

I. Zivilabteilung

Z1 2016 12

Oberrichter lic.iur. P. Huber, Abteilungspräsident  
Oberrichter lic.iur. A. Iten  
Oberrichter Dr.iur. F. Horber  
Gerichtsschreiberin lic.iur. B. Käppeli Huwiler

**Urteil vom 20. Dezember 2016**

in Sachen

**A.B.**,  
vertreten durch Rechtsanwältin C.  
**Kläger und Berufungskläger,**

gegen

**XY AG,**  
vertreten durch Rechtsanwalt Z.  
**Beklagte und Berufungsbeklagte,**

betreffend

Forderung  
(Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 2. März 2016)

## Rechtsbegehren

### Kläger und Berufungskläger

- "1. Es sei der Entscheid EV 2015 44 des Kantonsgerichts Zug vom 2. März 2016 vollumfänglich aufzuheben und die Klage sei gutzuheissen.

[...]

Unter Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten."

### Beklagte und Berufungsbeklagte

- "1. Die Berufung vom 18. April 2016 sei in allen Punkten abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsklägers."

### Sachverhalt

- 1.1 Die XY AG (nachfolgend: Beklagte) bezweckt gemäss Eintrag im Handelsregister in erster Linie das Ausleihen und Vermitteln von Personal (act. 1/2 und 32).
- 1.2 Am 4. August 2014 schloss die Beklagte mit A.B. (nachfolgend: Kläger) einen Einsatzvertrag für einen befristeten Einsatz des Klägers als "Gipser / C. Bauarbeiter ohne Fachkenntnisse" bei der D. AG ab [...]. Im Einsatzvertrag wurde weiter festgehalten, dass dieser Vertrag zusammen mit dem Rahmenarbeitsvertrag (act. 1/4) den Arbeitsvertrag des Klägers bilde und das Einsatzverhältnis dem "allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag Bauhaupt ave" unterstehe.
- 1.3 Wenige Stunden nach Arbeitsbeginn erlitt der Kläger einen Herzinfarkt. Seither ist er zu 100 % arbeitsunfähig. Die E. AG als Krankentaggeldversicherer der Beklagten hat dem Kläger nach Ablauf der 30-tägigen Aufschubsfrist Krankentaggelder in Höhe von 80 % des versicherten Verdienstes, d.h. netto CHF 139.82 pro Tag, bezahlt (act. 1/7; act. 13/10).
- 2.1 Mit Eingabe vom 1. April 2015 reichte der Kläger beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug gegen die Beklagte eine Klage ein und verlangte – unter Vorbehalt der Nachklage – im Wesentlichen die Zahlung der Differenz zwischen den von der E. AG geleisteten Taggeldern (80% des versicherten Lohnes) und dem gemäss Landesmantelvertrag des Bauhauptgewerbes geschuldeten Betrag (90% des versicherten Lohnes).
- 2.2 In der Klageantwort vom 22. Mai 2015 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei (act. 5).
- 2.3 Anstelle einer Hauptverhandlung reichten die Parteien in der Folge abschliessende Schriftsätze ein, in denen sie im Wesentlichen ihre Standpunkte bekräftigten (act. 9, 10, 13, 16, 18 und 21). In seinem zweiten Schriftsatz vom 18. November 2015 machte der Kläger den Differenzbetrag von CHF 9'146.65 für die Monate August 2014 bis Oktober 2015 geltend (Ziff. 1 des Rechtsbegehrens). Weiter beantragte er, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm ab

dem 1. November 2015 bis zum Ende der Arbeitsunfähigkeit, längstens bis zum Ablauf der vertraglich vereinbarten Leistungsdauer von 720 Tagen, die Differenz zwischen der monatlichen Krankentaggeldzahlung durch die Krankentaggeldversicherung von 80 % des versicherten Verdienstes des Klägers und 90 % des versicherten Verdienstes des Klägers jeweils monatlich auszuzahlen (Ziff. 2 des Rechtsbegehrens; act. 18).

3. Am 2. März 2016 fällte der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug folgenden Entscheid (act. 23; Verfahren EV 2015 44):

- "1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Es werden keine gerichtlichen Kosten erhoben.
3. Der Kläger hat der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 3'050.00 (MWST inbegriffen) zu bezahlen.

[...]"

4. Gegen diesen Entscheid reichte der Kläger am 18. April 2016 beim Obergericht Zug innert Frist Berufung mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren ein (act. 25). In der Berufungsantwort vom 20. Mai 2016 stellte die Beklagte ihrerseits das eingangs erwähnte Rechtsbegehren (act. 33).

[...]

## **Erwägungen**

1. [...]
2. Die Vorinstanz hat das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger als Arbeitnehmer und der Beklagten als Arbeitgeberin (Personalverleiherin) zutreffend als Arbeitsverhältnis qualifiziert (Art. 319 ff. OR und Art. 19 f. AVG). Somit gilt in prozessualer Hinsicht aufgrund des Streitwerts von unter CHF 30'000.00 die Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 247 Abs. 2 ZPO). Im Weiteren steht fest, dass für das vorliegende Arbeitsverhältnis der allgemein verbindlich erklärte Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih (GAVP 2012-2015 bzw. 2016-2018) anwendbar ist und der Einsatzbetrieb des Klägers, die D. AG, dem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag für das Bauhauptgewerbe (LMV 2012-2015 bzw. 2016-2018) untersteht. Ebenfalls unbestritten ist, dass der Kläger krankentaggeldberechtigt ist und von der E. AG Krankentaggelder in Höhe von 80 % des versicherten Verdienstes gemäss GAVP bezogen hat. Hingegen ist zwischen den Parteien in erster Linie streitig, ob mit Bezug auf die Lohnfortzahlung wegen der Krankheit des Klägers die Bestimmungen des GAVP oder des LMV anwendbar sind.
3. Die Beklagte untersteht als Personalverleiherin dem Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG, SR 823.11). Gemäss Art. 20 Abs. 1 AVG muss der Verleiher gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages einhalten, sofern ein Einsatzbetrieb einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag untersteht. Zu den Lohnbestimmungen zählt auch die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung infolge Krankheit nach Art. 324a OR

(Art. 48a lit. f der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih [AVV, SR 823.111]).

3.1 Artikel 3 GAVP regelt das Verhältnis zu den in den Einsatzbetrieben geltenden Branchengesamtarbeitsverträgen wie folgt:

"Der GAV Personalverleih gilt auch dort, wo für einen Einsatzbetrieb ein anderer Gesamtarbeitsvertrag gilt. Der GAV Personalverleih übernimmt dabei unter Ausschluss einer Anwendung der Bestimmungen des GAV Personalverleih die rechtskräftigen, gesamtarbeitsvertraglich geregelten Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen gemäss Art. 20 AVG (SR 823.11) und Art. 48a AVV (SR 823.111) von im Einsatzbetrieb geltenden GAV, die

- allgemeinverbindlich erklärt sind oder
- die als nicht allgemeinverbindlich erklärte Regelungen sozialpartnerschaftliche Verträge gemäss Anhang 1 darstellen
- sowie allfällige Bestimmungen über den flexiblen Altersrücktritt gemäss Art. 20 AVG [Abs. 1].

Nicht übernommen werden die Bestimmungen bezüglich Krankentaggeldversicherung, berufliche Vorsorge und Beiträgen für Vollzug und Weiterbildung, sofern die im vorliegenden GAV Personalverleih vorgesehenen Lösungen mindestens gleichwertig mit den Bestimmungen der für die Branchen gültigen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge GAV sind [Abs. 2].

[...]"

Artikel 3 Abs. 1 GAVP normiert ein Vorrangprinzip zugunsten der in den Einsatzbetrieben geltenden (allgemeinverbindlich erklärten) Gesamtarbeitsverträgen. Art. 3 Abs. 2 GAVP schränkt diesen Vorrang insoweit ein, als u.a. die Bestimmungen bezüglich Krankentaggeldversicherung nicht übernommen werden, sofern die im GAVP vorgesehenen Lösungen mindestens gleichwertig mit den Bestimmungen der für die Branchen gültigen, allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge sind. Für den vorliegenden Fall heisst dies, dass die Bestimmungen des LMV betreffend Krankentaggeldversicherung nur vorgehen, wenn sie günstiger als diejenigen des GAVP sind (vgl. Portmann/von Kaenel, Gutachten Paritätische Kommission Personalverleih SPKA vom 9. Oktober 2012 S. 2 f. [= act. 1/8]).

- 3.2 Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, sind die in Art. 3 Abs. 2 GAVP genannten Regelungsbereiche Krankentaggeldversicherung, berufliche Vorsorge und Beiträge je separat (d.h. durch Einzelvergleich) mit den entsprechenden Lösungen in den anderen Gesamtarbeitsverträgen zu vergleichen (vgl. act. 23 E. 3.3 ff.; s. dazu auch Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, 6. A. 2015, Art. 357 OR N 41 m.w.H.). Diese Feststellung ist im Berufungsverfahren nicht mehr streitig. Vorliegend ist somit zu prüfen, ob das Regelungspaket "Lohnfortzahlung bei Krankheit" gemäss Art. 28 f. GAVP im Vergleich zu der in Art. 64 LMV (sowie Anhang 10 LMV) vorgesehenen Lösung zumindest als gleichwertig zu betrachten ist.
- 3.3 Die Frage der Gleichwertigkeit vertraglicher Regelungskomplexe tritt im Arbeitsrecht überwiegend in der Form des "Günstigkeitsprinzips" auf, indem das Gesetz an verschiedenen Stellen festlegt, dass von einer zwingenden Regelung durch eine hierarchisch untergeordnete Norm abgewichen werden darf, wenn sich diese Abweichung zugunsten der Arbeitnehmer

auswirkt (vgl. von Kaenel, Gleichwertigkeitsvergleich zwischen zwei Gesamtarbeitsverträgen, in: Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, 2014, S. 697 ff., 698).

- 3.3.1 Im Bereich der Krankentaggeldversicherung wird der Begriff der Gleichwertigkeit massgeblich durch Art. 324a Abs. 4 OR bestimmt. Gemäss dieser Bestimmung kann durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag eine von der gesetzlichen Lohnzahlungspflicht abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist. Während im Rahmen von Art. 324a Abs. 4 OR vertragliche Vereinbarungen an der gesetzlichen Lösung gemessen werden, sind vorliegend Bestimmungen von verschiedenen Gesamtarbeitsverträgen miteinander zu vergleichen; wertungsmässig bleibt der Begriff der Gleichwertigkeit aber derselbe. Es kann deshalb auf die zu Art. 324a Abs. 4 OR entwickelten Grundsätze abgestellt werden (vgl. Portmann/von Kaenel, a.a.O., S. 13; von Kaenel, a.a.O., S. 699 f.).
- 3.3.2 Nach herrschender Lehre ist die Gleichwertigkeit nicht aus der Sicht des gesamten Betriebes, sondern aus derjenigen des einzelnen Arbeitnehmenden (unabhängig von seinem Dienstalter) zu beurteilen. Die Leistung im Einzelfall ist nicht relevant; vielmehr kommt es auf die Gesamtheit der Leistungen im Krankheitsfall an (sog. abstrakte Methode). Dabei ist nach einem objektiven Massstab zu prüfen, was ein vernünftiger Arbeitnehmer unter Berücksichtigung seines Berufsstandes und der Verkehrsanschauung als günstiger betrachten würde (vgl. Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 324a OR N 51 und Art. 357 OR N 41; Portmann/von Kaenel, a.a.O., S. 13 m.w.H.; von Kaenel, a.a.O., S. 701; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A. 2012 Art. 324a/b OR N 24 S. 452 f.; Rehbindler/Stöckli, Berner Kommentar, 2010, Art. 324a OR N 37; Vischer/Albrecht, Zürcher Kommentar, 4. A. 2006, Art. 357 OR N 23).

Dass der Vergleich nicht im konkreten Einzelfall vorgenommen werden kann, ergibt sich im Übrigen schon daraus, dass er bei Abschluss der Vereinbarung, d.h. in der Regel des Arbeitsvertrages, möglich sein und daher auf Schätzungen über künftige Ereignisse abgestellt werden muss. Es ist jeweils von "durchschnittlichen" Verhältnissen auszugehen, weshalb auch statistische Auswertungen zu berücksichtigen sind (vgl. Häberli/Husmann, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, Rz 424). Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass eine Regelung, die sich für den Arbeitnehmer im Allgemeinen bzw. in ihrer Gesamtheit als günstiger erweist, auch dann gültig ist, wenn sie sich einmal im konkreten Fall nachteilig auf den Arbeitnehmer auswirken könnte (vgl. Vischer/Albrecht, a.a.O., Art. 357 OR N 23 m.H.; Egli, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP 2000 S. 197).

- 3.3.3 Da es – wie eben erwähnt – bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit auf die Gesamtheit der Leistungen im Krankheitsfall ankommt, sind vorliegend die unter der Krankentaggeldversicherung des GAVP zu erwartenden Leistungen mit denjenigen im LMV vorgesehenen Leistungen zu vergleichen. Als massgebliche Kriterien sind dabei auf der Leistungsseite die Höhe des Taggeldes, die Dauer der Taggeldberechtigung, die Karenztage und der Umfang der Versicherungsdeckung (insbesondere Versicherungsvorbehalte und Leistungsausschlüsse für Teilarbeitsunfähigkeit) zu berücksichtigen. Auf der Finanzierungsseite fallen die Höhe der Prämien, die Prämienaufteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie Höhe und Verwendung der Überschussanteile in Betracht. Wie die einzelnen Kriterien zu gewichten und gegeneinander abzuwägen sind, kann nicht abstrakt, d.h. nach einer allgemein gültigen

Regel, beurteilt werden. Die vorzunehmende Wertung hat sich aber stets am Sozialschutzgedanken des Art. 3 Abs. 2 GAV Personalverleih zu orientieren, der für den entliehenen Arbeitnehmer einen Mindeststandard im Krankheitsfall gewährleisten will (vgl. Portmann/von Kaenel, a.a.O., S. 13 f.). Letztlich obliegt die Beurteilung der Gleichwertigkeit dem freien richterlichen Ermessen (Art. 4 ZGB; Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, 2010, Art. 324a OR N 37).

4. Nachfolgend sind die massgeblichen Unterschiede der in GAVP und LMV vorgesehenen Leistungen (vgl. dazu auch die Übersicht in act. 23 E. 3.7) in ihrer Gesamtheit gegeneinander abzuwägen.
  - 4.1 Hinsichtlich der Dauer der Taggeldberechtigung besteht kein Unterschied: Sowohl nach GAVP (Art. 28 Abs. 3) wie auch nach LMV (Art. 64 Abs. 3 lit. c) ist das Taggeld grundsätzlich während 720 Tagen innerhalb von 900 (aufeinander folgenden) Tagen zu entrichten.
  - 4.2 Unterschiedlich ausgestaltet ist hingegen die Höhe der Taggelder. Während gemäss Art. 29 Abs. 1 GAVP der Betrieb verpflichtet ist, die dem GAVP unterstellten Arbeitnehmer kollektiv für ein Taggeld von 80 % des wegen Krankheit ausfallenden, der normalen vertraglichen Arbeitszeit entsprechenden zuletzt bezahlten Lohnes zu versichern, sieht der praktisch gleichlautende Art. 64 LMV die kollektive Versicherung eines Taggeldes von 90 % des Lohnes vor (Abs. 1). Diese Leistungen können allerdings dann und insoweit gekürzt werden, als sie den wegen des Versicherungsfalles entgangenen Verdienst (Nettoeinkommen) übersteigen (Art. 64 Abs. 3 lit. b 3. Satz LMV). Gemäss zutreffender (und in der Berufung nicht mehr bestrittener) Auslegung durch die Vorinstanz handelt es sich dabei um ein generelles Überentschädigungsverbot, welches verhindern soll, dass die Nettoauszahlung im Krankheitsfall den Nettolohn eines arbeitsfähigen Arbeitnehmers übersteigt. Ein solcher Effekt kann sich einstellen, weil auf den Krankentaggeldern keine Sozialabzüge für AHV, IV, EO, NBU, ALV und KTG vorzunehmen sind und auch die Beiträge für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (Gesamtarbeitsvertrag FAR) sowie die Vollzugskostenbeiträge dahinfallen. Nach einer gewissen Zeit (abhängig vom anwendbaren Reglement; häufig nach sechs Monaten) werden die Arbeitnehmer dann auch von den Beiträgen für die berufliche Vorsorge befreit (vgl. dazu auch act. 5/2). Dies kann bei einem Taggeld von 90 % des Bruttolohnes dazu führen, dass die Leistungen im Krankheitsfall höher sind als das Nettoeinkommen, welches der voll arbeitsfähige Arbeitnehmer zuletzt erzielte. Auf der anderen Seite ist es bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit (bspw. während eines ganzen Kalenderjahres) geboten, wegen der Beitragsbefreiung drohende Lücken durch Bezahlung von AHV-Beiträgen als nicht erwerbstätige Person zu schliessen (vgl. act. 23 E. 3.8.1-3.8.8, 3.8.6; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b OR N 9 und 30; Häberli/Husmann, a.a.O., Rz 283 ff.).
    - 4.2.1 Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass der Anspruch auf ein Taggeld von 90 % des Einkommens gemäss LMV unter Berücksichtigung des Überentschädigungsverbots gar keinen Vorteil darstelle. Vergleiche man die Leistungen, zu deren Bezug der Kläger unter dem GAVP berechtigt sei, mit jenen unter dem LMV, sei der GAVP bezüglich der Höhe der Taggelder für den Kläger vorteilhafter, mindestens aber gleichwertig: Aktuell erhalte der Kläger gemäss GAVP pro Kalendertag ein Taggeld von CHF 139.82 bzw. CHF 128.10 (nach Abzug der Quellensteuer); gemäss LMV hätte der Kläger indes lediglich Anspruch auf ein Taggeld in Höhe von CHF 126.50 (act. 23 E. 3.9.1 ff.).

- 4.2.2 Der Kläger bringt demgegenüber vor, die Vorinstanz habe zum Vergleich der Leistungshöhe eine individuelle Berechnung des Nettolohns des Klägers vorgenommen, anstatt die in den beiden Gesamtarbeitsverträgen vorgesehenen Leistungen nach der abstrakten Methode miteinander zu vergleichen. Hinzu komme, dass die Berechnungen der Vorinstanz mit Fehlern behaftet seien und der Kläger nach den Bestimmungen des LMV konkret höhere Taggelder beanspruchen könnte.
- 4.2.3 Dem Kläger ist vorab insoweit zuzustimmen, als die Vorinstanz direkt die Höhe der individuellen Taggelder berechnet hat, ohne die Regelungen der beiden Gesamtarbeitsverträge hinsichtlich Taggeldhöhe zunächst abstrakt zu vergleichen (vgl. act. 23 E. 3.9.2). Ein solches Vorgehen ist nicht zulässig: Wie bereits dargelegt, ist nicht massgebend, welche Leistungen im konkreten Einzelfall gleichwertig oder besser sind; vielmehr kommt es auf die Gesamtheit der Leistungen im Krankheitsfall an, was abstrakt und nach einem objektiven Massstab zu prüfen ist. Erweisen sich bei einer solchen Prüfung die Regelungen gemäss GAVP im Allgemeinen als günstiger oder zumindest gleichwertig, gelten sie in jedem Fall, d.h. auch dann, wenn sie im Einzelfall einmal schlechter sind (vgl. vorne E. 3.3.2 f.). Methodisch kann der Vorinstanz mithin nicht gefolgt werden. Allenfalls könnte ihr im Ergebnis zugestimmt werden, wenn sich aufgrund der abstrakten Prüfung die Bestimmungen des LMV als günstiger erwiesen und feststünde, dass die von der Beklagten (aufgrund des GAVP) erbrachten Leistungen ausnahmsweise auch sämtliche Ansprüche des Klägers abdecken würden, die ihm gemäss dem im Allgemeinen als günstiger geltenden LMV zustünden. In diesem Fall wären die vom Kläger geltend gemachten Forderungen getilgt, weshalb die Klage aus diesem Grund abzuweisen wäre. Wie es sich damit verhält, kann allerdings offenbleiben, weil die Bestimmungen des LMV aus den nachfolgend darzulegenden Gründen nicht anwendbar sind.
- 4.2.4 Die Höhe der Taggelder, die gemäss den beiden Gesamtarbeitsverträgen zu versichern sind, beträgt 80 bzw. 90 % des zuletzt bezahlten Lohnes, was grundsätzlich eine Differenz von 10 % ergibt. Wie bereits dargelegt, können die Taggeldleistungen gemäss LMV (von 90 %) allerdings insoweit gekürzt werden, als sie den wegen des Versicherungsfalles entgangenen Verdienst (Nettoeinkommen) übersteigen (Art. 64 Abs. 1 und Abs. 3 lit. b 3. Satz LMV): Damit soll offenkundig eine Überentschädigung des Arbeitnehmers im Krankheitsfall vermieden werden (vgl. vorne E. 4.2). Dass Arbeitnehmer – wie die Vorinstanz meint – unter der Geltung des LMV darüber hinaus auch "keinesfalls schlechter gestellt werden sollen, wie wenn sie arbeiten" (act. 23 E. 3.8.9), lässt sich hingegen nicht sagen. Was die Vorinstanz zur Begründung dieses Standpunktes vorbringt, überzeugt jedenfalls nicht. So trifft es zwar offenkundig zu, dass erkrankte Arbeitnehmer mit einem (von 80 %) auf 90 % erhöhten Taggeldansatz bessergestellt werden (vgl. act. 18 S. 9); eine absolute Gleichstellung mit den (voll) arbeitsfähigen Arbeitnehmern lässt sich daraus aber nicht ableiten. Gegen eine solche Auslegung spricht nur schon, dass die gesetzlich zwingende Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Verhinderung des Arbeitnehmenden in jedem Fall zeitlich beschränkt ist und eine sozialpolitisch begründete Ausnahme vom Prinzip darstellt, dass das Ausbleiben einer Leistung den Partner berechtigt, seine Gegenleistung zu verweigern, wie dies in Art. 119 Abs. 3 OR vorbehalten wird. Da Ausnahmen grundsätzlich mit Zurückhaltung anzuwenden sind (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b OR N 5), geht die Auslegung der Vorinstanz zu weit. Zudem ist – entgegen der Vorinstanz – auch nicht erkennbar, weshalb beim "Nettoeinkommen" gemäss Art. 64 Abs. 3 lit. b 3. Satz LMV auch allfällige Einzahlungen an die

AHV und die berufliche Vorsorge zur Vermeidung von Beitragslücken berücksichtigt werden sollen, während bei der "herkömmlichen" Lösung gemäss Art. 324a (pauschal 80 % des Bruttolohnes) der Arbeitnehmer grundsätzlich selber für die entsprechenden Einzahlungen aufkommen und die Beitragslücken füllen soll (vgl. act. 23 E. 3.8.9). Für eine solche Unterscheidung besteht weder ein Anlass, noch entspricht sie Sinn und Zweck der Regelung in Art. 64 LMV (vgl. dazu auch das Berechnungsbeispiel bei Beyeler und andere, in: Gewerkschaft Unia [Hrsg.], Kommentar zum Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe 2012-2015, 2014, S. 160 f.). Zu berücksichtigen sind mithin nur die Sozialabzüge, die sich direkt auf das Nettoeinkommen auswirken (vgl. vorne E. 4.2).

Aufgrund der vorliegenden Zahlen (vgl. act. 1/5 und das Berechnungsbeispiel bei Beyeler und andere, a.a.O., S. 160) und allgemeiner Erfahrungswerte ist anzunehmen, dass bei einem dem LMV unterstehenden Arbeitnehmer die Sozialabzüge (inkl. BVG) in der Regel mindestens 15 % betragen. Mithin kann damit gerechnet werden, dass das Taggeld von 90 % in der Regel um 5 % auf 85 % zu kürzen ist, um eine Überentschädigung erkrankter Arbeitnehmender zu vermeiden. Dementsprechend rechtfertigt es sich, bei der Höhe der Taggelder von GAVP und LMV im Mittel eine effektive Differenz von 5 % anzunehmen. Beim Vergleich der Regelungen sind allerdings auch die Karenztage sowie der Umstand zu berücksichtigen, dass die Ausfälle wegen Krankheit meistens nur von kurzer Dauer sind (vgl. hinten E. 4.3). Dies ist insofern von Bedeutung, als unter dem LMV eine Überentschädigung erst dann bejaht wird, wenn auch der Karenztag, d.h. der erste Tag der Krankheit, für den kein Taggeld bezahlt wird, gedeckt ist. Daher wird insbesondere bei den zahlenmässig überwiegenden Absenzen mit kurzer Dauer nur selten eine Überentschädigung vorliegen (vgl. Beyeler und andere, a.a.O., S. 160 f.), sodass der Arbeitnehmer in vielen Fällen ein Taggeld in der Höhe von 90 % des zuletzt erzielten Nettoeinkommens beanspruchen kann. Auf der andern Seite ist nicht zu übersehen, dass gerade wegen der meist kurzen Dauer der Absenzen die Differenz bei der Höhe der Taggelder, die prozentual an sich schon relativ gering ist, für die Frage der Gleichwertigkeit nicht übermässig zu gewichten ist.

- 4.2.5 Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass mit Bezug auf die Höhe der Taggelder der LMV im Vergleich zum GAVP als günstiger zu betrachten, dieser Umstand mit Bezug auf die Gleichwertigkeit allerdings zu relativieren ist. Es erübrigt sich daher, auch noch einen Prämienvergleich anzustellen, welcher zwar theoretisch taugliche Hinweise zur Gleichwertigkeit liefern könnte, praktisch aber daran scheitert, dass zuverlässige Daten zu den jeweiligen Prämien fehlen (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b N 24 a.E.; Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 324a N 37 S. 393; s. auch hinten E. 4.6.1).
- 4.2.6 Anzumerken bleibt, dass – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – die auf den ausbezahlten Taggeldern erhobenen Steuern für die Frage der Gleichwertigkeit nicht relevant sind. Zum einen handelt es sich bei der Quellensteuer (die vorliegend beim Kläger in Abzug gebracht wird) nicht um einen Sozialversicherungsbeitrag, sondern um eine gesondert geschuldete Abgabe zur Sicherstellung des staatlichen Steueranspruchs, weshalb sie im Zusammenhang mit einer allfälligen Überentschädigung von vorneherein keine Rolle spielt. Zudem würde eine Berücksichtigung der Steuern zu einer Ungleichbehandlung nicht nur von quellensteuerpflichtigen und nicht quellensteuerpflichtigen Personen, sondern auch von in verschiedenen Kantonen lebenden Personen führen, was offensichtlich unhaltbar wäre. Abzulehnen ist schliesslich die Auffassung des Klägers, wonach die Spesenentschädigungen



beim Nettoeinkommen zu berücksichtigen seien: Dabei handelt es sich um Ersatz für notwendige Auslagen, welcher nicht Bestandteil des Lohnes ist (vgl. Art. 327a OR).

- 4.3 Ein Vorteil des LMV ist offenkundig auch darin zu erblicken, dass die Karenzfrist im Gegensatz zum GAVP nicht zwei Tage, sondern lediglich einen Tag beträgt. Die Vorinstanz mass diesem Umstand ein starkes Gewicht bei, weil erstens Kurzkrankheiten ungleich häufiger seien als solche von längerer Dauer, zweitens denkbar sei, dass ein und derselbe Arbeitnehmer im Jahr mehrere Kurzabsenzen verzeichne, und drittens im Baugewerbe durchschnittlich die meisten Absenzen verzeichnet würden. Andererseits sei unter dem Aspekt des Sozialschutzes zu berücksichtigen, dass unbezahlte Kurzabsenzen von einem oder zwei Tagen in aller Regel nicht existenzgefährdend seien, weshalb einem Arbeitnehmer auch zwei Karenztage zugemutet werden könnten, erhalte er doch im Gegenzug bei ernsthaften Erkrankungen existenzhaltende Versicherungsleistungen (act. 23 E. 3.9.3).

Diese Erwägungen treffen zwar grundsätzlich zu. Vorliegend geht es allerdings nicht darum, ob unter dem Aspekt der zwingenden Bestimmungen von Art. 324a OR ein oder zwei Karenztage zulässig sind, zumal beide Gesamtarbeitsverträge bei ernsthaften Erkrankungen existenzhaltende und lange andauernde Versicherungsleistungen vorsehen. Relevant ist vielmehr, inwiefern sich dieser Unterschied auf die Gleichwertigkeit auswirkt. Dabei ist mit der Vorinstanz und dem Kläger gebührend zu berücksichtigen, dass gemäss Statistik die Absenzen wegen Krankheit in der weit überwiegenden Zahl nur von kurzer Dauer sind. Gemäss dem Nationalem Gesundheitsbericht 2008 betrug die durchschnittliche Absenzdauer aus Gesundheitsgründen in der Schweiz 21 Tage. Allerdings liegt der Median bei nur 7 Tagen, d.h. die Hälfte aller Absenzen erreicht höchstens 7 Tage, während bei der anderen Hälfte die Absenzen länger sind und – wie der Durchschnitt nahelegt – dann teilweise auch sehr lange dauern. Gemäss einer Statistik über die Verteilung der Absenzdauer der deutschen Krankenkasse DAK mit rund 2 Mio. Versicherten dauern 85 % der Absenzen weniger als 15 Tage und 93,5 % der Absenzen weniger als 29 Tage, während die restlichen Krankheitsfälle (6,5 %) mengenmässig die Hälfte aller Absenztage ausmachen. Gemäss einer Statistik der EU, die sich auf berufsbedingte Krankheiten bezieht, waren im Jahre 1996 75 % der arbeitenden Bevölkerung nie abwesend; vom Rest waren 6 % weniger als 5 Tage, 5 % 5-9 Tage, 7 % 10-19 Tage, 4 % 20-49 Tage und 2 % mehr als 50 Tage abwesend (vgl. Häberli/Husmann, a.a.O., S. 132 ff.; The State of Occupational Safety and Health in the European Union, February 2000 in: Egli, a.a.O., S. 1077). Inwieweit diese Zahlen auch für die Bauwirtschaft gelten, lässt sich zwar nicht mit Sicherheit feststellen. Offensichtlich kommt den Karenztagen aber eine erhebliche Bedeutung zu, zumal es während eines Jahres durchaus auch zu mehreren kurzen Absenzen (und damit zu mehreren unbezahlten Arbeitstagen) kommen kann. Auf der anderen Seite fällt auf, dass offenbar der weit überwiegende Anteil der Arbeitnehmer gar nie fehlt, was die Erheblichkeit in starkem Masse mindert. Hinzu kommt, dass Arbeitnehmende unter dem LMV bzw. GAVP mit einem Karenztag nur 80 bzw. 90 % von 1/365 (rund 2,5 ‰) ihres Jahreslohnes verlieren, was sie in der Regel selbst überbrücken können und die Bedeutung der Karenztage für die Beurteilung der Gleichwertigkeit ebenfalls relativiert (vgl. Beyeler und andere, a.a.O., S. 159 und 161, sowie Art. 2 Abs. 3 Anhang 10 LMV; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b OR, N 24 S. 452; Staehelin, Zürcher Kommentar; Art. 324a OR N 64). In diesem Sinn sind die erstinstanzlichen Erwägungen nicht zu beanstanden.

- 4.4 Demgegenüber ist bei bloss teilweiser Arbeitsunfähigkeit die im GAVP vorgesehene Regelung für den Arbeitnehmer offenkundig günstiger. Während gemäss Art. 28 Abs. 2 GAVP die Leistungen mindestens 80 % des durchschnittlichen Lohns betragen, sofern die Arbeitsverhinderung mindestens 25 % beträgt, wird gemäss Art. 64 Abs. 3 lit. d LMV das Taggeld bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit entsprechend dem Grad der Arbeitsfähigkeit entrichtet, sofern die Arbeitsunfähigkeit mindestens 50 % beträgt. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwog, ist zwar anzunehmen, dass die Arbeitseinschränkung eines körperlich arbeitenden Handwerkers bei einer physischen Gesundheitsbeeinträchtigung tendenziell schneller bei 100 % liegt als beispielsweise bei einer Bürokräft. Dieser Umstand schliesst, wie die Beklagte überzeugend darlegt, mindere Grade von Arbeitsunfähigkeit (auch unter 50 %) aber keineswegs aus (vgl. act. 33 S. 10). Sie können – wie auch der Kläger einräumt – gerade bei langfristigen Erkrankungen eine erhebliche Rolle spielen. Solche Absenzen sind zwar eher selten (s. vorne E. 4.3). Für die betroffenen Arbeitnehmenden sind die Folgen aber umso einschneidender, da unter dem LMV der Versicherungsschutz erst ab einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50 % greift, während bei einem tieferen Grad die (gerade bei länger dauernden Absenzen wesentlich ungünstigeren) Lohnfortzahlungspflichten nach OR gelten (vgl. Beyeler und andere, a.a.O., S. 161 f.).
- 4.5 Art. 64 Abs. 3 lit. g LMV sieht sodann vor, dass bei Arbeitnehmenden, für welche die Krankentaggeld-Leistungen nicht oder nur unter Vorbehalt versichert werden können, die Leistungen nach Art. 324a OR geschuldet sind. Art. 28 Abs. 4 Satz 1 GAVP bestimmt hingegen, dass bei Vorbehalten bezüglich vorbestehender Krankheiten die allgemeinen Bedingungen der Versicherungsgesellschaften massgebend sind. Diese Bestimmung wurde allerdings nicht allgemein verbindlich erklärt, weshalb sie vorliegend unbeachtlich ist. Demzufolge besteht gemäss GAVP keine Möglichkeit, einen gesundheitlichen Leistungsvorbehalt für Krankentaggelder anzubringen. Die Vorinstanz hat darin zu Recht einen besonders gewichtigen Vorteil des GAVP erblickt, auch wenn die Vorbehaltsregelung im LMV durch die Bestimmungen von Art. 7 Abs. 3 Anhang 10 LMV etwas gemildert wird (vgl. Beyeler und andere, a.a.O., S. 162).
- 4.6 Beide Gesamtarbeitsverträge sehen eine Prämienbeteiligung des Arbeitnehmenden für die Krankentaggeldversicherung von maximal 50 % vor. Eine Differenz besteht darin, dass der Anteil des Arbeitnehmenden an den Krankentaggeldprämien beim GAVP auf 2,5 % des Bruttolohnes beschränkt ist (Art. 29 Abs. 2 lit. a GAVP), derweil der LMV keine Beschränkung vorsieht (vgl. Art. 64 Abs. 2 lit. a LMV). Die Vorinstanz erachtete dies angesichts steigender Prämien als gewichtigen Vorteil für die Arbeitnehmenden, zumal gemäss GAVP die Prämienüberschüsse jährlich zur Verbilligung der Prämien verwendet würden.
- 4.6.1 Allgemein ist vorab festzuhalten, dass eine Beurteilung der Gleichwertigkeit mit Bezug auf die Prämien ausserordentlich schwierig ist, da die Krankentaggeldversicherungen ihre Prämiengestaltung als Betriebsgeheimnis behandeln und nicht zu Auskünften über die Berechnungsgrundlage bereit sind. Es fehlt daher an zuverlässigen Daten zu den tatsächlich erhobenen Prämien. Erschwerend kommt hinzu, dass gemäss Art. 64 Abs. 2 lit. b LMV die Arbeitnehmenden bei aufgeschobenen Krankentaggeldern den hälftigen Anteil einer "fiktiven" Prämie zu entrichten haben, was einen effektiven Vergleich praktisch ausschliesst. Immerhin lässt die Auswertung von Offerten für die Krankentaggeldversicherung darauf schliessen, dass auch unter dem LMV der Prämienanteil der Arbeitnehmenden den Satz von 2,5 % in al-

ler Regel nicht überschreitet, zumal inzwischen mehrheitlich anerkannt ist, dass auch bei einem Leistungsaufschub von 30 Tagen den Arbeitnehmenden keine fiktiven Prämien, sondern nur die Hälfte der tatsächlich von der Versicherung in Rechnung gestellten Prämien vom Lohn abgezogen werden darf (vgl. zum Ganzen einlässlich Häberli, Gesetzeswidrige Verteilung der Prämien fürs Krankentaggeld, plädoyer 3/2013 S. 29 ff.; SBV-Flash, Nr. 33 August 2012, Schweizerischer Baumeisterverband [Hrsg.], S. 6; Häberli/Husmann, a.a.O., Rz 432 ff.; Beyeler und andere, a.a.O., S. 159 f.). Mithin kann angenommen werden, dass die Regelung des GAVP, mit welcher die Prämienbelastung der Arbeitnehmenden beschränkt wird, in der Praxis – wenn überhaupt – nur eine geringe Rolle spielt und beim Gleichwertigkeitsvergleich dementsprechend nicht ins Gewicht fällt.

4.6.2 Irrelevant ist ferner der Umstand, dass im LMV keine Regelung betreffend Überschüssen statuiert ist. Im Lichte der Gleichwertigkeit ist es unzulässig, die Arbeitnehmenden nur an der Prämienzahlung, nicht aber auch am Überschuss zu beteiligen. Die arbeitsrechtliche Gleichwertigkeit ist nicht mehr gewahrt, wenn der Arbeitgeber die Überschussbeteiligung allein ein-kassiert, während die Arbeitnehmenden die Hälfte der Bruttoprämie bezahlen müssen. Mithin ist den Arbeitnehmenden auch unter dem Regime des LMV eine allfällige Überschussbeteiligung zukommen zu lassen (vgl. Häberli/Husmann, a.a.O., Rz 350 und 435; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b N 13, S. 434).

4.7 Zu prüfen ist weiter, ob Unterschiede bei der Koordination der Leistungen der Taggeldversicherung mit anderen Versicherungen bestehen. Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe den erheblichen Unterschieden, wie sie insbesondere bei langfristigen Krankheits- bzw. Invaliditätsfällen regelmässig zum Tragen kämen, keine Beachtung geschenkt. Der GAVP enthalte keinerlei Regelung dazu. Demgegenüber fänden sich in Art. 5 Abs. 4 Anhang 10 LMV detaillierte, allgemeinverbindlich erklärte Vorschriften über die Anrechnung von Leistungen Dritter. Diese führten dazu, dass der Versicherte einerseits den ganzen Lohnausfall für die Krankheitszeit nach dem System der Globalrechnung erhalte und andererseits die Leistungsdauer um die aufgrund der Koordination innerhalb der ersten 720 Tage nicht verbrauchten Taggelder verlängert werde, bis der Gegenwert von 720 Taggeldern erreicht werde. Ein Arbeitnehmender, der letztlich invalid werde, erhalte nach den Regeln des LMV den Gegenwert von 720 Taggeldern, während dies beim Versicherten nach GAVP nie der Fall sein werde, da die Summe der Taggelder immer um die Leistungen der IV, die nach ca. 360 Tagen einsetze, gekürzt würde. Der LMV gewährleiste damit einen erheblich höheren und längerdauernden Sozialschutz bei Invalidität (act. 25 S. 11).

Dazu ist vorab festzuhalten, dass der Kläger vor Vorinstanz nie behauptet hat, der LMV sei bezüglich Koordination mit Leistungen Dritter vorteilhafter als der GAVP. Da der Kläger nicht darlegt (und auch sonst keine Gründe ersichtlich sind), weshalb er diese Behauptung nicht schon vor erster Instanz hätte vorbringen können, handelt es sich um ein unzulässiges Novum, welches vorliegend von vornherein nicht (mehr) zu berücksichtigen ist (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger wäre aber auch dann nicht geholfen, wenn diese neue Behauptung zugelassen würde. Art. 5 Abs. 4 von Anhang 10 LMV statuiert nämlich einzig, dass allfällige Leistungen von SUVA, IV, BVG und MV an die Krankentaggeld-Leistungen angerechnet werden, "sodass der Versicherte *höchstens* den vollen ausfallenden Lohn erhält" (Hervorhebung hinzugefügt). Offenkundig bezweckt diese Klausel, eine Überentschädigung des Arbeitnehmenden zu verhindern. Vorteile gegenüber dem GAVP sind bei dieser Klausel hin-

gegen keine ersichtlich, zumal weder Mindestvorschriften noch Vorgaben zur Bemessung der Überentschädigung festgelegt werden.

- 4.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass der LMV im Vergleich zum GAVP hinsichtlich Höhe der Taggelder und Zahl der Karenztage gewichtige Vorteile aufweist, welche allerdings wegen der Häufigkeit der kurzen Absenzen bzw. der in den meisten Fällen geringen Leistungsunterschiede zu relativieren sind. Auf der anderen Seite fällt ins Gewicht, dass gemäss GAVP bereits eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % (statt 50 %) einen Anspruch auf Taggeldleistungen entstehen lässt und – was von erheblicher Bedeutung ist – keine Versicherungsvorbehalte vorgesehen sind. In den weiteren zu beurteilenden Bereichen unterscheiden sich die beiden Gesamtarbeitsverträge – wenn überhaupt – nur geringfügig. Im Gesamtvergleich erweisen sich die Leistungen im Krankheitsfall damit mehr oder weniger als gleichwertig; letztlich sind aus der Sicht eines "vernünftig" abwägenden Arbeitnehmenden keine Vorteile erkennbar, die bei einer Gesamtbetrachtung die Regelungen des LMV gegenüber denjenigen des GAVP als günstiger erscheinen liessen.
5. Somit steht fest, dass bezüglich Krankentaggeldversicherung die im GAVP vorgesehenen Lösungen verglichen mit den entsprechenden Bestimmungen des LMV mindestens gleichwertig sind, weshalb diese gemäss Art. 3 Abs. 2 GAVP vorliegend nicht zu übernehmen bzw. nicht anwendbar sind. Dass die Beklagte die gemäss GAVP geschuldeten Leistungen nicht vollständig erbracht habe, wird vom Kläger nicht geltend gemacht. Demzufolge hat die Vorinstanz die Klage zu Recht abgewiesen. Die Berufung erweist sich damit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Gleichzeitig ist das erstinstanzliche Urteil vollumfänglich zu bestätigen.
6. Da der Streitwert der vorliegenden Klage aus einem Arbeitsverhältnis unbestrittenermassen weniger als CHF 30'000.00 beträgt, sind wie schon im erstinstanzlichen Verfahren keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 114 lit. c ZPO).

[...]

### **Urteilsspruch**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 2. März 2016 wird vollumfänglich bestätigt.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

[...]