

ZVE.2023.37
(VZ.2021.70)

Entscheid vom 21. Februar 2024

Besetzung Oberrichter Holliger, Vizepräsident
 Oberrichterin Möckli
 Ersatzrichter Schneuwly
 Gerichtsschreiberin Donauer

Klägerin **A.**_____,
 [...]
 vertreten durch MLaw Michael Zraggen, Rechtsanwalt,
 [...]

Beklagter **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch Dr. iur. Peter Steiner, Rechtsanwalt,
 [...]

Gegenstand Vereinfachtes Verfahren betreffend Forderung aus Arbeitsvertrag

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin arbeitete ab dem 1. Oktober 2018 für den Beklagten [...]. Über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die Konsequenzen der hundertprozentigen Arbeitsunfähigkeit der Klägerin vom 24. September 2020 – 30. April 2021 sind sich die Parteien uneinig.

2.

2.1.

Mit Klage vom 15. September 2021 stellte die Klägerin beim Bezirksgericht Baden, Arbeitsgericht, folgende Rechtsbegehren:

- " 1.
Der Beklagte sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin CHF 23'170.66 zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. Oktober 2020 zu bezahlen.
2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

2.2.

Mit Stellungnahme vom 8. Oktober 2021 (Postaufgabe: 10. Oktober 2021) beantragte der Beklagte, die Klage sei kostenfällig abzuweisen.

2.3.

Mit Replik vom 25. November 2021 hielt die Klägerin an ihren in der Klage und mit Duplik vom 5. Januar 2022 der Beklagte an seinen in der Klageantwort gestellten Begehren fest.

2.4.

Am 12. September 2022 fand vor dem Bezirksgericht Baden, Arbeitsgericht, die Hauptverhandlung statt, anlässlich derer der Zeuge C. _____ (Lebenspartner der Klägerin) und die Parteien befragt wurden. Zudem hielten die Parteien ihre Schlussvorträge.

2.5.

Mit Entscheid vom 12. September 2022 erkannte das Bezirksgericht Baden, Arbeitsgericht, wie folgt:

- " 1.
In teilweiser Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 21'999.20, zzgl. Zins von 5 % seit 1. Januar 2021 zu bezahlen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen."

3.

3.1.

Gegen diesen ihm am 31. August 2023 zugestellten, vollständig begründeten Entscheid erhob der Beklagte am 2. Oktober 2023 unter Berücksichtigung von Art. 142 Abs. 3 ZPO fristgerecht Berufung mit den Anträgen:

- " 1.
Der Entscheid des Arbeitsgerichtes Baden vom 12. September 2022 sei aufzuheben.
2.
Die Klage sei abzuweisen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

3.2.

Mit Berufungsantwort und Anschlussberufung vom 8. November 2023 stellte die Klägerin folgende Anträge:

" **ANTRÄGE ZUR BERUFUNG**

1.
Die Berufung sei abzuweisen;
2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten und Berufungsklägers.

ANSCHLUSSBERUFUNG

1.
Ziffer 3 des Entscheids des Bezirksgerichts Baden, Arbeitsgericht, vom 12. September 2022 sei aufzuheben.
2.
Der Klägerin und Berufungsbeklagte[n] sei eine Parteientschädigung zuzusprechen.
3.
Evtl.: Die Angelegenheit s[ei] zur Festlegung der Parteientschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen."

3.3.

Mit Antwort auf die Anschlussberufung vom 8. Dezember 2023 beantragte der Beklagte, es sei die Anschlussberufung kostenfällig abzuweisen.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Gegen Entscheide einer ersten Instanz ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO), was vorliegend der Fall ist. Nachdem der Beklagte und die Klägerin durch den Entscheid beschwert sind und sie die für die Berufung statuierten Frist- und Formvorschriften (vgl. Art. 311 ZPO und Art. 313 Abs. 1 i.V.m. Art. 312 Abs. 2 ZPO) beachtet haben, steht einem Eintreten auf die Berufung bzw. die Anschlussberufung nichts entgegen.

2.

2.1.

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. In seinen Ausführungen hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinanderzusetzen (REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N. 36). Zu begründen bedeutet, aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Hierfür muss die Berufung hinreichend klar abgefasst sein, was insbesondere eine genaue Bezeichnung der beanstandeten Passagen sowie der Aktenstücke, auf welche sich die Kritik stützt, bedingt. Allgemeine Kritik am vorinstanzlichen Entscheid genügt nicht. Auch mit blossen Wiederholungen der eigenen Vorbringen vor erster Instanz, die von dieser bereits abgehandelt wurden, wird dem Begründungserfordernis nicht Genüge getan (BGE 141 III 569 E. 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1, Urteile des Bundesgerichts 5A_466/2016 vom 12. April 2017 E. 2.3, 4A_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2; REETZ/THEILER, a.a.O., N. 36 zu Art. 311 ZPO; HUNGERBÜHLER/BUCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 31 zu Art. 311 ZPO). Der Berufungskläger hat dem angefochtenen Entscheid vielmehr eine Gegenargumentation entgegenzustellen (HURNI, der Rechtsmittelprozess der ZPO, ZBJV 2020, S. 74 und 75 ff.). Die Rechtsmittelinstanz ist nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie kann sich grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, 142 III 413 E. 2.2.4). Sie ist aber inhaltlich 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 (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Sie kann deshalb die Berufung auch mit einer anderen Begründung gutheissen oder

diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (Urteil des Bundesgerichts 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1).

Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO), wofür die Partei, die solche Neuerungen geltend macht, die Substantiierungs- und Beweislast trägt (Urteil des Bundesgerichts 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015 E. 3.2.2).

2.2.

Das Obergericht kann ohne Verhandlung aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

3.

3.1.

Die Vorinstanz erwog, das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien habe durch Kündigung seitens des Beklagten als Arbeitgeber grundsätzlich per 30. September 2020 geendet. Die Klägerin habe jedoch an einer fortschreitenden Arthrose an beiden Füßen mit einer sehr ausgeprägten Schmerzsymptomatik sowie keiner ausreichenden Besserung unter Analgetika (Schmerzmittel) gelitten. Aufgrund der von der behandelnden Ärztin geschilderten sehr ausgeprägten Schmerzsymptomatik sei für die Klägerin ein Zuwarten der Operation als nicht zumutbar erschienen. Die Klägerin habe sich daher am 24. September 2020 einer ersten Operation am Fuss unterziehen müssen und sei in der Folge – während der laufenden Kündigungsfrist – vom 24. September 2020 bis und mit 30. April 2021 zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben gewesen (angefochtener Entscheid E. 4.2.1 und 4.2.4). Die Klägerin habe seit dem 1. Oktober 2018 für den Beklagten gearbeitet und sei im September 2020 am Ende ihres zweiten Dienstjahres gestanden. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin habe damit unter Berücksichtigung der 90-tägigen Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR nicht am 30. September 2020, sondern erst am 31. Dezember 2020 geendet (angefochtener Entscheid E. 4.2.2).

Gestützt auf Art. 23 Abs. 1 des vorliegend anwendbaren Gesamtarbeitsvertrags im Schweizer Gastgewerbe (L-GAV) hätte der Arbeitgeber zugunsten der Klägerin eine Krankentaggeldversicherung abschliessen müssen, die während 720 von 900 aufeinander folgenden Tagen 80 % des Bruttolohnes zahle. Während einer Aufschubzeit von höchstens 60 Tagen pro Jahr habe der Arbeitgeber 88 % des Bruttolohnes zu zahlen. Diese Leistungen seien auch zu erbringen, wenn das Arbeitsverhältnis vor Krankheitsende geendet habe. Somit bestehe im vorliegenden Fall eine Lohnfortzahlungspflicht über den 31. Dezember 2020 hinaus, obwohl das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten vor

Krankheitsende der Klägerin geendet habe (angefochtener Entscheid E. 4.2.3). Nachdem der Beklagte für die Klägerin keine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen habe und die Klägerin ihren krankheitsbedingten Ausfall nicht selbstverschuldet habe, respektive ein Verschieben der Operation auf einen Zeitpunkt nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ihr nicht zumutbar gewesen sei, habe der Beklagte die Leistungen gemäss Art. 23 Abs. 4 L-GAV selbst zu erbringen. Total resultiere ein Anspruch der Klägerin in der Höhe von Fr. 21'999.20 (angefochtener Entscheid E. 4.3.1).

3.2.

3.2.1.

Der Beklagte macht zunächst geltend, die Kündigung sei nicht von ihm, sondern von der Klägerin erfolgt bzw. der Arbeitsvertrag sei zumindest im gegenseitigen Einvernehmen aufgehoben worden. Das Kündigungsschreiben sei nur pro forma als Kündigung des Beklagten aufgesetzt worden, um für die Klägerin bei der Arbeitslosenkasse keine Einstelltage zu riskieren. Entsprechend handle es sich um eine rechtlich nicht massgebliche Simulation. Demnach habe die Klägerin keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung (Berufung, S. 4 ff.).

3.2.2.

3.2.2.1.

Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrags zu verbergen. Im letzteren Fall spricht man von Simulation. Ein simuliertes Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 18 OR liegt vor, wenn sich die Parteien einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, weil sie entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen. Das simulierte Rechtsgeschäft ist sowohl zwischen den Parteien als auch im Verhältnis zu Dritten (mit gewissen Einschränkungen) unwirksam, während das dissimulierte Rechtsgeschäft gültig ist, sofern die übrigen Gültigkeitsvoraussetzungen bezüglich Form und Inhalt erfüllt sind. Wer sich auf eine Simulation nach Art. 18 Abs. 1 OR beruft, der hat den vom Wortlaut des Vertrages bzw. Rechtsgeschäfts abweichenden wirklichen Willen der Parteien zu beweisen. Zur Beantwortung der Frage, ob die Parteien ein simuliertes Rechtsgeschäft abschliessen wollten, ist mithin ihr wirklicher Wille im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Rechtsgeschäfts festzustellen, wobei auch nachträgliches Parteiverhalten auf einen tatsächlichen Willen der Parteien im Abschlusszeitpunkt schliessen lassen kann (Urteile des Bundesgerichts 4A_680/2015 vom 1. Juli 2016 E. 3.2; 4A_356/2023 vom 24. November 2023 E. 4.3.1). Diese Grundsätze gelten auch für einseitige Rechtsgeschäfte (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, in: Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2014,

N. 186 zu Art. 18 OR), wie es die vorliegend umstrittene Kündigung eins ist.

3.2.2.2.

Nach Art. 324a OR hat der Arbeitgeber den Lohn für eine beschränkte Zeit weiterzubezahlen, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie namentlich Krankheit oder Unfall, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist (Abs. 1). Sind durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeitabschnitte bestimmt, so hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen (Abs. 2). Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine davon abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist (Abs. 4).

Auf das vorliegende Arbeitsverhältnis kommt unstreitig der Gesamtarbeitsvertrag im Schweizer Gastgewerbe (L-GAV) zur Anwendung. Gemäss Art. 23 L-GAV hat der Arbeitgeber zugunsten des Mitarbeiters eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen, die während 720 von 900 aufeinander folgenden Tagen 80 % des Bruttolohns zahlt. Während einer Aufschubzeit von höchstens 60 Tagen pro Jahr hat der Arbeitgeber 88 % des Bruttolohns zu zahlen. Bei ununterbrochener Arbeitsunfähigkeit ist die Aufschubzeit nur einmal zu bestehen. Diese Leistungen sind auch zu erbringen, wenn das Arbeitsverhältnis vor Krankheitsende endet (Abs. 1). Hat der Arbeitgeber keine genügende Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, hat er die in diesem Artikel vorgeschriebenen Leistungen selbst zu erbringen (Abs. 4).

3.2.3.

Dem Beklagten ist insoweit beizupflichten, als gestützt auf die Zeugenaussage von C._____ und die Parteiaussage der Klägerin der Schluss nahe liegt, dass förmlich zwar der Beklagte der Klägerin die Kündigung aussprach (vgl. Klagebeilage 4), die Parteien aber gemeinsam vereinbart hatten, das Arbeitsverhältnis per Ende September 2020 zu beenden. So führte C._____ auf die Frage, ob an der gemeinsamen Besprechung vom 20. Juni 2020 beschlossen worden sei, das Arbeitsverhältnis Ende September 2020 zu beenden, aus, das stimme, das sei beschlossen worden (act. 81). Die Klägerin führte auf die Frage, auf welches Datum der Beklagte ihr am 20. Juni 2020 gekündigt habe, aus, er habe nicht am 20. Juni gekündigt. Man habe es besprochen und man habe anhand der Differenzen sich einfach darauf geeinigt, dass es auf den 15. Juli dann so sein würde mit dieser Kündigung (act. 83). Diese Aussagen über die Vereinbarung einer Aufhebung des Arbeitsverhältnisses deuten grundsätzlich auf die gegenseitigen Willenserklärungen bei einer Aufhebungsvereinbarung hin. Als Grund für die Simulation könnte nach den Aussagen des Zeugen C._____ und der

Klägerin das Vermeiden von zusätzlichen Einstelltagen bei der Arbeitslosenversicherung in Frage kommen (act. 81 und 83).

Wie es sich damit im Detail verhält, kann indessen offenbleiben: Soweit der Beklagte mit seinen Ausführungen über die Simulation der Arbeitgeberkündigung den Nichtbestand einer Lohnfortzahlungspflicht gegenüber der Klägerin geltend macht, kann ihm ohnehin nicht gefolgt werden. Es ist, jedenfalls ohne – wie vorliegend – nicht behauptete vertragliche anderslautende Abreden, nicht ersichtlich, weshalb der Anspruch der Klägerin auf Lohnfortzahlung entfallen sollte, wenn anstelle einer Kündigung seitens des Beklagten von einer Kündigung durch die Klägerin oder einer Aufhebungsvereinbarung ausgegangen würde. Die Parteien standen unstreitig bis mindestens am 30. September 2020 in einem Arbeitsverhältnis, wobei die Klägerin bereits am 24. September 2020 und damit – unabhängig von der Art der Vertragsbeendigung – noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses arbeitsunfähig geworden war. So oder anders hat die Klägerin damit grundsätzlich Anspruch auf Lohnfortzahlung bzw. ein Krankentaggeld. Eine rechtliche Qualifikation des streitgegenständlichen Kündigungsschreibens im Sinne der beklagischen Ausführungen hat somit keinen Einfluss auf den Bestand des klägerischen Lohnfortzahlungsanspruchs und der Beklagte rügt weder die von der Vorinstanz angenommenen Dauer noch deren Berechnung der Höhe des Lohnfortzahlungsanspruchs.

3.3.

3.3.1.

Der Beklagte macht weiter geltend, die Klägerin sei weder arbeitsunfähig noch sei die Operation notwendig oder dringlich gewesen. Sie könne bereits deshalb keine Ansprüche mehr geltend machen, weil sie die behauptete Krankheit verspätet gemeldet habe. Weiter sei das Vorgehen der Klägerin missbräuchlich. Die Klägerin habe während ihrer gesamten Arbeitstätigkeit beim Beklagten die Arbeit immer ohne Einschränkungen erledigen können. Jedenfalls sei es ihr auch ohne Einschränkungen von Mitte bis Ende Juli 2020 noch möglich gewesen, [...] in die Ferien zu fahren. Da keine relevanten Beschwerden, Schmerzen oder eine mögliche Arbeitsunfähigkeit die Operation veranlasst hätten, sondern einzig der Befund aus dem Spektral-CT, sei eine Operation nicht dringlich gewesen. Es gäbe keine Anhaltspunkte, weshalb bei der Klägerin gerade einmal sechs Tage vor Ablauf des Arbeitsverhältnisses eine Operation indiziert gewesen sein soll. Im vorliegenden Fall sei es der Klägerin zumutbar gewesen, die Operation auf einen Termin nach dem 30. September 2020 zu verlegen (Berufung, S. 9 ff.).

3.3.2.

Die Klägerin führt demgegenüber aus, die beiden vor Vorinstanz eingereichten Schreiben von Dr. med. D._____ (Klagebeilage 7 und Replikbeilage 14) würden belegen – und der Beklagte bestreite das auch nicht im

Einzelnen –, dass die Operation so rasch wie möglich habe durchgeführt werden müssen. Die Ärztin habe klar angegeben, dass bei ihr eine ausgeprägte Schmerzsymptomatik und eine zunehmende Einschränkung der Mobilität vorgelegen habe. Die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Operation sei damit erstellt. Das Spektral-CT habe ergeben, dass die beiden früheren Operationen und die anschliessende Therapie nicht erfolgreich gewesen seien. Die Arthrose habe sich sogar verschlechtert. Aufgrund dessen und der sehr ausgeprägten Schmerzsymptomatik, dem damit verbundenen Leidensdruck und der zunehmenden Einschränkung der Mobilität sowie der fehlenden Besserung unter Analgetika sei entschieden worden, die Operation so frühzeitig wie möglich durchzuführen. Zudem könne eine Patientin den Termin für eine Operation in aller Regel nicht frei wählen. Der Klägerin sei zum Zeitpunkt der Operation denn auch gar nicht bewusst gewesen, dass sie allenfalls Anspruch auf Krankentaggelder habe. Dies habe sie erst anlässlich eines Gesprächs mit dem RAV erfahren (Berufungsantwort, S. 6 f.).

3.3.3.

Sowohl nach Art. 324a Abs. 1 OR als auch nach Art. 22 Abs. 1 L-GAV hat der Arbeitnehmer nur bei unverschuldeter Verhinderung an seiner Arbeitsleistung Anspruch auf Lohnfortzahlung. Ein Verschulden darf nur zurückhaltend angenommen werden. Vorausgesetzt ist Absicht oder Eventualvorsatz. Ob bereits Grobfahrlässigkeit genügt, ist umstritten. Teilweise wird bei Grobfahrlässigkeit bloss eine Kürzung des Lohnfortzahlungsanspruchs gefordert. Der Aufschub einer medizinisch indizierten, aber nicht dringenden Operation kann dem Arbeitnehmer in der Regel nicht zugemutet werden. Etwas anderes gilt nur, wenn das Arbeitgeberinteresse klar überwiegt und ein medizinisches Risiko bei einem Aufschub ausgeschlossen werden kann (ausführlich: Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, BJM 2005 S. 235 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 29 zu Art. 324a/b OR m.w.N.).

3.3.4.

Dass die Klägerin an einer fortgeschrittenen Arthrose an beiden Füßen mit einer sehr ausgeprägten Schmerzsymptomatik und keiner ausreichenden Besserung unter Analgetika litt, wurde – wie bereits die Vorinstanz ausgeführt hat – von der Ärztin der Klägerin genauso schriftlich belegt, wie der Umstand, wonach die Operation deshalb so frühzeitig wie möglich durchgeführt werden musste (Klagebeilage 7 und Replikbeilage 14). Der Beklagte bestreitet dies nicht im Einzelnen. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, welche begründete Zweifel an der Richtigkeit des Inhalts dieser ärztlichen Schreiben aufwerfen würden. Dem steht auch der Umstand nicht entgegen, wonach die Klägerin im Juli 2020 noch [...] in die Ferien ging. Denn die Klägerin ging erst im August 2020 – also nach den [...]ferien – wieder zu ihrer Ärztin in Behandlung und es erfolgte erst dann das Spektral-CT (Berufungsantwort Rz. 15), gestützt auf welches die Ärztin zur so frühzeitigen

Operation wie möglich riet. Das Argument des Beklagten, wonach völlig unklar sei, was die Klägerin direkt vor der ärztlichen Behandlung getan habe, womit schon deshalb ein Selbstverschulden vorliege (Berufung, S. 11), geht nicht über blossе Mutmassungen hinaus und bleibt daher unbeachtlich.

Vor diesem Hintergrund kann ein medizinisches Risiko bei einem Aufschub der Operation vom 24. September 2020 nicht ausgeschlossen werden und war der Aufschub der Operation bereits aus diesem Grund der Klägerin nicht zumutbar. Im Übrigen bringt der Beklagte keine gewichtigen Arbeitgeberinteressen vor, die einen Aufschub der Operation verlangt hätten, sodass der Klägerin auch deshalb ein Aufschub nicht zumutbar war. Soweit sich der Beklagte daran stört, dass ihn eine Lohnfortzahlungspflicht trifft, so hat er diesen Umstand grösstenteils selbst verschuldet, zumal er – entgegen seinen Pflichten aus dem L-GAV – für die Klägerin keine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hatte. Demnach ist die Vorinstanz seitens der Klägerin zu Recht von einer unverschuldeten Verhinderung an der Arbeitsleistung ausgegangen. Von einem Rechtsmissbrauch durch die Klägerin kann keine Rede sein. Daran ändert auch nichts, dass die Klägerin den Beklagten vor der Operation nicht informierte.

3.4.

Der Beklagte bringt weiter vor, obwohl er seiner Pflicht (Art. 23 Abs. 1 L-GAV), für die Klägerin eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen, nicht nachgekommen sei, bestehe eine Haftung gemäss Art. 23 Abs. 4 L-GAV nur bis zu jenem Betrag, der sich aus einer genügenden Versicherungsdeckung ergäbe. Im vorliegenden Fall würde aber aufgrund der gesundheitlichen Situation sowie der Kündigung durch die Klägerin keine Versicherung ein Taggeld bezahlen. Beim Antrag auf eine Taggeldversicherung wäre sicher ein Gesundheitsfragebogen auszufüllen gewesen. Gestützt auf diesen wäre die Klägerin für die hier zur Diskussion stehende Vorerkrankung mit Sicherheit nicht in die Versicherung eingeschlossen worden (Berufung, S. 12 f.).

Dem Beklagten ist zu entgegnen, dass die Aufnahme der Arbeitnehmerin in die Krankentaggeldversicherung nicht aus gesundheitlichen Gründen abgelehnt werden darf (Art. 23 Abs. 3 L-GAV). Zwar kann die Krankentaggeldversicherung Krankheiten, die bei der Aufnahme bestehen, durch einen Vorbehalt in schriftlicher Form für eine Dauer von höchstens fünf Jahren von der Versicherung ausschliessen. Das Gleiche gilt für Krankheiten, die vorher bestanden haben, sofern sie erfahrungsgemäss zu Rückfällen führen können. Werden bei der Aufnahme in die Krankentaggeldversicherung Vorbehalte angebracht, ist der Mitarbeiter bei Beginn des Arbeitsverhältnisses über die vorbehaltene Krankheit sowie Beginn und Ende der Vorbehaltsfrist zu informieren. Richtig ist somit zwar, dass es aufgrund der vorbestehenden Erkrankung der Klägerin an Arthrose und den zwei damit

zusammenhängenden früheren Operationen durchaus denkbar erscheint, dass beim Abschluss einer Krankentaggeldversicherung von der Versicherung ein diesbezüglicher Vorbehalt angebracht worden wäre. Es handelt sich dabei jedoch um blossе Mutmassungen seitens des Beklagten, die er mit keinem Beweismittel belegt. Entsprechend kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass ein solcher Vorbehalt von einer Versicherung tatsächlich angebracht worden wäre.

3.5.

Schliesslich argumentiert der Beklagte, die behauptete Arbeitsunfähigkeit der Klägerin habe die identische Ursache wie diejenige im Jahre 2017 mit der damals bereits erfolgten Operation. Das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestehenden, rückfallgefährdeten Krankheit sei juristisch nicht als selbständige Neuerkrankung, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG zu werten. Es würde somit zum vorneherein eine nichtige Rückwärtsversicherung vorliegen. Der Abschluss einer Taggeldversicherung mit Deckung des von der Klägerin geltend gemachten Lohnausfalles wäre nicht möglich und somit die von ihr geforderten Taggelder nicht erhältlich zu machen gewesen. Unter diesen Umständen könne der Beklagte nicht zur Bezahlung der geforderten Taggelder verpflichtet werden, nur weil er effektiv keine Taggeldversicherung abgeschlossen habe. Nicht das Nichtvorhandensein der Taggeldversicherung sei massgebend für die Frage des Anspruchs der von der Klägerin geltend gemachten Taggelder, sondern einzig die Frage, ob sie bei Abschluss einer Taggeldversicherung Taggelder erhalten hätte. Da als ausgeschlossen zu erachten sei, dass die Klägerin bei Abschluss einer Taggeldversicherung Taggelder hätte erhalten können, sei im vorliegenden Fall höchstens eine Lohnfortzahlung gemäss OR denkbar gewesen (Berufung, S. 13 ff.).

Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitsantritt der Klägerin am 1. Oktober 2018 – wie auch das Ende des Arbeitsverhältnisses im Jahr 2020 – zeitlich vor dem Inkrafttreten des revidierten VVG per 1. Januar 2022 liegt. Die Frage ist daher anhand des bis Ende 2021 geltenden Art. 9 aVVG zu beantworten (vgl. auch die Übergangsbestimmung zur Änderung des VVG vom 19. Juni 2020). Demnach ist ein Versicherungsvertrag unter anderem dann nichtig, wenn bei Vertragsschluss das befürchtete Ereignis bereits eingetreten ist. Der Begriff "befürchtetes Ereignis" (auch Versicherungsfall genannt) wird im Gesetz nicht näher definiert. Das Bundesgericht definiert den Versicherungsfall als Verwirklichung der Gefahr, gegen welche die Versicherung abgeschlossen worden ist (BGE 142 III 671 E. 3.5 f. m.w.N.). Bei Krankentaggeldversicherungen wurde vom Bundesgericht überwiegend die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit als Versicherungsfall betrachtet. Das befürchtete Ereignis besteht somit nicht in der Krankheit als solcher, sondern im Eintritt der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit (BGE 142 III 671 E. 3.6 ff., Urteil des Bundesgerichts 4A_631/2016 vom

21. April 2017 E. 2.1 m.w.N.). Vor diesem Hintergrund stellt nicht etwa die Krankheit der Klägerin – Arthrose – den Versicherungsfall bzw. das befürchtete Ereignis dar, sondern deren krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit. Wenn die Klägerin somit beim Beginn des Arbeitsantritts bzw. im Zeitpunkt des hypothetischen Krankentaggeldversicherungsabschlusses nur an einer Krankheit litt, aber noch nicht krankheitsbedingt arbeitsunfähig war, dann war das befürchtete Ereignis zum damaligen Zeitpunkt noch nicht eingetreten und es hätte keine unzulässige Rückwärtsversicherung vorgelegen. Dem Beklagten hätte es daher – trotz vorbestehender Arthrose bei der Klägerin – offen gestanden, zugunsten der Klägerin eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen. Eine unzulässige Rückwärtsversicherung ist zu verneinen.

3.6.

Die Berufung des Beklagten erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen.

4.

4.1.

Die Vorinstanz sprach gestützt auf Art. 114 lit. c ZPO i.V.m. § 25 Abs. 1 EG ZPO weder Gerichts- noch Parteikosten, da der Streitwert unter Fr. 30'000.00 liegt (angefochtener Entscheid E. 5).

4.2.

Die Klägerin macht mit Anschlussberufung geltend, § 25 Abs. 1 EG ZPO stehe im Widerspruch zum bundesrechtlichen Kostenverteilungsgrundsatz nach Art. 106 ZPO und sei weder nachvollziehbar noch sachlich begründbar. Die Kostenbefreiung nach kantonalem Recht gestützt auf Art. 116 Abs. 1 ZPO könne sich – wie auch die vorausgehenden Art. 113 bis 115 ZPO – ausschliesslich auf die Gerichtskosten beziehen. Die Klägerin habe das vorinstanzliche Verfahren auf sich nehmen müssen, um ihre Ansprüche durchzusetzen, da es der Beklagte auf einen Prozess angelegt habe. In Anwendung von § 25 EG ZPO bleibe sie nun auf ihren Prozesskosten sitzen, obwohl sie klar obsiegt habe. Entsprechend sei ihr für das vorinstanzliche Verfahren sowie das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung zuzusprechen (Anschlussberufung, S. 9).

4.3.

Nach Art. 95 Abs. 1 ZPO bestehen die *Prozesskosten* aus den *Gerichtskosten* und der *Parteientschädigung*. Nach Art. 114 lit. c ZPO werden im Entscheidverfahren über Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 keine *Gerichtskosten* gesprochen. Weiter können die Kantone nach Art. 116 Abs. 1 ZPO weitere Befreiungen von den *Prozesskosten* gewähren. Gestützt auf § 25 Abs. 1 i.V.m. § 8 EG ZPO werden gestützt darauf, im Kanton Aargau in Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 auch keine

Parteientschädigungen zugesprochen. Bereits aus dem Wortlaut und der Systematik des Bundesgesetzes (ZPO) ergibt sich somit, dass es den Kantonen – entgegen der Argumentation der Klägerin – freisteht, gestützt auf Art. 116 Abs. 1 ZPO Verfahren zu definieren, die nicht nur keine Gerichtskosten, sondern eben auch keine Parteientschädigungen mit sich ziehen (vgl. auch BGE 139 III 182 E. 2). Die Anschlussberufung der Klägerin ist damit abzuweisen.

4.4.

Die soeben dargestellte Kostenlosigkeit des Entscheidverfahrens (Gerichtskosten und Parteientschädigung) über Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 im Kanton Aargau gilt auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren (Urteil des Bundesgerichts 4A_685/2011 vom 24. Mai 2012 E. 6.1). Nach dem Gesagten bleibt das Rechtsmittelverfahren kostenlos und es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen.

2.

Die Anschlussberufung der Klägerin wird abgewiesen.

3.

Für das Berufungsverfahren wird keine Entscheidgebühr erhoben.

4.

Es werden zweitinstanzlich keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Zustellung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens überschreitet **Fr. 15'000.00**.

Aarau, 21. Februar 2024

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 1. Kammer

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Holliger

Donauer