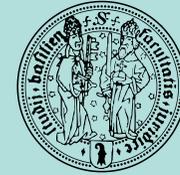




Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



# **Arbeits- und Sozialversicherungsrecht – Austausch Wissenschaft und Praxis**

30. November 2016

Lehrstuhl Prof. Dr. Kurt Pärli

# I) Einführung

- Idee der Veranstaltung: Austausch....
  - Wer sind wir?
  - Was machen wir?
  - Was wollen wir von Ihnen?
  
- Zum heutigen Abend:
  - Einblicke in aktuelles Schaffen ...
  - ... durch drei Kurzreferate
  - .... mit anschliessender Diskussion, Fragen beantworten

# Projekte des Lehrstuhls (Auswahl)

- SNF-Projekt Auswirkungen Arbeitsvölkerrecht / EU-Arbeitsrecht (war meine Mitgift nach Basel....)
- Neues SNF-Projekt: Arbeiten unter den Bedingungen der Sozialhilfe
  - Team:
    - Melanie Studer (Dissertantin)
    - Dr. Anne Meier
    - Dr. Gesine Fuchs, Politikwissenschaftlerin
  - Ergebnisse, 2019, laufend Zwischenergebnisse (siehe Flyer)
- Verschiedene Gutachten (nicht nur über Uber....)
- Vorträge
- Publikationen
- 2017 wird erscheinen: Handkommentar zum Entsendegesetz

# Was erwartet Sie heute Abend?

- I) Einführung (Kurt Pärli) 17 30 bis 17 40
- II) Auswirkungen des EU-Rechts und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht - Ergebnisse einer Nationalfondsstudie (Kurt Pärli), Kurzreferat und Diskussion 17 40 bis 18 05
- III) Sozialversicherungsrechtliche Folgen beendeter Arbeitsverhältnisse – Besonderheiten für Grenzgänger/-innen aus Deutschland (Georg Ranert), Kurzreferat und Diskussion 18 05 bis 18 30
- IV) BGE 141 V 281: «Überwindung der Überwindbarkeitsrechtsprechung in der Invalidenversicherung» (Alain Borer), Kurzreferat und Diskussion  
18 30 bis 18 55
- V) Schlusswort und Ausblick (Kurt Pärli) 18 55 bis 19 00
- VI) Weiterführen der Diskussion beim Apero 19 00 bis ....



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



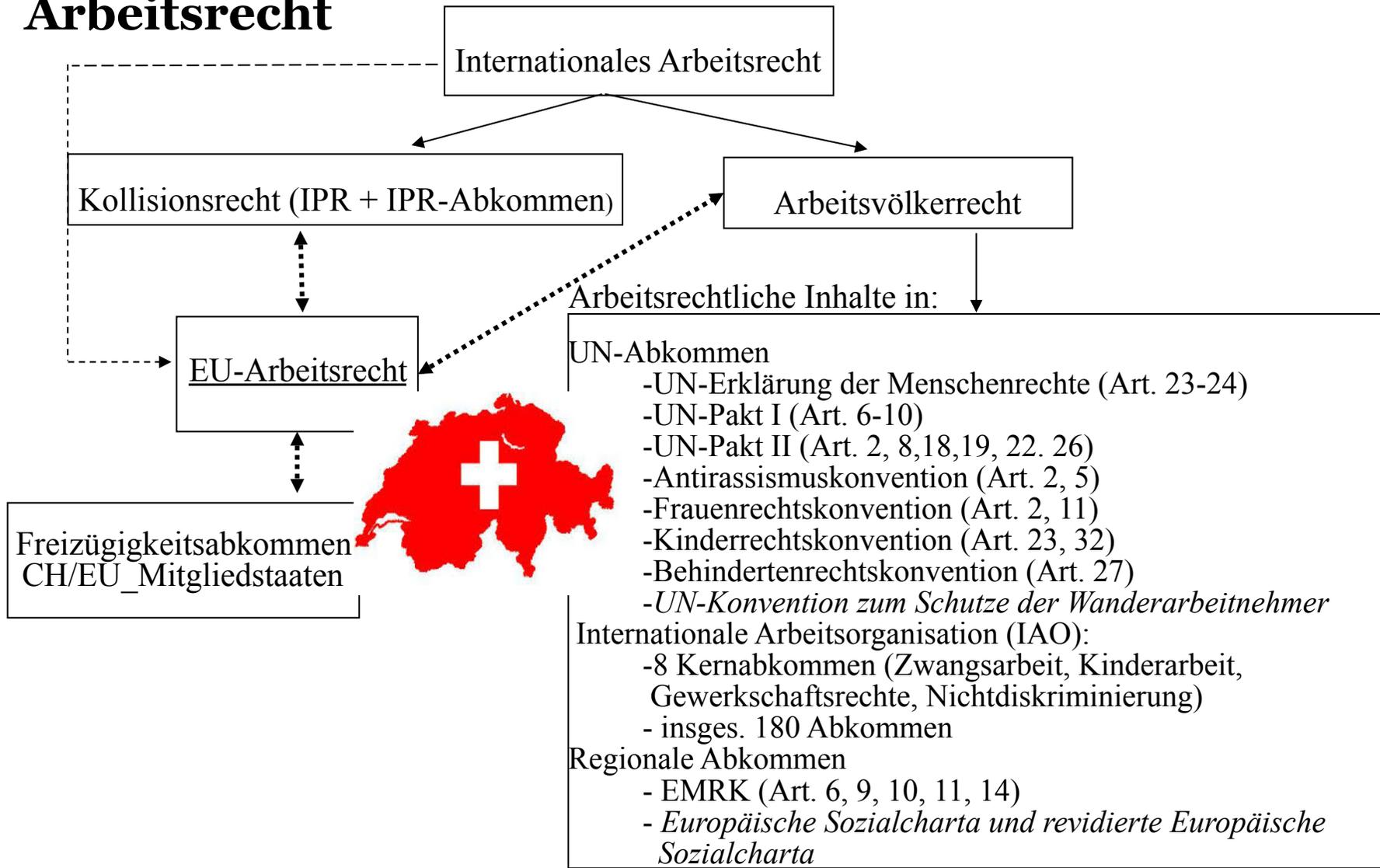
# **Auswirkungen des EU-Rechts und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht - Ergebnisse einer Nationalfondsstudie**

Prof. Dr. Kurt Pärli, 30. November 2016

# Auswirkungen des EU-Rechts und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht

- I) Hintergrund, Ausgangslage
- II) Einwirkungsformen
- III) Einblick in die Ergebnisse
  - 1. Einwirkung im Rahmen der EGMR-Rechtsprechung
  - 2. Einwirkung des FZA
  - 3. Einwirkung durch den autonomen Nachvollzug
  - 4. Einwirkung auch ohne Nachvollzug
- IV) Fazit

# I) Arbeitsrecht «multikomplex»: Arbeitsvölkerrecht / EU-Arbeitsrecht/CH- Arbeitsrecht



Sekundäres EU-Arbeitsrecht nach Kompetenzgrundlagen		
BINNENMARKT	SOZIALPOLITIK	Sonstiges
<b>Arbeitnehmerfreizügigkeit</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Freizügigkeitsverordnung (EU) Nr. 492/2011</li> <li>• Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG</li> <li>• Berufsqualifikationenrichtlinie 2005/36/EG</li> </ul>	<b>Unionale Sozialpolitik</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG (und besondere Arbeitsschutzrichtlinien)</li> <li>• Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG</li> <li>• Unterrichts- und Anhörungsrichtlinie 2002/14/EG</li> <li>• Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG</li> <li>• Insolvenzrichtlinie 2008/94/EG</li> <li>• Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG</li> <li>• Europäische-Betriebsräte-Richtlinie 2009/38/EG</li> </ul>	<b>GLEICHBEHANDLUNG</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Geschlechterraichtlinie 2006/54/EG</li> <li>• Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG</li> <li>• Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG</li> </ul>
<b>Dienstleistungsfreiheit</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Entsenderichtlinie 96/71/EG</li> </ul>		<b>KOMPETENZABRUNDUNG</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• SE-Richtlinie 2001/86/EG</li> <li>• SCE-Richtlinie 2003/72/EG</li> </ul>
<b>Niederlassungsfreiheit</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG</li> </ul>	<b>Per Ratsbeschluss durchgeführte Sozialpartnervereinbarungen</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vereinbarung über Teilzeitarbeit (Richtlinie 97/81/EG)</li> <li>• Vereinbarung über befristete Arbeitsverträge (Richtlinie 1999/70/EG)</li> <li>• Rahmenvereinbarung über Elternurlaub (RL 2010/18/EU)</li> </ul>	<b>INTERNATIONALES ARBEITSRECHT</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Rom I-Verordnung (EG) Nr. 593/2008</li> <li>• Rom II-Verordnung (EG) Nr. 864/2007</li> <li>• EuGVO (EG) Nr. 44/2001</li> </ul>
<b>Rechtsangleichung im Binnenmarkt</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nachweisrichtlinie 91/533/EWG</li> <li>• Massentlassungsrichtlinie 98/59/EG</li> <li>• Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG</li> </ul>		

Rechtssetzung im europäischen Arbeitsrecht

Rz. 75 § 1

Sagan | 35

## II) Einwirkungsformen

### Arbeitsvölkerrecht:

- Unmittelbar anwendbare Bestimmungen Arbeitsvölkerrecht
  - im Verhältnis Staat/Private
  - In privatrechtlichen Verhältnissen
- Programmatische Bestimmungen
  - Gesetzgebungsaufträge
  - Gerichte/Verwaltung (völkerrechtskonforme Auslegung)

### EU-Arbeitsrecht:

- Im Rahmen des FZA
- Im Rahmen des autonomen Nachvollzuges (Gesetzgebung und Rechtsprechung)
- Kein Nachvollzug, jedoch teilweise Übereinstimmende Rechtslage (v.a. durch Rechtsprechung)

# III.1) Einwirkung des Arbeitsvölkerrechts durch die EGMR-Rechtsprechung

Ausgangslage:

- EMRK enthält keine Sozialrechte und keine Arbeitsrecht (Ausnahme: Art. 11, Vereinigungsfreiheit)

Rechtsprechung des EGMR:

- Integration der Sozialrechte und Arbeitsrechte (verankert in ILO-Konventionen und Menschenrechtsübereinkommen) durch Auslegung (evolutive, integrative Auslegung)
- Konzeption der Schutzpflichten (staatliche Pflicht zur Sicherung der EMRK-Rechte in privaten Verhältnissen)

Beispiel:

- EGMR – Fall «Heinisch», Schutz für Whistleblower, Urteil des Bundesarbeitsgerichts Deutschland verletzt Art. 10 EMRK (Meinungsfreiheit)

Erhebliche Bedeutung für die Schweiz

## III.2) Einwirkung durch das FZA

Rechtsprechung:

- Bger, 4A\_593/2009, Urteil vom 5. März 2010 (indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigen durch GAV)
- Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht vom 17. Dezember 2012 (400 12 152), Lohnreduktion für Grenzgänger verstossen gegen das FZA
- BGE 140 II 460, Hat die Erwerbstätigkeit einer Prostituierten in einem sog. Club als selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne des FZA zu gelten (E. 4)? Kriterien zur Bestimmung der Art der Tätigkeit nach der Rechtsprechung des EuGH und nach dem nationalen Recht (E. 4.1 und 4.2). Prüfung der Kriterien anhand der konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit im Club (E. 4.3).
- BGE 140 II 112, Gerichtsdolmetscher als hoheitliche Tätigkeit? Bestimmung des FZA-Arbeitnehmerbegriffs

### III.3 Einwirkung durch autonomen Nachvollzug von EU-Arbeitsrecht durch den CH-Gesetzgeber

- Im Rahmen des Gesetzgebungsprogramms im Nachgang zum EWR-Beitritt
  - Mitwirkungsgesetz,
  - Revision Arbeitsgesetz (Art. 3a u.a.)
  - Revision von Art. 333 OR (Betriebsübergang) und Art. 335 OR (Massentlassung)
- Im Rahmen der flankierenden Massnahmen im Zusammenhang mit der Ratifikation des FZA (1999)
  - *Entsendegesetz*
  - Möglichkeit zu Normalarbeitsverträgen (Art. 360a OR)
  - Erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung
- Im Rahmen der Verschärfung der flankierenden Massnahmen (2004, 2006, 2009 und 2013)
  - Revision Entsendegesetz
  - Einführung von Art. 330b OR (Vorbild: EU-Nachweisrichtlinie)

# Autonomer Nachvollzug von EU-Arbeitsrecht durch die Rechtsprechung

BGE 129 III 335: Leitentscheidung zum dynamischen Nachvollzug

Problemstellung: Findet die Regelung in Art. 333 Abs. 3 OR zur Solidarhaftung auch im Konkursfall Anwendung?

Das Bundesgericht entschied sich dagegen und begründete seine Position im Wesentlichen mit der Rechtslage in der Europäischen Union, nachvollzogenes EU-Recht sei im Zweifel europarechtskonform auszulegen (soweit dies die innerstaatliche Methodologie zulasse).

Die Angleichung in der Rechtsanwendung dürfe sich dabei nicht bloss an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber gegolten habe. Vielmehr habe sie auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt worden sei, im Auge zu behalten.

## III.4) Einwirkung auch ohne Nachvollzug

Kein gesetzgeberischer Nachvollzug

- Richtlinien zum Diskriminierungsschutz (RL 2000/78/EG und RL 2000/43/EG)
- Teilzeitbeschäftigungsrichtlinie (97/81/EG)
- Richtlinie über befristete Arbeitsverhältnisse (RL 99/70/EG).

Aber....

- Art. 319 Abs. 2 OR ausdrücklich fest, dass auf Teilzeitarbeitsverhältnisse die gleichen Regelungen Anwendung finden wie für Vollzeitbeschäftigte. Doktrin und Gerichtspraxis sind sich überdies einig, dass so genannte **Kettenarbeitsverträge** (Aneinanderreihen mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse) namentlich dann unzulässig sind, wenn die Befristung den Zweck verfolgt, zwingenden Schutzbestimmungen zu Gunsten der Arbeitnehmenden die Wirkung zu entsagen
- Vereinzelte Gerichtsentscheide im Bereich des Diskriminierungsschutzrechts, die unter Berufung auf **Generalklauseln zum Persönlichkeitsschutz** (Art. 328 OR, Art. 28 ZGB) Arbeitnehmende vor Benachteiligung wegen Persönlichkeitsmerkmalen schützen, was im Ergebnis der Rechtslage im EU-Recht gleichkommt (RI 2000/78/EG)

## IV) Fazit

Arbeitsvölkerrecht (ILO, UN-Pakte und v.a. EMRK):

- Aufträge an den Gesetzgeber und die Verwaltung
- EMRK-Potential für arbeitsrechtliche Streitigkeiten (EGMR als arbeitsgerichtliche Appellationsinstanz)

FZA und EU-Arbeitsrecht:

- Punktuelle Übernahmepflicht des EU-Rechts (statisch), basierend auf dem FZA, weitergehende im Interesse einer parallelen Rechtsentwicklung
- Autonomer Nachvollzug von EU-Arbeitsrecht basierend auf dem Willen des CH-Gesetzgebers
- EUGH-Urteile und legislative Akte der EU als Inspiration für den CH-Gesetzgeber und die Rechtsprechung

Zu guter Letzt:

- CH-Lösungen als Vorbild für die EU? Ja, zum Beispiel die EU-Entsende-Durchsetzungsrichtlinie (Implizites Vorbild sind die jüngsten Verschärfungen im Rahmen der flankierenden Massnahmen in der CH)

# Fragen? Lust auf mehr?



### Aus dem Inhalt

1. Teil: Grundlagen
  - Die internationale Dimension des Arbeitsrechts
  - Regelungskonzept des europäischen Arbeitsrechts
  - Regelungskonzept des schweizerischen Arbeitsrechts
2. Teil: Einwirkungen des EU-Arbeitsrechts und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht
  - Übersicht zu den Formen der Einwirkung
  - Untersuchung der Europäisierung und Internationalisierung des schweizerischen Arbeitsrechts
3. Teil: Ergebnisse der Studie
  - Einbindung in den internationalen und europäischen Rechtsrahmen
  - Einwirkungsstrukturen am Beispiel ausgewählter Sachgebiete (u.a. Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, Arbeitnehmerschutz, Betriebsübergang, Massenentlassung, kollektive Rechte)





Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



# **Sozialversicherungsrechtliche Folgen beendeter Arbeitsverhältnisse – Besonderheiten für Grenzgänger/-innen aus Deutschland**

Georg Ranert, MLaw, 30. November 2016

# Arbeitslosenversicherung

- Vorübergehender Arbeitsausfall – Vollarbeitslosigkeit
- Koordination im Bereich Arbeitsvermittlung → EURES
- Arbeitslosenentschädigung/Arbeitslosengeld
- Erstattung durch Beschäftigungsstaat (Art. 70 Durchführungsverordnung)

# Vergleich Arbeitslosenentschädigung

	Schweiz	Deutschland
Berechnungsgrundlage	versicherter Verdienst Max. 12`350 CHF	Bemessungsentgelt Max. 6`350 EUR
Höhe	80 bzw. 70 %	67 bzw. 60%
Dauer	12 Mt. max. 260 TG <u>18 Mt. max. 400 TG</u> 22 Mt. max. 520 TG	12 Mt. max. 180 TG 16 Mt. max. 240 TG 20 Mt. max. 300 TG <u>24 Mt. max. 360 TG</u> 48 Mt. Max. 720 TG

# Krankenversicherung

- Optionsrecht (vgl. dazu Entscheid 9C\_801/2014 vom 10.3.2015).
- Private Krankenversicherung aufgrund der Leistungen für Grenzgänger sehr lukrativ
- Grundsätzlich kein Wechsel in die gesetzliche Krankenversicherung möglich
- Arbeitslosigkeit als Ausnahmefall → Wechsel möglich
- Aber: bürokratischer Aufwand

# Berufliche Vorsorge

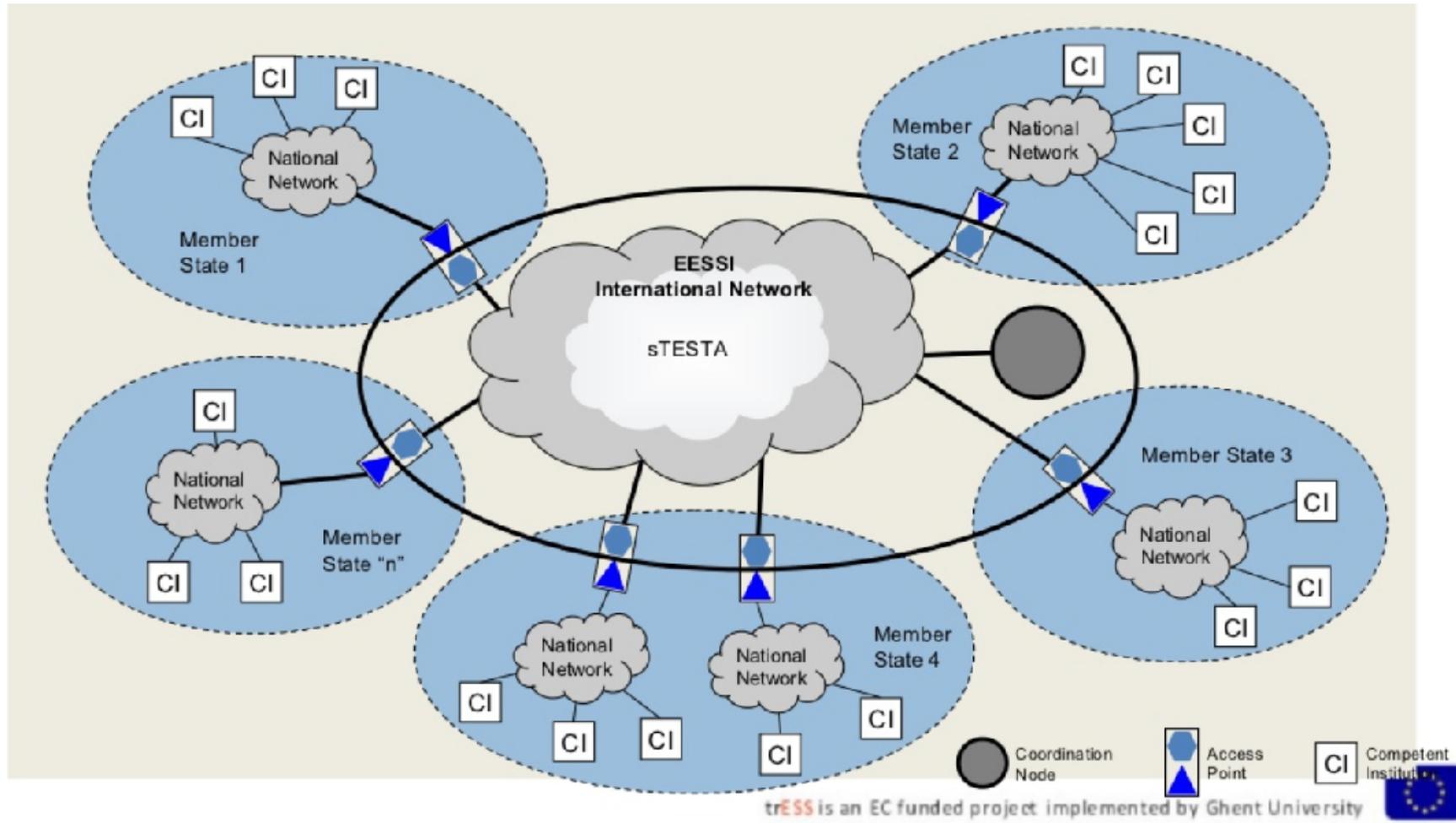
## Eintritt des Vorsorgefalles:

- Vorsorgesysteme CH – D nicht vollkommen identisch
- Neue Rechtsprechung betreffend Besteuerung «2. Säule CH»
- Obligatorium: Zuordnung zur 1. Schicht gemäss Alterseinkünftegesetz
- Überobligatorium: Eher 3. Schicht gemäss Alterseinkünftegesetz

## Verlust der Arbeitsstelle:

- Auszahlung des Guthabens der 2. Säule nur in bestimmten Konstellationen
- Unterscheidung Obligatorium - Überobligatorium

# Electronic Exchange of Social Security Information

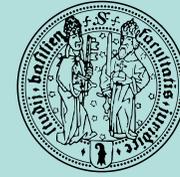


Quelle: Europäische Kommission



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



**Vielen Dank** für Ihre Aufmerksamkeit.

Fragen, Anregungen, Hinweise



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



# Überwindung der Überwindbarkeitspraxis in der IV: BGE 141 V 281

Alain Borer, MLaw, 30. November 2016

# Überblick

1. Ausgangslage und Überwindbarkeitsrechtsprechung kompakt
2. BGE 141 V 281 – Post-Überwindbarkeitsrechtsprechung
3. Strukturiertes und ergebnisoffenes Abklärungsverfahren
4. Zusammenfassung / Fazit

# 1. Ausgangslage und Überwindbarkeitsrechtsprechung kompakt

## Ausgangslage

- Im Jahre 2005 IV-Schulden in Höhe von 7,7 Mia. CHF
- Zunahme von IV-Rentner wegen psychischer Beeinträchtigungen
- „Gutgläubige“ Behörden

→ Sanierungsmassnahmen des Bundesrates: Senkung der Renten um 20%

→ Zutreffend Bundesrichter Meyer „*ein aus der Not geborener Behelf*“

## Überwindbarkeitsrechtsprechung (Somatoforme Schmerzstörung BGE 130 V 352):

Regel(Grundsatz)/Ausnahme-Modell

- Grundsatz: **Vermutung der Überwindbarkeit**
- Ausnahme: (1) psychische Komorbidität oder (2) *Foerster*-Kriterien
- Ausdehnung der Rechtsprechung auf weitere Beschwerdebilder aus Gründen der „Rechtsgleichheit“ (sogenannte PÄUSBONOG)
  - u.a. HWS-Schleudertrauma (BGE 136 V 279), Fibromyalgie, oder das Cronique-Fatigue-Syndrome (**nicht aber auf das Cancer-related Fatigue Syndrome, Bger 8C\_32/2013, Verständnis?**)
  - **Fehlende Anwendbarkeit** u.a. die generalisierte Angststörung, das Post-Polio-Syndrom oder die Schizophrenie → „klar diagnostizierbar“

## 2. BGE 141 V 281 – Post-Überwindbarkeitsrechtsprechung

### Sachverhalt:

Sechsfache Mutter will Leistungen der IV u.a. wegen Schmerzen am Rücken und Extremitäten, Schlafstörungen, Kraftlosigkeit und Niedergeschlagenheit.

Aus den Erwägungen:

- Voraussetzung einer **einwandfreien Diagnose** (E. 2); **Auseinandersetzung mit der Kritik** aus der Literatur (E. 3); **Aufteilung zw. Recht und Medizin; Intertemporale Regelung** (E. 8), Anweisung an die zuständigen medizinischen Fachgesellschaften zur **Ausarbeitung von Leitlinien** (E. 9), **Rückweisung an die Vorinstanz zur Einholung eines psychiatrischen Gerichtsgutachtens, welches den Anforderungen genügt** (E. 10)

**Aufgabe der Überwindbarkeitsvermutung** (E. 3 und 5) und **Wechsel zum strukturierten, ergebnisoffenen Abklärungsverfahren** (E. 4)

# 3. Strukturiertes und ergebnisoffenes Abklärungsverfahren

Übersicht:

Die Aufteilung des strukturierten und ergebnisoffenen Abklärungsverfahrens gestaltet sich in zwei Kategorien: „funktioneller Schweregrad“ und „Konsistenz“

## A. Kategorie "funktioneller Schweregrad"

a. Komplex "Gesundheitsschädigung"

- i. Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde (inkl. Ausschlussgründe)
- ii. Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder -resistenz
- iii. Komorbiditäten

b. Komplex "Persönlichkeit" (Persönlichkeitsdiagnostik, persönliche Ressourcen)

c. Komplex "Sozialer Kontext"

## B. Kategorie "Konsistenz" (Gesichtspunkte des Verhaltens)

a. Gleichmässige Einschränkung des Aktivitätenniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen

b. Behandlungs- und eingliederungsanamnestisch ausgewiesener Leidensdruck

# Komplex «Gesundheitsschädigung»

- Die **Diagnose muss für den Rechtsanwender „nachvollziehbar“** sein
  - **Ausschluss nicht versicherter Faktoren** (psychosoziale + soziokulturelle)
  - Vielfältige Praxis ungenügender Diagnosen (Bger 9C\_518/2015, diametrale Widersprüche; 9C\_822/2014, summarische Auseinandersetzung nicht nachvollziehbar)
  - **Ausschlussgründe**  
„kein invalidisierender Gesundheitsschaden, sofern das aggravatorische Verhalten nicht selber auf eine verselbständigte, krankheitswertige psychische Störung zurückzuführen wäre“
    - Simulation (es liegt gar kein Leiden vor)
    - Aggravation (das Leiden bzw. die Auswirkungen der gesundheitlichen Schädigung werden übertrieben dargestellt)
- vermögen das Beweisverfahren auszuschliessen

## Gerichtspraxis zur...

### Simulation

- **Täuschendes Verhalten** während der Begutachtung verunmöglichte die Abklärung des aktuellen Gesundheitszustandes (Bger 8C\_209/2015) (Bger 8C\_443/2015)

### Aggravation

- „groteskes Schonhinken“ während der Untersuchung, jedoch bloss leichtes Hinken bei Verlassen des Untersuchungsgebäudes (Bger 9C\_899/2014)
- Die versicherte Person behauptete, ihren rechten Arm nicht bewegen zu können, konnte jedoch ein Glas Wasser holen und sich per Händedruck verabschieden (Bger 8C\_562/2014)
- Die versicherte Person gab an, unter höchstmöglich Schmerzintensität zu leiden (10 von 10), es wurden aber zahlreiche Aktivitäten (tägliche Spaziergänge, Einkaufstouren, sporadisches Treffen mit Freunden) während eines relativ strukturierten Tagesablaufs ersichtlich (Bger 9C\_169/2015)
- Erhebliche Diskrepanz zwischen geschildertem (vollkommener sozialer Rückzug, Unmöglichkeit des Autofahrens, Vergesslichkeit, Schmerzen in Schultern, Beinen und Kreuz) und tatsächlichem (Autofahrten, regelmässiges Einkaufen, pflegen sozialer Kontakte) Verhalten (Bger 8C\_925/2015)

## **Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder -resistenz**

Verlauf und Ausgang durchgeführter Therapien und Eingliederungsversuche. Ein Scheitern von lege artis durchgeführten Therapien und Eingliederungsversuchen sind ein Indiz für das Vorliegen einer Invalidität bzw. im Umkehrschluss wenn das Therapiereservoir nicht oder noch nicht ausgeschöpft wurde, stellt dies ein Indiz gegen das Vorliegen einer Invalidität dar.

Gerichtspraxis:

- Bger 9C\_195/2015: **zweimalige psychotherapeutische Behandlung** ausreichend für eine negative Prognose der Verbesserung der Arbeitsfähigkeit.
- Bger 9C\_89/2016: trotz durchgeführter psychotherapeutischer Behandlung sei **aufgrund fehlender Einnahme von Antidepressiva** keine überwiegend wahrscheinliche Therapieresistenz gegeben

## **Komorbiditäten**

→ nur Schwere und therapeutisch nicht mehr angehbare psychische Erkrankungen

Gerichtspraxis: ängstlich-vermeidende, selbstunsichere Persönlichkeit = keine psychische Krankheit (Bger 9C\_894/2015)

# Komplex Persönlichkeit und Komplex Sozialer Kontext

- Ziel: Persönlichen und soziale Ressourcen sollen vermehrt in die Gesamtwürdigung einbezogen werden, denn persönliche und soziale Ressourcen wirken sich ebenfalls auf das Leistungsvermögen aus.
- Vom Bundesgericht genannte Gruppen, welche **positive Auswirkungen** auf das Leistungsvermögen haben:
  - Intaktes Familienleben (hingegen jedoch Auseinandersetzungen mit dem Ehemann, Drogenprobleme des Sohnes wurden als psychosoziale und somit invaliditätsausschliessende Faktoren gewertet, Bger 9C\_549/2015) (**Konflikt?**)
  - Freundeskreis (hingegen wurde aufgrund fehlender Freundschaften nicht zwingend auf soziale Isolation geschlossen, Bger9C\_184/2015)
  - Tagesstruktur
  - Mitgliedschaft in Vereinen
  - Gute Kooperation, Eigeninitiative (Bger 9C\_125/2015) (**Konflikt?**)
- **Negative Auswirkungen** auf das Leistungsvermögen:
  - Narzisstische Persönlichkeitsstörung (Bger 8C\_340/2015)
  - Einfache Persönlichkeitsstruktur oder eine einfache Persönlichkeitsstruktur bzw. wenige Ressourcen im intellektuellen Bereich (Bger 9C\_354/2015)

→ individueller Massstab?

→ *objektive* Zumutbarkeitsbeurteilung nach Art. 7 Abs. 2 ATSG?

# Kategorie «Konsistenz» (Plausibilitätsprüfung)

- Ziel: Schlüssigkeit und Widerspruchsfreiheit der eruierten Gesundheitsbeeinträchtigung. **Zeigt sich die Einschränkung im erwerblichen auch in sonstigen (angenehmen) Bereichen des Lebens (Freizeitgestaltung)?**
- In der Gerichtspraxis genannte Faktoren für Inkonsistenz:
  - Haushaltführung und Kindererziehung (Kochen?)
  - Ausserhäusliche soziale Interaktion (Museumsbesuche)
  - Körperliche Aktivitäten (Spaziergänge, Botengänge zur Post, regelmässiges Krafttraining?)
  - Autofahren
  - Reisen und längere Auslandsaufenthalte
- **Verwertung der Restarbeitsfähigkeit und schauen von Dokumentarfilmen (BGE 142 V 106)?**

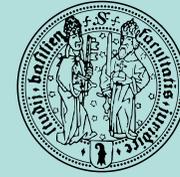
## 4. Zusammenfassung / Fazit (I/II)

- Neu: Komplexes, aufwändiges **und folglich kostspieliges** Abklärungsverfahren psychosomatischer/psychischer Erkrankungen in der Invalidenversicherung
- **Die Ausschlussgründe, insb. Aggravation** als „Killerkriterium“ gerechtfertigt?
  - «Strafe»?
  - Aggravation in einer psychiatrischen Begutachtungssituation ist ein klinisches Alltagsphänomen (Bollag, SZS)
- Aufteilung der **Kompetenzen zw. Medizin und Recht?**
  - Die Medizin als Entscheidungshilfe?
  - Der Richter als Arzt?
- Konsistenzprüfung: Extrapolation sozialer Teilhabe auf eine vollständige Arbeitsfähigkeit? **Recht auf soziale Teilhabe?**
- Worum es geht:
  - Hilfskonstruktion zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit
    - Zulässigkeit der Unterscheidung organisch nachweisbar/nicht nachweisbar?
    - Schmerz überwinden, «Nicht wollen können» oder «nicht können wollen»?
  - Wie kann / darf / soll eine staatliche Behörden diese Frage beantworten?
    - BGE 130 V 352 vs. BGE 141 V 281
    - Aufwand? Ergebnisse gerechter? Mehr Renten?
- Weiterhin Unterscheidung: psychosomatischen und psychischen oder/und somatischen Krankheiten



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



**Vielen Dank**  
für Ihre Aufmerksamkeit.

# Schlusswort

Feedback zur heutigen Veranstaltung

Fragebogen sowie Folien per E-Mail

Nächste Veranstaltung: **7. Juni 2017**

# Übersicht ausgewählte arbeitsrechtliche EuGH-Entscheide (2015/2016)

EuGH-Entscheid-Nr.	Thema	Einwirkungsform auf die Schweiz
C-238/14 und C-16/15	Befristete Arbeitsverträge, RI 1999/70	mittelbar (Rechtsprechung zu Kettenarbeitsverträgen, OR 319/320, 334)
Schlussanträge C-188/15 und C-157/15	Kopftuchverbot als Diskriminierung, RI 2000/78/EG	mittelbar (Rechtsprechung zu OR 328, 336 Abs. 1 lit. B)
C-115/14	Entsendung	Im Rahmen des autonomen Nachvollzuges (+FZA)
C-422/14	Massentlassung	Im Rahmen des autonomen Nachvollzuges (OR 335a ff)



# Bedeutung der EuGH-Befristungsurteile für die Schweiz

## **Vorab:**

- Keine legislative Anbindung des CH-Rechts an EU – Recht bei befristeten Anstellungen

## **Jedoch:**

- Teilweise Überstimmung der Rechtslage, v.a. durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Kettenarbeitsverträgen

## **Zulässig nur wenn:**

- Sachlicher Grund vorliegt
- Keine Absicht, zwingende Arbeitnehmerschutzvorschriften zu umgehen
- CH-Gerichtspraxis bis anhin eher arbeitnehmerfreundlicher als diejenige des EuGH (siehe v.a. Rs C-586/10, Küçük)

## **Mögliche Auswirkung der EuGH-Urteile:**

- Rechtsvergleichende Anregungen (zur Bestimmung des sachlichen Grundes)



# Bedeutung der EuGH-Fälle zum Kopftuchverbot am Arbeitsplatz für die Schweiz

## **Vorab:**

- Keine Übernahme der EU-Anti-Diskriminierungsrichtlinien (ausserhalb des GIG)

## **Jedoch:**

- Teilweise Überstimmung der Rechtslage, v.a. durch die Rechtsprechung erst- und zweitinstanzlicher Zivilgerichte zu Art. 336 Abs. 1 lit. b OR (Schutz vor missbräuchlicher Kündigung wegen Ausübung verfassungsmässiger Rechte)

## **Aktuell:**

- Regionalgericht Bern-Mittelland erklärt Kündigung wegen Kopftuchtragens als missbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR

## **Mögliche Auswirkung der EuGH-Urteile:**

- Rechtsvergleichende Anregungen

## **Auffallend:**

- EuGH wird ev. Kopftuchverbot am Arbeitsplatz zulassen, so auch der EGMR (siehe EGMR, v. 24.11.2015, Appl. No. 64846/11, Ebrahimian ./ France).



# Bedeutung des EuGH-Falles zur Massentlassung für die Schweiz

## Vorab:

- OR-Bestimmungen zur Massenentlassung im Rahmen des autonomen Nachvollzuges
- Auf dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers basierende Pflicht zum autonomen Nachvollzug der EuGH-Rechtsprechung

## Auswirkung der EuGH-Urteile:

- Europarechtskonforme Auslegung von Art. 335d Abs. 1 OR, d.h. auch Beendigungen des Arbeitsvertrages, welche auf Veranlassung des Arbeitgebers und aus einem oder mehreren Gründen, die nicht in der Person des Arbeitnehmers liegen, erfolgen, gelten als mitzuzählende Kündigungen im Sinne von Art. 335d Abs. 1 OR<sup>29</sup>
- Vom Arbeitgeber initiierte Aufhebungsverträge oder vom Arbeitgeber provozierte Eigenkündigungen des Arbeitnehmers sind «vom Arbeitgeber veranlasst».
- Siehe dazu: Wildhaber, Isabelle/Tanner André, AJP 2016, S. 250 ff.



# Bedeutung der EuGH-Entsendeurlteile für die Schweiz

## **Vorab:**

- Entsendegesetz verweist auf Mindestlöhne, die zu bezahlen sind (sofern im Gesetz oder in einem allgemein verbindlichen GAV vorgeschrieben sind)
- Das schweizerische Vergaberecht verweist auf einzuhaltende branchenübliche Löhne

## **Problem:**

- Könnten als Beschränkung der DL-Freizügigkeit angesehen werden (im Sinne der EuGH-Entscheidung Rüffert)

## **Aber:**

- DL-Freiheit im Rahmen des FZA nur beschränkt übernommen
- Beeinträchtigung könnte überdies mit Arbeitnehmerschutzinteressen gerechtfertigt werden

## **Auswirkungen EuGH-Urteile Regiopost und Rüffert:**

- Bundesgericht müsste m.E. die Entsendeurlteile des EuGH bei der Auslegung des Entsendegesetzes mit Blick auf die DL-Freiheit im FZA berücksichtigen
- Im Ergebnis dürften indes «unsere» vergaberechtlichen Vorschriften zulässig sein (siehe oben, «Aber»).

