

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AH160127-L vom 23. Oktober 2017

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2017-10-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_AH160127-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AH160127-L du 23 octobre 2017

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AH160127-L del 23 ottobre 2017

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt Der Kläger trat gemäss schriftlichem Arbeitsvertrag vom 1. April 2014 gleichen- tags seine Tätigkeit als angelernter Brandschutz- und Fugenmonteur bei der Beklagten an (act. 5/3 S. 1). Die Beklagte bezweckt gemäss Handelsregisterauszug die ...[Gesellschaftszweck] (act. 16/3). Es wurde ein 100%-Pensum bei einem Bruttogehalt von Fr. 5'300.– pro Monat vereinbart (act. 5/3 S. 1). Per Januar 2015 erhielt der Kläger eine Lohnerhöhung und verdiente neu Fr. 5'400.– brutto pro Monat (act. 13/8; act. 11 S. 2; Prot. S. 13). Im ... [Datum] gründete der Kläger die C._____ GmbH. Gemäss Handelsregisterauszug vom ... [Datum] bezweckt diese die ... [Gesellschaftszweck]. Der Kläger, der als einziger Gesellschafter als Geschäftsführer eingetragen war, schied am 24. Dezember 2015 aus der Gesellschaft aus und übertrug diese auf seine Ehe- frau, D._____ (act. 16/2, act. 16/6, act. 66/1). Mit Schreiben vom 19. Oktober 2015 kündigte die Beklagte dem Kläger aus wirt- schaftlichen Gründen das Arbeitsverhältnis ordentlich auf den 31. Dezember 2015 (act. 5/8). Die Hausärztin des Klägers, Dr. med. E._____, stellte dem Kläger am 21. Oktober 2015 in Folge Krankheit ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis zu 100% bis und mit 25. Oktober 2015 aus (act. 5/10). Dieses wurde jeweils verlängert, letzt- mals bis zum 15. Dezember 2015 (act. 5/11-5/14). In der Zwischenzeit kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 9. November 2015 fristlos. Sie begründete dies damit, dass der Kläger als Gesell- schafter und Geschäftsführer die Firma C._____ GmbH betreibe, weshalb sich die Beklagte nicht mehr in der Lage sehe, das Arbeitsverhältnis weiter zu führen (act. 5/9). Gleichentags erstattete F._____, der Geschäftsführer der Beklagten, Strafanzeige gegen den Kläger wegen Drohung anlässlich eines Telefonats vom

- 6 -

E. 1.1

Dauer des Lohnfortzahlungsanspruches Der Kläger begann am 1. April 2014 bei der Beklagten zu arbeiten, befand sich folglich im Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung im 2. Dienstjahr, weshalb die Sperrfrist 90 Tage beträgt (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) und die Kündigungsfrist um maximal diese Sperrfrist verlängert hätte (Art. 336c Abs. 2 OR). Mit ordentlicher Kündigung vom 19. Oktober 2015 hätte das Arbeitsverhältnis grundsätzlich per 31. Dezember 2015 geendet. Der Kläger wurde jedoch ab dem 21. Oktober 2015 bis 15. Dezember 2015 – somit auch im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung – krank geschrieben. Das Arbeitsverhältnis hätte unter Einhaltung der zweimonati- gen ordentlichen Kündigungsfrist mithin bis Ende Februar 2016 gedauert.

- 25 -

E. 1.1.1

Beweisthema Die Beklagte bestritt im Prozess – unter Hinweis auf die Einschätzung der Ver- trauensärztin der Krankentaggeldversicherung – jedoch, dass der Kläger vom 21. Oktober 2015 bis 15. Dezember 2015 infolge Krankheit arbeitsunfähig war (act. 14 Rz 32), weshalb ein Beweisverfahren durchzuführen war. Der Kläger trägt für die behauptete Arbeitsunfähigkeit in Anwendung von Art. 8 ZGB die Beweis- last.

E. 1.1.2

Beweiserhebung Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit (Beweissatz 2.2.) Der Kläger legte zum Beweis der Arbeitsunfähigkeit zunächst Arbeitsunfähigkeits- zeugnisse (act. 5/10 - 5/14) sowie einen ärztlichen Bericht seiner Hausärztin Dr. med. E._____ vom 29. August 2016 ins Recht (act. 13/1), die eine lückenlose Arbeitsunfähigkeit von 100% vom 21. Oktober 2015 bis 15. Dezember 2015 be- scheinigen. Auf diese Zeugnisse bzw. den Bericht konnte indessen nicht unbese- hen abgestellt werden, nachdem einerseits drei Arztzeugnisse rückwirkend aus- gestellt wurden und andererseits eine negative Leistungsbeurteilung der Kranken- taggeldversicherung G._____ AG bei den Akten lag, wonach deren beratende Ärztin Dr. med. H._____ zum Schluss kam, dass keine medizinischen Fakten vor- liegen würden, die eine Arbeitsunfähigkeit begründen würden (act. 5/11, 5/12, 5/14, 5/17). Aus diesem Grund wurden – nach Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht durch den Kläger – die Akten der G._____ AG beigezogen (act. 32), Dr. med. E._____ und Dr. med. H._____ als Zeugen einvernommen und der Kläger als Partei befragt (act. 46, 47, 53).

E. 1.1.3

Einvernahmen Dr. med. E._____, Hausärztin des Klägers und Fachärztin für Allgemeinmedizin, führte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 1. Juni 2017 aus, dass der Kläger am 21. Oktober 2015 zu Hause gestürzt und auf seinen Kopf gefallen sei. Gleichentags sei der Kläger bei ihr in der Praxis erschienen und habe zudem über Schwindel geklagt. Weil die Ursache unklar gewesen sei, habe sie weiterführende

- 26 - fachärztliche Abklärungen angeordnet: ein Langzeit-EKG bei der Zeugin in der Praxis, eine nervenärztliche Untersuchung bei einem Spezialisten sowie eine kar- diologische Abklärung bei einem Spezialisten. Die Diagnose sei eine Herzrhyth- musstörung, ein Halswirbelsyndrom, welches Schwindel verursachte, die Synko- pe (Bewusstlosigkeit) sowie eine vasovagale, reflektorische Störung gewesen. Der Kläger habe zuvor keine solch ernstzunehmenden Probleme gehabt. Da es aufgrund dieser Diagnose zu weiteren Schwindelattacken hätte kommen können und gemäss ihren Informationen der Kläger Arbeiten auf einer Leiter ausgeführt habe, sei dieser arbeitsunfähig gewesen, denn solchen Arbeiten seien mit der ge- nannten Diagnose nicht vereinbar. So komme Schwindel zum Beispiel bei Dach- arbeitern, welche permanent nach oben schauen müssen, deutlich öfters vor als bei Tätigkeiten in Sitzpositionen (act. 46 S. 2 ff.). Das erste ärztliche Zeugnis habe sie vorerst bis zum 25. Oktober 2015 ausge- stellt, weil der Kläger bis dann Beschwerden gehabt habe und weitere Abklärun- gen – zusätzlich aufgrund einer Erkältung – nötig gewesen seien. An die nächste Konsultation vom 27. Oktober 2015 könne sie sich nicht mehr erinnern. Die Ar- beitsunfähigkeitszeugnisse würden jedoch der Wahrheit entsprechen und bele- gen, dass der Kläger einmal am 21. Oktober 2015, einmal am 27. Oktober 2015 und einmal am 12. November 2015 bei ihr in Praxis gewesen sei, womit auch klar sei, dass der Kläger wie vermerkt vom 21. Oktober 2015 bis zum 15. Dezember 2015 – in Bezug auf seine Arbeitsstelle – 100% arbeitsunfähig

gewesen sei (act. 46 S. 4 ff.). Mit der Rückdatierung des Arztzeugnisses vom 12. November 2015 auf den 4. November 2015 konfrontiert, führte die Zeugin aus, dass die Patienten nach der Untersuchung beim Kardiologen aufgefordert würden, sich zur Kontrolle zu melden. Der Patient müsse erst vorbeikommen, wenn die geforderten Untersuchungsergebnisse vorhanden seien (act. 46 S. 5). Auf entsprechende Frage der Einzelrichterin, wie es am 15. Dezember 2015 mit dem Schwindel des Klägers ausgesehen habe, entgegnete die Zeugin, dass der Kläger zu dem Zeitpunkt – wohl auch aufgrund der Therapien in der Zwischenzeit – keine ernstzunehmenden Schwindelattacken mehr gehabt habe, weshalb sie

- 27 - keine weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt habe. Zudem hätten sie am 15. Dezember 2015 den Befund gehabt, dass beim Kläger keine relevante Herzrhythmusstörung bestehe und eine Implantation eines Herzschrittmachers nicht notwendig sei. Die reflektorisch-vasovagale Störung sei als Ursache für die Bewusstlosigkeit zwar nicht nachgewiesen worden, nach Angaben der Fachärzte jedoch höchstwahrscheinlich der Auslöser gewesen, da alle anderen möglichen Ursachen hätten ausgeschlossen werden können (act. 46 S. 6 ff.). Dr. med. H._____, Fachärztin für innere Medizin, sagte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 1. Juni 2017 aus, dass sie in Bezug auf das Dossier des Klägers – wie bei der Versicherung üblich – ein Formular, welches die behandelnde Ärztin ausgefüllt habe, sowie das Arbeitsunfähigkeitszeugnis erhalten habe. Hernach gebe sie jeweils ihre Einschätzung ab, wobei nicht sie den Entscheid treffe, ob Leistungen der Versicherung erbracht würden (act. 47 S. 2 f.). Im betreffenden Fall sei die Frage unter 2. a) des Formulars ausweichend mit einem oder zwei Symptomen: "Schwindel, Synkope 2 Mal" und nicht mit einer Ursache beantwortet worden. Bei der Frage, wann und wie sich die Erkrankung zum ersten Mal geäußert habe, habe sie gelesen: "Schwindel seit 21. Oktober 2015, zweimalige Synkopen vom 22. bis 26. Oktober 2015". Zudem sei die Frage 7, nach Bemerkungen und weiteren Antworten, unbeantwortet geblieben. Eine Synkope sei ein Bewusstseinsverlust und nicht das Gleiche wie Schwindel. Wenn ein junger Mann und Familienvater Synkopen habe, würde sie sofortige Untersuchungen und sechs Wochen danach die Formulierung einer Diagnose erwarten. Es sei jedoch keine Spitalbehandlung verzeichnet gewesen und auch sonst habe ein Hinweis gefehlt, dass etwas unternommen worden sei: Auf dieser medizinischen Faktenbasis habe sie keine Arbeitsunfähigkeit bestätigen können (act. 47 S. 3 f.). Auf Ergänzungsfragen der klägerischen Rechtsvertreterin, weshalb sie nicht bei Dr. med. E.____ nachgefragt habe, gab die Zeugin an, dass sie prinzipiell erwarten dürfe, dass ein Arzt wisse, welche Auskünfte er präsentieren müsse. Sie selbst würde eine Person, die über Schwindel und Bewusstseinsstörungen klage,

- 28 - ernst nehmen und nicht auf einem gefahrenexponierten Arbeitsplatz arbeiten lassen (act. 47 S. 4 f.). Der Kläger gab anlässlich der Parteibefragung vom 8. Juni 2017 an, dass er im Zeitraum vom 21. Oktober 2015 bis 15. Dezember 2015 nichts gemacht habe, er sei krank gewesen; gearbeitet habe er jedenfalls nicht. Er habe zwei Untersuchungen bei Spezialisten gehabt, eine in ... [Ort] und eine in ... [Ort]; er habe nach Rücksprache mit Dr. med. E.____ die Termine vereinbart, an die er sich jedoch nicht mehr erinnern könne (act. 53 S. 8 f.).

E. 1.1.4

Beweiswürdigung Die Hausärztin des Klägers sagte zwar nicht in befriedigender Weise aus, ihre Aussagen können aber insgesamt als glaubhaft erachtet werden. Sie verwies auf die von ihr ausgestellten Arztzeugnisse und bekräftigte die Richtigkeit der darin vermerkten

Angaben. Sie machte Angaben zu ihrer Diagnose und den aufgegleis- ten Untersuchungen durch Spezialisten, welche in der Folge stattfanden. Die Arztzeugnisse stellen nicht alleine auf die Angaben des Klägers ab. Die Rückdatierung der Arztzeugnisse begründet nicht ausreichend schwere Zwei- fel an deren Richtigkeit, als dass den Arztzeugnissen jeglicher Beweiswert abge- sprochen werden müsste. Dass Patienten bei der Hausärztin aufgrund laufender Untersuche bei Spezialisten erst vorbeikommen müssen, wenn neue Informatio- nen vorliegen, um die neuen Befunde abzuwarten, kann bei einer länger andau- ernden Krankheit, durchaus Sinn machen. Nichtsdestotrotz führt die Ausstellung rückdatierter Arbeitsunfähigkeitszeugnisse üblicherweise – und insbesondere bei längerer Rückdatierung – zu einer Verringerung des Beweiswerts. Die Rückdatie- rung beim letzten Arztzeugnis vom 15. Dezember 2015 beträgt knapp zwei Wo- chen (act. 5/14). In Anbetracht der Untersuchung vom 30. November 2015 bzw. Bericht vom 2. Dezember 2015 bei Dr. med. T._____ sowie der Untersuchung vom 8. Dezember 2015 bzw. Bericht vom 8. Dezember 2015 von Dr. med. U._____ ist dies aufgrund des Gesagten aber nachvollziehbar (act. 56/1-2). Der Beklagten wäre offen gestanden, einen Vertrauensarzt beizuziehen: Dies tat sie allerdings nicht. Erst mit der Verweigerung der Zahlungen durch die G._____ AG

- 29 - begann sie die Krankheit des Klägers anzuzweifeln (vgl. E-Mail von F._____ an die G._____ AG vom 4. Dezember 2015, act. 32). Die Zahlungsverweigerung wiederum erfolgte aufgrund von Empfehlungen von Dr. med. H._____, welche je- doch den Kläger weder gesehen noch ärztlich untersucht hatte, sondern aus- schliesslich aufgrund der Akten entschied, welche aus einem von der Hausärztin des Klägers (rudimentär) ausgefüllten Formular sowie der persönlichen Angaben zum Kläger (Alter, familiäre Situation) bestanden. Die Untersuchungen welche Dr. med. H._____ für eine Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit ihrerseits ver- misste, wurden gemäss Angaben der Hausärztin des Klägers sowie den bei den Akten liegenden Berichten der Spezialisten durchgeführt, jedoch nicht im Formu- lar aufgeführt. Nach dem Gesagten vermag ihr Entscheid den Beweiswert der ärztlichen Zeugnisse und die Aussagen der Hausärztin des Klägers jedenfalls nicht zu entkräften. Auch sonst liegt nichts bei den Akten, was an der Arbeitsun- fähigkeit im betreffenden Zeitraum begründete Zweifel aufkommen liess. Die hun- dertprozentige Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 21. Oktober 2015 bis und mit 15. Dezember 2015 ist somit ausgewiesen, mithin ist dem Kläger der Beweis ge- mäss Beweissatz 2.2. gelungen.

E. 1.1.5

Zwischenfazit Der Kläger war infolge Krankheit vom 21. Oktober 2015 bis zum 15. Dezember 2015 zu 100% arbeitsunfähig und hat grundsätzlich Anspruch auf Lohnfortzah- lung, die sich aufgrund der Sperrfrist – wie unter E. III.1 ausgeführt – hypothetisch verlängert. Zu prüfen ist nun, wer leistungspflichtig ist bzw. wer das Risiko der ausbleibenden Leistung durch die Krankentaggeldversicherung zu tra- gen hat.

E. 1.2

Lohnanspruch gegenüber der Beklagten?

E. 1.2.1

Parteistandpunkte Der Kläger stellt sich grundsätzlich auf den Standpunkt, dass er bei der Beklagten als angelernter Brandschutz- und Fugenmonteur tätig gewesen sei und als sol- cher dem allgemeinverbindlichen GAV des Isoliergewerbes unterstanden habe

- 30 - (act. 11 S. 7 f.). Möglich sei jedoch auch die Anwendbarkeit des Landesmantelvertrages für das schweizerische Bauhauptgewerbe (nachfolgend: LMV; Prot. S. 17). In jedem Fall verweise der Arbeitsvertrag in Ziffer 6 auf den LMV, womit die Beklagte dem Kläger zugesichert habe, dass er im Krankheitsfall 90% des ausfallenden Lohnes bei einem Karenztag erhalte, unabhängig davon, ob von der Taggeldversicherung Leistungen erfolgen würden oder nicht (Prot. S. 17 f.). Die im Arbeitsvertrag erwähnten 3 Karenztage und die Auszahlung von 80% des Grundgehältes würden sich nur auf die Unfallversicherung beziehen (act. 11 S. 5). Die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers von Art. 324a OR lebe wieder auf, wenn der Versicherer das Vorliegen einer Krankheit bzw. Arbeitsverhinderung be- streite und die Leistungen verweigere (act. 11 S. 5 f. und act. 64 S. 2). Ausserdem sei dem Arbeitsvertrag zu entnehmen, dass die Taggeldversicherung nicht als Er- satzlösung für die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR, sondern als Ergänzung zu dieser Verpflichtung gemeint gewesen sei (act. 64 S. 2). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass sie keinem GAV unterstehe (act. 14 S. 8 f.). Mit Ziffer 6 des Arbeitsvertrages habe man in Anlehnung an den LMV eine Krankentaggeldversicherung abschliessen wollen. Dies heisse aber nicht, dass man sich diesem auch unterstelle (Prot. S. 7 f.). Ebenso wenig sei der GAV für das Isoliergewerbe anwendbar, was ihr von der paritätischen Landes- kommission bestätigt worden sei (Prot. S. 9). Bezüglich des Lohnanspruchs des Klägers argumentierte die Beklagte, dass den Kläger eine Schadensminderungspflicht treffe und er aufgrund seines direkten Forderungsrechts gegen die Taggeldversicherung hätte vorgehen müssen. Die Beklagte sei weder Garantin der Taggeldversicherung noch lebe der Lohnan- spruch des Klägers nach Art. 324a Abs. 1 und 3 wieder auf, wenn die Versiche- rung nicht leiste. Der Kläger müsse sich direkt an die Versicherung halten, was ihm schliesslich auch möglich sei (act. 14 S. 13). Bei Ziffer 6 des Arbeitsvertrages handle es sich nicht um eine Garantie, falls die Taggeldversicherung nicht leisten sollte (Prot. S. 8 und S. 21 f.).

- 31 -

E. 1.2.2

Anwendbarkeit GAV Ein Gesamtarbeitsvertrag gelangt einerseits zur Anwendung, indem Vertragspar- teien aufgrund des Vorliegens bestimmter Voraussetzungen automatisch in des- sen Anwendungsbereich fallen oder indem dieser durch Abrede in ein Arbeitsver- hältnis respektive Einzelarbeitsvertrag übernommen wird. Ist Letzteres der Fall, gilt der Gesamtarbeitsvertrag faktisch als allgemeine Anstellungsbedingungen. Ob ein Betrieb unter einen GAV fällt, entscheidet allein der Richter, nicht die pari- tätische Kommission. Die Übernahme der Ferienregelung eines GAV in den Ein- zelarbeitsvertrag durch einen Arbeitgeber bewirkt nicht die Anwendbarkeit des gesamten GAV auf das Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitnehmer dem vertrags- schliessenden Verband nicht angehört (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. N 13 zu Art. 356 OR). Bezüglich der Anwendbarkeit des GAV für das Isoliergewerbe ist nicht die Tätig- keit des Klägers entscheidend, sondern die Tätigkeit des Betriebs und somit der Beklagten. Der Kläger brachte einzig vor, dass er als Brandschutzmonteur für die Beklagte tätig gewesen sei. Dem Kläger misslang es, substantiiert darzutun, wes- halb die Tätigkeit der Beklagten unter den GAV für das Isoliergewerbe fallen und dieser folglich zur Anwendung kommen sollte. Es gibt auch im Übrigen keine An- haltspunkte, weshalb der GAV für das Isoliergewerbe anwendbar sein sollte (vgl. auch Prot. S. 10, act. 16/8). Es stellt sich nun noch die Frage, ob der LMV anwendbar ist. Die Parteien konn- ten nicht dartun, dass die Beklagte dem

Branchenvertrag LMV nicht untersteht, mithin ihr Gepräge nicht in den betrieblichen Geltungsbereich von Art. 2 LMV (insb. Abs. 2 lit. f) fällt. Es wurde nicht rechtsgenügend (beispielsweise mittels Darlegung der betreffenden Arbeitsleistung, Arbeitsstunden, Stellenprozente, Umsatz/Gewinn) belegt, dass die Beklagte nicht bloss ausnahmsweise im Bereich der Gebäudehülle tätig ist und damit ausgenommen vom LMV wäre; ein solcher Schluss lässt denn auch der Handelsregistereintrag der Beklagten nicht zu (vgl. Prot. S. 10, 20, 22 und 55f.). Daher ist davon auszugehen, dass die Beklagte dem

- 32 - LMV unterstellt ist. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte behauptet, dass dem nicht so sei (vgl. act. 14 Ziff. 27ff. und Prot. S. 9f., 55f.).

E. 1.2.3

Gleichwertige Vereinbarung? Art. 324a Abs. 4 OR sieht vor, dass von der gesetzlich vorgesehenen Lohnfortzahlungspflicht abgewichen werden kann, sofern eine mindestens gleichwertige Regelung durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbart wurde. Gleichwertigkeit ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gegeben, wenn eine Versicherung während mindestens 720 Tagen innert 900 Tagen ein Taggeld in der Höhe von mindestens 80% des Lohnes ausrichtet, mit einer Wartezeit von maximal drei Tagen und bei mindestens hälftiger Tragung der Prämien durch den Arbeitgeber (Urteil des Bundesgerichts 4A_98/2014 vom

E. 1.2.4

Lohnanspruch trotz Verweigerung durch Krankentaggeldversicherung?

E. 1.2.4.1

Rechtliches Wird die Leistungspflicht des Arbeitgebers durch eine Versicherungslösung abgelöst und ist diese gleichwertig, so ist der Arbeitgeber grundsätzlich von seiner Zahlungspflicht befreit (ROBERTA PAPA, in: Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, ArbR 2009, S. 69 ff., S. 80). Der Arbeitgeber ist aber nur solange und soweit von seiner Lohnfortzahlungspflicht entlastet, wie diese tatsächlich durch die Versicherung übernommen wird (THOMAS GEISER, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, S. 323 ff., S. 329). Verweigert der Versicherer seine Leistung z.B. weil dem Arbeitnehmer eine Verletzung von Mitwirkungspflichten vorgeworfen werden kann, spielt es eine Rolle, ob sich die auferlegten Pflichten in einem üblichen und zumutbaren Rahmen bewegen und ob sie dem Arbeitnehmer bereits bei Vereinbarung der Ersatzlösung bekannt sind bzw. sein müssen. Kann dies bejaht werden, ist die Gleichwertigkeit der Ersatzlösung nicht tangiert (vgl. PAPA, a.a.O., S. 91). Schliesslich darf dem Arbeitnehmer nicht das Risiko übertragen werden, gegen die falsche Partei zu klagen. Er muss trotz Bestehens einer Kollektivtaggeldversicherung gegen den Arbeitgeber klagen können, wenn er seine Leistungen nicht erhalten hat. Erweist sich die vom Arbeitgeber abgeschlossene Kollektivtaggeldversicherung als tatsächlich gleichwertig, muss der Arbeitgeber dann aber nur das leisten, was auch die Taggeldversicherung leisten müsste, und kann dieses Taggeld dann bei der Versicherung einfordern (THOMAS GEISER, Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, AJP 2016 S. 100 ff., S. 105). Der Arbeitgeber haftet insbesondere dafür, dass der Versicherungsvertrag mit den Bedingungen des Arbeitsvertrags kongruent ist. Dies gilt sowohl bezüglich der Höhe der Leistungen als auch des sachlichen Deckungsumfanges (CHRISTOPH HÄBERLI/DAVID

HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeits- rechtliche Aspekte, Bern 2015, S. 141). Das Arbeitsgericht Zürich geht regelmä- sig und seit Langem von einer Vorleistungspflicht der Arbeitgeberin aus (statt vie-

- 34 - ler: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2005, Nr. 7; Urteil vom 21. Oktober 2010, AN080919; vgl. dazu auch Urteil des Kantonsgerichtes Basel-Landschaft vom 11. November 2003 in JAR 2004, S. 418 ff.; Hans-Peter Egli, Lohnfortzah- lung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, in AJP 9/2000, S. 1077). Dem Arbeitnehmer steht zwar gemäss KVG und VVG ein direktes Forderungs- recht gegen den Versicherer zu, er verliert aber den Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber nicht. Für diese Lösung spricht im Übrigen auch Art. 19 Abs. 2 ATSG, wonach der Arbeitgeber die Taggelder bei der Versicherung einfordern kann, so- weit er selber Leistungen in der Höhe der Taggelder an den Arbeitnehmer aus- richtet. Die Leistungspflicht der Beklagten entfällt damit erst, wenn die Versiche- rung auch tatsächlich bezahlt.

E. 1.2.4.2

Würdigung Wie vorgehend unter E. III.1.1.5 festgestellt, war der Kläger infolge Krankheit vom 21. Oktober 2015 bis und mit 15. Dezember 2015 zu 100% arbeitsunfähig und der Entscheid der Krankentaggeldversicherung, die Leistungen zu verweigern, be- ruhte auf einer unzureichenden Grundlage. Das Gesetz erlaubt es bloss mit einer gleichwertigen Lösung von der gesetzlichen Regelung abzuweichen. In casu wäre die Lösung aber nicht gleichwertig, wenn der Kläger seinen Anspruch – aufgrund der bestehenden Taggeldversicherung der Beklagten – nicht direkt bei der Beklagten geltend machen könnte. Denn hätte die Beklagte keine Taggeldversicherung abgeschlossen, wäre die Rechtslage für den Kläger günstiger, da ihn kein Prozessrisiko treffen würde. Auch der LMV hält in Art. 64 Abs. 1 fest: "Mit den Taggeldleistungen des Kolle- tivversicherers ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a und 324b OR vollumfänglich abgegolten.". Vorliegend leistete die G._____ AG aber nicht, womit die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nicht abgegolten ist. Einzig eine Verletzung der Mitwirkungspflichten seitens des Klägers könnte die Beklagte von ihrer Vorleistungspflicht befreien. Die Leistungsverweigerung der

- 35 - G._____ AG erfolgte jedoch nicht, weil der Kläger seine Mitwirkung verweigerte, sondern aufgrund des von seiner Hausärztin, Dr. med. E._____, nur rudimentär ausgefüllten Formulars. Der Kläger wusste nicht, dass der ablehnende Entscheid der G._____ AG v.a. aufgrund des bloss rudimentär ausgefüllten Formulars er- folgte und durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass seine Hausärztin dieses Formular gewissenhaft, unter Angabe der Abklärungen bei den beiden Spezialisten, ausfüllen würde und alle nötigen Angaben der G._____ AG zur Ver- fügung gestellt hatte. Diesbezügliche Ausführungen machte denn auch die Ver- trauensärztin der G._____ AG (act. 47 S. 4). Ausserdem forderte die G._____ AG den Kläger nicht zu einer weiteren Mitwir- kung auf, sondern erwähnte nur, dass ohne neue medizinische Tatsachen, keine Leistungen erbracht werden können (act. 32). Da der Kläger davon ausgehen konnte, dass seine Hausärztin das Formular gewissenhaft und mit allen nötigen Angaben ausgefüllt hatte, gab es aus seiner Sicht auch keine neuen medizini- schen Tatsachen. Die Rechtsvertreterin des Klägers hielt die Krankentaggeldver- sicherung mit Schreiben vom 10. Februar und 26. Februar 2015 dazu an, Einsicht in die vollständigen Akten zu erhalten (act. 5/16). Erst am 11. März 2016 sandte die G._____ AG der klägerischen Rechtsvertreterin die angeforderten Akten zu. Zu diesem Zeitpunkt hätte der Kläger zwar die Möglich- keit gehabt, die unvollstän- digen

Angaben seiner Hausärztin zu ergänzen, das Verfahren war jedoch bereits rechtshängig (act. 3 S. 2). Eine Verletzung von Mitwirkungspflichten des Klägers, welche die Beklagte von ihrer Leistungspflicht entbunden hätte, kann nach dem Gesagten nicht bejaht werden.

E. 1.2.5

Zwischenfazit Nach dem Gesagten ist die Beklagte nicht von ihrer Leistungspflicht entbunden. Sie ist betreffend die Bezahlung von Krankentaggeld vorleistungspflichtig und hat dem Kläger den gemäss Art. 64 LMV darauf entfallenden Lohn zu vergüten.

- 36 - 2. Höhe des Lohnanspruches Oktober 2015 bis Januar 2016 Der Kläger macht Lohnansprüche für November bis Januar 2016 geltend (act. 11 S. 5 ff.). Da die Beklagte die Verrechnung, mit der von ihr geleisteten Zahlung für Oktober 2015 und November 2015 in der Höhe von Fr. 6'578.10 brutto geltend macht (act. 14 S. 12), sind in einem ersten Schritt die Lohnansprüche von Oktober 2015 bis Januar 2016 zu eruieren und in einem zweiten Schritt die bereits geleistete Zahlung der Beklagten davon in Abzug zu bringen sowie die erfolgten Zahlungen der Arbeitslosenkasse. Der Kläger bezog vor der Kündigung einen Bruttolohn von Fr. 5'400.– monatlich (act. 13/8; act. 11 S. 2; Prot. S. 13). Für die Zeit vom 1. bis 20. Oktober 2015 hat der Kläger Fr. 3'475.85 brutto ($5'400.- / 21.75 * 14$) bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) Fr. 3'259.50 netto zugute. Ab der Erkrankung stehen dem Kläger noch 90% vom Bruttolohn zu, ergo monatlich Fr. 4'860.– ($5'400.- * 0.9$). Vom 21. bis 31. Oktober 2015 stehen dem Kläger, nach Abzug eines Karenztages (Art. 64 Abs. 3 lit. b LMV), Fr. 1'564.15 brutto = netto ($4'860.- / 21.75 * 7$) zu. Da auf das Krankentaggeld keine AHV/IV/EO/ALV-Beträge zu leisten sind und entsprechend keine Abzüge vorzunehmen sind, handelt es sich dabei um einen Brutto-gleich-netto-Betrag. Da der Kläger im November 2015 vollumfänglich krank war, steht ihm Lohnersatz in der Höhe von Fr. 4'860.– brutto = netto zu. Für den Monat Dezember 2015 steht dem Kläger bis und mit 15. Dezember 2015 ein halber Monatslohn zu, ausgehend von monatlichen Fr. 4'860.– ($5'400.- * 0.9$) somit Fr. 2'430.– brutto = netto. Vom 16. Dezember 2015 bis und mit 31. Dezember 2015 war der Kläger wieder arbeitsfähig, weshalb von 100% Lohn auszugehen ist. Er hat somit einen Anspruch für diese Zeit auf einen halben Monatslohn in Höhe von Fr. 2'700.– ($5'400 / 2$) brutto bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) Fr. 2'531.95 netto. Aufgrund der durch die Sperrfrist verlängerten Kündigungsfrist hat der Kläger für den Monat Januar 2016 Anspruch auf einen vollen Monatslohn, mithin Fr. 5'400.–

- 37 - brutto bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) Fr. 5'063.85 netto (vgl. zum Abzug des ALV-Taggeldes hinten in E. III.7. Fazit). Als Zwischenergebnis hat der Kläger gegenüber der Beklagten einen Anspruch in Höhe von Fr. 11'575.85 brutto bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) Fr. 10'855.30 netto sowie Fr. 8'854.15 brutto = netto. Davon sind die ALV-Taggelder, die der Kläger erhalten hat, in der Höhe von Fr. 2'787.40 brutto bzw. Fr. 2'559.60 netto (Monat Dezember 2015; act. 13/4) und Fr. 3'185.60 brutto bzw. Fr. 2'926.05 netto (Monat Januar 2016; act. 13/5) in Abzug zu bringen (Art. 324 Abs. 2 OR), insgesamt Fr. 5'973.00 brutto bzw. Fr. 5'485.65 netto (vgl. dazu hinten in E. III.7. Fazit). Weiter sind die von der Beklagten bereits geleisteten Zahlungen für den Oktober 2015 und November 2015 in der Höhe von Fr. 6'578.10 brutto ($5'400.-$ brutto für Oktober 2015 und Fr. 1'178.10 brutto für November 2015) bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) Fr. 6'168.60 netto (act. 14 S. 11, act. 5/7, act. 5/6, act. 16/7) in Abzug zu bringen (vgl. dazu hinten in E. III.7. Fazit). 3. 13. Monatslohn Der Kläger macht geltend, dass ihm für das Jahr 2015 ein 13. Monatslohn in der Höhe von Fr. 4'000.– zustehe (Prot. S. 5). In der Krankheitsanzeige an die G._____ AG vom 16. November 2015 habe die Beklagte sodann

auch angeben, dass dem Kläger der 13. Monatslohn zustehe (act. 11 S. 8). Die Beklagte stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass der Kläger gemäss Arbeitsvertrag vom 1. April 2014 keinen Anspruch auf den 13. Monatslohn habe. Ein 13. Monatslohn könne nur mittels Vertrag vereinbart werden. Die 8.33% auf der Krankmeldung seien keine Grundlage für eine solche Vereinbarung und könne nur so gemeint gewesen sein, dass dieser bereits im Lohn inkludiert gewesen sei (Prot. S. 6, 9, 22). Unbestrittenermassen findet sich im Arbeitsvertrag vom 1. April 2014 keine Vereinbarung bezüglich eines 13. Monatslohns (act. 5/3). Ein solcher liesse sich grundsätzlich auch mündlich vereinbaren, wie dies auch bei der Lohnerhöhung

- 38 - per Januar 2015 geschah, welche nicht im Arbeitsvertrag vermerkt ist (act. 5/3, act. 13/8, act. 11 S. 2, Prot. S. 13). F._____ hat mit dem Ausfüllen der Krankheitsanzeige an die G._____ AG am 16. November 2015 bestätigt, dass der Kläger einen 13. Monatslohn grundsätzlich zu Gute hat (act. 5/18). Dass damit – wie die Beklagte ausführt – die Inklusion des 13. Monatslohns gemeint sein soll, ist als Schutzbehauptung zu werten. Weitergehende Argumente oder Beweisofferten, welche diese Ansicht stützen könnten, fehlen. Folglich ist die Beklagte auf den Angaben in der Krankheitsanzeige zu behaften. Im Übrigen sieht auch Art. 49 LMV einen Anspruch auf den 13. Monatslohn vor. Für die Zeit nach der fristlosen Kündigung ergibt sich der Anspruch auf den

E. 6

Fazit: ungerechtfertigte fristlose Entlassung Nach dem Gesagten ist es der Beklagten nicht gelungen darzulegen, weshalb es für sie unzumutbar war, dass Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bis zum Ende der

- 24 - ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Damit ist die fristlose Kündigung vom

E. 9

November 2015 als ungerechtfertigte Entlassung zu qualifizieren. III. Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung 1. Anspruch auf Ersatz des hypothetischen Verdienstes Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR). Wird eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung jedoch während einer Sperrfrist ausgesprochen, so beendet dies zwar das Arbeitsverhältnis, doch verlängert sich rechnerisch die Lohnzahlungspflicht entsprechend, d.h., die hypothetische Sperrfristenereckung wird bei der Schadenersatzberechnung nach Art. 337c Abs. 1 OR eingerechnet (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 13 zu Art. 337c OR).

E. 10

Oktober 2014 E. 4.2.1). Vorliegend enthält der LMV in Art. 64 Abs. 1 folgende Regelung: "Lohnfortzahlung durch Kollektivversicherung: Der Betrieb ist verpflichtet, die dem LMV unterstellten Arbeitnehmenden kollektiv für ein Taggeld von 90% des wegen Krankheit ausfallenden, der normalen vertraglichen Arbeitszeit entsprechenden zuletzt bezahlten Lohnes zu versichern. Mit den Taggeldleistungen des Kollektivversicherers ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a und 324b OR vollumfänglich

abgegolten." Weiter enthält er in Abs. 2 lit. a folgende Regelung zur Prämienteilung: "Die Prämien für die Kollektivtaggeld-Versicherung werden vom Betrieb und den Arbeitnehmenden je zur Hälfte getragen." Zu den Karenztagen wird schliesslich in Abs. 3 lit. b Folgendes festgehalten: "Entschädigung des Lohnausfalles zu 90% infolge Krankheit nach höchstens einem Karenztag zu Lasten der Arbeitnehmenden. Erfolgt ein Aufschub von höchstens 30 Tagen je Krankheitsfall, ist der Lohnausfall während dieser Zeit vom Arbeitgeber zu entrichten. [...]" Der LMV erfüllt das Kriterium der Schriftlichkeit und enthält alle für die Annahme der Gleichwertigkeit notwendigen Punkte. Ebenso wurde ein ausdrücklicher Abgeltungs-Vorbehalt festgehalten. Vorliegend haben die Parteien somit eine grundsätzlich gleichwertige Vereinbarung getroffen.

- 33 -

E. 13

Monatslohn CHF 4'000.00 CHF 3'751.00 Ferienentschädigung CHF 4'380.00 CHF 4'107.35
Überstundenentschädigung CHF 396.25 CHF 371.60 Pönale CHF 2'700.00 Abzüglich
geleistete Zahlungen der Beklagten CHF 6'578.10 CHF 6'168.60 Abzüglich
ALV-Taggelder CHF 5'973.00 CHF 5'485.65 Total: CHF 7'801.00 CHF 7'431.00 CHF
11'554.15 Dem Kläger stehen damit insgesamt Fr. 7'431.00 netto (Fr. 3'259.50 + 2'531.95 +
5'063.85 + Fr. 3'751.- + Fr. 4'107.35 + Fr. 371.60 - Fr. 6'168.60 - 5'485.65) sowie

- 42 - Fr. 11'554.15 brutto = netto (Fr. 1'564.15 + Fr. 4'860.- + Fr. 2'430.00 + Fr. 2'700.-)
zu. Zusätzlich ist 5% Verzugszins ab dem 1. Dezember 2015 geschuldet (siehe E. III.7).
IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beläuft
sich auf Fr. 22'526.30 (act. 11 S. 1), weshalb keine Verfahrenskosten erhoben werden (Art.
114 lit. c ZPO). Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr für die Parteientschädigung
rund Fr. 4'200.-, die mit der Erarbeitung einer Klagebegründung bzw. -antwort sowie der
Teilnahme an der Hauptverhandlung verdient ist (§ 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 AnwGebV).
Angesichts der Aufwendungen für das Beweisverfahren erscheint ein Zuschlag von
insgesamt rund 50% als gerechtfertigt (§ 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV). Die
Parteientschädigung ist somit auf rund Fr. 6'300.- festzusetzen. Die Prozesskosten sind
nach dem Ausgang des Verfahrens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Kläger obsiegt
zu rund 85%, die Beklagte unterliegt demnach zu 15%. Die Beklagte ist somit zu
verpflichten, dem Kläger eine auf rund 70% reduzierte Parteientschädigung in Höhe von Fr.
4'400.- zu bezahlen. Hinzu kommen antragsgemäss 8% MWST. Es wird erkannt:

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