

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB130056-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwan-
den sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 21. Januar 2014

in Sachen

A. _____,

Kläger, Widerbeklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 20. August 2013; Proz. CG120048**

Rechtsbegehren:

(Klage)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 35'033.–, zuzüglich 5% Zinsen seit 18. Juli 2011 sowie CHF 525.– als Ersatz für die Kosten der Klagebewilligung zu bezahlen.
2. Es sei der von der Beklagten am 9. Januar 2012 erhobene Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich ... im Umfang von CHF 35'033.–, zuzüglich 5% Zinsen seit 18. Juli 2011 und Zahlungsbefehlskosten, aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuern) zu Lasten der Beklagten.

(Widerklage)

1. Der Kläger und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 7'247.–, zuzüglich Zins zu 5% ab heutigem Datum, zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer, zulasten des Klägers und Widerbeklagten.

Urteil des Bezirksgerichts Zürich:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich ... (Zahlungsbefehl vom 9. Januar 2012) bleibt bestehen.
3. Die Widerklage wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'932.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei zu vier Fünfteln und der beklagten Partei zu einem Fünftel auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet.
6. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 4'086.– (Mehrwertsteuer darin enthalten) zu bezahlen.
- 7./8. (Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Klägers:

1. Es sei die Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 20. August 2013 aufzuheben, und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger Fr. 35'033.00, zzgl. 5% Zins seit dem 18. Juli 2011 sowie CHF 525.00 als Ersatz für die Kosten der Klagebewilligung zu bezahlen;
2. Es sei die Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 20. August 2013 aufzuheben, und es sei der von der Berufungsbeklagten am 9. Januar 2012 erhobene Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich ... im Umfang von CHF 35'033.00, zzgl. 5% Zins seit dem 18. Juli 2011 und die Kosten für den Zahlungsbefehl, aufzuheben;
3. Es sei die Ziff. 5 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 20. August 2013 aufzuheben, und es seien die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren gemäss Ziff. 4 des angefochtenen Urteils vollumfänglich der Berufungsbeklagten aufzuerlegen, und es sei dem Berufungskläger der von ihm geleistete Kostenvorschuss zurückzuerstatten;
4. Es sei die Ziff. 6 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 20. August 2013 aufzuheben, und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren in der Höhe von CHF 6'305 (inkl. Mehrwertsteuern) zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuern) zu Lasten der Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

1.1 Die Parteien wurden am 28. Februar 1995 geschieden. Gestützt auf die Konvention und das Urteil hatte der Kläger für seine Frau (die heutige Beklagte) und seine Tochter Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, und zwar für die Beklagte bis zum 16. Geburtstag des Kindes (das heisst bis zum tt.mm.2009), für dieses vorerst bis zu seiner Mündigkeit (das heisst bis zum tt.mm.2011). Der Kläger zahlte diese Unterhaltsbeiträge, wobei er bis zum Jahr 2004 die Veränderungen des In-

dex auch um kleine Beträge berechnete - (so auf das Jahr 1999 eine Reduktion der Frauenrente von Fr. 3'686.-- auf Fr. 3'682.-- und eine Reduktion der Kinderrente um einen Franken auf neu Fr. 665.--) und auf Oktober 2003 die Reduktion der Frauenrente (vom Basisbetrag von Fr. 3'600.-- auf neu Fr. 1'500.--) resp. Erhöhung der Kinderrente (von der Basis Fr. 650.-- auf neu Fr. 750.--) vornahm. Ab 2005 überwies er monatlich Fr. 2'500.--, und das unverändert auch über den Endtermin für die Frauenrente (tt.mm.2009) hinaus.

Am 18. Juli 2011 teilte der Kläger der Beklagten mit, er habe "heute" festgestellt, dass er den Dauerauftrag für die Unterhaltsbeiträge seit Jahren nicht geändert habe. Gemäss der dem Brief beigelegten Aufstellung (mit den einzelnen Rentenbeträgen, unter jährlicher Berücksichtigung der Indexveränderungen) habe er insgesamt Fr. 35'453.-- zu viel bezahlt (act. 4/7). Als die Beklagte seinen Anspruch bestreiten liess, leitete der Kläger am 4. November 2011 das Schlichtungsverfahren (act. 2) und am 3. Januar 2012 die Betreuung ein (act. 4/11).

1.2 Die Klagebewilligung ging beim Bezirksgericht am 20. April 2012 ein; der Kläger reduzierte die verlangte Summe mit der Klage auf neu Fr. 35'033.-- (act. 2 S. 2 und 7 bei Rz. 18). Mit der Klageantwort erhob die Beklagte Widerklage über Fr. 7'247.--. Sie anerkannte die erwähnte Aufstellung des Klägers den einzelnen Beträgen nach, bestritt aber seinen geltend gemachten Irrtum und forderte seine nachträgliche Beteiligung an ausserordentlichen zahnärztlichen Kosten, an Kosten für Musikunterricht und Instrumenten-Miete sowie einen Restbetrag der Kinderrente für August und September 2011 (im Einzelnen act. 18 S. 9 f.).

Das Bezirksgericht fragte die Parteien an, ob sie mit einem zweiten Schriftenwechsel und im Gegenzug mit dem Verzicht auf eine mündliche Hauptverhandlung einverstanden seien, was beide bejahten (act. 28 f.). Nach Beendigung des Schriftenwechsels entschied das Bezirksgericht am 20. August 2013, die Klage abzuweisen und die Widerklage abzuweisen, so weit darauf einzutreten sei (act. 55).

2. Die Berufung des Klägers wurde am 18. Oktober 2013 rechtzeitig der Post übergeben, und den ihm auferlegten Kostenvorschuss zahlte der Kläger ein. Die Akten des Bezirksgerichts wurden beigezogen.

Der Beklagten wurde Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt, was sie nicht nutzte.

3.1 Das Bezirksgericht weist die Klage ab, weil der Kläger wohl behauptet habe, das Ändern des Dauerauftrages zum Überweisen der Alimente irrtümlich versäumt zu haben, damit aber gerade zugebe, dass er sich über die Befristung der Verpflichtung im Klaren gewesen sei. Und dass er sich nicht bewusst gewesen sei, dass von seinem Konto Zahlungen weggingen, könne nicht sein: er habe ja die Alimente jährlich in den Steuererklärungen angegeben, sei also jedenfalls dann mit dem Geldabfluss konfrontiert worden. Im Übrigen sei es nicht Aufgabe des Gerichts, einer anwaltlich vertretenen Partei Hinweis auf Behauptungen zu geben, mit welchen der Prozess allenfalls zu gewinnen wäre (Urteil S. 6 f.).

Der Kläger lässt das nicht gelten. Er bringt vor, er habe den Geldabfluss sehr wohl erkannt, und es sei auch richtig, dass er die Zahlungen jeweils bei den Steuern deklarierte, aber er habe irrtümlich angenommen, (auch) den Unterhalt für seine geschiedene Frau noch zu schulden (act. 60 S. 4 f. Rz. 5).

3.2 Dem Bezirksgericht ist darin zuzustimmen, dass das Gericht einer Partei nicht zuletzt unter dem Aspekt der Unparteilichkeit keinen Rat erteilen darf, wie denn ihr Prozess zu gewinnen wäre (Peter Diggelmann, Dike-Kommentar ZPO [online-Stand 20. Okt. 2013] Art. 47 N. 40 und Fn. 114). Allerdings ist es nicht weniger bedeutsam, dass alle am Verfahren Beteiligten, und damit auch das Gericht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten haben (Art. 52). Daraus wird seit jeher abgeleitet, dass die Äusserungen der Parteien, seien es ihre Begehren oder ihre Vorträge zur Sache, nach Treu und Glauben zu verstehen sind. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Sache hier zu prüfen.

Der Kläger hat in seinem Vortrag zum Sachverhalt erklärt, er habe im Juli 2001 erkannt, dass "er es unterlassen hatte, den Dauerauftrag mit Beendigung

seiner Unterhaltspflicht am tt.mm.2009 zu stornieren resp. dem Wegfall der Alimente zu Gunsten der Beklagten anzupassen" (act. 2 S. 3 Rz. 4). Im rechtlichen Teil der Klagebegründung schrieb er, er habe es versäumt, den Dauerauftrag zu stoppen - damit liege sicher ein Irrtum vor, denn er habe ja keine Veranlassung gehabt, seiner geschiedenen Frau eine Schenkung zu machen. Auch wenn er seinen Irrtum hätte erkennen können und müssen, ändere das an seinem Anspruch nichts (S. 5 Rz. 10 und 11). In der Replik ergänzte er, wohl habe er monatliche Kontoauszüge erhalten, diese aber nur flüchtig auf den Saldo hin kontrolliert und dann abgelegt. Und die Scheidungskonvention habe er dem Steueramt an seinem neuen Wohnsitz nur für die Steuererklärung 1999 beilegen müssen, nachher nicht mehr. Er "*hatte somit keine Veranlassung, (...) sich Gedanken über die Dauer seiner Unterhaltsverpflichtung zu machen*" (act. 36 S. 3 f., Hervorhebung beigefügt). Spätestens mit dieser letzten Bemerkung war klar, dass der Kläger nicht wie es das Bezirksgericht versteht behaupten wollte, er habe zwar die Befristung der Frauenrente präsent gehabt, aber seine Zahlungen einzustellen vergessen - sein Standpunkt war gerade umgekehrt: dass er den Termin der Befristung nicht präsent hatte und darum den Dauerauftrag an die Bank nicht geändert hatte, als er an sich nur noch für die Tochter hätte zahlen müssen. Wie plausibel das ist, steht beim Ermitteln seines Standpunktes noch nicht zur Debatte. Das Bezirksgericht sieht auch zutreffend, dass die Anwältin des Klägers ohne Weiteres klar(er) hätte sagen können, es gehe um den Irrtum über die (resp. das Vergessen der) Befristung. Nach Treu und Glauben musste ihr Vortrag aber so verstanden werden. Übrigens hat es die Beklagte selber offenbar auch so verstanden: sie argumentierte damit, der Kläger habe ja jeden Monat die Abrechnungen der ZKB erhalten, aus welchen die Zahlungen hervorgingen, und er habe die Zahlungen steuerlich abgesetzt, das irrtümliche Zahlen sei daher ausgeschlossen, und bezüglich der ab Juni 2004 zu viel bezahlten Fr. 32.60 pro Monat behauptete "*der Kläger selber nicht, er habe sich über seine Zahlungspflicht geirrt*" (act. 18 passim, Hervorhebung beigefügt). Endlich ist die gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien zwar reduziert; in der gegebenen Situation wäre aber allenfalls, wenn denn nach Ansicht des Gerichts eine Unklarheit sollte bestanden haben, eine klärende Frage geboten gewesen

(und sie wäre wohl auch gestellt worden, wenn die Parteien nicht auf den Wunsch des Gerichtes eingegangen wären, auf diesen vom Gesetz vorgesehenen Verfahrensschritt zu verzichten).

4.1 Um eine Rückerstattung zu erreichen, muss der Kläger nachweisen, dass er Zahlungen in Erfüllung einer Schuldpflicht vornahm, dass diese nicht bestand, und dass er sich irrte (BSK OR II-Schulin 5. Aufl. 2011, Art. 62 N. 9).

4.2 Die ersten beiden Voraussetzungen sind ohne Weiteres erfüllt: der Kläger hatte zuerst aufgrund des Scheidungsurteils seine Zahlungen geleistet und diese sorgfältig und auf den Franken genau entsprechend der festgelegten Indexierung angepasst. Den nämlichen Betrag wie nach der letzten Anpassung zahlte er auch nach dem tt.mm.2009. Die Zahlung "in Erfüllung einer Schuldpflicht" ist damit erstellt - jedenfalls fürs Erste und unter Vorbehalt der Erwägungen zum Irrtum (dazu nachstehend). Aus dem Scheidungsurteil ergibt sich, dass mit dem tt.mm.2009 die der Beklagten zustehende Rente entfiel (Konvention act. 4/5 S. 3 in Verbindung mit dem Scheidungsurteil act. 4/4 S. 5).

4.3 Zum Irrtum macht die Beklagte geltend, er müsse ausgeschlossen werden, da geschiedene Männer sich sehr wohl und genau darüber im Klaren seien, bis wann sie eine Frauenrente zahlen müssten, und der Kläger habe ja nicht nur regelmässig seine Bankbelege erhalten, sondern auch jedes Jahr beim Ausfüllen der Steuererklärung erneut gesehen, was er im vergangenen Jahr an Unterhaltsbeiträgen zahlte. Dem hält der Kläger entgegen, er habe die Bankbelege jeweils ohne genaues Überlegen abgelegt, und was die Steuern angehe, habe er nur weiter geführt, was er immer tat, nämlich die bezahlten Beiträge vom Einkommen abzuziehen.

Der massgebliche Irrtum muss tatsächlich bestanden haben. War der Zahlende im Zweifel, ob er schulde, und zahlte er trotzdem, hat er keinen Rückforderungsanspruch, denn der Zweifel schliesst den Irrtum aus. Die Rückforderung ist auch ausgeschlossen, wenn die Zahlung aus einem anderen als dem auf ersten Anschein vorliegenden Grund erfolgte, wenn ihr etwa eine zwar nicht einklagbare aber moralische Verpflichtung zugrunde lag. Der Irrtum braucht andererseits nicht

entschuldigbar zu sein, sondern kann selbst auf grober Fahrlässigkeit beruhen und objektiv kaum verständlich sein. Der Beweis obliegt nach allgemeiner Regel dem Zahlenden. Immerhin ist die Anforderung an seinen Beweis insofern gemildert, als er fürs Erste bereits dann erbracht ist, wenn der Irrtum vernünftigerweise angenommen werden muss - wobei dann der Empfänger vergleichsweise wenig Schlüssiges vorzutragen hat, um erfolgreich den Gegenbeweis zu leisten und die Überzeugungskraft der vom Zahlenden vorgetragenen Umstände zu erschüttern.

Im Allgemeinen zahlen geschiedene Männer die Beiträge an die frühere Frau ungern. Das wird beim Kläger nicht anders gewesen sein. Tatsächlich hat er ja auch die Indexierung der Zahlungen für Frau und Tochter sehr genau, auf den Franken, ausgerechnet und nicht etwa auf die nächsten fünf oder zehn Franken aufgerundet. Von da her ist es wirklich ungewöhnlich, dass er sich im ... [Monat] 2009 und noch bis in den Juli 2011 nicht über das Auslaufen seiner Verpflichtung klar gewesen sein sollte, und es war daher mindestens grob fahrlässig, dass er die Überweisungen der Frauenrente nicht stoppte. Ausgeschlossen ist ein Irrtum gleichwohl nicht. Die Scheidung war im Februar 1995 erfolgt. Bis zum ... [Monat] 2009 hatte der Kläger also während fast fünfzehn Jahren für Frau und Tochter Beiträge bezahlt. Es ist von da her vorstellbar, dass er sich so sehr daran gewöhnt hatte, als geschiedener Mann Unterhaltsbeiträge zu zahlen, dass ihm die Befristung zunächst nicht mehr bewusst war. Es war ja auch nicht so, dass im ... [Monat] 2009 jede Zahlungspflicht erlosch - für die Tochter hatte der Kläger weiter zu zahlen. Und dass der Kläger seiner geschiedenen Frau schenkungsweise weiter Unterhalt leisten wollte, ist nicht anzunehmen, es wäre noch wesentlich weniger plausibel als der geltend gemachte Irrtum.

In dieser Situation kommt es darauf an, ob die Beklagte einen Hinweis zu geben vermag, warum, wenn nicht irrtümlich, der Kläger ihr weiter Unterhalt zahlte. Sie argumentiert damit, die Zahlungen seien in Schenkungsabsicht erfolgt, und auch unter geschiedenen Eheleuten kämen Schenkungen vor (act. 18 S. 7 und act. 14 S. 5). Dass stimmt so allgemein durchaus, aber es kommt darauf an, ob es im konkreten Fall zutrifft. Die Beklagte erklärte in der Klageantwort, der Kläger habe sich nicht in seiner Zahlungspflicht geirrt, sondern es habe (erst) "der spärli-

che Kontakt der Tochter C._____ zum Vater [seinen] Unmut ausgelöst (...), worauf sich der Kläger entschloss, die freiwillig bezahlten Unterhaltsbeiträge (...) zurückzufordern" (act. 18 S. 5). Offenbar ist oder war das Verhältnis zwischen Vater und Tochter getrübt. Die Behauptung, die Rückforderung der ohne Schuldgrund geleisteten Zahlungen sei eine Retorsionsmassnahme des Klägers, sagt aber über die Motivation zur Zahlung nichts aus. In der Replik gab die Beklagte eine weitere Begründung: "Der Kläger glaubte, er könne seinen Kontakt zur Tochter C._____ verbessern, wenn er die nahehelichen Unterhaltsbeiträge noch weiter bezahle. Er macht ja die Beklagte für die 'Missachtung seines Anspruchs auf regelmässige Kontakte mit C._____' verantwortlich" (act. 44 S. 7). Das ist freilich noch wesentlich weniger glaubhaft als die Behauptung des Klägers, er habe sich über das Auslaufen der Frauenrente keine Rechenschaft mehr gegeben. Man könnte sich aus der Erfahrung vorstellen, dass ein Vater das Kind selber durch Geschenke oder besondere Zuwendungen sich (eher) zugeneigt machen wollte - das ist nicht selten zu beobachten. Dass der sonst auf den Franken rechnende Vater, der im Scheidungsverfahren um die Rente durchaus gestritten hatte (so die Beklagte in act. 18 S. 4), durch das freiwillige Weiterzahlen der nicht mehr geschuldeten Rente die Mutter dazu bewegen wollte, ihre damals bereits 16-jährige Tochter zu häufigeren Kontakten mit dem Vater zu motivieren, ist sehr wenig glaubhaft. Es steht nicht zuletzt im Widerspruch zur Behauptung der Beklagten in der Klageantwort, "Bestritten wird, dass sich der Kläger bereits im ... [Monat] 2009 über den ungenügenden Kontakt zu seiner Tochter geärgert habe" (act. 44 S. 7 oben) - dann gab es ja auch nach der Darstellung der Beklagten selbst damals gar keinen Grund, dass sie mit dem freiwilligen Weiter-Zahlen der Rente günstig gestimmt werden sollte. Dieser Standpunkt der Beklagten erscheint vielmehr als nachgeschobene Konstruktion. Sie taugt auch unter Berücksichtigung der reduzierten Anforderungen nicht zum Gegenbeweis.

Damit bleibt es dabei, dass die Zahlungen irrtümlich geleistet wurden.

4.4 Die Beklagte machte geltend, sie habe die Zahlungen verbraucht, und der Kläger lege nicht dar, weshalb sie dabei nicht gutgläubig gewesen sein sollte

(act. 18 S. 8). Der Kläger bestritt einerseits den Verbrauch und berief sich darauf, die Beklagte habe nicht gutgläubig sein dürfen (act. 36 S. 7).

Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn der Empfänger das ihm Zugekommene in gutem Glauben verbraucht hat (Art. 64 OR). Wie es sich mit dem tatsächlichen Verbrauch verhält, braucht nicht erstellt zu werden. Anders als bei der Rückforderung an sich ist eine Fahrlässigkeit hier wesentlich: wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Auch hier ist entscheidend, dass die Beklagte keinen plausiblen Grund nennt, weshalb der Kläger ihr auch über den Endtermin gemäss Konvention und Scheidungsurteil hinaus Unterhalt zahlen sollte. Selbst wenn sie den Irrtum des Klägers nicht erkannt haben sollte, hätte sie ihn bei zumutbarer Sorgfalt auf jeden Fall erkennen können und müssen. Damit ist sie nicht berechtigt, die Rückerstattung zu verweigern.

5. Bei diesem Ergebnis fallen die Verfahrenskosten der Beklagten zur Last. Gerichtskosten und Parteientschädigung sind aufgrund der einschlägigen Verordnungen und des Streitwertes von Fr. 42'000.-- (Bezirksgericht) resp. Fr. 35'000.-- (Obergericht) zu bemessen, wo das nicht mehr ausmacht als verlangt (vgl. Berufungsantrag Ziff. 4). Das Verfahren war weder für die Gerichte noch für die Parteien besonders aufwändig. Der Ersatz der Kosten für die Klagebewilligung ist nicht wie nach der Praxis unter dem kantonalen Recht mit der Parteientschädigung, sondern zusammen mit der Hauptsache zu regeln (Art. 207 Abs. 1 ZPO).

Die vom Kläger geleisteten Kostenvorschüsse sind ihm nicht wie er es verlangt vollumfänglich zurückzuerstatten, sondern nur insoweit, als sie zum Decken der Kosten nicht benötigt werden. Im für die Kosten beanspruchten Betrag muss und kann er sie von der Beklagten zurückfordern (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 35'033.--, zuzüglich 5% Zinsen seit 18. Juli 2011, und Fr. 525.-- zu bezahlen.
2. Der von der Beklagten am 9. Januar 2012 erhobene Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich ... wird im Umfang von Fr. 35'033.--, zuzüglich 5% Zinsen seit 18. Juli 2011 und Zahlungsbefehlskosten aufgehoben.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 4'900.-- festgesetzt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'100.-- festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das Verfahren in beiden Instanzen werden der Beklagten auferlegt. Dafür wird zunächst der von der Beklagten dem Bezirksgericht geleistete Vorschuss von Fr. 1'350.-- herangezogen. Im Umfang der verbleibenden Fr. 6'650.-- werden sie aus den Vorschüssen des Klägers bezogen, welchem dafür der Rückgriff auf die Beklagte eingeräumt wird.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Verfahren in beiden Instanzen eine Parteientschädigung von Fr. 8'400.-- zuzüglich 8% MWSt zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
8. 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. 35'033.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: