

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RZ160004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 21. Oktober 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

1. **Politische Gemeinde B.** _____,

2. **C.** _____,

Kläger und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Unterhalt (Ausstand)**

Beschwerde gegen ein Urteil der Gerichtsverwaltung am Bezirksgericht Andelfingen vom 2. März 2016 (BV160001-B)

Erwägungen:

1.1 Mit Schreiben vom 2. April 2016 reichten die Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger 1 und 2) beim Einzelgericht am Bezirksgericht Andelfingen gegen den Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) eine Unterhaltsklage ein (Urk. 1-5 im Verfahren FP140004-B). Im Rahmen dieses Verfahrens stellte der Beklagte mit Schreiben vom 5. Februar 2016 ein Ausstandsgesuch gegen den zuständigen Einzelrichter, nachdem dieser mit Verfügung vom 2. Februar 2016 dem Kläger 2 gestattet hatte, sich zur Hauptverhandlung vom 22. Februar 2016 durch D. _____ begleiten zu lassen. Das Recht, sich begleiten zu lassen, räumte er auch dem Beklagten ein (Urk. 49 S. 2 in FP140004-B; Urk. 1). Gegen diese Verfügung hat der Beklagte mit Eingabe vom 13. Februar 2016 Beschwerde erhoben mit dem Antrag auf ersatzlose Aufhebung derselben. Diesbezüglich wurde ein Beschwerdeverfahren unter der Geschäfts-Nr. RZ160002-O angelegt; die Beschwerde wurde mit Beschluss der angerufenen Kammer vom 16. Juni 2016 infolge zwischenzeitlich eingetretener Gegenstandslosigkeit abgeschrieben (*OGer ZH RZ160002-O vom 16.06.2016, S. 7-8*).

1.2 Betreffend das Ausstandsbegehren wurde bei der Vorinstanz unter der Geschäfts-Nr. BV160001-B ein Verfahren angelegt. Mit Verfügung vom 10. Februar 2016 wurde dem Vorderrichter sowie den Klägern die Eingabe zur Kenntnisnahme zugestellt und dem Vorderrichter eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um sich schriftlich zum Ausstandsbegehren zu äussern (Urk. 3 S. 2). Die entsprechende Stellungnahme des betroffenen Einzelrichters datiert vom 16. Februar 2016 (Urk. 5). Hierauf wurde den Parteien mit gleichentags ergangener Verfügung Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 7). Die Parteien liessen sich am 29. Februar 2016 vernehmen (Urk. 9-11). In der Folge entschied die Vorinstanz mit Urteil vom 2. März 2016 Folgendes (Urk. 15 S. 9 f.):

1. Das Ausstandsbegehren gegen den Einzelrichter lic. iur. E. _____ (Antrag 1) wird abgewiesen.
2. Der Antrag, das Verfahren sei einem anderen Einzelrichter oder einer anderen Einzelrichterin zuzuteilen (Antrag 2) wird abgewiesen.

3. Die Entscheidunggebür für das Ausstandsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 600.– und dem Beklagten auferlegt.
4. (Schriftliche Mitteilung).
5. (Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO).

1.3 Hiergegen erhob der Beklagte mit Schreiben vom 22. April 2016 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 25. April 2016) innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 14 S. 2):

- "1. Es seien das angefochtene Urteil, Dispositivziffer 1-4 vollumfänglich aufzuheben
2. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, das Verfahren FP140004 infolge Befangenheit von E._____ für das weitere Verfahren einem andern Richter zuzuteilen

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei"

1.4 Mit Präsidialverfügung vom 6. Mai 2016 wurde den Klägern 1 und 2 Frist zum Erstellen der Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 17 S. 2). Diese ging fristgerecht mit folgenden Anträgen ein (Urk. 18 S. 2):

- "1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen.
2. Der Beschwerdeführer sei zu verpflichten, dem Beschwerdegegner 2 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– zu bezahlen. Eventualiter sei dem Kläger 2 für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und der Unterzeichnete als sein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.
3. Im Übrigen unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten des Beschwerdeführers."

1.5 Mit Verfügung vom 25. Juli 2016 wurde dem Beklagten das Doppel der Beschwerdeantwort zur Kenntnisnahme zugestellt und ihm gleichzeitig Frist zur Stellungnahme zum Gesuch des Klägers 2 um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses angesetzt (Urk. 19). Die entsprechende Stellungnahme ging innert erstreckter Frist rechtzeitig (Datum Poststempel: 22. August 2016) mit folgendem Antrag ein (Urk. 21 S. 1):

"Es sei das Gesuch des Klägers 2 (Beschwerdegegner 2) um unentgeltliche Rechtspflege und um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses vom Beschwerdeführer kostenpflichtig zu Lasten von C._____ abzuweisen."

Gleichzeitig stellte der Beklagte einen Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ (Urk. 21 S. 8).

1.6 Diese Stellungnahme wurde den Klägern samt Beilagen am 31. August 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 21-23/1-9). In der Folge gingen keine weiteren Eingaben der Parteien ein.

2.1 Zunächst beanstandet der Beklagte das Rubrum des vorinstanzlichen Entscheides und macht geltend, dass Gegenpartei der mit dem Unterhaltsprozess betraute Einzelrichter, nicht aber die Kläger 1 und 2 seien (Urk. 14 S. 2 f.). Die Kläger widersprechen diesem: Der Beklagte stütze sich bei seiner Argumentation auf zwei Bundesgerichtsurteile, welche indes beide unter altem Recht und damit in Anwendung des heute nicht mehr gültigen Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (aGVG) und im Rahmen eines dem Strafrecht zugrundeliegenden Sachverhalts ergangen seien. Indes sei nun die Schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar. Das Bundesgericht habe in seiner Entscheidung vom 25. November 2014 nicht die abgelehnte Gerichtsperson im Rubrum aufgenommen, sondern Kläger bzw. Beklagter des vorinstanzlichen Verfahrens. Diese hätten die Parteistellung inne (Urk. 18 S. 2 mit Hinweis auf BGer 4A_377/2014).

2.2 Die Handhabung der Rubra durch das Bundesgericht ist nicht einheitlich (vgl. BGer 4A_377/2014 vom 25. November 2014, in welchem die Parteien und nicht der abgelehnte Richter im Rubrum aufgenommen worden sind, und BGer 4A_37/2014 vom 14. Juni 2014, gemäss welchem die abgelehnte Richterin als Beschwerdegegnerin im Rubrum aufgenommen worden ist, wie dies auch in weiteren Entscheiden des Bundesgerichts der Fall ist). Daraus lässt sich demnach kein klarer Schluss ziehen. Letztlich aber kann die Frage, wer im Rubrum als Gegenpartei aufzunehmen ist, offengelassen werden: So hat die Gegenpartei

jedenfalls Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs auch in einem von der anderen Partei initiierten Ausstandsverfahren, da die Regeln über den Ausstand in einem engen Zusammenhang mit der Garantie des gesetzlichen Richters gemäss Art. 30 Abs. 1 BV stehen. Dies aber betrifft die Gegenpartei ebenso wie die eine Gerichtsperson ablehnende Partei. Entsprechend ist der Gegenpartei in jedem Fall das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zu gewähren, und nicht nur dann, wenn die Gutheissung des Ausstandsgesuchs zu einer Verfahrensverzögerung führen würde (KUKO ZPO-Kiener, Art. 50 N 2 f.; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 50 N 4; BK ZPO-Rüetschi, Art. 50 N 4; Wullschleger in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 50 N 4; Urbach, OFK-ZPO, Art. 50 N 5). Dies ergibt sich denn auch aus dem Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Mai 2012, wonach es zum gerichtlichen Entscheid über den Ausstand komme, wenn der geltend gemachte Ausstandsgrund bestritten werde, was der Fall sei, wenn eine Partei die Selbstanzeige einer Gerichtsperson bestreite oder die Gegenpartei bzw. die angesprochene Gerichtsperson zu einem Ausstandsgesuch einer Partei negativ Stellung nehme (BGer 4A_158/2012 vom 7. Mai 2012, E. 2.2). Damit aber steht der Gegenpartei jedenfalls das Recht zu, sich zum Ausstandsgesuch zu äussern. Entsprechend aber ist das Rubrum nicht zu beanstanden, und es hat kein Nichteintretensentscheid – wie von den Klägern beantragt – zu ergehen.

3.1 Der Beklagte rügt – nebst dem, dass er sich gegen die Abweisung seines Ausstandsgesuchs stellt – in prozessualer Hinsicht die Verletzung seines Anspruchs auf Wahrung des rechtlichen Gehörs. Er macht geltend, dass er die Eingabe der Kläger vom 29. Februar 2016 (Urk. 11) nie erhalten habe. Kenntnis davon habe er erst mit Akteneinsicht vom 18. April 2016 erhalten. Diese Eingabe sei bei der Vorinstanz am 2. März 2016 eingegangen. Gleichentags sei denn auch der vorinstanzliche Entscheid ergangen. Obschon dieser Entscheid erst am 8. April 2016 versandt worden sei, sei ihm vorgängig keine Gelegenheit zur Vernehmung eingeräumt worden. Da das Rechtsmittel der Beschwerde nur eine beschränkte Überprüfung erlaube, wäre die Zustellung bereits aus diesem Grunde zwingend gewesen (Urk. 14 S. 6 f.).

3.2 Der Kläger äussert sich in seiner Beschwerdeantwort zusammenfassend dahingehend, dass die Vorinstanz mit der Abweisung des Ausstandsbegehrens keine Rechtsverletzung begangen sowie auch den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig festgestellt habe (Urk. 18 S. 3 ff.).

3.3.1 Hinsichtlich der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist dem Beklagten zuzustimmen. Die Vorinstanz hat dem Beklagten die Stellungnahme der Kläger vom 29. Februar 2016 weder vorgängig noch mit Urteil vom 2. März 2016 zugestellt (Urk. 12 S. 9 Dispositivziffer 4; Urk. 13/2). Die Garantie von Art. 29 Abs. 2 BV umfasst aber das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 m.w.H.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird dieses Replikrecht gewährleistet, indem ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme oder zur Orientierung zugestellt wird (BGE 133 I 98 E. 2.2 m.w.H.; vgl. auch BGer 5A_42/2011 vom 21. März 2011, E. 2.2.2 m.w.H.). Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz mit ihrem Vorgehen den Anspruch des Beklagten auf Wahrung des rechtlichen Gehörs verletzt. Sie hat ihm die Eingabe der Kläger nicht einmal zur Kenntnisnahme zugestellt, weshalb es diesem bereits an der blossen Möglichkeit zur Stellungnahme fehlte.

3.3.2 Nach der Rechtsprechung kann die Heilung einer Verletzung erfolgen, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern. Voraussetzung ist indes, dass diese Sachverhalt wie Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. statt vieler BGE 133 I 201 E. 2.2 m.w.H.). Dies ist vorliegend hinsichtlich des Sachverhalts nicht der Fall. Es besteht denn auch kein Raum für neue Tatsachenbehauptungen, was bei der Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO im umfassenden Novenverbot seinen Ausdruck findet (vgl. Freiburghaus/Afeldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 320 N 5 und Art. 326 N 4). Eine Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist somit ausgeschlossen.

3.3.3 Demzufolge ist das angefochtene Urteil betreffend Ausstand aufzuheben und das Verfahren zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Beklagten und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.1 Abschliessend ist über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu befinden. Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7). In diesem Sinne sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzulegen. Die Verteilung sowie der Entscheid über die Parteientschädigung ist der Vorinstanz zu überlassen.

4.2.1 Der Kläger 2 hat für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 18 S. 2).

4.2.2 Nach Massgabe von Art. 261 ff. ZPO kann der Richter für die Dauer des Prozesses vorsorgliche Massnahmen treffen. Zu diesen Massnahmen zählt auch die Anordnung an den beklagten Elternteil, dem volljährigen Kind im Rahmen der Unterhaltsklage einen Prozesskostenvorschuss zu leisten (BGer 5D_111/2015 vom 6. Oktober 2015, E. 1.2 mit Hinweis auf BGer 5P.184/2005 vom 18. Juli 2005, E. 1.3). Vorliegend ist der Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Endentscheid entgegenzunehmen, da über diesen Antrag erst mit dem vorliegenden Endentscheid entschieden wird.

4.2.3 Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Sowohl die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages als auch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege setzen daher die Bedürftigkeit der ansprechenden Partei sowie die fehlende Aussichtslosigkeit voraus (Maier, Die

Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, FamPra 2014 S. 635 ff., S. 637).

4.2.4 Der Kläger 2 liess hinsichtlich seiner Bedürftigkeit ausführen, dass er nach wie vor an der Universität F._____ studiere. Er sei nicht in der Lage, neben dem Studium noch für allfällige Kosten aus dem vorliegenden Beschwerdeverfahren aufzukommen. Vermögen habe er ohnehin keines. Er werde derzeit nicht mehr von der Sozialhilfe unterstützt. Dank seiner überdurchschnittlichen Anstrengungen verdiene er heute so viel, dass es knapp zum Leben reiche. Ab der zweiten Jahreshälfte weile er aber für ein halbes Jahr zu Studienzwecken in Singapur, sodass das Einkommen aus Arbeit dahinfalle. Sein Einkommen betrage monatlich Fr. 523.– als PC-Tutor und Fr. 1'310.– beim G._____. Das Stipendium betrage Fr. 980.– pro Monat bis August 2016. Während der Prüfungen (1-2 Monate) pro Semester belaufe sich sein Einkommen auf 0-10% des Arbeitsverdienstes. Seit August 2015 bis zum Ende seines Auslandsaufenthalts in Singapur (18 Monate inkl. Prüfungsphase) betrage sein durchschnittliches Einkommen Fr. 1'353.–. Diesem Betrag stünden Fr. 2'832.– an Auslagen gegenüber, die anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz am 5. Juli 2015 dargetan worden seien; auf die entsprechenden Ausführungen in den Plädoyernotizen und die dazu eingereichten Unterlagen werde verwiesen (Urk. 18 S. 5 f.).

4.2.5 Mit diesen Ausführungen legt der Kläger 2 seine aktuellen finanziellen Verhältnisse nicht hinreichend dar. So bezieht er sich hinsichtlich seiner Auslagen auf Ausführungen, welche rund ein Jahr zurückliegen, und zeigt nicht konkret auf, wie sich sein Bedarf verändert hat. Bereits damals erhöhte sich seine Krankenkassenprämie von Fr. 110.– pro Monat auf Fr. 266.–, ohne dass sich der Kläger 2 hierzu konkret geäussert hat (vgl. Urk. 2/35 S. 4 f.). Sodann schweigt er sich darüber aus, ob er beim geltend gemachten Einkommen eine Prämienverbilligung bezieht oder nicht. Inwiefern ihm nach wie vor effektive Verkehrskosten von monatlich Fr. 216.– (mit Generalabonnement) bzw. von Fr. 213.35 (mit Abonnement für die Stadt F._____, Halbtax-Abonnement und wöchentliche Reisekosten nach H._____ zur Mutter) anfallen, bleibt offen. Schliesslich bleibt unklar, ob die damals

geltend gemachten Kosten für das Studium weiterhin anfallen. Inwiefern der Auslandsaufenthalt für sein Studium unerlässlich sein soll, legt er mit keinem Wort dar. Ebenso wenig äussert er sich dazu, mit welchen Mitteln er sich diesen finanziert, fallen doch durch die bisherige Erwerbstätigkeit erwirtschaftete monatliche Fr. 1'833.– als Einkünfte weg. Eine aktuelle Steuererklärung oder Vermögensaufstellung (Steuerjahr 2015) des Klägers 2 wurde nicht beigebracht. Damit kann dessen Bedürftigkeit nicht als gegeben erachtet werden, weshalb es bereits an einer der Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages fehlt. Entsprechend ist das Gesuch abzuweisen. Damit aber bleibt auch kein Raum für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

4.3.1 Wie erwähnt, hat auch der Beklagte mit Eingabe vom 22. August 2016 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 21 S. 4 ff.).

4.3.2 Vorab ist der Beklagte darauf hinzuweisen, dass die unentgeltliche Rechtspflege bei gegebenen Voraussetzungen ihre Wirkung grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung entfaltet; nur ausnahmsweise kann sie auch rückwirkend bewilligt werden. Von dieser Möglichkeit ist jedoch äusserst restriktiv Gebrauch zu machen. Sie kommt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung höchstens dann in Betracht, wenn es wegen der zeitlichen Dringlichkeit einer sachlich zwingend gebotenen Prozesshandlung nicht möglich war, gleichzeitig auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen. Umstände und Ereignisse, die bloss die finanzielle Situation der gesuchstellenden Partei betreffen, vermögen hingegen für sich alleine keine rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu rechtfertigen (Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 119 N 12 mit Verweis auf BGE 122 I 203 E. 2f und 2g und weitere; BSK ZPO-Rüegg, 3. A., Art. 119 N 4). Dabei sind die anwaltschaftlichen Bemühungen in Zusammenhang mit einer gleichzeitig eingereichten Rechtsschrift sowie für das Gesuch selber eingeschlossen (Emmel in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 119 N 3).

Der bis dato entstandene Aufwand der Rechtsvertreterin wird daher – abgesehen von der Eingabe des Beklagten vom 22. August 2016 – nicht von der allen-

falls zu gewährenden unentgeltlichen Rechtspflege umfasst. Nachdem das Verfahren mit der genannten Rechtsschrift des Beklagten vom 22. August 2016, welche den Klägern mit Verfügung vom 31. August 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt worden ist, abgeschlossen ist, beschlägt der Ausschluss rund 4/5 des Aufwandes für das bisherige Verfahren. Entsprechend fällt kaum noch Entschädigung an, für welche die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren wäre.

4.3.3 Dem Beklagten fehlt es an der Mittellosigkeit für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege: So macht er zwar ein monatliches Einkommen von Fr. 8'304.10 (exklusive Familienzulage) und einen Bedarf von Fr. 11'479.15 geltend (Urk. 21 S. 5 ff.). Diesen Angaben kann jedoch nicht gefolgt werden: So setzt der Beklagte in seinem Bedarf u.a. für den Sohn I._____, geboren am tt.mm.2007, einen Grundbetrag von Fr. 1'925.– gemäss den Zürcher Tabellen des Amtes für Jugend und Berufsberatung ein. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist diesbezüglich jedoch gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich, Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums, vom 16. September 2009 (Kreisschreiben) für den 9-jährigen Sohn ein Grundbetrag von Fr. 400.– einzusetzen. So umfasst der Betrag gemäss den Zürcher Tabellen des Amtes für Jugend und Berufsberatung nebst den Kosten für Ernährung und Bekleidung (welche im Grundbetrag enthalten sind) auch jene für Unterkunft, Gesundheit etc. Diesbezüglich aber hat der Beklagte bereits die volle Miete inkl. Garage und Nebenkosten von Fr. 2'275.– in seiner Bedarfsberechnung aufgenommen (Urk. 21 S. 4), weshalb es sich nicht rechtfertigt, für I._____ unter dieser Position weitere Unterkunfts-kosten aufzunehmen. Dasselbe hat für die Gesundheitskosten zu gelten. Des Weiteren sind sämtliche Bedarfspositionen, welche die Zeit vor Juli 2015 beschlagen, ausser Acht zu lassen, da diese nicht die aktuellen und effektiven Auslagen betreffen (so die in der Vergangenheit liegenden Krankenkassen-Zusatzkosten 2013-2015 von Fr. 2'486.65, die bis Juli 2015 für I._____ angefallenen Zahnarztkosten von Fr. 65.80, die bis Juli 2015 angefallenen Hundekosten [Futter/Steuer] von Fr. 61.50; die bis Juli 2015 angefallenen Kosten für den Fussball von I._____ von Fr. 18.35, ebenso wie die Unterstützungsbeiträge für J._____s Auslandsjahr, welches beendet ist). Sodann fallen die Kosten für den Hund in der Höhe von

Fr. 30.10, Fr. 49.– und Fr. 40.– pro Monat ebenso wie die Kosten für den Fussball von I._____ in der Höhe von Fr. 18.35 pro Monat und die Domain-Kosten für A._____.ch von Fr. 20.– pro Monat in den Grundbetrag. Hinsichtlich der weiteren geltend gemachten Bedarfspositionen gilt Folgendes: Der Beklagte macht seine jährliche Franchise in der Höhe von Fr. 2'000.–, d.h. von Fr. 166.65 pro Monat geltend, ohne darzulegen, ob diese Kosten auch effektiv anfallen (Urk. 21 S. 6, wonach lediglich pauschal ausgeführt wird, diese sei beinahe aufgebraucht). Damit ist sie vorliegend nicht zu berücksichtigen. Dasselbe hat für die Zahnbehandlungskosten für die Ehefrau zu gelten. Diesbezüglich handelt es sich lediglich um einen Kostenvoranschlag; inwiefern die Kosten effektiv anfallen, ist nicht erstellt (Urk. 23/3). Unter der Position "zusätzliche Gesundheitskosten" ab Juli 2015 macht der Beklagte insgesamt Fr. 1'445.50 für Brillen für sich und seine Frau geltend (Urk. 23/2), d.h. Fr. 180.70 pro Monat (Urk. 21 S. 4). Diese Kosten hat der Beklagte lediglich auf acht Monate umgerechnet, ohne jedoch auszuführen, aus welchen Gründen diese nicht über ein Jahr zu verteilen wären. Da Brillen kaum je mehr als einmal pro Jahr neu anfallen, sind die Kosten auf ein Jahr umzurechnen, was Fr. 120.45 pro Monat ergibt. Des Weiteren macht der Beklagte neu Telefonkosten von Fr. 200.– monatlich geltend (Urk. 21 S. 5 und S. 7), ohne indes auszuführen, warum diese sich im Vergleich zu seinen Ausführungen vor Vorinstanz anlässlich der Verhandlung von 9. Juli 2015 um rund Fr. 25.– erhöht haben sollen (vgl. Urk. 2/37 S. 14). Damit sind lediglich Fr. 175.– für Telefon/TV anzurechnen. Schliesslich veranschlagt der Beklagte für die Fahrt zum Sohn J._____ insgesamt 304 Kilometer Autofahrt pro Monat, und setzt hierfür einen Betrag von Fr. 304.– ein. Indes ist ihm unter dieser Position der Kilometer mit Fr. 0.70 zu veranschlagen, so dass ein Betrag von Fr. 212.80 resultiert. Schliesslich ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen der Beklagte unter der Position Auto Fr. 600.– veranschlagt, da sein Arbeitsweg lediglich 26 km beträgt. Fr. 400.– pro Monat scheinen angemessen. Weiter macht der Beklagte Fr. 300.– für die auswärtige Verpflegung geltend und verweist dabei auf die vor Vorinstanz eingereichten Quittungen der Migros für die Mittagessen (Urk. 21 S. 5; Urk. 2/38/24). Daraus ergibt sich, dass der Beklagte durchschnittlich geschätzt rund Fr. 15.– pro Mahlzeit ausgibt. Die üblichen Kosten für Nahrung sind bereits im Grundbetrag enthalten,

weshalb bei der Position "auswärtige Verpflegung" nur *Mehrkosten* berücksichtigt werden können (vgl. Kreisschreiben, Ziffer III. 3.2.). Dabei sind 50 % des Grundbetrags für die Nahrungskosten vorgesehen (Kreisschreiben, Ziffer V.). Damit aber fallen lediglich noch rund Fr. 5.– pro Tag an Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung an, was monatlich Fr. 110.– entspricht. Schliesslich ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen der Beklagte die Steuern in seiner Bedarfsaufstellung zweimal aufführt (Urk. 21 S. 5). Entsprechend reduziert sich der Bedarf um weitere Fr. 500.–.

Entsprechend reduziert sich der geltend gemachte Bedarf um Fr. 3'415.60 (nämlich Fr. 1'525.– für I._____, Fr. 119.10 für den Hund, Fr. 18.35 für den Fussball, Fr. 20.– für die Domain A._____.ch, Fr. 166.65 Franchise Beklagter; Fr. 500.– Zahnbehandlung Ehefrau, Fr. 60.25 zusätzliche Gesundheitskosten, Fr. 25.– Telefon, Autofahrt nach H._____ Fr. 91.20, Fr. 200.– Arbeitsweg, Fr. 190.– auswärtige Verpflegung, Fr. 500.– Steuern); es resultiert (einstweilen) ein Bedarf für den Beklagten und seine Familie von Fr. 8'063.55, ohne dass über die weiteren geltend gemachten Positionen wie den Kredit für den Autokauf, die Kosten für die Ausübung des Besuchsrechts betreffend J._____ und die Haushaltshilfe bezüglich deren Anrechnung entschieden werden müsste.

Diesem Bedarf steht ein Einkommen von Fr. 86'798.55 für die Dauer von Oktober 2015 bis und mit Juni 2016 (10 Monate), d.h. Fr. 8'679.85/Monat, bzw. von Fr. 42'420.50 für die Dauer von Januar bis mit Mai 2015 (5 Monate), d.h. Fr. 8'484.10, gegenüber (vgl. Urk. 23/8 und Urk. 2/38/41). Dies entspricht dem Durchschnittslohn des Beklagten exklusive Spesenvergütung und inklusive Kinderzulagen, welche zur Deckung des Bedarfs von I._____ entgegen der Darstellung des Beklagten heranzuziehen sind. Mit einem Freibetrag von rund Fr. 500.– wäre der Beklagte – sollten ihm die Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt werden – selbst dann in der Lage, die anfallende Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.– sowie die anfallende Entschädigung seiner Rechtsvertreterin für die Eingabe vom 22. August 2016 in absehbarer Zeit, d.h. im Laufe eines Jahres, zu leisten (BGE 141 III 369 E. 4.1; BGer 5A_810/2011 vom 7. Februar 2012, E. 2.3 mit weiteren Hinweisen; BGer 5A_849/2014 vom 30. März 2015, E. 2.2), wenn der Umsatzbo-

nus von November 2015 in der Höhe von Fr. 2'015.– brutto nicht zum regulären Lohn hinzugerechnet würde. Entsprechend ist das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Die Gesuche des Klägers 2 um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden abgewiesen.
2. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Das Urteil der Gerichtsverwaltung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 2. März 2016 wird aufgehoben und die Sache zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Beklagten und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
5. Die Entscheidung über die Verteilung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens sowie die Höhe der Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von Urk. 18, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptsache beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 21. Oktober 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: