beteiligten Stellen gemäss § 3c (insbesondere die Organe der Arbeitslosenversicherung, der Invalidenversicherung und der Berufsberatung sowie private Organisationen) Informationen insbesondere über die Personalien sowie die persönlichen, beruflichen und finanziellen Verhältnisse des Hilfesuchenden auszutauschen, sofern dies für die Förderung seiner Eingliederung geeignet und erforderlich ist<sup>1436</sup>.

## 5. *Abschliessende Bemerkungen*

- 869 Mit der IIZ wird versucht, die operativen Schwierigkeiten im Vollzug historisch gewachsener Vielfalt in der Sozialversicherungs- und Sozialhilfelandchaft durch sinnvolle Zusammenarbeit zu überwinden<sup>1437</sup>. „Mit IIZ sollen die verschiedenen Sicherungs- und Integrationssysteme optimal aufeinander abgestimmt werden, damit die bestehenden Angebote im Interesse der unterstützten Person wirksamer und effizienter genutzt werden können. (...) Für ihn [den betroffenen Menschen] wird unabhängig von der Ausgangslage eine möglichst rasche und gleichzeitig nachhaltige Integration ins Berufsleben angestrebt“<sup>1438</sup>, so der Grundsatz. Der Einfluss der IIZ auf den Arbeitsmarkt ist allerdings beschränkt, immerhin schafft die IIZ keine neuen Stellen im ersten Arbeitsmarkt<sup>1439</sup>.

---

<sup>1431</sup> Dazu siehe Rz. 862.

<sup>1432</sup> Sofern die in Art. 68bis Abs. 2 lit. b und c IVG genannten Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind.

<sup>1433</sup> GÄCHTER (IIZ), S. 606 f.

<sup>1434</sup> GÄCHTER (IIZ), S. 607.

<sup>1435</sup> GÄCHTER (IIZ), S. 607.

<sup>1436</sup> Siehe zu dieser Thematik auch das Gutachten von GÄCHTER THOMAS/EGLI PHILIPP, Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe, Zürich 2009, einsehbar unter [www.gef.be.ch/gef/de/index/direktion/organisation/ra/publikationen.assetref/content/dam/documents/GEF/RA/de/DownloadsPublikationen/ra\\_verfuegungsleitfaden\\_pdf.pdf](http://www.gef.be.ch/gef/de/index/direktion/organisation/ra/publikationen.assetref/content/dam/documents/GEF/RA/de/DownloadsPublikationen/ra_verfuegungsleitfaden_pdf.pdf) (besucht am 31. Mai 2012).

<sup>1437</sup> PÄRLI (IIZ), S. 23.

<sup>1438</sup> Nationales IIZ Steuerungsgremium, Wichtigste Grundsätze der interinstitutionellen Zusammenarbeit IIZ, Rz. 2, einsehbar unter: [www.iiz.ch/mm/Grundsatz\\_IIZ\\_de.pdf](http://www.iiz.ch/mm/Grundsatz_IIZ_de.pdf) (besucht am 31. Mai 2012).

<sup>1439</sup> PÄRLI (IIZ), S. 27.

## VIII. Koordinationsfragen

### 1. *Einleitung*

870 Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, kann eine gesundheitlich bedingte Arbeitsunfähigkeit unterschiedliche Taggeldansprüche auslösen. Taggelder werden von verschiedenen Sozialversicherungen (KV, UV, IV) und gestützt auf privatrechtliche Versicherungsverträge ausgerichtet. Besteht aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf verschiedene Taggelder, stellt sich die Frage, wie sich dies auf die einzelnen Leistungen auswirkt. Neben der Leistungscoordination, welche sich mit der Frage befasst, welche Versicherer in welcher Höhe Leistungen zu erbringen haben, stellen sich weitere koordinationsrechtliche Fragen, wie solche der Vorleistungspflicht oder des Rückgriffs. Ein Anspruch auf Vorleistung ist für die versicherte Person namentlich dann von Bedeutung, wenn unklar ist, gegenüber welcher Einrichtung Ansprüche bestehen.

871 Taggelder von Sozialversicherungen werden untereinander durch einzelgesetzliche Bestimmungen koordiniert und nicht – wie dies noch im Vorentwurf vorgesehen war – durch das ATSG. Anwendung findet hingegen das Übererschädigungsverbot von Art. 69 ATSG. Die Koordination von privatrechtlichen Versicherungsleistungen untereinander unterliegt der Dispositionsfreiheit der Vertragsparteien. Die Koordination zu Leistungen aus anderen Versicherungsverträgen oder zu Taggeldern von Sozialversicherungen erfolgt einerseits durch die Ausgestaltung der Versicherung als Schaden- oder Summenversicherung sowie – bei Schadenversicherungen – durch Subsidiärklauseln. Die Summenversicherung, aus welcher Leistungen unabhängig von einem Schaden ausgerichtet werden, macht ersichtlich, dass dem Privatversicherungsrecht ein allgemeines Übererschädigungsverbot fremd ist<sup>1440</sup>.

### 2. *Koordination von sozialversicherungsrechtlichen Taggeldern*

#### 2.1 *Allgemein*

872 Die Tatsachen, dass das schweizerische Sozialversicherungsrecht in elf Bundesgesetzen geregelt ist und sich die Leistungspflicht einer Sozialversicherung aufgrund des eingetretenen Risikos und nicht aufgrund der Art der auszurichtenden Leistungen bestimmt, sowie der mit der Zeit erfolgte Einbezug weiterer Risiken und die Ausdehnung von Versicherungsobligatorien hatten zur Folge, dass vermehrt Leistungen mit derselben Zielsetzung von verschiedenen Sozialversicherungszweigen ausgerichtet wurden. Die daraufhin in die einzelnen Gesetze eingefügten Koordinationsbestimmungen waren zum einen nur schwer überschaubar und regelten zudem nicht alle sich in der Praxis stellenden Fragen<sup>1441</sup>.

873 Am 1. Januar 2003 ist das ATSG in Kraft getreten, zu dessen zentralen Zielen die Koordination der Leistungen zählt (Art. 1 lit. c ATSG). Dieses Ziel wird mit den Bestimmungen des 5. Kapitels „Koordinationsregeln“ weitgehend erreicht<sup>1442</sup>. So finden sich u. a. Bestimmungen über die Koordination von Renten (Art. 66 ATSG) sowie von Renten und Taggeldern (Art. 68 ATSG). Alle Koordinationsfragen werden indessen durch das ATSG nicht beantwortet. Unter anderem fehlt es am Einbezug der beruflichen Vorsorge und die Koordination von Taggeldern

---

<sup>1440</sup> Vgl. dazu eingehend: RAPP.

<sup>1441</sup> Vgl. dazu KIESER (Koordination), S. 249 f.

<sup>1442</sup> LOCHER (Sozialversicherungsrecht), § 58, Rz. 2.



ist nicht erfolgt<sup>1443</sup>. Im Entwurf zum ATSG war eine Bestimmung zur Koordination von Taggeldleistungen vorgesehen, welche als leistungsbestimmendes Kriterium die Erbringung von Sachleistungen vorsah. Um „unerwünschte Folgen“ zu vermeiden, wurde die Bestimmung von der nationalrätlichen Kommission ersatzlos gestrichen<sup>1444</sup>. Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Normierung von Prinzipien zur Taggeldkoordination sowie der unterschiedlichen einzelgesetzlichen Ausgestaltung, welche etwa die Bemessungsgrundlage, die Möglichkeit der Anpassung oder die Qualifizierung als beitragspflichtigen Lohn betrifft, bestehen auch weiterhin weitgehend ungeklärte Fragen<sup>1445</sup>.

874 Taggeldleistungen zielen darauf ab, einen Einkommensausfall zu ersetzen. Entsprechend dieser Konzeption ist, auch wenn gemäss den einzelgesetzlichen Bestimmungen Anspruch auf verschiedene Taggelder bestehen würde, lediglich ein Taggeld auszurichten. Anders als bei den Renten, deren Koordination grundsätzlich nach dem Kumulationsprinzip erfolgt<sup>1446</sup>, sind Taggeldleistungen nach dem *Prioritätsprinzip* zu koordinieren. Nach dem Grundsatz der Priorität werden bestimmte Leistungen nur einmal erbracht. Besteht Anspruch auf eine Leistung aufgrund verschiedener Einzelgesetze, ist erforderlich, dass eine Leistungsreihenfolge festgelegt ist<sup>1447</sup>.

## 2.2 Leistungen mehrerer KVG- Krankentaggeldversicherungen

875 Die Koordination von Leistungen zweier unterschiedlicher Krankentaggeldversicherer (intrasystemische Koordination) erfolgt nicht durch das ATSG, welches ausschliesslich die Koordination von verschiedenen Sozialversicherungen regelt (intersystemische Koordination)<sup>1448</sup>, sondern einzelgesetzlich. Art. 78 KVG überträgt dem Bundesrat die Kompetenz, die Koordination von Taggeldern zu regeln. Gemäss Art. 122 Abs. 2 KVV findet, falls eine Person bei mehreren Versicherern eine Krankentaggeldversicherung nach KVG abgeschlossen hat, die Überentschädigungsgrenze von Art. 69 Abs. 2 ATSG Anwendung. Kommt es in Anwendung von Art. 69 Abs. 2 ATSG zu einer Leistungskürzung, erfolgt eine Koordination, indem jeder Versicherer im Verhältnis des versicherten Taggeldes zum Gesamtbetrag der versicherten Taggelder leistungspflichtig wird.

## 2.3 Taggelder der Kranken- und der Unfallversicherung

876 Ist die nach einem Unfall eingetretene Gesundheitsbeeinträchtigung auch auf einen vorbestehenden Krankheitszustand oder auf eine nach dem Unfall eingetretene Krankheit zurückzuführen, ist eine Koordination zwischen der UV und der Krankentaggeldversicherung erforderlich. Unfallfolgen und krankheitsbedingte Beeinträchtigungen können in unterschiedlicher Weise zusammentreffen: Zunächst kann unklar sein, ob ein Gesundheitsschaden auf einen Unfall oder eine Krankheit zurückzuführen ist. Weiter stellt sich die Frage nach Leistungen der Krankentaggeldversicherung, wenn die UV ihre – bereits bestätigte – Leistungspflicht unter Hinweis auf die unterdessen nicht mehr bestehende Ursächlichkeit des Unfalls für den aktuellen Gesundheitszustand verneint. Schliesslich können ein Unfall und eine Krankheit je unterschiedliche Beeinträchtigungen bewirken oder zusammen denselben Gesundheitsschaden verursachen<sup>1449</sup>.

---

<sup>1443</sup> KIESER, N 16 und N 36 der Vorbemerkungen.

<sup>1444</sup> Parlam. Initiative SVR, 4534 und 4634.

<sup>1445</sup> Vgl. KIESER (Arbeitsunfähigkeit), S. 139 f.

<sup>1446</sup> Art. 66 Abs. 1 ATSG.

<sup>1447</sup> Vgl. zum Ganzen KIESER (Koordination), S. 251 f., KIESER (Taggeld), S. 136.

<sup>1448</sup> Vgl. Art. 63 Abs. 1 ATSG.

<sup>1449</sup> Vgl. zum Ganzen RÜEGG, S. 24 f., m. H. auf die Rechtsprechung und die Literatur.

- 877 Bestehen Zweifel darüber, ob die Gesundheitsbeeinträchtigung auf ein Unfallereignis oder eine Krankheit zurückzuführen ist, trifft den KVG- und auch den VVG-Krankentaggeldversicherer gegenüber dem Unfallversicherer eine Vorleistungspflicht<sup>1450</sup>. Keine Vorleistungspflicht trifft den Krankentaggeldversicherer, wenn die UV zunächst Leistungen ausrichtet, zu einem späteren Zeitpunkt jedoch den Kausalzusammenhang zwischen Unfallereignis und Gesundheitsschaden nicht mehr als gegeben erachtet und folglich keine Leistungen mehr ausrichtet. Die Vorleistungspflicht des Krankentaggeldversicherers entfällt, weil zu Beginn des Versicherungsfalles keine Zweifel über die Leistungspflicht der UV bestanden<sup>1451</sup>.
- 878 Eine Ablösung des Unfalltaggeldes durch Leistungen einer Krankentaggeldversicherung kommt dann in Betracht, wenn die UV nach Ablauf einer gewissen Zeit die gesundheitliche Beeinträchtigung nicht mehr als adäquat kausal zum Unfallereignis einschätzt. Um entgegen der gesetzlichen Bestimmung von Art. 16 Abs. 2 UVG, wonach der Taggeldanspruch erst mit der Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit, mit dem Beginn einer Rente oder mit dem Tod der versicherten Person endet, die Leistungen der UV eingestellt werden können, ist erforderlich, dass die weiterhin bestehende Arbeitsunfähigkeit nunmehr ausschliesslich durch unfallfremde Faktoren verursacht ist. Das Entfallen des Kausalzusammenhangs zwischen dem Unfallereignis und dem Gesundheitsschaden muss von der UV bewiesen werden, wobei das im Sozialversicherungsrecht übliche Beweismass der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ zur Anwendung gelangt. Ist der Nachweis erbracht, ist gemäss Art. 3 ATSG von einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit auszugehen, und es besteht – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – ein Anspruch gegenüber der Krankentaggeldversicherung. Werden die UV-Taggelder jedoch eingestellt, ohne dass die fehlende Ursächlichkeit des Unfalls hinreichend nachgewiesen ist, sind beide Möglichkeiten – d. h. Anspruch auf Unfalltaggeld und Anspruch auf Krankentaggeld sowie – erneut zu prüfen<sup>1452</sup>.
- 879 Verursachen eine Krankheit und ein Unfall je eine gesundheitliche Beeinträchtigung, besteht unter Vorbehalt der Überentschädigung Anspruch auf Taggelder der UV und der Krankentaggeldversicherung. Wird ein Gesundheitsschaden durch ein Unfallereignis und eine Krankheit gemeinsam verursacht, hat die UV gemäss Art. 36 Abs. 1 UVG das volle Taggeld zu erbringen.
- 880 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass beim Zusammentreffen von unfall- und krankheitsbedingten Gesundheitsschädigungen es sich als schwierig erweisen kann, die einzelnen Ursachen und deren genaue Auswirkung zu bestimmen. Folglich bestehen des Öfteren Unklarheiten über die Zuständigkeit der (Sozial-)Versicherer. Auch bei Beschwerdebildern, welche die Rechtsprechung nur unter eingeschränkten Voraussetzungen als Unfallfolgen qualifiziert, kann sich nach der Einstellung von Taggeldern durch die UV die Frage nach der Leistungspflicht des Krankentaggeldversicherers stellen. Wird das Arbeitsverhältnis während der Arbeitsunfähigkeit beendet, ist deshalb der Versicherungsschutz betreffend krankheitsbedingtem Erwerbsausfall sicherzustellen, indem vom Übertrittsrecht Gebrauch gemacht wird.

---

<sup>1450</sup> Siehe zur Vorleistungspflicht Rz. 890 ff. sowie Rz. 904.

<sup>1451</sup> Vgl. Art. 70 Abs. 1 ATSG, wonach das Bestehen von Zweifeln über die Leistungspflicht eine Voraussetzung für die Vorleistungspflicht ist.

<sup>1452</sup> Eine Vorleistungspflicht des Krankenversicherers kommt nicht in Betracht, weil dafür bereits zum Zeitpunkt der Leistungserbringung Zweifel über die Zuständigkeit hätten bestehen müssen.

## 2.4 Taggelder der Kranken- und der Invalidenversicherung<sup>1453</sup>

- 881 Nimmt die versicherte Person an Eingliederungsmassnahmen der IV teil und sind die weiteren Voraussetzungen nach Art. 22 IVG erfüllt oder muss die versicherte Person auf den Beginn einer Umschulung oder erstmaligen beruflichen Ausbildung warten<sup>1454</sup>, besteht ein Anspruch auf Taggelder der IV. Art. 110 KVV regelt das Verhältnis von KVG-Leistungen zu den Leistungen anderer Sozialversicherungen. Die Bestimmung legt fest, dass die Leistungen u. a. der UV und der IV den KVG-Leistungen vorgehen. Die Taggelder anderer Sozialversicherungen sind damit relativ prioritär zu den Taggeldern nach KVG, d. h. es werden – unter dem Vorbehalt der Überentschädigungskürzung – alle Leistungen nebeneinander ausgerichtet<sup>1455</sup>. Die Überentschädigungskürzung erfolgt nach Art. 69 ATSG. Der subsidiäre Charakter von Krankentaggeldleistungen nach KVG, wie er in Art. 110 KVV zum Ausdruck kommt, führt zu einer dem Verhältnis der Leistungskürzung entsprechenden zeitlichen Verlängerung des Anspruchs gegenüber der Krankenversicherung (Art. 72 Abs. 5 KVG).
- 882 Bei gleichzeitiger Ausrichtung besteht zwischen Taggeldern nach IVG und jenen der sozialen Krankentaggeldversicherung insofern eine Wechselwirkung, als das KVG-Taggeld während der Teilnahme an Eingliederungsmassnahmen nicht unter Hinweis auf die Schadenminderungspflicht bzw. einen zumutbaren Berufswechsel gekürzt werden darf<sup>1456</sup>. Wird ein Krankentaggeld von 50% für eine entsprechende Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet und wird von der IV eine ganztägige Eingliederungsmassnahme angeordnet, schlägt sich dies jedoch nicht in Form einer Erhöhung auf 100% auf das KVG-Taggeld nieder, denn die Arbeitsunfähigkeit, die sich aufgrund der Teilnahme an der Massnahme ergibt, ist nicht ein durch die Taggeldversicherung abgedecktes Risiko<sup>1457</sup>.

## 2.5 Taggelder der Unfallversicherung und der Invalidenversicherung

- 883 Besteht Anspruch auf Taggelder der UV und der IV, werden nach Art. 16 Abs. 3 UVG ausschliesslich jene der IV ausgerichtet (exklusive Priorität). In dieser Regelung spiegelt sich der Entscheid des Gesetzgebers wider, dass Eingliederungsmassnahmen, welche nicht im Zusammenhang mit der Heilbehandlung stehen, ausschliesslich Sache der IV<sup>1458</sup> sind und dass regelmässig derjenige Sozialversicherer Taggelder zu erbringen hat, welcher Sachleistungen gewährt<sup>1459</sup>. Nach Art. 24 Abs. 4 IVG gilt bei Ablösung des UV-Taggeldes durch ein Taggeld der IV eine Besitzstandsgarantie, womit das einsetzende IV-Taggeld dem bisherigen UV-Taggeld entspricht. Hätte die UV gestützt auf Art. 23 Abs. 7 UVV ihr Taggeld wegen eines hypothetischen höheren Verdienstaustausfalls erhöht, hat die IV dies zu berücksichtigen und kann bei der Bemessung des Taggeldes nicht einfach auf das zuletzt durch die UV ausbezahlte Taggeld abstellen<sup>1460</sup>.

---

<sup>1453</sup> Die nachfolgenden Ausführungen sind nur summarisch, weiterführende Hinweise dazu u.a. bei Kieser (Koordination).

<sup>1454</sup> Vgl. Art. 18 IVV.

<sup>1455</sup> BGE 125 V 297, Erw. 3c; KIESER (Koordination), S. 254, weicht zwar inhaltlich nicht von der Ansicht des Bundesgerichtes ab, nennt diese Art der Koordination jedoch „bedingte Kumulation mit Kürzungsvorbehalt“ und nicht „relative Priorität“.

<sup>1456</sup> Vgl. BGE 111 V 235, Erw. 2c.

<sup>1457</sup> KIESER (Koordination), S. 255.

<sup>1458</sup> Vgl. dazu SCHAER (Koordination), S. 164, der dafür hält, dass die medizinische und berufliche Integration untrennbar miteinander verknüpft sind und es deshalb sinnvoller wäre, wenn sich die UV auch der beruflichen Integration widmen könnte.

<sup>1459</sup> KIESER (Koordination), S. 253.

<sup>1460</sup> Vgl. dazu BGE 119 V 121.

## 2.6 Arbeitslosenentschädigung und Taggeldleistungen

- 884 Kommt es neben einer Arbeitsunfähigkeit zu einer Verwirklichung des Risikos Arbeitslosigkeit, erfolgt eine Koordination der Taggeldleistungen entsprechend den Bestimmungen in den Einzelgesetzen.
- 885 Wie bereits erwähnt, regelt Art. 28 AVIG den Anspruch auf Arbeitslosentaggelder bei vorübergehend fehlender oder verminderter Arbeitsfähigkeit<sup>1461</sup>. Nach Art. 28 Abs. 1 AVIG besteht ein Anspruch auf das volle Taggeld, wenn die versicherte Person wegen Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig ist und deshalb die Kontrollvorschriften nicht erfüllen kann. Der Anspruch dauert bis zum 30. Tag nach Beginn der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit und ist innerhalb der Rahmenfrist auf 44 Taggelder beschränkt. Gegenstück zu Art. 28 AVIG bilden Art. 73 Abs. 1 KVG sowie Art. 25 Abs. 3 UVV. Diese beiden Bestimmungen sehen vor, dass bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 50% das ganze und bei einer Arbeitsunfähigkeit zwischen 25% und 50% das halbe Taggeld ausgerichtet wird. Um eine Überentschädigung zu vermeiden, werden gemäss Art. 28 Abs. 2 AVIG Taggelder der Kranken- oder Unfallversicherung, die Erwerbsersatz darstellen, von der Arbeitslosenentschädigung abgezogen, Taggelder der AIV sind gegenüber Kranken- und Unfalltaggeldern also subsidiär<sup>1462</sup>. Art. 28 Abs. 2 AVIG findet nicht nur im Verhältnis zur sozialen Krankentaggeld- und Unfallversicherung Anwendung, sondern koordiniert auch Ansprüche aus Taggeldversicherungen nach VVG mit den Leistungen der AIV<sup>1463</sup>. Ab dem 31. Tag seit dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit oder nach Ausschöpfung der 44 Taggelder innerhalb der Rahmenfrist richtet sich der Anspruch auf Arbeitslosentaggelder nach Art. 28 Abs. 4 AVIG: Unter der Voraussetzung, dass die versicherte Person weiterhin vorübergehend arbeitsunfähig ist und sie unter Berücksichtigung ihrer verminderten Arbeitsunfähigkeit vermittelbar ist, erhält sie bei einer Arbeitsfähigkeit von mehr als 75% das volle und bei einer Arbeitsfähigkeit von mehr als 50% das halbe Taggeld<sup>1464</sup>.
- 886 Nach Art. 15 Abs. 2 AVIG gilt ein körperlich oder geistig Behinderter als vermittlungsfähig, wenn ihm bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung seiner Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine Stelle vermittelt werden könnte. Eine Behinderung im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn eine dauernde und erhebliche Beeinträchtigung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit vorliegt<sup>1465</sup>. Hat sich die behinderte Person bei der IV, der obligatorischen UV, der KV oder der beruflichen Vorsorge zum Leistungsbezug angemeldet, gilt sie bis zum Entscheid der entsprechenden Versicherung nach Art. 15 Abs. 3 AVIV als vermittlungsfähig, sofern sie unter Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage nicht offensichtlich vermittlungsunfähig ist. Anders als nach Art. 28 Abs. 2 AVIG i. V. m. Art. 73 Abs. 1 KVG bzw. Art. 25 Abs. 3 UVV erfolgt durch Art. 15 Abs. 2 AVIG und Art. 15 Abs. 3 AVIV keine Leistungskoordination im materiellen Sinne, sondern es wird eine – zeitlich beschränkte – Vorleistungspflicht der AIV<sup>1466</sup> gegenüber den genannten Versicherungen statuiert. Durch die Vorleistungspflicht der AIV ist gewährleistet, dass während der Zeit, in welcher die in Art. 15 Abs. 2 AVIV genannten Versicherungen ihre Leistungspflicht abklären, ein Erwerbsersatzeinkommen lückenlos sichergestellt ist<sup>1467</sup>.
- 887 Der Anspruch auf Arbeitslosentaggelder setzt u. a. einen anrechenbaren Arbeitsausfall voraus (Art. 8 Abs. 1 lit. b, Art. 11 AVIG)<sup>1468</sup>. Es stellt sich die Frage, inwiefern das Bestehen eines

---

<sup>1461</sup> Siehe dazu Rz. 809 ff.

<sup>1462</sup> NUSSBAUMER, N 437.

<sup>1463</sup> BGE 128 V 176, Erw. 5.

<sup>1464</sup> Siehe dazu auch Rz. 811.

<sup>1465</sup> NUSSBAUMER, N 280, m. H.; siehe dazu auch weiter vorne Rz. 812.

<sup>1466</sup> Vgl. auch Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG; zur Vorleistungspflicht der AIV siehe gleich nachstehend Rz. 890.

<sup>1467</sup> BGE 136 V 95, Erw. 7.1.

<sup>1468</sup> Siehe zu den Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen der AIV Rz. 802 ff.

Taggeldanspruchs dazu führt, dass kein anrechenbarer Verdienstausschlag vorliegt und damit auch kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht. Nach Art. 11 Abs. 3 AVIG ist ein Arbeitsausfall nicht anrechenbar, wenn ein Anspruch auf Lohn oder auf eine Entschädigung wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses besteht. Die Rechtsprechung stellt für die Beurteilung der Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 11 Abs. 3 AVIG auf die AHV-Gesetzgebung ab<sup>1469</sup>. Versicherungsleistungen nach Unfall, Krankheit oder Invalidität zählen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b AHVV nicht zum massgeblichen Lohn; als massgeblichen Lohn bezeichnet Art. 7 lit. m AHVV demgegenüber die Leistungen für Lohnausfall infolge Krankheit oder Unfall, welche vom Arbeitgeber ausgerichtet werden. Ein anrechenbarer Arbeitsausfall ist demgemäss auch dann zu bejahen, wenn Anspruch auf Versicherungsleistungen wegen krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit besteht<sup>1470</sup>.

888 Hat eine arbeitslose Person keinen Anspruch auf Taggelder der AIV und liegt eine Arbeitsunfähigkeit vor, kann fraglich erscheinen, ob ein Erwerbsausfall *krankheitsbedingt* ist. Ist der Erwerbsausfall nicht auf die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, sondern auf die Arbeitslosigkeit zurückzuführen, besteht gegenüber der Krankentaggeldversicherung kein Leistungsanspruch. Ein den Krankentaggeldanspruch begründender Erwerbsausfall ist dann zu bejahen, wenn die versicherte Person, wäre sie nicht krank geworden, einer Erwerbstätigkeit nachgehen würde. Die Rechtsprechung unterscheidet zwei Fallkategorien und stellt dabei auf den Zeitpunkt des Eintrittes der Arbeitsunfähigkeit ab: Tritt die Arbeitsunfähigkeit vor dem Stellenverlust ein, gilt die Vermutung, dass die versicherte Person – wie vor dem Stellenverlust – erwerbstätig wäre, wenn sie nicht erkrankt wäre. Wird eine arbeitslose Person arbeitsunfähig, gilt demgegenüber die Vermutung, dass sie – auch ohne gesundheitliche Beeinträchtigung – keine Erwerbstätigkeit ausüben würde<sup>1471</sup>.

889 Im Verhältnis Taggelder der Arbeitslosenversicherung und der Invalidenversicherung ist insbesondere Art. 4 IVV zu beachten, der die prioritäre Ausrichtung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung vorsieht: Solange die Arbeitslosenversicherung Taggelder ausrichtet, besteht kein Anspruch auf entsprechende Leistungen der Invalidenversicherung.

## 2.7 Vorleistungspflicht

890 Dass eine gesetzliche Vorleistungspflicht besteht, ist für die gesundheitlich angeschlagene Person von weittragender Bedeutung. Kommen Taggelder verschiedener Sozialversicherungszweige in Betracht und verweigern alle ihre Leistungspflicht unter Hinweis auf weitere sozialversicherungsrechtliche Ansprüche, wäre der Erwerbsausfall nicht abgedeckt und die versicherte Person müsste bis zur definitiven Abklärung der Leistungspflicht ohne Leistungen auskommen. Die Regelung der Vorleistungspflicht soll also Leistungslücken verhindern<sup>1472</sup>.

891 Art. 70 ATSG statuiert für vier Konstellationen eine Vorleistungspflicht eines jeweils grundsätzlich in Frage kommenden Sozialversicherungszweiges<sup>1473</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang ist zum einen die Vorleistungspflicht der Krankenversicherung (Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG) sowie jene der Arbeitslosenversicherung (lit. b) von Interesse. Bevor diese Bestimmungen erläutert werden, folgen zunächst einige allgemeine Hinweise zur Vorleistung.

892 Die Vorleistung eines Sozialversicherungsträgers setzt voraus, dass ein Anspruch auf sozialversicherungsrechtliche Leistungen besteht. Weiter muss im Zeitpunkt der Leistungserbringung zweifelhaft sein, ob gegenüber den weiteren in Art. 70 Abs. 2 ATSG genannten Sozial-

<sup>1469</sup> BGE 126 V 390, Erw. 5a.

<sup>1470</sup> BGE 128 V 176, Erw. 3.

<sup>1471</sup> EVG vom 17. Juli 1998, RKUV 1998, S. 420 ff., Erw. 3, m. H.

<sup>1472</sup> Vgl. Parlamentarische Initiative ATSG, 267 f.

<sup>1473</sup> Vgl. dazu die vier Konstellationen in Art. 70 Abs. 2 ATSG.

versicherungen ebenfalls Ansprüche bestehen. Bspw. kann unklar sein, welche Ursachen den Gesundheitsschaden bewirkt haben. Ist der vorleistungspflichtige Versicherungsträger nicht identisch mit jenem, der die Leistungen definitiv zu erbringen hat, erfolgt eine Rückerstattung nach Art. 71 ATSG. Durch das ATSG wird ausschliesslich die intersystemische Vorleistung geregelt, die Regeln kommen also im Verhältnis von Sozial- und Privatversicherungen nicht zur Anwendung<sup>1474</sup>.

- 893 Nach Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG ist die Krankenversicherung für Sachleistungen und Taggelder, deren Übernahme durch die Krankenversicherung, die Unfallversicherung<sup>1475</sup>, die Militärversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist, vorleistungspflichtig. Weil das ATSG die Koordination von Taggeldern nicht regelt, können sich Widersprüche zur Regelung der definitiven Leistungspflicht ergeben. So wird bspw. das Taggeld der IV kumulativ zum Krankentaggeld ausgerichtet und es ist kein Fall von Vorleistung mit anschliessender Rückerstattung denkbar<sup>1476</sup>.
- 894 Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG statuiert eine Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung für Leistungen, deren Übernahme durch die AIV, die KV, die UV oder die IV umstritten ist. In der Praxis kommt der Vorleistungspflicht durch die AIV nur sehr untergeordnete Bedeutung zu: Zum einen enthalten die Einzelgesetze Bestimmungen, welche die Leistungspflicht – zeitlich abgestuft – definitiv festlegen<sup>1477</sup>, und zum anderen liegt in der Regel entweder Arbeitslosigkeit oder Arbeitsunfähigkeit vor, so dass die Leistungen der KV und der UV einerseits sowie der AIV andererseits zeitlich nacheinander ausgerichtet werden und sich somit primär direkt Fragen der Zuständigkeit stellen und nicht solche der Vorleistungspflicht<sup>1478</sup>.

## 2.8 *Regressrecht der Sozialversicherungen*

- 895 Die Koordination von sozialversicherungs- und haftpflichtrechtlichen Leistungen ist in Art. 72 - 75 ATSG geregelt. Nach Art. 72 Abs. 1 ATSG tritt der Sozialversicherungsträger bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen ein, welche gegenüber einem Haftpflichtigen bestehen. Mit einer solchen Subrogation ist einerseits gewährleistet, dass es bei der versicherten Person nicht zu einer Überentschädigung kommt, und andererseits wird ein Haftpflichtiger durch die Ausrichtung von Leistungen an die geschädigte Person nicht von seiner Haftpflicht entlastet<sup>1479</sup>. Voraussetzung für die Subrogation des Sozialversicherungsträgers ist, dass es sich in ereignisbezogener, sachlicher, personeller und zeitlicher Hinsicht um gleichartige (kongruente) Ansprüche handelt (vgl. Art. 74 ATSG). In Art. 34b BVG ist die Subrogation der Vorsorgeeinrichtung vorgesehen<sup>1480</sup>.

<sup>1474</sup> Vgl. Art. 63 Abs. 1 ATSG.

<sup>1475</sup> Zur Koordination von Taggeldern der KV und der UV vgl. Rz. 876 ff.

<sup>1476</sup> KIESER, N 18 zu Art. 70 ATSG, siehe dazu auch vorne, Rz. 881 f.

<sup>1477</sup> Zur Leistungskoordination zwischen AIV und KV/UV siehe Rz. 884.

<sup>1478</sup> KIESER, N 21 zu Art. 70 ATSG; zur Leistungskoordination zwischen AIV und KV/UV siehe Rz. 884 ff.

<sup>1479</sup> MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 22, N 146.

<sup>1480</sup> Zu beachten sind Auswirkungen der 5. IV-Revision auf das Regress-Zusammenspiel zwischen Sozialversicherungen und Haftpflichtrecht, siehe dazu den Beitrag von BITTEL THOMAS/LOCHER LORENA, Die 5. IV-Revision und ihre Auswirkungen auf das Haftpflichtrecht und den Regress, HAVE 4/2007.

### 3. *Koordination von privatversicherungsrechtlichen Leistungen*

#### 3.1 *Problemübersicht*

896 Die Koordination von privatversicherungsrechtlichen Leistungen wirft mannigfaltige Probleme auf, so bspw. wenn dasselbe Interesse gegen dieselbe Gefahr und für dieselbe Zeit bei mehr als einem Versicherer versichert ist, so dass die Versicherungssummen den Versicherungswert übersteigen (Doppelversicherung)<sup>1481</sup>. Vertiefter zu behandeln wäre auch das Regressrecht des Privatversicherers. Dass dem Versicherer, welcher Leistungen aus einer Summenversicherung erbringt, kein Rückgriffrecht auf andere Versicherer oder Haftpflichtige zukommt, ergibt sich aus der Konzeption der Summenversicherung, welche nicht an einen Schaden anknüpft, sowie aus der gesetzlichen Regelung von Art. 96 VVG, wonach Ansprüche des Geschädigten gegenüber Dritten nicht auf den Versicherer übergehen. Umstritten ist die Rechtslage demgegenüber in Bezug auf das Rückgriffsrecht des Schadenversicherers<sup>1482</sup>.

897 In der Praxis von grosser Bedeutung ist die Abgrenzung von Schaden- und Summenversicherung und deren Leistungen. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich aus Platz- und Zeitgründen auf diese Problematik<sup>1483</sup>.

#### 3.2 *Abgrenzung von Schaden- und Summenversicherung*<sup>1484</sup>

898 Im Hinblick auf die Koordination von privatversicherungsrechtlichen Leistungen kommt der Unterscheidung zwischen Schaden- und Summenversicherungen zentrale Bedeutung zu. Während die Ausrichtung von Leistungen einer Summenversicherung unabhängig vom Bestehen oder der Höhe eines Schadens ist, und eine Koordination gerade nicht erfolgt, müssen Leistungen einer Schadenversicherung – weil das Total der Leistungen die Höhe des eingetretenen Schadens nicht übersteigen darf – regelmässig mit weiteren privatversicherungsrechtlichen sowie sozialversicherungs- und haftpflichtrechtlichen Ansprüchen koordiniert werden.

899 Ob eine Schaden- oder eine Summenversicherung vorliegt, kann im Einzelfall umstritten sein. So kann bspw. nicht von einem ziffernmässig bestimmten Taggeld auf eine Summenversicherung geschlossen werden: ergibt die Auslegung der AVB, dass die Höhe der Taggeldes zudem vom Grad der Arbeitsunfähigkeit sowie von der Höhe des Einkommensausfalls abhängig ist, liegt nach der Rechtsprechung dennoch eine Schadenversicherung vor. Der ziffernmässig bestimmte Betrag stellt diesfalls die Obergrenze der Versicherungsleistungen dar<sup>1485</sup>. Die Rechtsprechung und die Lehre haben sich zwar mit der Abgrenzung von Schaden- und Summen-

<sup>1481</sup> Zu den Subsidiärklauseln vgl. SCHAER (Versicherungsrecht), § 22, N 74, m. w. H. und zum Überentschädigungsverbot im schweizerischen Privatversicherungsrecht: RAPP.

<sup>1482</sup> Das Bundesgericht anerkannte in einem Entscheid (BGE 126 III 521), dass dem durch die Ausrichtung des Lohnes an den arbeitsunfähigen Arbeitnehmer geschädigten Arbeitgeber ein Rückgriffsrecht auch gegenüber dem kausal Haftenden zukommt und nahm dabei ausdrücklich auf die vergleichbare Situation der Schadenversicherer Bezug. Ob sich daraus jedoch eine Änderung der Rechtslage in Bezug auf das Regressrecht der Schadenversicherer ableiten lässt, ist bis anhin noch nicht geklärt (bejahend: SCHAER [Schiedsgutachten], S. 333).

<sup>1483</sup> Vgl. zum Regressrecht des Privatversicherers u.a.: HONSELL HEINRICH, Ungeklärte Rechtsfragen des Regresses nach Art. 72 VVG, in: Geiser Thomas/Koller Thomas/Reusser Ruth/Walter Hans Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Prof. Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, S. 570 ff. und MÜLLER ALEXANDER, Regress im Schadenausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers, Diss. St. Gallen 2006, S. 90 ff.; SCHAER, (Schiedsgutachten); siehe insb. auch WEBER.

<sup>1484</sup> Zur in systematischer Hinsicht fehlerhaften Unterscheidung zwischen Schaden- und Personenversicherungen und zur neuen Systematik nach dem Vorentwurf VVG vgl. WEBER, S. 104.

<sup>1485</sup> Vgl. dazu Urteil BGER 4A\_120/2008 vom 19. Mai 2008.

versicherung auseinandergesetzt, die Grenzziehung bleibt aber auch weiterhin mit Unsicherheiten verbunden<sup>1486</sup>.

- 900 Die Qualifikation als Schaden- oder Summenversicherung kann für die betroffene Person weitreichende finanzielle Konsequenzen haben. Da seitens der Versicherungen in diesem Punkt häufig keine Information erfolgt, die Informationspflicht gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b VVG über den Umfang des Versicherungsschutzes jedoch auch die Möglichkeit der Kumulation der Versicherungsleistungen mitumfasst, wird mitunter gefordert, dass in solchen Fällen das Vertrauen des Versicherungsnehmers in die Kumulierbarkeit der Ansprüche geschützt wird<sup>1487</sup>.

### **3.3 Leistungen einer Summen- und einer Schadenversicherung**

- 901 Bestehen sowohl aus einer Schadens- als auch aus einer Summenversicherung Ansprüche, findet mangels gesetzlicher Regelung das Kumulationsprinzip Anwendung<sup>1488</sup>. Eine Anrechnung der Leistungen aus der Summenversicherung an die Leistungen aus einer Schadenversicherung kann nur dann erfolgen, wenn dies in einer Subsidiärklausel in den AVB zur Schadenversicherung festgehalten ist<sup>1489</sup>.

- 902 Werden gemäss dem Inhalt der Klausel tatsächlich erbrachte Leistungen anderer Versicherungen angerechnet, handelt es sich um eine einfache Subsidiärklausel. Davon zu unterscheiden ist die qualifizierte Subsidiaritätsklausel, welche die Ausrichtung von Leistungen ausschliesst, sobald weitere Dritte – in Frage kommen Haftpflichtige oder andere Versicherungen – zur Leistung verpflichtet sind, ohne dass es eine Rolle spielen würde, ob die versicherte Person tatsächlich Leistungen erhält<sup>1490</sup>.

## **4. Koordination von sozial- und privatversicherungsrechtlichen Leistungen**

### **4.1 Leistungskoordination**

- 903 Begründet dasselbe Ereignis sowohl Leistungsansprüche auf sozialversicherungsrechtliche Leistungen als auch auf Leistungen aus einem privatrechtlichen Versicherungsvertrag, ist die Frage der Kumulation nach den AVB der VVG-Versicherung zu beantworten. Eine Kürzung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen kommt nur in Betracht, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht<sup>1491</sup>. Wie beim Zusammentreffen von Leistungen aus verschiedenen Versicherungen nach VVG, kommt es im Zusammenspiel von öffentlich- und privatrechtlichen Versicherungsleistungen massgeblich darauf an, welche Vereinbarungen zwischen den Parteien des Versicherungsvertrages getroffen wurden. Mit der Ausgestaltung als Schaden- oder Summenversicherung sowie mit Subsidiärklauseln gestalten die VVG-Versicherer das Verhältnis von Leistungen aus Sozial- und Privatversicherungen. AVB, die eine subsidiäre Leistungspflicht des Privatversicherers vorsehen, erweisen sich insbesondere dann als prob-

---

<sup>1486</sup> Vgl. dazu WEBER, S. 97 f. m. H.

<sup>1487</sup> FUHRER (Anmerkungen), S. 256; in diesem Sinne auch WEBER, S. 98, m. H. und S. 105.

<sup>1488</sup> FUHRER (Anmerkungen), S. 255, m. H. a. BGer 5C.214/2001 vom 13. November 2001.

<sup>1489</sup> Vgl. FUHRER (Anmerkungen), S. 255.

<sup>1490</sup> Vgl. SCHAEER (Schiedsgutachten), S. 327; zur Abgrenzung von Subsidiär- und Komplementärklauseln siehe BGE 109 V 145.

<sup>1491</sup> Das Überentschädigungsverbot von Art. 69 ATSG findet ausschliesslich auf Leistungen verschiedener Sozialversicherungen Anwendung (Art. 63 Abs. 1 ATSG).



lematisch, wenn die versicherte Person zwar Prämien leistet, dafür jedoch keinen zusätzlichen Nutzen erhält<sup>1492</sup>.

## 4.2 Vorleistungspflicht

904 Ist zweifelhaft, ob ein Gesundheitsschaden die Leistungspflicht einer Krankentaggeldversicherung nach VVG oder der UV begründet, kann – wenn beide Versicherer ihre Leistungspflicht verneinen – der Fall eintreten, dass der Erwerbsausfall der Arbeitnehmerin nicht gedeckt ist. Nicht zur Anwendung gelangt die gesetzliche Regelung von Art. 70 ATSG, welche die Vorleistungspflicht nur im Verhältnis zwischen verschiedenen Sozialversicherungen festlegt. Um diese Lücke zu schliessen, haben die SUVA, Santésuisse und der Schweizerische Versicherungsverband ein Abkommen abgeschlossen<sup>1493</sup>. Das Abkommen sieht vor, dass bei Zweifel darüber, ob ein Gesundheitsschaden auf eine Krankheit oder einen Unfall zurückzuführen ist, der VVG-Krankenversicherer und der Unfallversicherer mit der versicherten Person eine Vereinbarung betreffend Vorleistungs- und Rückerstattungspflicht abschliessen. Gemäss dieser Vereinbarung erbringt der Krankentaggeldversicherer vorschussweise seine Leistungen. Kommt es zu einer nachträglichen Übernahme der Falls durch den Unfallversicherer, hat dieser der Krankentaggeldversicherung die im Rahmen der Vorleistungspflicht erbrachten Leistungen zurückzuerstatten. Weiter ist in der Vereinbarung vorgesehen, dass sich die Kranken- und Unfallversicherer gegenseitig Akteneinsicht gewähren und dass bei Streitigkeiten unter den Versicherern der Unfallversicherer seine Verfügung auch dem Krankentaggeldversicherer eröffnet.

---

<sup>1492</sup> Vgl. KAHIL-WOLFF BETTINA, VVG und Schnittstellen zum Sozialversicherungsrecht, in: Schnyder Anton K./Weber Stephan (Hrsg.), Totalrevision VVG - Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Zürich 2006, S. 125, m. H.a. die Informationspflichten nach VVG und dem VE-VVG.

<sup>1493</sup> UVG-Ad-hoc-Empfehlung 1/96, mit Anhang „Abkommen betreffend Vorleistungspflicht in der Krankenversicherung nach VVG“, aktuelle Fassung in Kraft seit 1. Januar 2010, abrufbar unter <[www.svv.ch/index.cfm?id=6395](http://www.svv.ch/index.cfm?id=6395)> (besucht am 27. Juli 2010).

## 4. Kapitel: Erwerbsunfähigkeit

### I. Erwerbsunfähigkeit und Invalidität

#### 1. Begriff der Erwerbsunfähigkeit und der Invalidität

##### 1.1 Legaldefinition

905 Art. 7 Abs. 1 ATSG definiert Erwerbsunfähigkeit als den durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Nach Art. 7 Abs. 2 ATSG sind für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Art. 7 Abs. 2 ATSG hält weiter fest, dass eine Erwerbsunfähigkeit nur vorliegt, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist<sup>1494</sup>.

906 Art. 8 Abs. 1 ATSG definiert Invalidität als die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Die Invalidität unterscheidet sich von der Erwerbsunfähigkeit durch das zeitliche Element. Ist eine Erwerbsunfähigkeit voraussichtlich bleibend oder längere Zeit dauernd, liegt eine Invalidität im Sinne von Art. 8 Abs. 1 ATSG vor. Art. 8 Abs. 2 und 3 ATSG definieren die Invalidität für Personen, die vor Eintritt des Gesundheitsschadens nicht erwerbstätig waren. Nach Art. 8 Abs. 2 ATSG gelten nicht erwerbstätige Minderjährige als invalid, wenn die Beeinträchtigung ihrer körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit voraussichtlich eine Erwerbsunfähigkeit zur Folge haben wird. Art. 8 Abs. 3 ATSG bestimmt, dass Volljährige, die vor Beeinträchtigung ihrer Gesundheit nicht erwerbstätig waren und denen eine Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden kann, als invalid gelten, wenn eine Unmöglichkeit vorliegt, sich im Aufgabenbereich zu betätigen<sup>1495</sup>.

##### 1.2 Gesundheitliche Beeinträchtigung und invaliditätsfremde Faktoren<sup>1496</sup>

907 Die Definition in Art. 7 ATSG enthält insofern ein kausales Element, als der Verlust der Erwerbsmöglichkeiten durch eine Beeinträchtigung der Gesundheit bedingt sein muss. Ob hingegen der Gesundheitsschaden auf Krankheit oder Unfall zurückzuführen ist, spielt im Rahmen von Art. 7 ATSG keine Rolle.

908 Ob ein Gesundheitsschaden vorliegt, ist durch eine Ärztin zu beurteilen. Medizinische Kontroversen sind dabei für den Richter nicht relevant; entscheidend ist ausschliesslich, dass die Diagnose lege artis und gestützt auf Kriterien eines anerkannten Klassifikationssystems erfolgt ist. Für die Frage der Leistungspflicht ist relevant, ob und wie sich der Gesundheitsscha-

---

<sup>1494</sup> Mit der 4. IV-Revision wurden die psychischen Beeinträchtigungen in den Gesetzestext aufgenommen. Angestrebt wurde damit die Gleichstellung von psychischen Gesundheitsbeeinträchtigungen mit den körperlichen und geistigen, vgl. dazu Botschaft 4. IV-Revision, 3263 f.; Abs. 2 von Art. 7 ATSG wurde mit der 5. IV-Revision eingeführt, Vgl. dazu Botschaft 5. IV-Revision, 4530 f.

<sup>1495</sup> Vgl. zur Invalidität bei Nicht- und Teilerwerbstätigen Rz. 930 ff.

<sup>1496</sup> Eingehend zum Begriff der invaliditätsfremden Faktoren und zu deren rechtlicher Behandlung: LOCHER THOMAS, Die invaliditätsfremden Faktoren in der rechtlichen Anerkennung von Arbeitsunfähigkeit und Invalidität, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 243- 250.

- den auf die Möglichkeit auswirkt, eine Erwerbstätigkeit auszuüben<sup>1497</sup>. Insofern ist eine Diagnose notwendige, nicht aber ausreichende Voraussetzung, um auf eine invalidisierende Gesundheitsstörung zu schliessen<sup>1498</sup>.
- 909 Das Vorliegen eines Gesundheitsschadens ist nur ein möglicher Faktor, der einen Verlust der Möglichkeit, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, zur Folge haben kann. Während im Bereich der Unfallversicherung die Leistungsabgrenzung auch über die adäquate Kausalität erfolgt, wird die Leistungspflicht der Invalidenversicherung dadurch begrenzt, dass bei einem Verlust der Erwerbsfähigkeit aufgrund invaliditätsfremder Faktoren keine Leistungen ausgerichtet werden. Nur ausnahmsweise können z.B. Fettleibigkeit, ästhetische Mängel oder Suchtverhalten relevante Gesundheitsschäden darstellen<sup>1499</sup>.
- 910 Im Zusammenhang mit psychischen Erkrankungen sah sich die Praxis mit der Tatsache konfrontiert, dass sich die Auswirkungen von psychosozialen oder soziokulturellen Faktoren auf die Erwerbsfähigkeit nicht klar von den diesbezüglichen Auswirkungen gesundheitlicher Beeinträchtigungen abgrenzen lassen. Das Bundesgericht hat dazu festgehalten, dass je stärker psychosoziale oder soziokulturelle Faktoren im Einzelfall in den Vordergrund treten und das Beschwerdebild mitbestimmen, desto ausgeprägter muss eine fachärztlich festgestellte psychische Störung von Krankheitswert vorhanden sein<sup>1500</sup>. Tritt mit anderen Worten die psychische Beeinträchtigung in den Hintergrund, mangelt es bereits am rechtlich relevanten Gesundheitsschaden. Die fehlende Berücksichtigung von psychosozialen oder soziokulturellen Faktoren ist letztlich Ausdruck davon, dass bei der Frage nach einem Anspruch auf IV-Rentenleistungen am bio-medizinischen Krankheitsmodell festgehalten wird, während sich die Medizin am bio-psycho-sozialen Krankheitsmodell orientiert<sup>1501</sup>.

### **1.3 Zumutbare Behandlung und Eingliederung**

- 911 Nach dem Wortlaut von Art. 7 ATSG liegt eine Erwerbsunfähigkeit nur vor, wenn eine zumutbare Behandlung und Eingliederung bereits erfolgt ist. Dies lässt erkennen, dass Art. 7 ATSG keine umfassend anwendbare Begriffsbeschreibung darstellt, sondern ausschliesslich im Zusammenhang mit dem Rentenanspruch Bedeutung hat<sup>1502</sup>. Die gesetzlich festgelegte Priorität der Behandlung und der Eingliederung ist Ausdruck des Grundsatzes „Eingliederung vor Rente“. Dass aus der festgelegten Priorität der Behandlung und der Eingliederung nicht abgeleitet werden kann, eine fortdauernde, von der UV übernommene Heilbehandlung stände einem Rentenanspruch der IV entgegen, ergibt sich aus der gesetzgeberischen Konzeption, wonach die Ablösung der Behandlungs- und Eingliederungsmassnahmen durch die Einzelgesetze geregelt wird<sup>1503</sup>.
- 912 Nach Art. 7 Abs. 1 IVG muss die versicherte Person alles ihr Zumutbare unternehmen, um die Dauer und das Ausmass der Arbeitsunfähigkeit und den Eintritt einer Invalidität zu verhindern. Zu diesen Pflichten gehört die Teilnahme an den in Art. 7 Abs. 2 IVG aufgeführten zumutbaren Massnahmen: Massnahmen der Frühintervention (lit. a)<sup>1504</sup>; Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung (lit. b)<sup>1505</sup>; und berufliche Massnahmen

---

<sup>1497</sup> BGE 132 V 65, Erw. 3.4.; siehe auch MEYER (Arbeitsunfähigkeit), S. 64, Fn. 93.

<sup>1498</sup> BGE 131 V 50, Erw. 1.2.

<sup>1499</sup> Siehe dazu MOSIMANN (Invaliditätsbemessung), S. 3, m. H. auf die Rechtsprechung.

<sup>1500</sup> BGE 127 V 294, Erw. 5a, m. H.

<sup>1501</sup> Vgl. Urteil BGer I 738/05 vom 1. März 2007, Erw. 5.2., m. H.

<sup>1502</sup> KIESER, N 15 zu Art. 7 ATSG; vgl. jedoch BUCHER, N 102, die aufzeigt, in welchen Fällen der Invaliditätsbegriff von Art. 8 ATSG im Zusammenhang mit Eingliederungsmassnahmen dennoch relevant ist.

<sup>1503</sup> KIESER, N 22 zu Art. 16 ATSG.

<sup>1504</sup> Weitere Hinweise siehe Rz. 702 ff.

<sup>1505</sup> Weitere Hinweise siehe Rz. 761 ff.

(lit. c)<sup>1506</sup>. Weiter erwähnt Art. 7 Abs. 2 lit. d IVG, dass die versicherte Person sich auch zumutbaren medizinischen Behandlungen nach Art. 25 KVG unterziehen müsse<sup>1507</sup>.

#### 1.4 *Bezugnahme auf den Arbeitsmarkt*

913 Art. 7 ATSG spricht vom „Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt“. Angesprochen wird damit zweierlei: Das Kriterium des „in Betracht kommenden“ Arbeitsmarktes bedeutet, dass das Vorliegen einer Erwerbsunfähigkeit unter anderem danach zu beurteilen ist, welche Erwerbsmöglichkeiten der versicherten Person angesichts der konkreten Umstände offen stehen. Da invaliditätsfremde Faktoren wie das Alter, die Ausbildung oder die Sprachkenntnisse die Stellung auf dem Arbeitsmarkt beeinflussen, sind sie in diesem Zusammenhang von Bedeutung<sup>1508</sup>.

914 Der ausgeglichene Arbeitsmarkt ist ein theoretischer und abstrakter Begriff, der als Abgrenzungskriterium zwischen der AIV und der IV dient. Er beinhaltet einerseits ein gewisses Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage an Arbeitskräften und andererseits einen Fächer verschiedener Tätigkeiten. Unter Zugrundelegung dieser Annahmen ist im konkreten Fall zu prüfen, ob es der versicherten Person möglich ist, ihre restliche Erwerbsfähigkeit zu verwerten und ob sie damit ein rentenausschliessendes Einkommen erzielen kann<sup>1509</sup>. Nicht relevant ist somit, ob die Person in ein konkretes Arbeitsverhältnis vermittelt werden kann; es ist einzig danach zu fragen, ob die verbleibende Arbeitskraft genutzt werden könnte, wenn die verfügbaren Arbeitsplätze dem Angebot an Arbeitskräften entsprechen würde<sup>1510</sup>.

#### 1.5 *Fehlende Überwindbarkeit*

915 Nach dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Satz 2 ATSG liegt eine Erwerbsunfähigkeit nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist. Kann einer versicherten Person trotz Vorliegens eines Gesundheitsschadens die Verwertung der Arbeitsfähigkeit zugemutet werden, liegt – falls die Ausübung der Verweistätigkeit im Vergleich zur angestammten Tätigkeit keine Erwerbseinbusse mit sich bringt – kein invalidisierender Gesundheitsschaden vor und die Voraussetzungen des leistungsauslösenden Begriffs der Erwerbsunfähigkeit sind nicht erfüllt. Die Frage der Überwindbarkeit stellt sich vorab im Zusammenhang mit psychischen Beschwerden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung begründet eine fachärztlich festgestellte psychische Krankheit an sich noch keine Erwerbsunfähigkeit. Zusätzlich ist erforderlich, dass im Einzelfall eine durch die gesundheitliche Schädigung bedingte Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit ausgewiesen und in ihrem Ausmass bestimmt ist. Entscheidend ist, ob und inwiefern dem Versicherten trotz seines Leidens die Verwertung der verbleibenden Restarbeitsfähigkeit noch sozial-praktisch zumutbar und für die Gesellschaft tragbar ist, wobei dies anhand eines weitgehend objektivierten Massstabs zu beurteilen ist<sup>1511</sup>.

916 Zu den überwindbaren Beeinträchtigungen werden auch Störungen gefasst, bei denen den körperlichen Symptomen kein medizinisches Korrelat gegenübergestellt werden kann<sup>1512</sup>. Die Rechtsprechung und der Gesetzgeber sprechen von „pathogenetisch-ätiologisch unklaren syn-

---

<sup>1506</sup> Weitere Hinweise siehe Rz. 718 ff.

<sup>1507</sup> Ausführlich zu den grundrechtlichen Schranken der Pflicht zur Selbsteingliederung in der Invalidenversicherung: PÄRLI (Selbsteingliederung).

<sup>1508</sup> KIESER, N 25 zu Art. 7 ATSG.

<sup>1509</sup> BGE 118 V 273, Erw. 4b.

<sup>1510</sup> EVGer vom 7. Juli 1998, Erw. 3b, AHI 1998, S. 287 ff.

<sup>1511</sup> BGE 127 V 294, Erw. 4c, m. w. H.

<sup>1512</sup> In Anlehnung an die Formulierung im Schlusstitel der 6. IV-Revision nennt JEGER die von dieser Rechtsprechung erfassten Krankheitsbilder „PÄUSBONOG“.

- dromalen Beschwerdebildern ohne nachweisbare organische Grundlage<sup>1513</sup>. Zu diesen zählen unter anderem somatoforme Schmerzstörungen<sup>1514</sup>, Fibromyalgien<sup>1515</sup> oder auch Verletzungen der Halswirbelsäule ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle<sup>1516</sup>.
- 917 Im Jahr 2004 entschied das Bundesgericht, dass eine somatoforme Schmerzstörung als solche in der Regel keine lang andauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu bewirken vermag. Ausnahmsweise wird eine zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit angenommen, wenn entweder eine selbständige psychische Begleiterkrankung (Komorbidität) von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer ärztlich ausgewiesen ist oder aber andere, qualifizierte, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllte Kriterien vorhanden sind. Gemäss Rechtsprechung „sprechen unter Umständen (1) chronische körperliche Begleiterkrankungen und mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerfristige Remission, (2) ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens, (3) ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn [...]) oder schliesslich (4) unbefriedigende Behandlungsergebnisse trotz konsequent durchgeführter ambulanter und/oder stationärer Behandlungsbemühungen (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung der versicherten Person für die ausnahmsweise Unüberwindlichkeit der somatoformen Schmerzstörung (...)“<sup>1517</sup>. In späteren Urteilen wurde diese Rechtsprechung auch auf andere Krankheitsbilder, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie schlecht oder nicht objektivierbar sind, ausgedehnt<sup>1518</sup>.
- 918 Hauptproblem an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist, dass nicht nachgewiesen ist, dass die Kriterien ein taugliches Instrumentarium darstellen, um zwischen Personen, die aufgrund ihrer Beeinträchtigung keine Erwerbstätigkeit ausüben können, und solchen, die trotz gesundheitlicher Einschränkung arbeiten können, zu differenzieren. Das Bundesgericht stützt die Voraussetzungen, unter welchen eine somatoforme Schmerzstörung ausnahmsweise eine Erwerbsunfähigkeit bewirken kann, auf eine Publikation von Klaus Foerster aus dem Jahre 1996<sup>1519</sup>. Gegen die Arbeiten von Foerster wird eingewendet, dass unklar bleibe, wie er auf diese Kriterien gekommen sei und er den Nachweis einer Korrelation zwischen seinen Kriterien und der Chance einer Wiedereingliederung nicht erbringe<sup>1520</sup>. Bei einer ablehnenden Rentenverfügung kann also nicht davon ausgegangen werden, dass die Schmerzen tatsächlich überwunden werden können und eine Eingliederung in den Arbeitsmarkt möglich ist.
- 919 Weiter wird die Einführung der Foerster-Kriterien in die Rechtsprechung kritisiert; nachdem sich das Bundesgericht unter anderem auf die Verwaltungspraxis berufen habe, seien die Kriterien von der Verwaltung übernommen worden. Dies käme einem Zirkelschluss gleich<sup>1521</sup>. Auch sei es nicht gerechtfertigt, dass die Rechtsprechung an einem im Jahr 1996 publizierten

---

<sup>1513</sup> Vgl. Schlusstitel IV-Revision 6a; JEGER, N 3.

<sup>1514</sup> BGE 130 V 352.

<sup>1515</sup> BGE 132 V 65.

<sup>1516</sup> BGE 136 V 279.

<sup>1517</sup> BGE 130 V 352, Erw. 2.2.3.

<sup>1518</sup> Zu diesen Krankheitsbildern gehören Fibromyalgien, Neurasthenien, chronische Müdigkeitssyndrome, dissoziative Sensibilitäts- und Bewegungsstörungen und Stauchungen der Halswirbelsäule ohne objektivierbare somatische Befunde (JEGER, Rz 2, m. H. auf die Rechtsprechung).

<sup>1519</sup> FOERSTER KLAUS, Begutachtung der Erwerbsfähigkeit bei psychogenen Störungen, in: SZS 1996, S. 486-502; JEGER, N 161.

<sup>1520</sup> JEGER, N 136.

<sup>1521</sup> JEGER, N 152.

Fachartikel festhalte und neue Erkenntnisse, bspw. epidemiologische Studien zu den Auswirkungen chronischer Schmerzen, nicht berücksichtigt würden<sup>1522</sup>.

## 2. Bemessung des Invaliditätsgrades

### 2.1 Regelungsinhalt von Art. 16 ATSG

- 920 Art. 16 ATSG regelt die Bemessung des Invaliditätsgrades in Bezug auf Invalidenrenten. Dies kommt gesetzessystematisch darin zum Ausdruck, dass die Bestimmung dem Abschnitt über die Geldleistungen<sup>1523</sup> zugeordnet ist. Wie die Bemessung der Invalidität in Bezug auf den Anspruch auf Sachleistungen zu erfolgen hat, ist grundsätzlich nicht Regelungsgegenstand von Art. 16 ATSG, wobei auch in diesem Zusammenhang – bspw. im Rahmen des für eine Umschulung erforderlichen Invaliditätsgrades – die gleichen Regeln zur Anwendung gelangen<sup>1524</sup>. Art. 16 ATSG regelt die Bemessung des für Invalidenrenten massgebenden Invaliditätsgrades, nicht aber das Verhältnis von Invaliditätsgrad und Rentenanspruch. Ergibt sich aus Art. 16 ATSG ein bestimmter Invaliditätsgrad, ist demnach über das Bestehen eines Rentenanspruchs noch nichts gesagt. So ist für die Invalidenversicherung einzelgesetzlich bspw. ein Mindestinvaliditätsgrad von 40% vorgesehen, damit überhaupt ein Rentenanspruch besteht<sup>1525</sup>. Auch die Abstufung der Renten ist nicht Regelungsgegenstand von Art. 16 ATSG, sondern ist ebenfalls einzelgesetzlich normiert.
- 921 Die Bemessung des Invaliditätsgrades von Erwerbstätigen erfolgt gemäss Art. 16 ATSG anhand eines Einkommensvergleiches. Dem Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), wird jenes Einkommen gegenübergestellt, das die Person erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen)<sup>1526</sup>. Nachfolgend wird dargelegt, welche verschiedenen Methoden des Einkommensvergleichs zu unterscheiden sind und welche Fragen sich im Zusammenhang mit der Bemessung des Validen- und des Invalideneinkommens stellen.
- 922 Andere Möglichkeiten den Invaliditätsgrad zu bemessen sind etwa das Abstellen auf die Unfähigkeit im bisherigen Beruf weiter tätig zu sein oder die Anwendung von Gliederskalen. Die

<sup>1522</sup> JEGER, N 161; dazu auch: GÄCHTER/TEMP; LANDOLT (Willensanstrengung) sowie insbesondere das Rechtsgutachten zur Rechtslage betreffend Zusprache von IV-Renten in Fällen andauernder somatoformer Schmerzstörungen und ähnlicher Krankheiten unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgericht bis Herbst 2012 und der Bundesgesetzgebung im Rahmen der 5. Und 6. IV-Revision von JÖRG PAUL MÜLLER und MATTHIAS KRADOLFER, einsehbar unter [http://ivinfo.files.wordpress.com/2012/12/gutachten\\_jp\\_mueller\\_2012.pdf](http://ivinfo.files.wordpress.com/2012/12/gutachten_jp_mueller_2012.pdf) (besucht am 26. Juni 2013); zum Überwindbarkeitsdogma in der Invalidenversicherung siehe ferner Rz. 15 ff.

<sup>1523</sup> Das 3. Kapitel des ATSG enthält 4 Abschnitte, die Geldleistungen sind im 2. Abschnitt, in den Art. 15 bis 20 ATSG geregelt.

<sup>1524</sup> Vgl. BUCHER, Fn. 2068, m. H.a. die Rechtsprechung und die teilweise davon abweichende Lehre. So erfolgt etwa die Bemessung des Invaliditätsgrades in Bezug auf den Anspruch auf eine berufliche Massnahme im Hinblick auf das bisherige Einkommen und nicht unter Zugrundelegung des Einkommens, welches auf dem in Betracht kommenden Arbeitsmarkt erzielt werden könnte.

<sup>1525</sup> Vgl. Art. 28 Abs. 2 IVG.

<sup>1526</sup> Aufgrund des objektiv-abstrakten Erwerbsunfähigkeitsbegriffs kann es bei der Bemessung des Invaliditätsgrades mitunter zu einer Ungleichbehandlung von Schlechterverdienenden und im Extremfall sogar zu einer „Minusinvalidität“ kommen, wenn zwar unbestrittenermassen ein Gesundheitsschaden besteht, die monetäre Bewertung der rechtlich erheblichen funktionalen Leistungsfähigkeit aber eine Besserstellung im Invaliditätsfall ergibt, da das Invalideneinkommen höher ist als das Valideneinkommen, siehe dazu ausführlich: LANDOLT (Minusinvalidität).

Berufsunfähigkeit ist mit der Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ATSG gleichzusetzen, wobei jedoch auch bei länger andauernder Beeinträchtigung Tätigkeiten in einem anderen Berufsfeld nicht berücksichtigt werden (vgl. Art. 6 Abs. 2 ATSG). In der weitergehenden beruflichen Vorsorge kann – je nach reglementarischer Ausgestaltung – der Berufsunfähigkeit als Leistungsvoraussetzung weiterhin Bedeutung zukommen<sup>1527</sup>. Der abstrakten Invaliditätsbemessung, welche gestützt auf Gliederskalen erfolgt, kommt im Bereich der Privatversicherungen Bedeutung zu. Gliederskalen weisen einer bestimmten Beeinträchtigung einen gewissen Invaliditätsgrad zu. Massgebend ist also nicht die Einbusse der Erwerbsfähigkeit, vielmehr wird direkt vom Gesundheitsschaden auf die Invalidität geschlossen.

- 923 Im Rahmen der IV sind nicht nur die Folgen einer gesundheitlich bedingten Erwerbsunfähigkeit versichert, sondern auch die Folgen einer Unfähigkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Die Bemessung des Invaliditätsgrades kann bei einer Unfähigkeit, sich weiterhin im Aufgabenbereich zu betätigen, freilich nicht mittels Einkommensvergleich, wie dies in Art. 16 ATSG vorgesehen ist, erfolgen. Die Unfähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, wird anhand eines Betätigungsvergleiches bemessen (Art. 8 Abs. 3 ATSG, Art. 28a IVG)<sup>1528</sup>. Bei der Anwendung des Betätigungsvergleiches wird geprüft, bei welchen Tätigkeiten welche Einschränkung besteht. Durch Addition der nach Tätigkeiten gewichteten Einschränkungen ergibt sich der massgebende Invaliditätsgrad. Zur Anwendung gelangt der Betätigungsvergleich bei Nichterwerbstätigen sowie teilweise bei Selbständigen.

## 2.2 Methoden des Einkommensvergleichs

- 924 Die Wahl der Methode der Invaliditätsbemessung bei Personen, die vor Eintritt des Gesundheitsschadens erwerbstätig waren und dies mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch weiterhin wären, wenn keine gesundheitliche Beeinträchtigung eingetreten wäre, hängt im Wesentlichen davon ab, ob sich die Vergleichseinkommen hinreichend genau beziffern lassen. Ist dies der Fall, wird nach der allgemeinen Einkommensvergleichsmethode vorgegangen; die ermittelten Werte werden einander gegenübergestellt, woraus sich der Invaliditätsgrad ergibt<sup>1529</sup>.
- 925 Lassen sich die Vergleichseinkommen nicht zuverlässig ermitteln oder würde die genaue ziffernmässige Einkommensermittlung einen unverhältnismässig grossen Aufwand bedeuten, werden entweder die einzusetzenden Werte geschätzt (bezifferter Schätzungsvergleich) oder es findet ein – ebenfalls auf einer Schätzung basierender – Prozentvergleich statt. Die Invaliditätsbemessung anhand einer Schätzung kommt nach der Rechtsprechung insbesondere dann zur Anwendung, wenn die für eine IV-Rente massgeblichen Grenzwerte (40%, 50%, 60% und 70%) eindeutig über- oder unterschritten werden<sup>1530</sup>. Lassen sich die Vergleichseinkommen weder zuverlässig ermitteln noch schätzen, ist in Anlehnung an die Methode bei Nichterwerbstätigen ein Betätigungsvergleich durchzuführen. Anders als bei Nichterwerbstätigen wird jedoch nicht von dessen Ergebnis direkt auf den Invaliditätsgrad geschlossen; um dem zwingenden gesetzlichen Rahmen, wonach bei Erwerbstätigen der Invaliditätsgrad mittels Einkommensvergleich zu bestimmen ist, Rechnung zu tragen, ist die durch den Betätigungsvergleich ermittelte leidensbedingte Behinderung im Hinblick auf die erwerblichen Auswirkungen zu gewichten (ausserordentliche Bemessungsmethode)<sup>1531</sup>.

---

<sup>1527</sup> Vgl. zum Invaliditätsbegriff in der beruflichen Vorsorge Rz. 939 f.

<sup>1528</sup> Siehe hinten, Rz. 930 ff.

<sup>1529</sup> Art. 16 ATSG.

<sup>1530</sup> BGE 104 V 135, Erw. 2b.

<sup>1531</sup> BGE 104 V 135, Erw. 2 c, m. H.; BGE 128 V 29, Erw. 1.

### 2.3 Ermittlung des Invaliden- und Valideneinkommens

- 926 Die Vergleichbarkeit der beiden Einkommen setzt voraus, dass bei der Bemessung der gleiche Zeitpunkt zugrunde gelegt wird<sup>1532</sup>. Um ausschliesslich den gesundheitsbedingten Verlust der Erwerbsfähigkeit zu berücksichtigen, ist erforderlich, dass Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit, welche ihre Ursache in invaliditätsfremden Gründen haben, entweder gar nicht oder im Rahmen der Bemessung beider Einkommen berücksichtigt werden (sog. Parallelität der Vergleichseinkommen)<sup>1533</sup>.
- 927 Beim *Valideneinkommen* handelt es sich um das Erwerbseinkommen, welches ohne die gesundheitliche Beeinträchtigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erzielbar wäre. Es handelt sich um ein hypothetisches Einkommen, welches jedoch so konkret wie möglich zu bemessen ist<sup>1534</sup>. Könnte gemäss statistischen Angaben für eine Tätigkeit ein höherer Lohn erzielt werden, als dies bis zum Eintritt der Invalidität der Fall war, ist gemäss Rechtsprechung auf die statistischen Werte gemäss der schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) abzustellen<sup>1535</sup>. Das Valideneinkommen ist also nicht mit dem bisherigen Verdienst gleichzusetzen, sondern bemisst sich nach dem Lohn, der durchschnittlich für die in Frage stehende Tätigkeit ausgerichtet wird. Auf den tatsächlichen Verdienst abgestellt wird auch nicht in dem Falle, dass zwei Teilzeitstellen mehr als 100% ergeben<sup>1536</sup>. In Bezug auf die Frage, inwiefern das Valideneinkommen an die nominale oder reale Lohn- oder Einkommensentwicklung anzupassen ist, ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht einheitlich<sup>1537</sup>.
- 928 Das *Invalideneinkommen* ist jenes hypothetische Einkommen, das trotz Eintritt eines Gesundheitsschadens nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung noch verdient werden könnte. Was eine Person trotz gesundheitlicher Beeinträchtigung noch verdienen könnte, wird in erster Linie unter Hinzuziehung von Tabellen bestimmt. Das tatsächlich noch erzielte Einkommen wird nur dann als für die Bemessung des Invaliditätsgrades massgebend erachtet, wenn ein besonders stabiles Arbeitsverhältnis vorliegt, die verbleibende Arbeitsfähigkeit voll ausgeschöpft wird und das Entgelt nicht als Soziallohn zu qualifizieren ist<sup>1538</sup>. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, stellt die Rechtsprechung auf Tabellenlöhne der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE)<sup>1539</sup> oder auf die interne Arbeitsplatzdokumentation der SUVA (DAP)<sup>1540</sup> ab<sup>1541</sup>. Eine einheitliche Praxis besteht indes nicht, einzelne IV-Stellen erfassen auch selbständig Arbeitsplätze<sup>1542</sup>. Eine abschliessende Antwort auf die Frage, welches Einkommen zumutbarerweise noch erzielt werden könnte, gibt es freilich nicht. So hat die Anwendung der LSE den Nachteil, dass weder nach Berufsgruppen noch regional eine Abstufung vorgenommen werden kann. Auch führt das Abstellen auf Durchschnittswerte dazu, dass – je nach Beeinträchtigung – im konkreten Fall kein den Anforderungen entsprechender Arbeitsplatz vorhanden ist. Demgegenüber beruht die DAP auf konkreten Arbeitsplätzen und lässt damit eine Bestimmung des Invalideneinkommens unter Berücksichtigung der noch zumutbaren Tätigkeit sowie weiterer persönlicher und beruflicher Umstände zu. Nachteilig wirkt sich aus, dass die DAP nicht in allen Regionen und nicht

<sup>1532</sup> BGE 129 V 222, Erw. 4.1.

<sup>1533</sup> BGE 129 V 222, Erw. 4.4, m. H.

<sup>1534</sup> MEYER (Rechtsprechung), S. 300, m. H. auf die Rechtsprechung.

<sup>1535</sup> Urteil BGer I 697/05 vom 9. März 2007, SVR 2008 IV Nr. 2.

<sup>1536</sup> Urteil BGer I 433/06 vom 23. Juli 2007, Erw. 4.1.2.

<sup>1537</sup> MEYER (Rechtsprechung), S. 303; KIESER, N 14 zu Art. 16 ATSG, m. w. H., gibt zu bedenken, dass die Löhne zwischen 1948 und 1996 gemäss BIGA-Lohnindex um durchschnittlich 5% gestiegen seien, was bei der Anpassung entsprechend zu berücksichtigen sei.

<sup>1538</sup> BGE 117 V 8, Erw. 2c/aa.

<sup>1539</sup> Siehe dazu BGE 124 V 321, Erw. 3.

<sup>1540</sup> Vgl. dazu DETTILWER STEFAN, SUVA „DAP“t nicht im Dunkeln, Invaliditätslohnbemessung anhand konkreter Arbeitsplätze, in: SZS 2006, S. 6-15.

<sup>1541</sup> Siehe dazu BGE 129 V 472, Erw. 4.2.1.

<sup>1542</sup> BGE 129 V 472, Erw. 4.2.1.



für alle Unfallversicherer verfügbar ist. Auch weist die Rechtsprechung auf die ungenügende Überprüfbarkeit der Werte hin<sup>1543</sup>.

- 929 Je länger desto mehr berücksichtigte die Rechtsprechung, dass Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen – im Vergleich zu den „gesunden“ Personen – eine Lohneinbusse erleiden. Zunächst wurde Schwerarbeitern, die nach Eintritt des Gesundheitsschadens auch für leichtere Arbeiten nur beschränkt einsatzfähig waren, ein Abzug vom Invalideneinkommen gewährt. In einem zweiten Schritt anerkannte die Rechtsprechung einen allgemeinen behinderungsbedingten Abzug, der nicht mehr nur auf Personen beschränkt war, die vor Eintritt des Gesundheitsschadens schwere körperliche Arbeit geleistet haben. Schliesslich anerkannte die Rechtsprechung, dass auch weitere persönliche und berufliche Merkmale, wie das Alter, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, die Nationalität oder der Aufenthaltsstatus sowie der Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können<sup>1544</sup>. Der Abzug beträgt maximal 25% und darf nicht schematisch gewährt werden, sondern soll unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls erfolgen<sup>1545</sup>.

### **3. Invalidität bei Nicht- und Teilerwerbstätigen**

#### **3.1 Invalidität bei Nichterwerbstätigen**

- 930 Nach der Rechtsprechung bestimmt sich der Erwerbstatus einer Person nach der hypothetischen Situation ohne Eintritt des Gesundheitsschadens. Es ist also danach zu fragen, ob im Gesundheitsfalle eine volle, eine teilweise oder keine Erwerbstätigkeit ausgeübt würde<sup>1546</sup>. Die Rechtsprechung weicht damit vom Wortlaut des Gesetzes ab; nach Art. 8 Abs. 3 ATSG gilt eine Person nur dann als nicht erwerbstätig, wenn sie vor Eintritt des Gesundheitsschadens nicht erwerbstätig war und ihr die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit auch nicht zugemutet werden kann. Da die Auslegung bereits vor Geltung des ATSG entgegen dem Wortlaut erfolgte und sich in den Materialien keine Hinweise finden, wonach von dieser Rechtsprechung abgewichen werden sollte, wird diese weiterhin als massgebend erachtet<sup>1547</sup>.
- 931 Art. 8 Abs. 3 ATSG und Art. 28a Abs. 2 IVG bestimmen, dass der Invaliditätsgrad bei nicht Erwerbstätigen nach der Unmöglichkeit, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen, zu bestimmen ist. Als Aufgabenbereich fallen insbesondere Haushaltstätigkeiten, Kindererziehung sowie karitative Tätigkeiten in Betracht<sup>1548</sup>. Die einzelnen Betätigungen des einschlägigen Aufgabenbereichs werden gewichtet und mittels Abklärung wird eruiert, welche dieser Betätigungen in welchem Ausmass noch ausgeübt werden können. Für jede Tätigkeit ergibt sich so ein Behinderungsgrad, der Gesamtinvaliditätsgrad wird durch Addition der gewichteten Einschränkungen errechnet<sup>1549</sup>.

---

<sup>1543</sup> Vgl. zum ganzen BGE 129 V 472, Erw. 4.2.1.

<sup>1544</sup> BGE 126 V 75, Erw. 5a, m. H. auf die frühere Rechtsprechung.

<sup>1545</sup> BGE 126 V 75, Erw. 5b.

<sup>1546</sup> BGE 125 V 146, Erw. 1c.

<sup>1547</sup> KIESER, N 25 zu Art. 8 ATSG.

<sup>1548</sup> Vgl. Art. 26<sup>bis</sup> IVV; KIESER, N 26 zu Art. 8 ATSG.

<sup>1549</sup> BGE 130 V 97, Erw. 3.3.2.

## 3.2 *Invalidität bei Teilerwerbstätigen*

### 3.2.1 Invalidenversicherung

932 Die Invaliditätsbemessung bei teilzeitlich Erwerbstätigen erfolgt in der IV gestützt auf Art. 27 und 27<sup>bis</sup> IVV. Nach Art. 27 IVV ist die Invalidität im nicht erwerblichen Bereich anhand der spezifischen Methode zu ermitteln. Gemäss Art. 27<sup>bis</sup> gelangt für die Bestimmung des Invaliditätsgrades im erwerblichen Bereich Art. 28 Abs. 2 IVG (Einkommensvergleich) zur Anwendung. Der Gesamtinvaliditätsgrad ergibt sich durch Addition der errechneten Invaliditätsgrade. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Einkommensvergleich unter Zugrundelegung des hypothetischen Valideneinkommens zu ermitteln, welches einem vollen Pensum entspricht. Angenommen die versicherte Person würde ohne Eintritt des Gesundheitsschadens in einem Teilpensum von 80% arbeiten, im nicht erwerblichen Bereich bestünde eine Einschränkung von 40%, das Valideneinkommen betrüge Fr. 73'500.- (100%) bzw. Fr. 58'800.- (80%) und das Invalideneinkommen Fr. 28'925.-, lassen sich die Auswirkungen wie folgt darstellen:

- Wenn als hypothetisches Valideneinkommen Fr. 58'800.- eingesetzt wird, was dem Verdienst aus einem Teilpensum von 80% entspricht, ergeben sich folgende Werte:

Invaliditätsgrad im erwerblichen Bereich: 50,8%; Invaliditätsgrad im Aufgabenbereich: 8%; Gesamtinvaliditätsgrad: 58,8%

- Das Bundesgericht setzt nun jedoch das Invalideneinkommen ins Verhältnis mit dem Lohn, der bei einer Vollzeittätigkeit verdient werden könnte:

Invaliditätsgrad im erwerblichen Bereich: 40,64%, Invaliditätsgrad im Aufgabenbereich: 8%; Gesamtinvaliditätsgrad: 48,64%

933 Die Betrachtungsweise des Bundesgerichtes hat zur Folge, dass bspw. eine Person, die vor Eintritt des Gesundheitsschadens in einem Teilpensum von 40% arbeitete und zu 50% eingeschränkt ist, im erwerblichen Bereich zu 0% invalid ist. Kritisiert wird unter anderem, dass bei Ausschöpfung der verbleibenden Erwerbsfähigkeit, d. h. bei Beibehaltung der bisherigen Tätigkeit im gleichen Pensum, für die Tätigkeit im Aufgabenbereich – meist handelt es sich um die Führung eines Mehrpersonenhaushaltes<sup>1550</sup> – keine Ressourcen mehr vorhanden seien und die freie Zeit zur Regeneration notwendig sei. Anlässlich einer Sitzung vom 25. Juni 2007 gemäss Art. 23 Abs. 2 und 3 BGG haben die vereinigten sozialrechtlichen Abteilungen die Grundsätze zur Beachtlichkeit von Wechselwirkungen zwischen Erwerbs- und Aufgabenbereich präzisiert: „Damit die sich durch die schlechte Vereinbarkeit der beiden Tätigkeitsbereiche ergebende negative gesundheitliche Auswirkung berücksichtigt werden kann, muss sie folglich offenkundig und unvermeidbar sein (beispielsweise körperlich anstrengende Berufs- und Haushaltsarbeit oder psychisch belastende berufliche und familiäre Situation [kranker Partner, behindertes Kind etc.]). Von einer vermeidbaren Wechselwirkung ist demgegenüber nach dem Gesagten auszugehen, wenn sie durch die - auf Grund der gesamten Umstände zumutbare - Wahl einer anderen Erwerbstätigkeit ausgeschlossen werden kann.“<sup>1551</sup> „Wechselwirkungen sind nur dann zusätzlich zu berücksichtigen, wenn aus den Akten erhellt, dass die Arzt- und (Haushalts-)Abklärungsberichte nicht bereits in Kenntnis der im jeweils anderen Aufgabenbereich vorhandenen Belastungssituation erstellt worden sind, und konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass eine wechselseitige Verminderung der Leistungsfähigkeit im Sinne

---

<sup>1550</sup> Vgl. BGE 125 V 146, Erw. 5c/dd.

<sup>1551</sup> BGE 134 V 9, Erw. 7.3.1.

des in E. 7.3.1 hievor Dargelegten vorliegt, die in den vorhandenen Berichten nicht hinreichend gewürdigt worden ist.“<sup>1552</sup>

- 934 Die gemischte Methode wird auch unter einem anderen Gesichtspunkt als problematisch erachtet: Der Invaliditätsgrad, der sich aus der Anwendung der spezifischen Methode für den nicht erwerblichen Bereich ergibt, liegt regelmässig unter jenem im erwerblichen Bereich. Als Folge davon liegt der Gesamtinvaliditätsgrad von Teilzeitarbeitenden, die auch im (Mehrpersonen-)Haushalt tätig sind, häufig tiefer als bei Personen, die lediglich in einem Teilpensum angestellt sind und in ihrer Freizeit keine anerkannte Tätigkeit in einem Aufgabenbereich ausüben.

### 3.2.2 Unfallversicherung

- 935 Anders als die IV versichert die UV die Folgen einer Unfähigkeit, sich in einem anerkannten Aufgabenbereich zu betätigen, nicht. Eine an die gemischte Methode angelehnte Bemessung des Invaliditätsgrades fällt somit ausser Betracht. Da Art. 7 ATSG die Erwerbsunfähigkeit als durch einen Gesundheitsschaden bedingten Verlust der *Erwerbsmöglichkeiten* definiert, hat bei Personen, die vor Eintritt des Gesundheitsschadens in einem Teilpensum gearbeitet haben, die Bemessung der Vergleichseinkommen unter der Annahme einer vollzeitlichen Tätigkeit zu erfolgen<sup>1553</sup>. Unter Umständen hat eine Person, die nach einem Unfall im gleichen Umfang weiterarbeitet, ein bedeutend höheres Gesamteinkommen, als sie im Gesundheitsfall verdienen würde: Vorausgesetzt in einem Teilpensum von 40% wird ein Verdienst von Fr. 40'000.- erzielt und die Einschränkung beträgt 60%. Die sozialversicherungsrechtlichen Leistungen belaufen sich auf Fr. 32'000.- (80% des versicherten Verdienstes). Bei vollständiger Verwertung der verbleibenden Erwerbsfähigkeit wird weiterhin ein Einkommen von Fr. 40'000.- erzielt. Dies entspricht einem Gesamteinkommen von Fr. 72'000.-. Eine Überentschädigung liegt nicht vor, weil der Verdienst, welcher infolge der Verwertung einer Restarbeitsfähigkeit erzielt wird, nicht in die Berechnung einer allfälligen Überentschädigung miteinbezogen wird<sup>1554</sup>.

### 3.2.3 Berufliche Vorsorge

- 936 Wie in der UV wird auch in der beruflichen Vorsorge bei der Bemessung des Invaliditätsgrades ausschliesslich die Unfähigkeit, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, berücksichtigt. Eine allfällige Unfähigkeit sich in einem Aufgabenbereich zu betätigen, beeinflusst den Invaliditätsgrad nicht. Anders als in der UV findet jedoch keine Aufrechnung auf ein ganzes Pensum statt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erhält eine Arbeitnehmerin, die in einem Pensum von 50% arbeitete, zu 50% erwerbsunfähig ist und ihr Arbeitsverhältnis trotz bestehendem Gesundheitsschaden in gleichem Umfang weiterführt, keine Invalidenrente nach BVG<sup>1555</sup>. Bei parallelen Arbeitsverhältnissen ist zu unterscheiden, ob eine Tätigkeit als nebenberuflich zu qualifizieren ist. Trifft dies zu, ist diese Tätigkeit nach Art. 1j Abs. 1 lit. c. BVV 2 von der obligatorischen Versicherung ausgenommen, wenn die hauptberufliche Tätigkeit dem Obligatorium unterstellt ist oder daneben eine selbständige Tätigkeit ausgeübt wird. Anders verhält es sich bei parallelen und gleichwertigen Arbeitsverhältnissen. Nach der Rechtsprechung erstreckt sich das Obligatorium auf beide Arbeitsverhältnisse<sup>1556</sup>. Wird bei einem Invaliditätsgrad von 50% ein Arbeitsverhältnis wegen gesundheitlicher Gründe aufgegeben,

---

<sup>1552</sup> BGE 134 V 9, Erw. 7.3.2, m. w. H.

<sup>1553</sup> BGE 119 V 475, Erw. 2b.

<sup>1554</sup> BGE 119 V 475, Erw. 2d; Art 69. Abs. 2 ATSG.

<sup>1555</sup> Urteil EVG vom 15. März 1999, B 47/97, Erw. 2; zur Kritik an dieser Rechtsprechung vgl. die Besprechung des erwähnten Urteils von KIESER, in: AJP 1999, S. 872 ff.

<sup>1556</sup> BGE 129 V 132, Erw. 3.4.

hat die Vorsorgeeinrichtung des betreffenden Arbeitgebers eine halbe Invalidenrente ausgerichtet<sup>1557</sup>.

#### 4. *Einheitlicher Invaliditätsgrad und Bindungswirkung*

937 Im Grundsatz geht die Rechtsprechung davon aus, dass derselbe Gesundheitsschaden in allen Sozialversicherungszweigen zum selben Ergebnis führt<sup>1558</sup>. Ein einheitlicher Invaliditätsgrad kann jedoch aus verschiedenen Gründen ausser Betracht fallen. Berücksichtigt bspw. die IV die Unfähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, kann der Entscheid der IV nur soweit massgeblich sein, als sich die Bemessung auf den erwerblichen Bereich bezieht. Ebenfalls nicht massgebend ist die Bemessung des Invaliditätsgrades durch einen Sozialversicherungszweig, wenn der Invaliditätsgrad durch Vergleich festgelegt wurde, auf einem Rechtsfehler oder einer nicht vertretbaren Ermessensausübung beruht, bloss eine grobe Bemessung erfolgt ist oder die Bemessung lediglich befristet gilt<sup>1559</sup>.

938 Wird von einem einheitlichen Invaliditätsgrad ausgegangen, stellt sich die Frage der Bindungswirkung von früher ergangenen Entscheiden. Das Bundesgericht räumte der Invaliditätsbemessung durch die SUVA zunächst Priorität gegenüber der Einschätzung durch die IV ein<sup>1560</sup>, änderte seine Rechtsprechung jedoch dahingehend, dass die Invaliditätsbemessung – trotz Einheitlichkeit der Invaliditätsbegriffes – für jeden Sozialversicherungszweig selbständig durchzuführen sei, bereits ergangene Einschätzungen indes zu berücksichtigen seien<sup>1561</sup>. Eine weitergehende Bindungswirkung anerkannte das Bundesgericht für den Fall, dass eine Verfügung einer anderen Versicherung eröffnet worden ist, diese es jedoch unterlassen hat, von ihrem Beschwerderecht Gebrauch zu machen. In diesem Fall komme eine abweichende Bemessung nur in Ausnahmefällen in Betracht<sup>1562</sup>. Mit Art. 49 Abs. 4 ATSG wurde dieser Rechtslage Rechnung getragen und in allgemeiner Form statuiert, dass jeder Versicherungsträger die Rentenverfügung auch jenen Trägern zu eröffnen hat, welche dadurch in ihrer Leistungspflicht berührt sind, und dass dieser die gleichen Rechtsmittel ergreifen kann wie die versicherte Person.

#### 5. *Invaliditätsbegriff in der beruflichen Vorsorge*

939 Entgegen dem Grundsatz, wonach die Bestimmungen des ATSG auf die berufliche Vorsorge grundsätzlich nicht anwendbar sind, erklärt das BVG für den *obligatorischen Bereich* gemäss Art. 23 Abs. 1 BVG i. V. m. Art. 28 Abs. 1 IVG und Art. 8 ATSG den Invaliditätsbegriff des ATSG als massgebend. Da die IV im Gegensatz zur beruflichen Vorsorge auch die Unfähigkeit in einer Tätigkeit im Aufgabenbereich versichert, besteht die Bindung an den Entscheid der IV nur soweit, als er sich auf den erwerblichen Bereich bezieht. Keine Bindungswirkung besteht, wenn der Entscheid der IV offensichtlich unhaltbar ist<sup>1563</sup>.

940 In der weitergehenden Vorsorge sind die Vorsorgeeinrichtungen frei, die Voraussetzungen für die Ausrichtung einer Rente festzusetzen. Eine Erweiterung kann erfolgen, indem etwa bei einer Berufsunfähigkeit Rentenleistungen erbracht werden, ein weniger weit gefasster Invalidi-

---

<sup>1557</sup> BGE 129 V 132, Erw. 4.3.

<sup>1558</sup> BGE 119 V 470, Erw. 2b (betreffend UV, IV und MV).

<sup>1559</sup> Vgl. BGE 126 V 288, Erw. 2b; KIESER, N 41 zu Art. 16 ATSG, m. H. auf die Rechtsprechung.

<sup>1560</sup> BGE 119 V 470, Erw. 2b.

<sup>1561</sup> BGE 126 V 288, Erw. 2d.

<sup>1562</sup> BGE 126 V 288, Erw. 2d.

<sup>1563</sup> BGE 120 V 106, Erw. 4b.

tätsbegriff kann bspw. unfallbedingte Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit von der Leistungspflicht ausnehmen<sup>1564</sup>.

## II. IV-Rentenleistungen der Invalidenversicherung

### 1. *Leistungsvoraussetzungen*

941 Neben einer Invalidität setzt der Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung voraus, dass die versicherte Person während eines Jahres ohne wesentliche Unterbrüche durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig gewesen und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid ist (Art. 28 Abs. 1 IVG). Ein wesentlicher Unterbruch liegt nach Art. 29<sup>ter</sup> IVV vor, wenn während 30 aufeinanderfolgenden Tagen eine vollständige Arbeitsfähigkeit vorgelegen hat. Ausnahmen vom Wartejahr bestehen für Versicherte, deren Rente nach einer Verminderung des Invaliditätsgrades oder Aufnahme einer Erwerbstätigkeit aufgehoben oder herabgesetzt wurde<sup>1565</sup>.

### 2. *Rentenabstufung*

942 Ab einem Invaliditätsgrad von 40% richtet die IV eine Viertelsrente aus. Mit jeder Erhöhung des Invaliditätsgrades um 10% erhöht sich die Rente um 25%, so dass bei einem Invaliditätsgrad von 70% Anspruch auf eine ganze Rente besteht (Art. 28 Abs. 2 IVG).

943 Um Schwelleneffekte zu vermeiden, hätte mit der *IV-Revision 6b* ein stufenloses Rentensystem eingeführt werden sollen. Die bestehenden vier Rentenstufen hätten durch ein stufenloses Rentensystem abgelöst werden sollen, nach welchem jedem Invaliditätsgrad ein bestimmter Bruchteil einer vollen Rente zugeordnet ist. Nachdem der zweite Teil der 6. IV-Revision im Parlament gescheitert ist, ändert sich das bestehende System jedoch nicht<sup>1566</sup>.

### 3. *Höhe und Dauer der Rente*

944 Die Höhe der Invalidenrente entspricht jener der AHV-Rente (Art. 37 Abs. 1 IVG). Für die Berechnung der Rente sind die Bestimmungen des AHVG sinngemäss anwendbar (Art. 36 Abs. 2 IVG). Die entsprechenden Vorschriften finden sich in Art. 29-38 AHVG sowie in Art. 50-53<sup>bis</sup> AHVV. Der Mindestbetrag der vollen Altersrente beträgt CHF 1'160.-, der Höchstbetrag folglich CHF 2'320.-. Eine ganze Vollrente in der Höhe von CHF 2'320.- wird ausbezahlt, wenn keine Beitragslücken vorliegen und wenn ein bestimmtes durchschnittliches Jahreseinkommen erzielt wird. Nach Art. 37 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG findet Art. 35 AHVG sinngemäss Anwendung, so dass Ehepaare maximal 150% des Höchstbetrages der Altersrente erhalten, sollten beide Anspruch auf eine Invalidenrente haben.

945 Nach Art. 29 Abs. 1 IVG kann der Rentenanspruch frühestens nach Ablauf von sechs Monaten nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs entstehen. Ausbezahlt wird die Rente vom

---

<sup>1564</sup> STAUFFER, N 734, m. H. auf die Rechtsprechung.

<sup>1565</sup> Art. 29<sup>bis</sup> und Art. 29<sup>quater</sup> IVV.

<sup>1566</sup> Siehe dazu: Die Bundesversammlung – Das Schweizer Parlament, 10.032 6. IV-Revision. Erstes Massnahmenpaket, 11.030 6. IV-Revision. Zweites Massnahmenpaket, <[www.parlament.ch/d/dokumentation/dossiers/iv6-revision/Seiten/default.aspx](http://www.parlament.ch/d/dokumentation/dossiers/iv6-revision/Seiten/default.aspx)> (besucht am 20. Juni 2013).

Beginn des Monats an, in dem der Rentenanspruch entsteht (Abs. 3). Der Rentenanspruch besteht nicht, solange ein Taggeldanspruch nach Art. 22 IVG besteht (Abs. 2).

- 946 Der Rentenanspruch erlischt bei Erreichen des AHV-Alters (Art. 30 IVG) oder bei einer revisionsweisen Aufhebung der Rente. Die massgebenden Vorschriften finden sich in Art. 17 ATSG, Art. 31 IVG sowie in Art. 86<sup>ter</sup>-88<sup>bis</sup> IVV. Art. 17 ATSG lässt unter der Voraussetzung der nachträglichen erheblichen Veränderung des Invaliditätsgrades ein Zurückkommen auf den ergangenen Rentenentscheid zu. Nach der Rechtsprechung kann bei einer Änderung der Rechtsprechung nur ausnahmsweise auf bereits ergangene Entscheide zurückgekommen werden<sup>1567</sup>. Voraussetzung für eine Revision der IV-Rente ist eine Änderung der anspruchsbegründenden Tatsachen, welche in einer Änderung des Gesundheitszustands, der medizinisch-theoretischen Arbeitsunfähigkeit, der massgebenden Vergleichseinkommen oder der Methode der Invaliditätsbemessung bestehen kann<sup>1568</sup>. Um den Anreiz zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder zur Erhöhung eines bestehenden Teilzeitpensums zu erhöhen, ist in Art. 31 IVG vorgesehen, dass die Rente nur dann revidiert wird, wenn die Einkommensverbesserung jährlich mehr als CHF 1'500.- beträgt (Art. 31 Abs. 1 IVG). Ausserdem werden vom Betrag, der CHF 1'500.- übersteigt, nur zwei Drittel berücksichtigt (Abs. 2).

#### 4. Weitere Leistungen der IV

- 947 Besteht Anspruch auf eine Invalidenrente und hat die anspruchsberechtigte Person Kinder, die unter 18 Jahren alt sind, bzw. unter 25 Jahren alt und in Ausbildung sind, wird überdies eine Kinderrente in der Höhe von 40% der Invalidenrente ausgerichtet (Art. 35 und 38 IVG i. V. m. Art. 25 AHVG).
- 948 Neben den Renten richtet die IV an Geldleistungen auch Hilflosenentschädigungen aus. Anspruchsberechtigt ist, wer Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat und hilflos ist (Art. 42 Abs. 1 IVG). Nach Art. 9 ATSG ist eine Person hilflos, wenn sie wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf. Ergänzend zu Art. 9 ATSG ist in Art. 42 Abs. 3 IVG festgehalten, dass eine Person auch hilflos ist, wenn sie zu Hause lebt und wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit dauernd auf lebenspraktische Begleitung angewiesen ist, dass bei Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit nur dann eine Hilflosigkeit vorliegt, wenn Anspruch auf eine Viertelsrente besteht und dass die Angewiesenheit auf lebenspraktische Begleitung immer einer leichten Hilflosigkeit gleichkommt. Die Höhe der Hilflosenentschädigung richtet sich nach dem Ausmass der Hilflosigkeit (Art. 42<sup>ter</sup> Abs. 1 IVG). Unterschieden werden die schwere, die mittelschwere und die leichte Hilflosigkeit (Art. 42 Abs. 2 IVG). Die Entschädigung beträgt 20%, 50% oder 80% des Höchstbetrages der Altersrente, je nach dem Grad der Hilflosigkeit.

---

<sup>1567</sup> BGE 135 V 201, Erw. 6f.; Vgl. dazu auch: BRUNNER ANDREAS/BIRKHÄUSER NOAH, Somatoforme Schmerzstörung - Gedanken zur Rechtsprechung und deren Folgen für die Praxis, insbesondere mit Blick auf die Rentenrevision, in: BJM 2007 S. 169 ff.

<sup>1568</sup> Vgl. dazu: KIESER, N 16ff. zu Art. 17 ATSG, m. w. H.

### III. IV-Rentenleistungen der Unfallversicherung

#### 1. Leistungsvoraussetzungen

949 Nach Art. 18 Abs. 1 UVG besteht Anspruch auf eine Invalidenrente der Unfallversicherung, wenn die versicherte Person infolge eines Unfalls<sup>1569</sup> mindestens 10% invalid<sup>1570</sup> ist.

950 Auf Verordnungsstufe hat der Gesetzgeber gestützt auf Art. 18 Abs. 3 UVG ergänzende Bestimmungen zur Ermittlung des Invaliditätsgrades erlassen. Gemäss Art. 28 Abs. 2 UVV ist der Invaliditätsgrad bei Personen, die mehrere unselbständige Tätigkeiten ausgeübt haben, entsprechend der Behinderung in sämtlichen Tätigkeiten zu bestimmen. Wird hingegen neben einer unselbständigen Tätigkeit eine nicht versicherte oder nicht entlohnte Tätigkeit ausgeübt, wird die Behinderung in diesem Bereich nicht berücksichtigt. Nach Art. 28 Abs. 3 UVV wird eine bestehende Erwerbseinbusse aufgrund der Unfähigkeit, eine nicht versicherte Tätigkeit auszuüben, bei einer infolge eines späteren Unfallereignisses durchzuführenden Bemessung des Invaliditätsgrades nicht berücksichtigt. Schliesslich bestimmt Art. 28 Abs. 4 UVV, dass bei fortgeschrittenem Alter des Ansprechers, wenn die Erwerbstätigkeit altershalber nicht mehr aufgenommen wird oder sich das vorgerückte Alter erheblich auf die Erwerbsfähigkeit auswirkt, der Invaliditätsgrad unter Berücksichtigung der Einkommen, welche im mittleren Alter erzielt werden könnten, ermittelt wird.

#### 2. Rentenabstufung

951 Bei Teilinvalidität wird die Invalidenrente *entsprechend* gekürzt (Art. 20 Abs. 1 UVG). Die entsprechende Kürzung bei Teilinvalidität bedeutet, dass der Invaliditätsgrad dem prozentualen Anteil einer ganzen Rente entspricht. Anders als in der Invalidenversicherung besteht in der Unfallversicherung eine prozentgenaue Rentenabstufung. Dies entspricht auch der Lösung, wie sie im Rahmen der IV-Revision 6b vorgesehen war<sup>1571</sup>.

#### 3. Höhe und Dauer der Rente

952 Die *ganze* Invalidenrente der Unfallversicherung beträgt 80% des versicherten Verdienstes. Hat die versicherte Person daneben noch Anspruch auf eine Rente der AHV oder IV, wird ihr von der UV eine Komplementärrente ausgerichtet (Art. 20 Abs. 2 UVG). Die Höhe der Komplementärrente entspricht der Differenz zwischen der Rente aus der ersten Säule und 90% des versicherten Verdienstes. Bezieht eine Personen eine Rente der Invalidenversicherung und erhöht sich diese infolge eines Unfalls, wird in die Berechnung der Komplementärrente nur jener Teil der Rente der IV miteinbezogen, der unfallbedingt hinzu gekommen ist (Art. 32 Abs. 2 UVV).

953 Der Rentenanspruch entsteht, sobald von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung keine namhafte Verbesserung des Gesundheitszustands mehr erwartet werden kann und allfällige Massnahmen der Invalidenversicherung abgeschlossen sind (Art. 19 Abs. 1 UVG). Ist die ärztliche Behandlung abgeschlossen, steht jedoch der Entscheid der IV betreffend Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen noch aus, besteht gemäss Art. 30 Abs. 1 UVV Anspruch auf

---

<sup>1569</sup> Zum Unfallbegriff siehe Rz. 287; zur Frage der Kausalität zwischen Unfallereignis und gesundheitlicher Beeinträchtigung siehe Rz. 292 ff.

<sup>1570</sup> Zum Begriff der Invalidität siehe Rz. 905 ff.

<sup>1571</sup> Siehe dazu Rz. 943 f.

- eine *Übergangsrente*. Der für die Höhe der Übergangsrente massgebliche Invaliditätsgrad wird, zumindest solange die Rückkehr in den bisherigen Beruf nicht ausgeschlossen werden kann, unter Berücksichtigung der Einschränkung in diesem bemessen<sup>1572</sup>.
- 954 Der Rentenanspruch erlischt mit gänzlicher Abfindung, mit dem Auskauf der Rente oder dem Tod der versicherten Person (Art. 19 Abs. 2 UVG). Kein Erlöschensgrund ist das Erreichen des Rentenalters. Auch ist eine revisionsweise Aufhebung der Rente nach Erreichen des Pensionsalters ausgeschlossen (Art. 22 UVG).
- 955 Gemäss Art. 23 Abs. 1 UVG kann anstelle einer Rente eine einmalige Abfindung ausgerichtet werden, wenn aus der Art des Unfalles und dem Verhalten der versicherten Person geschlossen werden kann, dass diese durch eine einmalige Entschädigung wieder erwerbsfähig würde. Anspruch auf eine Abfindung haben Personen, die sich von den somatischen Unfallfolgen erholt haben, jedoch weiterhin aufgrund einer Neurose erwerbsunfähig sind<sup>1573</sup>. Die Höhe der Abfindung ist auf höchstens den dreifachen versicherten Jahresverdienst beschränkt. Die Summe ergibt sich aus der Summe an Rentenleistungen, welche in der Zeit des mutmasslichen Eingliederungsprozesses ausgerichtet worden wären (Art. 35 Abs. 1 UVV).
- 956 Ein Auskauf der Rente nach ihrem Barwert kann grundsätzlich nur mit dem Einverständnis der versicherten Person und in deren offenkundigem langfristigen Interesse erfolgen; ist die Höhe der Rente jedoch geringer als die Hälfte des Höchstbetrages des versicherten Tagesverdienstes, kann ein Auskauf jederzeit und ohne weitere Voraussetzungen stattfinden (Art. 35 Abs. 1 UVG). Gemäss Art. 46 Abs. 1 UVV können Komplementärrenten in jedem Fall nur mit dem Einverständnis und im offenkundigen langfristigen Interesse der rentenberechtigten Person ausgekauft werden. Kommt es nach Auskauf der Rente zu einer unfallbedingten erheblichen Erhöhung des Invaliditätsgrades, kann die versicherte Person eine entsprechende Invalidenrente beanspruchen (Art. 35 Abs. 2 UVG), wobei bei der Berechnung der Komplementärrente aufgrund des neuen Unfalls die ausgekaufte Rente als fortbestehend gilt (Art. 46 Abs. 3 UVV).
- 957 Eine Rente der UV kann des Weiteren durch Ablauf einer in der Verfügung festgesetzten Zeitdauer enden. Eine Abstufung oder eine Befristung der Rente und die damit verbundene antizipierte Beweiswürdigung wird bei Fingerverletzungen als zulässig erachtet<sup>1574</sup>. Hintergrund bildet die Erfahrungstatsache, dass Fingerverstümmelungen zwar eine bleibende Gesundheitsschädigung darstellen, in der Regel jedoch nach einer Anpassungszeit keine oder nur noch geringe Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit haben<sup>1575</sup>. Im Zeitpunkt der prognostizierten Wiedererlangung oder Verbesserung der Erwerbsfähigkeit kann die Richtigkeit der Prognose im Revisionsverfahren überprüft werden<sup>1576</sup>.

## **4. Weitere Leistungen der UV**

### **4.1 Integritätsentschädigung**

- 958 Besteht nach einem Unfall eine lebenslange Schädigung der körperlichen oder geistigen Integrität, die augenfällig oder stark beeinträchtigend ist, besteht Anspruch auf eine einmalige Integritätsentschädigung (Art. 24 Abs. 1 UVG, Art. 36 Abs. 1 UVV). Die Integritätsentschädi-

---

<sup>1572</sup> BGE 116 V 246, Erw. 2 f.

<sup>1573</sup> BGE 103 V 83, Erw. 1; RUMO-JUNGO (Rechtsprechung), S. 23.

<sup>1574</sup> BGE 106 V 48, Erw. 1 m. H.

<sup>1575</sup> BGE 106 V 48, Erw. 2a.

<sup>1576</sup> Vgl. dazu RKUV 2001, Nr. U 444, S. 552 ff.



gung wird mit der Invalidenrente oder – falls kein Anspruch auf eine Rente besteht – bei Beendigung der ärztlichen Behandlung gewährt (Art. 24 Abs. 2 UVG) und entspricht maximal dem Höchstbetrag des versicherten Jahresverdienstes (Art. 25 Abs. 1 UVG). Im Anhang 3 UVV sind in einer Skala verschieden Körperschäden Prozentzahlen zugeordnet. Im Regelfall entspricht die Entschädigung dem entsprechenden Prozentsatz des Höchstbetrages des versicherten Verdienstes, die Entschädigung für nicht aufgeführte Beeinträchtigungen wird nach dem Grad der Schwere des Schadens vom Skalenwert abgeleitet.

## 4.2 *Übergangentschädigung*

959 Gemäss Art. 84 Abs. 2 UVG können die Durchführungsorgane Versicherte, die hinsichtlich Berufsunfällen oder Berufskrankheiten durch bestimmte Arbeiten besonders gefährdet sind, von diesen Arbeiten ausschliessen. Unter der Voraussetzung, dass die betroffene Person durch den Ausschluss von ihrer bisherigen Arbeit in ihrem beruflichen Fortkommen erheblich beeinträchtigt ist, kann ihr eine Übergangentschädigung ausgerichtet werden. Die Entschädigung wird in Form eines Taggeldes (Art. 83 ff. VUV) oder einer länger andauernden Übergangentschädigung (Art. 85 ff. VUV) ausgerichtet.

960 Nach Art. 83 VUV hat Anspruch auf ein Übergangstaggeld, wer von einer Arbeit befristet oder dauernd ausgeschlossen ist und deswegen für kurze Zeit in erhebliche erwerbliche Schwierigkeiten gerät. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Arbeitsplatz unverzüglich verlassen werden muss und kein Anspruch auf Lohn mehr besteht. Das Übergangstaggeld entspricht dem vollen Taggeld nach Art. 17 Abs. 1 UVG und wird während höchstens 4 Monaten ausgerichtet (Art. 84 VUV).

961 Bleibt die versicherte Person aufgrund einer Nichteignungsverfügung trotz zumutbarer Anstrengungen in ihrem wirtschaftlichen Fortkommen erheblich beeinträchtigt und wurde vor Erlass der Verfügung oder dem notwendigen Berufswechsel die gefährdende Tätigkeit in einem Zeitraum von zwei Jahren während mindestens 300 Tagen ausgeübt, wird ihr eine Übergangentschädigung ausgerichtet (Art. 86 Abs. 1 lit. a und b VUV). Die Entschädigung beträgt 80% der Lohneinbusse, welche die versicherte Person wegen der Nicht- oder Teileignungsverfügung erleidet, und wird während höchstens vier Jahren ausgerichtet (Art. 87 VUV).

## IV. **IV-Rentenleistungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge**

### 1. *Obligatorische Versicherung*

962 Bei der beruflichen Vorsorge ist – vereinfacht gesagt – zwischen dem obligatorischen und dem überobligatorischen Bereich zu unterscheiden. Während der obligatorische Bereich dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist und das Vorsorgeverhältnis auf Gesetz beruht, handelt es sich bei der weitergehenden Vorsorge um ein privatrechtliches Vertragsverhältnis, das durch übereinstimmende Willensäusserung (Art. 1 OR) begründet wird. Die Bestimmungen des BVG sind nur auf Vorsorgeeinrichtungen anwendbar, welche die obligatorische Versicherung durchführen und sich deshalb in das Register für die berufliche Vorsorge eintragen müssen (Art. 5 BVG Abs. 2, Art. 48 Abs. 1 BVG). Einzelne Bestimmungen, namentlich jene über die finanzielle Sicherheit gelten für alle Vorsorgeeinrichtungen, die bei Erreichen der Altersgrenze, bei Tod oder bei Invalidität einen reglementarischen Anspruch auf Leistungen gewähren (Art. 5 Abs. 2 BVG i. V. m. Art. 1 Abs. 2 FZG). Im Rahmen der Bestimmungen gemäss BVG sind die Vorsorgeeinrichtungen in der Gestaltung ihrer Leistungen, in deren Finanzierung und ihrer Organisation frei (Art. 49 Abs. 1 BVG). Art. 49 Abs. 2 BVG zählt jene Vorschriften auf,

die auch bei Gewährung von Leistungen, die über die Mindestleistungen gemäss BVG hinausgehen, Anwendung finden.

- 963 Für die Risiken Invalidität und Tod sind Arbeitnehmende ab dem 1. Januar nach Vollendung des 17. Lebensjahres obligatorisch versichert, sofern der Jahreslohn bei einem Arbeitgeber mehr als CHF 21'060.- beträgt (Eintrittsschwelle; Art. 7 Abs. 1 BVG, Art. 5 BVV 2)<sup>1577</sup>. Wird das Mindesteinkommen nur durch die Einkommen, die bei verschiedenen Arbeitgebern verdient werden, erreicht, besteht die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung (Art. 46 Abs. 1 BVG). Die obligatorische Versicherung beginnt mit dem Antritt des Arbeitsverhältnisses und endet bei Erreichen des ordentlichen Rentenalters, bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses oder bei Unterschreitung des Mindestlohnes (Art. 10 BVG). Sinkt der Jahreslohn vorübergehend wegen Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit oder aus ähnlichen Gründen, bleibt der Lohn mindestens so lange in der bisherigen Höhe versichert, wie die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR andauern würde, wobei der Arbeitnehmende die Herabsetzung des versicherten Lohnes verlangen kann (Art. 8 Abs. 3 BVG).
- 964 Der in der 2. Säule versicherte Lohn beträgt CHF 24'570.- bis CHF 84'240.- (Art. 8 Abs. 1 BVG, Art. 5 BVV 2)<sup>1578</sup>. Der nach BVG versicherte Verdienst wird als „koordinierter“ Lohn bezeichnet. Wird die Eintrittsschwelle von CHF 20'880.- überschritten und liegt der Lohn tiefer als der mindestens zu versichernde Verdienst, wird dennoch auf einen Betrag von CHF 24'570 abgestellt (vgl. Art. 8 Abs. 2 BVG).

## 2. *Anspruchsvoraussetzungen und Rentenabstufung*

### 2.1 *Anspruchsvoraussetzungen*

- 965 Der Anspruch auf eine Invalidenrente der Vorsorgeeinrichtung setzt eine Invalidität im Sinne der IV von mindestens 40% sowie das Bestehen eines Versicherungsverhältnisses bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, deren Ursache zur Invalidität geführt hat, voraus (Art. 23 lit. a BVG). Für Personen, die an einem Geburtsgebrechen leiden oder bereits als Minderjährige invalid waren, gelten besondere Regeln (Art. 23 lit. b und c BVG).
- 966 Der Wortlaut von Art. 23 lit. a BVG macht klar, dass die Versicherteneigenschaft zur Zeit des Eintritts der Invalidität nicht gegeben sein muss, sondern die in ihrer Gesundheit beeinträchtigte Person lediglich im Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit, deren Ursache später zur Invalidität geführt hat, dem Obligatorium unterstellt gewesen sein muss<sup>1579</sup>.
- 967 Zwar findet das ATSG auf die berufliche Vorsorge im Grundsatz keine Anwendung, der Verweis in Art. 23 lit. a BVG auf die Invalidität im Sinne der IV<sup>1580</sup> führt jedoch zur Anwendung der entsprechenden Bestimmungen über die Invalidität gemäss ATSG. Der Verweis betrifft nur das Obligatorium, so dass im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge der Invaliditätsbegriff frei festgelegt werden kann<sup>1581</sup>.
- 968 Die Leistungspflicht der Vorsorgeeinrichtung erfordert darüber hinaus einen engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen während des Versicherungsverhältnisses eingetretener Arbeitsunfähigkeit und der rentenbegründenden Invalidität. Liegt der Erwerbsunfähigkeit

---

<sup>1577</sup> Stand am 1. Juli 2013.

<sup>1578</sup> Stand am 1. Juli 2013.

<sup>1579</sup> Vgl. BGE 118 V 35, Erw. 2b/aa.

<sup>1580</sup> Zu den Begriffen der Erwerbsunfähigkeit und der Invalidität gemäss ATSG siehe Rz. 905 ff.

<sup>1581</sup> Siehe dazu STAUFFER, N 728 f.

im Wesentlichen dieselbe Gesundheitsbeeinträchtigung wie der vorangehenden Arbeitsunfähigkeit zugrunde, ist der sachliche Zusammenhang zu bejahen. An einem genügenden zeitlichen Zusammenhang fehlt es, wenn die ansprechende Person nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit während längerer Zeit wieder arbeitsfähig ist. Als Grenzwert wird eine Dauer von drei Monaten genannt, massgebend sind jedoch die konkreten Umstände des Einzelfalles<sup>1582</sup>.

## 2.2 Rentenabstufung

969 In der beruflichen Vorsorge gilt dieselbe Rentenabstufung wie im Rahmen des IVG: Nach Art. 24 BVG entsprechen Invaliditätsgrade von mehr als 40%, 50%, 60% und 70% einer Viertels-, Halb-, Dreiviertels und einer ganzen Rente.

## 3. Höhe und Dauer der Rente

970 Die Höhe der Invalidenrente hängt von mehreren Faktoren ab. Relevant sind der versicherte Verdienst, die Höhe des Altersguthabens und der künftigen Altersgutschriften, der Umwandlungssatz sowie das Alter der versicherten Person.

971 Das Altersguthaben besteht aus den Altersgutschriften samt Zinsen für die Zeit, während der die versicherte Person der Vorsorgeeinrichtung angehört hat sowie dem Altersguthaben samt Zinsen, das als Freizügigkeitsleistung von der vorangehenden Vorsorgeeinrichtung überwiesen und dem Versicherten gutgeschrieben wurde (Art. 15 Abs. 1 BVG). Das Altersguthaben ergibt sich aus der Addition der jährlichen Gutschriften. Diese werden in Prozenten des koordinierten Lohnes berechnet, wobei je nach Altersgruppe sieben bis achtzehn Prozent des koordinierten Lohnes gutgeschrieben werden (Art. 16 BVG). Zum bestehenden Altersguthaben wird die Summe der Altersgutschriften hinzugezählt, die bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters hinzugekommen wären, verzinst werden diese hypothetischen Altersgutschriften jedoch nicht (Art. 24 Abs. 3 lit. b BVG). Grundlage dieser Gutschriften bildet der koordinierte Lohn, der während des letzten Jahres erzielt wurde (Art. 24 Abs. 4 BVG). Das so berechnete Altersguthaben wird mit dem Umwandlungssatz multipliziert, woraus sich die jährliche Invalidenrente ergibt.

972 Art. 26 Abs. 1 BVG verweist betreffend den Beginn des Anspruchs auf Invalidenleistungen auf Art. 29 IVG. Gemäss Art. 29 IVG entsteht der Rentenanspruch frühestens nach Ablauf von sechs Monaten nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Artikel Art. 29 Abs. 1 ATSG. Reglementarisch kann vorgesehen werden, dass der Anspruch auf eine Invalidenrente solange aufgeschoben wird, wie die versicherte Person den vollen Lohn erhält (Art. 26 Abs. 2 BVG). Unter den Voraussetzungen, dass Taggelder mindestens 80% des Lohnes abdecken und sich die Arbeitgeberin zumindest hälftig an den Prämien beteiligt, kann der Anspruch auch bis zum Ende der Taggeldleistungen aufgeschoben werden (Art. 26 BVV2)<sup>1583</sup>.

973 Der Anspruch auf eine Invalidenrente erlischt mit dem Tode des Anspruchsberechtigten oder mit dem Wegfall der Invalidität (Art. 26 Abs. 3 BVG). Im obligatorischen Bereich endet der Rentenanspruch nicht bei Erreichen des Rentenalters<sup>1584</sup>, in der weitergehenden Vorsorge kann eine entsprechende Vereinbarung getroffen werden.

---

<sup>1582</sup> Vgl. zum ganzen Abschnitt MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, S. 242 f.

<sup>1583</sup> Siehe dazu BGE 123 V 193, Erw. 5c/cc.

<sup>1584</sup> Siehe dazu BGE 130 V 369, Erw. 2.1.

#### **4. Weiterführung des Alterskontos**

974 Nach Art. 14 Abs. 1 BVV2 muss die Vorsorgeeinrichtung, die einer versicherten Person eine Invalidenrente ausrichtet, deren Alterskonto weiterführen. Berechnungsgrundlage für die Altersgutschriften bildet der koordinierte Lohn während des letzten Versicherungsjahres (Abs. 3). Das Altersguthaben ist zu verzinsen (Abs. 2). Indem das Alterskonto weitergeführt wird und das Guthaben verzinst wird, erleidet die versicherte Person bei einem Wiedereintritt ins Erwerbsleben keinen Nachteil. Besteht die Invalidität bis zum Erreichen des Rentenalters fort, besteht kein Anspruch auf Auszahlung der weitergeführten Altersgutschriften<sup>1585</sup>. Art. 15 BVV2 regelt die Aufteilung der Altersgutschriften bei Erlangung einer Teilerwerbsfähigkeit.

### **V. Die Koordination von Invalidenrenten**

#### **1. Einleitung**

975 Bei Rentenleistungen stellt sich die Frage der Koordination von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen auf der einen Seite und privatversicherungsrechtlichen Ansprüchen auf der anderen Seite nicht im selben Masse, wie dies im Rahmen der Taggeldkoordination der Fall ist. Da das Risiko der Erwerbsunfähigkeit – zumindest theoretisch – bei Arbeitnehmern weitgehend durch obligatorische Versicherungen abgedeckt ist, ist ein Auskommen auch im Falle gesundheitlicher Beeinträchtigung weitgehend sichergestellt. Nachfolgend wird deshalb nicht auf die Koordination von sozial- und privatversicherungsrechtlichen Rentenleistungen eingegangen. Behandelt werden demgegenüber Fragen, die sich bei Zusammentreffen von Renten- und Taggeldleistungen stellen können.

976 Vorliegend interessiert die Koordination von Leistungen, welche aufgrund eines Gesundheitsschadens an die betroffenen Personen ausgerichtet werden. Nicht behandelt werden deshalb Fragen, welche die Koordination von Alters- und Hinterlassenenleistungen sowie Sachleistungen betreffen.

#### **2. Intrasystemische Koordination**

##### **2.1 Einleitung**

977 Treffen Leistungen desselben Sozialversicherungsträgers aufeinander, spricht man von intrasystemischer Koordination. Keine Anwendung findet das ATSG; dessen Koordinationsvorschriften finden nur Anwendung, wenn Leistungen verschiedener Sozialversicherungen aufeinandertreffen (vgl. Art. 63 Abs. 1 ATSG)<sup>1586</sup>. Die Frage der Abstimmung von Leistungen desselben Sozialversicherungsträgers stellt sich beim Aufeinandertreffen von Renten- und Taggeldleistungen. Im Rahmen der beruflichen Vorsorge und der Unfallversicherung kann überdies unklar sein, welche Vorsorgeeinrichtung bzw. welcher Unfallversicherer zuständig ist. Die relevanten Bestimmungen finden sich in den Einzelgesetzen.

---

<sup>1585</sup> BGE 127 V 309, Erw. 2c.

<sup>1586</sup> Eine Ausnahme bildet Art. 67 ATSG, der die Möglichkeit der Herabsetzung von Taggeld- oder Rentenleistungen vorsieht, wenn sich die berechtigte Person zu Lasten einer Sozialversicherung in einer Heilanstalt aufhält.

## 2.2 *Koordination in der Invalidenversicherung*

978 Nach Art. 29 Abs. 2 IVG kann der Rentenanspruch nicht entstehen, solange die versicherte Person ein Taggeld der IV beanspruchen kann. Kommen Eingliederungsmassnahmen aufgrund fehlender Eingliederungsfähigkeit nicht in Betracht und besteht Anspruch auf eine Rente<sup>1587</sup>, stellt sich bei späterer Durchführung von Eingliederungsmassnahmen während der Wartezeit die Frage nach dem Anspruch auf Taggelder. Art. 18 Abs. 3 IVV sieht für solche Fälle vor, dass kein Anspruch auf Taggelder besteht.

## 2.3 *Koordination in der Unfallversicherung*

979 Welcher Versicherungsträger leistungspflichtig ist, bestimmt sich nach Art. 77 UVG. Bei Berufsunfällen und Berufskrankheiten ist jener Versicherer leistungspflichtig, bei dem die Versicherung zur Zeit des Unfalles bestanden hat, bzw. bei dem die Versicherung bestanden hat, als der Arbeitnehmer zuletzt durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten gefährdet war (Art. 77 Abs. 1 UVG). Bei Nichtberufsunfällen ist der Versicherer leistungspflichtig, bei dem die betroffene Person zuletzt auch gegen Berufsunfälle versichert war (Art. 77 Abs. 2 UVG). Gestützt auf Art. 77 Abs. 3 UVG hat der Bundesrat die Leistungspflicht für den Fall, dass eine Arbeitnehmerin bei mehreren Arbeitgebern beschäftigt ist, geregelt: Bei Berufsunfällen ist der Versicherer jenes Arbeitgebers leistungspflichtig, in deren Dienst sich der Unfall ereignet hat (Art. 99 Abs. 1 UVV), bei Nichtberufsunfällen wird darauf abgestellt, für welchen Arbeitgeber zuletzt Dienste geleistet wurden (Art. 99 Abs. 2 UVV). Werden Rentenleistungen oder eine Integritätsentschädigung ausgerichtet, haben sich die Versicherungen der anderen Arbeitgeber daran zu beteiligen.

980 Die Koordination von Renten und Taggeldern der UV erfolgt durch Art. 19 UVG. Gemäss zweitem Satz der Bestimmung fallen mit dem Rentenbeginn die Taggeldleistungen dahin. Erhält eine Arbeitnehmerin eine Übergangentschädigung<sup>1588</sup>, kann ihr diese auf die Taggeld- oder Rentenleistungen angerechnet werden (Art. 87 Abs. 2 VUV).

## 2.4 *Koordination in der beruflichen Vorsorge*

981 Die Leistungspflicht mehrerer in Frage kommender Vorsorgeeinrichtungen wird durch Art. 23 BVG koordiniert. Danach ist jene Vorsorgeeinrichtung leistungspflichtig, bei welcher die Person zur Zeit des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit, deren Ursache später zur Erwerbsunfähigkeit führt, versichert war. Besteht Unklarheit über die Zuständigkeit, besteht eine Vorleistungspflicht für jene Einrichtung, bei welcher die erwerbsunfähige Person zuletzt versichert war (Art. 22 Abs. 4 und Art. 26 Abs. 4 BVG).

## 3. *Intersystemische Koordination von Invalidenrenten*

### 3.1 *Grundsatz*

982 Die intersystemische Koordination von Renten und Abfindungen wird in Art. 66 ATSG geregelt. Gemäss Art. 66 Abs. 1 ATSG werden Renten und Abfindungen verschiedener Sozialver-

---

<sup>1587</sup> Vgl. dazu BGE 121 V 190, Erw. 4a.

<sup>1588</sup> Siehe dazu Rz. 959 ff.

sicherungen unter Vorbehalt der Überentschädigung kumulativ gewährt<sup>1589</sup>. Die Leistungen werden in folgender Reihenfolge erbracht (Art. 66 Abs. 2 ATSG):

- Invalidenversicherung
- Militär- oder Unfallversicherung
- Vorsorgeeinrichtung BVG<sup>1590</sup>

### 3.2 *Krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit*

983 Bei krankheitsbedingter Erwerbsunfähigkeit sind die Leistungen der IV mit jenen der beruflichen Vorsorge zu koordinieren. Aufgrund von Art. 66 Abs. 2 ATSG werden die Leistungen der IV gemäss den gesetzlichen Vorgaben ausgerichtet. Die Vorsorgeeinrichtung kürzt ihre Leistungen in dem Masse, als diese zusammen mit den übrigen anrechenbaren Einnahmen 90 Prozent des mutmasslich entgangenen Verdienstes betragen. Die Leistungen der IV werden dabei grundsätzlich vollumfänglich angerechnet<sup>1591</sup>.

984 Keine vollumfängliche Anrechnung der Leistungen der IV erfolgt, wenn die IV auch aufgrund einer Unfähigkeit in einem Aufgabenbereich tätig zu sein, Leistungen erbringt. Anders als in der IV ist im Rahmen der beruflichen Vorsorge nur der erwerbliche Bereich versichert. Für die Vorsorgeeinrichtung ist die Invaliditätsbemessung der IV-Stelle folglich insofern unbeachtlich, als sich diese auf den aussererwerblichen Bereich bezieht. Gleichermassen ist die Rente der IV, soweit sie sich auf den aussererwerblichen Bereich bezieht, nicht in die Überentschädigungsberechnung einzubeziehen. Welcher Teil der Rente zu berücksichtigen ist, richtet sich erstens nach dem jeweiligen Verhältnis von erwerblichem und aussererwerblichem Bereich sowie der Höhe der Invalidität in beiden Bereichen<sup>1592</sup>.

### 3.3 *Unfallbedingte Erwerbsunfähigkeit*

985 Bei unfallbedingter Erwerbsunfähigkeit können Leistungen der IV, der UV und der beruflichen Vorsorge aufeinandertreffen. Aufgrund der in Art. 66 Abs. 2 ATSG festgesetzten Reihenfolge hat zunächst eine Koordination von Leistungen der IV und der UV zu erfolgen. Sodann stellt sich die Frage, ob darüber hinaus noch Anspruch auf Leistungen der beruflichen Vorsorge besteht.

986 Nach Art. 20 Abs. 2 UVG richtet die UV, falls gleichzeitig Anspruch auf eine Rente der IV besteht, eine Komplementärrente aus. Die Höhe entspricht der Differenz zwischen dem Betrag der IV-Rente und 90 Prozent des versicherten Verdienstes, höchstens jedoch dem für Voll- oder Teilinvalidität vorgesehenen Höchstbetrag. Der versicherte Verdienst bemisst sich grundsätzlich anhand des innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogenen Lohnes (Art. 15 Abs. 2 UVG, Art. 22 Abs. 4 UVV) und ist auf CHF 126'000.- beschränkt (Art. 22 Abs. 1 UVV).

987 Nach Art. 31 Abs. 1 UVV ist grundsätzlich die gesamte Rente der IV in die Berechnung der Komplementärrente miteinzubeziehen. Nicht die gesamte Rente ist zu berücksichtigen, wenn diese auch für Tätigkeiten ausgerichtet wird, die in der UV nicht versichert sind (ausserer-

---

<sup>1589</sup> Sogenannte Koordinationsmethode der beschränkten Kumulation.

<sup>1590</sup> Das ATSG findet auf die berufliche Vorsorge grundsätzlich keine Anwendung; Art. 66 Abs. 2 ATSG findet jedoch gemäss Art. 34a Abs. 2 BVG Anwendung.

<sup>1591</sup> Siehe dazu BGE 126 V 468, Erw. 8 (betreffend Anrechnung von Kinderrenten).

<sup>1592</sup> Vgl. dazu den Anwendungsfall in BGE 124 V 279, Erw. 2b/cc.

werblicher Bereich, Art. 32 Abs. 1 UVV). Wird die Rente der IV nach der gemischten Methode<sup>1593</sup> berechnet, fließt demnach nur jener Teil der Rente in die Berechnung ein, der für den erwerblichen Bereich ausgerichtet wird.

988 Besteht bereits vor Entstehung eines unfallbedingten Rentenanspruchs Anspruch auf eine Rente der IV, ist für die Frage der Berücksichtigung entscheidend, ob die bestehende Rente aufgrund einer unfall- oder krankheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit ausgerichtet wird: Besteht der Rentenanspruch unfallbedingt, wird die Rente der IV vollumfänglich berücksichtigt (Art. 32 Abs. 2 Satz 2 UVV i. V. m. Art. 24 Abs. 4 UVV). Eine vorbestehende Rente, die aufgrund einer krankheitsbedingten Invalidität ausgerichtet wird, hat demgegenüber keine Herabsetzung der Komplementärrente der UV zur Folge (Art. 32 Abs. 2 UVV).

989 Soweit die Leistungen der IV und der UV zusammen noch nicht 90% des mutmasslich entgangenen Verdienstes abdecken, besteht darüber hinaus Anspruch auf eine Rente der beruflichen Vorsorge. Die Rente der beruflichen Vorsorge wird um die Leistungen der IV und der UV gekürzt (Art. 24 BVV2). In der weitergehenden beruflichen Vorsorge sind Regelungen, wonach bei einer Leistungspflicht der UV kein Anspruch auf Rentenleistungen besteht, zulässig<sup>1594</sup>.

## **4. Intersystemische Koordination von Renten- und Taggelderleistungen**

### **4.1 Grundsatz**

990 Besteht gleichzeitig Anspruch auf sozialversicherungsrechtliche Taggeld- und Rentenleistungen, erfolgt unter dem Vorbehalt der Überentschädigung nach Art. 69 Abs. 2 ATSG eine kumulative Ausrichtung (Art. 68 ATSG). Eine Überentschädigung im Sinne von Art. 69 Abs. 2 ATSG liegt vor, wenn die gesetzlichen Sozialversicherungsleistungen den mutmasslich entgangenen Verdienst zuzüglich der durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten und allfälliger Einkommenseinbussen von Angehörigen übersteigen.

### **4.2 Rente der IV und Taggelder der UV**

991 Besondere Schwierigkeiten bei der Überentschädigungsberechnung ergeben sich, wenn zum Taggeld der UV eine Rente der IV hinzutritt. Die nachrangig leistende UV kürzt das Taggeld in diesen Fällen um den Betrag der Überentschädigung. Gemäss Rechtsprechung ist die Höhe der Überentschädigung mittels Globalrechnung unter Berücksichtigung der gesamten Taggeldperiode zu berechnen<sup>1595</sup>. Die Zeit, während welcher nur Taggeldleistungen der UV und keine Rentenleistungen der IV ausgerichtet wurden, wird ebenfalls in die Berechnung der Überentschädigung miteinbezogen. Dies widerspricht zwar dem Grundsatz der zeitlichen Kongruenz, lässt sich jedoch nach Ansicht der Bundesgerichte aus Gründen der Praktikabilität rechtfertigen und wirke sich in dem meisten Fällen zu Gunsten der versicherten Person aus<sup>1596</sup>.

---

<sup>1593</sup> Siehe dazu Rz. 932 ff.

<sup>1594</sup> Vgl. Urteil BGer 9C\_37/2010 vom 4. August 2010; BGE 123 V 204, Erw. 4b/aa.

<sup>1595</sup> BGE 132 V 27.

<sup>1596</sup> Vgl. BGE 105 V 309, Erw. 1.4, m. H.; BGE 126 V 193, Erw. 4b.

### 4.3 *Rente BVG und Taggelder nach KVG und UVG*

992 Die Ausrichtung einer Rente der beruflichen Vorsorge kann reglementarisch bis zum Ende des Anspruchs auf Krankentaggelder nach KVG aufgeschoben werden; ein solcher Aufschub bedingt jedoch, dass sich die Arbeitgeberin mindestens zur Hälfte an den Prämien beteiligt hat und die Taggelder mindestens 80% des Lohnes erreichen (Art. 26 BVV2 i. V. m. Art. 26 Abs. 2 BVG). Über den Wortlaut der Bestimmung hinaus kann die Ausrichtung der BVG-Rente auch während des Anspruchs auf Taggelder der Unfallversicherung aufgeschoben werden<sup>1597</sup>. Ohne reglementarische Festlegung kommt der Vorsorgeeinrichtung bei gleichzeitigem Anspruch auf Taggelder der UV, nicht aber bei Anspruch auf Krankentaggelder das Recht zu, die Ausrichtung von Leistungen aufzuschieben<sup>1598</sup>.

## 5. *Extrasystemische Koordination von Renten und Taggeldern (Invalidenrente BVG und Krankentaggelder VVG)*

993 Die Frage, inwiefern die Vorsorgeeinrichtung Leistungen des privaten Krankentaggeldversicherers anrechnen kann, war Gegenstand des Bundesgerichtsentscheides BGE 128 V 243. Die Lehre kritisiert diesen Entscheid in mehrfacher Hinsicht. Die Frage der Koordination von Krankentaggeldern nach VVG und BVG-Invalidenrenten ist von praktischer Relevanz, da bei Entstehung des Anspruchs auf BVG-Rentenleistungen der Anspruch auf Krankentaggelder regelmässig weiterhin besteht. Es rechtfertigt sich deshalb auf die sich im diesem Zusammenhang stellenden Fragen einzugehen.

### 5.1 *Gesetzliche Regelung*

994 Im Gesetz ist zum einen die Befugnis der Vorsorgeeinrichtung vorgesehen, ihre Leistungen zu kürzen, soweit diese zusammen mit anderen anrechenbaren Einkünften 90% des mutmasslich entgangenen Verdienstes übersteigen (Art. 34a BVG i. V. m. Art. 24 Abs. 2 BVV2). Art. 24 Abs. 2 BVV 2 definiert anrechenbaren Einkünfte als Leistungen gleicher Art und Zweckbestimmung, die der anspruchsberechtigten Person aufgrund des schädigenden Ereignisses ausgerichtet werden, wie Renten oder Kapitalleistungen in- und ausländischer Sozialversicherungen und Vorsorgeeinrichtungen mit Ausnahme von Hilflosenentschädigungen, Abfindungen und ähnlichen Leistungen. Gemäss Art. 26 Abs. 2 BVG i. V. m. Art. 26 BVV 2 kann die Vorsorgeeinrichtung den Anspruch auf Invalidenleistungen reglementarisch bis zur Erschöpfung des Taggeldanspruchs aufschieben, wenn die versicherte Person anstelle des vollen Lohnes Taggelder der Krankenversicherung erhält, die mindestens 80% des entgangenen Lohnes betragen, und die Taggeldversicherung vom Arbeitgeber mindestens zur Hälfte mitfinanziert wurde. Sowohl die Kürzungsmöglichkeit nach Art. 24 Abs. 2 BVV 2 als auch die Möglichkeit des reglementarischen zeitlichen Aufschubs führen zu umstrittenen Fragen, auf welche nachstehend einzugehen ist.

### 5.2 *Die bundesgerichtliche Rechtsprechung*

995 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt es nicht zu, dass die Vorsorgeeinrichtung die Taggeldleistungen aus einer privaten Krankentaggeldversicherung in die Überentschädigungsberechnung nach Art. 24 Abs. 1 BVV 2 einbezieht: Unter „anrechenbare Leistungen“ i. S. v. Art. 24 Abs. 2 BVV 2 würden bloss Leistungen von Sozialversicherungen fallen, wes-

---

<sup>1597</sup> MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, S. 645.

<sup>1598</sup> Vgl. MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, S. 645.



halb privatversicherungsrechtliche Leistungen nicht in die Überentschädigungsberechnung einbezogen werden könnten<sup>1599</sup>. Art. 26 Abs. 2 BVV 2 beschränke sich hingegen nicht auf Leistungen von Sozialversicherungen, weshalb der Rentenanspruch unter gegebenen Voraussetzungen bis zu Ende des Taggeldanspruchs aufgeschoben werden könne. Nach Ansicht des Bundesgerichtes müssen die Voraussetzungen nach Art. 26 Abs. 2 BVV 2 jedoch nicht nur im Zeitpunkt des Eintritts des versicherten Ereignisses erfüllt sein, damit ein Leistungsaufschub möglich ist, vielmehr müssen diese während der gesamten Dauer des Aufschubs gegeben sein. Tritt die versicherte Person von der Kollektiv- zur Einzelversicherung über, sei die Voraussetzung der hälftigen Prämienteilung nicht mehr gegeben, weshalb ein reglementarischer Leistungsaufschub nicht mehr zulässig sei und damit wirkungslos bleibe<sup>1600</sup>.

- 996 Nicht zur Anwendung gelangen die berufsvorsorgerechtlichen Vorschriften über die Koordination von BVG- und Krankentaggeldversicherungsleistungen, soweit überobligatorische Leistungen in Frage stehen. Das Bundesgericht erachtet folglich eine – reglementarische bzw. vertragliche – Kürzungsklausel sowohl der Vorsorgeeinrichtung als auch des Taggeldversicherers als zulässig. Da jedoch eine Deckungslücke weder aus Sicht der Berufsvorsorge noch aus Sicht des Taggeldversicherers gewollt ist – angestrebt werde eine Vermeidung von Überentschädigung und keine Deckungslücke – erkannte das Bundesgericht durch eine analoge Anwendung der privatversicherungsrechtlichen Vorschriften auf eine Leistungspflicht „pro parte“: Die Berufsvorsorge und der private Versicherer sind gemäss ihrem Anteil am Gesamtbetrag zur Leistung verpflichtet (Art. 53 und Art. 71 Abs. 1 VVG)<sup>1601</sup>.

### 5.3 *Praktische Probleme der bundesgerichtlichen Betrachtungsweise*

- 997 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung erweist sich vorab als problematisch, da sich bei der praktischen Umsetzung Probleme ergeben. So kann der Taggeldversicherer BVG-Renten zwar anrechnen, doch wird sich die Vorsorgeeinrichtung kaum damit einverstanden erklären, trotz – rechtsprechungswidrigem – Aufschub und gesetzlicher – jedoch im Verhältnis zur Taggeldversicherung nicht zur Anwendung gelangenden – Kürzungsmöglichkeit die Leistungen, welche ab gesetzlichem Rentenbeginn bis zum Ende der Taggeldleistungen hätten ausgerichtet werden müssen, an diesen zu leisten. Auch wird sich die versicherte Person kaum dafür gewinnen lassen, gegen die Vorsorgeeinrichtung vorzugehen und die Ausrichtung der Rentenleistungen ab gesetzlichem Rentenbeginn durchzusetzen. Schliesslich hätte eine Einstellung der Taggeldleistungen zur Folge, dass die Versicherungsnehmer – in der Regel sind dies die Arbeitgeber – den Ansprüchen der arbeitsunfähigen Arbeitnehmenden ausgesetzt werden, was nicht im Sinne der Taggeldversicherer wäre<sup>1602</sup>.

### 5.4 *Auffassung der Lehre*

- 998 SCHLAURI hat sich mit der Frage der Koordination von Krankentaggeldern nach VVG und Rentenleistungen der beruflichen Vorsorge sowie mit dem in dieser Frage ergangenen Bundesgerichtsentscheid eingehend auseinandergesetzt. Er kommt zum Schluss, dass die obligatorische und die überobligatorische Berufsvorsorge zu Taggeldlösungen nach Art. 324a Abs. 4 OR subsidiär sei und die Vorsorgeeinrichtung ihre Leistungen deshalb aufschieben *und* kürzen könne<sup>1603</sup>. Zur Begründung verweist SCHLAURI zum einen auf den Willen des BVG-Gesetzgebers: Aus den Materialien zum BVG ergebe sich eindeutig die Subsidiarität der BVG-Leistungen zur arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlung und versicherungsmässigen Lohnfortzah-

---

<sup>1599</sup> BGE 128 V 243, Erw. 3b.

<sup>1600</sup> Urteil BGer C\_1026/2008 vom 24. August 2009, Erw. 7.2.

<sup>1601</sup> BGE 128 V 243, Erw. 5.

<sup>1602</sup> Vgl. zum ganten Abschnitt SCHLAURI, S. 114 ff.

<sup>1603</sup> SCHLAURI, S. 120 ff.

lungssurrogaten<sup>1604</sup>. Zum anderen sei eine Krankentaggeldversicherungslösung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR Surrogat der Lohnfortzahlung des Arbeitgebers<sup>1605</sup>. Der gesetzliche Rahmen koordiniere Leistungen der beruflichen Vorsorge und Krankentaggelder „übergeordnet“, weshalb anderslautende vertragliche Bestimmungen unbeachtlich seien<sup>1606</sup>. Ausserdem koordiniere das Gesetz nicht nur im Verhältnis Krankentaggelder und BVG-Rente, erfasst würden vielmehr auch die überobligatorischen Leistungen<sup>1607</sup>.

- 999 Dass bei einem Übertritt in die Einzelversicherung keine hälftige Prämienteilung mehr vorliege und eine reglementarische Aufschubklausel mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen unbeachtlich sei, wird von der Lehre ebenfalls in Frage gestellt. Es wird argumentiert, dass in dem Zeitpunkt, in welchem die definitive Arbeitsunfähigkeit eintritt, die Voraussetzung der hälftigen Prämienteilung gegeben sein müsse und dass ab Beginn des Taggeldanspruchs eine faktische Prämienbefreiung bestehe, da sich die Prämie aufgrund des – durch die Taggeldversicherung substituierten – AHV-pflichtigen Lohnes berechne. Da die Voraussetzungen von Art. 26 BVV 2 in einem solchen Fall erfüllt sind, wäre ein Aufschub der BVG-Invalidenrente – entgegen der Ansicht des Bundesgerichtes – zulässig. Ausserdem sei ein Übertritt in die Einzelversicherung von vorneherein gar nicht möglich, da beim Abschluss des neuen (Einzel-)Versicherungsvertrags das versicherte Risiko bereits eingetreten sei und demzufolge ein Verstoß gegen das Rückwärtsversicherungsverbot vorliege<sup>1608</sup>.

## 6. Vorleistung

- 1000 Art. 34a Abs. 3 BVG i.V. m. Art. 70 Abs. 2 lit. d ATSG statuiert eine Vorleistungspflicht der Vorsorgeeinrichtung gegenüber der UV und der MV, wobei sich die Vorleistungspflicht lediglich auf den Obligatoriumbereich bezieht<sup>1609</sup>. Eine über das Obligatorium hinausgehende Vorleistungspflicht richtet sich nach dem anwendbaren Reglement, wobei eine zur gesetzlichen Regelung analoge Begriffsumschreibung zur Anwendung der Regelung gemäss Art. 70 Abs. 2 lit. d ATSG führt<sup>1610</sup>. Allgemein setzt die Vorleistungspflicht voraus, dass ein Anspruch gegenüber der Vorsorgeeinrichtung besteht und über die Leistungspflicht der UV Zweifel bestehen. Da Art. 70 Abs. 2 lit. c ATSG seinerseits eine Vorleistungspflicht der UV gegenüber der MV vorsieht, kommt die Regelung gemäss lit. d nur zum Tragen, falls die UV nicht ihrerseits vorleistungspflichtig ist<sup>1611</sup>.
- 1001 Erachtet die UV die Voraussetzungen für die Ausrichtung einer Rente als nicht gegeben und besteht demnach Zweifel über das Bestehen eines entsprechenden Anspruchs, ist – falls der massgebliche Invaliditätsgrad durch die IV noch nicht bestimmt wurde – die Vorsorgeeinrichtung gehalten, Abklärungen zu den bestehenden Beeinträchtigungen sowie über deren Auswirkung auf die Erwerbsfähigkeit zu treffen<sup>1612</sup>.
- 1002 Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG regelt die Vorleistungspflicht für Sachleistungen und Taggelder und ist deshalb im Zusammenhang mit der Vorleistung von Renten nicht einschlägig<sup>1613</sup>. Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG bezieht sich zwar nicht ausdrücklich nur auf Taggelder, doch richtet die AIV, welche gemäss der genannten Bestimmung vorleistungspflichtig ist, im Wesentli-

<sup>1604</sup> SCHLAURI, S. 116 ff.

<sup>1605</sup> SCHLAURI, S. 119 f.

<sup>1606</sup> SCHLAURI, S. 123 ff.

<sup>1607</sup> SCHLAURI, S. 125.

<sup>1608</sup> Vgl. dazu FIVIAN, S. 378f., m. w. H.

<sup>1609</sup> KIESER, N 30 zu Art. 70 ATSG.

<sup>1610</sup> KIESER, N 31 zu Art. 70 ATSG.

<sup>1611</sup> Vgl. dazu KIESER, N 32 zu Art. 70 ATSG.

<sup>1612</sup> KIESER, N 33 zu Art. 70 ATSG, m. w. H.

<sup>1613</sup> Siehe Rz. 893.

chen Taggelder aus. Die Regelung der Vorleistung kann sich nur auf Leistungen beziehen, welche vom vorleistungspflichtigen Sozialversicherungszweig ausgerichtet werden, weshalb auch der Regung gemäss lit. b im Zusammenhang mit der Vorleistung von Renten keine Bedeutung zukommt<sup>1614</sup>.

## VI. Feststellung der Invalidität

### 1. Untersuchungsgrundsatz

- 1003 Art. 43 Abs. 1 ATSG verpflichtet die Behörden, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären<sup>1615</sup>. Der Untersuchungsgrundsatz schliesst eine Behauptungs- und Beweisführungslast der Parteien aus<sup>1616</sup>. Der Untersuchungsgrundsatz hängt insofern mit dem Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen zusammen, als jene Tatsachen abzuklären sind, die im Rahmen der anzuwendenden Rechtsnorm relevant sind<sup>1617</sup>.
- 1004 Zu den elementaren Tatfragen, zu deren Abklärung die Verwaltung verpflichtet ist, gehören unter anderem die Diagnose, die sich daraus ergebenden funktionellen Einschränkungen sowie die Höhe der hypothetischen Vergleichseinkommen<sup>1618</sup>.
- 1005 Der Untersuchungsgrundsatz findet sowohl im Verwaltungsverfahren als auch im gerichtlichen Verfahren (Art. 61 lit. c ATSG) Anwendung. Vor Bundesgericht erfährt die Untersuchungspflicht eine erhebliche Einschränkung, da eine weitgehende Bindung an den durch die Vorinstanz festgestellten Sachverhalt besteht<sup>1619</sup>. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die erforderlichen Abklärungen vor Erlass des Entscheides über die Ausrichtung von Leistungen vorzunehmen und dürfen nicht in ein allfälliges Einspracheverfahren verlegt werden<sup>1620</sup>.

### 2. Mitwirkungsrecht und Mitwirkungspflicht

- 1006 Die Mitwirkungs- und Auskunftspflicht ist in Art. 28 ATSG festgehalten. Abs. 1 statuiert eine Mitwirkungspflicht der Versicherten sowie der Arbeitgeber. Abs. 2 verpflichtet den Ansprecher zur Erteilung jener Auskünfte, die zur Abklärung des Anspruchs und zur Festsetzung der Versicherungsleistungen erforderlich sind. Nach Abs. 3 sind alle Personen und Stellen, namentlich Arbeitgeber, Ärzte und Versicherungen zur Auskunftserteilung zu ermächtigen, wobei alle zur Auskunft verpflichtet sind.
- 1007 Gemäss Art. 43 Abs. 2 ATSG hat sich die versicherte Person den notwendigen und zumutbaren Untersuchungen zu unterziehen. Für den Fall, dass der Mitwirkungspflicht in unentschuldigbarer Weise nicht nachgekommen wird, kann der Versicherungsträger nach Art. 43 Abs. 3 ATSG auf Grund der Akten verfügen oder die Erhebungen einstellen und Nichteintre-

---

<sup>1614</sup> Zu Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG siehe vorne, Rz. 894.

<sup>1615</sup> Siehe dazu vorne, Rz. 298; zum im Zivilrecht anwendbaren Verhandlungsgrundsatz siehe vorne, Rz. 231 ff.

<sup>1616</sup> MÜLLER U., Rz. 938.

<sup>1617</sup> Vgl. dazu MÜLLER U., Rz. 941.

<sup>1618</sup> Vgl. zur Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen die ausführliche Darstellung bei MÜLLER U., Rz. 947.

<sup>1619</sup> Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhaltes nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht. Art. 97 Abs. 2 BGG sieht demgegenüber eine Prüfungsbefugnis auch für Tatfragen vor, soweit es um Geldleistungen der UV oder MV geht.

<sup>1620</sup> BGE 132 V 368, Erw. 6.2.

ten beschliessen. Erforderlich ist, dass vorher eine schriftliche Mahnung erfolgt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen wird (Satz 2).

- 1008 Davon abweichend können Leistungen der IV gemäss Art. 7b Abs. 2 lit. d IVG auch ohne Mahn- und Bedenkzeitverfahren gekürzt oder verweigert werden, wenn die versicherte Person der IV-Stelle jene Auskünfte nicht erteilt, die diese zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe benötigt. Der Eintritt der im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen setzt voraus, dass die versicherte Person trotz Kenntnis der Erforderlichkeit der Auskunftserteilung die Mitwirkung verweigert<sup>1621</sup>.
- 1009 Lange gewährte das Bundesgericht den Ansprechern keine Mitwirkungsrechte bei der Formulierung der Gutachterfragen. Erst nach Erstellung des Gutachtens hatte die versicherte Person die Möglichkeit, sich diesbezüglich zu äussern und Ergänzungsfragen zu stellen<sup>1622</sup>. Im Jahre 2011 änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung und räumte der versicherten Person einen Anspruch auf vorgängige Äusserung zu den Gutachterfragen ein<sup>1623</sup>.

### **3. Beweisfragen**

#### **3.1 Beweismittel**

- 1010 Das Gesetz enthält keine abschliessende Aufzählung von zulässigen Beweismitteln<sup>1624</sup>. Viele Beweismittel sind im Gesetz erwähnt. Es handelt sich dabei etwa um Auskünfte der versicherten Person (Art. 28 Abs. 2 ATSG, Art. 43 Abs. 1 ATSG) oder Dritter (Art. 28 Abs. 3 ATSG, Art. 69 Abs. 2 IVV), Berichte und Gutachten auf Grund von ärztlichen Untersuchungen (Art. 43 Abs. 2 ATSG, Art. 44 ATSG, Art. 59 Abs. 3 IVG, Art. 69 Abs. 2 IVV) sowie Urkunden (Art. 55 Abs. 1 ATSG i.V. m. Art. 12 VwVG).
- 1011 Die Bemessung des Invaliditätsgrades erfolgt aufgrund medizinischer Stellungnahmen. Der Arzt hat den Gesundheitszustand zu beurteilen und stellt fest, welche Tätigkeiten nicht mehr ausgeübt werden können. Auch liefert er die Grundlage für die Beantwortung der Frage, welche Tätigkeiten der versicherten Person trotz ausgewiesenem Gesundheitsschaden noch zugemutet werden können<sup>1625</sup>.

#### **3.2 Bedeutung medizinischer Gutachten und Anforderungen an solche**

- 1012 Die medizinische Stellungnahme ist für den Entscheid über das Bestehen eines Rentenanspruchs von weittragender Bedeutung. Die versicherte Person hat einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Begutachtung durch unabhängige, unparteiliche und unbefangene Ärztinnen und Ärzte (Art. 29 Abs. 1 BV). In diesem Sinne haben Personen, die ein persönliches Interesse haben oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten, in den Ausstand zu treten (Art. 36 ATSG). Weiter muss das gesamte Verfahren den Fairnessstandards von Art. 6 EMRK genügen.

---

<sup>1621</sup> KIESER, N 52 und N 58 zu Art. 43 ATSG.

<sup>1622</sup> Vgl. BGE 137 V 210, Erw. 3.4.1.5.

<sup>1623</sup> BGE 137 V 210, Erw. 3.4.9.

<sup>1624</sup> MÜLLER U., Rz. 1489.

<sup>1625</sup> Siehe dazu MEYER (Rechtsprechung), S. 343.

- 1013 Nachdem immer wieder Stimmen laut wurden, wonach das IV-Verfahren betreffend die Beurteilung von Leistungsansprüchen den Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht genüge<sup>1626</sup>, da die begutachtenden MEDAS (medizinische Abklärungsstellen) wirtschaftlich von der IV abhängig und damit nicht im erforderlichen Masse unabhängig seien, setzte sich das Bundesgericht eingehend mit dieser Frage auseinander<sup>1627</sup>. Das Gericht stellt zwar keine Verletzung von Art. 6 EMRK fest<sup>1628</sup>, sieht den Anspruch durch die Ausgestaltung des Abklärungsverfahrens jedoch gefährdet<sup>1629</sup>. Das Bundesgericht forderte das BSV als Aufsichtsbehörde auf, Massnahmen zu treffen, damit die Einhaltung der konventionsrechtlichen Verfahrensstandards gewährleistet werden könne. Es verweist namentlich auf das nicht auszuschliessende Risiko, dass Gutachtern, die häufiger eine Arbeitsunfähigkeit attestieren, Aufträge vorenthalten werden könnten<sup>1630</sup>. Auch verstärkte der erfolgte Ausbau der Kapazitäten der MEDAS bei gleichzeitiger Planungsunsicherheit die wirtschaftliche Abhängigkeit<sup>1631</sup>. Schliesslich berge die in einer Rahmenvereinbarung festgelegte Pauschalvergütung für polydisziplinäre Begutachtungen die Gefahr qualitativ fragwürdiger Gutachten<sup>1632</sup>.
- 1014 Ob einem Gutachten Beweiswert zukommt, hängt grundsätzlich nicht von der Herkunft oder der Bezeichnung des Beweismittels ab. Für den Beweiswert ist vielmehr entscheidend, „ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind“<sup>1633</sup>.

### 3.3 *Beweisgrad*

- 1015 Im Sozialversicherungsrecht kommt, soweit die gesetzlichen Bestimmungen nicht etwas anderes vorsehen, der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zur Anwendung<sup>1634</sup>. Verwaltung und Gerichte haben ihrem Entscheid den wahrscheinlichsten Sachverhalt zugrunde zu legen. Abzugrenzen ist dieser Beweisgrad vom vollen Beweis, der nur dann vorliegt, wenn eine abweichende Auffassung als unwahrscheinlich erscheint<sup>1635</sup>, sowie vom blossen Glaubhaftmachen, das lediglich erfordert, dass gewisse Elemente für das Vorhandensein der zu beweisenden Tatsachen vorliegen<sup>1636</sup>.

### 3.4 *Beweiswürdigung*

- 1016 Die Verwaltung und die Gerichte haben die Beweise zu würdigen. Es ist zu entscheiden, welche Beweiskraft einem Beweismittel zukommt und welche Beweise vorliegen müssen, damit eine Tatsache als bewiesen angesehen wird<sup>1637</sup>. Dabei gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (vgl. Art. 55 Abs. 1 ATSG i. V. m. Art. 19 VwVG; Art. 61 lit. c ATSG; Art. 55

<sup>1626</sup> Siehe etwa HAURI, S. 10 f., m. H. auf das Gutachten von JÖRG PAUL MÜLLER und JOHANNES REICH.

<sup>1627</sup> BGE 137 V 210.

<sup>1628</sup> BGE 137 V 210, Erw. 2.3.

<sup>1629</sup> BGE 137 V 210, Erw. 2.4. a.E.

<sup>1630</sup> BGE 137 V 210, Erw. 2.4.1.

<sup>1631</sup> BGE 137 V 210, Erw. 2.4.1.

<sup>1632</sup> BGE 137 V 210, Erw. 2.4.2; vgl. zum ganzen Abschnitt auch GÄCHTER (Rechtsprechung), S. 187 ff.

<sup>1633</sup> BGE 125 V 351, Erw. 3a.

<sup>1634</sup> BGE 121 V 204, Erw. 6b.

<sup>1635</sup> Vgl. MÜLLER U., Rz. 1546, m. w. H.

<sup>1636</sup> Vgl. BGE 130 III 321, Erw. 3.3.

<sup>1637</sup> MÜLLER U., Rz. 1568.

Abs. 1 BGG). Die Beweise sind von der Behörde oder vom Gericht ohne eine Bindung an starre Regeln auf ihre Beweiskraft zu untersuchen.

- 1017 Ergänzt wird der Grundsatz der freien Beweiswürdigung durch die Pflicht, im Rahmen der Begründung erkennbar zu machen, weshalb auf das eine Beweismittel abgestellt wird und ein allenfalls widersprechendes als nicht genügend beweiskräftig angesehen wird. Häufig geht es um sich widersprechende gutachterliche Einschätzungen, die beurteilt werden müssen. Der Anspruch auf Begründung einer Entscheidung beruht auf dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Die Begründungspflicht soll zum einen verhindern, dass sich die Behörde oder das Gericht von unsachlichen Motiven leiten lässt, und soll zum anderen dem Ansprecher die Möglichkeit geben, die Verfügung oder den Entscheid anfechten zu können. Aus der Begründung muss folglich hervorgehen, welche Überlegungen dem Entscheid zugrunde liegen<sup>1638</sup>.

---

<sup>1638</sup> BGE 124 V 108, Erw. 1a, m. w. H.

## 5. Kapitel: Kurzzusammenfassung und Schlusswürdigung

- 1018 Im Rahmen der SNF-Studie wurde das Verhalten der von längerer, krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit betroffenen Personen u. a. unter Berücksichtigung unterschiedlicher rechtlicher Kontextbedingungen erfragt. Wie aufgezeigt wurde, unterscheiden sich Voraussetzungen und Dauer der Lohnfortzahlung, des Kündigungsschutzes und der Schutzpflichten für erkrankte Arbeitnehmende je nach Anstellungstypus erheblich. Von grosser Bedeutung ist, ob die nach OR lediglich kurze Zeit gewährte Lohnfortzahlung durch eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung ergänzt wird. Unterschiede zeigen sich nicht nur im Vergleich der drei Hauptkategorien „Art. 319 ff.“, „GAV“ und „Öffentliches Personalrecht“, sondern vielmehr auch innerhalb der einzelnen Kategorien.
- 1019 Viele Krankheiten führen nicht dazu, dass die betroffenen Arbeitnehmenden tatsächlich in ihrer Arbeitsunfähigkeit beeinträchtigt sind. Erfolgt eine Kündigung wegen des Gesundheitszustandes der Arbeitnehmerin, der keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit hat, ist sie missbräuchlich. Führt die Krankheit zu einer ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit, so stellt dies einen Rechtfertigungsgrund dar und es ist grundsätzlich nicht missbräuchlich, nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes gemäss Art. 336c OR das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Im Lichte von BGE 132 III 257 (Raucherurteil) ist eine Kündigung infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der Sperrfristen nach Art. 336c nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber alles Notwendige und Zumutbare im Sinne von Art. 328 OR geleistet hat, um die Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes für den gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmer zu ermöglichen oder aber wenn solche Massnahmen von Vornherein nicht zumutbar gewesen wären.
- 1020 Selbst wenn der entlassenen Arbeitnehmerin der schwierig zu erbringende Beweis der Missbräuchlichkeit gelingt, wird die Kündigung nicht rückgängig gemacht sondern die Arbeitgeberin muss eine Pönalentschädigung ausrichten, die selten mehr als zwei bis drei Monatslöhne beträgt. Einzig im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes wird eine Wiedereinstellung vorgesehen. Ein Bestandesschutz auch bei missbräuchlicher Kündigung wegen Krankheit wäre wünschenswert. Selbst wenn ein Grossteil der missbräuchlich Entlassenen eine finanzielle Entschädigung der Weiterbeschäftigung in einem Betrieb, der sie aufgrund einer persönlichen Eigenschaft entlassen hat, vorziehen dürfte, sollte die Entscheidungsmöglichkeit zumindest offen stehen.
- 1021 Art. 324a f. OR gewähren dem Arbeitnehmer einen beschränkte finanzielle Absicherung bei Verhinderung an der Erbringung der Arbeitsleistung aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Während die Unfallversicherung in der Schweiz obligatorisch ist, ist das Risiko des Erwerbsausfalls infolge Krankheit nicht über eine obligatorische Versicherung gedeckt. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers dauert besonders bei kurzen Arbeitsverhältnissen nicht lange. Wird das Risiko des Lohnausfalles nicht durch eine freiwillige Versicherung abgedeckt (was häufig durch einen GAV vorgeschrieben wird), besteht die Gefahr, dass zwischen dem Ende der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber und dem Beginn der Ausrichtung von Invalidenrenten der krankheitsbedingte Verdienstaustausch nicht ersetzt wird. Um den Unklarheiten, welche sich sowohl im Bereich der gesetzlichen Lohnfortzahlung als auch der freiwilligen Taggeldversicherung ergeben, zu begegnen sollte die Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung geprüft werden.
- 1022 Öffentlich-rechtliche Arbeitgebende müssen sich an die allgemeinen Grundsätze staatlichen Handelns (Gesetzesmässigkeit, Rechtsgleichheit, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Willkürfreiheit und Treu und Glauben) sowie an die von der Bundesverfassung geschützten Grundrechte und Verfahrensgarantien halten. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Art. 5 Abs. 2 BV fordert, dass staatliches Handeln geeignet und notwendig zur Verwirklichung des im öffentlichen Interessen liegenden Zieles ist und der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen steht, die den Privaten auferlegt werden. Im öffentlichen Anstellungsverhältnis ist die Kündigung stets *ultima ratio*. Stehen dem Arbeitgeber

- schonendere Massnahmen zur Verfügung, ist die Kündigung ausgeschlossen. Eine weitere Besonderheit des öffentlichen Personalrechts ist der Grundsatz „Weiterbeschäftigung vor Entschädigung“. Die Kantone sind aber nicht verpflichtet, die Weiterbeschäftigung vorzusehen. Sieht das öffentliche Personalrecht überhaupt keine Folge der ungerechtfertigten Kündigung vor, wenden die Verwaltungsgerichte regelmässig die Entschädigungsregelung nach Art. 336a OR analog an. Mit der neusten BPG-Revision wurde die Weiterbeschäftigung im Personalrecht des Bundes eingeschränkt: bei einer Entlassung ohne sachlichen Grund, wird künftig nur noch eine Entschädigung ausgerichtet. Immerhin ist die Weiterbeschäftigung nach der Feststellung einer missbräuchlichen Kündigung zwingend vorgesehen, es sei denn, die betroffene Angestellte wählt stattdessen die Entschädigung.
- 1023 Der Blick in die kantonalen Personalgesetze und -verordnungen zeigt, dass die Lohnfortzahlung im kantonalen Recht länger und höher ist als die minimale Lohnfortzahlung von Art. 324a OR, resp. die von der Rechtsprechung entwickelten Skalen. Insbesondere lässt sich auch im Zusammenhang mit der Modernisierung zahlreicher Personalgesetze keine Verschlechterung im Bereich der Lohnfortzahlung beobachten.
- 1024 Arbeitgebende haben aufgrund ihrer Fürsorgepflicht zahlreiche Pflichten gegenüber ihren Arbeitnehmenden. Bestimmungen finden sich sowohl im Privatrecht (Art. 328 ff. OR) als auch im Öffentlichen Recht (insb. im ArG). Die Arbeitgebenden haben die Pflicht, die gesundheitliche Unversehrtheit der Arbeitnehmenden mit den Massnahmen die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind zu wahren, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihnen billigerweise zugemutet werden kann. Der arbeitsvertragliche Persönlichkeitsschutz von Art. 328 ff. OR stellt – wie auch Art. 6 ArG – eine Konkretisierung des allgemeinen privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes in Art. 27 und 28 ZGB dar. Es liegt in der Natur eines jeden Arbeitsverhältnisses, dass es gewisse Einschränkungen der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden mit sich bringt. Die Abwägung der Interessen der Arbeitnehmenden am Schutz ihrer Persönlichkeit und berechtigten Arbeitgeberinteressen erfolgt im Einzelfall. Die Arbeitgebenden sind aber immer verpflichtet, alle Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden zu treffen, die notwendig, anwendbar, verhältnismässig und zumutbar sind.
- 1025 Insbesondere der im ArG verankerte Gesundheitsschutz ist auch auf Arbeitsverhältnisse anwendbar, für die die restlichen Bestimmungen nicht gelten. Die wichtigste Bestimmung im öffentlichen Arbeitsschutz ist Art. 6 ArG, der in Form von Generalklauseln die Pflichten der Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden festhält. Gestützt auf Art. 6 ArG wurde die Verordnung 3 zum ArG erlassen, welche die Massnahmen regelt, die in allen dem Gesetz unterstehenden Betrieben für die Gesundheitsvorsorge zu treffen sind (Art. 1 Abs. 1 ArGV 3). Im Arbeitsvertragsrecht bildet die Treuepflicht der Arbeitnehmenden nach Art. 321a Abs. 1 OR das Gegenstück zur Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden. Das ArG nimmt die Arbeitnehmenden in Art. 6 Abs. 3 ArG sowie Art. 10 ArGV 3 in die Pflicht.
- 1026 Die Ergebnisse zeigen deutlich, dass die Angestellten von Betrieben, die über ein in *der Organisation verankertes Gesundheitsmanagement* verfügen, deutlich häufiger ihre Stelle behalten können. Die Chancen dieser Arbeitnehmenden sind deshalb, unabhängig vom Gesundheitszustand und soziodemographischen sowie –ökonomischen Merkmalen deutlich höher, 30 Monate nach Beginn der längeren Phase der Arbeitsunfähigkeit noch erwerbstätig zu sein. Arbeitgebende sollte also die Unterstützung bei der Eingliederung nicht vollständig der IV überlassen sondern im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht alles Zumutbare unternehmen, um erkrankte Arbeitnehmende weiterzubeschäftigen.
- 1027 Im Zentrum der eingliederungsrechtlichen Neuerungen der 6. IV-Revision steht das Ziel, die Eingliederung von Rentenbezüglern durch die vermehrte Zusprache von Eingliederungsmassnahmen zu fördern. Ausgangspunkt der anvisierten Eingliederung aus Rente bildet die periodisch durchzuführende Rentenrevision. Durch eingehende Abklärungen sollen jene Rentenbe-



zöger mit Eingliederungspotential ausselektiert und in den ersten Arbeitsmarkt eingegliedert werden. Die massgeblichen Rechtsgrundlagen wurden mit dem ersten Massnahmenpaket eingeführt.

- 1028 Die Wiedereingliederung von Arbeitnehmenden, die aus gesundheitlichen Gründen aus dem Erwerbsprozess ausgeschieden sind oder auszuschneiden drohen, ist ein sowohl aus volkswirtschaftlicher wie individueller Perspektive berechtigtes Anliegen. Die Sozialwerke sollen nicht mit vermeidbaren Kosten belastet werden und grundsätzlich arbeitsfähige Menschen sollen reelle Chancen haben, ihre Fähigkeiten und Interessen in der Arbeitswelt einbringen zu können. Die Eingliederungsbemühungen dürfen indes auch nicht über das Ziel hinausschiessen. Apodiktischen Aussagen wie „eine Beschäftigung ist in jedem Fall einer Nichtbeschäftigung vorzuziehen“, die in diesem Sinne im Zusammenhang mit der fünften IV-Revision in den Raum gestellt wurden, haftet etwas ideologisches, ja totalitäres inne. Hier gilt es Augenmass zu bewahren. Nicht in jedem Fall ist eine gegen den Willen und entgegen den tatsächlichen Voraussetzungen einer Person durchgepackte Eingliederungsmassnahme sinnvoll, nicht zuletzt kosten solche Massnahmen die Öffentlichkeit weit mehr, als die Ausrichtung einer Taggeld- oder Rentenleistung.