

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110031-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. G. Pfister, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Subotic

Beschluss und Urteil vom 20. Juni 2012

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Lohnforderung, Entschädigung, Entschädigungsfolge**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, 2. Abteilung, vom 29. Juni 2011 (AN110001)

Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 19'633.50 brutto beziehungsweise Fr. 17'470.50 netto zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ein Arbeitszeugnis gemäss beiliegender Vorlage (B1) auszustellen;

unter Entschädigungsfolgen zuzüglich MWSt. zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, 2. Abteilung, vom 29. Juni 2011
(Urk. 37):**

Das Gericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin als Ersatzanspruch im Sinne von Art. 337c Abs. 1 OR insgesamt netto Fr. 5'515.– zu bezahlen und darauf die Sozial- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers zu entrichten.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 9'294.– als Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR zu bezahlen.
3. Im Mehrbetrag wird die Forderungsklage abgewiesen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zuzustellen:

"Zeugnis

Wir bestätigen hiermit, dass B._____, geboren am tt.mm.1952, von C._____, vom 17. Juni 2006 bis 8. April 2010 als Team Member Restaurant bei uns tätig war.

Das A._____ in D._____ ist ein Autobahnrestaurant für Self Service und Take Away mit vielfältiger Marktatmosphäre. Es verfügt innen über 2.. Sitzplätze und 2.. Sitzplätze im Freien. Das Angebot präsentiert sich als saisonale, vielfältige und farbige Genusswelt, in der die Gerichte frisch und à la minute direkt vor den

Gästen zubereitet werden. Ergänzt wird das Angebot durch eine Natur Bäckerei, die Backwaren bester Qualität zum Genuss vor Ort oder Take Away anbietet.

Frau B._____ arbeitete bei uns im Teilzeitpensum mit 35 Stunden pro Woche. Sie wurde vorwiegend an der Kasse eingesetzt. Zu ihren Aufgaben als Team Member Restaurant gehörten im Wesentlichen:

- Empfang, Begrüssung und Beratung der Gäste
- Verantwortlich für die korrekte Bedienung der Check out-Kasse
- Inkasso inklusive Fremdwährungen an der Check out-Kasse
- Erstellen von Kassenabrechnungen
- Verkauf und Zubereitung von kalten und warmen Getränken am Kaffee-Counter und an der Bar
- Verantwortlich für Ordnung und Sauberkeit am Arbeitsplatz
- Auffüllen von Getränken im Marktbereich
- Mithilfe im Office; abräumen, abwaschen und verräumen des Geschirrs
- Verantwortlich für Ordnung und Sauberkeit im Restaurantbereich

Frau B._____ verfügte über ein fundiertes Fachwissen, welches sie qualitativ und quantitativ täglich gut in unserem Betrieb umsetzte. Wir kannten sie als verantwortungsbewusste, belastbare, pflichtbewusste und flexible Mitarbeiterin, welche die ihr zugeteilten Aufgaben selbständig und exakt erledigte. B._____ zeigte nicht nur Eigeninitiative, sondern setzte diese auch gezielt im Betrieb um und war interessiert und engagiert. Dank ihrer raschen Auffassungsgabe sowie ihren guten organisatorischen Fähigkeiten setzte sie Prioritäten richtig und hielt so Termine stets ein.

Die stets nette, freundliche und hilfsbereite Art von Frau B._____ wurde von allen geschätzt. Unsere Gäste kannten sie als herzliche, aufmerksame und kundenorientierte Gastgeberin. Gegenüber Vorgesetzten verhielt sie sich immer zuvorkommend und höflich. B._____ konnte konstruktive Kritik annehmen und suchte bei Problemen nach geeigneten Lösungen. Im Team war sie als kolle-

giale, natürliche und eher ruhige Arbeitskollegin mit einem guten Teamgeist beliebt.

Wir danken ihr für ihren wertvollen Einsatz und wünschen B._____ beruflich und privat für die Zukunft alles Gute und viel Glück.

A._____ in D._____ [Unterzeichnung Restaurantbetrieb]

(gezeichnet von E._____, A._____ Director und F._____, Manager Restaurant)

D._____, 6. Juli 2010"

5. Kosten fallen ausser Ansatz.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'600.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
8. Eine *Berufung* gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen** von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 36 S. 2):

- " 1. Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 29. Juni 2011 sei aufzuheben und es sei die Klage abzuweisen;
2. Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 29. Juni 2011 sei aufzuheben und es sei die Klage abzuweisen;
3. Ziff. 6 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 29. Juni 2011 sei aufzuheben.

4. Eventualiter seien Ziff. 1, 2 und 6 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 29. Juni 2011 aufzuheben und es sei das Verfahren zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen;
5. Subeventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 500.– als Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR zu bezahlen und es sei Ziff. 6 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 29. Juni 2011 aufzuheben;
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu lasten der Klägerin/Berufungsbeklagten."

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

- " 1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen;
2. eventualiter sei das Verfahren zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu lasten der Beklagten/Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) arbeitete seit dem 17. Juni 2006 bei der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) als "Team Member Restaurant", wo sie vorwiegend für die Kasse zuständig war. Am 8. April 2010 wurde das Arbeitsverhältnis durch die Beklagte schriftlich fristlos gekündigt (vgl. Urk. 37 S. 5 mit den dortigen Verweisen).

1.2. Zum Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens, welches mit dem vorliegend angefochtenen Urteil vom 29. Juni 2011 (Urk. 37) seinen Abschluss fand, kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 37 S. 2 ff.).

1.3. Am 18. Juli 2011 reichte die Beklagte fristgerecht Berufung ein (Urk. 36). Die Berufungsantwort datiert vom 13. Oktober 2011 (Urk. 41) und wurde der Beklagten, nachdem am 12. Juni 2012 ein Referentenwechsel stattgefunden hatte, am 13. Juni 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 41). Diese reichte am 18. Juni 2012 eine Stellungnahme hierzu ein (Urk. 46).

2. Prozessuales

2.1. Auf das vorliegende Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO). Da der angefochtene Entscheid unter der Anwendung des kantonalzürcherischen Zivilprozessrechtes (ZPO/ZH) erging, das Rechtsmittel sich aber nach dem neuen Prozessrecht richtet (ZPO), unterstehen die Kognition und das Vorgehen bei der Prüfung des Rechtsmittels - mithin das Rechtsmittelverfahren als solches - dem neuen Recht. Materiell wird ein nach kantonalem Prozessrecht ergangener Entscheid im Rechtsmittelverfahren hingegen nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht überprüft.

2.2. Soweit die Klage abgewiesen wurde (Urk. 37, Dispositivziffer 3), ist das vorinstanzliche Urteil mit Eingang der Berufungsantwort am 28. Oktober 2011 rechtskräftig geworden (vgl. zum Zeitpunkt Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 315 N 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 2 zu § 260 ZPO). Gleiches gilt hinsichtlich des Arbeitszeugnisses (Dispositivziffer 4) und der erstinstanzlichen Verfahrenskosten (Dispositivziffer 5). Dies ist vorzumerken.

2.3. Auf die Ausführungen der Parteien ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

3. Materielles

3.1. Die Beklagte begründete die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin am 8. April 2010 damit, dass die Klägerin die Regeln/An-

weisungen beim Geldverkehr gemäss Kassenreglement wiederholt verletzt habe. Man habe feststellen müssen, dass die Klägerin mehrmals einen Teil der konsumierten Ware nicht boniert habe. Aufgrund der nicht bonierten Ware hätte die Klägerin - so die Beklagte weiter - öfters eine positive Kassendifferenz (Überschuss) abrechnen müssen. Als man die Klägerin mit diesem Sachverhalt konfrontiert habe, habe sie keine Erklärung für das nachweisliche Nichtbonieren abgegeben und sich in keiner Art und Weise einsichtig gezeigt. Damit habe die Klägerin das Vertrauen in eine weitere Zusammenarbeit zerstört, weshalb der Beklagten eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar gewesen sei (Urk. 1/5/5). In der Hauptverhandlung vor Vorinstanz machte die Beklagte zudem geltend, nach Durchführung der beiden Kontrollen am 4. und 8. April 2010 sei für sie festgestanden, dass die Klägerin "gegen sämtliche Weisungen verstossen und sich nach ihrer Auffassung strafrechtlich relevant verhalten" habe. Als man die Klägerin am 8. April 2010 mit dem festgestellten Sachverhalt konfrontiert habe, habe die Klägerin keine Erklärung abgeben wollen und sei "trotz erdrückender Beweise" nicht gewillt gewesen, ihr Verhalten einzugestehen oder aber zumindest plausibel zu erklären. Dies habe eine weitere Zusammenarbeit für die Beklagte in jeder Hinsicht verunmöglicht. Aufgrund des Umstandes, dass die Kasse keinen Überschuss ausgewiesen habe, habe als erstellt zu gelten, dass die Klägerin das Geld irgendwann an sich genommen habe. Eine andere plausible Erklärung gebe es nicht (Urk. 10 S. 6 ff.).

3.2. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die von der Beklagten am 8. April 2010 ausgesprochene fristlose Entlassung ungerechtfertigterweise erfolgt sei. Aus den Umständen gehe hervor, dass die Beklagte die Klägerin im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung einer strafrechtlich relevanten Tat verdächtigt habe, ohne diese beweisen zu können. Da jedoch weder in der Strafuntersuchung noch im vorliegenden Zivilverfahren der Verdacht gegen die Klägerin, Geld aus der Kasse entwendet zu haben, habe erhärtet werden können, rechtfertige allein der Verdacht auf eine strafbare Handlung die fristlose Entlassung der Klägerin nicht. Die Vorinstanz qualifizierte die Verstösse der Klägerin gegen das Kassenreglement ("Nichtbonieren" von Bareinnahmen) als minder schwere Verstösse gegen ihre vertragliche Pflicht. Aus diesem Grund hätte die Beklagte die Klägerin - so der

angefochtene Entscheid weiter - bezüglich deren Verhalten vorgängig verwarnen und ihr für den Wiederholungsfall die fristlose Kündigung angedroht haben müssen, um eine spätere fristlose Kündigung aus diesen Gründen zu rechtfertigen. Die Vorinstanz hielt ausserdem fest, dass die fristlose Kündigung selbst dann als ungerechtfertigt zu beurteilen wäre, wenn ein allfälliges Beweisverfahren bezüglich des Nichtbonierens von Konsumationen vollumfänglich zu Gunsten der Beklagten ausgehen würde. Aus diesem Grund sah sie auch von der Durchführung eines Beweisverfahrens ab und erachtete den Prozess als spruchreif (vgl. Urk. 37).

3.3. Die Beklagte rügt im Wesentlichen, die Vorinstanz habe das Recht der Beklagten auf Beweisabnahme und ausserdem das rechtliche Gehör verletzt, indem sie kein Beweisverfahren darüber durchgeführt habe, wie die Klägerin beim "Nichtbonieren der Ware" vorgegangen sei oder wie sich die Klägerin bei der Konfrontation mit dem Sachverhalt und anlässlich der polizeilichen Befragung verhalten habe. Die Beklagte habe einen begründeten Verdacht gehabt, dass sich die Klägerin strafrechtlich relevant verhalten habe. Es könne mit gutem Grund davon ausgegangen werden, dass die Klägerin das Geld veruntreut habe, da an den Tagen der Beobachtung und somit der Feststellung, dass die Klägerin Konsumationen nicht boniert habe, die Kasse keinen Überschuss ausgewiesen habe. Hinzu komme das Aussageverhalten der Klägerin, als sie mit dem Sachverhalt konfrontiert worden sei und im Strafverfahren. Die Beklagte argumentiert, dass sie zwar nicht beweisen könne, dass die Klägerin das Geld aus der Kasse genommen und aus dem Betrieb geschafft habe, auf jeden Fall aber habe die Klägerin ein Verhalten an den Tag gelegt, welches das Vertrauen in die weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin als Kassenmitarbeiterin zerstört habe, weshalb die fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen sei. Dies nur schon aufgrund dessen, dass die Klägerin wiederholt Einnahmen nicht getippt habe und mit diesem Verhalten ihre Treuepflicht gegenüber der Beklagten schwer verletzt habe. Eine vorherige Verwarnung sei nicht notwendig gewesen (vgl. Urk. 36).

3.4. Die Klägerin beantragt unter Hinweis auf die ihres Erachtens grundsätzlich korrekten Ausführungen der Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der be-

klagtischen Berufung. Sie hält fest, dass die Vorinstanz zu Recht kein Beweisverfahren zu den ihrer Ansicht nach nicht relevanten Behauptungen der Beklagten zum Thema "Nichtbonieren der Ware" durchgeführt habe. Die Beklagte selbst gebe zu, sie könne nicht beweisen, dass die Klägerin das Geld aus der Kasse genommen und aus dem Betrieb geschafft habe, womit eigentlich alles gesagt und die fristlose Entlassung ungerechtfertigt sei. Die Beklagte vermute dies lediglich, wobei die Tatsache, dass die Kasse am Tag des angeblichen Nichtbonierens eines Kaffees keinen Überschuss aufgewiesen habe, bei weitem kein Beweis dafür sei, dass sich die Klägerin Geldmittel angeeignet habe. Aus dem Aussageverhalten der Klägerin im Rahmen ihrer "überfallartigen und rücksichtslosen Befragung" durch mehrere Vertreter der Beklagten könne nichts zu Ungunsten der Klägerin abgeleitet werden (vgl. Urk. 41).

3.5.1. Kern der vorliegenden Streitigkeit ist die Frage, ob die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte gerechtfertigt war. Hinsichtlich der Voraussetzungen einer (gerechtfertigten) fristlosen Kündigung kann auf die korrekten Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 37 S. 8 ff.). Zur Zulässigkeit einer Verdachtskündigung im Speziellen sei nochmals festgehalten, dass der Arbeitgeber, welcher trotz unsicherer Beweislage kündigt, dies auf eigenes Risiko tut, da er die Beweislast dafür trägt, dass der Verdacht berechtigt war. Wenn sich der Verdacht erhärtet und der Vorwurf den Anforderungen des wichtigen Grundes genügt, so war die fristlose Entlassung gerechtfertigt. Kann jedoch die verdächtige Tat nicht bewiesen werden, so treten grundsätzlich die Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung (Lohnersatz und Pönale nach Art. 337c OR) ein. Hiervon werden in Lehre und Rechtsprechung wiederum zwei Ausnahmen gemacht: Wenn der Arbeitnehmer die Abklärung des Tatbestandes illoyal behindert oder wenn auch nach den zumutbaren Abklärungen des Arbeitgebers ein erheblicher Verdacht eines schweren Deliktes bestehen bleibt, ist eine fristlose Verdachtskündigung auch ohne Nachweis der Tat berechtigt (vgl. Roger Rudolph, Bagatelldelikte am Arbeitsplatz: ein ausreichender Grund für eine fristlose Entlassung?, AJP 2010 S. 1516 mit den dortigen Verweisen; BSK OR I-Portmann, Art. 337 N 22 f.; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, N 10 zu Art. 343 OR).

3.5.2. Die Beklagte räumt selbst ein, sie könne *nicht* beweisen, dass die Klägerin Geld aus der Kasse genommen und aus dem Betrieb geschafft habe (Urk. 36 S. 5 und 12 f.). Soweit sie nun geltend macht, auf eine Veruntreuung von Einnahmen durch die Klägerin könne auch schon aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin die Einkäufe der Testperson G._____ nicht sofort boniert und die Kasse bei der Abrechnung keinen Überschuss aufgewiesen habe, geschlossen werden, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten: Die "Testkäufe", welche von G._____ am 4. (Urk. 1/5/9) bzw. am 8. April 2010 (Urk. 1/5/10) durchgeführt und von der Klägerin im Zeitpunkt des Kaufes nicht direkt boniert wurden, fanden jeweils zwischen rund 50 Minuten und fünf Stunden vor der Abrechnung der Kasse statt. Aufgrund dessen kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass die Klägerin die fraglichen Beträge zunächst zwar in die Kasse gelegt hat, ohne sie direkt zu tippen, sie dies jedoch in der Folge noch nachgeholt hat, was den geringen bzw. fehlenden Überschuss in der Kasse bei der Abrechnung erklären würde. Ebenso könnte - wie schon die Vorinstanz ausgeführt hat - die Tatsache, dass offenbar nicht ausschliesslich die Klägerin die fragliche Kasse bedient hat, wie auch mögliche und durchaus nicht unübliche kleinere Tipp- und Einnahme- bzw. Herausgabefehler während einer Schicht eine Erklärung dafür darstellen, dass an den fraglichen Tagen kein bzw. nur ein geringer Überschuss in der Kasse war. Festzuhalten bleibt, dass alleine aufgrund dieses Umstandes nicht zweifelsfrei darauf geschlossen werden kann und konnte, dass die Klägerin die fraglichen Einnahmen nicht boniert hat bzw. das Geld aus der Kasse entwendet und aus dem Betrieb entfernt hat. Somit könnte die Beklagte auch für den Fall, dass ihr der direkte Beweis gelingen würde, dass die Klägerin die fraglichen Zahlungen der Detektive überhaupt nicht boniert hat, immer noch nicht beweisen, dass die Klägerin das Geld eingesteckt und mitgenommen hat, da es wie aufgezeigt andere mögliche plausible Erklärungen für den "fehlenden" Überschuss in der Kasse gibt. Damit erübrigt sich auch die Durchführung eines Beweisverfahrens, wie schon die Vorinstanz zu Recht entschieden hat. Ausserdem ist zu betonen, dass die von der Beklagten engagierten Detektive an beiden Testkauf Tagen festgehalten haben, dass die Klägerin das von ihnen überreichte Bargeld *in die Kasse* gelegt - und nicht etwa eingesteckt - habe (Urk. 1/5/9 und 10). Zwar ist der Zivilrichter nicht an

die Feststellungen des Strafrichters gebunden, jedoch stützt die Einstellungsverfügung des Statthalteramtes des Bezirkes Pfäffikon die vorstehenden Ausführungen zusätzlich. Der Statthalter begründet die Einstellung der Untersuchung damit, "dass einzelne Sachverhaltselemente nicht mit letzter Gewissheit erstellt werden können, resp. der Beschuldigten ein strafrechtlich relevantes, schuldhaftes Verhalten nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden kann" (Urk. 5/16). Des Weiteren beweist auch das (behauptete) Verhalten der Klägerin anlässlich des "Konfrontationsgespräches" am 8. April 2010 mit den Herren E._____, I._____ und J._____ als Vertreter der Beklagten kein strafrechtlich relevantes Verhalten der Klägerin. Ein defensives Verhalten, wie dies die Klägerin an den Tag gelegt haben soll, erscheint in einer solchen Situation - die Klägerin wurde völlig unvorbereitet mit dieser Situation wie auch mit den Vorwürfen gegen ihre Person konfrontiert und sah sich einer deutlichen Überzahl an Gesprächspartnern gegenüber - absolut verständlich. Die "Beweise" gegen die Klägerin waren, wie soeben aufgezeigt, keineswegs erdrückend, wie dies die Beklagte ausführt, weshalb auch nicht erstaunt, dass die Klägerin das ihr vorgeworfene Verhalten nicht eingestanden hat. Ebenso wenig vermag der Umstand, dass sie den Empfang und die Entgegennahme der Kündigung quittierte, gegen sie zu sprechen. Dieses Verhalten stellt in der arbeitsrechtlichen Praxis keine Ungewöhnlichkeit dar, ist doch nachvollziehbar, dass sich ein Arbeitnehmer in einer Stresssituation, welche ein Kündigungsgespräch zweifelsohne darstellt, nicht traut, gegen seinen Vorgesetzten zu opponieren, und deshalb die geforderte Unterschrift leistet; dies insbesondere dann, wenn sich der Arbeitnehmer alleine einer Mehrzahl von Personen gegenüber sieht. Es ist der Vorinstanz weiter zuzutrauen, die Deutschkenntnisse der Klägerin nach einer immerhin dreistündigen Verhandlung mit persönlicher Befragung (vgl. Prot. I S. 3 ff.) ausreichend einschätzen zu können, ohne dass über diese Frage ein Beweisverfahren nötig wäre. Dass die Klägerin der deutschen Sprache gemäss Vorinstanz offenbar "nicht ausreichend mächtig" ist, lässt ihr Verhalten - insbesondere auch anlässlich der polizeilichen Befragung (Urk. 1/11/9), welche ohne Dolmetscher durchgeführt wurde - nur umso verständlicher erscheinen. Soweit die Beklagte geltend macht, es dürfe davon ausgegangen werden, dass der Polizeibeamte K._____ nicht zum ersten Mal eine polizeili-

che Befragung durchgeführt habe und sehr wohl in der Lage gewesen sei zu beurteilen, ob eine Person wahrheitsgetreu aussage oder eben nicht, ist ihr entgegenzuhalten, dass dem fraglichen Polizeibeamten zwar keinesfalls seine Berufserfahrung und Menschenkenntnis abgesprochen werden soll, jedoch auch einem erfahrenen Polizisten bei der Beurteilung des Wahrheitsgehalts von Aussagen seines Gegenübers Fehler unterlaufen können.

Somit sind die vorstehenden Voraussetzungen für eine gerechtfertigte fristlose Verdachtskündigung vorliegend nicht gegeben. Zum Einen konnte der Verdacht der Veruntreuung gegenüber der Klägerin nicht erhärtet werden und zum Anderen greift auch keine der zwei Ausnahmen, da weder die Klägerin die Abklärung des Tatbestandes illoyal behindert hat noch auch nach den zumutbaren Abklärungen des Arbeitgebers ein erheblicher Verdacht eines schweren Deliktes bestehen geblieben ist.

3.5.3. Bleibt zu prüfen, ob die seitens der Klägerin eingeräumten (Urk. 41 S. 7 Ziff. 2.4.) Verfehlungen im Kassivorgang, namentlich das nicht sofortige Bonieren, eine derart schwere Pflichtverletzung dargestellt haben, dass es der Beklagten nicht zuzumuten war, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zumindest bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin fortzusetzen und sie [die Beklagte] ausserdem davon entbunden hätte, die Klägerin zunächst abzumahnern und ihr für den Wiederholungsfall eine fristlose Kündigung anzudrohen. Auch diesbezüglich ist der Argumentation der Vorinstanz (Urk. 37 S. 15 ff.) zu folgen, wonach das reine Nichtbonieren von einzelnen Einnahmen als minder schwere Verfehlung zu qualifizieren ist. Eine fristlose Entlassung, welche der Gesetzgeber als ultima ratio für Extremfälle zur Verfügung stellt, stellte vorliegend - insbesondere ohne vorgängige Verwarnung - eine übermässig harte Massnahme dar und war somit ungerechtfertigt. Es wäre der Beklagten zuzumuten gewesen, die Klägerin zumindest abzumahnern und ihr für den Wiederholungsfall die (allenfalls fristlose) Entlassung anzudrohen bzw. das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen und die Klägerin während der Kündigungsfrist entweder freizustellen oder ihr eine andere Tätigkeit ausserhalb des Kassenbereiches zuzuweisen. Auch hier kann auf den vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden, welcher korrekt festhält, dass das

Aufgabenheft der Klägerin gemäss Arbeitszeugnis noch andere Aufgaben als das bloss Kassieren beinhaltet hat (Urk. 37 S. 16, Urk. 1/5/1).

3.5.4. Mit der Vorinstanz ist demnach festzuhalten, dass die fristlose Entlassung der Klägerin durch die Beklagte am 8. April 2010 ungerechtfertigt war.

3.6. Aufgrund der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung hat die Klägerin Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR. Die Vorinstanz verpflichtete die Beklagte, der Klägerin als Ersatzanspruch im Sinne von Art. 337c Abs. 1 OR insgesamt Fr. 5'515.– netto zu bezahlen, worauf die Beklagte die Sozial- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers zu entrichten habe. Im Mehrbetrag wies sie das diesbezügliche Begehren ab (Urk. 37 S. 18). Hiergegen wurde seitens der Parteien nicht opponiert. Die Berechnung der Entschädigung ist korrekt, weshalb der vorinstanzliche Entscheid auch in diesem Punkt zu bestätigen ist.

3.7.1. Die Vorinstanz hielt aufgrund der ungerechtfertigten Entlassung eine Pönale im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe von drei Monatslöhnen für angemessen und verpflichtete die Beklagte daher, der Klägerin Fr. 9'294.– zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies sie das diesbezügliche Begehren der Klägerin ab (Urk. 37 S. 19 ff.).

3.7.2. Die Beklagte beantragt eventualiter, der Klägerin auch für den Fall, dass die Berufungsinstanz die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt qualifizieren sollte, keine Pönale im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR, bzw. subeventualiter höchstens eine solche von Fr. 500.– zuzusprechen. Sie begründet diesen Antrag, indem sie wie schon vor Vorinstanz geltend macht, die Klägerin trage ein erhebliches Mitverschulden an der fristlosen Kündigung und die Beklagte habe aufgrund des Verhaltens der Klägerin einen berechtigten Verdacht gehabt, dass sich die Klägerin unrechtmässig verhalten habe. Dieser Verdacht habe sich durch die Abklärungen der Beklagten noch erhärtet. Aus diesen Gründen sei der Klägerin keine und wenn überhaupt, dann lediglich eine Entschädigung von Fr. 500.–, was rund einem Sechstel eines Monatslohnes entspreche, zuzusprechen (Urk. 36 S. 16 ff.).

3.7.3. Die Klägerin beantragt die Abweisung auch dieses beklagischen Begehrens, weist die Vorwürfe der Beklagten, wonach die Klägerin ein Mitverschulden an der Kündigung treffe, zurück und bezeichnet das Mass der Widerrechtlichkeit der Kündigung als sehr hoch (Urk. 41 S. 10 f.).

3.7.4. Wie bereits vorstehend ausgeführt, war der Verdacht der Beklagten auf deliktisches Verhalten der Klägerin *nicht* berechtigt und erhärtete sich aufgrund ihrer Abklärungen nicht. Stellt man sich die Frage nach einem allfälligen Mitverschulden der Klägerin, so wäre dieses, wenn überhaupt, als gering zu bezeichnen. Dass sie sich vertragswidrig verhalten hat, indem sie einzelne Einnahmen nicht oder zu spät boniert und das Geld einfach so in die Kasse gelegt hat, wurde bereits festgestellt. Mit diesem Verhalten hat sie die Beklagte jedoch nicht geschädigt. Das ruppige Vorgehen der Beklagten, insbesondere die am 8. April 2010 nach dem zweiten Testkauf angewandte "Überrumpelungstaktik", war der Situation nicht angemessen, und es ist verständlich und glaubhaft, dass die Klägerin damit auch danach noch zu kämpfen hatte. Die Beklagte begründet ihren Vorwurf an die Vorinstanz, wonach diese das Arztzeugnis (Urk. 1/9/7) in ihrer Entscheidungsfindung willkürlich gewürdigt habe, lediglich damit, dass die Klägerin erst am 20. April 2010, mithin an demselben Tag, an welchem sie bei ihrem Rechtsvertreter gewesen sei und die Vollmacht (Urk. 1/3) unterzeichnet habe, den Arzt aufgesucht habe. Es handle sich bei diesem Zeugnis um eine reine Parteibehauptung. Die Klägerin habe weder auf die Vertreter der Beklagten noch auf den Polizeibeamten einen geschockten Eindruck gemacht. Weshalb der Aussteller des Arztzeugnisses, Dr. med. L._____, der Klägerin ein Gefälligkeitszeugnis ausstellen sollte, begründet die Beklagte nicht weiter. Dr. L._____ schrieb die Klägerin vom 20. April 2010 an für zehn Tage krank. Das letzte Zusammentreffen zwischen ihr und den Vertretern der Beklagten lag damit schon zwölf Tage zurück, dasjenige mit dem Polizeibeamten K._____ elf. Inwiefern diese also den Zustand der Klägerin im Zeitpunkt der Ausstellung des Arztzeugnisses hätten beurteilen können sollen, bleibt unklar. Es ist durchaus denkbar, dass ein Schockzustand oder andere psychische Folgen eines Erlebnisses mit Verzögerung auftreten können. Ein weiteres Mal ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz aufgrund des persönlichen Eindrucks in der Hauptverhandlung ausreichend Gelegenheit hatte,

sich von den Deutschkenntnissen der Klägerin ein Bild zu machen, weshalb ein diesbezügliches Beweisverfahren nicht nötig war und es auch heute nicht ist. Dass die Klägerin nach dieser fristlosen Entlassung Probleme hatte, eine neue Stelle zu finden, wird seitens der Beklagten nicht bestritten. Die Würdigung der Vorinstanz ist auch hier zutreffend und zu bestätigen. Die von ihr festgelegte Entschädigung von drei Monatslöhnen ist dem vorliegenden Fall, insbesondere aufgrund des ausreichend beschriebenen Vorgehens der Beklagten und der Folgen für die Klägerin, angemessen.

3.8. Nach dem Gesagten ist die Berufung der Beklagten vollumfänglich abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Aufgrund des Ergebnisses des Berufungsverfahrens ist die vorinstanzliche Entschädigungsregelung (Dispositivziffer 6) zu bestätigen.

4.2.1. Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– werden keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. c ZPO). Diese Kostenbefreiung schliesst allerdings die Auferlegung einer Parteientschädigung nicht aus (vgl. Portmann, a.a.O., N 15 zu Art. 343 OR).

4.2.2. Ausgangsgemäss ist die im Berufungsverfahren vollständig unterliegende Beklagte gestützt auf die Anwaltsgebührenverordnung zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– zuzüglich Fr. 120.– (8 % Mehrwertsteuer; vgl. Urk. 41 S. 2) zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, 2. Abteilung, vom 29. Juni 2011 am 28. Oktober 2011 in Rechtskraft erwachsen ist, soweit die Klage im Fr. 5'515.– (Lohnforderung) und Fr. 9'294.– (Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR) übersteigenden Umfang abgewiesen wurde (Dispositivziffer 3) sowie hinsichtlich des Arbeitszeugnisses (Dispositivziffer 4) und der erstinstanzlichen Verfahrenskosten (Dispositivziffer 5).
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin als Ersatzanspruch im Sinne von Art. 337c Abs. 1 OR insgesamt netto Fr. 5'515.– zu bezahlen und darauf die Sozial- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers zu entrichten
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 9'294.– als Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR zu bezahlen.
3. Die vorinstanzliche Regelung der Entschädigungsfolgen (Dispositivziffer 6) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten fallen ausser Ansatz.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsklägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 46, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt unter Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 20. Juni 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. G. Pfister

lic.iur. S. Subotic

versandt am:
mc