

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RZ170007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

## Beschluss und Urteil vom 15. Januar 2018

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 des Bezirksgerichts Andelfingen vom 13. Juni 2017 (BV170001-B)**

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) ist der Vater des Klägers und Beschwerdegegners 2 (fortan Kläger 2). Mit Schreiben vom 2. April 2014 reichten die Kläger 1 und 2 beim Einzelgericht am Bezirksgericht Andelfingen gegen den Beklagten eine Unterhaltsklage ein (Urk. 3/2). Im Rahmen dieses Verfahrens stellte der Beklagte mit Schreiben vom 5. Februar 2016 (Urk. 2/1 = Urk. 3/50) ein Ausstandsgesuch gegen den zuständigen Einzelrichter D.\_\_\_\_\_, nachdem dieser mit Verfügung vom 2. Februar 2016 dem Kläger 2 gestattet hatte, sich zur bevorstehenden Hauptverhandlung durch E.\_\_\_\_\_ begleiten zu lassen. Das Recht, sich begleiten zu lassen, räumte er auch dem Beklagten ein (Urk. 3/49). Betreffend das Ausstandsbegehren wurde bei der Vorinstanz unter der Geschäfts-Nr. BV160001-B ein Verfahren angelegt (vgl. Urk. 2). Mit Urteil vom 2. März 2016 wies die Vorinstanz das Ausstandsbegehren gegen Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ ab und auferlegte dem Beklagten die Prozesskosten (Urk. 2/12). Hiergegen erhob der Beklagte am 22. April 2016 innert Frist Beschwerde und beantragte die vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Urteils (Urk. 14 im Verfahren RZ160004-O). Mit Beschluss vom 21. Oktober 2016 hob die erkennende Kammer das Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 2. März 2016 auf und wies die Sache zur Wahrung des rechtlichen Gehörs und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Urk. 1, Dispositivziffer 3).

1.2 Nachdem den Parteien das rechtliche Gehör gewährt worden war und diese sich mehrmals zur Sache äussern konnten (vgl. Urk. 23 E. I.4), erliess die Vorinstanz am 13. Juni 2017 folgendes Urteil, worin sie das Ausstandsbegehren des Beklagten erneut abwies (Urk. 23 S. 14 f.):

1. Es wird festgestellt, dass Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ im vorliegenden Verfahren nicht Partei ist.
2. Es wird festgestellt, dass die Kläger 1 und 2 Parteien im vorliegenden Verfahren sind.
3. Die beklagischen Anträge 1. und 2. [*Ausstandsbegehren*] werden abgewiesen.

4. Die Entscheidunggebühren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'200.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 1'000.00 Kosten des Beschlusses des Obergerichts  
**Fr. 2'200.00 Total**
5. Die Kosten von insgesamt Fr. 2'200.– werden dem Beklagten auferlegt.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, den Kläger 2 für das vorliegende Verfahren mit Fr. 2'250.– (zuzüglich 8 % MwSt.) zu entschädigen, zahlbar an Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_.
7. Das Gesuch des Klägers 2 auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
8. Dem Kläger 2 wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], ein unentgeltlicher Rechtbeistand bestellt. Für den Fall, dass die Parteientschädigung gemäss Dispositiv-Ziffer 6. beim Beklagten nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist, wird der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt; mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über.
9. Der Beklagte wird verpflichtet, die Kläger 1 und 2 für das Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich (RZ160004-O) mit je Fr. 375.– (zuzüglich 8 % MwSt.) zu entschädigen, zahlbar an Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_.
10. [Mitteilungssatz].
11. [Rechtsmittel].

1.3 Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte mit Eingabe vom 3. Juli 2017 innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 22 S. 2):

"Es sei das Urteil vom 13. Juni 2017 vollumfänglich aufzuheben und die Verfahren BV170001 und BV160001 zur Beurteilung des Ausstandsbegehrens vom 5.2.2016 gegen D.\_\_\_\_\_ als Gegenpartei an die Vorinstanz zurückzuweisen

Eventuell

Es sei das angefochtene Urteil – unter Gutheissung des Ausstandsgesuches – aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Verfahren FP140004 einer andern Gerichtsperson zur Bearbeitung zu übertragen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger, Beschwerdegegner und im vorliegenden Verfahren Gesuchsgegner

Evt. Kostenaufgabe an die Staatskasse und Entschädigung des Beklagten"

Gleichzeit beantragte der Beklagte, es sei der Beschwerde im Sinne von Art. 325 ZPO die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 22 S. 14). Mit Verfügung vom 12. Juli 2017 wurde der Antrag des Beklagten auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 27 Dispositivziffer 2).

1.4 Mit Präsidialverfügung vom 19. Juli 2017 wurde den Klägern 1 und 2 Frist angesetzt, um die Beschwerde des Beklagten schriftlich zu beantworten (Urk. 28). Unterm 31. August [recte: Juli] 2017 erstattete Rechtsanwalt Dr. Y.\_\_\_\_\_ im Namen des Klägers 2 die Beschwerdeantwort und teilte gleichzeitig mit, dass die Klägerin 1 auf eine Stellungnahme verzichte (Urk. 29 S. 2). Im Rahmen seiner Beschwerdeantwort stellte der Kläger 2 folgende Anträge (Urk. 29 S. 2):

- "1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Beschwerdeführer sei zu verpflichten, dem Beschwerdegegner 2 für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– 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 sowohl im vorinstanzlichen als auch im Beschwerdeverfahren."

Was das Gesuch betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege anbelangt, stellte Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ in Aussicht, dass er – aufgrund einer Ferienabwesenheit des Klägers 2 – eine ausführliche Begründung sowie die entsprechenden Belege nachreichen werde (Urk. 29 S. 9), was er mit Eingabe vom 31. August [recte: 10. August] 2017 (Poststempel) tat (Urk. 32 und 34/1-34).

1.5 Mit Verfügung vom 14. August 2017 wurde die Beschwerdeantwortschrift zusammen mit der vorgenannten Ergänzung der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt. Gleichzeitig wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um zum Antrag des Klägers 2 auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses Stellung zu nehmen (Urk. 35). Am 28. August 2017 nahm der Beklagte zur Beschwerdeantwort des Klägers 2 Stellung und erklärte gleichzeitig, dass er sich zum beantragten Prozesskostenvorschuss mit einer separaten Eingabe äussern werde (Urk. 37). In- nert erstreckter Frist (Urk. 36) nahm der Beklagte am 7. September 2017 zum Antrag des Klägers 2 auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses Stellung und

beantragte dessen kostenpflichtige Abweisung (Urk. 40). Mit Verfügung vom 19. September 2017 wurde den Klägern Frist angesetzt, um zu den vom Beklagten neu eingereichten Unterlagen und neu aufgestellten Behauptungen Stellung zu nehmen (Urk. 43). Innert erstreckter Frist (Urk. 45) reichte der Kläger 2 am 12. Oktober 2017 eine entsprechende Stellungnahme ein (Urk. 46), wogegen die Klägerin 1 auf eine Replik verzichtete (Urk. 46 S. 2). Nachdem die Rechtsschrift des Klägers 2 der Gegenpartei am 26. Oktober 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt worden war (Urk. 49), nahm der Beklagte dazu mit Eingabe vom 3. November 2017 unaufgefordert Stellung (Urk. 50). Die beklagtische Eingabe wurde der Gegenpartei am 13. November 2017 zur Kenntnis gebracht (Urk. 53), woraufhin die Kläger mit Eingabe vom 23. November 2017 ebenfalls unaufgefordert replizierten (Urk. 54). Die letzte Rechtsschrift wurde dem Beklagten am 13. Dezember 2017 zugestellt (Urk. 55), woraufhin sich dieser nicht mehr vernehmen liess.

## 2. Prozessuales

2.1 Gegen erstinstanzliche Entscheide über strittige Ausstandsgesuche nach Art. 50 Abs. 1 ZPO steht das Rechtsmittel der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO offen (Art. 50 Abs. 2 ZPO). Der Beklagte reichte die Beschwerde fristgerecht ein (Urk. 21/2 i.V.m. Urk. 22; Art. 321 Abs. 2 ZPO). Sie ist mit Anträgen versehen und schriftlich begründet (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dem Eintreten steht nichts entgegen.

2.2 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Der gerügte Mangel am Entscheid oder am erstinstanzlichen Verfahren ist substantiiert zu umschreiben (BK ZPO II-Sterchi, Art. 321 N 17). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Sodann sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven.

2.3 In prozessualer Hinsicht rügt der Beklagte vorab, die Parteibezeichnung bzw. das Rubrum des angefochtenen Entscheids sei falsch.

2.3.1 Die Parteien im vorliegenden Gerichtsverwaltungsverfahren betreffend Ausstand seien der Beklagte (als Gesuchsteller) sowie der mit dem Unterhaltsprozess betraute Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ (als Gesuchsgegner), nicht aber die Kläger 1 und 2. In diesem Sinne sei das vorinstanzliche Ausstandsverfahren von Anfang an gegen die falsche Partei geführt worden – so der Beklagte weiter. Ein Recht zur Stellungnahme der ursprünglichen Gegenpartei im Hauptverfahren mache diese – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht zur Partei im Gerichtsverwaltungsverfahren betreffend Ausstand. So führe auch das Bundesgericht in seiner neusten Rechtsprechung immer nur den betroffenen Richter als (Gegen)Partei auf. Die Vorschriften über den Ausstand schützten den Anspruch einer Partei auf den verfassungsmässigen Richter sowie das Recht auf ein faires Verfahren. Wenn ein Richter diese Parteirechte verletze, sei er infolge Rechtsverletzung zwingend Partei. Für Verfehlungen eines Richters müsse und könne die ursprüngliche Gegenpartei im Hauptverfahren nicht eintreten. Nach dem Gesagten sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur vollständigen Wiederholung des Ausstandsverfahrens mit Richter D.\_\_\_\_\_ als Gegenpartei (Urk. 22 S. 3-7; Urk. 37 S. 2).

2.3.2 Bereits im letzten Beschwerdeverfahren (RZ160004-O) hat die erkennende Kammer mit Beschluss vom 21. Oktober 2016 darauf hingewiesen, dass die Handhabung der Rubra durch das Bundesgericht nicht einheitlich sei und sich daraus keine klaren Schlüsse ziehen liessen (Urk. 1 E. 2.2). Neben dem damals exemplarisch aufgeführten Bundesgerichtsentscheid 4A\_377/2014 vom 25. November 2014 gibt es weitere Urteile in Ausstandsverfahren, in denen das Bundesgericht jeweils nur die Parteien des Hauptverfahrens ins Rubrum aufgenommen hat, nicht jedoch die abgelehnte Gerichtsperson (vgl. BGer 4A\_600/2015 vom 1. April 2016; BGer 4A\_625/2012 vom 22. Januar 2013; BGer 4A\_118/2013 vom 29. April 2013, betreffend einen Gerichtsgutachter). Entgegen der Behauptung des Beklagten hat das Bundesgericht in der jüngeren Vergangenheit somit nicht "immer nur den betroffenen Richter als Partei aufgeführt" (Urk. 22 S. 5). Die

Erwägung der Vorinstanz ist demnach nicht zu beanstanden, wonach die neuere bundesgerichtliche Praxis zu dieser Frage uneinheitlich sei (Urk. 23 S. 7). Im Gegensatz zur höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die kantonale Praxis des Obergerichts (in beiden Zivilkammern) einheitlich; es werden stets nur die Prozessparteien im Rubrum aufgeführt, nicht jedoch die betroffene Justizperson (vgl. *OGer ZH RG170001 vom 28.03.2017 [I. ZK]*; *RB170001 vom 15.03.2017 [I. ZK]*; *PC160051 vom 13.02.2017 [II. ZK]*; *PP160037 vom 16.11.2016 [I. ZK]*; *RB150043 vom 19.01.2016 [II. ZK]*; *RB150039 vom 18.12.2015 [II. ZK]*; *PC150058 vom 30.11.2015 [I. ZK]*; *RA150021 vom 24.09.2015 [I. ZK]*).

2.3.3 Die Handhabung der Rubra durch das Obergericht liegt darin begründet, dass Entscheide über streitige Ausstandsbegehren – entgegen der Auffassung des Beklagten – zur Rechtsprechung und nicht zur Gerichts- bzw. Justizverwaltung gehören. Bereits 1977 erwog das damalige Kassationsgericht des Kantons Zürich, dass Ausstandsentscheide nicht den Bestand und die Funktion der Gerichte an sich betreffen, sondern nur die Stellung des Justizbeamten in einem konkreten Prozess. Die Ausstands- und Ablehnungsgründe betreffen samt und sonders besondere Verhältnisse zu den Parteien eines bestimmten Prozesses. An diesem Thema sei der Staat bzw. die Justiz an sich nicht interessiert, wohl aber die Prozessparteien. Die verwaltungsrechtliche Position des von einem Ausstandsbegehren betroffenen Richters stehe nicht in Frage, im Gegensatz etwa zu einem Disziplinarverfahren. Nach dem Gesagten erwog das Kassationsgericht, dass Ausstandsentscheide ihrer Rechtsnatur nach "ohne Zweifel Teile der streitigen Gerichtsbarkeit und nicht Justizverwaltungssachen" seien (KassGer ZH vom 26.09.1977, E. 3e, in: SJZ 73/1977, S. 378; bestätigt in ZR 82/1983 Nr. 125, S. 299, E. 4a und ZR 100/2001 Nr. 3, S. 9 f., E. II.1a; vgl. auch KassGer ZH AA100047 vom 06.05.2010, E. 3b; *OGer ZH KD120001 vom 22.11.2012, E. II.2*; *OGer ZH RU110039 vom 02.11.2011, E. 2.2*).

2.3.4 Die Erwägungen des Kassationsgerichts sind sachgerecht und haben auch heute noch Gültigkeit. Bei der Frage nach der möglichen Befangenheit eines Richters wird der verfassungsmässige Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 30 Abs. 1 BV) *beider* Parteien tangiert. Der verfassungsmässige Anspruch

auf richtige Besetzung des Gerichts kann auch dadurch beeinträchtigt werden, dass ein Richter in den Ausstand versetzt wird, ohne dass dafür ein hinreichender Grund besteht. Deshalb ist eine Prozesspartei berechtigt, den Entscheid, mit dem das von einem anderen Prozessbeteiligten eingereichte Ablehnungsbegehren gegen eine Gerichtsperson gutgeheissen wurde, ihrerseits wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte anzufechten (vgl. BK ZPO I-Rüetschi, Vorbemerkungen zu Art. 47–51 N 6). Die ausgeschlossene Gerichtsperson ist demgegenüber nicht beschwerdelegitimiert, da ihr die dazu notwendige Beschwer fehlt (ZK ZPO-Wullschleger, Art. 50 N 17, mit Hinweis auf BGE 107 Ia 266). Im vorliegenden Ausstandsverfahren geht es darum, ob vor Vorinstanz ein befangener Richter die Sache des Beklagten behandelt hat bzw. ob den Klägern durch den Ablehnungsentscheid möglicherweise der verfassungsmässige Richter entzogen wird. Beide Parteien verfechten diesbezüglich gegenteilige Standpunkte, weshalb bei dieser Konstellation nicht das Gericht bzw. das Gerichtsmitglied Gegenpartei ist, sondern es sind dies die Prozessparteien des Hauptverfahrens (so auch *OGer ZH PP160037 vom 16.11.2016, E. 6.1*). Die betroffene Gerichtsperson ist durch den Ausstandsentscheid nicht in ihren rechtlichen Interessen tangiert (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 50 N 8). Nach Art. 49 Abs. 2 ZPO nimmt die abgelehnte Gerichtsperson zwar zum Ausstandsgesuch Stellung. Das bedeutet aber nicht, dass sie damit zur Partei im Ablehnungsverfahren würde (Diggelmann, a.a.O., Art. 49 N 6). Im Gegensatz zu den Prozessparteien des Hauptverfahrens hat der betroffene Richter kein schutzwürdiges Interesse am Ausgang des ihn betreffenden Ausstandsverfahrens. Gegenstand des Ablehnungsverfahrens bildet die Frage, ob gegen den entsprechenden Richter ein Ausstandsgrund vorliegt, und dabei stehen sich die gleichen Parteien wie im eigentlichen Hauptverfahren gegenüber (*OGer ZH LN090075 vom 28.01.2010, E. II.A.2.2*, mit Verweis auf *KassGer ZH AA060112 vom 18.05.2007, E. IV.13*). Nach dem Gesagten kommt der betroffenen Justizperson im Ablehnungsverfahren keine Parteistellung zu. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen und das Rubrum so zu belassen.



### 3. Ausstandsbegehren des Beklagten

3.1 Vor Vorinstanz begründete der Beklagte sein Ausstandsgesuch gegen Bezirksrichter D.\_\_\_\_\_ zusammengefasst wie folgt (vgl. Urk. 23 E. II.1a, mit Verweis auf Urk. 2/1 und Urk. 2/9):

Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ habe am 2. Februar 2016 eine Verfügung erlassen, worin er einem Gesuch des Klägers 2 um Begleitung durch eine Vertrauensperson anlässlich der Verhandlung vom 22. Februar 2016 stattgegeben habe (Urk. 3/49). Am 4. Februar 2016 habe Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ mit Richter D.\_\_\_\_\_ telefoniert und sich erkundigt, weshalb die besagte Verfügung ohne Anhörung des Beklagten ergangen sei. Daraufhin habe Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ die Gegenfrage gestellt, was der Beklagte denn vorgebracht hätte. Auf die Antwort, dass der Beklagte mit einer Begleitung nicht einverstanden gewesen wäre, habe Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ geantwortet: *"Genau dorum han ich Sie nöd aaghört."* Diese Antwort zeige, dass Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ das rechtliche Gehör des Beklagten vorsätzlich verletzt habe und die Hilfestellung für die Gegenseite ganz bewusst gewollt gewesen sei. Es zeige sich deutlich, dass Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ nicht gewillt sei, die Rechte des Beklagten zu respektieren. Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ habe zudem gewusst, dass sich der Kläger 2 von seiner "Freundin" habe begleiten lassen wollen. Das entsprechende Gesuch (Urk. 3/48) enthalte jedoch keinen Hinweis darauf, in welcher Beziehung Frau E.\_\_\_\_\_ zum Kläger 2 stehe. Somit könne Bezirksrichter D.\_\_\_\_\_ diese zusätzliche Information nur im – bis jetzt nirgends offengelegten – persönlichen Kontakt mit dem Kläger 2 oder dessen Rechtsvertreter erhalten haben. Auch dieser Umstand von direkten, nicht offengelegten Kontakten mit einer Partei lasse den Richter als befangen erscheinen.

3.2 Das Bezirksgericht Andelfingen wies das Ausstandsbegehren des Beklagten mit folgender Begründung ab (Urk. 23 E. II.3a-d):

Verfahrensmassnahmen eines Richters vermöchten als solche, seien sie richtig oder falsch, grundsätzlich keinen objektiven Verdacht der Befangenheit zu erregen. Eine Ausnahme falle nur in Betracht, wenn besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vorlägen, die als schwere Verletzung der Richterpflichten bewertet werden müssten. Eine behördliche Auskunft über verfahrensrechtliche Fragen,

insbesondere auf entsprechende Anfrage einer Partei, erscheine unbedenklich. Vorliegend sei unbestritten, dass Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ die Teilnahme der Freundin des Klägers 2 an der Hauptverhandlung bewilligt habe, ohne die Gegenseite vorgängig anzuhören. Der Beklagte leite aus diesem Umstand ab, dass Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ in der Hauptsache eine vorgefasste Meinung habe und nicht gewillt sei, die Rechte des Beklagten zu respektieren. Die Gutheissung des Gesuchs des Klägers 2 sei eine Verfahrensmassnahme, welche nach dem Gesagten grundsätzlich keinen objektiven Verdacht der Befangenheit zu erregen vermöchte. Es lägen keine Anhaltspunkte vor, die für eine wiederholte Verletzung der Richterpflichten sprächen, was vom Beklagten denn auch gar nicht behauptet werde. Die Frage der Teilnahme einer Vertrauensperson an der Verhandlung habe sodann rein objektiv keinen Einfluss auf die Hauptsache. Vor diesem Hintergrund sei auch kein besonders krasser Irrtum ersichtlich, der als schwere Verletzung der Richterpflichten zu bewerten wäre. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ das Telefonat mit dem Vertreter des Klägers 2 gegenüber dem Beklagten nicht offengelegt habe; vielmehr habe er den klägerischen Vertreter offenbar darauf hingewiesen, dass ein schriftliches Gesuch erforderlich sei. Der Umstand, dass ein telefonischer Kontakt zwischen Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ und dem klägerischen Parteivertreter stattgefunden habe, lasse die Befangenheit nach den vorstehenden Massstäben nicht begründen. Es könne sodann keine Rede davon sein, dass Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ eine Hilfestellung der Gegenpartei ganz bewusst gewollt habe, habe er doch auch dem Beklagten zugestanden, eine Vertrauensperson mitzubringen. Vor diesem Hintergrund sei das Ausstandsbegehren abzuweisen (Urk. 23 E. II.3a-d).

3.3 Vor Obergericht bringt der Beklagte zusammengefasst vor, das Ausstandsbegehren stütze sich auf die Begründung von Richter D.\_\_\_\_\_, weshalb er dem Kläger 2 ohne Anhörung des Beklagten gestattet habe, an die Hauptverhandlung eine Begleitperson mitzunehmen. Die anlässlich des Telefonats vom 4. Februar 2016 geäusserte Antwort ("*Genau dorum han ich Sie nöd aaghört*") zeige, dass Richter D.\_\_\_\_\_ das rechtliche Gehör des Beklagten vorsätzlich verletzt und bewusst zum Vorteil der Gegenpartei missachtet habe. Es handle sich dabei um eine ganz bewusste Hilfestellung für den Kläger 2. Die Reaktion von Richter

D.\_\_\_\_\_ mache deutlich, dass er nicht gewillt sei, die berechtigten Anliegen und Rechte des Beklagten zu respektieren, geschweige denn auch nur anzuhören. Aus dem Telefonat vom 4. Februar 2016 gehe klar hervor, dass Richter D.\_\_\_\_\_ dem Beklagten bewusst, in Antizipation von dessen abschlägigen Antwort, das rechtliche Gehör verweigert habe. Zudem sei aus Urk. 2/5 zu entnehmen, dass Richter D.\_\_\_\_\_ informiert gewesen sei, dass Frau E.\_\_\_\_\_ die "Freundin" des Klägers 2 sei. Es müssten somit weitere, nirgends offengelegte Kontakte zwischen Richter D.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ oder dem Kläger 2 persönlich stattgefunden haben. Allein schon diese verheimlichten Kontakte schürten schwere und berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit von Richter D.\_\_\_\_\_. Ausschlaggebend sei nicht nur die Verletzung des rechtlichen Gehörs an sich für die Befangenheit von Richter D.\_\_\_\_\_, sondern sei vielmehr der Grund, weshalb er dem Beklagten das rechtliche Gehör verweigert habe; er habe nämlich genau gewusst, dass sich der Beklagte einer Begleitung widersetzen würde. Mit der Verletzung des rechtlichen Gehörs habe Richter D.\_\_\_\_\_ dem Beklagten jeglichen Widerspruch verunmöglicht und dadurch dem Kläger 2 einen "unrechtmässigen Vorteil" verschaffen wollen. Die Motivation von Richter D.\_\_\_\_\_, den Beklagten erst gar nicht anzuhören, sei einzig die Bevorzugung der Klägerschaft gewesen. Richter D.\_\_\_\_\_ habe damit demonstriert, dass er ohne Weiteres gewillt sei, fundamentale Rechte des Beklagten bewusst zu ignorieren, in der Absicht, dem Kläger 2 einen Vorteil zu verschaffen. Fehlende Akten- bzw. Protokollnotizen über die weiteren heimlichen Kontakte mit der Klägerschaft würden die schwerwiegenden, nicht überbrückbaren Zweifel an der Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit von Richter D.\_\_\_\_\_ untermauern. Unerheblich sei dabei die Frage, ob die Teilnahme der Vertrauensperson einen Einfluss auf die Hauptsache gehabt hätte (Urk. 22 S. 7-11; Urk. 37 S. 3 f.).

3.4 Die Vorbringen des Beklagten im Rahmen seiner Beschwerdeschrift genügen den Anforderungen an die Begründungspflicht nicht (vgl. vorstehend E. 2.2). Gegenstand der Beschwerde bildet der angefochtene Entscheid. Der Beklagte als beschwerdeführende Partei hat sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, bzw. substantiiert darzulegen, welchen

Mangel der angefochtene Entscheid aufweist. Bei der vorstehenden Beschwerdebegründung des Beklagten handelt es sich jedoch über weite Strecken um – teilweise wörtliche – Wiederholungen der bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgetragenen Argumente und Beanstandungen (vgl. Urk. 2/1 und 2/9). Mit den vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich der Beklagte dabei kaum auseinander. Die Vorinstanz begründete die Abweisung des Ausstandsbegehrens insbesondere damit, dass "Verfahrensmassnahmen" eines Richters, seien sie richtig oder falsch, grundsätzlich keinen objektiven Verdacht der Befangenheit zu erregen vermöchten. Eine Ausnahme falle nur in Betracht, wenn besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vorliegen würden, die als schwere Verletzung der Richterpflichten bewertet werden müssten (Urk. 23 E. II.3a und 3c). Zu diesen Ausführungen der Vorinstanz nimmt der Beklagte in seiner Beschwerdeschrift vom 3. Juli 2017 keine Stellung und bestreitet auch nicht, dass es sich bei den von ihm gerügten Verhaltensweisen von Richter D.\_\_\_\_\_ um Verfahrensmassnahmen handelt und solche grundsätzlich nicht geeignet sind, eine Befangenheit zu begründen. Er bringt auch nicht vor, dass vorliegend ein Ausnahmefall im Sinne der vorinstanzlichen Erwägungen vorliegt, wonach es sich um besonders krasse oder wiederholte Verfehlungen des abgelehnten Richters handelt. Den Argumenten der Vorinstanz setzt der Beklagte lediglich seine eigene – bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachte – Darstellung der Sach- und Rechtslage entgegen, ohne dabei substantiiert eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts darzutun (Art. 320 ZPO). Damit kommt der Beklagte seiner Rügepflicht nicht in genügendem Ausmass nach.

3.5 Die Beschwerde des Beklagten ist auch aus materiellen Gründen abzuweisen.

3.5.1 Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt wird, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird bereits verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Be-

fangenhait oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können namentlich in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters begründet sein. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Für die Ablehnung wird jedoch nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist (BGE 140 III 221 E. 4.1, m.w.H.; vgl. auch Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO). Aus den von einer Gerichtsperson getroffenen Entscheidungen kann nach der Rechtsprechung grundsätzlich kein objektiver Verdacht der Voreingenommenheit abgeleitet werden. Weder prozessuale Fehler noch falsche materielle Entscheide vermögen im Allgemeinen den Verdacht der Befangenhait zu begründen. Anders verhält es sich nur – worauf die Vorinstanz bereits hingewiesen hat – wenn besonders krasse oder wiederholte Verfehlungen vorliegen, die als schwere Verletzung der Richterpflichten beurteilt werden müssen. Demnach kann das Ablehnungsverfahren in der Regel nicht zur Beurteilung behaupteter Verfahrens- oder anderer Fehler des Richters dienen. Solche Rügen sind im dafür vorgesehenen Rechtsmittelverfahren geltend zu machen (BGer 5A\_842/2016 vom 24. März 2017, E. 3.1; BGer 4A\_645/2016 vom 2. März 2017, E. 4.3.1; BGE 115 Ia 400 E. 3a, je m.w.H.). Das Verhalten einer Gerichtsperson gegenüber einer Partei kann den Anschein der Befangenhait erwecken, wenn daraus nach objektiver Betrachtung inhaltlich oder durch die Art der Kommunikation auf besondere Sympathien oder Antipathien oder eine Ungleichbehandlung der Parteien geschlossen werden kann (ZK ZPO-Wullschlegler, Art. 47 N 33, m.w.H.).

3.5.2 In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist in casu unbestritten, dass Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ die Teilnahme einer Vertrauensperson des Klägers 2 an der Hauptverhandlung bewilligte, ohne die Gegenpartei vorgängig anzuhören (Urk. 23 E. II.3b). Dabei handelt es sich um eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beklagten. Gemäss Rechtsprechung vermögen solche prozessualen Fehler jedoch den Verdacht der Befangenhait grundsätzlich nicht zu begründen (vgl. vorstehende Erwägung 3.5.1). Eine wiederholte Gehörsverletzung durch den abgelehnten Richter zulasten derselben Partei ist nicht ersichtlich und wird vom Beklagten auch nicht behauptet. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist ein häufi-

ger Berufungs- bzw. Beschwerdegrund und führt regelmässig zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Eine Befangenheit des Vorderrichters lässt sich dadurch nicht begründen. Der Beklagte sieht dies nicht anders (Urk. 22 S. 10 Ziff. 7). Entsprechende Verfahrensfehler können im Rechtsmittelverfahren gerügt und behoben werden. Von dieser Möglichkeit hat der Beklagte vorliegend Gebrauch gemacht und die streitgegenständliche Verfügung vom 2. Februar 2016 (Urk. 3/49) mit Beschwerde angefochten (RZ160002-O; Urk. 3/54 und 3/59). Damit war eine zusätzliche telefonische Beanstandung der erwähnten Verfügung durch die Rechtsvertreterin des Beklagten weder notwendig noch zielführend. Das Telefonat zwischen dem Gericht und einer Verfahrenspartei ist kein von der Zivilprozessordnung vorgesehenes Kommunikationsmittel. Mitteilungen und Eingaben der Parteien sind dem Gericht in Papierform oder elektronisch zu übermitteln (Art. 130 Abs. 1 ZPO). Die telefonische Kommunikation sollte sehr zurückhaltend eingesetzt werden und eignet sich nur für rein organisatorische oder verfahrenstechnische Belange wie beispielsweise Terminabsprachen. Explizite telefonische Nachfragen von Parteien zu konkreten Entscheidungsmotiven oder zur "Ernsthaftigkeit" einer Anordnung (vgl. Urk. 22 S. 7 f.) provozieren geradezu inhaltliche Diskussionen, welche tunlichst zu vermeiden sind, da sie in Abwesenheit der Gegenpartei stattfinden. Zudem lassen sich Telefongespräche im Nachhinein nicht mehr wortgetreu rekonstruieren, was – wie der vorliegende Fall exemplarisch aufzeigt – zu Kontroversen und unnötigen Verzögerungen führen kann.

3.5.3 Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ rügt in seiner Stellungnahme vom 16. Februar 2016, dass der Inhalt des streitgegenständlichen Telefonats von Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ nur auszugsweise und erst noch unrichtig wiedergegeben werde (Urk. 2/5 S. 2). Auf die Frage, aus welchen Gründen sich der Beklagte gegen eine Begleitung durch eine Vertrauensperson ausgesprochen hätte, sei keine Antwort gekommen. Daraufhin hätte er sinngemäss gesagt, dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs wohl auch nichts geändert hätte (Urk. 2/5 S. 2 f.). Die vom Beklagten behauptete und kritisierte Aussage ("*Genau dorum han ich Sie nöd aaghört*") bestätigt Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ in seiner Stellungnahme nicht. Sie bleibt – nachdem der Beklagte keinerlei Beweismittel für seine Sachdarstellung genannt hat (Urk. 2/1 S. 2, Urk. 2/9 S. 3, Urk. 22 S. 8) – unbewiesen. Den Umstand, dass Ein-

zelrichter D.\_\_\_\_\_ den Beklagten vor dem Erlass der streitgegenständlichen Verfügung nicht angehört hat, erklärt ersterer insbesondere damit, dass er der Auffassung gewesen sei, dass die Rechte des Beklagten durch die bewilligte Prozessbegleitung in keiner Art und Weise tangiert würden (Urk. 2/5 S. 1). Entsprechend hat er – beiden Parteien – die Begleitung durch eine Vertrauensperson gestattet, ohne zuvor den Beklagten anzuhören. Dass es sich dabei um eine Verletzung des rechtlichen Gehörs handelt, wurde bereits festgestellt. Eine absichtliche und bewusste Hilfestellung bzw. Bevorzugung des Klägers 2 lässt sich daraus jedoch nicht ableiten. Aus dem Umstand, dass Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ dem 21-jährigen Kläger 2 ohne Anhörung der Gegenpartei ermöglichen wollte, sich an der Verhandlung gegen seinen Vater durch eine Vertrauensperson begleiten zu lassen, lässt sich nicht schliessen, "dass er ohne Weiteres gewillt sei, fundamentale Rechte des Beklagten bewusst zu ignorieren, in der Absicht, dem Kläger 2 einen Vorteil zu verschaffen." Eine solche Schädigungsabsicht bzw. eine einseitige "Bevorzugung" des Klägers 2 lässt sich weder aus der Verfügung vom 2. Februar 2016 (Urk. 3/49) noch aus dem Telefonat mit Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ vom 4. Februar 2016 erstellen, zumal sich der genaue Wortlaut des Telefongesprächs aufgrund der divergierenden Angaben nicht mehr rekonstruieren lässt. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern der Kläger 2 durch eine Begleitung anlässlich der Verhandlung einen "unrechtmässigen Vorteil" erlangt hätte. Der Beklagte behauptet zwar, die Motivation von Richter D.\_\_\_\_\_, den Beklagten nicht anzuhören, sei "einzig die Bevorzugung der Klägerschaft" gewesen. Worin dieser angebliche Vorteil für die Klägerschaft jedoch bestehen sollte, führt der Beklagte nicht näher aus. Bei der vorliegenden Klage geht es um den (strittigen) Unterhaltsanspruch des Klägers 2 gegenüber seinem Vater, dem Beklagten. Inwiefern die Anwesenheit einer Vertrauensperson des Klägers 2 dessen Unterhaltsklage positiv beeinflussen sollte, ist nicht nachvollziehbar und wird auch vom Beklagten nicht näher erläutert. Eine einseitige Vorteilsgewährung bzw. eine absichtliche Bevorzugung geht aus dem Verhalten von Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ nicht hervor. Schliesslich hat Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ *beiden* Parteien die Begleitung durch eine Vertrauensperson gestattet, weshalb ohnehin nicht von einer einseitigen Bevorzugung bzw. einer Ungleichbehandlung gesprochen werden kann. Immerhin sah auch noch das

bis 31. Dezember 2010 geltende zürcherische Prozessrecht die Begleitung durch zwei Vertrauenspersonen vor, wenn die Öffentlichkeit ausgeschlossen war (§ 135 Abs. 6 GVG/ZH; anders Art. 54 ZPO, wobei vom Bundesgericht in BGE 140 III 555 E. 2.3 S. 560 in einem Ehescheidungsverfahren offengelassen wurde, ob es zulässig ist, sich an die Verhandlung durch eine Vertrauensperson begleiten zu lassen, ohne dass diese eine Vertretungsfunktion ausübt). Nach dem Gesagten erweckt weder die Verfügung vom 2. Februar 2016 bzw. die damit verbundene Gehörsverletzung noch das Telefonat mit Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ vom 4. Februar 2016 den Anschein der Befangenheit von Einzelrichter D.\_\_\_\_\_. Es gibt keine genügenden Hinweise darauf, dass Bezirksrichter D.\_\_\_\_\_ aufgrund der vorgeannten Umstände nicht mehr in der Lage ist, die vorliegende Unterhaltsklage objektiv, unparteiisch und unvoreingenommen zu beurteilen.

3.5.4 An diesem Resultat ändert der Umstand nichts, dass (auch) der Rechtsvertreter der Kläger mit Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ telefoniert hat. Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ bestreitet nicht, dass er vor der Einreichung des Gesuchs betreffend Begleitung (Urk. 3/48) mit dem zuständigen Einzelrichter telefoniert habe. Er habe anlässlich des besagten Telefonats nachgefragt, ob für die Begleitung des Klägers 2 ein schriftliches Gesuch einzureichen sei (Urk. 29 S. 7). Grundsätzlich sind solche behördlichen Auskünfte über organisations- oder verfahrensrechtliche Fragen – insbesondere auf entsprechende Anfrage einer Partei – unbedenklich. Problematisch erscheinen hingegen eine eigentliche Beratung einer Partei über das prozessuale Vorgehen oder einzeln mit einer Partei geführte (Vergleichs)Gespräche in der Sache selbst (ZK ZPO-Wullschleger, Art. 47 N 36). Solche inhaltlichen Gespräche oder gar eine Beratung über das prozessuale Vorgehen wird vom Beklagten nicht behauptet. Offensichtlich ging es beim Gespräch zwischen Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ einzig um das später schriftlich eingereichte Gesuch um Begleitung anlässlich der Hauptverhandlung, was grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Problematisch erscheint einzig, dass das besagte Telefonat weder protokolliert noch in einer Aktennotiz festgehalten wurde. Bemerkenswerterweise befindet sich in den gesamten vorinstanzlichen Akten keine einzige von Bezirksrichter D.\_\_\_\_\_ erstellte Telefonnotiz. Auch das Gespräch mit Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ vom 4. Februar 2016, welches schliesslich



zum vorliegenden Ausstandsbegehren geführt hat, ist weder im Protokoll noch in den Verfahrensakten vermerkt. Die einzige Telefonnotiz in den vorinstanzlichen Verfahrensakten (Urk. 3/1-71) stammt von Gerichtsschreiber F.\_\_\_\_\_ und betrifft ein Gespräch mit Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ vom 25. Mai 2016 (Urk. 3/58). Aus Art. 29 Abs. 2 BV ergibt sich die Pflicht der Gerichte zur vollständigen Dokumentation und Aktenführung. Die Gerichtsbehörden haben Abklärungen, Einvernahmen, Befragungen sowie Verhandlungen und Vorbringen der Parteien in den Protokollen bzw. Akten festzuhalten. Sie sind verpflichtet, alles, was zur Sache gehört und entscheiderelevant ist, aktenkundig zu machen, d.h. in geeigneter Form festzuhalten. Eine eigentliche Protokollierungspflicht für Telefongespräche mit den Parteien ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Der Sinn und Zweck des aktenkundigen Festhaltens von Telefongesprächen liegt in der Gewährung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der übrigen Verfahrensbeteiligten. Diese sollen die Möglichkeit haben, von den Kontakten der anderen Verfahrensparteien mit dem Gericht und dem Gesprächsinhalt Kenntnis zu erhalten. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Telefongespräch durch eine Protokollnotiz oder durch eine separate Telefonnotiz festgehalten wird, solange sich der Kontakt und der Gesprächsinhalt mit hinreichender Deutlichkeit aus den Akten ergeben (*OGer ZH VB140014 vom 24.11.2014, E. III.3.3 f.*). Nach dem Gesagten ist die unterlassene Protokollierung der geführten Telefongespräche durch Einzelrichter D.\_\_\_\_\_ zwar nicht unbedenklich. Sie begründet jedoch noch keinen Ausstandsgrund im Sinne von Art. 47 Abs. 1 ZPO. So hat Bezirksrichter D.\_\_\_\_\_ Telefonate mit beiden Verfahrensparteien geführt, ohne diese schriftlich festzuhalten. Dabei gibt es keine Hinweise darauf, dass er die geführten Telefonate der jeweiligen Gegenpartei absichtlich und mutwillig vorenthalten wollte. Eine Voreingenommenheit oder eine unzulässige Nähe zu einer Partei lässt sich daraus jedenfalls nicht ableiten.

3.6 Zusammenfassend sind in Bezug auf Bezirksrichter D.\_\_\_\_\_ keine Ausstandsgründe im Sinne von Art. 47 Abs. 1 ZPO ersichtlich. Die Beschwerde des Beklagten ist dementsprechend abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 Abschliessend ist über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu befinden. Der Beklagte unterliegt vor Obergericht vollumfänglich und wird ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gebühr für Entschiede über Ausstandsgesuche beträgt zwischen Fr. 100.– und Fr. 7'000.– (§ 9 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 GebV OG). Massgebend sind dabei insbesondere der Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 lit. c und d GebV OG). Vorliegend ist die Entscheidgebühr auf Fr. 1'500.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen.

4.2 Der Beklagte ist sodann zu verpflichten, dem Kläger 2 antragsgemäss eine Parteienschädigung zu bezahlen (die Klägerin 1 hat explizit auf eine Stellungnahme verzichtet und entsprechend auch keinen Antrag auf Parteienschädigung gestellt; Urk. 29 S. 2). Diese ist gestützt auf § 10 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV auf Fr. 1'750.– festzusetzen. Dazu kommt ein Mehrwertsteuerzuschlag von 8 % und somit Fr. 140.–. Da sämtliche anwaltlichen Aufwendungen noch im Jahr 2017 angefallen sind, gelangt noch nicht der neue Mehrwertsteuersatz von 7.7 % zur Anwendung.

4.3 Der Kläger 2 beantragt für das Beschwerdeverfahren die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 2'000.–, eventualiter sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 29 S. 2). Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren obsiegt der Kläger 2, weshalb er keine Gerichtskosten zu bezahlen hat und zusätzlich vom Beklagten eine volle Parteienschädigung von insgesamt Fr 1'890.– erhält. Demzufolge ist das Gesuch des Klägers auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 23 E. III.3.b.bb) – infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Dasselbe gilt für das Gesuch des Klägers 2 um unentgeltliche Prozessführung, da er im vorliegenden Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten zu tragen hat.

4.4 Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes darf hingegen nicht schon deshalb als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden, weil der bedürftigen Partei eine Parteienschädigung zugesprochen wurde.

Ein solches Vorgehen ist lediglich dann zulässig, wenn die Solvenz der Gegenpartei ausser Zweifel steht und damit eine Parteientschädigung ohne Weiteres als einbringlich gelten kann. Erweist sich die Zahlungsfähigkeit demgegenüber als unsicher, muss gewährleistet bleiben, dass der Anwalt der bedürftigen Partei nötigenfalls durch den Staat gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO entschädigt wird (BGer 5A\_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2, m.w.H.). Vorliegend macht der Beklagte geltend, er und seine Familie kämen nur mit strikten Einschränkungen im privaten Bereich "gerade so über die Runden" (Urk. 40 S. 9). Aus diesem Grund kann nicht gesagt werden, die Solvenz des Beklagten stehe ausser Zweifel. Damit ist das Gesuch des Klägers 2 um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes materiell zu behandeln.

4.4.1 Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, muss ihre gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation, d.h. sowohl ihre Einkünfte als auch ihre Vermögenssituation berücksichtigt werden. Dabei hat die Person, die ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Insoweit trifft sie eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit. Das Gericht hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege benötigt (BGer 5A\_417/2017 vom 25. Oktober 2017, E. 2). Legt eine Partei ihre finanzielle Situation nicht von sich aus schlüssig dar, obwohl sie um diese Obliegenheit weiss oder wissen muss, kann ihr Gesuch ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Das gilt insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien, denen das Wissen ihres Rechtsvertreters anzurechnen ist und die deshalb nicht als prozessual unbeholfen gelten können (vgl.

BGer 4D\_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3, m.w.H.; BGer 5A\_62/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 5.3).

4.4.2 In Bezug auf seine Einkommenssituation bringt der Kläger 2 vor, er sei seit August 2014 an der Universität G.\_\_\_\_\_ (G.\_\_\_\_\_) immatrikuliert. Da der Beklagte bis anhin keine Unterhaltsbeiträge leiste, sei er gezwungen, neben dem Studium einer Teilzeitarbeit nachzugehen. Bis August bzw. September 2016 habe er bei der G.\_\_\_\_\_ sowie beim H.\_\_\_\_\_ gearbeitet. Ab September 2016 habe er sodann kein Erwerbseinkommen mehr erzielt, weil er von September 2016 bis und mit Juni 2017 als Mitglied des "I.\_\_\_\_\_" (I.\_\_\_\_\_) an der G.\_\_\_\_\_ ehrenamtlich tätig gewesen sei und es ihm zusätzlich nicht noch möglich gewesen sei, nebenbei einer entgeltlichen Arbeit nachzugehen. Aufgrund dieser Mitarbeit beim I.\_\_\_\_\_ sei ihm befristet von September 2016 bis August 2017 nochmals ein Stipendium von monatlich Fr. 1'020.– gewährt worden. Das Stipendium sei im Grundsatz jedoch einmalig und finanziere nicht das ganze Studium. Er habe sich aktuell nochmals um ein Stipendium beworben; es sei jedoch mit einem negativen Entscheid zu rechnen, welcher ca. Mitte Oktober 2017 getroffen werde. Ab 1. Juni 2017 habe der Kläger 2 wiederum eine Anstellung (8 Wochenstunden) bei der Universität G.\_\_\_\_\_ im Stundenlohn als "IT Tutor and Support". Er rechne mit einem Einkommen von monatlich Fr. 1'400.–. Mehr arbeiten könne er aufgrund der Belastung durch das Studium nicht. Insgesamt sei somit von einem geschätzten Monatseinkommen von Fr. 2'600.– bis und mit August 2017 (mit Stipendium) und danach von durchschnittlich Fr. 1'400.– (ohne Stipendium) auszugehen (Urk. 32 S. 2; vgl. Urk. 29 S. 10). Als Beleg für seine neue Anstellung bei der Universität G.\_\_\_\_\_ reicht der Kläger 2 den Arbeitsvertrag vom 26. Mai 2017 (Urk. 34/14) sowie die Lohnabrechnung für den Juli 2017 (Urk. 34/15) ein. Gemäss dieser Lohnabrechnung erzielte der Kläger 2 im Juli 2017 ein Nettoeinkommen von Fr. 2'176.10 bei 80 geleisteten Arbeitsstunden (Urk. 34/14). Diesbezüglich sei jedoch festzuhalten – so der Kläger 2 weiter – dass er im Juli dank den Semesterferien mehr habe arbeiten können, was nach Semesterbeginn nicht mehr möglich sei (Urk. 32 S. 2, a.E.). Mit Eingabe vom 12. Oktober 2017 legte der Kläger 2 zusätzlich noch die Lohnabrechnungen für den August und September 2017 ins Recht (Urk. 48/2/2 und 48/2/3). Gemäss diesen Abrechnungen verdiente der Kläger 2 im

August 2017 netto Fr. 2'592.90 (93 Arbeitsstunden) und im September 2017 Fr. 4'617.85 (165.75 Arbeitsstunden). Im Zusammenhang mit diesen Einkommenszahlen machte der Kläger 2 erneut geltend, dass er bis September 2017 zu über 100% habe arbeiten können, was nicht mehr möglich sei, weil der Lehrbetrieb an der G.\_\_\_\_\_ am 18. September 2017 wieder begonnen habe (Urk. 46 S. 2). Sodann sei dem Kläger 2 ab dem Herbstsemester 2017 kein Stipendium mehr ausgerichtet worden. Der Entscheid der Stipendiumskommission ergehe Ende Oktober 2017 (Urk. 46 S. 3). Mit Eingabe vom 3. November 2017 bestritt der Beklagte, dass der Kläger 2 kein Stipendium mehr erhalte, und monierte, dass diesbezüglich kein Nachweis erbracht worden sei (Urk. 50 S. 2). Zu dieser Eingabe nahm der Kläger 2 am 23. November 2017 Stellung, wobei er den gemäss eigenen Angaben Ende Oktober 2017 gefällten Stipendienentscheid nicht vorlegte (Urk. 54). Auch die Lohnabrechnung für den Monat Oktober 2017, welche Aufschluss über das Einkommen während dem Semester geben könnte, reichte er nicht ein.

4.4.3 Gestützt auf die vom Kläger 2 eingereichten Unterlagen lässt sich seine Einkommenssituation nicht rechtsgenügend feststellen. Er behauptet zwar mehrmals, dass er ab dem Herbstsemester 2017 kein Stipendium mehr erhalte. Einen entsprechenden Beleg dazu (bspw. eine Bestätigung der Stipendiumskommission) reicht er jedoch nicht ein. Insbesondere hat er den im Oktober 2017 gefällten Stipendienbeschluss bis heute nicht ins Recht gelegt, weshalb nicht beurteilt werden kann, ob sein Stipendiengesuch tatsächlich – wie von ihm behauptet – abgelehnt wurde. Auch hätte er anlässlich seiner Eingabe vom 23. November 2017 (Urk. 54) aktuelle Kontoauszüge vorlegen können, aus denen hervorgeht, dass er seit September 2017 keine Zahlungen der Universität G.\_\_\_\_\_ mehr erhalten hat. Mit Urk. 34/13 hat der Kläger 2 belegt, dass er von November 2016 bis Februar 2017 regelmässige Stipendienzahlungen der Universität G.\_\_\_\_\_ im Umfang von Fr. 1'020.– pro Monat auf sein "UBS Campus Personal Account" erhalten hat. Entsprechend problemlos wäre es ihm möglich und zumutbar gewesen, einen Nachweis zu erbringen, dass diese Zahlungen ab dem Herbstsemester 2017 eingestellt worden sind. Dies gilt umso mehr, nachdem der Beklagte mehrmals ausdrücklich bestritten hat, dass ein negativer Entscheid betreffend ein weiteres Stipendium getroffen worden sei (Urk. 40 S. 2 und 5; Urk. 50 S. 2).

4.4.4 Dasselbe gilt für das Erwerbseinkommen des Klägers 2 bei der G.\_\_\_\_\_ in seiner Tätigkeit als "IT Tutor and Support". Gemäss Ausführungen des Klägers 2 umfasse diese Anstellung "8 Wochenstunden" (Urk. 32 S. 2). Im Arbeitsvertrag ist unter dem Stichwort "Beschäftigungsumfang" folgendes vermerkt: "durchschnittlich > 8 Stunden pro Woche" (Urk. 31/1 S. 1), was auf mehr als acht Arbeitsstunden hindeutet. Wie viel der Kläger 2 tatsächlich arbeitet und verdient, ist nicht bekannt. Wie er auf das von ihm geschätzte Einkommen von Fr. 1'400.– kommt, führt er sodann nicht näher aus und ist aus den eingereichten Urkunden auch nicht ersichtlich. Immerhin hat er in den Monaten Juli bis September 2017 ein durchschnittliches Monatseinkommen von rund Fr. 3'130.– erwirtschaftet (Urk. 48/2). Grundsätzlich ist es zwar glaubhaft, dass der Kläger 2 in den Ferien mehr arbeiten konnte als während dem Semester. Trotzdem ist bemerkenswert, dass er im September 2017 dank 165.75 geleisteten Arbeitsstunden ein Einkommen von netto Fr. 4'617.85 erzielen konnte (Urk. 48/2/3), obwohl das Semester – nach eigenen Angaben – bereits am 18. September 2017 wieder begonnen hat. Wie hoch sein Erwerbseinkommen während des Semesters ausfällt, ist nicht bekannt und lässt sich anhand der eingereichten Dokumente auch nicht rechtsgenügend erstellen. Seit Semesterbeginn sind mehrere Monate vergangen, weshalb es dem Kläger 2 auch hier möglich und zumutbar gewesen wäre (insbesondere mit seiner Eingabe vom 23. November 2017; Urk. 54), sein Erwerbseinkommen anhand von aktuellen Lohnabrechnungen oder Kontoauszügen offenzulegen.

4.5 Nach dem Gesagten ist der Kläger 2 seiner umfassenden Mitwirkungspflicht nach Art. 119 Abs. 2 ZPO nicht nachgekommen. Der anwaltlich vertretene Kläger 2 hat im Beschwerdeverfahren nicht glaubhaft gemacht, dass er seit dem Herbstsemester 2017 kein Stipendium mehr erhält. Zudem hat er sein aktuelles Erwerbseinkommen nicht rechtsgenügend dargelegt. Entsprechend ist seine Mittellosigkeit zu verneinen und sein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren abzuweisen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Klägers 2 um Leistung eines Prozesskostenbeitrages für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Klägers 2 um unentgeltliche Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Das Gesuch des Klägers 2 um unentgeltliche Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 2 für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'890.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 in der Hauptsache um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 15. Januar 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:  
mc