

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB110002-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. H. A. Müller  
und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur.  
K. Vogel

## Beschluss vom 18. April 2012

in Sachen

**Erben der †A.\_\_\_\_\_**,

Klägerin, Gesuchstellerin, Widerbeklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_**, Willensvollstrecker im Nachlass von **C.\_\_\_\_\_**
2. **Erbengemeinschaft C.\_\_\_\_\_ sel.**, bestehend aus:
  - a) **D.\_\_\_\_\_**,
  - b) **C.\_\_\_\_\_ -Stiftung**,

Beklagte, Widerkläger und Beschwerdegegner

1, 2a, 2b vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

2a vertreten durch Amtsvormundschaft für Erwachsene des Bezirks Meilen,

lic. iur. Z.\_\_\_\_\_

2a verbeiständet durch E.\_\_\_\_\_

betreffend **unentgeltliche Rechtsvertretung**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom  
21. Januar 2011 (CP070003-G)**

---

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Parteien stehen seit Juli 2007 vor der Vorinstanz in einem Zivilprozess betreffend eine Vermächtnisforderung (Geschäfts-Nr. CP070003-G). Die Klägerin und Beschwerdeführerin verlangte im Nachlass von C.\_\_\_\_\_ sel. die Ausrichtung eines Barlegats von Fr. 400'000.– und die Übereignung eines Sachlegats in Form der von ihr bewohnten Stockwerkeigentumswohnung an der ...strasse ... in F.\_\_\_\_\_ zu Eigentum. Die Beklagten stellten widerklageweise Gegenforderungen (Urk. 8/7 S. 3).

Im Zusammenhang mit dieser Erbschaftsangelegenheit lief auch ein Strafverfahren gegen die Klägerin (Urk. 13).

2. Im Sommer 2009 ergab eine Konsultation der Geschäftsverwaltung der zürcherischen Gerichte durch die Vorinstanz, dass die Klägerin aus früheren Verfahren Kosten schuldet(e), weshalb sie mit Referentenverfügung vom 9. Juli 2009 zur Leistung einer Kautions von Fr. 105'100.– verpflichtet wurde (Urk. 8/62). Dagegen erhob die Klägerin Einsprache; und sie stellte Antrag auf unentgeltliche Prozessführung sowie um unentgeltliche Rechtsvertretung in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. W.\_\_\_\_\_ (Urk. 8/64 S. 2). Die Vorinstanz wies in ihrem Entscheid vom 16. März 2010 das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ab, bewilligte aber die unentgeltliche Prozessführung unter der Bedingung, dass die Klägerin den eingeklagten Vermächtnisanspruch bis zur Höhe der allenfalls auf sie entfallenden Gerichtskosten und Prozessentschädigung,

maximal Fr. 105'100.–, an den Kanton Zürich abtrete (Urk. 8/85 S. 9 f.). Dem kam die Klägerin mit Abtretungserklärung vom 22. März 2010 nach (Urk. 8/87).

3.1. Als der Klägerin von der Vorinstanz Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu Noven gegeben wurde (Urk. 8/92), ersuchte sie mit Eingabe vom 21. Mai 2010 erneut um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person von Rechtsanwalt W.\_\_\_\_\_ (Urk. 8/94). Aufgrund der ihr vorliegenden Beweismittel verneinte die Vorinstanz die prozessuale Bedürftigkeit der Klägerin und wies das Gesuch mit Zirkulationsbeschluss vom 8. Juni 2010 ab (Urk. 8/99).

Den dagegen erhobenen Rekurs (Urk. 8/102) hiess die Kammer mit Beschluss vom 20. September 2010 (LN100032-O/U) gut, nachdem die Klägerin im Rekursverfahren neu eine Anzeige betreffend Verdienstpfändung vom 3. September 2009 beigebracht hatte, womit sie nachträglich glaubhaft machen konnte, dass sie über keine verwertbaren Vermögenswerte mehr verfügte (vgl. Urk. 8/107 S. 10, E. 4.1). Entsprechend wurde der Klägerin mit Wirkung ab 21. Mai 2010 in der Person von Rechtsanwalt W.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt – unter der Bedingung allerdings, dass sie zusätzlich zur bereits erfolgten Abtretung den von ihr eingeklagten Vermächtnisanspruch innert einer Frist von 20 Tagen ab Zustellung des Rekursentscheides bis zur Höhe einer ihrem Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse zu leistenden Entschädigung, maximal Fr. 25'000.–, an den Kanton Zürich abtrete (Urk. 8/107 S. 11, Dispositivziffer 1.2).

3.2. Die Klägerin stellte in der Folge mehrere Fristerstreckungsgesuche (Urk. 8/108, 8/111 und 8/113), die indes lediglich eine im erwähnten Beschluss der Kammer vom 20. September 2010 ebenfalls angesetzte Frist zur Stellungnahme betrafen. Innert der demzufolge nicht erstreckten Frist für die Einreichung der Abtretungserklärung traf eine solche bei der Vorinstanz nicht ein, was von der Klägerin eingeräumt wurde (Urk. 2 S. 3 und 5). Mit Schreiben vom 9. November 2010 (an den klägerischen Rechtsvertreter versandt am 2. Dezember 2010) teilte die Vorinstanz der Klägerin mit, dass eine unentgeltliche Rechtsvertretung demnach entfalle (Urk. 8/114 und 8/117 S. 3; Urk. 3 S. 3 f., E. 1.3). Die Klägerin stellte hierauf, am 13. Dezember 2010, erneut ein Begehren um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (Urk. 8/117).

Darüber entschied die Vorinstanz mit Zirkulationsbeschluss vom 21. Januar 2011 wie folgt (Urk. 8/118 S. 6):

- « 1. Auf das klägerische Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters wird nicht eingetreten.
2. Der Klägerin wird eine Frist von 10 Tagen seit Empfang dieses Beschlusses angesetzt, um zu erklären, ob ihr Gesuch als Antrag um Wiederherstellung der Frist nach § 199 GVG zu verstehen ist.
3. Schriftliche Mitteilung [...]
4. Ein Rekurs gegen Ziff. 1 dieses Beschlusses kann innert 10 Tagen von der Zustellung an [...]
»

3.3. Diesen Entscheid focht die Klägerin am 11. Februar 2011 mit als Rekurs bezeichneter Eingabe an. Diese enthielt folgende Anträge (Urk. 2 S. 2 f.):

- « 1. Ziff. 1 des angefochtenen Zirkulationsbeschlusses des Bezirksgerichts Meilen CP070003/Z19 vom 21. Januar 2011 sei aufzuheben;
2. in Gutheissung des klägerischen Antrags um unentgeltliche Prozessvertretung vom 13. Dezember 2010 sei RA lic. iur. W. \_\_\_\_\_, [Adresse], als unentgeltlicher Prozessvertreter einzusetzen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekursgegner und Beklagten.»

In ihrer Rechtsmittelschrift brachte die Klägerin unter anderem vor, sie habe gleichentags der Vorinstanz erklärt, dass ihre Eingabe vom 13. Dezember 2010 eventualiter als Fristwiederherstellungsgesuch zu verstehen sei; ebenso gleichentags habe sie die verlangte Abtretungserklärung eingereicht (Urk. 2 S. 3 und 5; vgl. auch Urk. 8/121 S. 3 und Anhang).

3.4. Mit Eingabe vom 7. März 2011 teilte Rechtsanwalt W. \_\_\_\_\_ mit, dass er per Ende März 2011 die Kanzlei ... wegen Eröffnung einer eigenen Kanzlei verlasse, weswegen er beantrage, dass an seiner Stelle sein Nachfolger bei ... – Rechtsanwalt lic. iur. V. \_\_\_\_\_ – als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Klägerin bestellt werde (Urk. 4).

3.5. In der am 14. März 2011 ergangenen Präsidialverfügung wurde erwogen, dass sich das Rechtsmittelverfahren als gegenstandslos erweisen könnte, wenn die Bedingung für die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung im Sinne des Beschlusses der Kammer vom 20. September 2010 bereits erfüllt sei,

da (1.) das Fristwiederherstellungsgesuch der Klägerin von der zuständigen Vorinstanz gutgeheissen werde *und* (2.) die Abtretungserklärung tatsächlich bei der Vorinstanz eingegangen sei oder innert der wiederhergestellten Frist noch eingehe (Urk. 5 S. 3, E. 2b). Vor diesem Hintergrund wurde die Vorinstanz ersucht, ihren Entscheid über das Fristwiederherstellungsgesuch der Kammer mitzuteilen (Urk. 5 S. 4, Dispositivziffer 1).

Ihren diesbezüglichen Entscheid traf die Vorinstanz mit Zirkulationsbeschluss vom 11. April 2011 (Urk. 6): Sie wies das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Abgabe der Abtretungserklärung (gemäss Dispositivziffer 1.1 des Beschlusses der Kammer vom 20. September 2010, LN100032/U) wegen groben Parteiverschuldens sowie Fehlens der Einwilligung zur Fristwiederherstellung seitens der Gegenpartei ab (Urk. 6 S. 8, E. 2.6 und Dispositivziffer 1).

3.6. Die das Datum vom 22. Juni 2011 tragende Beschwerdeantwort ging fristgerecht, am 23. Juni 2011 hier ein (Urk. 9).

3.7. Mit Faxschreiben vom 17. Januar 2012 zeigte Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ an, dass er im vorliegenden Verfahren die Interessen der Klägerin vertrete (Urk. 11). Auf Nachfragen des Gerichts (Prot. II S. 4 f.) bestätigten sowohl Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ als auch Rechtsanwalt V. \_\_\_\_\_ schriftlich, dass die Interessen der Klägerin nunmehr einzig von Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ gewahrt würden (Urk. 13 und 14); laut den Ausführungen von Rechtsanwalt V. \_\_\_\_\_ haben sowohl er als auch Rechtsanwalt W. \_\_\_\_\_ ihr Mandat niedergelegt (Urk. 14).

3.8. Am 12. März 2012 teilte Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ telefonisch mit, die Klägerin sei Opfer eines Gewaltverbrechens geworden und verstorben (Prot. II S. 9). Mit Eingabe vom 16. April 2012 brachte Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ einen Auszug aus dem Todesregister bei (Urk. 15 und 16).

## II.

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Das erstinstanzliche Verfahren war dann schon rechtshängig,

weshalb gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO bis zu dessen Abschluss noch das bisherige Verfahrensrecht gilt, mithin die zürcherische Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid; das Verfahren vor Vorinstanz wird damit nicht erledigt. Gemäss ständiger Praxis des Obergerichts sind auf nach dem 1. Januar 2011 eröffnete Zwischenentscheide die Rechtsmittel des neuen Rechts anzuwenden, wobei allerdings auf entsprechende Rüge hin die richtige Rechtsanwendung des alten Prozessrechts, das die Vorinstanz anzuwenden hatte, zu prüfen ist (vgl. Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 405 N 7). Damit ist für das Verfahren vor Obergericht die Schweizerische Zivilprozessordnung anzuwenden. Das zulässige Rechtsmittel ist die Beschwerde (Art. 121 ZPO i.V.m. Art. 389 ff. ZPO).

Sowohl der Rekurs als auch die Beschwerde sind innert zehn Tagen seit der Zustellung des angefochtenen Entscheides schriftlich und begründet einzureichen (§ 276 Abs. 1 ZPO/ZH; Art. 121 ZPO i.V.m. Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Rechte der Gegenpartei werden damit durch eine Konversion des Rechtsmittels nicht beeinträchtigt. Ansonsten hätte sich angesichts der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz (Urk. 2 S. 6, Dispositivziffer 4) die Frage der Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist gestellt. Der Rekurs der Klägerin ist somit als Beschwerde entgegen zu nehmen.

### III.

1. Wenn eine Partei verstirbt, treten die Erben automatisch (*ipso iure*) an die Stelle der verstorbenen Person (Art. 83 Abs. 4 Halbsatz 2 ZPO i.V.m. Art. 560 ZGB). In der Regel werden in einem solchen Fall Prozesse sistiert (Art. 126 ZPO), bis die Erben ermittelt sind und Klarheit über den Antritt der Erbschaft besteht. Verfahren über höchstpersönliche Rechte werden dagegen in der Hauptsache gegenstandslos und sind lediglich noch zum Zwecke der Erledigung und im Hinblick auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Ende zu führen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 144; ZR 97 Nr. 24

E. II/5a). In solchen Fällen treten die Erben lediglich mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen in den Prozess ein (sog. Erbschaftsschulden gemäss Art. 560 Abs. 2 ZGB). Aufgrund der Gegenstandslosigkeit in der Hauptsache wird der Rechtsstreit um die Nebenfolgen de facto zur Hauptsache (Schwander, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 83 N 40).

2. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens war die unentgeltliche Rechtspflege. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist höchstpersönlicher Natur, das heisst streng auf die Person bezogen, welche die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, und erlischt daher mit deren Tod (Art. 31 Abs. 1 ZGB; ZR 79 Nr. 76 S. 147; Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 34).

Ist zum Todeszeitpunkt das Armenrecht bereits gewährt worden, gehen dessen Vergünstigungen nicht von Rechts wegen auf die Erben über. Vielmehr erlischt das Armenrecht. Immerhin aber wirkt sich dieses insoweit zu Gunsten der Erben aus, als die bis zum Ausscheiden der berechtigten Person aufgelaufenen Prozesskosten noch gedeckt sind durch die Gerichtskasse.

Ist hingegen das Armenrechtsgesuch – wie vorliegend jenes vom 13. Dezember 2010 (Urk. 8/117) – noch nicht (rechtskräftig) beurteilt, erlischt das Rechtsschutzinteresse des Ansprechers an einem Entscheid (Urteil BGer 5P.220/2003 vom 23. Dezember 2003, E. 3.1 und 3.2; mit Hinweis u. a. auf ZR 79 Nr. 76 S. 148 und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 84 N 10).

3. Das vorliegende Beschwerdeverfahren ist demnach mit dem Tod der Klägerin gegenstandslos geworden, weshalb es unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuschreiben ist (Art. 242 i.V.m. Art. 219 ZPO).

#### IV.

1. Wenn das gegenstandslos gewordene Verfahren abgeschrieben wird, verteilt das Gericht die Prozesskosten grundsätzlich nach Ermessen (Art. 107

Abs. 1 lit. e ZPO). Vorliegend rechtfertigt sich, dafür massgeblich auf den (mutmasslichen) Prozessausgang abzustellen (vgl. Botschaft zur ZPO, S. 7297; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 107 N 16).

2. Da nämlich das vorliegende Beschwerdeverfahren ohnehin spruchreif war, kann konkret gesagt werden, aufgrund welcher Erwägungen die Kammer zu welchem Entscheid in der Sache gekommen wäre:

2.1. Die Vorinstanz hatte im angefochtenen Nichteintretensentscheid ausgeführt, dass in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem von der Gesuchstellerin keine Veränderung der finanziellen Verhältnisse seit dem vorangegangenen Armenrechtsentscheid geltend gemacht worden sei, kein Bedürfnis bestehe, ihr einen zusätzlichen Anspruch auf Überprüfung eines bereits erledigten Gesuchs einzuräumen. Wenn ein solcher Anspruch bejaht würde – so (mit Verweis auf Rechtsprechung und Lehre) die Vorinstanz weiter –, hätte es die trölerisch prozessierende Partei in der Hand, durch Einreichung immer neuer Armenrechtsgesuche einen Prozess endlos in die Länge zu ziehen. Vor diesem Hintergrund sah die Vorinstanz keinen Anlass, einen neuen Entscheid zu fassen, wobei sie noch anfügte, dass dies insbesondere deshalb so sei, weil der Gesuchstellerin mit dem Rekursentscheid vom 20. September 2010 die unentgeltliche Rechtsvertretung bereits gewährt worden sei, wenn auch unter der Bedingung der Abtretungserklärung. Es könne nun nicht angehen, dass sich die Klägerin durch Einreichung eines neuen Armenrechtsgesuchs der rechtzeitigen Erfüllung dieser Bedingung entziehe (Urk. 3 S. 4 f., E. 2).

2.2.1. Die Klägerin liess dazu ausführen, dass sie weder bestreite, dass der vorliegende Sachverhalt vom Obergericht schon rechtskräftig beurteilt worden sei, noch dass die Verhältnisse seit dem Rekursentscheid vom 20. September 2010 unverändert seien (Urk. 2 S. 4, Ziff. 2 zum Materiellen). Es stehe einer Partei aber trotzdem zu, jederzeit während des Verfahrens ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung zu stellen; das Gericht entscheide dann nach Ermessen. Es stelle jedoch eine Ermessensüberschreitung dar, wenn das Gericht einer Partei, bei der die prozessuale Bedürftigkeit gegeben sei, die unentgeltliche Prozessvertretung verwehre. Denn die Ermessensausübung sei auf jene Fälle beschränkt, in

welchen schon einmal entschieden wurde, dass *keine* prozessuale Bedürftigkeit vorliege. Eine tatsächlich bedürftige Partei wie die Klägerin habe kein Interesse daran, einen Prozess durch Einreichung immer neuer Armenrechtsgesuche in die Länge zu ziehen; hier sei im Gegenteil die Klägerin an einer baldigen Beendigung des Prozesses interessiert, da sie auf das eingeforderte Vermächtnis angewiesen sei. Der Grund für die Wiedereinreichung des Gesuchs liege «nicht im trölerischen Verhalten der Klägerin sondern in einem Säumnis insofern, dass sie die Bedingung, welche mit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung verbunden war, nicht innert Frist erfüllt» habe (Urk. 2 S. 4 f., Ziff. 3). Dieses Säumnis habe die Klägerin durch die Einreichung der Abtretungserklärung vom 11. Februar 2011 wieder gutgemacht. Ihr den unentgeltlichen Rechtsvertreter wegen einer versehentlich verpassten richterlichen Frist zu verweigern, komme einer Verletzung ihres Anspruchs aus Art. 29 Abs. 3 BV gleich (Urk. 2 S. 5, Ziff. 4).

2.2.2. Die Beschwerdegegner beriefen sich in ihrer Beschwerdeantwort auf die bereits von der Vorinstanz genannten Gründe für den Nichteintretensentscheid (Urk. 9 S. 2 unten, Ziff. 2) und widersprachen insbesondere der klägerischen Behauptung, dass diese ihre erste Säumnis durch Einreichung der Abtretungserklärung vom 11. Februar 2011 wieder gutgemacht habe. Ob die Säumnis wieder gutgemacht bzw. ob die versäumte Frist wieder hergestellt werden könne, habe die Vorinstanz in separater Entscheidung erst noch beurteilen müssen. Bei der Abweisung des Wiederherstellungsgesuchs müsse es sein Bewenden haben; eine Umgehung dieses Entscheids mittels eines neuen Gesuchs um unentgeltliche Rechtsvertretung sei missbräuchlich und unzulässig (Urk. 9 S. 3, Ziff. 3).

2.3. Entscheide über die Gewährung des prozessualen Armenrechts stellen prozessleitende Entscheide dar. Da prozessleitende Entscheide nicht in materielle Rechtskraft (§ 191 ZPO/ZH) erwachsen, können sie auch nach ihrer Eröffnung bis zum Ergehen des Endentscheids in Wiedererwägung gezogen werden. Das Gericht kann also grundsätzlich jederzeit auf einen solchen Entscheid zurückkommen, ihn aufheben oder abändern (ZR 106 Nr. 55 E. II/2a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Zürich 1997, § 190 N 4 mit Hinweisen).

2.4. Wurde ein Armenrechtsgesuch *gutgeheissen*, kann die Bewilligung nach der ausdrücklichen Normierung in § 91 ZPO/ZH später entzogen werden, wenn die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege im Laufe des Prozesses dahinfallen; wobei zu beachten ist, dass ein *rückwirkender* Entzug der unentgeltlichen Rechtsvertretung nicht möglich ist (ZR 96 Nr. 50).

Ersucht eine Partei nach einer *Abweisung* (aus welchen Gründen auch immer) eines Armenrechtsbegehren in einem späteren Verfahrensstadium erneut um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, ist zu unterscheiden, ob die Verhältnisse, die dem früheren Entscheid zugrunde lagen, in der Zwischenzeit geändert haben (resp. ob zumindest eine Veränderung dieser Verhältnisse geltend gemacht wird) oder nicht:

a) Beantragt eine Prozesspartei im ersteren Fall gestützt auf die erfolgten (oder zumindest geltend gemachten) *Veränderungen* bzw. die neuen Verhältnisse, die Sachlage neu zu prüfen und den (prozessleitenden) Entscheid entsprechend neu zu fassen, liegt darin kein Wiedererwägungsgesuch im eigentlichen Sinn, sondern der Sache nach ein neues Gesuch, das wie ein erstmals gestelltes zu behandeln ist. Das Gericht ist in einem solchen Fall verpflichtet, die Tragweite der inzwischen erfolgten (oder zumindest geltend gemachten) Veränderungen zu würdigen und erneut darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Gutheissung des Begehrens um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (nunmehr) vorliegen. Diesfalls besteht also ein Anspruch auf Beurteilung des (neuen) Gesuchs (ZR 106 Nr. 55 E. II/2b/bb; ZR 79 Nr. 66).

b) Anders verhält es sich dagegen, wenn *keine Veränderung* der massgebenden Verhältnisse geltend gemacht wird oder vorliegt. Dann wird mit dem neuen Begehren der Sache nach lediglich eine Überprüfung des ersten bzw. früheren Entscheids verlangt, welche die Partei auf dem Rechtsmittelweg hätte durchsetzen können. Es besteht deshalb kein Bedürfnis, ihr einen (zusätzlichen) Anspruch auf eine solche Überprüfung (durch die den fraglichen Entscheid fällende Instanz) einzuräumen. Auf die Behandlung eines derartigen Wiedererwägungsgesuchs im eigentlichen Sinne hat die betreffende Partei daher keinen Anspruch (ZR 41 Nr. 68; 79 Nr. 66; RB 2005 Nr. 73; siehe auch Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 85

N 2b und § 190 N 4). In diesem speziellen Fall steht es nach Lehre und Praxis im Ermessen des Gerichts, auf das Gesuch nicht einzutreten, es abzuweisen oder gutzuheissen. Auf diese Konstellation trifft denn auch die bereits von der Vorinstanz angeführte Erklärung zu, dass anders zu entscheiden – wenn also trotzdem ein Anspruch auf Behandlung eines Wiedererwägungsgesuchs im eigentlichen Sinne bejaht würde – zur Folge hätte, dass eine trölerisch prozessierende Partei es in der Hand hätte, durch Einreichung immer neuer Armenrechtsgesuche und Ergreifung aller möglichen Rechtsmittel gegen die Abweisung derselben einen Prozess endlos in die Länge zu ziehen (ZR 106 Nr. 55 E. II/2b/bb; ZR 58 Nr. 85).

2.5. Wie erwähnt wurde das Armenrechtsgesuch der Klägerin von der Kammer am 20. September 2010 gutgeheissen – unter der Bedingung allerdings der Abtretungserklärung innert einer zwanzigtägigen Frist (Urk. 8/107).

Bei dieser Bedingung handelt es sich um eine aufschiebende Bedingung (analog Art. 151 Abs. 1 OR): Der Klägerin wurde die Rechtswohltat der unentgeltlichen Rechtsvertretung rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (21. Mai 2010; Urk. 8/107 S. 8 f., E. 3.6, sowie S. 11, Dispositivziffer 1.1) zuteil – dies allerdings nur, wenn die Bedingung der fristgerechten Abtretungserklärung eintritt. Nachdem diese Bedingung unbestritten nicht eintrat sondern ausfiel, wurde die unentgeltliche Rechtsvertretung nicht wirksam.

Die Situation, die sich damit ergab, ist jener gleichzusetzen, wo das Armenrechtsgesuch abgewiesen wird, nachdem der Gesuchsteller seiner Mitwirkungspflicht nicht ausreichend nachgekommen ist. Auch das Armenrechtsgesuch eines möglicherweise tatsächlich mittellosen Gesuchstellers kann nämlich ohne Verletzung der Verfassung abgewiesen werden, wenn er die zur Beurteilung seiner aktuellen Gesamtsituation erforderlichen Angaben oder Belege verweigert (BGE 120 Ia 179 E. 3a).

2.6. Nachdem vorliegend die Klägerin die Frist zur Abtretungserklärung versäumte, begehrte sie (wie schon erwähnt) am 13. Dezember 2010 erneut um unentgeltliche Rechtsvertretung in der Person von Rechtsanwalt W.\_\_\_\_\_ (Urk. 8/117). Diesem Gesuch lag aber die von der Klägerin verlangte Abtretungserklä-

rung noch immer nicht bei. Die Klägerin begnügte sich damit auszuführen, dass gegen die Abtretung nichts einzuwenden sei, und stellte in Aussicht, nach Gutheissung des Gesuchs die Abtretungserklärung abzugeben (Urk. 8/117 S. 3, Ziff. 3). Darauf erging am 21. Januar 2011 der angefochtene Nichteintretensentscheid der Vorinstanz (Urk. 3).

Im Entscheidzeitpunkt fehlte es damit an veränderten Verhältnissen, womit der oben (auf S. 11 unter IV/2.4b) beschriebene Fall vorlag, wo es im Ermessen des Gerichts liegt, auf das Gesuch nicht einzutreten, es abzuweisen oder gutzuheissen. Dass die Vorinstanz auf das Gesuch nicht eintrat, nachdem noch nicht einmal die verlangte Abtretungserklärung (nachträglich) beigebracht worden war, ist demnach nicht zu beanstanden und stellte nach dem Gesagten namentlich keine Ermessensüberschreitung dar.

2.7. Veränderte Verhältnisse traten erst ein, als die Abtretungserklärung der Klägerin vom 10. Februar 2011 (Anhang zu Urk. 8/121) mit Eingabe vom 11. Februar 2011 tatsächlich der Vorinstanz eingereicht wurde (Urk. 8/121).

Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel 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/Afeldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 326 N 3 f.).

Im Beschwerdeverfahren hätte damit nicht berücksichtigt werden können, dass mit der neu beigebrachten Abtretungserklärung veränderte Verhältnisse vorlagen, welche – im Sinne des Beschlusses der Kammer vom 20. September 2010 (Urk. 8/107) – dazu geführt hätten, dass ein neues Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung zu bewilligen gewesen wäre, falls auch die weiteren Voraussetzungen noch immer bestanden hätten. Es wäre daher möglich gewesen, ein *neues* Gesuch bei der Vorinstanz zu stellen, wobei allerdings bei einer Gutheissung desselben der unentgeltliche Rechtsvertreter erst für Leistungen ab dem Datum der neuerlichen Gesuchseinreichung aus der Gerichtskasse zu honorieren gewe-

sen wäre (ZR 72 Nr. 19 E. 5; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 90 N 2; BGE 121 I 321 und 122 I 208).

Die Beschwerde wäre demnach abgewiesen worden. Infolgedessen rechtfertigt sich, die Prozesskosten der Erbschaft der Klägerin zu belasten.

3. Das Beschwerdeverfahren (im Sinne von Art. 121 i.V.m. Art. 319 ff. ZPO) gegen einen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege ist kostenpflichtig (BGE 137 III 470). Die Klägerin hatte für das Beschwerdeverfahren nicht explizit um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht; ein entsprechendes Gesuch hätte aber ohnehin infolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde abgewiesen werden müssen resp. wäre nun ebenfalls hinfällig. Es sind daher zweitinstanzliche Gerichtskosten im Umfang von Fr. 800.– (§ 12 i.V.m. § 9 Abs. 1 GebV OG) zu erheben.

Die Beschwerdegegner haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die Erarbeitung der Beschwerdeantwort (Urk. 9; Art. 105 Abs. 2 Satz 1 und Art. 106 Abs. 1 ZPO, § 11 Abs. 1 AnwGebV). Ausgehend von einem Streitwert von ca. Fr. 5'000.– und in Anwendung von § 13 Abs. 4 i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV rechtfertigt sich eine Parteientschädigung von Fr. 300.–, welche aus der Erbschaft der Klägerin an die Beklagten zu bezahlen ist (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Mangels eines entsprechenden Antrags ist diesbezüglich von einem Mehrwertsteuerzuschlag abzusehen (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1).

## V.

Da die Vollmacht, welche die Klägerin Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ ausgestellt hat, ausdrücklich über ihren Tod hinaus gegeben wurde (Urk. 12), wurde er zum Bevollmächtigten der Erben (ZR 97 Nr. 24 E. 6c). Entsprechend ist ihm aufzugeben, den Erben der Klägerin diesen Entscheid mitzuteilen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Beschwerdeverfahren wird beschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Erbschaft der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Den Beschwerdegegnern ist aus der Erbschaft der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von total Fr. 300.– für das Beschwerdeverfahren zu bezahlen.
5. Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ wird aufgegeben, den Erben der Beschwerdeführerin diesen Entscheid zur Kenntnis zu bringen.
6. Schriftliche Mitteilung
  - an die Parteien bzw. deren Vertreter,
  - an Rechtsanwalt lic. iur. V.\_\_\_\_\_, ..., [Adresse]
  - an Rechtsanwalt lic. iur. W.\_\_\_\_\_, c/o ... [Adresse], sowie
  - an das Bezirksgericht Meilen,je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen mit separater Post sofort an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit (mutmassliche Anwaltskosten). Der Streitwert beträgt ca. Fr. 5'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.  
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 18. April 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. K. Vogel

versandt am:  
mc