Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: RB130050-O/U.doc

Mitwirkend: Die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, und Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss und Urteil vom 11. Februar 2014

in Sachen

A._____,

Beklagte 2 und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

Bezirksgericht Zürich,

Beschwerdegegner

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 11. Oktober 2013 (CP110012-L)

Erwägungen:

I.

1. B._____ hat als Klägerin am 20. Dezember 2011 vor Vorinstanz gegen ihren Bruder, C._____ (Beklagter 1) und ihre Mutter, A._____ (Beklagte 2) eine Erbteilungsklage betreffend den Nachlass ihres Vaters anhängig gemacht (Urk. 6/1). Mit Beschluss vom 7. September 2012 wurde der Beklagten 2 die unentgeltliche Rechtspflege unter der Bedingung bewilligt, dass sie unwiderruflich einen etwaigen Prozessgewinn bis zur Höhe von einstweilen Fr. 230'000.– an den Kanton Zürich abtrete, zur Deckung der Kosten, die für die Honorierung ihrer unentgeltlichen Rechtsvertreterin entstehen, sowie für allfällig ihr - der Beklagten 2 - dereinst auferlegte Gerichtskosten (Urk. 6/40 S. 3, Dispositiv-Ziffer 2 und 3). Die Beklagte 2 erfüllte die ihr zur Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege auferlegte Bedingung mit Abtretungserklärung vom 20. September 2012 (Urk. 6/47).

2. Aufgrund eines Antrags der Klägerin vom 11. Juni 2013, wonach der Beklagten 2 die unentgeltliche Rechtspflege abzuerkennen sei (Urk. 6/83 S. 6 Ziff. 6), kam die Vorinstanz auf ihren Beschluss vom 7. September 2012 zurück und entschied mit Referentenverfügung vom 11. Oktober 2013 Folgendes (Urk. 2 S. 8):

> "1. Der Beklagten 2 wird ab heutigem Verfügungsdatum *pro futuro* die unentgeltliche Rechtspflege erst bei Überschreitung eines Prozesskostenbetrags von Fr. 122'300.– und unter Berücksichtigung der Abtretung eines Prozessgewinns bis zur Höhe von einstweilen Fr. 107'700.– gemäss Verfügung [recte: Beschluss] vom 7. September 2012 gewährt.
>
> 2.-3. …"

3. Gegen diese Verfügung erhob die Beklagte 2 mit Eingabe vom 25. Oktober 2013 rechtzeitig Beschwerde, wobei sie folgende Rechtsbegehren stellte (Urk. 1 S. 2f.):

> "1. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich 3. Abteilung im Prozess Geschäft-Nr. CP110012 in Sachen B._____ (Klägerin) gegen C._____ (Beklagter 1) und A._____

(Beklagte 2) vom 11. Oktober 2013 sei in Bezug auf die pro futuro Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erst ab Überschreitung eines Prozesskostenbetrags von Fr. 122'300 und der Abtretung eines etwaigen Prozessgewinns bis zur Höhe von einstweilen Fr. 107'700 aufzuheben.

2. Es sei die von der Vorinstanz der Beschwerdeführerin für das Verfahren NR. CP110012 in Sachen B._____ (Klägerin) gegen C._____ (Beklagter 1) und A._____ (Beklagte 2) mit Verfügung vom 7. September 2012 gewährte unentgeltliche Rechtspflege ohne weitere Einschränkungen lediglich unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO und die erfolgte Abtretung der Beschwerdeführerin in der Höhe von einstweilen Fr. 230'000.– an das Bezirksgericht Zürich; ebenso wie die Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X._____, … [Adresse] zur unentgeltlichen Rechtsvertreterin, zu bestätigen.

Eventualiter:

3. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich 3. Abteilung im Prozess Geschäft-Nr. CP110012 in Sachen B._____ (Klägerin) gegen C._____ (Beklagter 1) und A._____ (Beklagte 2) vom 11. Oktober 2013 sei vollständig aufzuheben.

4. Es sei festzustellen, dass die Verfügung vom 7. September 2012 des Bezirksgerichts Zürich 3. Abteilung Geschäft-Nr. CP110012 in Sachen B._____ (Klägerin) gegen C._____ (Beklagter 1) und A._____ (Beklagte 2) unverändert weiter gültig ist.

Sub-eventualiter:

5. Es sei die Frage der Widererwägung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Beschwerdeführerin im Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich 3. Abteilung Geschäft-Nr. CP110012 in Sachen B._____ (Klägerin) gegen C._____ (Beklagter 1) und A._____ (Beklagte 2) zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Prozessuale Anträge:

6. Es sei der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Als unentgeltlicher Rechtsbeistand sei die Unterzeichnete, Rechtsanwältin lic. iur. X._____ MBA / PGD ECL / CAS ICL, … [Adresse] zu bestellen.

7. Es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen.

8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.

Eventualiter Antrag bezüglich der Kosten:

9. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner."

4. Mit Präsidialverfügung vom 22. November 2013 wurde der Beschwerde der Beschwerdeführerin und Beklagten 2 (fortan weiterhin Beklagte 2) antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 7). Weiter wurde der Klägerin und dem Beklagten 1 gleichentags vom Eingang der Beschwerde Kenntnis gegeben und ihnen mitgeteilt, dass ihnen gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im vorliegenden Beschwerdeverfahren keine Parteistellung zukomme (Urk. 8/1-2).

5. Da es sich beim Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege um ein Verfahren zwischen der Beklagten 2 als Gesuchstellerin und dem Staat (BGer 5A_381/2013 E. 3.2, BGE 139 III 334 E. 4.2.) handelt und die Klägerin als Gegenpartei sowie der Beklagte 1 als Mitbeklagter im Erbteilungsprozess keine Parteistellung haben, ist weder von der Klägerin noch vom Beklagten 1 eine Beschwerdeantwort einzuholen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz kann verzichtet werden (Art. 324 ZPO).

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat Bestand. Werden keine, unzulässige oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO), d.h. ist nicht eine Nachfrist zur ergänzenden Begründung anzusetzen, sondern ist die Beschwerde abzuweisen.

2. Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 3 f. zu Art. 326 ZPO). Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, a.a.O., N 8 zu Art. 229 ZPO).

3. Der Vorderrichter ist mit der angefochtenen Verfügung auf den ursprünglichen Entscheid, der Beklagten 2 unter der Voraussetzung der Abtretung eines Teils des allfälligen Prozesserfolgs die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, zurückgekommen, indem er ihr nun im Hinblick auf zukünftige Kosten lediglich das prozessuale Armenrecht bewilligt, falls die Prozesskosten sich auf über Fr. 122'300.– belaufen (und unter der Bedingung, dass sie einen allfälligen Prozessgewinn im Umfang von einstweilen Fr. 107'700.– abtritt) (Urk. 2 S. 8). Der Vorderrichter macht dies unter dem Titel "Wiedererwägung" (Urk. 2 S. 4). Der Klarheit halber sei jedoch darauf hingewiesen, dass er mit seinem Entscheid nicht die ursprüngliche Gewährung des Armenrechts in Wiedererwägung zieht, sondern dass er gestützt auf Art. 120 ZPO der Beklagten 2 für die Zukunft die unentgeltliche Rechtspflege teilweise entzieht, indem sie nun zunächst die künftig noch anfallenden Prozesskosten bis zu einem Betrag von Fr. 122'300.– selber bezahlen muss (vgl. zum Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege infolge Fehlerhaftigkeit bezüglich Mittellosigkeit: Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 2 zu Art. 120 ZPO).

4. Der Vorderrichter erwog in Bezug auf den teilweisen Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege der Beklagten 2 Folgendes (Urk. 2 S. 5ff.): Es sei unbestritten, dass der Beklagten 2 für die Ablösung ihres Wohnrechts auf Schloss D._____ zwei konkrete Angebote unterbreitet worden seien, nämlich einmal eines in Form einer lebenslangen jährlichen Rente in Höhe von Fr. 46'685.– und einmal

eines in Form einer kapitalisierten Einmalzahlung von Fr. 142'353.30. Weiter sei unbestritten, dass die Beklagte 2 ihr Wohnrecht nicht ausübe, sondern sehr günstig bei ihrem Sohn - dem Beklagten 1 - wohne. Gemäss dem Effektivitätsgrundsatz - so der Vorderrichter weiter - wäre es der Beklagten 2 durchaus zumutbar gewesen, eines der beiden Angebote für die Ablösung des Wohnrechts anzunehmen, umso mehr, als sie dieses gar nicht selber ausübe. Die Argumente der Beklagten 2 gegen die Annahme eines der beiden Angebote überzeugten nicht, da sie nicht glaubhaft darlege, inwiefern sie bei der Löschung des Wohnrechts keine Sicherheit mehr gehabt hätte oder inwiefern die Offerten nicht ernst gemeint gewesen sein sollen. Auch tue die Beklagte 2 nirgends glaubhaft dar, inwiefern die E._____ Immobilien AG bzw. die F._____ AG finanziell nicht in der Lage gewesen sein solle, die der Beklagten 2 gegenüber angebotenen Zahlungen zu erfüllen.

Zusammengefasst ging der Vorderrichter davon aus, dass der Beklagten 2 konkrete Angebote für die Löschung ihres Wohnrechts vorgelegen seien und deren Annahme für sie zumutbar gewesen sei. Schliesslich gewährte er der Beklagten 2 die unentgeltliche Rechtspflege pro futuro erst bei Überschreitung eines Prozesskostenbetrags von rund Fr. 122'300.– (nämlich Fr. 142'353.30 ./. Notgroschen Fr. 20'000.–) und unter Berücksichtigung der Abtretung eines etwaigen Prozessgewinns bis zur Höhe von einstweilen Fr. 107'700.– (Urk. 2 S. 7).

5. Im Hinblick auf die rechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann auf die zutreffenden Erwägungen des Vorderrichters verwiesen werden (Urk. 2 S. 4f., Erw. II.2.1. und II.2.2.). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass diese nicht verweigert werden darf, weil der Gesuchsteller die Mittellosigkeit selber verschuldet hat. Gemäss Effektivitätsgrundsatz dürfen nur Einkünfte und Vermögenswerte einbezogen werden, welche effektiv vorhanden und verfügbar sind. Streitige und nicht realisierbare Vermögenswerte sind nicht zu berücksichtigen (Emmel, a.a.O., N 5 zu Art. 117 ZPO). Die Anrechnung hypothetischer Vermögenswerte ist daher nicht zulässig, wobei der Rechtsmissbrauch die Grenze darstellt. Rechtsmissbräuchlichkeit steht dann im Raum, wenn

sich der Ansprecher gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess gewisser Vermögenswerte entäusserte (Emmel, a.a.O., N 4 zu Art. 117 ZPO).

6. Mit ihrer Beschwerde macht die Beklagte 2 geltend, es habe sich an ihren finanziellen Verhältnissen seit Einreichung bzw. Bewilligung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege nichts geändert. Die Vorinstanz rechne ihr fiktives Einkommen bzw. fiktives Vermögen an. Insbesondere das Angebot betreffend die Rente sei am 1. Dezember 2011 und damit vor Klageeinreichung vor Vorinstanz erfolgt (Urk. 1 S. 14f., S. 23, S. 27). Die Anrechnung eines fiktiven Einkommens bzw. Vermögens sei unzulässig sowie ein allfälliges Selbstverschulden bei der Mittellosigkeit unbeachtlich, weshalb die Vorinstanz das Recht unrichtig angewandt habe (Urk. 1 S. 23).

Bereits vor Vorinstanz hat die Beklagte 2 in ihrer Stellungnahme zu einem allfälligen Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege ausgeführt, dass die E._____ Immobilien AG gegen sie - die Beklagte 2 - eine Klage auf Löschung des Wohnrechts ohne Entschädigung eingereicht habe. Diese Klage sei mit Eingabe vom 19. September 2012 beim Friedensrichter anhängig gemacht worden, und der Rechtsvertreter der E._____ Immobilien AG habe in seiner E-Mail vom 18. Februar 2013 darauf hingewiesen, dass er in jenem Monat Klage beim Bezirksgericht einreichen werde (Urk. 6/97 S. 9 und S. 13).

7. Unbestrittenermassen hat die Beklagte 2 ein Wohnrecht auf Schloss D._____. Ebenso ist unbestritten, dass die Beklagte 2 zwei Angebote für die Ablösung dieses Wohnrechts hatte: eines in Form einer jährlichen Rentenzahlung und eines in Form einer Kapitalentschädigung. Beide Angebote hat sie ausgeschlagen, und ebenso ist unbestritten, dass die Beklagte 2 über keinerlei andere Vermögenswerte verfügt. Zum Umstand, dass in der Zwischenzeit vor dem Bezirksgericht Brugg ein Prozess betreffend Ablösung dieses Wohnrechts hängig ist, hat die Beklagte 2 vor Vorinstanz ein E-Mail des Gegenanwalts in jenem Prozess eingereicht (Urk. 6/84/15, E-Mail lediglich im Doppel der Beilagen enthalten). Diese E-Mail reicht für die Glaubhaftmachung, dass die Ablösung des Wohnrechts zwischenzeitlich ein umstrittener Anspruch ist, grundsätzlich aus. Wäre der Vor-

derrichter anderer Meinung gewesen, so hätte er aufgrund der Vorbringen der Beklagten 2 gestützt auf die für den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zur Anwendung kommende eingeschränkte Offizialmaxime wenigstens seine richterliche Fragepflicht ausüben und der Beklagten 2 Gelegenheit geben müssen, eine Bestätigung des Bezirksgerichts Brugg über die Rechtshängigkeit des Verfahrens beizubringen. Es handelt sich deshalb heute um einen strittigen Anspruch, welcher bei der Beurteilung der Mittellosigkeit grundsätzlich ausser Acht zu lassen ist.

8. Näher zu prüfen ist jedoch die Argumentation des Vorderrichters, dass die Beklagte 2 selbstverschuldet mittellos sei. Zum Zeitablauf ist Folgendes festzuhalten: Die Klägerin reichte die Erbteilungsklage vor dem Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise …, am 16. Februar 2011 ein (Urk. 6/1). Gemäss Klagebewilligung wurde die Schlichtungsverhandlung am 31. März 2011 durchgeführt, wobei vereinbart wurde, im Rahmen einer Mediation eine einvernehmliche Lösung zu suchen. Das Verfahren wurde daher eingestellt, und mit Schreiben vom 9. September 2011 teilte der Vertreter der Klägerin dem Friedensrichter mit, dass die Mediation gescheitert sei (Urk. 6/1 S. 2). Am 13. September 2011 wurde daher die Klagebewilligung ausgestellt (Urk. 6/1 S. 2). Die Beklagte 2 bekam - unter Bezugnahme auf eine Besprechung vom 8. November 2011 - am 1. Dezember 2011 von der F._____ AG namens und auftrags der E._____ Immobilien AG ein erstes Angebot für die Ablösung ihres Wohnrechts auf Schloss D._____; es wurde ihr eine Rente von jährlich Fr. 43'685.– angeboten, welche mit gewissen Bedingungen verknüpft war (Urk. 6/84/15). Am 20. Dezember 2011 machte die Klägerin die Erbteilungsklage vor Vorinstanz anhängig (Urk. 6/1). Die Beklagte 2 stellte mit Eingabe vom 13. April 2012 ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 6/21). Vom 18. April 2012 datiert schliesslich die Berechnung des Kapitalwerts des Wohnrechts auf Schloss D._____ durch G._____ (Urk. 6/98/6). Daraufhin machte die E._____ Immobilien AG der Beklagten 2 am 13. Juli 2012 ein weiteres Angebot, wobei von einem Kapitalwert von Fr. 253'000.– ausgegangen wurde, dann diverse Abzüge gemacht wurden und der Beklagten 2 letztlich ein Saldobetrag von Fr. 142'353.30 angeboten wurde. Dieses Angebot

galt bis zum 27. Juli 2012 (Urk. 6/98/7 S. 2). Am 7. September 2012 entschied sodann die Vorinstanz das erste Mal über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Beklagte 2 (Urk. 6/40).

Aufgrund dieses Zeitablaufs ist ersichtlich, dass der Erbteilungsprozess und die Verhandlungen bzw. Angebote für die Ablösung des Wohnrechts der Beklagten 2 auf Schloss D._____ grösstenteils parallel liefen. Insbesondere musste die Beklagte 2 bereits im Sommer/Herbst 2011 damit rechnen, dass die Klägerin ihren Anspruch auf Erbteilung gerichtlich durchsetzen würde. Es ist daher jedenfalls nicht ganz von der Hand zu weisen, dass die Beklagte 2 während des laufenden Verfahrens auf Einnahmen verzichtet hat, die sie hätte erzielen können und sie daher im heutigen Zeitpunkt selbstverschuldet mittellos ist.

9. Wie oben ausgeführt hat allerdings eine selbstverschuldete Mittellosigkeit nur dann eine Verweigerung des prozessualen Armenrechts zur Folge, wenn diese rechtsmissbräuchlich, das heisst im Hinblick auf den zu führenden Prozess herbeigeführt wurde. Der Beklagten 2 ist daher darin zuzustimmen, wenn sie vorbringt, es sei nicht Sinn des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege, dass sie jedes noch so lausige Angebot annehmen müsse, sondern es vielmehr gerade darum gehe, Mittellosen den Zugang zur Justiz und die Wahrung ihrer Rechte zu ermöglichen (Urk. 1 S. 31).

In der Beschwerdeschrift führt die Beklagte 2 an, dass die von der E._____ Immobilien AG angebotene Summe von Fr. 143'353.30 für die Ablösung des Wohnrechts - nach Abzug der Verrechnungsforderungen - nur knapp die Hälfte des geschätzten Werts des Wohnrechts von Fr. 253'000.– betragen habe. Es sei ein schlechtes Angebot gewesen und dessen Annahme nicht zumutbar gewesen (Urk.1 S. 31). Sie - die Beklagte 2 - habe im Übrigen bereits vor erster Instanz ausgeführt, dass sich die Gegenforderungen der E._____ Immobilien AG auf den Unterhalt des Schlosses D._____ bezogen hätten, welcher nicht von Letzterer bezahlt worden sei, und dass sie sich weiter teilweise auf eine Zeit vor dem Erwerb des Schlosses durch die genannte Unternehmung bezögen, weshalb Letztere gar nicht Schuldnerin gewesen sei. Diese Ausführungen habe sie im weiteren

durch entsprechende Unterlagen belegt. Der Vorwurf der ungenügenden Substantiierung sei demnach unbegründet (Urk. 1 S. 31).

Die Beklagte 2 führte bereits in ihrer Stellungnahme vor Vorinstanz aus, dass sie die Angebote der E._____ Immobilien AG zu Recht nicht angenommen habe, weil sie nämlich grundsätzlich das Wohnrecht habe ausüben wollen und dies auch so kommuniziert habe. Weil aber die E._____ Immobilien AG dies nicht gewollt habe, sei sie geradezu gezwungen gewesen, sich in Verhandlungen zur Ablösung einzulassen. Die diesbezüglichen Angebote der E._____ Immobilien AG seien aber nicht ernsthaft gewesen (Urk. 6/97 S. 4ff.). Mit Hinblick auf die Kapitalentschädigung führte die Beklagte 2 überdies aus, dass die E._____ Immobilien AG alles Mögliche und Unmögliche mit ihrer Forderung habe in Verrechnung bringen wollen, insbesondere auch Forderungen, bei denen sie - die Beklagte 2 - nicht Schuldnerin gewesen sei (Urk. 6/97 S. 7).

Gestützt auf diese Ausführungen und aufgrund einer summarischen Prüfung der von der Beklagten 2 hierzu eingereichten Belege (Urk. 6/98/7-9 und Urk. 6/98/11+12) lässt sich eine rechtsmissbräuchliche Ablehnung der Angebote der E._____ Immobilien AG durch die Beklagte 2 nicht erhärten. Vielmehr kann die Beklagte 2 durch ihre Ausführungen und die eingereichten Unterlagen glaubhaft machen, dass sie die Angebote wohlüberlegt ausgeschlagen hat. Wie die Beklagte 2 in der Beschwerdeschrift überdies zutreffend ausführt, ist es nicht Aufgabe der Vorinstanz, im Rahmen des Entscheids betreffend unentgeltliche Rechtspflege zu prüfen, ob die von der E._____ Immobilien AG behaupteten Forderungen zu Recht bestehen und in welchem Umfang, sondern sie - die Beklagte 2 - hat lediglich glaubhaft zu machen, dass es gute Gründe gegeben hat, die Angebote für die Ablösung des Wohnrechts abzulehnen (Urk. 1 S. 32).

10. Selbst wenn die Beklagte 2 daher selbstverschuldet mittellos ist, kann ihr kein Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden. Die von der E._____ Immobilien AG mit Schreiben vom 13. Juli 2012 angebotene Kapitalleistung von rund Fr. 142'300.– darf der Beklagten 2 somit nicht als (fiktives) Vermögen angerechnet werden. Die Beklagte 2 ist mithin im heutigen Zeitpunkt mittellos, weshalb ihr

die unentgeltliche Rechtspflege weiterhin zu gewähren bzw. zu belassen ist. Die angefochtene Verfügung vom 11. Oktober 2013 ist daher ersatzlos aufzuheben. Es bleibt folglich bei der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Beklagte 2 im Umfang und unter den im Beschluss vom 7. September 2012 erwähnten Bedingungen.

11. Offen bleiben kann bei diesem Ergebnis, ob es - wie dies die Beklagte 2 in ihrer Beschwerdeschrift rügt (Urk. 1 S. 22) - nach dem Grundsatz von Treu und Glauben überhaupt zulässig war, unter Hinweis auf das bestehende Wohnrecht auf den Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege zurückzukommen. Immerhin hatte die Klägerin das bestehende Wohnrecht bereits in ihrer Klageschrift erwähnt (Urk. 6/3 S. 36), so dass dieses der Vorinstanz bei ihrem Entscheid vom 7. September 2012 bekannt sein musste.

III.

1. Die Beklagte 2 obsiegt im Beschwerdeverfahren. Der Klägerin als Gegenpartei und dem Beklagten 1 als Mitbeklagtem im Hauptprozess kommt - wie bereits eingangs erwähnt - im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege keine förmliche Parteistellung zu. Folglich können ihnen hierfür auch keine Kosten - weder Gerichtskosten noch Parteientschädigung - auferlegt werden (vgl. BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind daher unter Hinweis auf Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Entschädigungspflicht des Staates besteht mangels gesetzlicher Grundlage nicht (vgl. Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, a.a.O., N 26 zu Art. 107 ZPO).

2. Die Beklagte 2 stellt auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 3). Soweit sich dieses auf die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren bezieht, ist das Gesuch aufgrund der Kostenverteilung als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Im Hinblick auf die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin für das Beschwerdeverfahren ist das Gesuch der Beklagten 2 gestützt auf die obigen Erwägungen, wonach die

Beklagte 2 zur Zeit mittellos ist und die Beschwerde - wie oben dargestellt - nicht aussichtslos ist, gutzuheissen. Allerdings ist die Tatsache, dass der Beklagten 2 nach Abschluss des Verfahrens - beim Hauptprozess handelt es sich um einen Erbteilungsprozess mit einem Gesamtstreitwert von Fr. 7'000'000.– - Mittel zur Verfügung stehen werden, bereits jetzt zu berücksichtigen (vgl. KuKo ZPO-Jent-Sørensen, 2. Auflage, Basel 2014, N 5 zu Art. 123 ZPO).

Nach der Praxis des Obergerichts kann die unentgeltliche Rechtspflege in dieser Situation unter der Voraussetzung gewährt werden, dass die mittellose bzw. illiquide Beklagte 2 den ihr nach Abschluss des Prozesses zur Verfügung stehenden Betrag an den Kanton Zürich, vertreten durch die Obergerichtskasse, insofern abtritt, als dieser für sie Anwaltskosten für das Beschwerdeverfahren übernehmen muss. Die unentgeltliche Rechtsvertretung ist demnach bewilligt, sobald die Beklagte 2 die ihr gleichzeitig mit diesem Entscheid zugestellte Abtretungserklärung unterzeichnet und der Kammer eingereicht hat. Dafür ist ihr Frist anzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten 2 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird, soweit es sich auf die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren bezieht, als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2. Unter der Voraussetzung, dass die Beklagte 2 die beiliegende Abtretungserklärung zu Gunsten des Kantons Zürich, vertreten durch die Obergerichtskasse, unterzeichnet retourniert, wird ihr für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtsvertretung bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.

3. Der Beklagten 2 wird eine Frist vom 10 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um die Abtretungserklärung gemäss Dispositiv-Ziff. 1 (dreifach) datiert und unterzeichnet bei der Kammer einzureichen.

Wird die Abtretungserklärung nicht unterzeichnet eingereicht, entfällt die unentgeltliche Rechtsvertretung für das Beschwerdeverfahren.

4. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

<u>und es wird erkannt:</u>

1. In Gutheissung der Beschwerde der Beklagten 2 wird die Verfügung des Referenten der 3. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Oktober 2013 ersatzlos aufgehoben.

2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.

3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Klägerin und den Beklagten 1 im Verfahren CP110012-L des Bezirksgerichtes Zürich, je unter Beilage eines Doppels von Urk. 1und an die Beklagte 2 zusätzlich unter Beilage einer Abtretungserklärung (dreifach), je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 in der Hauptsache beträgt Fr. 7'000'000.–.

   Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. Februar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
mc