

# GR\_GERICHTE S 2023 101 vom 23. Januar 2024

GR Gerichte, 2024-01-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_S\\_2023\\_101](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_S_2023_101)

FR: GR\_GERICHTE S 2023 101 du 23 janvier 2024

IT: GR\_GERICHTE S 2023 101 del 23 gennaio 2024

## Regeste

Zusatzversicherung nach VVG - PVG 2024 Nr. 2 | Krankenversicherung VVG

## Erwägungen

### E. 1

Der italienische Staatsangehörige A.\_\_\_\_\_, geb. 1980, war vom 1. März 2021 bis zum 31. Dezember 2021 und vom 1. März 2022 bis zum 23. Dezember 2022 bei der B.\_\_\_\_\_ AG im Tunnelbau in C.\_\_\_\_\_/GR angestellt. In diesem Zusammenhang war er bei der D.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: D.\_\_\_\_\_) im Rahmen einer Kollektiv- Krankentaggeldversicherung nach VVG gegen Krankheit versichert (Police vom 29. November 2021). Beide Anstellungsverhältnisse unterstanden dem Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV). Mit Schreiben vom 18. August 2022 kündigte die B.\_\_\_\_\_ AG das (zweite) Arbeitsverhältnis vorzeitig per 31. Oktober 2022.

### E. 1.1

Gegenstand der vorliegenden Klage bilden Leistungen aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung, zu denen auch Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen gehören. Derartige Versicherungen unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAG; SR 832.12) dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) (vgl. VOCK/NATER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 7 Rz. 6; MOSIMANN, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 7 Rz. 5). Streitigkeiten aus derartigen Versicherungen sind daher privatrechtlicher Natur (vgl. BGE 138 III 2 E.1.1 und 138 III 558 E.3.2; Urteile des Bundesgerichts 4A\_265/2023 vom 17. Oktober 2023 E.2.1, 4A\_473/2022 vom 19. Januar 2023 E.1, 4A\_200/2022 vom 9. Juni 2022

- 7 - E.1 und 4A\_233/2017 vom 28. September 2017 E.1.1). Gemäss Art. 7 der massgeblichen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) können die Kantone für solche Streitigkeiten ein Gericht bezeichnen, das als einzige kantonale Instanz zuständig ist. Im Kanton Graubünden ist nach Art. 63 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) nicht das Zivil- sondern das Verwaltungsgericht für Streitigkeiten über Leistungen aus einer Zusatzversicherung zuständig (wobei in Art. 63 Abs. 2 lit. b VRG fälschlicherweise Art. 47 des Versicherungsaufsichtsgesetzes [VAG; SR 961.01] erwähnt ist, neu gelten korrekterweise Art. 85 Abs. 1 VAG und Art. 7 ZPO, vgl. dazu Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [VGU] S 20 31 vom

### E. 1.2

Verträge zwischen einer Privatperson und einer Versicherungsgesellschaft über eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Konsumentenverträge (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_695/2011 vom 18. Januar 2012 E.3.1; vgl. auch VGU S 20 31 vom

### **E. 1.3**

Nach der Rechtsprechung ist bei Streitigkeiten über Leistungen aus der Zusatzversicherung auf ein vorgängiges Schlichtungsverfahren zu verzichten, weil für diese Streitigkeiten eine Gleichbehandlung angebracht ist mit den Streitigkeiten, die im Ausnahmekatalog von Art. 198 ZPO

- 9 - aufgeführt sind (vgl. BGE 138 III 558 E.4). Vorliegend hat der Kläger die Klage rechtsprechungsgemäss ohne vorgängige Anrufung der Schlichtungsbehörde eingereicht.

### **E. 1.4**

Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO unbestrittenermassen erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten. 2. Streitgegenstand ist die Frage, ob die Beklagte die ausgerichteten Krankentaggelder für Arbeitsunfähigkeit zu Recht per 23. Dezember 2022 eingestellt bzw. ob der Kläger darüber hinaus Anspruch auf Taggeldleistungen der Beklagten hat. 3. Soweit vorliegend das VVG zur Anwendung gelangt, ist Folgendes zu bemerken: Am 19. Juni 2020 hiessen die Eidgenössischen Räte die Revision des VVG gut. Die Referendumsfrist lief am 8. Oktober 2020 ungenutzt ab. Der Bundesrat beschloss das Inkrafttreten des revidierten VVG gemäss Art. 104 VVG per 1. Januar 2022. Nach Massgabe von Art. 103a VVG (Übergangsbestimmung zur Änderung vom 19. Juni 2020) gelten für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2020 abgeschlossen worden sind – was auf den vorliegenden Fall zutrifft – die Bestimmungen des neuen Rechts betreffend Formvorschriften und Kündigungsrecht nach den Art. 35a und 35b. Darüber hinaus gilt für die Beurteilung der Frage, welches Recht bei einer Änderung der Rechtsgrundlagen Anwendung findet, der Grundsatz, dass diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung haben (vgl. BGE 144 V 210 E.4.3.1, 140 V 41 E.6.3.1, 125 V 42 E.2b, 123 V 70 E.2 und 121 V 97 E.1a; Urteil des Bundesgerichts 9C\_19/2020 vom 21. September 2020 E.5.3.1). Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätzen sind daher, soweit nicht von Art. 103a VVG erfasst, die

- 10 - Bestimmungen des VVG in der bis Ende 2021 gültig gewesenen Fassung anwendbar.

### **E. 2**

Der behandelnde Chirurg Dr. med. E. \_\_\_\_\_ diagnostizierte bei A. \_\_\_\_\_ am 8. Oktober 2022 ein muzinöses Adenokarzinom im Darm, woraufhin dieser am darauffolgenden Tag notfallmässig operiert wurde. In der Folge unterzog sich A. \_\_\_\_\_ einer Chemotherapie, wobei eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde. Die D. \_\_\_\_\_ richtete vom 7. November 2022 bis zum 23. Dezember 2022 Taggelder aus.

### **E. 3**

Das Amt für Migration und Zivilrecht des Kantons Graubünden (nachfolgend: AMZ) stellte A. \_\_\_\_\_ zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz jeweils eine Kurzaufenthaltsbewilligung L (EU/EFTA) aus. Nachdem Letztere am 23. Dezember 2022 abgelaufen war, wurde A. \_\_\_\_\_ für die Dauer von drei Monaten eine Kurzaufenthaltsbewilligung L (EU/EFTA) zu medizinischen Zwecken ausgestellt, welche

in der Folge zweimal verlängert wurde.

#### **E. 4**

Mitte Dezember 2022 bzw. Januar 2023 und Mitte Juni 2023 wurde die B.\_\_\_\_\_ AG von der Gewerkschaft F.\_\_\_\_\_ resp. der Rechtsvertreterin

- 3 - von A.\_\_\_\_\_ aufgefordert, Letzterem 90 % des wegen Krankheit ausfallenden Bruttolohns über den 23. Dezember 2022 hinaus bis zur Wiedererlangung seiner Arbeitsfähigkeit bzw. den ihm bis heute zustehenden Lohnersatz auszubezahlen. Mit Schreiben vom 25. Juli 2023 wies die B.\_\_\_\_\_ AG jegliche Ansprüche zurück. Mit Schreiben vom 16. Juni 2023 verlangte die Rechtsvertreterin von A.\_\_\_\_\_ von der D.\_\_\_\_\_ die Auszahlung von Krankentaggeldleistungen rückwirkend ab dem 23. (recte wohl: 24.) Dezember 2022. Am 14. Juli 2023 lehnte Letztere einen über den 23. Dezember 2022 hinaus bestehenden Anspruch auf Krankentaggeld ab.

#### **E. 4.1**

Für die vorliegende Streitigkeit betreffend eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung gilt das vereinfachte Verfahren nach den Art. 243 ff. ZPO (vgl. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO).

#### **E. 4.2**

Der Kläger und die Beklagte haben stillschweigend bzw. explizit auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (vgl. Art. 233 i.V.m. Art. 219 ZPO; siehe ferner Eingabe des Klägers vom 18. Dezember 2023). Das angerufene Gericht entscheidet deshalb aufgrund der Ausführungen in den Rechtsschriften und der eingereichten Akten.

#### **E. 5**

Mit Eingabe vom 1. September 2023 liess A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Kläger) beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden Klage gegen die D.\_\_\_\_\_ erheben und beantragen, Letztere sei zu verurteilen, ihm Krankentaggeld für die Zeitspanne vom 24. Dezember 2022 bis zum

#### **E. 5.1**

Das Gericht stellt den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO), das heisst, es gilt die (soziale) Untersuchungsmaxime, nicht jedoch die Officialmaxime (vgl. MAZAN, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Basler Kommentar zur ZPO, Basel 2017, Art. 247 Rz. 4 und Rz. 13; Urteile des Bundesgerichts 4A\_106/2020 vom 8. Juli 2020 E.2.1 und 4A\_491/2014 vom 30. März 2015 E.2.6.1; VGU S

#### **E. 5.2**

Nach der Grundregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210), die auch im Bereich des VVG gilt (vgl. BGE 130 III 321 E.3.1; NEBEL, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 100 Rz. 9), hat der Anspruchsberechtigte – in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte – die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs (vgl. BGE 130 III 321 E.3.1). Das Beweismass ist für den Eintritt des Versicherungsfalls auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt (vgl. BGE 130 III 321 E.3.3 und 128 III 271 E.2b/aa). Das heisst, wer gegenüber dem Versicherer

einen Anspruch erhebt, ist für den Eintritt des Versicherungsfalls behauptungs- und beweispflichtig (vgl. BGE 130 III 321 E.3.1). Da dieser Beweis regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insoweit eine Beweiserleichterung (vgl. BGE 130 III 321 E.3.2) und genügt seiner Beweislast, wenn er den Eintritt des Versicherungsfalls überwiegend wahrscheinlich zu machen vermag (vgl. BGE 130 III 321 E.3.3). Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (vgl. BGE 130 III 321 E.3.4) (vgl. zum Ganzen zusammenfassend BGE 130 III 321 E.3.5; NEF, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 39 Rz. 21 ff. sowie KELLER LEUTHARDT/VILLARD, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER/GROLIMUND, Nachführungsband zum Kommentar zum VVG, Basel 2012, Art. 39 Rzn. 23, 25 und 39).

- 12 -

### **E. 5.3**

Das Gericht würdigt die Beweise frei (Art. 157 ZPO). Der im Verfahren betreffend Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung geltende Untersuchungsgrundsatz schliesst die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_103/2017 vom 19. Juli 2017 E.2.1 und 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E.2.1; BGE 131 I 153 E.3).

### **E. 6**

September 2023 in der Höhe von CHF 50'294.90 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 24. Dezember 2022. Zudem werde ausdrücklich ein Nachklagerecht vorbehalten. In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellte er das Begehren, der B.\_\_\_\_\_ AG sei mitzuteilen, dass er ihr den Streit verkünde und sie zur Unterstützung als Nebenpartei im vorliegenden Prozess auffordere. Zur Begründung der Klage brachte er im Wesentlichen vor, Krankentaggeldleistungen fielen ohne Weiteres unter den Begriff der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen im Sinne von Art.

### **E. 6.1**

Die rechtlichen Grundlagen der vorliegenden Streitsache sind neben den bereits erwähnten ZB KTG Bau, Ausgabe September 2021 (vgl. kB 18), der Kollektiv-Krankenversicherungsvertrag vom 29. November 2021 (Police Nr. I.\_\_\_\_\_), gültig vom 1. Januar 2022 bis zum 1. Januar 2024 (vgl. beklagte Beilage [bB] 60), und die AB, Ausgabe September 2021 (vgl. kB 17). Art. 2 AB sieht vor, dass namentlich die Police (lit. c), die ZB (lit. e) und die AB (lit. f) Bestandteile des Kollektiv-Krankenversicherungsvertrags bilden. Letzterer sieht bezüglich des Personals mit LMV-Unterstellung ein Krankentaggeld von 90 % des versicherten Lohnes vor. Ausserdem beträgt die maximale Leistungsdauer 730 Tage bei einer Wartefrist von 30 Tagen. Diese Leistungsdauer gilt immer, falls sie nicht gemäss den massgebenden ZB vorzeitig endet (vgl. bB 60). Gemäss Art. 10 lit. g AB endet der Versicherungsschutz für die einzelnen versicherten Personen für sämtliche für sie versicherten Ereignisse und Leistungen mit Ablauf oder Entzug der Aufenthaltsbewilligung, welche zur Erwerbstätigkeit berechtigt. Vor dem Ablauf der vertraglich vereinbarten maximalen Leistungsdauer enden die Taggelder für ausländische versicherte Personen in der Schweiz, die weder den Status des Jahresaufenthalters noch eine Niederlassungsbewilligung besitzen, sofern ihre

Aufenthaltsbewilligung, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt, entzogen wird oder erlischt, mit dem Ende der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a Abs. 2 des Obligationenrechts (OR; SR 220) (Art. 10 Ziff. 2.4 ZB KTG Bau).

- 13 -

## **E. 6.2**

Diese Bestimmungen stützen sich auf den LMV, welcher mit Art. 64 eine Vorschrift über die Pflicht des Arbeitgebers zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung zugunsten des Personals (vgl. Abs. 1) und zu deren konkreter Ausgestaltung enthält (vgl. Abs. 2 ff.). So beginnt der Versicherungsschutz mit dem Tag, an dem die Arbeitnehmenden aufgrund der Anstellung die Arbeit aufnehmen oder hätten aufnehmen müssen (Abs. 2). Die Versicherung beinhaltet nach Abs. 4 namentlich folgende minimalen Leistungen: 90 % des wegen Krankheit ausfallenden Bruttolohnes nach Ablauf des unbezahlten Karenztages (lit. a); Taggeldleistungen bis zum 730. Tag seit Beginn des Krankheitsfalles (lit. b); das Taggeld wird bei nachgewiesener Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet, jedoch maximal während der Bezugsdauer gemäss lit. b) (lit. c). Für ausländische Arbeitnehmende, die weder den Status des Jahresaufenthalters noch eine Niederlassungsbewilligung besitzen, erlischt jede Leistungspflicht des Versicherers mit dem Ablauf der Arbeitsbewilligung oder dem Verlassen der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein, ausgenommen bei nachweisbar medizinisch notwendigen stationären Aufenthalts in der Schweiz, unter Vorlage der entsprechenden Bewilligung der zuständigen Behörde (Abs. 12 lit. c). 7.1. Vorliegend stellt sich die Beklagte gestützt auf Art. 64 Abs. 12 lit. c LMV und Art. 10 Ziff. 2.4 ZB KTG Bau auf den Standpunkt, dass ihre Leistungspflicht per 23. Dezember 2022 geendet habe. Demgegenüber ist der Kläger der Auffassung, dass diese Bestimmungen gar nicht zur Anwendung kämen, da sie gegen das Diskriminierungsverbot gemäss FZA verstiesse und daher nichtig seien. 7.2.1. Nach Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet der anderen aufhalten, bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht

- 14 - aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA sieht vor, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht anders behandelt werden darf als die inländischen Arbeitnehmer. Gemäss Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA sind alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen von Rechts wegen insoweit nichtig, als sie für ausländische Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen. 7.2.2. Das Diskriminierungsverbot verbietet sowohl die offene oder direkte Diskriminierung, d.h. jede Unterscheidung, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellt, als auch die versteckte oder indirekte Diskriminierung. Eine solche liegt vor, wenn eine benachteiligende Regelung an ein anderes Kriterium als die Staatsangehörigkeit knüpft, aber in ihren Auswirkungen zum gleichen Ergebnis führt, ohne dass dies durch objektive Umstände gerechtfertigt wäre. Dabei müssen in der grossen Mehrzahl der von der Norm geregelten Fälle Angehörige anderer Staaten betroffen sein (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_593/2009 vom 5. März 2010 E.1.4 und 2P.305/2002 vom 27. November 2003 E.3.2.3; PÄRLI, Bedeutung der

EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Jusletter 14. August 2006, Rz. 75; vgl. auch BGE 140 II 364 E.6.3 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A\_230/2018 vom 15. Januar 2019 E.2.3). 7.2.3. Art. 9 Abs. 1 und 4 Anhang I FZA ist inhaltlich genügend bestimmt und klar, um als Grundlage für den Entscheid im Einzelfall zu dienen und

- 15 - deshalb unmittelbar anwendbar (self executing) (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_230/2018 vom 15. Januar 2019 E.2.4; SCHNEIDER/TROILLET, Assurance perte de gain maladie collective selon la LCA et situations transfrontalières, in: SZS/RSAS 2013, S. 251, S. 255). 7.3.1. Im Folgenden ist darauf einzugehen, ob das Diskriminierungsverbot gemäss FZA in Bezug auf das Verhältnis zwischen Kläger und Beklagter unmittelbare Wirkung entfaltet. 7.3.2. Der Beklagten ist darin beizupflichten, dass das Bundesgericht die Frage der Erstreckung der unmittelbaren Wirkung des FZA- Diskriminierungsverbots auf privatautonom gestaltete Arbeitsverhältnisse im von ihr angeführten Urteil 4A\_230/2018 vom 15. Januar 2019 letztlich offen gelassen hat (vgl. dortige E.2.6). Dabei zeichnete es zunächst die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots auch gegenüber Privaten nach (vgl. E.2.5.1): So habe der EuGH im Jahr 1976 entschieden, dass der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit auch für alle Verträge zwischen Privatpersonen gelte (Urteil des EuGH vom 8. April 1976 C-43/75 Defrenne, Slg. 1976 455 Rz. 39). Bis zum Inkrafttreten des FZA habe der EuGH entschieden, das primärrechtliche Verbot der Arbeitnehmerdiskriminierung gelte "nicht nur für Akte der staatlichen Behörden, sondern erstrecke sich auch auf sonstige Massnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthielten. Denn die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr [...] wäre gefährdet, wenn die Beseitigung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen wieder aufgehoben würde, dass privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse aufrichteten" (Urteile des EuGH vom 12. Dezember 1974 C-36/74 Walrave und Koch, Slg. 1974 1405 Rzn. 16/19; vom

- 16 - 15. Dezember 1995 C-415/93 Bosman, Slg. 1995 I-4921; vom 15. Januar 1998 C-15/96 Schöning-Kougebetopoulou, Slg. 1998 I-47 Rz. 28). Die streitgegenständlichen kollektiven Regelungen seien solche von nationalen und internationalen Sportverbänden gewesen (Urteile Walrave und Koch sowie Bosman) bzw. ein Tarifvertrag über den öffentlichen Dienst (Urteil Schöning-Kougebetopoulou). Im Jahr 2000 habe sich der Gerichtshof weitergehend für eine unmittelbare Drittwirkung des Verbots der Arbeitnehmerdiskriminierung zwischen Privaten ausgesprochen in einem Fall, in welchem die Einstellungsbedingungen einer italienischen Bank einen Zweisprachigkeitsausweis verlangt hätten, der nur in der italienischen Provinz Bozen habe erworben werden können; wo es also auch um eine indirekte Diskriminierung gegangen sei (Urteil des EuGH vom 6. Juni 2000 C-281/98 Angonese, Slg. 2000 I-4139 Rz. 36; bestätigt in den Urteilen des EuGH vom 17. Juli 2008 C-94/07 Raccanelli, Slg. 2008 I-5939 Rz. 45 und vom 28. Juni 2012 C-172/11 Erny, Rz. 36). Nachdem das Bundesgericht sodann die verschiedenen Lehrmeinungen dargelegt und Ausführungen zu möglichen Rechtfertigungsgründen einer (allfälligen) Diskriminierung gemacht hatte, kam es zum Schluss, dass die Drittwirkungsfrage (Bindung des Arbeitgebers unmittelbar durch das FZA) gar nicht zu entscheiden sei, zumal die Berufung der Beschwerdegegnerin auf das Diskriminierungsverbot ohnehin rechtsmissbräuchlich und die Beschwerde daher bereits

aus diesem Grund gutzuheissen sei (vgl. E.2.5.2 ff.). 7.3.3. Demgegenüber hat das Bundesgericht ausserhalb von Eurolohn-Fällen – entgegen der Auffassung der Beklagten sowie des Klägers – bereits zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots des FZA im Rahmen von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen Stellung bezogen. Dabei ging es um folgenden Sachverhalt: Ein Hochbaufacharbeiter aus Deutschland trat im Jahr 2004

- 17 - in den Dienst einer Unternehmung in der Schweiz ein. Vorgängig war er während elf Jahren als Maurer und Verputzer in diversen Betrieben in Deutschland tätig. Gestützt auf die LMV 2005 und 2006-2008 wurde er in die Lohnklasse C eingeteilt, wogegen er im Jahr 2008 vor dem Kantonsgericht Glarus Beschwerde führte. Er war der Auffassung, er hätte einen höheren Stundenlohn entsprechend der Lohnklasse Q der LMV erhalten müssen. Gemäss den damals einschlägigen Bestimmungen in Art. 42 der LMV setzte die Lohnklasse Q neben einem anerkannten Fachausweis mindestens eine dreijährige Tätigkeit auf Schweizer Baustellen voraus, wobei die Berufslehrezeit als Tätigkeit anerkannt wurde. Das Kantonsgericht wies die Klage auf Lohnnachzahlung von rund CHF 25'000.-- ab; das Obergericht des Kantons Glarus indes gab dem Kläger mit Urteil vom 23. Oktober 2009 Recht, wogegen die Arbeitgeberseite Beschwerde ans Bundesgericht einreichte. Das Bundesgericht stützte im Jahr 2010 die Auffassung des Glarner Obergerichts, wonach Art. 42 LMV eine indirekte Diskriminierung der ausländischen Arbeitnehmer aus dem EU-Raum bewirke. Es erwog im Wesentlichen, dass das Unterscheidungsmerkmal der dreijährigen Erfahrung auf schweizerischen Baustellen eine indirekte Diskriminierung bewirke, da zumindest bis heute mehr Schweizer als Ausländer aus dem EU-Raum über Erfahrungen auf Schweizer Baustellen verfügten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_593/2009 vom 5. März 2010 E.1, E.1.1 und E.1.5 sowie Sachverhalt). Somit befand das Bundesgericht in einem früheren Fall das Diskriminierungsverbot nach Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA ohne Weiteres auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis für anwendbar (vgl. PÄRLI, Eurolohn: Berufung auf das Diskriminierungsverbot ist rechtsmissbräuchlich, in: Jusletter 20. Mai 2019, Rz. 19). Daneben haben sich in der Vergangenheit kantonale Gerichte zur Frage geäussert, inwieweit die Ausrichtung des Lohnes in Euro das

- 18 - Diskriminierungsverbot des FZA verletze. So ging das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, in seiner Entscheidung 400 12 152 vom 17. Dezember 2012 von einer umfassenden und unmittelbaren Drittwirkung des FZA aus und qualifizierte die Lohnsenkung der Grenzgänger auf dem Weg einer Änderungskündigung als indirekte Diskriminierung (vgl. dortige E.3.5 f.). Auch ging das Kantonsgericht Jura in seiner Entscheidung CC 96/2016 vom 10. März 2017 davon aus, dass dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA unmittelbare Drittwirkung zukommt (vgl. dortige E.4.2.3). Es erachtete eine indirekte Diskriminierung ebenfalls als gegeben, da die lohnsenkende Massnahme der Arbeitgeberin zwar nicht an die Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmenden anknüpfe, aber an ihren Status als "Grenzgänger" bzw. an ihren Wohnort an der Eurozone (vgl. dortige E.5.1). Des Weiteren hielt das Obergericht des Kantons Schaffhausen in seiner Entscheidung OGE 10/2017/1 vom 20. Februar 2018 ebenfalls dafür, dass Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA direkte zivilrechtliche Wirkung habe (vgl. dortige E.7.3.1). Auch hier wurde hinsichtlich Lohnreduktion bei Grenzgängern das Vorliegen einer indirekten Diskriminierung bejaht (vgl. dortige E.7.3.3). Ausserdem wird auch in der Lehre die Auffassung vertreten, dass das Diskriminierungsverbot des FZA in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen unmittelbar Anwendung findet (vgl. JUNGHANSS,

Ausländische Staatsangehörige als Arbeitnehmer, Rechtliche Fragestellung an der Schnittstelle des Arbeits- und Migrationsrechts, in: RiU Band/Nr. 38, 2021, Rz. 626; SCHNEIDER/TROILLET, a.a.O., S. 266 f.; GREMPER, Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro, in: Anwaltsrevue 2/2012, S. 73, S. 76; PÄRLI, a.a.O., Rz. 35; Ders., Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz – mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union, in: Jusletter 7. Februar 2011, Rz. 19; DERS., Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im

- 19 - privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Habil. St. Gallen, Bern 2009, Rz. 1503 f.; HANGARTNER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, in: AJP 3/2003, S. 257, S. 261). Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA unmittelbare Drittwirkung für private Arbeitgeber entfaltet. 7.3.4. Sodann stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass der Kläger im Verhältnis zu ihr nicht Arbeitnehmer im Sinne von Art. 9 Anhang I FZA sei, weshalb er sich mangels arbeitsvertraglichem Verhältnis nicht darauf berufen könne. Dem hält der Kläger entgegen, dass sich die unmittelbare Drittwirkung von Art. 9 Anhang I FZA nicht nur auf private Arbeitgeber beschränke, sondern auch auf weitere Private, die – unter anderem gestützt auf einen Vertrag mit dem Arbeitgeber – Leistungen im Sinne der genannten Bestimmung an die Arbeitnehmer erbrächten. Wie bereits dargelegt, verpflichtet Art. 64 Abs. 1 LMV die Arbeitgeber, zugunsten der dem LMV unterstellten Arbeitnehmer eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen. Somit ist davon auszugehen, dass Krankentaggeldleistungen unter den Begriff der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 9 Anhang I FZA fallen (vgl. HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, Rz. 945; SCHNEIDER/TROILLET, a.a.O., S. 256 f.). Wenn nun Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA – wie dargelegt – in Bezug auf private Arbeitgeber und dabei namentlich hinsichtlich der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit unmittelbare Drittwirkung entfaltet, muss dies auch dann gelten, wenn es um Leistungen einer Krankentaggeldversicherung geht, welche ein Arbeitgeber zum Zweck

- 20 - abschliesst, Kosten abzusichern, die ihm aufgrund seiner arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers entstehen. Denn andernfalls – d.h. bei einer fehlenden unmittelbaren Drittwirkung im Verhältnis zur Krankentaggeldversicherung – könnte sich ein Arbeitgeber seiner Verpflichtungen zur Gleichbehandlung betreffend Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen entledigen, indem er eine Taggeldversicherung abschliessen würde, welche davon befreit wäre, ihre Leistungen diskriminierungsfrei zu erbringen. Ausserdem verhält sich die Beklagte widersprüchlich, wenn sie die grundsätzliche Anwendbarkeit des FZA anerkennt, sich jedoch gleichzeitig auf den Standpunkt stellt, dass das darin geregelte Diskriminierungsverbot in Bezug auf das Verhältnis zwischen ihr und dem Kläger keine unmittelbare Wirkung entfalte (vgl. Klageantwort vom 16. Oktober 2023 S. 4 und S. 6). Des Weiteren sieht Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA vor, dass alle Bestimmungen in [...] oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen von Rechts wegen insoweit nichtig sind, als sie für ausländische Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder

zulassen. Die Lehre geht davon aus, dass kollektive Krankentaggeldversicherungen nach VVG – wie vorliegend jene der Beklagten – als "Kollektivvereinbarungen betreffend die Beschäftigung und alle übrigen Arbeitsbedingungen" im Sinne der genannten Bestimmung gelten (vgl. HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 945 und Rz. 947 mit Hinweis auf SCHNEIDER/TROILLET, a.a.O., S. 255 f.). Abgesehen davon weisen sie – obwohl privatrechtlich geregelt – einen klaren Bezug zum öffentlichen Recht auf, zumal solche Versicherungen als Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung angesehen werden (vgl. HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 945 und Rz. 948; ähnlich

- 21 - SCHNEIDER/TROILLET, a.a.O., S. 270 ff.). Zudem ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 87 VVG (in der bis Ende 2021 gültig gewesenen Fassung) und Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA ein direktes Forderungsrecht des Versicherten gegen den Versicherer in Bezug auf diskriminierende Klauseln (vgl. SCHNEIDER/TROILLET, a.a.O., S. 269; vgl. auch HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 947). Im Übrigen bleiben gemäss Art. 64 Abs. 12 lit. e LMV Ansprüche aufgrund der bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und den Staaten der Europäischen Union/EFTA vorbehalten. Dem Kläger ist daher darin beizupflichten, dass offenbar auch die Sozialpartner des LMV bei der Redaktion dieser Bestimmung von der Anwendbarkeit des FZA im Bereich der Krankentaggeldversicherung ausgegangen sind (vgl. Klage vom 1. September 2023 S. 9 und Replik vom 13. November 2023 S. 6). Da Art. 9 Anhang I FZA somit auch im Bereich von privatrechtlich gestalteten Krankentaggeldkollektivversicherungen unmittelbare Wirkung entfaltet, spielt es keine Rolle, dass der Kläger im Verhältnis zur Beklagten nicht Arbeitnehmer im Sinne dieser Bestimmung ist. Der Kläger kann sich daher – entgegen der Auffassung der Beklagten – darauf berufen. 7.4.1. Nachfolgend ist im Weiteren zu prüfen, ob die Bestimmungen von Art. 64 Abs. 12 lit. c LMV und Art. 10 Ziff. 2.4 ZB KTG Bau gegen das Diskriminierungsverbot des FZA verstossen und daher nichtig sind. Während dies der Kläger bejaht, ist die Beklagte der Auffassung, dass keine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit vorliege. 7.4.2. Für ausländische Arbeitnehmende, die weder den Status des Jahresaufenthalters noch eine Niederlassungsbewilligung besitzen, erlischt jede Leistungspflicht des Versicherers mit dem Ablauf der Arbeitsbewilligung oder dem Verlassen der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein, ausgenommen bei nachweisbar medizinisch notwendigen

- 22 - stationären Aufenthalten in der Schweiz, unter Vorlage der entsprechenden Bewilligung der zuständigen Behörde (Art. 64 Abs. 12 lit. c LMV). Art. 10 Ziff. 2.4 ZB KTG Bau sieht sodann Folgendes vor: Vor dem Ablauf der vertraglich vereinbarten maximalen Leistungsdauer enden die Taggelder für ausländische versicherte Personen in der Schweiz, die weder den Status des Jahresaufenthalters noch eine Niederlassungsbewilligung besitzen, sofern ihre Aufenthaltsbewilligung, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt, entzogen wird oder erlischt, mit dem Ende der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a Abs. 2 OR. Der Anspruch beträgt jedoch im Maximum 90 Tage pro Schadenfall. Bei nachweisbar medizinisch notwendigen stationären Spitalaufenthalten in der Schweiz und Vorlage der entsprechenden Bewilligung der zuständigen Behörde wird das Ende der Taggelder entsprechend hinausgeschoben (vgl. kB 18). Gemäss dem klaren Wortlaut der genannten Bestimmungen regeln diese die Leistungsdauer der Krankentaggeldversicherung in Bezug auf ausländische Arbeitnehmende bzw. ausländische versicherte Personen in der Schweiz, die weder den Status des Jahresaufenthalters noch eine Niederlassungsbewilligung besitzen. So wird denn

auch im Titel von Art. 10 ZB KTG Bau bzw. der dazugehörigen Ziff. 2.4 explizit was folgt festgehalten: "Leistungsdauer"; "Ausländische versicherte Personen in der Schweiz" (vgl. kB 18). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Schweizer Staatsangehörige für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz keine Aufenthaltsbewilligung benötigen. Art. 64 Abs. 12 lit. c LMV und Art. 10 Ziff. 2.4 ZB KTG Bau stellen somit entgegen der Auffassung der Beklagten ausdrücklich auf das Kriterium der Staatsangehörigkeit ab, weshalb sie als direkt diskriminierend einzustufen sind. Dies gilt auch für die seitens des Klägers nicht explizit angeführte Bestimmung von Art. 10 lit. g AB (vgl. kB 17). An diesem Ergebnis vermag auch der Einwand der Beklagten, die in Art. 10 Ziff. 2.4 ZB KTG Bau vorgesehene Regelung genüge den Anforderungen von Art. 324a Abs. 1 OR, womit keine

- 23 - Verletzung des FZA-Diskriminierungsverbots vorliege, nichts zu ändern. Denn während Art. 10 Ziff. 2.4 ZB KTG Bau für ausländische Staatsangehörige ohne Status als Jahresaufenthalter bzw. ohne Niederlassungsbewilligung, deren Aufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit entzogen wird oder erlischt, eine Leistungspflicht – unter Vorbehalt eines nachweisbar notwendigen stationären Spitalaufenthalts in der Schweiz mit entsprechender Bewilligung – längstens bis zum Ende der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a Abs. 2 OR bzw. von maximal 90 Tagen vorsieht, hätten – wie die Beklagte selbst festhält – Schweizer Staatsangehörige bei gleicher Ausgangslage grundsätzlich Anspruch auf weitergehende Leistungen, was einer auf die Staatsangehörigkeit abstellenden Ungleichbehandlung gleichkommt. Nach dem Gesagten zielt das Argument der Beklagten, wonach die unterschiedliche Behandlung nicht in der Staatsangehörigkeit gründe, sondern im Verlust der Aufenthaltsbewilligung, ins Leere. 7.4.3 Ferner ist weder substantiiert dargetan noch ersichtlich, dass objektive Umstände vorlägen, welche die vorliegende Ungleichbehandlung gerechtfertigt erscheinen liessen (vgl. BGE 130 I 26 E.3.2 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A\_593/2009 vom 5. März 2010 E.1.5). Somit ist festzuhalten, dass sich die Bestimmungen von Art. 64 Abs. 12 lit. c LMV und Art. 10 Ziff. 2.4 ZB KTG Bau als direkt diskriminierend erweisen und daher nichtig sind. Demzufolge kommt vorliegend die im Kollektiv-Krankenversicherungsvertrag vom 29. November 2021 vorgesehene maximale Leistungsdauer von 730 Tagen bei einer Wartefrist von 30 Tagen zur Anwendung (vgl. bB 60 S. 4; vgl. auch Art. 10 Ziff. 1 ZB KTG Bau [kB 18]), sofern die weiteren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen). 8.1. Sodann macht die Beklagte geltend, dass es sich bei der vorliegenden Krankentaggeldversicherung um eine Schadenversicherung handle. An

- 24 - einem Schaden fehle es, zumal der Kläger auch ohne seine Erkrankung seine Stelle verloren und danach kein Einkommen gehabt hätte. 8.2.1. VVG-Krankentaggeldversicherungen werden entweder als Schaden- oder als Summenversicherung abgeschlossen (vgl. HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 30; ZIMMERMANN, a.a.O., Rz. 416 mit Hinweis). Bei einer als Summenversicherung ausgestalteten Krankentaggeldversicherung hängt die Leistungspflicht nur vom Eintritt des versicherten Ereignisses ab und setzt nicht zwingend einen kalkulierbaren Vermögensschaden (in Form von Verdienstausschlag) voraus (vgl. BGE 133 III 527 E.3.2.4 und 119 II 361 E.4; Urteil des Bundesgerichts 4A\_81/2020 vom 2. April 2020 E.3.2). Demgegenüber entsteht bei einer Schadenversicherung die Leistungspflicht nur unter der Voraussetzung, dass neben der Arbeitsunfähigkeit auch nachweisbar ein Vermögensschaden im rechtlichen Sinne eingetreten ist. Unter einem Vermögensschaden

ist der Lohn zu verstehen, welchen die versicherte Person als Gesunde bezogen hätte, wäre sie nicht krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen. Der Schaden stellt eine selbständige Leistungsvoraussetzung dar und muss von der anspruchsberechtigten Person bewiesen werden (vgl. ZIMMERMANN, a.a.O., Rz. 419 mit Hinweisen). 8.2.2. Die vorliegende Kollektiv-Taggeldversicherung ist in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Beklagten als Schadenversicherung zu qualifizieren. Dies wird vom Kläger denn auch nicht in Abrede gestellt. Art. 1 ZB KTG Bau schreibt nämlich vor, dass diese Versicherung eine Schadenversicherung ist, bei welcher im Schadenfall nur der tatsächlich entstandene und konkret nachweisbare Schaden im Rahmen des versicherten Erwerbseinkommens vergütet wird (vgl. kB 18). Zudem ergibt sich aus der Police Nr. I.\_\_\_\_\_, dass es sich bei der vorliegenden Krankentaggeldversicherung um eine Schadenversicherung handelt (vgl. bB 60 S. 4). Auch lässt der Umstand, dass für Arbeitnehmer – wie

- 25 - vorliegend und im Gegensatz zur Vereinbarung einer fixen Lohnsumme – ein bestimmter Prozentsatz des Lohnes versichert ist, d.h. der Verdienst sich nach dem letzten im Betrieb bezogenen Lohn bemisst (also variabel) (vgl. den Kollektiv-Krankenversicherungsvertrag vom 29. November 2021 S. 4 [bB 60] und Art. 12 Ziff. 2 ZB KTG Bau [kB 18]), auf eine Schadenversicherung schliessen (vgl. HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 42; ZIMMERMANN, a.a.O., Rz. 420; Urteil des Bundesgerichts 4A\_81/2020 vom 2. April 2020 E.3.3 f.). Zudem wurde in der ab Januar 2022 gültigen Police Nr. I.\_\_\_\_\_ ein Vorbehalt der jährlichen Lohnsummendeklaration angebracht und eine Jahresprämie festgelegt (vgl. bB 60 S. 5 f.). Art. 20 Ziff. 2 AB sieht diesbezüglich vor, dass der Versicherungsnehmer der Beklagten nach Ablauf des betreffenden Kalenderjahres die für die Prämienabrechnung notwendigen Angaben bekannt gibt. Gestützt auf diese Angaben werden die endgültigen Prämienbeiträge für das abgelaufene Jahr berechnet. Die Angaben sind der Beklagten auf dem zur Verfügung gestellten Deklarationsformular oder dem elektronischen Lohnmeldeportal jeweils unter Beilage eines Doppels der AHV- Abrechnung zu übermitteln. Verfügt der Versicherungsnehmer über die zertifizierte Lohnbuchhaltung gemäss Lohnstandard-CH (ELM), kann dieses verwendet werden (vgl. kB 17). Dieses in der Police vorbehaltene und in den AB geregelte Lohnsummendeklarationsverfahren ist als Indiz für eine Schadenversicherung zu werten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_81/2020 vom 2. April 2020 E.3.3 f.). Ausserdem werden die versicherten Personen in der besagten Police nicht namentlich genannt (vgl. bB 60), was ebenfalls ein Merkmal einer Schadenversicherung darstellt (vgl. ZIMMERMANN, a.a.O., Rz. 420 mit Hinweis; ähnlich HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 42). Für das Vorliegen einer solchen spricht sodann auch Art. 13 Ziff. 1 ZB KTG Bau (Überentschädigung), wonach Leistungen aus Sozialversicherungen oder anderen betrieblichen Versicherungen oder von einem haftpflichtigen Dritten an die Taggelder

- 26 - angerechnet werden, soweit diese Leistungen für den gleichen Zeitraum geschuldet sind und wie die Taggelder Ersatzleistungen für den Erwerbsausfall darstellen. Neben den ausgerichteten Leistungen werden auch Leistungen angerechnet, auf welche die versicherte Person Anspruch hätte, wenn sie ihre Pflichten und Obliegenheiten gegenüber den Versicherungen rechtzeitig und vollständig erfüllt hätte. Die Beklagte ergänzt nach Ende der Wartefrist die anrechenbaren Leistungen, auf die die versicherte Person Anspruch hat oder hätte, bis zur Höhe des versicherten Taggeldes. Diese Bestimmungen gelten auch für gleichartige Leistungen von Versicherungsinstitutionen mit Sitz im Ausland. [...] (vgl.

Urteil des Bundesgerichts 4A\_81/2020 vom 2. April 2020 E.3.3 f.; vgl. auch HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 35 und Rz. 37). Nach dem Gesagten setzt die Leistungserbringung im konkreten Fall nicht nur den Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit, sondern auch das Vorliegen eines tatsächlich entstandenen und konkreten Erwerbsausfalls voraus. 8.3. In BGE 147 III 73 hielt das Bundesgericht fest, die tatsächliche Vermutung, dass eine arbeitslose Person ohne Krankheit erwerbstätig wäre, gelte nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit vor Aussprechen der Kündigung eingetreten ist. Umgekehrt besteht keine tatsächliche Vermutung, dass eine Person bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit nach erfolgter Kündigung das bisherige Einkommen künftig weiterhin erzielt hätte (vgl. dortige E.3.2 f.). Vorliegend ist letztere Konstellation gegeben, da dem Kläger erst nach Aussprechen der Kündigung am 18. August 2022 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde (vgl. kB 6 f. und 12 sowie bB 1 und 4 ff.). Allenfalls spräche jedoch auch hier die Lebenserfahrung dafür – vor allem, wenn die gekündigte Person stets erwerbstätig war –, dass sie nach Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit erneut erwerbstätig sein würde (vgl. BGE 147 III 73 E.3.3). Dass dies vorliegend der Fall sein sollte, hat der Kläger aber weder substantiiert behauptet noch bewiesen, obwohl er –

- 27 - wie dargelegt – in Bezug auf Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruchs beweisbelastet ist. Zudem erwog das Bundesgericht in BGE 147 III 73, es könne nicht aus der Lebenserfahrung abgeleitet werden, dass die erneute Erwerbstätigkeit (nach Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit) den gleichen Lohn eingebracht hätte (vgl. dortige E.3.3). Insofern ist es dem Kläger nicht gelungen, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, dass er ohne Krankheit ab November 2022 (Kündigung des befristeten Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2022) wieder erwerbstätig gewesen wäre. Auch in der Lehre wird betreffend Nachweis eines Erwerbsausfalls bei – wie vorliegend – befristeten Arbeitsverhältnissen (Temporär- und Saisonarbeitsverhältnisse) die Auffassung vertreten, dass aufgrund aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere aufgrund der bisherigen Erwerbsbiographie des erkrankten Klägers bestimmt werden muss, ob Letzterer in der Zwischensaison einen Verdienst erzielt hätte, der infolge Erkrankung wegfällt oder nicht (vgl. HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., S. 81). Wie bereits dargelegt, hat es der Kläger unterlassen, seinen bisherigen beruflichen Werdegang und – damit zusammenhängend – das Vorliegen eines Schadens substantiiert aufzuzeigen, obwohl die Beklagte dies mit Klageantwort vom 16. Oktober 2023 bestritten hatte. 8.4.1. Der Kläger macht nun allerdings geltend, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der B.\_\_\_\_\_ AG nach Verlängerung der Kündigungsfrist infolge Krankheit erst per 31. Januar 2023 geendet habe. 8.4.2. In Ziff. 4 des Arbeitsvertrags vom 8. November bzw. 2. Dezember 2021 wurde insbesondere vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis gegenseitig unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gemäss LMV gekündigt werden könne; bei wiederholtem Einsatz im gleichen Betrieb gälten die Kündigungsfristen wie beim unbefristeten Arbeitsverhältnis gemäss LMV (vgl. kB 5; vgl. auch kB 4). Der Kläger war in den Jahren 2021 und 2022

- 28 - jeweils mehrere Monate im Rahmen eines befristeten Arbeitsverhältnisses für die Unternehmung B.\_\_\_\_\_ AG mit Sitz G.\_\_\_\_\_ im Bereich Tunnelbau tätig (vgl. kB 4 und 5), weshalb von einem wiederholten Einsatz in demselben Betrieb ausgegangen werden kann. Dies wird von der Beklagten denn auch nicht substantiiert in Abrede gestellt. Zudem ist unter den Parteien unbestritten, dass vorliegend neben Art. 19 LMV ("Kündigung des definitiven Arbeitsverhältnisses"; vgl. kB 5 und 6) die Bestimmung hinsichtlich des

Kündigungsschutzes (Art. 21 LMV) zur Anwendung gelangt (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 316-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 334 Rz. 5 mit Hinweis). Letztere sieht in Abs. 3 insbesondere was folgt vor: Erkrankten Arbeitnehmende während der Kündigungsfrist, so wird 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. Der Kläger befand sich zum Zeitpunkt des Aussprechens der Kündigung im August 2022 im zweiten Dienstjahr (vgl. kB 4 ff.). Davon ist denn auch die frühere Arbeitgeberin des Klägers ausgegangen, als sie die Kündigung unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist per Ende Oktober 2022 ausgesprochen hat (vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. b LMV und kB 6; vgl. auch bB 39 und 40). Folglich gilt im konkreten Fall eine Sperrfrist von 90 Tagen. Bei Beginn der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit am 8. Oktober 2022 waren bereits 37 Tage der Kündigungsfrist von insgesamt 61 Tagen (September: 30 Tage, Oktober: 31 Tage) abgelaufen (vgl. bB 1). Nachdem die 90-tägige Sperrfrist am 5. Januar 2023 geendet hatte, begann die restliche Kündigungsfrist von 24 Tagen am darauffolgenden Tag an zu laufen und endete am 29. Januar 2023. Fällt der Endtermin nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich dieser bis zum nächstfolgenden Monatsende (Art. 21 Abs. 3 Satz 2 LMV).

- 29 - Dementsprechend endete das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der B.\_\_\_\_\_ AG infolge Verlängerung der Kündigungsfrist gemäss Art. 21 Abs. 3 LMV erst am 31. Januar 2023. Während die Beklagte Letzterer – unter Berücksichtigung einer 30-tägigen Wartefrist – Taggelder vom 7. November bis am 23. Dezember 2022 ausrichtete (vgl. bB 24 und 44), bezahlte die B.\_\_\_\_\_ AG dem Kläger den Lohn bis zum 23. Dezember 2022 (vgl. bB 31 und 42). Somit ist für den Zeitraum vom 24. Dezember 2022 bis zum 31. Januar 2023 vom Vorliegen eines tatsächlich entstandenen und konkreten Erwerbsausfalls des Klägers auszugehen.

## **E. 9**

Die D.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beklagte) schloss in ihrer Klageantwort vom 16. Oktober 2023 auf vollumfängliche Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei. Begründend führte sie namentlich aus, entscheidend sei vorliegend, dass die Kurzaufenthaltsbewilligung L zum Zwecke der Ausübung einer Erwerbstätigkeit unbestrittenermassen am 23. Dezember 2022 abgelaufen sei. Bis dahin habe sie auch Taggelder bezahlt. Die grundsätzliche Anwendbarkeit des FZA werde nicht bestritten. Aus dem darin enthaltenen Diskriminierungsverbot ergebe sich e contrario, dass eine Diskriminierung, welche nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfe, nicht dem FZA unterliege. Richtig sei, dass vorliegend bei gleicher Konstellation ein Schweizer in den Genuss von Nachleistungen gelangt wäre. Der Kläger habe aber keinen solchen Anspruch, weil er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 23. Dezember 2022 auch die Aufenthaltsbewilligung, welche ihn zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigte, verloren habe. Damit gründe die unterschiedliche Behandlung nicht in der Staatsangehörigkeit, sondern im Verlust der Aufenthaltsbewilligung. Der Kläger könne sich somit nicht auf das Diskriminierungsverbot gemäss FZA berufen. Auch sei der Kläger im Verhältnis zu ihr nicht Arbeitnehmer im Sinne von Art. 9 Anhang I FZA, weshalb er sich mangels arbeitsvertraglichem Verhältnis nicht darauf berufen könne. Zudem fehle es an einer Drittwirkung der Bestimmungen des FZA für Private. Schliesslich handle es sich bei der Krankentaggeldversicherung um eine

Schadenversicherung. Da der Kläger auch ohne seine Erkrankung seine Stelle verloren und danach kein Einkommen gehabt hätte, fehle es an einem Schaden.

### **E. 9.1**

Für die Berechnung der Forderung ist auf Art. 12 Ziff. 2 ZB KTG Bau hinzuweisen, welcher namentlich Folgendes festhält: Als Grundlage für die Bemessung der Taggelder in Prozenten des Lohnes gilt der AHV-pflichtige Lohn, den die versicherte Person im Kalendermonat vor Beginn des Schadenfalles [...] vom Versicherungsnehmer tatsächlich mittels Überweisung oder Auszahlung bezogen hat. Übt die versicherte Person keine regelmässige Erwerbstätigkeit aus oder unterliegt der für die Bemessung der Taggelder massgebende Verdienst starken Schwankungen, so wird der Lohn, welcher der normalen vertraglichen Arbeitszeit entspricht, zu Grunde gelegt. [...] AHV-pflichtige Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht, werden mitberücksichtigt. Darunter fallen insbesondere regelmässig ausgerichtete Vergütungen, deren Höhe arbeitsvertraglich vereinbart ist, wie der 13. Monatslohn. [...] Das Taggeld ist auf den effektiven Erwerbsausfall begrenzt, welchen die versicherte Person aufgrund des Schadenfalls erleidet. Das Taggeld wird ermittelt, indem der Lohn auf ein volles Jahr umgerechnet durch 365 geteilt und mit dem vertraglich für das Taggeld festgelegten Prozentsatz multipliziert wird. [...] Gemäss dem bei den Akten liegenden Lohnkonto-Auszug wurden dem Kläger betreffend die Monaten März bis September 2022 Beträge von insgesamt CHF 5'471.90 - 30 - (März 2022), CHF 5'534.45 (April 2022), CHF 5'063.45 (Mai 2022), CHF 5'642.45 (Juni 2022), CHF 5'498.85 (Juli 2022), CHF 5'837.75 (August 2022) und CHF 5'648.25 (September 2022) ausbezahlt. Mit Blick darauf kann entgegen der Auffassung des Klägers nicht davon ausgegangen werden, dass sein Verdienst starken Schwankungen unterlag. Folglich kann auf die vom Kläger vorgenommene Taggeldberechnung nicht abgestellt werden (vgl. Klage vom 1. September 2023 S. 12 und Replik vom 13. November 2023 S. 9 f.). Vielmehr ist im konkreten Fall von dem seitens der Beklagten ermittelten Taggeld in der Höhe von CHF 216.43 auszugehen (vgl. bB 24 und 44). Dieses wurde denn auch von der ehemaligen Arbeitgeberin des Klägers als Empfängerin des entsprechenden Betrags akzeptiert (vgl. bB 24, 31 und 44). Für den Zeitraum vom 24. Dezember 2022 bis zum 31. Januar 2023 ergibt sich somit ein Forderungsbetrag von CHF 8'440.75 (39 Tage x CHF 216.43).

### **E. 9.2**

Der Kläger beantragt schliesslich einen Verzugszins von 5 % seit dem

### **E. 10**

Der Kläger replizierte am 13. November 2023 und machte neu geltend, die Beklagte sei zu verurteilen, ihm Krankentaggeld für die Zeitspanne vom 24. Dezember 2022 bis zum 10. November 2023 in der Höhe von CHF 63'015.40 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem

- 6 - 24. Dezember 2022. Zudem werde ausdrücklich ein Nachklagerecht vorbehalten. Im Übrigen vertiefte der Kläger seine Argumentation.

### **E. 11**

Die Beklagte duplizierte am 27. November 2023 bei unverändertem Rechtsbegehren.

### **E. 12**

Am 12. Dezember 2023 reichte die Rechtsvertreterin des Klägers ihre Kostennote sowie weitere Arztzeugnisse von Dr. med. E.\_\_\_\_\_ ein.

### **E. 12.1**

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren betreffend Ansprüche aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung kostenlos. Für das vorliegende Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht werden folglich keine Gerichtskosten erhoben.

### **E. 12.2**

Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den Tarifen zu; die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Die Parteientschädigung als Teil der Prozesskosten wird der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO). Selbst wenn die Höhe einer Klageforderung weder von richterlichem Ermessen abhängig noch schwierig zu beziffern ist, kann das Obsiegen im Grundsatz trotz

- 32 - quantitativen Überklagens als besonderer Umstand nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO für eine ermessensweise Kostenverlegung sprechen: Etwa dann, wenn die Grundsatzfrage im Prozess verglichen mit dem Quantitativen einen erheblichen Aufwand verursacht hat oder wenn das quantitative Überklagen im Vergleich zum Obsiegen im Grundsatz von untergeordneter Bedeutung ist (vgl. RÜEGG/RÜEGG, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 107 Rz. 4 mit Hinweis). Die Rechtsvertreterin des Klägers reichte am 12. Dezember 2023 eine Honorarnote über CHF 11'163.40 (38.85 Stunden à CHF 250.-- [CHF 9'712.50] zzgl. Auslagen von CHF 652.80 und 7.7 % MWST [CHF 798.10]) ein. In Bezug auf den geltend gemachten Aufwand von insgesamt 38.85 Stunden ist festzuhalten, dass die Positionen betreffend den Zeitraum 22. Mai 2023 bis 3. August 2023 (16.7 Stunden) nicht dem vorliegenden Klageverfahren zugeordnet werden können, weshalb die eingereichte Honorarnote um diese Positionen zu kürzen ist. Damit sind denn auch die von der Beklagten am 20. Dezember 2023 beanstandeten Aufwendungen grösstenteils nicht zu entschädigen. Der darüber hinaus geltend gemachte Aufwand von 22.15 Stunden erscheint jedoch angemessen. Zudem hat das Gericht gemäss Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 der Honorarverordnung (HV; BR 310.250) bei der Festsetzung der Parteientschädigung von einem üblichen Stundenansatz auszugehen, wobei ein Ansatz von CHF 210.-- bis CHF 270.-- als üblich gilt (Art. 3 Abs. 1 HV). Der geltend gemachte und in einer Honorarvereinbarung vereinbarte Stundenansatz von CHF 250.-- kann somit übernommen werden. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die geltend gemachten Auslagen betreffend Fotokopien, Porti, E-Mails sowie Übersetzungen in der Höhe von insgesamt CHF 652.80 nicht detailliert ausgewiesen sind und sich höchstwahrscheinlich auch auf nicht entschädigungspflichtige

- 33 - Aufwendungen beziehen. Daher werden vorliegend Pauschalspesen im Umfang von 3 % des nach Zweitaufwand festgelegten Honorars zugesprochen. Damit ist von einem Honorar von CHF 6'142.80 (inkl. Spesen und MWST) auszugehen. Der Kläger obsiegt

hinsichtlich der für das vorliegende Verfahren zentralen Frage der unmittelbaren Drittwirkung von Art. 9 Anhang I FZA, deren Beantwortung sich als sehr aufwendig erwies. Somit rechtfertigt es sich, den Kläger trotz der nur teilweise gutzuheissenden Klageforderung ermessensweise als grösstenteils obsiegend zu betrachten und ihm drei Viertel des hiervoor errechneten Honorars als Parteientschädigung zuzusprechen. Die Beklagte hat ihn daher im Umfang von CHF 4'607.10 (inkl. Spesen und MWST) aussergerichtlich zu entschädigen. Die ohne berufsmässige Vertretung prozessierende Beklagte beantragte vorliegend keine Umtriebsentschädigung, weshalb die Zusprechung einer solchen schon aus diesem Grund entfällt (vgl. RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., Art. 95 Rz. 21). III. Demnach erkennt das Gericht:

#### **E. 13**

Mit Eingabe vom 18. Dezember 2023 erklärte sich der Kläger mit dem Verzicht auf Durchführung einer Hauptverhandlung einverstanden.

#### **E. 14**

Am 20. Dezember 2023 äusserte sich die Beklagte zur Honorarabrechnung der Rechtsvertreterin des Klägers. II. Das Gericht zieht in Erwägung:

#### **E. 18**

August 2020 E.1.2, S 17 97 vom 5. Juni 2019 E.1.2, S 14 175 vom 3. November 2015 E.1b und U 12 46 vom 15. November 2012/15. Februar 2013 E.1b; siehe ferner WAGNER/GIRÓN, Das Verfahren bei Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach VVG – ein Update, Anwaltsrevue 8/2021, S. 312; offen gelassen in Urteil des Bundesgerichts 4A\_557/2022 vom 18. April 2023 E.4.1). Gemäss Art. 32 Abs. 1 ZPO ist bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen für Klagen der Konsumentin oder des Konsumenten das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien (lit. a), bei Klagen der Anbieterin oder des Anbieters das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei (lit. b) zuständig. Vorliegend hatte der

- 8 - Kläger also die Möglichkeit, das Gericht an seinem Wohnsitz oder am Sitz der Beklagten anzurufen. Da der Kläger im Zeitpunkt der Klageeinreichung in H. \_\_\_\_\_ wohnhaft war, konnte er seine Klage beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden anhängig machen (vgl. ZIMMERMANN, Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, Zürich/St. Gallen 2022, Rz. 278 ff.). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Kläger den Kanton Graubünden spätestens per 30. September 2023 verlassen hat (vgl. klägerische Beilage [kB] 22), zumal die bei Rechtshängigkeit gegebene örtliche Zuständigkeit bestehen bleibt (sog. perpetuatio fori, vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 62 Abs. 1 ZPO). Selbst wenn das Verwaltungsgericht mangels Absicht dauernden Verbleibens nicht als das örtlich zuständige Gericht gälte, hat sich die Beklagte vorliegend ohne Einrede der Unzuständigkeit zur Sache geäussert (vgl. Klageantwort vom 16. Oktober 2023 S. 2), womit eine vorbehaltlose Einlassung vorläge (vgl. Art. 18 ZPO; FÜLLEMANN, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 18 Rz. 8). Die entgegenstehende Gerichtsstandsklausel gemäss Art. 29 der einschlägigen Allgemeinen Bedingungen der Kollektiv- Krankentaggeldversicherung nach VVG der Beklagten (nachfolgend: AB) (vgl. kB 17) ist aufgrund des teilzwingenden Gerichtsstands am Wohnsitz des Klägers für diesen nicht verbindlich (vgl. ZIMMERMANN, a.a.O., Rz. 282). Damit ist das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden nach Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO auch örtlich

zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

#### **E. 20**

31 vom 18. August 2020 E.3.3 und S 12 51 vom 29. April 2014 E.2a). Die soziale Untersuchungsmaxime dient vor allem dem Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien oder ungleichen juristischen Kenntnissen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_636/2020 vom 20. Juli 2021 E.4.2.1, 4A\_106/2020 vom 8. Juli 2020 E.2.1 und 4A\_491/2014 vom 30. März 2015 E.2.6.1). Wie bei der gewöhnlich anwendbaren Verhandlungsmaxime liegt es indessen grundsätzlich an den Parteien, den Prozessstoff beizubringen; sie sind namentlich nicht von ihrer jeweiligen Behauptungs- bzw. Bestreitungs- und (Gegen-)Beweislast befreit (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_20/2018 vom 29. Mai 2018 E.2.5 mit Hinweis auf BGE 141 III 569 E.2.3).

- 11 -

#### **E. 24**

Dezember 2022. Gemäss Art. 27 AB schuldet die Beklagte erst ab der Einleitung der Betreuung oder der gerichtlichen Klage Verzugszins, wobei dieser dem jeweils geltenden Mindestzinssatz für die obligatorische berufliche Vorsorge, jedoch höchstens 5 Prozent pro Jahr, entspricht (vgl. kB 17). Die vorliegende Klage wurde am 1. September 2023 eingereicht. Zudem beläuft sich der Mindestzinssatz für die obligatorische berufliche Vorsorge für das Jahr 2023 auf 1 % (vgl. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-90652.html>, zuletzt besucht am 23. Januar 2024). Die Beklagte schuldet somit einen Verzugszins von 1 % ab dem 1. September 2023. 10. Auf die beantragte Parteibefragung kann verzichtet werden, da das streitberufene Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und annehmen kann, dass diese

- 31 - Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde; dies steht im Einklang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 136 I 229 E.5.3 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 4A\_60/2023 vom 19. April 2023 E.3.4, 4A\_159/2023 vom 11. April 2023 E.4.4.1, 4A\_141/2021 vom 23. Juni 2021 E.4.1.2 und 5A\_730/2020 vom 21. Juni 2021 E.3.2.2.2). 11. Im Ergebnis ist die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zu verpflichten, dem Kläger für den Zeitraum vom 24. Dezember 2022 bis zum 31. Januar 2023 einen Betrag von CHF 8'440.75 zuzüglich Verzugszins von 1 % ab dem 1. September 2023 zu bezahlen. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.