

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA170017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

## **Beschluss und Urteil vom 4. Dezember 2017**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B. \_\_\_\_\_,**

Kläger 1, Widerbeklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

sowie

2. **Unia Arbeitslosenkasse,**

Klägerin 2 und Berufungsbeklagte

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Pfäffikon vom 10. April 2017  
(AH160009-H)**

**Rechtsbegehren:**

I. des Klägers 1, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 1 i.V.m. Urk. 3 und Prot. I S. 3, sinngemäss):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger für den Monat März 2016 Lohn von Fr. 651.50 brutto sowie anteilmässiger 13. Monatslohn von Fr. 666.65 brutto zu bezahlen.
2. Es sei dem Kläger 1 eine entsprechende Lohnabrechnung für den Monat März 2016 aus- und zuzustellen.
3. Es sei das von der Beklagten ausgestellte Arbeitszeugnis zu korrigieren und dem Kläger 1 aus- und zuzustellen, insbesondere sei das Datum der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den 31. März 2016 anzupassen und es seien schädigende Aussagen aus dem Arbeitszeugnis zu entfernen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

II. der Klägerin 2 und Berufungsbeklagten (Urk. 15 S. 1):

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 5'274.65 zuzüglich 5% Zins seit 17. Mai 2016 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

III. der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsklägerin (Urk. 23 S. 2):

1. Die Klage des Klägers 1 sei vollumfänglich und unter Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers 1 abzuweisen.
  2. Die Klage der Klägerin 2 sei vollumfänglich und unter Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Klägerin 2 abzuweisen.
- [1.] Der Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Widerklägerin den Betrag von CHF 1'080 zu bezahlen.
- [2.] Unter Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Widerbeklagten.

**Urteil des Arbeitsgerichtes Pfäffikon vom 10. April 2017:**

(Urk. 52 = Urk. 60)

1. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, dem Kläger 1 und Widerbeklagten einen Bruttolohn von Fr. 1'318.15 abzüglich Sozialversicherungsbeiträge unter Beilage einer entsprechenden Lohnabrechnung zu bezahlen sowie die entsprechenden Arbeitgeberbeiträge an die zuständigen Sozialversicherungsanstalten abzuführen.
2. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, der Klägerin 2 einen Betrag von Fr. 5'274.65 nebst Zins zu 5% seit 17. Mai 2016 zu bezahlen.
3. Die Widerklage der Beklagten und Widerklägerin wird abgewiesen.
4. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, das Arbeitszeugnis des Klägers 1 und Widerbeklagten vom 29. Februar 2016 wie folgt zu ändern (Änderungen kursiv und unterstrichen) und ihm mit den Änderungen bis spätestens 30. Juni 2017 zuzustellen:

"C. \_\_\_\_\_ [Ortschaft], 31. März 2016

**Arbeitszeugnis**

Wir bestätigen, dass

**Herr B. \_\_\_\_\_**

geboren am tt. September 1965, von ... NW, vom 1. März 2015 bis 31. März 2016 in unserem Betrieb als technischer Betriebsleiter angestellt war. Unsere Unternehmung vertreibt die Fahrzeugmarken OPEL, CHEVROLET und MIDI-ISUZU.

[...]

Wir haben Herr B. \_\_\_\_\_ als pflichtbewussten, verantwortungsvollen und genauen Mitarbeiter kennengelernt, welcher sehr zielstrebig die sich selber gesteckten gesteckten Ziele realisierte. [...]

[...]"

Im Übrigen wird das Berichtigungsbegehren des Klägers 1 und Widerbeklagten abgewiesen.

5. Es werden keine Kosten erhoben.
6. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
- 7./8. [Mitteilung und Rechtsmittel].

### **Berufungsanträge:**

- I. der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsklägerin (Urk. 59 S. 2):
  1. Es seien Entscheidungsdispositiv-Ziff. 1 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 10. April 2017 (AH160009-H/U) aufzuheben und es sei die Klage des Klägers 1 unter Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers 1 abzuweisen.
  2. Es sei Entscheidungsdispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 10. April 2017 (AH160009-H/U) aufzuheben und es sei die Klage der Klägerin 2 unter Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Klägerin 2 abzuweisen.
  3. Es sei Entscheidungsdispositiv-Ziff. 3 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 10. April 2017 (AH160009-H/U) aufzuheben und es sei der Widerbeklagte unter Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu verpflichten, der Widerklägerin den Betrag von CHF 1'080 zu bezahlen.
  4. Es sei Entscheidungsdispositiv-Ziff. 6 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 10. April 2017 (AH160009-H/U) aufzuheben und es sei der Kläger 1 (bzw. Widerbeklagte) sowie die Klägerin 2 zu verpflichten, der Beklagten (bzw. Widerklägerin) eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen.
  5. Alles unter Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers 1 (bzw. Widerbeklagten) sowie zu Lasten der Klägerin 2.
- II. des Klägers 1, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 72 S. 2):
  1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf aufzutreten [sic] ist, und das vorinstanzliche Urteil sei zu bestätigen;
  2. unter Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuerzusatz zu Lasten der Beklagten.
- III. der Klägerin 2 und Berufungsbeklagten (Urk. 68 S. 2):
  1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
  2. Das Urteil vom 10. April 2017 des Bezirksgerichts Pfäffikon sei zu bestätigen.
  3. Unter o/e-Kostenfolge zulasten der Berufungsklägerin.

## **Erwägungen:**

### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1.1 Dem vorliegenden Verfahren liegt eine arbeitsrechtliche Streitigkeit zwischen der Beklagten und ihrem ehemaligen Arbeitnehmer, dem Kläger 1, zugrunde. Die Vorinstanz fasste den streitgegenständlichen Sachverhalt wie folgt zusammen (Urk. 60 S. 8), was im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet wird: Der Kläger 1 wurde von der Beklagten per 1. März 2015 als technischer Betriebsleiter mit einem Pensum von 100% zu einem Bruttolohn von Fr. 8'000.– zuzüglich 13. Monatslohn eingestellt. Zufolge diverser Unstimmigkeiten zwischen den Vertragsparteien wurde dem Kläger 1 mit Schreiben vom 27. Januar 2016 von der Beklagten per 29. Februar 2016 noch im ersten Dienstjahr unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten einmonatigen Kündigungsfrist wieder gekündigt. Am Dienstag, 9. Februar 2016, und somit innerhalb der Kündigungsfrist meldete sich der Kläger 1 um 17.25 Uhr von der Arbeit ab und erschien bis und mit Freitag, 12. Februar 2016, nicht mehr zur Arbeit, da er gemäss eigenen Aussagen krank gewesen sei. Er nahm seine Arbeit erst am Montag, 15. Februar 2016, wieder auf. Ein Arztzeugnis für seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit brachte der Kläger 1 trotz entsprechender Aufforderungen seitens der Beklagten nicht bei, da er der Ansicht war, ein solches sei erst nach dem dritten Krankheitstag vorzulegen.

1.2 Der Kläger 1 begründet seine Lohnforderung gegenüber der Beklagten im Wesentlichen damit, dass sich die Kündigungsfrist zufolge Krankheit gestützt auf Art. 336c OR um einen Monat, d.h. bis Ende März 2016, verlängert habe. Da der Kläger 1 jedoch für den Monat März 2016 von der Klägerin 2 bereits eine Arbeitslosenentschädigung erhalten hatte, machte er mit seiner Klage vom 11. Juli 2016 (Urk. 1) lediglich den von ihm berechneten Differenzbetrag von Fr. 651.50, zuzüglich dem Anteil am 13. Monatslohn von Fr. 666.65, geltend (Prot. I S. 3). Die Klägerin 2 reichte am 9. September 2016 ebenfalls eine Klage gegen die Beklagte ein (Urk. 15), woraufhin die beiden Verfahren im Sinne einer einfachen Streitgenossenschaft vereinigt wurden (Urk. 60 S. 3; Urk. 20). Die Klägerin 2 begründet ihre Forderung damit, dass sie dem Kläger 1 für den Monat März 2016 aufgrund

des verlängerten Arbeitsverhältnisses ungerechtfertigt Arbeitslosentaggelder im Umfang von Fr. 5'274.65 entrichtet habe. Mit der Zahlung an den Kläger 1 seien die Ansprüche des Versicherten gegenüber der Arbeitgeberin im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung im Sinne einer Legalzession gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG auf die Arbeitslosenkasse übergegangen (Urk. 15; Prot. I S. 6 f.).

1.3 Die Beklagte ihrerseits bestritt vor Vorinstanz, dass der Kläger 1 während der Kündigungsfrist krank gewesen sei. Er habe bis heute keinerlei Beweise für das Vorliegen einer unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit erbracht. Der Kläger 1 sei daher unentschuldigt der Arbeit fern geblieben, weshalb sich das Arbeitsverhältnis nicht um einen Monat verlängert habe. Somit stehe ihm auch kein Lohnanspruch bis Ende März 2016 zu (Urk. 60 S. 11; Urk. 23 S. 9 ff.). Indessen verlangte die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. November 2016 im Sinne einer Widerklage den von ihr für den Zeitraum vom 10. bis zum 12. Februar 2016 geleisteten Nettolohn in der Höhe von Fr. 1'080.– zurück. Der Kläger 1 habe während dieser Zeit keine Arbeitsleistung erbracht, weshalb ihm auch kein arbeitsvertraglicher Lohnanspruch zustehe (Urk. 23 S. 2 und 13 f.).

1.4 Nach durchgeführtem Beweisverfahren hiess die Vorinstanz mit Urteil vom 10. April 2017 die Begehren der Kläger 1 und 2 gut. Die Widerklage der Beklagten wurde dementsprechend abgewiesen (Urk. 60 S. 41 f., Dispositivziffer 1-3). Der weitere Prozessverlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 60 S. 3 f.).

2. Mit Eingabe vom 16. Juni 2017 (Poststempel: 19. Juni 2017) erhob die Beklagte fristgerecht Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 59). Mit Verfügung vom 29. Juni 2017 wurde den Klägern Frist angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten (Urk. 62). Die Berufungsantwort der Klägerin 2 datiert vom 31. Juli 2017 (Urk. 68), diejenige des Klägers 1 vom 4. September 2017 (Urk. 72). Beide Berufungsantwortschriften wurden der Beklagten mit Verfügung vom 8. September 2017 zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 73). Mit Schreiben vom 22. September 2017 verzichtete die Beklagte explizit auf eine entsprechende Stellungnahme (Urk. 75).

3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-58).

## II. Prozessuales

1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO; Urk. 60 S. 2 a.E.) und die nicht unter einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1; Urk. 54/1 und Urk. 59). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Anträge und Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist auf die Berufung einzutreten.

2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 569 E. 2.3.3). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen insofern einzugehen, soweit sie für die Entscheidungsfindung relevant sind (BGE 134 I 83 E. 4.1).

3. Das vorliegende Verfahren hat eine arbeitsrechtliche Angelegenheit zum Gegenstand, deren Streitwert weniger als Fr. 30'000.– beträgt (vgl. Urk. 60 S. 2).

Für derartige Streitigkeiten gilt das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO), und das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Ermittlung der für den Entscheid massgeblichen Tatsachen (Sachverhaltserstellung) unterliegt der sog. sozialen bzw. eingeschränkten Untersuchungsmaxime (BK ZPO II-KILLIAS, Art. 247 N 26 ff.).

4.1 In prozessualer Hinsicht stellt die Beklagte im Rahmen ihrer Berufung den folgenden Verfahrensantrag (Urk. 59 S. 2):

"Es sei der Beklagten/Widerklägerin durch Herausgabe der elektronischen Datei Einsicht in die Tonaufzeichnung der Zeugeneinvernahme von D. \_\_\_\_\_ zu gewähren und es sei nach Massgabe der Tonaufzeichnung act. 38, Seite 4, Zeile 5 mittels Transkription der tatsächlichen Aussagen der Zeugin D. \_\_\_\_\_ zu berichtigen."

4.2 Bereits vor Vorinstanz beantragte die Beklagte gestützt auf Art. 53 Abs. 2 und Art. 235 Abs. 3 ZPO drei Mal die Herausgabe der elektronischen Tonaufzeichnung der Einvernahme der Zeugin D. \_\_\_\_\_ (Urk. 45, 48 und 55). Die Beklagte ist der Ansicht, dass eine entscheidende Zeugenaussage der Lebenspartnerin des Klägers 1 falsch protokolliert worden sei. Die Zeugin D. \_\_\_\_\_ solle gemäss Protokoll auf die Frage der Vorderrichterin «*Haben Sie das Gefühl, dass er Fieber hatte?*», zur Antwort gegeben haben: «*Ja, er hatte einen warmen Kopf*» (Urk. 38, Seite 4). Vielmehr habe die Zeugin D. \_\_\_\_\_ jedoch sinngemäss geantwortet, sie hätte kein Fieber feststellen können (Urk. 45; Urk. 59 Rz 9). Für den Fall, dass sich anhand der Tonaufnahme eine unrichtige Protokollierung bestätigen sollte, ersuchte die Beklagte um entsprechende Berichtigung des Protokolls (Urk. 45; Urk. 59 Rz 8).

4.3 Die Vorinstanz wies das Protokollberichtigungs- bzw. Akteneinsichtsgesuch der Beklagten mit Beschluss vom 5. Mai 2017 mit folgender Begründung ab: Durch die Unterzeichnung des Einvernahmeprotokolls anerkenne der Zeuge die protokollierten Aussagen, sofern ihm das Protokoll durch Verlesen oder selbständiges Lesen zur Kenntnis gebracht worden sei. Weiteren Aufzeichnungen der Einvernahme (Handprotokoll, Tonbandaufnahme etc.) komme in einem solchen Fall lediglich eine Hilfsfunktion zu. Solche zusätzlichen Aufzeichnungen hätten nur dann eine eigenständige Bedeutung und seien zu den Akten zu nehmen, wenn



auf das Lesen und die Unterzeichnung des Einvernahmeprotokolls durch den Zeugen verzichtet werde und das Protokoll erst im Anschluss an die Einvernahme gestützt auf die Tonbandaufzeichnung verfasst werde. Nur wenn auf die förmliche Anerkennung des Einvernahmeprotokolls durch Unterzeichnung verzichtet werde, dürfte überhaupt ein Anspruch auf Protokollberichtigung im Sinne von Art. 235 Abs. 3 ZPO bestehen. Vorliegend habe die Zeugin D.\_\_\_\_\_ ihr Einvernahmeprotokoll direkt im Anschluss an die Befragung gelesen und vorbehaltlos unterzeichnet (Urk. 38; Prot. I S. 31), womit sie dessen Inhalt umfassend anerkannt habe. Der Tonbandaufzeichnung der entsprechenden Zeugeneinvernahme komme somit keine Bedeutung und somit auch keine Aktenqualität mehr zu. Es sei vielmehr einzig auf die von der Zeugin anerkannten Aussagen im schriftlichen Einvernahmeprotokoll abzustellen. Die Beklagte habe folglich mangels Rechtsschutzinteresses keinen Anspruch auf eine Protokollberichtigung und somit auch keinen Anspruch auf Herausgabe der entsprechenden Tonbandaufnahme (Urk. 47 und 57).

4.4 Der Vorinstanz ist insofern Recht zu geben, dass ein Protokollberichtigungs-gesuch stets ein schutzwürdiges Interesse voraussetzt. Legitimiert sind in erster Linie die Parteien. Zeugen und Sachverständige können zur Anfechtung berechtigt sein, wenn sie die Richtigkeit der protokollierten Aussagen nicht bereits durch Unterschrift bestätigt haben. Unterschreiben sie in Kenntnis des Protokollinhaltes nach Art. 176 Abs. 1 ZPO, können sie Inhalt und Umfang der protokollierten Aussagen später grundsätzlich nicht mehr beanstanden (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 235 N 44). Diese Einschränkung gilt hingegen für die Prozessparteien nicht. Wird vom Gericht nach der Einvernahme auf ein Verlesen der protokollierten Zeugenaussagen verzichtet, erlangen die Parteien erst zu einem späteren Zeitpunkt Kenntnis vom Zeugenprotokoll. Sie können also nicht unmittelbar intervenieren, wenn der Zeuge – sei es bewusst, sei es aus Nachlässigkeit – etwas unterzeichnet, das er so nicht ausgesagt hat. Den Parteien muss daher die Möglichkeit offenstehen, ein Begehren um Berichtigung eines von einem Zeugen unterzeichneten Einvernahmeprotokolls zu stellen, das ihnen anlässlich der Zeugeneinvernahme nicht zur Kenntnis gebracht worden war (ZR 114 [2015] Nr. 9, S. 44, m.w.H.; vgl. auch MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 176 N 34). Entgegen der Auf-

fassung der Vorinstanz ist ein Begehren um Protokollberichtigung somit auch dann noch zulässig, wenn die Zeugin – wie vorliegend – das Einvernahmeprotokoll selbst durchgelesen und anschliessend unterzeichnet hat (Prot. I S. 31; Urk. 38). Dadurch, dass das Protokoll nach der Zeugeneinvernahme nicht durch das Gericht verlesen wurde, hatten die Parteien keine Möglichkeit, eine ihrer Ansicht nach fehlerhafte Protokollierung zu beanstanden. Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses der Beklagten an einer Protokollberichtigung bzw. an einer Akteneinsicht zu Unrecht verneint (Urk. 47). Unter den gegebenen Umständen hätte sie auf das Protokollberichtigungsbegehren eintreten und dieses unter Beizug des Handprotokolls (vgl. KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, Art. 235 N 15) materiell behandeln müssen. Sofern die Einvernahme zusätzlich mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet wurde, sind diese Aufnahmen sodann im Rahmen des Protokollberichtigungsverfahrens den Parteien auf entsprechenden Antrag zur Verfügung zu stellen (NAEGELI/RICHERS, a.a.O.; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 176 N 7; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 235 N 19; REINERT, Stämpflis Handkommentar, Art. 176 ZPO N 4; MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 176 N 20; vgl. auch die Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBI 2006 S. 7322 und S. 7343).

4.5 Die Beklagte beantragt nun vor Obergericht eine Berichtigung des streitgegenständlichen Zeugenprotokolls durch die Berufungsinstanz (Urk. 59 S. 2 und Rz 15 f. sowie Rz 44). Der Rechtsmittelinstanz steht diesbezüglich jedoch kein Entscheidungsrecht zu (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 235 N 41). Zuständig für die Beurteilung des Gesuchs ist das Gericht, über dessen Verhandlung Protokoll geführt wurde. Nur dieses Gericht kann aufgrund eigener Wahrnehmung beurteilen, ob das Protokoll korrekt geführt worden ist. Auf ein vor oberer Instanz gestelltes Gesuch um Berichtigung des vorinstanzlichen Protokolls ist mangels Zuständigkeit nicht einzutreten (PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 25, mit Verweis auf ZR 108 [2009] Nr. 50, S. 218). Die Rechtsmittelinstanz kann den angefochtenen Entscheid höchstens aufheben und die Sache zur (Neu)Beurteilung an die Vorinstanz zurückweisen. Wie sich nachfolgend jedoch zeigen wird, hat die von der Beklagten beanstandete Protokollstelle keine entscheiderelevanten Auswirkungen auf die Beweiswürdigung im vorliegenden Verfahren (E. III.2.3.5). Auch wenn das

Protokoll im Sinne der Beklagten angepasst bzw. berichtigt werden würde, hätte dies auf den Ausgang des Prozesses keinen Einfluss. Entsprechend kann die Frage in casu offenbleiben, ob die von der Beklagten beanstandete Protokollstelle tatsächlich unrichtig abgefasst wurde oder nicht. Nach dem Gesagten ist auf das Akteneinsichts- bzw. Protokollberichtigungsgesuch der Beklagten nicht einzutreten und von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen.

### **III. Materielle Beurteilung**

#### **1. Beweislast**

1.1 In Übereinstimmung mit der Beklagten steht im vorliegenden Verfahren die Frage im Zentrum, ob der Kläger 1 vom 10. bis und mit 12. Februar 2016 krank gewesen ist oder nicht (Urk. 59 Rz 17). Die Vorinstanz führte im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung aus, der Beweis für die Arbeitsverhinderung durch Krankheit oder Unfall obliege grundsätzlich dem Arbeitnehmer und werde in der Regel durch ein Arztzeugnis erbracht. Das Beibringen eines solchen Zeugnisses sei jedoch nicht Voraussetzung für die Lohnfortzahlungspflicht, sondern bloss eine Ordnungsvorschrift, weshalb der Arbeitnehmer die Gesundheitsstörung auch mit anderen Beweismitteln nachweisen könne. Nach einer Mehrheitsauffassung in der Literatur habe jedoch der Arbeitgeber das Fehlen einer Krankheit während der vorangehenden Tage zu beweisen, wenn vertraglich vorgesehen sei, dass erst ab einem bestimmten Krankheitstag ein Arztzeugnis einzureichen sei. Es finde diesfalls eine Beweislastumkehr statt. Vorliegend sei vertraglich vereinbart worden, dass der Kläger 1 ab dem dritten Krankheitstag ein Arztzeugnis beizubringen habe. Da der Kläger 1 mutmasslich aus gesundheitlichen Gründen insgesamt drei Tage an der Arbeit verhindert gewesen sei, habe er die von ihm behauptete Krankheit demnach auch aus vertraglicher Sicht zu beweisen. Dies gelte zumindest für den dritten Krankheitstag, d.h. vorliegend den 12. Februar 2016. Aufgrund der vorgenannten vertraglichen Abmachung, wonach erst ab dem dritten Krankheitstag ein Arztzeugnis beizubringen sei, hätte alsdann – nach einem Teil der Lehre – für die beiden vorangegangenen Abwesenheitstage, d.h. den 10. und 11. Februar 2016, im Sinne einer Beweislastumkehr die Beklagte zu beweisen,

dass der Kläger 1 nicht krank gewesen sei. Da vorliegend jedoch der Beweis für eine Krankheit des Klägers 1 erbracht worden sei, sei dieser Lehrstreit angesichts des Beweisergebnisses unerheblich (Urk. 60 S. 15-17). Die Vorinstanz hat demgemäss die Frage der Beweislastverteilung nicht abschliessend beantwortet, da ihrer Ansicht nach der Kläger 1 den Beweis erbracht habe, dass er innerhalb der Kündigungsfrist während drei Tagen arbeitsunfähig gewesen sei.

1.2 Die Beklagte rügt berufsungsweise die von der Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung als aktenwidrig, willkürlich und unhaltbar, weshalb auch das Beweisergebnis falsch sei. Deshalb sei vorab gleichwohl die Beweislastverteilung zur klären (Urk. 59 Rz 19).

1.2.1 Soweit die Kläger sich auf die Sperrfristwirkung nach Art. 336c OR beziehen, hätten sie nach Art. 8 ZGB die krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung zu beweisen. Und auch wenn sich ein Teil der Lehre im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR für eine Umkehr der Beweislast ausspreche, wo arbeitsvertraglich vereinbart sei, dass erst nach einer gewissen Anzahl von Krankheitstagen ein Arztzeugnis beizubringen sei, müsse man sich zunächst die Frage stellen, ob sich diese Lehrmeinung überhaupt auf Art. 336c OR übertragen lasse. Die Vorinstanz habe dies getan, ohne jedoch zur Übertragbarkeit der Doktrin zu Art. 324a OR auf Art. 336c OR Erwägungen anzustellen – so die Beklagte weiter. Dies gehe freilich nicht an. Denn die finanzielle Tragweite einer Lohnfortzahlungspflicht für zwei oder drei Tage sei substantiell kleiner als die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses (mit Lohnzahlungspflicht) um einen ganzen Monat. Es werde wohl kaum die Intention der Befürworter einer Beweislastumkehr im Zusammenhang mit Art. 324a OR gewesen sein, dem Arbeitgeber auch den Beweis der nicht existenten Krankheit auferlegen zu wollen, wenn über die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nach Massgabe von Art. 336c Abs. 3 OR zu befinden sei (Urk. 59 Rz 20 f.).

1.2.2 Überhaupt sei zu hinterfragen, ob heute wirklich noch von einer "Mehrheitsauffassung" gesprochen werden könne. Denn inzwischen würden auch gewichtige Stimmen in der arbeitsrechtlichen Literatur eine Beweislastumkehr im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers verwerfen. So-

dann sei die Erwägung der Vorinstanz falsch, dass nach einem Teil der Lehre für die beiden ersten Abwesenheitstage, d.h. den 10. und 11. Februar 2016, von einer Beweislastumkehr zu Lasten der Beklagten ausgegangen werden müsste und die Kläger lediglich für den dritten Krankheitstag beweisbelastet wären. Die Vorinstanz verkenne den Schutzzweck, welcher der postulierten Beweislastumkehr zugrunde liege. Den zum Beleg angeführten Literaturstellen sei zu entnehmen, dass die Beweislastumkehr eine Art des Vertrauensschutzes darstelle. Habe der Arbeitgeber ausdrücklich auf die Beibringung eines Arztzeugnisses verzichtet, dann könne er nicht Monate später die Lohnzahlung mit der Einrede unentschuldigter Fernbleibens zurückfordern. Es gehe mit anderen Worten darum, dass der Arbeitgeber nicht viel später den Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit durch strikten Beweis verlangen könne, wenn sich der Arbeitnehmer in guten Treuen auf den vertraglich festgesetzten Zeitrahmen verlassen habe, in welchem kein ärztliches Attest beizubringen sei (Urk. 59 Rz 22-24).

1.2.3 Die einschlägigen Literaturstellen, die eine Beweislastumkehr befürworteten, würden sich sodann alleine auf Kurzabsenzen beziehen. Ganz bestimmt sei damit nicht gemeint, dass bei einer über die Kurzabsenz hinausgehenden Arbeitsverhinderung wegen Krankheit die grundsätzliche Beweislastumkehr zulasten des Arbeitgebers für die ersten Krankheitstage greifen würde. Denn eine Umkehr der Beweislast liesse sich auch hier wiederum nur aus Gründen des Vertrauensschutzes rechtfertigen. Dem Kläger 1 sei in der vorliegenden Konstellation jedoch keinerlei Vertrauensschutz zuzubilligen. Denn nach glasklarer arbeitsvertraglicher Regelung hätte von ihm ab dem dritten Krankheitstag ein ärztliches Attest vorgelegt werden müssen. Und selbstverständlich hätte dieses Zeugnis die gesamte Dauer der Arbeitsunfähigkeit belegen müssen. Der Kläger 1 habe klar gegen diese arbeitsvertragliche Ordnungsvorschrift verstossen. Er könne damit auch keinerlei Vertrauensschutz für sich beanspruchen, was die ersten beiden Krankheitstage betreffe. Damit falle in der vorliegenden Konstellation auch die Umkehr der Beweislast für das Vorliegen der Krankheit vom 10. und 11. Februar 2016 ausser Betracht. Eine Beweislastumkehr wäre lediglich in Frage gekommen, wenn der Kläger 1 zwar ein Arztzeugnis eingeholt hätte, dieses aber die Krankheit

erst ab dem dritten Tag attestieren würde. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall (Urk. 59 Rz 25-29).

1.2.4 Zusammenfassend hält die Beklagte fest, die Kläger hätten nach dem Gesagten in Anwendung von Art. 8 ZGB den strikten Beweis zu erbringen, dass der Arbeitnehmer vom 10. bis und mit 12. Februar 2016 wegen Krankheit unverschuldet arbeitsunfähig gewesen sei (Urk. 59 Rz 30).

1.3 Die Beweislast für eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit trägt nach der allgemeinen Regel gemäss Art. 8 ZGB derjenige, der aus dem Vorhandensein der behaupteten Tatsache Rechte ableitet, also grundsätzlich der Arbeitnehmer (ZK-STAEHELIN, Art. 234a OR N 9 und N 31, m.w.H.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Art. 324a N 12; BGer 4C.315/2006 vom 10. Januar 2007, E. 3.2.2). Der Arbeitnehmer ist bezüglich der Beweismittel nicht eingeschränkt. Selbst wenn eine arbeitsvertragliche Verpflichtung besteht, ab einem bestimmten Tag der Arbeitsunfähigkeit ein ärztliches Attest vorzulegen, kann die Verhinderung an der Arbeitsleistung auch auf andere Weise (z.B. mittels Zeugen) bewiesen werden (PÄRLI/HUG/PETRIK, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Bern 2015, Rz 216; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag - Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 324a N 9a). Die Beibringung eines Arztzeugnisses ist in jedem Fall nur eine Nebenpflicht bzw. eine Ordnungsvorschrift, von der die Lohnzahlung nicht abhängig gemacht werden kann (GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, Rz 431; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 234a N 24).

1.4 In Übereinstimmung mit der Vorinstanz vertritt eine überwiegende Mehrheit der Lehre die Auffassung, dass sich die Beweislast umkehrt, wenn der Arbeitsvertrag vorsieht, dass der Arbeitnehmer erst nach einer gewissen Zeit ein Arztzeugnis beibringen muss. Ist also gemäss arbeitsvertraglicher Regelung die Vorlage eines Arztzeugnisses erst ab einer bestimmten Krankheitsdauer vorgesehen, so trägt die Arbeitgeberin für die Zeit davor die Beweislast, dass der Arbeitnehmer – trotz seiner gegenteiligen Behauptung – gesund und somit arbeitsfähig gewesen ist (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 234a N 24; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a OR N 18; ZK-STAEHELIN, Art. 324a OR N 11; CHK-EMMEL, Art. 324a OR

N 3; BRÜHWILER, a.a.O., Art. 324a N 9a; BRUNNER/BÜHLER/WEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, Art. 324a N 3; TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM, Arbeitsrecht, Lausanne 2006, Rz 1.19 zu Art. 324a OR; LEU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 154 N 159; MÜLLER, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2010 S. 169; SCHMID, Zum Beweislastvertrag, in: SJZ 2004 S. 481; GEISER, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, in: AJP 2003 S. 333; GNAEGI, Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, Diss. 1996, S. 68; vgl. auch das Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 16. August 2007, in: BJM 2009 S. 114 ff.). Wo laut Arbeitsvertrag die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses in den ersten Tagen einer Arbeitsunfähigkeit nicht erforderlich ist, ist der Arbeitnehmer somit während dieser Zeit von der Beweispflicht betreffend seine Arbeitsverhinderung befreit. Verzichtet die Arbeitgeberin vertraglich auf die Einforderung eines Arztzeugnisses während einer bestimmten Anzahl Abwesenheitstage, hat sie gemäss vorstehender Mehrheitsauffassung den Nachweis zu erbringen, dass der Arbeitnehmer während dieser Kulanzfrist nicht krank war, wenn sie die Arbeitsunfähigkeit nachträglich bestreitet.

1.5 Die von der Beklagten vorgebrachten "gewichtige[n] Stimmen in der arbeitsrechtlichen Literatur", die "inzwischen" eine Beweislastumkehr im vorgenannten Sinne verwerfen (Urk. 59 Rz 22), sind demgegenüber stark in der Minderheit und teilweise überholt. Entgegen der Behauptung der Beklagten spricht sich BRÜHWILER ebenfalls deutlich für eine Beweislastumkehr aus (BRÜHWILER, a.a.O., Art. 324a N 9a, a.E.: *"Ist vertraglich die Vorlage eines Arztzeugnisses erst ab bestimmter Krankheitsdauer (z.B. ab 3. Krankheitstag) vorgesehen, so hat der Arbeitgeber für die Zeit vorher nachzuweisen, dass der Arbeitnehmer trotz seiner gegenteiligen Behauptung nicht arbeitsunfähig war."*). STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (a.a.O.) halten in N 12 zu Art. 324a OR diesbezüglich nur pauschal fest, dass sie die Mehrheitsauffassung betreffend Beweislastumkehr nicht teilen würden. Eine Begründung für diese abweichende Haltung geht aus der Kommentierung jedoch nicht hervor. Mit Verweis auf CARRUZZO (Le contrat individuel de travail, Zürich 2009, Art. 324a N 6) führen die erwähnten Autoren lediglich aus, dass der Arbeitgeber selbst mit einer solchen Vertragsklausel schon früher ein Arztzeugnis verlangen könne, wenn er z.B.

aufgrund regelmässiger Absenzen am Freitag Zweifel an der Arbeitsverhinderung habe. Diese Aussage ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, widerlegt jedoch die Mehrheitsmeinung in Bezug auf die Beweislastumkehr keineswegs. So hätte die Beklagte in casu tatsächlich die Möglichkeit gehabt, zum Zeitpunkt, als sich der Kläger 1 krank meldete, ein Arztzeugnis zu verlangen (auch für die ersten beiden Krankheitstage), da E.\_\_\_\_\_ seitens der Beklagten (angeblich) durchaus Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit gehabt habe (Urk. 59 Rz 33). Erscheint einer Arbeitgeberin die Entschuldigung des Arbeitnehmers für eine krankheitsbedingte Abwesenheit vom Arbeitsplatz nicht glaubwürdig, so kann sie umgehend ein Arztzeugnis zur Bestätigung verlangen (MÜLLER, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2010 S. 169). Verlangt die Arbeitgeberin jedoch – trotz bestehender Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit – kein Arztzeugnis für die ersten Tage, für welche gemäss Vertrag kein Attest beigebracht werden müsste, ist in Übereinstimmung mit der Mehrheitsauffassung davon auszugehen, dass für diese Zeitspanne eine Beweislastumkehr zulasten der Arbeitgeberin erfolgt. Schliesslich verweist die Beklagte noch auf EGLI (Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, in: AJP 2000 S. 1069), der sich gegen eine Beweislastumkehr ausspricht, da eine solche Regelung seiner Ansicht nach dem Grundsatz von Art. 8 ZGB widerspreche. EGLI begründet seine ablehnende Haltung – gestützt auf KUMMER (Berner Kommentar, 1966, Art. 8 ZGB N 376) – damit, dass dem Arbeitgeber einerseits aufgegeben werde, eine negative Tatsache zu beweisen, andererseits handle es sich um einen verpönten Beweislastvertrag. Beide Argumente sind nicht stichhaltig und werden durch die Neuauflage des Berner Kommentars widerlegt. So ist die als "Negativtheorie" bekannte Regel, nur positive Tatsachen, nicht aber Negativa seien beweisbar und zu beweisen (*negativa non sunt probanda*), weder verbrieft noch begründet. Zudem ergibt sich das Gegenteil bereits aus dem Gesetz, welches selbst verschiedentlich den Nachweis eines Negativums verlangt (vgl. BK-WALTER, 2012, Art. 8 ZGB N 323 ff.). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Arbeitgeberin keine negative Tatsache beweisen müsste, sondern durchaus eine positive, nämlich, dass der Kläger 1 – entgegen seiner Behauptung – vom 10. bis 12. Februar 2016 gesund und somit arbeitsfähig war. Was die Zulässigkeit von Beweislastverträgen anbelangt, wird diese heute



überwiegend bejaht. Dieser herrschenden Meinung pflichtet nun auch WALTER in der aktuellen Ausgabe des Berner Kommentars bei. Insbesondere seien Beweislastverträge zulasten der Arbeitgeberin zulässig (BK-WALTER, 2012, Art. 8 ZGB N 654 und N 658, m.w.H.). Somit kann die von der Beklagten vorgebrachte Auffassung von EGLI aus dem Jahr 2000 mittlerweile als überholt betrachtet werden.

1.6 Nach dem Gesagten befürwortet die Lehre praktisch einhellig eine Beweislastumkehr für die ersten Krankheitstage, sofern gemäss Arbeitsvertrag ein Arztzeugnis erst nach dieser Kulanfrist vorgelegt werden muss. Damit soll verhindert werden, dass der Arbeitnehmer wegen jeder noch so kleinen gesundheitlichen Beeinträchtigung sofort einen Arzt aufsuchen muss. Zudem wird mit der Umkehr der Beweislast vermieden, dass der Arbeitnehmer im Streitfall in einen Beweisnotstand gerät, wenn er Wochen oder Monate später seine damalige Arbeitsunfähigkeit nachweisen müsste. Verzichtet die Arbeitgeberin vertraglich explizit auf die Vorlage eines ärztlichen Attests für eine gewisse Anzahl Abwesenheitstage, ist es sachgerecht und folgerichtig, dass sie für diese Zeit auch die Beweislast trägt, wenn die Arbeitsunfähigkeit von ihr später bestritten wird. Von einem Arbeitnehmer kann nicht verlangt werden, dass er den strikten Beweis für seine Arbeitsunfähigkeit zu erbringen hat, wenn er vertraglich ausdrücklich von der Beibringung eines Arztzeugnisses (zumindest für die ersten Tage) befreit ist. Während dieser Kulanfrist muss und darf sich der Arbeitnehmer darauf verlassen können, dass er für diese Zeit kein Arztzeugnis vorlegen muss und auch später nicht – aus beweisrechtlichen Gründen – zu einer solchen Vorlage verpflichtet wird. Würde man die Beweislastumkehr während der Kulanfrist ablehnen, müsste sich der Arbeitnehmer – trotz gegenteiliger Regelung im Arbeitsvertrag – bei jeder gesundheitlichen Störung zur Sicherheit ein Arztzeugnis besorgen, für den Fall, dass die Arbeitgeberin die Krankheit später einmal bestreiten sollte.

1.7 Die erwähnte Beweislastumkehr gilt nicht nur für die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR, sondern muss auch beim Unterbruch bzw. bei der Verlängerung der Kündigungsfrist im Sinne von Art. 336c OR zur Anwendung gelangen. Es kann nicht angehen, dass dieselbe arbeitsvertragliche Regelung je nach Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit zu einer unterschiedlichen Beweislastverteilung führt.

Vereinbaren die Parteien im Arbeitsvertrag, dass der Arbeitnehmer erst ab dem dritten Tag ein Arzzeugnis beibringen muss, so gilt dieser Beweislastvertrag – mangels abweichender Regelung – auch während der Kündigungsfrist. Es wäre der Beklagten freigestanden, einen entsprechenden Vorbehalt für den Krankheitsfall während laufender Kündigungsfrist anzubringen. So kann die Arbeitgeberin im Arbeitsvertrag beispielsweise verlangen, dass während der Kündigungsfrist bereits ab dem ersten Abwesenheitstag ein ärztliches Attest vorzulegen ist. Verzichtet sie jedoch auf eine solche abweichende Bestimmung für die Kündigungsfrist, ist der Arbeitnehmer wie vorstehend erläutert von seiner Beweislast befreit, auch wenn es um die krankheitsbedingte Verlängerung des Arbeitsverhältnisses geht. Weshalb die Beweislastumkehr im Anwendungsbereich von Art. 336c OR nicht zur Anwendung kommen sollte, ist nicht ersichtlich und würde zu einer Rechtsunsicherheit führen.

1.8. Schliesslich ist den obgenannten Literaturstellen nicht zu entnehmen, dass bei einer längeren krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit die Beweislastumkehr dahinfällt, und der Arbeitnehmer nun auch die Beweislast für die ersten Abwesenheitstage zu tragen hat, für welche gemäss Arbeitsvertrag eigentlich gar kein Arzzeugnis vorgelegt werden muss. Ist der Arbeitnehmer erst ab einem bestimmten Tag verpflichtet, einen Arzt aufzusuchen, kann von ihm nicht verlangt werden, dass er diesfalls auch für die vergangenen Tage während der Kulanfrist den strikten Beweis für seine Arbeitsunfähigkeit erbringen muss. Trüge der Arbeitnehmer auch für die ersten beiden Krankheitstage die Beweislast, obwohl er erst ab dem dritten Tag ein ärztliches Attest vorlegen muss, wäre er darauf angewiesen, dass der Arzt ihm ein (verpöntes) rückwirkendes Zeugnis ausstellt. Rückwirkend ausgestellte Zeugnisse sind deshalb problematisch, weil der Arzt nur mit eingeschränkter Sicherheit beurteilen kann, ob die behauptete Arbeitsunfähigkeit tatsächlich schon vor der Konsultation vorgelegen hat. Solche rückwirkenden Atteste basieren regelmässig allein auf der Patientenschilderung und werden demgemäss ohne objektive Feststellung des Arztes abgegeben, weshalb ihnen nur sehr geringe Beweiskraft zukommt und sie entsprechend nur in Ausnahmefällen ausgestellt werden sollten (MÜLLER, Arzzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2010 S. 172; BRÜHWILER, a.a.O., Art. 234a N 9b). Wie vorstehend

dargelegt, besteht in casu aufgrund der vertraglichen Vereinbarung für die ersten beiden Krankheitstage eine Vermutung zugunsten des Klägers 1, wonach er seine Arbeitsunfähigkeit während dieser Kulanfrist nicht beweisen muss. Weshalb diese Vermutung zugunsten des Arbeitnehmers ab dem dritten Krankheitstag plötzlich dahinfallen soll, ist nicht ersichtlich und würde letzteren regelmässig vor schwierige Beweisprobleme stellen und das rückwirkende Arztzeugnis zum Regelfall machen.

1.9 Zusammenfassend ist vorliegend davon auszugehen, dass die Kläger die Arbeitsunfähigkeit des Klägers 1 erst ab dem dritten Krankheitstag zu beweisen haben. Folgt man der Mehrheitsauffassung in der Lehre, trägt demgegenüber die Beklagte für die ersten beiden Abwesenheitstage aufgrund der vertraglichen Vereinbarung die Beweislast dafür, dass der Kläger 1 – entgegen seiner Behauptung – gesund und somit arbeitsfähig war. Wie sich nachfolgend zeigen wird, spielt die Beweislastverteilung im vorliegenden Fall aufgrund des Beweisergebnisses – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – keine entscheidende Rolle. Entsprechend muss auch die Frage nicht abschliessend geklärt werden, ob die Beweislastumkehr während der Kulanfrist in casu zur Anwendung gelangt oder nicht.

## 2. Beweiswürdigung

2.1.1 Die Vorinstanz kam nach Würdigung der abgenommenen Beweise zum Schluss, es erscheine insgesamt auch ohne Arztzeugnis als erwiesen, dass der Kläger 1 vom 10. bis und mit 12. Februar 2016 zufolge Krankheit unverschuldet an der Arbeit verhindert gewesen sei. Dabei stützte sich die Vorinstanz im Wesentlichen auf folgende Beweismittel (Urk. 60 S. 18 ff.):

- Belege für die Lohnauszahlung der Beklagten an den Kläger 1 für den Monat Februar 2016 (Urk. 36/1 und Urk. 32/1-2);
- Aussage der Zeugin D. \_\_\_\_\_ (Urk. 38);
- Parteibefragung des Klägers 1 (Prot. I S. 38 ff.);
- Arbeitgeberbescheinigung der Beklagten zuhanden der Arbeitslosenversicherung vom 5. März 2016 (Urk. 19/7.1);
- Aussage des Zeugen F. \_\_\_\_\_ (Urk. 39);

- Parteibefragung von G.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ seitens der Beklagten (Prot. I S. 32 ff. und S. 46 ff.).

Obwohl sich bezüglich der Krankheit die Parteiaussagen des Klägers 1 einerseits sowie diejenigen von E.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ andererseits gegenüberstünden, erscheine die Aussage des Klägers 1 als gewichtiger, da er unter Wahrheitspflicht ausgesagt habe, er sei im fraglichen Zeitraum krank gewesen. Demgegenüber könne aus den Aussagen von E.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_, wonach sie am 9. Februar 2016 keine Krankheitssymptome festgestellt hätten, nicht zugunsten der Beklagten abgeleitet werden, der Kläger 1 sei in den darauffolgenden Tagen nicht krank gewesen. Ferner hätten zwei von drei befragten Zeugen, F.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, bestätigt, dass sich der Kläger 1 in der fraglichen Zeitspanne krank angehört bzw. dieser krank ausgesehen habe. Insbesondere die Aussage von F.\_\_\_\_\_ sei dabei beachtlich, da dessen Zeugenaussage von der Beklagten eigentlich als Beweis gegen das Vorliegen einer Krankheit des Klägers 1 offeriert worden sei. Die dritte Zeugin, H.\_\_\_\_\_, habe demgegenüber keine sachdienlichen Aussagen betreffend eine allfällige Krankheit des Klägers 1 machen können. Ihre Aussage sei demnach als neutral zu werten. Schliesslich lege auch das Verhalten der Beklagten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nahe, dass auch sie anfangs von einer unverschuldeten Krankheit ausgegangen sei und sie die Arbeitsunfähigkeit des Klägers 1 erst nach der Geltendmachung der vorliegend zu beurteilenden Ansprüche bestritten habe (Urk. 60 S. 22 f.).

2.1.2 Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Nach dem Regelbeweismass ist der Beweis erbracht, wenn das Gericht vernünftigerweise und nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit der rechtserheblichen Tatsachenbehauptung d.h. von der Verwirklichung der umstrittenen Tatsache überzeugt ist. Die zu beweisende Tatsache muss somit nicht mit Sicherheit feststehen. Die Verwirklichung der streitigen Tatsache hat jedoch derart nahe zu liegen, dass sie als annähernd sicher erscheint. Es genügt, wenn allfällige Zweifel als nicht erheblich erscheinen. Solange die Zweifel mit überzeugenden Argumenten als unerheblich angesehen werden können, ist der Beweis erbracht. Verbleibende Zweifel sind demnach zulässig, wenn sie gesamthaft betrachtet nicht ins Gewicht fallen und keinen ernst zu nehmenden

Vorbehalt bezüglich der beabsichtigten Beweisentscheidung begründen (*OGer ZH LB120011 vom 03.12.2012, E. 11c*; LEU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 61 ff.). Im Folgenden ist anhand der berufsungsweise vorgebrachten Rügen zu prüfen, ob die Würdigung der einzelnen Beweise durch die Vorinstanz den erwähnten Grundsätzen standhält und das Beweisergebnis somit nachvollziehbar und vertretbar erscheint.

## 2.2 Lohnauszahlung für den Februar 2016

2.2.1 Die Beklagte rügt vor Obergericht, es sei unhaltbar die von ihr am 28. Februar 2016 ausgelöste Lohnauszahlung – vom heutigen Standpunkt aus betrachtet – als Indiz für eine unverschuldete Arbeitsunfähigkeit des Klägers 1 zu gewichten (Urk. 59 Rz 32; Urk. 60 S. 18). Wie im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens dargelegt worden sei, habe E.\_\_\_\_\_ seitens der Beklagten durchaus Zweifel an der Krankheit gehabt. Sie habe die Krankheit als "Retourkutsche" für den vorangegangenen Zwist über das Ferienguthaben betrachtet. Gleichwohl habe E.\_\_\_\_\_ dem Kläger 1 nichts Böses unterstellen wollen und sei im damaligen Zeitpunkt davon ausgegangen, dass er vertragsgemäss noch ein Arztzeugnis präsentieren werde. Da E.\_\_\_\_\_ noch vor der Rückkehr des Klägers 1 an den Arbeitsplatz in die Ferien abgereist sei, habe sie sich demnach erst wieder nach ihrer Rückkehr am 27. Februar 2016 mit der Krankheitsabsenz des Klägers 1 befassen können. Davon ausgehend, dass das gemäss Arbeitsvertrag beizubringende Arztzeugnis vom Kläger 1 noch nachgereicht werde, habe E.\_\_\_\_\_ die Lohnzahlung am 28. Februar 2016 in Auftrag gegeben. Inwiefern hierin ein Indiz für eine tatsächliche krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers 1 gesehen werden könne, sei nicht nachvollziehbar.

2.2.2 Gemäss Arbeitsvertrag zwischen der Beklagten und dem Kläger 1 hat der Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit ab dem dritten Tag ein ärztliches Zeugnis "innert zwei Tage[n]" beizubringen (Urk. 4/2 Ziff. 7.4). Der Kläger 1 hat nach seiner (behaupteten) Krankheit die Arbeit am Montag, 15. Februar 2016, wieder aufgenommen (vgl. Urk. 60 S. 8). Somit hätte das vertraglich vereinbarte Arztzeugnis spätestens am Dienstag, 16. Februar 2016, der Arbeitgeberin vorgelegt werden müssen, wovon auch die Beklagte ausgeht (Urk. 23 Rz 33). Der Kläger 1 war

demnach zum Zeitpunkt der Lohnauszahlung am 28. Februar 2016, was die Vorlage des Arzteugnisses betrifft, bereits mehr als zehn Tage in Verzug. Aufgrund dieser grossen Verspätung ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte nach wie vor fest mit der Beibringung eines ärztlichen Attestes gerechnet haben will, zumal sie damals (angeblich) bereits vermutet habe, dass das Verhalten des Klägers 1 eine "Retourkutsche" für die Unstimmigkeiten betreffend das Ferienguthaben gewesen sei (Urk. 59 Rz 33 mit Verweis auf Urk. 23 Rz 12; Prot. I S. 52). Trotz dieser behaupteten Zweifel und des fehlenden Arzteugnisses hat die Beklagte dem Kläger 1 den Lohn für den Monat Februar 2016 vorbehaltlos und vollständig überwiesen. Dabei wäre zu erwarten gewesen, dass die Beklagte – sollte sie dem Kläger 1 die Geschichte mit der Krankheit tatsächlich nicht geglaubt haben – bereits bei der Krankmeldung interveniert und umgehend einen Beleg für die (angeblich vorgeschobene) Arbeitsunfähigkeit verlangt hätte. Nach dem Gesagten ist die vorinstanzliche Erwägung nicht zu beanstanden, wonach das Verhalten der Beklagten zumindest ein Indiz dafür ist, dass auch sie damals zum Zeitpunkt der Lohnauszahlung von einer unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit des Klägers 1 auszugehen schien (Urk. 60 S. 18). Die Berufung erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

### 2.3 Zeugenaussage D. \_\_\_\_\_ (Urk. 38)

2.3.1 Die Beklagte beanstandet, die Würdigung der Zeugenaussage von D. \_\_\_\_\_ (Lebenspartnerin des Klägers 1) durch die Vorinstanz sei willkürlich, aktenwidrig und unhaltbar. Indem die Zeugin zu Protokoll gegeben habe, mehr oder weniger zu wissen, um was es im vorliegenden Prozess gehe und Einsicht in die Unterlagen des Klägers 1 gehabt zu haben, sei ihren Aussagen von vornherein jeglicher Beweiswert zugunsten ihres Lebenspartners abzusprechen. Aufgrund der persönlichen Nähe zum Kläger 1 und der Tatsache, dass D. \_\_\_\_\_ mit ihm über die Streitsache gesprochen habe, habe sie mit Sicherheit auch dessen Sachdarstellung internalisiert. Dies werde insbesondere dadurch belegt, dass sie sich – in Übereinstimmung mit den Behauptungen des Klägers 1 – noch an Details einer mehr als ein Jahr zurückliegenden dreitägigen Krankheit erinnern wolle, was aufgrund des durchschnittlichen menschlichen Erinnerungsvermögens kaum

möglich sei. So will sich die Zeugin noch daran erinnern können, dem Kläger 1 in der Apotheke Neocitran besorgt zu haben. Allerdings stünden ihre Angaben zum Kauf des Neocitrans am Donnerstag nach der Arbeit in Widerspruch zum vom Kläger 1 angegebenen Einnahmezeitpunkt am Mittwochabend. Es sei nicht glaubwürdig, dass sich die Partnerin des Klägers 1 in allen Details an die damaligen Vorgänge erinnern könne und sich diese haargenau mit den klägerischen Behauptungen decken würden, ausser in einem Detail, welches offensichtlich nicht hinreichend abgesprochen worden sei. Die Glaubhaftigkeit der Aussage von D.\_\_\_\_\_ sei umso mehr in Zweifel zu ziehen, als sie nicht in der Lage gewesen sei, darüber Auskunft zu erteilen, was sie dann am folgenden Wochenende (13./14. Februar 2016) gemacht habe. Und auch an die vorangehenden krankheitsbedingten Absenzen des Klägers 1 vom Oktober 2015 und Januar 2016 habe sich die Zeugin nicht erinnern können. Die detaillierten und offensichtlich mit dem Kläger 1 abgesprochenen Angaben zur Krankheit vom Februar 2016 erschienen vor diesem Hintergrund als unglaubhaft. Komme hinzu, dass die Zeugin D.\_\_\_\_\_ keinerlei eigene Wahrnehmungen gemacht habe, welche die angebliche Krankheit des Klägers 1 tatsächlich hätten bestätigen können. So habe sie nichts "Fassbares wie beispielsweise Husten oder Heiserkeit" festgestellt. Und entgegen der falschen Protokollierung, deren Berichtigung durch die Vorinstanz verweigert worden sei, habe sie auch kein Fieber feststellen können, sondern nur vielleicht einen warmen Kopf. D.\_\_\_\_\_ habe mit anderen Worten ihre Einschätzung alleine gestützt auf die Angaben des Klägers 1 vorgenommen. Die entsprechenden Angaben des Klägers 1, welche von der Zeugin im Rahmen ihrer Befragung wiedergegeben worden seien, entsprächen damit einer reinen Parteibehauptung. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass den Aussagen der Zeugin D.\_\_\_\_\_ keinerlei Beweiswert zukomme. Diese bildeten weder ein Indiz noch einen Beweis für eine tatsächliche Krankheit des Klägers 1 vom 10. bis zum 12. Februar 2016 (Urk. 59 Rz 35-45).

2.3.2 Bei der Würdigung von Zeugenaussagen kommt es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen an, verbunden mit der Art und Weise, wie die Angaben erfolgen. Es darf nicht einfach auf die Persönlichkeit oder allgemeine Glaubwürdigkeit von Zeugen abgestellt werden. Das wirtschaftliche Interesse am

Prozessausgang oder die persönliche Bindung bzw. die familiäre Verbundenheit zu einer Prozesspartei sind allein noch kein Grund, der Aussage zu misstrauen (*OGer ZH LC110003 vom 29.11.2011, E. 2.4.2.3.2*). Allerdings können örtliche, fachliche und/oder persönliche Nähe bzw. Entfernung eines Zeugen zum Beweisthema durchaus von Belang sein. Massgebend ist jedoch die Glaubhaftigkeit der konkreten, im Prozess relevanten Aussagen. Diese sind einer kritischen Würdigung zu unterziehen, wobei auf das Vorhandensein von sogenannten Realitätskriterien grosses Gewicht zu legen ist. Die wichtigsten Realitätskriterien sind dabei die Stimmigkeit der Aussagen, deren Logik im Zusammenhang mit anderen Beweismitteln, die inhaltliche Übereinstimmung bzw. Widersprüchlichkeit mit unbestrittenen und notorischen Tatsachen sowie das im Protokoll erfasste Aussageverhalten des Zeugen. Zentral sind somit die innere Geschlossenheit und Folgerichtigkeit in der Darstellung des Geschehnisablaufs, die konkrete und anschauliche Wiedergabe des Erlebnisses und die Schilderung des Vorfalls in charakteristischer Weise. Andererseits sind auch allfällige Phantasie- oder Lügensignale zu berücksichtigen. Als Indizien für falsche Angaben gelten Unstimmigkeiten oder grobe Widersprüche, die Zurücknahme oder erhebliche Abschwächungen von ursprünglich Gesagtem, Übersteigerungen und unklare, verschwommene oder ausweichende Antworten sowie gleichförmig, eingeübt und stereotyp wirkende Aussagen (*OGer ZHLB120011 vom 03.12.2012, E. 11.c, m.w.H.*).

2.3.3 Bei der Zeugin D.\_\_\_\_\_ handelt es sich um die Lebenspartnerin des Klägers 1 (Urk. 38 S. 1). Eine gewisse Nähe bzw. familiäre Verbundenheit zum Kläger 1 liegt somit offensichtlich vor. Ein direktes und unmittelbares (z.B. finanzielles) Eigeninteresse der Zeugin am Ausgang des Verfahrens ist hingegen nicht ersichtlich. Dass sich die Zeugin mit ihrem Lebenspartner bereits über den Prozessstoff unterhalten und in diesem Zusammenhang gewisse Verfahrensakten zu Gesicht bekommen hat, erstaunt nicht und dürfte unter Lebenspartnern normal sein. Vorliegend ist nicht von einer instruierten Zeugin auszugehen. D.\_\_\_\_\_ hat zwar ausgesagt, dass sie Kenntnis davon hatte, dass der Kläger 1 sie als Zeugin angerufen habe und auch "mehr oder weniger" wisse, um was es im vorliegenden Prozess gehe. Über mögliche Fragen des Gerichts habe sie jedoch im Vorfeld mit niemandem gesprochen (Urk. 38 S. 2). Die Offenheit, mit welcher sich die Zeugin



zu diesem Thema äussert, zeugt davon, dass sie offenbar nichts zu verheimlichen hat. Schliesslich wurde die Zeugin vor ihrer Einvernahme explizit auf die strafrechtlichen Folgen eines wissentlich falschen Zeugnisses gemäss Art. 307 StGB (Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren) hingewiesen (Urk. 38 S. 1).

2.3.4 Gewichtiger als die allgemeine Glaubwürdigkeit der Person ist jedoch – wie vorstehend ausgeführt – die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen. Diesbezüglich wirkt die Aussage der Zeugin D. \_\_\_\_\_ in sich stimmig, widerspruchsfrei und logisch. Ihre Ausführungen beinhalten keine ersichtlichen Übertreibungen und auch keine unklaren, ausweichenden oder stereotyp wirkenden Antworten. Wenn sie sich an etwas nicht erinnern konnte bzw. etwas nicht wusste, gab sie dies offen zu (vgl. Urk. 38 S. 5 und S. 6) und machte auch Aussagen, die nicht zugunsten des Klägers 1 waren. So verneinte sie beispielsweise die Frage des Gerichts, ob sie beim Kläger 1 etwas Fassbares wie Husten oder Heiserkeit festgestellt habe (Urk. 38 S. 4), obwohl dies typische Symptome einer Grippe gewesen wären und den Prozessstandpunkt des Klägers 1 deutlich untermauert hätten. Entgegen der Behauptung der Beklagten (Urk. 59 Rz 44) machte die Zeugin sodann durchaus eigene Wahrnehmungen und wiederholte nicht nur die Aussagen des Klägers 1 (Urk. 38 S. 3 f.: *"Ich bin kein Arzt, aber er war nicht zwäg. Man hat ihm angesehen, dass er krank war."; "Er hat nicht gut ausgesehen."; "Ja, er hatte einen warmen Kopf."*).

2.3.5 Was die von der Beklagten beanstandete Falschprotokollierung anbelangt, soll die Zeugin nach Ansicht der Beklagten ausgesagt haben, dass sie "kein Fieber" festgestellt habe, "sondern nur vielleicht einen warmen Kopf" (Urk. 59 S. 12). Gemäss unterschriebenem Zeugenprotokoll vom 10. April 2017 hat die Zeugin auf die Frage "Haben Sie das Gefühl, dass er Fieber hatte?" geantwortet "Ja, er hatte einen warmen Kopf." Inwiefern die Version der Beklagten an der Gesamtwürdigung der Zeugenaussage von D. \_\_\_\_\_ etwas ändern würde, ist nicht ersichtlich. Auch die Beklagte anerkennt, dass die Zeugin ausgesagt hat, dass sie einen "warmen Kopf" festgestellt habe. Die Vorinstanz hat die Zeugin nach ihrem "Gefühl" gefragt und nicht nach einer medizinischen Diagnose. Dabei ist festzuhalten, dass ein "warmer Kopf" ein eindeutiges und übliches Anzeichen für eine erhöhte Temperatur bzw. für Fieber darstellt. Ob die Zeugin beim Kläger 1 tat-

sächlich Fieber (oder lediglich einen warmen Kopf) festgestellt hat, ist nicht ausschlaggebend. Nach ihren Aussagen, habe sie dem Kläger 1 auf jeden Fall angesehen, dass dieser "krank" gewesen sei (Urk. 38 S. 3). Somit hat die umstrittene Protokollstelle keinen entscheiderelevanten Einfluss auf die Gesamtwürdigung der Zeugenaussage von D.\_\_\_\_\_.

2.3.6 Schliesslich stimmen die Aussagen der Zeugin D.\_\_\_\_\_ in den wesentlichen Punkten mit der Schilderung des Klägers 1 überein, wobei nicht der Eindruck entsteht, die Antworten seien einstudiert bzw. abgesprochen worden. So sind beispielsweise keine stereotypen oder auswendig gelernten Antworten erkennbar, die wortgenau mit den Aussagen des Klägers 1 übereinstimmen würden. Die Zeugin hat in ihren eigenen Worten das Erlebte in charakteristischer Weise geschildert, ohne dabei die Krankheit zu dramatisieren. Es erscheint zudem widersprüchlich, wenn die Beklagte einerseits unterstellt, die Zeugenaussage sei abgesprochen, da sie sich "haargenau mit den klägerischen Behauptungen" decken würde, der Zeugin aber andererseits vorwirft, dass gewisse Ausführungen "in nicht auflösbarem Widerspruch" zu den Aussagen des Klägers 1 stehen würden (Urk. 59 Rz 39-41). In einer eingeübten bzw. abgesprochenen Zeugenaussage würden sich kaum solche Ungereimtheiten wiederfinden. Der Kläger 1 gab anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. November 2016 zu Protokoll, er habe sich am Mittwochabend immer noch schlecht gefühlt und habe deshalb Neocitran sowie weitere Medikamente eingenommen (Prot. I S. 4). Die Zeugin D.\_\_\_\_\_ sagte demgegenüber aus, sie hätte das Neocitran für den Kläger 1 erst am Donnerstag nach der Arbeit gekauft, obwohl dies nach einem Jahr schwierig zu sagen sei. Von weiteren Medikamenten hatte die Zeugin keine Kenntnis (Urk. 38 S. 4 f.). Diese Divergenz in den Aussagen stützt den Verdacht der Beklagten nicht, wonach die Zeugin D.\_\_\_\_\_ ihre Aussagen offensichtlich und detailliert mit dem Kläger 1 abgesprochen habe (Urk. 59 Rz 43). Zudem ist es nicht aussergewöhnlich, dass sich die Zeugin D.\_\_\_\_\_ nach rund einem Jahr an die Krankheit ihres Lebenspartners erinnern kann. Nach Angaben der Zeugin habe sie den Kläger 1, seit sie mit ihm zusammen ist, selten krank gesehen. Er sei jemand, der auch krank arbeiten gehe (Urk. 38 S. 3 und S. 5). Somit handelte es sich bei der streitgegenständlichen Arbeitsunfähigkeit des Klägers 1 aus Sicht der Zeugin um ein

ausserordentliches und seltenes Ereignis, welches naturgemäss besser in Erinnerung bleibt als alltägliche und gewöhnliche Vorkommnisse. In diesem Sinne ist es auch nachvollziehbar, dass sich D.\_\_\_\_\_ an das folgende Wochenende nicht mehr erinnern konnte und dies auch offen zugab (Urk. 38 S. 5).

2.3.7 Zusammenfassend sind die Aussagen der Zeugin D.\_\_\_\_\_ in den wesentlichen Punkten widerspruchsfrei und in ihrem Kerngehalt stimmig und schlüssig. Klare Phantasie- oder Lügensignale wie Strukturbrüche innerhalb der Aussage, die Zurücknahme oder Abschwächungen von ursprünglich Gesagtem oder Über- bzw. Untertreibungen sind keine ersichtlich. Entgegen der Ansicht der Beklagten hat die Zeugenaussage von D.\_\_\_\_\_ nach dem Gesagten durchaus einen gewissen Beweiswert, weshalb die Erwägung der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist, wonach die Aussagen der Zeugin D.\_\_\_\_\_ zumindest als Indiz für eine Krankheit gewertet werden können (Urk. 60 S. 18).

#### 2.4 Parteibefragung Kläger 1 (Prot. I S. 38 ff.)

2.4.1 Die Beklagte bringt diesbezüglich vor, die vorinstanzliche Feststellung gehe fehl, wonach die Angaben des Klägers 1 widerspruchsfrei seien und sich mit den Aussagen seiner Lebenspartnerin decken würden. Die (auffällig) deckungsgleichen Aussagen der Partnerin würden alleine darauf zurückzuführen sein, dass sie den Sachverhalt mit dem Kläger 1 abgesprochen habe. Des Weiteren gab der Kläger 1 anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. November 2016 zu Protokoll, er habe sich am Mittwochabend noch immer schlecht gefühlt, Neocitran und weitere Medikamente eingenommen und beschlossen, am nächsten Tag auch nicht zur Arbeit zu gehen. Anlässlich der Parteibefragung vom 10. April 2017 habe der Kläger 1 indessen nur zu Protokoll gegeben, Neocitran eingenommen zu haben. Auf Ergänzungsfrage des beklaglichen Rechtsvertreters habe er nicht angeben können, welche weiteren Medikamente er eingenommen haben soll. Damit bestünden auch zwischen den Angaben vom 10. November 2016 und jenen vom 10. April 2017 gewisse Abweichungen, welche an der Sachdarstellung des Klägers 1 zweifeln liessen (Urk. 59 Rz 46 f.).

2.4.2 Grundsätzlich kann zur Parteibefragung des Klägers 1 auf die vorstehenden Erwägungen zur Würdigung der Zeugenaussage von D.\_\_\_\_\_ verwiesen werden (E. III.2.3). Die Beweisführung durch Parteibefragung ist nach der Systematik von Art. 168 ZPO den anderen Beweismitteln gleichgestellt. Die Aussagen sind sowohl als Ergänzung zu den übrigen Beweisen wie auch für sich allein grundsätzlich voll beweistauglich, vorausgesetzt, dass sie der gerichtlichen Beweiswürdigung im Rahmen der gesamten Beweislage standhalten (ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, Art. 191 N 5). Im Rahmen der Beweiswürdigung kann das Gericht auf eine Parteibefragung abstellen und gestützt darauf bestrittene Tatsachen als erwiesen erachten (MARTI-SCHREIER, Parteibefragung und Beweisaussage unter der Verhandlungsmaxime, in: AJP 2017 S. 440). Dennoch ist nicht zu übersehen, dass der Kläger 1 vorliegend in eigener Sache aussagte und als Prozesspartei ein natürliches Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Die Vorinstanz hat demnach zu Recht darauf hingewiesen, dass die Aussagen des Klägers 1 aufgrund der persönlichen Betroffenheit mit Vorsicht zu würdigen seien (Urk. 60 S. 19).

2.4.3 Es wurde bereits vorstehend erwogen, dass die Aussagen des Klägers 1 grundsätzlich mit den Zeugenaussagen seiner Lebenspartnerin übereinstimmen, ohne dass der Eindruck einer Absprache entsteht. Auch er bestätigte, dass er vor der Verhandlung mit niemandem über "mögliche Fragen des Gerichts" gesprochen habe (Prot. I S. 39). Der Kläger 1 hat seine damalige gesundheitliche Verfassung lebensnah und nachvollziehbar beschrieben (Prot. I S. 39: *"Am Dienstagabend hatte ich Schwindelgefühle und fühlte mich benommen. So, dass es einem zu viel wird [...]"; "Der heisse Kopf kam dazu. Ich fühlte mich müde und matt."*). Die Zeugin D.\_\_\_\_\_ hat diese Symptome mit ihren eigenen Worten bestätigt (Urk. 38 S. 3), ohne dabei die Benommenheit, Müdigkeit oder Matttheit zu erwähnen. Um zwei "auffällig deckungsgleiche Aussagen" handelt es sich dabei jedenfalls nicht. Zudem bestehen zwischen den beiden Aussagen in Bezug auf gewisse Nebensächlichkeiten durchaus Abweichungen bzw. Unstimmigkeiten (vgl. vorstehend E. III.2.3.6), was ebenfalls gegen eine Instruktion bzw. Absprache spricht.

2.4.4 Die Aussagen des Klägers sind frei von inneren Widersprüchen und stimmen in den wesentlichen Punkten mit seinen Ausführungen anlässlich der

Hauptverhandlung vom 10. November 2016 überein (Prot. I S. 3 ff., S. 13 ff. und S. 38 ff.). Wenn er etwas nicht wusste oder sich an etwas nicht erinnern konnte, gab der Kläger 1 dies offen zu. So erklärte er anlässlich seiner Parteibefragung, dass er nicht mehr sagen könne, welche weiteren Medikamente er damals – neben dem Neocitran – eingenommen habe. Zudem konnte er sich auch nicht mehr daran erinnern, ob dies wirklich am Mittwochabend gewesen sei (Prot. I S. 45). Es ist durchaus denkbar, dass sich der Kläger 1 fünf Monate vor seiner Parteibefragung, an der Hauptverhandlung vom 10. November 2016, noch an einige weitere Details erinnert hat, welche ihm am 10. April 2017 nicht mehr in den Sinn kamen. Dies spricht auf jeden Fall dafür, dass sich der Kläger 1 nicht eingehend auf seine Parteibefragung vorbereitet hat, weshalb seine Aussagen auch nicht in jedem Detail mit seinem Parteivortrag vom 10. November 2016 übereinstimmen. Sodann ist für die Gesamtwürdigung der Aussagen auch nicht entscheidend, ob der Kläger 1 neben dem Neocitran damals noch weitere Medikamente eingenommen hat oder nicht. Viel gewichtiger ist der Umstand, dass der Kläger 1 seine Krankheitssymptome realitätsnah und schlüssig dargelegt hat, ohne dabei zu dramatisieren (Prot. I S. 40: "[...] Ich hatte einen heissen Kopf, aber nicht so heiss, dass ich sagen könnte, es sei hoch gefährlich gewesen."). Generell finden sich in den Aussagen des Klägers 1 keine Phantasie- oder Lügensignale, welche seine Aussagen als unglaubhaft erscheinen lassen würden. Auch die Beklagte bringt in ihrer Berufungsschrift keine weiteren Anhaltspunkte vor (Urk. 59 Rz 46 f.), die an der Authentizität der klägerischen Aussagen erhebliche Zweifel hervorrufen würden. Mit der Vorinstanz kann – unter Berücksichtigung der persönlichen Betroffenheit des Klägers 1 – festgehalten werden, dass seine Aussagen widerspruchsfrei und demnach grundsätzlich glaubhaft sind (Urk. 60 S. 19). Die Berufung erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

## 2.5 Arbeitgeberbescheinigung (Urk. 19/7.1)

2.5.1 Die Beklagte rügt die vorinstanzliche Würdigung der Arbeitgeberbescheinigung zuhanden der Arbeitslosenkasse als willkürlich und unzutreffend. Entgegen der Annahme der Vorinstanz habe die Beklagte diese Bescheinigung nicht am 14. März, sondern bereits am 5. März 2016 ausgestellt. Ebenfalls falsch und

aktenwidrig sei sodann die Erwägung, wonach die Beklagte eine "unverschuldete Arbeitsunfähigkeit des Klägers 1 im Zeitraum von 10. bis 12. Februar 2016 zufolge Krankheit" bestätigt habe. Vielmehr habe sie in die Arbeitgeberbescheinigung eine Krankheit vom 9. bis 14. Februar 2016 eingefügt. Dies habe E.\_\_\_\_\_ am 5. März 2016 in der Annahme getan, das Arztzeugnis des Klägers 1 werde noch folgen. Die vorinstanzliche Erwägung, ihr hätte in diesem Zeitpunkt klar sein müssen, dass der Kläger 1 kein entsprechendes Arztzeugnis werde beibringen können, sei aktenwidrig und falsch. Denn wie im Rahmen der Hauptverhandlung aufgezeigt worden sei, habe der Kläger 1 mit den beiden E-Mails vom 1. und 3. März 2016 (Urk. 4/12) zu suggerieren versucht, dass er den Arzt anlässlich der Grippeerkrankung wohl aufgesucht habe, dieser aber nicht bereit gewesen sei, für Samstag und Sonntag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auszustellen. Der Beklagten hätte demnach bei Ausstellung der Arbeitgeberbescheinigung am 5. März 2016 mitnichten klar sein müssen, dass der Kläger 1 überhaupt kein Arztzeugnis werde beibringen können. E.\_\_\_\_\_ sei davon ausgegangen, dass eine ärztliche Bescheinigung der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit für den gesamten Zeitraum noch folgen werde, weshalb sie eine Krankheit vom 9. bis 14. Februar 2016 in der Arbeitgeberbescheinigung eingetragen habe. Die Arbeitgeberbescheinigung als Indiz für die unverschuldete Arbeitsunfähigkeit des Klägers 1 in die Beweiswürdigung miteinzubeziehen, sei vor diesem Hintergrund unhaltbar (Urk. 59 Rz 48-53).

2.5.2 Der Beklagten ist insofern Recht zu geben, dass sie die Arbeitgeberbescheinigung zuhanden der Arbeitslosenkasse am 5. März 2016 unterzeichnet hat (Urk. 19/7.1 S. 2). Eingegangen ist die Bescheinigung bei der Klägerin 2 am 14. März 2016 (Urk. 19/7.1 S. 1), wovon auch die Vorinstanz ausgegangen ist (Urk. 60 S. 20). Ebenfalls korrekt ist, dass die Beklagte unter Ziffer 12 der Bescheinigung angegeben hat, dass die versicherte Person (d.h. der Kläger 1) "vom 09.02.2016 bis 14.02.2016" infolge Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert gewesen sei. Unbestritten ist ferner, dass der Beklagten zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Arbeitgeberbescheinigung am 5. März 2016 nach wie vor kein Arztzeugnis des Klägers 1 vorgelegen hat. Wie vorstehend ausgeführt, hätte der Kläger 1 gemäss Arbeitsvertrag spätestens am 16. Februar 2016 seiner Arbeitge-

berin das Arztzeugnis vorlegen müssen (vgl. E. III.2.2.2). Nachdem er dieser Obliegenheit nicht nachgekommen war, hat die Beklagte den Kläger 1 mit zwei E-Mails vom 28. Februar 2016 und 1. März 2016 explizit aufgefordert, ein Arztzeugnis nachzureichen (Urk. 4/12). Obwohl der Kläger 1 dieser zweimaligen Aufforderung wiederum nicht nachgekommen ist und kein ärztliches Attest vorgelegt hat, unterzeichnete die Beklagte die Arbeitgeberbescheinigung am 5. März 2016 vorbehaltlos. Nach eigenen Angaben hatte die Beklagte zu diesem Zeitpunkt jedoch bereits erhebliche Zweifel an der Krankheitsgeschichte des Klägers 1 und betrachtete diese als "Retourkutsche" für einen Disput betreffend Ferienguthaben. Trotz dieser Zweifel hat die Beklagte in der Bescheinigung für die Arbeitslosenkasse – ohne irgendeinen Beleg dafür – eine sechstägige Krankheit bestätigt. Bei der Frage nach einem schriftlichen Arbeitsvertrag unter Ziffer 7 des Formulars hat die Beklagte handschriftlich angemerkt: "Ja, wurde aber vom AN nicht unterschrieben" (Urk. 19/7.1 S. 1). Weshalb die Beklagte bei der Frage nach der Arbeitsunfähigkeit nicht auch einen solchen Vorbehalt angebracht hat, wonach die Krankheit bis dato nicht durch ein Arztzeugnis belegt worden sei, ist nicht ersichtlich. Offenbar waren die Zweifel an der Krankheit doch nicht so erheblich, dass die Beklagte Bedenken gehabt hätte, eine womöglich unrichtige Tatsache zu beurkunden. Sie hätte dem Kläger 1 auch mitteilen können, dass sie die Krankheit in der Bescheinigung nur dann bestätigen werde, wenn er ein entsprechendes Arztzeugnis vorgelegt habe. Dies gilt umso mehr, nachdem die E-Mail des Klägers 1 vom 3. März 2016 tatsächlich so hätte verstanden werden können, dass er zumindest für die drei Tage vom 10. bis 12. Februar 2016 bereits über ein Arztzeugnis verfüge (Urk. 4/12). Diesfalls wäre das Verhalten der Beklagten noch weniger nachvollziehbar gewesen, wenn der Kläger 1 angeblich über ein Attest verfügte, dieses aber dennoch nicht einreichte und die Beklagte trotz alledem die Krankheit vorbehaltlos bescheinigte. Zudem schrieb der Kläger 1 in der besagten E-Mail ausdrücklich, dass sein Arzt nicht bereit sei, für die gesamte Zeitspanne vom 9. bis 14. Februar ein Zeugnis auszustellen (Urk. 4/12: "*Mein Hausarzt ist nicht bereit, mir ein Arztzeugnis auszustellen, welches mehr ausweist, als die Zeit welche ich der Arbeit fern blieb – die besagten drei Tage.*"). Entsprechend wusste die Beklagte am 5. März 2016 nachweislich, dass der Kläger 1 – wenn überhaupt – höchstens

über ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis für "die besagten drei Tage" vom 10. bis 12. Februar 2016 verfügen würde. Trotzdem bescheinigte sie (vorbehaltlos) eine Krankheitsdauer vom 9. bis zum 14. Februar 2016. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten hätte sie aufgrund der E-Mail vom 3. März 2016 klarerweise wissen müssen, dass der Kläger 1 für die übrigen drei Tage (9./13./14. Februar 2016) kein Arztzeugnis mehr beibringen werde, da sein Hausarzt sich weigerte, ein solches auszustellen.

2.5.3 Nach dem Gesagten ist der vorinstanzlichen Erwägung beizupflichten, wonach die Arbeitgeberbescheinigung vom 5. März 2016 ein erneutes Indiz – wenn auch kein grundlegendes – dafür ist, dass vor dem vorliegenden Prozess auch die Beklagte von einer krankheitsbedingten Abwesenheit des Klägers 1 im genannten Zeitraum ausgegangen ist (Urk. 60 S. 20).

## 2.6 Zeugenaussage F. \_\_\_\_\_ (Urk. 39)

2.6.1 Die Beklagte kritisiert weiter, es sei klar aktenwidrig und falsch, die Aussage des Zeugen F. \_\_\_\_\_ als starkes Indiz für die Krankheit des Klägers 1 zu werten. Auf die Frage der Vorderrichterin zu Beginn der Zeugenbefragung, was der Kläger 1 denn gehabt hätte, habe dieser zu Protokoll gegeben: "Mit dem Rücken hatte er etwas, soviel ich weiss". Offenkundig habe der Zeuge damit Bezug auf die Absenz vom 28. Januar 2016 genommen. Die Vorderrichterin habe anschliessend die vom Zeugen verfasste E-Mail vom 10. Februar 2016 wörtlich vorgelesen. Aus den Antworten des Zeugen werde hernach klar ersichtlich, dass er sich nicht mehr habe erinnern können, sondern lediglich Schlussfolgerungen nach Massgabe der von ihm verfassten E-Mail gezogen habe. Der Zeuge habe keine weiterführenden Angaben zur Krankheit machen können, als "was in der E-Mail steht". Der Zeuge habe sich offenkundig nicht mehr an das Telefonat erinnern können. Entsprechend habe er auch mitnichten bestätigt, anlässlich des Telefonats Krankheitssymptome festgestellt zu haben. Die Erwägung der Vorinstanz, dass sich der Kläger 1 krank angehört habe und er ihm daher seine Krankheit geglaubt habe, sei im Lichte obiger Ausführungen aktenwidrig und falsch. Denn wie aufgezeigt worden sei, hätte sich F. \_\_\_\_\_ nicht an die Telefonate erinnern und auch keine erkennbaren Krankheitssymptome feststellen können. Aus der Zeu-



genbefragung F.\_\_\_\_\_ lasse sich im Rahmen der Beweiswürdigung alleine die Folgerung ziehen, dass der Kläger 1 mit dem Zeugen telefoniert und ihm mitgeteilt habe, er komme aufgrund einer Grippe nicht zur Arbeit. Die Zeugenaussage F.\_\_\_\_\_ bilde damit weder Indiz noch Beweis für eine tatsächliche Krankheit des Klägers 1 (Urk. 59 Rz 56-67).

2.6.2 Gemäss Beweisverfügung vom 3. Januar 2017 hat die Vorinstanz den Klägern den Hauptbeweis dafür auferlegt, dass der Kläger 1 vom 10. bis und mit 12. Februar 2016 krank und somit unverschuldet arbeitsunfähig war (Urk. 28 S. 2). Als Gegenbeweismittel der Beklagten zum vorgenannten Beweissatz wurde insbesondere F.\_\_\_\_\_, ein Angestellter der Beklagten, als Zeuge zugelassen (Urk. 28 S. 3). Die Zeugeneinvernahme von F.\_\_\_\_\_ wurde somit als Beweismittel der Beklagten offeriert, um den Hauptbeweis der Kläger zu erschüttern.

2.6.3 Wie die übrigen Zeugen wurde auch F.\_\_\_\_\_ am 10. April 2017 durch die Vorderrichterin einvernommen (Urk. 39). Aus den entsprechenden Aussagen geht hervor, dass sich der Zeuge kaum mehr an die streitgegenständliche Arbeitsverhinderung des Klägers 1 im Februar 2016 erinnern konnte. Mehrmals konnte er auf eine Frage keine Antwort geben und verwies regelmässig auf die aktenkundigen E-Mails (Urk. 39 S. 3-7). Auf die Frage nach dem Grund für die Arbeitsunfähigkeit antwortete der Zeuge F.\_\_\_\_\_: "Mit dem Rücken hatte er etwas, soviel ich weiss." (Urk. 39 S. 3). Erst nachdem die Vorderrichterin dem Zeugen die damalige E-Mailkorrespondenz vorgelesen hatte, wurde ihm wieder bewusst, dass es sich bei der Krankheit des Klägers 1 um eine Grippe gehandelt hat (Urk. 39 S. 5 f.). An den genauen Inhalt der Telefongespräche konnte sich F.\_\_\_\_\_ jedoch nach wie vor nicht im Detail erinnern, weshalb er auch keine eigenen Wahrnehmungen wiedergab, sondern lediglich bestätigte, was in den damaligen E-Mails geschrieben stand. Dem Protokoll der Zeugeneinvernahme sind diesbezüglich folgende einschlägigen Aussagen zu entnehmen (Urk. 39 S. 6 f.):

*Woher wussten Sie das mit der Grippe?*

*Wenn dann frage ich schon wie es geht und was genau Sache ist. Ich hätte es nicht geschrieben, wenn ich nicht gefragt hätte. Er hat dies erwähnt.*

[...]

*Was sagte der Kläger genau zu seinem Gesundheitszustand?*

*Das weiss ich nicht mehr genau. So wie es im Mail steht, muss er es gesagt haben. Erstens hört man es am Telefon, wenn es jemandem nicht gut geht. Wir konnten miteinander sprechen. Wenn es im Mail steht, dann war es auch so. Dann werde ich gefragt haben und er hat es mir so gesagt.*

*Hatten Sie persönlich den Eindruck, dem Kläger gehe es nicht gut?*

*Wenn mir jemand sagt, er habe Grippe und es danach tönt, dann glaub ich dies. Wenn es nicht so tönt, wie manchmal bei Lehrlingen, dann glaube ich es nicht immer. Sowieso sind wir in einem Alter, in welchem man sagen kann, was Sache ist.*

*Wie zeigte sich das? Hatte er beispielsweise eine tiefe oder müde Stimme, Husten etc.?*

*Das ist mehr als ein Jahr her.*

2.6.4 Im Gegensatz zur Zeugin D.\_\_\_\_\_ hat F.\_\_\_\_\_ somit keine eigenen Wahrnehmungen wiedergegeben, sondern lediglich gestützt auf die Informationen aus den ihm vorgelesenen E-Mails einen hypothetischen Gesprächsverlauf rekonstruiert. Zudem hat er den Kläger 1 während dessen Krankheit auch nicht persönlich gesehen, sondern nur mit ihm telefoniert. An hörbare Krankheitssymptome wie eine tiefe bzw. müde Stimme oder Husten konnte sich der Zeuge dabei nicht erinnern. Somit stammen sämtliche Informationen des Zeugen betreffend die Krankheit aus den telefonischen Schilderungen des Klägers 1. Immerhin lässt sich jedoch den E-Mails bzw. den darauf gestützten Aussagen des Zeugen entnehmen, dass F.\_\_\_\_\_ damals (wie auch heute noch) offenbar keine Zweifel an der Krankheitsgeschichte des Klägers 1 hatte. Weder aus den E-Mails noch aus den Aussagen geht ein Hinweis hervor, dass F.\_\_\_\_\_ die telefonische Krankmeldung jemals angezweifelt hätte.

2.6.5 Nach dem Gesagten kann die Zeugenaussage von F.\_\_\_\_\_ – entgegen der Vorinstanz – zwar nicht als "starkes Indiz für das Vorliegen einer Krankheit beim Kläger 1 zwischen dem 10. und dem 12. Februar 2016" gewertet werden (Urk. 60 S. 21). Immerhin lässt sich aber festhalten, dass F.\_\_\_\_\_ den telefonischen Schilderungen des Klägers 1 offensichtlich Glauben schenkte und bis heute nie daran gezweifelt hat, dass der Kläger 1 damals tatsächlich eine Grippe hatte. Als Gegenbeweismittel der Beklagten lässt sich mit der Zeugenaussage von

F.\_\_\_\_\_ der Hauptbeweis der Kläger nicht erschüttern. Die Aussagen des Zeugen F.\_\_\_\_\_ vermögen keinerlei Zweifel an den Beweismitteln der Kläger erwecken. Zusammenfassend ist es der Beklagten mit der Zeugenaussage F.\_\_\_\_\_ nicht gelungen die Beweismittel der Kläger, die für das Vorliegen einer Krankheit sprechen, zu entkräften.

## 2.7 Parteibefragung der Beklagten (Prot. S. 32 ff. und S. 46 ff.)

2.7.1 Unter diesem Titel bringt die Beklagte lediglich vor, G.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ hätten im Rahmen ihrer Parteibefragung widerspruchsfrei und deckungsgleich ausgesagt, dass der Kläger 1 keinerlei Krankheitssymptome aufgewiesen habe. Des Weiteren habe die Beklagte mit Einreichung der E-Mail vom 28. Januar 2016 bewiesen, dass der Kläger 1 bereits am Tag nach der Kündigung wegen angeblichen Schmerzen im Bein nicht zur Arbeit erschienen sei. Und auch die krankheitsbedingte Abwesenheit im Oktober 2015 wegen Schlaflosigkeit sei im Zusammenhang mit Meinungsverschiedenheiten im Betrieb der Beklagten gestanden (Urk. 59 Rz 68 f.).

2.7.2 Bei diesen Ausführungen handelt es sich lediglich um eine Wiederholung des beklagtischen Standpunktes, ohne dass sich die Beklagte dabei mit den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 60 S. 21 f.) auseinandersetzt. Inwiefern die beiden früheren krankheitsbedingten Abwesenheiten für das vorliegende Verfahren von Relevanz sein sollen, ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht substantiiert dargelegt.

2.7.3 Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass G.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ mit dem Kläger 1 während seiner Krankheit vom 10. bis 12. Februar 2016 weder persönlich noch telefonisch Kontakt hatten. Entsprechend führten sie anlässlich ihrer Parteibefragungen aus, dass sie am Dienstag, 9. Februar 2016, nicht das Gefühl gehabt hätten, der Kläger 1 sei krank gewesen, obwohl sie mit ihm an jenem Tag zu tun gehabt hätten. Er habe sich auch nicht entsprechend geäußert (Urk. 60 S. 21; Prot. I S. 34, S. 37 und S. 48). G.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ sahen den Kläger vor seiner krankheitsbedingten Abwesenheit letztmals am Dienstag, 9. Februar 2016. Entsprechend offensichtlich ist, dass sie keine sachdienlichen Hinweise dazu ma-

chen können, ob der Kläger 1 zwischen dem 10. und 12. Februar 2016 krank war, da sie während dieser Zeit mit ihm keinerlei Kontakt hatten. Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zu Recht erwogen, dass die Aussagen von E.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ bei Weitem nicht widerlegen würden, dass der Kläger 1 krank gewesen war, nur weil sie am 9. Februar 2016 keine Krankheitssymptome wahrgenommen haben wollen (Urk. 60 S. 22).

## 2.8 Fazit

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist es der Beklagten nicht gelungen, das vorinstanzliche Beweisergebnis umzustossen. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, wonach es insgesamt auch ohne Arztzeugnis als erwiesen erscheint, dass der Kläger 1 vom 10. bis und mit 12. Februar 2016 zufolge Krankheit unverschuldet an der Arbeit verhindert war. Da vorliegend keine medizinische Untersuchung stattgefunden hat, steht zwar die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im besagten Zeitraum nicht mit absoluter Sicherheit fest. Die verbleibenden Restzweifel fallen jedoch gesamthaft betrachtet nicht ins Gewicht. Sämtliche vorgenannten Beweismittel der Kläger deuten darauf hin, dass der Kläger 1 tatsächlich an einer Grippe erkrankt war. Dahingegen vermögen die Gegenbeweise der Beklagten keine erheblichen Zweifel an diesem Beweisergebnis zu erwecken. Ausser der Vermutung der Beklagten, dass es sich bei der Abwesenheit des Klägers 1 um eine "Retourkutsche" gehandelt haben könnte, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die gegen eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit sprechen würden. Die Vorinstanz hat die Hauptbeweismittel der Kläger im Ergebnis nachvollziehbar und nach objektiven Gesichtspunkten gewürdigt. Eine unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO) ist nicht ersichtlich. Bei diesem Beweisergebnis kann auch die Frage nach der Beweislastverteilung grundsätzlich offenbleiben. Würde man jedoch der nachvollziehbaren Mehrheitsauffassung in der Lehre folgen (vgl. vorstehend E. III.1.4 ff.), trüge die Beklagte die Beweislast dafür, dass der Kläger 1 am 10. und 11. Februar 2016 gesund und somit arbeitsfähig war. Nach Würdigung der offerierten Beweismittel kann der Beklagten die Erbringung dieses Beweises nicht gelingen. Die Berufung der Beklagten ist in diesem Punkt abzuweisen und der Entscheid

der Vorinstanz zu bestätigen, wonach sich das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger 1 um einen Monat verlängert hat. Weitere Einwände gegen die Lohnforderungen der Kläger bringt die Beklagte vor Obergericht keine vor, weshalb sich weitere Ausführungen erübrigen.

### 3. Bereinigung des Arbeitszeugnisses

3.1 Die Beklagte beantragt berufsungsweise, es sei das Begehren des Klägers 1 um Korrektur des Arbeitszeugnisses umfassend abzuweisen (vgl. Urk. 60 S. 29 ff.). Mangels Verlängerung des Arbeitsverhältnisses seien die von der Vorinstanz vorgenommenen Änderungen betreffend den Beendigungszeitpunkt im Arbeitszeugnis obsolet. Und weshalb die Wortreihe "sich selber gesteckte Ziele" in objektiver Hinsicht für einen Dritten negativ anmuten solle, sei nicht nachvollziehbar (Urk. 59 Rz 74).

3.2 Wie vorstehend erwogen, verlängert sich das Arbeitsverhältnis in casu um einen Monat, weshalb die von der Vorinstanz vorgenommenen Änderungen am Arbeitszeugnis des Klägers 1 diesbezüglich nicht zu beanstanden sind. Zudem kommt die Beklagte ihrer Begründungspflicht nicht nach, wenn sie die Erwägung der Vorinstanz lediglich als "nicht nachvollziehbar" bezeichnet. Wie einleitend dargelegt, ist in der Berufungsbegründung aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist (E. II.2). Eine allgemeine und unsubstantiierte Kritik, welche sich nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinandersetzt, genügt hingegen nicht. Weitere Ausführungen zu dieser Beanstandung erübrigen sich demnach.

### 4. Widerklage

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen zur Beweislastverteilung und zum Beweisergebnis hat die Vorinstanz die Widerklageforderung der Beklagten zu Recht abgewiesen (Urk. 60 S. 42, Dispositivziffer 3). Wie bereits erwogen, ist vorliegend davon auszugehen, dass der Kläger 1 vom 10. bis 12. Februar 2016 tatsächlich an einer Grippe erkrankt war, weshalb er den während dieser Zeit ausbezahlten

Lohn auch nicht zurückerstatten muss (vgl. Art. 324a Abs. 1 und 2 OR). Die Berufung ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

#### 5. Ergebnis

Die Beweiswürdigung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, wonach der Kläger 1 vom 10. bis zum 12. Februar 2016 krankheitsbedingt arbeitsunfähig war. Der Beklagten ist es nicht gelungen, erhebliche Zweifel an diesem Beweisergebnis zu erwecken. Nach dem Gesagten ist die Berufung unbegründet und der Entscheid der Vorinstanz – insbesondere auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen – vollumfänglich zu bestätigen.

### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Da die Berufung vollumfänglich abzuweisen ist, hat bei diesem Prozessausgang die Beklagte die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da der Streitwert unter Fr. 30'000.– liegt, ist das (arbeitsrechtliche) Verfahren kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

2. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 114 ZPO bezieht sich nur auf die Gerichtskosten. Die Zusprechung von Parteientschädigungen erfolgt demgegenüber nach den allgemeinen Regeln (Art. 105 ff. ZPO; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 114 N 2). Die im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegende Beklagte hat dem anwaltlich vertretenen Kläger 1 demgemäss eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin 2 war – wie im vorinstanzlichen Verfahren – nicht anwaltlich vertreten. Bereits die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, dass einer unvertretenen Partei (in begründeten Fällen) nur ein Auslagersatz und/oder eine angemessene Umtriebsentschädigung zusteht. Die Klägerin 2 macht weder Kosten für notwendige Auslagen geltend noch bringt sie besondere Gründe vor, warum ihr eine Umtriebsentschädigung zustehen sollte. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist der Klägerin 2 somit auch für das zweitinstanzliche Verfahren keine Partei- bzw. Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

3. Für die Berechnung der Parteientschädigung, welche dem Kläger 1 zusteht, ist grundsätzlich vom vorinstanzlich festgesetzten und von keiner Partei gerügten Streitwert von Fr. 14'592.80 auszugehen (Urk. 60 S. 2, a.E.). Davon abzuziehen ist allerdings die Forderung der Klägerin 2 von Fr. 5'274.65, für welche der Kläger 1 nicht zu entschädigen ist und deshalb bei der Streitwertermittlung in Bezug auf die Parteientschädigung ausser Acht zu lassen ist. Für den Kläger 1 ist somit von einem Streitwert von insgesamt Fr. 9'318.15 auszugehen, was zu einer Grundgebühr für die Parteientschädigung von (gerundet) Fr. 2'250.– führt (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Gestützt auf § 12 Abs. 3 AnwGebV ist auf eine Gebührenherabsetzung nach § 13 Abs. 1 und 2 zu verzichten. Dazu kommt ein Mehrwertsteuerzuschlag von 8% und somit Fr. 180.– (vgl. Urk. 72 S. 2).

**Es wird beschlossen:**

1. Auf das Akteneinsichts- und Protokollberichtigungsgesuch der Beklagten wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichtes Pfäffikon vom 10. April 2017 wird bestätigt.
2. Das Berufungsverfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'430.– zu bezahlen.
4. Der Klägerin 2 wird keine Partei- bzw. Umtriebsentschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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 der Hauptklage beträgt Fr. 14'592.80. Der Streitwert der Widerklage beträgt Fr. 1'080.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:

mc