

ZH_OBERGERICHT LA210033 vom 20. September 2022

ZH Obergericht, 2022-09-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA210033

FR: ZH_OBERGERICHT LA210033 du 20 septembre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT LA210033 del 20 settembre 2022

Erwägungen

E. 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.

E. 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 ungerechtfertigter fristloser Kündigung geltend. Demgegenüber vertritt die Beklagte die

- 17 - 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 (ungerechtfertigte) 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).

E. 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).

E. 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

- 18 - 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).

E. 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.

E. 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 Wocheneinsatzplan 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

- 19 - 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 Nachholung 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.

E. 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.

E. 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).

- 20 - 2. Arbeitszeugnis

E. 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).

E. 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).

E. 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 auszu-

- 21 -
stellen hat, ist vorliegend nicht zu beurteilen. An diesem Ergebnis ändert auch eine Zeugenbefragung nichts. Die Rüge der Beklagten ist unbegründet.

E. 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).

E. 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 Zeugnispvorschlag 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 Rechtsbeistandung (Urk. 45). Nachdem ihr keine Gerichtskosten auferlegt werden (vgl. nachstehend E. VI.), ist ihr Gesuch

- 22 - 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:

E. 3

Parteivorbringen

E. 3.1

Beklagte

E. 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 beklagten Behauptung mit Sicherheit nicht stattgefunden habe.

- 12 - 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 allfälliges 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).

E. 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-

- 13 - 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 Arzteugnis 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 Fehltag 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 Beweissofferte 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

- 14 - 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).

E. 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).

E. 3.2

Klägerin

E. 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

- 15 - 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).

E. 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).

E. 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

- 16 - 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).

E. 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 Wochen- Einsatzplan 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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.