

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB180007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss vom 6. August 2018

in Sachen

A. _____,

Revisionskläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Revisionsbeklagte und Beschwerdegegnerinnen

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____

2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2. _____

betreffend **Erteilung (Revision)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,
1. Abteilung, vom 18. Januar 2018 (BR160009-L)**

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessverlauf

1.1. Die Parteien sind die Nachkommen und Erben der am tt.mm.2008 verstorbenen Erblasserin D._____ und des am tt.mm.2011 verstorbenen Erblassers E._____. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 11. August 2014 wurde der Nachlass festgestellt und die Erbteilung vorgenommen (Urk. 4/1).

1.2. Mit Eingabe vom 18. November 2016 (Poststempel vom 21. November 2016) reichte der Revisionskläger (Beschwerdeführer) beim Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung (Vorinstanz), ein Begehren um Revision dieses Urteils ein (Urk. 1). Die Revisionsbeklagte 1 (Beschwerdegegnerin 1) nahm dazu unter dem 6. März 2017 Stellung (Urk. 18). Die in Australien lebende Revisionsbeklagte 2 (Beschwerdegegnerin 2) äusserte sich nicht zum Revisionsgesuch. Mit Verfügung vom 11. Dezember 2017 (Urk. 35) beschränkte die Vorinstanz das Verfahren einstweilen auf "die Frage des Revisionsgesuchs (Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen der Revision)". Zugleich setzte sie dem Revisionskläger Frist an, um sich zur gegnerischen Stellungnahme vom 6. März 2017 zu äussern, was er mit Eingabe vom 11. Januar 2018 tat (Urk. 38). Am 18. Januar 2018 beschloss die Vorinstanz, auf das Revisionsbegehren nicht einzutreten, weil der Revisionskläger dessen Rechtzeitigkeit nicht nachgewiesen habe (Urk. 40 = Urk. 48).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob der Revisionskläger mit Eingabe vom 8. Februar 2018 Beschwerde mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf die Revision einzutreten (Urk. 47 S. 2). Mit Verfügung vom 12. Februar 2018 wurde dem Revisionskläger für das Beschwerdeverfahren ein Kostenvorschuss von Fr. 4'300.– auferlegt (Urk. 51), der am 21. Februar 2018 einging (Urk. 52). Die fristwährend erstattete Beschwerdeantwort der Revisionsbeklagten 1 mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Beschlusses datiert vom 18. April 2018 (Urk. 57; s.a. Urk. 53 und Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO). Sie wurde dem Revisi-

onskläger und der Revisionsbeklagten 2 mit Verfügung vom 20. April 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 58). Die Revisionsbeklagte 2, der die fristansetzende Verfügung durch Publikation im Amtsblatt eröffnet wurde (Urk. 53 S. 2 Disp.-Ziff. 3 und Anhang), reichte innert Frist keine Beschwerdeantwort ein. In der Folge ersuchte sie mit undatiertes, persönlich verfasster und sowohl per Fax als auch postalisch übermittelter Eingabe darum, ihr "nochmals Gelegenheit zu geben", zum Vorbringen der beiden anderen Parteien Stellung zu nehmen (Urk. 62 und Urk. 63). Mit Eingaben vom 23. Mai 2018 (Urk. 64) und vom 15. Juni 2018 (Urk. 67) liess die nunmehr anwaltlich vertretene Revisionsbeklagte 2 alsdann formell beantragen, ihr die Frist zur Beantwortung der Beschwerde (neu) anzusetzen oder – eventualiter – wiederherzustellen. Diese Anträge wurden mit Beschluss vom 25. Juni 2018 abgewiesen (Hauptantrag) bzw. durch Nichteintreten (Eventualantrag) erledigt (Urk. 70). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben sind nicht erfolgt.

2. Prozessuales

2.1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Entscheids ist im Gesetz ausdrücklich statuiert (Art. 332 ZPO). Der Revisionskläger ist durch den Nichteintretensentscheid beschwert, die Beschwerde wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 ZPO; Urk. 42 und Urk. 43) und der einverlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 51 und Urk. 52). Unter Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu nachstehende E. 2.2) ist auf die Beschwerde einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

2.2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat die beschwerdeführende Partei in ihrer schriftlichen Beschwerdebegründung (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) inhaltlich auf die Erwägungen der Vorinstanz Bezug zu nehmen und mittels Verweisungen auf konkrete Stellen in den vorinstanzlichen Akten hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft

zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Die blosser Verweisung auf die Ausführungen vor Vorinstanz oder deren blosser Wiederholung genügen nicht. Es bedarf einer argumentativen Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeantwort der Revisionsbeklagten 1 (Urk. 57 S. 5 Ziff. 12) gilt allerdings nicht "das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG". Diese Vorschrift betrifft (nur) das Verfahren vor Bundesgericht. Die für die kantonale Beschwerdeinstanz einschlägigen Bestimmungen der ZPO (insbes. Art. 319 ff. ZPO) enthalten keine entsprechende Vorschrift.

Was in der Beschwerde nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest, soweit ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.). Diese betrifft indessen nur das Vorliegen allfälliger Mängel selbst, nicht auch deren rechtliche Subsumtion. Letztere ist von Amtes wegen vorzunehmen, und eine unzutreffende rechtliche Einordnung der beanstandeten Mängel schadet der beschwerdeführenden Partei nicht. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.).

2.3. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; ZK ZPO-Freiburg/Afheldt, Art. 326 N 4). Eine Ausnahme besteht in Analogie zu

Art. 99 Abs. 1 BGG immerhin für (unechte) Noven, die vorzubringen erst der Entscheidung der Vorinstanz Anlass gibt (BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471; BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

3. Materielles

3.1. Gegenstand der Beschwerde

Gegenstand der Beschwerde bildet (einzig) die Frage, ob das Revisionsgesuch rechtzeitig gestellt wurde bzw. ob die Vorinstanz aufgrund der ihr vorliegenden Akten davon ausgehen durfte, der Revisionskläger habe den Nachweis rechtzeitiger Gesuchstellung nicht erbracht. Die weiteren Voraussetzungen für eine Revision des Urteils vom 11. August 2014 bilden weder Thema des angefochtenen Entscheids noch des Beschwerdeverfahrens.

3.2. Parteistandpunkte und Entscheid der Vorinstanz

3.2.1. Der Revisionskläger hatte in seinem Revisionsgesuch ausgeführt, anfangs September 2016 einen am 23. August 2016 zur Post gegebenen Brief aus Australien mit unbekanntem Absender erhalten zu haben. Darin hätten sich diverse Bankunterlagen der Erblasserin und der Revisionsbeklagten 1 befunden, aus denen hervorgehe, dass zu Lebzeiten der Erblasserin zusätzliche, ihm im Zeitpunkt des Urteils über die Erbteilung noch nicht bekannte und fälschlicherweise unberücksichtigt gebliebene ausgleichspflichtige Zuwendungen erfolgt seien. Erst aufgrund dieser Unterlagen habe er den geltend gemachten Revisionsgrund von Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO entdeckt. Mit seiner Eingabe vom 18. November 2016 sei die Frist gemäss Art. 329 Abs. 1 ZPO somit gewahrt (Urk. 1 S. 4 f. Rz 5 und S. 12 f. Rz 17 m.Hinw. auf Urk. 4/2). An dieser Darstellung hält der Revisionskläger in der Beschwerde fest (vgl. Urk. 47 S. 2 ff. Ziff. 1 ff.).

3.2.2. Die Revisionsbeklagte 1 stellte den geltend gemachten Revisionsgrund als solchen nicht in Abrede (Urk. 18 S. 3 Rz 5). Sie bestritt jedoch, dass das Revisionsgesuch innert der 90-tägigen Frist gemäss Art. 329 Abs. 1 ZPO eingereicht worden sei. Insbesondere bestritt sie die Behauptung, wonach der Revi-

sionskläger erst im September 2016 vom Revisionsgrund Kenntnis erhalten habe, nachdem die Revisionsbeklagte 2 – wie Nachforschungen der Revisionsbeklagten 1 ergeben hätten – bereits seit September 2013 im Besitz der fraglichen Unterlagen gewesen sei. Vielmehr müsse angenommen werden, dass die Revisionsbeklagte 2 den Revisionskläger bereits wesentlich früher und auf dem naheliegendsten Weg, nämlich per E-Mail mit beigefügten Scan-Kopien der Bankdokumente, orientiert habe. Entsprechend bestritt die Revisionsbeklagte 1, dass der Revisionskläger (erst) durch die Postsendung vom 23. August 2016 in den Besitz der neuen Bankunterlagen gelangt sei. Der Briefversand könne höchstens den Zweck gehabt haben, dem Revisionskläger nachträglich einen im Prozess verwertbaren Beleg für den angeblichen Zeitpunkt der Kenntnisnahme zu verschaffen, nicht aber, ihn erstmals über die neuen Tatsachen zu informieren. Es liege wesentlich näher, dass die relevanten Kontakte zwischen dem Revisionskläger und der Revisionsbeklagten 2 sowie die Überlassung der Bankunterlagen in der zweiten Hälfte des Jahres 2014 stattgefunden hätten. Ferner bestritt die Revisionsbeklagte 1, dass die betreffenden Bankunterlagen dem Revisionskläger tatsächlich mit der Postsendung vom 23. August 2016 zugestellt worden seien. Gemäss aufgeklebter Briefmarke habe der Umschlag nämlich ein Gesamtgewicht von 382 Gramm gehabt. Die vom Revisionskläger ins Recht gereichten Bankunterlagen hätten jedoch lediglich ein Gewicht von ca. 110 Gramm. Die Darstellung des Revisionsklägers erweise sich somit nicht nur bezüglich des Übermittlungswegs, sondern auch bezüglich des Inhalts der Postsendung als nicht glaubwürdig (Urk. 18 S. 3 ff. Rz 6 ff.).

Diesen Einwänden hielt der Revisionskläger in seiner Stellungnahme vom 11. Januar 2018 im Wesentlichen lediglich entgegen, dass die Revisionsbeklagte 1 für ihre Darstellung, wonach er schon vor der Postsendung über die fraglichen Unterlagen verfügt habe, keine Beweise vorgelegt habe. Die (Gegen-)Behauptungen der Revisionsbeklagten 1 würden vollumfänglich bestritten (Urk. 38 S. 3 f. Ziff. 6).

3.2.3. Die Vorinstanz führte zusammengefasst aus, dass der Revisionskläger die Behauptungs- und Beweislast für die Wahrung der Gesuchsfrist trage. Die

Rechtzeitigkeit des Revisionsgesuchs sei nicht nur glaubhaft zu machen, sondern nachzuweisen. Dem Revisionsbeklagten stehe der Gegenbeweis offen. Dieser diene dazu, Zweifel des Gerichts an der Wahrheit der tatsächlichen Behauptung der beweisbelasteten Partei zu wecken und damit den Hauptbeweis zu erschüttern. Er gelinge bereits mit einer solchen Erschütterung des Hauptbeweises und nicht erst, wenn das Gericht von der Richtigkeit der gegnerischen Darstellung überzeugt sei (Urk. 48 S. 11 E. III.2.1).

Der Revisionskläger behaupte, erstmals Anfang September 2016 vom Konto der Revisionsbeklagten 1 bei der Liechtensteinischen Landesbank (LLB) und vom Transfer von Geldern der Erblasserin auf dieses Konto erfahren zu haben, als ihm die Bankunterlagen (Urk. 4/6/1-9 und Urk. 4/7/1-3) per Post zugestellt worden seien. Als Beweis verweise er auf einen an ihn adressierten Briefumschlag, dem zu entnehmen sei, dass die Sendung am 23. August 2016 im "F. _____ Post Shop" in Australien aufgegeben worden sei und 382 Gramm gewogen habe (Urk. 4/2). Hiervon ausgehend wäre mit Einreichung des am 21. November 2016 zur Post gegebenen Revisionsgesuchs die Revisionsfrist von 90 Tagen gewahrt. (Urk. 48 S. 12 E. III.2.2). Allein aus dem Zuwarten der Revisionsbeklagten 2 und dem gewählten Übermittlungsweg (Briefpost) lasse sich noch nicht schliessen, dass der Revisionskläger die Bankunterlagen bereits früher erhalten haben müsse. Demgegenüber sei der (berechtigte) Einwand der Revisionsbeklagten 1, die ins Recht gereichten Bankunterlagen wögen lediglich rund 110 Gramm, während die Sendung ein Gewicht von 382 Gramm aufgewiesen habe, geeignet, beim Gericht erhebliche Zweifel an der klägerischen Darstellung betreffend Kenntnis der Unterlagen bzw. des Revisionsgrundes zu wecken und den Hauptbeweis zu erschüttern. Tatsächlich lasse dies darauf schliessen, dass der Revisionskläger die Bankunterlagen wohl nicht mit der betreffenden, am 23. August 2016 in Australien aufgegebenen Postsendung erhalten habe. Es hätte am Revisionskläger gelegen, hierzu Stellung zu nehmen und zu begründen, dass und warum der beklagtische Einwand zu Unrecht erfolgt sei, und so die Zweifel des Gerichts zu zerstreuen. Der Revisionskläger sei aber auf die Einwendungen der Revisionsbeklagten 1 nicht eingegangen, sondern habe es dabei belassen, diese pauschal zu bestreiten und festzuhalten, "mit Urkunden glaubhaft bewiesen [zu haben], dass er erst

durch den Brief Kenntnis von den Unterlagen" gehabt habe (Urk. 38 S. 3 f.). Damit sei er seiner Behauptungs- und Beweisführungsobliegenheit nicht nachgekommen und habe als objektiv beweisbelastete Partei die Folgen zu tragen. Es sei deshalb davon auszugehen, dass der Revisionskläger von den Bankunterlagen und damit vom Revisionsgrund nicht (erst) aufgrund der am 23. August 2016 aufgegebenen Postsendung (Urk. 4/2) Kenntnis erlangt und entsprechend die Frist von 90 Tagen zur Einreichung des Revisionsgesuchs nicht eingehalten habe (Urk. 48 S. 12 f. E. III.2.3.1-2.4).

3.3. Unzulässige Noven

3.3.1. Der Revisionskläger stützt sich zur Begründung der Beschwerde teilweise auf erstmals im Beschwerdeverfahren vorgetragene Behauptungen und Beweismittel. So bringt er neu vor, die Revisionsbeklagte 2 habe mittlerweile bestätigt, dass er vor dem 23. August 2016 keine Kenntnis von den als Revisionsgrund dienenden Bankunterlagen gehabt habe, und er reicht dazu eine E-Mail und eine schriftliche Erklärung der Revisionsbeklagten 2 vom 5. Februar 2018 ein. Ferner bringt er unter Beilage zweier E-Mails der G. _____ AG neu vor, dass er im Jahre 2014 erfolglos versucht habe, seine Forderung gegenüber der nicht auffindbaren Revisionsbeklagten 2 geltend zu machen (Urk. 47 S. 6 Ziff. 5 und S. 8 Ziff. 7; Urk. 50/1-4). Schliesslich macht er geltend, es sei gerichtsnotorisch, dass ein Anwalt nur diejenigen Akten einreiche, die er "für beweistauglich und sinnvoll" halte, weshalb das Argument der unterschiedlichen Gewichte der Postsendung einerseits und der ins Recht gereichten Bankunterlagen andererseits nicht verfolge (Urk. 47 S. 4).

3.3.2. Diese Noven sind unzulässig. Entgegen der Ansicht des Revisionsklägers (Urk. 47 S. 8 f. Ziff. 7) handelt es sich nicht um Behauptungen und Beweise, zu denen erst der angefochtene Entscheid Anlass gab. Die von der Revisionsbeklagten 1 bestrittene Rechtzeitigkeit des Revisionsgesuchs war *das* zentrale Thema des vorinstanzlichen Verfahrens und der Revisionskläger hierfür beweisbelastet. Er hätte diesbezügliche Behauptungen und Beweise deshalb mit seiner Stellungnahme vom 11. Januar 2018 (Urk. 38) vorbringen können und zur Wahrung seiner prozessualen Sorgfalt auch vorbringen müssen. Die formelle Fristan-

setzung vom 11. Dezember 2017 diene ja gerade dazu, sich zu den Einwänden der Revisionsbeklagten 1 bezüglich Fristeinhaltung zu äussern (vgl. Urk. 35 S. 3 f. Disp.-Ziff. 2). Ob diese Einwände genügend substantiiert und (gegen)beweistauglich waren, um den vom Revisionskläger zu erbringenden Hauptbeweis zu erschüttern (was der Revisionskläger in Abrede stellt; vgl. Urk. 47 S. 3 ff. Ziff. 2 f. und S. 9), ist eine Frage der Beweiswürdigung, nicht der Behauptungs- und Beweisobliegenheit und unter novenrechtlichem Aspekt deshalb belanglos.

3.4. Verletzung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime

3.4.1. Eine Partei kann beim Gericht, welches als letzte Instanz in der Sache entschieden hat, die Revision eines rechtskräftigen Entscheids verlangen, wenn sie nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel findet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte; ausgeschlossen sind Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Entscheid entstanden sind (Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO). Das Revisionsgesuch ist innert 90 Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrundes schriftlich und begründet einzureichen (Art. 329 Abs. 1 ZPO [relative Frist]; die absolute Frist gemäss Art. 329 Abs. 2 ZPO interessiert vorliegend nicht weiter). Die Revision stellt ein ausserordentliches Rechtsmittel dar (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Vor Art. 308-334 N 43; BK ZPO II-Sterchi, Vorbem. zu Art. 308 N 12; KUKO ZPO-Brunner, Art. 328 N 1). Bei der 90-tägigen Gesuchsfrist handelt es sich um eine gesetzliche Verwirkungsfrist (BGer 4A_421/2014 vom 10. März 2015, E. 3.2) und zugleich um eine Rechtsmittelfrist. Deren Wahrung stellt eine Rechtsmittelvoraussetzung dar und ist als solche von Amtes wegen zu prüfen (vgl. BK ZPO II-Sterchi, Vorbem. zu Art. 308 N 15, N 15b und N 17; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Vor Art. 308-334 N 70 f. und N 77; BSK ZPO-Spühler, Vor Art. 308-334 N 11; Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 329 N 5; Hurni, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2018, Rz 714 und Rz 720 m.w.Hinw.; s.a. Art. 60 ZPO). Insoweit gilt die Oficialmaxime (vgl. KUKO ZPO-Domej, Art. 60 N 1). Wurde das Gesuch verspätet gestellt, ist darauf nicht einzutreten (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Vor Art. 308-334 N 77; BSK ZPO-Herzog, Art. 329 N 3).

3.4.2. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 48 S. 11 E. III.2.1), trägt der Revisionskläger die Behauptungs- und Beweislast für die Wahrung der Gesuchsfrist (BK-Walter, Art. 8 ZGB N 47 und N 268; BSK ZGB I-Lardelli, Art. 8 N 41a; BK ZPO I-Sterchi, Art. 329 N 4). Der Revisionskläger hat den genauen Zeitpunkt des "Entdeckens" darzutun und so weit als möglich zu belegen (BK ZPO I-Sterchi, Art. 329 N 4; BSK ZPO-Herzog, Art. 329 N 13; Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 329 N 4). Die Rechtzeitigkeit ist nicht nur glaubhaft zu machen, sondern nachzuweisen (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 329 N 3; BSK ZPO-Herzog, Art. 329 N 13; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkomentar, Art. 329 N 4). Dem Revisionsbeklagten steht der Gegenbeweis offen. Dieser ist bereits dann erbracht, wenn beim Gericht ernsthafte und unüberwindbare Zweifel an der Wahrheit der Sachdarstellung des Revisionsklägers geweckt werden und der Hauptbeweis dadurch erschüttert wird. Hingegen setzt das Gelingen des Gegenbeweises nicht den Beweis einer eigenen, abweichenden Sachdarstellung des Revisionsbeklagten voraus (vgl. BK-Walter, Art. 8 ZGB N 66 f.; BGE 130 III 321 E. 3.4 S. 326; BGE 120 II 393 E. 4.b S. 397). Bleibt die Rechtzeitigkeit des Gesuchs beweislos, hat der Revisionskläger die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen; das Gesuch gilt als verspätet gestellt.

Die Vorinstanz hat sich bei ihrem Entscheid an diese Grundsätze gehalten (Urk. 48 S. 11 ff. E. III.2.1-2.4). Soweit der Revisionskläger ihr sinngemäss eine Verletzung der Regeln über die Behauptungs-, Bestreitungs- und Beweislast (Art. 8 ZGB) vorwirft (vgl. Urk. 47 S. 3 Ziff. 2, S. 8 Ziff. 6), ist die Beschwerde unbegründet.

3.4.3. Von der Behauptungs- und Beweislast zu unterscheiden ist die Frage, wer den fristrechtlich relevanten Sachverhalt zu ermitteln resp. zu erstellen hat. Nach herrschender Auffassung gilt für die Ermittlung derjenigen Tatsachen, die für das Vorliegen der Prozess- und mithin auch der Rechtsmittelvoraussetzungen massgeblich sind, die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (Hurni, a.a.O., Rz 722 ff.; BK ZPO I-Zingg, Art. 60 N 4; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 153 N 3; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 47; KUKO ZPO-Domej, Art. 60 N 5; ZK ZPO-Zürcher, Art. 60 N 4 m.w.Hinw.; s.a. ZK ZPO-Sutter-Somm/Schrank, Art. 55 N 71;

BSK ZPO-Gehri, Art. 60 N 3 und N 10). Zwar ist es auch unter deren Herrschaft primär Sache der Parteien, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen (vgl. Art. 160 Abs. 1 ZPO). Die Parteien tragen mithin auch in diesem Bereich die (Haupt-)Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung (vgl. BGE 139 III 278 E. 4.3 S. 281 f.). Im Unterschied zur Verhandlungsmaxime, in deren Geltungsbereich sie die wesentlichen Tatsachen substantiiert zu behaupten und mit rechtsgenügenden Beweisofferten zu versehen haben (Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO; Prinzip der Beweisverbindung) und wo unter Vorbehalt von Art. 153 Abs. 2 ZPO nur prozessual korrekt anbotene Beweise zu prozessrechtskonform behaupteten (strittigen und rechtserheblichen) Tatsachen abgenommen werden müssen (Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO), ist das Gericht im Rahmen der eingeschränkten Untersuchungsmaxime – besonders im Zusammenhang mit der Prüfung der Prozess- und Rechtsmittelvoraussetzungen – aber verpflichtet, konkreten Hinweisen zum entscheidewesentlichen Sachverhalt von Amtes wegen nachzugehen und verfügbare (taugliche) Beweise zu erheben, auch wenn solche prozessual mangelhaft, z.B. verspätet oder formell ungenügend offeriert wurden (vgl. Art. 55 Abs. 2 und Art. 153 Abs. 1 ZPO; ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 153 N 5 f.; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 153 N 3 f. und N 6; Schenker, Stämpflis Handkommentar, ZPO 55 N 20; s.a. Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, Art. 153 N 3; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 49; OFK ZPO-Morf, Art. 60 N 3). Das folgt aus dem Wesen der Untersuchungsmaxime. Nötigenfalls hat das Gericht die Parteien durch geeignete Fragen anzuhalten, die notwendigen Angaben zu machen und die entsprechenden Beweismittel zu bezeichnen (vgl. BGer 4A_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 7.1.2).

3.4.4. Der Revisionskläger hat die notwendigen tatsächlichen Behauptungen zur Fristwahrung im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen (Urk. 1 S. 4 f. Rz 5, S. 12 f. Rz 17; Urk. 38 S. 2 ff. Ziff. 5 f.). Insoweit ist er seiner Begründungs- und Mitwirkungspflicht grundsätzlich nachgekommen. Die Vorinstanz warf ihm jedoch vor, die dem Gegenbeweis dienenden Einwände der Revisionsbeklagten 1 gegen seine Sachdarstellung nur pauschal bestritten und lediglich festgehalten zu haben, "mit Urkunden glaubhaft bewiesen [zu haben], dass er erst durch den Brief

Kenntnis von den Unterlagen hatte". Damit sei er seiner Behauptungs- und Beweisführungslast nicht nachgekommen und habe er als objektiv beweisbelastete Partei die Folgen zu tragen (Urk. 48 S. 13 E. III.2.3.3 m.Hinw. auf Urk. 38 S. 3 f.).

3.4.5. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift nahm die Vorinstanz in ihrem Entscheid in tatsächlicher Hinsicht keineswegs an, es sei "erstellt" oder "schlüssig bewiesen" bzw. es sei "zwingend zu schliessen" oder "müsse zwingend davon ausgegangen werden", dass der Revisionskläger nicht erst aufgrund der im August 2016 aufgegebenen Postsendung (Urk. 4/2), sondern schon früher Kenntnis von den Bankunterlagen und somit auch vom Revisionsgrund erlangt habe (vgl. Urk. 47 S. 2 f. Ziff. 1, S. 4 f. Ziff. 3, S. 6 Ziff. 4 a.E., S. 7 Ziff. 6). Vielmehr ging sie in Würdigung der aktenkundigen Beweise lediglich davon aus, der Revisionsbeklagten 1 sei es mit ihren Einwänden im Sinne des ihr offenstehenden Gegenbeweises gelungen, die Überzeugungskraft des klägerischen Hauptbeweismittels (Briefumschlag) zu erschüttern (vgl. Urk. 48 S. 13 E. III.2.3.3), womit die Sachdarstellung des Revisionsklägers zur Rechtzeitigkeit seines Gesuchs beweislos bleibe und – als Folge der Beweislastverteilung – davon auszugehen sei, dass er nicht erst durch die Postsendung vom August 2016 vom Revisionsgrund Kenntnis erlangt habe (was im Ergebnis allerdings nichts am Nichteintreten auf das Gesuch ändert). Soweit der Revisionskläger rügt, die Vorinstanz habe – im Sinne des Beschwerdegrundes von Art. 320 lit. b ZPO – in willkürlicher Weise als bewiesen erachtet, dass er schon vor September 2016 Kenntnis vom Revisionsgrund erlangt habe, geht die Beschwerde somit an der Sache vorbei.

3.4.6. Weiter macht der Revisionskläger beschwerdeweise geltend, er habe in seiner Stellungnahme vom 11. Januar 2018 zum Beweis seiner Behauptung, erst durch die Postsendung vom August 2016 Kenntnis vom Revisionsgrund erhalten zu haben, die Befragung der Revisionsbeklagten 2 anboten. Diesen Beweis habe die Vorinstanz in Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht abgenommen. Seiner Meinung nach hätte ihm Gelegeheit geboten werden müssen, den beantragten Beweis zu erbringen (Urk. 47 S. 5 f. Ziff. 4 [m.Hinw. auf Urk. 38 S. 3], S. 7 Ziff. 6). Die Revisionsbeklagte 1 hält diese Rüge für unbegrün-

det. Sie ist der Auffassung, der Revisionskläger habe vor Vorinstanz keinen Beweisantrag auf Befragung seiner Schwester, der Revisionsbeklagten 2, zum Zeitpunkt seiner erstmaligen Kenntnis der Bankunterlagen gestellt (Urk. 57 S. 7 Ziff. 16 f.).

In seiner Stellungnahme vom 11. Januar 2018 führte der Revisionskläger mit Bezug auf die von der Revisionsbeklagten 1 erhobenen Einwände gegen die Rechtzeitigkeit des Revisionsgesuchs vor Vorinstanz aus (Urk. 38 S. 3 unten):

"Die Behauptungen, der Kläger [= Revisionskläger] habe diese Unterlagen schon früher als geltend gemacht (also vor dem 23. August 2016) gehabt[,] werden vollumfänglich bestritten. Die Beklagte 1 [= Revisionsbeklagte 1] sucht offensichtlich Gründe, damit diese Revision nicht durchgeführt wird. Die Beklagte 2 [= Revisionsbeklagte 2] kann darüber ja Auskunft geben, sie ist ja auch Partei des Verfahrens und hat ein finanzielles Interesse, dass die Revision durchgeführt wird."

Es erscheint in der Tat fraglich, ob der Revisionskläger damit sinngemäss einen rechtsgenügenden Beweisantrag auf Befragung der Revisionsbeklagten 2 zur Frage gestellt hat, ob er schon vor der Postsendung vom 23. August 2016 von den betreffenden Bankunterlagen Kenntnis erlangt habe. Bejahendenfalls hätte die Vorinstanz mit dem Verzicht auf Abnahme des anbotenen Beweises sein Recht auf Beweis (Art. 152 Abs. 1 ZPO) und seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) verletzt. Ob ein prozessrechtskonformer Beweisantrag vorliegt, kann letztlich aber offenbleiben:

Im Gesamtkontext kann der Hinweis des Revisionsklägers, die Revisionsbeklagte 2, von der die fragliche Postsendung offensichtlich stammte, könne "darüber" ja Auskunft geben, nämlich nur so verstanden werden, dass mit "darüber" nicht das Verhalten der Revisionsbeklagten 1 (vgl. Urk. 57 S. 7 Ziff. 16 f.), sondern die strittige Tatsachenbehauptung gemeint ist, wonach der Revisionskläger die Bankunterlagen schon früher, als von ihm geltend gemacht, gekannt habe. Diese entscheidrelevante Tatsache unterliegt der eingeschränkten Untersuchungsmaxime. Sie war daher gemäss den vorstehend dargelegten Grundsätzen von Amtes wegen zu erstellen (vgl. vorne, E. 3.4.3). Hierfür hätte die Vorinstanz dem im Grundsatz durchaus beweistauglichen Hinweis des Revisionsklägers, wonach die Revisionsbeklagte 2 Auskunft zum Zeitpunkt seiner Kenntnisnahme

vom Revisionsgrund geben könne, von sich aus nachgehen und auch ohne formell genügenden Beweisantrag weitere Abklärungen treffen, insbesondere die Befragung der Revisionsbeklagten 2 im Sinne von Art. 191 f. ZPO in die Wege leiten müssen. Notwendigenfalls wären mit Blick auf die Vornahme der hierfür erforderlichen Prozesshandlungen vom Revisionskläger zuvor nähere Angaben zur Erreichbarkeit der Revisionsbeklagten 2 einzuholen gewesen. Die Vorinstanz unterliess indessen jedwelche Weiterungen zur beweismässigen Erstellung des Sachverhalts, insbesondere auch den Versuch, die Revisionsbeklagte 2 zu befragen. Anhaltspunkte dafür, dass aufgrund einer (wohl unzulässigen) antizipierten Beweiswürdigung auf die Abnahme dieses Beweises verzichtet wurde, bestehen nicht. Stattdessen ging die Vorinstanz – prozessual verfrüht – davon aus, der Beweis der Rechtzeitigkeit sei misslungen, und sie erachtete das Revisionsgesuch im Sinne der Beweislastverteilung als verspätet gestellt. Mit diesem Vorgehen hat sie ihre Pflicht, den für die Beurteilung der Rechtsmittelvoraussetzungen relevanten Sachverhalt von Amtes wegen zu erstellen (Art. 60 ZPO), bzw. die diesbezüglich geltende Untersuchungsmaxime verletzt. Insoweit beruht der angefochtene Entscheid auf einer unrichtigen Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO). Die Beschwerde ist begründet und der vorinstanzliche Beschluss aufzuheben. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren in der Beschwerde erhobenen Rügen einzugehen.

3.5. Rückweisung an die Vorinstanz

Heisst die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde gut, fällt sie den neuen Entscheid selber, wenn die Sache spruchreif ist; andernfalls weist sie die Sache an die Vorinstanz zurück (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Vorliegend fehlt es an der Spruchreife, ist vor der neuen Entschaidfällung doch noch ein zusätzlicher Beweis zur Frage der Wahrung der relativen Gesuchsfrist (Art. 329 Abs. 1 ZPO) abzunehmen. Insofern bedarf es noch einer weiteren Prozesshandlung (vgl. Reich, Stämpflis Handkommentar, ZPO 327 N 4). Die Sache ist deshalb zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Bei diesem Verfahrensausgang (Rückweisung) rechtfertigt es sich, lediglich eine Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren festzusetzen und die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten (einschliesslich der Kosten für den Beschluss vom 25. Juni 2018; vgl. Urk. 70 S. 10 E. 7) sowie den Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen, d.h. (grundsätzlich) vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 104 N 7; BK ZPO I-Sterchi, Art. 104 N 16). Mangels eines entsprechenden Antrags wäre eine allfällige Parteientschädigung zugunsten des Revisionsklägers allerdings ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urk. 47 S. 2; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1).

4.2. Die Bemessung der Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Sie ist, basierend auf einem Streitwert von rund Fr. 95'120.–, in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 4'300.– festzusetzen. Zudem ist vorzumerken, dass der Revisionskläger einen Kostenvorschuss von Fr. 4'300.– geleistet hat.

5. Unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren

5.1. Die Revisionsbeklagte 2 beantragt für das Rechtsmittelverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin (Urk. 64; s.a. Urk. 67 S. 4 f.). Da die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten der Vorinstanz überlassen wird (vgl. vorne, E. 4.1), ihr Ergebnis nicht absehbar ist und insbesondere nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Revisionsbeklagte 2 im neuen Entscheid zur teilweisen oder vollumfänglichen Tragung dieser Kosten verpflichtet wird, ist ihr Gesuch nicht gegenstandslos, sondern zu beurteilen (s.a. Urk. 70 S. 10 E. 6 und S. 11 Disp.-Ziff. 3).

5.2. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege setzt unter anderem prozessuale Bedürftigkeit voraus (Art. 117 lit. a ZPO und Art. 29 Abs. 3 BV). Diese liegt vor, wenn die gesuchstellende Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. 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, bei Verheirateten auch diejenige ihres Ehepartners berücksichtigt werden. Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO I-Bühler, Art. 119 N 38). 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.Hinw.; BGer 5A_62/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 5.3).

5.3. Die (noch) verheiratete Revisionsbeklagte 2 begründet ihr Gesuch nur sehr knapp und dokumentiert ihre Vorbringen äusserst spärlich. Von einer umfassenden und klaren Darlegung ihrer finanziellen Situation kann keine Rede sein. Zwar mag glaubhaft erscheinen, dass sie kein Erwerbseinkommen erzielt (Urk. 67 S. 4 Rz 13; Urk. 69/1; Urk. 69/3 Ziff. 3-8). Hingegen macht sie keine oder jedenfalls nur unzureichende Angaben zu Art und Umfang der von ihr angeblich bezogenen staatlichen Sozialhilfeleistungen, zum Unterhaltsanspruch gegenüber ihrem Ehemann und zu allfälligen Unterhaltszahlungen sowie zu dessen finanziellen Verhältnissen. Dazu und zu ihrem Bedarf reicht sie auch keine Belege ein. Stattdessen begnügt sie sich mit der Beibringung eines vom 14. Juni 2018 datierten und offensichtlich allein mit Blick auf das vorliegende Armenrechtsgesuch verfassten "Statement of Financial Circumstances" (Urk. 69/3). Bei dieser reinen Selbstdeklaration ihrer finanziellen Verhältnisse handelt es sich aus prozessualer Sicht aber um eine blosser Parteibehauptung. Eine solche stellt keinen Beweis dar

und taugt von vornherein nicht zur Glaubhaftmachung ihrer Vorbringen. Dies umso weniger, als aufgrund der darin enthaltenen Angaben vollends unklar bleibt, mit welchen (zusätzlichen) Mitteln neben dem deklarierten wöchentlichen Einkommen von AU\$ 437.– sie den deklarierten wöchentlichen Bedarf für sich und die beiden Kinder von AU\$ 1'225.– bzw. AU\$ 1'185.– bestreitet. Auch das "Schreiben" der ...Bank vom 15. Juni 2018 (Urk. 69/2) vermag nichts zur Glaubhaftmachung ihrer finanziellen Situation beizutragen. So sind schon Zweifel an seiner Authentizität angebracht. Es erweckt den Eindruck, aus einem echten Brief (Briefkopf) und einer Internetanfrage beim automatischen Kreditrechner auf der Homepage der Bank (<https://www....bank.com.au/digital/home-buying/calculator/how-much-can-i-borrow>) zusammengesetzt worden zu sein. Wohl deshalb enthält es weder einen Verfasseramen noch eine Unterschrift und auch keine bei kreditablehnenden Schreiben übliche Grussformel. Das hinsichtlich Authentizität, Entstehung und Inhalt äusserst diffuse Dokument vermag jedenfalls keine konkrete, abschlägig beurteilte Kreditanfrage zu belegen und damit auch die behauptete fehlende Kreditwürdigkeit der Revisionsbeklagten 2 nicht glaubhaft zu machen. Sodann verfügt die Revisionsbeklagte 2 gemäss eigenen Angaben über Grundeigentum in H. _____ (50%-Anteil) und F. _____ (Alleineigentum), dessen Wert sie mit "unknown" angibt (Urk. 67 S. 4 Rz 13; Urk. 69/3 Ziff. 18 f.). Diese zu allgemein gehaltenen Angaben lassen nicht nur den Wert ihres Immobilienvermögens vollends im Dunkeln, sondern verunmöglichen auch zu beurteilen, ob und inwieweit dasselbe allenfalls zur Finanzierung des Prozesses herangezogen, d.h. belastet oder veräussert werden könnte. Mangels klarer und vollständiger Darstellung ihrer finanziellen Situation kann die Frage der Mittellosigkeit der Revisionsbeklagten 2 somit nicht schlüssig beurteilt werden. Die Revisionsbeklagte 2 macht nicht geltend und es ist auch nicht ersichtlich, dass und weshalb ihr eine rechtsgenügende Darlegung ihrer finanziellen Verhältnisse und die Beibringung beweistauglicher Belege nicht möglich sein sollte.

5.4. Im Ergebnis ist der anwaltlich vertretenen und deshalb in prozessualer Hinsicht nicht unbeholfenen Revisionsbeklagten 2 vorzuhalten, ihre finanzielle Situation nicht schlüssig dargelegt und insoweit ihre Mitwirkungspflicht verletzt zu haben. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Be-

stellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Beschwerdeverfahren ist deshalb (ungeachtet der Prozessaussichten und der sachlichen Notwendigkeit einer rechtskundigen Vertretung; Art. 117 lit. b und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO, Art. 29 Abs. 3 BV) abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Revisionsbeklagten 2 um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin im Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 18. Januar 2018 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'300.– festgesetzt.
4. Die Entscheidung über die Höhe der Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren sowie die Verteilung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Es wird vorgemerkt, dass der Revisionskläger für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 4'300.– geleistet hat.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Be-

schwerde 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 beträgt rund Fr. 95'120.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 6. August 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
am