

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110020-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. S. Clausen

Urteil vom 5. Juli 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, II. Abteilung, vom
9. Februar 2011 (CG100053)**

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 7'030.15 (brutto) sowie Fr. 16'391.20 (netto) zuzüglich Zins zu 5% seit 5. Oktober 2009 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ein Schlusszeugnis folgenden Inhalts aus- und zuzustellen:

"Frau B._____, geb. tt.mm.1950, von C._____,
war vom 1. Dezember 2008 bis und mit 30. November 2009 als Service-
fachangestellte in unserem Unternehmen tätig.

Zu ihren Hauptaufgaben gehörte insbesondere:

- Servicemitarbeit
- Bestellungen aufnehmen
- Kassieren
- Reinigungsarbeiten

Frau B._____ hat in allen Arbeitsbereichen ein hohes Mass an Initiative, Eigenverantwortlichkeit und persönlichem Engagement unter Beweis gestellt. Die ihr übertragenen Aufgaben erledigte sie stets sehr gut.

Auch in hektischen Zeiten arbeitete sie immer effizient und hygienisch einwandfrei. Die Zufriedenheit und das Wohlbefinden der Gäste war Frau B._____ stets ein grossen Anliegen und sie war immer darum bemüht, deren Wünsche zu erfüllen. Dank ihrer zuvorkommenden, aufmerksamen und aufgeschlossenen Art war sie bei unseren Gästen geschätzt und beliebt.

Auch in menschlicher Hinsicht können wir Frau B._____ ein exzellentes Zeugnis ausstellen. Wir erlebten Frau B._____ als eine teamorientierte Persönlichkeit, die viel Wert darauf legte, eine freundliche Arbeitsatmosphäre zu schaffen. Sie zeichnete sich durch einen integrierenden und mitarbeiterfreundlichen Stil aus. Sie verstand es, ihre Mitarbeitenden stets zu motivieren und vermittelte ihnen Anerkennung für gute Leistungen. Aufgrund ihres angenehmen Auftretens und ihres einwandfreien Verhaltens war sie bei Mitarbeitenden und Vorgesetzten beliebt und wurde von den Gästen auch sehr geschätzt.

Wir bedauern den Abgang von Frau B._____ und wünschen ihr auf ihrem weiteren Lebensweg viel Erfolg.

[Datum, Unterschrift]"

3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die vollständige Personalakte zur Abholung bereitzustellen.

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, II. Abteilung, vom 9. Februar 2011:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 7'030.15 (brutto) nebst 5% Zins sei 5. Oktober 2009 sowie Fr. 8'195.60 nebst 5% Zins seit 5. Oktober 2009 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, die Klägerin mit Fr. 4'700.00 (zuzüglich 8% MwSt) zu entschädigen.

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 17 S. 2):

1. Ziffer 1 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben, und es sei Ziffer 1 des Klagebegehrens der Klägerin und Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen.
2. Ziffer 3 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben, und es sei die Klägerin und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Berufungsklägerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen.
3. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Alles unter Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer von 8% zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten.

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 22 S. 2):

1. Es sei die Berufung abzuweisen.
2. Unter Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWSt) zu Lasten der Berufungsklägerin.

Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. Die Klägerin arbeitete seit dem 1. Dezember 2008 als Servicefachangestellte für D._____, Inhaberin des Restaurants E._____ in F._____. Gemäss Vertrag wurde sie im Stundenlohn entlohnt bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von durchschnittlich 32 Stunden (Urk. 4/2). D._____ verkaufte das Restaurant per 1. September 2009 an die Beklagte, deren Zweck u.a. die Führung eines Restaurationsbetriebes beinhaltet. Die Parteien unterzeichneten am 1. September 2009 einen neuen Anstellungsvertrag mit unveränderten Arbeitszeiten und unverändertem Bruttolohn (Urk. 4/3). Am 5. Oktober 2009 wurde die Klägerin durch G._____, Geschäftsführer der Beklagten, mündlich fristlos entlassen. Grund für die Entlassung war der Umstand, dass die Klägerin die Kassenrolle, d.h. die bedruckte Papierrolle aus der Kasse ausgelöst und die Rolle ohne Benachrichtigung des Arbeitgebers mit nach Hause genommen hatte.

2. Mit Eingabe vom 14. Oktober 2010 erhob die Klägerin unter Beilage der Weisung des Friedensrichteramtes Z._____ vom 16. Juli 2010 Klage mit den oben angeführten Rechtsbegehren (Urk. 1 und 2). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 9. Februar 2011 machte die Klägerin geltend, sie sei zu Unrecht fristlos entlassen worden. Sie forderte Lohnersatz für Oktober und November 2009 im Umfang von Fr. 7'030.15 sowie gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR eine Entschädigung von vier Monatslöhnen, mithin weitere Fr. 16'391.20 (Urk. 8 S. 6 f.). Im Anschluss an die Hauptverhandlung schrieb die Vorinstanz das Verfahren mit Bezug auf die Rechtsbegehren 2 und 3 mit Beschluss vom 9. Februar 2011 als durch Anerkennung erledigt ab und hiess die Forderungsklage mit Urteil vom 9. Februar 2011 teilweise gut, nämlich bezüglich des geforderten Lohnersatzes über Fr. 7'030.15 brutto sowie einer Entschädigung im Umfang von zwei Monatslöhnen (Urk. 18 S. 11).

3. a) Am 13. Mai 2011 erhob die Beklagte mit schriftlicher Begründung rechtzeitig Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 9. Februar 2011, nachdem sie rechtzeitig eine Begründung des Urteils verlangt hatte (Urk. 11/1, 13, 15 und 17). Hierauf wurde der Klägerin mit Verfügung vom 27. Mai 2011

Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 20). Die rechtzeitig eingereichte Berufungsantwort datiert vom 29. Juni 2011 (Urk. 22). Sie wurde am 1. September 2011 der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 22 S. 1).

b) Am 22. Juni 2012 erfolgte ein zweiter Referentenwechsel. Das Verfahren wurde neu Oberrichter Dr. G. Pfister zur Antragsstellung zugeteilt.

Erwägungen:

I.

1. a) Die Beklagte hat den erstinstanzlichen Entscheid, insoweit als das Verfahren bezüglich der Klagebegehren Ziff. 2 und Ziff. 3 mit Beschluss vom 9. Februar 2011 als durch Anerkennung erledigt abgeschrieben wurde (Urk. 18 S. 10, Disp. Ziff. 1), nicht angefochten. Dieser Entscheid ist damit nicht weiter zu prüfen.

b) Die Klägerin hat ihrerseits das erstinstanzliche Urteil vom 9. Februar 2011, insoweit als ihre Klage auf Zahlung einer Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR im Fr. 8'195.60 übersteigenden Umfang sinngemäss abgewiesen wurde (vgl. dazu Urk. 18 S. 9), nicht angefochten. Damit ist im Berufungsverfahren nurmehr über die zugesprochene Entschädigung im Umfang von zwei Monatslöhnen zu befinden.

2. Das angefochtene Urteil datiert vom 9. Februar 2011 (Urk. 18). Damit ist auf das Berufungsverfahren die seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehende Schweizerische Zivilprozessordnung anzuwenden (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Da der angefochtene Entscheid indes noch unter der Anwendung des kantonalzürcherischen Zivilprozessrechtes (ZPO/ZH) erging, ist der Entscheid bzw. das Verfahren vor erster Instanz nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht zu überprüfen. Aufgrund des erstinstanzlichen Streitwertes von Fr. 27'619.15 unterstand das Verfahren vor Vo-

rinstanz den Bestimmungen des einfachen und raschen Verfahrens (§ 53 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO/ZH).

3. Gemäss neuer ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und innert 30 Tagen zu beantworten (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz sodann eine Verhandlung durchführen, aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO) oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung stellt es ins Ermessen der Rechtsmittelinstanz, das für den konkreten Fall Geeignete vorzukehren (Peter Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 316 N 1). Die Berufungsinstanz kann damit selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift und der Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn die Berufungsschrift und die Berufungsantwort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann. Dies wird häufig anzunehmen sein (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 316 N 34). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache spruchreif, so dass bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

4. Die Beklagte führt im Berufungsverfahren neue Behauptungen an. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenvorbringen indes nur zulässig, 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). Art. 317 Abs. 1 ZPO sieht bei Verfahren mit Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen keine Ausnahme vom eingeschränkten Novenrecht vor. Während für die erste Instanz bei Verfahren mit Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen das unbeschränkte Novenrecht ausdrücklich vorgesehen ist (Art. 229 Abs. 3 ZPO), fehlt eine entsprechende Bestimmung für das Berufungsverfahren. Es gilt daher auch im vorliegenden Verfahren das beschränkte Noven-

recht gemäss Art. 317 ZPO (ZR 110 Nr. 96 und 111 Nr. 35). Es fehlen Hinweise dazu, dass die neuen Vorbringen nicht schon vor erster Instanz hätten vorgetragen werden können. Sie sind daher nicht weiter zu berücksichtigen und es ist vom Sachverhalt gemäss den erstinstanzlichen Vorbringen auszugehen. Dabei ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass es auch im Rahmen der im erstinstanzlichen Verfahren anzuwendenden Untersuchungsmaxime Aufgabe der Parteien ist bzw. war, die erforderlichen Behauptungen und Bestreitungen aufzustellen. Den Parteien obliegt die Behauptungs- und Substantiierungspflicht (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 6. A., N 14 zu Art. 343 aOR mit zahlreichen Hinweisen).

II.

1. a) Zu beurteilen ist im Wesentlichen die Frage, ob das Mitnehmen der Kassenrolle, d.h. des bedruckten Kassenstreifens durch die Klägerin ohne Orientierung des Arbeitgebers einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darstellt, der die Beklagte berechtigt, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fristlos aufzulösen.

b) Die Klägerin hielt vor Vorinstanz fest, sie habe am 5. Oktober 2009 um 17.00 Uhr Feierabend gehabt. Sie habe den erzielten Umsatz abgegeben und beim Blick in ihr Portemonnaie das Gefühl gehabt, dass mit ihrem Restgeld, d.h. mit dem von ihr gestelltem Stockgeld etwas nicht stimme. Sie habe gedacht, dass sie allenfalls etwas falsch getippt habe. Sie habe dies überprüfen wollen und habe deshalb die Kassenrolle mitgenommen, da sie auch schon Fehltippungen gemacht habe. Solche Fehltippungen bzw. "komische Beträge" wären ihr aufgefallen. Sie habe die Rolle am nächsten Morgen wieder mitbringen wollen und sie zu den anderen Rollen in die Bananenkiste legen wollen, wo diese Rollen aufbewahrt würden. Sie habe dies erstmals gemacht, hätte aber wohl die Rolle besser im Lokal kontrolliert. Nach der Heimfahrt nach H. _____ sei sie telefonisch aufgefordert worden, wieder im Lokal zu erscheinen. Es sei ihr vorgeworfen worden, dass sie die Kassenrolle gestohlen habe. Nach der Rückkehr ins Lokal sei ihr sogleich fristlos gekündigt worden (Prot. I S. 10 ff.).

G._____ wies namens der Beklagten vorweg darauf hin, dass die Kassenrolle einen Beleg für die Steuererklärung darstelle. Er sei nach 17.00 Uhr ins Restaurant gekommen, wo sich Probleme beim Wechseln der Kassenrolle ergeben hätten. Dabei habe er festgestellt, dass die beschriebene Kassenrolle gefehlt habe. Er habe deshalb der Klägerin zwei Mal telefoniert und ihr gesagt, sie solle so schnell wie möglich kommen, sonst würde er die Polizei rufen. Er habe der Klägerin erklärt, dass er die Kassenrolle als Beleg für den Umsatz dringend benötige. Sie habe daraufhin die Kassenrolle zurückgebracht. Er habe ihr in der Folge im Beisein von D._____ erklärt, dass er nicht mehr mit ihr arbeiten wolle, da sie etwas mitgenommen habe, das ihr nicht gehöre. Wenn es keine Probleme mit der Kasse gegeben hätte, wäre die Wegnahme nicht bemerkt worden. Die Klägerin habe schon vor der Geschäftsübernahme mehrmals die Kassenrolle mitgenommen, ohne dass es jemand gemerkt habe. Sie habe die Kassenrolle wohl mitgenommen, weil er sie zwei Mal "erwischt" habe, dass sie Konsumationen nicht korrekt getippt habe, sie habe einen doppelten Campari herausgegeben und anstelle von Fr. 11.– bloss Fr. 5.50 getippt. Sie habe deshalb die Kassenrolle mitgenommen, weil sie Angst gehabt habe, er werde das kontrollieren. Er habe zusätzlich am 6. Oktober 2009 schriftlich gekündigt, um ihr die Gründe mitzuteilen. Hauptgrund für die Kündigung sei aber die Entwendung der Kassenrolle gewesen (Prot. I S. 4 ff.).

c) Auch im Berufungsverfahren macht die Beklagte geltend, Grund für die fristlose Entlassung sei der Umstand gewesen, dass die Klägerin die Kassenrolle aus der Kasse ausgelöst und die Rolle ohne Orientierung der Arbeitgeberin mit nach Hause genommen habe (Urk. 17 S. 3 Ziff. 1 Abs. 2). Sie führt allerdings zusätzlich an, wenn dieser Umstand nicht einen ausreichenden Grund für eine fristlose Entlassung darstellen sollte, so müsste dies auf jeden Fall zusammen mit dem Nichttippen von Konsumationen angenommen werden. In diesem Fall wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, den Sachverhalt mit dem Nichttippen mittels eines Beweisverfahrens genauer abzuklären (Urk. 17 S. 7 Ziff. 5 a.E.).

2. a) Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt.

Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (vgl. u.a. BGE 130 III 213 E. 3.1 S. 220 f. und 129 III 380 E. 2.1 S. 382). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (BGE 127 III 153 E. 1a S. 155). Wesentlich ist dabei, dass die fristlose Auflösung ein Notventil ist und als solche stets zurückhaltend auszusprechen ist. Das Bundesgericht zeigt den Ausnahmecharakter der fristlosen Kündigung an, indem es vom "einzigsten Ausweg" spricht (BGE 116 II 142 E. 5c S. 144; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 337 OR).

b) aa) Mit der Beklagten kann geschlossen werden, dass ein strafbares Verhalten eines Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darstellen kann (Urk. 17 S. 4 ff.). Vorausgesetzt wird allerdings auch hier, dass die Vertrauensgrundlage zerstört oder tief erschüttert sein muss. Bei Bagatelldelikten wird dies jedoch oft nicht der Fall sein. Solche vermögen das Vertrauen in den Arbeitnehmer erst dann zu erschüttern, wenn sie trotz Abmahnung wiederholt vorgekommen sind (vgl. Rehbindler, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 337 OR; BGE 116 II 145 E. 6a S. 150).

Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt es jedoch hier klarerweise an einer strafbaren Handlung seitens der Klägerin. Eine Sachentziehung im Sinne von Art. 141 StGB - wie von der Beklagten geltend gemacht - setzt in objektiver Hinsicht u.a. voraus, dass dem Betroffenen durch die Wegnahme ein "erheblicher Nachteil" zugefügt wird. Die vorübergehende Wegnahme eines vom Berechtigten gerade nicht benötigten Gegenstandes genügt hierfür nicht (BSK Strafrecht II - Weissenberger, Art. 141 N 24). Die Beklagte behauptet denn auch nicht, dass sie die Kassenrolle gerade am Abend des 5. Oktober 2009 im Rahmen der Buchführung bzw. gegenüber den Steuerbehörden benötigt hätte und ihr damit ein ge-

wichtiger Bestandteil der Belege gefehlt habe. Im Übrigen müsste sich auch der subjektive Vorsatz des Täters auf den "erheblichen Nachteil" beziehen (Weissenberger, a.a.O., Art. 141 N 26). Hiefür fehlen jedoch jegliche Anhaltspunkte. Es lässt sich vielmehr nicht widerlegen, dass die Klägerin beabsichtigte, die Kassenrolle am nächsten Morgen wieder zurückzubringen. Die Ausführungen der Beklagten zur Strafbarkeit des Vorgehens der Klägerin und der Bedeutung der Kassenrolle im Rahmen der von ihr zu führenden ordentlichen Buchhaltung zielen daher an der Sache vorbei.

Wesentlich ist weiter, dass die Klägerin nach telefonischer Aufforderung die Kassenrolle noch am selben Abend zurückgebracht hat. Eine Schädigung der Arbeitgeberin ist nicht ersichtlich. Auf die Mutmassungen der Beklagten, was die Klägerin getan hätte, falls sie "Fehltypungen" entdeckt hätte, ist nicht weiter einzugehen. Jedenfalls kann der Klägerin nicht einfach unterstellt werden, dass sie versucht hätte, die Kassenstreifen zu verfälschen.

Schliesslich ist zu beachten, dass unbestritten geblieben ist, dass die Klägerin den von ihr erzielten (und offensichtlich der Abrechnung entsprechenden) Umsatz abgegeben hat. Damit kann aber - auch wenn die eigenmächtige Mitnahme der Kassenrolle zwecks Kontrolle der Eingaben unkorrekt war - nicht auf einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR geschlossen werden. Dieses Vorgehen vermag in objektiver Hinsicht das Vertrauen nicht derart zu erschüttern, dass als einziger Ausweg nur noch eine fristlose Entlassung verblieb. Es ist vielmehr mit der Vorinstanz (Urk. 18 S. 6) von einer minderen Unkorrektheit am Arbeitsplatz auszugehen, die eine Verwarnung als gerechtfertigt hätte erscheinen lassen können. Die fristlose Entlassung erscheint damit als ungerechtfertigt.

bb) Daran ändert nichts, dass die Beklagte vor Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren vorbringt, dass die Klägerin bereits früher mehrmals Kassenrollen mitgenommen habe, und dass sie am 5. Oktober 2009 die Kassenrolle mitgenommen habe, weil G._____ die Klägerin zwei Mal "erwischt" habe, dass sie die Konsumationen nicht getippt habe. Einerseits sind die Vorbringen mit Ausnahme des nicht korrekt getippten doppelten Camparis nicht weiter substantiiert und könnten daher nicht zum Beweis verstellt werden. Andererseits wird nicht

geltend gemacht, dass die Klägerin deswegen abgemahnt worden sei. Zeitlich zurückliegende, dem Kündigenden bekannte Vorfälle können zwar zusammen mit einem nicht ausreichenden neuen Vorfall eine fristlose Kündigung rechtfertigen, doch ist dabei erforderlich, dass der Kündigende auf die früheren Vertragsverletzungen mit einer Abmahnung reagiert hat. Wurde das - was vorliegend anzunehmen ist - nicht gemacht, darf der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass die Verfehlungen belanglos seien (Stahelin, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 377 OR). Was den nicht korrekt getippten doppelten Campari anbelangt, führte die Beklagte selber aus, dass G. _____ den Kassenstreifen kontrolliert und dabei - wie von der Klägerin vorgebracht - bemerkt habe, dass nachträglich ein weiterer einfacher Campari getippt wurde (Urk. 17 S. 6). Eine diesbezügliche förmliche Abmahnung wird nicht geltend gemacht. Die weiteren geltend gemachten angeblichen Verfehlungen der Klägerin vermögen daher eine fristlose Entlassung ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

cc) Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass nach klarer Aussage von G. _____ die am 5. Oktober 2009 vorgenommene fristlose Entlassung wegen der Mitnahme der Kassenrolle ausgesprochen wurde (Prot. I S. 5 und 16). Die mit der Begründung vom 6. Oktober 2009 nachgeschobenen weiteren (bestrittenen und nicht näher substantiierten) Gründe waren aber im Zeitpunkt der Vertragsauflösung der Beklagten bereits bekannt und können daher nicht nachträglich angeführt werden (vgl. dazu BGE 121 III 467 = Pra 85 Nr. 207).

c) Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages der Klägerin aufgrund der eigenmächtigen Mitnahme der Kassenrolle als nicht gerechtfertigt erscheint. Es kann nicht von einem wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR ausgegangen werden.

3. Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Während die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren noch geltend gemacht hatte, dass die Klägerin aufgrund des neu unterzeichneten Arbeitsvertrages wiederum in einer Probezeit gestanden habe (Prot. I S. 16), macht sie

dies im Berufungsverfahren zu Recht nicht mehr geltend (vgl. Urk. 17 S. 7 Ziff. 6). Die Vorinstanz hat richtigerweise festgehalten, dass von einer Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR auszugehen ist, mit welcher auch die Arbeitsverhältnisse übergegangen sind (Urk. 18 S. 7 f.). Dies wird denn auch nicht (mehr) in Frage gestellt, vielmehr wird der geltend gemachte Lohnanspruch bis Ende November 2009 im Grundsatz akzeptiert und es werden gegen die entsprechende Berechnung der Vorinstanz (Urk. 18 S. 8 f.) keine Einwendungen erhoben (Urk. 17 S. 7). Die Beklagte macht allerdings geltend, dass die Vorinstanz die Klägerin nach allfälligen anderweitigen Einkünften im fraglichen Zeitraum, welche anzurechnen seien, hätte befragen müssen (Urk. 17 S. 7 f.). Dies war indes nicht erforderlich, nachdem die Klägerin einerseits ausdrücklich Lohnersatz für Oktober und November 2009 verlangt hatte (Urk. 8 S. 5), und da die Beklagte nicht behauptet hatte, dass die Klägerin bereits vor Dezember 2009 wieder erwerbstätig gewesen sei. Letzteres wäre indes Aufgabe der Beklagten gewesen; es ist nicht Aufgabe des Richters, im Rahmen der Befragung allfälligen Einwendungen nachzugehen. Wie oben angeführt ist es auch im Rahmen der Untersuchungsmaxime Aufgabe der Parteien, die entsprechenden Sachverhaltsbehauptungen vorzutragen. Schliesslich hat die Klägerin mit der Berufungsantwort ausdrücklich erklärt, dass sie erst im Dezember 2009 wieder eine Stelle angetreten habe (Urk. 22 S. 8 Ziff. 10). Hiezu hat sich die Beklagte nicht mehr geäussert. Damit ist der von der Vorinstanz ermittelte Lohnersatz von insgesamt Fr. 7'030.15 brutto zu bestätigen.

4. a) Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann der Richter den Arbeitgeber bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festzulegen hat. Diese Entschädigung hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Die Entschädigung darf den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen. Sie hat sich entscheidend nach der Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung, dem Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, der finanziellen Situation der Parteien und der Schwere des

Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten (BGE 121 III 64 mit weiteren Hinweisen).

b) Die Klägerin beantragte im erstinstanzlichen Verfahren eine Entschädigung im Umfang von vier Monatslöhnen. Sie erachtete dies als angemessen, da sie wegen einer Lappalie entlassen worden sei. Die Beklagte habe sie zudem mit einer Strafanzeige stigmatisieren wollen. Ins Gewicht falle zudem, dass die ungerechtfertigte fristlose Entlassung eine knapp sechzigjährige, finanziell schwache Arbeitnehmerin getroffen habe (Urk. 8 S. 7).

Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid, mit welchem sie die Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR auf zwei Monatslöhne festsetzte, einerseits damit, dass die Klägerin erst seit dem 1. Dezember 2008 im selben Betrieb tätig gewesen sei, und andererseits wies sie darauf hin, dass sich die Klägerin "nicht vollständig korrekt verhalten" habe, als sie die Kassenrolle mit nach Hause genommen habe. Es sei allerdings auch zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer die Klägerin unter Druck gesetzt habe, indem er mit der Polizei gedroht habe, obwohl er gar nicht wirklich eine Strafanzeige habe erheben wollen (Urk. 18 S. 9).

Die Beklagte macht mit der Berufung geltend, die Vorinstanz habe ihr Ermessen nicht korrekt angewandt und die massgeblichen Kriterien nicht richtig gewürdigt. Das Arbeitsverhältnis habe nicht einmal ein Jahr gedauert und für die neue Arbeitgeberin habe die Klägerin erst einen Monat gearbeitet. Auch sei das Verhalten der Klägerin zu wenig gewichtet worden, selbst wenn nicht von einem strafbaren Verhalten ausgegangen würde. Die Mitnahme von Buchungsbelegen dürfe nicht verniedlicht werden. Der Geschäftsführer habe befürchten müssen, dass er die Kassenrolle nicht mehr erhalten werde, weshalb er zu Recht mit der Polizei gedroht habe. Angesichts aller Umstände rechtfertige es sich, von der Zusage einer Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR abzusehen (Urk. 17 S. 8 f.). Die Klägerin ist dagegen der Auffassung, dass die zugesprochene Entschädigung sich am unteren Rand des Möglichen bewege (Urk. 22 S. 9).

c) Vorweg ist festzuhalten, dass die von der Klägerin angeführte bisherige Verweigerung der Ausstellung eines Arbeitszeugnisses (Urk. 22 S. 11) bei der Bemessung der Entschädigung im Sinne von Art 337c Abs. 3 OR nicht weiter zu berücksichtigen ist. Sodann führte der Beizug der Polizei zu keiner Strafanzeige, diese habe sich vielmehr am Verhalten der Beklagten gestört (Prot. I S. 3). Damit kann dieser Beizug aber auch nicht zu einer erheblichen Betroffenheit der Klägerin geführt haben. Schliesslich ist entgegen der Darstellung der Klägerin nicht von einer blossen Lappalie auszugehen, vielmehr stellt die eigenmächtige Mitnahme der Kassenrolle - auch wenn auf die Aussagen der Klägerin abgestellt wird, wonach sie ihre Eingaben habe überprüfen wollen - ein unkorrektes Verhalten dar, das durchaus zu einer Abmahnung hätte führen können. Die Klägerin hätte die Kontrolle ohne Weiteres mit G._____ absprechen und am Arbeitsort durchführen können. Damit stellt sich die Frage, ob die von der Vorinstanz festgesetzte Entschädigung im Umfang von zwei Monatslöhnen zu reduzieren ist. Die Vorinstanz hat allerdings bereits berücksichtigt, dass die Klägerin erst seit Dezember 2008 im fraglichen Betrieb angestellt war und dass sie sich nicht korrekt verhalten hatte. Andererseits sind das Alter der Klägerin und ihre unbestritten gebliebenen bescheidenen finanziellen Verhältnisse mitzuberücksichtigen. Angesichts der vom Gesetz vorgegebenen Bandbreite, wonach die Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR sechs Monatslöhne nicht übersteigen darf, erscheint insgesamt eine Entschädigung im unteren Rahmen, d.h. im Umfang von rund anderthalb Monatslöhnen bzw. von Fr. 6'000.- als angemessen.

5. Die von der Vorinstanz zugesprochenen Zinsen blieben unbestritten. Sie sind denn auch entsprechend zuzusprechen (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 und 14 zu Art. 337c OR).

III.

1. Im erstinstanzlichen Verfahren betrug der Streitwert Fr. 27'619.15, im Verfahren vor zweiter Instanz beträgt er Fr. 15'225.75. Das Verfahren ist daher sowohl vor erster Instanz als auch im Berufungsverfahren kostenlos (Art. 343 Abs. 2 und 3 aOR bzw. Art. 114 lit. c ZPO).

2. a) Die Beklagte hat im erstinstanzlichen Verfahren die Rechtsbegehren Ziff. 2 und Ziff. 3 anerkannt. Sie gilt diesbezüglich als unterliegende Partei. Mit Bezug auf die Forderungsklage obsiegt die Klägerin mit Fr. 13'030.15, insgesamt obsiegt die Klägerin damit mit Fr. 17'227.95 bzw. 62,4% und sie unterliegt zu 37,6% (vgl. dazu die unbestritten gebliebene Streitwertberechnung der Vorinstanz: Urk. 18 S. 10). Dies rechtfertigt es, die Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren entsprechend Obsiegen und Unterliegen auf rund 25% bzw. $\frac{1}{4}$ einer vollen Entschädigung festzusetzen. Die Höhe der vollen Entschädigung wurde dabei nicht in Frage gestellt. Die Entschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ist deshalb auf Fr. 1'175.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (Fr. 94.–), d.h. auf insgesamt Fr. 1'269.– festzusetzen.

b) Im Berufungsverfahren obsiegt die Klägerin mit Fr. 13'030.15, sie unterliegt mit Fr. 2'195.60 bzw. zu rund 15%. Damit ist ihr eine Entschädigung im Umfang von (gerundet) 70% einer vollen Prozessentschädigung zuzusprechen. Eine volle Prozessentschädigung würde sich ausgehend vom Streitwert von Fr. 15'225.75 gemäss § 4 Abs. 3 i.V. mit § 13 Abs. 2 der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 auf Fr. 1'600.– belaufen. Entsprechend Obsiegen und Unterliegen ist die reduzierte Parteientschädigung damit auf Fr. 1'120.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (Fr. 89.60), mithin auf insgesamt Fr. 1'209.60 festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 7'030.15 brutto nebst 5% Zins seit 5. Oktober 2009 sowie Fr. 6'000.– nebst 5% Zins seit 5. Oktober 2009 zu bezahlen.
2. Das erst- und zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'269.– und für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'209.60 zu bezahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, II. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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. 15'225.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Dr. R. Klopfer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. S. Clausen

versandt am:
mc