

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP200022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 11. Januar 2021

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch B._____

gegen

C._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 8. Juni 2020; Proz. FV180012

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Der Beklagte habe der Klägerin den Betrag von Fr. 28'949.40 nebst Zins zu 5 % seit 20.11.2017 zu bezahlen.
2. Der Beklagte habe der Klägerin die Betreuungskosten von Fr. 103.30 und die Schlichtungsbehördekosten von Fr. 525.00 zu bezahlen.
3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes Pfäffikon ZH sei aufzuheben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des/der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 52)

1. Die Klage wird abgewiesen.
 2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
 3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
 4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
- 5./6. [Mitteilungen/Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

(act. 49 S. 2)

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon ZH vom 08.06.2020 sei aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des/der Beklagten."

Erwägungen:

I. Parteien und Prozessverlauf

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) und der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagter) lebten von Mai 2015 bis August 2017 zusammen in einem Konkubinat. Die Klägerin macht geltend, der Beklagte schulde ihr aus diesem Konkubinat insgesamt noch Fr. 28'949.40, da man sich mündlich geeinigt habe, dass sich jede Partei zur Hälfte an den gemeinsamen Kosten beteilige. Der Beklagte schulde den erwähnten Betrag, um dieser Vereinbarung gerecht zu werden. Der Beklagte bestreitet dies.

2. Am 24. Mai 2018 machte die Klägerin die vorliegende Forderungsklage bei der Vorinstanz rechtshängig (act. 1 und 2). Am 12. Juli 2018 fand eine Hauptverhandlung statt, an welcher die Klagebegründung, Klageantwort sowie Replik und Duplik erstattet wurden. Anschliessend geführte Vergleichsgespräche scheiterten (Prot. Vi S. 5 ff.). Im Nachgang zur Hauptverhandlung wurden beide Parteien mit Verfügung vom 11. September 2018 (act. 19) im Sinne von Art. 132 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e, Abs. 2 lit. d und Art. 222 Abs. 2 ZPO aufgefordert, die an der Verhandlung eingereichten umfangreichen Unterlagen zu nummerieren, mit einem Beweismittelverzeichnis zu versehen und die Beweismittel ordnungsgemäss zu benennen. Am 8. März 2019 erging die Beweisverfügung (act. 29). Mit Eingaben vom 26. April 2019 (Beklagter) resp. vom 2. Juli 2019 (Klägerin) hielten die Parteien ihre Schlussvorträge und nahmen Stellung zum Beweisergebnis (act. 35, act. 40). Am 8. Juni 2020 erging das Urteil der Vorinstanz (act. 45 = act. 51/02 = act. 52 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 52).

Am 24. Juli 2020 erhob die Klägerin rechtzeitig (act. 46/2 i.V.m. act. 49 S. 1) Berufung mit den oben wiedergegebenen Anträgen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-47). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Formelles

1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen

und Begründung versehen. Der mit Verfügung vom 30. Juli 2020 auferlegte Kostenvorschuss (act. 53) wurde geleistet. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel in Tat- und Rechtsfragen frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweise auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser 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). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein

Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

III. Materielles

1. Das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Pfäffikon kam im angefochtenen Urteil zum Schluss, der Klägerin sei es nicht gelungen, die behauptete mündliche Einigung auf eine hälftige Kostenteilung während des Konkubinats der Parteien zu beweisen (act. 52 S. 12 f., S. 16), und dementsprechend wurde die Klage abgewiesen.
2. Die Klägerin bringt in ihrer Berufung vor, sie habe an der Hauptverhandlung in ihrem zweiten Vortrag darauf hingewiesen, dass ihr Vater sowie ihr Steuerberater/Buchhalter bezeugen könnten und würden, dass zwischen den Parteien eine mündliche Vereinbarung über eine hälftige Kostentragung bestanden habe. In den anschliessend geführten "Findungsgesprächen" habe sie nochmals auf die zwei Zeugen (Vater und Steuerberater/Buchhalter) hingewiesen, zudem sei ihr an diesem Gespräch in den Sinn gekommen, dass eventuell noch die Möglichkeit bestünde, den WhatsApp-Verlauf zwischen ihr und dem Beklagten zu rekonstruieren (act. 49 Rz. 2). Sie weist sodann darauf hin, dass diese beiden Zeugen bereit seien, vor Gericht ihre Darstellung der Sachlage zu bestätigen, weshalb diese in der Hauptverhandlung als Zeugen genannt worden seien, ebenso wie sie dies nochmals in ihrem zweiten Schlussvortrag (Stellungnahme zum Beweisergebnis) getan habe. Zudem habe sie in dieser Stellungnahme neu auch eine Freundin von ihr als Zeugin genannt und den WhatsApp-Verlauf zwischen ihr und dem Beklagten beigebracht (act. 49 Rz. 5 und Rz. 7). Ohne die Zeugenaussagen und ohne den offerierten Schriftverkehr sei es nicht möglich oder zumindest schwierig zu

beweisen, ob und mit welchem Inhalt eine mündliche Vereinbarung geschlossen worden sei. Die Nichtabnahme dieser Beweismittel stelle eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Wären diese Beweismittel abgenommen worden, so die Klägerin weiter, hätte das Gericht seine Überzeugung geändert; die Beweise seien rechtserheblich und somit abzunehmen (act. 49 Rz. 10 und Rz. 12).

3.1 Wenn die Klägerin vorbringt, sie habe an der Hauptverhandlung im zweiten Vortrag ihren Vater sowie ihren Steuerberater/Buchhalter als Zeugen genannt, so findet dies in den Akten keine Stütze. In der Replik, die teilweise auf Befragen erstattet wurde, findet sich an keiner Stelle, dass die Klägerin ihren Vater sowie ihren Steuerberater/Buchhalter in allenfalls auch laienhaft ausgedrückter Sprache als Zeugen offeriert hätte (Prot. Vi S. 6 ff.), und die Klägerin behauptet auch nicht, ihre Aussagen wären nicht richtig protokolliert worden. Überdies macht die Klägerin auch nicht geltend, bereits in ihrer Klagebegründung die Zeugen (oder den WhatsApp-Verkehr) als Beweismittel offeriert zu haben, und solches würde auch nicht zutreffen (act. 1 sowie Prot. Vi S. 5). In den vorinstanzlichen Akten findet sich die Anrufung der Zeugen sowie des WhatsApp-Verkehrs durch die Klägerin vielmehr erstmals im zweiten Schlussvortrag (act. 40 Rz. 7).

3.2 Damit sich das gerichtliche Verfahren über streitige Zivilansprüche möglichst nicht zu sehr in die Länge zieht, hält die schweizerische Zivilprozessordnung fest, dass die Parteien neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich nur zweimal unbeschränkt vorbringen können: Erstens mit der Klage resp. der Klageantwort und zweitens mit dem zweiten Schriftenwechsel oder mündlich an einer Instrukti-
onsverhandlung, oder, so weder ein zweiter Schriftenwechsel oder eine Instrukti-
onsverhandlung stattgefunden hat, im zweiten Vortrag an der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Danach fällt die so genannte Novenschanke: neue Tatsa-
chen und neue Beweismittel werden dann nur noch berücksichtigt, wenn sie
einerseits ohne Verzug vorgebracht werden und andererseits entweder erst nach
den ersten beiden Vorträgen entstanden sind (echte Noven, Art. 229 Abs. 1 lit. a
ZPO) oder zwar schon vorher vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt
nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven, Art. 229 Abs. 1 lit. b
ZPO). Der zweite Parteivortrag, in welchem neue Behauptungen und Beweismittel

noch uneingeschränkt zulässig sind, ist dabei nicht zu verwechseln mit dem zweiten Vortrag im Rahmen der Schlussvorträge (Art. 232 Abs. 1 ZPO), der nach Vorliegen der Beweisabnahme als Stellungnahme zum Beweisergebnis vorgesehen ist. Es scheint, als wäre Letzteres der Klägerin nicht ganz klar (act. 49 Rz. 7).

Wie bereits gesehen (oben, Ziff. 3.1) anerbote die Klägerin die Beweismittel der Zeugenbefragungen sowie den WhatsApp-Verkehr nicht vor dem Fallen der Novenschranke. Es handelt sich bei diesen Beweismitteln um unechte Noven: Der mit der Stellungnahme zum Beweisergebnis eingereichte WhatsApp-Verkehr stammt, soweit er datiert ist, vom 29. September 2017 (act. 42/199) und ist offensichtlich vor der Hauptverhandlung entstanden (vgl. auch act. 49 Rz. 2). Die Zeugen wiederum wussten ebenfalls schon vor dem gerichtlichen Verfahren über den Sachverhalt Bescheid, wie sich aus den Schilderungen der Klägerin in der Berufungsschrift ergibt (act. 49 Rz. 4). Dass sich die Freundin angeblich erst anlässlich eines persönlichen Gesprächs über den Stand des Verfahrens – und also während des laufenden Verfahrens – für eine Zeugenaussage zur Verfügung stellte, ändert daran selbstredend nichts (act. 49 Rz. 7). Unerheblich ist sodann, dass der Klägerin der WhatsApp-Verkehr erst während der Vergleichsverhandlung (die Klägerin spricht von Findungsgesprächen) in den Sinn kam (act. 49 Rz. 2), denn es wäre bei zumutbarer Sorgfalt möglich gewesen, dies schon vor dem Fallen der Novenschranke als Beweismittel anzubieten. Soweit die Klägerin gegenteiliger Ansicht zu sein scheint (act. 49 Rz. 11), so bringt sie nicht vor, weshalb sie die genannten Beweismittel trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher anbieten konnte, und solcherlei ist auch nicht ersichtlich.

Nach dem Gesagten kann offen bleiben, ob die Klägerin die Beweismittel der Zeugenbefragung ihres Vaters und ihres Steuerberaters/Buchhalters sowie den WhatsApp-Verkehr an der Vergleichsverhandlung genannt hat, denn einerseits ist die Vergleichsverhandlung ein informelles Gespräch (und wird als solches auch nicht protokolliert), in welchem keine Tatsachen und Beweismittel in den Prozess eingebracht werden können, und andererseits wäre dies bereits verspätet gewesen. Letzteres gilt umso mehr für die auch nach der Darstellung der Klä-

gerin erstmals anlässlich des zweiten Schlussvortrags (Art. 232 Abs. 1 ZPO) erfolgte Anrufung der Freundin als Zeugin.

3.3 Im Ergebnis hat die Vorinstanz demnach die Beweismittel zu Recht nicht abgenommen, denn das Recht auf Beweis umfasst nur die Abnahme von (tauglichen) Beweismitteln, die dem Gericht fristgerecht angeboten wurden (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Dass die Vorinstanz gestützt auf die fristgerecht – und nach entsprechender Nachbesserung (act. 19 und act. 25; vgl. oben, Ziff. I.2.) formgerecht – eingereichten Beweismittel zu einer Gutheissung der Klage hätte kommen müssen, macht die Klägerin in der Berufung zu Recht nicht geltend. Soweit sie sich zu den entsprechenden Zusammenstellungen äussert (act. 49 Rz. 8), handelt es sich um die Wiederholung von bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Behauptungen ohne sichtbaren Bezug zum angefochtenen Urteil.

4. Die Berufung ist demnach abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Die Klägerin unterliegt mit der Berufung vollumfänglich. Das führt zur entsprechenden Kostenaufgabe (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Die bezirksgerichtliche Festsetzung von Gerichts- und Parteikosten im angefochtenen Urteil wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Es ist deshalb das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 2-4) zu bestätigen.

3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist – ausgehend vom Streitwert – gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'850.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen: Der Klägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Beklagten nicht, weil ihm im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 8. Juni 2020 (FV180012) wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'850.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 49 samt Beilagen (act. 51/02-42), und an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse. 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 Fr. 28'949.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw B. Lacic

versandt am: