

**ZVE.2022.20 / rb**  
(VZ.2020.52)  
Art. 16

**Entscheid vom 28. Juni 2022**

Besetzung            Oberrichterin Massari, Vizepräsidentin  
                             Oberrichter Lindner  
                             Ersatzrichterin Schär  
                             Gerichtsschreiber Tognella

Kläger und Wi-    **A.** \_\_\_\_\_,  
derbeklagter        [...]  
                             vertreten durch lic. iur. Oliver Wächter, Rechtsanwalt,  
                             [...]

Beklagte und Wi-    **C AG.** \_\_\_\_\_,  
derklägerin         [...]  
                             vertreten durch lic. iur. Rudolf Studer, Rechtsanwalt,  
                             [...]

Gegenstand        Vereinfachtes Verfahren betreffend Lohnzahlung

---

## **Das Obergericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

#### **1.1.**

Mit Klage vom 17. November 2020 stellte der Kläger beim Bezirksgericht (Arbeitsgericht) Aarau folgende Rechtsbegehren:

«1.

Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger Forderungen in der Höhe von brutto Fr. 13'975.00 plus Zins zu 5% seit 14. November 2019 zu bezahlen.

2.

u.K.u.E.f.»

#### **1.2.**

Mit Klageantwort und Widerklage vom 29. Januar 2021 stellte die Beklagte folgende Anträge:

«1.

Die Begehren des Klägers seien vollumfänglich abzuweisen.

2.

Der Kläger sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten **CHF 4'625.35** zzgl. Zins von 5% seit dem 1. November 2019 zu bezahlen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers.»

#### **1.3.**

Mit Eingabe vom 19. April 2021 erstattete der Kläger die Replik sowie die Widerklageantwort. Er hielt an den Klagebegehren fest und beantragte die Abweisung der Widerklage.

#### **1.4.**

In der Duplik und Widerklagereplik vom 27. Mai 2021 hielt die Beklagte am Antrag auf Klageabweisung und ihrer Widerklage fest.

#### **1.5.**

Am 15. Juni 2021 erstattete der Kläger die Widerklageduplik und hielt am Antrag auf Abweisung der Widerklage fest.

#### **1.6.**

An der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht (Arbeitsgericht) Aarau vom 11. November 2021 wurden M., B. und C. als Zeugen sowie die Parteien (für die Beklagte deren Verwaltungsrat und Geschäftsführer D.) befragt. Die Parteivertreter nahmen zum Beweisergebnis mündlich Stellung.

**1.7.**

Gleichentags fällte das Bezirksgericht (Arbeitsgericht) Aarau den folgenden Entscheid, der irrtümlich (vgl. Ziff. 12 der Prozessgeschichte des Entscheids) auf den 10. November 2021 datiert wurde:

«1.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Forderungen in der Höhe von brutto Fr. 9'914.80 plus Zins zu 5 % seit 14. November 2019 zu bezahlen.

2.

Weitergehende oder anderslautende Anträge der Klage und der Widerklage werden abgewiesen.

3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.»

**2.**

**2.1.**

Die Beklagte erhob gegen den ihr am 7. Februar 2022 zugestellten Entscheid am 8. März 2022 fristgerecht beim Obergericht des Kantons Aargau Berufung mit den Anträgen:

« Der Entscheid des Bezirksgerichts Aarau, Arbeitsgericht, vom 10. November 2021 sei aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, d.h. Ziff. 1 und 2 des Urteils der Vorinstanz seien neu wie folgt zu fassen:

**1.**

*Die Klage wird abgewiesen.*

**2.**

*Der Kläger wird widerklageweise verpflichtet, der Beklagten CHF 4'625.35 zzgl. Zins von 5 % seit dem 1. November 2019 zu bezahlen.»*

**2.2.**

Mit Berufungsantwort vom 8. April 2022 beantragte der Kläger die kostenfällige Abweisung der Berufung.

---

**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 die Beklagte durch den Entscheid beschwert ist und sie die für die Berufung statuierten Frist- und Formvorschriften (vgl. Art. 311 ZPO) beachtet hat, steht einem Eintreten auf ihre Berufung nichts entgegen. Anzumerken ist, dass der irrtümlichen Datierung des Entscheids im vorliegenden

Fall, weil erst die Zustellung eines Entscheids Rechtswirkungen entfaltet und insbesondere die Rechtsmittelfrist auslöst, keine Bedeutung zukommt (vgl. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 2018, 9. Kapitel Rz. 66).

## **2.**

### **2.1.**

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). 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, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO-Kommentar], 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO). Es ist anzugeben, inwiefern der angefochtene Entscheid unzutreffend sein soll. 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 (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; Urteil BGer 4A\_68/2016 E. 4.2). Das Obergericht ist als Rechtsmittelinstanz nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Es 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). Es ist aber inhaltlich weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden. Es 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), weshalb es die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann (Urteil BGer 4A\_397/2016 E. 3.1).

### **2.2.**

Trotz Geltung der eingeschränkten bzw. sozialen Untersuchungsmaxime vor Vorinstanz (vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO) gilt im Berufungsverfahren die Novenordnung von Art. 317 Abs. 1 ZPO (BGE 138 III 625 E. 2.2). Danach können neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

### **2.3.**

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

### **3.**

#### **3.1.**

Der Kläger arbeitete ab dem 17. September 2018 als «Physiotherapeut Sportphysio» bei der Beklagten zu einem Bruttomonatslohn von Fr. 7'041.65 (inkl. Anteil 13. Monatslohn; Klage Ziff. 3 und 10; Klageantwort Rz. 6; Arbeitsvertrag vom 13. Juni 2018, Klagebeilage 3). Vom 9. bis zum 13. September 2019 erschien er nicht zur Arbeit. Er reichte für diese Zeit ein ärztliches Arbeitsunfähigkeitszeugnis ein (Klage Ziff. 4; Klageantwort Rz. 8; ärztliches Zeugnis von Dr. med. E. vom 9. September 2019, Klagebeilage 4). Am 16. September 2019 erschien er am Arbeitsort, wo ihm von D. die Kündigung per 1. November 2019 ausgehändigt wurde (Klage Ziff. 5 f.; Klageantwort Rz. 9; Kündigung vom 16. September 2019, Klagebeilage 9). Der Kläger reichte der Beklagten gleichentags ein Arzzeugnis ein, welches seine Arbeitsunfähigkeit vom 16. September 2019 bis zum 20. September 2019 bescheinigte (Klageantwort Rz. 10; Replik Ziff. 18; ärztliches Zeugnis von Dr. med. F. vom 16. September 2019, Klagebeilage 5). Danach erschien er nicht mehr zur Arbeit. Er reichte weitere Arzzeugnisse ein, welche seine Arbeitsunfähigkeit vom 23. September 2019 bis zum 30. September 2019 und vom 1. Oktober 2019 bis zum 13. November 2019 bescheinigten (Klage Ziff. 4; Klageantwort Rz. 11; ärztliches Zeugnis von Dr. med. E. vom 20. September 2019, Klagebeilage 5; ärztliche Zeugnisse von Dr. med. G. vom 18. und vom 27. September 2019, Klagebeilage 6).

#### **3.2.**

Mit Klage vom 17. November 2020 machte der Kläger geltend, da er am 16. September 2019 arbeitsunfähig gewesen sei, sei die an jenem Tag ausgesprochene Kündigung während der Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ausgesprochen worden, weshalb sie nichtig sei. Die Beklagte habe ihm daher bis zum Ende der Krankschreibung weiterhin den Lohn zu bezahlen. Der Kläger forderte von der Beklagten die Bezahlung eines Betrags von insgesamt Fr. 13'975.00. Dieser setze sich zusammen aus Ferien- und Überstundenguthaben (Fr. 12'087.19) und ausstehendem Lohn für den Monat November 2019 pro rata temporis (Fr. 3'051.38); da aber eine Klagebewilligung nur über Fr. 13'975.00 vorliege, werde nur dieser tiefere Betrag eingeklagt.

#### **3.3.**

Die Beklagte bestritt im vorinstanzlichen Verfahren die Arbeitsunfähigkeit des Klägers insgesamt und im Zeitpunkt des Erhalts der Kündigung im Besonderen. Die Kündigung sei somit gültig gewesen und das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2019 aufgelöst worden. Der Ferienanspruch sei infolgedessen zu kürzen und für den Monat November 2019 sei kein Lohn geschuldet. Weiter seien dem Kläger für die Zeit der Krankschreibung 40 Arbeitstage (340 Arbeitsstunden) abzuziehen, da effektiv keine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe. Bei einem Ferien- und Überstundenguthaben des Klägers von 193.6 bzw. 25 Stunden resultiere ein Minussaldo von 121.4

Arbeitsstunden, weshalb der Kläger der Beklagten einen Betrag von Fr. 4'625.35 (121.4 x Fr. 38.10) zurückzubezahlen habe (vgl. Klageantwort Rz. 24 ff.).

### **3.4.**

Im angefochtenen Entscheid wird zusammengefasst dafürgehalten, es sei zwar nicht erwiesen, dass der Kläger am Vormittag des 16. September 2019, d.h. zum Zeitpunkt der Kündigung, arbeitsunfähig gewesen sei. Allerdings sei erstellt, dass er vom 9. bis zum 13. September 2019 sowie vom 16. September 2019 (ab dem Zeitpunkt der Konsultation bei Dr. med. F.) bis zum 13. November 2019 arbeitsunfähig gewesen sei. Die Kündigung sei somit nicht in die Sperrfrist gefallen und daher gültig erfolgt. Allerdings sei die Kündigungsfrist während der Krankschreibung unterbrochen und aufgrund dessen das Arbeitsverhältnis bis zum 30. November 2019 verlängert worden. Ein Lohnanspruch bestehe dennoch nur bis zum Ende der Krankschreibung am 13. November 2019, da der Kläger anschliessend seine Arbeit weder angeboten habe noch durch einen anerkannten Grund verhindert gewesen sei (angefochtener Entscheid E. 5.1.6 f. S. 17 f., E. 6.2 f. S. 20 f. und E. 7.2.3 S. 21 f.). Die vom Kläger geltend gemachten Forderungen erachtete die Vorinstanz im Umfang von Fr. 2'407.60 (ausstehender Lohn bis 13. November 2019), Fr. 8'751.40 (für nicht bezogene Ferien) sowie Fr. 951.25 (Überstunden) und die Widerklage, weil die Beklagte dem Kläger in den Monaten September und Oktober 2019 zu viel Lohn ausbezahlt habe, im Umfang von Fr. 2'195.45 begründet (angefochtener Entscheid E. 7.2-7.4 S. 21-25 bzw. E. 7.5 S. 25 f.). Unter Verrechnung der Ansprüche sprach sie dem Kläger einen Betrag von Fr. 9'914.80 zuzüglich Zins zu.

### **3.5.**

In ihrer Berufung hält die Beklagte mit der Begründung, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers im Zeitraum vom 9. September (Berufung Rz. 30) bzw. 16. September (Berufung Rz. 9) bis 13. November 2019 (mit)nicht(en) bewiesen sei, an ihrem Antrag auf vollständige Abweisung der Klage und Gutheissung der Widerklage fest.

## **4.**

### **4.1.**

Zur Frage der Arbeits(un)fähigkeit des Klägers in der Zeit vom 9. September 2019 bis zum 13. November 2019 erwog die Vorinstanz, der Kläger habe vier Arztzeugnisse (Klagebeilagen 4-6) ins Recht gelegt, die seine Arbeitsunfähigkeit vom 9. bis zum 13. September 2019, vom 16. September 2019 bis zum 20. September 2019, vom 23. bis zum 30. September 2019 und vom 1. Oktober 2019 bis zum 13. November 2019 bescheinigten. Damit liege der Anscheinsbeweis für die Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 9. September 2019 bis zum 13. November 2019 vor (angefochtener Entscheid E. 5.1.4 S. 12).

Was die Krankschreibungen vom 9. September 2019 bis zum 13. September 2019 sowie vom 16. September 2019 (ab der ärztlichen Konsultation) bis zum 13. November 2019 angehe, so die Vorinstanz weiter, sei es der Beklagten nicht gelungen, aufzuzeigen, inwiefern ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der ärztlichen bescheinigten Arbeitsunfähigkeit bestehen sollten. Insbesondere sei widerlegt, dass die Arztzeugnisse gestützt auf Ferndiagnosen ausgestellt worden seien, wie dies von der Beklagten behauptet worden sei. Auch die übrigen, von dieser vorgebrachten Einwände hinsichtlich der behaupteten Arbeitsunfähigkeit erachtete die Vorinstanz als entkräftet (angefochtener Entscheid E. 5.1.5 – E. 5.1.7 S. 13 ff.).

Bezüglich einer Arbeitsunfähigkeit des Klägers am Vormittag des 16. September 2019 ging die Vorinstanz demgegenüber von einer verminderten Beweiskraft des am selben Tag von Dr. med. F. ausgestellten Arztzeugnisses (Klagebeilage 6) aus. Da das Zeugnis erst gegen Mittag ausgestellt worden sei, habe sich der Arzt bezüglich des Vormittags einzig auf die Angaben des Klägers stützen können. Deshalb sei das Arztzeugnis von Dr. med. F. erst ab dem Zeitpunkt der Konsultation aussagekräftig (angefochtener Entscheid E. 5.1.4 S. 12 und E. 5.1.6 S. 17 f.). Sodann sprächen sowohl die aktenkundigen WhatsApp-Nachrichten des Klägers an D. (Duplikbeilage 1) als auch die Aussagen der Zeugin M. sowie der Parteien für eine Arbeitsfähigkeit des Klägers vor dem Erhalt der Kündigung am Vormittag des 16. September 2019 (angefochtener Entscheid E. 5.1.6 S. 17 f.). Es widerspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein Arbeitnehmer, der arbeitsunfähig sei, anstatt zu Hause im Bett zu bleiben oder zum Arzt zu gehen, zum Arbeitsort fahre, um dem Arbeitgeber seine Arbeitsunfähigkeit zu demonstrieren. Vielmehr wäre zu erwarten gewesen, dass sich der Kläger telefonisch oder per WhatsApp abgemeldet hätte (angefochtener Entscheid E. 5.1.5 S. 15 ff.). Somit sei davon auszugehen, dass der Kläger am Vormittag des 16. September 2019 arbeitsfähig gewesen sei. Es sei allerdings vorstellbar, dass erst das Aussprechen der Kündigung zu einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Klägers geführt habe und er somit im Verlauf des Tages erneut arbeitsunfähig geworden sei (angefochtener Entscheid E. 5.1.6 S. 18).

#### **4.2.**

Die Beklagte führt in der Berufung im Wesentlichen aus, die Vorinstanz habe die Arbeitsunfähigkeit des Klägers zu Unrecht bejaht. Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung sei willkürlich und verletze die Regeln über die Beweislastverteilung. In tatsächlicher Hinsicht sei die Vorinstanz zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger sich am Vormittag des 16. September 2019 gesund gefühlt habe, weshalb er zur Arbeit erschienen und auch arbeitsfähig gewesen sei. Allerdings habe der Kläger nicht mit der Kündigung gerechnet. Nach Erhalt der Kündigung sei er umgehend nach Deutschland gefahren, um ein Arztzeugnis erhältlich zu ma-

chen. Der Kläger sei aber in Tat und Wahrheit nicht arbeitsunfähig gewesen. Es sei nicht glaubhaft, dass sich dessen Stimmbänder nach Erhalt der Kündigung plötzlich wieder entzündet hätten und dass exakt nach dem Ende der Krankschreibung wegen besagter Stimmbandentzündung auch die Beschwerden eines früheren Unfalls wieder aufgetreten sein sollen. Auf die eingereichten Arztzeugnisse könne nicht abgestellt werden, da diese gestützt auf Ferndiagnosen ausgestellt worden seien. Eine physische Konsultation bei einem Arzt habe nicht stattgefunden. Auf das Arztzeugnis von Dr. med. G. könne nicht abgestellt werden, da der Kläger der Patenonkel eines Kindes von Dr. med. G. sei und angenommen werden müsse, dass dieser dem Kläger ein Gefälligkeitszeugnis ausgestellt habe. Ausserdem sei fraglich, ob ein Chirurg die richtige Fachperson zur Beurteilung der Beschwerden des Klägers gewesen sei. Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit sowie den Arztzeugnissen lasse auch der Umstand aufkommen, dass die Arztzeugnisse von drei verschiedenen Ärzten ausgestellt worden seien. Dass der Kläger arbeitsfähig gewesen sei, habe sich weiter dadurch gezeigt, dass er während der Krankschreibung längere Strecken mit dem Auto habe zurücklegen können. Weiter habe die Zeugin M. bestätigt, dass der Kläger am 16. September 2019 nicht krank gewirkt habe. Zur Klärung der Sachlage hätte die Vorinstanz, wie beantragt, die Krankenakten des Klägers einholen müssen. Indem sie davon abgesehen habe, habe sie Art. 152 ZPO verletzt.

#### **4.3.**

Der Kläger macht in der Berufungsantwort geltend, er sei vom 9. September 2019 bis zum 13. November 2019 und insbesondere auch am Vormittag des 16. September 2019 arbeitsunfähig gewesen. Er sei aber von seinem Vorgesetzten, D., unter Druck gesetzt worden, weshalb er sich entschieden habe, am 16. September 2019 am Arbeitsort zu erscheinen, um D. persönlich zu zeigen, dass er krank sei. Seine Arbeitsunfähigkeit sei von mehreren Ärzten bestätigt worden. Es gebe keinen Grund, weshalb mehrere Ärzte falsche Zeugnisse für ihn hätten ausstellen sollen. Die Behauptung, es habe sich um Ferndiagnosen gehandelt, sei unzutreffend. Dass er von verschiedenen Ärzten behandelt worden sei, habe sachliche Gründe. Unzutreffend sei auch die Behauptung der Beklagten, dass er für jeden Arzttermin 540 Kilometer mit dem Auto habe zurücklegen müssen. Sein Hauptwohnsitz befinde sich, wie auch seine Ärzte, in Deutschland. Den WhatsApp-Nachrichten lasse sich hinsichtlich seines Gesundheitszustandes nichts entnehmen. Auf die Aussagen der Zeugen M. und C. könne nicht abgestellt werden, denn diese hätten ihre Aussagen mit D. vorbesprochen und seien hinsichtlich ihrer Aussage instruiert worden. Hätte die Beklagte Zweifel an seiner Arbeitsunfähigkeit gehabt, hätte sie ihn jederzeit zu einem Vertrauensarzt schicken können, wie er es auch angeboten habe.

## **5.**

### **5.1.**

Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem zweiten bis und mit dem fünften Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen. Die Kündigung, die während dieser Sperrfrist ausgesprochen wird, ist nichtig (Art. 336c Abs. 2 Satz 1 OR). Ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 Satz 2 OR).

Wer krankgeschrieben ist und dennoch arbeiten geht, ist durch die Sperrfrist trotzdem vor Kündigung geschützt, denn der gesetzliche Schutz setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer um seine Krankheit weiss oder der Arbeitgeber darüber informiert ist (Urteil BGer 1C\_296/2008 E. 2.1 mit Hinweisen). Geschützt ist demnach auch, wer sich überwindet und zur Arbeit erscheint, obwohl er dies nicht müsste (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, N. 8 zu Art. 336c OR).

Grundsätzlich liegt die Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit beim Arbeitnehmer (Urteil BGer 4A\_140/2009 E. 5.1). Für den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit wird in der Regel auf ein ärztliches Zeugnis abgestellt. Dem Arzzeugnis kommt kein absoluter Beweiswert zu. Es kann von der Arbeitgeberin in Zweifel gezogen werden, insbesondere bei wiederkehrenden Abwesenheiten, bei Zeugnissen, die einzig auf die Patientenschilderungen abstützen sowie bei rückdatierten Arzzeugnissen. Über den ärztlichen Befund darf sich das Gericht allerdings nur bei ernsthaften Zweifeln hinwegsetzen (Urteil BGer 1C\_64/2008 E. 3.4).

Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arzzeugnisses oder ist es vertraglich vereinbart, so ist er berechtigt, auf eigene Kosten eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen (Urteil BGer 8C\_619/2014 E. 3.2.1).

### **5.2.**

Nicht durch Art. 336c OR geregelt wird die Frage der Lohnfortzahlungspflicht. Diese bestimmt sich vielmehr auch während des zeitlichen Kündigungsschutzes nach den allgemeinen Regeln, insbesondere nach Art. 324a OR (PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Aufl., 2020, N. 14 zu Art. 336c OR). Gemäss Art. 324a Abs. 1 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. 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 (Art. 324a Abs. 2 OR). Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine davon abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist (Art. 324a Abs. 4 OR).

Entfällt die Verhinderung an der Arbeitsleistung, so muss der Arbeitnehmer wieder zur Arbeit erscheinen oder diese zumindest anbieten, und zwar auch dann, wenn ihm die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nicht bewusst ist. Andernfalls entfällt sein Lohnanspruch (BRÜHWILER, Kommentar Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., 2014, N. 9 zu Art. 336c OR).

## **6.**

### **6.1.**

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht zu Recht grundsätzlich eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 9. September 2019 bis zum 13. November 2019 als erstellt erachtet hat (zur Arbeitsfähigkeit im Kündigungszeitpunkt [16. September 2019, 08.00 Uhr] vgl. nachfolgende E. 6.2).

#### **6.1.1.**

Zum Beweis der Arbeitsunfähigkeit reichte der Kläger die folgenden Arztzeugnisse ein:

- Arztzeugnis von Dr. med. E. betreffend Arbeitsunfähigkeit vom 9. September 2019 bis zum 13. September 2019, ausgestellt am 9. September 2019 (Klagebeilage 4)
- Arztzeugnis von Dr. med. F. betreffend Arbeitsunfähigkeit vom 16. September 2019 bis zum 20. September 2019, ausgestellt am 16. September 2019 (Klagebeilage 5)
- Arztzeugnis von Dr. med. E. betreffend Arbeitsunfähigkeit vom 23. September 2019 bis zum 30. September 2019, ausgestellt am 20. September 2019 (Klagebeilage 5)
- Arztzeugnisse von Dr. med. G. betreffend Arbeitsunfähigkeit vom 1. Oktober 2019 bis zum 18. Oktober 2019 bzw. 13. November 2019, ausgestellt am 27. September 2019 bzw. 18. Oktober 2019 (Klagebeilage 6)

Die Beklagte ist der Ansicht, auf die genannten Arztzeugnisse könne aus verschiedenen Gründen nicht abgestellt werden.

### **6.1.2.**

#### **6.1.2.1.**

Bezüglich des Arztzeugnisses von Dr. med. F. vom 16. September 2019 macht die Beklagte geltend, das Zeugnis sei gestützt auf eine Ferndiagnose ausgestellt worden, weshalb es nicht aussagekräftig sei. Ihre Behauptung begründet die Beklagte damit, die Praxis von Dr. med. F. befinde sich 270 Kilometer weit entfernt in Deutschland. Der Umstand, dass der Kläger das Arztzeugnis am 16. September 2019 bereits um 10.00 Uhr in den Briefkasten der Beklagten gelegt habe, mache deutlich, dass keine physische Konsultation in der Arztpraxis stattgefunden haben könne. Es sei in zeitlicher Hinsicht unmöglich, dass der Kläger nach Erhalt der Kündigung kurz nach 8.00 Uhr morgens zu seinem Arzt in Q. zur Konsultation und zurück nach R. gefahren sei, um das Arztzeugnis noch vor 10.00 Uhr bei der Beklagten einzuwerfen. Diese Tatsache werde weiter dadurch untermauert, dass der Kläger der Beklagten am 16. September 2019 um 11.36 Uhr geschrieben habe, dass er eine Krankschreibung habe (Berufung Rz. 10).

#### **6.1.2.2.**

Diese Einwendungen erweisen sich als unbegründet:

Der Kläger hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, er sei nach Erhalt der Kündigung zu seinem Hausarzt in Deutschland, Dr. med. E., gefahren, der ihn an den HNO-Spezialisten Dr. med. F. verwiesen habe; das Arztzeugnis habe er erst am Abend bei der Beklagten eingeworfen (Replik Ziff. 18; Protokoll act. 98.11; vgl. auch Berufungsantwort Ziff. 38). Dr. med. F., der das einschlägige Zeugnis am 16. September 2019 ausgestellt hat (Klagebeilage 5), bestätigte schriftlich, dass der Kläger am 16. September 2019 in seiner Praxis vorstellig geworden war (Replikbeilage 17). Sodann lässt sich der Aufstellung von Dr. med. E. (Replikbeilage 16) entnehmen, dass der Kläger am 16. September 2019 einen «normalen Termin» hatte. Da Gründe, weshalb Dr. med. E. oder Dr. med. F. inhaltlich unrichtige Bestätigungen hätten ausstellen sollen, weder ersichtlich sind noch von der Beklagten aufgezeigt werden (vgl. hierzu auch angefochtener Entscheid E. 5.1.5 S. 13), kann bzw. muss ausgeschlossen werden, dass das vom Kläger eingereichte Arbeitsunfähigkeitsattest von Dr. med. F. (Klagebeilage 5) für die Zeit vom 16. bis 20. September auf einer «Ferndiagnose» ohne Untersuchung des Klägers durch Dr. med. F. beruhte.

Daran ändert nichts, dass D. anlässlich der Parteibefragung für die Beklagte ausgesagt hat, er habe das Zeugnis [bereits] um ca. 10.00 Uhr im Briefkasten der Beklagten vorgefunden, was alle Mitarbeiter gesehen hätten; er habe dann «Herrn C.» das Arbeitszeugnis (gemeint offensichtlich das Arztzeugnis bzw. Arbeitsunfähigkeitszeugnis) in die Hände gedrückt (Protokoll act. 98.16). Denn an der Richtigkeit dieser Sachdarstellung sind vor allem in zeitlicher Hinsicht erhebliche Zweifel angezeigt. Die beiden als Zeugen einvernommenen Mitarbeiter der Beklagten (M. und C.) hatten

schon vorher in der Hauptverhandlung ihre Aussagen gemacht. Dabei gab M. an, D. habe um ca. 10:00 Uhr den Briefkasten geleert und ihr gesagt, es gebe ein Arztzeugnis des Klägers (Protokoll act. 98.3). Die einschlägige Passage aus der Zeugenbefragung von C. lautet wie folgt:

«[Ergänzungsfrage des klägerischen Rechtsvertreters] Haben Sie das Arztzeugnis von Herrn A. einmal gesehen?

[Zeuge C.:] Ja, das ist zu mir gekommen.

[Ergänzungsfrage des klägerischen Rechtsvertreters:] Wissen Sie, wann es beim Geschäfts eingegangen ist?

[Zeuge C.:] An diesem Vormittag ist Herr D. zu mir gekommen und hat gesagt, er habe das Arztzeugnis erhalten.» (Protokoll act. 98.8)

Weder die Aussage der Zeugin M. noch diejenige des Zeugen C. erweckt den Eindruck, dass sie, andere oder gar «alle» Mitarbeiter zugegen waren, als D. um 10.00 Uhr den Briefkasten leerte (und dabei angeblich ein Arztzeugnis vorfand). Vielmehr stimmen die Aussagen der Zeugen dahin überein, dass ihnen D. gesagt habe, er habe ein Arztzeugnis erhalten, wobei der Zeuge C. ausdrücklich davon sprach, D. sei zu ihm gekommen (um ihm dies zu sagen). Sodann ging die Aussage von C. zwar dahin, dass dies «an diesem Vormittag» (wohl gemeint am Vormittag des 16. Septembers) geschehen sei. Allerdings hat der Zeuge C. nicht ausgesagt, dass ihm D. bei dieser Gelegenheit das Arztzeugnis gezeigt bzw. schon übergeben habe. Nachdem der Kläger aber ausweislich der Duplikbeilage 1 am 16. September 2019, 11.36 Uhr, D. eine WhatsApp-Nachricht hatte zugehen lassen, worin er mitteilte, er habe eine Krankschreibung, erscheint es naheliegend, dass D. den Zeugen C. lediglich über die entsprechende WhatsApp-Nachricht des Klägers informierte. Abgesehen davon spricht gerade diese WhatsApp-Nachricht dafür, dass um 10.00 Uhr kein Arztzeugnis im Briefkasten lag, hätte es diesfalls doch gar keinen Grund für diese WhatsApp-Nachricht gegeben.

### **6.1.3.**

#### **6.1.3.1.**

Weiter argumentiert die Beklagte, die Arbeitsunfähigkeit des Klägers werde dadurch widerlegt, dass dieser trotz angeblicher Krankheit bzw. Arbeitsunfähigkeit mehrmals Ärzte in Deutschland aufgesucht und hierzu mehrere hundert Kilometer mit dem Auto habe zurücklegen können. In diesem Zusammenhang gehe die Vorinstanz zu Unrecht davon aus, dass sich der Kläger während seiner Krankschreibung an seinem Hauptwohnsitz in Deutschland aufgehalten habe, habe der Kläger Entsprechendes doch nie behauptet (Berufung Rz. 12).

#### **6.1.3.2.**

Der Beklagten kann auch in diesem Punkt nicht gefolgt werden:

Zunächst erfolgt der Einwand, der Kläger habe nie behauptet, sich während der Krankschreibung an seinem Wohnsitz in Deutschland aufgehalten zu haben (zur Zulässigkeit von Noven im Berufungsverfahren vgl. vorstehende E. 2.2), zu Unrecht. Der Kläger hielt bereits in der Replik (Ziff. 21) explizit fest, er habe sich nicht die ganze Zeit in der Schweiz aufgehalten und damit auch nicht die behaupteten Kilometer fahren müssen.

Es ist glaubhaft, dass sich der Kläger während seiner Krankschreibung zumindest teilweise in Deutschland, wo sein Hauptwohnsitz liegt (Replik Ziff. 18), aufgehalten und deshalb nicht für jeden Arztbesuch mehrere hundert Kilometer mit dem Auto zurückgelegt hat. Erstellt ist denn auch einzig, dass der Kläger am 16. September 2019 nach Erhalt der Kündigung zu Dr. med. E. und Dr. med. F. nach Deutschland und zurück an seinen Arbeitsort in R. gefahren ist, um das Arztzeugnis persönlich bei der Beklagten in den Briefkasten zu werfen.

Ohnehin ist zu bedenken, dass der Kläger nach eigenen Angaben an einer Stimmbandenzündung, einer Erkältung, Schnupfen und Husten litt (Protokoll act. 98.9; vgl. auch ärztliches Zeugnis Dr. med. I., Replikbeilage 24). Inwiefern ihn die genannten Krankheitssymptome an einer Autofahrt hätten hindern sollen, erhellt nicht (vgl. Urteil BGer 4A\_289/2010 E. 3.2, wobei eine Autofahrt den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit nicht zu beseitigen vermochte). Hingegen ist damit nicht belegt, dass der Kläger entgegen den verschiedenen Arztzeugnissen arbeitsfähig gewesen wäre, d.h. mit den Symptomen (zuerst Stimmbandenzündung und Erkältung, später Rückenbeschwerden) als Physiotherapeut mit Patienten hätte arbeiten können (vgl. hierzu angefochtener Entscheid E. 5.1.5 S. 13; Protokoll act. 98.10).

#### **6.1.4.**

Die Beklagte bezweifelt den Beweiswert der Arztzeugnisse, da diese von verschiedenen Ärzten aus verschiedenen Fachbereichen ausgestellt und jeweils als «Erstbescheinigung» bezeichnet worden seien (Berufung Rz. 11 und Rz. 13 ff.). Die Argumentation der Beklagten ist nicht stichhaltig. Der Kläger vermochte schlüssig zu erklären, weshalb er verschiedene Ärzte aufgesucht hatte. Wie bereits die Vorinstanz ausgeführt hat (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.5 S. 14), litt der Kläger zunächst an einer Stimmbandenzündung, weswegen er am 9. September 2019 sowie am 16. September 2019 seinen Hausarzt Dr. med. E. konsultierte, der ihn an den HNO-Spezialisten Dr. med. F. überwies. Später liess er sich aufgrund wiederkehrender Beschwerden (Rückenschmerzen) nach einem im Frühling 2019 erlittenen Unfall von Dr. med. G. behandeln (Replik Ziff. 22; Protokoll act. 98.11 f.). Im Lichte der genannten Umstände führt die Tatsache, dass Arztzeugnisse von mehreren Ärzten vorliegen, nicht dazu, dass am Inhalt dieser Zeugnisse und der Tatsache, dass der Kläger arbeitsunfähig war, zu zweifeln wäre. Im Grunde ist das Gegenteil der Fall. Die Tatsache, dass

mehrere Ärzte die Arbeitsunfähigkeit des Klägers bescheinigt haben, untermauert vielmehr, dass der Kläger tatsächlich arbeitsunfähig war. Dass er gleich mehrere Ärzte dazu gebracht hat, ihm falsche Bescheinigungen auszustellen, erscheint zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, alles in allem aber äusserst abwegig (vgl. hierzu auch den angefochtenen Entscheid E. 5.1.5 S. 14).

Weshalb auf dem ärztlichen Zeugnis vom 20. September 2019 (Klagebeilage 5) vermerkt wurde, dass es sich um eine «Erstbescheinigung» handle, obwohl Dr. med. E. den Kläger bereits zuvor behandelt und ein Arztzeugnis ausgestellt hatte, erschliesst sich nicht. Allerdings ist ebenso wenig ersichtlich, inwiefern dies für die Beurteilung der vorliegenden Sachlage von Bedeutung sein bzw. die ärztlichen Bescheinigungen in ihrer Gesamtheit infrage stellen könnte.

#### **6.1.5.**

Wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren bringt die Beklagte auch im Berufungsverfahren vor, auf das Arztzeugnis von Dr. med. G. (Klagebeilage 6) könne nicht abgestellt werden, da der Kläger der Patenonkel eines Kindes von Dr. med. G. sei und davon ausgegangen werden müsse, dass Dr. med. G. ein Gefälligkeitszeugnis ausgestellt habe. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung, so die Beklagte, komme es ohnehin häufig vor, dass Ärzte rasch und unkompliziert ein Arztzeugnis ausstellen würden, wenn ein Patient dies verlange. Vorliegend habe der Arzt zudem einzig auf die Angaben des Klägers abstellen können. Dabei könne ein Arzt insbesondere bei Schmerzen nicht einschätzen, ob der Patient lüge oder übertreibe. Fraglich sei weiter, ob ein Chirurg angesichts der Tatsache, dass der Kläger eine blockierte Rippe gehabt habe, die richtige Anlaufstelle gewesen sei (Berufung Rz. 17 f.).

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass auch hier nicht ersichtlich ist, weshalb Dr. med. G. dem Kläger einen Gefallen in Form eines falschen Arztzeugnisses erwiesen und damit eine strafrechtliche Verurteilung riskiert haben sollte (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.1.5 S. 14). Dies gilt selbst dann, wenn Dr. med. G. mit dem Kläger privat bekannt oder befreundet ist. Der Kläger gab an, er habe eine blockierte Rippe gehabt. Zudem habe er an Schmerzen gelitten, deren Ursache unklar gewesen sei (Protokoll act. 98.12). Die blosser Behauptung der Beklagten, die genannten Beschwerden würden in der Regel komplikationslos verheilen und es müsse nicht mit Langzeitfolgen gerechnet werden, ist nicht geeignet, die konkrete fachkundige Beurteilung von Dr. med. G. in Zweifel zu ziehen. Unzutreffend ist sodann der sinngemässe Einwand, die geschilderten Beschwerden lägen ausserhalb des Fachbereichs von Dr. med. G., weshalb er nicht kompetent sei, die Arbeitsfähigkeit des Klägers zu beurteilen. Der Kläger präzierte anlässlich der Hauptverhandlung, dass es sich bei Dr. med. G. um

einen orthopädischen Chirurgen handle (Protokoll act. 98.12). Dem Arztzeugnis kann zudem entnommen werden, dass Dr. med. G. auch Allgemeinmediziner ist (Klagebeilage 6). Dr. med. G. kann somit nicht die Kompetenz abgesprochen werden, die geschilderten gesundheitlichen Probleme des Klägers respektive dessen Arbeits(un)fähigkeit zu beurteilen. Schliesslich ist davon auszugehen, dass sich eine Rippenblockade auch in objektiver Weise manifestiert und der Arzt für die Diagnose somit nicht einzig auf die Angaben des Klägers abstellen musste, wie dies von der Beklagten behauptet wurde.

#### **6.1.6.**

Die Beklagte beanstandet im Weiteren die Erwägungen der Vorinstanz in Zusammenhang mit dem ärztlichen Zeugnis von Dr. med. I. vom 11. Oktober 2019 (angefochtener Entscheid E. 5.1.5 S. 14 f.). Dem erwähnten Dokument (Replikbeilage 24) lässt sich entnehmen, dass Dr. med. I. den Kläger am 21. September 2019 notfallmässig «wegen massiver Beschwerden» behandelt hat. Dr. med. I. hielt fest, der Kläger habe einen leichten Temperaturanstieg aufgewiesen, sei erkältet gewesen und habe unter Atemnot gelitten. Am stärksten belastet sei er durch den Stimmverlust, verursacht durch den Befall der Stimmbänder, gewesen. Er habe zudem eine ausgeprägte Erkältungskrankheit mit Halsschmerzen bei vorwiegendem Befall der Bronchien, des Rachens und der Stimmbänder gehabt, die eine massive Sprachbehinderung verursacht habe. Die Vorinstanz gelangte zur Auffassung, aus dem Umstand, dass Dr. med. I. den Kläger nicht krankgeschrieben habe, könne nicht abgeleitet werden, dass der Kläger zum Zeitpunkt der ärztlichen Begutachtung arbeitsfähig gewesen sei. Vielmehr würden die im ärztlichen Bericht erwähnten massiven Beschwerden für eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers sprechen (angefochtener Entscheid E. 5.1.5 S. 15).

Die Beklagte ist der Ansicht, damit nehme die Vorinstanz selbst eine medizinische Einschätzung vor, wozu sie nicht befähigt sei. Tatsache sei, dass Dr. med. I. den Kläger nicht krankgeschrieben und ihn daher auch nicht als arbeitsunfähig erachtet habe. Diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Der Kläger konsultierte Dr. med. I. am 21. September 2019. Zu diesem Zeitpunkt verfügte der Kläger bereits über eine Krankschreibung von Dr. med. E. vom 20. September 2019, worin ihm noch bis am 30. September 2019 eine Arbeitsunfähigkeit attestiert war. Somit war es nicht erforderlich, dass Dr. med. I. erneut eine Arbeitsunfähigkeit bescheinigte. Der Umstand, dass Dr. med. I. keine Arbeitsunfähigkeit festhielt, kann somit nicht zuungunsten des Klägers ausgelegt werden. Vielmehr unterstreicht das ärztliche Zeugnis von Dr. med. I., dass der Kläger effektiv auch noch am 21. September 2019 an massiven Beschwerden im Bereich des Rachens und der Stimmbänder litt und schlecht sprechen konnte. Schliesslich sei angemerkt, dass es sich bei der Untersuchung durch Dr. med. I. zwar nicht um eine vertrauensärztliche, von der Arbeitgeberin angeordnete Untersuchung gehandelt

hat. Dennoch handelt es sich bei Dr. med. I. um einen Arzt, welchen D. dem Kläger im Zusammenhang mit dem Unfall empfohlen hatte (vgl. Protokoll act. 98.16), weshalb der ärztliche Bericht die Position des Klägers zusätzlich stärkt. Der Einwand der Beklagten erweist sich als unbegründet.

#### **6.1.7.**

Im Sinne eines Zwischenfazits kann festgehalten werden, dass an den Arztzeugnissen und somit an der Arbeitsunfähigkeit des Klägers in der Zeit vom 9. September 2019 bis zum 13. November 2019 keine Zweifel bestehen. Weder basieren die ärztlichen Zeugnisse auf Ferndiagnosen noch ist ersichtlich, dass die vom Kläger aufgesuchten Ärzte falsche Zeugnisse ausgestellt hätten bzw. sich der Kläger absichtlich falsche Zeugnisse hätte ausstellen lassen. Damit erübrigt es sich auch, wie von der Beklagten erneut beantragt (Berufung Rz. 23; vgl. schon Klageantwort, Rz. 23), die Krankenakten des Klägers einzuholen. Es kann in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. dazu Urteil BGer 4A\_292/2021 E. 2.1.1) ausgeschlossen werden, dass die Krankenakten eine gegenteilige Beurteilung nach sich ziehen. Indem die Vorinstanz den entsprechenden Beweis Antrag abwies (angefochtener Entscheid E. 5.1.5 S. 17), verletzte sie somit entgegen beklagter Auffassung (Berufung Rz. 24 in fine) Art. 152 ZPO nicht.

#### **6.2.**

##### **6.2.1.**

Wie bereits erwähnt (vgl. vorstehende E. 4.1) hat die Vorinstanz, obwohl sie aufgrund der eingereichten ärztlichen Atteste (Klagebeilagen 4-6) – zu Recht (vgl. vorstehende E. 6.1) – eine vollständige Arbeitsunfähigkeit des Klägers in der Zeit vom 9. September bis zum 13. November 2019 als ausgewiesen erachtete, eine Arbeitsunfähigkeit für den Zeitpunkt der Kündigung (16. September 2016 08:00 Uhr) verneint. Die Beklagte ist der Ansicht, die Beweiswürdigung der Vorinstanz sei insgesamt willkürlich: Es sei nicht nachvollziehbar, dass der Kläger am Tag der Kündigung zunächst arbeitsfähig gewesen sein soll und sich sein Gesundheitszustand daraufhin plötzlich wieder derart verschlechtert haben soll, dass er erneut arbeitsunfähig geworden sei. Der Kläger führt demgegenüber aus (Berufungsantwort Ziff. 36, S. 3f), es sei nicht richtig, dass der am Vormittag des 16. September 2019 zur Arbeit habe erscheinen wollen. Er habe seinen Chef persönlich davon überzeugen wollen, dass er krank sei.

##### **6.2.2.**

In der Tat vermag die vorinstanzliche Beurteilung nicht zu überzeugen, dass der Kläger, wonach, bis zum 13. September 2019 arbeitsunfähig, anschliessend für eine sehr kurze Dauer wieder arbeitsfähig und am Nachmittag des 16. September 2019 plötzlich wieder arbeitsunfähig gewesen sei. Ausgehend davon, dass der Kläger vor und nach dem Kündigungszeitpunkt arbeitsunfähig (vgl. dazu vorstehende E. 6.1) war, ist vielmehr darauf zu schliessen, dass er es durchgehend, d.h. auch am Vormittag des

16. September 2019, war. Er verfügt denn auch für den 16. September 2019 über ein Arzzeugnis von Dr. med. F. (Klagebeilage 5). Weshalb dieses lediglich für den Nachmittag gelten sollte, ist nicht nachvollziehbar, konsultierte der Kläger Dr. med. E. respektive Dr. med. F. doch zeitnah noch am selben Tag. Es kann praktisch ausgeschlossen werden, dass sich die Stimmbandentzündung zwischen dem Kündigungszeitpunkt (ca. 08:00 Uhr des 16. September) und der Konsultation von Dr. med. F. (mutmasslich noch am späteren Vormittag des gleichen Tages; vgl. Duplikbeilage 1 sowie vorstehende E. 6.1.2) einstellte. Überdies ist davon auszugehen, dass sich dieses Krankheitsbild durch objektiv feststellbare Symptome äussert, wie sie auch von Dr. med. I. in seinem Bericht festgehalten wurden (vgl. Replikbeilage 24). Somit musste Dr. med. F. nicht allein auf die Schilderungen des Klägers abstellen. Der diesbezügliche Einwand der Beklagten erweist sich damit als unbegründet.

Weder aus den WhatsApp-Nachrichten noch aus den Aussagen der Beteiligten kann Gegenteiliges abgeleitet werden. Der von der Beklagten selber ins Recht gelegte WhatsApp-Verkehr der Parteien (Duplikbeilage 1) deutet darauf hin, dass die Beklagte auf den Kläger gewissen Druck ausübte, zur Arbeit zu erscheinen (vgl. die Nachricht des Klägers vom 13. September 2019: «Ich sagte doch, dass ich mich melde, sobald ich mehr weiss»). Weiter kann den WhatsApp-Nachrichten entnommen werden, dass der Kläger bemüht war, die Beklagte über seinen Gesundheitszustand auf dem Laufenden zu halten. Auch wenn er am Freitag und Samstag, 13. bzw. 14. September 2019, davon ausgegangen zu sein scheint, bis Sonntag könnte alles wieder «normal» und er am Montag wieder arbeitsfähig sein (Duplikbeilage 1), kann aus daraus nicht abgeleitet werden, dass es tatsächlich auch so kam. Was die Zeugenaussagen angeht, sagte M. zwar aus, der Kläger sei am 16. September 2019 umgezogen und bei guter Gesundheit zur Arbeit erschienen (Protokoll act. 98.2 f.). Allerdings kann für die Beurteilung des Gesundheitszustandes nicht (einzig) auf die von der ärztlichen Beurteilung abweichenden Einschätzung eines medizinischen Laien abgestellt werden.

### **6.2.3.**

Damit ist in Abweichung von der erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung festzuhalten, dass der Kläger auch am Vormittag des 16. September 2019 arbeitsunfähig war. Es ist von der Sachverhaltsdarstellung des Klägers auszugehen, wonach er am Arbeitsplatz erschien, um das persönliche Gespräch mit D. zu suchen und ihn von seiner Krankheit zu überzeugen, da er von diesem unter Druck gesetzt worden war (vgl. Duplikbeilage 1; Protokoll act. 98.10). Damit erfolgte die Kündigung während der Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR und war deshalb nichtig (Art. 336c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR). Selbst wenn man aber von der Sachverhaltsdarstellung der Beklagten ausgehen würde, wonach der Kläger am Arbeitsort erschienen sei, um zu arbeiten, müsste angenommen werden, dass er dies

einzig aufgrund des Drucks seitens der Arbeitgeberin getan hat. Dies würde aber nichts daran ändern, dass der Kläger arbeitsunfähig war und der Kündigungsschutz Anwendung findet (vgl. E. 5.1 hiervor). An dieser Stelle sei noch angemerkt, dass die Beklagte ohne Weiteres eine vertrauensärztliche Untersuchung hätte verlangen können, hätte sie tatsächlich Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Klägers gehabt.

#### **6.2.4.**

Diese abweichende Beurteilung hinsichtlich der Arbeits(un)fähigkeit des Beklagten im Kündigungszeitpunkt bleibt ohne Auswirkungen auf die Ansprüche der Parteien:

Bei durchgehender Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 9. September bis 13. November 2019 (inkl. im Kündigungszeitpunkt selber) war die Kündigung nichtig (Art. 336c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR). Nachdem aber der Kläger ab 14. November 2019 weder krankgeschrieben war noch seine Arbeitsleistung anbot, traf die Beklagte keine Lohnzahlungspflicht mehr (vgl. vorstehende E. 5.2 in fine). Der Kläger forderte denn auch – zu Recht – Lohn nur bis zum 13. November 2019.

Beim von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt wäre die Kündigung nicht während der Sperrfrist erfolgt. Allerdings wäre die Kündigungsfrist gestützt auf Art. 336c Abs. 2 Halbsatz 2 OR aufgrund der Krankheit des Klägers unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt worden mit der Folge, dass sich das Arbeitsverhältnis der Parteien bis Ende November verlängert hätte (angefochtener Entscheid E. 6.2 S. 20). Da aber der Kläger, wie gesagt, nach dem 13. November 2019 bei der Beklagten nicht mehr zu Arbeit erschien, entfiel deren Lohnzahlungspflicht.

#### **6.3.**

Die Beklagte ist der Ansicht, die Vorinstanz hätte bei der Berechnung der gegenseitigen Ansprüche prüfen müssen, ob der Kläger trotz Krankschreibung ferienfähig gewesen sei. Hätte sie dies bejaht, hätten dem Kläger während der Kündigungsfrist Ferientage und die behaupteten Überstunden abgezogen werden müssen, weshalb beim Feriensaldo ein Minus resultiert hätte. Da es die Vorinstanz unterlassen habe, die Ferienfähigkeit des Klägers zu prüfen, habe sie den Sachverhalt unrichtig festgestellt (Berufung Rz. 27).

Grundsätzlich liegt Ferienfähigkeit nur dann vor, wenn der Sinn und Zweck der Ferien, die Erholung, gewährleistet ist. Dies kann etwa der Fall sein bei einem Pianisten, der während der Ferien seinen Finger verstaucht. Er wäre zwar arbeitsunfähig, jedoch zweifellos nicht ferienunfähig. In der Regel geht indes die Arbeitsunfähigkeit mit der Ferienunfähigkeit einher (BRÜHWILER, a.a.O., N. 6 zu Art. 329c OR). Weshalb dies vorliegend ausnahmsweise

nicht der Fall sein sollte, ist weder ersichtlich noch von der Beklagten hinreichend dargetan. Soweit ersichtlich führte die Beklagte in der Stellungnahme zum Beweisergebnis zwar aus, der Kläger sei ferienfähig gewesen, da er während der Krankschreibung Auto gefahren sei und habe spazieren können (Protokoll act. 98.22). (Allein) daraus kann aber nicht auf Ferienfähigkeit geschlossen werden. Die vom Kläger erwähnten und sich zumindest teilweise aus dem ärztlichen Zeugnis von Dr. med. I. ergebenden Krankheitssymptome und Schmerzen können als einschränkend bezeichnet werden, was gegen die Ferienfähigkeit spricht. Schliesslich musste der Kläger erstelltermassen diverse Male während der Krankschreibung – auch notfallmässig (vgl. vorstehende E. 6.1.6) – einen Arzt aufsuchen, was ebenfalls gegen die Ferienfähigkeit spricht.

**7.**

Auf die restlichen Ausführungen in der Berufung (vgl. Berufung Rz. 28 ff.) muss nicht weiter eingegangen werden. An der genannten Stelle erläutert die Beklagte die mit der Widerklage geltend gemachte Forderung sowie deren Berechnung. Dabei geht sie allerdings von der Prämisse aus, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht erstellt ist. Darüber hinaus beanstandet die Beklagte die Berechnung der zugesprochenen Beträge nicht. Auch der Kläger rügt die vorinstanzliche Berechnung nicht. Es bleibt somit dabei, dass die Beklagte dem Kläger Fr. 9'914.80 nebst Zins zu bezahlen hat.

**8.**

Somit ist der angefochtene Entscheid zu schützen und die von der Beklagten dagegen gerichtete Berufung ist abzuweisen. Gemäss Art. 114 lit. c ZPO werden in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert bis Fr. 30'000.00 keine Gerichtskosten erhoben. Von der Zusprechung einer Parteientschädigung ist gestützt auf Art. 116 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 25 EG ZPO für das Berufungsverfahren abzusehen.

---

**Das Obergericht erkennt:**

**1.**

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen.

**2.**

Für das Berufungsverfahren wird keine Entscheidgebühr erhoben.

**3.**

Es werden 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 weniger als **Fr. 15'000.00**.

---

**Rechtsmittelbelehrung** für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden, soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72 - 89 BGG zulässig ist (Art. 44 Abs. 1, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1, Art. 113, Art. 117 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 verfassungsmässige Rechte (Art. 116 BGG) verletzt. 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). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

---

Aarau, 28. Juni 2022

**Obergericht des Kantons Aargau**

Zivilgericht, 1. Kammer

Die Vizepräsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Massari

Tognella