

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA140025-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss vom 4. Mai 2015

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter 1 und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Bülach vom 27. Juni 2014 (AH130038-C)

Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 1, Prot. I S. 5, 19):

1. Die Beklagten seien in solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, der Klägerin für die Zeit vom 15. März 2013 bis zum 15. September 2013 den Betrag von Fr. 14'100.55 zu bezahlen, zuzüglich 5% Zins ab dem 15. Mai 2013.
2. (...)
3. Die Beklagten seien zu verpflichten, der Klägerin ein Zeugnis gemäss Beilage auszustellen.
4. Die Beklagten seien anzuhalten, der Klägerin umfassend Auskunft zu erteilen, über das Versicherungsverhältnis der beruflichen Vorsorge und der Krankentaggeldversicherung, sowie über die in den letzten drei Jahren entrichteten AHV-Beiträge.
5. Unter Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Beklagten.
6. Der Klägerin sei die unentgeltliche Verbeiständung zu gewähren und ihr in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das vorliegende Verfahren beizugeben.

Urteil des des Bezirksgerichts Bülach, Arbeitsgericht, vom 27. Juni 2014
(Urk. 38)

1. Der Beklagte 1 wird verpflichtet, der Klägerin ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- bzw. zuzustellen:

C._____ [Lokal]

B._____

... [Adresse]

Arbeitszeugnis

A._____, geboren am tt. Oktober 1978, von Thailand arbeitete vom 5. September 2006 bis 28. Februar 2013 im C._____ als Service Angestellte.

A._____ hatte in unserem Pub folgende Aufgaben

- Bedienen der Gäste
- Einkassieren
- Abrechnen der Tages-, Wochen- und Monatseinnahmen
- Einarbeiten und Betreuung von weiterem Servicepersonal
- Anordnen der notwendigen Einkäufe für den Servicebetrieb
- Inventar und weitere Administration
- Gelegentliche Vertretung der Vorgesetzten

Frau A._____ ist eine zuverlässige und effiziente Mitarbeiterin. Sie behält auch in hektischen Zeiten die Übersicht und bedient unsere Gäste immer freundlich und zuvorkommend. Sie ist stets bereit, bei grösseren Anlässen Mehrarbeit zu leisten.

Ihr Verhalten gegenüber Vorgesetzten, Mitarbeitern und Gästen ist jederzeit einwandfrei.

Frau A._____ verlässt uns auf eigenen Wunsch. Wir danken ihr für ihre Mitarbeit und wünschen ihr für ihre private und berufliche Zukunft viel Erfolg und alles Gute.

... [Ort], 28. Februar 2013

B._____

2. Es wird vorgemerkt, dass sich der Beklagte 1 verpflichtet hat, der Klägerin umfassend Auskunft über ihr Versicherungsverhältnis der beruflichen Vorsorge und der Krankentaggelder sowie über die Einzahlung der AHV-Beiträge über die letzten drei Jahre zu geben.
3. Im Übrigen werden die Klagen beider Parteien abgewiesen.
4. Es werden keine Kosten erhoben.
5. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'996.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung
7. Rechtsmittelbelehrung (Berufung, Frist 30 Tage)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 37 S. 2):

- "1. Ziff. 3 des Entscheids des Bezirksgerichts Bülach vom 27. Juni 2014 sei insoweit aufzuheben, als sie die Forderung der Berufungsklägerin gegen den Berufungsbeklagten betrifft, und es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 11'825.– netto, zuzüglich Zins von 5% ab dem 12. Juni 2013, zu bezahlen.
2. Ziff. 5 des Entscheids des Bezirksgerichts Bülach vom 27. Juni 2014 sei aufzuheben, und es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'700.90 (inkl. MWSt.) für das erstinstanzliche Verfahren zu bezahlen.

3. Unter Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsbe-
klagten.
4. Der Berufungsklägerin sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Verbei-
ständung zu gewähren und ihr in der Person des Unterzeichnenden [Rechtsanwalt
Dr. X. _____] ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

des Beklagten 1 und Berufungsbeklagten (Urk. 40 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 27. Juni 2014 sei zu bestätigen.
3. Es sei dem Berufungsbeklagten eine angemessene Prozessentschädigung zuzüg-
lich gesetzliche Mehrwertsteuer zuzusprechen."

Erwägungen:

I.

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) arbeitete seit 5. September 2006 unregelmässig, jeweils abends und nachts als Serviceange-
stellte im Stundenlohn im C._____, Dabei handelt es sich um einen Betrieb
des Beklagten 1 und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter 1, Urk. 2 S. 3,
Urk. 4/3). Die Klägerin wurde schwanger und arbeitete letztmals am 26. Februar
2013 im Service (Prot. I S. 8). Am 25. Juni 2013 erschien sie ein weiteres und
letztes Mal zur Arbeit (Urk. 2 S. 5, Urk. 24 S. 7); am 15. September 2013 brachte
sie ihr Kind zur Welt (Prot. I S. 5). Strittig ist, ob die Klägerin ab 20. März 2013 bis
zur Geburt am 15. September 2013 Anspruch auf Lohnfortzahlung resp. Auszah-
lung von Krankentaggeld hat.

1.2. Die Klägerin reichte die Klagebewilligung vom 25. Juni 2013 mit Klageschrift
vom 8. Juli 2013 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1 und 2). Im Übrigen sei bezüglich
des erstinstanzlichen Verfahrens auf die im angefochtenen Urteil dargestellte
Prozessgeschichte verwiesen (Urk. 38 S. 3).

Gegen das der Klägerin am 2. Juli 2014 eröffnete erstinstanzliche Urteil vom 27. Juni 2014 erhob sie mit Eingabe vom 25. August 2014 rechtzeitig Berufung (Urk. 33, 37). Der Beklagte 1 erstattete am 22. Oktober 2014 rechtzeitig die Berufungsantwort (Urk. 40, 39).

2. Prozessuales

2.1. Die Klägerin hat das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich der Abweisung des von ihr eingeklagten Krankentaggeldanspruchs gegenüber dem Beklagten 1 sowie der Parteientschädigung angefochten (Dispositiv-Ziffern 3 und 5). Im Übrigen, namentlich in Bezug auf das Arbeitszeugnis (Dispositiv-Ziffer 1), das Auskunftsrecht (Dispositiv-Ziffer 2), die Verneinung der Passivlegitimation der Beklagten 2 und die abgewiesene Forderung der Beklagten (Dispositiv-Ziffer 3) sowie die Kostenfolgen (Dispositiv-Ziffer 4) blieb das Urteil unangefochten. In diesem Umfang ist es in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

2.2. Der Beklagte 1 bringt vor, mit dem Berufungsantrag Ziffer 1 und dessen Begründung in Ziffer 6 der Berufungsschrift, wonach neu Krankentaggeld vom 20. März 2013 bis 15. September 2013 beantragt werde (Urk. 37 S. 3), liege eine unzulässige Klageänderung vor (Urk. 40 S. 3). Vor Vorinstanz habe die Klägerin einen Anspruch vom 15. Februar 2013 bis 31. Mai 2013, resp. bis 30. Juni 2013 (unter Vorbehalt weiterer Lohnforderungen) geltend gemacht. Anlässlich der Verhandlung seien dann Krankentaggelder "ab Mitte März 2013" beansprucht und somit kein klares Datum bezeichnet worden. Damit sei unklar geblieben, ab welchem Datum ein Anspruch geltend gemacht werde, weshalb die klägerische Forderung vor Vorinstanz nicht ausreichend substantiiert gewesen sei (Urk. 40 S. 3 f.). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zwar trifft zu, dass der Anfangszeitpunkt zur Berechnung des klägerischen Anspruchs vor Vorinstanz nicht mit Datum bezeichnet wurde. Die Ausführungen der Klägerin können jedoch nur dahingehend verstanden werden, als sich das Anfangsdatum gegenüber dem ursprünglich behaupteten Zeitpunkt um 30 Tage, mithin auf 15. März 2013 verschiebe (Prot. I S. 19). Insofern erweist sich der Streitgegenstand wie auch der dazu gehörige Lebensvorgang im erstinstanzlichen Verfahren als genügend bestimmt. Der zuletzt vor Vorinstanz im Streit liegende Anspruch vom 15. März 2013

bis 15. September 2015 wurde mit der Berufung auf die Zeitspanne vom 20. März 2013 bis 15. September 2013 reduziert. Damit liegt keine Klageänderung sondern eine Beschränkung des Streitgegenstandes vor, welche ohne Weiteres zulässig ist.

3. Erwägungen Vorinstanz, Berufungsbegründung

3.1. Die Vorinstanz verneinte im angefochtenen Entscheid die Lohnfortzahlungspflicht des Beklagten 1. Sie erwog, gestützt auf Art. 35a Abs. 2 ArG könnten Schwangere auf blosser Anzeige und vorgängiger Mitteilung hin von der Arbeit fernbleiben oder die Arbeit verlassen. Eine Pflicht des Arbeitgebers, den Lohn während des Zeitraums auszurichten, da die Arbeitnehmerin ihr Recht auf Nichtbeschäftigung ausübe, bestehe nur, wenn durch ärztliches Zeugnis nachgewiesen werde, dass sie infolge der Schwangerschaft an der Arbeit verhindert gewesen sei. Der Klägerin, welche dafür die Behauptungs- und Beweislast trage, sei es trotz gerichtlicher Mitwirkung nicht gelungen, die Grundlagen für eine Lohnfortzahlungspflicht des Beklagten substantiiert darzulegen. Namentlich habe sie es versäumt auszuführen, wie der Beklagte 1 über die Schwangerschaft in Kenntnis gesetzt worden, wie dessen Reaktion ausgefallen und was betreffend die Zukunft der Klägerin im Betrieb des Beklagten 1 besprochen worden sei (Urk. 38 S. 14, 15). Die Behauptung der Klägerin, der Beklagte 1 habe ihr gesagt, er könne sie nicht mehr gebrauchen (Prot. I S. 5 f.), stehe im krassen Widerspruch zu ihrer Aussage, das damalige Gespräch so verstanden zu haben, dass es sich um "eine Art Mutterschaftsurlaub" handle, wie "Ferien" oder "Pause", und sie nach der Geburt an ihren Arbeitsplatz zurückkehren und wieder arbeiten könne. Bei keiner dieser Varianten habe die Klägerin damit rechnen können, vor der Geburt unter vollständiger Entbindung von der Arbeitspflicht einen Lohnfortzahlungsanspruch über mehr als sechs Monate zu haben. Vielmehr habe sie aus ihrer Erfahrung gewusst, dass das Ausbleiben der Arbeitsleistung zum Ausbleiben der Lohnzahlung führe, zumal sie unregelmässig im Stundenlohn gearbeitet und während der Ferien jeweils keinen Lohn erhalten habe (Urk. 38 S. 16). Es sei daher davon auszugehen, dass beide Parteien einvernehmlich von einer Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses bis zur Niederkunft der Klägerin ausgegangen seien. Ein sol-

ches Vorgehen halte denn auch vor Art. 336c OR stand (Urk. 38 S. 17). Auch die vom Freund der Klägerin verfasste Email vom 4. April 2013 (Urk. 26/3) ändere nichts an den gezogenen Schlüssen zur einvernehmlichen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, sei doch aufgrund deren Wortlauts davon auszugehen, dass die Frage der Lohnfortzahlung darin zum ersten Mal thematisiert worden sei und damit die Behauptung der Klägerin, bereits im März 2013 den ausstehenden Lohn moniert zu haben, widerlege (Urk. 38 S. 19).

3.2. Die Klägerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, sie habe für die Geltendmachung ihres Anspruchs gestützt auf Art. 23 Abs. 1 und 4 L-GAV (Gesamtarbeitsvertrag im Schweizer Gastgewerbe) nur zu behaupten, dass sie schwanger und arbeitsunfähig gewesen sei (Urk. 37 S. 4, 6). Ersteres sei unbestritten, Letzteres mittels Arztzeugnis belegt (Urk. 37 S. 6). Der Betrieb des Beklagten werde erst am späten Nachmittag bis in die frühen Morgenstunden geöffnet. Es werde geraucht. Damit habe die Klägerin aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr nutzbringend an ihrem bisherigen Arbeitsplatz tätig sein können, weshalb sie arbeitsunfähig gewesen sei (Urk. 37 S. 7). Insofern habe die Klägerin daher die Grundlagen ihres Anspruchs vor Vorinstanz genügend behauptet und diverse Beweismittel eingereicht, weshalb der Vorwurf betreffend die unsubstantiierten Ausführungen nicht zutrefte (Urk. 37 S. 7). Überdies habe sie genügend behauptet, dass sie den Beklagten über die Schwangerschaft informiert und ihm das Arztzeugnis gezeigt habe (Urk. 37 S. 8). Weiter seien die von der Vorderrichterin geforderten Ausführungen zur Reaktion des Beklagten und dessen Geschäftsführerin auf die Anzeige der Arbeitsunfähigkeit sowie zum weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses für den klägerischen Anspruch ohne Bedeutung (Urk. 37 S. 8, 9). Auch ändere der Umstand, dass die Klägerin noch 11 Tage weiter gearbeitet habe, an ihrem Anspruch auf Lohnfortzahlung nur insofern etwas, als für diese Tage kein Anspruch auf Erwerbsausfall bestehe (Urk. 37 S. 9). Dass die Klägerin der Meinung gewesen sei, eine Art "Pause" oder "Ferien" zu haben, zeige nur, dass sie gedacht habe, nicht mehr zur Arbeit erscheinen zu müssen. Es sage nichts darüber aus, was sie sich über ihren Lohnanspruch/Anspruch auf Krankentaggelder gedacht habe (Urk. 37 S. 11).

4. Rechtliches

4.1. Die Klägerin macht Ansprüche aus Arbeitsvertrag geltend. Ihre Arbeitsleistung erbrachte sie im Gastgewerbe. Auf das zu beurteilende Rechtsverhältnis sind demnach Art. 319 ff. OR und die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes, namentlich diejenigen zum Mutterschutz (Art. 35 und 35a ArbG, SR 822.1) anwendbar. Überdies ist das Arbeitsverhältnis dem Gesamtarbeitsvertrag im Schweizer Gastgewerbe (L-GAV) unterstellt, dessen normative Bestimmungen aufgrund der Allgemeinverbindlichkeitserklärung direkt darauf Anwendung finden und - soweit der Einzelarbeitsvertrag für die Klägerin nicht günstiger ist - den Einzelabreden der Parteien vorgehen (Art. 1 i.V.m. Art. 36 L-GAV, Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Landes-Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes vom 19. November 1998 mit Anpassungen, Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. A, Zürich 2012, N 7 zu Art. 356 OR). Zwingendes Recht des Bundes wiederum, namentlich der Mutterschutz des Arbeitsgesetzes, geht den Bestimmungen des L-GAV vor, sofern Letztere für den Arbeitnehmer nicht günstiger sind (Art. 358 OR). Folglich ist für die Beurteilung des strittigen Krankentaggeldanspruchs der Klägerin dasjenige Recht anzuwenden, welches für sie als Arbeitnehmerin das Günstigste ist (Günstigkeitsprinzip).

4.2. Gemäss Art. 22 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 L-GAV ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Lohnzahlung eines Mitarbeiters zu versichern, welcher infolge Krankheit, Schwangerschaft oder Unfall unverschuldet an der Erbringung seiner Arbeitsleistung verhindert ist. Bei Schwangerschaft muss eine medizinisch erklärte Arbeitsunfähigkeit vorliegen (Art. 23 Abs. 1 2. Teil L-GAV). Die Krankengeldversicherung hat während 720 bis 900 aufeinander folgenden Tagen 80% des Bruttolohnes zu decken. Verzichtet der Arbeitgeber auf den Abschluss einer entsprechenden Versicherung, hat er die vorgeschriebenen Leistungen selbst zu erbringen (Art. 23 Abs. 4 L-GAV). Das grundsätzlich zwingend ausgestaltete Arbeitsgesetz sieht in Art. 35a ArbG eine Wahlfreiheit der schwangeren Frau betreffend Fortführung ihrer Arbeitstätigkeit vor. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, ist hierfür nicht erforderlich, dass die Schwangerschaft die Erbringung der Arbeits-

leistung verhindert (Urk. 38 S. 12). Dies ist jedoch für einen allfälligen Lohnanspruch der schwangeren Arbeitnehmerin von Relevanz (Tobler, Favre, Munoz, Gullo Ehm, Arbeitsrecht, Kommentierte Gesetzesausgabe, Lausanne 2006, N 1.2. zu Art. 35a ArbG). Der Einzelarbeitsvertrag der Klägerin enthält sodann keine Bestimmung zur Lohnfortzahlung während Krankheit und Schwangerschaft, verweist indes in Ziffer 8 bei fehlender Einzelabrede auf die Vorschriften des L-GAV und ergänzend auf die Vorschriften der Schweizerischen Gesetzgebung über das Arbeitsrecht (Urk. 4/3).

4.3. Im Sinne eines Zwischenfazits ist daher festzuhalten, dass die Klägerin während ihrer Schwangerschaft gestützt auf Art. 23 Abs. 1 L-GAV Anspruch auf Lohnfortzahlung hat, wenn sie medizinisch nachgewiesen an der Arbeitsleistung verhindert war. Hierfür trägt sie - wie bereits von der Vorinstanz zutreffend festgehalten (Urk. 38 S. 12) - die Behauptungs- und Beweislast. Gelingt ihr der Beweis, besteht kein Raum für eine einvernehmliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses ohne Lohnanspruch, würde doch dadurch die relativ zwingende Bestimmung des L-GAV zuungunsten der Klägerin durch Einzelabrede abgeändert, was zur Nichtigkeit der entsprechenden Abrede führte (Art. 357 Abs. 2 OR). Erst bei Misslingen des Beweises betreffend Verhinderung der Arbeitsleistung - oder wenn die Behauptungen wegen mangelnder Substantiierung gar nicht erst zum Beweis erhoben werden können - ist demnach in einem zweiten Schritt zu klären, ob die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien vereinbart wurde, wie dies die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid getan hat (Urk. 38 S. 14 ff.).

5. Umfang der Verhinderung an der Arbeitsleistung

5.1. Die Klägerin rügt, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, sie habe die Voraussetzungen ihres Anspruchs nicht hinreichend substantiiert (Urk. 37 S. 7 f.). Vielmehr habe sie vor Vorinstanz behauptet, sie sei schwanger und seit dem 15. Februar 2013 arbeitsunfähig geschrieben, worüber sie den Beklagten 1 sofort nach dem Arzttermin am 15. Februar 2013 informiert habe (Urk. 2 S. 3, Prot. I S. 17 f., Urk. 37 S. 7 f.). Weiter behauptete sie vor Vorinstanz, sie habe bis

26. Februar 2013 gearbeitet, eine neue Mitarbeiterin eingeführt und danach Ferien bezogen (Prot. I S. 17 f.).

Der Beklagte 1 bestritt, dass ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis vorliege. Der Arzt habe lediglich die Schwangerschaft bescheinigt und am 15. Februar 2013 und 19. Juni 2013 gesundheitsbedingte Vorgaben für die Arbeitsleistung festgelegt, wodurch die Arbeitstätigkeit eingeschränkt worden sei (Urk. 24 S. 4, Urk. 4/4+5, Urk. 40 S. 4 f.). Das Fumoir werde ab 16 Uhr eröffnet (Urk. 24 S. 5). In der persönlichen Befragung führte der Beklagte 1 überdies aus, die neue Mitarbeiterin hätte als Serviceangestellte von 16.00 Uhr bis 24.00 Uhr arbeiten sollen, da diese Zeit nicht schwangerschaftsgerecht sei (Prot. I S. 14).

5.2. Unbestritten ist demzufolge, dass die Klägerin in der hier zu beurteilenden Zeit schwanger war. Ebenfalls hat als anerkannt zu gelten, dass sie den Beklagten 1 sofort nach Erhalt des Arzzeugnisses vom 15. Februar 2013 über ihre Schwangerschaft informierte, bis 26. Februar 2013 eine neue Mitarbeiterin einarbeitete und hernach Ferien bezog, zumal vom Beklagten 1 nichts Gegenteiliges ausgeführt wurde (Prot. I S. 13 ff., 23, Urk. 24). Vor diesem Hintergrund mag es zwar zutreffen, dass die Klägerin selbst auf Befragen keine konkreten Angaben zu den Gesprächsinhalten mit dem Beklagten 1 machen konnte und diesbezüglich auf ihren Freund, D._____, verwiesen hat, wie die Vorinstanz bemängelt (Urk. 38 S. 14, Prot. I S. 7 ff.). Da aber ihre vorstehenden Behauptungen anerkannt sind, waren weitere Ausführungen zum Sachverhalt betreffend Mitteilung der Schwangerschaft (Urk. 38 S. 14) gar nicht erforderlich. Die entsprechenden Behauptungen an sich sind denn auch hinreichend bestimmt, weshalb der Klägerin in diesem Punkt entgegen der Ansicht der Vorinstanz keine mangelnde Substantiierung vorgeworfen werden kann (Urk. 38 S. 14, 20). Weiter hat aufgrund der Ausführungen des Beklagten 1 als anerkannt zu gelten, dass die Klägerin seit 15. Februar 2013 gesundheitsbedingt nicht mehr in der Nachtschicht und in Räumen mit Zigarettenrauch - also im Pub ab 16 Uhr - arbeiten (Prot. I S. 14) und ab 19. Juni 2013 zudem keine Lasten von mehr als 5 kg tragen sowie mehr als 4 Stunden stehen konnte (Urk. 24 S. 4 mit Hinweis auf Urk. 4/4, 4/5). Dies deckt sich denn auch mit dem Inhalt der von der Klägerin zu den Akten gereichten ärzt-

lichen Zeugnisse vom 15. Februar 2013 und 19. Juni 2013 (Urk. 4/4, 4/5). In diesem unbestrittenen Umfang ist daher eine medizinisch erklärte Arbeitsunfähigkeit der Klägerin erstellt.

5.3.1. Die Klägerin stellt sich nun auf den Standpunkt, aufgrund dieser Einschränkungen habe sie aus gesundheitlichen Gründen überhaupt nicht mehr nutzbringend an ihrer angestammten Arbeitsstelle tätig sein können (Urk. 2 S. 3, Prot. I S. 17 f., Urk. 37 S. 6 f.). Auf Nachfragen der Vorinstanz bringt sie vor, ihre Arbeit habe darin bestanden, Getränke zu servieren und Geschirr abzuräumen. Sie sei jeweils um 16 Uhr zur Arbeit erschienen und habe meistens bis 00.30 Uhr oder 01.00 Uhr, freitags und samstags manchmal auch bis 03.00 Uhr oder 04.00 Uhr gearbeitet (Prot. I S. 6). Der Beklagte 1 habe ihr keine Arbeitsangebote gemacht, welche den medizinischen Anforderungen entsprochen hätten. Dies sei rein objektiv auch nicht möglich gewesen, da das Pub erst um 16 Uhr geöffnet habe (Prot. I S. 5, 6). Zu diesen Zeiten sei geraucht worden. Im Juni 2013 sei die Klägerin sodann erstmals zur Arbeit aufgefordert worden, wobei sie am 25. Juni 2013 um 8 Uhr zur Arbeit erschienen sei und bis 16 Uhr gearbeitet habe. Sie habe administrative Arbeiten (Tische nachzählen, Besteck zählen) erledigt und auch serviert, da das Pub ausnahmsweise wegen ihrer Anwesenheit geöffnet gewesen sei (Prot. I S. 18, 21). Dabei habe ein Gast geraucht (Prot. I S. 21). Damit habe die Klägerin die Grundlagen ihres Anspruchs entgegen der Ansicht der Vorinstanz genügend behauptet und für deren Beweis diverse Beweismittel (Arztzeugnisse, Fotos über das Rauchen, Öffnungszeiten Pub) eingereicht (Urk. 37 S. 7).

Der Beklagte 1 bestritt im erstinstanzlichen Verfahren die vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit der Klägerin. Nur ihre Tätigkeit als Serviceangestellte von 16.00 Uhr bis 24.00 Uhr sei nicht schwangerschaftsgerecht gewesen (Prot. I S. 14). Die Klägerin habe administrative Arbeiten, wie das Abrechnen der Tages-, Wochen- und Monateinnahmen, das Einarbeiten und Betreuen von weiterem Servicepersonal und das Anordnen der notwendigen Einkäufe für den Servicebetrieb, die Stellvertretung der Geschäftsführerin sowie die Kontrolle des Inventars erledigen können, was gemäss im von ihr angebehrten Arbeitszeugnis Teil ihrer Funktion im Betrieb des Beklagten 1 gewesen sei (Urk. 24 S. 4). Die Geschäfts-

führerin und der Beklagte 1 hätten der Klägerin mehrfach und innerhalb von Tagen nach Vorweisen des Arzteugnisses (Prot. I S. 14) angeboten, bereits am Vormittag zur Arbeit zu erscheinen, um die Administration zur erledigen und zwischenzeitlich die Gäste bedienen zu können, weil diesfalls das Pub bereits am Vormittag ab 9 Uhr hätte geöffnet werden können (Urk. 24 S. 5, Prot. I S. 23, Urk. 40 S. 6). Die Klägerin habe die Arbeit indes verweigert (Urk. 24 S. 5). Am 25. Juni 2013 habe die Klägerin ab 8 Uhr die Inventarisierung und administrative Arbeiten erledigt. Ab 11 Uhr habe sie dann eine Thaiparty veranstaltet, indem sie gekocht und gegessen habe. Die Arbeit sei einfach eingestellt worden (Prot. I S. 23, 24).

5.3.2. Zu prüfen ist demnach, ob eine Pflicht der Klägerin zur Erbringung von Arbeitsleistung in der vom Beklagten 1 behaupteten Art vor Eröffnung des Fumoirs um 16 Uhr bestand.

In Ziffer 5 des Arbeitsvertrages wurde hinsichtlich der Arbeitszeit der Einsatz in gegenseitigem Einvernehmen vereinbart. Zum Pflichtenheft der Klägerin wurde nichts festgehalten (Urk. 4/3). Dass die Klägerin ihre Arbeit während ihrer mehrjährigen Anstellung beim Beklagten 1 je vor 16 Uhr aufgenommen habe, wird von keiner Partei behauptet. Dem Arbeitgeber steht es jedoch nach den in der Praxis entwickelten Grundsätzen im Rahmen seines allgemeinen Weisungsrechts (Art. 321d OR) zu, für vorübergehende Dauer sowohl die vereinbarten Arbeitszeiten zu ändern als auch dem Arbeitnehmer andere als die vereinbarte Arbeit zuzuweisen, sofern ihm diese zumutbar ist, keine übermässige Beeinträchtigung des Privatlebens beinhaltet und die Mehrkosten vom Arbeitgeber übernommen werden (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 321d OR). Die Klägerin hat nun nicht behauptet, die Erledigung der vom Beklagten 1 behaupteten alternativen Tätigkeiten sowie das Bedienen der Gäste seien ihr tagsüber unter Einhaltung der Vorgaben der Arzteugnisse (kein Zigarettenrauch und ab 19. Juni 2013 kein Tragen von Lasten über 5kg resp. Stehen von mehr als vier Stunden, Urk. 4/4+5) nicht zumutbar gewesen. Entsprechende Hinweise gehen auch aus den Akten nicht hervor. Dass diese Tätigkeiten zu einer bisher nicht vereinbarten Arbeitszeit vom Arbeitgeber angeordnet wurden, hat der Beklagte 1 zu behaupten

und zu beweisen, zumal er daraus den Wegfall seiner Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 23 L-GAV ableitet (Art. 8 ZGB). Der nicht beweisbelasteten Klägerin kann in diesem Punkt somit entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht mangelnde Substantiierung zur Last gelegt werden, wie die Klägerin zutreffend kritisiert (Urk. 37 S. 7, Urk. 38 S. 14, 20).

Eine Partei hat Anspruch darauf, für rechtserhebliche und streitige Sachvorbringen (Art. 150 Abs. 1 ZPO) mit gesetzlich vorgesehenen und tauglichen Beweismitteln zum Beweis zugelassen zu werden, sofern die Partei die betreffenden Beweismittel form- und fristgerecht beantragt hat (Art. 152 Abs. 1 ZPO).

Die Behauptung des Beklagten 1, die Geschäftsführerin des Pubs und er hätten der Klägerin mehrmals, erstmals innerhalb von Tagen nach dem Vorweisen des Arztzeugnisses angeboten, am Vormittag zur Arbeit zu erscheinen, die Administration zu erledigen und zwischenzeitlich die Gäste zu bedienen (Urk. 24 S. 4 f., Prot. I S. 14, 23), ist hinreichend bestimmt, bestritten (Prot. S. 17) und mit Blick auf die strittige Lohnfortzahlungspflicht des Beklagten 1 rechtserheblich. Die Beweismittel (Urkunde und Parteibefragung) wurden vom Beklagten 1 frist- und formgerecht beantragt (Urk. 24 S. 5), weshalb alle Voraussetzungen erfüllt sind, um die streitige Tatsache zum Beweis zu erheben. Indem die Vorinstanz die Frage im angefochtenen Entscheid ausdrücklich offen liess (Urk. 38 S. 20), hat sie es versäumt, diesen rechtserheblichen Sachverhalt rechtsgenügend abzuklären, was sie nachzuholen haben wird. Gelingt dem Beklagten 1 der entsprechende Beweis nicht, liegt vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit der Klägerin und damit ein unabdingbarer Anspruch auf die Leistungen gemäss Art. 23 L-GAV vor. Gelingt der Beweis, besteht in diesem Umfang kein entsprechender Anspruch der Klägerin.

6. Verzicht auf Arbeitsleistung

6.1. Die Klägerin kritisiert ferner, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen Widerspruch hinsichtlich ihrer Aussage geortet, der Beklagte 1 habe im Februar 2013 auf ihre Arbeitsleistung verzichtet, indem er ihr gesagt habe, er und die Geschäftsführerin würden sie nicht mehr gebrauchen, sie könne jetzt gehen (Urk. 37 S. 10, Prot. I S. 5 f., 17, 18).

Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, die Behauptung der Klägerin stehe im krassen Widerspruch zu ihrer Aussage, das damalige Gespräch so verstanden zu haben, dass es sich um eine Art Mutterschaftsurlaub, wie Ferien oder Pause handle und sie nach der Geburt an ihren Arbeitsplatz zurückkehren könne (Urk. 37 S. 10, 38 S. 15). Von einer Äusserung der beklagten Seite, man könne sie nicht mehr gebrauchen, könne daher kaum die Rede gewesen sein (Urk. 38 S. 16). Überdies spreche gegen die Behauptung, dass die Klägerin den Beklagten 1 betreffend März 2013 nach Ferien gefragt bzw. sich Ferien durch den Beklagten 1 habe bewilligen lassen (Prot. I S. 14 und S. 19). Dies wäre nach Ansicht der Vorderrichterin nicht nötig gewesen, wenn der Arbeitgeber in der von ihr behaupteten Form auf die Arbeitsleistung der Klägerin verzichtet hätte (Urk. 38 S. 16).

6.2. Die Vorinstanz sieht es einzig aufgrund eines - vermeintlichen - Widerspruchs im klägerischen Aussageverhalten zu deren Lasten als erwiesen an, dass die Aussage betreffend den Verzicht auf ihre Arbeitsleistung nicht erfolgt sei. Die bestrittene (Prot. I S. 23, 25) Behauptung der Klägerin aber, der Beklagte 1 und die Geschäftsführerin des C._____ hätten im Februar 2013 gegenüber D._____, dem Freund der Klägerin, erklärt, sie würden die Klägerin nicht mehr gebrauchen, sie könne gehen (Prot. I S. 17, 18, 23, 25), ist genügend bestimmt. Ferner ist sie rechtserheblich, wäre sie doch für den Fall, dass sie erstellt wird, geeignet, Zweifel an der Behauptung des Beklagten 1 zu wecken, er habe die Klägerin zur Arbeitsleistung während des Tages angehalten, und vermöchte somit dessen Hauptbeweis zu erschüttern. Die Klägerin offerierte sodann als Beweismittel rechtzeitig zwei Zeugen (Prot. I S. 17). Folglich hätte ihre rechtserhebliche Behauptung betreffend Verzicht auf Arbeitsleistung zum Gegenbeweis zugelassen werden müssen, welcher der Klägerin gestützt auf Art. 152 Abs. 1 ZPO zusteht. Eine Ablehnung der offerierten Beweismittel wäre nur dann statthaft gewesen, wenn die Vorderrichterin in Würdigung der bereits erhobenen Beweismittel, d.h. in Anwendung von Art. 157 ZPO, zum Schluss gekommen wäre, weitere Beweissmassnahmen vermöchten an ihrer bereits feststehenden Überzeugung selbst dann nichts mehr zu ändern, wenn das abgelehnte Beweismittel die von der Klägerin aufgestellte Tatsachenbehauptung stützen würde (Wahrunterstellung, vgl.

statt vieler BGE 126 III 317 E. 4.a. sowie 122 III 223 f. E. 3.c.). Vorliegend antizipierte die Vorinstanz das Beweisergebnis ohne Beweisverfahren aufgrund ihrer tatsächlichen Vermutung, die behauptete Aussage des Beklagten 1 sei nicht erfolgt, da sie im Widerspruch zu den übrigen Behauptungen der Klägerin stehe. Der Sachverhalt zum Hauptbeweis des Beklagten 1 - die bestrittene angeordnete Arbeitsleistung während des Tages - wurde nicht nur nicht zum Beweis erhoben, sondern vollends offen gelassen. Ohne die Würdigung bereits abgenommener Beweismittel besteht kein Raum für antizipierte Beweiswürdigung. Indem der Klägerin das Recht zum Gegenbeweis hinsichtlich des behaupteten Verzichts auf Arbeitsleistung verweigert wurde, wurden Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO verletzt. Der angefochtene Entscheid ist auch aus diesem Grund aufzuheben.

Die Folgerungen der Vorinstanz vermögen sodann auch inhaltlich nicht zu überzeugen. Die Behauptung, man habe der Klägerin mitgeteilt, sie werde nicht mehr gebraucht, sie könne gehen, wurde von ihr im Zusammenhang mit der Eröffnung ihrer Schwangerschaft beim Vorweisen des Arztzeugnisses erhoben (Prot. I S. 17, 5). Sie bezog sich somit nach Darstellung der Klägerin auf die Zeit ihrer Schwangerschaft, während welcher sie nicht mehr gebraucht werde. Worin hier der krasse Widerspruch zu ihrer Meinung bestehen soll, man habe eine Art Mutterschaftsurlaub, wie Ferien oder Pause abgemacht, ist unerfindlich, zumal sie davon ausging, nach der Geburt wieder an ihren Arbeitsplatz zurückkehren zu können. Vielmehr fügt sich ihre Aussage - sofern sie denn erstellt werden kann - durchaus in das Bild eines (bezahlten) Arbeitsunterbruchs während der Schwangerschaft. Hinsichtlich der beantragten Ferien ist der Vorinstanz indes beizupflichten. Tatsächlich ist nicht einzusehen, weshalb die Klägerin diese verlangte, wenn der Beklagte 1 auf ihre Arbeitsleistung verzichtet hatte. Jedoch gilt dies ebenso für den Fall, da die Parteien einvernehmlich die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses vereinbart hätten, wovon die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ausging. Der Umstand, dass die Klägerin für März 2013 Ferien verlangte, stützt somit weder die eine noch die andere Sachdarstellung, weshalb daraus entgegen der Ansicht der Vorinstanz nichts zu Gunsten oder Ungunsten einer Partei abzuleiten ist.

7. Rückweisung

Die Vorinstanz hat die Frage rund um die angeordnete Arbeitsleistung bei geänderter Arbeitszeit offen gelassen und die entsprechenden rechtserheblichen Behauptungen, zusammen mit denjenigen zum Verzicht auf die Arbeitsleistung, nicht zum Beweis erhoben. Dadurch klärte sie den Sachverhalt nicht rechtsgenügend, weshalb er in wesentlichen Teilen unvollständig blieb. Im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO ist das Urteil daher im angefochtenen Umfang aufzuheben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts mittels Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

8. Prozesskosten

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Die Regelung der Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren bleiben praxisgemäss dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten. Dies gilt auch für die angefochtenen erstinstanzlichen Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffer 5, Urk. 38 S. 29, Urk. 37 S. 2, 17), welche aufzuheben und nach Massgabe des Verfahrensausgangs von der Vorinstanz neu festzusetzen und zu verlegen sind.

9. Unentgeltliche Rechtspflege

Die Klägerin ersucht für das Berufungsverfahren um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Zu ihrer Mittellosigkeit führt sie einzig an, zurzeit von Kleinkinderbetreuungsbeiträgen von Fr. 2'800.– zu leben (Urk. 37 S. 17). Belege hierzu wie auch Angaben zu ihrer finanziellen Gesamtsituation fehlen vollends. Damit hat die anwaltlich vertretene Klägerin ihre Bedürftigkeit weder hinreichend behauptet geschweige denn ansatzweise belegt, weshalb ihr Gesuch ohne Weiterungen abzuweisen ist.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 des Urteils des Arbeitsgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 27. Juni 2014 in Rechtskraft erwachsen sind. Ausgenommen davon ist die Taggeldforderung gegenüber dem Beklagten 1 im Umfange von Fr. 11'825.– netto zuzüglich Zins von 5% ab 12. Juni 2013 gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 der Klägerin.
3. Dispositiv-Ziffer 3 (soweit Rechtsbegehren Ziffer 1 gegenüber dem Beklagten 1 im Umfange von Fr. 11'825.– netto zuzüglich Zins von 5% ab 12. Juni 2013 abgewiesen wurde) und Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils des Arbeitsgerichts des Bezirksgerichts Bülach werden aufgehoben und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 11'825.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. Mai 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
mc