

ZH_OBERGERICHT RT120200 vom 21. Juni 2013

ZH Obergericht, 2013-06-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT120200

FR: ZH_OBERGERICHT RT120200 du 21 juin 2013

IT: ZH_OBERGERICHT RT120200 del 21 giugno 2013

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil vom 3. Dezember 2012 erteilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster (fortan: die Vorinstanz) dem Kläger [recte: Gesuchsteller] und Beschwerdegegner (fortan: der Gesuchsteller) in der Be- treibung Nr. ... des Betriebsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 27. April 2012) provisorische Rechtsöffnung (für eine ausstehende Lohnforderung des Monats März 2012) in der Höhe von Fr. 8'082.45 und Betriebskosten sowie Kosten und Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren (Urk. 2/1; Urk. 27 S. 10).

E. 1.1

Gegenstand des Rechtsöffnungsbegehrens bildet eine Lohnforderung des Gesuchstellers für den Monat März 2012 im Nettobetrag von Fr. 8'082.45 (Urk. 1; Urk. 2/1; Urk. 8 S. 2; Urk. 12/4). Der Gesuchsteller stützt diese auf einen zwischen den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrag vom 22. September 2004 (Urk. 2/2) sowie eine nachträgliche Änderungsvereinbarung vom 25./30. März 2009 (Urk. 12/3), welche auf Seiten der Gesuchsgegnerin jeweils von D._____ unterzeichnet wurden.

E. 1.2

Die Gesuchsgegnerin stellt der Lohnforderung des Gesuchstellers Gegenforderungen aus Verstoß gegen ein nachvertragliches Konkurrenzverbot in der Höhe einer vereinbarten Konventionalstrafe von Fr. 45'000.– entgegen, eventualiter aus Schadenersatz wegen mehrfacher Verletzung des Arbeitsvertrags im

- 5 - Umfang von Fr. 5'965.50 sowie aus Übernahme eines Zahlungsverprechens im Betrag von Fr. 36'600.–. Sie macht damit den Einwand der Tilgung der Forderung durch Verrechnung geltend (Urk. 11 S. 9 ff. N. 34 ff.)

E. 2

Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte [recte: Gesuchsgegnerin] und Beschwerdeführerin (fortan: die Gesuchsgegnerin) mit Eingabe vom 17. Dezember 2012 rechtzeitig Beschwerde und stellte dabei folgende Beschwerdeanträge (Urk. 26 S. 2): "1. Es sei das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom

E. 2.1

Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsteller verfüge für die ausstehende Lohnforderung des Monats März 2012 im Betrag von Fr. 8'082.45 über eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG, welche zur provisorischen Rechtsöffnung berechtige (Urk. 27 S. 5 E. 2.2.6.). Die Gesuchsgegnerin verwies sie mit ihren Einwendungen auf den ordentlichen Prozessweg, da der Gesuchsteller einerseits bei seiner Lohnforderung erfolgreich den Verrechnungsausschlussgrund nach Art. 323b Abs. 2

OR habe anrufen können und andererseits die Einwendungen ohnehin insgesamt nicht glaubhaft erscheinen würden (Urk. 27 S. 9 f. E. 2.3.5.).

E. 2.2

Im Beschwerdeverfahren unbestritten geblieben ist die rechtliche Qualifikation des vorgelegten Arbeitsvertrags sowie der Abänderungsvereinbarung als provisorischer Rechtsöffnungstitel. Strittig hingegen ist die Beurteilung der Tilgungseinrede durch Verrechnung. Die Gesuchsgegnerin rügt in diesem Zusammenhang eine mehrfache unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO (Urk. 26 S. 3 ff. N. 6 ff.). 3. Der Schuldner hat den seiner Einwendung zu Grunde liegenden Sachverhalt im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft zu machen; ob dieser die Schuldanerkennung zu entkräften vermag, hat das Gericht von Amtes wegen zu beachten, wobei er sich hierfür auf eine summarische Prüfung beschränken darf. Je eindeutiger und unbedingter das Schuldbekenntnis ist, desto höhere Anforderungen sind an das Glaubhaftmachen zu stellen (Stahelin, in: Stahelin/Bauer/Stahelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Art. 1 - 158 SchKG, Basel 2010, 2. Aufl., Art. 82 N. 88). Eine Einwendung erscheint als glaubhaft, wenn objektive Anhaltspunkte vorliegen, welche die Behauptung derart untermauern, dass das Gericht überwiegend geneigt ist, an deren Wahrheit zu glauben. Es steht ihm dabei ein gewisses Ermessen zu (vgl. Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 349 f. m.w.H.).

- 6 -

E. 3

Mit Verfügung vom 11. Januar 2013 wurde der Antrag der Gesuchsgegnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Gleichzeitig wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens über Fr. 450.– angesetzt (Urk. 32 S. 4). Nachdem dieser innert erstreckter Frist rechtzeitig einging (Urk. 33 - Urk. 35), wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 4. Februar 2013 Frist zur Beantwortung der Beschwerde anberaumt (Urk. 36 S. 2). Mit Eingabe vom 18. Februar 2013 erstattete der

- 3 - Gesuchsteller innert Frist Beschwerdeantwort und stellte dabei folgenden Beschwerdeantrag (Urk. 37 S. 2): "Die Beschwerde sei abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 3. Dezember 2012 (EB120298) sei vollumfänglich zu bestätigen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Beschwerdeführerin."

E. 3.1

Unrichtige Anwendung von Art. 248 ff. ZPO (Regeln des summarischen Verfahrens)

E. 3.1.1

Die Gesuchsgegnerin rügt als Erstes, die Vorinstanz habe sich in ihrem Urteil an verschiedensten Stellen einer rechtlichen Auseinandersetzung und Würdigung verweigert. So habe diese festgehalten, dass sich das Rechtsöffnungsgericht nicht mit "heiklen materiellrechtlichen Fragen" auseinandersetzen habe. Dies sei unzutreffend und entbehre jeglicher gesetzlicher Grundlage. Das Rechtsöffnungsgericht habe sich mit sämtlichen ihm stellenden materiellrechtlichen Fragen auseinandersetzen. Es könne daher auch nicht sein, so die Gesuchsgegnerin, dass sie auf den ordentlichen Prozessweg verwiesen werde, weil es im Zusammenhang mit dem Verrechnungsausschlussgrund nach Art. 323b Abs. 2

OR laut Vorinstanz nicht die Aufgabe des Rechtsöffnungsgerichts sei, über die Höhe der unpfändbaren Quote einer Lohnforderung zu entscheiden. Wenn, dann wäre das Rechtsöffnungsbegehren in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mangels Bestimmtheit des Forderungsbetrages abzuweisen gewesen (Urk. 26 S. 3 f. N. 6 ff.).

E. 3.1.2

Das Rechtsöffnungsverfahren ist von Gesetzes wegen nicht nur im summarischen (Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO), sondern darüber hinaus auch in einem raschen Verfahren durchzuführen (Art. 84 Abs. 2 SchKG: Eröffnung des Rechtsöffnungsentscheides innert fünf Tagen nach Stellungnahme des Betriebes). Dadurch verbleibt dem Rechtsöffnungsgericht neben der Prüfung der Tauglichkeit der präsentierten Urkunden als Rechtsöffnungstitel weder verfahrensrechtlich noch zeitlich Raum (Art. 254 ZPO), um zugleich über den materiellen Bestand der betriebenen Forderung befinden zu können (vgl. BGer 5A_206/2013 E. 2.2). Hierfür besteht das Institut der Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG, mit welcher die in Betreuung gesetzte Forderung umfassend materiell geprüft wird (Art. 219 ff. ZPO). Hätte sich das Rechtsöffnungsgericht bereits mit sämtlichen ihm stehenden materiellrechtlichen Fragen auseinandersetzen, so würde die Aberkennungsklage ihren Gehalt verlieren. Demzufolge ergibt sich zwangsläufig eine durch Gesetz eingeschränkte Prüfungskompetenz des Rechtsöffnungsgerichts. Die Feststellung der Vorinstanz, das Rechtsöff-

- 7 - nungsgericht habe sich nicht mit "heiklen materiellrechtlichen Fragen" auseinandersetzen, ist daher weder unzutreffend noch entbehrt sie jeglicher gesetzlicher Grundlage. Nach dem Gesagten ist gerade in Bezug auf die Berechnung der Höhe der unpfändbaren Quote einer Lohnforderung im Sinne von Art. 323b Abs. 2 OR das ordentliche Gericht anzurufen.

E. 3.1.3

Da die Gesuchsgegnerin die Bedarfsberechnung des Gesuchstellers und damit einhergehend die Berechnungsgrundlage zur Ermittlung der unpfändbaren Lohnquote in tatsächlicher Hinsicht bestritten hat, ohne indes ihre Ansicht zum Bedarf des Gesuchstellers darzulegen (Urk. 22 S. 12 N. 60), sind dem Rechtsöffnungsgericht darüber hinaus mangels Angaben die Hände gebunden. Dass es grundsätzlich nicht die Aufgabe des Rechtsöffnungsgerichts sein kann, die Parteien zur Substantiierung ihrer Behauptung aufzufordern, ergibt sich ebenfalls aus dem Gesetz, wonach der Schuldner Einwendungen sofort glaubhaft zu machen hat (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Ohnehin hätte die Gesuchsgegnerin genügend Zeit gehabt, um die entsprechenden Vorbereitungen zu treffen. Indem sie Rechtsvorschlag erhoben und den Gesuchsteller damit auf den Prozessweg verwiesen hat, musste sie um eine mögliche gerichtliche Auseinandersetzung wissen. Zudem standen der Gesuchsgegnerin im vorinstanzlichen Prozess zwei Parteivorträge zur Verfügung, wovon der zweite im schriftlichen Verfahren durchgeführt wurde (Urk. 11; Urk. 22). War es ihr bis dahin nicht möglich, die entsprechenden Unterlagen zu beschaffen, würde deren Beschaffung den Rahmen der Sachverhaltsprüfung im summarischen Verfahren gewiss sprengen (Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO; vgl. Stücheli, a.a.O., S. 351). Die Feststellung der Vorinstanz, dass es nicht die Aufgabe des Rechtsöffnungsgerichts sei, über die Höhe der unpfändbaren Lohnquote im Sinne von Art. 323b Abs. 2 OR zu entscheiden, trifft demnach zu.

E. 3.1.4

Die von der Gesuchsgegnerin angetönte (jedoch nicht konkret zitierte) bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach das Rechtsöffnungsbegehren mangels Bestimmtheit des Forderungsbetrages abzuweisen gewesen wäre, betrifft im Zusammenhang mit der provisorischen Rechtsöffnung einzig den Fall, in welchem aus der vorgelegten Schuldanererkennung kein vorbehalt- oder bedingungsloser

- 8 - Wille des Schuldners hervorgeht, dem Gläubiger eine bestimmte oder zumindest leicht bestimmbare Geldsumme zu zahlen. Dies träfe beispielsweise zu, wenn sich der Schuldner in der Schuldanererkennung das Recht zur Verrechnung mit Gegenforderungen ausdrücklich vorbehalten hätte (vgl. BGer 5A.458/2012 E. 3.2 m.w.H.). Dass sich aus dem Arbeitsvertrag oder der nachträglichen Abänderungsvereinbarung keine bedingungslose Zahlungspflicht der Gesuchsgegnerin ergebe, wurde allerdings nicht geltend gemacht und geht darüber hinaus auch nicht aus den erwähnten Urkunden hervor. Daher hat die Vorinstanz das Rechtsöffnungsbegehren zu Recht nicht mangels Bestimmtheit des Forderungsbetrages abgewiesen.

E. 3.1.5

Damit erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet.

E. 3.2

Unrichtige Anwendung von Art. 323b Abs. 2 OR (Verrechnungsverbot)

E. 3.2.1

Die Gesuchsgegnerin rügt weiter, die Vorinstanz habe verkannt, dass nach Art. 323b Abs. 2 OR Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden unbeschränkt verrechnet werden dürften. Es hätte deshalb einer detaillierten Beurteilung der von der Gesuchsgegnerin erhobenen Einwendungen bedurft, da als Gegenforderung des Arbeitgebers im Sinne von Art. 323b Abs. 2 OR alle Forderungen gegenüber dem Arbeitnehmer gelten würden, gleichgültig, ob diese aus dem Arbeitsverhältnis stammen, Vertragsverletzungen oder unerlaubte Handlungen darstellen würden (Urk. 26 S. 4 f. N. 9 ff.).

E. 3.2.2

Der Gesuchsgegnerin ist beizupflichten, dass gemäss Art. 323b Abs. 2 OR Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden unbeschränkt verrechnet werden dürfen. Ob allerdings die geltend gemachten Schäden tatsächlich absichtlich zugefügt wurden, ist von der Gesuchsgegnerin sofort glaubhaft zu machen. In ihrer Klageantwort führte sie diesbezüglich aus, der Gesuchsteller habe seine arbeitsvertraglichen Pflichten in grobfahrlässiger Weise verletzt (Urk. 11 S. 6 N. 18 ff., S. 11 N. 51). Grobe Fahrlässigkeit indes genügt nicht, um unbeschränkt verrechnen zu können (Streff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiscommentar zu Art. 319 - 362 OR, Zürich/Basel/Genf 2012, 7. Aufl., Art. 323b N. 6). In ihrer Duplik sodann findet sich einzig der Hinweis, der Gesuchsteller ha-

- 9 - be das Konkurrenzverbot schuldhaft und absichtlich verletzt sowie absichtlich eine private Rechnung mit Mitteln der Gesuchsgegnerin bezahlt (vgl. dazu nachstehend), ohne das voluntative Element der übrigen vorgeworfenen Schadenszufügungen zu substantiieren (Urk. 22 S. 11 N. 59). Folglich gelingt der Gesuchsgegnerin das Glaubhaftmachen ihres Einwandes nicht. Die Vorinstanz ist demnach zu Recht zumindest hinsichtlich dieser weiteren Schadenszufügungen von einem Verrechnungsverbot nach Art. 323b Abs. 2 OR ausgegangen.

E. 3.2.3

Damit erweist sich die Beschwerde auch in diesem Punkt als un- begründet.

E. 3.3

Unrichtige Anwendung von Art. 82 SchKG i.V.m. Art. 4 ZGB (Ermes- sensüberschreitung)

E. 3.3.1

Die Gesuchsgegnerin rügt des Weiteren, der Gesuchsteller habe mit einer auf "E._____" [und nicht wie es korrekterweise heissen sollte, auf D._____] lautenden F._____-Karte, zu welcher nur der Gesuchsteller den Pincode gekannt habe, eine private Rechnung für anwaltliche Dienstleistungen über Fr. 1'965.60 zu Lasten der Gesuchsgegnerin beglichen (Urk. 11 S. 4 N. 10). Bezüglich dieser Forderung sei von der Vorinstanz festgehalten worden, dass die von der Ge- suchsgegnerin eingereichten Dokumente ihre Sachdarstellung nicht zu untermau- ern vermögen würden. Die Vorinstanz würde dabei einen derart überzogenen und strengen Massstab an das Glaubhaftmachen anlegen, dass es ihr dadurch ver- unmöglich würde, mit ihrem Standpunkt durchzudringen (Urk. 26 S. 5 N. 13 ff.).

E. 3.3.2

Es ist der Gesuchsgegnerin beizupflichten, dass zwischen der F._____-Karte und dem Geschäftskontoauszug sowie zwischen Letzterem und der vorgelegten Rechnung ein Zusammenhang besteht. So wurde über das ent- sprechende Geschäftskonto mit der dazugehörigen Karte unmittelbar nach Rech- nungsstellung eine Zahlung im Rechnungsbetrag ausgelöst (Urk. 12/5; Urk. 12/7; Urk. 12/6). Allerdings sagt dieser Zusammenhang weder aus, wer die Karte be- nutzt und den dazugehörigen Pincode gekannt haben soll, noch wem konkret Rechnung gestellt wurde. Rein aus der Behauptung der Gesuchsgegnerin, die Einlösung der Karte sei nicht durch D._____ erfolgt, zu schliessen, es solle auto-

- 10 - matisch der Gesuchsteller gewesen sein, der einzig über die Verwendung dieser Karte und deren Pincode Bescheid gewusst haben soll (Urk. 22 S. 5 N. 15), er- scheint nicht glaubhaft. Nach allgemeiner Lebenserfahrung erscheint es unwahr- scheinlich, dass ein als seriös bekanntes Finanzinstitut wie die F._____ ohne per- sönliches Zutun D._____s einem Dritten eine Karte ausstellen oder ebendiesem den Pincode dafür bekannt geben würde. Der Folgeeinwand der Gesuchsgegne- rin, es könne nicht D._____ gewesen sein, der die Karte beantragt habe, da auf der Karte sein Vorname fälschlicherweise "E._____" laute und diesem ein solcher Fehler nicht unterlaufen wäre (Urk. 22 S. 5 N. 15), ist im Vergleich zu einem Feh- ler der F._____, eine Karte samt Pincode einem unberechtigten Dritten ausge- händigt zu haben, deutlich weniger wahrscheinlich. Entscheidend ist indessen, dass sich aus der Faktur selber nicht ergibt, wer die in Rechnung gestellte anwalt- liche Dienstleistung bezogen hat. Denn die Rechnungsstellerin kombiniert in der Adresszeile ihrer Honorarnote den persönlichen Namen des Gesuchstellers mit der Adresse der Gesuchsgegnerin (Urk. 12/6). Dem Umstand, es sei auf der Rechnung der Name des Gesuchstellers angeführt, kann wiederum die Tatsache entgegen gehalten werden, dass dies angesichts seiner Tätigkeit als operativer Geschäftsführer und damit einhergehend als Ansprechperson gegen aussen (vgl. Urk. 17/5) kein ausschlaggebendes Indiz ist. Auch die Behauptung der Gesuchs- gegnerin, wonach sie seit jeher und in jederlei Belang durch dasselbe Anwaltsbü- ro vertreten würde wie im vorliegenden Verfahren und sie deshalb keinen Grund zur Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen der rechnungsstellenden An- waltskanzlei gehabt habe (Urk. 22 S. 4 N. 13), wurde nicht im Geringsten sub- stantiiert. Insgesamt liegen nicht genügend

objektive Anhaltspunkte vor, um an die Wahrheit des vorliegenden Einwandes glauben zu können. Die Vorinstanz hat demnach keinen überzogenen und strengen Massstab für die Glaubhaftmachung angelegt.

E. 3.3.3

Damit erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet.

- 11 -

E. 3.4

Unrichtige Anwendung von Art. 82 SchKG i.V.m. Art. 4 ZGB (Ermessensüberschreitung) und Art. 340c Abs. 2 OR (Wegfall Konkurrenzverbot)

E. 3.4.1

Die Gesuchsgegnerin hatte vor der Vorinstanz geltend gemacht, die Parteien hätten im Arbeitsvertrag vom 22. September 2004 ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart. Für jede Übertretung würde der Geschuchsteller eine Konventionalstrafzahlung von jeweils Fr. 45'000.– schulden. Ein solches Konkurrenzverbot falle gemäss Art. 340c Abs. 2 OR dann dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis künde, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben habe. Dieser Fall, so die Gesuchsgegnerin, liege vorliegend offensichtlich nicht vor. Aus der Kündigungsbeurteilung vom 10. Februar 2012 gehe hervor, dass dem Geschuchsteller wegen mangelhafter Leistungen gekündigt worden sei. Aber auch das illoyale Verhalten des Geschuchstellers biete genügend begründeten Anlass zur Kündigung, was denn auch als Kündigungsgrund nachgeschoben werde. So oder anders habe das nachvertragliche Konkurrenzverbot Bestand, wogegen der Geschuchsteller durch die Gründung der G. _____ GmbH verstossen habe (Urk. 11 S. 7 ff. N. 27 ff., S. 11 N. 45 ff.; Urk. 22 S. 7 ff. N. 32 ff.).

E. 3.4.2

Die Gesuchsgegnerin rügt in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz habe sich in ihrem Urteil weder mit der schriftlichen Kündigungsbeurteilung noch mit der dazugehörigen Vorgeschichte und den Umständen auseinandergesetzt. Entsprechendes gelte auch für die Möglichkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen zur Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbotes nach Art. 340c Abs. 2 OR. Die Vorinstanz vergesse, dass der begründete Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 1 [recte: Abs. 2] OR nicht Eingang in die Kündigungsbeurteilung finden müsse bzw. nicht Voraussetzung für die Geltendmachung der Konventionalstrafe gegenüber dem Arbeitnehmer bilde und begnüge sich mit der Feststellung, es sei nicht glaubhaft gemacht worden, die mangelhafte Leistung des Geschuchstellers sei für die Kündigung ausschlaggebend gewesen. Schliesslich lasse die Vorinstanz die Möglichkeit einer geteilten Verantwortlichkeit für die Kündigung gänzlich unberücksichtigt, wobei sich dies angesichts des Wortlauts in zweiter Linie geradezu aufdrängen würde (Urk. 26 S. 5 ff. N. 16 ff.).

- 12 -

E. 3.4.3

Gemäss Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein nachvertragliches Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat. Dabei ist zunächst auf den tatsächlichen Beendigungsgrund abzustellen (BGE 130 III 353 E. 2.2.2). Ein Nachschieben von

Kündigungsgründen im Prozess, also die Nennung von Gründen, die im Kündigungszeitpunkt nicht bekannt waren oder in der Kündigungsbe- gründung nicht oder anders genannt wurden, ist gemäss Lehre und Rechtspre- chung möglich. Zur Begründung der Kündigung können jedoch nur Tatsachen angeführt werden, die sich vor deren Empfang zugetragen haben. Dabei muss es sich um einen durch den Arbeitnehmer zu verantwortenden begründeten Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR handeln (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340c N. 3 mit Verweis auf Art. 335 N. 17 m.w.H.). Ein solcher ist anzuneh- men, wenn das Vorkommnis bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann, es sich folglich vom Gehalt her um mehr als nur eine geringfügige Vertragsverletzung handelt (Streiff/von Ka- enel/Rudolph, a.a.O., Art. 340c N. 3; BGE 130 III 353 E. 2.2.1).

E. 3.4.4

Der Gesuchsgegnerin ist zwar zuzustimmen, dass sich aus dem Wort- laut der Kündigungsbeurteilung: "Wir haben über die Gründe gesprochen und sie sind dir auch bekannt. Die gesetzten Ziele konnten in der Vergangenheit bis heute nicht erzielt werden. [...]" (Urk. 17/1) ergibt, dass infolge Nichterreichung der Ziele gekündigt wurde. Doch wer oder was zur Nichterreichung geführt hat bzw. haben, steht damit keinesfalls fest. Dies kann daher den Anforderungen an die Glaub- haftmachung eines vorwerfbaren Verhaltens des Gesuchstellers nicht genügen. Dasselbe gilt auch für das Vorbringen, es müssten die Vorgeschichte und Um- stände der Kündigung mitberücksichtigt werden. Es liegt zwar durchaus im Rah- men des Vorstellbaren, dass gewisse Budget- und Umsatzzahlen nicht wie im ge- planten Masse (Urk. 22 S. 3 N. 7 f.) und dadurch die in der Kündigungsbeur- tung angetönten Ziele nicht erreicht werden konnten. Doch wer oder was zur Nichterreichung geführt hat bzw. haben, bleibt auch bei diesem Vorbringen offen. Folglich kann bei diesem Zwischenergebnis auch keine geteilte Verantwortlichkeit der Parteien für die Kündigung in Frage kommen.

- 13 -

E. 3.4.5

Da der Gesuchsgegnerin die Glaubhaftmachung des begründeten An- lasses im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR mit der Kündigungsbeurteilung miss- lingt, gilt im Rechtsöffnungsverfahren die von der Gesuchsgegnerin ausgespro- chene Kündigung vom 25. Januar 2012 als unbegründet und damit das nachver- tragliche Konkurrenzverbot gemäss Art. 340c Abs. 2 OR als dahingefallen (vgl. BGer 4P.47/2005 E. 2). Ob dieser Wegfall nun allenfalls wieder umgestossen werden kann, hängt davon ab, ob die Gesuchsgegnerin glaubhaft machen kann, dass sich vor Empfang der Kündigung ein anderweitiger tatsächlich vom Gesuch- steller zu verantwortender begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ereignet hat, der als Kündigungsgrund nachgeschoben werden kann.

E. 3.4.5.1

Als ersten Kündigungsgrund schiebt die Gesuchsgegnerin den An- lass nach, wonach der Gesuchsteller mit einer auf "E._____" [und nicht wie es korrekterweise heissen sollte, auf D._____] lautenden F._____-Karte eine private Rechnung des Gesuchstellers unberechtigterweise über das Konto und zulasten der Gesuchsgegnerin bezahlt haben soll. Wie bereits dargelegt, vermochte die Gesuchsgegnerin diese Behauptung nicht glaubhaft zu untermauern (oben S. 9 f. E. 3.3.), weshalb dieser angeführte Anlass keinen begründeten

Anlass darstellt, der als Kündigungsgrund nachgeschoben werden könnte.

E. 3.4.5.2

Als weiteren Kündigungsgrund schiebt die Gesuchsgegnerin den Anlass nach, wonach der Gesuchsteller Parkplatzmieten aus unberechtigter Vermietung eines der Gesuchsgegnerin gehörenden Parkplatzes an einen Dritten einbehalten haben soll (Urk. 11 S. 4 f. N. 11 ff.). Der Gesuchsteller gesteht zwar ein, im Zeitraum Winter 2010 bis Winter 2012 zwei Mal je Fr. 50.– aus der Vermietung eingenommen zu haben, bringt jedoch hervor, dieses Geld in die Kaffeekasse der Gesuchsgegnerin getan zu haben (Urk. 16 S. 4 f. N. 8). Der Gesamtbeitrag von Fr. 100.– wird vom Dritten schriftlich bestätigt (Urk. 17/4).

Demgegenüber wendet die Gesuchsgegnerin ein, zwei ihrer Mitarbeiterinnen wüssten nichts von einer internen Kaffeekasse (Urk. 12/8). Der Gesuchsgegnerin gelingt es jedoch zugeständenermassen nicht, glaubhaft zu machen, der Gesuchsteller hätte auf diese Weise bedeutend mehr Miete oder diese in einem wesentlich kürzeren Zeitraum eingenommen (Urk. 11 S. 5 N. 13). Demzufolge kann sie auch nicht glaub-

-haft machen, dass die erstellte Handlung des Gesuchstellers vom Gehalt her eine geringfügige Vertragsverletzung übersteigen würde, welche bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung gegeben hätte. Es fehlt damit an der Kausalität, weshalb auch dieser angeführte Anlass keinen begründeten Anlass darstellt, der als Kündigungsgrund nachgeschoben werden könnte.

E. 3.4.5.3

Sodann schiebt die Gesuchsgegnerin als Kündigungsgrund den Anlass nach, wonach der Gesuchsteller unbefugt pornografische Dienstleistungen auf das Geschäfts-Mobiltelefon der Gesuchsgegnerin abonniert haben soll (Urk. 11 S. 5 N. 14 ff.). Die von der Gesuchsgegnerin ins Recht gelegten Schreiben sagen nichts darüber aus, ob derartige Dienstleistungen abonniert wurden, geschweige denn, von wem (Urk. 12/9; Urk. 12/10). Da keine Rechnung für die vermeintlich bezogenen Leistungen vorliegt, wäre es ebenso realistisch, dass auf das Mobiltelefon unaufgefordert (kostenlose) "Werbe-SMS" – wie die betreffende Unternehmung ihre Nachrichten selber bezeichnet (Urk. 12/10) – eingegangen sind. Demnach misslingt der Gesuchsgegnerin die Glaubhaftmachung dieses Vorbringens, weshalb dieser angeführte Anlass ebenfalls keinen begründeten Anlass darstellt, der als Kündigungsgrund nachgeschoben werden könnte.

E. 3.4.5.4

Ferner schiebt die Gesuchsgegnerin den Anlass der Pflichtverletzung durch den Gesuchsteller im Zusammenhang mit der Bestellung von ...-Operations-Schuhen des Universitätsspitals ... als Kündigungsgrund nach. Der Gesuchsteller habe es unterlassen, die durch die Gesuchsgegnerin importierten ...-Operations-Schuhe vor deren Versand an das Universitätsspital ... einer (Stich-) Kontrolle zu unterziehen, wie dies seine Aufgabe gewesen wäre. Deshalb hätte die Gesuchsgegnerin die schadhafte Schuhe für Fr. 2'800.– zurücknehmen müssen, wobei eine Rückforderung gegenüber dem Exporteur faktisch ausgeschlossen sei. In diesem Zusammenhang habe es der Gesuchsteller auch versäumt, für die mangelhafte Ware rechtzeitig eine Ersatzlieferung aus Taiwan in Auftrag zu geben, weshalb diese per Express-Import mit Mehrkosten von Fr. 1'200.– hätten eingeführt werden müssen (Urk. 11 S. 6 N. 18 ff.).

- 15 - Die ...-Operations-Schuhe litten nach Angaben des Universitätsspitals ... an mangelhaften Sohlen, welche sich nach einer Tragedauer von weniger als einer Woche zu lösen begonnen hätten (Urk. 17/5). Dass es dabei die Aufgabe des Gesuchstellers – als operativer Geschäftsführer – gewesen wäre, Wareneingänge auf deren Qualität zu kontrollieren, gelingt der Gesuchsgegnerin weder glaubhaft zu machen, noch ergibt sich dies aus dem Arbeitsverhältnis (Urk. 2/2; Urk. 12/3). Ferner gelingt es der Gesuchsgegnerin nicht, glaubhaft zu machen, dass eine (Stich-) Kontrolle den entsprechenden Mangel an den Tag hätte legen können, handelte es sich doch offenbar um einen versteckten Mangel, der nicht auf An- hieb zu erkennen war. Des Weiteren ist in keiner Weise glaubhaft gemacht, dass der Gesuchsteller einen Express-Import für Ersatzware mit Mehrkosten von Fr. 1'200.– zu verantworten hätte. Dazu fehlen jegliche objektive Anhaltspunkte wie etwa eine Auftragsbestätigung oder Rechnung. Zum angeblichen Fehlverhalten des Gesuchstellers gibt auch das interne E-Mail einer Mitarbeiterin des Uni- versitätsspitals ... vom 3. Februar 2012 keine verlässliche Auskunft, gibt die Ver- fasserin doch lediglich die zuvor von D._____ erhaltene Nachricht über das an- gebliche Fehlverhalten des Gesuchstellers wieder, ohne selber direkte Kenntnis vom Verhalten des Gesuchstellers zu haben und dessen Verhalten auf irgendeine Weise negativ zu würdigen (Urk. 22 S. 7 N. 27; Urk. 12/12). Auch dieser ange- führte Sachverhalt stellt damit keinen begründeten Anlass dar, der als Kündi- gungsgrund nachgeschoben werden könnte.

E. 3.4.5.5

Als letzten Kündigungsgrund schiebt die Gesuchsgegnerin das un- befugte externe Herunterladen von Daten der Gesuchsgegnerin durch den Ge- suchsteller nach. Nach Aussagen der Gesuchsgegnerin selber ereignete sich die- ser Vorfall erst nach Verlassen des Arbeitsplatzes durch den Gesuchsteller, mit- hin nach der Kündigung (Urk. 11 S. 7 N. 24 ff.). Da es sich demnach um eine Tat- sache handelt, die sich nach Empfang der Kündigung zugetragen hat, stellt dieser angeführte Anlass ebenfalls keinen begründeten Anlass dar, der als Kündigungs- grund nachgeschoben werden könnte.

- 16 -

E. 3.4.5.6

Zusammengefasst vermag die Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft zu machen, dass sich vor Empfang der Kündigung ein anderweitiger tatsächlich vom Gesuchsteller zu verantwortender begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ereignet hätte, der erfolgreich als Kündigungsgrund nachgeschoben werden könnte. Das nachvertragliche Konkurrenzverbot gilt damit im Rechtsöff- nungsverfahren nicht als ausreichend glaubhaft gemacht, womit die Frage nach einem allfälligen Verstoss gegen das geltend gemachte Konkurrenzverbot und der Verrechnung einer deswegen verfallenen Konventionalstrafe gegenstandslos wird.

E. 3.4.6

Obwohl die Gesuchsgegnerin an sich zu Recht rügt, die Vorinstanz habe die Möglichkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen im Falle von Art. 340c Abs. 2 OR nicht umfassend genug geprüft, kommt diesem Einwand im Ergebnis keine entscheidrelevante Bedeutung zu. Insgesamt erweist sich die Be- schwerde auch in diesem Punkt als unbegründet.

E. 3.5

Unrichtige Anwendung von Art. 82 SchKG i.V.m. Art. 4 ZGB (Ermessensüberschreitung) und Art. 82 OR (Einrede der nicht gehörigen Erfüllung)

E. 3.5.1

Die Gesuchsgegnerin machte vor der Vorinstanz geltend, der Gesuchsteller und D._____ für die H._____ AG hätten am 25. März 2009 eine "Grundsatzvereinbarung & Partnerschaftsvertrag" abgeschlossen. Dadurch sei der Gesuchsteller neben der bisherigen Alleinaktionärin H._____ AG zu einem Drittel Aktionär der Gesuchsgegnerin geworden. Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 3. November 2011 habe sich der Gesuchsteller als Aktionär bereit erklärt, den operativen Geschäftsverlust der Gesuchsgegnerin entsprechend seiner Beteiligung an der Gesuchsgegnerin zu tragen bzw. Fr. 36'600.– in die Gesellschaft einzuschiessen. Das Generalversammlungsprotokoll verweise sodann auch auf den in der "Grundsatzvereinbarung & Partnerschaftsvertrag" bestehenden Aktionärsbindungsvertrag, wonach Gewinne wie auch Verluste anteilmässig verteilt bzw. übernommen würden. Diesem Zahlungsverprechen sei der Gesuchsteller jedoch nicht nachgekommen (Urk. 11 S. 9 f. N. 36 ff.; Urk. 22 S. 11 N. 51).

- 17 -

E. 3.5.2

Die Gesuchsgegnerin rügt in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz übergehe in Überschreitung des ihr zukommenden Ermessens die untermauerte Sachverhaltsdarstellung der Gesuchsgegnerin, wonach sich die Aktionäre der Gesuchsgegnerin in Übereinstimmung mit dem zwischen ihnen bestehenden Aktionärsbindungsvertrag bereits in der Vergangenheit anteilmässig am Verlust der Gesuchsgegnerin beteiligt hätten. Zudem habe die Vorinstanz dem Gesuchsteller im Falle eines echten Vertrags zugunsten eines Dritten (Gesuchsgegnerin) die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im Sinne von Art. 82 OR zugestanden, mit der Begründung, dass der Schuldner (Gesuchsteller) dem Dritten alle Einreden entgegenhalten könne, die ihm aus dem Deckungsverhältnis zum Gläubiger (Gesuchsgegnerin) zustünden, obwohl der Gesuchsteller selber die Einrede gar nicht erhoben habe (Urk. 26 S. 9 N. 28 f.; Urk. 27 S. 9 E. 2.3.4.4.).

E. 3.5.3

Dem Protokoll der 8. [recte: 9.] ordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 3. November 2011 ist folgendes zu entnehmen (Urk. 12/19 S. 3 Ziff. 5): "5. Verwendung/Deckung des Geschäftsverlustes Herr D._____ erläutert den Antrag, dass der operative Geschäftsverlust von 110'465.07 durch die Aktionäre zu tragen ist. Der operative Verlust von CHF 110'465.07 soll wie folgt getragen werden: B._____, Anteil 1/3 am Verlust ergibt CHF 36'600.--. Die Zahlen und die Berechnung ist in Ordnung und wird einstimmig genehmigt. Herr D._____ macht den Vorschlag, den Verlustanteil B._____ gemäss den Abmachungen aus der Grundsatzvereinbarung & Partnervertrag vom 25.3.2009 zu verrechnen. Die Uebernahme des operativen Verlustes von CHF 110'465.07 durch die Aktionäre im obgenannten Sinne wird einstimmig angenommen." Da der Gesuchsteller an besagter Generalversammlung anwesend war und der Antrag auf Tragung des Verlustanteils der Gesuchsgegnerin durch die Aktionäre einstimmig von den Anwesenden angenommen wurde (Urk. 12/19 S. 1), ist glaubhaft, dass sich der Gesuchsteller anlässlich der Generalversammlung verpflichtet hat, den operativen Verlust der Gesuchsgegnerin im Umfang von

- 18 - Fr. 36'600.– zu tragen. Eine konkrete Zahlungspflicht des Gesuchstellers wurde in diesem Rahmen hingegen nicht vereinbart. Es wurde zwar mit erwähntem Beschluss entschieden, den Verlustanteil des Gesuchstellers gemäss den Abmachungen der "Grundsatzvereinbarung & Partnerschaftsvertrag" zu verrechnen. Mit dieser Formulierung bleibt jedoch unklar, welche Forderung verrechnet werden soll. Aus der Vereinbarung selber ergibt sich – abgesehen von allfälligen Gewinnbeteiligungsforderungen des Gesuchstellers und der H._____ AG – keine Forderung zugunsten der Gesuchsgegnerin, welche verrechnet werden könnte. Eine derartige Forderung der Gesuchsgegnerin lässt sich auch nicht aus einem allfälligen Aktionärsbindungsvertrag begründen, liegt ein solcher denn auch nicht den Akten bei (Urk. 12/18). Damit erscheint fraglich, ob die in Betreuung gesetzte Forderung des Gesuchstellers überhaupt mit dem Betrag von Fr. 36'600.– verrechnet werden kann. Dies gilt umso mehr, als dass im Protokoll der

E. 3.5.4

Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet. 4. Insgesamt erweisen sich sämtliche Vorwürfe, die Vorinstanz hätte das Recht im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO unrichtig angewandt, als unbegründet. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen. 5. Damit erweist sich auch die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen als korrekt (Urk. 27 S. 10; Art. 48 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, fortan: GebV SchKG, SR 281.35, vgl. ZR 110/2011 Nr. 28; Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 ZPO). IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 450.– festzusetzen sowie ausgangsgemäss der vollumfänglich unterliegenden Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit ihrer geleisteten Kautions zu verrechnen (Urk. 32 - Urk. 35). Zudem ist die Gesuchsgegnerin antragsgemäss zu verpflichten (Urk. 37 S. 2), dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren gestützt auf § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1 und 2, § 9 sowie § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV, LS 215.3) eine Parteientschädigung von Fr. 900.–, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer, zu bezahlen. Es wird erkannt:

E. 4

Die Beschwerdeantwort wurde der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom

E. 8

ordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 1. September 2010 ausdrücklich festgehalten wurde, dass der Verlustanteil des Gesuchstellers entweder mittels Darlehensgewährung der Gesuchsgegnerin oder mit Lohnbezügen des Gesuchstellers verrechnet würde und damit eine konkretisierbare verrechenbare Gegenforderung der Gesuchsgegnerin bestimmt wurde, obwohl die "Grundsatzvereinbarung & Partnerschaftsvertrag" schon damals bestanden hatte (Urk. 17/3; Urk. 12/18). Letztlich gelingt es der Gesuchsgegnerin nicht, glaubhaft zu machen, sie würde vorliegend gegenüber dem Gesuchsteller eine Forderung besitzen und diese verrechnen können. Selbst wenn eine verrechenbare Forderung der Gesuchsgegnerin bestünde, so wäre der Verrechnungsausschlussgrund für Lohnforderungen nach Art. 125 Ziff. 2 OR zu beachten, wonach die Gesuchsgegnerin wiederum die unpfändbare Lohnquote darzulegen gebraucht hätte, um ihre Forderung mit der Lohnforderung des Gesuchstellers verrechnen zu können. Wie bereits ausgeführt, hat sie dies jedoch im vorinstanzlichen Verfahren versäumt,

weshalb eine Verrechnung auf diesem Wege ebenfalls daran scheitern würde (oben S. 6 f. E. 3.1.). Nach dem Gesagten spielt auch die Frage nach der Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR durch den Gesuchsteller gegenüber der Gesuchsgegnerin im Rahmen eines echten Vertrags zugunsten eines Dritten keine Rolle.

- 19 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.