

Recht aktuell



Weiterbildungsveranstaltungen
der Juristischen Fakultät der Universität Basel

Tagungsbericht zur 3. Basler Sozialversicherungsrechtstagung zum Thema «Arbeitsunfähigkeit – wer bestimmt sie und welche Folgen hat sie?» der juristischen Fakultät der Universität Basel vom 6. Dezember 2019

Ziel der Veranstaltung war es, die Feststellung und Folgen der Arbeitsunfähigkeit im Hinblick auf die erforderliche Kooperation zwischen Medizin und Recht einerseits, und in Bezug auf das komplexe Zusammenspiel zwischen den einzelnen Sozialversicherungszweigen sowie Arbeitgebern, Privatversicherern und Sozialhilfe andererseits zu verorten.

Frau Aleksandra Milosevic, MLaw, Assistentin und Doktorandin bei Prof. Dr. Kurt Pärli, Professur für soziales Privatrecht an der Universität Basel, hat die Vorträge vom 6. Dezember 2019 in einem Tagungsbericht zusammengefasst.

I. Arbeitsunfähigkeit nach ATSG

Den Auftakt machte *Anne-Sylvie Dupont* (Universitäten Neuenburg und Genf). Sie befasste sich unter anderem mit der Einordnung und Bedeutung der Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG. Gemäss vorgenanntem Artikel 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. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt».

Art. 6 ATSG statuiert unter anderem die Gesundheitsbeeinträchtigung als Anspruchsvoraussetzung. Dieser Begriff ist dabei in unterschiedlichen Ausprägungen auch für

die Definition der weiteren allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Bezeichnungen wie Krankheit (Art. 3), Unfall (Art. 4), Erwerbsunfähigkeit (Art. 7) und Invalidität (Art. 8) massgebend. Während für das Vorliegen einer rechtlich anerkannten Invalidität im Zusammenhang mit Art. 7 und Art. 8 ATSG eine klare Diagnose erforderlich ist, muss für die Annahme einer Krankheit im Sinne von Art. 3 ATSG lediglich ein aus medizinischer Sicht von der Norm abweichender Zustand vorliegen. Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit setzt zwischen den vorgenannten Kategorien an, indem er die Leistungsausrichtung nicht von einer verfestigten Diagnose abhängig macht, sondern von einer auf die Gesundheitsbeeinträchtigung zurückzuführenden funktionellen Einbusse der Arbeitsleistung.

Die Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 6 ATSG ist auf Taggeldversicherungen als Erwerbsausfallersatz zugeschnitten. Zu Invalidität führende Arbeitsunfähigkeit ist demgegenüber entgegen der langdauernden Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 6 Satz 2 ATSG kein eigens versichertes Risiko, sondern vielmehr Anspruchsvoraussetzung und Grundelement für Invalidenrenten.

Gemäss Vorarbeiten zum ATSG und gemäss Auffassung der Lehre ist bei einer sechsmonatigen Arbeitsunfähigkeit von einer langdauernden auszugehen. Wichtiger als das Kriterium der Dauer ist aber die Prognose der Genesung. Ist beispielsweise bei einem Krebspatienten ein Wiedereinstieg in den Beruf zu erwarten, so kann die Annahme einer langdauernden Arbeitsunfähigkeit verneint werden und so die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf unberücksichtigt bleiben.

Bei Feststellung der langdauernden Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 6 Satz 2 ATSG sind für die Frage eines zumutbaren Berufswechsels alle konkreten Umstände einzubeziehen, nebst medizinischen Befunden fallen demnach auch die persönlichen Verhältnisse der versicherten Person (Alter, Ausbildung, Familienverhältnisse usw.) in Betracht. Von der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels bei langdauernder Arbeitsunfähigkeit ist die zumutbare Arbeit im Bereich der Invalidenversicherung zu unterscheiden. Aus der Zumutbarkeit eines schadenmindernden Tätigkeitswechsels kann für die Beurteilung, ob eine Erwerbsunfähigkeit als Voraussetzung für eine Dauerleistung lange genug gedauert hat, nichts abgeleitet werden.

II. Die Rolle der Gutachten bei der Bestimmung der Arbeitsunfähigkeit in der Invaliden- und Unfallversicherung

Yvonne Bollag (Universitätsspital Basel) widmete sich der Entstehung des Gutachtens in einem komplexen Kontext der Realität. Ein medizinischer Bericht (sei es ein Arzteugnis oder

ein Gutachten) bewegt sich grossräumig und weist unter Umständen Berührungspunkte mit Arbeitnehmern, Arbeitgeberinnen, Ärzten, Krankentaggeldversicherern, Pensionskassen, Invaliden-, Arbeitslosen- und Unfallversicherungen auf.

Damit ein medizinischer Sachverständiger im Rahmen der Begutachtung als ärztliche Tätigkeit medizinisches Wissen zur Verfügung stellen darf, muss er gewisse Voraussetzungen erfüllen. Unter anderem muss er eine kantonale Berufsausübungsbewilligung sowie im entsprechenden Fachgebiet einen Facharztstitel vorweisen können, und die Begutachtung höchstpersönlich durchführen. Dazu kommen je nach Fachrichtung teilweise weitere spezifische Anforderungen.

Für das medizinische Gutachten existiert keine einheitliche Definition. Entscheidend sind Einzelbestimmungen im jeweiligen Rechtsgebiet sowie die Rechtsprechung (vor allem im Sozialversicherungsbereich). Während beim Arzteugnis bzw. Arztbericht die konkrete gesundheitliche Situation des Patienten im Vordergrund steht, befasst sich ein Gutachten demgegenüber mit der objektiven Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit und im Endeffekt mit der Frage, ob ein Anspruch auf Versicherungsleistungen besteht.

III. Medizinische Aspekte bei der Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit

Jörg Jeger (MEDAS Zentralschweiz) präsentierte mit seinem Referat die Gutachtenerstellung aus medizinischer Sicht und veranschaulichte dabei unter anderem Diskrepanzen zwischen juristischen Anforderungen an die Arbeitsunfähigkeit und dem medizinischen Verständnis derselben.

Für den Mediziner bedeutet Arbeitsfähigkeit die Fähigkeit des Menschen, in der realen Wirtschaft einer Arbeit nachzugehen. Als zumutbar erachtet er dabei Tätigkeiten, deren Ausübung das Individuum auf längere Zeit gesundheitlich nicht schädigen. Aus juristischer Sicht verkörpern die Begriffe Arbeitsunfähigkeit und Zumutbarkeit demgegenüber unbestimmte Rechtsbegriffe des Gesetzes, die rechtsgleich zu vollziehen sind. Die Folgenabschätzung der Gesundheitsbeeinträchtigung für die Arbeitsfähigkeit durch die rechtsanwendenden Behörden kann dabei vom gutachterlich festgestellten Gesundheitszustand grundlegend abweichen.

Ein weiteres Problem besteht im verwendeten Krankheitsmodell, wobei der Mediziner standesrechtgemäss bio-psycho-soziale Komponenten in seiner Beurteilung berücksichtigt, während die Rechtsanwender sogenannte invalidenfremde Faktoren (psychosoziale und soziokulturelle Kriterien) ausklammern. Rechtlich entscheidend ist demnach ein medizinisches Substrat, das die Arbeitsunfähigkeit nachweislich und wesentlich verursacht.

IV. Konfliktträchtige Kooperation zwischen den Disziplinen

Thomas Gächter (Universität Zürich) nahm sich unter anderem der Frage an, weshalb die Kooperation zwischen einzelnen Disziplinen und innerhalb einer Disziplin selbst zu grossen Konflikten führt.

Mit der alten Schmerzrechtsprechung (BGE 130 V 352), wonach eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung (eine Kategorie des psychischen Leidens) als solche grundsätzlich keine invalidisierende Einbusse der Arbeitsfähigkeit zu begründen vermochte, hatte das Bundesgericht einen Steuerungsentscheid getroffen, gemäss welchem es sich bei der Kontrolle gewisser Diagnosen zurückzog und so die Sanierung der Invalidenversicherung ermöglichte. Mit der Einführung der Indikatorenrechtsprechung (BGE 141 V 281), die eine ergebnisoffene Einzelfallbeurteilung zulässt, versuchte das Bundesgericht die Kontrolle über Prozesse zurückzugewinnen, aus denen es sich ursprünglich zurückgenommen hatte.

Trotz Geltung des neuen ergebnisoffenen Ansatzes fällt auf, dass sich das Bundesgericht (namentlich mit der medizinisch nicht fundierten Annahme der Gesundheitsvermutung beim Menschen) selbst nicht an die eigens erstellten Vorgaben hält. Erklären lässt sich diese Diskrepanz damit, dass zwischen den rechtsanwendenden Abteilungen hinsichtlich Einführung des strukturierten Beweisverfahrens zwar Einigkeit bestand, diese Einigkeit sich aber nicht auf die Auslegung des Konstrukts erstreckte. Die Darlegungen zum ergebnisoffenen Abklärungsverfahren einer Abteilung und im Anschluss das gegenteilige Vorgehen einer anderen stellen den Versuch einer Praxisumdeutung dar, ohne dass die Formalitäten der Praxisänderung berücksichtigt würden.

Für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit sind nicht Begriffsdefinitionen entscheidend, sondern Standpunktverständnisse und die damit einhergehenden Perspektiven- und Machtprobleme.

V. Arbeitsunfähigkeit in der privaten Krankentaggeldversicherung

Alexander Müller (Advokatur Baden) untersuchte in seinem Vortrag insbesondere die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Arbeitsunfähigkeit im Bereich der fakultativen Krankentaggeldversicherung, die in der Praxis fast ausschliesslich gestützt auf das Versicherungsvertragsgesetz abgeschlossen wird. Dabei können die Parteien den Begriff der Arbeitsunfähigkeit abweichend von Art. 6 ATSG regeln, eine Auslegung derselben erfolgt nach vertraglichen Grundsätzen.

Gemäss dem absolut zwingenden Rückwärtsversicherungsverbot nach Art. 9 VVG ist der Versicherungsvertrag nichtig, wenn die zu versichernde Person im Zeitpunkt des

Vertragsabschlusses arbeitsunfähig ist. Dabei gilt das versicherte Risiko nicht nur dann als verwirklicht, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Arbeitsunfähigkeit besteht, sondern gemäss Rechtsprechung auch bei Rückfallgefahr wegen einer früheren, abgeschlossenen Arbeitsunfähigkeit bzw. des Risikos aus einer früheren blossen Krankheit (BGE 127 III 21). Aus Sicht der Stufengefahr, wonach nicht schon die Erkrankung als Primärgefahr, sondern erst die Arbeitsunfähigkeit als Sekundärgefahr versichertes Risiko darstellt, ist die Nichtigkeit des Vertrags aufgrund des Rückfallrisikos einer blossen Krankheit widersprüchlich bzw. zu streng.

Es stellt sich die Frage, wie das Rückwärtsversicherungsverbot hinsichtlich des Freizügigkeitsabkommens unter den Versicherern zu qualifizieren ist. Sind beide (das heisst der ehemalige und künftige) Versicherer dem Abkommen beigetreten, bietet das Abkommen grundsätzlich ein Übertrittsrecht, ohne dass der neue Versicherer Vorbehalte anbringen kann. Das Bundesgericht hat bezüglich der Koordination zwischen zwei Kollektivversicherern entschieden, dass der neue Versicherer die Nachhaftung eines unter dem alten Versicherer entstandenen Schadenfalls zu den Konditionen des alten Versicherungsvertrags übernimmt (konkrete Situation: Rückfall bei neuer Versicherung, siehe Urteil 4A_327/2016, veröffentlicht in BGE 142 III 767). Damit liegt kein Verstoss gegen das Rückwärtsversicherungsverbot vor.

VI. Arbeitsunfähigkeit im arbeitsrechtlichen Kontext

Kurt Pärli (Universität Basel) setzte sich in seinem Referat mit der Arbeitsunfähigkeit in arbeitsrechtlicher Hinsicht auseinander und hob unter anderem hervor, dass die Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 6 ATSG im Arbeitsrecht nicht einschlägig ist. Während das Arbeitsverhältnis die Beziehung zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer regelt, bezieht sich Art. 6 ATSG auf Versicherte.

Ob ein Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne erkrankt ist, beurteilt sich nach dem Gesagten weder nach dem sozialversicherungsrechtlichen Krankheitsbegriff gemäss Art. 3 ATSG noch ist der Nachweis einer ankernannten Krankheit erforderlich. Entscheidend ist einzig das Ausmass der Gesundheitsbeeinträchtigung, die es dem Arbeitnehmer verunmöglicht, seine Arbeit zu verrichten.

Erkrankt ein Arbeitnehmer nach Ablauf der Probezeit, so sind während der Geltung der arbeitsrechtlichen Kündigungssperrfrist ausgesprochene Kündigungen nichtig. Diese Regelung schützt den Arbeitnehmer vor Verlust der Arbeit in einem Zeitraum, in dem er kaum die Möglichkeit hat, eine Stelle zu suchen und von einem neuen Arbeitgeber aufgrund der Krankheit nicht angestellt werden würde. Da bei Vorliegen einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit die Stellensuche problemlos in Angriff genommen werden kann, kommt die Sperrfrist in diesem Fall nicht zur Anwendung. Die Invalidenversicherung übernimmt die

Regelung des Sperrfristenwegfalls bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit unbesehen in den sozialversicherungsrechtlichen Kontext, obschon diese im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu betrachten ist. Im Übrigen wirft dieses Vorgehen die Frage auf, wie die Regelung in der Invalidenversicherung anzuwenden ist, wenn die versicherte Person kein Interesse an der Stellensuche bekundet bzw. die Stelle kurz vor der Pensionierung verliert.

VII. Arbeitsunfähigkeit in anderen Sozialversicherungszweigen und der Sozialhilfe

Peter Mösch Payot (Hochschule Luzern) setzte die Tagung mit der Frage nach der Bedeutung der Arbeitsunfähigkeit in den Bereichen Arbeitslosenversicherung, Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung und Sozialhilfe fort. Er kam unter anderem zum Schluss, dass der Charakter der Arbeitsunfähigkeit je nach System funktional unterschiedlich ist.

In der Arbeitslosenversicherung stellt die Vermittlungsfähigkeit Anspruchsvoraussetzung für die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung dar. Um diese Anforderung zu erfüllen, muss die versicherte Person bereit, in der Lage und berechtigt sein, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG), das heisst, sie muss körperlich und geistig leistungsfähig, sozial geeignet sowie räumlich und zeitlich verfügbar sein (Urteil EVG C 138/03 vom 15.9.2005). Die Arbeitsfähigkeit ist somit als Teil der Vermittlungsfähigkeit zu sehen.

Ausnahmsweise muss die Arbeitslosenversicherung Leistungen bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft erbringen (Art. 28 Abs. 1 AVIG) und zwar unabhängig davon, ob die Arbeitsunfähigkeit vor oder während der Arbeitslosigkeit auftritt (BGE 135 V 185 E. 6.2). Die zweite Ausnahme stellt die Vorleistungspflicht bei Behinderungen dar (Art. 15 Abs. 2 AVIG).

Adressaten von Ergänzungsleistungen sind Anspruchsberechtigte der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung. Im Rahmen einer gesetzlich vorgeformten Bedarfsrechnung werden die anrechenbaren Einnahmen den ankerkannten Ausgaben gegenübergestellt. Zu den anrechenbaren Einnahmen zählt unter anderem die Anrechnung von Einkünften aus einer zumutbaren Erwerbstätigkeit bei Teilinvaliden (Art. 14a ELV). Mit der Anrechnung des sogenannten hypothetischen Einkommens liegt eine gesetzliche Vermutung vor, die im Einzelfall von der versicherten Person widerlegt werden kann. Zwar gilt die Untersuchungsmaxime, dennoch muss die versicherte Person den Beweis erbringen, weshalb sie den vorgegebenen Pauschalbetrag nicht erwirtschaften kann. Zudem ist die Praxis bei Teilinvaliden sehr streng: Die Verschlechterung des Gesundheitszustandes (und somit die

Widerlegung der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens) ist nur relevant, wenn sie nicht vorübergehend ist und eine höhere Leistung der Invalidenversicherung auszulösen vermag (Rentenrevision). Diese Praxis wird in der Lehre als indirekte Umdeutung des Rechtsanspruchs kritisiert.

Im Sozialhilferecht gilt das Tatsächlichkeitsprinzip. Wird das Vorliegen der Invalidität im Sozialversicherungsverfahren verneint und die Ausrichtung von Leistungen deshalb abgelehnt, ist es nicht ausgeschlossen, dass die versicherte Person in der Realität tatsächlich erwerbsunfähig ist. Die Sozialhilfe erbringt nach der Dritt- und zumutbaren Selbsthilfe erst an letzter Stelle Leistungen. Die versicherte Person muss alle Ansprüche im Hinblick auf ihre Arbeitsunfähigkeit geltend machen, an Massnahmen zur mittelbaren Befähigung zur Selbsthilfe (wie Arbeitsintegrationsmassnahmen) teilnehmen sowie unmittelbare Selbsthilfe leisten (namentlich Erwerbstätigkeit annehmen). Nimmt die versicherte Person zumutbare Arbeit nicht an oder weigert sie sich, Ersatzeinkommen geltend zu machen, kann dies nach einer Stufenfolge von Sanktionen dazu führen, dass die Sozialhilfe bis auf die Nothilfe gekürzt wird.

Es stellt sich die Frage, unter welchen Umständen Mitwirkungspflichten zur Selbstversorgung entfallen können. In diesem Kontext gibt es keine pauschale gesetzliche Definition der Arbeitsunfähigkeit. Zu beachten ist in jedem Fall das Prinzip der Verhältnismässigkeit.

VIII. Leistungskoordination bei ganzer oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit

Ueli Kieser (Universitäten Bern und St. Gallen) rundete die Tagung mit Ausführungen zu koordinationsrechtlichen Leistungsfragen bei Vorliegen von (teilweiser) Arbeitsunfähigkeit ab, der Schwerpunkt lag dabei unter anderem auf Krankentaggeldleistungen.

Stehen sich eine Geldleistung einer Sozialversicherung und ein Taggeld nach Versicherungsvertragsgesetz gegenüber, so handelt es sich um eine extrasystemische Konstellation, gemäss welcher eine sozialversicherungsrechtliche Leistung mit einer sonstigen Leistung (etwa einer Privatversicherung) allenfalls koordiniert wird. Diesbezüglich sind im Sozialversicherungsrecht grundsätzlich keine Koordinationsbestimmungen vorhanden. Entsprechend wird bei Hinzutreten von Krankentaggeldleistungen gemäss Versicherungsvertragsgesetz keine Kürzung der Sozialversicherungsleistung vorgenommen. Im Privatrecht selbst existieren aufgrund der Privatautonomie vielfältige Koordinationsansätze, aus diesem Grund ist der Versicherungsvertrag zu konsultieren. Krankentaggeldversicherungen sehen dafür regelmässig ausführliche Bestimmungen in den Allgemeinen Vertragsbedingungen vor.

Die Krankentaggeldversicherung hat die Sicherstellung des Rückriffs auf Sozialversicherungsleistungen zum Ziel. Trotz grundsätzlich fehlender extrasystemischer

Koordinationsnormen im Sozialversicherungsrecht erlaubt Art. 22 Abs. 2 ATSG die Drittauszahlung nur, wenn eine Abtretungserklärung vorliegt sowie beim Bestehen eines eindeutigen Rückforderungsrechts (vgl. zu letzterem BGE 135 V 2 E. 7 f.).

Fallen Taggeldansprüche aus der Arbeitslosen- und jener der privaten Krankentaggeldversicherung zusammen, so bildet nach dem Vorbild der extrasystemischen Koordination die Privatautonomie Ausgangspunkt für die Regulierung der Leistungen. Diese Privatautonomie wird aber durch Art. 100 Abs. 2 VVG beeinträchtigt, der für arbeitslose Versicherte unter anderem Art. 73 KVG (Koordination mit der Arbeitslosenversicherung) auch bei Vorliegen eines Vertragsverhältnisses nach Versicherungsvertragsgesetz für anwendbar erklärt. Die Subsidiarität der Arbeitslosenversicherung führt dazu, dass der Privatversicherer die vertraglich vereinbarte Leistung zu erbringen hat, auch wenn die Arbeitslosenversicherung der versicherten Person im Hinblick auf die nachträgliche Kostenübernahme durch die Invalidenversicherung provisorische Vorauszahlung geleistet hat (Art. 28 Abs. 2 und 4 AVIG, vgl. BGE 144 V 136).