

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA210033-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Meli

## Beschluss und Urteil vom 20. September 2022

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ GmbH,**

Beklagte und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin PhD, lic. iur., LL.M. Y1. \_\_\_\_\_ und/oder

Rechtsanwältin lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon im vereinfachten Verfahren vom 3. August 2020 (AH200002-H)**

### **Rechtsbegehren:**

#### der Klägerin (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei festzustellen, dass die am 22. Juni 2019 erfolgte Kündigung durch die Beklagte nach Ablauf der Probezeit erfolgte und das Arbeitsverhältnis somit erst am 31. Juli 2019 endete.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2019 ausstehenden und den entgangenen Lohn im Betrag von CHF 5'864.05 zu bezahlen, zuzüglich Zins in der Höhe von 5% seit wann rechtens.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2019 ausstehende Ferienentschädigung zuzüglich Zins in der Höhe von 5% seit wann rechtens zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2019 geschuldeten 13. Monatslohn *pro rata temporis* im Betrag von CHF 699.15 zu bezahlen, zuzüglich Zins in der Höhe von 5% seit wann rechtens.
5. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine nach richterlichem Ermessen festzusetzende, mindestens aber drei Monatslöhne, d.h. CHF 12'585 brutto, betragende Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zuzüglich Zins in der Höhe von 5% seit wann rechtens zu bezahlen.
6. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ein vollständiges, wahres und wohlwollendes Arbeitszeugnis auszustellen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Beklagten."

#### der Beklagten (Urk. 14 S. 2):

- "1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Eventualiter überlässt die Beklagte der Klägerin ein Arbeitszeugnis gemäss Vorschlag im bekl.act. 3 und ersucht das Gericht, den Text zu genehmigen.
3. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege sei abzuweisen und sie sei zu verpflichten, der Beklagten für die Parteientschädigung Sicherheit zu leisten.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST zulasten der Klägerin."

**Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Pfäffikon vom 3. August 2020:**  
(Urk. 30)

"1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin folgende Beträge zu bezahlen:

- Fr. 3'963.85 brutto, ausstehender Lohn für Juni/Juli 2019  
nebst 5 % Zins ab 22. Juni 2019
- Fr. 816.70 brutto, Ferienentschädigung,  
nebst 5 % Zins ab 22. Juni 2019
- Fr. 699.15 brutto, Anteil 13. Monatslohn,  
nebst 5 % Zins ab 22. Juni 2019
- Fr. 12'585.– netto, Entschädigung ungerechtfertigte Entlassung  
nebst 5 % Zins ab 22. Juni 2019

Im Mehrbetrag wird die Klage gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 abgewiesen.

2. Die Beklagte wird verpflichtet, bezüglich der vorstehenden Bruttobeträge die Sozialversicherungsbeiträge abzurechnen und zugunsten der Klägerin einzuzahlen sowie der Klägerin eine ordentliche Abrechnung aus- und zuzustellen.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin ein wahrheitsgemässes, vollständiges und wohlwollendes Arbeitszeugnis auszustellen.
4. Es werden keine Kosten erhoben.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'600.– (inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. (Mitteilungen)
7. (Rechtsmittel: Berufung, 30 Tage)"

### **Berufungsanträge:**

#### der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 29 S. 2):

- "1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Pfäffikon vom 3. August 2020 (AH200002-H/U) sei aufzuheben.
2. Die Sache sei zur Abnahme der beantragten Beweise und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz (zur Abweisung der Klage) zurückzuweisen.
3. Eventualiter sei der Klägerin
  - a) kein Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung zuzusprechen, subeventualiter sei die Entschädigung auf einen Bruttomonatslohn zu reduzieren.
  - b) der ausstehende Lohn für Juni/Juli 2019 auf Fr. 3'815.75 brutto zu reduzieren.
  - c) die Ferienentschädigung auf Fr. 139.85 zu reduzieren.
  - d) kein Anteil 13. Monatslohn zuzusprechen.
4. Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung nach richterlichem Ermessen zu bezahlen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST zulasten der Klägerin."

#### der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 41 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung der Beklagten / Berufungsklägerin vom 14. September 2021 vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil des Einzelrichters des Arbeitsgerichts des Bezirksgerichts Pfäffikon ZH vom 3. August 2021 (AH200002-H) zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Beklagten / Berufungsklägerin."

#### Prozessuale Anträge der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 45 S. 2):

- "1. Es sei der Gesuchstellerin im Verfahren Geschäfts-Nr. LA210033-O/Z02 rückwirkend ab 17. September 2021, die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen.
2. Es sei der Gesuchstellerin Rechtsanwältin Y2.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_  
GmbH, als unentgeltliche Rechtsbeiständin zur Seite zu stellen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten des Staates."

## Erwägungen:

### **I. Streitgegenstand und Prozessverlauf**

1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) bezweckt zur Hauptsache die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Gastgewerbes, insbesondere das Führen eines Restaurationsbetriebes sowie den Handel und Vertrieb von Lebensmitteln. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) arbeitete vom 1. Juni 2019 bis zum 22. Juni 2019 als Servicemitarbeiterin in dem von der Beklagten betriebenen Restaurant D.\_\_\_\_\_ am ...-Platz 1 in E.\_\_\_\_\_. Die Parteien hatten keinen schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Hauptstreitpunkt zwischen den Parteien bildet die Frage, ob die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 13. Juni 2019 und damit während der Probezeit kündigte oder ob sie die Klägerin am 22. Juni 2019 fristlos entliess.

2. Mit Eingabe vom 11. Februar 2020 und unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramts I.\_\_\_\_\_ vom 11. November 2019 (Urk. 4) machte die Klägerin beim Arbeitsgericht Pfäffikon (Vorinstanz) gegen die Beklagte eine Forderungsklage mit dem vorstehend wiedergegebenen Rechtsbegehren anhängig (Urk. 1). Für den weiteren Prozessverlauf kann auf das vorinstanzliche Urteil verwiesen werden (Urk. 27 S. 3). Die Vorinstanz fällte am 3. August 2020 ohne Durchführung eines formellen Beweisverfahrens ihr Urteil (Urk. 27 = Urk. 30). Dieses wurde den Parteien ein Jahr später am 16. August 2021 zugestellt (Urk. 28/1-2).

3. Gegen das Urteil vom 3. August 2020 erhob die Beklagte mit Eingabe vom 14. September 2021 rechtzeitig Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 29). Sie verlangt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sowie die Rückweisung an die Vorinstanz zur Abnahme der offerierten Beweise und Abweisung der Klage. Mit Verfügung vom 24. September 2021 wurde der Beklagten eine Nachfrist angesetzt, um eine rechtsgültig unterzeichnete Vollmacht einzureichen (Urk. 34), welche die Beklagte nachreichte (Urk. 36). In der Folge wurde

der Klägerin mit Verfügung vom 8. Dezember 2021 Frist zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 39). Die Berufungsantwort datiert vom 28. Januar 2022 (Urk. 41) und wurde der Beklagten am 16. Februar 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 48, Dispositiv-Ziffer 1). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben erfolgten nicht. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (Urk. 1-28). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II. Prozessuales

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 142 I 93 E. 8.2). Der Berufungskläger muss sich dazu mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen (*OGer ZH LY130026 vom 04.12.2013, E. II.4.*; *OGer ZH LF140013 vom 07.03.2014, E. 4.1.*). Man darf von der Berufungsinstanz nicht erwarten, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbegründung geeignet sein könnten (BGer 5A\_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.4; *OGer ZH LY130013 vom 06.08.2013, E. I.4.*). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (siehe BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1).
2. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zulässig respektive 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). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (siehe ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, 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 deren Zulässigkeit (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; siehe BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1).

3. Das vorliegende Verfahren hat eine arbeitsrechtliche Angelegenheit zum Gegenstand, deren Streitwert weniger als Fr. 30'000.– beträgt. Für derartige Streitigkeiten gilt das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO), und das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Ermittlung der für den Entscheid massgeblichen Tatsachen (Sachverhaltserstellung) unterliegt der sogenannten sozialen bzw. eingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGer 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 7.1.2; Brunner/Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 247 N 6 und N 10). Diese bezweckt, die schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien zu garantieren und das Verfahren zu beschleunigen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1). Die Parteien sind jedoch auch unter der Herrschaft der eingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch in diesem Bereich die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung (Brunner/Steininger, a.a.O., Art. 247 N 10; ZK ZPO-Hauck, Art. 247 N 33); das Gericht stellt keine eigenen Ermittlungen an (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGer 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 7.1.2). Nach dem Willen des Gesetzgebers obliegt dem Gericht bei der sozialen Untersuchungsmaxime einzig die verstärkte Fragepflicht. Dabei hat das Gericht den Parteien durch sachgemässe Fragen zu helfen, damit die notwendigen Behauptungen gemacht und die dazugehörigen Beweismittel bezeichnet werden. Wenn beide Parteien – wie vorliegend – durch einen Anwalt vertreten sind, darf und soll sich das Gericht wie im ordentlichen

Verfahren zurückhalten (Botschaft ZPO, BBI 2006, S. 7348; BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGer 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 7.1.2).

### **III. Parteivorbringen und vorinstanzliche Erwägungen**

#### 1. Ausgangslage

1.1. Gemäss insoweit unbestritten gebliebener Sachverhaltserstellung der Vorinstanz (vgl. Urk. 29 S. 4, Rz. IV.1; Urk. 41 S.6, Rz. 21) ist auf den von den Parteien geschlossenen mündlichen Arbeitsvertrag der für allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsvertrag im Schweizer Gastgewerbe (im Folgenden: "L-GAV") anwendbar (Urk. 30 E. IV.1.1). Nach den Bestimmungen des L-GAV galt für das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten eine 14-tägige Probezeit sowie ein Bruttolohn der Klägerin von Fr. 4'195.– pro Monat (Art. 5 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 Ziff. III lit. a L-GAV; Urk. 30 E. IV.1.2). Ebenfalls ist unbestritten, dass die Klägerin und ihr Vorgesetzter sowie Geschäftsführer des beklagten Restaurants, F.\_\_\_\_\_ (genannt "G.\_\_\_\_\_"), am 22. Juni 2019 um ca. 22.00 Uhr ein Telefongespräch führten. Der 22. Juni 2019 war der letzte Tag, an dem die Klägerin im Restaurant für die Beklagte arbeitete (Urk. 30 E. IV.1.3.).

1.2. Die Klägerin machte vor Vorinstanz im Wesentlichen geltend, dass die Beklagte anlässlich des Gesprächs am Abend des 22. Juni 2019 das Arbeitsverhältnis per sofort gekündigt habe (Urk. 1 Rz. 14). Die Klägerin offerierte als Beweis für die Kündigung am 22. Juni 2019 die von der Beklagten erhaltene und vom 1. bis 22. Juni 2019 datierende Lohnabrechnung (Urk. 5/9) sowie den von der Beklagten unterzeichneten Wochen-Einsatzplan vom 17. bis 23. Juni 2019 (Urk. 24/8). Gemäss diesem Wochen-Einsatzplan, welcher am 16. Juni 2019 verteilt worden sei, sei die Klägerin am Sonntag, 23. Juni 2019, für einen Halbtage am Abend eingeplant worden, weshalb die Kündigung am 22. Juni 2019 fristlos erfolgt sei (Prot. I S. 6; Urk. 24/8).

1.3. Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass das Arbeitsverhältnis am 13. Juni 2019 mündlich anlässlich eines Gesprächs und unter Einhaltung der dreitägigen Kündigungsfrist während der Probezeit per 16. Juni 2019 aufgelöst worden sei



(Urk. 14 S. 3 und 5). Die Klägerin sei am 3., 9. und 10. Juni 2019 nicht zur Arbeit erschienen, weshalb ihr am 13. Juni 2019 durch den Geschäftsführer des Restaurants mitgeteilt worden sei, dass eine Anstellung nicht möglich sei (Urk. 14 S. 3). Auf Wunsch der Klägerin habe der Geschäftsführer des beklagischen Restaurants der Klägerin erlaubt, die Krankheitstage nachzuholen. Nachdem die Klägerin am 16. Juni 2019 ihren freien Tag bezogen habe, sei sie am 17. und 18. Juni 2019 wiederum nicht zur Arbeit erschienen. Der Geschäftsführer habe ihr daraufhin erlaubt, auch diese beiden Krankheitstage nachzuholen, womit der 22. Juni 2019 der letzte Arbeitstag der Klägerin gewesen sei (Urk. 14 S. 4). Als Beleg dieser Krankheitstage reichte die Beklagte die Arbeitszeiterfassung der Klägerin des Monats Juni 2019 ein, in welcher am 3., 8., 9., 10., 16., 17. und 18. Juni 2019 jeweils ein «X» eingetragen wurde. Gemäss der Legende der Arbeitszeiterfassung steht das «X» für Ruhetage (Urk. 16/2).

1.4. Im Berufungsverfahren halten beide Parteien im Wesentlichen an ihren Standpunkten fest (vgl. Urk. 29 S. 4 ff. und 9; Urk. 41 Rz. 10 ff., Rz. 22, Rz 28 ff. und Rz. 30 ff.). Strittig und im Folgenden zu beurteilen ist demnach der Zeitpunkt der Kündigung und ob diese während oder nach der Probezeit erfolgte.

## 2. Vorinstanzliche Erwägungen

2.1. Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid zunächst aus, dass gemäss Art. 16 Abs. 1 L-GAV ein Mitarbeiter Anspruch auf 2 Ruhetage pro Woche habe. Bei einem Anstellungsverhältnis vom 1. bis zum 16. Juni 2019 – wie es die Beklagte geltend mache – hätte die Klägerin Anspruch auf gut 4,5 Ruhetage. Gemäss der Arbeitszeiterfassung, welche die Beklagte eingereicht habe, sei die Klägerin während 5,5 Tagen nicht zur Arbeit erschienen. Daraus folge, dass die Klägerin lediglich einen Tag der Arbeit fern geblieben sei. An den anderen 4,5 Tagen habe sie ohnehin Anspruch auf Ruhetage gehabt. Dazu komme, dass in der Arbeitszeiterfassung jeweils bloss ein «X» vermerkt worden sei, wenn die Klägerin nicht zur Arbeit erschienen sei, was gemäss Legende "Ruhetag" bedeute. Das Kurzzeichen für Krankheit, «K», welches ebenfalls in der Legende aufgeführt werde, sei nie verwendet worden, obwohl die Beklagte ausgeführt habe, die Klägerin habe sich – zumindest teilweise – am Vorabend per SMS abgemeldet

und angegeben, krank zu sein. Somit überzeuge die Argumentation der Beklagten, wonach der Klägerin erlaubt worden sei, die drei Krankheitstage nachzuarbeiten, nicht. Abgesehen von der Problematik mit den Einträgen in der Liste der Arbeitszeiterfassung würden auch die Ausführungen der Beklagten über die Arbeitsleistung der Klägerin an der von der Beklagten dargelegten Version Zweifel erwecken. Die Beklagte erhebe schwerwiegende Vorwürfe gegen die Klägerin. So habe die Klägerin immer wieder abgemahnt werden müssen, unter anderem, weil sie mit schmutzigen Händen und schmutzigen Kleidern zur Arbeit erschienen sein soll. Zudem sei vermutet worden, dass die Klägerin ein Alkoholproblem habe. Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen erscheine es unglaubwürdig, dass der Klägerin zweimal erlaubt worden sei, ihre Krankheitstage nachzuholen. Die Beklagte bestreite zudem nicht, dass der Wochenplan, auf dem die Klägerin für den Sonntag, 23. Juni 2019, eingeplant gewesen sei, der Klägerin am 16. Juni 2019 zugestellt worden sei. Wie die Beklagte ausgeführt habe, wäre ursprünglich der 16. Juni 2019 der letzte Arbeitstag der Klägerin gewesen, man habe ihr jedoch erlaubt, drei Krankheitstage nachzuholen, und als sie am 17. und 18. Juni 2019 nicht zur Arbeit erschienen sei, habe man ihr wiederum gewährt, diese zwei Tage nachzuarbeiten, womit der 22. Juni 2019 der letzte Arbeitstag gewesen sei. Diese Darstellung widerspreche jedoch stark dem von der Beklagten ausgestellten Wochenplan. Da dieser spätestens am 16. Juni 2019 erstellt worden sei, dürfte die Klägerin für die drei Tage Nacharbeit, welche ihr zugestanden worden seien, bis maximal am 19. Juni 2019 eingeplant worden sein. Da die Klägerin sogar am 23. Juni 2019 für einen Arbeitseinsatz vorgesehen worden sei, vermöge die Argumentation der Beklagten, wonach das Arbeitsverhältnis am 13. Juni 2019 und somit innerhalb der Probezeit beendet worden sei, nicht zu überzeugen (Urk. 30 E. IV.2.6).

2.2. Nachdem der Kündigungszeitpunkt von der Klägerin durch Urkunden substantiiert und glaubwürdig dargelegt worden sei, trage die Beklagte die Beweislast dafür, was am 13. Juni 2019 besprochen worden sei, respektive dass die behauptete Kündigung oder Auflösung in gegenseitigem Einverständnis am 13. Juni 2019 tatsächlich erfolgt sei. Die Beklagte habe hierfür keine schriftlichen Beweise vorlegen können, sondern als Beweis lediglich Zeugenaussagen des Vorgesetzten

der Klägerin sowie eines weiteren Angestellten der Beklagten offeriert. Demgegenüber habe die Klägerin eine bis am 22. Juni 2019 datierte und von der Beklagten ausgestellte Lohnabrechnung sowie einen von der Beklagten unterzeichneten Einsatzplan der Klägerin mit Einsätzen bis und mit 23. Juni 2019 vorgelegt. Die Klägerin habe schriftliche Belege hervorgebracht und diese in nachvollziehbarer Weise erklärt, während sich die Beklagte lediglich auf Ausführungen stütze, welche für sich alleine schon Ungereimtheiten beinhalten würden. Insofern würden sich weitere Abklärungen erübrigen und es sei davon auszugehen, dass die Beklagte der Klägerin am 22. Juni 2019 die Kündigung eröffnet habe (Urk. 30 E. IV.2.7).

2.3. Da das Arbeitsverhältnis der Klägerin bei der Beklagten unbestrittenermassen am 1. Juni 2019 begonnen habe und die Kündigung am 22. Juni 2019 erfolgt sei, sei die gemäss Art. 5 Abs. 1 L-GAV geltende 14-tägige Probezeit bereits abgelaufen. Gemäss Art. 6 Abs. 1 L-GAV könne das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von einem Monat auf das Ende eines Monats gekündigt werden. Somit sei das Arbeitsverhältnis bei einer Kündigung am 22. Juni 2019 ordentlich am 31. Juli 2019 beendet worden (Urk. 30 E. IV.2.8).

### 3. Parteivorbringen

#### 3.1. Beklagte

3.1.1. Die Beklagte kritisiert in der Berufungsschrift, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Abnahme der von der Beklagten offerierten Beweise abgelehnt. Die Vorinstanz glaube, ihre Ausführungen würden Ungereimtheiten beinhalten, und ziehe daraus den unzulässigen Schluss, die offerierten Zeugen würden sowieso nicht die Wahrheit sagen oder könnten die Behauptungen nicht bestätigen. Dadurch verstosse die Vorinstanz gegen das Recht auf Abnahme der offerierten Beweise (Urk. 29 S. 5, Rz. IV.2.1). Die Vorinstanz glaube offenbar, dass aus der 1. bis 22. Juni 2019 datierenden Lohnabrechnung sowie dem Wocheneinsatzplan vom 17. bis 23. Juni 2019 eine Kündigung am 22. Juni 2019 hervorgehe. Ebenso schliesse sie aus diesem Dokument, dass am 13. Juni 2019 eine Besprechung im Sinne der beklagtischen Behauptung mit Sicherheit nicht stattgefunden habe.

Dies sei eine völlig haltlose und willkürliche Interpretation der Vorinstanz. Eine Lohnabrechnung und ein Wocheneinsatzplan würden nichts darüber aussagen, ob am 13. Juni 2019 eine Besprechung stattgefunden habe (Urk. 29 S. 5, Rz. IV.2.2). Die Lohnabrechnung dokumentiere lediglich, dass die Klägerin am 22. Juni 2019 den letzten Arbeitstag gehabt habe, was unbestritten sei. Sie würden aber nichts darüber aussagen, was am 13. Juni 2019 zwischen den Parteien gesprochen und vereinbart worden sei. Allein auf diese mündliche Vereinbarung komme es aber an (Urk. 29 S. 6, Rz. IV.2.2.a). Auch aus dem Wocheneinsatzplan vom 17. bis zum 23. Juni 2019 ergebe sich in keiner Art und Weise, dass das Arbeitsverhältnis am 22. Juni 2019 und nicht schon am 13. Juni 2019 gekündigt worden sei. Dieser Einsatzplan dokumentiere lediglich, dass die Beklagte der Klägerin die Möglichkeit eingeräumt habe, auch nach erfolgter Kündigung am 13. Juni 2019 noch einige Tage zu arbeiten (Urk. 29 S. 6, Rz. IV.2.2.b). Weder die Lohnabrechnung noch der Arbeitseinsatzplan würden die von der Klägerin behauptete Kündigung vom 22. Juni 2019 beweisen. Entsprechend sei es unumgänglich, die offerierten Zeugen zu befragen, damit Klarheit darüber geschaffen werde, was genau am 13. Juni 2019 besprochen worden sei, und damit die Beklagte den Beweis führen könne, dass am 13. Juni 2019 gekündigt und einvernehmlich über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gesprochen worden sei. Diese Beweisabnahme sei zwingend. Es gehe in einem ersten Schritt alleine um die Frage, ob gekündigt worden sei. Eine andere Frage sei dann, warum und aufgrund welcher Abmachungen die Klägerin schlussendlich noch bis am 22. Juni 2019 gearbeitet habe (Urk. 29 S. 6, Rz. IV.2.2.c). Auch falls sich die Argumentation der Beklagten bzw. ihre Auffassung betreffend Nachholen der wegen angeblicher Krankheit nicht geleisteter Arbeitstage als falsch herausstellen würde, sei dadurch noch nicht geklärt, was die Parteien am 13. Juni 2019 besprochen und abgemacht hätten. Auch ein allfällig falsches Rechtsverständnis oder eine falsche Berechnung der nachzuholenden Tage würden nicht den Schluss zulassen, dass am 13. Juni 2019 keine Besprechung mit dem von der Beklagten behaupteten Inhalt stattgefunden habe (Urk. 29 S. 7, Rz. IV.2.2.c).

3.1.2. Es sei richtig, wenn die Vorinstanz auf Art. 16 Abs. 1 L-GAV hinweise, wonach ein Mitarbeiter Anspruch auf zwei Ruhetage pro Woche habe. Diese Fest-

stellung habe aber nichts mit der Abmachung zu tun, wonach die Beklagte der Klägerin entgegenkommenderweise die Möglichkeit eingeräumt habe, die angeblichen (nicht bewiesenen) Krankheitstage nachzuarbeiten. Es sei deshalb auch nicht falsch und widersprüchlich, wenn die Beklagte in der Arbeitszeiterfassung nicht das Kurzzeichen für Krankheit «K» eingesetzt habe, sondern bloss ein «X» für Ruhetage. Erstens habe die Klägerin kein Arztzeugnis vorgelegt, weshalb die Beklagte nicht sicher gewusst habe, ob die Klägerin effektiv krank gewesen sei. Zudem habe die Klägerin ihre angeblichen Krankheitstage, die unbewiesen geblieben seien, nacharbeiten wollen, weshalb es richtig sei, wenn die Fehltage mit einem «X» in die Liste eingetragen worden seien. In der Lohnabrechnung, auf welche sich die Vorinstanz berufe, seien auch keine Krankheitstage abgerechnet worden. Der Klägerin sei der Lohn zu 100 % überwiesen worden (Urk. 29 S. 7, Rz. IV.2.3). Entsprechend habe die Klägerin nach der am 13. Juni 2019 erfolgten Kündigung noch sechs Tage arbeiten müssen, nämlich drei Tage während der dreitägigen Kündigungsfrist und drei Tage für die behaupteten, aber nie bewiesenen und bestrittenen Krankheitstage, die schlussendlich in der Abrechnung als Ruhetage behandelt worden seien. Diese sechs Tage habe die Klägerin am 14. und 15. Juni 2019 sowie am 19., 20., 21. und 22. Juni 2019 geleistet. Es ergebe sich somit die von der Beklagten bereits in ihrem Schreiben vom 8. Juli 2019 dargestellte Sachlage mit dem 22. Juni 2019 als letztem Arbeitstag. Dabei habe die Klägerin während ihrer Anstellungszeit vom 1. bis zum 22. Juni 2019 sieben Freitage oder Ruhetage bezogen. Ihr Anspruch gemäss GAV betrage zwei Ruhetage pro Woche und somit sechs Ruhetage. Es gebe somit keine Ungereimtheiten in der beklagten Argumentation (Urk. 29 S. 8, Rz. IV.2.3).

Die Beklagte erstelle die Wochenpläne jeweils 14 Tage im Voraus. Der Wochenplan sei also vor dem 13. Juni 2019 erstellt worden und berücksichtige die Kündigung vom 13. Juni 2019 nicht. Anlässlich der Hauptverhandlung sei die Zeugenbefragung zu diesem Wochenplan angebeht worden. Auch diese Beweisofferte habe die Vorinstanz aber ohne Begründung abgelehnt. Es falle aber auf, dass die Arbeitseinsätze der Klägerin nicht mit diesem Wochenplan übereinstimmen würden, weshalb diesem Wochenplan nicht diejenige Bedeutung zukomme, welche ihr die Vorinstanz beigemessen habe. Insbesondere sei die Auffassung

der Vorinstanz, wonach die Klägerin die drei Tage Nacharbeit bis maximal am 19. Juni 2019 hätte erbringen müssen, falsch. Auch für die Nachholung der Fehltage müsse ein Einsatzplan existieren und dieser habe vorgesehen, dass die Klägerin am 17. Juni 2019 nicht arbeite. Gemäss Arbeitsplan habe sie am 16. Juni 2019 frei gehabt, womit die drei fehlenden Tage vom 16. Juni 2019 vom 19. bis 22. Juni 2019 zu leisten gewesen seien (Urk. 29 S. 8, Rz. IV.2.3).

3.1.3. Insgesamt erweise sich die Beweiswürdigung der Vorinstanz als rechtswidrig und willkürlich. Durch die Ablehnung der Beweisanträge der Beklagten verletze sie das rechtliche Gehör. Sie habe den Sachverhalt unrichtig und unvollständig festgestellt. Die von der Beklagten offerierte Zeugenbefragung sei absolut tauglich und die einzige Möglichkeit für die Beklagte, nachzuweisen, was an der Besprechung vom 13. Juni 2019 abgemacht und effektiv besprochen worden sei. Die Beklagte habe Anspruch darauf, dass richterlich geklärt werde, ob am 13. Juni 2019 eine Besprechung mit dem Inhalt stattgefunden habe, welchen die Beklagte behauptet. Entsprechend sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz unterscheide denn auch nicht zwischen einer Kündigung eines Arbeitsverhältnisses und dem Ende eines Arbeitsverhältnisses. Die Kündigung löse das Arbeitsverhältnis auf einen bestimmten Zeitpunkt in der Zukunft auf. Auch falls über diesen bestimmten Zeitpunkt in der Zukunft Ungewissheit bestehe, heisse dies noch lange nicht, dass keine Kündigung ausgesprochen worden sei. Die Vorinstanz argumentiere, dass eine Kündigung am 13. Juni 2019 nicht glaubhaft sei, weil die beklagte Argumentation betreffend Ende des Arbeitsverhältnisses Ungereimtheiten aufweise. Diese Ungereimtheiten, sofern sie denn bestehen würden, hätten nichts mit der Frage zu tun, ob am 13. Juni 2019 effektiv gekündigt worden sei (Urk. 29 S. 9, Rz. IV.2.4).

## 3.2. Klägerin

3.2.1. Die Klägerin führt in der Berufungsantwort aus, dass die beiden offerierten Zeugen der Beklagten kein Gespräch bestätigen könnten, weil am 13. Juni 2019 kein Gespräch stattgefunden habe. Da auch in der Folge bis zum 22. Juni 2019 kein Gespräch stattgefunden habe, könne auch inhaltlich nicht bestätigt werden, dass der Klägerin am 13. Juni 2019 gekündigt oder dass das Arbeitsverhältnis

einvernehmlich aufgelöst worden sei (Urk. 41 Rz. 24). Es sei anzunehmen, dass beide Zeugen ein Interesse am Prozessausgang hätten. Insbesondere F. \_\_\_\_\_ dürfte als Geschäftsführer eine sehr enge Beziehung zur Beklagten haben. Dies zeige sich insbesondere auch daran, dass er anlässlich der Hauptverhandlung vom 16. Juli 2020 zunächst persönlich anwesend gewesen sei. Eine faktische Parteistellung sei nicht auszuschliessen (Urk. 41 Rz. 25).

3.2.2. Die Lohnabrechnung datierend vom 1. bis 22. Juni 2019 bescheinige, dass die Klägerin vom 1. bis 22. Juni 2019 bei der Beklagten angestellt gewesen sei. Dem Wochen-Einsatzplan vom 17. bis 23. Juni 2019 sei zu entnehmen, dass sie in der Woche 24 am Montag, 17. Juni 2019, frei gehabt habe und danach die ganze Woche habe arbeiten müssen. Diesen Wochen-Einsatzplan habe sie am Abend vom 16. Juni 2019 vom Geschäftsführer des Restaurants zugeschickt erhalten (Urk. 41 Rz. 28). Unbestritten sei, dass am Abend vom 22. Juni 2019 ein persönliches und später ein Telefongespräch zwischen ihr und G. \_\_\_\_\_ stattgefunden habe. Ebenso unbestritten sei, dass sie am 23. Juni 2019 nicht mehr gearbeitet habe (Urk. 41 Rz. 29). Die Lohnabrechnung halte eindeutig den Lohn für den 1. bis 22. Juni 2019 fest. Wäre die Klägerin nur bis am 16. Juni 2019 angestellt gewesen, hätte die Lohnabrechnung auch nur bis zu diesem Tag ausgestellt werden müssen, bzw. die zusätzlichen Tage wären in einem anderen Abrechnungssystem erfasst worden. Es sei nicht davon auszugehen, dass die Klägerin gewillt gewesen wäre, die zusätzlichen Tage im Rahmen eines Monatslohns abzurechnen. Schliesslich könne es auch nicht sein, dass die Beklagte ihr am Abend vom 16. Juni 2019 einen Wocheneinsatzplan zustelle, auf dem ersichtlich sei, dass sie von Dienstag, 18. Juni 2019, bis Sonntag, 23. Juni 2019, eingeteilt sei (Urk. 41 Rz. 31).

3.2.3. Das Schreiben vom 8. Juli 2019 sei eine blosser Reaktion der Beklagten auf das Schreiben der Klägerin vom 1. Juli 2019, worin letztere ihre Forderungen gegenüber der Beklagten gestellt habe (Urk. 41 Rz. 33). Dass der Klägerin erlaubt worden sei, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Krankheitstage nachzuarbeiten, sei völlig abstrus. Dies sei eine blosser Schutzbehauptung, um eine Kündigung während der Probezeit zu konstruieren (Urk. 41 Rz. 35). Es habe nie eine

Kündigung auf den 16. Juni 2019 gegeben. Entsprechend habe nie die Rede davon sein können, dass die Klägerin Krankheitstage nachholen könne (Urk. 41 Rz. 36). Noch in der Klageantwort habe die Beklagte ausgeführt, dass die Klägerin bereits am 17. und 18. Juni 2019 nicht zur Arbeit erschienen sei. Offiziell habe die Klägerin am 17. Juni 2019 aber frei gehabt. Von einem zusätzlich nachzuholenden Arbeitstag könne also keine Rede sein. Die Beklagte bestreite den Wocheneinsatzplan nicht. Weder äussere sie sich über den Zeitpunkt der Zustellung noch über die Anzahl eingeteilter Arbeitstage der Klägerin (Urk. 41 Rz. 37). Im Übrigen sei die Behauptung, die Wochenpläne würden jeweils 14 Tage im Voraus erstellt werden, neu und werde bestritten. Unzutreffend sei zudem, dass die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung zu diesem Wochenplan die Zeugenbefragung beantragt habe (Urk. 41 Rz. 41).

3.2.4. Die Beklagte behaupte, die Klägerin hätte auf ihren Wunsch hin die Krankheitstage nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, also nach dem 16. Juni 2019 aus Goodwill nachholen können. Sie führe weiter aus, die Klägerin sei dann am 17. und 18. Juni 2019 bereits nicht zur Arbeit erschienen, womit sie diese Tage auch wieder habe nacharbeiten können. Die Beklagte vergesse dabei, dass sie der Klägerin am 16. Juni 2019 unbestrittenermassen einen Wocheneinsatzplan zugestellt hat. Dieser halte die Arbeitstage für die ganze Woche fest. Die Klägerin habe am 17. Juni 2019 frei gehabt und sei nachher die ganze Woche für die Arbeit eingeteilt gewesen. Wäre die Geschichte der Beklagten korrekt, hätte sie also bereits am 16. Juni 2019 wissen müssen, dass die Klägerin in der kommenden Woche zweimal krank sei, was selbstverständlich nicht möglich sei (Urk. 41 Rz. 40).

#### **IV. Berufung**

##### **1. Zeitpunkt der Kündigung und antizipierte Beweiswürdigung**

1.1. Die Klägerin behauptete vor Vorinstanz im Wesentlichen, dass die Beklagte anlässlich des Gesprächs am Abend des 22. Juni 2019 das Arbeitsverhältnis per sofort gekündigt habe (Urk. 1 Rz. 14), und macht daraus Ansprüche aus ungerichtfertiger fristloser Kündigung geltend. Demgegenüber vertritt die Beklagte die



Ansicht, dass das Arbeitsverhältnis am 13. Juni 2019 mündlich anlässlich eines Gesprächs und unter Einhaltung der dreitägigen Kündigungsfrist während der Probezeit per 16. Juni 2019 aufgelöst worden sei (Urk. 14 S. 3 und 5). Eine (gerechtfertigte) fristlose Kündigung besteht darin, dass eine Vertragspartei den Arbeitsvertrag aus wichtigen Gründen ohne Beachtung einer Kündigungsfrist mit Wirkung ex nunc einseitig auflöst (ZK OR-Staehelin, Art. 337 N 1). Beweispflichtig für eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung ist diejenige Partei, welche daraus Ansprüche erhebt, vorliegend also die Klägerin. Da die Beklagte jedoch anerkennt, dass sie die Klägerin nach dem 22. Juni 2019 nicht mehr weiterbeschäftigen wollte (vgl. Prot. I S. 10 f.), obwohl diese arbeitswillig war, liegt grundsätzlich eine fristlose Kündigung vor. Die Beklagte hatte daher zu beweisen, dass sie bereits zuvor, nämlich am 13. Juni 2019, gegenüber der Klägerin die Kündigung ausgesprochen hatte. Zum Beweis der Besprechung vom 13. Juni 2019 und deren Inhalt offerierte die Beklagte im Rahmen der Klageantwort sowie anlässlich der Hauptverhandlung unter anderem die Befragung von F.\_\_\_\_\_ (G.\_\_\_\_\_) und H.\_\_\_\_\_ als Zeugen (vgl. Urk. 14 S. 3 f.; Prot. I S. 9 und 12; Urk. 29 S. 4, Rz. IV.2).

1.2. Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Dabei hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Der Beweisführungsanspruch ist jedoch nicht verletzt, wenn ein Gericht darauf verzichtet, beantragte Beweise abzunehmen, weil es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (antizipierte Beweiswürdigung; BGer 4A\_144/2019 vom 27. Mai 2019, E. 3.2 mit weiteren Hinweisen).

1.3. Die Vorinstanz sah in antizipierter Beweiswürdigung von einer Befragung der Zeugen ab, da die Klägerin eine bis am 22. Juni 2019 datierte und von der Beklagten ausgestellte Lohnabrechnung sowie einen von der Beklagten unterzeichneten Wocheneinsatzplan mit Einsätzen bis und mit 23. Juni 2019 vorgelegt habe (Urk. 30 E. IV.2.7). Weiter habe die Klägerin gemäss Arbeitszeiterfassung

nach dem 13. Juni 2019 noch fünf Tage gearbeitet und die Argumentation der Beklagten, der Klägerin sei erlaubt worden, drei Krankheitstage (3., 9. und 10. Juni 2019) nachzuholen, überzeuge nicht, weil die Klägerin bei einem Arbeitsverhältnis vom 1. bis zum 16. Juni 2019 ohnehin Anspruch auf 4,5 Ruhetage gehabt hätte und somit gemäss der Arbeitszeiterfassung lediglich einen Tag der Arbeit ferngeblieben sei (Urk. 30 E. IV.2.6).

1.4. Der Beklagten ist zuzustimmen, dass eine Lohnabrechnung und ein Wocheneinsatzplan nichts darüber aussagen, ob am 13. Juni 2019 tatsächlich eine Besprechung stattgefunden hat (vgl. Urk. 29 S. 5 f., Rz. IV.2.2 und 2.2.c). Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb separate Lohnabrechnungen für die Zeit bis 16. Juni 2019 und für die 5 weiteren Arbeitstage hätten erfolgen müssen. Im Zusammenhang mit der Kündigungsfrage ist zudem irrelevant, ob die Beklagte in der Arbeitszeiterfassung (Urk. 16/2) die Absenzen der Klägerin mit «K» für Krankheitstag oder mit «X» für Ruhetag markierte. Ebenfalls nicht von Bedeutung ist, dass die Klägerin per 16. Juni 2019 nur mit einem Tag im Minus gewesen wäre, da die Parteien auch in diesem Fall ein Nachholen von drei "Krankheitstagen" hätten vereinbaren können. Ob eine solche Nacharbeit überhaupt zulässig ist oder nicht, ist vorliegend nicht zu prüfen und spielt in diesem Zusammenhang auch keine Rolle.

1.5. Unbestritten ist, dass der Wocheneinsatzplan ab 17. Juni 2019 der Klägerin am Abend des 16. Juni 2019 zugestellt wurde (Prot. I S. 6 und 11 f.). Die Beklagte behauptet hierzu in der Berufung, dass die Wochenpläne jeweils 14 Tage im Voraus erstellt würden und dieser somit die Kündigung vom 13. Juni 2019 nicht berücksichtigt habe. Die Arbeitseinsätze der Klägerin würden nicht mit diesem Wochenplan übereinstimmen. Auch für die Nachholung der Fehltage müsse ein Einsatzplan existieren und dieser habe vorgesehen, dass die Klägerin am 17. Juni 2019 nicht arbeite. Gemäss Arbeitsplan habe sie auch am 16. Juni 2019 frei gehabt, womit die drei fehlenden Tage vom 19. bis 22. Juni 2019 zu leisten gewesen seien (Urk. 29 S. 8, Rz. IV.2.3). Hierzu ist zu bemerken, dass die Beklagte die zwei weiteren vorgesehenen Arbeitstage nicht mit Absenzen am 17. und 18. Juni 2019 erklären kann, weil man diese Absenzen beim Erstellen des Arbeitsplans

noch nicht kannte, was die Klägerin zu Recht moniert (Urk. 41 Rz. 40). Mit der Klägerin (vgl. Urk. 41 Rz. 41) ist sodann festzustellen, dass die Behauptungen der Beklagten, der Einsatzplan sei vor dem 13. Juni 2019 erstellt worden und es müsse für die Nachholtag einen Einsatzplan geben (der nicht einmal vorgelegt wird), neu und – wie dargelegt (vgl. vorne E. II.2.) – unzulässig sind. Zulässig ist dagegen die Feststellung der Beklagten, die Arbeitseinsätze der Klägerin würden nicht mit dem Einsatzplan übereinstimmen; das ist letztlich eine Aussage zur Beweiswürdigung. Der Wochenplan ist lediglich ein Indiz dafür, dass am 13. Juni 2019 keine Kündigung per 16. Juni 2019 ausgesprochen wurde.

1.6. Nach dem Gesagten verbietet es sich, in antizipierter Beweiswürdigung davon auszugehen, dass der Beweis der Kündigung am 13. Juni 2019 von vornherein nicht erbracht werden kann. Die offerierten Zeugen (Prot. I S. 9 und 12) sind grundsätzlich geeignet, eine Kündigung am 13. Juni 2019 zu beweisen. Die Zeugen lediglich wegen der Parteinähe nicht zu befragen, geht – entgegen der Ansicht der Klägerin (Urk. 41 Rz. 25) – ohnehin nicht an, zumal die ZPO sogar die Parteibefragung als vollwertiges Beweismittel anerkennt (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO). Ob und inwiefern man den Aussagen der offerierten Zeugen Glauben schenkt, ist anschliessend Sache der Beweiswürdigung.

1.7. Zusammenfassend schloss die Vorinstanz zu Unrecht in antizipierter Beweiswürdigung, dass eine Kündigung während der Probezeit nicht bewiesen werden kann. Sie wird zu dieser Frage ein Beweisverfahren durchführen und die offerierten Zeugen befragen müssen. Der Sachverhalt ist somit in wesentlichen Teilen zu vervollständigen. Folglich sind in teilweiser Gutheissung der Berufung die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Pfäffikon vom 3. August 2020 aufzuheben und der Prozess zur Durchführung eines Beweisverfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

## 2. Arbeitszeugnis

2.1. Bei der Klage auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses handelt es sich um einen eigenständigen Anspruch, welcher vorliegend im Rahmen der objektiven Klagenhäufung (vgl. Art. 90 ZPO) geltend gemacht wurde. Die Beklagte wurde durch die Vorinstanz verpflichtet, der Klägerin ein wahrheitsgemässes, vollständiges und wohlwollendes Arbeitszeugnis auszustellen (Urk. 30 Dispositiv-Ziffer 3.). Dagegen wendet die Beklagte ein, dass sie dazu nicht in der Lage, nicht gewillt und nicht verpflichtet sei. Die Klägerin habe keine gute Arbeit geleistet, sei negativ aufgefallen, zu spät zur Arbeit erschienen, schmutzig gewesen und habe am Morgen gelegentlich nach Alkohol gerochen. Es sei willkürlich und verstosse gegen das rechtliche Gehör, wenn die Vorinstanz ohne Abnahme der offerierten Beweise ein wohlwollendes Zeugnis verlange. Die Beklagte habe Anspruch darauf, dass durch die Abnahme der offerierten Beweise abgeklärt werde, wie sich die Klägerin an der Arbeitsstelle verhalten habe (Urk. 29 S. 14, Rz. IV.6).

2.2. Gemäss Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Abs. 1). Auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers hat sich das Zeugnis auf Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken (Abs. 2). Aus der Fürsorgepflicht folgt, dass das Arbeitszeugnis das berufliche Fortkommen fördern soll und daher grundsätzlich wohlwollend zu formulieren ist. Wohlwollen bedeutet aber nicht, dass nicht auch negative Tatsachen Eingang ins Zeugnis finden dürfen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 330a OR N 3a). Notwendige Voraussetzung dafür ist aber, dass die betreffenden Negative für die Gesamtbeurteilung des Arbeitnehmers erheblich sind, es sich mithin also nicht um völlig isolierte Vorfälle gravierender Art oder um Kleinigkeiten handelt. Einzelne Missstimmigkeiten dürfen nicht überbewertet werden (Etter, in: Etter/Facincani/Sutter, Art. 330a OR N 41). Entsprechend ist die Beklagte unabhängig vom Verhalten der Klägerin verpflichtet, ein wahrheitsgemässes, vollständiges und wohlwollendes Arbeitszeugnis auszustellen. Wie im konkreten Fall ein wohlwollendes Arbeitszeugnis auszuse-

hen hat, ist vorliegend nicht zu beurteilen. An diesem Ergebnis ändert auch eine Zeugenbefragung nichts. Die Rüge der Beklagten ist unbegründet.

2.3. Schliesslich rügt die Beklagte, die Klägerin habe es unterlassen, betreffend Arbeitszeugnis ein konkretes Rechtsbegehren zu stellen. Es wäre ihre Pflicht, den Arbeitszeugnistext im Rahmen ihres Rechtsbegehrens einzuklagen. Dies habe sie nicht gemacht. Ein Rechtsbegehren müsse immer so klar und deutlich sein, dass es ohne weitere Prüfung zum Urteil erhoben werden könne (Urk. 29 Rz. IV.6).

2.4. Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses ist mit einer entsprechenden Leistungsklage durchsetzbar (BGE 129 III 177 E. 3.2 und 3.3). Dabei ist dem Arbeitnehmer zur Vermeidung eines allfälligen Folgeprozesses betreffend Berichtigung das Recht einzuräumen, bereits die Erfüllungsklage mit einem konkreten Zeugnistext zu verknüpfen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 330a N 10; ZK-Staehelin, Art. 330a OR N 20; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag: Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Art. 330a N 8; Janssen, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Diss. 1996, S. 157 f.;ENZler, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, Diss. 2012, S. 106 f.; unklar BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 330a OR N 20; a.A. Bernold, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Diss. 1983, S. 80 f.). Der Arbeitnehmer kann, muss aber nicht einen bestimmten Zeugnistext zum Klagegegenstand erheben. Es ist grundsätzlich die Aufgabe der Beklagten als Arbeitgeberin, der Klägerin auf deren Verlangen hin ein Arbeitszeugnis auszustellen. Das Vorbringen der Beklagten ist folglich unbehelflich und die Berufung abzuweisen. Auch mit ihrem Eventualantrag, wonach ihr anlässlich der Klageantwort eingereichter Zeugnisvorschlag als Arbeitszeugnistext gutzuheissen sei (Urk. 29 Rz. IV.6), dringt die Beklagte nicht durch. Diesbezüglich fehlt es bereits an einem gültigen Berufungsantrag (vgl. Urk. 14 S. 2 und Urk. 29). Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen und Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils zu bestätigen.

## **V. Unentgeltliche Rechtspflege im Berufungsverfahren**

Die Klägerin ersucht auch für das Berufungsverfahren um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung (Urk. 45). Nachdem ihr keine Gerichtskosten auferlegt werden (vgl. nachstehend E. VI.), ist ihr Gesuch

gegenstandslos und abzuschreiben, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Hinsichtlich der Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), ist das Gesuch gutzuheissen. Die Klägerin belegt ihr geltend gemachtes Einkommen mit den eingereichten Lohnabrechnungen (vgl. Urk. 47/2 und 3). Weiter erscheint ihr geltend gemachter monatlicher Bedarf aufgrund der eingereichten Urkunden (Urk. 47/3 und 4) als glaubhaft. Sie hat als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu gelten. Ihr Standpunkt im Berufungsverfahren war nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO, und sie war auf rechtlichen Beistand angewiesen.

## **VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

### 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens

Da die Berufung in der Hauptsache gutzuheissen ist, ist antragsgemäss (Urk. 29 S. 2) auch Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Pfäffikon vom 3. August 2020 aufzuheben. Die Vorinstanz wird über die Parteientschädigung unter (Mit-)Berücksichtigung des weiteren Verfahrensverlaufs und des neuen Prozessergebnisses neu befinden müssen.

### 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens

Das Berufungsverfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann die Rechtsmittelinstanz den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz überlassen, das heisst vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; *OGer ZH RT200074 vom 16.07.2020, E. 4*), wobei die Vorinstanz das Obsiegen der Klägerin bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 6 zu berücksichtigen haben wird.

### **Es wird beschlossen:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 5 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Pfäffikon vom 3. August 2020 aufgehoben und wird der Prozess zur

Durchführung eines Beweisverfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Entscheidung über die Höhe der Parteientschädigung für das Berufungsverfahren und deren Verteilung wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
3. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird hinsichtlich der Gerichtskosten abgeschrieben.
4. Im Übrigen wird der Klägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin Y2. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Pfäffikon vom 3. August 2020 bestätigt.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
3. 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.

4. 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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 22'259.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 20. September 2022

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw R. Meli

versandt am:

Im