Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: LH110003-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin MLaw A. Schmoker.

Urteil vom 13. Oktober 2011

in Sachen

A._____
Berufungskläger und Revisionskläger

vertreten durch B._____

betreffend **Revision des Beschlusses vom 16. September 2011 / Beschwerde gegen den Beistandschaft-Schlussbericht für die Zeit vom 1. November 2010 bis 31. Januar 2011**

Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksrates Horgen vom 13. Juli 2011; VO.2011.178 (Vormundschaftsbehörde C._____)

Erwägungen:

1. Mit Beschluss vom 16. September 2011 ist das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, auf die Berufung von A._____, vertreten durch B._____, gegen den Beschluss des Bezirksrates Horgen vom 13. Juli 2011 nicht eingetreten. Dies, weil das Original der Berufungsschrift trotz entsprechender Aufforderung nicht mit einer Unterschrift versehen an das Gericht retourniert und zudem die Berufung verspätet erhoben worden war (act. 4 S. 2 f.). Nur der Vollständigkeit halber wurde im Beschluss erwogen, dass selbst bei einem Eintreten auf die Berufung diese abzuweisen gewesen wäre (act. 4 S. 4 f.). Dieser Beschluss wurde von B._____ am 27. September 2011 entgegengenommen (act. 5/14/1). Die Beschwerdefrist an das Bundesgericht läuft damit am 27. Oktober 2011 ab (vgl. dazu die beigezogenen Akten NQ110036 als act. 5/1-14).

2. Mit einer mit "Rückweisungsantrag Beschluss 16.09.2011" betitelten Eingabe vom 3. Oktober 2011, hier eingegangen am 6. Oktober 2011, verlangt B._____, der Beschluss vom 16. September 2011 sei zu revidieren (act. 2 S. 2). Er macht geltend, das Obergericht sei vom Bezirksrat Horgen wissentlich und arglistig mit Falschaussagen getäuscht und informiert worden. Die Angelegenheit vor Bundesgericht zu ziehen, sehe er keine Veranlassung, ausserdem fehlten ihm dazu auch die finanziellen Mittel. Seiner Eingabe legte er u. a. den Originalbeschluss vom 16. September 2011 bei, welche den Vermerk trägt: "Rückweisung zur Revision! gem. ES. 3.10.11" (act. 3/11). Seine Eingabe ist als Revisionsgesuch entgegenzunehmen.

3. Die Revision ist ein ausserordentliches, subsidiäres Rechtsmittel. Art. 328 ZPO ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen die Neubeurteilung eines bereits (materiell) rechtskräftigen Entscheids durch jene Gerichtsinstanz, die den (letzten) Entscheid gefällt hat. Aufgrund ihrer subsidiären Natur steht die Revision nur zur Verfügung, wenn kein ordentliches Rechtsmittel mehr ergriffen werden kann (KUKO ZPO-Brunner, Art. 328 N 1; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 328 N 5; Ivo Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 328 N 3). Gegen den Beschluss vom 16. September 2011 steht die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht zur Verfü-

gung, wobei, wie bereits erwähnt, die Rechtsmittelfrist noch nicht abgelaufen ist. Ob die Beschwerde in Zivilsachen ein ordentliches oder ein ausserordentliches Rechtsmittel sei, ist umstritten. Die Vollstreckung hemmt sie allerdings nur ausnahmsweise, nämlich wenn sie sich gegen ein Gestaltungsurteil richtet oder ihr aufschiebende Wirkung erteilt wird (Kathrin Klett/Elisabeth Escher, BSK BBG, Art. 72 N 1). Steht aber gegen einen Entscheid - wie vorliegend gegen den Beschluss vom 16. September 2011 - kein Rechtsmittel mit gesetzlicher Suspensivwirkung zur Verfügung, so wird er mit der Eröffnung rechtskräftig und vollstreckbar (ZK ZPO-Staehelin, Art. 239 N 34 und Art. 336 N 13). B._____ hat zudem erklärt, auf eine Beschwerde ans Bundesgericht verzichten zu wollen. Es ist damit davon auszugehen, dass der Beschluss vom 16. September 2011 rechtskräftig ist. Das Revisionsgesuch wurde ferner innert der Frist des Art. 329 Abs. 1 ZPO eingereicht. Unter diesen Aspekten ist auf das Gesuch einzutreten.

4. Unklar erscheint, ob das Revisionsgesuch vom 3. Oktober 2011 von B._____ in eigenem Namen eingereicht wurde, oder ob er als Vertreter seines Sohnes A._____ handeln will. Im Gesuch verwendet B._____ allein die "Ich-Form". Ein ausdrücklicher Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis fehlt, und es wurde auch keine entsprechende Vollmacht eingereicht.

Die Aktivlegitimation zur Revision setzt voraus, dass sich die Partei am früheren Verfahren beteiligt hat, d.h. als Klage- oder Beklagtenpartei aufgetreten ist. Zudem ist wie bei allen Rechtsmitteln ein rechtlich geschütztes Interesse (sog. Beschwer) vorausgesetzt (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 328 N 9; Ivo Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 328 N 16). Am Verfahren, das zum Beschluss vom 16. September 2011 führte, war B._____ nicht als Partei, sondern nach eigenen Angaben als Vertreter seines Sohnes A._____ beteiligt. Es fehlte ihm daher neben dem rechtlich geschützten Interesse an der Aktivlegitimation zur Revision, weshalb ein in seinem Namen gestelltes Revisionsgesuch ohne weiteres abzuweisen wäre.

Selbst wenn B._____ aber das Revisionsgesuch als Vertreter von A._____ gestellt hat, wovon vorliegend auszugehen ist, weil das Revisionsgesuch u.a. auch damit begründet wird, der Beschwerde an den Bezirksrat Horgen sei auch die

Vollmacht von A._____ beigelegt worden (act. 2 S. 1), ist dieses, wie nachfolgend zu zeigen ist, sofort als offensichtlich unbegründet abzuweisen, weshalb es sich auch erübrigt, die fehlende Vollmacht nachzuverlangen. Ebenso kann von der Einholung einer Stellungnahme beim Bezirksrat Horgen abgesehen werden (Art. 330 ZPO) und ist zwecks Vermeidung weiterer Kosten von der Einholung eines Kostenvorschusses abzusehen.

5. Verfahrensabschliessende Prozessentscheide sind grundsätzlich revisionsfähig. Wird indes auf ein Rechtsmittel (wie im vorliegend in Frage stehenden Beschluss vom 16. September 2011) nicht eingetreten, so ist die Revision gegen diesen Rechtsmittelentscheid nur insoweit zulässig, als sich der Revisionsgrund auf den Nichteintretensentscheid als solchen bezieht (ZK ZPO-Freiburghaus/ Afheldt, Art. 328 N 6+7; BSK ZPO-Herzog, Art. 328 N 29).

Auf die Berufung gegen den Beschluss des Bezirksrates Horgen vom 13. Juli 2011 wurde mit Beschluss vom 16. September 2011 nicht eingetreten, weil - wie bereits ausgeführt - die Berufungsschrift nicht unterzeichnet war und der Mangel trotz entsprechender Aufforderung nicht behoben wurde, und insbesondere weil die Berufung verspätet eingereicht worden war (act. 4 S. 2 ff.), mithin wegen im Zeitpunkt der Entscheidfällung fehlenden Prozessvoraussetzungen. Revisionsgründe, die sich auf den Nichteintretensentscheid als solchen beziehen, bringt der Revisionskläger keine vor. Soweit er dazu einzig festhält, ihm werde unter Erwägung Pt. 2 (des Beschlusses vom 16. September 2011) vorgeworfen, er habe es versäumt, erneut eine Eingabe zu machen (act. 2 S. 2), ist weder behauptet noch ersichtlich, inwiefern dies unzutreffend sein sollte. Die Berufungsschrift vom 10. August 2011 war der Rechtsmittelinstanz ohne Unterschrift eingereicht worden, weshalb sie mit Verfügung vom 22. August 2011 dem Berufungskläger im Original zur Verbesserung des Mangels retourniert wurde, unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Berufung nicht eingetreten werde (act. 5/5). Die Verfügung wurde vom Berufungskläger am 29. August 2011 entgegen genommen (act. 6/1). Eine mit der Unterschrift versehene Berufungsschrift wurde in der Folge nicht wieder eingereicht. Dazu, dass die Berufung ferner verspätet erhoben wurde, äussert sich der Revisionskläger gar nicht. Als Revisionsgrund macht er viel-

mehr allein geltend, der Bezirksrat Horgen habe Falschaussagen gemacht, indem dieser behaupte, keine Vollmacht von A._____ erhalten zu haben bzw. den Rückzug der Beschwerde nur per Email erhalten zu haben, was unzutreffend sei (act. 2 S. 1). Damit bezieht er sich aber einzig auf die nur der Vollständigkeit halber gemachten (nicht entscheidrelevanten) Erwägungen der Kammer im Beschluss vom 16. September 2011 dazu, dass die Berufung auch abzuweisen gewesen wäre, wenn auf sie einzutreten gewesen wäre. Dem Nichteintretensentscheid vom 16. September 2011 haftet damit kein Revisionsgrund an, weshalb das Revisionsgesuch offensichtlich unbegründet und daher abzuweisen ist
(Art. 330 ZPO; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 330 N 5 f.; Ivo Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 330 N 12).

6. Nur der Klarheit halber ist festzuhalten, dass der Bezirksrat Horgen gegenüber der Rechtsmittelinstanz keine Aussagen gemacht hat, somit auch keine Falschaussagen. Die Erwägungen gemäss Ziffer 4 des Beschlusses vom 16. September 2011 gründen auf der Würdigung der Akten (act. 5/9/1-14) durch die Rechtsmittelinstanz.

Soweit der Revisionskläger in Aussicht stellt ("androht"), bei Ablehnung des Revisionsgesuches eine Strafanzeige wegen Falschaussage einzureichen, ist ihm - unter Inkaufnahme des Kostenrisikos - solches freigestellt.

7. Grundsätzlich hat die unterliegende Partei die Prozesskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Unnötige Prozesskosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO). So wird der im Prozess handelnde Vertreter ohne Vollmacht persönlich kostenpflichtig. Diese Folge kann auch eintreten bei krass fehlerhaften oder querulatorischen Prozesshandlungen des Vertreters (KUKO ZPO-Schmid, Art. 108 N 5). Einem Rechtsvertreter, der ein Rechtsmittel erhebt, das in guten Treuen nicht mehr als erfolgsversprechend bezeichnet werden kann, können Kosten auferlegt werden (ZK ZPO-Jenny, Art. 108 N 7; vgl. auch ZR 101 (2002) Nr. 1 E. 3b).

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind B._____ als Vertreter des Revisionsklägers aufzuerlegen. Er hat, ohne eine Vollmacht einzulegen, ein von vornherein of-

fensichtlich aussichtsloses Rechtsmittel ergriffen. Auch für den Fall, dass er das Revisionsgesuch in eigenem Namen gestellt hätte, wäre er unterliegende Partei und damit kostenpflichtig.

Es wird erkannt:

1. Das Revisionsbegehren wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 150.-- festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das Revisionsverfahren werden dem Vertreter des Revisionsklägers, B._____, auferlegt.

4. Schriftliche Mitteilung an den Revisionskläger, die Vormundschaftsbehörde C._____, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an den Bezirksrat Horgen, je gegen Empfangsschein.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw A. Schmoker

versandt am: