Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: NE140002-O/U.doc

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

Beschluss und Urteil vom 3. Februar 2015

in Sachen

A._____ AG,

Aberkennungsklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Prof. Dr. iur. X1._____ und/oder X2._____,

gegen

B._____,

Aberkennungsbeklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Aberkennung (Verzugszins)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 27. November 2013 (FO070179-L)

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2)

" 1. Es sei in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 2 die Forderung des Aberkennungsbeklagten über CHF 10'078.95 nebst Zins zu 5% seit dem 16. Oktober 2002 sowie CHF 70.00 Betreibungskosten abzuerkennen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Aberkennungsbeklagten."

Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 27. November 2013:
(act. 141 S. 86 f.)

" 1. Die Aberkennungsklage wird vollumfänglich abgewiesen.
Die Aberkennungsklägerin wird verpflichtet, dem Aberkennungsbeklagten Fr. 10'078.95 nebst 5% Zins seit dem 16. Oktober 2002 sowie Fr. 70.– Betreibungskosten zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 2 aufgehoben.

2. Die Widerklage wird vollumfänglich abgewiesen.

3. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird angesetzt auf:

Fr.	5'040.00	die Barauslagen betragen:
Fr.	118.00	Übersetzungskosten

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

4. Die Gerichtskosten werden der Aberkennungsklägerin zu 2/3 und dem Aberkennungsbeklagten zu 1/3 auferlegt.
Die von der Aberkennungsklägerin geleisteten Vorschüsse (gesamthaft Fr. 4'700.–) werden mit den gesamten Gerichtskosten verrechnet. Soweit dem Aberkennungsbeklagten auferlegte Kosten mit den von der Aberkennungsklägerin geleisteten Vorschüssen verrechnet werden, ist der Aberkennungsbeklagte gegenüber der Aberkennungsklägerin im entsprechenden Umfang rückerstattungspflichtig. Der Fehlbetrag wird

von den Parteien gemäss ihrer tatsächlichen Zahlungspflicht nachgefordert.

5. Die Aberkennungsklägerin wird verpflichtet, dem Aberkennungsbeklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'150.– (ohne MwSt.) zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je als Gerichtsurkunde.

7. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen."

Berufungsanträge:

der Aberkennungsklägerin und Berufungsklägerin (Urk. 140 S. 2):

" 1. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 27. November 2013 (FO070179) sei die Appellantin/Aberkennungsklägerin zu verpflichten, dem Appellat/Aberkennungsbeklagten Fr. 10'078.95 nebst Zins zu 5% seit dem **9. November 2002** sowie Fr. 70.– Betreibungskosten zu bezahlen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Appellaten/Aberkennungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

Die Aberkennungs- und Berufungsklägerin (nachfolgend Aberkennungsklägerin) ist eine Versicherungsgesellschaft mit Sitz in Zürich. Der Aberkennungs- und Berufungsbeklagte (nachfolgend Aberkennungsbeklagter) ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in Israel.

Die Parteien stehen schon seit längerer Zeit über den Umfang einer Versicherungsleistung im Streit. Der Sachverhalt, der zum vorliegenden Verfahren führte, wurde im angefochtenen Urteil ausführlich dargestellt, auf die entsprechenden Erwägungen kann zunächst verwiesen werden (Urk. 141 S. 4 ff. E. I. 1. ff.). Zusammengefasst und in Hinblick auf die vorliegend zu klärenden Fragen ist Folgendes festzuhalten: Der Vater des Klägers hatte für diesen bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der Versicherungsgesellschaft "C._____", eine besondere gemischte Lebensversicherung abgeschlossen (Vertragsbeginn 21. Oktober 1993). Inhalt dieser Versicherung war ein Erlebnisfallkapital, die Versicherung des Todesfallrisikos sowie als besondere Zusatzversicherung (sog. "Heiratspolice") die vorzeitige Auszahlung der gegebenenfalls in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Heirat reduzierten Erlebnisfallsumme bei Heirat des Versicherten vor Ablauf der Versicherungsdauer. Die Versicherungssumme betrug Fr. 100'000.– und die Jahresprämie Fr. 7'087.40. Der Aberkennungsbeklagte heiratete am 13. August 2002. In der Folge zahlte ihm die Aberkennungsklägerin unter Berücksichtigung eines Versicherungsdarlehens, einer Reduktion aufgrund früher Heirat, Darlehenszinsen und Zinsgutschriften die Versicherungssumme im Betrag von Fr. 47'152.05 am 13. November 2002 aus.

In der Folge verlangte der Aberkennungsbeklagte mit Zahlungsbefehl vom 7. Juni 2006 von der Aberkennungsklägerin eine weitere Zahlung von Fr. 50'000.– nebst Zins zu 5 % seit 13. August 2002, da er mit den Abzügen von der Versicherungssumme nicht einverstanden war. Im folgenden Rechtsöffnungsverfahren wurde dem Aberkennungsbeklagten unter anderem die provisorische Rechtsöff-

nung im Betrag von Fr. 10'087.95 nebst 5 % Zins seit dem 16. Oktober 2002 gewährt.

Die Aberkennungsklägerin erhob schliesslich am 7. März 2007 Aberkennungsklage. Die Vorinstanz wies diese Klage mit dem angefochtenen Entscheid vollumfänglich ab. Mit ihrer Berufung geht die Aberkennungsklägerin nur gegen den Zeitpunkt des Zinsenlaufes vor und nimmt den Standpunkt ein, die Zinsen seien nicht bereits ab dem 16. Oktober 2002 zu bezahlen, sondern erst ab dem 9. November 2002.

II.

1. Das vorliegende Verfahren wurde durch Einreichen der Klageschrift vom 7. März 2007 bei der Vorinstanz rechtshängig gemacht (Urk. 1). Über den Gang des vorinstanzlichen Verfahrens gibt der angefochtene Entscheid Auskunft (Urk. 141 S. 7 ff. E. II.). Am 27. November 2013 fällte die Vorinstanz ihren Endentscheid mit dem hiervor wiedergegebenen Dispositiv (Urk. 141 S. 86 f.). Mit Eingabe vom 23. Januar 2014 erhob die Aberkennungsklägerin rechtzeitig Berufung mit hiervor angeführten Rechtsbegehren (Urk. 140). Aufgrund des geringen Streitwerts (rund Fr. 33.15) wurde nach Eingang der Berufungsschrift noch kein Kostenvorschuss einverlangt.

2. Auch der Aberkennungsbeklagte erhob Berufung. Diese wurde unter der Geschäftsnummer NE140001 ans Register genommen und mit Nichteintretensbeschluss vom 23. Oktober 2014 erledigt, da der Aberkennungsbeklagte den Vorschuss für die Gerichtskosten nicht geleistet hatte (Urk. 156/1-176, insbesondere Urk. 156/173).

3. Mit Eingaben vom 30. und 31. Januar 2014 teilten die Rechtsvertreter des Aberkennungsbeklagten mit, dass sie ihr Mandat niederlegten (Urk. 146 f.). Da im erwähnten Parallelverfahren ein Zustellungsempfänger für den Aberkennungsbeklagten in der Schweiz benannt worden war, wurde dieser auch in vorliegendem Verfahren rubriziert und die Verfügung vom 2. April 2014 mit der Fristansetzung zur Beantwortung der Berufung an diesen Zustellungsempfänger über-

mittelt (Urk. 148). Mit Eingabe vom 14. Mai 2014 (Poststempel vom 19. Mai 2014) wurde der Kammer eine Berufungsantwort fristgerecht eingereicht (Urk. 149).

4. Während der laufenden Frist zur Beantwortung der Berufung und noch vor Eingang der Berufungsantwortschrift, teilte die Aberkennungsklägerin im erwähnten Parallelverfahren am 10. April 2014 mit, sie habe den Aberkennungsbeklagten an seinem Wohnort durch einen lokalen Notar befragen lassen. Der Aberkennungsbeklagte habe dabei ausgesagt, er wisse nichts vom vorliegenden Verfahren, habe dementsprechend keinen Vertreter bestellt und keine Eingaben ans Obergericht machen lassen (Urk. 156/158 und Urk. 156/160/1-3). Bei der darauf folgenden vertieften Prüfung der Akten traten begründete Zweifel auf, dass der Aberkennungsbeklagte im Parallelverfahren den Zustellungsempfänger in der Schweiz selber formgültig benannt hatte. Der Aberkennungsbeklagte wurde daher im Parallelverfahren mit Verfügung vom 24. April 2014 persönlich aufgefordert, seinen Zustellungsempfänger in der Schweiz mit beglaubigter Unterschrift zu bestätigen und einen weiteren Kostenvorschuss, insbesondere für die Übersetzungskosten, zu leisten. Für den Fall, dass der weitere Kostenvorschuss nicht geleistet werde, wurde dem Aberkennungsbeklagten angedroht, auf seine Berufung nicht einzutreten (Urk. 156/161 S. 6 f.). Der genaue Zeitpunkt, zu welchem die Verfügung vom 24. April 2014 zugestellt worden war, liess sich nicht eruieren, da der Internationale Rückschein unklar bzw. unvollständig ausgefüllt war. Aufgrund des Erhalts des Rückscheins stand aber fest, dass der Aberkennungsbeklagte die Verfügung vom 24. April 2014 erhalten hatte (Urk. 156/169 S. 3 f. E. 5 f.). Seitens des Aberkennungsbeklagten erfolgte aber dennoch weder eine Eingabe noch wurde der Kostenvorschuss trotz Nachfristansetzung mit Verfügung vom 29. September 2014 (Urk. 156/169 S. 4 f.) bezahlt. Mit Beschluss vom 23. Oktober 2014 wurde auf die Berufung des Aberkennungsbeklagten schliesslich nicht eingetreten (Urk. 156/173).

5. Da sich der Aberkennungsbeklagte im Parallelverfahren nicht äusserte, blieben Zweifel an der Echtheit der Unterschrift auch auf seiner Berufungsanwort bzw. an deren Authentizität im vorliegenden Verfahren bestehen. Ihm wurde daher mit Verfügung vom 29. September 2014 unter anderem Frist angesetzt, seine

Unterschrift auf der Berufungsantwort beglaubigen zu lassen sowie einen Zustellungsempfänger in der Schweiz für das vorliegende Verfahren zu bestellen. Dabei wurde angedroht, dass im Säumnisfall die Berufungsantwort als nicht erfolgt gelte, das Verfahren ohne diese fortgesetzt werde und zukünftige Zustellungen durch Publikation im Amtsblatt erfolgten (Urk. 151 S. 6 ff.). Die Verfügung wurde auf Englisch übersetzt (Urk. 153) und gegen Internationalen Rückschein an die selbe Adresse des Aberkennungsbeklagten wie die Verfügung vom 24. April 2014 (Urk. 156/161) im Parallelverfahren geschickt. Für die entsprechenden Kosten wurde von der Aberkennungsklägerin ein Vorschuss von Fr. 1'500.– verlangt, der fristgerecht geleistet wurde (Urk. 151 bis 155). Dem Eintrag im "Track&Trace" der "Israel Post" vom 21. Oktober 2014 kann entnommen werden, dass die betreffende Verfügung an den Aberkennungsbeklagten nicht zugestellt werden konnte, da dieser an der betreffenden Adresse nicht wohnhaft sei (Urk. 158/1-2). Die Verfügung gelangte in der Folge am 3. Februar 2015 an die Kammer zurück. Von der "Israel Post" war mit einem Aufkleber der Vermerk "Moved" (englisch für "umgezogen") angebracht worden (Urk. 160).

6. Mit der vorliegenden Berufung wird einzig der in Dispositivziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 27. November 2013 festgelegte Zeitpunkt, von dem an Zins zu bezahlen ist, angefochten. Im übrigen blieb das Urteil unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

III.

1. Das vorinstanzliche Verfahren war noch von der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) bestimmt. Der angefochtene Entscheid vom 27. November 2013 wurde aber unter der Geltung der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) eröffnet. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO kommt daher auf das vorliegende Verfahren die schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung. Inhaltlich ist der nach altem Recht ergangene Entscheid im Rechtsmittelverfahren aber nach altem Recht zu überprüfen (vgl. Schwander, in: Brunner/Gas-

ser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 405 N. 5 m.w.H.).

2. In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder pauschale Verweisungen auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, die nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, die Sachverhaltserstellung oder die Rechtsanwendung sei geradezu willkürlich (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die Argumente der Berufungsklägerin oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Sie kann über die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen befinden (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

3. Im Berufungsverfahren können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht wurden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht

werden konnten. Art. 229 Abs. 3 ZPO kommt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung im Berufungsverfahren nicht analog zur Anwendung, einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO ist massgeblich (BGE 138 III 626 f. E 2.2). Unechte Noven können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 1214 und 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden (BGE 138 III 788 E 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172).

IV.

1.1. Mit der Rechtshängigkeit eines Verfahrens entsteht ein Prozessrechtsverhältnis, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten. Sie müssen dafür sorgen, dass ihnen Entscheide, die das Verfahren betreffen, zugestellt werden können (statt vieler: BGE 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399 m.w.H.). Diese Pflicht besteht, solange mit einer Zustellung gerechnet werden muss (BGE 119 V 89 E. 4b/aa S. 94; 120 III 3 E. 1d S. 4; 123 III 492 E. 1 S. 493; 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399). Eine Adressänderung muss dem Gericht demnach umgehend mitgeteilt werden, ansonsten die fehlgeschlagene Zustellung an die letztbekannte Adresse in Anwendung von Art. 138 Abs. 3 lit. a und b ZPO als erfolgt gilt (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 69 unter Hinweis auch auf VerwGer ZH VB.2011.00803 vom 10. Februar 2012, E. 2.2.4.; Reto M. Jenny, in ZPO Kommentar, Gehri/Kramer [Hrsg.], Zürich 2010, N 11 zu Art. 138 ZPO m.w.H., vgl. auch § 181 GVG/ZH).

1.2. Vorliegend haben die Parteien mit dem vorinstanzlichen Verfahren ein Prozessrechtsverhältnis begründet. Nach der Zustellung des erstinstanzlichen Entscheides, der den Parteien die Möglichkeit eines Weiterzugs einräumte, blieb dieses weiterhin bestehen, weshalb der Aberkennungsbeklagte auch weiterhin mit der Zustellung von behördlichen Akten rechnen musste. Dies gilt insbesondere,

da er sich das Wissen seiner Rechtsvertreter anrechnen lassen muss, die, wie ihre Eingaben betreffend Niederlegung des Mandats vom 30. bzw. 31. Januar 2014 zeigen, vom vorliegenden Berufungsverfahren Kenntnis hatten (Urk. 146 f.). Er war daher verpflichtet, eine allfällige Adressänderung mitzuteilen und dafür besorgt zu sein, dass ihm gerichtliche Akten zugestellt werden können. Die Verfügung vom 29. September 2014 (Urk. 151) gilt deshalb als am 21. Oktober 2014 zugestellt (vgl. Urk. 158/1). Die mit der betreffenden Verfügung angesetzten Fristen von 20 Tagen endeten damit am 10. November 2014. Da der Aberkennungsbeklagte innert Frist und bis heute keine Eingabe an die Kammer machte, also weder die Berufungsantwort mit beglaubigter Unterschrift bestätigte noch einen Zustellungsempfänger in der Schweiz benannte, gilt die Berufungsantwort androhungsgemäss als nicht erfolgt, das Verfahren wird gemäss Art. 147 Abs. 2 ZPO ohne diese fortgesetzt und zukünftige Zustellungen an den Aberkennungsbeklagten erfolgen durch Publikation (Art. 141 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.1. Die Aberkennungsklägerin brachte vor, dass der Aberkennungsbeklagte vom vorliegenden Verfahren keine Kenntnis habe. Vor diesem Hintergrund könne die Passivlegitimation nicht als unbesehen gegeben erachtet werden, wie es die Vorinstanz tue. Sie sehe sich im übrigen erneut darin bestärkt, dass das Verfahren nicht im Interesse des Aberkennungsbeklagten geführt werde, sondern im Interesse von D._____. Sie ersuchte die Kammer daher, vom Aberkennungsbeklagten eine Vollmacht zu verlangen, aus der ersichtlich werde, dass er vom Berufungsverfahren Kenntnis habe und dieses auch führen wolle (Urk. 140 S. 4 Rz 7).

2.2. Die Frage nach der Aktiv- und Passivlegitimation ist eine materiellrechtliche. Sie betrifft die Frage, ob eine Partei aus einem Rechtsverhältnis berechtigt bzw. verpflichtet ist. Sie ist damit unabhängig vom Wissen der Parteien um einen konkreten Prozess. Vorliegend ist sodann die Passiv- bzw. Aktivlegitimation nicht streitig, vielmehr anerkennt die Aberkennungsklägerin ihre Passivlegitimation implizit, indem sie nicht grundsätzlich bestreitet, Verzugszins leisten zu müssen, sondern nur gegen den von der Vorinstanz festgesetzten Zeitpunkt vorgeht. Unter

diesem Gesichtspunkt besteht somit keine Notwendigkeit, Abklärungen in Bezug auf die Aktiv- und Passivlegitimation zu tätigen.

2.3. Grundsätzlich muss der Aberkennungsbeklagte aufgrund seiner Stellung als Beklagter und Berufungsbeklagter kein Interesse haben, den vorliegenden Prozess zu führen, liegt es doch nicht an ihm, über die Durchführung des Verfahrens zu entscheiden; dieses Interesse muss vielmehr auf der Klägerseite gegeben sein. Dass der Aberkennungsbeklagte gar auf die Forderung, für welche ihm die provisorische Rechtsöffnung gewährt worden war, verzichten möchte bzw. die Aberkennungsklage oder zumindest die Berufung der Aberkennungsklägerin anerkannt hat, bringt die Aberkennungsklägerin nicht – auch nicht sinngemäss – vor. Dies kann schliesslich auch aus dem behaupteten Verhalten des Aberkennungsbeklagten bzw. aus der allfälligen Nichtkenntnis des vorliegenden Berufungsverfahrens nicht geschlossen werden, nahm er doch eine erste Zahlung der Aberkennungsklägerin vorbehaltlos an (Urk. 156/165/2 f.).

2.4. Im Ergebnis kann die Aberkennungsklägerin aus dem Umstand, dass der Aberkennungsbeklagte allenfalls über das vorliegende Berufungsverfahren nicht orientiert wurde, nichts für ihren Standpunkt ableiten. Es kann demnach auf diesbezügliche Weiterungen verzichtet werden.

V.

1. Die Vorinstanz hat in Bezug auf den vorliegend streitigen Verzugszins wie folgt argumentiert: Gemäss Ziff. 26.1 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der Aberkennungsklägerin sei diese verpflichtet, ihre Leistung zu erbringen, sobald sie im Besitz aller zur Prüfung ihrer Leistungspflicht nötigen Unterlagen sei. Damit habe die Aberkennungsklägerin mit ihren Versicherten einen Verfalltag vereinbart. Nach diesem Verfalltag befinde sich die Aberkennungsklägerin im Verzug. Eine Mahnung sei nicht nötig, um den Verzug auszulösen. Die Aberkennungsklägerin habe am 16. Oktober 2002 einen "Zahlungsauftrag für Versicherungsleistungen" erstellt. Daraus sei ersichtlich, dass sie zu diesem Zeitpunkt über die nötigen Unterlagen verfügt habe, um ihre Leistungspflicht zu prü-

fen. Die Aberkennungsklägerin sei daher am 16. Oktober 2002 in Verzug geraten (Urk. 141 S. 79 f. E. 2.1. ff.).

2. Die Aberkennungsklägerin geht mit ihrer Berufung nicht grundsätzlich gegen diese Argumentation vor. Sie kritisiert aber, dass die Vorinstanz übersehen habe, dass ihr am 16. Oktober 2002 nicht bekannt gewesen sei, an wen bzw. auf welches Konto sie die Zahlung habe richten müssen. Sie habe in diesem Zeitpunkt die Zahlung mithin gar nicht vornehmen können. Daher habe sie den Aberkennungsbeklagten mit Schreiben vom 22. Oktober 2002 aufgefordert, ihr den unterzeichneten und beglaubigten Zahlungsauftrag zu retournieren, damit sie ohne Risiko, zu einer Doppelzahlung gezwungen zu werden, leisten könne. Erst durch die Mitteilung des Aberkennungsklägers, die bei ihr am 8. November 2002 eingegangen sei, habe sie Kenntnis von der vom Aberkennungsbeklagten gewünschten Zahlstelle erhalten. Bis zu diesem Zeitpunkt habe sich der Aberkennungsbeklagte im Annahmeverzug befunden, weshalb sie bis zu diesem Datum gar nicht in Schuldnerverzug habe geraten können. Zur Untermauerung ihres Standpunktes verwies sie auf ein Urteil der Kammer vom 30. Oktober 2013. Aufgrund dieser Überlegungen kam die Aberkennungsklägerin zum Schluss, dass sie sich frühestens ab dem 9. November 2002 im Verzug habe befinden können (Urk. 140 S. 6 f. Rz 12 ff. mit Verweis auf das Urteil der Kammer LB100041 vom 30. Oktober 2013, E. III. A 2. S. 12).

3. Der Standpunkt der Vorinstanz, dass in Ziff. 26.1 AVB ein Verfalltag vereinbart worden sei und sich die Aberkennungsklägerin dementsprechend nach dem Verstreichen des Verfalltages auch ohne Mahnung im Verzug befunden habe, ist zutreffend und steht sowohl mit der Literatur als auch mit der Praxis der Kammer in Einklang (Urteil der Kammer LB100041 vom 30. Oktober 2013, S. 13, abzurufen unter www.gerichte-zh.ch). Diese Thematik ist daher vorliegend nicht weiter zu vertiefen.

4.1. Was eine Partei gewusst hat, ist eine Tatsachenfrage. Das Vorbringen der Aberkennungsklägerin, sie habe nicht gewusst, wohin sie die Zahlung der Versicherungssumme leisten müsse, ist daher als Tatsachenbehauptung zu qualifizieren. Wie unter E. III. 3. hiervor dargelegt, können im Berufungsverfahren neue

Tatsachen nur noch in Ausnahmefällen vorgebracht werden. Aus der unter E. III. 2. hiervor umschriebenen Begründungspflicht folgt weiter, dass wenn zur Begründung der Berufung Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden müssen, die Zulässigkeit der Tatsachenbehauptung für die Berufungsinstanz ohne weiteres ersichtlich sein muss: Im Fall, dass die Tatsachen bereits vor der Vorinstanz behauptet wurden und von ihr zu Unrecht nicht beachtet oder falsch gewürdigt wurden, muss – insbesondere in einem Verfahren wie dem vorliegenden, in dem die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften insgesamt rund 750 Seiten umfassen (vgl. Urk. 1, 25, 40, 48 und 55) – für das Berufungsgericht leicht erkennbar sein, wann die betreffenden Tatsachen bei der Vorinstanz vorgetragen wurden. Müssen hingegen neue Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden, ist klar und substantiiert darzulegen, wieso dies ausnahmsweise zulässig ist.

4.2. Der Berufungsschrift kann kein Hinweis entnommen werden, ob und gegebenenfalls wann die Aberkennungsklägerin bereits vor der Vorinstanz vorgebracht hatte, nicht gewusst zu haben, wohin sie die Versicherungssumme überweisen müsse (vgl. Urk. 140 S. 3 f. Rz. 4, S. 5 ff. Rz. 16 ff.). Ebenso kann den vorinstanzlichen Erwägungen zum Fälligkeitszeitpunkt nicht entnommen werden, dass die Aberkennungsklägerin bereits in jenem Verfahren mit der Unkenntnis der Zahlstelle des Aberkennungsbeklagten argumentiert hatte (Urk. 141 S. 78 ff. E. VII.). Soweit ersichtlich, brachte die Aberkennungsklägerin auch in ihren bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften nichts Derartiges vor (Urk. 1 S. 30 f. Rz 88 ff.; Urk. 40 S. 36 Rz 116; Urk. 55 S. 4 [Inhaltsverzeichnis]). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass grundsätzlich das Einreichen von Beilagen eine substantiierte Behauptung nicht ersetzen kann. Aber selbst im Fall, dass das Gericht die eingereichten Beilagen von sich aus berücksichtigen wollte, legte entgegen den Vorbringen der Aberkennungsklägerin der von ihr angeführte Zahlungsauftrag keineswegs zwingend nahe, dass ihr die Zahlstelle des Aberkennungsbeklagten unbekannt war (vgl. Urk. 4/41 und Urk. 4/32). Ausführungen, wieso ausnahmsweise das Vorbringen von neuen Tatsachen zulässig wäre, tätigt die Aberkennungsklägerin nicht. Solche Umstände sind auch nicht ersichtlich.

4.3. Im Ergebnis ist es der Aberkennungsklägerin nicht gelungen darzulegen, dass ihre (Tatsachen)Behauptung, die Zahlstelle des Aberkennungsbeklagten nicht gekannt zu haben, im vorliegenden Berufungsverfahren zulässig und beachtlich ist. Dementsprechend ist auf diese Behauptung nicht abzustellen. Der Argumentation der Aberkennungsklägerin fehlt damit die tatsächliche Grundlage, mithin das Fundament ihrer Berufungsbegründung. Die Berufung ist daher abzuweisen.

VI.

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c und d, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG (LS 211.11) festzusetzen. Ausgehend von einem Streitwert von rund Fr. 33.15 (Zins von 5 % pro Jahr auf Fr. 10'078.95 für die Zeitspanne vom 16. Oktober 2002 bis zum 9. November 2002) ist gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG von einer Grundgebühr von Fr. 150.– auszugehen. Da bis anhin ein beachtlicher Aufwand zur Prozessleitung notwendig war (vgl. Urk. 151-154 und Urk. 158/1-4) und unter Berücksichtigung des vorliegenden Entscheids, ist die Grundgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG zu verdoppeln und die Entscheidgebühr auf Fr. 300.– festzulegen. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO ist die Gebühr der Aberkennungsklägerin aufzuerlegen.

2. Im Weiteren sind Übersetzungskosten von Fr. 760.– angefallen (Urk. 154). Auch diese sind der Aberkennungsklägerin ausgangsgemäss aufzuerlegen.

3. Dem Aberkennungsbeklagten ist mangels erheblicher Aufwände keine Parteientschädigung zuzusprechen.

<u>Es wird beschlossen:</u>

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 27. November 2013 mit Ausnahme des in Dispo-

sitivziffer 1 festgelegten Zeitpunktes, von dem an Zins zu bezahlen ist, in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Aberkennungsklage wird vollumfänglich abgewiesen.

   Die Aberkennungsklägerin wird verpflichtet, dem Aberkennungsbeklagten Fr. 10'078.95 nebst 5% Zins seit dem 16. Oktober 2002 sowie Fr. 70.– Betreibungskosten zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 2 aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt. Die Übersetzungskosten betragen Fr. 760.–.

3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden der Aberkennungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, an die Aberkennungsklägerin und die Vorinstanz gegen Empfangsschein, an den Aberkennungsbeklagten durch einmalige Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich, mit dem Hinweis, dass dieser Entscheid auf der Gerichtskanzlei eingesehen werden kann.

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

6. 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. 33.15. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. Februar 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:	Der Gerichtsschreiber:
Dr. L. Hunziker Schnider	lic. iur. G. Kenny

versandt am:
mc