

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA240020-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. B. Schärer und Oberrichter lic. iur. K. Vogel sowie
Gerichtsschreiber MLaw D. Valsangiacomo

Urteil vom 2. Mai 2025

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, im vereinfachten Verfahren vom 4. Juli 2024 (AH230093-L)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag in Höhe von CHF 29'899.80 zuzüglich 5% Zins seit 24. August 2022 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer von derzeit 7.7%, zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung,
vom 4. Juli 2024:**

(Urk. 22 S. 16 = Urk. 28 S. 16)

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 29'899.80 (brutto für netto), zuzüglich Zins zu 5% seit 13. März 2023 zu bezahlen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 4'989.–, zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer bzw. Fr. 384.15, insgesamt Fr. 5'373.15 zu bezahlen.
4. [Schriftliche Mitteilung]
5. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 27 S. 2):

- "1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 4. Juli 2024 (Geschäfts-Nr. AH230093) sei aufzuheben und die Klage des Berufungsbeklagten sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Angelegenheit zu neuer Entscheidung im Sinne der obergerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten"

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 31 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 4. Juli 2024 (Geschäfts-Nr. AH230093) sei vollumfänglich zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, letztere zuzüglich Mehrwertsteuer von derzeit 8.1%, zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) trat gestützt auf den Arbeitsvertrag zwischen den Parteien vom 12. Mai 2022 per 23. Mai 2022 mit einem 100 %-Pensum bei der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) ein (vgl. Urk. 1 Rz. 12; Urk. 5/13). Am 9. August 2022 und damit noch während der Probezeit erkrankte der Kläger zu 100 % (Urk. 5/17). Mit Schreiben vom 16. August 2022 wurde ihm von der Beklagten das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist während der Probezeit per 23. August 2022 gekündigt (Urk. 5/18). Der Kläger verlangt im vorliegenden Verfahren Schadenersatz für ihm entgangene Tagelöhner, weil die Beklagte ihn nicht gemäss dem Landesmantelvertrag des Bauhauptgewerbes (nachfolgend LMV) versichert habe und die Krankentaggeldversicherung der Beklagten, die C'. _____ AG (fortan C. _____), die Auszahlung der Tagelöhner verweigere. Die Beklagte bestreitet zusammenfassend, Anspruchsgegnerin für die Forderungen des Klägers zu sein (vgl. Urk. 27 Rz. 7).

2. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2023 machte der Kläger unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramts der Stadt Zürich, Kreise ... + ..., vom 6. Juni 2023 (Urk. 3) das vorliegende Verfahren bei der Vorinstanz hängig (Urk. 1). Hinsichtlich der Prozessgeschichte vor Vorinstanz kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 28 E. I.). Dieses erging am 4. Juli 2024 (Urk. 28).

3. Dagegen erhob die Beklagte am 10. September 2024 innert Frist (vgl. Urk. 23/2) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 27). Mit

Verfügung vom 1. Oktober 2024 wurde dem Kläger Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 30). Diese wurde fristgerecht am 4. November 2024 erstattet (Urk. 31) und der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 32). Es folgten keine weiteren Eingaben der Parteien.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-26). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Diese Streitwertgrenze ist vorliegend ohne Weiteres erreicht. Die Berufung erweist sich grundsätzlich als zulässig.

2. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. Die Berufung führende Partei muss sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids einlässlich auseinandersetzen und wenigstens rudimentär darlegen, an welchen konkreten Mängeln dieser ihrer Ansicht nach leidet und in welchem Sinne er abgeändert werden soll. Hierbei sind die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die angefochten werden, und die Aktenstücke zu nennen, auf denen die Kritik beruht. Es genügt nicht, bloss auf die vor erster Instanz vorgetragenen Ausführungen zu verweisen und diese in der Berufungsschrift wiederzugeben oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren. Was nicht in genügender Weise beanstandet wird, hat Bestand (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_209/2014 vom 2. September 2014 E. 4.2.1; BGer 5A_387/2016 vom 7. September 2016 E. 3.1).

3. Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen

zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht (mehr) vortragen. Vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung (und gegebenenfalls in der Berufungsantwort) erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3). Innerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die Berufungsinstanz aber weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden. Sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1).

III. Materielles

1. Vorbringen

1.1. Der Vorinstanz

1.1.1. Die Vorinstanz erwog, es bestünden keine Zweifel an der Richtigkeit der vom Kläger eingereichten Arztzeugnisse, weshalb ein Beweisverfahren zur Arbeitsunfähigkeit nicht erforderlich sei. Die Arbeitsunfähigkeit des Klägers zu 100 % sei beginnend ab 9. August 2022 jedenfalls bis 7. Februar 2023 ausgewiesen (Urk. 28 E. III.2.4). Auf die Frage, ob die Bestreitung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich sei, müsse an sich nicht weiter eingegangen werden. Anzumerken sei nur, dass das gesamte Verhalten der Beklagten als äusserst widersprüchlich und inkongruent erscheine. Sie habe die Arbeitsunfähigkeit anlässlich der Verhandlung vom 5. März 2024 lediglich der guten Ordnung halber und mit Nichtwissen bestritten. Wiederholt habe sie ausführen lassen, sie hätte dem Kläger die hypothetischen Taggelder längst und ohne Umschweife ausbezahlt, hätte der Kläger sich der vertrauensärztlichen Untersuchung unterzogen. Es sei daran zu erinnern, dass die Frage der Arbeitsunfähigkeit des Klägers als solche vorprozessual nie ein Thema gewesen sei. Die vertrauensärztliche Untersuchung habe gemäss Schreiben der Beklagten vom 13. April 2023 nicht dazu dienen sollen,

grundsätzlich zu klären, ob der Kläger arbeitsunfähig sei, sondern nur, ob es sich um "ein wiederauftretendes schweres Leiden" gehandelt habe (Urk. 28 E. III.2.5).

1.1.2. Das Arbeitsverhältnis der Parteien habe unstrittig dem LMV (Stand 1. Mai 2019) unterstanden. Art. 64 Abs. 1 LMV statuiere für den Krankheitsfall zwingend eine Versicherungspflicht des Arbeitgebers. Der Versicherungsschutz müsse dabei an dem Tag beginnen, an dem der Arbeitnehmer die Arbeit aufnehme (Urk. 28 E. IV.A.). Es stehe fest, dass die Beklagte den Kläger nicht dem LMV entsprechend, mithin ab 23. Mai 2022, versichert habe. Sie habe vielmehr unstrittig den Versicherungsfall "Krankheit während der Probezeit" vertraglich von der Deckung ausgeschlossen, womit sie ihre Verpflichtung gemäss LMV verletzt habe (Urk. 28 E. IV. B.1). Die C. _____ habe sodann ihre Leistungspflicht nachweislich mit der Begründung verweigert, die Nachdeckung für Personen, deren Arbeitsverhältnis während der Probezeit aufgelöst worden sei, sei vertraglich ausgeschlossen (Urk. 28 E. IV.B.2; Urk. 5/27 f.).

1.1.3. Die Versicherungslösung, welche die Beklagte bewusst gewählt und vereinbart habe, entspreche weder den Vorgaben des LMV noch erfülle sie das Erfordernis der Gleichwertigkeit gemäss Art. 324a Abs. 4 OR. Sie weise vielmehr eine bedeutsame Lücke in der Versicherungsdeckung auf. Folglich und mangels Vorliegens einer gleichwertigen Versicherungslösung könne sich die Beklagte nicht darauf berufen, sie sei im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von ihrer Leistungspflicht befreit und damit nicht passivlegitimiert (Urk. 28 E. IV.D. 2.2).

1.1.4. Zum gleichen Ergebnis komme man, wenn berücksichtigt werde, dass der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer hafte, wenn die Versicherungen nicht diejenigen Leistungen abdecke, die gemäss Gesamtarbeitsvertrag oder Gesetz mindestens zu versichern gewesen wären. Dies decke sich mit Art. 64 Ziff. 11 lit. d LMV, welcher festhalte, dass der Arbeitgeber für allfällige Differenzen hafte, soweit der Versicherungsvertrag diese Leistungen (die Leistungen gemäss Art. 64 Ziff. 4 LMV) nicht erfülle. Hafte der Arbeitgeber in Fällen der Unterversicherung selbst, so müsse dies umso mehr gelten, wenn eine gänzliche Leistungseinbusse darauf beruhe, dass ein Versicherungsfall pflichtwidrig gar nicht versichert worden sei (Urk. 28 E. IV.D.2.3).

1.1.5. Es komme nicht darauf an, dass der Wortlaut von Art. 64 Ziff. 11 lit. a LMV festhalte, dass sämtliche Leistungen aus Art. 324a OR im Krankheitsfall des Arbeitnehmers abgegolten seien, soweit die Versicherung die oben umschriebenen Leistungen zu erbringen habe. Davon ausgehend, dass bedeutende Lehrmeinungen – wie auch das Arbeitsgericht Zürich – eine Befreiung des Arbeitnehmers (recte Arbeitgebers) von seiner Leistungspflicht nur dann annehme, wenn die Taggeldversicherung auch leiste, sei entscheidend, dass ein Arbeitgeber jedenfalls dann weiter selbst haftbar sei, wenn es – wie vorliegend der Fall – bereits am grundlegenden Erfordernis einer dem LMV bzw. dem Gesetz entsprechenden gleichwertigen Versicherungslösung mangle (Urk. 28 E. IV.D.2.4.).

1.1.6. Auf die Frage, ob die C. _____ gestützt auf Art. 4 des Freizügigkeitsabkommens unter den Krankentaggeldversicherern (fortan FZAKV) im Sinne von Art. 64 Ziff. 11 lit. a LMV zu leisten habe, müsse nach dem Gesagten nicht eingegangen werden, da es darauf nicht ankomme (Urk. 28 E. IV.D.2.6).

1.2. Der Beklagten

1.2.1. Die Beklagte rügt, sie habe bereits vor der Vorinstanz mit Verweis auf Art. 64 Ziff. 11 LMV ihre Passivlegitimation bestritten. Der Wortlaut dieser Bestimmung laute wie folgt (Urk. 27 Rz. 11):

"11 Haftung des Arbeitgebers:

a) Soweit die Versicherung die oben umschriebenen Leistungen zu erbringen hat, sind sämtliche Leistungen aus Artikel 324a OR im Krankheitsfall abgegolten.

[...]

d) Soweit diese Ansprüche durch einen Versicherungsvertrag nicht erfüllt sind, haftet der Arbeitgeber für allfällige Differenzen. [...]"

1.2.2. Der Wortlaut von Art. 64 Ziff. 11 lit. a LMV sei klar und eindeutig. Er besage, dass der Arbeitgeber von seiner gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht entbunden sei, wenn die Versicherung – also die Krankentaggeldversicherung, welche der Arbeitgeber für seine Mitarbeitenden abgeschlossen habe – die im LMV erwähnten Leistungen erbringen "muss bzw. müsste", da "zu erbringen haben" synonym wie "erbringen müssen" zu verstehen sei. Es werde insbesondere nicht verlangt, dass

effektiv Taggelder geleistet worden seien. Auch werde nicht erwähnt, dass die Versicherung "die oben umschriebenen Leistungen" aufgrund des Versicherungsvertrags zu erbringen habe. Es werde schlicht darauf verwiesen, dass, wenn die Versicherung die Leistungen zu erbringen habe, sämtliche Leistungen aus Art. 324a OR im Krankheitsfall abgegolten seien (Urk. 27 Rz. 12).

1.2.3. Mit der Regelung in Art. 64 Ziff. 11 lit. a LMV sei eine Angleichung der Rechtslage an jene gemäss Art. 324a OR erfolgt. In Fällen von Art. 324a OR habe das Bundesgericht kürzlich entschieden, dass keine Vorleistungspflicht der Arbeitgeberin bestehe, wenn eine gegenüber Art. 324a Abs. 4 OR gleichwertige Ersatzlösung vereinbart und damit die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a Abs. 1 OR abgegolten worden sei. Dasselbe hätten die Vertragsparteien des LMV mit Art. 64 Ziff. 11 lit. a LMV kodifiziert. Wenn die Versicherung leisten müsse, sei die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers abgegolten, und es solle entsprechend gemäss dem Willen der Vertragsparteien des LMV kein Raum mehr dafür bestehen, auf den Arbeitgeber direkt zuzugreifen. Insofern sei auch klar, dass keine Vorleistungspflicht des Arbeitgebers mehr bestehen könne (Urk. 27 Rz. 14 mit Verweis auf BGer 4A_514/2018 vom 28. November 2018 und BGer 4A_42/2018 vom 5. Dezember 2018).

1.2.4. Indem die Vorinstanz es unterlassen habe, in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Versicherung die im LMV umschriebenen Leistungen zu erbringen habe, habe sie das Recht unrichtig angewendet (Urk. 27 Rz. 17). Weiter habe sie das Recht unrichtig angewendet, in dem sie die Passivlegitimation der Beklagten bejaht habe, weil diese keine dem LMV entsprechende bzw. gegenüber Art. 324a OR gleichwertige Versicherungsleistung abgeschlossen habe. Die Vorinstanz verkenne damit nämlich, dass die Vertragsparteien des LMV in Art. 64 Ziff. 11 lit. a LMV die Voraussetzungen, welche vorliegen müssten, damit der Arbeitgeber von seiner Lohnfortzahlungspflicht entbunden sei, explizit und abschliessend (und abweichend von Art. 324a Abs. 4 OR) kodifiziert hätten. Diese Voraussetzung sei, dass die Versicherung die Leistung gemäss LMV zu erbringen habe. Das Vorliegen der Gleichwertigkeit der Versicherungslösung sei gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 64 Ziff. lit. a LMV kein Erfordernis (Urk. 27 Rz. 17). Schliesslich habe die Vor-

instanz das Recht unrichtig angewendet, indem sie an der Praxis des Arbeitsgerichts Zürich festhalten habe, wonach selbst im Falle des Vorliegens einer gültigen Krankentaggeldlösung – mithin bei Vorliegen einer primären Leistungspflicht der Krankentaggeldversicherung – eine Vorleistungspflicht beim Arbeitgeber verbleibe. Das Bundesgericht habe der von der Vorinstanz und älteren Minderheitslehrmeinungen vertretenen Rechtsauffassung eine Absage erteilt (Urk. 27 Rz. 19 mit Verweis auf BGer 4A_514/2018 vom 28. November 2018 und BGer 4A_42/2018 vom 5. Dezember 2018).

1.2.5. Gestützt auf die Versicherungsbedingungen des Vorversicherers, die D'._____ AG (fortan D._____, Urk. 5/12), der im Leitfaden zur Auslegung von Artikel 4 des FZAKV des schweizerischen Versicherungsverbands (SVV) enthaltenen Empfehlungen und Fallkonstellationen (Urk. 14/3), dem bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsgutachten (Urk. 14/4) sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, namentlich BGE 142 III 767, macht die Beklagte in ihrer Berufung geltend, dass die fehlende Nachhaftung gemäss Art. 6.10 der AVB von der C._____ im Falle der Vertragsauflösung während der Probezeit nichts daran ändere, dass Letztere gestützt auf Art. 4 FZAKV verpflichtet sei, eine Nachhaftung nach den Modalitäten des Krankentaggeldvertrags der D._____ zu gewähren. Der Kläger hätte folglich gegen die C._____ Klage einleiten können und müssen, welche aufgrund von Art. 4 FZAKV passivlegitimiert sei. Es wäre die Pflicht des anwaltlich vertretenen Klägers gewesen, gegen die korrekte Anspruchsgegnerin vorzugehen, was vorliegend aufgrund ihrer Leistungspflicht ausschliesslich die C._____ gewesen sei (Urk. 27 Rz. 27 ff.).

1.3. Des Klägers

1.3.1. Der Kläger führt in seiner Berufungsantwort aus, weshalb er die Beklagte und nicht die C._____ eingeklagt hat (Urk. 31 Rz. 15 ff.).

1.3.2. Er habe alles unternommen, um die C._____ zur direkten Zahlung der fraglichen Krankentaggelder zu bewegen. Diese habe jedoch die Leistung verweigert, da der Versicherungsschutz gemäss Art. 6.10 der AVB von der C._____ im Falle der Vertragsauflösung während der Probezeit ausgenommen gewesen sei. Ent-

scheidrelevant sei bei Klageeinleitung gewesen, dass nicht bekannt gewesen sei, ob und in welcher (versicherungs-)rechtlichen, medizinischen oder anderen Hinsicht seine ab dem 9. August 2022 ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit respektive welche der (mehreren) dieser Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegenden Leiden als Rückfall im Allgemeinen und im Besonderen im Sinne des FZAKV zu qualifizieren sein könnten. Erst nach Einreichung der Klage hätten ärztliche Hinweise Ende 2023 Anlass zur Vermutung gegeben, dass "mit hoher Wahrscheinlichkeit" von einem Rückfall auszugehen sei (Urk. 31 Rz. 16 f.).

1.3.3. Weiter hätte der Kläger allfällige Ansprüche aus dem FZAKV gegenüber der C._____ gerichtlich mangels direkter Anspruchsberechtigung gar nicht durchsetzen können. Eine direkte Anspruchsberechtigung bestehe nur dann, wenn das FZAKV als (echter) Vertrag zugunsten Dritter zu qualifizieren sei. Diese Frage sei in der Lehre grundsätzlich umstritten. Ob das FZAKV als (echter) Vertrag zugunsten Dritter zu qualifizieren sei, würde sich in erster Linie anhand des Willens der Parteien beurteilen. Es könne jedoch vom Kläger nicht verlangt werden, vor Einreichung seiner Klage zu eruieren, gestützt auf welche Tatsachen von welchem (einheitlichen oder uneinheitlichen) Parteiwillen auszugehen sei (sofern faktisch überhaupt möglich) und wie das FZAKV diesbezüglich rechtlich einzuordnen gewesen wäre. Er habe bei Klageeinleitung jedoch gewusst, dass der Schweizerische Versicherungsverband, unter dessen Ägide das FZAKV ausgearbeitet worden sei, davon ausgehe, dass es sich um keinen (echten) Vertrag zugunsten Dritter handle und das Bundesgericht diese in der Lehre umstrittene Frage im Jahr 2016 ausdrücklich offen gelassen habe (Urk. 31 Rz. 19 f. mit Verweis auf BGE 142 III 767 E. 7.1).

1.3.4. Ein direktes Forderungsrecht des Klägers in Bezug auf allfällige Ansprüche gemäss Art. 4 FZAKV wäre dann möglich, wenn die Bestimmungen des FZAKV Eingang in die vertragliche Beziehung zwischen der Beklagten und der C._____ gefunden hätte, sei es in die AVB oder in die Police. Dergleichen werde von der Beklagten nicht behauptet (Urk. 31 Rz. 22). Auch im von der Beklagten eingereichten Parteigutachten fehlten Ausführungen zur Durchsetzbarkeit allfälliger Ansprüche nach FZAKV (Urk. 31 Rz. 23).

1.3.5. Selbst wenn ein direktes Forderungsrecht bestehen würde, wäre die Beklagte ihm gegenüber vorleistungspflichtig. In tatsächlicher Hinsicht ergebe sich eine solche Pflicht einerseits aus dem von ihr an den Tag gelegten vorprozessualen Verhalten, welches die Vorinstanz treffend als "widersprüchlich und äusserst inkongruent" bezeichnet habe, und andererseits daraus, dass die Beklagte den gesamten Schlamassel überhaupt erst verantwortet habe, indem sie ihn nicht LMV-konform versichert habe. Rechtlich stelle eine solche Vorleistungspflicht Ausfluss der Fürsorgepflicht sowie vorliegend des Rechtsmissbrauchsverbots dar (Urk. 31 Rz. 25).

1.3.6. Es möge zwar stimmen, dass die Leistungen des Arbeitgebers aus Art. 324a OR im Krankheitsfall des Arbeitnehmers abgegolten wären, wenn der im LMV vorgeschriebene Versicherungsschutz im Verhältnis zu Art. 324a OR als Ersatzlösung gelte, diese Ersatzlösung sauber umgesetzt worden wäre und die Versicherung ihre Leistungen aus Gründen verweigern würde, welche in der Risikosphäre des Arbeitnehmers liegen würden. Die Pflicht des Arbeitgebers könne aber naturgemäss nicht entfallen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wie vorliegend nur lückenhaft versichert und ihn über die Versicherungsbedingungen gar nie informiert habe (Urk. 31 Rz. 29). Da jedoch kein Lohn sondern Schadenersatz eingeklagt werde, sei die Bestimmung von Art. 64 Ziff. 11 lit. a LMV ohnehin nicht relevant. Die Leistungsverweigerung der C._____ sei einzig von der Beklagten zu vertreten, welche den Kläger nicht LMV-konform versichert habe (Urk. 31 Rz. 30). Die Schadenersatzpflicht ergebe sich dabei einerseits aus den allgemeinen rechtlichen Haftungsgrundsätzen, andererseits auch aus Art. 64 Ziff. 11 lit. d LMV (Urk. 31 Rz. 30).

2. Rechtliches und Beurteilung

2.1. Im Falle von Krankheit hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gemäss Art. 324a OR für eine bestimmte Zeit den Lohn weiter zu bezahlen. Der Schutz vor den wirtschaftlichen Auswirkungen der Arbeitsverhinderung darf in Anwendung von Art. 324a Abs. 4 OR durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag abweichend von Art. 324a OR geregelt werden, wenn die vereinbarte Lösung für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist. Wird vom Arbeitgeber

eine Taggeldversicherung abgeschlossen, so steht dem Arbeitnehmer ein direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer zu (BGer 4A_42/2018 vom 5. Dezember 2018 E. 5). Aufgrund des direkten Forderungsrechts ist nur der Arbeitnehmer anspruchsberechtigt auf die Versicherungsleistungen (BGE 141 III 112 E. 4.3 = Pra 2015 Nr. 96; CHK OR-Emmel, Art. 324a N 7a).

2.2. Erfüllt der Arbeitgeber seine Verpflichtung zum Abschluss der Versicherung nicht oder nicht vollständig, z.B. durch unterlassenen Abschluss, Nichtanmeldung, Nichtzahlung der Prämien, Versicherungsvorbehalte usw., so hat er den Arbeitnehmer so zu halten, wie wenn die Versicherung vertragskonform zustande gekommen wäre (Art. 97 OR; BGE 141 III 112 E. 4.5 = Pra 2015 Nr. 96; CHK OR-Emmel, Art. 324a N 8; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., 2012, Art. 324a/b N 14; SHK Arbeitsvertrag-Zedtwitz/Keller, Art. 324a N 63; OFK OR-Pellascio, Art. 324a N 20). Eine entsprechende Schadensersatzpflicht sieht sodann auch Art. 64 Ziff. 11 lit. d LMV vor.

2.3. Soweit nicht vertraglich ausgeschlossen und dem Arbeitnehmer zumutbar, hat dieser gegen den Entscheid, mit dem die Versicherung ihre Leistungspflicht ablehnt, gerichtlich vorzugehen, bevor er den Arbeitgeber aufgrund dessen Schadensersatzpflicht in Anspruch nehmen kann (CHK OR-Emmel, Art. 324a N 8). Diese Schlussfolgerung, wonach eine gerichtliche Vorgehensweise gegen die Versicherung dem Arbeitnehmer zumutbar sein muss, muss auch im Anwendungsbereich von Art. 64 Ziff. 11 lit. a LMV gelten. Denn bereits aus Art. 324a Abs. 4 OR ergibt sich, dass eine Regelung in einem Gesamtarbeitsvertrag mindestens gleichwertig wie die gesetzliche Regelung sein muss. Soweit die Beklagte geltend macht, dass mit Art. 64 Ziff. 11 lit. a LMV etwas von Art. 324a Abs. 4 OR Abweichendes vereinbart worden sei (vgl. Urk. 27 Rz. 17), kann dies nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers gelten.

2.4. Vorliegend muss damit nicht die Frage beantwortet werden, ob "die Versicherung" die Leistung zu erbringen hat – was ohne Einbindung der Versicherung in das Verfahren ohnehin nicht abschliessend zu beantworten wäre –, sondern, ob und wie weit der Arbeitnehmer gegen die Versicherung vorgehen muss, um eine Leistung von ihr erhältlich zu machen, bevor er die Arbeitgeberin aufgrund ihrer

Schadenersatzpflicht in Anspruch nehmen kann. Ein gerichtliches Vorgehen gegen die Versicherung kann sodann nur verlangt werden, wenn dem Arbeitnehmer dies zumutbar ist. Bei der Prüfung, ob ein gerichtliches Vorgehen gegen die Versicherung zumutbar ist, gilt es insbesondere die Erfolgsaussichten eines gerichtlichen Prozesses sowie die persönlichen Umstände des Anspruchsberechtigten zu berücksichtigen.

2.5. Aus den folgenden Gründen war dem Kläger ein gerichtliches Vorgehen gegen die Versicherung C._____ nicht zumutbar:

2.5.1. Der Kläger hat sich anfänglich an die Versicherung C._____ gehalten. Diese lehnte es ab, Taggelder zu bezahlen, weil während der Probezeit kein ausreichender Versicherungsschutz bestanden habe (Urk. 5/25; Urk. 5/27-28). Da nicht strittig ist, dass bei der von der Beklagten abgeschlossenen Taggeldversicherung gemäss Art. 6.10 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der C._____ die Nachdeckung bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit nicht zur Anwendung kommt (Urk. 5/26; Urk. 27 Rz. 31), wäre ein gerichtliches Vorgehen gegen die C._____ und gegen die im Ablehnungsschreiben vom 29. November 2022 (Urk. 5/25) sowie vom 13. Dezember 2022 (Urk. 5/27) genannten Ablehnungsgründe aussichtslos gewesen.

2.5.2. Die Beklagte macht geltend, dass aufgrund von Art. 4 FZAKV eine Leistungspflicht der Versicherung C._____ bestehe, der anwaltlich vertretene Kläger dies hätte erkennen und somit die C._____ hätte einklagen müssen (Urk. 27 Rz. 30). Die Anspruchsgrundlage gestützt auf das FZAKV ist derart unklar, dass selbst die Beklagte darüber ein Rechtsgutachten eingeholt hat (vgl. Urk. 14/4). Bereits dieser Umstand muss bei der anfänglichen Beurteilung der möglichen Erfolgsaussichten einer klageweisen Geltendmachung der Leistung mitberücksichtigt werden. Im Anwendungsbereich des FZAKV ist in rechtlicher Hinsicht jedoch insbesondere die im Rechtsgutachten der Beklagten nicht behandelte Frage unklar, ob dem Arbeitnehmer überhaupt ein direktes Forderungsrecht gegen die Versicherung gestützt auf das FZAKV zusteht. Unter Hinweis darauf, dass diese Frage bis heute höchstrichterlich ungeklärt ist (vgl. BGE 142 III 767 E. 7.1), der schweizerische Versicherungsverband (SVV) davon ausgeht, dass es sich beim FZAKV um keinen

(echten) Vertrag zugunsten Dritter handelt (BGE 142 III 767 E. 7.1; mit Verweis auf: Mattig, Freizügigkeit in der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, 2007, S. 106 f.; Häberli/Husmann, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, Rz. 660), sowie diese Frage in der Lehre umstritten ist (vgl. auch Eugster, Vergleich der Krankentaggeldversicherung [KTGV] nach KVG und nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, 2007, S. 72 f.), waren und sind die Gewinnaussichten bei einem gerichtlichen Vorgehen gegen die C._____ gestützt auf das FZAKV nicht grösser als die Verlustgefahr. Dass sich ein direktes Forderungsrecht des Klägers gestützt auf das FZAKV aus den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der C._____ ergeben hätte, wurde zudem nicht geltend gemacht. Aufgrund dieser rechtlichen Ausgangslage war es dem Kläger nicht zumutbar, einen kostspieligen Prozess gegen die Versicherung C._____ mit offenem Ausgang zu führen. Überdies konnte und kann der Kläger auch nicht – wie im Parteigutachten empfohlen (vgl. Urk. 14/4 Rz. 20) – die Paritätische Kommission FZAKV des SVV anrufen, da ihm selbst als versicherte Person dieses Recht gemäss Art. 7 Abs. 5 FZAKV nicht zusteht (vgl. dazu auch Eugster, a.a.O., S. 72 und Fn 78).

2.5.3. In persönlicher Hinsicht gilt es zu erwägen, dass die Beklagte erst im gerichtlichen Verfahren vor der Vorinstanz ihre Passivlegitimation bestritten hat. Aufgrund der offensichtlich nicht LMV-konformen Absicherung des Klägers durch die Beklagte sowie der nicht bestrittenen schwachen wirtschaftlichen (Urk. 31 Rz. 13) und schwierigen gesundheitlichen Situation (Urk. 5/17; Urk. 17/46; Urk. 31 Rz.13) des Klägers, war es ihm auch in persönlicher Hinsicht unzumutbar, sich auf dem gerichtlichen Weg unter Übernahme des prozessrechtlichen Risikos zur Klärung der offenen Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem FZAKV an die Versicherung C._____ zu halten.

3. Fazit

Eine klageweise Geltendmachung der Taggelder gegen die Versicherung C._____ gestützt auf das FZAKV war dem Kläger aufgrund der rechtlichen und persönlichen Ausgangslage nicht zumutbar. Die Beklagte wird daher dem Kläger gegenüber, wie

von der Vorinstanz erkannt, in Anwendung von Art. 64 Ziff. 11 lit. d LMV schadenersatzpflichtig. Die Höhe des klägerischen Anspruchs, wie er von der Vorinstanz festgestellt wurde, steht ausser Frage. Die Berufung ist abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Im Entscheidverfahren werden bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis keine Gerichtskosten erhoben, wenn der Streitwert Fr. 30'000.– nicht übersteigt (Art. 114 lit. c ZPO). Die Kostenlosigkeit gilt auch für das kantonale Rechtsmittelverfahren (BGer 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016 E. 6.2 m.w.H.). Da keine bös- oder mutwillige Prozessführung auszumachen ist (vgl. Art. 115 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 4A_685/2011 vom 24. Mai 2012 E. 6.2) und der Streitwert Fr. 29'899.80 (Urk. 28 E. VII.2; Urk. 31 Rz. 3) beträgt, sind für das Berufungsverfahren keine Gerichtskosten geschuldet.

2. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 114 ZPO bezieht sich nur auf die Gerichtskosten. Die Zusprechung von Parteientschädigungen erfolgt nach den allgemeinen Regeln (Art. 105 ff. ZPO; BK ZPO I-Sterchi, Art. 113-114 N 5; DIKE Komm-ZPO-Grütter, Art. 114 N 2). Ausgangsgemäss wird die Beklagte für beide Verfahren gegenüber dem im vorinstanzlichen Verfahren und im Berufungsverfahren vollumfänglich obsiegenden Kläger entschädigungspflichtig. Die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'373.15 (inkl. Mehrwertsteuer) wurde nicht kritisiert (vgl. Urk. 31 und Urk. 27) und ist zu bestätigen. Ausgehend vom Streitwert rechtfertigt es sich für das Berufungsverfahren, die Beklagte zur Leistung einer Parteientschädigung an den Kläger in der Höhe von Fr. 3'595.– (inkl. 8.1 % Mehrwertsteuer; Art. 25 Abs. 1 MWSTG) zu verpflichten (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 4. Juli 2024 wird bestätigt.
2. Das zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'595.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 29'899.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 2. Mai 2025

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw D. Valsangiacomo

versandt am:
ms