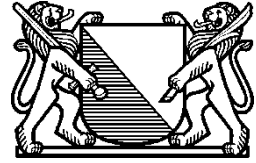


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC230004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Gautschi

Beschluss und Urteil vom 24. April 2023

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt und Notar X._____

gegen

B._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren
des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 5. Juli 2022; Proz. FP210010**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Ziffer 3 und Ziffer 4.2.b der Erkenntnis des Ehescheidungsurteils vom 17.03.2021 seien aufzuheben und die gemeinsame Tochter der Parteien, C._____, geb. am tt.mm.2017, sei am Wohnort des Klägers in D._____ einzuschulen und ihr zivilrechtlicher Wohnsitz sei an die Wohnadresse des Klägers nach D._____ zu verlegen.
2. Die Betreuungszeit von C._____ durch die Parteien nach Einschulung im August 2022 sei in Abänderung von Ziffer 4.2.c der Erkenntnis des Ehescheidungsurteils vom 17.03.2021 wie folgt zu ändern:
Die Tochter C._____ sei nach der Einschulung im August 2022 wie folgt durch die Beklagte zu betreuen:
 - an jedem zweiten Wochenende jeweils ab Freitagabend, 18.00 Uhr bis Sonntagabend, 19.00 Uhr. Falls der Freitag ganz oder teilweise schulfrei ist, beginnt das Besuchsrecht so früh als möglich,
 - in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Weihnachten und Neujahr,
 - in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag; das auf diese Feiertagsbetreuung durch die Mutter folgende Wochenende verbringt die Tochter beim Vater, womit die abwechselnde Wochenendbetreuung weitergeführt wird,
 - während der Hälfte der Schulferien.In der übrigen Zeit sei die Tochter durch den Vater zu betreuen.
3. C._____, geb. am tt.mm.2017, sei kindes- und altersgerecht betreffend Einschulungsort zu befragen, gegebenenfalls durch eine ausgebildete Fachperson.
4. Eventuell sei betreffend Einschulungsort von C._____ ein Gutachten zu erstellen.
5. Die Rechtsbegehren gemäss Ziffer 3. und Ziffer 4. hiervor seien im Sinne der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO anzuordnen.
6. Für C._____ sei eine Vertretung gemäss Art. 299 ZPO (Kinderanwalt) anzuordnen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.
8. Eventuell sei dem Kläger für das vorliegende Verfahren das Recht auf integrale unentgeltliche Rechtspflege zzgl. 7.7 MWST

zu gewähren, unter Beiordnung des Unterzeichneten als unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Ergänzendes Rechtsbegehren des Klägers während der Verhandlung vom 30. Juni 2022 (Prot. S. 6 f. sinngemäss):

In der Hauptsache:

9. Ziffer 4.4 des Ehescheidungsurteils vom 17. März 2021 sei aufzuheben und der Unterhaltsbeitrag der Kindesmutter an den Kindesvater sei gerichtlich festzusetzen, unter der Voraussetzung, dass Ziffer 3 und Ziffer 4.2.b des Ehescheidungsurteils vom 17. März 2021 abgeändert und C. _____ in D. _____ eingeschult wird.
10. Ziffer 4.5.a des Ehescheidungsurteils vom 17. März 2021 sei rückwirkend ab der Geburt des zweiten Kindes aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Kindesvater der Kindesmutter keinen Unterhaltsbeitrag schuldet.

Vorsorgliche Massnahmenanträge:

11. Ziffer 4.4. (exkl. Ziffer 4.4.d) des Ehescheidungsurteils vom 17. März 2021 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Unterhaltsbeitrag für C. _____ abzuändern sei, unter Reduktion des Betreuungsunterhalt um 50%, rückwirkend ab der Geburt des zweiten Kindes.
12. Ziffer 4.5.a des Ehescheidungsurteils vom 17. März 2021 sei rückwirkend ab der Geburt des zweiten Kindes aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Kindesvater der Kindesmutter keinen Unterhaltsbeitrag schuldet."

Verfügung und Urteil des Einzelgerichtes:

(act. 35)

"Es wird verfügt:

1. Das Rechtsbegehren 5 des Klägers wird abgewiesen.
2. Das Rechtsbegehren 11 des Klägers wird abgewiesen.
3. Das Rechtsbegehren 12 des Klägers wird abgewiesen.
- 4./5. [Mitteilungen / Rechtsmittel]

Es wird erkannt:

1. Das Rechtsbegehren 1 des Klägers (Abänderung der Ziffer 3 und Ziffer 4.2.b des Ehescheidungsurteils vom 17. März 2021) wird abgewiesen.
2. Das Rechtsbegehren 2 des Klägers (Abänderung von Ziffer 4.2.c des Ehescheidungsurteils vom 17. März 2021) wird abgewiesen.
3. Das Rechtsbegehren 3 des Klägers (Kinderanhörung) wird abgewiesen.
4. Das Rechtsbegehren 4 des Klägers (Erstellung eines Gutachtens) wird abgewiesen.
5. Das Rechtsbegehren 6 des Klägers (Anordnung eines Kinderanwalts) wird abgewiesen.
6. Auf das Rechtsbegehren 9 des Klägers (Abänderung von Ziffer 4.4 des Ehescheidungsurteils vom 17. März 2021) wird nicht eingetreten.
7. Das Rechtsbegehren 10 des Klägers (Abänderung von Ziffer 4.5.a des Ehescheidungsurteils vom 17. März 2021) wird abgewiesen.
8. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.00 festgesetzt.
9. Die Kosten des begründeten Entscheids werden der klagenden Partei vollumfänglich auferlegt.

Der durch die klagende Partei geleistete Vorschuss von Fr. 1'500.00 wird mit den gesamten Gerichtskosten verrechnet. Ein allfälliger Fehlbetrag wird vom Kläger nachgefordert.
10. Der Kläger wird verpflichtet der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.– (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 11./12. [Mitteilungen / Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

(act. 32 S. 2 ff.)

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP210010-B/U02/Lf) sei aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung, einen Schriftenwechsel mit anschliessender Hauptverhandlung durchzuführen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP21001 0-B/U02/Lf) aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Subeventualiter sei für den Fall der Abweisungen der Rechtsbegehren 1. und 2. hiervoor in der vorliegenden Angelegenheit wie folgt zu entscheiden:
 - 3.1. Ziffer 1. des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP21001 0-B/U02/Lf) sei aufzuheben und es seien durch die angerufene Instanz Ziffer 3 und Ziffer 4.2.b der Erkenntnis des Ehescheidungsurteils vom 17.03.2021 des Bezirksgerichtes Andelfingen (FE200051-B/U01/Je) aufzuheben und die gemeinsame Tochter der Parteien, C._____, geb. am tt.mm.2017, raschestmöglich am Wohnort des Klägers in D._____ zu beschulen und ihr zivilrechtlicher Wohnsitz sei an die Wohnadresse des Klägers nach D._____ zu verlegen.
 - 3.2. Ziffer 2. des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP210010-B/U02/Lf) sei aufzuheben und die Betreuungszeit von C._____ durch die Parteien nach Einschulung beim Berufungskläger sei in Abänderung von Ziffer 4.2.c der Erkenntnis des Ehescheidungsurteils des Bezirksgerichtes Andelfingen (FE200051-B/U01/Je) vom 17.03.2021 per Eintritt in den Kindergarten in D._____ wie folgt zu ändern:
Die Tochter C._____ sei nach dem Eintritt in den Kindergarten in D._____ wie folgt durch die Beklagte zu betreuen:
 - an jedem zweiten Wochenende jeweils ab Freitagabend, 18.00 Uhr bis Sonntagabend, 19.00 Uhr. Falls der Freitag ganz oder teilweise schulfrei ist, beginnt das Besuchsrecht so früh als möglich,
 - in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Weihnachten und Neujahr,
 - in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag; das auf diese Feiertagsbetreuung durch die Mutter folgende Wochenende verbringt die Tochter beim Vater, womit die abwechselnde Wochenendbetreuung weitergeführt wird,

- während der Hälfte der Schulferien.

In der übrigen Zeit sei die Tochter durch den Vater zu betreuen.

- 3.3. Ziffer 6. des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP21001 OB/U02/Lf) sei aufzuheben und es sei Ziffer 4.4. der Erkenntnis des Ehescheidungsurteils vom 17.03.2021 des Bezirksgerichtes Andelfingen (FE200051-B/U01/Je) aufzuheben und der von der Berufungsbeklagten an den Unterhalt der Tochter zu bezahlende Unterhaltbeitrag nach gerichtlichem Ermessen, auf mindestens aber CHF 500.00 pro Monat, festzulegen.
- 3.4. Eventuell sei Ziffer 4.4. der Erkenntnis des Ehescheidungsurteils vom 17.03.2021 des Bezirksgerichtes Andelfingen (FE200051-B/U01/Je) aufzuheben und der vom Berufungskläger an den Kindesunterhalt zu bezahlende Unterhaltsbeitrag sei rückwirkend ab der Geburt des zweiten Kindes der Berufungsbeklagten neu festzulegen unter Reduktion des Betreuungsunterhaltes um mindestens 50%.
- 3.5. Ziffer 7. des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP210010-B/U02/Lf) sei aufzuheben und es sei Ziffer 4.5.a des Ehescheidungsurteils vom 17.03.2021 des Bezirksgerichtes Andelfingen (FE200051-B/U01/Je) rückwirkend ab der Geburt des zweiten Kindes der Berufungsbeklagten evtl. ab Zeitpunkt 30.06.2022 aufzuheben unter Feststellung, dass der Berufungskläger der Berufungsbeklagten keinen Unterhaltsbeitrag mehr schuldet.
- 3.6. Ziffer 3. des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP21001 0-B/U02/Lf) sei aufzuheben und es sei C._____, geb. am tt.mm.2017, Kindes- und altersgerecht betreffend Ort der Beschulung zu befragen, gegebenenfalls durch eine ausgebildete Fachperson.
- 3.7. Eventuell sei Ziffer 4. des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP21001 0-B/U02/Lf) aufzuheben und es sei betreffend Beschulungsort von C._____ ein Gutachten zu erstellen.
- 3.8. Ziffer 5. des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP210010-B/U02/Lf) sei aufzuheben und es sei für C._____ eine Vertretung gemäss Art. 299 ZPO (Kinderanwalt) anzuordnen.
4. Ziffer 9. des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP210010-B/U02/Lf) sei aufzuheben und die Kosten des begründeten Entscheides vor der Vorinstanz seien vollumfänglich der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

5. Eventuell sei Ziffer 9. des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP21001 0-B/U02/Lf) aufzuheben und die Kosten des begründeten Entscheides seien unter den Parteien hälftig aufzuteilen.
6. Ziffer 10. der Erkenntnis des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP21001 0-B/U02/Lf) sei aufzuheben und die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger für das Verfahren vor der Vorinstanz eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 3'000.00 zzgl. 7.7% MwSt. zu bezahlen.
7. Eventuell sei Ziffer 10. der Erkenntnis des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 05.07.2022 (FP210010-B/U02/Lf) aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Parteikosten wettgeschlagen werden.
8. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger für das vorliegende Verfahren einen Parteikostenvorschuss von einstweilen CHF 5'000.00 zzgl. 7.7% MwSt. zu bezahlen.
9. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien vollumfänglich der Berufungsbeklagten aufzuerlegen."

Erwägungen:

1. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) hatte mit Eingabe vom 24. Dezember 2021 beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Andelfingen eine Abänderungsklage eingereicht (act. 1). Daraufhin hatte die Vorinstanz gemäss Art. 291 ZPO zu einer Einigungsverhandlung sowie zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen (welche mit der Abänderungsklage beantragt worden waren) auf den 30. Juni 2022 vorgeladen. Eine Einigung wurde nicht erzielt, und die Parteien wurden anlässlich der Massnahmenverhandlung befragt und die Rechtsvertreter hatten in diesem Rahmen je zwei Parteivorträge (Prot. VI S. 15 ff.). Im Anschluss an die Verhandlung erging am 5. Juli 2022 ein unbegründetes Urteil, mit welchem die Abänderungsklage abgewiesen wurde, soweit darauf eingetreten wurde (act. 24). Nachdem der Kläger ein begründetes Urteil verlangt hatte (act. 26), erging das Urteil sodann in begründeter Form (act. 29 = act. 34/1 = act. 35 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 35).
2. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger mit Eingabe vom 1. Februar 2023 rechtzeitig (act. 32 S. 1 i.V.m. act. 30/1) Berufung mit den oben wiedergegebenen

Anträgen. Die gleichzeitig mit dem angefochtenen Urteil ergangene Verfügung, mit welcher die vorsorglichen Begehren des Klägers abgewiesen wurden, ist demgegenüber nicht angefochten worden und demnach nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens.

Mit Verfügung vom 13. März 2023 wurde der Beklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 36). Mit Eingabe vom 30. März 2023 erstattete die Beklagte fristgerecht ihre Berufungsantwort, mit welcher sie die Abweisung der Berufung sowie die Abweisung des Gesuchs um Prozesskostenvorschuss beantragen liess (act. 38 S. 2). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Dem Kläger wird mit dem Entscheid ein Doppel von act. 38 zuzustellen sein.

3.1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt. Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und Begründung versehen. Dem Eintreten steht grundsätzlich nichts entgegen. Der Antrag Ziff. 8 auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses wird vom Kläger allerdings mit keinem Wort begründet. Auf diesen Antrag ist demnach nicht einzutreten (wobei er beim vorliegenden Verfahrensverlauf ohnehin gegenstandslos geworden wäre).

3.2. 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 Entscheid oder am Verfahren der Vorinstanz falsch 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.).

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber 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 vorgetragene 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).

4. Der Kläger bringt zur Begründung seines Hauptantrages Folgendes vor: Die Parteien seien im vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich zur Einigungsverhandlung sowie zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf den 30. Juni 2022 vorgeladen worden. Allerdings habe die Vorinstanz sodann mit Verfügung und Urteil vom 5. Juli 2022 nicht nur über die beantragten vorsorglichen Massnahmen, sondern auch über sämtliche Punkte in der Hauptsache abschliessend entschieden. Damit habe die Vorinstanz die im Abänderungsverfahren massgebenden gesetzlichen Bestimmungen für das Scheidungsverfahren verletzt (act. 32 Rz 5 ff.). Die Berufungsbegründung führt sodann in rechtlicher Hinsicht die geltend gemachten Rechtsverletzungen im Einzelnen auf (act. 32 Rz 10 ff.).

Die Beklagte hält das Vorgehen der Vorinstanz für rechtens, hätten doch die Parteien im Rahmen der Massnahmenverhandlung die Möglichkeit zur zweifachen Stellungnahme erhalten, womit nach dieser Verhandlung das Verfahren spruchreif gewesen sei und ein Urteil habe ergehen müssen. Es hätte angesichts der zweimaligen Äusserungsmöglichkeit einem kompletten Leerlauf entsprochen, wenn das Gericht zum damaligen Zeitpunkt einen Schriftenwechsel angeordnet hätte, wobei ja der Kläger ohnehin bereits eine begründete Klage eingereicht habe, in welcher er seine Ausführungen und Beweismittel habe nennen können (act. 38 S. 2 f.).

5. Gemäss Art. 284 Abs. 3 ZPO gelten für streitige Abänderungsverfahren die Vorschriften über das Scheidungsverfahren sinngemäss. Das hat die Vorinstanz nicht verkannt, und sie hat zur Einigungsverhandlung gemäss Art. 291 ZPO vorgeladen, verbunden mit einer Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen. Kommt an der Einigungsverhandlung eine Einigung nicht zustande, so setzt das Gericht der klagenden Partei Frist, eine schriftliche Klagebegründung nachzureichen (Art. 291 Abs. 3 ZPO). Das gilt in jedem Fall, auch dann, wenn die Klage bereits ausführlich begründet wurde (BGE 138 III 366 E. 3.2.2.). Das Scheidungsverfahrensrecht sieht demnach – jedenfalls in der derzeit gültigen Fassung (anders dann in der gemäss der Gesetzesrevision vom 17. März 2023 gültigen Fassung von Art. 291 Abs. 3 ZPO) – im Anschluss an eine gescheiterte Einigungsverhandlung zwingend einen Schriftenwechsel vor. An diesem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensablauf ändert sich nichts, wenn die Parteien im Anschluss an die Einigungsverhandlung über vorsorgliche Massnahmenbegehren mündlich plädieren, wie das vorliegend der Fall war. Nota bene ist auch der Gegenstand des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen nicht zu verwechseln mit demjenigen des Hauptverfahrens, so dass sich die Parteien zwar zweimal geäussert haben mögen, aber nicht nur nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form (nämlich mündlich anstatt schriftlich), sondern überdies zu einem anderen Gegenstand. Das Verfahren bei Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils richtet sich also nach Art. 290 ff. ZPO, während Begehren um vorsorgliche Massnahmen im summarischen Verfahren zu beurteilen sind (Art. 271 lit. a und 276 ZPO). Nur in letzterem Verfahren genügt die von der Vorinstanz durchgeführte mündliche

Verhandlung zur Einholung der Parteivorträge (Art. 273 Abs. 1 ZPO). Diese Sachlage verkennt die Vorinstanz wie auch die Beklagte offensichtlich. Die Vorinstanz hat daher das Scheidungsverfahrensrecht deutlich verletzt, indem sie feststellte, aufgrund der Behauptungen während der Einigungsverhandlung sowie des vorsorglichen Massnahmenverfahrens erwiesen sich die Anträge des Klägers als nicht begründet, weshalb sich die Hauptverhandlung als obsolet erweise (act. 35 E. I.6.). Es ist nicht angängig, vor der Durchführung des Verfahrens dessen Ergebnis vorwegzunehmen.

6. In Gutheissung des Hauptantrags der Berufung ist das angefochtene Urteil damit aufzuheben und die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen, um ein ordnungsgemässes Verfahren analog zu Art. 290 ff. ZPO durchzuführen. Entgegen der Beklagten liegt darin nicht ein weiterer Leerlauf (so act. 38 S. 5 lit. a), sondern die Rückweisung ist unumgängliche Folge einer nicht hinnehmbaren Rechtsverletzung durch die Vorinstanz.

7.1. Der Kläger obsiegt mit seiner Berufung. Die Beklagte hat sich mit dem vorinstanzlichen Urteil identifiziert. Damit gilt die Beklagte als unterliegend, was zu entsprechender Kostenaufgabe an die Beklagte führt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dies verkennt die anwaltlich vertretene Beklagte, wenn sie in der Berufungsantwort eventualiter vorbringt, bei einer allfälligen Rückweisung dürften ihr die Prozesskosten für das Berufungsverfahren nicht auferlegt werden, da sie keinerlei Schuld an einem allfälligen Verfahrensmangel träge (act. 38 S. 3 lit. c). Die Entscheidungsbühe ist in Anwendung von § 5 und 6 sowie § 10 Abs. 1 i.V.m. § 12 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

7.2. Die unterliegende Beklagte hat dem Kläger sodann für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu leisten (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Diese ist gemäss § 5 und 6 sowie § 13 AnwGebV auf Fr. 2'500.– (inkl. MwSt.) festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Auf das Gesuch des Berufungsklägers um Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichtes Andelfingen, Einzelgericht o.V., vom 5. Juli 2022 aufgehoben und die Streitsache zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Berufungsbeklagten auferlegt.
4. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage eines Doppels von act. 38, sowie an das Bezirksgericht Andelfingen, Einzelgericht o.V., je gegen Empfangsschein.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Gautschi

versandt am: