

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA210018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Rüedi

Beschluss und Urteil vom 27. Juni 2022

in Sachen

A. _____,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____, und/oder
Rechtsanwältin MLaw X2. _____,

gegen

B. _____ **Gastro GmbH,**

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, im ordentlichen Verfahren vom 6. April 2021 (AN180023-L)

Modifiziertes Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2 f.; Urk. 53 S. 2 und S. 4 sinngemäss)

1. [...].
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin
 - a) Brutto Fr. 46'212.24 Mehrarbeit (Überstunden, nicht gewährte sowie nicht kompensierte Ruhetage und Feiertage, nicht gewährte Essenszeit)
 - b) Brutto Fr. 1'276.– nicht vergütete Essensgutschrift
 - c) Brutto Fr. 3'800.– Oktoberlohn 2017
 - d) Brutto Fr. 316.65 anteilmässiger 13. Monatslohn
 - e) Verzugszinse im Betrag von Fr. 3'638.13 zu 5% im Zeitraum vom 1. Oktober 2014 bis 31. Oktober 2017
 - f) Fr. 3'009.60 Arbeitslohn für die Erstellung des Arbeitszeitenverzeichnisseszu bezahlen, nebst Zins zu 5% seit dem 1. November 2017.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, das Arbeitszeugnis auf offiziellem Briefpapier der Beklagten wie folgt zu berichtigen:
[...].
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (zuzüglich MWST).

Widerklagebegehren:

(Urk. 11 S. 2)

- "1. [...]
2. Es sei festzustellen, dass die Arbeitszeiten nur mittels Partei- und Zeugenbefragungen eruiert werden können und dass das Recht der Klägerin auf Geltendmachung der Überstunden verwirkt ist.
3. Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten aufgrund von Minusstunden den Betrag von CHF 8'833.50 zuzüglich Zins von 5% seit 28. September 2017 zu bezahlen.
4. Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten aufgrund ihres ungerechtfertigten Verlassens der Arbeitsstelle den Betrag von CHF 950.– zuzüglich Zins von 5 % seit 28. September 2017 zu bezahlen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inklusive Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 93 S. 37 ff.)

1. In teilweiser Gutheissung der Hauptklage wird die Beklagte / Widerklägerin verpflichtet, der Klägerin / Widerbeklagten Fr. 3'860.40 netto und Fr.1'276.– brutto=netto, zuzüglich Zins zu 5% seit 1. November 2017, zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Hauptklage abgewiesen.

2. Die Beklagte / Widerklägerin wird verpflichtet, der Klägerin / Widerbeklagten ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zuzustellen:

" Arbeitszeugnis

Frau A._____, Kosmetikerin, geboren am tt.02.1989, von C._____/GR, war vom 9. September 2014 bis 31. Oktober 2017 bei der B._____
Gastro GmbH als Serviceangestellte mit einem Arbeitspensum von 100% tätig.

Das Restaurant B._____
Gastro GmbH ist ein italienisches Restaurant im Zürcher Kreis ... mit 85 Plätzen. Daneben steht den Gästen bei schönem Wetter ein Garten mit weiteren 65 Plätzen zur Verfügung. Im Angebot stehen verschiedene Teigwaren, Fisch- und Fleischgerichte sowie Pizza aus dem Holzofen. Das Restaurant ist sowohl mittags wie auch abends sowie am Wochenende geöffnet und immer gut besucht. Frau A._____ hat sich schnell in ihr vielfältiges Arbeitsgebiet eingearbeitet und wurde dabei gleichzeitig, 'on the job', im Service ausgebildet. Dank ihrer schnellen Auffassungsgabe und grossen Lernbereitschaft konnte sie bereits nach einer kurzen Einarbeitungszeit selbstständig eine à la carte Station übernehmen.

Das Aufgabengebiet von Frau A._____ umfasste im wesentlichen folgende Tätigkeiten:

- Einsatz im Mittags- und Abend/Spätdienst im Restaurant
- Servicetätigkeit (dazu gehörte u.a. das Begrüssen und Platzieren der Gäste; die Beratung und Empfehlung zu Speisen und Weinen etc.), auch im Bankettbereich
- Das Vorbereiten des Service (Mise en place)
- Das selbständige Führen einer à la carte Station im Restaurant
- Die Koordination von Reservationen von Gästen mit und ohne Reservation
- Ausführen diverser Reinigungsarbeiten wie Tische, Stühle, Buffet etc.
- Einhaltung und Umsetzung der gesetzlichen Hygienevorschriften

Frau A._____ verfügte über in jeder Hinsicht gute Fachkenntnisse, ebenso ein gutes Auffassungsvermögen. Sie war auch in Zeiten starker Arbeitsbelastung der Situation immer gewachsen. Sie war fleissig, selbstständig und tüchtig. Sie arbeitete mit einem hohen Mass an Effizienz, auch in schwierigen Situationen.

Sie war jederzeit zuverlässig und gewissenhaft und erledigte die ihr übertragenen Arbeiten zu unserer vollen Zufriedenheit. Aufgrund ihrer Ehrlichkeit und Pünktlichkeit haben wir Frau A._____ bereits nach kurzer Zeit einen Eingangsschlüssel für das Abschiessen und das Aufmachen des Restaurants gegeben.

Frau A._____ war aufgrund ihrer Aufrichtigkeit, ihrer Loyalität, ihrer freundlichen und charmanten Art und ihrer Verantwortungs- und Hilfsbereitschaft stets eine vorbildliche Mitarbeiterin, die bei Vorgesetzten, Kollegen und Gästen angesehen und anerkannt war.

Frau A._____ verlässt uns auf eigenen Wunsch, was wir sehr bedauern.

Wir danken ihr für ihren wertvollen Einsatz und wünschen ihr nur das Beste und viel Glück auf ihrem weiteren beruflichen wie privaten Weg.

Ristorante B._____

Zürich, 31. Oktober 2017"

3. Die Widerklage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten worden ist.
4. Die Entscheidegebühr für die Hauptklage wird festgesetzt auf:

Fr.	8'925.00;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	262.50	Dolmetscher
Fr.	<u>9'187.50</u>	Total
5. Die Gerichtskosten für die Hauptklage werden der Klägerin / Widerbeklagten im Betrag von Fr. 8'268.75 und der Beklagten / Widerklägerin im Betrag von Fr. 918.75 auferlegt.

Die Gerichtskosten werden vorab aus dem von der Klägerin / Widerbeklagten geleisteten Vorschuss bezogen.
6. Die Klägerin / Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten / Widerklägerin eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 8'197.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

7. Betreffend Widerklage werden keine Kosten erhoben.
8. Die Beklagte / Widerklägerin wird verpflichtet, der Klägerin / Widerbeklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'038.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
9. [Mitteilung]
10. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsklägerin (Urk. 92 S. 2):

1. Es sei die Berufungsbeklagte zusätzlich und in Ergänzung des Absatzes 1 der Dispositivziffer 1 des Urteils vom 6. April 2021 des Arbeitsgerichts Zürich (Geschäftsnr.: AN180023-L) zu verpflichten, der Berufungsklägerin CHF 49'850.37 (46'212.24 + 3'638.13) nebst Zinsen zu 5% seit dem 1. November 2017 zu bezahlen sowie folglich Absatz 2 der Dispositivziffer 1 des vorgenannten Urteils in diesem Umfang aufzuheben.
2. Es sei Dispositivziffer 5 des Urteils vom 6. April 2021 des Arbeitsgerichts Zürich (Geschäftsnr.: AN180023-L) aufzuheben und es seien die Gerichtskosten für das vorinstanzliche Verfahren vollständig der Berufungsbeklagten aufzuerlegen und der Berufungsklägerin, soweit die Gerichtskosten aus dem von ihr bezahlten Kostenvorschuss bezogen werden, ein Rückgriffsrecht auf die Berufungsbeklagte einzuräumen.
3. Es sei Dispositivziffer 6 des Urteils vom 6. April 2021 des Arbeitsgerichts Zürich (Geschäftsnr.: AN180023-L) aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das vorinstanzliche Verfahren unter Berücksichtigung von Dispositivziffer 8 des vorerwähnten Urteils eine angemessene Prozessentschädigung zzgl. MwSt. zu bezahlen.
4. Eventualiter zu den einzelnen, vorstehenden Ziffern 1 bis 3 sei die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten.

der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 100 S. 2):

1. Es sei die Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 6. April 2021 vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inklusive Mehrwertsteuer zu Lasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

1. Streitgegenstand

Die B._____ Gastro GmbH (fortan Beklagte) bezweckt im Wesentlichen den Betrieb eines Restaurants. A._____ (fortan Klägerin) war vom 9. September 2014 bis zum 31. Oktober 2017 als Serviceangestellte im Restaurant B._____ der Beklagten angestellt. Die Klägerin hält dafür, an durchschnittlich sechs Tagen die Woche enorme Mehrarbeit geleistet zu haben. Sie stellte vor Vorinstanz die Anträge, die Beklagte zur Erteilung von Auskunft (Antrag 1) und gestützt darauf zur Bezahlung eines noch näher zu beziffernden Betrags zu verpflichten (Antrag 2) sowie um Berichtigung des Arbeitszeugnisses (Antrag 3). Die Beklagte bestritt die Ansprüche der Klägerin und erhob zudem Widerklage. Im Berufungsverfahren verbleibt einzig ein auf rund Fr. 50'000.– bezifferter Anspruch der Klägerin aus Mehrarbeit im Streit (Anträge 2a und 2e). Die Prozessgeschichte präsentiert sich wie folgt:

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Klage vom 18. April 2018 machte die Klägerin ihre Stufenklage unter Beilage der Klagebewilligung bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1 und Urk. 3). Die Vorinstanz befand am 20. März 2019 über das Auskunftsbegehren der Klägerin (Urk. 27), woraufhin diese ihre Forderung am 5. September 2019 bezifferte (Urk. 53). Zur Vermeidung von Wiederholungen sei auf die vorinstanzliche Darstellung des Prozessverlaufs in deren Endentscheid verwiesen (Beschluss und Urteil vom 6. April 2021; vgl. Urk. 90 S. 4 ff. = Urk. 93 S. 4 ff.).

2.2. Mit Eingabe vom 14. Mai 2021 erhob die Klägerin Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil mit den eingangs angeführten Berufungsanträgen (Urk. 92 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-91). Mit Präsidialverfügung vom 20. Mai 2021 wurde die Klägerin aufgefordert, einen Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'500.– zu leisten (Urk. 97). Der Vorschuss ist fristge-

recht eingegangen (Urk. 98). Mit Präsidialverfügung vom 28. Juni 2021 wurde die Beklagte zur Berufungsantwort aufgefordert und die Prozessleitung delegiert (Urk. 99). Die Berufungsantwort datiert vom 25. August 2021 (Urk. 100); sie wurde der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 101). Diese machte am 22. September 2021 von ihrem Replikrecht Gebrauch (Urk. 103). Die Stellungnahme der Beklagten dazu datiert vom 6. November 2021 (Urk. 105), was die Klägerin zu einer weiteren Eingabe vom 26. November 2021 veranlasste (Urk. 108). Das rechtliche Gehör der Beklagten wurde gewahrt (vgl. Urk. 109); das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3. Prozessuales

3.1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind vorliegend gegeben. Die Berufung ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein (Urk. 91/1 und 92). Die Klägerin ist durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert; für das Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid ist das angerufene Obergericht zuständig. Der Kostenvorschuss wurde geleistet. Auf die Berufung ist einzutreten.

3.2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das bedingt, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinan-

dersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Diese formellen Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2 m.w.H.).

3.3. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Gericht grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die

Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.).

3.4. Angefochten wurde einzig die Abweisung der Anträge 2a und 2e der Hauptklage in Dispositiv Ziffer 1 Satz 2 und die damit im Konnex stehenden Prozesskosten. Im Übrigen ist das angefochtene Urteil am 1. September 2021 mit Ablauf der Frist zur Berufungsantwort und Anschlussberufung in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

4. Standpunkte zu Ziffer 2 des Rechtsbegehrens der Hauptklage

4.1. Vorinstanz:

4.1.1. Vor Vorinstanz war zunächst umstritten, wann das Arbeitsverhältnis der Parteien endete und einhergehend damit die Frage, ob die Beklagte der Klägerin Lohn für den Monat Oktober 2017 samt eines anteilmässigen 13. Monatslohns schulde. Die Vorinstanz hiess die Hauptklage insoweit gut und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Fr. 3'860.40 netto zzgl. Zins zu bezahlen (Urk. 93 S. 10-12). Dieser Punkt blieb unangefochten (vgl. E. 3.4).

4.1.2. Die Vorinstanz erwog zu den geltend gemachten Überstunden, dass der Arbeitsplan der Service-Mitarbeiter der Beklagten teilweise (Arbeitsbeginn) unbestritten sei; die Klägerin habe behauptet, zwischen dem 9. September 2014 und 28. September 2017 eine Mehrarbeit von 1'845 Stunden geleistet zu haben, entsprechend einem Betrag von Fr. 46'212.24; die Beklagte habe entgegnet, dass keiner ihrer Mitarbeiter je Überstunden geleistet habe. Es obliege der Klägerin der Beweis, dass und wie viele Überstunden geleistet worden seien. Komme ein Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nach, werde eine Arbeitszeiterfassung eines Mitarbeiters als Beweismittel zugelassen. Die Beklagte habe es vorliegend unterlassen, die Arbeitszeiten nach Massgabe des Gesamtarbeitsvertrags für das Gastgewerbe zu erfassen. Eine Delegation dieser Pflicht an die Klägerin sei nicht

ersichtlich. Die Frage der Delegation könne aber letztlich offenbleiben, sei doch die Beklagte auch in diesem Fall ihren Pflichten nicht nachgekommen. Die Arbeitszeiterfassung der Klägerin sei zum Beweis zuzulassen. Angesichts der Anwesenheit der Inhaberin bzw. ihres Stellvertreters bei Schichtende gölten allfällige Überstunden sodann als genehmigt und die Ansprüche der Klägerin als nicht verwirkt. Die Klägerin habe indes ihre Arbeitszeit nicht fortlaufend aufgezeichnet, sondern im Nachhinein im Rahmen des Gerichtsverfahrens anhand von edierten Zahlungsbelegen erfasst und tabellarisch zu Papier gebracht. Die Beklagte habe die jeweilige Einteilung in Früh- und Spätschichten nicht substantiiert bestritten, die Klägerin selbst habe sich jedoch widersprochen, da sie im Eventualstandpunkt geltend gemacht habe, von Juni bis September am Morgen nur Frühschichten gehabt zu haben. Den Aufwand für ihre Arbeiten und die Unterbrechung bei Mittagessen habe die Klägerin zudem nur pauschal vorgetragen. Auf die erstellte Arbeitszeiterfassung sei nicht abzustellen. Selbst dort, wo die Klägerin die Erhöhung der Arbeitszeit nachweisen könne, sei nicht erstellt, dass es sich um eigentliche Überstunden gehandelt habe. Eine Schätzung des Überstundenguthabens habe zu unterbleiben und die Klägerin treffe die Folgen der Beweislosigkeit (Urk. 93 S. 12-22).

4.1.3. Hinsichtlich der Feier- und Ruhetage habe die Klägerin zwar geltend gemacht, an sämtlichen Feiertagen, ausser an Weihnachten, gearbeitet zu haben, sie sei damit aber ihrer Behauptungspflicht nicht rechtsgenügend nachgekommen; die Vorinstanz kam zum Ergebnis, es fehle am Klagefundament, und verurteilte die Klägerin den Entschädigungsanspruch in diesem Zusammenhang (Urk. 93 S. 22 f.).

4.1.4. In der Folge erwog das Arbeitsgericht Zürich, es sei unbestritten geblieben, dass die Beklagte der Klägerin auch während der Ferien oder bei Krankheit und Unfall Essensgutschriften in der Höhe von total Fr. 1'276.– brutto abgezogen habe. Die Vorinstanz hiess die Hauptklage diesbezüglich gut und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Fr. 1'276.– brutto zu bezahlen. Darauf seien keine Sozialabgaben zu entrichten. Verzugszins sei erst ab dem 1. November 2017 geschul-

det (Urk. 93 S. 24 f.). Dieser Punkt blieb – ausgenommen die bis 31. Oktober 2017 aufgelaufenen Verzugszinsen – unangefochten (vgl. E. 3.4).

4.1.5. Schliesslich hielt die Vorinstanz fest, dass die von der Klägerin veranschlagten 144 Stunden zur Erstellung eines Arbeitszeitenverzeichnisses im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht über einen Arbeitslohn abgegolten werden könnten, da in diesem Zusammenhang einzig Anspruch auf Ersatz der notwendigen Auslagen und auf eine Pauschale für die Kosten der berufsmässigen Vertretung bestehe (Urk. 93 S. 25 ff.). Die Abweisung der Hauptklage in diesem Punkt wurde von der Klägerin akzeptiert (Urk. 92 S. 2 e contrario; vgl. E. 3.4).

4.2. Die Klägerin rügt in der Berufung eine unzutreffende Erstellung des Sachverhalts, insofern die Vorinstanz auf einen unbestrittenen Arbeitsbeginn der Servicemitarbeiter im Betrieb für den Frühdienst um 10 Uhr abstelle. Sodann hält sie dafür, eine Eventualbegründung dürfe ohne weiteres sich möglicherweise widersprechende Tatsachenbehauptungen betreffend die Hauptbegründung aufweisen. Im Übrigen liege gar kein Widerspruch zwischen ihren Begründungen vor. Hingegen erscheine die Begründung der Vorinstanz als widersprüchlich, wenn sie die Eventualbegründung als substantiiert, indes die effektiv noch substantiiere Hauptbegründung als unsubstantiiert erachte. Sie habe ihre Arbeitszeit vor Vorinstanz zureichend begründet und die Beklagte habe sie unzureichend bestritten. Die Anforderungen der Vorinstanz an den klägerischen Vortrag gingen zu weit. Mangels substantiierter Bestreitung sei ein Beweisverfahren nicht nötig und ihr seien Fr. 46'212.24 nebst Zinsen zu 5 % seit 1. November 2017 zuzusprechen. Doch selbst bei Anwendung der Substantiierungshürde der Vorinstanz wäre die Klage gutzuheissen gewesen, habe sie doch konkret ausgeführt, welche Arbeiten unter welchen Umständen sie ausgeführt habe; wären ihre Behauptungen substantiiert bestritten worden, wären auch die von ihr anbotenen Beweismittel abzunehmen gewesen (Urk. 92 S. 5-11). Aus den gleichen Gründen sei ihre Berufung auch hinsichtlich der Essensunterbrüche gutzuheissen (Urk. 92 S. 11). Von der Beklagten geltend gemachte Minuszeit wäre von dieser erst einmal zu behaupten und auch zu beweisen gewesen. Da es die Beklagte versäumt habe, ihrer Buchführungspflicht nachzukommen, seien an den Nachweis von Überstun-

den keine unrealistisch hohen Anforderungen zu stellen. Aufgrund der edierten Berichte wäre ferner auch eine Schätzung der Überstunden möglich gewesen (Urk. 92 S. 12 f.). Es sei schliesslich bis Ende Oktober 2017 Verzugszins in Höhe von Fr. 3'638.13 aufgelaufen, da die jeweiligen Teilforderungen am Ende eines jeden Monats fällig geworden seien (Urk. 92 S. 13).

4.3. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Klägerin habe über keinen Zugangsschlüssel zum Restaurant verfügt und sei für den Frühdienst frühestens um 10.05 Uhr erschienen, habe sich Kaffee gemacht, geraucht und nicht vor 10.15 Uhr mit der Arbeit begonnen. Die Zeiterfassung sei den Arbeitnehmenden übertragen worden, wie das gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag zulässig sei. Die Klägerin sei mit dem ihr obliegenden Beweis von Arbeitszeiten gescheitert. Die Geltendmachung von Überstunden sei auch verwirkt. Die im vorliegenden Verfahren edierten Berichte könnten sodann nicht zur Eruierung von Arbeitszeiten erhalten. Die Inhaberin oder deren Stellvertreter hätten die Berichte ausgedruckt; zu diesen Zeitpunkten habe die Klägerin ihren Arbeitsplatz schon längst verlassen. Die Arbeitszeiten gemäss Arbeitsplan seien fast minutengenau eingehalten worden. Es sei indes klar, dass das Gericht nicht auf eine Arbeitszeiterfassung der Klägerin abstelle, die zwei Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erstellt worden sei. Vorbereitungsarbeiten für das Abendessen seien vom Servicepersonal nie ausgeübt worden und wenn, dann nur bis 13.30 Uhr. Gleich habe es sich mit den Abläufen am Abend nach Schichtende verhalten. Das Mittagessen habe sodann an jedem Arbeitstag in Ruhe im Betrieb eingenommen werden können. Die klägerische Arbeitszeittabelle sei stets bestritten worden. Noch nie habe ein Mitarbeiter Überstunden ausbezahlt erhalten oder kompensiert, zumal das GAV-Arbeitszeitsoll gar nie erreicht worden sei. Forderungen würden erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig; Verzugszinse seien/wären daher ab 1. November 2017 geschuldet (vgl. Urk. 100 Rz 5-11).

5. Mehrarbeitszeit

5.1. Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber für Überstundenarbeit Lohn zu ent-

richten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst (Art. 321c Abs. 3 OR). Der Gesamtarbeitsvertrag für das Schweizer Gastgewerbe definiert, dass Überstunden zwingend zu 125% des Bruttolohnes bezahlt werden müssen, wenn der Betrieb die Arbeitszeit nicht gemäss Art. 21 erfasst oder dem Mitarbeiter nicht monatlich schriftlich seinen Überstundensaldo kommuniziert oder wenn die Auszahlung der Überstunden später als mit der letzten Lohnzahlung gemäss Art. 14 erfolgt (Art. 15 Ziff. 6 L-GAV). Die Beweislast für geleistete Überstunden, für deren Anordnung bzw. deren betriebliche Notwendigkeit liegt beim Arbeitnehmer (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321c N 6 f.).

5.2. Die Klägerin war in einem 100 %-Pensum bei der Beklagten angestellt, wobei eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden vereinbart wurde (Urk. 5/4). Geplant wurde in zwei Diensten, einem Früh- (Di. - Fr. 10 - 14 Uhr und 17 - 22 Uhr; Sa. - So. 17 - 22[.30] Uhr) und einem Spätdienst (Di. - Fr. 11 - 14 Uhr und 17.30 / [18] - 23 Uhr; Sa. - So. 17.30 / [18] - 24 Uhr). Die Zeiten vor den eckigen Klammern entsprechen der Darstellung der Klägerin (Urk. 5/17), die Abweichungen in den eckigen Klammern jener der Beklagten (Urk. 13/2).

5.3. Wie die Vorinstanz einlässlich erwog (Urk. 93 S. 19 f.), hat die Beklagte es unterlassen, Arbeitszeiten im Sinn von Art. 21 L-GAV zu erfassen, weshalb die Arbeitszeiterfassung der Klägerin als Beweismittel zuzulassen ist. Wenn sich die Beklagte in ihrer Berufungsantwort auf den Standpunkt stellt, sie habe die Erfassung der Arbeitszeiten an die Mitarbeiter übertragen, so erschöpft sich ihre Darstellung in einer schlichten Behauptung, ohne jegliche Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil und ohne Verweis auf das vor Vorinstanz Vorgetragene (Urk. 100 Rz 7). Es bleibt daher bei der vorinstanzlichen Erwägung. Gleiches gilt hinsichtlich der Feststellung der Vorinstanz, dass allfällige Überstunden als genehmigt zu gelten haben und die resultierenden Ansprüche nicht verwirkt sind (Urk. 93 S. 20; Urk. 100 Rz 7).

5.4. Die Vorinstanz stellte nicht auf die von der Klägerin erstellte Arbeitszeiterfassung ab, weil sie erst während des Gerichtsverfahrens erstellt worden sei, weil es Widersprüche zwischen Haupt- und Eventualstandpunkt gebe und weil die zu-

grunde liegenden Aufwände (Ausdrucken der Bediener Einzel Berichte, der Kassenkontrolle und der Trinkgeldabrechnung, Vorbereitungsarbeiten und Unterbrechung beim Mittagessen) zu pauschal behauptet worden seien (Urk. 93 S. 20 f.).

5.4.1. Der Klägerin ist zuzustimmen, wenn sie ausführt, auf eine Eventualbegründung sei nur einzugehen, sofern das Gericht zum Ergebnis komme, der Hauptstandpunkt lasse sich nicht erstellen. Die Vorinstanz hätte die Hauptbegründung alleine, ohne Blick auf die Eventualbegründung prüfen müssen (vgl. Urk. 92 S. 5 f.). Ein (allfälliger) Widerspruch zwischen Haupt- und Eventualbegründung kann sich entgegen der Argumentation der Vorinstanz nicht zum Nachteil der Klägerin auswirken.

5.4.2. Vor Vorinstanz behauptete die Klägerin für jeden Tag des Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten die geforderten Sollstunden, tatsächlich geleistete Arbeitsstunden und als Konsequenz davon die Mehrarbeitszeit (Urk. 92 S. 7; Urk. 53 Rz 24 ff. und Rz 191 ff.; Urk. 70 Rz 43 ff.). Dabei führte sie aus, bei Frühdiensten um 9.55 Uhr mit der Arbeit begonnen zu haben, an Nachmittagen nach dem Abrechnen des letzten Gastes noch während 30 Minuten Vorbereitungsarbeiten für den Abend getroffen zu haben und am Abend nach dem Ausdrucken der Bediener Einzel Berichte die Kasse kontrolliert und das Trinkgeld abgerechnet zu haben, was rund 15 Minuten gedauert habe. Wenn die Vorinstanz erwog, die tabellarisch erfasste Arbeitszeit sei zu pauschal und undifferenziert gehalten gewesen, so sind zunächst folgende Grundsätze in Erinnerung zu rufen: Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen. Die Vorbringen müssen zunächst der Behauptungslast genügen. Das ist dann der Fall, wenn der Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennt, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen darzulegen, sondern so ausführlich,

dass die Gegenpartei dazu mit substantiiertem Bestreiten oder Gegenbeweis Stellung nehmen und das Gericht Bestrittenes rechtlich einordnen und darüber effizient Beweis führen kann (vgl. Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 150 N 65 ff.; BGE 127 III 365 E. 2; BGer 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013, E. 2.1). Bestreitungen müssen ebenfalls zureichend substantiiert sein. Generalbestreitungen genügen in der Regel nicht (BGE 113 Ia 433 E. 4.b, m.w.H.; Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006 7221, S. 7311; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 150 N 77 ff.).

5.4.3. Die Vorinstanz erwog, die Klägerin habe substantiiert geltend gemacht, an welchen Tagen sie bereits ab 9.55 Uhr habe Brot holen müssen und daher ihre Arbeit früher aufgenommen habe, was von der Beklagten nicht substantiiert bestritten worden sei, womit erstellt sei, dass die Klägerin an 291 Tagen fünf Minuten früher mit ihrer Arbeit begonnen habe (Urk. 93 S. 21). Zurecht weist die Klägerin darauf hin, dass sie für jeden Tag analog des Arbeitsbeginns ihre übrige Arbeitstätigkeit behauptet habe und es aufgrund dessen als widersprüchlich erscheint, wenn die Klage als unsubstantiiert abgewiesen wird (Urk. 92 S. 7). Ein konkreter Widerspruch zur eingangs von der Vorinstanz getroffenen allgemeinen Feststellung, der Frühdienst der Mitarbeiter der Beklagten beginne vormittags um 10 Uhr (Urk. 93 S. 12), ist hingegen nicht gegeben. Diese Aussage betrifft den Arbeitsplan und nicht den tatsächlichen Arbeitsbeginn der Klägerin im fraglichen Zeitraum.

5.4.4. Die Klägerin macht weiter geltend, die Substantiierungsanforderungen des Arbeitsgerichtes würden zu weit gehen; sie habe ihre Pflicht erfüllt und das von der Beklagten vor Vorinstanz erhobene Vorbringen, alle geltend gemachten geleisteten Arbeitszeiten würden bestritten, sei zu pauschal geblieben und damit unzureichend. Dies gelte erst recht, wenn wie in ihrem Fall die Arbeitszeiten detailliert behauptet würden (Urk. 92 S. 8). Die Beklagte entgegnet, dass die Kassenbelege stets von der Chefin oder vom Stellvertreter ausgedruckt worden seien und die Klägerin zu diesem Zeitpunkt den Arbeitsplatz jeweils schon längst verlassen habe. Die Klägerin habe nie vor 10.15 Uhr mit der Arbeit begonnen und die definierten Arbeitszeiten fast auf die Minute genau eingehalten. Die behauptete mangelhafte Substantiierung habe bei der Vorinstanz jedes Mal widerlegt werden

können. Es sei klar, dass ein Gericht nicht auf eine Arbeitszeiterfassung abstelle, die zwei Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erstellt worden sei. Die Unterlagen, auf die zurückgegriffen worden sei, könnten nicht zur Eruiierung der Arbeitszeiten erhalten (Urk. 100 Rz 7).

Die Beklagte äussert sich an keiner Stelle ihrer Berufungsantwort zur Zulässigkeit von allfälligen Noven. Darüber hinaus erfolgt weder ein Hinweis noch eine konkrete Bezugnahme auf das vor Vorinstanz Vorgetragene oder das angefochtene Urteil. Die Beklagte genügt damit den Anforderungen an eine Rechtsschrift im Berufungsverfahren nicht. Auf die Darstellung – die Klägerin habe vor dem Ausdrucken der Kassenbelege den Arbeitsplatz schon längst verlassen, die Arbeitszeiten seien fast auf die Minute genau eingehalten worden, die edierten Unterlagen könnten zur Eruiierung der Arbeitszeiten nicht erhalten und die mangelhafte Substantiierung habe bei der Vorinstanz jedes Mal widerlegt werden können – ist ohne weiteres nicht abzustellen. Gleiches gilt für die angeblichen Minusstunden/Fehlzeiten der Klägerin (vgl. Urk. 100 Rz 5+9). Dem angefochtenen Urteil ist hinsichtlich des Standpunkts der Beklagten zu entnehmen, dass sich aus deren Sicht eine Stellungnahme zu den Ausführungen der Klägerin betreffend geleistete Arbeitszeit erübrige, da die eingereichten Belege nicht als Beweise dienen könnten; alle geltend gemachten Arbeitszeiten würden bestritten (Urk. 93 S. 16). Das deckt sich mit den Ausführungen der Klägerin in der Berufung, die Arbeitszeiten seien von der Beklagten nur pauschal bestritten worden.

5.4.5. Sowohl vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren führte die Beklagte aus, dass die Klägerin die Kassenbelege wegen des Vermerks "CHEF" gar nicht selber habe ausdrucken können, weshalb der Beweis erbracht sei, die Klägerin sei in diesem Zeitpunkt nicht mehr im Betrieb anwesend gewesen (vgl. Urk 93 S. 16). Damit findet aber keine zureichende Auseinandersetzung mit dem klägerischen, konkretisierenden Standpunkt statt, sie habe, nachdem die Belege ausgedruckt worden seien, jeweils die Kasse kontrolliert und das Trinkgeld abgerechnet (Urk. 93 S. 14).

5.4.6. Zusammenfassend sind damit einhergehend mit der Klägerin sowohl die Sollarbeitstage als auch die effektiven Arbeitstage (einschliesslich Feier- und Ru-

hetage), der Arbeitsbeginn und das -ende gestützt auf die Arbeitszeittabelle, wie es die Klägerin schlüssig behauptete und die Beklagte – ausgehend von der Sachlage im Berufungsverfahren – nur unzureichend bestritt, erstellt.

5.5. Die Essenszeit ist nicht Arbeitszeit. Sie beträgt je Mahlzeit mindestens eine halbe Stunde. Muss sich der Mitarbeiter während der Essenszeit zur Verfügung des Arbeitgebers halten, gilt sie als Arbeitszeit (Art. 15 Ziff. 2 L-GAV). Die Klägerin hat in ihrer Arbeitszeitaufstellung von September 2014 bis September 2017 an 566 Tagen die Mittagszeit zur Mehrarbeitszeit hinzugerechnet (vgl. Urk. 53 Rz 9 und 24-160).

5.5.1. Hinsichtlich des Unterbruchs für das Mittagessen hielt die Vorinstanz zunächst den klägerischen Standpunkt (Urk. 93 S. 13) – sie habe kein Mittagessen in Ruhe und ohne Unterbrechung einnehmen können – und die Darstellung der Beklagten (Urk. 93 S. 15) – jeder Mitarbeiter habe an jedem Arbeitstag das Mittagessen im Betrieb gestaffelt einnehmen können – fest. Sie erwog, die Darstellung der Klägerin sei zu pauschal geblieben. Wann sie konkret jeweils unterbrochen worden sei, wie oft, für wie lange, ob jemand bei ihrem Essen anwesend gewesen sei, sei nicht vorgebracht worden. Daher sei die Klägerin ihrer Substantiierungslast nicht nachgekommen und ein Beweisverfahren unter diesen Umständen nicht durchführbar (Urk 93 S. 21).

5.5.2. Die Klägerin verweist in ihrer Berufung auf ihre Klagebegründung (Urk. 1 Rz 31) – bei der Beklagten seien in der Regel nur zwei Arbeitnehmer im Service gewesen und das Mittagessen für die Mitarbeiter sei um 11 Uhr bereit gewesen – sowie die Klageantwort der Beklagten (Urk. 11 Rz 13) – die Angestellten seien stets zu zweit oder zu dritt im Restaurant gewesen; zusammen mit der mitarbeitenden Inhaberin hätten die Essenszeiten stets ohne Unterbruch eingehalten werden können. Substantiiertes habe der standardisierte Tagesablauf nicht behauptet werden können und die Bestreitung der Beklagten sei unsubstantiiert geblieben (Urk. 92 S. 11).

5.5.3. Die Klägerin hat indes vorinstanzlich keinen standardisierten Tagesablauf behauptet, sondern ausgeführt, wie es "in der Regel" gewesen sei (Urk. 1 S. 17),

ohne dabei die Behauptung der Beklagten, die Inhaberin sei auch vor Ort gewesen und habe daher das gestaffelte Mittagessen ermöglicht, zu kommentieren bzw. zu entkräften. Unter Hinweis auf Erwägung 5.4.2 ist daher festzuhalten, dass die Klägerin den Ablauf der Mittagspausen nach der Stellungnahme der Beklagten dazu nicht so ausführlich behauptete, dass eine substantiierte Bestreitung bzw. die Beweisabnahme möglich gewesen wäre. Damit bleibt es aber beim vorinstanzlichen Ergebnis, dass der halbstündige Arbeitsunterbruch für das Mittagessen nicht als Arbeitszeit anzurechnen ist.

5.6. Bei diesem Ausgang reduzieren sich die von der Klägerin ins Feld geführten 1'845 Überstunden (vgl. Urk. 53 Rz 195 ff.) um 283 (566 halbstündige Mittagessen; vgl. E. 5.5). 311 Mittagessen fallen in die Zeit ab Februar 2016 mit dem höheren Bruttolohn (Fr. 3'800.– pro Monat bzw. Fr. 26.125 pro Stunde [125%]; Urk. 53 Rz 194), 255 Mittagessen in die Zeit davor (Fr. 3'600.– pro Monat bzw. Fr. 24.75 pro Stunde [125%]; Urk. 53 Rz 193). Der von der Klägerin geltend gemachte Entschädigungsanspruch von Fr. 46'212.24 reduziert sich demgemäss auf Fr. 38'994.18 brutto.

5.7. Der Auszahlungsanspruch der Klägerin beschränkt sich auf den Nettobetrag und von der Bruttoentschädigung sind die Sozialversicherungsbeiträge sowie gegebenenfalls Beiträge an die berufliche Vorsorge und weitere Lohnabzüge in Abzug zu bringen, was von Amtes wegen zu beachten ist. Mit der vorliegenden Klage wird ein Bruttobetrag geltend gemacht. Behauptungen zur Höhe der Abzüge wurden (soweit ersichtlich) nicht vorgetragen. Deren Gesamtsumme lässt sich mangels Notorietät auch nicht bestimmen. Das schadet der Klägerin jedoch nicht. Weil klare gesetzliche Bestimmungen zur Frage fehlen, ob Netto- oder Bruttobeträge einzuklagen bzw. zuzusprechen sind, und sich diesbezüglich auch keine feste Gerichtspraxis etabliert hat, erachten es Lehre und Rechtsprechung nämlich als möglich und zulässig, der Arbeitnehmerin im gerichtlichen Erkenntnis Bruttobeträge zuzusprechen (vgl. ZR 117/2018 Nr. 63 E. 3.3; OGer TG, in: SJZ 1991, S. 87 f.; BK Rehbinder/Stöckli, Art. 322 OR N 14 a.E.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl. 2012, Art. 322 N 14 m.w.Hinw.). Der Klägerin sind deshalb insgesamt Fr. 38'994.18 brutto zuzusprechen, unter aus-

drücklichem Hinweis auf die Reduktion im Umfang der Sozialabzüge (vgl. zur Vollstreckung dieser Forderung auch ZR 117/2018 Nr. 63 m.w.Hinw.).

6. Schuldnerverzug

6.1. Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt, vorbehaltlich des Bestehens eines bestimmten Verfalltages (Verabredung oder Kündigung; Art. 102 OR). Sind nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich und ist durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt, so ist dem Arbeitnehmer der Lohn Ende jedes Monats auszurichten (Art. 323 Abs. 1 OR). Nach Art. 14 Ziff. 1 L-GAV wird der Lohn spätestens am Letzten des Monats ausbezahlt, wobei bei umsatzabhängigen Löhnen oder sofern schriftlich vereinbart, die Auszahlung bis spätestens am 6. des folgenden Monats erfolgen kann.

6.2. Die Vorinstanz erwog, dass mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses alle Forderungen aus diesem fällig würden; ende es infolge Kündigung, sei zum Eintritt des Verzugs keine Mahnung erforderlich. Die Klägerin habe nicht geltend gemacht, die Beklagte vor der Kündigung gemahnt zu haben. Der Verzug sei vorliegend am 31. Oktober 2017 eingetreten und Verzugszins ab dem 1. November 2017 geschuldet (Urk. 93 S. 25).

6.3. Die Klägerin rügt in der Berufung, die Vorinstanz verkenne, dass hinsichtlich der Lohnzahlungen im L-GAV mit dem Letzten eines jeden Monats ein Verfalltag vereinbart worden sei. Dazu gehöre auch die Überstundenentschädigung, die am Letzten eines jeden Monats fällig werde. Die Beklagte sei schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug gekommen. Der L-GAV sei durch die Allgemeinverbindlicherklärung von Amtes wegen zu berücksichtigen und anzuwenden. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt und Bundesrecht verletzt. Bei korrekter Rechtsanwendung und Sachverhaltswürdigung sei unter Hinweis auf das vor Vorinstanz Ausgeführte Verzugszins von insgesamt Fr. 3'638.13 zwischen 1. Oktober 2014 bis 31. Oktober 2017 zuzusprechen (Urk. 92 S. 13 f.; Urk. 53 Rz 247 f.).

6.4. Die Beklagte entgegnet unter Hinweis auf Art. 339 Abs. 1 OR, dass alle Forderungen mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig würden. Daher seien Verzugszinsen erst ab 1. November 2017 mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldet (Urk. 100 Rz 11).

6.5. Der Zeitpunkt, in welchem der Arbeitslohn fällig wird, ist dann als Verfalltag zu qualifizieren, wenn er bestimmt oder objektiv bestimmbar ist und auf Vereinbarung beruht. Ein bestimmter Verfalltag für die Lohnzahlung ist dabei auch für die Überstundenentschädigung anzuwenden (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321c N 12). Es wurde vorliegend nicht dargetan, dass im Arbeitsvertrag selbst ein Verfalltag vereinbart worden wäre. Art. 323 OR alleine begründet ebenso wenig einen Verfalltag (vgl. BK-Riemer, Art. 323 OR N 24). Hingegen sieht Art. 14 Ziff. 1 des vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags für das Gastgewerbe einen Verfalltag vor; diese Bestimmung gilt unmittelbar für die beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber (Art. 357 Abs. 1 OR) und ist daher "verabredet". Vorliegend ist demzufolge keine Mahnung erforderlich, um den Verzug des Arbeitgebers herbeizuführen. Da die Klägerin die Mehrarbeit für den Essensunterbruch (Klageabweisung) nicht von der übrigen Mehrarbeitszeit (Klagegutheissung) unterschieden und den Zins für die Kammer nicht nachvollziehbar gesamthaft berechnet hat (vgl. Urk. 92 S. 14 und Urk. 53 Rz 247 f.), ist die Forderung für den aufgelaufenen Zins indes nicht gehörig beziffert. Im Ergebnis ist die Berufung betreffend Verzugszins daher abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

7. Fazit

Insgesamt sind der Klägerin in teilweiser Gutheissung der Berufung – über die unangefochtenen Aspekte des vorinstanzlichen Urteils hinaus – Fr. 38'994.18 brutto zuzusprechen, unter ausdrücklichem Hinweis auf die Reduktion im Umfang der Sozialabzüge. Darüber hinaus ist die Hauptklage abzuweisen.

8. Erstinstanzliche Prozesskostenregelung

8.1. Der Kostenentscheid ist zusammen mit der Hauptsache anfechtbar. Da die Streitsache vorliegend berufungsfähig ist, kann mit dem Sachentscheid auch die Kostenregelung im Rahmen der Berufung überprüft werden, ohne dass separat Beschwerde erhoben werden müsste (vgl. Art. 110 ZPO e contrario). Im Streit steht die Prozesskostenregelung der Hauptklage. Aufgrund des neu gefassten Entscheids in der Sache ist ohnehin auch über die Prozesskosten neu zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Der Streitwert (Fr. 60'310.95) sowie die Höhe der Gerichtskosten (Fr. 9'187.50) und der vollen Parteientschädigung (Fr. 10'246.– inkl. MwSt.) blieben unbestritten, erscheinen zudem als angemessen (vgl. 93 S. 35 f.) und sind daher zu bestätigen.

8.2. Die Vorinstanz erwog, die Klägerin obsiege in der Hauptklage zu rund 10 %, und verlegte die Prozesskosten entsprechend zwischen den Parteien (Urk. 93 S. 36).

8.3. Die Klägerin macht sinngemäss geltend, es sei die Verlegung der Prozesskosten nach Obsiegen im Rahmen der Berufung neu vorzunehmen. Sollte der Entscheid in der Sache bestätigt werden, sei bei den Kosten zu berücksichtigen, dass das Hilfsbegehren um Auskunft vollständig gutgeheissen worden sei und der Aufwand für die tabellarische Erfassung der Arbeitszeiten ausserordentlich gewesen sei, was zu einer mindestens hälftigen Verteilung führen müsse (Urk. 92 S. 14).

8.4. Für die Beklagte steht fest, dass die Klägerin nicht einmal zu 10 % obsiegt habe; eine Korrektur wäre, wenn überhaupt, nur zu ihren Gunsten möglich (Urk. 100 Rz 12).

8.5. Ausgangsgemäss obsiegt die Klägerin vor Vorinstanz nunmehr zu rund 75 %. Die von der Klägerin für den Fall der Bestätigung des angefochtenen Entscheids erhobenen Rügen sind daher nicht zu prüfen. Sie hat die erstinstanzlichen Kosten zu einem Viertel und die Beklagte zu drei Vierteln zu tragen. Vorab sind diese Kosten mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von

Fr. 6'320.– (Urk. 8) zu verrechnen. Die Beklagte hat der Klägerin ferner eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung (Fr. 5'123.–; inkl. MwSt.) zu bezahlen.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

9.1. Die Prozesskosten werden den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens auferlegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Aufgrund des Ausgangs des Berufungsverfahrens (Streitwert rund Fr. 50'000.–, Obsiegen der Klägerin im Umfang von rund Fr. 39'000.–) obsiegt die Klägerin vor Berufungsinstanz wiederum zu gut 75 %; entsprechend werden die Parteien kosten- und entschädigungspflichtig.

9.2. Die Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 8. September 2010 (GebV OG) und bemisst sich nach dem Streitwert, der Schwierigkeit des Falles sowie dem notwendigen Zeitaufwand (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Im Berufungsverfahren wird die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen (§ 12 Abs. 1 GebV OG). Vorliegend erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 5'500.– als angemessen. Sie ist der Klägerin zu einem Viertel und der Beklagten zu drei Vierteln aufzuerlegen und mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerin zu verrechnen. Die Beklagte hat der Klägerin die geleisteten Vorschüsse anteilmässig zu ersetzen (vgl. E. 8.5 und Art. 111 Abs. 2 ZPO).

9.3. Die Beklagte ist überdies zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Sie ist auf Fr. 2'500.– festzusetzen (inkl. 7.7 % MwSt. ; vgl. § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, im ordentlichen Verfahren vom 6. April 2021 betreffend die Dispositivziffer 1 Absätze 1 und 2 (nur insoweit Rechtsbegehren 2f) abgewiesen wurde), Dispositiv-Ziffern 2 und 3 sowie Dispositiv-Ziffern 7 und 8 am 1. September 2021 in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung des Rechtsbegehrens Ziffer 2a) der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 38'994.18 brutto nebst Zins zu 5% seit 1. November 2017 zu bezahlen. Dieser Betrag reduziert sich, soweit die Beklagte nachweist, dass und in welchem Umfang sie Sozialabzüge an die zuständigen Instanzen abgeführt hat.

Im Übrigen wird die Hauptklage abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf insgesamt Fr. 9'187.50 festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für beide Verfahren werden der Klägerin zu einem und der Beklagten zu drei Vierteln auferlegt und mit den Kostenvorschüssen der Klägerin verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse der Beklagten Rechnung. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die geleisteten Vorschüsse im Umfang von Fr. 4'023.10 und Fr. 4'125.– zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'623.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 beträgt rund Fr. 50'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. Juni 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin Dr. D. Scherrer

MLaw C. Rüedi

versandt am:

Im