Kantonsgericht
Basel-Landschaft

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht,

vom 18. Februar 2020 (400 18 329)

Obligationenrecht

Arbeitsrecht: Anforderungen an eine Verdachtskündigung; die fristlose Kündigung aufgrund eines Verdachts war in im vorliegenden Fall ungerechtfertigt.

Besetzung	Präsidentin Christine Baltzer-Bader, Richterin Barbara Jermann Richterich (Ref.), Richter Daniel Noll ; Gerichtsschreiberin Karin Arber
Parteien	**A.____** vertreten durch Advokat Dr. Thomas Christen, Haus zum Thurgauerhof AG, Lindenstrasse 2, Postfach, 4410 Liestal, **Klägerin und Berufungsbeklagte** gegen **B.____AG** vertreten durch Rechtsanwalt Giuseppe Dell'Olivio, Advokatur Baden, Stadtturmstrasse 10, Postfach 43, 5401 Baden, **Beklagte und Berufungsklägerin**
Gegenstand	**Arbeitsstreitigkeit** Berufung gegen den Entscheid des Präsidenten des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 27. August 2018

A. A.____ arbeitete seit dem 7. August 2014 bei der B.____AG als Verkaufsmitarbeiterin. Sie war als Springerin in verschiedenen Tankstellenshops der Arbeitgeberin tätig, zuerst im Stundenlohn, danach im Monatslohn, wobei ab 1. Juli 2017 das Pensum auf 80% reduziert wurde. Am 18. August 2017 schlossen die Parteien einen Aufhebungsvertrag, mit welchem das Ar-

beitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen per 17. August 2017 aufgehoben wurde. Zudem anerkannte die Arbeitnehmerin mit dem Aufhebungsvertrag einen Saldo aus dem Arbeitsverhältnis zugunsten der Arbeitgeberin von CHF 1'546.95, zahlbar in drei Raten.

B. In der Folge stellte sich die Arbeitnehmerin auf den Standpunkt, der Aufhebungsvertrag vom 18. August 2017 sei ungültig und es liege eine fristlose Entlassung vor, welche jedoch nicht gerechtfertigt sei. Dies mit der Begründung, sie sei ohne Vorankündigung am 18. August 2017 von der Arbeitgeberin zu einem Gespräch geladen worden, an welchem man ihr zu Unrecht vorgeworfen habe, sie hätte Waren beim Verkauf nicht getippt und das erhaltene Bargeld in die eigene Tasche gesteckt. Weiter habe die Arbeitgeberin Forderungen im Gesamtbetrag von CHF 1'546.95 gegen sie geltend gemacht und sie unter Androhung einer Strafanzeige dazu gedrängt, den Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen.

C. Am 5. Oktober 2017 leitete die anwaltlich vertretene Arbeitnehmerin am Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West das Schlichtungsverfahren ein. An der Schlichtungsverhandlung vom 14. November 2017 wurde keine Einigung erzielt und die Klagebewilligung ausgestellt. Am 15. November 2017 erhob die Arbeitgeberin Strafanzeige gegen die Arbeitnehmerin.

D. Am 2. Februar 2018 reichte die Arbeitnehmerin, vertreten durch Advokat Stefan Kunz, Klage am Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West gegen die Arbeitgeberin ein und forderte eine Lohnzahlung von CHF 6'080.00 (brutto), eine Zahlung von CHF 162.95 (brutto) an die berufliche Vorsorge und eine Strafzahlung von CHF 8'640.00. Die Arbeitgeberin, vertreten durch Rechtsanwalt Giuseppe Dell'Olivo, beantragte mit Klageantwort vom 8. März 2018 die Abweisung der Klage, eventualiter die Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des hängigen Strafverfahrens gegen die Klägerin. Das Verfahren wurde nicht sistiert und am 27. August 2018 die Hauptverhandlung durchgeführt, an welcher vier Personen als Zeugen/Zeuginnen einvernommen wurden. Mit Entscheid vom 27. August 2018 hiess der Zivilkreisgerichtspräsident die Klage teilweise gut und verurteile die Beklagte, der Klägerin CHF 3'771.90 netto nebst 5% Zins seit 18. August 2017 zu bezahlen sowie sämtliche Sozialabgaben (exkl. Beiträge an die 2. Säule) auf dem Betrag von CHF 5'600.55 abzuführen. Für die Mehrforderung wurde die Klage abgewiesen. Gerichtskosten wurden keine erhoben und jeder Partei ihre eigenen Parteikosten auferlegt, wobei zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Klägerin deren Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse entschädigt wurde. Der Zivilkreisgerichtspräsident gelangte zum Schluss, eine am 18. August 2017 ausgesprochene fristlose Kündigung wäre nicht gerechtfertigt gewesen, weshalb die Aufhebungsvereinbarung eine Gesetzesumgehung darstelle und daher ungültig sei. Aufgrund der einmonatigen Kündigungsfrist bestehe ein Lohnanspruch der Klägerin für die Monate August und September 2017 bzw. von CHF 6'080.00 (brutto). Die geltend gemachten Vorsorgebeiträge sowie die beantragte Strafzahlung wies der Zivilkreisgerichtspräsident ab. Von den vorgebrachten Verrechnungsforderungen der Arbeitgeberin liess der Zivilkreisgerichtspräsident den Betrag von CHF 82.25 für die Nutzung des Geschäftsautos und von CHF 397.20 für zu viel bezogene Ferien zu und sprach der Klägerin nach Verrechnung den Betrag von CHF 5'600.55 (brutto) zu. Nach Abzug der Sozialabgaben von CHF 608.80, des zurückbehaltenen Kassa-Stocks von CHF 1'179.86 und einer Verkehrsbusse von CHF 40.00 resultierte ein von der Arbeitgeberin an die Arbeitnehmerin auszubezahlender Nettobetrag von CHF 3'771.90.

E. Mit Eingabe vom 7. November 2018 an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, erklärte die Arbeitgeberin die Berufung gegen den Entscheid vom 27. August 2018. Sie beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Abweisung der Klage, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin/Berufungsbeklagten. In prozessualer Hinsicht beantrage sie die Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens. Mit Berufungsantwort vom 10. Dezember 2018 begehrte die Berufungsbeklagte/Arbeitnehmerin, nunmehr vertreten durch Advokat Thomas Christen, die Abweisung der Berufung, eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin/Arbeitgeberin. Weiter ersuchte die Berufungsbeklagte um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege.

F. Mit Verfügung vom 18. Dezember 2018 bewilligte die Abteilungspräsidentin des Kantonsgerichts der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege. Weiter schloss sie den Schriftenwechsel. Mit Verfügung vom 15. Januar 2019 sistierte sie sodann das Berufungsverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des Strafverfahrens. Mit Eingabe vom 24. Dezember 2019 teilte die Berufungsklägerin mit, dass das Strafverfahren rechtskräftig erledigt sei und das Strafgericht Basel-Landschaft die Arbeitnehmerin mit Urteil vom 9. September 2019 vom Vorwurf der Urkundenfälschung freigesprochen habe. Trotz dieses Freispruchs bleibe die Arbeitgeberin der Auffassung, dass der Aufhebungsvertrag vom 18. August 2017 rechtmässig sei, zumal die Arbeitnehmerin in der Verhandlung vor dem Strafgericht eine neue Version zur Rechtfertigung ihrer Handlungen vorgebracht habe. Mit Verfügung vom 27. Dezember 2019 wurde die Sistierung des Berufungsverfahrens aufgehoben und der Entscheid durch die Dreierkammer aufgrund der Akten angeordnet. Mit Eingabe vom 13. Januar 2020 widersprach die Berufungsbeklagte sodann den Ausführungen der Berufungsklägerin in der Eingabe vom 24. Dezember 2019. Sie bestritt weiterhin die Gültigkeit des Aufhebungsvertrags und den erforderlichen wichtigen Grund zur Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung.

Erwägungen

1. Gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt vor der ersten Instanz aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Bei der Erstinstanz betrug die eingeklagte Forderung CHF 14'882.95, so dass der gesetzlich erforderliche Streitwert erreicht ist. Die Berufung ist schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die schriftliche Begründung des angefochtenen Entscheids vom 27. August 2018 wurde der Berufungsklägerin bzw. deren Rechtsvertreter gemäss Rückschein der Schweizerischen Post am 11. Oktober 2018 zugestellt. Die Eingabe der Berufungsklägerin vom 7. November 2018, welche gleichentags bei der Schweizerischen Post zum Versand aufgegeben wurde, erfolgte somit innert Frist (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin macht eine unrichtige Rechtsanwendung und somit einen zulässigen Berufungsgrund nach Art. 310 ZPO geltend. Da auch die übri-

gen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten. Sachlich zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Berufung ist laut § 6 Abs. 1 lit. c EG ZPO (SGS 221) die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts.

2. Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die im Berufungsverfahren neu eingereichten Beweismittel datieren nach dem erstinstanzlichen Entscheid, so das Schreiben der Berufungsklägerin vom 7. November 2018 an die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft, die Schlussmitteilung der Staatsanwaltschaft vom 13. Dezember 2018, der Strafbefehl vom 19. März 2019, das Urteil des Strafgerichtspräsidiums Basel-Landschaft vom 9. September 2019 und das Schreiben des Rechtsvertreters der Berufungsklägerin an das Strafgericht vom 23. Dezember 2019 betreffend Verzicht auf die Fortsetzung der Berufung gegen das Strafurteil. Es handelt sich bei all diesen Unterlagen und den darauf gründenden Ausführungen um echte Noven, welche im Berufungsverfahren zu berücksichtigen sind.

3. Anders als im vorinstanzlichen Verfahren ist das Strafverfahren nunmehr erledigt. Mit dem rechtskräftigen Urteil des Strafgerichtspräsidiums vom 9. September 2019 wurde die Arbeitnehmerin von der Anklage der Urkundenfälschung freigesprochen und der anderslautende Strafbefehl der Staatsanwaltschaft vom 19. März 2019 wurde aufgehoben. Geprüft wurde im Strafverfahren, ob das absichtliche Nichttippen einzelner Warenverkäufe in die Kasse eine Falschbeurkundung darstellt. Dies wurde verneint mit der Begründung, es sei kein falsches Bild der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des Unternehmens erzeugt worden, da die Arbeitnehmerin nur die gleichen Waren(-arten), die sie zuvor zu viel getippt hatte, später absichtlich nicht tippte. Dadurch hätten am Schluss die Tageseinnahmen und der Warenbestand mit dem Ergebnis der Kassenabrechnung übereingestimmt und die Arbeitnehmerin habe mit ihrem Vorgehen kein falsches Gesamtbild erzeugt.

4. Die Berufungsklägerin rügt unter anderem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den Zivilkreisgerichtspräsidenten, weil dieser vor dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens den Entscheid gefällt und damit eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen habe. Sie ist der Auffassung, die Vorinstanz hätte das Verfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens sistieren müssen und führt aus, allenfalls sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Weisung, das Verfahren bis zum Abschluss des rechtskräftigen Strafverfahrens zu sistieren. Nachdem nunmehr das rechtskräftige Strafurteil mit einem Freispruch der Arbeitnehmerin vorliegt, sind die diesbezüglichen Ausführungen der Berufungsklägerin überholt. Es gilt sodann darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO das Gericht das Verfahren sistieren kann, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt, wobei das Verfahren namentlich sistiert werden kann, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist. Es handelt sich bei dieser Gesetzesbestimmung um eine Kann-Vorschrift. Es liegt im Ermessen des Instruktionsrichters, ob er das Verfahren sistiert oder nicht. Einen Rechtsanspruch auf Sistierung sieht das Gesetz nicht vor. Insofern ist aus der Nichtsistierung keine Rechtsverletzung ersichtlich. Selbst wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu bejahen wäre, könnte daraus nichts zu Gunsten der Berufungsklägerin abgeleitet werden. Zum einen liegt nunmehr das rechtskräftige Strafurteil vor, welches aufgrund der Novenregeln

im vorliegenden Berufungsverfahren zu berücksichtigen ist. Dies gilt auch für die von den Parteien im Zusammenhang mit dem Strafurteil neu vorgebrachten Ausführungen. Zum anderen wäre eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorliegenden Berufungsverfahren ohnehin zu heilen. Denn eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann trotz der formellen Natur des Gehörsanspruchs im Rechtsmittelverfahren ausnahmsweise geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, welche sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem der Anhörung gleichgestellten Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 133 I 201 E. 2.2). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Im Berufungsverfahren konnten sich die Parteien noch einmal äussern und die Rechtsmittelinstanz kann den Sachverhalt und die Rechtslage mit voller Kognition überprüfen (Art. 310 ZPO). Die Vorinstanz ging aufgrund der Mitteilung der Staatsanwaltschaft noch davon aus, dass die Einstellung des Strafverfahrens verfügt werde (siehe angefochtener Entscheid vom 27. August 2018 E. 8 S. 8). Nun liegt das rechtskräftige Strafurteil vom 9. September 2019 mit einem Freispruch vor. Selbst wenn eine Gehörsverletzung vorläge, könnte offenbleiben, ob diese schwer wiegt oder nicht. Denn so oder anders kann aufgrund des Ausgangs des Strafverfahrens davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz nicht anders entscheiden würde, so dass eine Rückweisung einem formalistischen Leerlauf gleichkäme.

5. Folgender Sachverhalt ist zwischen den Parteien unbestritten: Die Klägerin/Berufungsbeklagte arbeitete als Verkaufsmitarbeiterin in den Tankstellenshops der Beklagten/Berufungsklägerin. C.____, ein Stammkunde der Filiale X.____, in welcher die Arbeitnehmerin oft tätig war, informierte deren Vorgesetzten, dass die Klägerin seiner Ansicht nach die Waren, die er bei ihr kaufe, nicht oder nicht vollständig tippe. Daraufhin konsultierte die Arbeitgeberin die entsprechenden Videoaufzeichnungen vom 5. und 14. August 2017 der Überwachungskameras im Kassenbereich. Auf diesen ist zu sehen, dass die Arbeitnehmerin dem Kunden jeweils zwei Zigarettenpackungen herausgab, ohne diese am Kassenscanner vorbeizuziehen. Sie kassierte das Geld vom Kunden, übergab diesem das Rückgeld und legte danach die einkassierten Geldscheine in die Kasse. Diese verkauften Zigarettenpackungen sind in den Kassenjournalen dann auch nicht aufgelistet. Zum Arbeitsbeginn der Arbeitnehmerin am 18. August 2017 erschienen Herr D.____ und Frau E.____ von der Arbeitgeberin unangekündigt in der Filiale in X.____ und konfrontierten die Arbeitnehmerin mit den Vorwürfen, sich durch das nicht eingetippte Geld ungerechtfertigt bereichert zu haben (Diebstahlsvorwurf). Gleichentags unterschrieben die Parteien den Aufhebungsvertrag, mit welchem das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einverständnis per 17. August 2017 aufgehoben und eine Zahlung der Arbeitnehmerin an die Arbeitgeberin im Betrag von CHF 1'546.95 vereinbart wurden.

6.1 Umstritten ist nach wie vor, ob der Aufhebungsvertrag vom 18. August 2017 ungültig ist bzw. ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt war oder nicht. Die Vorinstanz gelangte zum

Schluss, eine fristlose Kündigung wäre nicht gerechtfertigt gewesen, weshalb der Aufhebungsvertrag eine Gesetzesumgehung beinhalte und damit ungültig sei. Sie erwog, die Parteien könnten einen Arbeitsvertrag anstatt durch einseitige Kündigung auch durch zweiseitige Übereinkunft beenden, wobei die Gefahr bestehe, dass der Arbeitnehmerin zwingender Sozialschutz entzogen werden könnte. Falls der Aufhebungsvertrag eine Gesetzesumgehung darstelle, würden die umgangenen Vorschriften trotzdem angewandt. Stehe anstelle des Aufhebungsvertrags eine fristlose Entlassung zur Debatte, sei die Umgehung von Art. 337c OR zu prüfen. Vorliegend würden beide Parteien davon ausgehen, dass bei Ungültigkeit des Aufhebungsvertrags eine fristlose Kündigung vorliege. Es sei somit zu prüfen, ob eine fristlose Entlassung gerechtfertigt gewesen wäre. Sei dies zu verneinen, stelle der Aufhebungsvertrag eine Umgehung von zwingenden gesetzlichen Vorschriften dar und sei damit ungültig. Die Vorinstanz schloss aufgrund der Beweiswürdigung, die Arbeitgeberin könne nicht beweisen, dass die Arbeitnehmerin sich durch Nichttippen von Waren bereichert und der Arbeitgeberin einen Schaden verursacht habe. Dies insbesondere, weil die Arbeitgeberin über kein geschlossenes Warensystem verfüge und daher keine Inventarliste vorlegen könne, aus welcher ein Fehlen von Waren bzw. ein Schaden durch das Vorgehen der Arbeitnehmerin bewiesen werden könne. Aus den Kassenjournalen gehe zwar hervor, dass die Arbeitnehmerin regelmässig Fehler bei der Bedienung der Kasse gemacht habe, so sei wiederholt falsches Rückgeld registriert worden oder verkaufte Artikel seien zweimal im Kassenjournal aufgeführt, jedoch nur einmal bezahlt worden. Damit sei jedoch nicht bewiesen, dass die Arbeitnehmerin die Gelder in den eigenen Sack gesteckt habe. Das System mit dem Kassa-Stock, für welchen die Angestellten selber verantwortlich seien, lasse zu, dass Fehlmanipulationen der Kasse nicht einfach zu entdecken und nachzuvollziehen seien. Auch die Zeugen hätten keine Aussagen dazu machen können, ob die Arbeitnehmerin die Beträge für die nicht getippte Ware aus der Kasse entnommen und selber eingesteckt habe. Die Arbeitgeberin könne nicht beweisen, dass die Arbeitnehmerin eine Straftat begangen habe, sodass kein wichtiger Grund vorliege, welcher eine fristlose Entlassung rechtfertigen würde.

6.2 Die Arbeitgeberin macht in ihrer Berufung vom 7. November 2018 geltend, nach Sichtung der Videos der Vorfälle vom 5. und 14. August 2017 sei für sie der Verdacht einer ungerechtfertigten Bereicherung der Arbeitnehmerin nahegelegen. Die Arbeitnehmerin habe am 18. August 2017 die Vorwürfe bestritten, dies auch noch nach Vorführung des Videomaterials, und sie habe sich mit leeren Ausflüchten zu erklären versucht. Insbesondere habe sie damals nicht vorgebracht, falls sie bei früheren Kunden zu viel getippt habe, habe sie danach bei anderen die Beträge nicht getippt, um den Saldo auszugleichen. Die von der Arbeitnehmerin vorgebrachten Ausreden seien reine Schutzbehauptungen. Das Korrigieren von Tippfehlern sei sehr einfach und es seien je nach Kasse ein Knopf oder zwei Knöpfe zu drücken, um einen Fehltipp zu stornieren. Dies verursache praktisch keinen Mehraufwand. Anders sei es nur bei Warenretouren. Die Arbeitnehmerin habe im Rahmen der polizeilichen Behauptung nicht einmal angeben können, bei welchem Kunden bzw. bei welcher Ware sie zu viel eingetippt habe. Die Arbeitnehmerin habe immer beim gleichen Kunden, dem gehörlosen C.____, Waren nicht getippt und es liege der Verdacht nahe, dass sie davon ausgegangen sei, dieser sei behindert und realisiere ihr Vorgehen nicht. Es sei ein praktisch unmöglicher Zufall, dass immer gerade dann der Kunde C.____ aufgetaucht sei, wenn die Klägerin vorher Waren falsch eingetippt habe. Die Klägerin habe auch nicht wissen können, ob besagter Kunde am gleichen Tag noch komme, um frühere

Fehlbuchungen zu korrigieren. In Bezug auf Unregelmässigkeiten gelte im Betrieb der Arbeitgeberin das Null-Toleranz-Prinzip. Dies sei den Mitarbeitenden aufgrund des Reglements bekannt und auch, dass eine intakte Vertrauensbasis unabdingbar für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei. Nach Sichtung des Videomaterials habe die Arbeitgeberin das Vertrauen in die Klägerin verständlicherweise verloren. Das Arbeitsverhältnis habe deshalb unverzüglich beendet werden müssen, wofür zwei Möglichkeiten zur Verfügung gestanden seien: Entweder eine fristlose Verdachtskündigung gemäss Art. 337 OR mit Strafanzeige oder der Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit dem Verzicht auf eine Strafanzeige. Dies sei der Arbeitnehmerin erläutert worden. Diese habe sich für den Aufhebungsvertrag entschieden, es wäre ihr aber auch freigestanden, die fristlose Kündigung zu wählen. Der Aufhebungsvertrag sei entgegen der erstinstanzlichen Auffassung gültig, denn die Arbeitnehmerin habe ein starkes Interesse daran gehabt, ein Strafverfahren zu verhindern. Es habe ihr keine mehrtägige Überlegungsfrist gesetzt werden müssen, es sei aber auch kein Druck auf sie ausgeübt worden. Selbst wenn für den Vorwurf des deliktischen Verhaltens der Klägerin kein strikter Beweis gelinge, würden genügend Anhaltspunkte für deren Fehlverhalten vorliegen, welche eine fristlose Kündigung rechtfertigen würden.

6.3 Die Arbeitnehmerin legte in ihrer Berufungsantwort vom 10. Dezember 2018 dar, sie habe bereits bei der Vorinstanz eingeräumt, dass bei ihr Tippfehler vorgekommen seien. Sie habe diese derart gelöst, dass sie beim nächsten Kunden ihren Fehler kompensiert habe, so dass am Ende des Arbeitstages die Kasse gestimmt habe. Sie bestreite nach wie vor, sich bereichert oder zum Schaden der Arbeitgeberin gehandelt zu haben. Die Klägerin bestätigte bei der Vorinstanz, die Vorgaben der Arbeitgeberin zu kennen, wonach bei Tippfehlern, welche erst nach dem Öffnen der Kasse bemerkt würden, sofort eine Warenrücknahme zu machen sei und der Kunde den Beleg für die Rücknahme unterschreiben müsse. Sie habe dies jedoch nicht so gemacht, weil sie für diesen Ablauf zu wenig Zeit gehabt habe und die Kunden lange hätten warten müssen. Deshalb habe sie die Korrekturen von Tippfehlern über das spätere nicht Tippen von Waren vorgenommen. Die Arbeitnehmerin brachte und bringt weiter vor, sie sei beim Gespräch vom 18. August 2017 zur Unterzeichnung des Aufhebungsvertrags gedrängt worden. Es sei ihr keine Zeit gegeben worden, das vorgelegte Dokument näher zu studieren oder sich beraten zu lassen und darüber nachzudenken. Die Arbeitgeberin habe Druck aufgesetzt, indem sie mit der Polizei und einer Strafanzeige gedroht habe. Die Vorgehensweise der Arbeitgeberin sei umso verwerflicher, als die Arbeitnehmerin nicht deutscher Muttersprache sei und bereits deshalb mehr Zeit gebraucht hätte, um sich bei einer neutralen Person zur Tragweite ihrer Entscheidung beraten zu lassen. Der Aufhebungsvertrag bringe der Arbeitnehmerin keinen Vorteil und sei angesichts einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung ungültig.

6.4 Nach Vorliegen des rechtskräftigen Strafurteils teilte die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 24. Dezember 2019 mit, sie bleibe trotz Freispruchs der Arbeitnehmerin im Strafverfahren der Auffassung, dass der Abschluss des Aufhebungsvertrags vom 18. August 2019 (recte: 2017) rechtmässig gewesen sei. Die Arbeitnehmerin habe nämlich im Strafverfahren den Vorhalt des wahrheitswidrigen Erfassens einzelner Zahlungen im Rahmen des Kassierens in objektiver Hinsicht nicht bestritten. Weiter falle auch auf, dass sie anlässlich der strafgerichtlichen Verhandlung vom 9. September 2019 ausgesagt habe, dass sie neben ihrem System zur Kor-

rektur von Tippfehlern auch den ordentlichen Stornierungsvorgang durchgeführt habe, wenn sie davon habe ausgehen können, dass das gleiche Produkt am gleichen Tag nicht mehr verkauft werde. Sie habe ihr Korrektursystem nur bei Zigaretten angewendet, da sie diese mehrfach am Tag verkauft habe. Diese Ausführungen habe die Arbeitnehmerin weder in der staatsanwaltlichen Strafuntersuchung noch im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht und auch nicht im Gespräch vom 18. August 2017. Somit habe sie an der strafgerichtlichen Verhandlung eine neue Version zur Rechtfertigung vorgebracht. Das Aussageverhalten der Arbeitnehmerin anlässlich des Gesprächs vom 18. August 2017 habe bei der Arbeitgeberin einen gravierenden Vertrauensbruch hervorgerufen, welcher eine fristlose Kündigung rechtfertige. Zudem sei die Arbeitnehmerin nicht korrekt vorgegangen, um einen Tippfehler zu stornieren, und sie bestreite dies auch nicht. Dieses unverständliche «Korrektur-Vorgehen» durch Nichttippen von Waren habe ebenfalls einen Vertrauensverlust begründet, woran auch der strafrechtliche Freispruch nichts ändere.

6.5 Diese Ausführungen bestritt die Arbeitnehmerin mit Eingabe vom 13. Januar 2020. Sie ersuchte um Berücksichtigung der neuen Ausgangslage nach Vorliegen des Strafurteils, zumal die Arbeitgeberin selber die Sistierung des Verfahrens bis zum Abschluss des Strafurteils beantragt und die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung mit dem angeblich strafbaren Verhalten der Arbeitnehmerin begründet habe. Sie bestritt weiterhin die Gültigkeit des Aufhebungsvertrags und macht gestützt auf das Strafurteil geltend, es sei der Arbeitnehmerin nicht gelungen, den der ausgesprochenen fristlosen Kündigung zugrundeliegenden Verdacht zu beweisen. Somit würden die Folgen der ungerechtfertigten Entlassung eintreten. Es würden keine anderen wichtigen Gründe vorliegen, welche eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung rechtfertigen würden. Dem stehe auch das von der Arbeitgeberin behauptete Aussageverhalten der Arbeitnehmerin nicht entgegen, da es sich nicht um eine neue Version handle, sondern erst im Rahmen der Hauptverhandlung die richtigen Fragen gestellt und der Sachverhalt gründlich beleuchtet worden sei. Es gelte dabei auch anzumerken, dass die Arbeitnehmerin nur sehr gebrochen deutsch spreche und sie Schwierigkeiten habe, Fragen richtig zu verstehen und einzuordnen. Darüber hinaus habe das Gespräch vom 18. August 2017 in einer aufgeladenen Atmosphäre stattgefunden, welche ein offenes Gespräch für die Arbeitnehmerin zusätzlich erschwert habe. Es werde daher bestritten, dass das Aussageverhalten der Arbeitnehmerin beim Gespräch vom 18. August 2017 einen derart gravierenden Vertrauensbruch hervorgerufen habe. Weiter sei darauf hinzuweisen, dass Warenretouren einen Mehraufwand verursachen und solche bereits dann notwendig werden, wenn ein Tippfehler erst nach dem Öffnen der Kasse bemerkt werde. Anstatt der von der Arbeitgeberin vorgesehenen Stornierung habe die Arbeitnehmerin eine alternative Option zur Fehlerbehebung gewählt. Dadurch habe sie sich jedoch weder bereichert noch einen Schaden verursacht, so dass der behauptete Vertrauensverlust nicht nachvollziehbar sei.

7. Die Vorinstanz erwog, bei einem Aufhebungsvertrag bestehe die Gefahr, dass dem Arbeitnehmenden zwingender Sozialschutz entzogen werde. Falls der Aufhebungsvertrag eine Gesetzesumgehung darstelle, würden die umgangenen Vorschriften trotzdem angewendet. Stehe anstelle des Aufhebungsvertrages eine fristlose Entlassung zur Debatte, sei die Umgehung von Art. 337c OR zu prüfen. Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden (siehe

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 335 N 10) und werden von der Berufungsklägerin auch nicht moniert. Es gilt folglich zu prüfen, ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen wäre oder nicht, zumal beide Parteien davon ausgehen, dass bei Ungültigkeit des Aufhebungsvertrags eine fristlose Kündigung vorliegt.

8.1 Der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer kann aus wichtigen Gründen jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen, wobei als wichtiger Grund namentlich jeder Umstand gilt, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (siehe Art. 337 Abs. 1 und 2 OR). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Ihre Zulässigkeit darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Die für die fristlose Kündigung geltend gemachten Vorkommnisse müssen objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits müssen die Vorkommnisse auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (BGE 142 III 579 E. 4.2; BGE 129 III 380 E. 2.1). So insbesondere auch von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, der Natur und Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Art, Häufung und Schwere der Vertragsstörungen, einer allfälligen vorausgegangenen Verwarnung und auch von der verbleibenden Zeit bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 2). Strafbare Handlungen im Arbeitsbetrieb, wie insbesondere Diebstahl oder Veruntreuung, rechtfertigen regelmässig die fristlose Entlassung (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 5).

8.2 Auf den Sequenzen der Videoaufzeichnungen vom 5. und 14. August 2017 im Kassenbereich ist ersichtlich, dass die Arbeitnehmerin dem Kunden jeweils zwei Zigarettenpackungen herausgab, ohne diese zu scannen. Das vom Kunden einkassierte Geld legte sie in die Kasse und übergab diesem das Rückgeld. In den Kassenjournalen der jeweiligen Tage waren diese Zigarettenpackungen nicht erfasst. Die Arbeitnehmerin anerkennt, dass sie diese Zigarettenpackungen nicht eintippte. Sie hat allerdings immer bestritten, sich bereichert oder zum Schaden der Arbeitgeberin gehandelt zu haben und begründet ihr Vorgehen damit, dass sie vorangegangene Tippfehler ausgeglichen habe, indem sie diese Zigaretten nicht eingescannt habe. Die Vorinstanz erwog, die Arbeitgeberin verfüge gemäss eigenen Ausführungen nicht über ein geschlossenes Warenwirtschaftssystem, womit sie keine Inventarliste vorlegen könne, aus welcher ein allfälliger Schaden durch das Vorgehen der Arbeitnehmerin bzw. das Fehlen von Waren direkt bewiesen werden könne. Aus den Kassenjournalen gehe zwar hervor, dass bei der Arbeitnehmerin regelmässig Fehler bei der Bedienung der Kasse vorgekommen seien, der Beweis, dass sie dadurch einkassierte Gelder in den eigenen Sack gesteckt habe, werde jedoch

nicht erbracht. Auch das System mit einem Kassa-Stock, für welchen die Angestellten selber verantwortlich seien, lasse zu, dass Fehlmanipulationen der Kasse nicht einfach zu entdecken und nachzuvollziehen seien. Diesen Ausführungen der Vorinstanz ist zu folgen. An der Hauptverhandlung im Strafverfahren sagte die Arbeitnehmerin aus, sie habe dieses «Korrektursystem» eigentlich nur bei Zigaretten angewendet, da sie diese mehrmals pro Tag verkauft habe. Sie habe auch den ordentlichen Stornierungsvorgang durchgeführt, wenn sie davon ausgehen durfte, dass ein falsch getipptes Produkt am gleichen Tag nicht mehr verkauft werde. Der Kunde C.____ sagte an der vorinstanzlichen Zeugenbefragung aus, es sei etwa acht Mal vorgekommen, dass die Klägerin seine Zigarettenkäufe falsch getippt habe. Ob die Arbeitnehmerin ihr Korrektursystem nur bei C.____ oder auch bei anderen Kunden anwandte, ist unbewiesen. Insofern sind die Ausführungen der Arbeitgeberin, es sei ein praktisch unmöglicher Zufall, dass immer gerade der Kunde C.____ aufgetaucht sei, wenn die Klägerin vorher Waren falsch getippt habe, ebenso wenig stichhaltig, wie ihr Verdacht, die Klägerin sei beim gehörlosen Kunden C.____ allenfalls davon ausgegangen, dass er behindert sei und ihr Vorgehen nicht realisiere. Denn bei welchen Kunden und wie oft die Arbeitnehmerin ihr «Korrektursystem» anwandte, ist nicht bewiesen. Ebenso wenig, dass sie das Geld in die eigene Tasche gesteckt haben soll.

8.3 Das eingeleitete Strafverfahren betreffend Urkundenfälschung führte gemäss rechtskräftigem Urteil des Strafgerichtspräsidiums vom 9. September 2019 zu einem Freispruch der Arbeitnehmerin, da diese durch ihr Vorgehen kein falsches Gesamtbild der Buchführung erzeugt und die Kassenabrechnung nicht im strafrechtlichen Sinne verfälscht habe, denn am Schluss hätten nicht nur die Tageseinnahmen, sondern auch der Warenbestand mit dem Ergebnis der Kassenabrechnung übereingestimmt (E. III.1.3 des Strafurteils vom 9. September 2019). Demnach hat sich der Verdacht einer Straftat weder betreffend Bereicherung/Diebstahl noch betreffend Urkundenfälschung erhärtet. Auch aus dem Gesamtzusammenhang ist nicht bewiesen, dass die Arbeitnehmerin das eingenommene Geld für die in der Kasse nicht erfassten Waren selber einsteckte. Es ist der beweispflichtigen Arbeitgeberin nicht gelungen, einen strafrechtlichen Tatbestand nachzuweisen.

8.4 Einzig eine Verletzung der Vorgaben der Arbeitgeberin ist nachgewiesen und zugestanden, indem die Arbeitnehmerin bei falschem Tippen bzw. unrichtigem Scannen der Ware nicht den von der Arbeitgeberin angewiesenen Stornierungsvorgang vornahm, sondern die entsprechenden Fehler nach ihren Aussagen später bei anderen Kunden durch das Nichttippen der Waren ausglich, um nicht zu viel Zeit mit Stornierungsvorgängen zu verlieren. Das Nichtbefolgen der Weisungen der Arbeitgeberin, wie bei Tippfehlern vorzugehen bzw. zu stornieren ist, reicht für sich alleine für eine fristlose Entlassung nicht aus, sondern erfordert eine vorgängige Verwarnung, da es sich um keine derart schwerwiegende Disziplinwidrigkeit handelt, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht. Die Arbeitgeberin hat weder behauptet noch nachgewiesen, dass diesbezüglich vorgängig Verwarnungen ausgesprochen worden seien, was nachvollziehbar ist, da sie erst durch die Sichtung der Videos vom 5. und 14. August 2017 vom Vorgehen der Arbeitnehmerin Kenntnis erhielt. Das von der Arbeitgeberin immer wieder ins Feld geführte «Null-Toleranz-Prinzip» vermag nichts daran zu ändern, dass bei falschem Vorgehen bei Tippfehlern zuerst eine Verwarnung hätte ausgesprochen werden müssen und nicht sogleich fristlos gekündigt werden durfte. Ebenso ist der Hinweis der Arbeitgebe-

rin auf Ziffer 4.3 ihres Reglements für Shopmitarbeiter unbehelflich. Diese Ziffer bezieht sich auf die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses, gibt den Gesetzestext wieder und listet wichtige Gründe für eine fristlose Auflösung auf, so Veruntreuung, Diebstahl, andere Vermögensdelikte, wiederholte unentschuldigte Absenzen und Manipulationen der Arbeitsrapporte. Es versteht sich von selbst, dass bei einer fristlosen Kündigung die zwingenden Vorschriften von Art. 337 Abs. 1 und 2 OR anzuwenden sind (siehe Art. 361 OR) und die Arbeitgeberin nicht reglementarisch bestimmen kann, welches zureichende Gründe für eine fristlose Kündigung sein sollen.

9.1 Da die Arbeitgeberin keinen Straftatbestand der Arbeitnehmerin beweisen kann, hat sich ihr Verdacht nachträglich nicht erhärtet. Die Arbeitgeberin stellt sich auf den Standpunkt, trotz strafrechtlichem Freispruch wäre eine fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen. In der Literatur ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen der blosse Verdacht einer strafbaren Handlung zur fristlosen Entlassung berechtigt. Es gilt die Grundregel, dass die fristlose Entlassung gerechtfertigt erscheint, wenn sich die fraglichen Tatsachen nachträglich als wahr erweisen und sie die notwendige Schwere für einen wichtigen Grund besitzen. Erweisen sich die Tatsachen jedoch als unzutreffend oder lassen sie sich nicht beweisen, so ist die Entlassung grundsätzlich ungerechtfertigt (BGer 4C.325/2000 vom 07.02.2001 E. 2a; BGer 4A_251/2009 vom 29.06.2009 E. 2.1; PORTMANN/DOBREVA, Abklärungs- und Anhörungspflichten des Arbeitsgebers vor ordentlichen und ausserordentlichen Verdachtskündigungen, in: ARV 2016, S. 92, 95). Dies gilt jedoch nicht, wenn der Arbeitnehmer die Abklärung des Tatbestands treuwidrig behindert oder wenn der erhebliche Verdacht eines schweren Delikts oder einer schweren Pflichtverletzung eine fristlose Kündigung rechtfertigt. Das Bundesgericht schliesst nämlich nicht aus, dass der blosse Verdacht eines schweren Vergehens oder einer schweren Pflichtverletzung eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann, auch wenn sich der gegenüber dem Arbeitnehmer erhobene Vorwurf nachträglich als unbegründet oder unbewiesen erweist, sofern der Verdacht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Umstände als unmöglich erscheinen lässt (so auch VITALI, Die Verdachtskündigung im System von Art. 337 ff. OR, in: ArbR 2000, S. 97, 116; HUMBERT/VOLKEN, Fristlose Entlassung (Art. 337 OR), in: AJP 5/2004, S. 564, 570). Diesfalls fordert das Bundesgericht jedoch, dass der Arbeitgeber alles getan hat, was man von ihm erwarten konnte, um den Verdacht zu verifizieren. Dazu gehört auch die Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers. Kommt der Arbeitgeber dieser Abklärungspflicht nicht oder nicht in ausreichendem Mass nach, wird die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt gewertet (PORTMANN/DOBREVA, ARV 2016, S. 92/95; BGer 4A_419/2015 vom 19.02.2016 E. 2.1.1 f.; BGer 4C.317/2005 vom 03.06.2006 E. 5.3; BGer 4C.103/1999 vom 09.08.1999 E. 2.5 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 10; BSK OR I – Portmann/Rudolph, 7. Aufl. 2020, Art. 337 N 23). Der Arbeitgeber trägt die Beweislast dafür, dass der Verdacht berechtigt war (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 10). Die fristlose Entlassung hat nicht den Zweck, ein bestimmtes Verhalten zu sanktionieren oder der Arbeitgeberin eine Satisfaktion zu verschaffen, sondern es ist einzig ausschlaggebend, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar war (BGer 4A_507/2010 vom 02.12.2010 E. 3.2). Weil kein Verschulden verlangt wird, kann auch ein objektiv begründeter Verdacht einer Straftat, welcher innert nützlicher Frist nicht ausgeräumt werden kann und das Vertrauensverhältnis zerstört, zur fristlosen Kündigung berechtigen. Ein strikter Schuldbeweis ist nicht erforderlich (HUMBERT/VOLKEN, Frist-

lose Entlassung (Art. 337 OR), in: AJP 5/2004, S. 564, 570). Zu berücksichtigen gilt diesbezüglich auch, dass der Zivilrichter gemäss Art. 53 OR nicht an das Strafurteil gebunden ist und er frei darüber entscheiden kann, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung vorliegt oder nicht (BGer vom 09.08.1999 in JAR 2001, S. 304).

9.2 Die Arbeitgeberin bringt vor, gestützt auf das Aussageverhalten der Arbeitnehmerin anlässlich des Gesprächs vom 18. August 2017 sei der bei der Arbeitgeberin hervorgerufene gravierende Vertrauensbruch nachvollziehbar. Denn die Arbeitnehmerin habe bei diesem Gespräch nicht vorgebracht, dass sie durch das Nichttippen von verkauften Waren vorherige Tippfehler korrigiert habe. Die Arbeitnehmerin habe in der Verhandlung vor dem Strafgericht zudem quasi eine neue Version zur Rechtfertigung ihrer Handlungen vorgebracht, als sie aussagte, sie habe auch den ordentlichen Stornierungsvorgang durchgeführt und ihr eigenes «Korrektursystem» eigentlich nur bei Zigaretten angewendet, weil sie diese mehrmals pro Tag verkauft habe. Die Arbeitnehmerin entgegnet, erst im Strafverfahren seien die richtigen Fragen gestellt und der Sachverhalt gründlich beleuchtet worden. Das Gespräch vom 18. August 2017 habe in einer aufgeladenen Atmosphäre stattgefunden und ein offenes Gespräch sei durch die sprachlichen Schwierigkeiten der Arbeitnehmerin zusätzlich erschwert gewesen. Sie sei überrumpelt und zur Unterzeichnung des Aufhebungsvertrags gedrängt worden.

9.3 Die Arbeitgeberin musste alles tun, was man von ihr erwarten kann, um ihren Verdacht zu verifizieren. Dazu gehörte auch eine offene Anhörung der Arbeitnehmerin, in welcher dieser die Möglichkeit zu geben war, das auf den Videos ersichtliche Nichttippen der Waren zu begründen. Die Arbeitgeberin trägt die Beweislast dafür, dass sie die erforderlichen Abklärungen und Gespräche durchgeführt hat. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob das Gespräch vom 18. August 2017 offen geführt und der Arbeitnehmerin die Möglichkeit zur Rechtfertigung gegeben wurde, oder ob die Arbeitnehmerin überrumpelt und gedrängt wurde, wie sie selber ausführt. Ein eigentliches Protokoll über den Ablauf des Gesprächs vom 18. August 2017 liegt nicht vor, sondern lediglich eine Gesprächsnotiz (Beilage 14 der Klage vom 2. Februar 2018), in welcher unter dem Titel «Grund» Verkauf von Zigaretten ohne Tippen, Bargeld des Kunden in die eigene Tasche gesteckt, Schaden der Arbeitgeberin von CHF 350.00, Lohnabrechnung schliesst mit CHF –721.25, Minus Kassenstock CHF 475.70 aufgeführt und unter dem Titel «Massnahmen» sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses, Abgabe der Tankkarte, Betrag zugunsten der Arbeitgeberin von CHF 1'546.95 und die detaillierten Ratenzahlungen aufgeführt sind. Aus dieser Gesprächsnotiz geht nicht hervor, wie das Gespräch ablief, welche Fragen der Arbeitnehmerin gestellt wurden und wie ihre Antworten waren. Unbestritten ist, dass von Seiten der Arbeitgeberin Herr D.____ und Frau E.____ am 18. August 2017 unangekündigt in der Filiale in X.____ erschienen und die Arbeitnehmerin mit den Vorwürfen konfrontierten.

9.4 Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 27. August 2018 sagte die Arbeitnehmerin aus, am Gespräch vom 18. August 2017 sei ganz am Anfang gesagt worden, sie hätte ohne Tippen das Geld einkassiert und sie werde sofort entlassen. Sie hätte dann gesagt, sie habe gar keinen Fehler gemacht, weshalb sie denn entlassen werden solle. Dann hätten sie ihr das Video gezeigt. Sie selber habe Erklärungen abgegeben, aber von Seiten der Arbeitgeberin hätten sie ihr gar nicht zugehört und ihr gesagt, sie müsse den Aufhebungsvertrag unterschrei-

ben, sonst würden sie die Polizei anrufen und Strafanzeige einreichen. Frau E.____ sei sehr aggressiv gewesen.

Herr D.____ führte an der vorinstanzlichen Verhandlung aus, als Herr F.____ mit den Videoaufzeichnungen zu ihm gekommen sei, sei das Urteil gefällt gewesen. Sie seien dann am 18. August 2017 ohne vorherige Ankündigung hingegangen, hätten die Arbeitnehmerin konfrontiert und sie gefragt, ob sie wisse, warum sie hier seien. Sie hätte das verneint, woraufhin sie die Arbeitnehmerin informiert hätten, dass sie unkorrekt arbeite. Die Arbeitnehmerin habe gesagt, sie könne sich das nicht erklären. Dann hätten sie das Video angeschaut und die Arbeitnehmerin habe das nicht erklären können. Er habe gesagt, für ihn sei es klar, das Arbeitsverhältnis werde sofort aufgelöst. Sie habe die Wahl des Aufhebungsvertrags oder der fristlosen Kündigung. Er habe ihr beide Varianten aufgezeigt und gesagt, der Aufhebungsvertrag sei für sie der bessere Weg und dass er eine Anzeige wegen Diebstahl mache, wenn sie den Auflösungsvertrag nicht wolle. Er habe sie nicht unter Druck gesetzt. Wegen dem Überraschungseffekt sei das Gespräch nicht angekündigt worden, damit die Wahrheit auf den Tisch komme und sich die Arbeitnehmerin keine Geschichten und Umstände zusammenbasteln könne. Seine langjährige Erfahrung im Detailhandel habe ihn zum Schluss gebracht, dass die Arbeitnehmerin Diebstahl begangen habe. Die CHF 350.00 seien für die einzelnen Fälle, welche sie gesehen hätten, und eine gewisse Umtriebsentschädigung. Er wisse nicht, welche Ausflüchte die Arbeitnehmerin gehabt habe, für ihn sei die Sache klar gewesen. Einen Aufhebungsvertrag habe er nicht mitgenommen. Nachdem die Arbeitnehmerin keine Erklärung gehabt habe, sei es beim Vorgesehenen geblieben und der Aufhebungsvertrag sei sogleich von der Personalabteilung erstellt und in die Filiale gefaxt worden.

Frau E.____ sagte an der vorinstanzlichen Zeugeneinvernahme aus, sie habe das Gespräch nicht angekündigt und sei einfach mitgegangen. Sie wisse nicht mehr, wie die Arbeitnehmerin auf die Videoaufzeichnung reagiert habe. Das Gespräch habe im Lager/Büro stattgefunden. Das sei ein kleiner Raum mit einem Schreibtisch und sie seien gestanden. Herr D.____ habe vor Ort telefoniert und den Aufhebungsvertrag angefordert, welcher dann am gleichen Nachmittag gefaxt worden sei. Sie habe der Arbeitnehmerin den Aufhebungsvertrag zum Lesen gegeben und diese habe gesagt, das stimme nicht und sie unterschreibe nicht. Sie habe der Arbeitnehmerin dann gesagt, sie müsse nicht für sie (Frau E.____) unterschreiben und solle auf Herrn D.____ warten und mit ihm reden. Dieser sei zu diesem Zeitpunkt gerade ausser Haus gewesen. Sie (Frau E.____) sei dann zum Rauchen hinausgegangen und habe gewartet. Als sie wieder hineingegangen sei, habe die Arbeitnehmerin den Vertrag unterschrieben. Herr D.____ sei der Arbeitnehmerin nicht ins Wort gefallen, wenn sich diese zu erklären versuchte, und die Arbeitnehmerin habe sich immer äussern können, ohne dass ihr das Wort abgeschnitten worden sei.

Herr F.____, Leiter der Filiale X.____, gab anlässlich seiner vorinstanzlichen Zeugenaussage zu Protokoll, beim Gespräch vom 18. August 2017 habe die Arbeitnehmerin betreffend Video gesagt, sie habe die Ware nicht getippt, weil sie keine Warenrücknahme habe machen wollen. Er sei beim Gespräch nicht direkt dabei gewesen. Er habe das Video gezeigt und sonst nebenher gearbeitet. Er habe nur sehr kurz mit der Arbeitnehmerin gesprochen, weil diese in Tränen ausgebrochen sei und gesagt habe: «Mein Mann, mein Mann» und «Zuhause Probleme». Sie

sei zusammengebrochen und er habe zu ihr gesagt: «ganz ruhig». Er habe ihr gesagt, was sie machen könne und was die Vorgesetzten wollen und vielleicht auch, dass sie es so machen solle, wie die Vorgesetzten es wollen, damit es jetzt geklärt werde. Aber am Ende müsse sie selber entscheiden. Wenn sie sage, sie hätte keinen Diebstahl begangen, unterschreibe man das nicht.

9.5 Aufgrund dieser Aussagen kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Arbeitnehmerin im Gespräch vom 18. August 2017 von Anfang an bedrängt wurde und eine aufgeheizte Stimmung herrschte. Herr D.____ sagte aus, das Urteil sei gefällt gewesen, als er das Video gesehen habe, und er habe das Gespräch wegen dem Überraschungseffekt nicht angekündigt. Für ihn stand ein Verschulden der Arbeitnehmerin und die fristlose Kündigung bzw. sofortige Vertragsaufhebung somit bereits vor dem Gespräch fest. Aufgrund dieser Vorverurteilung ist fraglich, ob das Gespräch offen geführt, die Arbeitnehmerin neutral angehört und ihr eine ernsthafte Möglichkeit zur Erklärung gegeben und versucht wurde, ihre Erklärungen, allenfalls durch Nachfragen, zu verstehen. Herr D.____ sagte einerseits aus, die Arbeitnehmerin habe keine Erklärungen gehabt, und andererseits, er wisse nicht, was die Arbeitnehmerin für Ausflüchte gehabt habe. Dies sowie die Vorverurteilung sprechen für die Version der Arbeitnehmerin, wonach ihr gleich zu Gesprächsbeginn Diebstahl vorgeworfen worden und die sofortige Entlassung angekündigt worden sei und man ihr gar nicht zugehört habe. Erschwerend zum Ganzen kommen die mangelhaften Deutschkenntnisse der fremdsprachigen Arbeitnehmerin hinzu, was umso höhere Anforderungen an die Gesprächsführung bzw. allfälliges Nachfragen stellt, um die Erklärungen der Arbeitnehmerin zu verstehen, und diese für den Entscheid zur fristlosen Kündigung einbeziehen zu können. Es ist nicht klar, ob die Arbeitnehmerin alles verstand. Auch wenn der Arbeitnehmerin die Wahl zwischen der sofortigen Vertragsauflösung und der fristlosen Kündigung überlassen wurde, entstand doch durch die Drohung der Strafanzeige grosser Druck und Bedrängnis. Das Gespräch fand gemäss Aussage von Frau E.____ im Büro/Lager der Filiale X.____ im Stehen statt. Es handelt sich um einen kleinen Raum mit einem Schreibtisch. Diese räumlichen Umstände und dass das Gespräch im Stehen durchgeführt wurde, sprechen ebenfalls nicht für ein offenes Gespräch, in welchem die Arbeitnehmerin ernsthaft angehört und von Seiten der Arbeitgeberin versucht wurde, den Verdacht zu verifizieren, sondern eher dafür, dass von vornherein ein kurzes Gespräch geplant war, in welchem der bereits gefällte Entschluss der sofortigen Vertragsaufhebung – ob mittels Aufhebungsvertrag oder fristloser Kündigung – der Arbeitnehmerin mitgeteilt werden soll. Dass der Aufhebungsvertrag nicht bereits im Voraus erstellt wurde, indiziert nichts anderes, zumal die Berechnung des Saldos erst nach Auszählung des Kassa-Stocks, was vor Ort erfolgte, vorgenommen werden konnte. Das Kantonsgericht gelangt daher zum Schluss, dass die Arbeitgeberin die Arbeitnehmerin zu den Vorwürfen und dem Verdacht nicht ausreichend angehört und somit nicht alles getan hat, was von ihr erwartet werden konnte, um ihren Verdacht vor der fristlosen Kündigung zu verifizieren. Sie kann deshalb der Arbeitnehmerin auch nicht vorwerfen, unterschiedliche Aussagen gemacht zu haben, und sie kann folglich die fristlose Kündigung auch nicht mit dem Aussageverhalten der Arbeitnehmerin rechtfertigen. Dass seitens der Arbeitgeberin nach Sicht der Videosequenzen ein Diebstahl-Verdacht aufkam, ist nachvollziehbar. Weil aus dem Video allerdings nicht hervorgeht, dass die Arbeitnehmerin das Geld selber einsteckte, und die Arbeitgeberin angesichts ihres offenen Warenwirtschaftssystems einen Diebstahl/Veruntreuung auch nicht mittels Ver-

gleich der Kassenjournale und Warenbestände verifizieren konnte, sprach sie die fristlose Kündigung gestützt auf ihren blossen Verdacht auf eigenes Risiko aus. Da lediglich ein Verdacht ohne erhärtende Beweise vorlag, die Kündigungsfrist nur einen Monat betrug und es sich mutmasslich um eine geringe Deliktssumme handelt – im Aufhebungsvertrag ist sie auf CHF 350.00 beziffert – wäre der Arbeitgeberin eine ordentliche Kündigung mit sofortiger Freistellung zumutbar gewesen. Eine fristlose Entlassung erweist sich unter Würdigung der gesamten Umstände als ungerechtfertigt.

10. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Arbeitgeberin keinen Straftatbestand der Arbeitnehmerin beweisen kann und ihr anfänglicher Verdacht nachträglich entkräftet ist. Die Arbeitgeberin hat nicht alles getan hat, was man von ihr erwarten konnte, um den Verdacht zu verifizieren. Insbesondere hat sie die Arbeitnehmerin nicht ernsthaft angehört und ist daher ihrer Abklärungspflicht zur Verifizierung ihres Verdachts nicht in ausreichendem Mass nachgekommen. Die fristlose Kündigung gestützt auf den Verdacht erweist sich daher als ungerechtfertigt. Folglich stellt der abgeschlossene Aufhebungsvertrag eine Gesetzesumgehung dar und ist somit ungültig, wie bereits die Vorinstanz zu Recht schloss. Diese berechnete sodann gestützt auf Art. 337c Abs. 1 OR den Anspruch der Arbeitnehmerin und prüfte dabei auch die von der Arbeitgeberin geltend gemachten Verrechnungsforderungen. Die vorinstanzliche Berechnung wurde von der Berufungsklägerin nicht moniert und sie stellte keinen Eventualantrag hinsichtlich der von ihr noch zu leistenden Zahlungen. Die Berechnung ist daher nicht zu überprüfen und die Berufung vollumfänglich abzuweisen.

11. Die Kostenverteilung des vorinstanzlichen Verfahrens ist angesichts dieses Ausgangs des Berufungsverfahrens nicht zu überprüfen, zumal keine Partei eventualiter geltend macht, bei Abweisung der Berufung seien die ausserordentlichen Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens anders zu verlegen.

12. Abschliessend ist über die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens zu befinden. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Die Berufungsklägerin unterliegt, da ihre Berufung abzuweisen ist. Folglich sind ihr die Prozesskosten aufzuerlegen. Art. 114 lit. c ZPO, wonach bei Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von CHF 30‘000.00 keine Gerichtskosten gesprochen werden dürfen, gilt auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren (statt vieler: RÜEGG V./ RÜEGG M., in: BSK-ZPO, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 3. Aufl., Basel 2017, Art. 114 ZPO N 2). Folglich sind keine Gerichtsgebühren zu erheben und die Kostenfolgen beschränken sich auf die Parteientschädigung. Die als unterliegend geltende Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu entrichten. Der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten reichte keine Honorarnote ein. In Anwendung von § 18 Abs. 1 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte vom 17. November 2003 (TO, SGS 178.112) legt das Gericht daher die Parteientschädigung von Amtes wegen nach Ermessen fest, wobei die Berechnung nach Streitwert zu erfolgen hat (§ 2 Abs. 2 TO). Dieser beträgt CHF 14'882.95. Laut § 10 TO bemisst sich die Parteientschädigung für die Vertretung vor zweiter Instanz nach den für die erste Instanz geltenden Grundsätzen. § 7 Abs. 1 lit. d TO sieht im erstinstanzlichen Verfahren bei einem Streitwert von CHF 10'000.00 bis CHF 20'000.00 ein Grundhonorar von CHF 2'250.00 bis CHF 3'600.00 vor, wobei je nach Schwierigkeit des Falles und dem Umfang der Bemühungen der untere, obere

oder mittlere Ansatz anzuwenden ist. Dieses Grundhonorar beinhaltet eine Hauptverhandlung und im schriftlichen Verfahren eine Rechtsschrift (§ 7 Abs. 1 TO). Im vorliegenden Fall ist sowohl aufgrund des Streitwerts als auch aufgrund der Schwierigkeit der mittlere Ansatz bzw. ein Grundhonorar von CHF 2'925.00 anzuwenden. Da in diesem Grundhonorar eine Rechtsschrift und eine Hauptverhandlung inbegriffen sind, im Berufungsverfahren allerdings keine Parteiverhandlung durchgeführt wurde, rechtfertigen sich keine Zuschläge nach § 8 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 TO für weitere Eingaben. Vielmehr sind die Eingaben, welche der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten zusätzlich zur Berufungsantwort einreichte, mit dem Grundhonorar bereits abgegolten.

Auslagen sind nach dem tatsächlichen Aufwand in Rechnung zu stellen (§ 16 Abs. 1 TO) und die Mehrwertsteuer ist auf der Honorarnote separat auszuweisen (§ 17 TO). Die Mehrwertsteuer wurde schon seit längerem praxisgemäss nur auf ausdrücklichen Antrag zusätzlich vergütet. Ist nämlich eine Partei mehrwertsteuerpflichtig und kann sie die an die eigene Rechtsvertretung geleisteten Mehrwertsteuern als Vorsteuern von der eigenen Mehrwertsteuerrechnung abziehen, so ist bei der Parteientschädigung die von der Rechtsvertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen (dazu KGer BL 400 11 38 vom 9. Mai 2011 E. 4.5; 400 17 135 vom 9. Mai 2017 E. 11; 410 16 205 vom 18. Oktober 2016 E. 12). Hintergrund dieser strengeren und dem Wortlaut von § 17 TO folgenden Praxis ist, dass es nicht dem Sinn des Gesetzgebers entsprechen kann, bei einem Verzicht auf Einreichung der Honorarnote durch eine vertretene Partei zu verlangen, dass das Gericht selber – im Interesse der Partei bzw. seiner Rechtsvertretung – abklärt, ob die Rechtsvertretung mehrwertsteuerpflichtig ist und gegebenenfalls ob die Partei selbst vorsteuerabzugsberechtigt ist. Dasselbe muss in Bezug auf den Auslagenersatz gelten, welcher nach §§ 15 und 16 TO zu berechnen und in Rechnung zu stellen ist. Mit anderen Worten sind auch die in einem Verfahren entstandenen Parteikosten für Kopiaturen, Telefonate, Porti, Reisespesen und ähnliche Auslagen nur zu vergüten, wenn sie explizit als Auslagenersatz in der Honorarrechnung geltend gemacht werden (siehe KGer BL 400 19 196 vom 19. November 2019 E. 10). Nachdem im hier zu beurteilenden Fall der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten keine Honorarrechnung einreichte, ist vom Gericht weder eine Schätzung über allenfalls entstandene Spesen vorzunehmen noch ist zusätzlich zum Grundhonorar von CHF 2'925.00 eine Mehrwertsteuer zu berücksichtigen. Folglich ist die Berufungsklägerin zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 2'925.00 auszurichten.

Demnach wird erkannt:

://:

1. Die Berufung wird abgewiesen und der Entscheid vom 27. August 2018 des Präsidenten des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West wird bestätigt.

2. Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.

3. Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'925.00 zu bezahlen.

Präsidentin	Gerichtsschreiberin
Christine Baltzer-Bader	Karin Arber