

Arbeitsrecht und SchKG: Die Rechtsöffnung

von Dr. iur. Christoph Senti, Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter HSG und ZhaW, Altstätten SG

1. Vorbemerkungen¹

Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht regelt die Zwangsvollstreckung von Geldforderungen oder Sicherheitsleistungen². Gemäss Legaldefinition des Arbeitsvertrages³ ist der Arbeitgeber diejenige Vertragspartei, welche ihre vertragliche Verpflichtung in Form einer Geldforderung zu erfüllen hat. Entsprechend beschäftigt sich der vorliegende Text denn auch mit Forderungen eines Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber⁴.

Erhebt der Schuldner gegen eine Betreibung Rechtsvorschlag, so hat der Gläubiger diese Einrede mittels Rechtsöffnung zu beseitigen⁵. Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren Urteil, so wird die definitive Rechtsöffnung erteilt, sofern die Forderung weder getilgt, noch gestundet oder verjährt ist⁶. Die provisorische Rechtsöffnung wird erteilt, wenn die Forderung auf einer durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht und der Betriebsbene nicht sofort Einwendungen glaubhaft macht, die die Schuldanerkennung entkräften⁷. Auch wenn die gesetzliche Regelung klar scheint, werfen arbeitsrechtliche Besonderheiten diverse Fragen auf, und für die Durchsetzung einer Lohnforderung ist es für den ratsuchenden Arbeitnehmer von grosser Bedeutung, ob er über einen provisorischen oder definitiven Rechtsöffnungstitel verfügt oder den ordentlichen Prozessweg beschreiten muss.

2. Definitive Rechtsöffnung

Im Arbeitsvertragsrecht ist die definitive Rechtsöffnung wohl regelmässig das Ergebnis eines rechtskräftigen bzw. vollstreckbaren, zivilrechtlichen Urteils.

2.1 *Gerichtsurteil*

Als Urteil bezeichnet das Bundesgericht ein in einem kontradiktorischen Verfahren erlassener staatlicher Hoheitsakt⁸. Rechtsöffnung kann verlangt werden sowohl für die gerichtlich beurteilte Forderung⁹ als auch die in einem Gerichtsurteil festgelegten Gerichts- und Anwaltskosten oder Prozessbussen¹⁰. Der Entscheid muss eindeutig eine Verurteilung zur Zahlung enthalten, weshalb nur für Leistungs-, nicht aber für Feststellungs- oder Gestaltungsurteile die definitive Rechtsöffnung erteilt werden kann¹¹.

2.2 Vollstreckbarkeit

2.2.1 Gerichtsurteile

Während der Wortlaut des Gesetzes ein «vollstreckbares» gerichtliches Urteil voraussetzt¹², ist sich die Praxis einig, dass der Entscheid formell rechtskräftig sein muss und somit nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann¹³. Anspruch auf definitive Rechtsöffnung gewähren nicht nur Endurteile, sondern auch Zwischen- bzw. Teilentscheide¹⁴ oder vorsorgliche Massnahmen¹⁵. Ergreift der Schuldner gegen einen Teil des Urteils ein Rechtsmittel, so bestimmt sich die Frage, ob der nicht angefochtene Rest des Urteils rechtskräftig wird, nach kantonalem Prozessrecht¹⁶. Nach Ansicht von *Stahelin* geht die Entwicklung zu Recht dahin, die Teilrechtskraft zuzulassen¹⁷.

Die Vollstreckung eines teilweise rechtskräftigen Urteils bietet sich überall dort an, wo eine Partei nicht gegen das gesamte Urteil, sondern lediglich gegen einzelne Punkte des Urteildispositivs ein Rechtsmittel ergreift. Denkbar ist bspw., dass die Verpflichtung zur Zahlung einer Lohnforderung akzeptiert wird, jedoch der Wortlaut des Arbeitszeugnisses weiterhin umstritten bleibt und nur in diesem Punkt ein Rechtsmittel ergriffen wird¹⁸. Praktisch interessanter ist meines Erachtens aber die Frage, ob die teilweise Anfechtung eines Gerichtsurteils auch dann zur formellen Rechtskraft mindestens eines Teils des Urteils führt, wenn nur gegen einzelne, nicht aber gegen alle zu zahlenden Forderungen ein Rechtsmittel ergriffen wird¹⁹.

Wie noch zu zeigen sein wird²⁰, muss die Forderung, für welche die definitive Rechtsöffnung erteilt werden soll, beziffert sein²¹ und zwar entweder im Rechtsöffnungstitel selbst oder in einer Nebenakte, auf die sich der Haupttitel bezieht²². Im Unterschied zur provisorischen Rechtsöffnung bedingt die definitive Rechtsöffnung eine direkt oder (durch Verweis) indirekt bezifferte Forderung. Die Forderung muss also bestimmt sein, Bestimmbarkeit genügt nicht²³. Wird ein Urteil nur zum Teil rechtskräftig, so ist dies mittels einer Rechtskraftbescheinigung nachzuweisen, welche üblicherweise nicht vom urteilenden Gericht²⁴, sondern durch die Rechtsmittelinstanz ausgestellt wird²⁵.

Meines Erachtens ist die definitive Rechtsöffnung in jedem Fall dann zu erteilen, wenn die unstrittige Forderung einerseits und die angefochtene Forderung andererseits in zwei verschiedenen Ziffern des Urteildispositivs oder mindestens in Form von zwei separat erwähnten Beträgen erwähnt sind. Dies wäre im genannten Beispiel vermutlich der Fall, da die Gerichte die Forderung von zwei Monatslöhnen (Ersatz für den Lohn während der Kündigungsfrist) nicht selten als Bruttobetrag zusprechen²⁶, während bei der Strafzahlung nach Art. 337c OR keine Sozialabzüge vorzunehmen sind²⁷. Entsprechend muss das Gericht in seinem Urteil diese beiden zu bezahlen-

den Forderungen trennen, womit diese einzeln beziffert sind. Schwieriger zu beurteilen ist die Situation, wenn sämtliche Forderungen als Brutto- oder Nettobetrag zugesprochen werden und sich nur aus der Urteilsbegründung bzw. der Rechtsmittelschrift der Gegenpartei ergibt, welche Forderungen anerkannt und welche angefochten werden²⁸. Ob in solchen Fällen die definitive Rechtsöffnung erteilt werden kann, hängt meines Erachtens davon ab, ob sich aus dem erstinstanzlichen Urteil und den Eingaben an die Rechtsmittelinstanz zweifelsfrei ergibt, welche Forderungen in welcher Höhe unbestritten geblieben sind. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass sich der Inhalt des Entscheides nicht nur aus dem Dispositiv, sondern auch aus der Urteilsbegründung bzw. den Motiven ergeben kann²⁹.

2.2.2 Vorsorgliche Massnahmen

Vorsorgliche Massnahmen auf Zahlung einer Forderung sind in arbeitsrechtlichen Gerichtsverfahren eher selten. Anzutreffen ist das Gesuch um Sicherheitsleistung³⁰ für die Dauer des Gerichtsverfahrens, wobei in jenen Fällen sich aber nicht der Gläubiger um Vollstreckung bemühen muss, sondern das Gericht die Ausfällung der vorsorglichen Massnahme von der Erbringung der Sicherheitsleistung abhängig machen kann³¹. Die Sicherheitsleistung ist an das Gericht zu zahlen und dieses macht das Eintreten auf das Gesuch von deren Leistung abhängig³². Da in solchen Fällen der Gesuchsteller daran interessiert ist, dass die vorsorgliche Massnahme verfügt wird, wird er auch die geforderte Sicherheitsleistung erbringen, weshalb in solchen Fällen weder eine Betreibung noch eine Rechtsöffnung erforderlich ist.

2.2.3 Schiedsgerichtsurteile

2.2.3.1 Zulässigkeit von Schiedsgerichten im Arbeitsrecht

Eine Schiedsvereinbarung ist nur dann zulässig, wenn das kantonale Prozessrecht keine ausschliessliche Zuständigkeit des staatlichen Gerichts vorsieht³³. Mit «ausschliesslich» «(...) ist nach h. L. gemeint, dass nicht örtlich, sondern auch sachlich keine andere Zuständigkeit möglich ist, also die staatlichen Gerichte unter Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit zwingend zuständig sind.»³⁴ Mit der Einführung des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) wurde die alte Streitfrage, ob die Vereinbarung eines Schiedsgerichts für arbeitsrechtliche Ansprüche zulässig sei, mindestens teilweise geklärt³⁵: Der Entwurf des Bundesrates zum Gerichtsstandsgesetz sah vor, dass Schiedsabreden nur zulässig sind, soweit dadurch nicht von zwingenden Gerichtsständen dieses Gesetzes abgewichen wird. Diese Vorschrift wurde in der parlamentarischen Beratung gestrichen, weshalb die überwiegende Mehrheit der Lehre die Auffassung vertritt, dass das

Gerichtsstandsgesetz den Anwendungsbereich der Schiedsgerichtsbarkeit nicht einschränke und damit die teilzwingenden Gerichtsstände des Art. 24 GestG für den Schiedsort nicht gelten³⁶. Nach *Killias* folgt daraus, «(...) dass das GestG zwar die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen, nicht aber die Zulässigkeit von Schiedsabreden für Arbeitsstreitigkeiten regelt. Das GestG enthält keine Bestimmung über die Schiedsgerichtsbarkeit und schliesst insbesondere nicht aus, dass ein Einzelarbeitsvertrag einem Schiedsgericht zur Entscheidung überwiesen wird.»³⁷

Zu beachten ist nun aber die Regelung in Art. 5 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit, wonach Schiedsvereinbarungen nur insoweit zulässig sind, als die streitigen Ansprüche *der freien Verfügung der Parteien* unterliegen³⁸. «Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten.»³⁹

Nach Ansicht diverser Autoren steht das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR einer Schiedsabrede entgegen, sofern dadurch Ansprüche betroffen bzw. zu beurteilen sind, die unter das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR fallen⁴⁰. Damit ist zu prüfen, welche Ansprüche durch das Verzichtsverbot abgedeckt werden. Dies sind:

- a) Sämtliche Ansprüche, die nach Art. 361 OR absolut oder Art. 362 OR relativ zwingend sind. Hinzu kommen diejenigen Bestimmungen des Einzelarbeitsvertragsrechts⁴¹, deren zwingender Charakter sich aus dem Wortlaut der Norm selbst ergibt;⁴²
- b) Die sich aus dem öffentlichen kantonalen oder eidgenössischen Recht ergebenden Ansprüche, welche nach Art. 342 Abs. 2 OR direkt gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht werden können (Kinderzulagen, Lohngleichheit nach Art. 8 Abs. 3 BV, Feiertagsentschädigungen, Lohnzuschläge für Nacht- oder Sonntagsarbeit etc.)⁴³. Zu diesen öffentlichrechtlichen Bestimmungen zählen insbesondere auch Art. 2 ff. Entsendegesetz⁴⁴;
- c) Lohnforderungen des Angestellten gegenüber dem Arbeitgeber fallen dann unter das Verzichtsverbot von Art. 341 OR, wenn es sich um verbindliche Mindest- oder Paritätslöhne handelt⁴⁵. Im Grundsatz ist die Höhe des zu bezahlenden Lohnes ein Objekt freier Übereinkunft, weshalb Art. 341 OR einem nachträglichen Verzicht durch die oder den Angestellten nicht entgegen steht. Diese Freiheit findet jedoch dort ihre Schranke, wo gesetzliche oder gesamtarbeitsvertragliche Mindestlöhne vorgeschrieben werden⁴⁶;
- d) Forderungen, die sich nicht nur aus zwingenden Vorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts ergeben, sondern auch alle Ansprüche eines Arbeitnehmers als Folge von unabdingbaren Vorschriften eines GAV.⁴⁷

Schiedsgerichtsklauseln in Arbeitsverträgen sind somit nur insoweit zulässig, als es sich um verzichtbare Ansprüche handelt oder die Monatsfrist nach Art. 343 OR abgelaufen ist⁴⁸. Die Kantone sind ausserdem befugt, im Bereich des Arbeitsrechts die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit weiter einzuschränken⁴⁹ und zudem sind auch im Schiedsgerichtsverfahren die Verfahrensgarantien nach Art. 343 Abs. 2–4 OR zu gewährleisten⁵⁰.

2.2.3.2 Rechtsöffnung

Urteile von Schiedsgerichten mit Sitz in demjenigen Kanton, in welchem die Rechtsöffnung erteilt werden soll, werden in allen Kantonen nach dem jeweils kantonalen Recht den Urteilen eines staatlichen Gerichts gleichgestellt⁵¹. Ausserkantonale Schiedsurteile sind gestützt auf Art. 122 BV in allen Kantonen vollstreckbar⁵². Nachzuweisen ist dabei jedoch die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches, was mittels Vollstreckbarkeitsbescheinigung⁵³ oder auf andere Weise nachgewiesen werden kann⁵⁴. Die Vollstreckbarkeitsbescheinigung darf durch das zuständige Gericht nur dann erteilt werden, wenn der Streitgegenstand schiedsfähig war⁵⁵ und diese bindet den Rechtsöffnungsrichter zudem nur dann, wenn sie im gleichen Kanton erlassen wurde⁵⁶. Im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung hingegen darf – unter Vorbehalt der Nichtigkeit eines Urteils⁵⁷ – die sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht mehr überprüft werden⁵⁸.

2.2.4 Urteilssurrogate

Art. 80 Abs. 2 SchKG nennt diverse Urkunden, welche einem gerichtlichen Urteil gleichgestellt sind und für die ebenfalls die definitive Rechtsöffnung erteilt werden kann. Es sind dies:

- der gerichtliche Vergleich und die gerichtliche Schuldanerkennung⁵⁹;
- auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichtete Verfügungen und Entscheide von Verwaltungsbehörden des Bundes⁶⁰;
- innerhalb des Kantonsgebietes Verfügungen und Entscheide kantonaler Verwaltungsbehörden über öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, wie Steuern, soweit das kantonale Recht diese Gleichstellung vorsieht⁶¹.

2.2.4.1 Gerichtliche Vergleiche und Schuldanerkenntnisse

Der gerichtliche Vergleich ist einem gerichtlichen Urteil gleichgestellt und berechtigt zur definitiven Rechtsöffnung⁶². Gewisse kantonale Prozessordnungen sehen vor, dass der Vergleich bereits mit dessen Abschluss rechtskräftig wird⁶³. Im Kanton St. Gallen hingegen führt ein gerichtlicher Vergleich zur Abschreibung des Verfahrens in Form eines Erledigungsbeschlusses⁶⁴, welcher mit Berufung an das Kantonsgericht⁶⁵ oder Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht⁶⁶ angefochten werden kann. Insofern bedingt die Erteilung einer definitiven Rechtsöffnung auch bei

gerichtlichen Vergleichen die formelle Rechtskraft des Gerichtsbeschlusses. Da in einer schriftlichen Vergleichsvereinbarung der Schuldner bezeichnet und die zu zahlende Forderung beziffert ist und der Vergleich durch den Schuldner unterzeichnet wird, dürfte bei fehlender Rechtskraft mindestens die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden⁶⁷, sofern der Schuldner keine Einwendungen nach Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft macht und die Forderung fällig ist⁶⁸.

Nicht zur definitiven Rechtsöffnung berechtigt der aussergerichtliche Vergleich⁶⁹. «Auch dann, wenn der Kläger die Klage aufgrund eines aussergerichtlichen Vergleichs zurückgezogen hat, kann keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden»⁷⁰. Kommt es in einem Gerichtsverfahren zu einer gütlichen Einigung, empfiehlt es sich zur einfacheren Vollstreckung der Forderung, das Gerichtsverfahren vergleichsweise zu beenden, anstatt einen aussergerichtlichen Vergleich mit anschliessendem Klagerückzug zu vereinbaren.

Dasselbe gilt auch für Vergleiche vor Schlichtungsbehörden⁷¹. Ein nach den Vorschriften des kantonalen Prozessrechts vor dem Friedensrichter geschlossener Vergleich ist ein gerichtlicher Vergleich, selbst wenn nach kantonalem Prozessrecht dem Friedensrichter keine Spruchkompetenz zukam und die Klage dannzumal noch gar nicht rechtshängig war⁷². Ein vor dem Vermittler geschlossener Vergleich ist im Kanton St. Gallen im Vermittlungsprotokoll festzuhalten⁷³ und dieses ist durch die Parteien zu unterzeichnen⁷⁴. Auch in solchen Fällen empfiehlt sich anstatt der Vereinbarung eines aussergerichtlichen Vergleiches mit Rückzug des Vermittlungsbegehrens die Aufnahme des Vergleichs in das Vermittlungsprotokoll, um einen definitiven Rechtsöffnungstitel zu schaffen.

Wie bereits erwähnt⁷⁵, muss beim definitiven Rechtsöffnungstitel die Forderung bestimmt (d.h. beziffert) sein, Bestimmbarkeit genügt nicht. Zwar darf sich die Bezifferung auch aus Verweisen ergeben⁷⁶, da aber Vergleichsvereinbarungen typischerweise eben keine Urteilsbegründung enthalten, ist in solchen Dokumenten darauf zu achten, dass die zu zahlende Forderung genau beziffert ist⁷⁷. Dies gilt insbesondere für Vergleichsvereinbarungen vor dem Friedensrichter, welcher üblicherweise nur marginal über den Streitgegenstand informiert ist. Insofern wäre auch der Hinweis von *Stahelin* nicht hilfreich, wonach bei ungenügend bezifferten Urteilen zur Klärung der Forderung das Urteil durch den Sachrichter zu erläutern ist⁷⁸.

Aus praktischer Sicht sind im Arbeitsrecht Fragen im Zusammenhang mit Vermittlungsverfahren nur dann von Bedeutung, wenn die kantonale Prozessordnung vorgängig ein solches Verfahren verlangt. Im Kanton St. Gallen ist dies nicht der Fall, weil Streitigkeiten bis CHF 30 000.– in den Zuständigkeitsbereich der Arbeitsgerichte fallen⁷⁹, bei welchen kein vor-

gängiges Vermittlungsverfahren notwendig ist⁸⁰. Bei Streitigkeiten über CHF 30 000.– ist ein Vermittlungsverfahren freiwillig⁸¹, die Klage kann auch direkt beim zuständigen Gericht eingereicht werden.

2.3 Inhaltliche Anforderungen an den Rechtsöffnungstitel

Ein Gerichtsurteil gilt nur dann als definitiver Rechtsöffnungstitel, wenn der Grundsatz der «drei Identitäten» erfüllt ist, der Schuldner im Urteil zur Zahlung verpflichtet wird und die zu bezahlende Forderung fällig und beziffert ist.

2.3.1 Identität des Betriebenen mit dem im Entscheid Verpflichteten

Das Gericht hat von Amtes wegen zu prüfen, ob die zur Zahlung verpflichtete Person mit der betriebenen Person identisch ist⁸². Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist gestützt auf ein Urteil gegen eine Zweigniederlassung auch bei der Betreuung der Gesellschaft an deren Hauptsitz die definitive Rechtsöffnung zu erteilen⁸³.

Eine nur auf Gesetz bestehende Verpflichtung ohne entsprechendes Urteil berechtigt nicht zur definitiven Rechtsöffnung⁸⁴. Deshalb wird gegen einen Schuldner trotz gesetzlicher Mithaftung keine definitive Rechtsöffnung erteilt, wenn er im betreffenden Urteil nicht als Partei zur Zahlung verpflichtet wurde⁸⁵. Ein Urteil gegen den Arbeitgeber mit der Verpflichtung zur Lohnfortzahlung wegen Krankheit gilt also nicht als definitiver Rechtsöffnungstitel gegenüber der Krankentaggeldversicherung⁸⁶. Ebenso wenig gilt das Gerichtsurteil gegen den ehemaligen Arbeitgeber als definitiver Rechtsöffnungstitel gegenüber dem neuen Arbeitgeber im Falle einer Betriebsübernahme⁸⁷.

Unklar ist nach Ansicht von *Staehelin* die Frage der Erteilung einer definitiven Rechtsöffnung im Falle eines Übergangs der Haftung bzw. Forderung durch Universalsukzession⁸⁸. Eine solche Rechtsnachfolge kann sich bei Tod des Inhabers bzw. Arbeitgebers einer Einzelfirma ergeben⁸⁹ oder durch den Übergang von Aktiva und Passiva einer übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft im Falle einer Fusion⁹⁰. Zusammen mit anderen Autoren vertritt *Staehelin* die Auffassung, dass in solchen Fällen gegen den Rechtsnachfolger die definitive Rechtsöffnung erteilt werden sollte, wenn die Rechtsnachfolge urkundlich nachgewiesen und diese durch den Rechtsöffnungsrichter (von Amtes wegen) umfassend geprüft wurde⁹¹. In Bezug auf die Fusion erwähnenswert scheint mir der Verweis in Art. 27 FusG auf die Vorschriften der Betriebsübernahme⁹². Aufgrund der Universalsukzession nach Art. 22 FusG wäre davon auszugehen, dass üblicherweise eine definitive Rechtsöffnung auch gegen die übernehmende Gesellschaft erteilt wird. Betrachtet man nun aber den Verweis auf Art. 333 OR in der

Sondernorm zum Arbeitnehmerschutz⁹³ als *lex specialis*, gilt nicht mehr der Grundsatz der Universalsukzession, sondern lediglich eine «gesetzliche Mithaftung», welche nicht zur definitiven Rechtsöffnung berechtigt⁹⁴ und die oder den Angestellten somit schlechter stellt. Dies war sicherlich nicht die Absicht des Gesetzgebers bei Erlass von Art. 27 Abs. 1 FusG.

2.3.2 Identität des Betreibenden mit dem im Entscheid Berechtigten

Da in der überwiegenden Mehrheit der Fälle der Arbeitnehmer als natürliche Person Gläubiger einer gerichtlich abgeurteilten Forderung ist, dürfen Fragen im Hinblick auf die Identität von Betreibendem und Gläubiger von geringerer praktischer Relevanz sein.

Die Erbengemeinschaft eines Arbeitnehmers kann gestützt auf ein noch zu Lebzeiten des Erblassers erwirktes Gerichtsurteil die definitive Rechtsöffnung verlangen, sofern dieses Recht auch dem Universalsukzessor zusteht. Die herrschende Lehre scheint dies zu bejahen, wobei das Gericht von Amtes wegen die Rechtsnachfolge eingehend zu prüfen hat⁹⁵.

Gleiches gilt nach *Stahelin* für die Singularsukzession, womit auch der Zessionar für eine durch ihn erworbene, bereits gerichtlich beurteilte Forderung die definitive Rechtsöffnung verlangen kann. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass er die Forderung entweder vor der Zustellung des Zahlungsbefehls erworben hat oder bei einer Betreibung nach Erwerb der Forderung die vorgängige Betreibung durch den Zedenten eingeleitet wurde⁹⁶. Diese Auffassung ergibt sich aus der Überlegung, dass sämtliche, das Recht des Betreibenden begründenden Tatbestände bereits im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls bestanden haben müssen⁹⁷. Die Abtretung von Lohnforderungen durch die oder den Angestellten ist nur in den engen Schranken von Art. 325 OR möglich: Zukünftige Lohnforderungen dürfen nur insoweit abgetreten oder verpfändet werden, als diese nach Art. 93 SchKG pfändbar sind und die Abtretung bzw. Pfändung zur Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten dient.

Die Abtretung zukünftiger Lohnforderungen bedingt eine schriftliche⁹⁸ Willensäußerung durch den Arbeitnehmer und ist zu unterscheiden von der Schuldneranweisung durch ein Gericht nach Art. 177 ZGB oder Art. 291 ZGB. In beiden Fällen geht es jedoch um eine zukünftige Forderung gegenüber dem Arbeitgeber, welche bedingt, dass für die betreffende (zukünftige) Zeitperiode ein Lohnanspruch besteht. Kann der Arbeitgeber im definitiven oder provisorischen Rechtsöffnungsverfahren nachweisen, dass das Arbeitsverhältnis in der lohnrelevanten Periode nicht mehr bestand oder aus anderen Gründen kein Lohnanspruch besteht, ist die Rechtsöffnung zu verweigern⁹⁹.

2.3.3 Identität des Forderungsgrundes in Zahlungsbefehl und Entscheid

Die dritte Identität betrifft den Grund der Forderung. Als Grund für die Forderung muss im Zahlungsbefehl derselbe Lebensvorgang angegeben werden, wie er sich aus dem zu vollstreckenden Entscheid ergibt. Während das Gesetz verlangt, dass im Betreibungsbegehren bzw. Zahlungsbefehl entweder die Forderungsurkunde oder der Grund für die Forderung¹⁰⁰ anzugeben ist, vertritt *Stahelin* die Auffassung, dass der Forderungsgrund angegeben und identisch sein muss. Die Nennung des Rechtsöffnungstitels im Zahlungsbefehl hingegen sei nicht notwendig¹⁰¹. Genügend substantiiert ist der Forderungsgrund, wenn der Schuldner gestützt auf die Informationen im Zahlungsbefehl Klarheit über die Art der Forderung erhält¹⁰². «Der Forderungsgrund soll dem Betriebenen zusammen mit dem übrigen Inhalt des Zahlungsbefehls über den Anlass der Betreibung Aufschluss geben.»¹⁰³ Sicherlich empfiehlt sich bei der Vollstreckung einer Forderung ein sorgfältiges und vollständiges Ausfüllen des Betreibungsbegehrens. Inwieweit aber die Gerichtspraxis mit Hinweis auf den mehr oder weniger präzise formulierten oder gänzlich fehlenden Forderungsgrund die definitive Rechtsöffnung verweigert, ist schwer zu beurteilen. Dies zum einen, weil der Forderungsgrund auch in sehr allgemeiner Form angegeben werden kann¹⁰⁴ und zum anderen, weil im Dispositiv von Gerichtsurteilen häufig nur die Forderungssumme, nicht aber die Anspruchsgrundlage genannt wird. Insofern wäre der angegebene Forderungsgrund durch das Gericht unter Beizug der Urteilsbegründung zu überprüfen.

2.3.4 Verpflichtung zur Zahlung und Fälligkeit

An sich selbstverständlich scheint, dass die definitive Rechtsöffnung nur erteilt werden darf, wenn das Urteil oder Urteilssurrogat den Schuldner zur Zahlung oder Sicherstellung einer Forderung verpflichtet¹⁰⁵. Wird die Zahlungspflicht von einer Bedingung abhängig gemacht, ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung handelt. Bei der Suspensivbedingung¹⁰⁶ obliegt es dem Gläubiger, den Eintritt der Bedingung nachzuweisen. Umgekehrt hat bei der Resolutivbedingung¹⁰⁷ der Schuldner nachzuweisen, dass die Bedingung eingetreten und damit die Zahlungsverpflichtung dahingefallen ist.

Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig¹⁰⁸. Da eine Klage gegen den Arbeitgeber meistens erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingereicht wird, sind sämtliche Forderungen im Zeitpunkt des Urteils fällig und in deren Höhe bestimmbar. Bedingte Urteile sind bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten daher eher selten. Denkbar sind immerhin die in Art. 339 Abs. 2 OR erwähnten Fälle¹⁰⁹ oder Leistungslöhne, deren Auszahlung erst nach Genehmigung der Jahresrechnung durch die ordentliche Generalversammlung fällig wird¹¹⁰.

2.3.5 Bezifferung der Forderung

2.3.5.1 Bestimmtheit der Forderung

«Definitive Rechtsöffnung kann nur erteilt werden, wenn das Urteil die zu bezahlende [...] Summe beziffert.»¹¹¹ Anders als bei der provisorischen Rechtsöffnung genügt Bestimmbarkeit der Forderung nicht¹¹².

Immerhin ist die definitive Rechtsöffnung auch dann zu erteilen, wenn sich die bestimmte Summe aus einem Verweis auf andere Dokumente ergibt¹¹³. «Ein definitiver Rechtsöffnungstitel kann sich auch aus mehreren Urkunden ergeben, wobei mindestens eine Urkunde die Voraussetzungen von Art. 80 SchKG erfüllen muss.»¹¹⁴

In prozessualer Hinsicht erwähnenswert ist diesbezüglich ein Urteil der Justizkommission des Kantons Zug¹¹⁵. Der Gesuchstellerin wurde die definitive Rechtsöffnung für einen pro rata zu bezahlenden 13. Monatslohn gewährt, welcher im Rechtsöffnungstitel (vollstreckbares Gerichtsurteil) allerdings nicht beziffert war. Die Gesuchstellerin verfügte über keine zusätzlichen Belege, mit deren Hilfe sie die Höhe dieser Forderung hätte bestimmen können und verlangte im Rechtsöffnungsverfahren von ihrem Arbeitgeber die Edition der für die Berechnung des 13. Monatslohnes notwendigen Lohnabrechnungen. Die Justizkommission schützte dieses Editions gesuch, obwohl im Rechtsöffnungsverfahren Editionsbegehren im Normalfall unzulässig sind¹¹⁶. Dies mit der Begründung, dass Editionsbegehren auch im Rechtsöffnungsverfahren ausnahmsweise zulässig sind und im Falle einer Ablehnung die Gesuchstellerin gestützt auf Art. 170 Abs. 2 ZGB¹¹⁷ in einem separaten Gerichtsverfahren die Edition hätte verlangen und erneut um definitive Rechtsöffnung hätte ersuchen müssen, wofür es keinen sachlichen Grund gab¹¹⁸.

2.3.5.2 Brutto- oder Nettolohn?

In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten stellt sich jeweils die Frage, ob der Brutto- oder Nettolohn einzuklagen ist. Eine gesetzliche Vorschrift findet sich nicht und die Gerichtspraxis ist uneinheitlich¹¹⁹, auch wenn für die Bestimmung des Streitwertes auf die Bruttolohnforderung abzustellen ist¹²⁰. Die Differenz zwischen Brutto- und Nettolohn besteht nicht nur aus der Summe der gesetzlich vorgeschriebenen und durch den Arbeitnehmer zu bezahlenden Abzüge wie Sozialversicherungsbeiträge¹²¹ oder Quellensteuer. Möglich sind auch vertraglich vereinbarte Abzüge wie beispielsweise Krankentaggeldversicherungsprämien, Miete für eine Dienstwohnung, Abzug für Kost und Logis und andere.

Streiff/von Kaenel vertreten die Auffassung, dass es weniger darauf ankommt, ob das Urteil den Schuldner zur Zahlung eines Brutto- oder Nettolohnes verpflichte, als vielmehr definiert werde, um welchen Betrag es sich handle¹²². «Wird im Urteil der Bruttobetrag zugesprochen, so ist dafür

auch Rechtsöffnung zu erteilen, soweit der Arbeitgeber nicht die Höhe der Sozialabzüge und deren Bezahlung nachweist»¹²³. Diese Aussage erscheint plausibel in Bezug auf die gesetzlich zwingenden Lohnabzüge. Wie es sich verhält, wenn weitere, vertraglich vereinbarte Abzüge hinzukommen, wäre zu prüfen. Im Sinne einer «Bestimmtheit der Forderung» müssten sich meines Erachtens die Art der Abzüge¹²⁴ und deren Höhe¹²⁵ mindestens aus der Urteilsbegründung ergeben. Andernfalls besteht die Gefahr, dass vor dem Rechtsöffnungsrichter Uneinigkeit über die Frage entsteht, ob bestimmte Abzüge vom Bruttolohn zulässig sind oder nicht¹²⁶. Immerhin steht es dem Rechtsöffnungsrichter offen, das Urteil durch den Sachrichter erläutern zu lassen¹²⁷, was jedoch nicht so weit führen darf, dass im Rahmen der Erläuterung über die Frage der Zulässigkeit von bestimmten Lohnabzügen nachträglich materiellrechtlich entschieden wird.

Die Frage, ob das Gericht dem Kläger die Brutto- oder Nettolohnforderung¹²⁸ zuzusprechen hat, ist zwar offenbar nicht gesetzlich geregelt¹²⁹. Meines Erachtens sind die Gerichte bei der Formulierung des Dispositivs jedoch insofern nicht frei, als sie sich an das Rechtsbegehren des Klägers zu halten haben: «Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es bei Gutheissung zum richterlichen Urteil erhoben werden kann.»¹³⁰ Daran ändert auch die *Offizialmaxime* nach Art. 343 OR nichts, weil diese nur die Pflicht der richterlichen Sachverhaltsermittlung regelt¹³¹, nicht aber dazu führt, das das Gericht autonom über den Streitgegenstand, also Art oder Höhe der eingeklagten Forderung, bestimmen darf¹³². Insbesondere wenn der Kläger anwaltlich vertreten und somit auch in prozessualer Hinsicht rechtskundig ist, hat sich das Gericht an das Rechtsbegehren zu halten, womit sich der Kläger ein unklares Urteilsdispositiv, für welches die Rechtsöffnung verweigert wird, selbst zuzuschreiben hätte.

Wurde der Arbeitgeber zur Zahlung eines Bruttolohnes verurteilt und hat er im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens nachzuweisen, dass bzw. welche Lohnabzüge er von dieser Forderung machen darf, stellt dies ein resolutivbedingtes Urteil dar: Der Schuldner wird zur Zahlung verpflichtet, soweit er nicht nachweist, dass die Lohnabzüge bereits bezahlt sind. Dieser Nachweis ist durch Urkunden zu führen¹³³. Gelingt dem Schuldner dieser Beweis nicht, so liegt es an ihm, eine Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG einzureichen oder auf Rückforderung der doppelt bezahlten Beiträge zu klagen¹³⁴.

2.3.5.3 Zinsen

Spätestens seit der Rechtskraft des Urteils befindet sich der Schuldner in Verzug, weshalb für Verzugszinsen auch dann die Rechtsöffnung erteilt werden darf, wenn im Urteil kein Verzugszins ausgewiesen ist¹³⁵. Der gesetzliche Verzugszins beträgt 5%¹³⁶, wobei sich dabei die Frage stellt, ob dieser

Zins auf dem Brutto- oder dem Nettolohn zu bezahlen ist. Häufig sprechen die Gerichte dem Kläger den Bruttolohn zu, bei der Zinsforderung jedoch nur den Zinssatz und den Beginn der Zinsperiode, ohne aber anzugeben, auf welchem Betrag diese 5% zu berechnen sind. Aufschlussreich ist dazu das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 27. September 2004¹³⁷, in welchem es ausführte: «Auf dem nach Abzug der Sozialleistungen verbleibenden Betrag ist das geltend gemachte Zinsbetreffnis von 5% ab 10. Mai 2003 ausgewiesen (...).»¹³⁸. Das Kantonsgericht sprach dem Kläger also nur einen Zins auf dem Nettolohn zu. Eingeklagt wurde gemäss Rechtsbegehren eine Forderung von «Fr. 25 697.95 brutto nebst 5% Zins seit 10. Mai 2003»¹³⁹. Der Berechnung des Verzugszinses ausgehend vom Nettolohn ist dann zuzustimmen, wenn und soweit dem Kläger dadurch kein Nachteil entsteht. Werden dem Arbeitnehmer die Sozialversicherungsbeiträge gutgeschrieben und verzinst, wie wenn sie durch den Arbeitgeber fristgerecht bezahlt worden wären, ist nicht einzusehen, dass dafür Verzugszinsen zu bezahlen sind. Hinzu kommt, dass sich in Bezug auf verspätete Sozialversicherungsbeiträge die Frage stellt, ob der Verspätungsschaden bzw. der Verzugszins nicht durch die zuständige Behörde in Rechnung gestellt werden müsste.

3. Provisorische Rechtsöffnung

3.1 Allgemeines

Verfügt der Gläubiger über eine unterschriebene oder in öffentlicher Urkunde festgehaltene Schuldanerkennung, so kann er vom Richter die vorläufige Beseitigung des Rechtsvorschlags verlangen¹⁴⁰. Die Rechtsöffnung ist indes bloss eine provisorische, da der Schuldner innert 20 Tagen nach deren Erteilung auf dem ordentlichen Prozessweg gegen den Gläubiger die Aberkennungsklage erheben kann¹⁴¹. Mit der Aberkennungsklage verlangt der Schuldner vom Gericht die Feststellung, dass die in Betreuung gesetzte Forderung nicht bestehe. Verliert der Schuldner den Aberkennungsprozess oder erhebt er die Aberkennungsklage nicht fristgerecht, so wird die provisorische Rechtsöffnung zur definitiven¹⁴². Gewinnt er den Aberkennungsprozess, so fällt die Rechtsöffnung dahin. Solange der Aberkennungsprozess hängig ist, kann der Gläubiger die provisorische Pfändung, resp. die Aufnahme eines Güterverzeichnisses beantragen und somit Vermögenswerte des Schuldners blockieren¹⁴³. Zudem hat der Forderungsgläubiger nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung den Vorteil, dass im Aberkennungsverfahren die Parteirollen vertauscht sind, weshalb der Schuldner den Gerichtskostenvorschuss¹⁴⁴ und allenfalls auch eine Sicherheitsleistung für Gerichts- und Parteikosten¹⁴⁵ zu bezahlen hat, sofern die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Für den Gläubiger besteht im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung die Gefahr, dass es dem Schuldner gelingen könnte, mittels formellen Einwänden gegen die Schuldanerkennung oder anderen, glaubhaft gemachten Einwendungen die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung zu verhindern. Wird die provisorische Rechtsöffnung abgewiesen, hat der Gläubiger wertvolle Zeit verloren und die Gerichts- und Parteikosten zu übernehmen. Aus diesem Grund lohnt es sich insbesondere bei niedrigen Forderungen nicht selten, trotz eines vermeintlichen Rechtsöffnungstitels ein ordentliches Verfahren vor Arbeitsgericht einzuleiten, da dieses bis CHF 30 000.– kostenlos ist, als einfaches und rasches Verfahren geführt werden muss¹⁴⁶ und keine Beweismittelbeschränkung¹⁴⁷, sondern die *Ofizialmaxime*¹⁴⁸ gilt.

3.2 *Schuldenerkennung*

Die provisorische Rechtsöffnung wird dem Gläubiger erteilt, wenn er eine unterschriebene Schuldanerkennung vorweisen kann¹⁴⁹. Welches sind die Anforderungen an eine solche Bestätigung?

3.2.1 Unterschrift

Die Anforderungen an die Gültigkeit einer Unterschrift richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts¹⁵⁰. Eine Unterschrift erfüllt zwei Funktionen: Erstens anerkennt der Unterzeichnende die Erklärung und zweitens wird durch die Unterschrift die Identifikation des Erklärenden gewährleistet¹⁵¹. Soweit der Erklärende aus anderen Hinweisen in der Urkunde hinreichend identifizierbar ist, muss der Unterzeichnende nicht mit Vor- und Nachnamen unterschreiben, sondern es kann auch der blosser Vorname, Spitzname, die Angabe einer Verwandtschaftsbezeichnung oder ein (regelmässig verwendetes) Pseudonym genügen¹⁵².

Die Unterschrift muss in ihrer räumlichen Stellung den Inhalt der Urkunde decken, d.h. in der Regel in der Schriftrichtung dem zu bestätigenden Text nachfolgen¹⁵³. Zudem kann die Unterschrift auch auf einem separaten Schriftstück erfolgen, sofern der Bezug zur Urkunde sichergestellt ist. Bei mehreren Urkunden kann die letzte unterzeichnet werden, vorausgesetzt, die Zusammengehörigkeit ist ersichtlich¹⁵⁴.

Das Gerichtsstandsgesetz setzt diverse Formen der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglichen, der schriftlichen Vereinbarung gleich¹⁵⁵. Ausdrücklich erwähnt werden dabei Telex, Telefax und E-Mail. Ob diese Gleichstellung für das Obligationenrecht im Allgemeinen zu übernehmen ist, kann hier offen bleiben¹⁵⁶. Mindestens bei (unterzeichneten) Faxschreiben erklären diverse kantonale Gerichte die Formvorschriften für

eine Schuldanerkennung als erfüllt, wenn die Echtheit der Unterschrift anerkannt oder nicht durch konkrete Umstände bestritten wird¹⁵⁷.

Diese Praxis entspricht auch einer neueren Tendenz im Zivilprozessrecht, wo als Beweise üblicherweise auch unbeglaubigte Urkunden eingereicht werden dürfen. Eine Kopie ist jedoch nur dann ein möglicher Rechtsöffnungstitel, wenn das Original kein Wertpapier ist. Ist das Original ein Schuldschein gemäss Art. 88 OR, so kann der Schuldner die Einwendung glaubhaft machen, er habe das Original bei Bezahlung zurückerhalten¹⁵⁸.

3.2.2 Urkunden

3.2.2.1 Formelle Anforderungen

Die Schuldanerkennung muss nicht zwingend aus einer einzigen Urkunde bestehen, sondern kann sich aus einer Gesamtheit von Urkunden ergeben¹⁵⁹. Nicht einmal der geschuldete Betrag muss notwendigerweise im unterschriebenen Dokument selbst beziffert sein. Es genügt auch, wenn die anerkannte Forderung in einem Dokument erwähnt wird, auf welches sich die unterzeichnete Urkunde bezieht¹⁶⁰. Zwischen der Anerkennungserklärung und den weiteren Aktenstücken muss indes ein offensichtlicher und unzweideutiger Zusammenhang bestehen¹⁶¹.

Die Schuldanerkennung muss nicht zwingend datiert¹⁶² und darf auch jünger als der Zahlungsbefehl sein¹⁶³. Ebenso wenig notwendig ist die Angabe eines Grundes für die Schuld¹⁶⁴. Aus der Urkunde hervorgehen muss jedoch die Willenserklärung des Schuldners auf Bezahlung einer bestimmten Forderung oder Hinterlegung einer bestimmten Sicherheitsleistung bei deren Fälligkeit¹⁶⁵.

3.2.2.2 Einzelarbeitsvertragsrecht als Rechtsöffnungstitel

Der Einzelarbeitsvertrag ist synallagmatischer Natur, womit sich die provisorische Rechtsöffnung gestützt auf einen Arbeitsvertrag nach der Basler Rechtsöffnungspraxis richtet¹⁶⁶. Aufgrund vollkommen zweiseitiger Verträge kann gemäss dieser Praxis provisorische Rechtsöffnung erteilt werden¹⁶⁷:

- solange der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren nicht behauptet, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, oder
- wenn der Schuldner zwar behauptet, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, diese Behauptung aber offensichtlich haltlos ist, oder
- wenn der Gläubiger die Behauptung des Schuldners, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, sofort durch Urkunden liquide widerlegen kann, oder
- wenn der Schuldner gemäss Vertrag vorleisten muss.

3.2.2.3 Einwendungen des Schuldners

Der Arbeitnehmer ist vorleistungspflichtig¹⁶⁸, weshalb dem Arbeitgeber die Möglichkeit offen steht, gegen die provisorische Rechtsöffnung den Einwand der fehlenden oder nicht gehörigen Vertragserfüllung geltend zu machen. Während die Basler Rechtsöffnungspraxis die *Behauptung* des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages als Einwand genügen lässt¹⁶⁹, verlangen gewisse Kantone für die Einrede der Nichterfüllung und/oder die Einrede der mangelhaften Erfüllung eine *Glaubhaftmachung* durch den Schuldner¹⁷⁰. Bei Verträgen mit einer Prüf- und/oder Rügepflicht genügt das Bestreiten der ordnungsgemässen Erfüllung durch den Schuldner nicht, weil er zudem glaubhaft machen muss, dass rechtzeitig Mängelrüge erhoben wurde¹⁷¹.

Der Einwand des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages muss sich auf die Arbeitsleistung des Angestellten beziehen. Die Qualität der Arbeitsleistung¹⁷² kann meines Erachtens nur in Ausnahmefällen als Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages geltend gemacht werden. Dies weil der Arbeitnehmer nur zur Arbeitsleistung, nicht aber zur Erbringung eines Arbeitserfolges verpflichtet ist¹⁷³. Insofern hat der Arbeitgeber eine Arbeitsweise des Gläubigers glaubhaft zu machen, die derart schlecht ist, dass sie zu einem Schadenersatzanspruch führte¹⁷⁴. Inwieweit ihm dies gelingt, ist im Einzelfall zu prüfen.

Ein häufigerer Einwand wird die Nichterfüllung des Vertrages sein, indem der Arbeitgeber glaubhaft macht, der Gläubiger sei überhaupt nicht zur Arbeit erschienen, weshalb auch kein Lohnanspruch bestehe. Ebenfalls möglich ist der Einwand, dass infolge (gerechtfertigter) Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die geltend gemachte Periode überhaupt kein Lohn geschuldet sei¹⁷⁵. Kündigt der Arbeitgeber fristlos, jedoch ohne wichtigen Grund, so endet zwar das Arbeitsverhältnis, der Arbeitgeber hat jedoch jenen Lohn zu bezahlen, welchen der Angestellte bei ordentlicher Kündigung verdient hätte¹⁷⁶. Für diesen fortdauernden Lohnanspruch kann, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen, um provisorische Rechtsöffnung ersucht werden. Diese ist zu erteilen, sofern der Arbeitgeber die Rechtmässigkeit der fristlosen Entlassung nicht glaubhaft machen kann¹⁷⁷. Ebenfalls zu verweigern ist die provisorische Rechtsöffnung, wenn der Arbeitgeber geltend oder glaubhaft macht, dass sich die geschuldete Forderung darum reduziert, weil der Angestellte eine andere Stelle hätte annehmen können¹⁷⁸ oder der Gekündigte Taggelder von der Arbeitslosenversicherung erhielt¹⁷⁹.

Meines Erachtens wird ein solches Vorgehen in der Regel deshalb wenig Sinn machen, weil neben dem entgangenen Lohn auch die Strafzahlung nach Art. 337c Abs. 3 OR zu entrichten ist, für welche der Arbeitnehmer keinen Rechtsöffnungstitel besitzt und somit ohnehin ein Gerichtsverfahren notwendig werden wird. In demselben Gerichtsverfahren wird, als Voraus-

setzung für eine Strafzahlung, die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung überprüft und somit auch über den restlichen Schaden befunden. Gelingt dem Arbeitgeber die Glaubhaftmachung eines zulässigen Grundes für die fristlose Kündigung oder die Verletzung der Schadenminderungspflicht durch den Arbeitnehmer, wird das Gesuch kostenpflichtig abgewiesen.

3.2.3 Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Forderung

3.2.3.1 Höhe der Forderung

Im Unterschied zum definitiven Rechtsöffnungstitel¹⁸⁰ muss die geschuldete Forderung nicht zwingend genau bestimmt sein, *Bestimmbarkeit* genügt ebenfalls¹⁸¹. Ist die Schuldanerkennung nicht beziffert und ergibt sich die Höhe der geschuldeten Forderung aus anderen, darauf verwiesenen Urkunden, so muss die Forderung anhand der eingereichten Unterlagen leicht ausgerechnet werden können¹⁸². Für welche in Betreuung gesetzten Forderungen die provisorische Rechtsöffnung noch erteilt werden kann, und welche als «nicht mehr bestimmbar» gelten, wird nachfolgend näher zu beleuchten sein¹⁸³. Allgemein gilt festzustellen, dass das Gericht die Rechtsöffnung ablehnen darf, wenn es komplizierte Berechnungen zur Bestimmung des genauen Forderungsbetrages anstellen müsste¹⁸⁴.

Welche Positionen vom Bruttolohn abzuziehen sind¹⁸⁵, ergibt sich in der Regel nicht aus dem unterzeichneten Einzelarbeitsvertrag, weil darin – wenn überhaupt – die Berechnung vom Brutto- zum Nettolohn nur in allgemeiner Form erwähnt wird¹⁸⁶. Da sich der provisorische Rechtsöffnungstitel auch aus einer Gesamtheit von Urkunden ergeben kann, ist meines Erachtens der Verweis auf bzw. Beizug einer für einen früheren Monat ausgestellten Lohnabrechnung zulässig. Aus jener sind sowohl Zusammensetzung als auch Höhe von Brutto- und Nettolohn mit den entsprechenden Sozialabzügen ersichtlich.

3.2.3.2 Rechtsöffnung für Forderungen aus Gesetz oder GAV?

Der Arbeitnehmer erhält Ende Monat nicht nur den monatlichen Fixlohn (Grundlohn). Hinzu kommen je nach Sachverhalt diverse weitere Forderungen, welche in der Regel nicht direkt vereinbart, sondern von Gesetzes wegen zu bezahlen sind. Zu denken ist dabei an Sozialzulagen¹⁸⁷, Zuschläge für Überstunden¹⁸⁸, Überzeit¹⁸⁹, Nacht¹⁹⁰ oder Sonntagsarbeit¹⁹¹. Ebenfalls möglich sind Forderungen gestützt auf allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge, welche zwar nicht individuell vereinbart, aber zwingend zu bezahlen sind¹⁹². Beschränkt sich der schriftliche Arbeitsvertrag auf die Nennung der Parteien, Funktion des Angestellten und den vereinbarten Grundlohn, stellt sich die Frage, ob für solche, gesetzlich zwingend vorgesehene Forderungen die provisorische Rechtsöffnung auch dann erteilt werden darf, wenn vertraglich nichts vereinbart wurde und damit nur das

Rechtsverhältnis an sich, nicht aber die gesetzlich geschuldete Forderung unterschriftlich anerkannt ist.

Für die Erteilung einer provisorischen Rechtsöffnung spricht die Tatsache, dass der Arbeitsvertrag eine Anerkennungserklärung darstellt, die sich auf das Rechtsverhältnis insgesamt und nicht nur auf den vertraglich vereinbarten Grundlohn bezieht. Weiter kann dem Arbeitgeber angelastet werden, dass ihm die aus einer Anstellung resultierenden gesetzlichen oder gemäss GAV zu bezahlenden «Begleitforderungen» bekannt waren oder mindestens hätten bekannt sein müssen. Hinzu kommt, dass der Arbeitnehmer sowohl Höhe als auch Zahlung regelmässig ausbezahlter «Begleitforderungen»¹⁹³ mit Hilfe von Lohnabrechnungen vergangener Monate nachweisen kann. Lohnabrechnungen sind insofern aussagekräftig, als sich ja häufig auch Gegenstand und Höhe der vorzunehmenden Sozialversicherungsabzüge nicht aus der vertraglichen Vereinbarung, sondern aus Gesetz und/oder einer Lohnabrechnung des vergangenen Monats ergeben. Zudem drängt es sich meines Erachtens auch aus Praktikabilitätsgründen auf, nicht nur für den Fixlohn, sondern mindestens für regelmässig und in gleicher Höhe ausbezahlte Zulagen oder Zuschläge die provisorische Rechtsöffnung zu gewähren. Dies vor allem, wenn erwiesen und unbestritten ist, dass diese in derselben Höhe bereits in den vergangenen Lohnperioden bezahlt wurden¹⁹⁴.

Dieser Auffassung ist jedoch der Hinweis von *Stahelin* entgegen zu halten, welcher zur Frage, ob für eine Forderung die provisorische Rechtsöffnung mit oder ohne Mehrwertsteuer gewährt wird, auf die vertragliche Vereinbarung abstellt¹⁹⁵:

«Enthält die Schuldanerkennung den Text, dass zur Summe die Mehrwertsteuer geschuldet ist, so ist sie zu Gunsten des Gläubigers ein Rechtsöffnungstitel für die gemäss den gesetzlichen Bestimmungen geschuldete Mehrwertsteuer. Enthält die Schuldanerkennung indes keinen Hinweis auf die Mehrwertsteuer, so kann hierfür auch keine Rechtsöffnung erteilt werden, selbst wenn materiellrechtlich (...) der Schuldner zur Zahlung der Mehrwertsteuer verpflichtet wäre».

Stahelin stellt also auch für solche Forderungen auf die unterzeichnete Anerkennungserklärung ab, die sich von Gesetzes wegen aus dem Rechtsverhältnis bzw. der Transaktion selbst ergeben. Analog ins Arbeitsrecht übertragen führte dies zum Ergebnis, dass nur dann für gesetzlich oder gemäss allgemeinverbindlichem GAV vorgesehene Forderungen die provisorische Rechtsöffnung erteilt wird, wenn mindestens in Bezug auf die Forderung (nicht aber deren Höhe) in der unterzeichneten Urkunde ein Hinweis bzw. Verweis zu finden ist. In dieselbe Richtung argumentiert das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Frage, ob gestützt auf die gerichtlich zugesprochene Unterhaltsleistung die Kinderzulagen zu bezahlen sind¹⁹⁶. Es stellte

fest, dass mangels Erwähnung im Scheidungsurteil die definitive Rechtsöffnung für die Kinderzulagen zu verweigern sei, auch wenn Art. 285 Abs. 2 ZGB ausdrücklich vorsieht, dass diese zusätzlich zum Unterhalt zu bezahlen sind, soweit das Gericht es nicht anders bestimmt. «Gesetzliche Bestimmungen über das Bestehen einer Leistungspflicht bilden jedoch für sich allein nicht schon einen Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG»¹⁹⁷.

Ob eine solche Regelung sinnvoll ist, scheint meines Erachtens zweifelhaft. So darf für Kinderzulagen die Rechtsöffnung an sich gewährt werden, wenn der Arbeitsvertrag deren Zahlung erwähnt¹⁹⁸. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob eine Schuldanerkennung zur Rechtsöffnung berechtigt und ist dabei nicht an allfällige Parteivereinbarungen gebunden¹⁹⁹. Kommt ein Gericht zum Schluss, dass bspw. in Bezug auf die bisher monatlich überwiesenen Kinderzulagen kein Rechtsöffnungstitel besteht, weil deren Zahlung im Arbeitsvertrag nicht erwähnt wird, darf es die Rechtsöffnung nur erteilen, wenn der Arbeitgeber diese Position ausdrücklich anerkennt. Das Schweigen bzw. Nichtbestreiten genügt nicht. Sicherlich richtig ist die Verweigerung der Rechtsöffnung für Lohnbestandteile, die zwar gesetzlich geschuldet sind, bei denen aber nicht klar bzw. nachgewiesen ist, ob die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind²⁰⁰.

3.2.4 Fälligkeit der Forderung und Verzug des Arbeitgebers

Die Fälligkeit hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen²⁰¹. Die in Betreibung gesetzte Forderung muss am Tag der Einreichung des Betreibungsbegehrens fällig gewesen sein und nicht erst am Tag der Zustellung des Zahlungsbefehls²⁰². Insofern ist es nicht möglich, die Fälligkeit der Forderung mittels Zustellung des Zahlungsbefehls herbeizuführen²⁰³. Nicht notwendig ist jedoch, dass die Forderung bereits fällig war, als die Schuldanerkennung unterzeichnet wurde, weshalb es auf der Hand liegt, dass mit Hilfe eines schriftlichen Arbeitsvertrages auch für erst nach dessen Unterzeichnung fällig werdende Lohnforderungen die provisorische Rechtsöffnung verlangt werden kann.

Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden sämtliche daraus resultierenden Forderungen fällig²⁰⁴. Während des laufenden Arbeitsvertrages sieht die gesetzliche Regelung eine Fälligkeit der laufenden Lohnzahlungen auf das Ende eines jeden Monats vor²⁰⁵. Wurde dieser Fälligkeitstermin durch die Vertragsparteien vereinbart, so gerät der Arbeitgeber automatisch in Verzug, sofern die Lohnforderung unbezahlt bleibt²⁰⁶. Beruht die Fälligkeit dagegen allein auf der gesetzlichen Regelung²⁰⁷, so bedarf es einer Mahnung durch den Arbeitnehmer, damit der Arbeitgeber in Verzug gerät²⁰⁸. Falls der Arbeitnehmer den ausstehenden Lohn nicht schon vorgängig anmahnte, befindet sich der Arbeitgeber spätestens mit der Zustellung des Zahlungsbefehls in Verzug²⁰⁹. Im Bereich des Leistungslohns

finden sich zudem weitere Fälligkeitsbestimmungen, wie bspw. bei der Provision des Handelsreisenden²¹⁰ oder für die Ausrichtung eines Anteils am Geschäftsergebnis²¹¹.

3.3 Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung im Einzelfall

3.3.1 Vorbemerkungen

Ob eine Schuldanerkennung zur Rechtsöffnung berechtigt, entscheidet allein der Richter, welcher an diesbezügliche Parteivereinbarungen nicht gebunden ist. Unerheblich ist somit, ob in der Anerkennung selbst auf die Möglichkeit der Rechtsöffnung Bezug genommen wird²¹². Liegt ein provisorischer Rechtsöffnungstitel vor, so ist die Rechtsöffnung zu erteilen, sofern der Arbeitgeber keine Einwendungen geltend bzw. glaubhaft macht, welche die geschuldete Lohnforderung entkräften.

3.3.2 Monatslohn

Der vom Arbeitgeber unterzeichnete Vertrag berechtigt zur provisorischen Rechtsöffnung für den darin vereinbarten Lohn abzüglich Sozialbeiträge²¹³. Dieser Grundsatz wurde durch die Gerichte bereits mehrfach bestätigt²¹⁴.

Schriftlich anerkannt muss nicht unbedingt der geschuldete Betrag sein, sondern lediglich die Anerkennungserklärung selbst. Der geschuldete Betrag muss sich nicht zwingend aus dem unterschriebenen bzw. beurkundeten Dokument ergeben²¹⁵. Insofern ist meines Erachtens die Rechtsöffnung auch dann zu gewähren, wenn im unterzeichneten Einzelarbeitsvertrag kein konkreter Lohn vereinbart wurde, dieser sich aber aus einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag ergibt und zudem mittels Lohnabrechnungen früherer Monate belegt werden kann.

Wohl häufig anzutreffen ist die Situation, dass zwar ein schriftlicher Arbeitsvertrag unterzeichnet wurde, wegen einer zwischenzeitlichen Lohnerhöhung die schriftliche Vereinbarung jedoch nicht mehr mit dem aktuellen Monatslohn übereinstimmt. Kann ein Arbeitnehmer für den aktuellen Monatslohn die Rechtsöffnung verlangen oder ist diese auf den unterschrieben anerkannten Betrag beschränkt? Im Mietrecht findet sich in der Literatur der Hinweis, dass nach einer Mietzinserhöhung selbst dann nur für den im schriftlichen Vertrag vereinbarten Mietzins die provisorische Rechtsöffnung verlangt werden kann, wenn die Mietzinserhöhung korrekt vorgenommen²¹⁶ und durch den Mieter nicht angefochten wurde²¹⁷. Die Rechtsöffnung für den höheren Mietzins kann nur verlangt werden, wenn dieser durch den Mieter unterschrieben anerkannt wurde²¹⁸. *Stücheli* vertritt die Auffassung, dass diese gesetzliche Regelung insofern unbefriedigend sei, «(...) als durch Rechtsöffnung in der Regel nur der Anfangsmietzins oder

ein tieferer geltend gemacht werden kann, obschon die einseitige Änderung des Mietvertrages grundsätzlich von Gesetzes wegen zulässig ist und Gültigkeit erlangt, wenn sie nicht innert bestimmter Fristen angefochten wird. Trotzdem lässt das Gesetz für derartige Ansprüche in der Rechtsöffnung keinen Raum.»²¹⁹ Übernimmt man diese Praxis ins Arbeitsrecht, so besitzt der Angestellte für den höheren, im Arbeitsvertrag aber nicht schriftlich vereinbarten Lohn keinen provisorischen Rechtsöffnungstitel. Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, dass im Arbeitsrecht der Schuldner den höheren Lohn üblicherweise mittels einer schriftlichen, allerdings nicht unterzeichneten, Lohnabrechnung bestätigt. Zu erteilen wäre die provisorische Rechtsöffnung meines Erachtens, wenn die Lohnerhöhung durch den Arbeitgeber mittels eines durch ihn unterzeichneten Begleitbriefes mitgeteilt wird, zusammen mit einer schriftlichen Lohnabrechnung in der Beilage.

3.3.3 Stundenlohn

Wurde der Arbeitnehmer im Stundenlohn mit einer mehr oder weniger variablen Arbeitszeit beschäftigt, bedingt die Berechnung der Forderung nicht nur die Kenntnis des vereinbarten Stundenlohnes, sondern auch die Anzahl der geleisteten Stunden im betreffenden Monat. Auch hier ist eine provisorische Rechtsöffnung meines Erachtens denkbar, wenn der Arbeitnehmer mittels Urkunden sowohl die Höhe des vereinbarten Stundenlohnes als auch die geleistete Arbeitszeit nachweisen kann. Erhielt die oder der Angestellte vom Arbeitgeber eine Arbeitszeitabrechnung für den betreffenden Monat, stellt sich die Frage, ob dies zusammen mit dem schriftlichen Arbeitsvertrag einen provisorischen Rechtsöffnungstitel darstellt. Dafür spricht, dass der Stundenlohn im unterschriebenen Arbeitsvertrag schriftlich vereinbart und die Arbeitszeitabrechnung durch den Arbeitgeber erstellt wurde und somit an sich anerkannt ist. Gegen die Erteilung der Rechtsöffnung kann hingegen eingewendet werden, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei mehreren Urkunden «(...) die unterzeichnete Urkunde auf die Schriftstücke, welche die Schuld betragsmässig ausweisen, klar und unmittelbar Bezug nehmen bzw. verweisen muss (...)»²²⁰. Dem ist jedoch mit *Stahelin* entgegen zu halten²²¹, dass nur die Anerkennungserklärung, nicht jedoch der geschuldete Betrag unterzeichnet, resp. beurkundet sein muss²²² und er spricht auch nur beschränkt von der Notwendigkeit eines «Verweises» oder «Bezugs», sondern lediglich von einem «offensichtlichen und unzweideutigen» Zusammenhang der verschiedenen Urkunden²²³.

Ein Verweis auf die verschiedenen Dokumente fehlte vermutlich auch im Urteil des Bundesgerichts vom 19. Oktober 1988²²⁴: Darin erteilte das Bundesgericht die provisorische Rechtsöffnung für Pensionskassenbeiträge, wobei sich die Schuldverpflichtung aus dem (unterzeichneten) Anschlussvertrag ergab und die Höhe der Forderung mit Hilfe der (unterzeichne-

ten) Lohnlisten und diverser weiterer Angaben zu errechnen war, insbesondere unter Bezug des koordinierten Lohnes. Auch wenn die Ober- und Untergrenze des koordinierten Lohnes regelmässig durch den Bundesrat angepasst werden²²⁵, erklärte das Bundesgericht – analog zum Index einer indexierten Forderung – die konkret gültigen Grenzbeträge als allgemein bekannt, weshalb die geschuldete Forderung bestimmbar war und die provisorische Rechtsöffnung gewährt wurde.

Dieser Entscheid ist meines Erachtens auch aufgrund des für ein Urteil notwendigen Rechenaufwandes von Interesse: Die Höhe der geschuldeten Forderung war aus der Summe aller Beiträge der einzelnen Mitarbeiter gemäss Lohnlisten zu berechnen. Der jeweilige Beitrag eines Einzelnen ergab sich gestützt auf einen bestimmten Prozentsatz des koordinierten Lohnes²²⁶. Wenn das Bundesgericht in diesem Fall erklärt, dass «klarerweise» eine «leicht bestimmbare» Forderung²²⁷ vorliege, geht es meines Erachtens relativ weit. Konsequenterweise darf gestützt auf diesen Entscheid angenommen werden, dass auch eine Lohnforderung gestützt auf einen schriftlich vereinbarten Stundenlohn, multipliziert mit den durch den Arbeitgeber bestätigten Arbeitsstunden noch als «leicht bestimmbare Forderung» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt.

Ob auch ein vom Arbeitnehmer abgelieferter, durch den Arbeitgeber aber nicht ausdrücklich bestätigter Arbeitszeitrapport als Grundlage für einen provisorischen Rechtsöffnungstitel genügt, ist zu bezweifeln. Im Unterschied zu einer durch den Arbeitgeber erstellten Arbeitszeitabrechnung stammt dieser Aufschrieb vom Gläubiger selbst und hat aus schuldbeitragsrechtlicher Sicht wenig Aussagekraft²²⁸. Dies meines Erachtens trotz der gängigen Rechtsprechung betreffend Überstunden/Überzeit, wo das Bundesgericht widerspruchlos entgegengenommene Arbeitszeitrapporte durch den Arbeitgeber als genehmigt qualifiziert²²⁹.

3.3.4 13. Monatslohn

Vereinbarten die Parteien die Zahlung eines 13. Monatslohnes oder einer Lohnzahlung in anderer, jedoch konkret bezifferter Höhe, so kann bei Fälligkeit der Forderung²³⁰ die provisorische Rechtsöffnung verlangt werden. Dies, weil sowohl die Höhe der Schuld als auch die Verpflichtung zur Zahlung vertraglich vereinbart und unterschriftlich anerkannt sind. Dasselbe gilt meines Erachtens auch für einen 13. Monatslohn, welcher nicht für ein ganzes Jahr, sondern bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses pro rata geschuldet ist²³¹.

Die Höhe des 13. Monatslohnes ist üblicherweise ohne weiteres bestimmt oder bestimmbar, da dieser als fester Betrag (1 Monatslohn) oder als Bruchteil des Jahreslohnes ($\frac{1}{12}$) definiert wird. Anders verhält es sich allerdings, wenn der 13. Monatslohn als Bruchteil des Jahreslohnes inklusive aller Über-

stunden, Zulagen und/oder Zuschläge ausbezahlt wird²³². In diesem Fall hat der Arbeitnehmer bei der provisorischen Rechtsöffnung nachzuweisen, aus welchen Lohnbestandteilen sich der 13. Monatslohn zusammensetzt und wie dieser zu berechnen ist.

3.3.5 Gratifikation

Bei der Gratifikation besitzt der Arbeitgeber in Bezug auf deren Höhe und Ausrichtung ein sehr grosses Ermessen²³³. Selbst wenn eine Gratifikation vertraglich vereinbart wurde²³⁴, kann der Arbeitgeber über deren Höhe weitgehend frei entscheiden. Insofern fehlt es auch im Falle einer schriftlichen Zusicherung zur Zahlung einer Gratifikation an einer Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG, weshalb die provisorische Rechtsöffnung zu verweigern ist.

Zu unterscheiden sind davon natürlich «Gratifikationen», bei welchen sowohl die Auszahlung als auch deren (Mindest-)Höhe vertraglich vereinbart sind, sei dies in Form eines schriftlichen Arbeitsvertrages oder aufgrund langjähriger, vorbehaltloser Zahlung²³⁵. Solche Leistungen sind in rechtlicher Hinsicht jedoch nicht als Gratifikation nach Art. 322d OR, sondern als fester Lohnbestandteil zu qualifizieren²³⁶.

3.3.6 Zulagen und Zuschläge

Für Forderungen aus Zulagen und/oder Zuschlägen ist die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen, wenn gestützt auf eine unterschriebene Schuldanerkennung mit nötigenfalls weiteren Dokumenten, die in einem offensichtlichen und unzweideutigen Zusammenhang stehen²³⁷, die Forderung bestimmt oder bestimmbar ist. Meines Erachtens ist in diesem Fall zwischen fixen und variablen Zulagen und Zuschlägen zu unterscheiden.

Die Schwierigkeit bei variablen Zulagen und Zuschlägen liegt darin, dass diese monatlich schwanken und deren Höhe nicht ohne weiteres fest steht. Insofern müsste für eine provisorische Rechtsöffnung nachgewiesen sein, dass

- der Arbeitnehmer überhaupt Anspruch auf Zulagen/Zuschläge hat²³⁸;
- die Bedingung für deren Ausrichtung nachweislich erfüllt ist²³⁹;
- die Höhe der zu bezahlenden Zulage bestimmt oder bestimmbar ist²⁴⁰.

Aufgrund der diversen Arten von Zulagen und Zuschlägen lässt sich diese Frage meines Erachtens nicht einheitlich beantworten²⁴¹. Fixe Zulagen bleiben in deren Höhe unverändert und werden regelmässig ausbezahlt. Zu denken ist dabei bspw. an Sozialzulagen²⁴² oder in Form einer Pauschale ausbezahlte Schicht- oder Pikettzulagen. Bei diesen Leistungen besteht die Vermutung, dass sie jeden Monat geschuldet und damit üblicherweise auch

auszuzahlen sind. Werden solche Zulagen oder Zuschläge im Arbeitsvertrag ausdrücklich erwähnt bzw. vereinbart, ist die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen. Umgekehrt ist die Rechtsöffnung für Zulagen oder Zuschläge zu verweigern, wenn diese nicht im Arbeitsvertrag vereinbart sind und nur unregelmässig anfallen, wie bspw. ein Überzeitzuschlag nach Art. 13 ArG, auch wenn ausgewiesen ist, dass der Arbeitnehmer in der betreffenden Abrechnungsperiode oder bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Überzeitguthaben besitzt²⁴³.

3.3.7 Provisorische Rechtsöffnung bei Lohnschätzungen

3.3.7.1 Lohn ohne Arbeitsleistung

Im Arbeitsrecht sind verschiedene Konstellationen anzutreffen, welche den Arbeitgeber trotz fehlender Arbeitsleistung zur Lohn(fort)zahlung verpflichten. In diesen Fällen ist der geschuldete Lohn häufig gestützt auf weitere Angaben zu schätzen bzw. zu berechnen. Lohnschätzungen als Folge einer Zahlungspflicht ohne erbrachte Arbeitsleistungen sind bspw:

1. Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit oder -verhinderung

Ist der Angestellte aus Gründen, die in seiner Person liegen ohne Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert (Krankheit, Unfall etc.), so trifft den Arbeitgeber eine Lohnfortzahlungspflicht²⁴⁴.

2. Lohnzahlung bei ferienbedingter Abwesenheit

Während der Ferien hat der Angestellte Anspruch auf den gesamten, auf jene Zeit entfallenden Lohn, inklusive einer angemessenen Entschädigung für ausfallenden Naturallohn²⁴⁵.

3. Lohnzahlung während (kündigungsbedingter) Freistellung

Nicht selten wird ein gekündigter Angestellter bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses freigestellt. Während dieser Zeit besteht für den Gekündigten weiterhin ein Lohnanspruch in vollem Umfang²⁴⁶.

4. Annahmeverzug des Arbeitgebers

Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen in Annahmeverzug, so bleibt die Pflicht zur Lohnzahlung bestehen ohne Anspruch auf Nachforderung der Arbeitsleistung²⁴⁷.

5. Ungerechtfertigte fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber

Kündigt der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag fristlos ohne triftigen Grund, so hat der Angestellte Anspruch auf Schadenersatz. Zu entschädigen ist, was

der Angestellte verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre²⁴⁸.

6. Abgangsentschädigung

Bei Beendigung eines Arbeitsvertrages nach 20 oder mehr Dienstjahren ist eine Abgangsentschädigung zu bezahlen, sofern die oder der Angestellte 50 Jahre oder älter ist²⁴⁹. Die Höhe dieser Abgangsentschädigung kann vertraglich vereinbart werden, beträgt aber mindestens zwei Monatslöhne. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift ist sehr klein, da der Arbeitgeber seine (Arbeitgeber-)Beiträge an die Pensionskasse an die Abgangsentschädigung anrechnen darf²⁵⁰.

7. Lohnfortzahlung im Todesfall

Das Einzelarbeitsvertragsrecht sieht vor, dass bei Tod der oder des Angestellten unterstützungsbedürftigen Hinterbliebenen der Lohn für einen weiteren Monat, und nach fünfjähriger Dienstdauer der Lohn für zwei Monate zu bezahlen ist²⁵¹. Da offensichtlich keine Arbeitsleistung mehr erfolgen wird, ist der auszahlende Monatslohn zu schätzen. «Was Lohnbestandteil ist, bestimmt sich nach den gleichen Regeln wie bei der Lohnfortzahlungspflicht (...).»²⁵²

Im Zusammenhang mit einer provisorischen Rechtsöffnung ist diesbezüglich jedoch darauf hinzuweisen, dass direkt Begünstigte und damit Gläubiger dieser Lohnfortzahlung nicht die Erbengemeinschaft, sondern die im Gesetz erwähnten Dritten sind²⁵³. Insofern wird die provisorische Rechtsöffnung trotz unterzeichnetem Arbeitsvertrag an der fehlenden Identität²⁵⁴ zwischen der im Vertrag bezeichneten Person²⁵⁵ und dem Gläubiger²⁵⁶ scheitern.

Die Höhe des zu bezahlenden Monatslohnes trotz fehlender Arbeitsleistung ist einfach zu bestimmen, wenn ein fixer Monatslohn vereinbart wurde und keine weiteren Lohnbestandteile wie Provisionen, Zulagen, Zuschläge etc. hinzuzuzählen sind. In jenen Fällen ist die geschuldete Lohnforderung gestützt auf einen schriftlichen Arbeitsvertrag ohne weiteres bestimmt oder bestimmbar und dem Rechtsöffnungsgesuch ist nachzukommen.

3.3.7.2 Lohnschätzungen

Komplizierter liegt der Fall, wenn der zu bezahlende Lohn gestützt auf den Grundsatz zu bestimmen ist, wonach dem Arbeitnehmer derjenige Lohn zu bezahlen ist, den er im Falle einer Arbeitsleistung erhalten hätte²⁵⁷. So ist der geschuldete Lohn wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit mittels Schätzung zu bestimmen, wenn dem Mitarbeiter nicht nur ein monat-

liches Fixum, sondern zusätzliche Provisionen, Gewinnbeteiligungen oder Zulagen und Zuschläge zustehen²⁵⁸.

In diesem Zusammenhang erwähnenswert ist bspw. das Urteil des Bundesgerichts vom 5. Dezember 2005 betreffend die Berechnung des Ferienlohnes. Darin stellte es fest, dass zusätzlich zum Grundlohn ausgerichtete Leistungen (Zulagen) für Nacht-, Wochenend- oder Feiertagsarbeit bei der Berechnung des während der Ferien zu bezahlenden Lohnes mit zu berücksichtigen sind, sofern diese regelmässig und während einer gewissen Dauer ausgerichtet wurden²⁵⁹.

Bei der Berechnung des auf die arbeitsfreie Zeit zu bezahlenden Lohnes wird üblicherweise auf eine Vergleichsperiode aus der Vergangenheit abgestellt²⁶⁰. Lässt sich gestützt auf eine schriftliche Vertragsvereinbarung und die dem Arbeitnehmer bisher ausgestellten Lohnabrechnungen die geschuldete Forderung bestimmen, so sind sämtliche Tatsachen bekannt und die provisorische Rechtsöffnung wäre zu gewähren. Vorbehalten bleibt selbstredend, ob der Arbeitgeber gegen Bestand und/oder Höhe der geltend gemachten Forderung Einwendungen (glaubhaft) macht, die geeignet sind, den provisorischen Rechtsöffnungstitel zu entkräften.

4. Rechtsmittel

Sowohl bei der provisorischen als auch bei der definitiven Rechtsöffnung handelt es sich um einen Endentscheid, welcher mit Beschwerde an das Bundesgericht angefochten werden kann, sofern der dafür notwendige Streitwert von CHF 30 000.– erreicht wird²⁶¹. Gerügt werden kann die Verletzung eidgenössischen²⁶² oder ausländischen²⁶³ Rechts, wobei das Bundesgericht frei prüft, ob die behaupteten Rechtsverletzungen gegeben sind²⁶⁴.

1 Vortrag, gehalten an einer Weiterbildungsveranstaltung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zum Thema Entwicklungen im Arbeitsrecht am 12. September 2007 in Zürich.

2 Art. 38 Abs. 1 SchKG.

3 Art. 319 Abs. 1 OR: «Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer [...] zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes [...]».

4 Selbstredend kann auch der Arbeitgeber Gläubiger einer Forderung gegenüber seinem Angestellten sein, sei dies aufgrund einer Schadenersatz- oder Rückerstattungspflicht oder aus anderen Gründen.

5 Art. 79 SchKG.

6 Art. 81 Abs. 1 SchKG.

7 Art. 82 SchKG.

8 BGE 101 Ia 15.

9 *Carl Jäger/Hans Ulrich Walder/Martin Kottmann*, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs; Band I, Art. 1–158, 4. A., Zürich 1997, Art. 80 N 2.

10 *Daniel Staehelin*, in: *Adrian Staehelin et al.* (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 1–87, Basel 1998, Art. 80 N 4.

11 *Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 6 m.w.H.

12 Art. 80 Abs. 1 SchKG.

13 BGE 113 III 9; BGE 105 III 44.

14 *Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 11, *Jäger/Walder/Kottmann* (FN 8), Art. 80 N 5.

15 *Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 10.

16 BGE 84 II 467.

17 *Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 12, m.w.H.

18 Wobei dies sowohl der Arbeitnehmer (Kläger) als auch Arbeitgeber (Beklagter) sein kann.

19 Bsp.: Ein Arbeitsgericht kommt zum Schluss, dass der Arbeitgeber seinen Angestellten widerrechtlich fristlos kündigte und verurteilt den Beklagten auf Zahlung des Lohnes während der Kündigungsfrist (2 Monatslöhne) sowie eine Strafzahlung von 6 Monatslöhnen. Legt nun der Arbeitgeber gegen dieses Urteil Berufung ein, mit der Begründung, dass die Strafzahlung von 6 auf 3 Monatslöhne zu reduzieren sei, stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer für den nicht angefochtenen Teil (Lohnzahlung 2 Monatslöhne und/oder Strafzahlung 3 Monatslöhne) die definitive Rechtsöffnung verlangen kann.

20 Vgl. hinten Ziff. 2.3.5.

21 Vgl. dazu *Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 41; *Jäger/Walder/Kottmann* (FN 8), Art. 80 N 2; *André Panchaud/Marcel Caprez*, Die Rechtsöffnung, Die Praxis seit 1940, Zürich 1980, § 15, 31 ff.

22 *Panchaud/Caprez* (FN 20), § 15, 31; *Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 41.

23 *Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 41, m.H.a. KGer GR, PKG 1984, 92.

24 Wie in den Fällen, in welchen die Rechtskraft des gesamten Urteils bescheinigt wird (*Jäger/Walder/Kottmann* (FN 8), Art. 80 N 4; *Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 55).

25 *Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 55.

26 *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel*, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 6. A., Zürich 2006, Art. 322 N 14.

27 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 322 N 14 und Art. 337c N 11 und N 15.

28 Bsp.: Das erstinstanzliche Gericht spricht dem Kläger eine Überstunden- und eine Ferienentschädigung zu. Beide Beträge werden im Urteildispositiv als Gesamtsumme (Brutto) erwähnt und der Arbeitgeber ficht die Ferienentschädigung, nicht aber Überstundenforderung an.

29 *Daniel Staehelin*, in: *Adrian Staehelin et al.* (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG Ergänzungsband, Basel 2005, Art. 80 ad N 38 m.H.a. TC VS, RVJ 1998, 250 und Art. 80 N 41 m.H.a. BGE 127 III 234.

30 Bspw. auf Hinterlegung einer bestimmten Lohnsumme bei Prozessen betreffend Konkurrenzverbot (*Streiff/von Kaenel* [FN 25], Art. 340b N 9).

31 Für den Kanton St. Gallen: Art. 213 Abs. 2 und Art. 279 Abs. 3 ZPO SG.

32 Art. 279 Abs. 3 ZPO SG.

33 *Laurent Killias*, Schiedsvereinbarungen im nationalen und internationalen Arbeitsverhältnis; in: Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts, Tagungsdokumentation vom 14.11.2003, 7 f.

34 *Killias* (FN 32), 7 f. m.H.a. *P. Rüede/U. Hadenfeldt*, Schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1993, 52 f. und *Felix Dasser*, Kommentar GestG, Zürich 2001, Art. 1 N 74.

35 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 343 N 8.

36 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 343 N 8 m.w.H.; *Killias* (FN 32), 6 m.w.H. Davon zu unterscheiden ist die Frage, in wie weit im Rahmen eines Schiedsverfahrens die Verfahrensgarantien nach Art. 343 Abs. 2 bis 4 OR zu gewährleisten sind (*Streiff/von Kaenel*, [FN 25], Art. 343 N 8). Vgl. dazu auch *ZK-Vischer/Albrecht*, Art. 356 N 84 f.

37 *Killias* (FN 32), 6 f. m.w.H.

38 Art. 5 KSG.

39 Art. 341 OR.

40 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 343 N 8; *ZK-Staehelin*, Art. 341 N 4.

41 Art. 319 ff. OR.

42 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 341 N 2.

43 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 341 N 2.

44 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 341 N 2.

45 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 341 N 5. Für einen weitergehenden Schutz im Bereich von Lohnforderungen plädieren *Rémy Wyler* (in: *Kahil-Wolff/Greber/Caci* [Hrsg.], *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne 2001, 399 ff.), *Gabriel Aubert* (Kommentar der Artikel 319–362 OR, in: *Thévenoz/Werro* [Hrsg.], *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genf 2003, Art. 341 N 4) und *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez* (*Commentaire du contrat de travail*, 3. A., Bern 2004, Art. 341 N 1).

46 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 341 N 5.

47 Vgl. Art. 341 OR.

48 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 343 N 8.

49 Zu den einzelnen kantonalen Lösungen (vom vollständigen Verbot bis hin zur völligen Freigabe) vgl. *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 343 N 8.

50 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 343 N 8.

51 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 16 m.H.a. *Ruede/Hadenfeldt*, § 43 I.1.a.

52 Art. 122 BV; *Christoph Leuenberger*, in: *Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastroianni/Rainer Schweizer/Klaus Vallender* (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Kommentar, Zürich 2002, Art. 122 BV Rz. 10 i.V.m. Rz. 14.

53 Art. 44 KSG, Art. 193 Abs. 2 IPRG.

54 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 17 m.H.a. BGE 107 Ia 320.

55 Art. 44 i.V.m. Art. 5 KSG; *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 19.

56 BGE 117 II 59.

57 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 14.

58 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 81 N 3; *Leuenberger* (FN 51), Art. 122 BV Rz. 10.

59 Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG.

60 Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

61 Art. 80 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG.

62 Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG.

63 Vgl. dazu *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 21.

64 Art. 83 lit. b ZPO SG.

65 Art. 224 Abs. ZPO SG.

66 Art. 237 Abs. 1 lit. a ZPO SG.

67 Art. 82 Abs. 1 SchKG.

68 Was nicht der Fall ist, wenn im Vergleich bestimmt wird, dass die Forderung innert 10 Tagen nach rechtskräftigem Abschluss des Gerichtsverfahrens zu bezahlen ist.

- 69 OGer AR, ARGVP 1988, 447.
- 70 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 24 m.H.a. AppHof BE, ZBJV 1965, 480 ff.
- 71 Im Kanton St. Gallen ausdrücklich: Art. 290 Abs. 2 ZPO SG.
- 72 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 21 m.w.H.
- 73 Art. 147 Abs. 1 lit. h ZPO SG.
- 74 Art. 147 Abs. 1 lit. i ZPO SG.
- 75 Vgl. vorne FN 22.
- 76 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 41. Bspw. ein Verweis auf eine bestimmte Stelle in der Urteilsbegründung.
- 77 Bspw. durch Vereinbarung zur Zahlung eines bestimmten Nettolohnes oder mit Hilfe einer Zusammenstellung der Sozialabzüge.
- 78 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 41 m.H.a. TC JU, RJJ 1995, 43; im Kanton St. Gallen Art. 259 Abs. 1 lit. b ZPO i.V.m. Art. 93 GerG SG.
- 79 Art. 343 OR, Art. 10 ZPO SG.
- 80 Art. 135 Abs. 1 lit. a ZPO SG.
- 81 Art. 136 Abs. 1 lit. a ZPO SG.
- 82 OGer LU, BLSchK 1970, 85 f.
- 83 BGE 81 I 60.
- 84 BGE 113 III 9.
- 85 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 30.
- 86 Gesetzliche Mithaftung nach Art. 87 VVG.
- 87 Gesetzliche Mithaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR.
- 88 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 31.
- 89 Art. 338a Abs. 1 OR.
- 90 Art. 22 FusG.
- 91 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 31 m.w.H.
- 92 Art. 333 OR.
- 93 Art. 27 FusG.
- 94 Vgl. vorne FN 85.
- 95 Vgl. *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 35 mit ausführlicher Diskussion und Verweisen.
- 96 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 35.
- 97 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 75.
- 98 Art. 165 OR.
- 99 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 46 ff.
- 100 Vgl. Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG.
- 101 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 37 und Art. 82 N 40.
- 102 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 67 N 43.
- 103 BGE 121 III 18.
- 104 Bspw.: «Forderung aus Arbeitsvertrag».
- 105 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 38.
- 106 Verpflichtung zur Zahlung, sobald eine bestimmte Bedingung eintritt.
- 107 Verpflichtung zur Zahlung, sofern die Bedingung *nicht* eintritt.
- 108 Art. 339 Abs. 1 OR.
- 109 Provisionsforderungen mit späterer Fälligkeit.
- 110 Art. 339 Abs. 3 OR.
- 111 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 41 m.w.H. (im Original teilweise Fettschrift).
- 112 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 41 m.H.a. KGer GR, PKG 1984, 92.

- 113 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 41 m.H.a. TC VG, JdT 1964 II, 5 f.
- 114 Leitsatz im Urteil LGVE 1991 I Nr. 47, vom 15. Juli 1991.
- 115 GVP ZG 2006, 175 ff., Urteil vom 1.12.2006.
- 116 GVP ZG 2006, 176 E. 3c.
- 117 Offenbar handelte es sich bei der Arbeitnehmerin gleichzeitig auch um die Ehegattin des Arbeitgebers, womit diese nach Art. 170 Abs. 2 ZGB über einen materiellrechtlichen Anspruch auf Auskunft und Herausgabe der notwendigen Unterlagen hatte.
- 118 GVP ZG 2006, 176 E. 3c.
- 119 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 322 N 14.
- 120 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 343 N 6; *Manfred Rehbinder*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt, Kommentar zu Art. 331–355 OR, Bern 1992, Art. 343 N 13.
- 121 AHV/IV, Nichtberufsunfallversicherung etc.
- 122 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 322 N 14.
- 123 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 322 N 14, m.H.a. CdCass NE, JAR 1997, 140; gl.M. *Rehbinder* (FN 119), Art. 343 N 13 m.H.a. OGer TG JAR 1991, 132.
- 124 Bspw. Taggeldversicherung, BVG-Beiträge etc.
- 125 Bspw. der Fixbetrag (BVG-Abzüge) oder der Prozentsatz und die Bemessungsgrundlage.
- 126 Bspw.: Urteil auf Zahlung eines Monatslohnes, wobei der Arbeitnehmer während jenem Monat freigestellt und betriebsabwesend war, und damit die Zulässigkeit eines Pauschalabzuges für die Verköstigung in der Mensa fragwürdig ist.
- 127 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 41, m.V.a. TC JU, RJJ 1995, 43; im Kanton St. Gallen: Art. 259 Abs. 1 lit. b ZPO i.V.m. Art. 93 GerG SG.
- 128 Oder womöglich gar beides?
- 129 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 322 N 14.
- 130 Art. 65 Abs. 1 ZPO SG.
- 131 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 343 N 14; *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 56 N 3 und 6.
- 132 Dispositionsmaxime, vgl. *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 343 N 14; *Leuenberger/Uffer-Tobler* (FN 130), Art. 56 N 4.
- 133 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 45. Vgl. dazu den Wortlaut in Art. 81 Abs. 1 SchKG.
- 134 Art. 86 SchKG.
- 135 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 80 N 49 m.w.H.
- 136 Art. 104 Abs. 1 OR.
- 137 KGer SG, BZ.2004.23.
- 138 KGer SG, BZ.2004.23, E. 5.
- 139 KGer SG, BZ.2004.23, E. 2.
- 140 Art. 82 SchKG.
- 141 Art. 83 SchKG.
- 142 Art. 83 Abs. 3 SchKG.
- 143 Art. 83 SchKG.
- 144 Falls das Verfahren kostenpflichtig ist (Art. 274 ZPO SG).
- 145 Gerichtskosten sind natürlich nur dann sicherzustellen, wenn das Gerichtsverfahren kostenpflichtig ist (Arbeitsrechtliches Verfahren über CHF 30 000.– [vgl. Art. 343 OR]). Eine Kautions für die Parteientschädigung setzt voraus, dass der betref-

fende Kanton eine entsprechende Kostenpflicht vorsieht. Dies ist im Kanton St. Gallen für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis CHF 30 000.– nicht der Fall, weshalb Sicherheitsleistungen in solchen Verfahren ausgeschlossen sind (Art. 276 f. ZPO SG).

146 Art. 343 Abs. 1 OR.

147 Art. 82 Abs. 2 SchKG, Vgl. dazu *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 84 N 53 ff.

148 Art. 343 Abs. 4 OR.

149 Art. 82 SchKG.

150 Art. 13 bis 15 OR; OGer SO, SJZ 1989, 363.

151 BGE 119 III 6.

152 Basler Kommentar, *OR-Schwenzer*, Art. 13, N 6 m.w.H.

153 BGE 106 II 149, BGE 103 II 147.

154 *OR-Schwenzer*, Art. 13 N 7.

155 Art. 9 Abs. 2 lit. a GestG.

156 Nach *Ingeborg Schwenzer* (*OR-Schwenzer*, Art. 13 N 4 m.w.H.) scheint dies eher nicht der Fall zu sein.

157 *SchKG-Staehelin* (FN 28), Art. 82 N 17 m.H.a. OGer OW, Amtsb. OW, 1998/99, 177; OGer TG, RBOG 2003, 127; TC JU, RJJ 2002, 82.

158 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 17, *Panchaud/Caprez* (FN 20), § 10.

159 BGE 132 III 480 E. 4.1; BGE 5P.449/2002 vom 20.02.2003 = Pra 2003, 892.

160 BGE 114 III 73; *Panchaud/Caprez* (FN 20), § 6.

161 KGer GR, PKG 1991, 115.

162 *Panchaud/Caprez* (FN 20), § 8; *Jäger/Walder/Kottmann* (FN 8), Art. 82 N 9.

163 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 20 m.w.H.

164 Art. 17 OR; *Jäger/Walder/Kottmann* (FN 8), Art. 82 N 9; *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 22.

165 Vgl. Art. 82 SchKG: *Schuldenerkennung* (*SchKG-Staehelin* [FN 9], Art. 82 N 21).

166 Vgl. dazu *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 99 m.w.H.

167 BGE 5P.314/2002, E. 2.2 = Pra 92 (2003), Nr. 161, 884; *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 99.

168 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 323 N 3.

169 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 99 und 101.

170 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 105 m.w.H. In diese Richtung scheint auch das Bundesgericht zu gehen: BGE 5P.314/2002, E. 2.2 = Pra 92 (2003), Nr. 161, 884 f.

171 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 104 m.w.H.

172 Im Sinne eines Einwandes, dass schlampig, trölerisch gearbeitet oder sonstwie eine mangelhafte Arbeitsleistung erbracht wurde.

173 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 319 N 4.

174 Art. 321e OR.

175 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 126.

176 Art. 337c N 126.

177 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 12, m.H.a. Cour de justice GE, zit. bei *Schmid*, SemJud 1988, 504.

178 Schadenminderungspflicht nach Art. 337 Abs. 2 OR.

179 Was zu einer Legalzession mindestens eines Teils der Forderungen führt (Art. 29 Abs. 2 AVIG) und somit wegen fehlender Identität von Gläubiger (Arbeitslosenversicherung) und Geschwister (Arbeitnehmer) die Rechtsöffnung zu verweigern ist (vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2).

180 Vgl. vorne Ziff. 2.3.5.

- 181 BGE 114 III 73; *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 25 f.; *Panchaud/Caprez* (FN 20), § 1 Rz. 8.
- 182 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 25 m.H.a. KGer GR, PKG 1989, 139 ff. und OGer LU, SVA 1988/89, 329.
- 183 Vgl. hinten Ziff. 3.3.3.
- 184 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 25 m.H.a. KGer GR, PKG 1987, 97.
- 185 Dazu gehören nicht nur die Sozialversicherungsbeiträge, sondern womöglich auch andere Abzüge (vgl. dazu eingehend vorne Ziff. 2.3.5.2).
- 186 Bspw. in Form von Klauseln wie: «Vom Bruttolohn in Abzug gebracht werden die gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Sozialabzüge.»
- 187 Bspw. Kinder- oder Familienzulagen.
- 188 Art. 321c OR.
- 189 Art. 13 ArG.
- 190 Art. 17b ArG.
- 191 Art. 19 ArG.
- 192 Bspw. die Pflicht zur Zahlung eines 13. Monatslohnes ist nach Art. 12 GAV Gastrogewerbe auch dann zu bezahlen, wenn die Vertragsparteien keine entsprechende Vereinbarung trafen.
- 193 Bspw. Kinder- oder Familienzulagen.
- 194 So wäre es meines Erachtens bspw. unangemessen, dem Arbeitnehmer für den Grundlohn von CHF 5000.– die provisorische Rechtsöffnung zu gewähren, nicht aber für die jeden Monat ausbezahlten und in der Höhe unbestrittenen Kinderzulagen, nur weil diese im Arbeitsvertrag (auch in allgemeiner Form) nicht erwähnt wurden.
- 195 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 29 m.H.a. BezGer Affoltern, in: *Der Treuhandexperte* 1996, 72 (im Original teilweise Fettschrift).
- 196 Vgl. BGE 113 III 6 ff.
- 197 BGE 113 III 9 m.H.a. SJZ 82/1986, 30 f., insb. Ziff. 3 und *Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder*, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Band I, Zürich 1984, § 19 N 5.
- 198 Wie bereits erwähnt (vgl. vorne Ziff. 2.3.5.1) muss für eine provisorische Rechtsöffnung der geschuldete Betrag nicht unterschriftlich anerkannt sein und kann sich auch aus einem anderen Dokument ergeben. Deshalb genügt für eine provisorische Rechtsöffnung meines Erachtens nur schon folgender Hinweis: «Dem Arbeitnehmer werden zum Monatslohn die gesetzlich geschuldeten Kinderzulagen ausgerichtet.»
- 199 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 24; *Panchaud/Caprez* (FN 20), §1 Ziff. 3.
- 200 Bspw. die Ausrichtung von Zulagen für Nacht- oder Sonntagsarbeit, wenn nicht erwiesen ist, ob und wenn ja in welchem Umfang Nacht- oder Sonntagsarbeit geleistet wurde.
- 201 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 77.
- 202 *SchKG-Staehelin* (FN 28), Art. 82 ad N 77.
- 203 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 78.
- 204 Art. 339 Abs. 1 OR.
- 205 Art. 323 OR.
- 206 Art. 102 Abs. 2 OR; *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 323 N 3.
- 207 Art. 323 OR.
- 208 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 323 N 3 m.w.H.
- 209 Der Zahlungsbefehl gilt als Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR (*OR-Wiegand*, Art. 102 N 9).

210 Art. 349b Abs. 3 OR.

211 Art. 323 Abs. 3 OR.

212 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 24; *Panchaud/Caprez* (FN 20), § 1 Ziff. 3.

213 *Panchaud/Caprez* (FN 20), § 86; *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 126 m.w.H.; *Fritzsche/Walder* (FN 196), § 20 N 10

214 Vgl. dazu die Kasuistik in: *Fritzsche/Walder* (FN 196), § 20 N 10, m.H.a. SJZ 68/1972, 223 Nr. 115; *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 126; *Panchaud/Caprez* (FN 20), § 86.

215 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 15.

216 Art. 269d OR.

217 *Peter Stücheli*, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, 365; *SchKG-Staehelin*, Art. 82 N 115, je m.w.H. auf diverse kantonale Gerichtsentscheide. Für Mietzins erhöhungen, die sich bereist aus dem Mietvertrags selbst ergeben (bspw. gestaffelte Mietzinsen nach Art. 269c OR) ist die provisorische Rechtsöffnung allerdings möglich (OGer LU, LGVE 1992 I Nr. 48 vom 19.2.1992).

218 OGer TG, RBOG 1995, 121.

219 *Stücheli* (FN 217), 365.

220 BGE 132 III 481 m.V.a. BGE 106 III 97.

221 Auf welchen das Bundesgericht mit jener Bemerkung allerdings ausdrücklich verweist! Vgl. BGE 132 III 481.

222 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 15 m.H.a. BGE 114 III 73.

223 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 15 m.H.a. KGer GR, PKG 119, 115. Demgegenüber verlangt er an anderer Stelle (Art. 82 N 25) ebenfalls einen Verweis im unterschriebenen Dokument.

224 BGE 114 III 71 ff.

225 Art. 9 BVG.

226 Vgl. dazu bspw. Art. 16 BVG.

227 BGE 114 III 73 m.H.a. BGE 106 III 99 E. 3.

228 In diesem Sinne wohl auch *Panchaud/Caprez* (FN 20), § 86 Rz. 10.

229 Vgl. dazu die Kasuistik in *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 321c N 10.

230 Vgl. vorne Ziff. 3.2.4.

231 Bezüglich der Verpflichtung zur Zahlung pro rata temporis, vgl. *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 322d N 11.

232 Bei der Berechnung des Überstundenlohnes ist der 13. Monatslohn miteinzubeziehen (*Judith Bregnard-Lustenberger*, Überstunden- und Überzeitarbeit, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen, Band 31, Bern 2007, 157). Dies kann so geschehen, dass bei der Berechnung des Stundenlohnes für geleistete Überstunden der 13. Monatslohn miteinbezogen wird oder aber mit dem ordentlichen Stundenlohn gerechnet wird und die Überstunden bei der Bemessung des 13. Monatslohnes miteinbezogen werden.

233 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 322d N 7.

234 Vgl. Art. 322d Abs. 2 OR.

235 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 322d N 6 f.

236 Vgl. dazu *Christoph Senti*, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP 2002, 676 ff.

237 *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 15 m.H.a. KGer GR, PKG 119, 115.

238 Bspw.: Durch vertragliche Vereinbarung von Zuschlag oder Zulage in konkreter Höhe. Falls nur der Anspruch selbst, nicht aber der Betrag im Vertrag aner-

kannt wird, kann (als Nachweis für die Höhe des Anspruches) auch ein allgemeinverbindlicher GAV genügen.

239 Bspw: Nachweis, dass Überstunden (Überstundenzuschlag), Nachtdienst (Nachzuschlag), Schmutzige Arbeit (Schmutzzulage) etc. geleistet wurden.

240 Denkbar wären bspw. ein Nachweis mit Hilfe eines Arbeitszeitrapportes (Überstundenzuschlag) oder Einsatzplänen (Nachtzulagen).

241 Vgl. dazu *Christoph Senti*, Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn, AJP/PJA 2006, 289 ff.

242 Kinder- oder Familienzulagen.

243 Vgl. dazu die Bemerkungen in Ziff. 3.2.3.2.

244 Art. 324a OR.

245 Art. 329d OR.

246 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 324 N 13.

247 Art. 324 OR.

248 Art. 337c OR.

249 Art. 339b OR.

250 Art. 339d OR.

251 Art. 338 Abs. 2 OR.

252 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 338 N 5.

253 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 338 N 8.

254 Vgl. vorne Ziff. 2.3.3; *SchKG-Staehelin* (FN 9), Art. 82 N 67.

255 Arbeitnehmer bzw. dessen Erbengemeinschaft.

256 Ehegatten, minderjährige Kinder oder andere Personen nach Art. 338 Abs. 2 OR.

257 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 324a/b N 9 oder Art. 329d N 3.

258 Vgl. dazu *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 324a/b N 9.

259 BGE 132 III 172 = Pra 95 (2006) Nr. 147.

260 *Streiff/von Kaenel* (FN 25), Art. 324a/b N 9. Bei Provisionen: BGE 4C.173/2004.

261 BGE 133 III 399.

262 Art. 95 BGG.

263 Art. 96 BGG.

264 BGE 133 III 400.

