

Michael Balmer / Laura Kunz

## **Schnittstellen des Sozialversicherungsrechts**

### **Tagungsbericht zur 6. Basler Sozialversicherungsrechtstagung**

---

Sozialversicherungsrecht kann nicht isoliert von anderen Rechtsgebieten verstanden werden. Das trifft auf die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Thema und erst recht auf die Praxis des Sozialversicherungsrechts zu. Aus diesem Grunde legte die 6. Basler Sozialversicherungsrechtstagung ihren Schwerpunkt auf verschiedene Schnittstellen, die von Experten und Expertinnen aus der juristischen Lehre, der Gerichtspraxis und der Medizin beleuchtet wurden.

---

Beitragsart: Tagungsberichte  
Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht

Zitiervorschlag: Michael Balmer / Laura Kunz, Schnittstellen des Sozialversicherungsrechts, in: Jusletter 6. Februar 2023

## Inhaltsübersicht

1. Veranstaltungsrahmen
2. Die einzelnen Referate
  - 2.1. Probleme bei der Bewertung der «invaliditätsfremden Faktoren» in medizinischen Gutachten
  - 2.2. Drei häufige ärztliche Missverständnisse: Was heisst Arbeitsunfähigkeit angestammt – angepasst? Was bedeutet «Teilkausalität»? Wann haftet die Militärversicherung?
  - 2.3. Ausgewählte verfahrensrechtliche Hürden im Sozialversicherungsrecht – Second Opinion, Beiladung sowie weitere praktische Einzelfragen
  - 2.4. Koordinationsrechtliche Fragestellungen im Sozialversicherungsrecht – grundsätzlicher Blick und Prüfung von aktuellen Einzelfragen
  - 2.5. Diskussion des Vormittags
  - 2.6. Grundsätze zur Berechnung des Direktschadens
  - 2.7. Schnittstellen des Sozialversicherungsrechts zum Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere zum Migrationsrecht
  - 2.8. Diskussion
  - 2.9. Gleich, aber anders? Zumutbare Arbeit in der Sozialhilfe, ALV, IV und EL
  - 2.10. Vielfältige Schnittstellen zwischen Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht: Fokus berufliche Vorsorge und Unfallversicherung
3. Ausblick

### 1. Veranstaltungsrahmen

[1] Am 9. Dezember 2022 fand zum bereits sechsten Mal die Basler Sozialversicherungsrechtstagung unter der Leitung von Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI<sup>1</sup> statt. Diese Veranstaltungsreihe ist Teil von «**Recht aktuell**», dem Weiterbildungsformat der Juristischen Fakultät Basel. Ausgangspunkt der Tagung bildete dabei die Einsicht, dass der, der nur vom Sozialversicherungsrecht etwas versteht, wenig verstanden hat: Sozialversicherungsrecht kann nicht isoliert von anderen Rechtsgebieten verstanden werden. Die acht Referierenden nahmen diese Erkenntnis zum Anlass, sich in ihren Beiträgen mit den verschiedenen Schnittstellen des Sozialversicherungsrechts zu anderen Rechtsgebieten auseinanderzusetzen.

[2] Die Tagung wurde als Präsenz- und Online-Veranstaltung (mit Livestream) durchgeführt und fand im Congress Center Basel der MCH Messe Basel statt. Insgesamt verfolgten rund 150 Teilnehmende die Tagung und brachten sich in die am Vormittag und am Nachmittag angesetzten Diskussionen mit den Referierenden aktiv ein. Abgerundet wurde die Veranstaltung durch zwei kulturelle Zwischenspiele, die von Lorenz Schär<sup>2</sup> dargeboten wurden.

---

<sup>1</sup> Professor für Soziales Privatrecht (Professur Pärli) an der juristischen Fakultät der Universität Basel.

<sup>2</sup> Magier, mehr Informationen abrufbar unter: <https://www.lorenzschaer.ch>.

## 2. Die einzelnen Referate

### 2.1. Probleme bei der Bewertung der «invaliditätsfremden Faktoren» in medizinischen Gutachten

[3] Den Tagungsaufakt gestaltete Herr Dr. med. JÖRG JEGER<sup>3</sup>, der sich in seinem Beitrag der kontroversen und komplexen Schnittstelle Recht/Medizin zuwandte. Ausgangspunkt bildeten drei Leiturteile des Bundesgerichts in einem Zeitraum von 1981 bis 2015 zum Thema «invaliditätsfremde Faktoren».<sup>4</sup> Der Referent warf die Frage auf, ob das juristische Konzept mit den aktuellen Forschungsergebnissen der Medizin vereinbar sei.

[4] Dr. med. JEGER erinnerte das (überwiegend) juristische Fachpublikum zunächst daran, dass in der Medizin vom biopsychosozialen Krankheitsbild, welches von GEORGE ENGEL entwickelt wurde, ausgegangen werde. Demnach würden Gesundheit und Krankheit von biologischen, psychologischen und sozialen Aspekten beeinflusst. Dies spiegle sich auch in der ICF (*International Classification of Functioning, Disability and Health Framework*) wider, die als Ergänzung zur ICD (*International Classification of Diseases*) entwickelt worden sei.

[5] In diesem Zusammenhang zeigte der Referent auf, welche Bedeutung biologische Wirkprinzipien (Genetik, Epigenetik, Zytokine, Hormone und Neurotransmitoren) bei der Frage, ob jemand gesund oder krank ist, haben. Er erläuterte den Teilnehmenden diese Wirkprinzipien und nannte eindrückliche Kennzahlen. So legte er etwa dar, wie gross der Einfluss der Genetik auf die Ausprägung von Krankheiten sei; beispielsweise belaufe sich bei der bipolaren Störung dieser Prozentsatz auf 85%. Ebenso machte er deutlich, dass die Entwicklung zahlreicher Krankheiten (bspw. Krebskrankheiten oder Autoimmunerkrankungen) durch epigenetische Faktoren, also Umweltfaktoren, beeinflusst würden. Der Referent hob besonders hervor, wie gross der Wissenszuwachs in der medizinischen Forschung in den letzten vierzig Jahren gewesen sei. Bedauernswert sei, dass dieses medizinische Wissen nicht immer Niederschlag in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung finde.

[6] Schliesslich ging der Referent noch auf zwei juristische Lehrmeinungen ein, die sich mit seiner Ansicht decken, nämlich auf jene von PHILIPP EGLI und GABRIELA RIEMER-KAFKA. Er zeigte auf, wie die Zweitgenannte die «invaliditätsfremden Faktoren» in drei Gruppen einteilt, und insbesondere psychosoziale Faktoren als gesundheitsbeeinflussende Faktoren, die kausal bzw. mitkausal für Gesundheit und Erwerbsunfähigkeit sein können, einstuft. Der Referent pflichtete dieser Auffassung bei und unterstrich, dass psychosoziale Faktoren wie bspw. Armut familienbezogene Faktoren oder arbeitsbezogene Konstellationen, nicht einfach als invaliditätsfremd abgetan werden könnten, wenn sie teilkausal zu einer langdauernden Krankheit führen.

[7] Der Referent schlussfolgerte, dass das Abtrennen psychosozialer und soziokulturellen Faktoren unwissenschaftlich sei. Diese Bewertung in Gutachten und Gerichtsurteilen führe vielmehr zu stark subjektiven Einschätzungen mit schlechter Reproduzierbarkeit. Das juristische Konstrukt der «invaliditätsfremden Faktoren» solle, soweit es die medizinische Ebene betreffe, aufgegeben werden. Insbesondere die vom Bundesgericht eingeführte Indikatorenrechtsprechung biete genügend Instrumente, um zwischen «invalid» und «nicht invalid» zu unterscheiden.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Facharzt für Rheumatologie, EMBA, MAS Versicherungsmedizin, ehem. Chefarzt der MEDAS Zentralschweiz.

<sup>4</sup> BGE 107 V 17; 127 V 294; 141 V 281.

<sup>5</sup> BGE 141 V 281.

## 2.2. Drei häufige ärztliche Missverständnisse: Was heisst Arbeitsunfähigkeit angestammt – angepasst? Was bedeutet «Teilkausalität»? Wann haftet die Militärversicherung?

[8] Als nächste Rednerin knüpfte lic. iur. YVONNE BOLLAG<sup>6</sup> an die Schnittstelle zwischen Medizin und Recht an und griff aus juristischer Sicht exemplarisch drei häufige ärztliche Missverständnisse auf.

[9] Als erstes ging die Referentin darauf ein, was unter der angestammten und angepassten Arbeitsfähigkeit zu verstehen sei. Sie nahm als Ausgangspunkt die gesetzliche Definition in Art. 6 ATSG. Danach sei Arbeitsunfähigkeit die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder physischen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, *im bisherigen Beruf* oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Sie schlug sodann den Bogen zur konkreten Umsetzung der medizinischen Arbeitsfähigkeit- bzw. Arbeitsunfähigkeitseinschätzung anhand der IV-Gutachten-Fragestrukturvorgabe. Die sachverständige Person müsse gemäss diesem Fragebogen die Frage nach der Arbeitsfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit hinsichtlich der *bisherigen Tätigkeit* beantworten. Als Unterfrage müsse sie weiter darüber Auskunft geben, wie viele Stunden eine versicherte Person in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit anwesend sein könne. Die Referentin legte dar, dass diese sprachliche Ungenauigkeit in der Praxis oftmals dazu führe, dass in den Gutachten fehlerhaft auf die *zeitlich letzte Tätigkeit* Bezug genommen werde. Im Ergebnis führe dies zur Gefahr der Benachteiligung der Selbsteingliederung von versicherten Personen.

[10] Den zweiten Fokus legte die Referentin auf die Teilkausalität und erklärte zunächst den Begriff am Beispiel der Kürzungsnorm im Unfallversicherungsrecht (Art. 36 UVG). Diese Norm regle, ob Leistungen bei Zusammentreffen verschiedener Schadensursachen gekürzt würden. Die Referentin erinnerte daran, die Anwendung von Art. 36 UVG setze voraus, dass eine gemeinsame Verursachung einer bestimmten Gesundheitsschädigung vorliege. In der Praxis handle es sich dabei vor allem um Fälle von Zusammentreffen von Degeneration(en) am Bewegungsapparat und Unfallfolgen sowie Zusammentreffen von psychischer Erkrankung und Unfallfolgen. Hier wies sie auf den Umstand hin, dass das (praktische) medizinische Verständnis von Kausalität nicht dem juristischen Konzept entspreche.

[11] Die Referentin wandte sich im dritten Teil der Militärversicherung und der Frage, wann diese haftet, zu. Sie erläuterte, dass die Militärversicherung eine Institution der Staatshaftung sei und damit Aspekte einer strengen Kausal- und Gefährdungshaftung enthalte, hingegen die Leistungsausgestaltung nach sozialversicherungsrechtlichen Prinzipien funktioniere. Die Rednerin erklärte das Kontemporalitätsprinzip (Art. 5 MVG), wonach sich die Militärversicherung grundsätzlich auf jede Gesundheitsschädigung erstrecke, die *während* des Dienstes in Erscheinung trete und gemeldet werde oder sonst wie festgestellt werde. Dies sei für medizinische Sachverständige immer wieder eine Stolperfalle, da hier die Gründe einer Gesundheitsschädigung irrelevant seien. Die Rednerin ging sodann auf die Möglichkeit der Entlastung durch den Sicherheitsbeweis ein, wenn eine Krankheit bereits vordienstlich bestanden habe, und griff das bereits im Referat von Dr. med. JEGER Gehörte zum multifaktoriellen Krankheitsverständnis auf. Dieses sei gerade bei der Frage, ob Triggerungen für den Krankheitsausbruch oder die Verschlimmerung während

---

<sup>6</sup> Leiterin asim, Versicherungsmedizin I Versicherungsrecht Universitätsspital Basel; Vorsitzende Studiengangkommission Master Versicherungsmedizin (MAS VMed), Universität Basel.

des Dienstes bei genetisch veranlagten Krankheiten, bspw. durch körperliche Belastung, Schlafentzug oder Kälte-/Hitzedispositionen, verantwortlich seien, von Bedeutung.

### **2.3. Ausgewählte verfahrensrechtliche Hürden im Sozialversicherungsrecht – Second Opinion, Beiladung sowie weitere praktische Einzelfragen**

[12] Nach allgemeinen Ausführungen zur Gerichtsorganisation im Kanton Basel-Stadt sowie der Zusammensetzung des Sozialversicherungsgerichts Basel-Stadt befasste sich Frau Dr. iur. ANDREA PFLEIDERER<sup>7</sup> als nächste Referentin mit ausgewählten verfahrensrechtlichen Hürden im Sozialversicherungsrecht.

[13] Als Erstes thematisierte sie die Parteiberichtigung im Verfahren nach VVG. So komme es gemäss ihrer Erfahrung häufig vor, dass Laien den falschen Krankentaggeldversicherer innerhalb (der oftmals komplizierten) Konzernstruktur einklagen. Der beklagte Versicherer mache dann die Abweisung der Klage wegen fehlender Passivlegitimation geltend. Hier stelle sich die Frage, wie das Gericht damit umzugehen habe. Die Rednerin plädierte unter Berücksichtigung der Schnittstelle des krankentaggeldrechtlichen Verfahrens mit dem Sozialversicherungsrecht dafür, dass in krankentaggeldrechtlichen Streitigkeiten eine grosszügige Auslegung der richterlichen Fürsorgepflicht gegenüber der sozial schwächeren Partei angenommen werden solle und die Parteiberichtigung von Amtes wegen zuzulassen sei.

[14] Weiter ging die Referentin auf die Beschwerdelegitimation von Arbeitnehmenden in arbeitgeberähnlicher Stellung ein und illustrierte die Problematik an einem Leitentscheid,<sup>8</sup> welcher den Anspruch auf Corona-Erwerbsersatz von versicherten Personen in arbeitgeberähnlichen Personen zum Gegenstand hatte. Sie gab zu bedenken, dass eine allfällige Verneinung der Beschwerdelegitimation der juristischen Person einem formellen Leerlauf gleichkomme und es zu hoffen sei, dass das Bundesgericht bezüglich der Beschwerdelegitimation arbeitgeberähnlicher Personen in diesen Verfahren bald Klarheit schaffe.

[15] Sodann ging die Rednerin auf das Problem der sogenannten Second-Opinion bzw. Zweitmeinung im IV-Verfahren ein. Die Referentin führte unter anderem aus, dass kaum Literatur zur Frage, wann eine Second-Opinion vorliege, vorhanden sei. Vielmehr müsse dafür auf allgemeine Grundsätze, wie den Untersuchungsgrundsatz, zurückgegriffen werden. Eine Zweitmeinung sei ebenso eine Einschätzung des medizinischen Sachverhalts. Die Referentin gab verfahrensrechtlich betrachtet die Empfehlung ab, die Zwischenverfügung gegen die erneute Gutachtensanordnung der IV-Stelle jeweils mit Beschwerde anzufechten. Da hier regelmässig ein nicht wiedergutmachender Nachteil bejaht werden könne, sei vom Gericht dann zu prüfen, ob die Einholung eines weiteren Gutachtens zulässig sei, oder vielmehr eine unzulässige Second-Opinion vorliege.

[16] Als letzte verfahrensrechtliche Schnittstelle befasste sich die Referentin mit der Beiladung. Sie ging unter anderem auf den Zweck der Beiladung ein, welcher in der Ausdehnung der Rechtskraft des Entscheids auf die beigeladenen Personen und damit der Koordination des materiellen Rechts sowie der Gewährung des rechtlichen Gehörs bestehe. Weitere Ausführungen erfolgten zur Wirkung der Beiladung, nämlich der Parteistellung der beigeladenen Person. Nachdem sie

---

<sup>7</sup> Gerichtspräsidentin Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt.

<sup>8</sup> BGE 148 V 265.

sich mit einem Beispiel aus der Rechtsprechung befasste, schloss sie mit dem Fazit, dass die Beiladung zahlreiche Nachteile mit sich bringe: Die beige ladene Person könne im Endentscheid grundsätzlich zu nichts verpflichtet werden. Andererseits müsse sie sich ihrerseits umfassend äussern und eigene Rechtsbegehren stellen können, trotzdem bestehe für sie aber die Gefahr, in ein neues Verfahren mit einem allenfalls anderen Ausgang involviert zu werden. Im Ergebnis sei dies der Prozessökonomie abträglich.

## **2.4. Koordinationsrechtliche Fragestellungen im Sozialversicherungsrecht – grundsätzlicher Blick und Prüfung von aktuellen Einzelfragen**

[17] Als letzter Redner des Vormittags befasste sich Herr Prof. Dr. iur. UELI KIESER<sup>9</sup> mit koordinationsrechtlichen Fragestellungen im Sozialversicherungsrecht und warf mit den Teilnehmenden einen Blick auf grundsätzliche Fragen sowie die Prüfung von zwei aktuellen Einzelfragen.

[18] Der Referent zeigte zunächst auf, welche Grundgedanken in Art. 63 bis 69 ATSG zum Tragen kommen. Der Gesetzgeber habe damit einzig die Koordination von Leistungen gewollt und habe sich dabei auf die intersystemische Koordination, also die Koordination zwischen einzelnen Sozialversicherungszweigen, beschränkt. Der Referent wies die Teilnehmenden auf den zentralen Grundsatz hin, dass die Regelung der Koordination erst nach Festlegung des Leistungsanspruchs durch einen einzelnen Sozialversicherungszweig greife. Das ATSG bringe damit keine materielle Koordination, was eine Schwachstelle sei. Vielmehr werde im Wesentlichen geordnet, ob das Koordinationsprinzip der Priorität oder der Kumulation gelte. Der Referent präziserte, dass grundsätzlich davon auszugehen sei, dass das Kongruenzprinzip gelte (Art. 69 Abs. 1 ATSG), auch wenn dies aus dem Gesetzestext nicht klar werde, was mit dessen Entstehungsgeschichte zusammenhänge. Sodann führte er aus, dass sich das ATSG über die Regelung der Resterwerbsfähigkeit bei der Leistungsordination ausschweige und keine Regelung der zentralen extrasystemischen Leistungsordination beinhalte. Er resümierte, dass die Gestaltungskraft des ATSG-Koordinationsrechts sehr bescheiden sei, es eine Überfülle von Abweichungen davon gebe und somit Lücken in der Regelung resultieren würden, die bei der Rechtsanwendung empfindlich ins Gewicht fallen würden.

[19] Nach diesen grundsätzlichen Ausführungen widmete sich der Referent der ersten konkreten Fragestellung. Er fragte danach, ob es wünschbar wäre, im Sozialversicherungsrecht eine Taggeldkoordination vorzunehmen, und wie die Gesetzgebung diesfalls vorgehen müsste. Diese Koordination sei heute in uneinheitlichen und oft schwierig anwendbaren Taggeldregelungen in den sozialversicherungsrechtlichen Einzelgesetzen zu finden. Als Ergebnis hielt er fest, dass das Taggeld mit Blick auf die von ihm genannten Grundprinzipien (Versicherungsprinzip, Äquivalenzprinzip und Solidaritätsprinzip) eingeordnet werden müsse. Sodann sei zu klären, welche dieser sozialversicherungsrechtlichen Grundprinzipien das Taggeld bestimmen sollten. Anschliessend müsse geklärt werden, ob Taggelder kumulativ oder prioritär gewährt würden. Erst auf dieser Grundlage könne eine Regelung im ATSG ausgearbeitet werden.

[20] Zum Abschluss widmete sich der Referent dem Verhältnis zwischen der Entschädigung der Arbeitslosenversicherung (ALV) und der Invalidenrente der beruflichen Vorsorge. Konkret fragte

---

<sup>9</sup> Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner bei KSPartner, Zürich, Richter am Obersten Gerichtshof des Fürstentums Liechtenstein.

er danach, ob die ALV die als Vorleistungen erbrachten Entschädigungen direkt und im eigenen Namen bei der Vorsorgeeinrichtung zurückfordern könne. Er erläuterte die Tragweite dieser häufigen Problematik und ging auf die verschiedenen materiellen und formellen rechtlichen Probleme bei der Rückabwicklung ein. Seiner Ansicht nach sei im Ergebnis anzunehmen, dass die Arbeitslosenkasse sowohl über die Rückerstattung als solche sowie auch über den Weg der Verrechnung mit einer Invalidenrente einer bestimmten Vorsorgeeinrichtung ein Verfügungsverfahren durchführen könne. In der Folge könnten sowohl die zur Rückerstattung verpflichtete Person als auch die zur Rückerstattung der Vorleistung verpflichtete Vorsorgeeinrichtung ein Rechtsmittel gegen die Verfügung gemäss Art. 49 ATSG erheben.

## 2.5. Diskussion des Vormittags

[21] Die Vortragenden des Vormittags stellten sich im Anschluss an die Referate den Fragen aus dem Publikum, woraus sich eine rege Diskussion ergab.

[22] Die erste Frage aus dem Publikum richtete sich an Herr Prof. KIESER und knüpfte an die Thematik der Rückforderung der Arbeitslosenkassen gegenüber der beruflichen Vorsorge an. Ein Teilnehmender fragte, wie es sich verhalte, wenn eine Person das Vorsorgekapital bereits bezogen habe und deswegen im Invaliditätsfall nur eine gekürzte Invalidenrente der Pensionskasse erhalte, und die Arbeitslosenkasse deswegen nur mit dieser gekürzten Rente verrechnen könne. Herr Prof. KIESER gab mit Verweis auf Art. 71 Satz 2 ATSG die Antwort, dass die Arbeitslosenkasse, sofern der Kapitalbezug nicht rechtsmissbräuchlich erfolgt sei, die Differenz nicht von der versicherten Person persönlich zurückfordern könne. Schwierig und verwandt seien indes die Fälle, in welchen die IV-Rente der beruflichen Vorsorge bereits ausbezahlt worden sei, da hier die ALV nicht mit einer Gegenforderung verrechnen könne. Deswegen seien die Arbeitslosenkassen dazu angehalten, eine Verrechnung umgehend zu erklären, da nach erfolgter Verrechnungserklärung die PK nicht mehr gültig die Rente ausbezahlen könne, da sie ansonsten eine Doppelzahlung riskiere.

[23] Weiter diskutierten die beiden Referentinnen Frau Dr. iur. PFLEIDERER und Frau lic. iur. BOLLAG darüber, was die Anforderungen betreffend Beweislast an die Gutachten in der Militärversicherung (MV) seien, und ob diese dieselben seien wie im IV-Verfahren. Zweitere erinnerte nochmals daran, dass sich in den beiden Versicherungszweigen unterschiedliche Fragestellungen ergeben würden und es in der MV genüge, dass die Gesundheitsschädigung zeitlich während des Dienstes auftrete. Deswegen brauche es vom medizinischen Sachverständigen keine ätiologische Diskussion, ausser die MV möchte den Entlastungsbeweis erbringen. Dr. med. JEGER ergänzte, dass die MV im Gegensatz zu anderen Versicherungen kein Massengeschäft sei und die Fragestellungen oftmals viel präziser seien.

[24] Auf die Frage, wie eine Chronifizierung verhindert werden könne, gab Dr. med. JEGER zu bedenken, dass dies leider sehr schwierig sei. Als Grundprinzip gelte sicherlich, dass ein möglichst frühes Eingreifen in das Krankheitsgeschehen zentral sei. Da es sich aber oftmals um ein komplexes biopsychosoziales Phänomen handle, brauche es ein multifaktorielles Eingreifen, das sich nicht auf der medizinischen Ebene erschöpfe.

[25] Ein weiterer Teilnehmer fragte, ob es einen Bundesgerichtsentscheid zum Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gebe, der diesen prozentual quantifiziert. Herr Prof. KIESER und Frau lic. iur. BOLLAG diskutierten, dass zum Vorliegen überwiegender Wahrscheinlichkeit

mehr als 50 Prozent gegeben sein müssen. Herr Dr. med. JEGER ergänzte, dass die Formulierung «*es sprechen mehr Gründe dafür als dagegen*» viel griffiger sei als Prozentangaben.

[26] Von einer Teilnehmerin wurde die Problematik im Dreiecks-Verhältnis von arbeitgebender Person, arbeitnehmender Person und Arbeitslosenkasse angesprochen. Sie fragte danach, wie vorzugehen sei, wenn eine arbeitnehmende Person kündigt, weil die Arbeit unzumutbar ist, die Arbeitslosenkasse, die vorleistungspflichtig ist, ihr jedoch mit Auflage untersagt, einem Vergleich zuzustimmen. Hier gab Herr Prof. KIESER die Empfehlung ab, sich möglichst rasch mit der Arbeitslosenkasse in Verbindung zu setzen. Immerhin müsse die Arbeitslosenkasse hier die Aufklärungspflicht (Art. 27 ATSG) beachten und der versicherten Person bei einem allfällig anspruchsfördernden Verhalten raten, sich anders zu verhalten.

[27] Ein Teilnehmer schilderte die Problematik, dass es als Rechtsanwalt oder Rechtsanwältin zwar möglich sei, formelle Fehler in einem Gutachten zu erkennen, nicht aber materielle. Hier gaben Herr Dr. med. JEGER und Frau lic. iur. BOLLAG zu bedenken, dass dies in der Tat schwierig sei, jedoch mit der notwendigen fachlichen Schulung auch Instrumente vorhanden seien. Gerade der Mini-ICF, welcher Fähigkeitsbeeinträchtigungen bei psychischen Erkrankungen erfasse, würde eine präzisere Differenzierung erlauben.

## 2.6. Grundsätze zur Berechnung des Direktschadens

[28] Der erste Teil des Nachmittagsprogramms wurde von einer «Stammgästin» der Basler Sozialversicherungsrechtstagung, Frau Prof. Dr. iur. ANNE-SYLVIE DUPONT<sup>10</sup>, gestaltet. Dabei sprach sie über die Koordination zwischen Sozialversicherungsleistungen und Schaden im Haftpflichtrecht. Sie erklärte, dass wenn ein Sachverhalt eine privatrechtliche Schadenersatzpflicht auslöse und dieser Sachverhalt gleichzeitig ein versichertes soziales Risiko verwirkliche, sich die Frage stelle, wie diese Leistungen der schädigenden Person und der Sozialversicherungen zu koordinieren seien. Um diese Frage zu beantworten, ging die Referentin vertieft auf den Begriff der Subrogation (Art. 72 Abs. 1 ATSG) ein. Dieser beschreibe den Umstand, dass der Versicherungsträger gegenüber einem Dritten, der für den Versicherungsfall hafte, im Zeitpunkt des Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen eintrete.

[29] Weiter ging die Referentin auf das Kongruenzprinzip (Art. 74 ATSG) ein, da dieses die Koordination der Versicherungsleistungen mit Haftpflichtansprüchen betreffe. Dabei gehe es darum, schadenausgleichende Leistungen aus dem Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht zusammenzuführen und in ihrem Zusammenwirken zu überprüfen, ob sie den Schaden decken oder eine Überentschädigung bewirken. Hier knüpfte sie an das Referat des Vormittags von Prof. Dr. iur. KIESER an und führte aus, dass entsprechend der intersystemischen Koordination das Kongruenzprinzip für Leistungen gelte, die in zeitlicher, persönlicher, sachlicher und ereignisbezogener Hinsicht gleich seien. Die Subrogation sei nur dann wirksam, wenn sowohl die Sozialversicherung als auch die haftpflichtige Person für kongruente Schäden leistungspflichtig seien. Die Referentin erinnerte daran, dass folglich für die Berechnung des Direktschadens für jeden einzelnen Schadensposten geprüft werden müsse, ob dieser hinsichtlich der vier genannten Ge-

---

<sup>10</sup> Professorin für Sozialversicherungsrecht an den Universitäten Neuenburg und Genf; Fachanwältin SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht.



sichtspunkte kongruent sei. In diesem Zusammenhang betonte die Referentin, dass es nach dem derzeitigen Stand des Rechts und der Rechtsprechung keine Sozialleistungen gebe, die mit der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens im engeren Sinne übereinstimmen.

[30] Den letzten Fokus setzte die Referentin auf das Quotenvorrecht (Art. 73 ATSG), wonach die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen nur so weit auf den Versicherungsträger übergehen würden, als dessen Leistungen zusammen mit dem vom Dritten für den gleichen Zeitraum geschuldeten Ersatz den entsprechenden Schaden übersteigen. Dabei ging sie vertieft auf den Fall ein, in dem der Versicherungsträger seine Leistungen im Sinne von Art. 21 Abs. 1, 2 oder 4 ATSG kürzt. Weiter erklärte sie, dass die Quotenteilung verhindern wolle, dass Leistungskürzungen der Sozialversicherungen durch erhöhte Leistungen haftpflichtiger Dritter aufgefangen werden, sodass die versicherte Person die Strafe tatsächlich erleidet. Sie erwähnte in diesem Kontext, dass nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>11</sup> die Genugtuung den gleichen Regeln untersteht wie die Schadenspositionen. Dies auf jeden Fall dann, wenn die Reduktion der Genugtuung auf einen Vorzustand zurückzuführen sei.

[31] Zu Ende ihres Referats gab sie den Gästen Hinweise zum Vorgehen zur Geltendmachung der Schadenersatzforderung mit auf den Weg. So betonte sie, dass die jeweiligen Schadenspositionen nach zivilrechtlichen Regeln zu beziffern seien. Weiter seien für jede Position die kongruenten Sozialleistungen zu identifizieren und es sei nur die Zahlung des Direktschadens zu fordern, d.h. die Differenz zwischen dem Schaden respektive der Genugtuung und den erhaltenen Sozialleistungen. Zudem hielt sie fest, dass wenn die festgesetzte oder vereinbarte Entschädigung niedriger sei als der Schaden, die Differenz grundsätzlich vom Sozialversicherer zu tragen sei.<sup>12</sup>

## **2.7. Schnittstellen des Sozialversicherungsrechts zum Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere zum Migrationsrecht**

[32] Direkt im Anschluss setzte sich Herr Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER<sup>13</sup> mit den Schnittstellen des Sozialversicherungsrechts zum Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere zum Migrationsrecht auseinander. Dies bot sich an, da letzteres in der Praxis sehr enge Bezüge zum Recht der sozialen Sicherheit insgesamt aufweist, welche in der Lehre jedoch nur selten beachtet werden. Um das Verhältnis des Sozialversicherungsrechts mit dem Migrationsrecht zu veranschaulichen, verglich er dieses mit einem Christstollen. Dieser bestehe aus verschiedensten Zutaten, wobei der Teig die Rosinen und die kandierten Früchte zusammenhalte. Ähnlich wie der Teig des Christstollens seien die Juristen und Juristinnen dafür verantwortlich, aus verschiedenen Elementen eine einheitliche Rechtsordnung zu schaffen.

[33] Um die Schnittstellen zwischen Sozialversicherungs- und Migrationsrecht zu verstehen, sei es zunächst wichtig, festzustellen, dass es sich bei Personen mit Migrationshintergrund um eine vulnerable Gruppe handle. Das eigentliche Problem der Migration sei der Umstand, dass diese für die migrierenden Versicherten einen Wechsel zwischen verschiedenen nationalen Schutzkon-

---

<sup>11</sup> BGer Urteil 4A\_631/2017 vom 24. April 2018.

<sup>12</sup> ANNE-SYLVE DUPONT, *Principes généraux pour l'évaluation du dommage direct*, in: Dupont/Müller (Hrsg.), *L'évaluation du préjudice corporel: questions pratiques et d'actualité en droit de la RC et des assurances sociales et privée*, Basel/Neuenburg 2021, S. 35–59.

<sup>13</sup> Professor für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich; Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

zepten zur Folge habe. Zudem bestehe kaum internationale Harmonisierung, sondern es würden lediglich nationale oder staatsvertragliche Regelungen vorliegen. So bestehe unter anderem aufgrund der Migration für die Versicherten die Gefahr von Lücken im Versicherungsschutz. In der Folge ging er auf die Versicherung von Personen mit Migrationshintergrund ein, je nach Herkunft respektive Aufenthaltsstatus (sofern vorhanden), wobei er insbesondere auch auf Personen mit Schutzstatus S einging. Für die Beurteilung der Frage, wer wann in welchem Umfang versichert sei, sei oft die Dauer des geforderten, vorbestehenden Aufenthalts, die Mindestbeitragsdauer oder ein Sozialversicherungsabkommen entscheidend.

[34] Nach Ausführungen zu den Prinzipien des Zusammenspiels von Sozialversicherungs- und Migrationsrecht kam der Referent zum Schluss, dass die Schnitt- bzw. Verbindungsstellen zwischen Migrationsrecht und sozialer Sicherheit komplex und verzahnt seien. Dabei würden sich die Verhältnisse bei der eidgenössisch geregelten Sozialversicherung einfacher gestalten als bei kantonale mitgeregelten Fragen, wie etwa der Sozialhilfe oder der Nothilfe. Abschliessend hielt er fest, dass das Recht der sozialen Sicherheit die Wertungen des Migrationsrechts nachvollziehe und abrunde. Zudem schaffe es nach Möglichkeit keine eigenen Anreize und Verzerrungen.

## 2.8. Diskussion

[35] Nach den ersten beiden Vorträgen des Nachmittags fand eine Diskussion mit den Referierenden statt. Die erste Frage wurde an Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER gerichtet und betraf die Frage, in welchem Umfang Personen ohne Aufenthaltsberechtigung im Rahmen der Nothilfe Anspruch auf Leistungen der Krankenkasse haben. Der Befragte antwortete, diese Frage habe er sich bereits bei seiner Antrittsvorlesung vor 20 Jahren gestellt. Der Gesetzgeber habe zwar versucht, entsprechende Regelungen zu verabschieden. Der ehemalige Bundesrat BLOCHER habe jedoch gesagt, dies sei nicht möglich und man müsse dies im Einzelfall beurteilen. Man könne wohl davon ausgehen, dass Personen ohne Aufenthaltsberechtigung sinngemäss Leistungen nach KVG zustehen würden, wobei diese Personen eine eingeschränkte Leistungserbringerauswahl hätten. Ein genereller Leistungsausschluss sei mit der Menschenwürde nicht vereinbar.

[36] Die nächste Frage betraf den konkreten Fall, dass eine arbeitnehmende Person krank wurde. Die Arbeitgeberin zweifelte, ob die arbeitnehmende Person tatsächlich krank sei. Die Krankentaggeldversicherung veranlasste in der Folge eine Untersuchung, entrichtete dann aber keine Leistungen, weil es sich ihrer Ansicht nach um eine arbeitsplatzassoziierte Arbeitsunfähigkeit handelte. Es stellte sich demnach die Frage, gegen wen man vorgehen soll. Frau Prof. Dr. ANNE-SYLVIE DUPONT erklärte, sie würde womöglich sowohl gegen die Arbeitgeberin als auch gegen die Taggeldversicherung vorgehen. Allenfalls helfe es auch, ein Privatgutachten einzuholen, gerade wenn Deckung einer Rechtsschutzversicherung bestehe. Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER erklärte, dass, wenn es ein Gutachten der Versicherung gebe, die z.B. eine arbeitsplatzassoziierte Arbeitsunfähigkeit bescheinige, es sich wohl anbiete, gegen die Arbeitgeberin vorzugehen. Herr Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI ergänzte, dass man sich auch überlegen könnte, eine Klage auf den Annahmeverzug nach Art. 324 OR zu stützen, je nachdem, wer für die Arbeitsunfähigkeit verantwortlich sei.

## **2.9. Gleich, aber anders? Zumutbare Arbeit in der Sozialhilfe, ALV, IV und EL**

[37] Frau Dr. iur. MELANIE STUDER,<sup>14</sup> die im Rahmen eines SNF-Forschungsprojekts eine Dissertation zu sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen verfasste, beleuchtete die Schnittstelle zwischen Sozialhilfe und Sozialversicherungen. Dabei behandelte sie den Begriff der zumutbaren Arbeit in der Sozialhilfe, der IV, der ALV und der EL und stellte sich die Frage, wie sich die Unterschiede bei diesem zentralen, die Selbstverantwortung begrenzenden Begriff rechtfertigen. Dabei griff sie zunächst ein Zitat des Bundesgerichts auf, wonach Beschäftigungs- und Integrationsmassnahmen grundsätzlich als zumutbare Arbeit anzusehen seien. In der Folge betonte sie die Bedeutung des Begriffs der zumutbaren Arbeit in der Sozialhilfe, der Arbeitslosenversicherung, der Invalidenversicherung und der Ergänzungsleistungen. Diesen Bereichen sei gemeinsam, dass sie im Sinne der Abwägung öffentlicher und privater Interessen die Frage, was einer Person in Selbstverantwortung überbürdet werden könne und wo die Leistungspflicht der Solidargemeinschaft beginne, zu beantworten hätten. Die Zumutbarkeit begrenze die Selbstverantwortung und die daraus fliessende (Schaden-)Minderungspflicht.

[38] In der Folge zeigte sie auf, welche Bedeutung der zumutbaren Arbeit in der ALV, der IV, der EL und der Sozialhilfe zukommt. Personen, die Sozialhilfe empfangen, seien wenig vor den Zumutungen des Arbeitens geschützt. Dies zeigte sie eindrücklich anhand sozialhilferechtlicher Rechtsprechung des Bundesgerichts auf. Als zumutbar gelte, wozu jemand objektiv in der Lage zu etwas sei. Im Ergebnis gehe so die dekommodifizierende Wirkung der Sozialleistungen verloren und nur, wer arbeite, habe Anspruch auf sozialstaatliche Leistungen. Dies betreffe auch die Leistungen nach Art. 12 BV, also diejenigen Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich seien. Denn gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung habe eine Person, die an einem (minimal) entschädigten, objektiv zumutbaren Programm nicht teilnimmt, keinen Anspruch auf Hilfe in Notlagen.

[39] Die Referentin kam schliesslich zum Fazit, dass unter zumutbarer Arbeit je nach Sicherungssystem zwingendermassen nicht dasselbe zu verstehen sei. Dies, da die Sicherungssysteme verschiedene Ziele und Zwecke verfolgten. Insbesondere könne die Sozialhilfe ihre subsidiäre Sicherungsfunktion nicht mehr wahrnehmen, wenn durch eine Angleichung der Abgrenzung zwischen Situationen, die in Selbstverantwortung zu bewältigen sind und jenen, in denen Anspruch auf sozialstaatliche Leistungen besteht, die Anspruchsvoraussetzungen egalisiert werden. Trotzdem dränge sich hinsichtlich der Präzisierung des Begriffs der zumutbaren Arbeit in der Sozialhilfe eine Anlehnung an die Sozialversicherungen auf, nicht zuletzt, um rechtsstaatlichen Grundsätzen wie der Verhältnismässigkeit gerecht zu werden.

## **2.10. Vielfältige Schnittstellen zwischen Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht: Fokus berufliche Vorsorge und Unfallversicherung**

[40] Im letzten Referat der Tagung ging Herr Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI auf die vielfältigen Berührungspunkte zwischen Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht ein, wobei er den Fokus auf die Unfallversicherung und die berufliche Vorsorge legte. Bei der Unfallversicherung sei zu-

---

<sup>14</sup> Dozentin und Projektleiterin an der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit, Institut für Soziale Arbeit und Recht, Rechtsanwältin.

nächst fraglich, wer arbeitnehmende Person im Sinne des UVG sei. Dies seien insbesondere auch bezahlte Amateursportler und Amateursportlerinnen sowie Personen im Rahmen eines sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramms und bei Beschäftigungen im Rahmen eines Arbeitsversuchs nach Art. 18a IVG. Zudem gebe es keine Altersgrenze, sodass auch eine 13 Jahre alte Aushilfe im Reitstall oder eine arbeitnehmende Person, die das Pensionsalter bereits erreicht hat, als Arbeitnehmende im Sinne des UVG gelten könnten. Keine Arbeitnehmenden im Sinne des UVG seien jedoch Personen, die ein Verwaltungsratsmandat bekleiden, sofern sie ihrer Organ-tätigkeit nachgehen, sowie im Falle von Gefälligkeiten. Sofern eine Person für eine GmbH nicht nur strategisch, sondern auch operativ arbeite, sei diese Person gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung als arbeitnehmende Person nach UVG zu betrachten, auch wenn sie diese Arbeit unbezahlt verrichtet. In diesem Fall sei der versicherte Lohn der berufs- und ortsübliche Lohn gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV.

[41] Betreffend BVG ging der Referent auf den Beginn und das Ende der Versicherungspflicht ein. Er betonte in der Folge, dass den Arbeitnehmenden bei BVG Themen Mitbestimmungsrechte zukommen würden. So sei das Einverständnis der Mitarbeitenden gemäss Art. 11 Abs. 2 und 3<sup>bis</sup> BVG bei der Wahl oder dem Wechsel der Vorsorgeeinrichtung einzuholen. Dabei handle es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Auflösung des bestehenden Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung um ein grundlegendes und konstitutives Erfordernis, dessen Nichteinhaltung die Ungültigkeit der Auflösung des Abschlussvertrages zur Folge habe. Der Referent unterstrich zudem, dass das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung paritätisch zusammengesetzt sei und dass es keine Gesundheitsvorbehalte in der obligatorischen beruflichen Vorsorge gebe.

[42] Nach einer Tour d'Horizon über die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung erläuterte der Referent, dass ein Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Sperrfrist (Art. 336c OR) gekündigt werden könne. Dabei sei vom kündigenden Arbeitgeber jedoch zu beachten, dass seine Pensionskasse für allfällige Invalidenleistungen der betroffenen Person aufzukommen habe, wenn diese im Anschluss an das gekündigte Arbeitsverhältnis nicht in der Lage sei, ein neues Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von mehr als drei Monaten einzugehen. Dies selbst dann, wenn die Invalidität Jahre später auftrete.

### **3. Ausblick**

[43] Wie erwähnt, bildete die Einsicht, dass der, der nur vom Sozialversicherungsrecht etwas versteht, wenig verstanden hat, den Ausgangspunkt der Tagung. Davon ausgehend beleuchteten die Referierenden verschiedene Schnittstellen. Gleichzeitig unterstrichen die Referierenden auch diejenigen Entscheidungen des Gesetzgebers und der Gerichte, die sich auch ihrem Verständnis entziehen. Resümierend lässt sich festhalten, dass in der medizinischen und juristischen Lehre und Praxis die Kommunikation mit der jeweils anderen Disziplin gefördert werden muss, um zu Lösungen zu gelangen, die sowohl in juristischer als auch in medizinischer Hinsicht zu überzeugen vermögen. Ebenso wurde deutlich, dass die Auseinandersetzung an den Schnittstellen auch dazu führt, das Sozialversicherungsrecht besser zu verstehen. Die zeigt sich etwa darin, dass sich durch die Beschäftigung mit dem Migrations- oder Sozialhilferecht die Frage nach dem Zweck von Sozialleistungen aufdrängt. Ebenso wird durch die Schnittstellen zum Haftpflichtrecht und den ganz grundsätzlichen Gedanken zum Koordinationsrecht illustriert, welche Bedeutung dem Sozialversicherungsrecht in unserer Rechtsordnung zukommt. Gerade auch in der praktischen Tätigkeit ist eine (möglichst) umfassende Kenntnis der an das Sozialversicherungsrecht angren-

zenden Rechtsgebieten unentbehrlich, um konkreten Einzelfragen mit dem notwendigen Weitblick zu begegnen. Um die Kenntnisse an der praktisch wichtigen Schnittstelle Arbeitsrecht weiter zu vertiefen, bietet sich bei der 7. Basler Arbeitsrechtstagung<sup>15</sup> bereits die nächste Gelegenheit.

---

MICHAEL BALMER, Advokat, MLaw, LL.M., ist Doktorand am Lehrstuhl für Soziales Privatrecht der Universität Basel (Prof. Pärli). Zudem ist er bei Bangerter Friedli & Partner in Thun tätig.

LAURA KUNZ, Advokatin, MLaw, ist Doktorandin am Lehrstuhl für Soziales Privatrecht der Universität Basel (Prof. Pärli) sowie Studiengangkoordinatorin im Weiterbildungsstudiengang Master Versicherungsmedizin (MAS VMed) an der Universität Basel.

Die Autorin und der Autor danken den Referierenden herzlich für die Durchsicht des Beitrages und die wertvollen Rückmeldungen.

---

<sup>15</sup> Diese findet am 10. März 2023 in Basel statt.