

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT160079-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Beschluss vom 3. Oktober 2016

in Sachen

A. _____ GmbH,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 21. April 2016 (EB150268-F)

Erwägungen:

1.

a) Mit Urteil vom 21. April 2016 erteilte die Vorinstanz dem Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 4. August 2015) provisorische Rechtsöffnung für ausstehende Lohnforderungen von insgesamt Fr. 121'636.– nebst Zins zu 5 % seit 18. Juni 2015, Betreuungskosten von Fr. 216.60 sowie für die Spruchgebühr und die Parteientschädigung. Im Mehrbetrag wies die Vorinstanz das Rechtsöffnungsgesuch ab (Urk. 26 = Urk. 34).

b) Dagegen erhob die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) mit Eingabe vom 9. Mai 2016 fristgerecht (Urk. 30 und Briefumschlag zu Urk. 33) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 33 S. 2):

- "1. Das Urteil vom 21.04.2016 des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr. EB150268-F) sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung vom 14.09.2015 sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Der Beschwerde sei für das Beschwerdeverfahren die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.
4. Die Kostenfolgen des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Horgen vom 21.04.2016 (Geschäfts-Nr. EB150268-F) seien durch die Rechtsmittelinstanz festzulegen.
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST -"

c) Mit Verfügung vom 13. Mai 2016 wurde der Antrag der Beklagten betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 38). Innert Frist leistete die Beklagte den verlangten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– (Urk. 38 und Urk. 39). Am 23. Juni 2016 erstattete der Kläger die Beschwerdeantwort, mit welcher er auf Abweisung der Beschwerde schloss, unter Kostenfolge sowie unter Zusprechung einer Entschädigung von pauschal Fr. 1'000.– zulasten der Beklagten (Urk. 41 S. 12). Diese wurde der Beklagten mit Verfügung vom 29. Juni 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 43).

2.

Soweit die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren ("Im Mehrbetrag") abgewiesen hat (Urk. 34 S. 10 Disp.-Ziff. 1 Satz 2), wurde ihr Entscheid vom Kläger nicht angefochten. Die Beklagte ihrerseits stellt (formell betrachtet) zwar den Antrag, das vorinstanzliche Urteil sei vollumfänglich aufzuheben (Urk. 33 S. 2 Antrag 1), ist im Umfang der erfolgten Abweisung jedoch nicht beschwert und hat insoweit kein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und das Rechtsöffnungsbegehren endgültig entschieden.

3.

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass in der Beschwerde im Einzelnen dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll; was nicht in dieser Weise beanstandet wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand. Sodann sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

4.

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, dass der vom Kläger eingereichte Arbeitsvertrag vom 10. April 2013 für den darin vereinbarten monatlichen Bruttolohn von Fr. 6'000.– einen provisorischen Rechtsöffnungstitel darstelle. Die Höhe des geschuldeten Betrages sei aufgrund der vorgesehenen monatlichen Entschädigung und der aktenkundigen Vertragsdauer vom 1. Juli 2013 bis 30. April 2015 bezifferbar. Hinsichtlich der vorgebrachten Einwendungen der Beklagten erwog die Vorinstanz (unter anderem) Folgendes:

a) Mit dem Einwand, dem Kläger komme nicht die Qualität eines Angestellten zu, vielmehr sei er Geschäftsführer oder faktisches Organ der Beklagten, dringe

die Beklagte nicht durch. Das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und die Geschäftsführereigenschaft würden sich nicht ausschliessen, solange die für den Arbeitsvertrag qualifizierenden Momente gegeben seien. Mangels anderer Anhaltspunkte sowie aufgrund der ausdrücklichen Anerkennung des Zustandekommens eines Arbeitsvertrages seitens der Beklagten sei von dessen Gültigkeit auszugehen (Urk. 34 E. 2.2.1.).

b) Die Einwendung der Beklagten, der Kläger habe auf den Lohn für das Jahr 2013 verzichtet, stelle lediglich eine Behauptung dar, da das von der Beklagten eingereichte Schreiben des Klägers an das Migrationsamt des Kantons Zürich nicht von diesem unterzeichnet worden sei und diesem Schreiben damit keine Rechtsverbindlichkeit zukomme (Urk. 34 E. 2.2.2.).

c) Mit Bezug auf die Einwendung der Beklagten, der Lohn sei im Jahr 2014 im Umfang von Fr. 40'000.– mittels Barbezügen aus der Kasse getilgt worden und diese Tilgung sei anlässlich einer Verhandlung vor dem Konkursgericht Horgen anerkannt worden, sei darauf hinzuweisen, dass der Kläger in jenem Konkursverfahren nicht Partei gewesen sei, vielmehr habe er seinen Anspruch an eine Drittperson (C._____ AG) abgetreten. Die in jenem Verfahren seitens der Dritten geäusserten Parteistandpunkte könnten dem Kläger folglich nicht entgegengehalten werden. Überdies habe das Gericht bereits damals die Lohnsituation als "völlig unklar" qualifiziert (Urk. 34 E. 2.2.3.).

d) Zur Einwendung der Beklagten, die Tilgung sowohl des Lohns des Jahres 2014 als auch jenes des Jahres 2015 ergebe sich aus den ins Recht gereichten Auszügen aus dem Kassensystem der Beklagten, erwog die Vorinstanz, dass diese weder unterzeichnet seien noch sich je aus der Zusammenstellung ersehen lasse, wer diese aufgestellt habe. Aus den Akten würden sich ebenfalls keine weiteren Hinweise ergeben, aufgrund derer eine Barentnahme glaubhaft erscheine. Dementsprechend würde sich die klägerische Forderung lediglich um die vom Kläger anerkannten Barentnahmen von Fr. 4'000.– und Fr. 4'800.– per Oktober 2014 bzw. März 2015 reduzieren (Urk. 34 E. 2.2.4.).

e) Mit Bezug auf den von der Beklagten geltend gemachten Einwand, der Bruttolohn von Fr. 6'000.– sei nicht korrekt, da er für die Start-Up-Phase angepasst worden sei, erwog die Vorinstanz, dass – sofern die Beklagte damit eine Reduktion des Salärs oder lediglich eine Stundung habe geltend machen wollen – es an einer Substantiierung des behaupteten Anspruchs fehle. Die Parteien seien diesbezüglich auf den ordentlichen Zivilprozess zu verweisen, das Rechtsöffnungsverfahren lasse für die Klärung einer solchen Frage keinen Raum (Urk. 34 E. 2.2.5.).

f) Schliesslich habe die Beklagte geltend gemacht, dass die Hauptforderung durch die Begleichung von Schulden des Klägers in Frankreich teilweise durch Verrechnung getilgt worden sei, unter anderem durch Zahlungen an das "D._____", E._____ und F._____. Die Beklagte habe jedoch nicht glaubhaft dargelegt, weshalb die Zahlungen an das "D._____" in Abzug gebracht werden müssten. Dass die Zahlung an F._____ sodann durch die Beklagte zu tragen gewesen sei, wie es der Kläger in seiner Stellungnahme vom 1. Dezember 2015 behauptet habe, habe die Beklagte nicht bestritten. Damit stehe der Einwand der Tilgung bezüglich dieser Forderungen der Rechtsöffnung nicht entgegen. Die [Verrechnungs-]Forderung der Beklagten über Fr. 1'564.– (Zahlungen an E._____) sei anerkannt worden, womit die betriebene Forderung um diesen Betrag zu reduzieren sei (Urk. 34 E. 2.2.7.).

g) Hinsichtlich der eingereichten Chat-Auszüge wies die Vorinstanz sodann darauf hin, dass aus diesen nicht direkt erkennbar sei, zwischen welchen Personen diese Unterhaltungen geführt worden seien, bzw. mit Bezug auf die Unterhaltung, die im Februar 2014 stattgefunden haben soll, der tatsächliche Zeitpunkt der Unterhaltung nicht erkennbar sei. Soweit die Beklagte mit dem Auszug der am 1. April 2014 geführten Unterhaltung die Eigenschaft des Klägers als Arbeitnehmer habe widerlegen wollen, sei auf das in Erwägung 2.2.1. (siehe vorstehend lit. a) des Urteils Gesagte zu verweisen. Entsprechend könne die Beklagte aus diesen Auszügen nichts zu ihren Gunsten ableiten (Urk. 34 E. 2.2.8.).

5.

5.1. Die Beklagte beanstandet mit ihrer Beschwerde zunächst, dass nicht ohne Weiteres auf der Hand liege, ob der zwischen den Parteien geschlossene Arbeitsvertrag vom 10. April 2013 tatsächlich die rechtlichen Elemente eines Arbeitsvertrages aufweise. Vorliegend sei (mindestens) das durch Art. 319 OR und Art. 321d OR verlangte Subordinationsverhältnis zwischen den Parteien nicht gegeben. Dies lasse sich denn auch dem Schreiben des Klägers vom 12. Februar 2014 an das Migrationsamt Zürich entnehmen. Dessen Original habe die Vorinstanz trotz mehrfach gestellten Editionsbegehren nicht edieren lassen. Das Verhältnis zwischen den Parteien komme vielmehr einem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis sehr nahe. Der Abschluss des Arbeitsvertrages sei vor allem dem Umstand geschuldet, dass der Kläger zwecks Erhalt einer EG/EFTA-Aufenthaltsbewilligung eine unselbstständige Erwerbstätigkeit habe nachweisen müssen (Urk. 33 S. 3).

Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten oder nach der geleisteten Arbeit bemessen wird (Art. 319 OR). Der Arbeitsvertrag zeichnet sich damit insbesondere durch vier wesentliche Elemente aus (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 319 N 2): 1) Vorliegen einer Arbeitsleistung, nicht Arbeitserfolg, 2) Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit entsprechender Weisungsbefugnis des Arbeitgebers und nicht eigenverantwortliche Tätigkeit (sog. Subordinationsverhältnis), 3) privatrechtliches Dauerschuldverhältnis und 4) Anspruch auf Entgelt nach Massgabe der Arbeitsleistung. Arbeitsleistung und Entschädigung können indessen auch Gegenstand anderer Verhältnisse bilden, insbesondere bei gesellschaftsrechtlichen Rechtsbeziehungen, die auch auf Dauer ausgerichtet sind. Wie die Vorinstanz betreffend erwog, kann auch eine Organperson Arbeitnehmer sein, sofern die begriffsnotwendigen Elemente des Arbeitsvertrages gegeben sind, so insbesondere das Subordinationsverhältnis (vgl. zum Ganzen Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 11). Die Gerichtspraxis misst auch dem Umfang der Arbeitszeit

und der mit dem Subordinationsverhältnis verwandten wirtschaftlichen Kontrolle Bedeutung zu (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 11 zu den Organpersonen). Die fachliche Weisungsfreiheit steht der Annahme eines Arbeitsvertrages nicht entgegen; solange eine Weisungsgebundenheit hinsichtlich der betrieblichen Einordnung und der zu verfolgenden Ziele gegeben ist, kann auch dann ein Arbeitsvertrag vorliegen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 6).

Der Wortlaut des vorgelegten Vertrages spricht klar für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages: Die vereinbarten Kündigungsbestimmungen und die "Salärfortzahlung bei Krankheit oder Unfall" entsprechen exakt der gesetzlichen Regelung für den Einzelarbeitsvertrag. Auch die Vereinbarung von Krankentaggeldern, bezahltem Ferienbezug und die Regelung der Personalvorsorge sprechen für den Abschluss eines Arbeitsvertrages. Mit Bezug auf die Punkte "fristlose Kündigung" und "Kündigungsschutz" verwiesen die Parteien sogar ausdrücklich auf die gesetzlichen Bestimmungen zum Einzelarbeitsvertrag. Sodann verpflichtete sich der Kläger, seine Arbeitsleistung während 42 Stunden pro Woche im Salon "A'._____ " in den Dienst der Beklagten zu stellen. Auch die Vereinbarung eines fixen Gehaltes, das Fehlen einer Gewinnbeteiligung (jedoch Vereinbarung einer Gratifikation, siehe Urk. 3/13 Ziff. 9) sowie der Übernahme des Delkrederiskos, das Ausstellen eines Arbeitszeugnisses (Urk. 3/11) und der Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen (Urk. 3/14) sprechen für die Vereinbarung eines Arbeitsvertrages. Der vereinbarte Aufgabenbereich ist schliesslich nicht ungewöhnlich für einen leitenden Angestellten, denn auch leitende Angestellte verfügen über eine gewisse Autonomie. Dass *faktisch* andere Verhältnisse vorgelegen hätten, vermochte die Beklagte nicht rechtsgenügend glaubhaft machen. Insbesondere kann die Beklagte nichts aus dem von ihr vorgelegten Schreiben des Klägers an das Migrationsamt (Urk. 14/15) zu ihren Gunsten ableiten (Urk. 14/15, gelb markierte Stellen). Die Eigenschaft als Geschäftsführer steht – wie erwähnt – einer Arbeitnehmerstellung nicht per se entgegen. Damit bleibt es bei der vorinstanzlichen Feststellung, wonach vorliegend von einem (gültigen) Arbeitsvertrag auszugehen ist.

Nach dem Ausgeführten ist die unterbliebene Edition des *Originals* des Schreibens an das Migrationsamt im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung nicht zu beanstanden (siehe dazu auch nachfolgend Ziff. 5.2.).

Im Übrigen ist anzumerken, dass es seltsam anmutet, wenn sich die Beklagte zwar einerseits auf den Standpunkt stellt, es liege mangels Subordinationsverhältnisses kein arbeitsrechtliches Verhältnis vor, andererseits aber selbst vorbringt, dass der Kläger den Arbeitsvertrag nicht gehörig erfüllt habe und der Bestand sowie die Höhe der Forderung in einem allfälligen arbeitsrechtlichen Gerichtsverfahren näher zu prüfen sein werde (siehe Urk. 13 S. 6).

5.2. Die Beklagte beanstandet ferner, dass die Vorinstanz mit Bezug auf ihre Einwendung, der Kläger habe auf seinen Lohn des Jahres 2013 verzichtet, festgehalten habe, dass das von der Beklagten vorgelegte Schreiben des Klägers an das Migrationsamt Zürich nicht unterzeichnet sei, weshalb ihm keine Rechtsverbindlichkeit zukomme. Die Beklagte habe jedoch – für den Fall, dass die Vorinstanz die Richtigkeit des Inhalts anzweifeln sollte – die Edition des Originals dieses Schreibens beim Migrationsamt Zürich mehrfach anbegehrt. Dennoch habe die Vorinstanz dieses Begehren nicht behandelt und sich mit keinem Wort geäußert, weshalb dem Editionsbegehren nicht stattgegeben worden sei. Ferner habe der Kläger nicht ausdrücklich bestritten, dass dieses Schreiben an das Migrationsamt Zürich gesendet worden sei. Er habe in seiner Stellungnahme lediglich angegeben, dass die Beklagte es unterlassen habe, das Schreiben beim Migrationsamt zu verlangen. Auch darauf sei die Vorinstanz nicht eingegangen (Urk. 33 S. 6 f.).

Hinsichtlich der beanstandeten unterbliebenen Edition des Schreibens an das Migrationsamt ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass für die Einwendung des Schuldners gegen provisorische Rechtsöffnungstitel ein eigentliches Beweisverfahren bereits dadurch ausgeschlossen wird, dass er seine Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG *sofort* darzutun hat. Daher sind im Rechtsöffnungsverfahren nur Urkunden zulässig, die in der Hauptverhandlung selbst bzw. innerhalb des Schriftenwechsels sofort vorgelegt werden können (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss., Zürich 2000, S. 109; siehe auch BGer 5A_845/2009 vom

16. Februar 2010, E. 7.3., zur Beschaffung von Beweismitteln durch das Gericht für den *Betreibenden*; siehe auch BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 57 m.w.H., wonach der Schuldner die Urkunden, mit denen er die Tilgung oder Stundung beweisen wolle, dem Gericht einzureichen habe, der Antrag auf Beizug von Akten anderer Behörden genüge nicht). Das von der Beklagten offerierte Beweismittel (Original des Schreibens an das Migrationsamt Zürich) wurde daher von der Vorinstanz zu Recht nicht abgenommen. Der Beklagten ist zwar zuzustimmen, dass sich die Vorinstanz nicht ausdrücklich mit ihrem Antrag auf Edition auseinandergesetzt hat. Im Ergebnis ändert dies nach dem Ausgeführten jedoch nichts, zumal es der Beklagten oblegen hätte, die relevanten Unterlagen erhältlich zu machen und dem Rechtsöffnungsrichter vorzulegen.

Gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG spricht der Richter die (provisorische) Rechtsöffnung aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen glaubhaft macht, welche die Schuldanerkennung entkräften. Eine Einwendung des Schuldners erscheint dabei dann als glaubhaft, wenn objektive Anhaltspunkte vorliegen, die seine Behauptungen derart untermauern, dass der Richter überwiegend geneigt ist, an deren Wahrheit zu glauben. Dabei steht dem Richter ein grosses Ermessen zu. Blosser Behauptungen genügen grundsätzlich nicht. Lediglich eine ausdrückliche Anerkennung durch den Kläger lässt das Erfordernis der Glaubhaftmachung dahinfallen (Stücheli, a.a.O., S. 350 f.). Vorliegend erachtete die Vorinstanz bereits die Einwendung der Beklagten, der Kläger habe auf seinen Lohn für das Jahr 2013 verzichtet, als nicht rechtsgenügend glaubhaft dargetan. Eine ausdrückliche Anerkennung des behaupteten Verzichts seitens des Klägers erfolgte im vorinstanzlichen Verfahren nicht. Abgesehen davon brachte der Kläger in seiner Stellungnahme vom 5. November 2015 vor, das vorgelegte Schreiben an das Migrationsamt sei gefälscht (Urk. 17 S. 7), womit er auch implizit bestritt, dass das Schreiben so tatsächlich gesendet worden sei. Entsprechend erweist sich die diesbezügliche Rüge als unbegründet.

5.3. Weiter beanstandet die Beklagte, die Aussage der Vorinstanz, dass der Parteistandpunkt der vormaligen Forderungsinhaberin (C.'_____ AG) nicht dem Kläger zugerechnet werden könne, sei offensichtlich falsch. Denn mit der Zession

einer Forderung würden sämtliche Rechte an der Forderung auf den Zessionar übergehen. Sofern sich der Zessionar zum Bestand der Forderung äussere, müsse sich der neue Zessionar diese Äusserung anrechnen lassen. Soweit die Vorinstanz unter Berufung auf Erwägung 4.7. des Urteils des Konkursgerichts Horgen vom 24. April 2015 zum Ausdruck bringe, dass die Lohnsituation "völlig unklar" sei, belege sie gleich selber, dass gestützt auf den Sachverhalt im Rahmen des summarischen Verfahrens nicht einfach die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden könne. Zudem seien die Feststellungen im Konkursverfahren auch im vorinstanzlichen Verfahren durch den Kläger ausdrücklich anerkannt worden (Urk. 33 S. 7 f.).

Ob der Parteistandpunkt der vormaligen Forderungsinhaberin (C.'_____ AG) dem heutigen Kläger zuzurechnen ist oder nicht, kann vorliegend aus folgendem Grund offenbleiben: Die Beklagte brachte im vorinstanzlichen Verfahren (unter anderem) unter Verweis auf Erwägung 4.6. des Urteils des Konkursgerichts Horgen vom 24. April 2015 vor, dass dem Kläger im Jahr 2014 Löhne in der Höhe von Fr. 40'000.– ausbezahlt worden seien. Die Auszahlung sei in gemeinsamer Absprache durch Barbezüge aus der Kasse im Ladenlokal der Beklagten erfolgt. Dies sei an der (Konkurseröffnungs-)Verhandlung vom 14. April 2015 von der Zessionarin (C._____ AG) explizit anerkannt worden und folglich unbestritten (Urk. 13 S. 6).

Der Wortlaut der interessierenden Passage im Urteil des Konkursgerichts Horgen lautet wie folgt (Urk. 14/11 E. 4.6):

"Bezüglich der Lohnforderung lässt die Gesuchsgegnerin [die heutige Beklagte] ausführen, [...] dass für das Jahr 2014 Fr. 40'000.– an Lohnzahlungen ausgerichtet worden seien [...] und B._____ im Übrigen eigenmächtig Barbezüge in noch unbekannter Höhe aus der Kasse der Gesuchsgegnerin getätigt habe [...]. Die Gesuchstellerin [die C._____ AG] bestreitet nicht, dass B._____ Barbezüge aus der Kasse der Gesuchsgegnerin getätigt habe. Dies sei allerdings in gemeinsamer Absprache geschehen (Prot. S. 9)."

Aus dieser Passage geht jedoch bereits nicht hervor, in welcher Höhe Barbezüge erfolgt seien und damit eine (anerkannte) Tilgung eingetreten sei. Denn eine "Anerkennung" erfolgte (wenn überhaupt) einzig bezüglich der Barbezüge in *unbe-*

kanter Höhe (siehe auch der Kläger in Urk. 17 S. 9). Damit taugt das vorgelegte Urteil bereits aus diesem Grund nicht, eine erfolgte Tilgung über Fr. 40'000.– glaubhaft zu machen. Im Übrigen kann von einer "ausdrücklichen" Anerkennung ohnehin keine Rede sein. Entsprechend bleibt es bei der entsprechenden vorinstanzlichen Feststellung, wonach die Beklagte die Tilgung des Lohnes für das Jahr 2014 im Umfang von Fr. 40'000.– mittels Barbezügen aus der Kasse nicht glaubhaft machen konnte.

5.4. Sodann beanstandet die Beklagte, sie habe in ihrer (vorinstanzlichen) Duplik vom 1. Dezember 2015 sämtliche Auszüge aus dem Kassensystem eingereicht. Alle Auszüge würden in Form und Inhalt den ausdrücklich vom Kläger anerkannten Urk. 14/19b und 14/19c entsprechen. Wenn die Vorinstanz nun angebe, dass die Urk. 23/25 und 23/27 hinsichtlich der eingewendeten Tilgung [über Fr. 40'000.–] irrelevant seien, würdige sie den Sachverhalt offensichtlich falsch. Zudem nehme die Vorinstanz keinen Bezug auf Urk. 14/17 und 14/18. Gerade Urk. 14/17 sei ein klarer Beleg dafür, dass Zahlungen im Umfang von Fr. 40'000.– geleistet worden seien. Es wäre im Übrigen einigermaßen realitätsfremd, wenn auf nicht oder teilweise ausbezahltem Lohn auch noch Sozialversicherungsbeträge entrichtet und ein Lohnausweis ausgestellt würde (Urk. 33 S. 8.).

Die Vorinstanz erwog mit Bezug auf die eingereichten Auszüge aus dem Kassensystem, diese seien weder unterzeichnet noch lasse sich aus der Zusammenstellung ersehen, wer diese erstellt habe. Zusammenfassend erwog sie sodann, dass der Einwand der Tilgung durch Barentnahmen der provisorischen Rechtsöffnung nicht entgegenstehe (Urk. 34 E. 2.2.4.). Entgegen den Vorbringen der Beklagten ging die Vorinstanz damit jedoch nicht von einer fehlenden Relevanz (für das Verfahren) aus, vielmehr folgerte sie (implizit), dass die Kassenbelege aus den genannten Gründen (nicht unterzeichnet; unklar, wer diese Belege erstellt hat) die behaupteten Barentnahmen des Klägers im Fr. 8'800.– übersteigenden Betrag nicht glaubhaft zu machen vermögen. Diese Würdigung ist nicht zu beanstanden, denn soweit die Auszüge von der Beklagten selbst erstellt worden sind, handelt es sich lediglich um (bestrittene) Parteibehauptungen. Eine Anerkennung der Richtigkeit dieser Auszüge aus dem Kassensystem seitens des

Klägers lässt sich der von der Beklagten angeführten Belegstelle in keiner Weise entnehmen (siehe Urk. 17 S. 9). Dass die Auszüge von Dritten erstellt worden sind, hat die Beklagte nicht behauptet. Eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts liegt jedenfalls nicht vor.

Hinsichtlich der Urkunden 14/17 und 14/18 ist der Beklagten sodann insofern zuzustimmen, als dass die Vorinstanz in ihrer Entscheid nicht *explizit* auf diese eingegangen ist. Indem sie jedoch festhielt, dass sich aus den Akten keine (weiteren) Hinweise ergeben würden, welche die behaupteten Barentnahmen glaubhaft machen würden, hat sie folglich *alle* ihr vorliegenden Beweise frei gewürdigt und sich damit auch mit den genannten Urkunden (implizit) auseinandergesetzt. Sodann erscheint es zumindest nicht als willkürlich, wenn die Vorinstanz zum Schluss kommt, dass die genannten Urkunden eine erfolgte Lohnzahlung nicht glaubhaft zu machen vermögen. Aus der Ausstellung eines Lohnausweises und dem Umstand, dass die Lohnbeiträge von der Sozialversicherungsanstalt Zürich abgerechnet wurden, kann noch nicht ohne Weiteres gefolgert werden, dass der entsprechende Lohn auch tatsächlich (bereits) ausbezahlt worden ist. Dies insbesondere auch angesichts der von der Beklagten aufgestellten Behauptung, dass der Arbeitsvertrag vor allem zwecks Erhalt der EG/EFTA-Bewilligung geschlossen worden sein soll (siehe Urk. 13 S. 5 und Urk. 33 S. 5 unten).

5.5. Im Weiteren beanstandet die Beklagte, dass die von ihr vorgebrachte Einwendung, durch Parteiabrede sei eine Reduktion des Bruttolohns erfolgt, keineswegs in unsubstantiiertes Weise erfolgt sei. Sie habe die Hintergründe des Verhältnisses zwischen den Parteien eingehend aufgezeigt und urkundlich belegt. Auch habe sie sogar eine Parteibefragung als Beweis offeriert, die auch im Rechtsöffnungsverfahren nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nicht ausgeschlossen sei (Urk. 33 S 8 ff.).

Will der Schuldner die Rechtsöffnung zu Fall bringen, so hat er darzutun, inwiefern seine Vorbringen der betriebenen Forderung entgegenstehen. Eine pauschale Bestreitung der klägerischen Vorbringen ohne konkrete Darstellung der entgegengehaltenen Sachverhalte kann weder eine durch Urkunde bewiesene noch eine glaubhaft gemachte Einwendung sein (Stücheli, a.a.O., S. 128). Vor-

liegend ist zwar richtig, dass die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren die Hintergründe des Verhältnisses zwischen den Parteien eingehend dargelegt hat. Ausführungen zu den Umständen hinsichtlich der behaupteten Abänderung des Bruttolohns hat sie jedoch vollständig missen lassen. Weder führte sie aus, *auf welchen Betrag* sich die Parteien durch Abrede geeinigt haben sollen, noch *wann* oder *unter welchen Umständen* (z.B. an welchem Ort oder unter Anwesenheit welcher Personen) die behauptete Abänderung des Bruttolohns vereinbart worden sein soll. Damit ist sie – wie die Vorinstanz korrekt festhielt – ihrer Substantiierungspflicht nicht rechtsgenügend nachgekommen.

5.6. Im Weiteren beanstandet die Beklagte mit Bezug auf die Erwägungen 2.2.7. und 2.2.8., dass die Vorinstanz festgehalten habe, die Beklagte habe vorgebracht, dass ein Teil der Forderungen getilgt worden sei. Sie halte als Fazit fest, dass die Anrechnung durch Begleichung des Betrags über Fr. 1'564.– (E._____) vom Kläger anerkannt worden und deshalb in Abzug zu bringen sei. Bei den an das "D._____" (Fr. 4'976.35) und an F.____ (Fr. 415.90) geleisteten Zahlungen habe die Vorinstanz dafür gehalten, dass diese nicht berücksichtigt werden könnten. In ihrer Erwägung 2.2.8. habe die Vorinstanz sodann die WhatsApp-Kommunikation zwischen den Parteien damit abgetan, dass einerseits unklar sei, zwischen welchen Personen diese Unterhaltungen stattgefunden hätten, und andererseits nicht erkennbar sei, wann diese Unterhaltungen geführt worden seien. Die Sachdarstellung in Erwägung 2.2.7. erstaune, habe doch der Kläger in seiner (vorinstanzlichen) Stellungnahme vom 5. November 2015 von sich aus angegeben, dass es sich um Mietschulden der Firma "D._____" gehandelt habe, womit ihm der Hintergrund der Zahlung absolut bekannt und bewusst gewesen sei. Dies werde denn auch durch die WhatsApp-Kommunikation zwischen dem Kläger und G.____ belegt, worin die Kontodaten gesendet worden seien. Dass zwischen dem Kläger und G.____ eine WhatsApp-Kommunikation stattgefunden habe, sei durch die anerkannte Kommunikation gemäss Urk.14/16b erstellt. Somit habe die Vorinstanz auch die im Rechtsöffnungsverfahren geltende Verhandlungsmaxime sowie Art. 150 ZPO verletzt, wenn sie die WhatsApp-Kommunikation in Frage stelle. Damit sei glaubhaft gemacht, dass die Zahlungen in Anrechnung an die Forderungen des Klägers erfolgt seien (Urk. 33 S. 11 f.).

Aus dem Umstand, dass wohl die Parteien durchaus über WhatsApp kommuniziert haben und dem Kläger die Hintergründe der Zahlung (Mietschulden des "D._____" gegenüber dem Vermieter in Frankreich) bekannt gewesen sind (Urk. 33 S. 11 in Verbindung mit Urk. 17 S. 10), lässt sich noch nicht ohne Weiteres ableiten, dass die Unterhaltung, auf die sich die Beklagte beruft, auch tatsächlich zwischen dem Kläger und der Beklagten stattgefunden hat. Aber auch selbst wenn davon ausgegangen würde, dass diese Unterhaltung zwischen den Parteien stattgefunden habe, vermag die Beklagte gestützt auf die erwähnten WhatsApp-Ausdrucke keine Tilgung im Umfang der behaupteten Mietzinsschulden glaubhaft zu machen. Aus den eingereichten WhatsApp-Auszügen geht weder hervor, wofür und in welcher Höhe eine Zahlung vorgenommen werden soll, noch wer diese Zahlung für wen ausführen soll. Insbesondere erschliesst sich daraus nicht, weshalb eine Zahlung für den Kläger in Anrechnung an dessen Lohn vorgenommen werden soll, nachdem unbestrittenermassen Inhaberin des "D._____" H._____ ist und nicht der Kläger (siehe Urk. 17 S. 109). Nichts anderes gilt mit Bezug auf den eingereichten "Kontoauszug" (Urk. 14/19a). Die von der Vorinstanz vorgenommene Beweismwürdigung ist damit im Ergebnis nicht zu beanstanden.

5.7. Schliesslich moniert die Beklagte, dass der Geschäftsführer der Beklagten ihr die aufgelaufenen Mietzinsforderungen aus dem Untermietvertrag vom 8. Januar 2014 über Fr. 6'300.– (8 x Fr. 700.– für die Zeit von Januar 2014 bis August 2014 zuzüglich Fr. 700.– Nebenkosten) sowie die aufgelaufenen Nutzungskosten des von G._____ abgeschlossenen Handyvertrags mit der Sunrise (für die Telefonnummer "...") über Fr. 6'956.25 (recte: Fr. 3'890.41, siehe Urk. 22 S. 6 und Urk. 23/28) abgetreten habe und sie diese vor Vorinstanz eventualiter zur Verrechnung gebracht habe. Hierzu habe sich die Vorinstanz überhaupt nicht geäussert (Urk. 33 S. 12).

Vorliegend brachte die Beklagte diese Einwendung erst im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels mit Eingabe vom 1. Dezember 2015 vor (Urk. 22 S. 5 f.). Grundsätzlich können die Parteien (im Sinne eines geordneten und berechenbaren Prozessablaufs) ihre Angriffs- und Verteidigungsrechte sowohl bei einem einfachen Schriftenwechsel wie auch bei (ausnahmsweisem) doppelten

Schriftenwechsel nur im Gesuch respektive der Stellungnahme dazu unbeschränkt vorbringen (siehe dazu Klingler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 252 N 33 mit weiteren Hinweisen, siehe auch BGE 140 III 312 E. 6.3.2. zum Aktenschluss im ordentlichen Verfahren). Nachdem sie ihre Verrechnungsforderung jedoch auf eine Abtretungserklärung vom 25. November 2015 stützte, ihr die geltend gemachte (Verrechnungs-)Forderung mithin erst nach durchgeführtem ersten Schriftenwechsel abgetreten wurde, ist diesbezüglich von einem zulässigen und damit zu beachtenden Novum auszugehen.

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) folgt die Pflicht des Gerichts, seinen Entscheid zu begründen. Die Begründungspflicht verlangt, dass das Gericht in seinen Urteilsabwägungen die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien berücksichtigt und seine Überlegungen nennt, von denen es sich hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt wurden. Dabei ist nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich in seinen Urteilsabwägungen auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 136 I 229 E. 5.2 S. 236; BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.H.; s.a. BK ZPO I-Hurni, Art. 53 N 60 ff.; Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 27 f.; KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 53 N 9). Für die Rechtsmittelinstanz ist eine nachvollziehbare Begründung überdies unabdingbare Voraussetzung einer wirksamen Rechtmässigkeitsprüfung.

Der Beklagten ist zuzustimmen, dass die Vorinstanz auf den eventualiter vorgebrachten Einwand der Tilgung durch Verrechnung in ihrer Urteilsbegründung nicht einging, auch wenn sie die im Zusammenhang mit aufgelaufenen Nutzungskosten für das Handy eingereichte Urk. 23/30 (Urk. 22 S. 6) würdigte und ihr keine Bedeutung zumass (Urk. 34 S. 8 E. 2.2.8). Dieser Einwand erweist sich auch

nicht von vornherein als unbegründet und hätte demnach geprüft werden müssen. Indem die Vorinstanz besagte Einwendung ohne Begründung einfach übergangen hat und vollends unbeachtet liess, hat sie ihre Begründungspflicht und den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO; s.a. Art. 238 lit. g i.V.m. Art. 239 Abs. 2 ZPO). In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde damit als begründet.

5.8. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz ihre Pflicht zur Entscheidungsbegründung bzw. den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör in einem Punkt verletzt hat. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben (vgl. Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 29; KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 53 N 13; Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 53 N 26; Schenker, Stämpflis Handkommentar, ZPO 53 N 22), soweit es Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist (dazu vorne, E. 2).

5.9. Heisst die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde gut, hebt sie den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO); ist die Sache spruchreif, entscheidet sie neu (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Im vorliegenden Fall kann die Sache schon aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht als spruchreif gelten. So hat die Vorinstanz die Eingabe der Beklagten vom 1. Dezember 2015 (Urk. 22), in welcher die zu Unrecht übergangenen Einwendungen geltend gemacht wurden, dem Kläger vorgängig nicht zur Kenntnisnahme zugestellt; die Akten enthalten jedenfalls keine Anhaltspunkte für eine vor der Entscheidung erfolgte Zustellung (vgl. Urk. 26 S. 10, 27). Dem Kläger wurde mithin noch keine Gelegenheit geboten, das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) und Art. 6 Ziff. 1 EMRK fließende und auch im Rechtsöffnungsverfahren bestehende sog. Replikrecht wahrzunehmen und zu dieser Eingabe Stellung zu nehmen (dazu statt vieler BGE 138 I 484 E. 2.1-2.2 S. 485 f.; BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1; s.a. BK ZPO II-Günterich, Art. 253 N 10 ff.; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 49; Klingler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 252 N 6 ff.; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 253 N 7). Insofern bedarf es vor der neuen

Entscheidungsfällung noch einer weiteren Prozesshandlung (vgl. Reich, Stämpflis Handkommentar, ZPO 327 N 4).

Im Übrigen vermöchte auch eine Zustellung dieser Eingabe im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens mit anschliessender Replikmöglichkeit des Klägers nichts an der fehlenden Spruchreife zu ändern. Angesichts des im Beschwerdeverfahren geltenden Novenverbots (Art. 326 Abs. 1 ZPO) und der in Tatfragen bloss beschränkten Kognition der Beschwerdeinstanz (Art. 320 lit. b ZPO; s.a. vorne, E. 2) lässt sich die erfolgte Gehörsverweigerung im Beschwerdeverfahren nicht heilen (vgl. Hoffmann-Nowotny/Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Art. 327 N 14; Schenker, Stämpflis Handkommentar, ZPO 53 N 23; Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 53 N 27 f.; s.a. BK ZPO I-Hurni, Art. 53 N 83). Die Sache ist deshalb zur Vervollständigung des Verfahrens und zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Von der Aufhebung und der Rückweisung ausgenommen ist der unangefochten gebliebene Satz 2 von Dispositiv-Ziffer 1 betreffend Abweisung des Begehrens im Mehrbetrag (vgl. vorne, E. 2).

5.10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht der Einwand der Beklagten, wonach die Vorinstanz dem Kläger fälschlicherweise eine Parteientschädigung zugesprochen habe, obschon er nicht im Sinne von Art. 68 Abs. 2 ZPO anwaltlich vertreten gewesen sei und damit keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung habe (Urk. 33 S. 12 f.), grundsätzlich nicht mehr näher geprüft zu werden. Es ist der Beklagten jedoch insofern zuzustimmen, als dass aus dem vorinstanzlichen Entscheid nicht hervorgeht, inwiefern dem nicht anwaltlich vertretenen Kläger im erstinstanzlichen Verfahren notwendige Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO erwachsen sind oder ein begründeter Fall im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vorgelegen haben soll und ihm daher eine Parteientschädigung zuzusprechen ist (siehe BGer 5D_229/2011 vom 16. April 2012, E. 3.3).

6.

Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7). In diesem Sinne sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung von § 48 in Verbindung mit § 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 1'500.00 festzulegen. Die Verteilung sowie der Entscheid über die Parteientschädigung wird der Vorinstanz überlassen.

Die Beklagte hat einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.00 geleistet, was vorzumerken ist.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 21. April 2016 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Von der Aufhebung ausgenommen ist Dispositiv-Ziffer 1 Satz 2 (betreffend Abweisung des Begehrens im übrigen Umfang).
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren sowie die Verteilung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Beklagte einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.00 geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz und gemäss Dispositiv-Ziff. 1 an das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg, je gegen Empfangsschein.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 121'636.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 3. Oktober 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
gs