

KGVS C3 07 14

*KGE (Kassationshof in Zivilsachen) vom 23. April 2007 i.S. X. c. Y. u.a. (Nichtigkeitsklage).*

**Anwaltliche Vertretung: Fehlen einer schriftlichen Vollmacht; Prozessuale Folgen (Art. 36 und 128 ZPO).**

Werden innert richterlicher Frist weder die Vollmacht nachgereicht noch seitens der Prozesspartei die in ihrem Namen vorgenommenen Rechtshandlungen des Rechtsanwalts genehmigt, so sind diese nichtig; auf eine Klage ist diesfalls kostenpflichtig nicht einzutreten.

**Représentation par un avocat: absence de procuration écrite; conséquences procédurales (art. 36 et 128 CPC).**

En l'absence de production de la procuration dans le délai imparti par le juge, les actes judiciaires effectués au nom d'une partie sont dépourvus d'effet lorsqu'ils ne sont pas ratifiés par celle-ci; dans ce cas, il n'est pas entré en matière sur la demande, sous suite de frais.

***Verfahren (gekürzt)***

Rechtsanwalt A. reichte am 23. Dezember 2005 im Namen von X. Klage gegen Y. u.a. ein und erklärte, er sei gehörig bevollmächtigt; die Vollmacht werde nachgereicht. Da der Kläger weder mit der Replik vom 26. Juni 2006 noch anlässlich der Vorverhandlung vom 2. Oktober 2006 eine Vertretungsvollmacht hinterlegte, setzte der Bezirksrichter dem Kläger gestützt auf Art. 36 Abs. 3 ZPO mit Verfügung vom 5. Oktober 2006 eine einzige Frist bis zum 26. Oktober 2006 zur Hinterlegung der Anwaltsvollmacht, ansonsten die Ermächtigung dahinfalle.

Eine Anwaltsvollmacht wurde innert der angesetzten Frist nicht hinterlegt. Mit richterlicher Verfügung vom 3. November 2006 setzte der Bezirksrichter dem X. persönlich, mit Kopie an Rechtsanwalt A., eine erste Frist, um dem Gericht mitzuteilen, ob er die von Rechtsanwalt A. in seinem Namen vorgenommenen Rechtshandlungen genehmige; gegebenenfalls habe er innert nämlicher Frist einen anderen Rechtsanwalt zu bezeichnen, da die Ermächtigung von Rechtsanwalt A. dahingefallen sei. Der Kläger leistete der Verfügung keine Folge, weshalb der Bezirksrichter dem X. mit Verfügung vom 28. November 2006 eine letzte Frist von 10 Tagen zur Genehmigung der von Rechtsanwalt A. vorgenommenen Rechtshandlungen ansetzte unter Hinweis, dass im Unterlassungsfall die Klagen zurückgewiesen würden. Die Verfügung vom 28. November 2008 wurde vom Adressaten Y. am 29. November 2006 bei der Bestimmungspoststelle abgeholt.

Mit rechtsbotlicher Eingabe vom 13. Dezember 2006 hinterlegte Rechtsanwalt A. die Anwaltsvollmacht, datiert vom 10. Dezember 2006, die den Vermerk enthält: «Die bisherigen Rechtshandlungen von

Rechtsanwalt A. werden genehmigt». Nachdem den Parteien Gelegenheit gegeben worden war, sich zu den Folgen der Fristversäumnis zu äussern und die Beklagten die Zurückweisung der Klagen verlangt hatten, wies der Bezirksrichter mit Entscheid vom 23. Januar 2007 die Klagen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für den Kläger zurück. Dagegen reichte X., vertreten durch Rechtsanwalt A., am 5. Februar 2007 Nichtigkeitsklage beim Kantonsgericht ein.

### ***Aus den Erwägungen***

1. a) Die Berechtigung eines Parteivertreters zur Prozessführung ist - obwohl in der Walliser ZPO nicht ausdrücklich erwähnt - eine Prozessvoraussetzung. Der Rückweisungsentscheid - bzw. negative Prozessentscheid (vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 13. Kap. N. 143, 7. Kap. N. 87; Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. A., Bern 1984, S. 175 f. und 178; Ducrot, Le droit judiciaire privé valaisan, S. 496 und 498; BGE 115 II 240 E. 1b) - des Bezirksrichters, mit welchem dieser infolge fehlender Vertretungsmacht des Prozessvertreters bzw. Nichtgenehmigung der Prozesshandlungen durch die Partei auf die Klagen nicht eintrat, stellt demnach einen Entscheid über die Prozessvoraussetzungen dar, der nach Massgabe von Art. 134 Abs. 4 ZPO mit Nichtigkeitsklage beim Kantonsgericht angefochten werden kann (Art. 23 Abs. 3, Art. 226 Abs. 2 lit. a und Art. 227 Abs. 1 ZPO).

2. Wer als Anwalt vor Gericht für eine Partei handelt, bedarf hierzu einer schriftlichen Vollmacht (vgl. Art. 36 Abs. 1 ZPO). Auf die Hinterlegung der schriftlichen Vollmacht kann vorübergehend durch den Besitz des Aktenheftes oder durch Aufnahme im Verhandlungsprotokoll verzichtet werden (Art. 36 Abs. 2 ZPO), was aber nur bedeutet, dass vom Richter an die Form der Vollmacht vorübergehend etwas herabgesetzte Ansprüche gestellt werden (ZWR 1986 S. 185). Von dieser Möglichkeit sollte der Richter indes bloss mit Zurückhaltung und gemäss Gesetzestext nur vorübergehend Gebrauch machen, d.h. seinerseits möglichst rasch eine gesetzeskonforme schriftliche Vollmacht verlangen. Je weiter der Prozess nämlich fortgeschritten ist, umso unbefriedigender wirken sich die in Art. 36 Abs. 3 ZPO vorgesehenen Folgen aus (vgl. ZWR 1987 S. 301 zu Art. 67 Abs. 4 aZPO, der Art. 36 Abs. 3 ZPO entspricht).

Bei fehlender Vollmacht hat der Richter von Amtes wegen oder auf Begehren der Gegenpartei eine gesetzeskonforme Vollmacht zu verlangen. Wird diese innerhalb einer einzigen vom Richter anzusetzenden

angemessenen Frist nicht beigebracht, so fällt die Ermächtigung des Rechtsvertreters dahin (Art. 36 Abs. 3 i.V.m. Art. 128 Abs. 1 ZPO; Ducrot, a.a.O., S. 124; ZWR 1987 S. 300, 1967 S. 172), wobei der Vertretene die in seinem Namen vorgenommenen Rechtshandlungen genehmigen kann (Vogel/Spühler, a.a.O., 5. Kap. N. 121).

3. Vorliegend rügt der Nichtigkeitskläger (zu Recht) nicht, dass die Ermächtigung von Rechtsanwalt A. nach unbenutztem Ablauf der einzigen Frist dahingefallen ist. Er macht hingegen geltend, indem der Bezirksrichter ihn in der Verfügung vom 3. November 2006 sowohl zur Genehmigung der bisherigen Rechtshandlungen, als auch zur Bezeichnung eines neuen Rechtsvertreters innert nämlicher Frist aufgefordert habe, indes in der Verfügung vom 28. November 2006 ihn lediglich angewiesen habe, die Rechtshandlungen von Rechtsanwalt A. zu genehmigen, sei ihm keine Möglichkeit mehr eröffnet worden, einen neuen Rechtsvertreter zu bezeichnen.

Nachdem Rechtsanwalt A. die Vertretungsvollmacht nicht innert angesetzter Frist beibrachte, forderte der Bezirksrichter richtigerweise X. persönlich, jeweils mit Kopie an Rechtsanwalt A., mit Verfügungen vom 3. und 28. November 2006 auf, die Prozesshandlungen zu genehmigen bzw. einen neuen Rechtsvertreter zu bestimmen (vgl. ZWR 1987 S. 300). Der Nichtigkeitskläger übersieht, dass der Bezirksrichter in der Verfügung vom 28. November 2006 ausdrücklich auf seine Verfügung vom 3. November 2006 Bezug nahm und X. an diese erinnerte. Weiter wies der Bezirksrichter X. auf die Unterlassungsfolgen nach Ablauf der letzten Frist von zehn Tagen hin. Der Nichtigkeitskläger legt indes nicht dar, inwiefern dadurch verfahrensrechtliche Grundsätze tangiert werden oder ihm daraus ein Rechtsnachteil erwächst, zumal er weder auf die erste noch die zweite Verfügung vom 28. November 2006 reagierte. Diese Rüge stösst somit ins Leere.

4. Der Nichtigkeitskläger rügt weiter, die Walliser Zivilprozessordnung sehe keine rückwirkende Genehmigung der bisherigen prozesualen Rechtsschritte inklusive der Vorverhandlung bezüglich Anwaltsvollmacht vor, sondern es werde lediglich verlangt, dass der Mangel der schriftlichen Vollmacht geheilt werde.

a) Nach Massgabe von Art. 127 lit. a ZPO ist die Anwaltsvollmacht der Klage beizulegen. Enthält die Klageschrift formelle Mängel, setzt der Richter von Amtes wegen oder auf Gesuch einer Partei eine einzige Frist zur Behebung des Mangels unter Androhung, dass im Unterlas-

sungsfalle auf die Klage nicht eingetreten wird (Art. 128 Abs. 1 ZPO). Der Mangel der fehlenden Vollmacht kann der Rechtsvertreter somit nur heilen, falls er die Vertretungsvollmacht innert angesetzter Frist beibringt. Unbestrittenermassen liess der Nichtigkeitskläger diese Frist verstreichen.

Art. 36 Abs. 3 ZPO sieht vor, dass die Ermächtigung dahinfällt, falls die Vollmacht nicht innerhalb einer einzigen vom Richter anzusetzenden angemessenen Frist beigebracht wird (Art. 36 Abs. 3 i.V.m. Art. 128 Abs. 1 ZPO; Ducrot, a.a.O., S. 124; ZWR 1987 S. 300), was der Nichtigkeitskläger indes selber feststellt. Die vom Vertreter vorgenommenen Prozesshandlungen werden also unter diesen Vorzeichen entgegen der ursprünglichen Vermutung (Art. 36 Abs. 2 ZPO) ex tunc nicht dem Vertretenen zugerechnet und sind ungültig (ZWR 1987 S. 300).

b) Die fehlende Vertretungsvollmacht des Prozessvertreters kann durch Genehmigung seitens der Partei geheilt werden, so dass die Wirkung der Vertreterhandlung doch noch eintritt (vgl. Art. 38 OR; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, OR Allgemeiner Teil, Zürich, 8. A., 2003, Band I, § 14 N. 1381; Guldener, a.a.O., S. 138). Falls der Vertretene diese nicht genehmigt, so sind die Prozesshandlungen des vollmachtlosen Vertreters nichtig, bzw. es ist ihnen keine Folge zu geben (Vogel/Spühler, a.a.O., 5. Kap. N. 121; Ducrot, a.a.O., S. 124; Guldener, a.a.O., S. 138). Als Konsequenz hiervon fällt der vom nicht gehörig bevollmächtigten Vertreter eingeleitete Prozess dahin, d.h. auf die Klage wird unter Kostenfolge nicht eingetreten (ZWR 1987, a.a.O.). Entgegen den Ausführungen des Nichtigkeitsklägers ist nicht ein Säumnisurteil auszufällen.

c) Vorliegend hat X. die Prozesshandlungen von Rechtsanwalt A. nicht innert der mit Verfügungen vom 3. und 28. November 2006 gesetzten Fristen genehmigt. Die Hinterlegung der Anwaltsvollmacht mit der Genehmigung der bisherigen Rechtshandlungen ist erst nach Ablauf der zweiten Frist erfolgt, womit die Prozesshandlungen durch Rechtsanwalt A. als falsus procurator nichtig sind.

5. Weiter rügt der Nichtigkeitskläger, gemäss ZPO sei es ist nicht zwingend, dass eine Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten sei. Der Bezirksrichter habe nie festgestellt, dass X. nicht selber in der Lage sei, den Prozess mit der erforderlichen Klarheit und in der vorgeschriebenen Form selber zu führen.

Dem Nichtigkeitskläger ist insofern zuzustimmen, dass gemäss Zivilprozessordnung des Kantons Wallis eine Partei grundsätzlich selb-

ständig Prozess führen kann, ohne durch einen Rechtsanwalt verbeiständet zu sein (Art. 32 Abs. 1 ZPO). Er übersieht indes, dass er zunächst im Sinne von Art. 36 Abs. 2 ZPO vertreten war, die durch seinen Rechtsvertreter in seinem Namen vorgenommenen Prozesshandlungen jedoch nicht genehmigte, womit die Ermächtigung - wie gesehen - dahinfiel. Als Folge des Dahinfallens der Bevollmächtigung werden die Prozesshandlungen des ohne Vollmacht handelnden Rechtsvertreters dem Kläger ex tunc nicht mehr zugerechnet (ZWR 1987 S. 300). Somit ist es vorliegend unerheblich, ob er fähig gewesen wäre, den Prozess selber zu führen.

6. a) Überspitzter Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung. Eine solche liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (BGE 120 V 417 E. 4b mit Hinweisen). Die Nachfristansetzung ist somit Ausdruck eines aus dem Verbot des überspitzten Formalismus fliessenden allgemeinen prozessualen Rechtsgrundsatzes, der auch im kantonalen Verfahren gilt (BGE 120 V 413; Art. 128 Abs. 1 ZPO).

Vorliegend wurden dem Nichtigkeitskläger persönlich, jeweils mit Kopie an Rechtsanwalt A., mit den Verfügungen vom 3. und vom 28. November 2006 zwei Fristen eingeräumt, die Rechtshandlungen von Rechtsanwalt A. zu genehmigen und einen neuen Rechtsvertreter zu bestellen, dies nachdem bereits Rechtsanwalt A. mit Verfügung vom 5. Oktober 2006 eine diesbezügliche Nachfrist bis zum 26. Oktober 2006 angesetzt worden war. Die Verfügung vom 28. November 2006 enthielt zudem die Androhung, wonach im Unterlassungsfall die Klagen vom 23. November 2006 zurückgewiesen würden.

Die Rüge, wonach der Bezirksrichter den Nichtigkeitskläger «nicht unter Säumnisfolgen (zwei Fristansetzungen) darauf hingewiesen [habe], wie das Gericht vorgehen werde, wenn er keinen anderen Anwalt» bezeichne, geht somit ebenfalls fehl.

b) Die zehntägige Frist zur Genehmigung der Rechtshandlungen endete vorliegend in Berücksichtigung von Art. 91 Abs. 3 ZPO am Montag, 11. Dezember 2006. Die rechtsbotliche Eingabe, mit welcher die Vollmacht vom 10. Dezember 2006 eingereicht wurde, datiert vom 13. Dezember 2006 und wurde somit erst nach Ablauf der Frist einge-

reicht. Dass der Bezirksrichter die verspätete Eingabe trotzdem hätte berücksichtigen müssen, macht der Nichtigkeitskläger nicht geltend. Eine Rüge bezüglich überspitzten Formalismus, formeller Rechtsverweigerung oder Entschuldigungsgründe i.S.v. Art. 96 Abs. 1 ZPO bringt der Nichtigkeitskläger ebenfalls nicht vor (vgl. BGE 113 Ia 94, 120 V 413). In Anbetracht, dass die Klage am 23. Dezember 2005 und die (verspätete) Vollmacht am 13. Dezember 2006, also beinahe ein ganzes Jahr später, zu den Akten gegeben worden ist, wäre selbst eine Rüge bezüglich formeller Rechtsverweigerung unbehelflich.

Der Bezirksrichter hat die Fristen zur Hinterlegung der Anwaltsvollmacht bzw. die Genehmigung der Prozesshandlungen gesetzeskonform und mit Androhung der Unterlassungsfolgen angesetzt. Trotzdem hat der Nichtigkeitskläger die Prozesshandlungen innert angesetzter Frist nicht genehmigt, weshalb der Bezirksrichter die Klage zu Recht zurückgewiesen hat. Demnach ist die Nichtigkeitsklage abzuweisen.