

## **Das Arztzeugnis als Beweismittel bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten**

von Dr. Oliver Kälin, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich

### **Begriff des Arztzeugnisses**

Obwohl die Begriffe «Arztzeugnis» oder «ärztliches Zeugnis» insbesondere im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Bestimmungen geläufig sind,<sup>1</sup> werden sie – soweit gesehen – weder in einem Gesetz noch in der juristischen Literatur noch in der Rechtsprechung bestimmt.<sup>2</sup> Auch die Ärzte-Gesellschaft des Kantons Zürich (AGZ) verwendet keine Definition, ebenso wenig die FMH (Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte). Die AGZ hält in ihren «Empfehlungen zur Ausstellung von ärztlichen Zeugnissen» vom 7. Juni 2000 aber fest, dass ein Arztzeugnis «generell nur gültig (ist), wenn es Datum, Stempel und eigenhändige Unterschrift des behandelnden Arztes aufweist.»<sup>3</sup> Ein ausführlicher ärztlicher Bericht kann ebenso ein Arztzeugnis sein wie ein rudimentär ausgefülltes Formular.<sup>4</sup> Ein Blick in die Praxis des Arbeitsalltags zeigt, dass Arztzeugnisse zwar unterschiedlich aussehen können, in den meisten Fällen aber ein vorgefertigtes Formular verwendet wird, auf welchem der Grad der Arbeitsunfähigkeit sowie die Anzahl Tage angegeben werden, während denen der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist.<sup>5</sup>

Dem Arztzeugnis kommt im Arbeitsvertragsrecht grosse praktische Bedeutung zu. Das Arztzeugnis wird beinahe ausnahmslos vom Arbeitnehmer dazu verwendet, krankheitsbedingte Absenzen vom Arbeitsplatz zu beweisen, für die der Arbeitnehmer gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast trägt.<sup>6</sup> Der Arbeitnehmer ist aber grundsätzlich nicht verpflichtet, die Arbeitsunfähigkeit mit einem Arztzeugnis zu belegen, es sei denn, eine solche Pflicht ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag oder dem GAV.<sup>7</sup> So enthalten denn auch weder das OR noch das ArG Bestimmungen zur Frage, ab welcher Absenzdauer ein Arbeitnehmer verpflichtet ist, ein Arztzeugnis einzureichen.<sup>8</sup>

### **Art des Beweismittels und Beweiswert**

Vorliegend soll untersucht werden, um was für ein Beweismittel es sich beim Arztzeugnis handelt und welcher Beweiswert ihm zukommt.

### **Arztzeugnis, medizinisches Gutachten und schriftliche Auskunft**

Die schweizerischen Prozessgesetze gehen von einem Numerus Clausus der zulässigen Beweismittel aus,<sup>9</sup> ebenso der Entwurf für eine eidgenössische

ZPO.<sup>10</sup> Wenn es sich beim Arztzeugnis um ein Beweismittel handeln soll, muss es ein Beweismittel gemäss den Prozessgesetzen sein.

Am besten zu passen scheint die *schriftliche Auskunft*<sup>11</sup> als eine Mischform aus Urkundenbeweis, Gutachten und Zeugnis.<sup>12</sup> Gemäss der eidgenössischen ZPO muss *das Gericht* die Auskunft einholen.<sup>13</sup> Dasselbe gilt im Zürcher Zivilprozess.<sup>14</sup> Ein Arztzeugnis ist somit nur dann eine schriftliche Auskunft im Sinne von § 168 ZPO ZH bzw. Art. 187 Abs. 1 E ZPO, wenn es vom Gericht eingeholt wird.<sup>15</sup> Zwar kann nach dem Entwurf der eidgenössischen ZPO das Gericht auch «von Privatpersonen schriftliche Auskünfte einholen, wenn eine Zeugenbefragung nicht erforderlich erscheint» (Art. 187 Abs. 1 E ZPO), aber in jedem Fall muss das Gericht die schriftliche Auskunft einholen. Dasselbe gilt nach § 168 ZPO ZH, wonach die schriftliche Auskunft grundsätzlich die schriftliche Auskunft einer Amtsstelle meint und nicht die schriftliche Auskunft von Privatpersonen. Diese ist nur «ausnahmsweise zulässig».<sup>16</sup> In einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit wird aber stets der Arbeitnehmer das Arztzeugnis einholen und dem Gericht einreichen.

Das in einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit vom Arbeitnehmer eingeholte Arztzeugnis ist somit eine schriftliche Auskunft, die von einer Privatperson (dem Arbeitnehmer) von einer Privatperson (dem Arzt) eingeholt wurde. Somit kann das von einer Privatperson eingeholte Arztzeugnis weder eine schriftliche Auskunft im Sinne der Zürcher ZPO noch des Entwurfs für die eidgenössische ZPO sein.

Da das Arztzeugnis aber die Meinung einer Fachperson wiedergibt (wenn auch meist ohne Begründung), könnte es sich um ein *Gutachten* handeln.

Gutachten sind Aussagen von Sachverständigen<sup>17</sup> und in den meisten Prozessordnungen gesondert geregelt.<sup>18</sup> Die Prozessordnungen meinen jedoch stets das gerichtliche Gutachten, welches im Unterschied zum Privatgutachten von gerichtlich bestellten Sachverständigen erstellt wird.<sup>19</sup> Privatgutachten werden von einer Partei eingeholt und dem Gericht vorgelegt. Ihnen kommt grundsätzlich nur die Bedeutung von Parteibehauptungen zu.<sup>20</sup>

Im Gegensatz zum Arztzeugnis ist das (gerichtliche) Gutachten grundsätzlich zu begründen,<sup>21</sup> damit das Gericht die Schlussfolgerung des Gutachters überprüfen kann.<sup>22</sup> Auch Privatgutachten als Parteibehauptungen werden eine grössere Wirkung entfalten, wenn sie begründet sind.

Aus Persönlichkeitsschutzgründen muss der Arzt weder Krankheit noch Befund oder Diagnose angeben.<sup>23</sup> Wie erwähnt muss das Arztzeugnis nicht begründet sein. Auf dem Formular «Ärztliches Zeugnis» der AGZ ist denn auch gar kein Platz für begründende Bemerkungen des Arztes vorhanden. Es findet sich darauf aber zutreffend der Hinweis, dass der Arzt nach Art. 321 StGB an das Berufsgeheimnis gebunden ist. Der Arzt darf somit dem Arbeitgeber gar nicht mitteilen, warum der Arbeitnehmer bei ihm

in Behandlung war.<sup>24</sup> Der strafrechtliche Begriff des Geheimnisses ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung alles, «was der Patient dem Arzt zwecks Ausführung des Auftrags anvertraut oder was der Arzt in Ausübung seines Berufes wahrnimmt.»<sup>25</sup> Der Patient kann dem Arzt gemäss Art. 321 Ziff. 2 StGB aber erlauben, Behandlungsgrund bzw. den Inhalt der Untersuchung sowie die Ergebnisse auf das Arztzeugnis zu schreiben. Dennoch werden in den meisten Fällen auf dem Arztzeugnis keine Hinweise auf die Krankheit oder den Unfall des Patienten zu finden sein.

Da das Arztzeugnis eine Aussage eines Fachmanns ist und von einer Privatperson eingeholt wurde, ist es als (praktisch ausnahmslos) unbegründetes Privatgutachten zu qualifizieren und gilt als Parteibehauptung.<sup>26</sup> Selbst wenn das Privatgutachten begründet ist, gilt es lediglich als Parteibehauptung. Das Gericht kann zwar auch ein Privatgutachten im Rahmen des freien Ermessens würdigen,<sup>27</sup> doch kommt diesem nur der Status «Parteibehauptung» zu und es ist damit eine Behauptung und kein Beweismittel.

Daran ändert auch ein möglicher Einwand nichts, dass es sich beim Arztzeugnis um eine Urkunde handle und eine Urkunde grundsätzlich ein Beweismittel sei. Dem wäre entgegen zu halten, dass es sich um eine Privaturkunde handelt,<sup>28</sup> die lediglich die Tatsache der entsprechenden Äusserung des Dritten (des Arztes) beweisen kann, nicht hingegen den Inhalt der Wahrnehmung.<sup>29</sup>

### Beweiswert des Arztzeugnisses, wenn es ein Beweismittel wäre

In der Lehre besteht – soweit gesehen – Einigkeit, dass einem Arztzeugnis im Zivilprozess grundsätzlich Beweischarakter zukommt,<sup>30</sup> es aber eine Frage der Beweiswürdigung bleibt, ob ein Gericht darauf abstellt.<sup>31</sup> Oft wird ein Gericht aber ohne Vorliegen besonderer Umstände auf das Arztzeugnis abstellen.<sup>32</sup> Dies soll gestützt auf das vorne stehende Ergebnis, dass es sich bei einem Arztzeugnis um eine Parteibehauptung handelt, hinterfragt werden.

Da der Richter an keine Regeln über den Wert des Beweismittels gebunden ist,<sup>33</sup> kann er das Arztzeugnis selbst dann, wenn er es entgegen der hier vertretenen Auffassung als Beweismittel qualifiziert, frei würdigen. Er wird berücksichtigen müssen, dass vor allem durch das unbegründete Arztzeugnis kein voller Beweis erbracht wird.<sup>34</sup> In der Lehre wird im Zusammenhang mit dem Arztzeugnis von einem «Anscheinsbeweis» gesprochen,<sup>35</sup> dessen dogmatische Einordnung zwar unklar ist, der jedoch betreffend den Beweiswert mit einer tatsächlichen Vermutung<sup>36</sup> gleichgesetzt werden kann.<sup>37</sup> *Rehbinder* bezeichnet den Anscheinsbeweis als eine Art Indizienbeweis, da nicht der unmittelbare erhebliche Sachumstand, sondern nur die Vermutungsbasis dargetan werde.<sup>38</sup>

## Das Arztzeugnis substanziiert nur die Behauptung der Arbeitsunfähigkeit

Wie aber oben dargestellt, kann es sich beim vom Arbeitnehmer eingeholten Arztzeugnis nicht um ein Beweismittel handeln (sondern es handelt sich um eine Behauptung), und dementsprechend kann diesem Arztzeugnis kein Beweiswert zukommen. Einer Behauptung kann kein Beweiswert zukommen.

Der allfällige Einwand, dass es sich beim Arztzeugnis zwar um einen Beweis, aber «nur» um einen Anscheinsbeweis handelt, dem ein verminderter Beweiswert zukommt, vermag nicht zu beruhigen. Mit dem Anscheinsbeweis liegt bereits ein Beweis vor, der zwar keine Umkehrung der Beweislast bewirkt,<sup>39</sup> der aber nur durch einen Gegenbeweis entkräftet werden kann.<sup>40</sup>

Wird das Arztzeugnis richtigerweise als Behauptung qualifiziert, stellt sich die Frage, wie weit die Behauptung durch das Arztzeugnis substanziiert wurde. Den Arbeitnehmer trifft zusammen mit der Beweislast nach Art. 8 ZGB auch die Substanziierungslast in Bezug auf die Arbeitsunfähigkeit,<sup>41</sup> was bedeutet, dass die Arbeitsunfähigkeit als rechtserhebliche Tatsache so umfassend und klar darzulegen ist, dass darüber Beweis abgenommen werden kann.<sup>42</sup>

Als rechtserhebliche Tatsache ist die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers darzulegen. Dabei kann sich der Arbeitnehmer nicht mit einer allgemeinen Behauptung begnügen,<sup>43</sup> die in etwa lauten würde: «Ich war während der Zeit vom ... bis zum ... arbeitsunfähig.» Obwohl an die Behauptungslast kein allzu strenger Massstab angelegt werden darf,<sup>44</sup> muss vom Arbeitnehmer verlangt werden, dass er die Arbeitsunfähigkeit spezifisch und detailliert behauptet. Genau dies geschieht mit dem Arztzeugnis. Mit ihm kommt der Arbeitnehmer seiner Substanziierungspflicht für die Arbeitsunfähigkeit nach. Je ausführlicher und spezifischer das Arztzeugnis ist, um so ausführlicher und spezifischer ist die Behauptung der Arbeitsunfähigkeit.

Ist der Arbeitnehmer durch das Arztzeugnis seiner Substanziierungslast nachgekommen, reicht eine allgemeine Bestreitung der Gegenseite, des Arbeitgebers, nicht aus.<sup>45</sup> Bestreitet der Arbeitgeber das Arztzeugnis nicht substanziiert, so muss die Behauptung des Arbeitnehmers als unbestritten gelten.<sup>46</sup>

Ein besonderer Umstand lag einem Sachverhalt zugrunde, den das Arbeitsgericht Zürich im August 2001 zu beurteilen hatte: Der Arbeitnehmer/Kläger wurde von seinem Hausarzt für einen Monat (6. Juli 2000 bis 6. August 2000) zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Der Kläger war während dieser Zeit aber rund drei Wochen in Rumänien und gab zu, dass er bereits vor der behaupteten Krankheit geplant hatte, am 11. Juli in die Ferien zu fahren.<sup>47</sup> In diesem Fall stellte das Arbeitsgericht nicht auf das Arztzeugnis ab.

Es kann an dieser Stelle gegen die hier vertretene Auffassung – dass es sich beim Arztzeugnis um eine Behauptung handelt – argumentiert werden, dass es, wie im vorigen Beispiel, nicht darauf ankommen kann, ob es sich beim Arztzeugnis um ein Beweismittel oder um eine substanziierte Be-

hauptung handelt. Wenn das Gericht Zweifel an der Richtigkeit habe, werde es darauf nicht abstellen.

Diese Gegenargumentation trifft nur bedingt zu: Die Anforderungen, ein Arbeitszeugnis substantiiert zu bestreiten, sind tiefer als diejenigen, ein Arztzeugnis mit einem Gegenbeweis zu entkräften. Würde das Arztzeugnis substantiiert bestritten, steht es dem Arbeitnehmer nach wie vor frei, den Arzt als Zeugen zu benennen und die ärztliche Aussage als Zeugenaussage zum Beweismittel werden zu lassen. Dem Arbeitnehmer entsteht somit kein Nachteil.<sup>48</sup>

Für den Zeugenbeweis wird der Arbeitnehmer den Arzt zwar vom Berufsgeheimnis entbinden müssen. Da der Arbeitnehmer aber eine Forderung gegen den Arbeitgeber geltend macht, soll er nicht das Berufsgeheimnis des Arztes verwenden dürfen, um zu verschweigen, weshalb er arbeitsunfähig gewesen ist.<sup>49</sup>

Was bedeutet es nun für den Arbeitgeber, das Arztzeugnis substantiiert bestreiten zu müssen? Handelt es sich um ein ausführliches Arztzeugnis, so wird der Arbeitgeber seiner Substanziierungspflicht nicht dadurch nachkommen können, dass er das Arztzeugnis einfach bestreitet. Der Arbeitgeber muss konkrete Anhaltspunkte nennen können, weshalb auf das Arztzeugnis nicht abgestellt werden soll. Ein solcher Anhaltspunkt wäre, dass das Arztzeugnis rückwirkend<sup>50</sup> ausgestellt wurde. Die AGZ hält in ihren Empfehlungen denn auch fest, dass rückwirkende Arztzeugnisse zwar gerechtfertigt sein können, die Rückwirkungsdauer aber in jedem Fall eine Woche nicht überschreiten und der Arzt in jedem Fall den Vermerk «Nach Angaben des Patienten» anbringen sollte. Ein Hinweis des Arbeitgebers auf einen solchen Vermerk – oder die Tatsache der Rückwirkung des Arztzeugnisses – muss genügen, um das Arztzeugnis substantiiert zu bestreiten. Ob damit aber bereits ein Gegenbeweis erbracht worden wäre – was nötig wäre, wenn dem Arztzeugnis Beweiswert zukommen würde – scheint eher unwahrscheinlich.

Ein Arztzeugnis sollte auch substantiiert bestritten werden können, wenn sich herausstellt, dass die Beurteilungsgrundlagen ungenügend waren, wie z.B. Telefondiagnosen oder allgemein gehaltene, kaum objektivierbare Befunde wie «erhebliche vegetative Erschöpfungszustände».<sup>51</sup> Auch wenn ein Arbeitnehmer sein «Krankfeiern» schon im Voraus ankündigt, sollte die substantiierte Bestreitung gelingen.<sup>52</sup> Ob aber auch in diesen Fällen der Anscheinsbeweis bereits umgestossen werden könnte, ist unklar.

### **Bedeutung des Arztzeugnisses in einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit**

Folgendes Beispiel: Eine Gesellschaft als Arbeitgeberin kündigt einem Arbeitnehmer in Managementposition mit einem hohen Salär und einer Kün-

digungsfrist von sechs Monaten Ende Juni auf Ende Dezember und stellt ihn per sofort frei. Im August wird der Arbeitnehmer für vier Tage krank und reicht zum Beweis ein Arztzeugnis ein.<sup>53</sup>

Gemäss Art. 336c Abs. 3 OR verlängert sich damit die Kündigungsfrist bis Ende Januar.<sup>54</sup> Die Arbeitgeberin muss dementsprechend dem Arbeitnehmer den Lohn für den Januar ebenfalls noch bezahlen. Insbesondere, wenn der Arbeitnehmer während der gesamten Kündigungsfrist freigestellt war, wird die Arbeitgeberin die Bezahlung des Januarlohns als stossend empfinden. Grundsätzlich verlängert sich die Kündigungsfrist sogar bei einer eintägigen Krankmeldung.<sup>55</sup> Kommt es zum Prozess über den Januarlohn,<sup>56</sup> in welchem ein Gericht den Umstand der Freistellung zu Gunsten der Arbeitgeberin berücksichtigen kann,<sup>57</sup> wird die Arbeitgeberin das Arztzeugnis genau unter die Lupe nehmen.

Kommt dem Arztzeugnis als Beweismittel ein Beweiswert zu, kann dies für die Arbeitgeberin einen hohen Geldbetrag bedeuten. Der Arbeitgeber sollte daher nicht einen Beweis umstossen müssen, sondern bereits mit substantzierter Bestreitung erreichen können, dass ein Gericht dem Arbeitnehmer Gelegenheit gibt, die Arbeitsunfähigkeit z.B. mittels ärztlicher Zeugnisaussage oder ausführlichem Arztzeugnis zu beweisen. War der Arbeitnehmer arbeitsunfähig und wurde das Arztzeugnis korrekt ausgestellt, wird die Qualifikation des Arztzeugnisses als Behauptung für den Arbeitnehmer kein Nachteil sein. Der Arbeitnehmer hat zudem die Möglichkeit, bereits von Anfang an ein ausführliches Arztzeugnis einzureichen.

### Vorteile eines ausführlichen Arztzeugnisses

Unter einem ausführlichen Arztzeugnis ist nicht in erster Linie zu verstehen, dass der Arzt die festgestellten Befunde offenzulegen hat. Der Arzt braucht dem Patienten keinen – für medizinische Laien schwer verständlichen – Auszug aus der Krankengeschichte mitzugeben, sondern vielmehr adressatengerecht und kurz auszuführen, weshalb der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist. Hat der Arzt den Patienten z.B. untersucht und Tests durchgeführt, kann er dies auf dem Arztzeugnis erwähnen.

Zudem schützt sich der Arzt in mehrfacher Hinsicht selbst, wenn er ein ausführliches Arztzeugnis verfasst. Zum einen zeigt er, dass er sorgfältig gehandelt und seiner Diagnose, der Arbeitnehmer sei für eine gewisse Zeitdauer arbeitsunfähig, Untersuchungen zu Grunde gelegt hat; zum anderen schützt er sich damit vor dem Vorwurf, ein unrichtiges Zeugnis ausgestellt zu haben<sup>58</sup> und schliesslich ist weniger wahrscheinlich, dass er als Zeuge vor Gericht auftreten muss.<sup>59</sup> Die Mehrkosten, die für ein paar Bemerkungen auf dem Arztzeugnis entstehen, werden nirgends ins Gewicht fallen.

Der Arbeitnehmer schützt sich ebenfalls mit einem ausführlichen Arztzeugnis, indem er dem Vorwurf, gar nicht arbeitsunfähig gewesen zu sein, den Wind aus den Segeln nimmt. Schliesslich wird ein Arbeitgeber auf ein ausführliches Arztzeugnis meist eher abstellen, sodass vielleicht ein Prozess dadurch vermieden werden kann.

Mit einigen Ausführungen auf dem Arztzeugnis wird eine gewisse Transparenz geschaffen, die Missbräuchen entgegenwirkt und zudem mögliche arbeitsrechtliche Streitigkeiten bereits im Keim erstickt.

1 Etwa *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. A., Zürich 2006, Art. 324a/b N 12; Zürcher Kommentar *Adrian Staehelin*, 4. A., Zürich 2006, Art. 324a N 9 f.; *Manfred Reh binder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, S. 99, Rz. 196; *Werner Eduard Ott*, Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Diss., Zürich 1978, S. 84.

2 Das Zürcher Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) nennt das Arztzeugnis in § 182 betreffend das Folgeleisten einer gerichtlichen Vorladung: «Wer eine Vorladung zu persönlichem Erscheinen nicht befolgen kann, hat sich sofort zu entschuldigen. Im Krankheitsfall ist unverzüglich ein ärztliches Zeugnis einzureichen.»

3 Zusätzlich muss erkennbar sein, ob es sich um ein Zeugnis eines Arztes handelt, bei dem der Arbeitnehmer in Behandlung ist (*Manfred Reh binder*, Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: Festschrift für Oscar Vogel, Zürich 1991, S. 186, mit Hinweisen).

4 Der das Zeugnis ausstellende Arzt steht dabei in einem Spannungsfeld, das von Gefälligkeitsgutachten bis hin zum Prinzip der Wirtschaftlichkeit der Krankenkassen reicht, das verlangt, dass nicht jede Befindlichkeitsstörung bis in alle Einzelheiten abgeklärt werden darf (*Reh binder* [FN 3], S. 193).

5 Bei der Ärzte-Gesellschaft des Kantons Zürich können A5-Formulare mit der Überschrift «Ärztliches Zeugnis» bezogen werden, wobei es dem Arzt überlassen ist, wie ausführlich er das Formular ausfüllen will.

6 *Reh binder* (FN 1), S. 99, Rz. 196; *ZK-Staehelin* (FN 1), Art. 324a N 9. Das gilt trotz Art. 343 Abs. 4 OR (*Streiff/von Kaenel*, [FN 1], Art. 343 N 14; *Reh binder* [FN 3], S. 186).

7 *Streiff/von Kaenel* (FN 1), Art. 324a/b N 12.

8 *Rolf A. Tobler/Christian Favre/Charles Munoz/Daniela Gullo Ehm*, Arbeitsrecht, Lausanne 2006, Art. 324a N 1.19.

9 *Oscar Vogel/Karl Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, S. 274, Rz. 94. Es sind dies Urkunden, Zeugen, Augenschein, Sachverständige, Parteiverhör, Parteieid (Schiedseid).

10 Botschaft vom 28. Juni 2006 zur schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., 7320; Art. 165 Abs. 1 E ZPO; eine Ausnahme gilt für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 165 Abs. 2 E ZPO).

11 Systematisch gehört die schriftliche Auskunft zum Zeugenbeweis (*Richard Frank/Georg Sträuli/Hans Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 168 N 1).

12 Botschaft (FN 10), 7325.

13 «Das Gericht kann Amtsstellen um schriftliche Auskünfte ersuchen.» (Art. 187 Abs. 1 E ZPO); «Es kann von Privatpersonen schriftliche Auskünfte einholen, wenn eine Zeugenbefragung nicht erforderlich erscheint.» (Art. 187 Abs. 2 E ZPO).

14 *Frank/Sträuli/Messmer* (FN 11), § 168 N 2. Im Vordergrund stehen dabei Auskünfte von Amtsstellen (*Frank/Sträuli/Messmer*, § 168 N 4; Art. 241 ZPO BE). Siehe zudem für das summarische Verfahren § 209 Abs. 1 ZPO ZH.

15 *Frank/Sträuli/Messmer* (FN 11), § 168 N 5; Art. 241 Abs. 1 ZPO BE.

16 *Frank/Sträuli/Messmer* (FN 11), § 168 N 5. Der Text des § 168 ZPO ZH lautet denn auch: «Das Gericht kann von Amtsstellen und ausnahmsweise auch von Privatpersonen schriftliche Auskünfte beziehen. Es befindet nach Ermessen, ob sie zum Beweis tauglich sind oder der Bekräftigung durch gerichtliches Zeugnis bedürfen.»

17 *Vogel/Spühler* (FN 9), S. 284, Rz. 152.

18 Z.B. ZPO ZH § 171 ff.; ZPO BE Art. 264 ff.; Art. 180 ff. E ZPO.

19 *Vogel/Spühler* (FN 9), S. 284, Rz. 152.

20 *Frank/Sträuli/Messmer* (FN 11), Vorb. zu § 171 ff. N 4; *Vogel/Spühler* (FN 9), S. 284, Rz. 152; so auch die Botschaft (FN 10), 7325.

21 ZPO ZH § 178 Abs. 1; nach Entwurf der eidgenössischen ZPO Art. 184 Abs. 1 kann das Gericht die Begründung anordnen. Die Begründung ist m.E. dem Gutachtensbegriff immanent. Die Botschaft spricht von «schriftliche(r) Erstattung» des Gutachtens (Botschaft [FN 10], 7325).

22 *Frank/Sträuli/Messmer* (FN 11), § 178 N 1.

23 *Rehbinder* (FN 3), S. 186; JAR 2006 S. 121.

24 BGE 101 Ia 11; BGE 75 IV 73 f.

25 JAR 2006 S. 121.

26 Botschaft (FN 10), 7325; *Frank/Sträuli/Messmer* (FN 11), Vorb. zu § 171 ff. N 5, § 69 N 19 mit Hinweis auf ZR 87 Nr. 134.

27 Siehe *Georg Leuch/Eugen Marbach/Franz Kellerhals/Martin Sterchi*, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, Art. 270 N 2b. Ausnahmen können Gutachten zu ausländischem Recht oder Gutachten technischer Natur sein (*Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi*, Art. 157 N 5). A.M. und für Zürich *Frank/Sträuli/Messmer* (FN 11), Vorb. zu § 171 ff. N 2. Auf ein (aus einem Strafprozess stammendes) psychiatrisches Kurzgutachten kann das Zivilgericht nach seinem Ermessen abstellen (BGE 4P.302.2001 Erw. 1.c.).

28 Zum Begriff *Vogel/Spühler* (FN 9), S. 278, Rz. 111.

29 *Frank/Sträuli/Messmer* (FN 11), vor § 183 ff. N 3. Ebenso das Landesarbeitsgericht München, welches betonte, dass private Urkunden nur den Beweis dafür erbrächten, dass die darin enthaltene Erklärung vom Aussteller tatsächlich abgegeben wurde, der Inhalt der Erklärung aber von der Beweiskraft nicht erfasst werde (zitiert nach *Rehbinder* [FN 3], S. 188).

30 *ZK-Staehelin* (FN 1), Art. 324a N 10; *Streiff/von Kaenel* (FN 1), Art. 324a/b N 12; *Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm* (FN 8), Art. 324a N 1.15; *Thomas Geiser*, Lohnfortzahlung bei Krankheit, AJP 2003, S. 333.

31 *Geiser* (FN 30), S. 333.

32 *ZK-Staehelin* (FN 1), Art. 324a N 10.

33 *Vogel/Spühler* (FN 9), S. 267, Rz. 66.

34 *Rehbinder* (FN 3), S. 191.

35 *Streiff/von Kaenel* (FN 1), Art. 324a/b N 12; *Rehbinder* (FN 3), S. 190 ff.

36 Dazu *Vogel/Spühler* (FN 9), S. 263, Rz. 50 ff.

37 *Rehbinder* (FN 3), S. 190 mit Hinweis, dass in Deutschland die Begriffe «tatsächliche Vermutung» und «Anscheinsbeweis» teilweise synonym verwendet werden.

38 *Rehbinder* (FN 3), S. 192.

39 *Rehbinder* (FN 3), S. 194.

40 *Vogel/Spühler* (FN 10), S. 263, Rz. 51, wo ausgeführt wird, dass eine tatsächliche Vermutung mit einem Gegenbeweis umgestossen werden kann. Da dem Anscheinsbeweis ungefähr der Beweiswert einer tatsächlichen Vermutung zukommt, muss auch er mittels Gegenbeweis umgestossen werden.

41 Siehe Basler Kommentar ZGB, 2. A., Basel 2002, *Schmid*, Art. 8 N 29.

42 Siehe ZGB-*Schmid* (FN 41), Art. 8 N 33; *Vogel/Spühler* (FN 10), S. 264, Rz. 55.

43 *Frank/Sträuli/Messmer* (FN 11), § 113 N 5.

44 *Frank/Sträuli/Messmer* (FN 11), § 113 N 6.

45 *Frank/Sträuli/Messmer* (FN 11), § 113 N 8 mit Hinweis auf ZR 89 Nr. 50. Siehe *Marco Bundi/Danae Sonderegger*, Die Bestreitungslast im Zivilprozess, SJZ 102 (2006) S. 407.

46 «Es ist jedenfalls willkürlich, das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit zu verneinen, wenn einerseits mehrere medizinische Zeugnisse und Gutachten diese attestieren und andererseits keine konkreten Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Angaben des Patienten, auf welche in den Zeugnissen und Gutachten abgestellt wurde, zweifelhaft sind», JAR 2006 S. 399.

47 ZR 101 (2002) Nr. 65.

48 Da das Arztzeugnis von einer Partei in den Prozess eingebracht wurde, ist der Arzt als Zeuge zuzulassen, wobei das Gericht die Tatsache der Patientenbeziehung frei würdigen wird (siehe auch § 165 Ziff. 2 ZPO ZH; Art. 169 lit. b E ZPO). In jedem Fall sollen Gericht und Parteien die Gelegenheit haben, Ergänzungsfragen zu stellen, z.B. gestützt auf welche Untersuchungen der Arzt den Patienten für ganz oder teilweise arbeitsunfähig befunden hat. Anders verhält es sich, wenn ein Arztzeugnis als schriftliche Auskunft vom Gericht eingeholt wurde. Das Gericht kann dann auf eine förmliche Zeugeneinvernahme des Arztes verzichten (*Frank/Sträuli/Messmer* [FN 11], § 168 N 6; *Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi* [FN 27], Art. 241 N 1.c.).

49 Weigert sich ein Arbeitnehmer, den Arzt im Prozess vom Berufsgeheimnis zu entbinden, müssen sich Zweifel an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit ergeben (*Streiff/von Kaenel* [FN 1], Art. 324a/b N 12).

50 Als rückwirkend muss ein Arztzeugnis bereits gelten, wenn es am letzten Tag der vom Arzt festgestellten Arbeitsunfähigkeit ausgestellt wurde.

51 *Rehbinder* (FN 3), S. 195.

52 *Streiff/von Kaenel* (FN 1), Art. 324 a/b N 12 mit weiteren Beispielen.

53 Vor allem kurzfristige Krankheiten könnte der Arbeitnehmer auch mittels Zeugen zu beweisen versuchen (ZK-*Staehein* [FN 1], Art. 324a N 11).

54 Siehe Sachverhalt in JAR 2006 S. 396.

55 Es ist möglich, dass der Arbeitnehmer während der halbjährigen Kündigungsfrist in gekündigtem Verhältnis mehrmals krank wird oder einen Unfall hat. Dann kann sich die Kündigungsfrist weiter hinaus ziehen. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass jeder auf einem neuen Grund beruhende Verhinderungsfall eine neue Sperrfrist auslöst (BGE 124 III 474 = Pra 1999 Nr. 72; BGE 120 II 124).

56 Neben dem Januarlohn wird der Arbeitnehmer auch Pro-rata-Ansprüche geltend machen, z.B. auf den 13. Monatslohn oder, je nach Arbeitsvertrag, die Überlassung eines Geschäftswagens.

57 *Streiff/von Kaenel* (FN 1), Art. 336c N 3.

58 Was auch haftungsrechtliche Folgen haben kann (*Rehbinder* [FN 3], S. 200; *Ott* [FN 1], S. 84).

59 Aufgrund der überwiegend vollen Terminkalender der Ärzte und oder Schichtarbeitszeiten in den Spitälern können unfreiwillige Absenzen als störend empfunden werden.