



---

Kass.-Nr. AA050201/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

## **Sitzungsbeschluss vom 3. April 2006**

in Sachen

**A.**,

geboren ..., ... Staatsangehöriger,

**Zustelladresse:** ...,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

**B. AG,**

Zweigniederlassung ..., in ...,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Eintreten auf Klage**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. November 2005 (LN050067/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1.1 Am 18. Oktober 2004 gingen beim Bezirksgericht C. Weisung und Klage des Klägers auf Herausgabe eines Arztrezeptes und auf Verpflichtung zur Bezahlung einer Entschädigung von Fr. 600'000.-- zuzüglich Fr. 10'000.-- für jede weitere Woche ab Klageeinreichung bis zur Rückgabe des Arztrezeptes ein (BG act. 1 und 3). Mit Zirkulationsbeschluss vom 3. Januar 2005 auferlegte das Bezirksgericht C., 1. Abteilung, dem Kläger eine Prozesskaution im Sinne von § 73 Ziff. 4 ZPO in der Höhe von Fr. 20'000.-- (BG act. 14). Mit Eingabe an das Bezirksgericht C. vom 15. Januar 2005 verlangte der Kläger die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (BG act. 17). Mit Zirkulationsbeschluss vom 30. Juni 2005 wies die 1. Abteilung des Bezirksgerichtes C. das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Prozessführung ab und setzte ihm wiederum Frist zur Leistung einer Prozesskaution in der Höhe von Fr. 20'000.-- an (BG act. 34 = OG act. 11). Dieser Beschluss wurde Frau D. am 9. Juli 2005 zugestellt (BG act. 35/2), welche sich mit Vollmacht vom 4. April 2005 (BG act. 29) und vom 21. Juni 2005 (BG act. 33) als Vertreterin des Klägers ausgewiesen hatte. Am 11. Juli 2005 überbrachte Frau D. dem Bezirksgericht C. die ungeöffnete Gerichtsurkunde mit einem Schreiben vom 11. Juli 2005, in welchem sie geltend machte, sie sei nur für die Verhandlung vom 22. Juni 2005 bevollmächtigt gewesen und in Zukunft seien Gerichtsurkunden direkt an den Kläger zuzustellen (BG act. 36). Mit Schreiben ebenfalls vom 11. Juli 2005 machte Bezirksrichter E. Frau D. darauf aufmerksam, dass die Vollmachten sie auch zum Empfang von gerichtlichen Dokumenten bevollmächtigt hätten und die Zustellung daher rechtsgültig erfolgt sei; es stehe dem Kläger frei, die Akten und damit auch den Inhalt der ungeöffneten Gerichtsurkunde beim Gericht einzusehen; eine zweite Zustellung der Gerichtsurkunde komme nicht in Frage. Gleichzeitig werde zur Kenntnis genommen, dass sie den Kläger nicht mehr vertrete und sie werde aus dem Rubrum gestrichen (BG act. 37). Mit Zirkulationsbeschluss vom 31. August 2005 trat das Bezirksgericht C., 1. Abteilung, auf die Klage mangels Kautionsleistung nicht ein (BG act. 39).

1.2 Den vom Kläger gegen diesen Beschluss vom 31. August 2005 erhobenen Rekurs (OG act. 2) wies die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluss vom 17. November 2005 ab (OG act. 6 = KG act. 2).

1.3 Gegen diesen Beschluss der Vorinstanz vom 17. November 2005 erhob der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und verlangte dessen Aufhebung und die Gutheissung seines Rekurses vom 19. September 2005 (KG act. 1, S. 6).

2. Da sich die Nichtigkeitsbeschwerde sofort als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort und einer Vernehmlassung der Vorinstanz verzichtet werden ( § 289 ZPO).

3.1 Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid aus, der Beschwerdeführer habe geltend gemacht, er habe seine Vertreterin Frau D. nur je eine Vollmacht für die Verhandlungen vom 5. April 2005 und vom 28. [recte: 22.] Juni 2005 ausgestellt. Deshalb handle es sich nicht um eine schuldhafte Zustellungsverhinderung, wenn Letztere den Beschluss vom 30. Juni 2005 des Bezirksgerichts C. (Abweisung Armenrechtsgesuch und Kautionsauflage) nicht entgegen genommen habe. Dieser Argumentation hielt die Vorinstanz entgegen, dass sich bei den Akten eine Vollmacht des Beschwerdeführers vom 4. April 2005 befinde, welche seine Vertreterin zur Generalbevollmächtigten ernenne und sie unter anderem auch zur Vertretung des Beschwerdeführers vor allen Gerichten ermächtige. Zwar enthalte diese Vollmacht einen in Klammer gesetzten Hinweis auf die Vorladung vom 15. März 2005, aber es werde anschliessend klar ausgeführt, dass D. in den Prozessen CGXXXXXX und CGXXXXXY, Klagen gegen B. AG und gegen die F., beim Bezirksgericht C. zur Vertretung des Beschwerdeführers berechtigt sei. Auf Grund der Formulierung der Vollmacht gebe es keinen Anlass, davon auszugehen, dass die Vollmacht nur auf die Verhandlung vom 5. April 2005 beschränkt gewesen wäre. Diese Annahme verbiete sich insbesondere auch deshalb, weil zwar wohl in der Vollmachtsurkunde die Vorladungen bezeichnet worden seien, indessen aber die ausgedehnt formulierten und aufgelisteten Vertretungsbefugnisse in den darunter stehenden Absätzen der Vollmacht weder gestrichen noch sonst ersichtlich als nicht geltend bzw. als nicht eingeräumt gekennzeichnet gewesen seien. Daran

ändere auch nichts, dass der Beschwerdeführer zur Verhandlung vom 22. Juni 2005 erneut eine Vollmacht ins Recht gelegt habe, welche – ausser dem Hinweis auf die Vorladungen vom 20. bzw. 23. Mai 2005 – den identischen Wortlaut aufweise. Auch daraus könne nicht geschlossen werden, dass die Vollmacht sich lediglich auf eine Verhandlung beziehe (KG act. 2, S. 3). Schliesslich erwog die Vorinstanz, da die Vertreterin des Beschwerdeführers als Generalbevollmächtigte eingesetzt worden sei, sei diese ohne weiteres auch berechtigt gewesen, Zustellungen für den Beschwerdeführer entgegen zu nehmen und das Vorgehen der ersten Instanz sei daher in allen Punkten korrekt gewesen: die Aufnahme der Vertreterin des Beschwerdeführers ins Rubrum, die weiteren Zustellungen an diese und die Vorladung zur Verhandlung vom 22. Juni 2005 an den Beschwerdeführer selbst, da dieser zum persönlichen Erscheinen verpflichtet gewesen sei. Auch der Zirkularbeschluss vom 30. Juni 2005 sei korrekt zugestellt worden. Zwar habe die Vertreterin des Beschwerdeführers mit Schreiben vom 11. Juli 2005 sinngemäss ihr Mandat niedergelegt, jedoch sei die Zustellung der Gerichtsurkunde mit dem Beschluss vom 30. Juni 2005 am 9. Juli 2005 noch rechtsgültig an die Vertreterin des Beschwerdeführers erfolgt, was ihr mit Schreiben des Bezirksgerichts C. vom 11. Juli 2005 auch mitgeteilt worden sei.

3.2 Der Beschwerdeführer wiederholt in seiner Beschwerdeschrift im Wesentlichen seine Einwendungen aus dem Rekursverfahren und macht geltend, mit seinen Vollmachten vom 4. April 2005 und vom 21. Juni 2005 habe er gemäss deren Wortlaut klar formuliert Frau D. jeweils nur für die Verhandlungen vom 5. April 2005 und vom 28. [recte: 22.] Juni 2005 als Vertreterin bevollmächtigt. Die Interpretation der Vorinstanz sei falsch; jedenfalls hätte das Bezirksgericht ihn oder Frau D. fragen können, ob die Vollmacht nur für die beiden Verhandlungen ausgestellt worden sei, oder generell für die beiden Entschädigungsklagen. Über das Schreiben des Referenten des Bezirksgerichts vom 11. Juli 2005 an Frau D. sei er sodann von Frau D. nicht informiert worden und diese sei auch nicht dazu verpflichtet gewesen. Jedenfalls sei der Beschluss vom 30. Juni 2005 immer noch nicht rechtsgültig zugestellt worden, weshalb auch die Argumentation fehlerhaft sei, dass er die mit Beschluss vom 30. Juni 2005 auferlegte Prozesskaution nicht bezahlt habe und deshalb auf die Klage nicht einzutreten sei (KG act. 1, S. 2 ff.).

3.3 Sinngemäss macht der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO geltend, indem die Vorinstanzen zu Unrecht von der gültigen Zustellung des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich vom 30. Juni 2005 ausgegangen und gestützt darauf auf die Klage mangels Kautionsleistung nicht eingetreten seien. Diese Rüge kann das Kassationsgericht frei überprüfen.

3.4 a) Die Rüge des Beschwerdeführers geht allerdings fehl. Wie bereits die Vorinstanz ausführte, konnte die erste Instanz ohne Setzung eines Nichtigkeitsgrundes auf Grund des weit gefassten Wortlautes der Vollmachten (BG act. 29 und 33 = KG act. 3/1 und 3/2) davon ausgehen, dass diese nicht bloss auf eine Verhandlung beschränkt ausgestellt wurden. Die Beanstandung des Beschwerdeführers, wonach diese Interpretation der Vollmachten falsch und von der Vorinstanz manipuliert, und deren Wortlaut klar auf die beiden Verhandlungen beschränkt gewesen sei, vermag diese Beurteilung nicht umzustossen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers wurde in den Vollmachten nirgends aufgeführt, dass diese nur für die Verhandlungen vom 5. April 2005 und vom 28. Juni 2005 Geltung haben sollten. Auch war der Text der Vollmachten nicht derart unklar, dass die Vorinstanzen bzw. die erste Instanz gehalten gewesen wäre, den Beschwerdeführer oder dessen Vertreterin zu fragen, wie diese Vollmachten denn nun gemeint gewesen seien. Der (z.T. bloss in Klammer gesetzte) Hinweis auf die Vorladungen vom 15. März 2005 bzw. vom 23. und 20. Mai 2005 ändert daran nichts, nachdem gleichzeitig auch die Prozessnummern und das Datum der Klageerhebung aufgeführt wurden und anschliessend umfassende Befugnisse eines Generalbevollmächtigten erteilt wurden (vgl. BG act. 29 und 33).

b) Die erste Instanz hat somit den Beschluss vom 30. Juni 2005 zu Recht an die damalige Vertreterin des Beschwerdeführers, Frau D., adressiert und gesandt. Frau D. hat die Gerichtsurkunde denn auch am 9. Juli 2005 vorerst entgegen genommen (BG act. 35/2), diese jedoch hernach am 11. Juli 2005 ungeöffnet und mit der Begründung, sie sei nur für die Gerichtsverhandlung bevollmächtigt gewesen, auf die Gerichtskanzlei zurück gebracht (BG act. 36). Der Beschwerdeführer macht nun geltend, ihm sei der Beschluss vom 30. Juni 2005 nie rechtsgültig zu-

gestellt worden und über das Schreiben des bezirksgerichtlichen Referenten vom 11. Juli 2005 an Frau D. sei er nie informiert worden. Es stellt sich demnach die Frage, ob die Bevollmächtigte des Beschwerdeführers die Entgegennahme der Gerichtsurkunde ablehnen konnte oder nicht, d.h. ob es ihr frei stand, von der Vollmacht Gebrauch zu machen oder nicht. Gemäss den meisten Prozessgesetzen erfolgt die Zustellung von Gerichtsurkunden an den Vertreter einer Partei, wenn diese einen solchen bestellt hat. So lautet auch § 176 Abs. 1 des zürcherischen GVG, auf welche Bestimmung § 187 GVG für die Zustellung von Entscheiden verweist: "Hat die Partei einen Vertreter, wird die Vorladung diesem zugestellt. Soll die Partei persönlich erscheinen, wird auch ihr eine Vorladung zugestellt." Ist die Partei nicht zum persönlichen Erscheinen verpflichtet, so ist die Vorladung (bzw. der Entscheid) nur ihrem Stellvertreter zuzustellen, womit sie auch der Partei gegenüber wirksam wird, gleichgültig, ob diese von der Vorladung (oder vom Entscheid, falls die Partei vom Verfahren überhaupt Kenntnis hatte) Kenntnis erhält oder nicht. Diese Wirkung gilt so lange, als dem Gericht keine Mitteilung über den Widerruf der Vollmacht zugegangen ist (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 5 zu § 176 unter Hinweis auf Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, Anm. 2 zu Art. 108 bernische ZPO; und Hauser/Schweri, a.a.O., N 5 zu § 187 GVG). Diesen Grundsätzen scheint ein früherer Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 1943 zu widersprechen, wonach ein vom Schuldner allgemein, auch für Betreibungen, bevollmächtigter Anwalt, der von seiner Vollmacht in Prozessen und Beschwerdeverfahren gegenüber dem Gläubiger Gebrauch gemacht hat, frei bleibe, die Entgegennahme eines Zahlungsbefehls für den Schuldner abzulehnen (BGE 69 III 82 ff.). Allerdings lässt sich hier einschränkend sagen, dass es sich in der erwähnten Bundesgerichtsentscheid um die Zustellung eines Zahlungsbefehls, also einer Betreibungsurkunde im Sinne von Art. 66 SchKG, handelte. Die Grundsätze zur Zustellung solcher Betreibungsurkunden können nicht verallgemeinert und unbesehen auf die Zustellungen im Gerichtswesen angewandt werden. Dies ergibt sich auch aus der Formulierung des Bundesgerichts in BGE 69 III 84: "Es steht ihm [dem Bevollmächtigten] frei, im eigentlichen Betreibungsverfahren, speziell hinsichtlich der

Entgegennahme betreibungsamtlicher Zustellungen, zumal des Zahlungsbefehls, die Vertretung abzulehnen...". Zudem ergeben sich aus dem Sachverhalt des erwähnten Bundesgerichtsentscheides doch grundlegende Unterschiede zum hier vorliegenden Fall. So hatte im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall der Rechtsanwalt zwar eine allgemeine Generalvollmacht der Schuldnerin und dieser war auch in anderen Prozessen und Beschwerdeverfahren zwischen der Schuldnerin und der Gläubigerin für die Schuldnerin tätig. Das Bestehen der generellen Vollmacht des Anwaltes machte diesen jedoch nicht schon zum Zustellungsbevollmächtigten im Sinne von Art. 66 SchKG in einem (neuen) Betreibungsverfahren; eine massgebende Bevollmächtigung hätte sich nur aus einer vorbehaltlosen Einlassung auf den Zustellungsversuch oder aus einer entsprechenden Erklärung des Anwaltes oder der Schuldnerin selbst an das Betreibungsamt oder die Gläubigerin ergeben können (BGE 69 III 85). Im vorliegend zu beurteilenden Fall war die Vertreterin des Beschwerdeführers jedoch von diesem ausdrücklich als Generalbevollmächtigte im entsprechenden Verfahren benannt und die schriftliche Vollmacht war in diesem Verfahren dem Gericht bereits vor der Zustellung vom 9. Juli 2005 eingereicht und bis zu jenem Zeitpunkt nicht widerrufen worden (vgl. dazu oben Erw. 3.4 lit. a). Zudem hat die Vertreterin des Beschwerdeführers die Gerichtsurkunde am 9. Juli 2005 vorerst vorbehaltlos entgegen genommen und diese erst zwei Tage später mit der Begründung, sie sei nicht zur Entgegennahme der Zustellung bevollmächtigt, ungeöffnet dem Gericht zurück gebracht. Unter diesen Umständen war die Bevollmächtigte D. nicht berechtigt, die Entgegennahme der Gerichtsurkunde, enthaltend den Beschluss vom 30. Juni 2005, – zumal nachträglich – zu verweigern. Die Gerichtsurkunde wurde damit rechtsgültig und fristauslösend am 9. Juli 2005 an die (damalige) Vertreterin des Beschwerdeführers zugestellt und diese hat auch die anschliessende ungeöffnete Rückgabe der Gerichtsurkunde (was einer – nachträglichen – Zustellungsverweigerung gleichkommt) zu vertreten und ihr Verhalten ist dem Beschwerdeführer selbst zuzurechnen.

c) An dieser Stelle scheint der Hinweis angebracht, dass das Verhalten und die Argumentationsweise des Beschwerdeführers und dessen früheren Vertreterin D. in dieser Sache zudem rechtsmissbräuchlich anmutet, nachdem auch vor und

nach der Niederlegung des Vertretungsmandates sämtliche an den Beschwerdeführer persönlich an die G.strasse XX in C. adressierten Gerichtsurkunden ganz offensichtlich von Frau D. entgegen genommen (und offenbar auch an den Beschwerdeführer weitergeleitet) wurden (vgl. die Unterschriften auf BG act. 15/1, 20/2, 28, 31/1 und 40). Die Vorinstanzen sind damit ohne Setzung eines Nichtigkeitsgrundes von der gültigen und fristauslösenden Zustellung des Beschlusses vom 30. Juni 2005 ausgegangen.

3.5 Schliesslich rügt der Beschwerdeführer auch, die Vorinstanzen hätten Amtsmissbrauch betrieben, indem sie bei den Personendaten nicht seine gesetzlich gültige Wohnsitzadresse, sondern nur eine Zustelladresse an der G.strasse XX in C. angenommen hätten. Damit seien Art. 24 ZGB und Art. 8 EMRK verletzt worden (KG act. 1, S. 4 f.).

Hierzu ist auszuführen, dass es für den Entscheid in der vorliegenden Sache überhaupt nicht darauf ankommt, ob die im Rubrum aufgenommene Adresse als Wohn- oder als (blosse) Zustelladresse bezeichnet wird, solange den Beschwerdeführer die an diese Adresse gerichteten Zustellungen und Gerichtssendungen erreichen und von ihm oder einer anderen berechtigten Person entgegen genommen werden. Dass letzteres nicht der Fall wäre, macht der Beschwerdeführer jedoch nicht geltend. Da somit ausgeschlossen werden kann, dass sich der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund vorliegend zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt haben könnte, ist nicht weiter auf die Rüge einzutreten.

4. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'800.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 198.-- Schreibgebühren,  
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Bezirksgericht C., 1. Abteilung ( ad CGXXXXXX), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: