

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB190038-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 5. November 2019

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B._____ SA,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom
11. Juni 2019; Proz. CG160037**

Rechtsbegehren:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 45'409.80 zu bezahlen; und demzufolge
 - a) sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Regionalen Betreibungsamtes Buchs (Zahlungsbefehl vom 10. November 2014) im Umfang von CHF 22'028.91 zu beseitigen;
 - b) sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 2 des Regionalen Betreibungsamtes Buchs (Zahlungsbefehl vom 10. November 2014) im Umfang von CHF 23'380.90 zu beseitigen.
2. Zusätzlich sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin folgende Verzugszinsen zu bezahlen:
 - (1) 4.375% auf CHF 36'000.00 (bzw. auf den Teilbeträgen CHF 21'937.50, CHF 6'187.50 und CHF 7'875.00) seit 1.10.2014;
 - (2) 2.5% auf CHF 1'170'000.00 seit 1.10.2014;
 - (3) 5.75% (bzw. 2.5% und 3.25%) auf CHF 600'000.00 seit 1.10.2014;
 - (4) 5% auf CHF 23'343.75 seit 17.11.2014.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin
 - Fr. 22'066.06,
 - Zins zu 4.375 % auf Fr. 36'000.– seit 1. Oktober 2014,
 - Zins zu 2.5 % auf Fr. 1'170'000.– seit 1. Oktober 2014,
 - Zins zu 2.5 % auf Fr. 600'000.– seit 1. Oktober 2014 und
 - Zins zu 3.25 % auf Fr. 600'000.– seit 1. Oktober 2014zu bezahlen.

Im Umfang von Fr. 21'937.50 wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des regionalen Betreibungsamts Buchs AG (Zahlungsbefehl vom 10. November 2014) aufgehoben.

Im Umfang von Fr. 37.15 wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 2 des regionalen Betreibungsamts Buchs AG (Zahlungsbefehl vom 10. November 2014) aufgehoben.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 9'300.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten zu vier Fünfteln und der Klägerin zu einem Fünftel auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 7'100.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Zudem hat er der Klägerin den Kostenvorschuss in der Höhe der auf ihn anfallenden Gerichtskosten zu ersetzen.
5. Schriftliche Mitteilung
6. Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 88 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Juni 2019 aufzuheben.
2. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Eventualantrag: In Gutheissung der Berufung sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Juni 2019 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsbeklagten (zzgl. gesetzlicher MWST.)."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) schloss mit dem Beklagten und Berufungskläger (fortan Beklagter) am 2. Juli 2010 einen ersten Hypothekarkreditvertrag über ein Darlehen von CHF 1'170'000.00 und mit einem Zinssatz von 1 %. Die Vertragsdauer wurde festgelegt auf zwei Jahre, vom 7. Juli 2010 bis 7. Juli 2012, mit Verlängerungsmöglichkeit (act. 5/2). Am 10. November 2011 schlossen die Parteien zwei weitere Hypothekarkreditverträge ab: den einen über CHF 600'000.00 mit einer Vertragsdauer vom 15. November 2011 bis 15. November 2014 und einem festen Zinssatz von 1.375 % pro Jahr (act. 5/3), den anderen ebenfalls über CHF 600'000.00 mit einer Vertragsdauer vom 15. November 2011 bis 15. November 2016 und einem festen Zinssatz von 1.75 % pro Jahr (act. 5/4).

2. Am 4. Mai 2016 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich gegen den Beklagten Klage ein und stellte die eingangs genannten Rechtsbegehren (act. 1 und 2). Gegenstand ihrer Forderung waren Darlehenszinse, Verzugszinse sowie eine Vertragsstrafe. Sie machte im Ergebnis geltend, der Beklagte sei nach Ablauf der festen Vertragsdauer des ersten Hypothekarkreditvertrages seiner (indirekten) Amortisationsverpflichtung nicht nachgekommen, weshalb die Klägerin alle drei Verträge am 20. März 2014 gekündigt habe (act. 5/8 und 5/9).

Der Beklagte wies die Forderungen zurück. Er bestritt nicht, die drei Hypothekarkreditverträge abgeschlossen zu haben. Mit Bezug auf den ersten Vertrag bestritt er aber den von der Klägerin geforderten Zins in der Höhe von 2,5%; er machte geltend, die Höhe des Zinses sei nach Ablauf der festen Vertragsdauer Gegenstand von Verhandlungen gewesen. Mit Bezug auf die beiden weiteren Hypothekarkredite vom 10. November 2011 stellte er sich auf den Standpunkt, dass er sich entgegen der Darstellung der Klägerin mit der Zinszahlung nicht in Verzug befunden habe, da mit der verantwortlichen Person der Beklagten in Zürich vereinbart worden sei, dass bis zur Klärung der geschuldeten Zinshöhe für den ersten Hypothekarkredit und der damit verbundenen Amortisationsmodalitäten sämt-

liche Zins- und Amortisationszahlungen auch für die andern Darlehen ausgesetzt gewesen seien. Die Kündigungen seien zwar erfolgt, jedoch vertragswidrig gewesen (act. 21 und 65).

3. Mit Urteil vom 11. Juni 2019 hiess die Vorinstanz die Klage teilweise gut. Gestützt auf die Vorbringen der Parteien sowie der im Recht liegenden Urkunden kam sie zum Schluss, dass die Klägerin berechtigt gewesen sei, nach Ablauf der festen Vertragsdauer des ersten Hypothekarkreditvertrages einen Zins von 2,5% zu erheben. Die feste Vertragsdauer habe geendet, ohne dass die Parteien eine entsprechende Vereinbarung über die Fortführung des Vertrags getroffen hätten und auch ohne Rückzahlung des Darlehens, weshalb die Ziffer 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zur Anwendung gelangt sei. Die Angaben des Beklagten bezüglich einer Stundung bzw. eines Aufschubs seien pauschal und unsubstantiiert geblieben, weshalb eine Beweisabnahme nicht haben erfolgen können. Die von der Klägerin geforderten Darlehenszinse und die Verzugszinse darauf sowie die Verzugszinsforderung auf den ausstehenden Darlehenszinsbeträgen ab 1. Oktober 2014 hiess die Vorinstanz gut, wogegen sie die Forderung einer Vertragsstrafe (sowie eines Verzugszinses darauf) abwies (act. 83 = act. 90). Der Entscheid wurde dem Beklagten am 24. Juni 2019 zugestellt (act. 85)

4. Am 26. August 2019 erhob der Beklagte – unter Berücksichtigung der Gerichtsferien gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO – rechtzeitig Berufung (act. 88). Er stellt die eingangs genannten Anträge. Es wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (act. 1 - 86). Mit Verfügung vom 3. September 2019 wurde dem Beklagten Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses angesetzt (act. 91). Dieser wurde fristgerecht (act. 98 i.V.m. act. 92) geleistet. Mit Schreiben vom 8. September 2019 teilte der Beklagte mit, dass er sich einer Operation unterziehen müsse; er bat, bis auf Weiteres auf fristauslösende Zustellungen zu verzichten. Beigelegt war ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis zu 100% für den Zeitraum 28. August bis 4. November 2019 sowie eine Vollmacht zugunsten von Frau C. _____ (act. 93 - 95). Am 8. Oktober 2019 reichte der Beklagte ein weiteres Arbeitsunfähigkeitszeugnis für den gleichen Zeitraum ein. Sodann äusserte er sich zur Zuläs-

sigkeit des mit der Berufung eingereichten Vertrages zwischen ihm und der Klägerin vom 24. Juli 2012 (act. 101).

Von der Einholung einer Berufungsantwort kann abgesehen werden. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Ein Doppel der Berufungsschrift und der Beilagen (act. 88 und act. 89/1 - 8 sowie von act. 101) ist der Klägerin mit dem Endentscheid zuzustellen.

II.

1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind erfüllt: Die Berufung wurde fristgerecht, schriftlich begründet und mit Anträgen versehen beim zuständigen Obergericht eingereicht. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid und der erforderliche Streitwert ist erreicht (Art. 308 und Art. 311 ZPO). Dem Eintreten steht insoweit nichts entgegen.

2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufung ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird und worauf im Einzelnen die Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein und sich mit den Erwägungen, die angefochten sind, auseinandersetzen. Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vortragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine pauschale Kritik am angefochtenen Entscheid (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Sind die Anforderungen erfüllt, prüft die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid rechtlich und tatsächlich frei sowie mit voller Kognition. Sie verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis und kann das erstinstanzliche Urteil sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin überprüfen. Dies bedeutet aber nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten ist, von sich aus alle sich stellenden Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich

auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO (und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.4 mit Hinweisen auf BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 5 sowie 4A_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2; BGer 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016 E. 5 unter Hinweis auf BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.4). Innerhalb der Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

Neue Tatsachen und Beweismittel sind nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Damit sind Noven im Berufungsverfahren nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig, weil der ZPO die Idee zugrunde liegt, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Gericht grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung, sondern der Überprüfung und Korrektur des vorinstanzlichen Verfahrens und des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4; BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.2 mit Hinweisen auf Urteile 4A_382/2015 vom 4. Januar 2016 E. 11.3.1; 4A_221/2015 vom 23. November 2015 E. 5.2.1; 4A_413/2015 vom 5. November 2015 E. 3.4.1; 4A_263/2015 vom 29. September 2015 E. 5.2.2; 4A_569/2013 vom 24. März 2014 E. 2.3; 4A_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2). Will sich eine Partei im Berufungsverfahren auf neue Tatsachen und Beweismittel berufen, hat sie darzulegen und zu beweisen, dass die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Im Falle von unechten Noven hat sie insbesondere darzutun, weshalb sie nicht in der Lage war, die Tatsache oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3).

3. Der Beklagte reagiert in seiner Berufungsbegründung auf die vorinstanzliche Erwägung, er habe seine Vorbringen mit Bezug auf die Zinsvereinbarung nach

Ablauf der festen Vertragsdauer des ersten Vertrages sowie die Vereinbarung betreffend Wegfall der Amortisationszahlungen nicht substantiiert. Er beanstandet neu die Amortisationsberechnungen der Klägerin und beruft sich neu für die behauptete Stundungsvereinbarung auf einen E-Mail-Verkehr mit der Klägerin vom 23. und 26. September 2013 (act. 89/3). Er reicht alsdann neu einen von den Parteien unterzeichneten Kreditvertrag der Parteien vom 24. Juli 2012 über einen Betrag von CHF 1'170'000.00 mit einer festen Laufzeit vom 24. Juli 2012 bis 7. Juli 2017 und einem festen Zinssatz von 1,375% netto p.a. ein. Dieser Vertrag erwähnt am Schluss, dass er den Vertrag vom 2. Juli 2010 ersetze (act. 89/4). Der Beklagte behauptet – ebenfalls neu –, dieser Vertrag sei nie gekündigt worden (act. 88 S. 3 und 4). Er macht des Weiteren neu geltend, die Parteien hätten die von der Vorinstanz angewendeten Allgemeinen Bedingungen für Festhypotheken nicht zum integrierenden Bestandteil des ersten Vertrages erklärt und er wiederholt schliesslich seine Behauptung, die Parteien seien seit der Erneuerung des ersten Kreditverhältnisses auch über die beiden andern Verträge im Gespräch gewesen.

4. Der Beklagte legt in der Berufung nicht dar, aus welchen Gründen seine neuen Vorbringen vor der Berufungsinstanz ausnahmsweise zuzulassen wären. Soweit er sich neu auf Dokumente bezieht, welche aus den Jahren 2012 und 2013 stammen, wäre auch nicht ersichtlich, weshalb er diese nicht schon vor Vorinstanz hätte vorbringen können. Im erstinstanzlichen Verfahren (noch anwaltlich vertreten) berief er sich zum Nachweis seiner Behauptungen einzig auf die Parteibefragung sowie die Befragung von Angestellten der Klägerin, wobei die Vorinstanz wie gesehen als Folge der ungenügenden Substantiierung der Vorbringen auf die Beweiserhebung verzichtete, was der Beklagte im Berufungsverfahren wiederum (zu Recht) nicht beanstandet: Beweis wird nur erhoben über Behauptetes, und nicht zur Vervollständigung oder Ergänzung unzulänglicher Behauptungen. Seine neuen Vorbringen sind bei diesen Verhältnissen unzulässig und seine neuen Urkunden können nicht berücksichtigt werden. Hieran vermag auch das Schreiben des Beklagten vom 8. Oktober 2019, welches nach Ablauf der Berufungsfrist die Zulässigkeit der nachträglichen Einreichung des erwähnten Vertrages (act. 89/4) zu begründen versucht, nichts zu ändern. Einerseits ist die

Berufung innert der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen, weshalb das Schreiben nicht mehr berücksichtigt werden kann. Andererseits vermöchte auch das Vorbringen in diesem Schreiben die Zulässigkeit der nachträglichen Einreichung des Vertrages nicht zu begründen, wäre doch vom Beklagten erst recht zu erwarten gewesen, dass er den Vertrag vom 24. Juli 2012 bei der Vorinstanz einreicht, wenn er darauf, wie behauptet, an der mündlichen Verhandlung schon Bezug genommen hatte. Hiezu hätte er im Rahmen der Duplik denn auch ohne weiteres Gelegenheit gehabt, und in diesem Zeitpunkt war er auch noch anwaltlich vertreten. Es bleibt dabei, dass die neuen Vorbringen und Beweismittel nicht berücksichtigt werden können.

Mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheides setzt sich der Beklagte in seiner Berufung nicht auseinander. Soweit er nicht Neues vorbringt, belässt er es bei der Wiederholung seines Standpunktes. Dies genügt den oberwähnten Anforderungen an eine hinreichende Begründung nicht.

Die Berufung ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Unterliegt der Beklagte mit seiner Berufung, dann wird er für das Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Die Entscheidgebühr ist auf CHF 2'200.00 festzusetzen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Ein Restbetrag ist dem Beklagten vorbehältlich eines Verrechnungsanspruchs zu erstatten. Entschädigungen sind keine auszurichten, dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, der Klägerin nicht, weil ihr durch das Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (7. Abt.) vom 11. Juni 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'200.00 festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss von Fr. 3'300.00 verrechnet; der Überschuss wird dem Berufungskläger zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 88, 89/1 - 8 und act. 101, sowie an das Bezirksgericht Zürich (7. Abt.), je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 22'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw C. Funck

versandt am: