

11 05 139

I. Kammer

als Appellationsinstanz

Mitwirkend Oberrichter Boesch (Präsident), Oberrichterin Wüest-Schwegler und Oberrichterin Peyer-Egli, Gerichtsschreiber Felder

**Urteil vom 11. September 2007**

betreffend

Forderung aus Arbeitsvertrag,

worüber

das Amtsgericht Sursee, II. Abteilung, am 26. August 2005 erstinstanzlich geurteilt hat (21 04 16).

***(Das Urteil ist rechtskräftig.)***

## Sachverhalt

### **A.**

Seit Dezember 2001 arbeitete der Kläger im Stundenlohn bei der Beklagten im Montagebau. Diese kündigte am 27. März 2002 das Arbeitsverhältnis auf den 30. April 2002. Am 29. April 2002 verliess der Kläger krankheitshalber die Arbeitsstelle. Als Folge der verlängerten Kündigungsfrist verpflichtete das Arbeitsgericht am 24. Mai 2004 die Beklagte zur Bezahlung von Fr. 1'319.-- brutto bzw. Fr. 1'197.70 netto als Mailohn 2002; das Obergericht sprach am 19. August 2004 in Gutheissung einer Nichtigkeitsbeschwerde dem Kläger Fr. 1'906.60 brutto resp. Fr. 1'735.10 netto zu.

### **B.**

Am 9. Juni 2004 reichte der Kläger dem Arbeitsgericht eine "Klageänderung" ein. Er verlangte von der Beklagten Fr. 530.50 brutto für Ferienlohn von Dezember 2001 bis Mai 2002 und Fr. 85'430.40 für Schadenersatz, weil die Beklagte ihn nicht auf sein Übertrittsrecht von der Kollektiv- in die Einzelkrankentaggeldversicherung hingewiesen habe. Am 22. Juni 2004 überwies das Arbeitsgericht mit Zustimmung des Klägers die Klage dem Amtsgericht Sursee (AG amtl.Bel. 2).

Die Beklagte beantragte in ihrer Klageantwort vom 15. Oktober 2004 Nichteintreten auf Ziff. 1 und 2 der Klage resp. Abweisung der Ziff. 3 - 5.

Am 2. September 2004 erteilte der Instruktionsrichter dem Kläger die teilweise unentgeltliche Rechtspflege in dem Sinne, als er von der Pflicht zur Leistung von Gerichts- und Beweiskostenvorschüssen befreit werde und der Staat seinem Rechtsvertreter Kostengutstand leiste (AGP 02 04 374).

### **C.**

Mit Urteil vom 26. August 2005 trat das Amtsgericht Sursee auf den Ferienlohnanspruch für den Monat Mai 2002 nicht ein, da das Obergericht mit Urteil vom 19. August 2004 darüber rechtskräftig geurteilt habe. Den Ferienlohnanspruch für die Monate Dezember 2001 bis April 2002 wies es mangels Substanziierung ab. Bezüglich des geltend gemachten Schadenersatzes hielt die Vorinstanz fest, die Beklagte habe zwar gemäss dem Kollektivkrankentaggeldversicherungsvertrag eine Informationspflicht gehabt, der sie nicht nachgekommen sei.

Dennoch habe diese Unterlassung keinen Einfluss auf den Prozessausgang. Mit Erlaubnis seines Vorgesetzten habe der Kläger am 29. April 2002 die Baustelle verlassen, da er sich unwohl gefühlt habe. Diese Kundgabe beinhalte aber keine genügende Krankheitsmeldung für mehrere Tage oder gar Wochen. Der Kläger könne nicht nachweisen, dass er sich bei der Beklagten rechtsgenügend krank gemeldet habe. Wenn der Kläger das während des Arbeitsverhältnisses aufgetretene Versicherungsereignis (Krankheit) innert nützlicher Frist der Beklagten gemeldet hätte, wäre ihm unter der bestandenen Kollektivversicherung Versicherungsschutz zugestanden. Die unterbliebene Meldung des seit Ende Mai 2002 anwaltlich vertretenen Klägers an die Beklagte sei als grobes Selbstverschulden im Sinne von Art. 44 Abs. 1 OR zu werten, welches die Beklagte subsidiär von jeglicher Haftpflicht befreie, weshalb kein Schadenersatz zu bezahlen sei. Im Übrigen sei die Schadenersatzklage auch mangels Nachweis der einzelnen Elemente der Schadensberechnung, insbesondere der behaupteten Arbeitsunfähigkeit, abzuweisen.

#### **D.**

Gegen dieses Urteil appellierte der Kläger am 19. September 2005 und beantragte, die Beklagte habe ihm Fr. 85'430.40 Schadenersatz zu leisten (OG amtl.Bel. 1 S. 2 und OG amtl. Bel. 8 S. 2).

Die Beklagte beantragte in ihrer Appellationsantwort vom 16. Januar 2006 die Abweisung der Appellation und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (OG amtl.Bel. 10 S. 2).

An der Instruktionsverhandlung vom 30. August 2006 beantragten die Parteien die Sistierung des Prozesses zwecks Vergleichsgesprächen (OG VP). Auf Mitteilung von Rechtsanwalt Dr. Beeli, dass kein Vergleich zustande gekommen sei, wurde am 2. Mai 2007 die Sistierung aufgehoben und das Verfahren fortgesetzt (OG amtl.Bel. 20).

#### **E.**

Die Parteien haben auf eine Hauptverhandlung verzichtet (§ 254 Abs. 1 ZPO, OG amtl.Bel. 22-24).

## **Erwägungen**

**1.**

Entgegen der Behauptung des Klägers (OG amtl.Bel. 8 S. 2 Ziff. 1) wurde ihm vor Amtsgericht nur die teilweise unentgeltliche Rechtspflege gewährt (AGP 02 04 374: Entscheid vom 02.09.2004).

**2.**

Die vom Kläger aufgelegten Urkunden (OG kläg.Bel. 1-4) werden zu den Akten genommen. Die von der Beklagten erst am 11. Juni 2007 eingereichte Urkunde und ihre entsprechenden neuen Vorbringen (OG amtl.Bel. 21, bekl.Bel. 1) sind verspätet (§ 252 Abs. 1 ZPO). Da die Beklagte nicht anführt, auf welchen Zulassungsgrund des § 207 ZPO sie sich stützt und weshalb sie das ihr bereits Mitte November 2006 zugegangene Schreiben verspätet auflegt bzw. die entsprechenden neuen Tatsachen verspätet vorträgt, sind diese neuen Vorbringen unbeachtlich (LGVE 2001 I Nr. 23). Die vorinstanzlichen Akten (inkl. Akten des Arbeitsgerichtes) werden der Rechtsmittelinstanz nach § 65 Abs. 2 ZPO übermittelt; der entsprechende Editionsantrag ist unnötig. Mit Dr.med. E. wurde eine Zeugenbefragung durchgeführt (OG ZP). Weitere Beweisabnahmen erübrigen sich, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt.

**3.**

Der Kläger stützt seinen Schadenersatzanspruch auf eine Verletzung des Arbeitsvertrags durch die Beklagte. Sie habe ihn nicht über die Möglichkeit des Übertritts von der Kollektiv- in die Einzelkrankentaggeldversicherung aufgeklärt. Er habe deshalb während seiner Arbeitsunfähigkeit keine Taggeldleistungen erhalten (OG amtl.Bel. 8 S. 5 ff. Ziff. 7 ff., S. 9).

**4.**

Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger krank und damit arbeitsunfähig gewesen sei (OG amtl.Bel. 10 S. 6 Ziff. 4.8, S. 7 f. Ziff. 4.12, S. 10 Ziff. 5.6, S. 11 f. Ziff. 6.2 ff., S. 15 Ziff. 11.1, S. 16 Ziff. 12.3). Mit dem Arztzeugnis und der es bestätigenden Zeugenaussage von Dr. med. E. (OG kläg.Bel. 3, ZP S. 2) ist indessen erwiesen, dass der Kläger vom 29. April bis 31. Dezember 2002 und vom 1. April bis 10. Juli 2003 wegen Krankheit sowie vom 21. Oktober bis 4. November 2003 unfallbedingt zu 100 % arbeitsunfähig war. Dass er im Mai 2002 Arbeitslosentaggelder erhielt (OG amtl.Bel. 10 S. 6 Ziff. 4.8), ändert an der klaren ärztlichen Feststellung nichts.

**5.**

Da die Beklagte die Schadenersatzpflicht bestreitet (OG amtl.Bel. 10 S. 17 Ziff. 12.5) hat der Kläger die Vertragsverletzung der Beklagten, den Schaden sowie den Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden zu beweisen; die Beklagte hat dagegen zu beweisen, dass sie kein Verschulden trägt (Art. 97 Abs. 1 OR).

**6.**

Der Arbeitsvertrag ist unbestritten zustande gekommen. Die Beklagte macht zwar geltend, der Kläger habe beim Antritt der Arbeitsstelle falsche Angaben gemacht (OG amtl.Bel. 10 S. 8 Ziff. 4.13, S. 13 Ziff. 7.2), beruft sich aber nicht auf Ungültigkeit des Vertrags.

Die Beklagte war aufgrund ihrer Fürsorgepflicht (Art. 328 Abs. 1 OR) verpflichtet, den Beklagten auf die Möglichkeit hinzuweisen, nach Ende des Arbeitsverhältnisses von der Kollektiv- in die Einzelkrankentaggeldversicherung überzutreten (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zürich 2006, 6. Aufl., N 7 zu Art. 328 OR). Sie ist dieser Verpflichtung unbestritten nicht nachgekommen. Auch wenn sich der Kläger passiv verhielt und jedem Kontakt entzog (OG amtl.Bel. 10 S. 4 Ziff. 3.6, S. 9 Ziff. 5.2 f.), entfiel diese Verpflichtung nicht. Die Beklagte hätte die notwendige Information dem Beklagten schriftlich übermitteln können. Die Beklagte hat somit den Arbeitsvertrag verletzt.

**7.**

Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist der Schaden definiert als Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand nach dem schadensstiftenden Ereignis und dem hypothetischen Stand, wie er sich ohne das schädigende Ereignis präsentieren würde (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, AT Bd. II, Zürich 2003, 8. Aufl., N 2655; BGE 133 III 153 E. 3.5; BGE 129 III 331 E. 2.1).

Schädigendes Ereignis ist hier die Nichtinformation der Beklagten, welche gemäss obigen Ausführungen eine Vertragsverletzung darstellt. Hätte die Beklagte den Kläger informiert, hätte dieser nach der unbestritten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz sein Übertrittsrecht in die Einzelversicherung ausgeübt (AG Urteil S. 11 Ziff. 4.7). Der Versicherungsschutz – und somit mögliche Versicherungsleistungen – wäre aber in dieser nachfolgenden Einzelversicherung genau der gleiche gewesen wie bei der bisherigen Kollektivversicherung (AG bekl.Bel. 4 C 7 Ziff. 3).

## **8.**

Der Kläger verlangt für verschiedene Phasen Schadenersatz.

### **8.1.**

Für die erste Phase vom 1. Juni bis 31. Dezember 2002 ist kein Schaden entstanden. Gemäss Art. B 3 Abs. 5 AVB (AG bekl.Bel. 4) bezahlt nämlich die Kollektivversicherung nach Erlöschen des Versicherungsschutzes Taggeld für Krankheiten, die während der Vertragsdauer eingetreten sind, noch bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer. Da der Kläger noch während der Vertragsdauer erkrankt ist, hatte er nach wie vor Ansprüche aus der Kollektivversicherung. Demnach hat die fehlende Information keine Vermögensverminderung ausgelöst. Eine Taggeldzahlung blieb nur deshalb aus, weil keine Anmeldung an die Kollektivversicherung erfolgte. Unerheblich ist, wer diese unterlassene Anmeldung zu vertreten hat. Wäre es der Kläger, entfielen ein Vorwurf an die Beklagte. Wäre es die Beklagte, spielte die Unterlassung in diesem Prozess keine Rolle, weil der Kläger seinen Schadenersatzanspruch allein mit der fehlenden Aufklärung durch die Beklagte begründet (E. 3), nicht aber mit einer pflichtwidrigen Unterlassung der Anmeldung durch die Beklagte.

### **8.2.**

Für die Phase zwischen dem 1. April bis 10. Juli 2003 ist dem Kläger ebenfalls kein Schaden durch die Vertragsverletzung entstanden. Denn unbestritten war der Kläger ab 1. Januar bis zum Krankheitsbeginn am 1. April 2003 arbeitslos (AG ed.Bel. 2.1-2.3). Für Arbeitslose sieht Art. 100 Abs. 2 VVG die sinngemässe Anwendung von Art. 71 Abs. 1 und 2 KVG vor. Danach hat der Versicherer dafür zu sorgen, dass die versicherte Person schriftlich über ihr Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung aufgeklärt wird. Unterlässt er dies, so bleibt die versicherte Person in der Kollektivversicherung (Art. 71 Abs. 2 KVG). Dies ist auch dann der Fall, wenn die Krankenkasse bzw. Versicherung die Informationspflicht dem Arbeitgeber überbindet (EVG k 67/01 vom 15.10.2002 II. Kammer). Da die Leistungen der Einzelversicherung nach Art. C 7 Ziff. 3 der AVB die gleichen gewesen wären wie in der Kollektivversicherung resp. der Kläger keine darüber hinausgehenden Ansprüche als Schaden geltend macht, verursachte die fehlende Information auch für diese Phase keinen Schaden. Bezüglich Nichtanmeldung der Krankheit an die Kollektivversicherung kann auf E. 8.1 verwiesen werden.

### 8.3.

Ebenfalls kein Schaden liegt bezüglich der Arbeitsunfähigkeit vom 21. Oktober bis 4. November 2003 vor. Für eine unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit hätte die Einzelkrankentaggeldversicherung keine Versicherungsdeckung geboten (AG bekl.Bel. 4 A 6 Ziff. 1).

### 8.4.

Mangels Nachweises eines Schadens ist die Klage abzuweisen. Deshalb erübrigt sich die Prüfung der weiteren Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches.

### 9.

Bei diesem Prozessausgang trägt der Kläger als unterliegende Partei im Rahmen der ihm gewährten teilweisen unentgeltlichen Rechtspflege sämtliche Prozesskosten (§ 119 Abs. 1 ZPO).

Die Gerichtskosten betragen vor Amtsgericht Fr. 3'700.-- und im Appellationsverfahren Fr. 2'500.-- (inkl. Zeugenlohn von Fr. 200.--, § 7 lit. a und § 9 lit. a KoV).

Die erstinstanzliche Festsetzung der Anwaltskosten (Kläger Fr. 10'598.60, wovon der Staat Fr. 9'016.90 bevorschusst; Beklagte Fr. 10'703.50) ist nicht angefochten und daher zu bestätigen.

Für das Appellationsverfahren wird die Kostennote von Rechtsanwalt lic.iur. Peter Schilliger auf Fr. 5'080.-- (inkl. Fr. 80.-- Auslagen) festgesetzt (§ 55 Abs. 1 i.V.m. § 57 KoV); dazu ist zu bemerken, dass der Umfang und die Schwierigkeit der Sache keine vollständige Ausschöpfung des Honorarrahmens rechtfertigen und dass die Auslagen mangels Spezifizierung ermessensweise reduziert werden. Die kantonale Gerichtskasse hat an diese Kosten Fr. 4'659.10 (Fr. 4'250.-- Honorar [85 %], Fr. 80.-- Auslagen und Fr. 329.10 MWST) zu bezahlen. Der Kläger ist verpflichtet, diesen Betrag zurückzuerstatten.

Die Kostennote von Rechtsanwalt Dr. Hans Beeli für das Appellationsverfahren wird angesichts der detailliert geltend gemachten Aufwändungen antragsgemäss auf Fr. 6'449.10 (Fr. 5'900.-- Honorar, Fr. 93.60 Auslagen und Fr. 455.50 MWST) festgesetzt.

**10.**

Der Streitwert beträgt Fr. 85'430.40 (Art. 51 BGG).

## Urteilsspruch

**1.**

Die Klage wird abgewiesen.

**2.**

Der Kläger trägt im Rahmen der ihm erteilten teilweisen unentgeltlichen Rechtspflege alle Prozesskosten.

Die kantonale Gerichtskasse hat Rechtsanwalt lic.iur. Peter Schilliger Fr. 13'676.-- Kostengutstand zu bezahlen.

Der Kläger hat zu bezahlen:

a) der kantonalen Gerichtskasse:

- die Gerichtskosten von Fr. 6'200.-- (Amtsgericht Fr. 3'700.--, Obergericht Fr. 2'500.--)
  - die vorgeschossenen Anwaltskosten von Fr. 13'676.--
- total somit Fr. 19'876.--;

b) der Beklagten:

- Fr. 10'703.50 erstinstanzliche Anwaltskosten
  - Fr. 6'449.10 zweitinstanzliche Anwaltskosten
- total somit Fr. 17'152.60.

**3.**

Gegen Urteile und Entscheide letzter kantonalen Instanzen ist die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. und Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten muss der Streitwert mindestens 15 000 Franken in arbeits- und mietrechtlichen Fällen und mindestens 30 000 Franken in allen übrigen Fällen betragen. Wird dieser Streitwert nicht erreicht, ist die Beschwerde zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt.

Die Beschwerde ist nach den Vorschriften von Art. 42 und 99 BGG innert 30 Tagen beim Bundesgericht einzureichen. Gerügt werden können die Beschwerdegründe von Art. 95 ff. BGG.

**4.**

Dieses Urteil ist den Parteien und dem Amtsgericht Sursee, II. Abteilung, zuzustellen.

Luzern, 11. September 2007

Für die I. Kammer des Obergerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: