

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT170014-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

Urteil vom 3. März 2017

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 10. Januar 2017 (EB160336-F)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 21. April 2016 erteilte die Vorinstanz dem Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) in der Betreuung Nr. ... 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. 37/26).
2. Dagegen erhob die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) Beschwerde, woraufhin das erstinstanzliche Urteil mit Beschluss der Kammer vom 3. Oktober 2016 wegen einer Verletzung der Pflicht zur Entscheidbegründung bzw. des rechtlichen Gehörs aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde (Urk. 37/33). Die gegen den Beschluss erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 4. November 2016 ab (Urk. 37/34).
3. In der Folge setzte die Vorinstanz dem Kläger mit Verfügung vom 7. Dezember 2016 Frist an, um zur Einrede der Tilgung durch Verrechnung Stellung zu nehmen (Urk. 38). Eine solche Stellungnahme reichte der Gesuchsteller am 20. Dezember 2016 fristgerecht ein (Urk. 40 und 41/25/1-2). Mit Urteil vom 10. Januar 2017 erteilte die Vorinstanz in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 4. August 2015) provisorische Rechtsöffnung für ausstehende Lohnforderungen von insgesamt Fr. 111'445.60 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. 42 = Urk. 45).
4. Hiergegen erhob die Beklagte innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 44 S. 2):

- "1. Das Urteil vom 10.01.2017 des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr. EB160336-F) sei – mit Ausnahme der Abweisung im Mehrbetrag – 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) und vom 10.01.2017 (Geschäfts-Nr. EB160336-F) sowie die Kostenfolgen des Verfahrens vor dem Obergericht Zürich vom 03.10.2016 (Geschäfts-Nr. RT160079-O/U) seien durch die Rechtsmittelinstanz festzulegen.
– unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MWST –"

5. Mit Verfügung vom 24. Januar 2017 setzte das Gericht dem Kläger Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung an und auferlegte der Beklagten einen Kostenvorschuss (Urk. 48 Disp. Ziff. 1 und 4). Mit Eingabe vom 25. Januar 2017 liess sich hierzu die Beklagte unaufgefordert vernehmen und beantragte, dass dem Kläger "in Entsprechung mit Art. 322 Abs. 2 ZPO" Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt werde (Urk. 49A und 49B). Dieses Ersuchen wurde mit Schreiben vom 26. Januar 2017 beantwortet (Urk. 50). Der Kläger nahm mit Eingabe vom 4. Februar 2017 Stellung (Urk. 52). Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 48 Disp. Ziff. 4, Urk. 51). Mit Verfügung vom 21. Februar 2017 wies das Gericht das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab (Urk. 57 Disp. Ziff. 1).

6. Mit Verfügung vom 8. Februar 2017 entschied die Vorinstanz über die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit der Geschäfts-Nr. RT160079 (Urk. 56):

- "1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden zu elf Zwölfteln der Beklagten und zu einem Zwölftel dem Kläger auferlegt. Sie werden vollumfänglich vom Vorschuss der Beklagten bezogen, unter Einräumung des Rückgriffsrechts von einem Zwölftel auf den Kläger.
2. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine reduzierte Parteienschädigung von Fr. 191.50 zu bezahlen.
3. [Schriftliche Mitteilung]
4. [Rechtsmittel]."

7. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Beschwerde weitestgehend als unbegründet erweist (vgl. Erw. IV/2.6), kann auf das Einholen einer Beschwerdeantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

II.

1 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3 mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1).

2. Sodann sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4; vgl. aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

3. Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt.

III.

1. Die Beklagte erhebt vorliegend Beschwerde mit den im Wesentlichen selben Rügen wie im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. RT160079, welches mit dem Rückweisungsbeschluss vom 3. Oktober 2016 endete. Darin hob das Obergericht den vorinstanzlichen Entscheid vom 21. April 2016 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück (von der Aufhebung nahm es Dispositiv-Ziffer 1 Satz 2 betreffend Abweisung des Begeh-

rens im übrigen Umfang aus; siehe Urk. 35 Disp. Ziff. 1). Es erwog, dass die Beklagte zu Recht monierte, die Vorinstanz hätte sich nicht zur von ihr erhobenen Verrechnungseinrede geäußert. Die weiteren von der Beklagten erhobenen Rügen verwarf das Obergericht hingegen (siehe Urk. 35 E. 5.1. ff.).

Mit Urteil vom 10. Januar 2017 fällt die Vorinstanz eine neue Entscheidung. Sie erachtet die geltend gemachte Verrechnungsforderung als glaubhaft und reduzierte die Forderung, für welche sie ursprünglich provisorische Rechtsöffnung erteilt hatte, um insgesamt Fr. 10'190.40. Die übrigen Einreden der Beklagten verwarf sie mit derselben Begründung wie im Urteil vom 21. April 2016 (vgl. Urk. 37/26 und Urk. 45).

In diesem Zusammenhang gilt es damit als Erstes zu beantworten, inwiefern die Rechtsmittelinstanz an ihre im Rückweisungsentscheid dargelegte Rechtsauffassung gebunden ist.

2. Die Frage, ob die Berufungsinstanz, welche ein zweites Mal angerufen wird, an ihre im Rückweisungsentscheid niedergelegte Auffassung gebunden ist bzw. ob sich die Bindungswirkung auch auf im ersten Rechtsmittelverfahren verworfene Rügen bezieht oder nicht, ist umstritten (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 46; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1558). Die Mehrheit der Lehrmeinungen bejaht dies insbesondere unter Hinweis auf das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes und den Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. dazu die Auflistung in ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 46; Seiler, a.a.O., Rz. 1558; Oscar Vogel, Die Bindung an den Rückweisungsentscheid, in: Donatsch/Fingerhut/Lieber/Rehberg/Walder-Richli [Hrsg.], FS 125 Jahre Kassationsgericht Zürich, Zürich 2000, S. 133 ff.). Ebenfalls angeführt für eine Bindungswirkung wird das Beschleunigungsgebot sowie das Gebot der Gleichbehandlung der Parteien (siehe Vogel, a.a.O., S. 143). Hingewiesen wird sodann auch auf die bundesgerichtliche Praxis, deren Übertragung auf den kantonalen Instanzenzug das Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsordnung verlangt. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis ist die rechtliche Beurteilung des Bundesgerichts, mit welcher es seinen Rückweisungsentscheid begründet hat, in der Folge nicht nur für die kantonale Berufungsinstanz bei der Beurteilung der (noch hängigen) kantonalen Be-

rufung, sondern auch für das Bundesgericht selbst massgebend, wenn es später ein zweites Mal angerufen wird (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 46; kritisch zur Übertragung der bundesgerichtlichen Praxis auf den kantonalen Instanzenzug: Seiler, a.a.O., Rz. 1555). Eine Ausnahme von der Bindungswirkung wird hingegen bei zwischenzeitigem Inkrafttreten neuen Rechts angenommen, das auf den Sachverhalt Anwendung findet. Ebenso wohl bei einer Praxisänderung des Bundesgerichts, nicht aber der kantonalen Rechtsprechung (Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Kommentar, Basel 2013, Art. 327 N 16 und Art. 318 N 24; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1558). Diese Ausführungen dürften auch für das Beschwerdeverfahren Geltung beanspruchen.

3. Die Argumente für die Annahme einer Bindungswirkung überzeugen. Damit ist die erkennende Kammer an ihre rechtlichen Erwägungen im Beschluss vom 3. Oktober 2016 gebunden. Soweit die Beklagte daher in ihrer Beschwerdeschrift des vorliegenden Verfahrens dieselben Rügen erhebt, die bereits im Beschluss vom 3. Oktober 2016 verworfen wurden, diesbezüglich neue rechtliche Argumente vorbringt oder den Beschluss vom 3. Oktober 2016 in rechtlicher Hinsicht beanstandet, kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen jeweils auf die entsprechenden rechtlichen Erwägungen dieses Beschlusses (Urk. 35) verwiesen werden.

IV.

1. Vorinstanzlicher Entscheid

Im Urteil vom 10. Januar 2017 erwog die Vorinstanz, 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. 45 E. 3.2.1.).
- 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. 45 E. 3.2.2.).
- 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. 45 E. 3.2.3.).
- 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. 45 E. 3.2.4.).

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. 45 E. 3.2.5.).

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 "Atelier D._____", E._____ und F._____. Die Beklagte habe jedoch nicht glaubhaft dargelegt, weshalb die Zahlungen an das "Atelier 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. 45 E. 3.2.7.).

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, sei der tatsächliche Zeitpunkt der Unterhaltung nicht erkennbar. 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 3.2.1. (siehe vorstehend lit. a) des Urteils Gesagte zu verweisen. Entsprechend könne die Beklagte aus diesen Auszügen nichts zu ihren Gunsten ableiten (Urk. 45 E. 3.2.8.).

h) Die von der Beklagten geltend gemachten Verrechnungsforderungen seien schliesslich im Umfang von Fr. 6'300.– (abgetretene Forderung aus Untermietvertrag) und Fr. 3'890.41 (abgetretene Nutzungskosten des von G._____ zugunsten

des Klägers abgeschlossenen Handyvertrages) rechtsgenügend glaubhaft gemacht worden. Entsprechend sei die betriebene Forderung um diese Beträge zu reduzieren (Urk. 45 E. 3.2.9. ff.).

2. Vorbringen der Beklagten sowie deren rechtliche Würdigung

2.1. Die Beklagte moniert 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 gestellter Editionsbegehren nicht edieren lassen. Das Verhältnis zwischen den Parteien komme vielmehr einem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis sehr nahe. Der Kläger sei operativer Geschäftsführer der Beklagten gewesen. Die Beitragsart "Arbeit" werde auch bei der einfachen Gesellschaft ausdrücklich in Art. 531 Abs. 1 OR aufgeführt. Der Abschluss des als "Arbeitsvertrag" betitelten Dokuments stehe der Begründung einer einfachen Gesellschaft zwischen den Parteien nicht entgegen. Gleiches gelte für den Vertragsinhalt des nämlichen Dokuments. Überdies könne auch die "Arbeitsleistung" als Beitragsleistung zugunsten der einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR nicht gehörig erbracht werden. 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. Das im Arbeitsvertrag festgelegte Entgelt sei in der Folge abgeändert worden, weil die Parteien gemerkt hätten, dass ein Entgelt in der Höhe von Fr. 6'000.– für ein Start-Up-Unternehmen utopisch sei (Urk. 44 Rz. 6 ff.).

Diese Rüge der Beklagten wurde bereits unter rechtlichen Gesichtspunkten im Rückweisungsentscheid vom 3. Oktober 2016 (Geschäfts-Nr. RT160079) beurteilt und verworfen. Es ist auf die entsprechende Begründung im Rückweisungsentscheid zu verweisen (Urk. 35 E. 5.1.).

2.2. 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. In Erwägung 5.2. des Beschlusses vom 3. Oktober 2016 habe das Obergericht sodann auf das von der Beklagten gestellte Editionsbegehren Bezug genommen und sodann auf Erwägung 7.3. von BGer 5A_845/2009 verwiesen. Dieser Entscheid des Bundesgerichts sei jedoch zum einen vor dem Inkrafttreten der ZPO ergangen, womit auch gleichzeitig gesagt sei, dass sich das summarische Verfahren noch nicht nach Massgabe von Art. 248 ff. ZPO bestimmt habe. Gemäss Art. 254 ZPO sei der Beweis primär durch Urkunden zu erbringen. In casu sei die Edition einer Urkunde verlangt worden, was im Lichte des in der ZPO geregelten summarischen Verfahrens auch im (provisorischen) Rechtsöffnungsverfahren grundsätzlich zulässig sei. Zum anderen sei die Konstellation vorliegend komplett anders als im zitierten Bundesgerichtsentscheid. Darüber hinaus gehe auch die Lehre nicht per se davon aus, dass Editionsbegehren im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren ausgeschlossen seien. Auch sei anzumerken, dass das nämliche Schreiben allein schon deshalb entscheiderelevant sei, weil darin klar verurkundet sei, dass der Kläger auf Lohnzahlungen für das Jahr 2013 verzichtet habe. Zudem untermauere dieses Schreiben auch die übrigen Behauptungen, die ohnehin schon glaubhaft gemacht worden seien. Entsprechend begehe die Vorinstanz eine Rechtsverletzung, wenn sie dem Editionsbegehren der Beklagten nicht entspreche (Urk. 44 Rz. 3 und Rz. 9 ff.).

Auch diese Rüge der Beklagten wurde bereits im Rückweisungsentscheid vom 3. Oktober 2016 (Geschäfts-Nr. RT160079) in rechtlicher Hinsicht beurteilt und verworfen. Es ist daher auf die entsprechende Begründung im Rückweisungsentscheid zu verweisen (Urk. 35 E. 5.2.).

2.3. 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. 44 Rz. 13 ff.).

Diese Rüge der Beklagten wurde ebenfalls bereits im Rückweisungsentscheid vom 3. Oktober 2016 (Geschäfts-Nr. RT160079) in rechtlicher Hinsicht beurteilt und verworfen. Es ist daher auf die entsprechende Begründung im Rückweisungsentscheid zu verweisen (Urk. 35 E. 5.3.).

2.4. 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. 44 Rz. 16 ff.).

Auch diese Beanstandung der Beklagten wurde bereits im Rückweisungsentscheid vom 3. Oktober 2016 (Geschäfts-Nr. RT160079) in rechtlicher Hinsicht be-

urteilt und verworfen. Es ist daher auf die entsprechende Begründung im Rückweisungsentscheid zu verweisen (Urk. 35 E. 5.5.).

2.5. Und schliesslich beanstandet die Beklagte mit Bezug auf die Erwägungen 3.2.7. und 3.2.8., 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 "Atelier 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 3.2.8. 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 3.2.7. erstaune, habe doch der Kläger in seiner (vorinstanzlichen) Stellungnahme vom 5. November 2015 von sich aus angegeben, dass es sich um Mietschulden der Firma "Atelier 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. 37/14/16b 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. 44 Rz.19 ff.).

Diese Rüge der Beklagten wurde ebenfalls bereits im Rückweisungsentscheid vom 3. Oktober 2016 (Geschäfts-Nr. RT160079) in rechtlicher Hinsicht beurteilt und verworfen. Es ist daher auf die entsprechende Begründung im Rückweisungsentscheid zu verweisen (Urk. 35 E. 5.6.).

2.6. Die Beklagte beanstandet schliesslich, die Vorinstanz habe zu Unrecht die provisorische Rechtsöffnung für die Betreuungskosten erteilt. Gemäss Praxis des Zürcher Obergerichts sei für in der hängigen Betreuung angefallene Betreuungskosten keine Rechtsöffnung zu erteilen. Entsprechend sei Ziff. 1 des Dispositivs ohnehin zu berichtigen (Urk. 44 Rz. 22).

Der Beklagten ist beizupflichten. Für die (aktuellen) Betreuungskosten kann keine Rechtsöffnung erteilt werden, weil hierfür kein Rechtsöffnungstitel vorliegt. Ohnehin ist aber eine Rechtsöffnung überflüssig, weil gemäss Art. 68 Abs. 2 SchKG von den Zahlungen des Schuldners die Kosten vorab erhoben werden können, womit diese im Ergebnis zur Schuld geschlagen werden und vom Schuldner zusätzlich zum Betrag, welcher dem Gläubiger zugesprochenen worden ist, zu bezahlen sind (BGer 5A_455/2012 vom 5. Dezember 2012, E. 3).

Mit Bezug auf die Betreuungskosten ist die Beschwerde daher gutzuheissen. Da dem Kläger indes nach dem Ausgeführten kein Rechtsnachteil erwächst, kann von der Einholung einer Beschwerdeantwort diesbezüglich abgesehen werden.

3. Fazit

Zusammengefasst erweist sich die Beschwerde demnach hinsichtlich der erteilten Rechtsöffnung für die Betreuungskosten als begründet. In diesem Umfang ist das Urteil der Vorinstanz aufzuheben (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Im Übrigen erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist demzufolge abzuweisen.

V.

1. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten verlangt die Beklagte zwar eine Neuverlegung (siehe Urk. 44, Ziffer 4 der Anträge), jedoch beanstandet sie weder die Höhe der erstinstanzlichen Entscheidgebühr noch die von der Vorinstanz konkret vorgenommene Kostenverlegung. Es bleibt daher bei der im angefochtenen Entscheid getroffenen Regelung, zumal auch der Kläger vor Vorinstanz keine

Rechtsöffnung für die Zahlungsbefehlskosten beantragt hatte und diese mit Blick auf sein Obsiegen ohnehin nur unwesentlich ins Gewicht fallen.

1.2. Hinsichtlich einer Parteientschädigung ist schliesslich Folgendes festzuhalten: Was als Parteientschädigung gilt, wird in Art. 95 Abs. 3 ZPO festgelegt. Nach dessen abschliessender Umschreibung (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 29) umfasst die Parteientschädigung gemäss lit. c in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei – wie vorliegend – nicht berufsmässig vertreten ist. Wie die Beklagte zutreffend vorbringt, soll mit der Umtriebsentschädigung in erster Linie ein gewisser Ausgleich für den Verdienstausfall einer selbstständigerwerbenden Person erreicht werden (siehe Botschaft ZPO, S. 7293). Dies schliesst indes nicht aus, dass auch in anderen begründeten Fällen die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung als angemessen erscheinen kann (BSK ZPO-Rüegg, Art. 95 N 21, wonach auch entgangene Freizeit einer in einem Anstellungsverhältnis stehenden und selber prozessierenden Partei entschädigt werden könne). Zudem stellt – wie die Beklagte ebenfalls zutreffend vorbringt – die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung an eine nicht anwaltliche Partei eine zu begründende Ausnahme dar.

Die Vorinstanz verpflichtete die Beklagte für das erstinstanzliche Verfahren zur Bezahlung einer Parteientschädigung von Fr. 300.– (der Kläger hatte Fr. 1'000.– beantragt). Sie erwog, dass einer nicht anwaltlich vertretenen Partei grundsätzlich keine Parteientschädigung zuzusprechen sei. Ausnahmsweise sei eine solche zuzusprechen, wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handle, wenn der getätigte Aufwand erheblich sei und zwischen dem betriebenen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung ein vernünftiges Verhältnis bestehe. Vorliegend rechtfertige es sich angesichts der Komplexität, des hohen Streitwerts und des damit verbundenen Aufwands eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen, auch wenn der Aufwand nicht detailliert ausgewiesen sei (Urk. 45 E. 4).

Die Beklagte moniert im Beschwerdeverfahren im Wesentlichen unter Hinweis auf BGer 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.2., dass die Vorinstanz nicht erläutert habe, worin sie die Komplexität des vorliegenden Rechtsöffnungsverfah-

rens sehe. Diese Verfahren würden allgemein als nicht sonderlich komplex gelten und vorliegend sei es gestützt auf Urk. 37/3/13 eingeleitet worden. Der im vorliegenden Verfahren angeordnete unübliche doppelte Schriftenwechsel – wodurch das Verfahren erst aufwendiger geworden sei – könne nicht der Beklagten angelastet werden. Auch der Streitwert von Fr. 132'000.– könne nicht als hoch eingestuft werden, zumal der Kläger Forderungen in Betreuung gesetzt habe, die er später sogar noch anerkannt habe oder selbst nach dessen Ansicht bereits getilgt gewesen seien (Urk. 44 Rz. 23).

Den Vorbringen der Beklagten ist zu widersprechen. Gerade ein Verfahren um provisorische Rechtsöffnung kann sich als durchaus komplex erweisen, insbesondere wenn – wie vorliegend – eine Vielzahl von Einwendungen im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG vorgebracht werden. Dies führt denn auch grundsätzlich zu einem nicht unbeachtlichen Aufwand für den juristisch nicht bewanderten Gläubiger, muss er diese Einwendungen doch entkräften, um die provisorische Rechtsöffnung erteilt zu erhalten. Ein Streitwert von mehr als Fr. 100'000.– kann denn auch nicht mehr als gering eingestuft werden. Inwiefern Forderungen im Verlauf des Verfahrens anerkannt wurden, bleibt sodann irrelevant. Auch aus dem zitierten Entscheid des Bundesgerichts (BGer 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.2.) kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten, wurde darin doch lediglich festgehalten, die Ansprechende habe (im vorinstanzlichen Verfahren) keine besonderen Umtriebe und daher ersatzfähigen Kosten geltend gemacht, der Hinweis auf ein komplexes und zeitaufwendiges Verfahren beinhalte indes nicht gleichzeitig eine solche Behauptung.

Damit ist die vorinstanzliche Begründung, weshalb vorliegend ausnahmsweise einer nicht anwaltlich vertretenen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, nicht zu beanstanden. Die Höhe der Parteientschädigung wurde nicht moniert. Entsprechend bleibt es bei der vorinstanzlichen Verpflichtung.

2. Kosten des Beschwerdeverfahrens mit der Geschäfts-Nr. RT160079

Die Beklagte beantragt im Beschwerdeverfahren, die "Kostenfolgen des Verfahrens vor dem Obergericht Zürich vom 3. Oktober 2016 (Geschäfts-Nr. RT160079-

O/U)" seien durch die Rechtsmittelinstanz festzulegen (Urk. 44 S. 2 Ziffer 4 der Anträge). Vorliegend hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid jedoch nicht über die Kostenverlegung jenes Verfahrens entschieden (siehe dazu das Dispositiv von Urk. 45), sondern erst mit Verfügung vom 8. Februar 2017 (Urk. 56). Damit waren sie nicht Gegenstand des vorliegend angefochtenen Urteils. Im zweitinstanzlichen Verfahren sind jedoch nur Fragen zu prüfen, welche erstinstanzlich im angefochtenen Entscheid thematisiert und entschieden wurden. Entsprechend ist auf diesen Antrag nicht einzutreten.

3. Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens

Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 1'500.– festzusetzen und aufgrund des Ausgangs des Verfahrens der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteienschädigungen sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine zuzusprechen: Dem nicht anwaltlich vertretenen Kläger sind im Beschwerdeverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten im Sinne von Art. 95 Abs. 3 ZPO entstanden, die Beklagte hat aufgrund ihres fast vollumfänglichen Unterliegens keinen Anspruch auf Entschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 10. Januar 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "1. Dem Kläger wird **provisorische** Rechtsöffnung erteilt in
Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-
Kilchberg, Zahlungsbefehl vom 4. August 2015, für
Fr. 111'445.60 nebst Zins zu 5 % seit 18. Juni 2015,
sowie für Kosten und Entschädigung gemäss Ziff. 2 bis 4 dieses
Urteils.
Im Mehrbetrag wird das Begehren abgewiesen."
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

3. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 3. März 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am: