

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT170192-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

## Urteil vom 12. Februar 2018

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_**,  
Kläger und Beschwerdeführer

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG**,  
Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 10. August 2017 (EB170306-C)**

### **Erwägungen:**

1. a) Mit Eingabe vom 4. Mai 2017 stellte der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) das Begehren, es sei ihm in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (Zahlungsbefehl vom 14. Dezember 2016) Rechtsöffnung zu erteilen für Fr. 8'400.05 (Salär November 2016) nebst Zins zu 5 % seit 25. November 2016, für Fr. 1'629.95 (gesetzliche und vertragliche Beiträge) sowie für die Betreuungskosten unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte; Urk. 1 f.).

Mit Verfügung vom 10. Mai 2017 wurde der Beklagten eine zehntägige Frist angesetzt, um schriftlich zum Rechtsöffnungsbegehren Stellung zu nehmen (Urk. 4). Innert der bis am 24. Mai 2017 von der Post angesetzten Frist holte die Beklagte die Verfügung bei der Poststelle nicht ab (vgl. den an Urk. 6 angehefteten Briefumschlag). Mit Fax vom 2. Juni 2017 teilte der Rechtsvertreter der Beklagten der Vorinstanz mit, dass die Beklagte weder die Verfügung vom 10. Mai 2017 noch eine Abholungseinladung der Post erhalten habe. Er stelle vorsorglich das Gesuch um Gewährung einer Nachfrist im Sinne von Art. 148 Abs. 1 ZPO (Urk. 7). Mit Eingabe vom 16. Juni 2017 reichte die Beklagte innert mit Verfügung vom 2. Juni 2017 neu bis am 16. Juni 2017 angesetzter Frist (Urk. 7) die Stellungnahme ein (Urk. 10). Dies mit dem Antrag, das Rechtsöffnungsbegehren sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers (Urk. 10 S. 2).

Mit Kurzbrief vom 20. Juni 2017 stellte die Vorinstanz dem Kläger die Stellungnahme der Beklagten (Urk. 10) samt Beilagen (Urk. 11) zur Kenntnisnahme zu (Urk. 12). Diese Sendung konnte dem Kläger zugestellt werden (vgl. die klägerische Beilage Urk. 22/5). Der Kläger reagierte in der Folge nicht auf diese Zustellung.

Mit Urteil vom 10. August 2017 wies der erstinstanzliche Rechtsöffnungsrichter das Rechtsöffnungsbegehren in der genannten Betreuung vollumfänglich ab und auferlegte dem Kläger die Spruchgebühr von Fr. 300.–. Zudem verpflichtete-

te er ihn, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– (exkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Urk. 20).

b) Mit fristgerechter Eingabe vom 13. November 2017 erhob der Kläger Beschwerde mit dem folgenden Antrag (Urk. 19 S. 2):

" Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 10. August 2017 vollumfänglich aufzuheben;

Es sei folglich die provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon zu erteilen;

Eventualiter sei das Verfahren aufgrund Verfahrensmängel an die Vorinstanz zurückzuweisen;

Eventualiter sei dem Kläger und Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Beschwerdegegnerin."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. Urk. 1 bis Urk. 18).

d) Auf die im Beschwerdeverfahren gemachten Ausführungen des Klägers ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

2. a) Der Kläger machte im erstinstanzlichen Verfahren geltend, ihm sei für den Lohn des Monats November 2016 gemäss Rechtsbegehren Rechtsöffnung zu erteilen. Dieser Anspruch basiere auf dem Arbeitsvertrag (inkl. Mitarbeiterreglement) mit der Beklagten vom 29. April 2015 und 4. Mai 2015. Am 15. September 2016 habe ihm die Beklagte per 30. November 2016 gekündigt. Er sei jedoch krank geworden und zu 100 % arbeitsunfähig gewesen. Dafür habe er mehrere Arztzeugnisse eingereicht, welche bis zum 18. Dezember 2016 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestierten. Deshalb sei die Kündigungsfrist ab dem 3. Oktober 2016 unterbrochen worden und die Sperrfrist eingetreten. Das Arbeitsverhältnis habe somit erst am 31. März 2017 geendet. Die Beklagte sei zur Zahlung des Monatslohnes November 2016 verpflichtet (Urk. 1).

b) Der erstinstanzliche Rechtsöffnungsrichter erwog im angefochtenen Urteil, dass es der Beklagten aufgrund ihrer Einwendungen und den dazu einge-

reichten Unterlagen, insbesondere der Strafanzeige gegen den Kläger, gelungen sei, in nicht haltloser Weise geltend zu machen, dass der Kläger nicht unver- schuldet der Arbeit fern geblieben sei und somit seine Gegenleistung nicht ge- hörig erbracht habe. Selbst wenn sich in den Beilagen der Beklagten aus den Stel- lungnahmen im Verfahren AG170002-C Hinweise finden würden, dass die Um- stände etwas komplizierter seien als im Rechtsöffnungsverfahren dargelegt (unter Hinweis auf Urk. 11/24-25), habe es der Kläger unterlassen, die Einwendungen explizit zu bestreiten und die gehörige Erfüllung seiner Leistungspflicht zu bewei- sen. Daher sei das Begehren um provisorische Rechtsöffnung in Anwendung der Basler Rechtsöffnungspraxis abzuweisen (Urk. 20 S. 3 f. E. 3.1.1 und S. 6 f. E. 3.4.3).

c) Der Kläger kritisiert in seiner Beschwerdeschrift, dass nicht nachvollzieh- bar sei, wieso die Vorinstanz der Beklagten eine Nachfrist zur Abfassung ihrer Stellungnahme gewährte, zumal die Postsendung der Verfügung vom 10. Mai 2017 an die Vorinstanz zurückgesandt worden sei und durch die Post-Nachver- folgung leicht hätte nachverfolgt werden können, welche Schritte die Post für die Zustellung wann unternommen habe (Urk. 19 S. 3).

Die ihm von der Vorinstanz am 20. Juni 2017 mit normaler Post zugestellten Urkunden 10 und 11 der Beklagten habe er nach seiner gesundheitsbedingten Abwesenheit lediglich mit einem Kurzbrief der Vorinstanz mit dem Vermerk "zur Kenntnisnahme: Doppel von act. 10 und 11" vorgefunden. Die Vorinstanz habe ihm keinerlei Frist für eine Stellungnahme eingeräumt. Sie habe auch nichts ver- fügt, so dass er weder habe wissen noch annehmen können, dass ihm zu den zugestellten Akten eine Stellungnahme zugestanden wäre. Dass die Vorinstanz im angefochtenen Urteil nun ausführe, er hätte sich zur Stellungnahme der Be- klagten nicht geäußert, sei stossend. So sei ihm von der Vorinstanz gar keine Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt worden. Durch diese Handlungsweise habe die Vorinstanz sein rechtliches Gehör verletzt. Die Vorinstanz hätte ihm auf- grund der durch die Beklagte nachträglich eingereichten Unterlagen ein Replik- recht in Form einer Verfügung mit Fristansetzung einräumen müssen. Das habe

die Vorinstanz versäumt, weshalb alleine schon aus diesem Grund das Urteil vom 10. August 2017 aufzuheben sei (Urk. 19 S. 3).

Hätte ihm die Vorinstanz eine Frist zur Stellungnahme eingeräumt, so hätte er zu den im Urteil vom 10. August 2017 in Erwägung 2.2 vorgebrachten und völlig unqualifizierten Vorwürfen der Beklagten mit dem in der Beschwerdeschrift nachfolgend Aufgeführten Stellung genommen. Zudem hätte er die Beweise vorlegen können, welche er bereits im Verfahren AG170002-C ins Recht gelegt habe und zu welchen die Vorinstanz in Erwägung 3.4.3 selber gesagt habe, dass dort Hinweise zu finden seien, welche darzutun vermöchten, dass die Umstände komplizierter seien, als im Rechtsöffnungsverfahren dargelegt. Der Vorwurf der Vorinstanz, er habe es als Kläger unterlassen, die Einwendungen der Beklagten explizit zu bestreiten und die gehörige Erfüllung seiner Leistungspflicht zu beweisen, so dass das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung abzuweisen sei, müsse aus den vorgebrachten Gründen entschieden zurückgewiesen werden. Die Vorinstanz habe diesen Umstand selber herbeigeführt, indem sie ihm keine Gelegenheit zur Stellungnahme geboten und ihm so das rechtliche Gehör verweigert habe (Urk. 19 S. 4).

Richtig sei, dass zwischen ihm und der Beklagten seit 1. Mai 2015 ein Anstellungsverhältnis gemäss Anstellungsvertrag vom 29. April 2015 und 4. Mai 2015 bestanden habe. Mit Kündigungsschreiben vom 15. September 2016 habe die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit ihm per 30. November 2016 gekündigt (Urk. 19 S. 4). Am 3. Oktober 2016 sei er krank geworden und habe der Beklagten ordnungsgemäss ein Arztzeugnis eingereicht. Mit Eintritt des Krankheitsfalles sei die Kündigungsfrist unterbrochen worden und es sei die 90-tägige Sperrfrist eingetreten. In der Folge habe er der Beklagten aufgrund seiner weiter andauernden Krankheit jeweils ordnungsgemäss und fristgerecht Arztzeugnisse eingereicht. Diese hätten ihm eine hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Ein Arztzeugnis müsse den Namen des Patienten, das Datum der ärztlichen Untersuchung, die Dauer und den Grad der Arbeitsunfähigkeit enthalten und es müsse daraus ersichtlich sein, ob es sich um eine Krankheit oder einen Unfall handle. Es müsse jedoch nicht eine Arbeitsunfähigkeit belegen. Die eingereichten Arztzeug-

nisse erfüllten die gesetzlichen Vorschriften vollumfänglich. Zudem sei eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin auch nicht an das Beibringen eines Arzzeugnisses gekoppelt. Hierbei handle es sich lediglich um eine betriebliche Ordnungsvorschrift. Die Arbeitgeberin sei deshalb auch nicht berechtigt, ihre Lohnfortzahlungspflicht von der Anerkennung der Arbeitsunfähigkeit durch die Taggeldversicherung abhängig zu machen, geschweige denn, den Mitarbeiter bezüglich der Leistungen während des Arbeitsverhältnisses einfach direkt an den Versicherer zu verweisen. Dies insbesondere dann nicht, wenn eine Wartefrist von 60 Tagen bestehe. Die vorliegende Eingabe um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung betreffe das Salär für den Monat November 2016, also für die Zeit während der 60-tägigen Wartefrist. Da die Kündigung jeweils auf das Ende eines Monats erfolge und die Kündigungsfrist aufgrund der 90-tägigen Sperrfrist erst ab 1. Januar 2017 neu zu laufen begonnen habe, habe die zweimonatige Kündigungsfrist am 31. März 2017 und nicht, wie von der Beklagten in ihrer Klageschrift vom 12. Mai 2017 im Verfahren AG170002-C in Ziffer 2.4 eingeräumt, am 28. Februar 2017 geendet (Urk. 19 S. 5 f.).

Im Übrigen führt der Kläger in seiner Beschwerdeschrift einzig Tatsachenbehauptungen aus, welche er im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren nicht vorgebracht hatte (Urk. 19 S. 4 ff.).

3. Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 326 N 3 f.).

Der Kläger brachte im Rahmen des vorliegenden Rechtsöffnungsverfahrens die in seiner Beschwerdeschrift ab Seite 4 enthaltenen Tatsachenbehauptungen – abgesehen von den in vorstehender Erwägung 2 lit. c aufgeführten Tatsachenbehauptungen – erstmals im Beschwerdeverfahren vor. Die diesbezüglichen Vorbringen sind im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO als verspätet zu betrachten und können daher im Beschwerdeverfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Das-

selbe gilt für die erstmals zusammen mit der Beschwerdeschrift eingereichten Urkunden 22/13 bis 22/16.

4. a) Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

b) Im Gebiet des Schuldbetreibungsrechts hat das Bundesgericht entschieden, dass der Rechtsöffnungsprozess, der auf ein durch Rechtsvorschlag eingestelltes Betreibungsverfahren folgt, ein neues Verfahren darstellt. Der Schuldner muss allein aufgrund der Zustellung eines Zahlungsbefehls und des von ihm dagegen erhobenen Rechtsvorschlags noch nicht mit einem Rechtsöffnungsverfahren bzw. mit der Zustellung damit zusammenhängender Verfügungen rechnen. Die Zustellfiktion greift deshalb für das erste Schriftstück nicht, das dem Schuldner im Rahmen der Rechtsöffnung zugestellt werden soll (BGE 138 III 225 E. 3.1 m.w.H.; BGer 5D\_130/2011 vom 22. September 2011, E. 2.1 m.w.H.). Bei einem Versand mit eingeschriebener Post trägt die beklagte Partei somit keine Nachteile, wenn sie die zur Abholung gemeldete Sendung nicht binnen Frist abholt, da mangels Vorliegens eines Prozessrechtsverhältnisses die Zustellfiktion (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) nicht gilt.

Beim Versand der Verfügung vom 10. Mai 2017 handelte es sich um die erste Zustellung im gerichtlichen Rechtsöffnungsverfahren. Da die Beklagte gemäss genannter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht mit einer Zustellung seitens der Vorinstanz rechnen musste, konnte der erstinstanzliche Richter auch nicht von der Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ausgehen, nachdem die Beklagte die besagte Verfügung bei der Poststelle nicht abholte. Hätte sich die Beklagte in der Folge nicht selbst bei der Vorinstanz gemeldet (Urk. 7), hätte der erstinstanzliche Richter der Beklagten die Verfügung vom 10. Mai 2017 solange zustellen müssen, bis diese die Verfügung in Empfang genommen hätte.

Bei der mit Verfügung vom 2. Juni 2017 bis am 16. Juni 2017 angesetzten Frist handelt es sich somit nicht um eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO oder eine Nachfrist im Sinne von Art. 148 Abs. 1 ZPO, sondern um eine ori-

ginäre Fristansetzung zur Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren des Klägers. Dies ist gesetzeskonform.

c) Der Kläger rügt sodann eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs, da ihm keine formelle Frist zur Ausübung des Replikrechts angesetzt worden sei.

Gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Gerichtsverfahren, unter Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit. Diese Garantien umfassen das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten. Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht. Dieses Replikrecht besteht unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme oder zur Orientierung zugestellt worden ist. Dabei wird aber erwartet, dass eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung erhält und dazu Stellung nehmen will, dies umgehend tut oder zumindest beantragt; ansonsten wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGer 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017, E. 2.2 m.w.H.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht kein Anspruch darauf, formell zur Stellungnahme eingeladen zu werden (BGer 2C\_1107/2016 vom 5. April 2017, E. 2.1 m.w.H.). Entsprechend ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht bereits darin zu sehen, dass die Vorinstanz dem Kläger die Stellungnahme der Beklagten zustellte, ohne eine Replikfrist anzusetzen.

d) Der Kläger macht in rechtlicher Hinsicht im Beschwerdeverfahren nicht geltend, dass die Basler Rechtsöffnungspraxis durch den erstinstanzlichen Richter zu Unrecht bzw. falsch angewandt worden sei. Zur vorinstanzlichen Erwägung, der Beklagten sei aufgrund ihrer in der Erwägung 3.4.2 des angefochtenen Urteils angeführten Einwendungen und den dazu eingereichten Unterlagen, insbesondere der Strafanzeige gegen den Kläger, gelungen, in nicht haltloser Weise geltend zu machen, dass der Kläger nicht unverschuldet der Arbeit fern geblieben sei und somit seine Gegenleistung nicht gehörig erbracht habe, bringt der Kläger, abge-

sehen von den in vorstehender Erwägung 3 genannten und nach Art. 326 Abs. 1 ZPO im Beschwerdeverfahren nicht mehr zulässigen Tatsachenbehauptungen, nichts Konkretes vor.

e) Somit erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Beschwerdeantwort der Beklagten oder eine Stellungnahme der Vorinstanz einzuholen (Art. 322 ZPO, Art. 324 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

5. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die Beschwerde war, wie aufgezeigt, von vorneherein aussichtslos, weshalb dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren die von ihm beantragte unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt werden kann. Überdies hat der Kläger nicht dargelegt, dass er mittellos wäre.

6. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Spruchgebühr ist gestützt auf Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 500.– festzusetzen. Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Beklagten für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Beklagten wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel der Urk. 19, 21 und 22/2-21, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit-  
telfrist 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 Be-  
schwerde 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  
Fr. 10'030.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. Februar 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:  
sf