

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NE240001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. B. Schärer und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 26. Februar 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X1. _____ und / oder
Rechtsanwältin MLaw X2. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 8. Februar 2024 (FO230008-L)

Erwägungen:

1. a) Im vorinstanzlichen Verfahren betreffend Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld (Art. 85a SchKG) stellte die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) mit Eingabe vom 14. Dezember 2023 folgende Anträge (Urk. 7/1 S. 2):

- " 1. Es sei festzustellen, dass die in Betreuung gesetzten Forderungen der Beklagten gegenüber der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 (Zahlungsbefehl vom 26. September 2023) in der Höhe von
 - CHF 16'286.60 zzgl. Zins von 5 % seit 1. Mai 2023;
 - CHF 16'286.60 zzgl. Zins von 5 % seit 1. Juni 2023;
 - CHF 16'286.60 zzgl. Zins von 5 % seit 1. Juli 2023;
 - CHF 16'286.60 zzgl. Zins von 5 % seit 1. August 2023;
 - CHF 122'149.50 zzgl. Zins von 5 % seit 1. September 2023;
 - CHF 9'018.42 zzgl. Zins von 5 % seit 1. Mai 2023; und
 - CHF 10'000.00 zzgl. Zins von 5 % seit 1. September 2023(insgesamt damit CHF 206'314.32 zzgl. Zins) nicht bestehen.
2. Es sei die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 (Zahlungsbefehl vom 26. September 2023) aufzuheben und im Betreibungsregister zu löschen.
- 3.1 Es sei die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 (Zahlungsbefehl vom 26. September 2023) für die Dauer des vorliegenden Prozesses vorläufig einzustellen.
- 3.2 Es sei Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich, Konkursgericht, Geschäfts-Nr. EK231974-L/V für die Dauer des vorliegenden Prozesses vorläufig auszusetzen, eventualiter zu sistieren.
- 3.3 Die vorläufige Einstellung der Betreuung und Aussetzung des Entscheides über den Konkurs gemäss Rechtsbegehren Ziffern 3.1 und 3.2 hiervor seien unmittelbar nach Eingang der vorliegenden Klage **superprovisorisch** und ohne Anhörung der Beklagten zu verfügen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu lasten der Beklagten."

Am 8. Februar 2024 erliess die Vorinstanz folgenden Entscheid (Urk. 2 S. 5 f. = Urk. 7/21 S. 5 f.):

- " 1. Das Gesuch um vorläufige Einstellung der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 wird bezüglich Forderungen 1–6 im Zahlungsbefehl und der Konkursandrohung (Nettolöhne und Spesen) abgewiesen.
Demnach wird die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 in diesem Umfang nicht eingestellt.
2. Das Gesuch um vorläufige Einstellung der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 wird bezüglich Forderung 7 im Zahlungsbefehl und der Konkursandrohung (Kosten Rechtsvertretung) gutgeheissen.
Demnach wird die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 im Umfang von CHF 10'000.– per sofort vorläufig eingestellt.
3. Über die Prozesskosten dieses Gesuchs wird mit der Hauptsache entschieden.
4. Der Beklagten wird eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um die schriftliche Klageantwort mit dem Inhalt gemäss Art. 221 ZPO im Doppel einzureichen.
5. (Schriftliche Mitteilung.)
6. (Rechtsmittelbelehrung.)"

b) Innert Frist erhob die Klägerin mit Eingabe vom 19. Februar 2024 (gleichentags der Post übergeben, hierorts am 20. Februar 2024 eingegangen) Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- " 1. In Gutheissung der vorliegenden Berufung sei Dispositivziffer 1 des Entscheides des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Februar 2024 aufzuheben und es sei demgemäss das Gesuch vom 14. Dezember 2023 um vorläufige Einstellung der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 vollumfänglich gutzuheissen.
2. Eventualiter sei in Gutheissung der vorliegenden Berufung Dispositivziffer 1 des Entscheides des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Februar 2024 aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen der Berufungsinstanz an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens (zzgl. MWSt) zulasten der Beklagten und Berufungsbeklagten."

Zudem stellte die Klägerin die folgenden prozessualen Anträge (Urk. 1 S. 2 f.):

- " 1. Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Eventualiter sei die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 8 (Zahlungsbefehl vom 26. September 2023) für die Dauer des vorliegenden Berufungsverfahrens vorläufig einzustellen.

Es sei das Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich, Konkursgericht Geschäfts-Nr. EK231974-L/V für die Dauer des vorliegenden Prozesses vorläufig auszusetzen, eventualiter zu sistieren und es sei deshalb die Konkursverhandlung betreffend Konkurseröffnung vom 27. Februar 2024 abzubieten.

Die vorläufige Einstellung der Betreuung und Aussetzung des Entscheides über den Konkurs seien unmittelbar nach Eingang der vorliegenden Berufung **superprovisorisch** und ohne Anhörung der Beklagten und Berufungsbeklagten, eventualiter vorsorglich, zu verfügen.

3. Es seien die Akten der Vorinstanz beizuziehen."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden antragsgemäss beigezogen (Urk. 7/1-25).

Auf die Ausführungen der Klägerin in der Berufungsschrift ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

2. a) Mit Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Wer den erstinstanzlichen Entscheid anfechtet, hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Berufung (Art. 311 ff. ZPO) anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen der ersten Instanz nicht aufrechterhalten lassen. Die Rechtsmittelinstanz ist nicht gehalten, den erstinstanzlichen Entscheid losgelöst von konkreten Anhaltspunkten in der Berufungsbegründung von sich aus in jede Richtung hin auf mögliche Mängel zu untersuchen, die eine Gutheissung des Rechtsmittels ermöglichen könnten. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln beschränkt sie sich vielmehr darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die

Parteien in ihren schriftlichen Begründungen (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erheben. Der Rechtsmittelkläger muss sich mit den einschlägigen Erwägungen der ersten Instanz auseinandersetzen und darf sich nicht darauf beschränken, seine vorgetragene Auffassung vor Rechtsmittelinstanz schlicht zu wiederholen (BGer 5A_580/2021 vom 21. April 2022, E. 3.3 m.w.H.).

Die Berufung ist innert der gesetzlichen Berufungsfrist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Eine Nachreichung der Begründung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ist unzulässig. Eine Nachbesserung kommt nur bei behebbaren formalen Mängeln wie der fehlenden Unterschrift infrage (Art. 132 Abs. 1 ZPO). Sie erlaubt aber niemals die inhaltliche Ergänzung einer Eingabe (BGer 5A_7/2021 vom 2. September 2021, E. 2.2 m.w.H.). Erfüllt die Berufung grundlegende Inhaltsanforderungen nicht, fehlt es an einer Eintretensvoraussetzung und die Rechtsmittelinstanz hat darauf nicht einzutreten.

b) Die Vorinstanz gelangte in ihren Erwägungen zum Schluss, dass die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) entgegen den Ausführungen der Klägerin nach wie vor in ungekündigtem Anstellungsverhältnis bei dieser tätig sei. Gemäss Arbeitsvertrag vom 22./23. Februar 2021 sei die Kündigung des grundsätzlich bis am 14. März 2024 befristeten Arbeitsvertrags durch die Arbeitgeberin unter Einhaltung der Schriftform zwar möglich (unter Hinweis auf Urk. 7/15/1 Ziff. 3.3). Die Klägerin habe an der Verhandlung vom 1. Februar 2024 jedoch ausdrücklich anerkannt, dass keine schriftliche Kündigung erfolgt sei. Somit sei die im Arbeitsvertrag vorgesehene schriftliche Kündigung an der Verhandlung vom 1. Februar 2024 letztlich unbeauptet und unbelegt geblieben, weshalb sie als nicht erfolgt gelte. Da der Arbeitsvertrag bis am 14. März 2024 befristet sei, stehe der Beklagten somit bis zu diesem Zeitpunkt auch noch der im Arbeitsvertrag geregelte Lohn zu (Urk. 2 S. 3 f.).

c) Die Klägerin unterlässt es in der Berufungsschrift, sich mit diesen Ausführungen substantiiert auseinanderzusetzen. Im Wesentlichen einzig geltend zu machen, entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei das Arbeitsverhältnis per Ende April 2023 gekündigt worden (Urk. 1 S. 9 N 28 und S. 13 N 42) bzw. man habe

das Arbeitsverhältnis per Ende April 2023 in gegenseitigem Einvernehmen aufgelöst (Urk. 1 S. 11 N 35), genügt hierzu nicht. Mit keinem Wort macht die Klägerin in der Berufungsschrift geltend, sie habe bei der von ihr geltend gemachten Kündigung die Schriftform eingehalten. Zur Behauptung, der Vertrag sei in gegenseitigem Einvernehmen aufgelöst worden, wiederholt die Klägerin im Wesentlichen einzig ihre erstinstanzlichen Vorbringen (Urk. 1 S. 11 ff. N 36-40), welche von der Beklagten bereits erstinstanzlich bestritten wurden. Sie macht hierzu zwar geltend, es gebe keine Beweise, aus denen hervorgehe, dass die Beklagte ihre Arbeit nach Ablauf des Mutterschaftsschutzes angeboten habe (Urk. 1 S. 12 N 39), unterlässt es dabei jedoch, sich mit den von der Vorinstanz aufgeführten Fundstellen Prot. VI S. 10 ff. und S. 25, Urk. 7/3/7, Urk. 7/15/6, Urk. 7/15/8-10, Urk. 7/15/16, Urk. 7/15/20 und Urk. 7/18, aus welchen gemäss den erstinstanzlichen Erwägungen hervorgehe, dass die Beklagte der Klägerin gegenüber ihre Arbeit angeboten habe (Urk. 2 S. 4), konkret auseinanderzusetzen. Hierzu lediglich ohne weitere Anmerkungen den E-Mailverkehr zwischen den Parteien (Urk. 7/15/6) zu erwähnen und auszuführen, es gebe keine Beweise dafür, dass die Beklagte ihre Arbeit nach Ablauf des Mutterschaftsschutzes angeboten habe, stellt wiederum keine genügende Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen dar. Da gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung somit eine genügende Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid fehlt, ist diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten.

3. a) Die Klägerin macht in der Berufungsschrift gegenüber der Beklagten eine Verrechnungsforderung in der Höhe von brutto mindestens Fr. 45'061.95 geltend. Sie führt dazu aus, sie habe ihr während des Mutterschaftsurlaubes bis März 2023 den ungekürzten Lohn ausbezahlt, obwohl die Mutterschaftsentschädigung gemäss Art. 16e Abs. 2 EOG sowie gemäss Ziff. 6.3 des Arbeitsvertrages maximal 80 % des durchschnittlichen Erwerbseinkommens betrage, wobei nach Art. 16f Abs. 1 EOG die Entschädigung bei maximal Fr. 220.– pro Tag plafoniert sei. Bei der Verrechnungsforderung handle es sich um den viel zu viel ausbezahlten Lohn (Urk. 1 S. 9 ff. N 31-34).

b) Eine materiell-rechtliche Einrede wie die Verrechnungseinrede kann im Rechtsmittelverfahren nur berücksichtigt werden, wenn die Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge, mit denen sie begründet wird, novenrechtlich zulässig sind. Alle einredebegründenden Tatsachen und diesbezüglichen Beweismittel fallen unter das Novenrecht. Insofern kann die Verrechnungseinrede im Berufungsverfahren nicht uneingeschränkt, sondern nur nach Massgabe des Novenrechts vorgebracht werden (BGer 4A_432/2013 vom 14. Januar 2014, E. 2.2 m.w.H.).

Die Klägerin macht erstmals im Berufungsverfahren geltend, sie habe der Beklagten während des Mutterschaftsurlaubs von Beginn der Schwangerschaft bis März 2023 ihren Lohn ohne Kürzungen im gewohnten Umfang bezahlt (Urk. 1 S. 9 N 31). Im Berufungsverfahren werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie (a.) ohne Verzug vorgebracht werden und (b.) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Für die detaillierte Darlegung der Gründe, weshalb ein Beweismittel trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte, trägt die novenbringende Partei die Beweislast (CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 317 N 16 m.w.H.). Die Klägerin unterlässt es im Berufungsverfahren auszuführen, wieso sie nicht schon im erstinstanzlichen Verfahren vorbringen konnte, dass sie der Beklagten von Beginn der Schwangerschaft bis März 2023 den Lohn in ungekürztem Umfang bezahlt habe. Die erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachte Verrechnungseinrede der Klägerin ist demnach im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen.

4. a) Die Klägerin macht in der Berufungsschrift weiter geltend, die Beklagte sei eventualiter darauf zu behaften, dass sie mit einer Auflösung per Ende Juli 2023 einverstanden gewesen sei, indem sie in ihrer E-Mail vom 18. April 2023 (Urk. 7/15/6) geschrieben habe "All I am asking is my 3 months notice period to be paid off post the official termination (which will be compensation till July, 2023) [...]". Mit ihrem Einverständnis habe die Beklagte auch implizit auf allfällige Form-erfordernisse einer Kündigung verzichtet. Indem die Vorinstanz diesen Umstand nicht gewürdigt bzw. berücksichtigt habe, habe sie den Sachverhalt wiederum falsch festgestellt (Urk. 1 S. N 41 f.).

b) Die Klägerin unterlässt es in der Berufungsschrift aufzuzeigen, an welcher Stelle sie bereits im erstinstanzlichen Verfahren die Behauptung aufgestellt habe, die Beklagte sei mit einer Auflösung per Ende Juli 2023 einverstanden gewesen. Eine solche Behauptung ist in den vorinstanzlichen Akten auch nicht ersichtlich, weshalb sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid nicht damit auseinandersetzen hatte.

5. a) Die Klägerin bringt in der Berufungsschrift schliesslich vor, entgegen der Vorinstanz sei festzuhalten, dass eine Betreuung nicht dazu dienen dürfe, nicht fällige Forderungen einzutreiben. Der Schuldner müsse sich eine derartige Betreuung nicht gefallen lassen. In einem Aberkennungsverfahren werde eine nachträglich eintretende Fälligkeit deshalb richtigerweise nicht berücksichtigt, weshalb die Fortsetzung einer Betreuung in einem solchen Fall gemäss Bundesgericht zu unterbinden sei (unter Hinweis auf BGE 128 III 44 E. 5a). Dies habe auch für das vorliegende Verfahren gemäss Art. 85a SchKG zu gelten. Die Betreuung sei vorliegend mit Begehren vom 8. September 2023 eingeleitet worden. In diesem Zeitpunkt sei ein Grossteil der (angeblichen) Forderungen der Beklagten noch nicht fällig gewesen. Der Lohnanspruch (wenn ein solcher über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses überhaupt geschuldet wäre, was bestritten werde) entstehe gemäss Ziff. 5.1 des Arbeitsvertrages vielmehr erst jeweils am Monatsende. Folglich sei die Forderung 5 des Betreibungsbegehrens bei Einleitung der Betreuung im Umfang von Fr. 105'862.90 noch nicht fällig gewesen. Im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids sei die Forderung 5 im Umfang von noch mindestens Fr. 24'429.90 nicht fällig gewesen. Entsprechend Art. 85a Abs. 1 SchKG habe die Forderung 5 im Zeitpunkt der Betreuung und teilweise sogar im Entscheidzeitpunkt am 8. Februar 2024 noch nicht bestanden, weshalb die vorläufige Einstellung der Betreuung zumindest teilweise gutzuheissen gewesen wäre (Urk. 1 S. 13 f. N 44-46).

b) Macht der Schuldner geltend, dem eingeklagten Anspruch fehle die Fälligkeit, so trägt er weder eine Einwendung noch eine Einrede, sondern eine Bestreitung vor (Schaller, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, 2010, S. 139 f.). Die Klägerin führt in ihrer Berufungsschrift nicht aus, wieso sie

die erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachte Behauptung, die Forderung 5 des Betreibungsbegehrens sei bei Einleitung der Betreibung noch nicht vollständig fällig gewesen, da der Lohnanspruch gemäss Ziff. 5.1 des Arbeitsvertrages jeweils erst am Monatsende entstehe, nicht schon im erstinstanzlichen Verfahren habe einbringen können. Auch wenn man davon ausgehen würde, dass es sich bei dem Vorbringen, eine Forderung sei (noch) nicht fällig, um eine Einrede handelt, ändert dies nichts daran, dass die erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachte Einrede verspätet wäre. Wie bereits erläutert (vgl. E. 3b) fallen alle einredebegründenden Tatsachen und diesbezüglichen Beweismittel unter das Novenrecht, weshalb es an der Klägerin gewesen wäre, im Berufungsverfahren aufzuzeigen, wieso sie nicht bereits vor Erstinstanz vorbringen konnte, der Lohnanspruch gemäss Ziff. 5.1 des Arbeitsvertrages entstehe jeweils erst am Monatsende. Da der Arbeitsvertrag im erstinstanzlichen Verfahren bereits vorlag (Urk. 7/3/5) und durch die Klägerin zu den Akten gegeben wurde, hätte sie diese Tatsachenbehauptung sehr wohl bereits im erstinstanzlichen Verfahren geltend machen können. In Anwendung von Art. 317 Abs. 1 ZPO ist demnach auf die Vorbringen zur Fälligkeit der Forderung 5 im Berufungsverfahren nicht einzugehen.

6. a) Aufgrund des Vorstehenden ist auf die Berufung der Klägerin gesamthaft nicht einzutreten.

b) Mit dem vorliegenden Entscheid werden die im Berufungsverfahren gestellten Anträge der Klägerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um Erlass vorsorglicher Massnahmen obsolet.

c) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind demnach ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Beklagten für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die Klägerin ihrerseits hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Entschädigung (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Beklagte unter Zustellung der Doppel der Urk. 1, 5 und 6/4-5), die Vorinstanz, das Konkursgericht Zürich zuhanden Geschäfts-Nr. EK231974-L und das Betreibungsamt Zürich 8, je gegen Empfangsschein; vorab an die Parteien, die Vorinstanz und das Konkursgericht Zürich zuhanden Geschäfts-Nr. EK231974-L zusätzlich je per elektronischer Zustellung (an die Parteien per WebTransferZH) zur Kenntnisnahme.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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 in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptsache beträgt Fr. 206'314.32.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 26. Februar 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
st