

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LQ110005-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Dr. M. Kriech sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. K. Vogel

Beschluss vom 30. September 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger, Gesuchsteller und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung**

**Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Bülach vom 8. Dezember 2010 (FP100030)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, II. Zivilkammer, vom 25. April 1983 wurden die Parteien geschieden (Urk. 7/3).

Am 23. April 2010 erhob der Rekurrent bei der Vorinstanz Klage auf Abänderung dieses Scheidungsurteils (Urk. 7/1). Gleichzeitig ersuchte er um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin. Dieses Gesuch liess er an der Hauptverhandlung vom 14. Juli 2010 begründen (Prot. I S. 2 in Verbindung mit Urk. 7/9 S. 1 und 14 f.). Am 16. August 2010 wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt (Prot. I S. 7). Zusammen mit dem abweisenden Endentscheid vom 8. Dezember 2010 in der Hauptsache (den Parteien zugestellt am 16. Dezember 2010 [Urk. 7/18]) wies die Vorderrichterin das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Urk. 3 = Urk. 7/17, S. 13).

2. Gegen die Abweisung seines Gesuchs erhob der Kläger mit Eingabe vom 14. Januar 2011 rechtzeitig Rekurs; er stellte folgende Anträge (Urk. 2 S. 2):

"Es sei Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und das Gesuch des Rekurrenten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin gutzuheissen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerin bzw. der Staatskasse."

Auch für das Rekursverfahren stellte der Rekurrent ein Armenrechtsgesuch (Urk. 2 S. 2). Überdies erhob der Kläger Berufung gegen den erstinstanzlichen Sachentscheid (Urk. 2 S. 3, Ziff. I 3); das Berufungsverfahren ist bei der Kammer hängig unter der Geschäfts-Nr. LC110008.

3. Die Beklagte verzichtete (innert Frist) auf eine Rekursantwort, stellte jedoch ihrerseits ein Armenrechtsgesuch für das Rekursverfahren (Urk. 9). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (Urk. 8).

II.

Seit dem 1. Januar 2011 steht die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft. Weil damals der angefochtene Entscheid bereits eröffnet war (Urk. 7/18), kommt bis zum Abschluss des Rekursverfahrens noch das bisherige zürcherische Verfahrensrecht zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

III.

1. Die Vorinstanz verneinte die Mittellosigkeit des Gesuchstellers. Zu diesem (Zwischen-)Ergebnis kam sie mittels einer Gesamtrechnung, in der sie für den Gesuchsteller und dessen heutige Ehefrau einen monatlichen Gesamtbedarf von Fr. 5'928.– bei Einkünften aus Renten von insgesamt Fr. 4'534.– errechnete (Urk. 3 S. 8 ff., E. 4.3). Zwar resultiere daraus ein Manko von Fr. 1'394.– pro Monat, doch sei zu beachten, dass die Eheleute C. _____ [bestehend aus A. _____ und D. _____] *zusammen* über Vermögenswerte von rund Fr. 120'000.– verfügten. Dass diese Werte hauptsächlich aus einer Erbschaft der Ehefrau stammten, sei unbeachtlich. Das Vermögen der beistandspflichtigen Ehefrau sei – so die Vorderrichterin – voll zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung der Verfahrens- und Parteikosten könne bei Fr. 120'000.– selbst unter den gegebenen Umständen (fortgeschrittenes Alter, Manko) nicht mehr von einer Notreserve (sog. Notgroschen) gesprochen werden, welche als Vermögensfreibetrag hätte unberücksichtigt bleiben können (a.a.O., E. 4.3.11).

2. Der Rekurrent beanstandet zunächst, es seien bei der Bedarfsrechnung einzelne Positionen nicht bzw. unrichtig berücksichtigt worden, sodass der Gesamtbedarf der Eheleute C. _____ im Ergebnis um Fr. 221.– zu tief beziffert worden sei (Urk. 2 S. 4 ff., Ziff. II 2.1-6). Sodann beanstandet er, dass die Vorinstanz nicht danach differenziert habe, welche Vermögenswerte auf ihn und welche auf seine Ehefrau lauteten (a.a.O., Ziff. II 3.1), und insbesondere, dass ausser Acht gelassen worden sei, dass die eheliche Beistandspflicht nicht unbegrenzt gelte: Im vorliegenden Fall könne der Ehefrau nicht zugemutet werden,

(weiterhin) die naheheliche Unterhaltsverpflichtung ihres Partners zu finanzieren (a.a.O., Ziff. II 3.1.1). Er, der Gesuchsteller, sei nicht einmal in der Lage, die ihn allein betreffenden Ausgaben mit seinen eigenen Renteneinkünften zu decken; schon dieses Manko (Fr. 1'172.85 pro Monat) müsse die Ehefrau durch Anzeherung ihres Vermögens decken. Es könne ihr nun nicht auch noch zugemutet werden, die Kosten des vorinstanzlichen und des Rekursverfahrens zu tragen, zumal die Wiederverheiratung des Gesuchstellers nicht Ursache dessen verschlechterten finanziellen Situation sei (a.a.O., Ziff. II 3.1.1-3). Der Rekurrent unterlegt seine Argumentation mit einer Aufstellung der ihn allein betreffenden Ausgaben des Gesamtbedarfs (Fr. 3'621.35; a.a.O., Ziff. II 3.1.4), mit je einer gesonderten Rechnung über seine eigenen Vermögenswerte (Fr. 6'770.– resp. Fr. 984.45) und die seiner Ehefrau (Fr. 71'861.98; a.a.O., Ziff. II 3.2) und schliesslich – im Sinne einer Gesamtbetrachtung – einer Aufstellung des Gesamtvermögens der Eheleute C (netto Fr. 1'194.23; a.a.O., Ziff. II 3.3). All dies zeige, dass der Gesuchsteller überhaupt nur dank des Beistands seiner Ehefrau bislang, bis am 31. Oktober 2010, die Unterhaltsbeiträge an die Beklagte habe bezahlen können, was denn auch dazu geführt habe, dass sich die Vermögenswerte der Ehefrau des Gesuchstellers seit Ende 2009 um rund einen Drittel reduziert hätten (a.a.O., Ziff. II 3.4). Auf diese (zusammengefassten) Vorbringen ist, insoweit sie für die Entscheidungsfindung überhaupt von Bedeutung sind, im Folgenden einzugehen.

IV.

1. Parteien, denen die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, wird (auf Gesuch hin) die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, sofern der Prozess nicht als aussichtslos erscheint (Art. 29 Abs. 3 Satz 1 BV; § 84 Abs. 1 ZPO/ZH, neu geregelt in Art. 117 ZPO). Unter den gleichen Voraussetzungen kann einer Partei überdies eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt werden, wobei dafür noch zusätzlich erforderlich ist, dass sie zur gehörigen Wahrung ihrer Rechte einer solchen bedarf, d. h. dass die Bestellung einer rechtskundigen Vertreterin oder eines Vertreters

als sachlich notwendig erscheint (Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV; § 87 ZPO/ZH, neu in Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.1. Bedürftig ist ein Gesuchsteller, wenn er die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, indem er die Mittel angreift, deren er zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie bedarf (BGE 120 Ia 181 mit Hinweisen). Der Begriff der Mittellosigkeit im Sinne des prozessualen Armenrechts setzt voraus, dass der Gesuchsteller sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses erschöpft hat, wie Bargeld, die eigene Arbeitskraft und seinen Kredit, den er aufgrund seiner Vermögenslage erwarten darf (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 84 N 11).

Für die Bestimmung der Bedürftigkeit sind nicht nur die Mittel des Gesuchstellers selbst, sondern – in zweiter Linie – auch die Mittel der ihm gegenüber unterstützungspflichtigen Personen zu berücksichtigen, namentlich jene des Ehepartners.

2.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der leistungsfähige Ehegatte "als Ausfluss der eherechtlichen Pflichten" seinen bedürftigen Partner im Rahmen des Möglichen unterstützen. Bezüglich der in Praxis und Lehre kontrovers diskutierten Frage, ob sich diese eherechtliche Unterstützungspflicht aus der in Art. 159 Abs. 3 ZGB statuierten allgemeinen Beistandspflicht oder aber aus der in Art. 163 ZGB geregelten Unterhaltspflicht ergibt, hat sich das Bundesgericht bisher nicht festgelegt (Bger 5A_170/2011 vom 9. Juni 2011, E. 4.3, Bger 5P.346/2005 vom 15. November 2005, E. 4.3; BGE 85 I 1, 4 ff., E. 3; BGE 119 Ia 11, 12, E. 3 a = Pra 84 Nr. 21; auf Art. 163 ZGB stützen sich BK-BÜHLER/SPÜHLER, Ergänzungsband, N 260 zu Art. 145 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 38 und 38a zu Art. 159 ZGB und N 15 zu Art. 163 ZGB und auch das Kassationsgericht des Kantons Zürich in ZR 90 [1991] Nr. 82; anderer Meinung und damit auf Art. 159 Abs. 3 ZGB abstützend dagegen ZK-BRÄM, N 130 ff., insb. N 146, zu Art. 159 ZGB; SYLVIA FREI, Prozesskostenvorschuss: eheliche Beistands- oder Unterhaltspflicht? in: Festschrift für Guido von Castelberg, Zürich

1997, S. 51 ff.; sowie HINDERLING/STECK, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. A., Zürich 1995, S. 540 f.).

Nach der konstanten Praxis der beschliessenden Kammer gründet die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der allgemeinen ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB (ZR 85 [1986] Nr. 32 und zahlreiche unveröffentlichte Entscheide, z. B. LQ100059 vom 2. März 2011).

2.3. So oder anders geht der betreffende Anspruch auf Unterstützung demjenigen gegenüber dem Staat auf unentgeltliche Rechtspflege vor (Bger 5A_170/2011, E. 4.3).

Der Vorrang der eherechtlichen Pflicht, Prozesskosten des andern Ehegatten mitzufinanzieren, bedeutet, dass der prozessuale Zwangsbedarf eines Geschworenen, der mit seinem Ehegatten in einer Haushaltsgemeinschaft lebt, anhand einer Gesamtrechnung zu ermitteln ist. D. h. es sind die Nettoeinkommen beider Ehegatten zusammenzuzählen, und diesen ist der nach den allgemeinen Regeln berechnete gemeinsame Bedarf gegenüberzustellen (BÜHLER, Die Prozessarmut, in: Schöbi [Hg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 144).

2.4. Unbestritten und auch durch die eingereichten Unterlagen glaubhaft gemacht ist vorliegend, dass sich der prozessuale Zwangsbedarf des Rekurrenten und seiner Ehefrau allein durch deren gemeinsamen regelmässigen Einkünfte *nicht* decken lässt (Urk. 3 S. 8 ff., E. 4.3; Urk. 2 S. 4 ff., Ziff. II 2.1-2.6). Ob sich das Manko gegenwärtig auf Fr. 1'394.– (gemäss Vorinstanz) oder auf Fr. 1'615.– (gemäss Rekurrent) pro Monat beläuft, ist für den Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege nicht entscheidend (so auch der Rekurrent: Urk. 2 S. 5, Ziff. II 2.2). Es steht jedenfalls fest, dass die Prozesskosten nicht aus dem Gesamteinkommen des Rekurrenten und seiner Ehefrau bestritten werden können.

Nicht relevant für den vorliegenden Entscheid ist, dass der Rekurrent durch den Ausgang des Abänderungsprozesses in günstigere wirtschaftliche Verhältnisse kommen könnte. Geschähe dies, wäre (wenn unentgeltliche Rechtspflege

gewährt wird) nach dem Hauptsachenprozess eine Nachzahlung der erlassenen Gerichtskosten und der Auslagen für die Vertretung zu prüfen (§ 92 ZPO/ZH).

2.5. Mit der Prüfung der Mittellosigkeit fortfahrend ist weiter zu prüfen, ob die um das Armenrecht nachsuchende Partei über (eigenes) Vermögen verfügt:

Bei der Begründung seines Gesuchs vor Vorinstanz führte der Rekurrent aus, er habe per Ende Juni 2010 (resp. Ende 2009) über Kontoguthaben von Fr. 6'770.– verfügt (Urk. 7/9 S. 14, Ziff. 4.1). Laut Rekurschrift verfügt der Rekurrent nunmehr nur noch über geringfügige Vermögenswerte unter Fr. 1'000.– (Urk. 2 S. 11, Ziff. II 3.2).

Auf der Passivseite bestehen zwei ältere, auf den Rekurrenten lautende Konkursverlustscheine über insgesamt Fr. 71'652.20. Auf diese (durch Urk. 5/8-11 ausgewiesenen) Schulden beruft sich der Rekurrent im Rekursverfahren neu, indes nicht verspätet. Denn hinsichtlich des Armenrechts gilt die *Offizialmaxime*, womit im Rechtsmittelverfahren *Noven* uneingeschränkt zulässig sind (§ 278 i.V.m. § 267, § 138 und § 115 Ziff. 4 ZPO/ZH; ferner auch im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH sofort bewiesen durch neu eingereichte Urkunden). Allerdings werden für diese Schulden zurzeit keine Abzahlungen entrichtet – seitens der Gläubigerschaft (Stadt E._____, Sozialamt, Alimentenhilfe) wird dies nicht verlangt (Urk. 2 S. 13, Urk. 5/11). Dem Gesuchsteller stehen seine Mittel folglich ungeschmälert zur Verfügung, womit das Vorhandensein dieser Schulden in Bezug auf die Gewährung des Armenrechts ohne Belang ist (ZR 42 [1943] Nr. 44 lit. f; ZR 61 [1962] Nr. 81; zitiert bei FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 84 N 20, und MAIER, AJP 5/2008, S. 575).

Entscheidend ist vielmehr, dass dem Rekurrenten in der Mankosituation, in der er und seine Ehefrau sich befinden, geringe Ersparnisse von wenigen tausend Franken als Vermögensfreibetrag (sog. 'Notgroschen') zu belassen sind (Bger 4A_87/2007 vom 11. September 2007 E. 2.1; vgl. dazu auch die Ausführungen der Vorinstanz in Urk. 3 S. 10).

Das geringe eigene Vermögen des Rekurrenten ist demnach ausser Acht zu lassen.

2.6. Damit bleibt zu prüfen, ob der Gesuchsteller auf Unterstützungspflichten zurückgreifen kann. Vorliegend kommt dafür einzig seine heutige Ehefrau in Frage. Es fragt sich, ob bzw. inwieweit sie aufgrund der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB (siehe vorn S. 6, E. IV 2.2 a. E.) zur Unterstützung bei der Tragung der fraglichen Prozesskosten verpflichtet werden kann.

Wie der Rekurrent richtig ausführt (Urk. 2 S. 8, Ziff. II 3.1.1), gilt die eheliche Beistandspflicht nicht unbeschränkt. Sie geht nur so weit, wie die Unterstützung dem pflichtigen Ehegatten möglich und zumutbar ist (vgl. statt vieler ZK-BRÄM, N 146 zu Art. 159 ZGB, m. w. H.); auf jeden Fall ist dessen Leistungsfähigkeit zu beachten (Bger 5P.346/2005, E. 4.5; Bger 5A_572/2008 vom 6. Februar 2009, E. 4.3; BK-HAUSHEER/ REUSSER/GEISER, N 27 zu Art. 159 ZGB).

Die beiden Vermögen der Eheleute C._____ ungeachtet ihrer Herkunft und der konkreten Umstände als ein einziges Ganzes zu betrachten, wie es die Vorinstanz (abstellend auf MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 83) tut, erscheint in der vorliegenden Mankosituation tatsächlich zu streng. Die Prüfung der Zumutbarkeit wird auf diese Weise ausgelassen, was nicht angeht.

Durch die vorgelegten Akten ist glaubhaft gemacht, dass die Ehefrau des Rekurrenten mindestens den weit überwiegenden Teil des monatlichen Fehlbetrags ihres gemeinsamen Haushalts deckt, indem sie dafür fortwährend ihr Vermögen anzehrt (Urk. 2 S. 14, Ziff. 3.4). Aus welchen Gründen sich das Vermögen von D._____ im Verlaufe des Jahres 2010 – über Erwarten – um rund Fr. 37'000.– reduziert hat, erschliesst sich aus den Vorbringen und Unterlagen des Rekurrenten zwar nicht (Urk. 7/10/4: Fr. 108'687.33; Urk. 2 S. 12 i.V.m. Urk. 5/4-6: Fr. 71'861.98; ohne Berücksichtigung der gemeinsamen Werte). Doch selbst wenn man noch die rund Fr. 109'000.– sowie einen monatlichen Fehlbetrag von Fr. 1'394.– zugrunde legt, lässt sich abschätzen, dass dieses Kapital ca. Mitte 2016 aufgebraucht sein wird, ungefähr zeitgleich mit der Vollendung des 75. Altersjahres von D._____ (gerechnet ab anfangs 2010; Fr. 109'000.– geteilt durch Fr. 1'394.– geteilt durch 12 Monate = 6 ½ Jahre).

Daraus erhellt, dass sie mit ihren Geldbeiträgen schon sehr viel zum Wohl der

Gemeinschaft beiträgt. Sie vor diesem Hintergrund zu verpflichten, aus ihrem geerbten Vermögen auch noch einen Abänderungsprozess ihres Ehemannes gegen dessen frühere Ehefrau zu finanzieren, scheint nicht zumutbar. Die eheliche Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB würde damit überdehnt.

2.7. Als Zwischenfazit kann somit festgestellt werden, dass der Gesuchsteller als mittellos im Sinne des prozessualen Armenrechts zu gelten hat.

3.1. Als aussichtslos zu betrachten sind Begehren dann, wenn bei einer summarischen Vorabbeurteilung die Gewinnaussichten erheblich geringer sind als die Verlustgefahren und sie deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können (BGE 133 III 614 E. 5 = Pra 5/2008 Nr. 50 S. 339 ff.; Bger 5A_206/2009 vom 23. April 2009 E. 3.1.; MEICHSSNER, a.a.O., S. 106). Entscheidend dabei ist, ob sich eine Partei mit ausreichenden Mitteln bei vernünftiger Überlegung zum Prozess entschliessen würde. Massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Erfolgchancen ist grundsätzlich jener der Einreichung bzw. Begründung des Begehrens (ZR 98 [1999] Nr. 12; ZR 96 [1997] Nr. 50, E. II/2 m. w. H.) resp. der Stellung des Armenrechtsgesuchs (ZR 106 [2007] Nr. 21, E. 5/c/bb; RB 1997 Nr. 76; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 84 N 21b; MEICHSSNER, a.a.O., S. 108 f. und 112). Ein entsprechender Entscheid darf somit nicht erst aufgrund einer ex post-Betrachtung im Rahmen des Endentscheids bzw. nach Massgabe des Prozessausgangs erfolgen (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 84 N 2 und § 87 N 4; ZR 106 [2007] Nr. 21, E. 5/c/bb).

3.2. In Bezug auf eine Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern vom 25. April 1983 über die Scheidung der Ehe der Parteien ist von grundlegender Bedeutung, was die Parteien voraussahen und berücksichtigten, als sie am 23. Februar 1983 die fragliche Unterhaltsvereinbarung schlossen (vgl. Urk. 7/3 S. 4). Ergibt die Feststellung des Sachverhalts, dass die Parteien damals bewusst auf eine Abstufung des Unterhaltsbeitrags für die Zeit nach Eintritt in die AHV-Berechtigung verzichteten, dürfte der Klage kein Erfolg beschieden sein. Wenn aber (entgegen der dahingehenden Vermutung) *nicht* von diesem Bewusstsein ausgegangen werden kann, sind die veränderten Lebenssituationen der Parteien im Detail zu prüfen und ist die Rente allenfalls veränderten Verhält-

nissen anzupassen. Auch wenn die Klage (ohne Durchführung eines Beweisverfahrens) erstinstanzlich abgewiesen wurde, kann nicht die Rede davon sein, der Standpunkt des Klägers sei schon zu Beginn aussichtslos gewesen.

4. Eine anwaltliche Vertretung des Klägers scheint vorliegend sachlich notwendig, da er als juristischer Laie ohne anwaltliche Hilfe im Abänderungsprozess überfordert wäre. Auch die Gegenpartei ist anwaltlich vertreten.

5. Nach dem Gesagten sind alle Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege erfüllt. Damit ist in Gutheissung des Rekurses dem Kläger die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

V.

1. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens zu regeln (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH): Der Gesuchsteller obsiegt im Rekursverfahren, weshalb ihm dafür keine Gerichtskosten aufzuerlegen sind (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Andererseits hat sich die Rekursgegnerin am Rekursverfahren weder inhaltlich beteiligt noch materielle Anträge gestellt (Urk. 9), weshalb nicht von einem Unterliegen der Rekursgegnerin gesprochen werden kann. In dieser Situation sind die Kosten des Rekursverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2 ZPO/ZH, FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 66 N 5 mit Hinweisen).

2. Aus demselben Grund ist die Rekursgegnerin nicht zur Leistung einer Prozessentschädigung zu verpflichten (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Auch der Staat schuldet in solchen Fällen keine Entschädigung (ZR 71 [1972] Nr. 76; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 68 N 14a m.w.H.).

3. Der Rekursgegnerin wurde bereits von der Vorinstanz unentgeltliche Rechtspflege gewährt; betreffend den Rekurrenten wird dies mit dem heutigen Entscheid nachgeholt. Wird für das erstinstanzliche Verfahren unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, gilt sie nach der zürcherischen Prozessordnung grund-

sätzlich auch für das Rekursverfahren; die Rechtsmittelinstanz kann jedoch einen selbstständigen Entscheid darüber treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 90 N 3; neu anders geregelt in Art. 119 Abs. 5 ZPO). Hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtsvertretung kann vorliegend von einem selbstständigen (abweichenden) Entscheid abgesehen werden, womit beiden Parteien auch für das Rekursverfahren unentgeltliche Rechtsvertreterinnen bestellt sind. Demgegenüber sind die Anträge auf Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für das Rekursverfahren mangels Kostenaufgabe gegenstandslos geworden und somit abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung des Rekurses des Klägers wird Dispositivziffer 3 der Verfügung der Vorinstanz vom 8. Dezember 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"3. Dem Kläger wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, und es wird ihm in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt."
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Die Anträge beider Parteien auf Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für das Rekursverfahren werden als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein, sowie zu Händen des Berufungsverfahrens LC110008-O.

Die erstinstanzlichen Akten bleiben beigezogen im Berufungsverfahren Nr. LC110008-O.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 30. September 2011

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. K. Vogel

versandt am:

ss