



Kass.-Nr. AA100008/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Sitzungsbeschluss vom 25. Oktober 2010

in Sachen

X. GmbH,

...,

Zustelladresse: c/o Z., ..., Schweiz,

Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt _____, Deutschland

gegen

Y.,

...,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

betreffend

örtliche Zuständigkeit

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2009 (LN090089/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Einreichung der friedensrichteramtlichen Weisung vom 2. April 2009 (BG act. 1) und Klageschrift vom 27. April 2009 (BG act. 3) machte die Beschwerdegegnerin (Klägerin und Rekursgegnerin) beim Bezirksgericht Q. (Erstinstanz) gegen die in Deutschland domizilierte Beschwerdeführerin (Beklagte und Rekurrentin) eine Forderungsklage über insgesamt Fr. 24'132.90 (zuzüglich Zins und Weisungskosten) anhängig, wobei sie das Rechtsbegehren später um Fr. 16'000.-- erweiterte (BG act. 16). Dabei stellte sie mit gesonderter Eingabe desselben Datums (unter anderem) den prozessualen Antrag, einen Vorentscheid hinsichtlich der Zuständigkeit eines schweizerischen Gerichts und der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts zu fällen (BG act. 2). Mit Präsidialverfügung vom 25. Mai 2009 wurde das Prozessthema zunächst auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts beschränkt; zugleich wurde die Beschwerdeführerin gestützt auf § 30 ZPO aufgefordert, einen Zustellungsempfänger in der Schweiz zu bezeichnen (BG act. 6). Die Beschwerdeführerin kam dieser (am 23. Juni 2009 wiederholten; vgl. BG act. 12) Aufforderung mit Eingaben vom 30. Juni 2009 und 15. Juli 2009 nach (BG act. 15 und 20). Am 1. Dezember 2009 beschloss die Erstinstanz, die beklagtischerseits erhobene Einrede der örtlichen Unzuständigkeit (vgl. BG act. 10 und 20) abzuweisen (BG act. 27 = OG act. 3). Dieser (Zwischen-)Entscheid wurde der von der Beschwerdeführerin bezeichneten und im Rubrum aufgeführten Zustellungsempfängerin in der Schweiz am 4. Dezember 2009 postalisch zugestellt (vgl. BG act. 29/1).

2. Den die örtliche Zuständigkeit bejahenden bezirksgerichtlichen Beschluss focht die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 14. Dezember 2009 mit Rekurs an (OG act. 2), wobei die Rekurschrift zunächst am 14. Dezember 2009 per Telefax beim Obergericht des Kantons Zürich einging (OG act. 2A und 2B); im Original wurde sie gleichentags der deutschen Post übergeben. Die Übergabe an die schweizerische Post erfolgte am 16. Dezember 2009 (OG act. 5). Mit Beschluss

vom 23. Dezember 2009 trat die I. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) wegen verspäteter Einreichung auf den Rekurs nicht ein (OG act. 6 = KG act. 2).

3. Gegen diesen der inländischen Zustellungsempfängerin der Beschwerdeführerin am 4. Januar 2010 zugestellten (KG act. 7/2) obergerichtlichen (Nichteintretens-)Entscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene (vgl. § 287 ZPO) Nichtigkeitsbeschwerde vom 18. Januar 2010 (KG act. 1). Darin beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Zudem sei – im Sinne eines neuen Sachentscheids gemäss § 291 Satz 2 ZPO – auf den Rekurs einzutreten und die örtliche Zuständigkeit in Gutheissung der beklaglichen Unzuständigkeitseinrede zu verneinen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2 und 10).

Mit Präsidialverfügung vom 25. Januar 2010 (KG act. 7) wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 4 und 5) und der Beschwerdeführerin in Anwendung von § 75 ZPO eine Kautionshöhe von Fr. 3'600.-- auferlegt, die innert Frist geleistet wurde (vgl. KG act. 7, 8/1 und 14). Währenddem die Vorinstanz ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet hat (KG act. 10), lässt die Beschwerdegegnerin in ihrer fristwährend erstatteten (vgl. KG act. 7 und 8/2) Beschwerdeantwort vom 23. Februar 2010, welche der Beschwerdeführerin unter dem 25. Februar 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (KG act. 18 und 19/1), den Antrag auf Abweisung der Beschwerde stellen (KG act. 17). Weitere Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

II.

1. Beim vorliegend angefochtenen Beschluss der Vorinstanz handelt es sich um einen Rekursentscheid, der zufolge Anfechtung eines prozessleitenden Entscheids der Erstinstanz ergangen ist (vgl. § 271 Ziff. 4 ZPO). Als solcher fällt er unter die in § 281 ZPO erwähnten "Rekursentscheide", womit seine Beschwerdefähigkeit ohne Weiteres zu bejahen ist (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9, 10 und 26 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach

zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 5; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62). Ein Ausschlussgrund im Sinne von § 284 ZPO liegt nicht vor.

2. Die Vorinstanz verwies zur Begründung ihres Nichteintretensentscheids zunächst auf § 193 GVG. Danach erfolgten schriftliche Eingaben rechtzeitig, wenn sie spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangen oder für sie der schweizerischen Post übergeben würden; ferner sei eine Eingabe rechtzeitig, wenn sie am letzten Tag der Frist bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung eintreffe.

Nachdem der Beschwerdeführerin – so die Vorinstanz weiter – der erstinstanzliche Beschluss am 4. Dezember 2009 an die von ihr bezeichnete Zustellungsempfängerin in der Schweiz zugestellt worden sei, sei die 10-tägige Rekursfrist am Montag, 14. Dezember 2009, um 24.00 Uhr, abgelaufen. Zwar sei die Rekurseingabe am 14. Dezember 2009 der deutschen Post übergeben worden. Bei Benützung ausländischer Postbetriebe müsse die Sendung jedoch vor Fristablauf von der schweizerischen Post in Empfang genommen werden, denn nur diese gelte als ermächtigt, die zürcherischen Behörden beim Empfang gerichtlicher Sendungen zu vertreten. Da die Rekurseingabe jedoch erst am 16. Dezember 2009 der schweizerischen Post übergeben worden sei, sei sie nicht fristwährend erfolgt. Auch der vorgängigen Faxsendung komme keine fristwahrende Wirkung zu, da solche Eingaben nicht mit eigenhändiger Unterschrift versehen seien. Schliesslich sei auch keine Übergabe an eine schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung in Deutschland erfolgt. Damit sei der Rekurs verspätet, weshalb darauf unter Kostenfolgen zulasten der Beschwerdeführerin nicht einzutreten sei (KG act. 2 S. 3, Erw. 3-4 m.Hinw. auf ZR 96 Nr. 121, ZR 95 Nr. 38 und BGE 121 II 254).

3.a) Die Beschwerdeführerin rügt gestützt auf § 281 Ziff. 1-3 ZPO, der angefochtene Entscheid beruhe zu ihrem Nachteil auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme und auf der Verletzung klaren materiellen Rechts (KG act. 1 S. 4/5). Der Sache nach macht sie geltend, den Rekurs entgegen vorinstanzlicher

Auffassung rechtzeitig erhoben zu haben (KG act. 1 S. 4 ff.). Damit wirft sie der Vorinstanz vor, die Vorschriften über die Wahrung von (auch Rechtsmittel-)Fristen verletzt zu haben. Zugleich sieht sie im vorinstanzlichen Vorgehen eine Missachtung ihrer Ansprüche auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren sowie des Willkürverbots (KG act. 1 S. 5 [Ziff. 1] und 7 [Ziff. 3]).

b) Im Einzelnen wendet die Beschwerdeführerin zunächst ein, die Rekursfrist habe nicht bereits mit der Zustellung des erstinstanzlichen Zwischenbeschlusses an die von ihr bezeichnete Zustellungsempfängerin in der Schweiz, sondern erst mit dessen effektivem Zugang bei ihrem Rechtsvertreter am 8. Dezember 2009 zu laufen begonnen. Folglich habe die Rekursfrist erst am 18. Dezember 2009 geendet und sei jedenfalls durch die an diesem Datum bei der Vorinstanz eingetroffene Postsendung gewahrt worden (KG act. 1 S. 6, Ziff. 2).

Überdies sei der Lauf der Rekursfrist durch die am 14. Dezember 2009 per Telefax übermittelte Rekurschrift gewahrt worden. Wenn die Vorinstanz eine wirksame Rechtsmittelerhebung unter Benutzung moderner Kommunikationsmittel (vorliegend: Telefax) verneine, verstosse sie gegen das Willkürverbot und das Gebot des rechtlichen Gehörs. Die im angefochtenen Beschluss zur Begründung der gegenteiligen Ansicht angeführte Literatur und Rechtsprechung sei durch die Rechtsentwicklung überholt und auch nicht einschlägig. Das gelte insbesondere auch für BGE 121 II 252 ff. Dieser Entscheid betreffe nämlich ein Verwaltungsverfahren, beziehe sich auf eine seit langem überholte Literatur und zudem auf ein Verfahren, in dem die Rechtsmittelfrist 30 Tage (und nicht – wie hier – bloss zehn Tage) betragen habe. Im vorliegenden Fall laufe die Verweigerung der Zulassung einer fristwahrenden Rekurschrift mittels Telefax angesichts der kurzen Rekursfrist und des Umstands, dass die grenzüberschreitende Abwicklung der Korrespondenz über eine Zustellungsadresse in der Schweiz zu erfolgen habe, jedoch "auf eine Rechtsverweigerung insgesamt" hinaus (KG act. 1 S. 7, Ziff. 3/a).

Sodann verweist die Beschwerdeführerin auf die neueste Auflage des Kommentars Zöller zur deutschen ZPO und einen in der Beschwerdeschrift auszugsweise wörtlich zitierten Beschluss des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 5. April 2000 (BGHZ 140, S. 160 ff.), in dem Letzterer

in gebotener Deutlichkeit ausgeführt habe, dass die Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax und Computerfax in allen Gerichtszweigen uneingeschränkt zulässig sei – eine Rechtsprechung, die auch wiederholt durch das (deutsche) Bundesverfassungsgericht bestätigt worden sei. Diese dem Fortschritt auf dem Gebiete der Telekommunikation Rechnung tragenden Rechtsprechungsgrundsätze müssten erst recht gelten, wenn man den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr, die Grundsätze der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte nach dem BGFA und dem AnwG, die bloss zehntägige Dauer der Rekursfrist sowie die Notwendigkeit der "Vermittlung" durch einen Zustellungsempfänger mitberücksichtige (KG act. 1 S. 8 f., Ziff. 3/b).

Mit den übrigen Ausführungen in der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 3-4 [Ziff. I-III] und 9-10 [Ziff. V]) werden keine Nichtigkeitsgründe geltend gemacht bzw. keine rechtsgenügenden Rügen im Sinne von § 281 ZPO erhoben.

4. Die damit angerufenen Bestimmungen über Fristenlauf und -wahrung sowie das rechtliche Gehör (insbes. §§ 189 ff. GVG, § 56 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 1 und 2 BV und Art. 6 EMRK) gehören zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 26 und 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 23 zu § 56 ZPO, N 32 und 35 zu § 281 ZPO m.w.Hinw.). Folglich prüft das Kassationsgericht – im Rahmen der rechtsgenügend erhobenen Rügen (dazu § 288 ZPO und von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO) – frei, ob die behauptete Verletzung derselben vorliege (Spühler/Vock, a.a.O., S. 75; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO). Dabei erstreckt sich die freie Kognition auch auf Tatfragen und (auch bundesrechtlich geregelte) materiellrechtliche Vorfragen (RB 1987 Nr. 46 und 47; Kuhn/Nietlispach, Bundesrechtsmittel und kantonale Rechtsmittel – Die Perspektiven kantonaler Gerichte am Beispiel des Kantons Zürich, ZZZ 2008/09, S. 300 m.w.Hinw. in Anm. 13); die gesonderte Anrufung von § 281 Ziff. 2 und 3 ZPO ist in diesem Zusammenhang somit entbehrlich. Im Übrigen steht der materiellen Beurteilung der erhobenen Einwände auch § 285 ZPO nicht entgegen, ist gemäss

Abs. 2 Satz 2 dieser Vorschrift die Rüge der Verletzung von Art. 29 BV und Art. 6 EMRK im Kassationsverfahren doch stets zulässig.

5.a) Nach herrschender Lehre und Praxis gilt im internationalen Zivilprozessrecht der (ungeschriebene) Grundsatz, dass sich prozess- bzw. verfahrensrechtliche Fragen nach der *lex fori processualis* beurteilen. Das befasste Gericht wendet mit anderen Worten (nur) sein eigenes Prozessrecht an (vgl. Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 645; Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2006, S. 186; Keller/Girsberger, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2004, N 33 zu Art. 15 IPRG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Einführung N 33; Spühler/Meyer, Einführung ins internationale Zivilprozessrecht, Zürich 2001, S. 22; s.a. Meier, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2005, S. 58). (Von den diesbezüglichen Ausnahmen liegt in casu keine vor.) Die (verfahrensrechtliche) Frage der Wahrung einer Rechtsmittelfrist entscheidet sich somit nach hiesigem (schweizerischem) Recht.

Weiter handelt es sich bei der zur Beurteilung stehenden Rekursfrist um eine (Rechtsmittel-)Frist des kantonal-zürcherischen (Prozess-)Rechts. Deren Einhaltung richtet sich deshalb nicht nach ausländischen oder bundesrechtlichen (eidgenössischen), sondern (allein) nach den kantonalen Vorschriften (insbes. §§ 189 ff. GVG; s.a. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 3 ff. Vorbem. zu §§ 189 ff. GVG; BGer 4A_143/2009 vom 2.6.2009) und der dazu entwickelten Praxis. Vorbehalten sind selbstverständlich allfällige bundes(verfassungs)- oder völkerrechtliche Minimalgarantien. Von vornherein ohne Relevanz sind dagegen die entsprechenden Vorschriften (zur Wahrung von Fristen resp. zur rechtlichen Behandlung von Telefax-Eingaben) des deutschen Prozessrechts und die dazu ergangene Rechtsprechung der deutschen Gerichte. Deshalb gehen die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Rechtslage nach deutschem Recht von vornherein an der Sache vorbei. Insbesondere kann die Beschwerdeführerin allein aus dem Umstand, dass in Deutschland (auf der Grundlage des deutschen Rechts) Eingaben an Gerichte per Telefax (gewöhnheitsrechtlich) zulässig sind (vgl. KG act. 1 S. 8), nichts zu ih-

ren Gunsten ableiten (s.a. BGer 4A_83/2008 vom 11.4.2008, Erw. 2.3). Gleiches gilt, soweit die Beschwerdeführerin ihre Einwände unter Hinweis auf andere zum deutschen Zivilprozessrecht entwickelte Grundsätze begründet (so insbes. KG act. 1 S. 5, Ziff. 1).

b) Nach dem einschlägigen kantonal-zürcherischen Recht gelten bezüglich der Fristwahrung folgende für die Beurteilung des vorliegenden Falls massgeblichen Grundsätze:

aa) Gemäss § 276 Abs. 1 ZPO ist der Rekurs innert zehn Tagen seit der (ordnungsgemässen) schriftlichen Mitteilung des anzufechtenden Entscheids einzureichen. Dabei wird der Tag der Eröffnung einer Frist oder der Tag der Mitteilung eines Entscheids – anders als Samstag und öffentliche Ruhetage während laufender Frist – bei der Fristberechnung nicht mitgezählt (§§ 191 und 192 GVG). Bezüglich des Zustellungsadressaten sieht § 187 Abs. 1 in Verbindung mit § 176 Abs. 1 GVG weiter vor, dass, wenn die Partei einen Vertreter hat, der Entscheid diesem zugestellt wird; dementsprechend beginnt eine (insbesondere Rechtsmittel-)Frist, die durch die Mitteilung des Entscheids ausgelöst wird, mit der ordnungsgemässen Zustellung an den Vertreter zu laufen (s.a. Hauser/Schweri, a.a.O., N 5 zu § 176 GVG, N 5 [und 7] zu § 187 GVG). Dabei ist unter dem Begriff "Vertreter" im Sinne von § 176 GVG jeder Vertreter zu verstehen, d.h. insbesondere auch der nach § 29 oder § 30 ZPO bestellte Rechtsvertreter oder Zustellungsempfänger (Hauser/Schweri, a.a.O., N 1 f. zu § 176 GVG; vgl. zur Rechtsfigur des Zustellungsempfängers nachstehende lit. bb).

bb) Sind Zustellungen an eine Partei im Inland nicht möglich, weil der gesetzlich vorgesehene Zustellungsadressat (d.h. die Partei oder – falls ein solcher existiert – ihr Vertreter) keine inländische Adresse hat, kann die betreffende Partei verpflichtet werden, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen (§ 30 Satz 1 ZPO). Mit dieser Massnahme, die als solche im Übrigen nicht gegen übergeordnetes Recht verstösst (vgl. RB 2008 Nr. 50; Kass.-Nr. AA070095 vom 27.9.2007 i.S. H.c.H., Erw. II/3; Kass.-Nr. 237/87 vom 30.5.1998 i.S. G.c.G., Erw. II), soll in Nachachtung des Beschleunigungsgebots (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 1 BV, § 53 Abs. 1 ZPO) vermieden werden, dass für jede gerichtliche Zustel-

lung innerhalb eines Prozesses das zeitraubende Verfahren der rechtshilfweisen Zustellung ins Ausland (vgl. § 178 GVG) durchgeführt werden muss.

Der gemäss § 30 Satz 1 ZPO bezeichnete Zustellungsempfänger in der Schweiz ist – wie auch aus der Marginalie zu den §§ 29 ff. ZPO ("Vertretung") erhellt – (nur, aber immerhin) *passiver Vertreter* des eigentlichen Zustellungsadressaten, d.h. der in der Schweiz nicht erreichbaren Partei oder – gegebenenfalls – ihres hierzulande nicht erreichbaren Vertreters (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 30 ZPO). Somit nimmt er die gestützt auf § 30 ZPO an ihn adressierten Zustellungen in (passiver) Vertretung, d.h. im Namen der Partei oder ihres Prozessvertreters entgegen (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. A., Bern 2009, Rz 40.14), wobei diese Entgegennahme – dem Wesen der Stellvertretung entsprechend – der (passiv) vertretenen Person wie eine eigene Empfangnahme angerechnet wird bzw. die Rechtswirkungen dieser Entgegennahme direkt in der Person des (passiv) Vertretenen eintreten (RB 1978 Nr. 15; vgl. zum Ganzen auch Gauch/Schluop/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. A., Bern 2008, Rz 1313-1315 und 1358 f.; insoweit stimmt die hiesige Rechtslage mit der Regelung von § 164 Abs. 3 dBGB überein). Damit gilt die Aushändigung der gerichtlichen Sendung an den von der Partei bezeichneten inländischen Zustellungsempfänger als rechtswirksame Zustellung (s.a. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, S. 600; Zäch, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/1/2/2, Bern 1990, N 3 Vorbem. zu Art. 32-40 OR; Watter/Schneller, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 5 und 26 zu Art. 32 OR). Das wiederum hat zur Folge, dass Fristen, die mit der Mitteilung bzw. Zustellung eines Entscheids ausgelöst werden, unabhängig vom Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme des Entscheids durch die (passiv) vertretene Person bereits mit der Entgegennahme durch den Zustellungsempfänger zu laufen beginnen. Diesfalls ist es Aufgabe der betreffenden, im Ausland wohnhaften Partei oder ihres im Ausland domizilierten Vertreters, dafür zu sorgen, dass der Zustellungsempfänger in der Schweiz die gerichtliche Sendung umgehend (allenfalls durch Vorabübermittlung per Telefon, Fax oder E-Mail) an sie weiterleitet, so dass sie – gerade bei fristauslösenden Sendungen – innert nützlicher Frist davon Kenntnis

erhält und die Möglichkeit hat, eine angesetzte Frist zu wahren (RB 2007 Nr. 51). Ist eine Fristwahrung – zumal wegen der kurzen Dauer der ausgelösten Frist – ohne grobes Verschulden der Partei nicht möglich, steht zur Abwendung der Säumnisfolgen die Fristwiederherstellung nach § 199 GVG offen. Beim Rekurs gewährt § 276 Abs. 3 ZPO überdies die Möglichkeit, aus zureichenden Gründen, zu denen die in der Beschwerde genannten Umstände (grenzüberschreitende Übermittlung über einen Zustellungsempfänger und daraus folgende faktische Verkürzung der Frist) durchaus gezählt werden können, die Frist zur Ergänzung der Rekursbegründung zu erstrecken.

Aus Sinn und Zweck des Instituts des inländischen Zustellungsempfängers und den Randtiteln zu §§ 29 ff. ZPO bzw. der systematischen Stellung von § 30 ZPO, welche die zuletzt genannte Vorschrift als der allgemeinen Bestimmung von § 29 ZPO vorgehende *lex specialis* erscheinen lassen, folgt selbstredend, dass in Fällen der vorliegenden Art, in denen eine Partei sowohl einen Vertreter (mit ausländischer Anschrift) im Sinne von § 29 Abs. 1 ZPO bestellt als auch – auf gerichtliche Aufforderung hin – einen Zustellungsempfänger nach § 30 ZPO bezeichnet hat, mit dem Begriff "Vertreter" in § 176 GVG (in Verbindung mit § 187 Abs. 1 GVG) einzig der Zustellungsempfänger gemeint sein kann (s.a. Hauser/Schweri, a.a.O., N 1 f. zu § 176 ZPO). Es reicht für eine rechtswirksame Zustellung somit aus, die gerichtliche Urkunde dem inländischen Zustellungsempfänger zuzustellen; eine zusätzliche Zustellung an den eigentlichen (ausländischen) Prozessvertreter (im Sinne von § 29 ZPO) ist entgegen beschwerdeführerischer Ansicht (KG act. 1 S. 6) nicht erforderlich. Daran ändert auch der (hier unbestrittene) Umstand nichts, dass der nach § 29 Abs. 1 ZPO mandatierte Rechtsvertreter gemäss den Bestimmungen des BGFA zur Vertretung der betreffenden Prozesspartei vor den schweizerischen Gerichtsbehörden befugt ist. Denn allein die Bestellung eines vom BGFA erfassten, in einem EU-Mitgliedstaat domizilierten bzw. zugelassenen Rechtsvertreters schränkt weder die Anwendbarkeit von § 30 ZPO noch der hiesigen Vorschriften über die Wahrung von Fristen in irgendeiner Weise ein (insoweit unzutreffend KG act. 1 S. 6; s.a. BGer 4A_83/2008 vom 11.4.2008, Erw. 2.2).

cc) Mit Bezug auf die Fristwahrung bestimmt § 193 GVG sodann, dass eine Handlung (wie die Rekurerhebung) rechtzeitig erfolgt, wenn sie vor Ablauf der Frist vorgenommen wird. Schriftliche Eingaben (wie beispielsweise auch die Rekursschrift; vgl. § 276 Abs. 1 ZPO) müssen spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangt oder für sie der schweizerischen Post übergeben sein. Aus dem insoweit klaren Wortlaut folgt, dass die Frist bei Absendung im Ausland durch Übergabe an die ausländische Post nicht gewahrt wird; vielmehr kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem die Sendung in den Besitz der schweizerischen Post gelangt ist (Hauser/Schweri, a.a.O., N 5 und 7 zu § 193 GVG m.w.Hinw.). Ferner sind Eingaben rechtzeitig, wenn sie am letzten Tag der Frist bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung eintreffen (was vorliegend allerdings nicht weiter von Interesse ist; s.a. Art. 12 IPRG).

dd) In formeller Hinsicht verlangt § 131 Abs. 1 GVG, dass schriftliche Eingaben zu unterzeichnen, d.h. mit einer eigenhändigen (Original-)Unterschrift zu versehen sind (vgl. Art. 13 und 14 Abs. 1 OR). Das gilt insbesondere auch für den Rekurs, welcher gemäss § 276 Abs. 1 ZPO schriftlich einzureichen ist. Dabei handelt es sich um ein Gültigkeitserfordernis. Dementsprechend stellt eine (auch Rechtsmittel-)Eingabe per Telefax (bei bestehendem Schriftlichkeitserfordernis) keine rechtswirksame Rechts- bzw. Prozesshandlung (insbesondere Rechtsmittelerhebung) dar, weil es ihr an der erforderlichen Original-Unterschrift fehlt (Hauser/Schweri, a.a.O., N 1 f. zu § 131 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Anhang II, N 3 zu § 131 GVG; Frank, Ergänzungsband zu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Zürich 2000, N 2 zu § 131 GVG; ZR 95 Nr. 38; 96 Nr. 121, Erw. II/3/c; s.a. Staehelin, Die neuen elektronischen Medien im Zivilprozess, in: Schwander/Stoffel [Hrsg.], Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 98). Gemäss zürcherischer Praxis kann Letztere bei fristgebundenen Eingaben allerdings bis zum Ablauf der Frist nachgebracht werden. Hingegen verneint die herrschende Rechtsprechung eine Pflicht des Gerichts, der sich des Telefaxes bedienenden Partei in Anwendung von § 131 Abs. 2 GVG eine über die ursprüngliche Frist hinausgehende Nachfrist anzusetzen, um den Mangel zu beseitigen, d.h. eine Original-Unterschrift nachzubringen (a.M. immerhin AJP 1992, S. 1181 f.). Begründet wird diese einschränkende Auslegung von § 131 Abs. 2 GVG mit dem Argument, dass es

sich bei genannter Vorschrift um eine Ausnahmebestimmung für den Fall handle, dass die (Original-)Unterzeichnung versehentlich oder in Unkenntnis der Rechtslage unterblieben sei, was bei einer Telefax-Eingabe, die im vollen Bewusstsein um den Mangel fehlender Original-Unterschrift übermittelt werde, nicht zutreffe (ZR 95 Nr. 38, Erw. 8; 96 Nr. 121, Erw. II/3/c). Deshalb kann eine Telefax-Eingabe nach herrschender Praxis unbeachtet bleiben oder – falls es sich um ein Rechtsmittel handelt – ohne Weiterungen durch Nichteintreten erledigt werden, wenn eine Verbesserung durch Nachbringen der Original-Unterschrift innert gebotener (Rechtsmittel-)Frist nicht möglich ist; andernfalls hat die Behörde die betreffende Partei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO, Art. 9 BV) auf den Mangel aufmerksam zu machen und ihr so die Verbesserung ihrer Eingabe bzw. die Beseitigung des Mangels innert noch laufender Frist zu ermöglichen (Hauser/Schweri, a.a.O., N 4 f. und 17 zu § 131 GVG m.w.Hinw.; Frank, a.a.O., N 2 zu § 131 GVG).

Die Auffassung, wonach eine Eingabe per Telefax keine rechtsgültig unterzeichnete schriftliche Eingabe darstellt und auch keine Pflicht zur Nachfristsetzung begründet, entspricht nicht nur gefestigter Praxis zum vorliegend massgeblichen kantonal-zürcherischen Prozessrecht (und zum Recht anderer Kantone), sondern auch zu den entsprechenden Vorschriften des (früheren und aktuell in Kraft stehenden) Bundesrechts (vgl. Pra 1992 Nr. 26, Erw. 1; BGE 121 II 252 ff. = Pra 1996 Nr. 147 m.w.Hinw.; für die Rechtslage unter dem am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bundesgesetz über das Bundesgericht [BGG] statt vieler BGer 4A_258/2008 vom 7.10.2008, Erw. 2; 2C_754/2008 vom 23.12.2008, Erw. 2.1, abgedruckt in SZPP 2009, S. 154 ff., und insbes. auch BGer 9C_739/2007 vom 28.11.2007, Erw. 1). Insbesondere hat das Bundesgericht auch mit Bezug auf Art. 42 BGG ausdrücklich an der unter dem aufgehobenen Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) entwickelten Praxis gemäss BGE 121 II 252 ff. festgehalten. Im Übrigen wird es (auch) unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft tretenden eidgenössischen Zivilprozessordnung, welche die kantonalen Prozessrechte ablösen und das Prozessrecht für die ganze Schweiz vereinheitlichen wird, der Praxis überlassen bleiben, über die Frage zu entscheiden, ob Telefax-Eingaben den Voraussetzungen der Schriftlichkeit ent-

sprechen (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7306; Bornatico, Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 4 zu Art. 130 ZPO/CH; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, § 17 N 3).

ee) Ungeachtet ihrer langjährigen Dauer und einheitlichen Befolgung vermag die herrschende Praxis, welche § 131 Abs. 2 GVG bei Telefax-Eingaben nicht bzw. nur beschränkt anwenden will, nicht länger zu überzeugen. Vielmehr sprechen bei genauerer Prüfung gewichtige Gründe dafür, dass sie nicht mehr einer zeitgemässen Auslegung der Vorschrift entspricht, weshalb sich eine Praxisänderung aufdrängt.

aaa) Ausgangspunkt für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit einer Zustellung per Telefax sind die §§ 131 und 193 GVG. Gemäss der letzteren Bestimmung sind fristgebundene schriftliche Eingaben u.a. dann rechtzeitig, wenn sie spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangt sind. Gemäss § 131 Abs. 1 GVG muss die schriftliche Eingabe unterzeichnet sein. Ist eine per Telefax übermittelte Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangt, so genügt dies den Anforderungen von § 193 GVG. Eine solcherart übermittelte Eingabe ist auch eine schriftliche Eingabe. Hingegen ist das Erfordernis der Unterzeichnung gemäss § 131 Abs. 1 GVG nicht erfüllt, da die Eingabe keine eigenhändige Original-Unterschrift trägt. (Nur) insofern genügt sie den gesetzlichen Anforderungen an eine schriftliche Eingabe nicht.

Damit stellt sich die Frage, ob die fehlende Original-Unterschrift ein verbesserlicher Mangel im Sinn von § 131 Abs. 2 GVG sei. Wie dargelegt (Erw. dd) verneint die bisherige Rechtsprechung dies unter Hinweis darauf, dass es sich bei der genannten Vorschrift um eine Ausnahmerebestimmung für den Fall handle, dass die eigenhändige Unterzeichnung versehentlich oder in Unkenntnis der Rechtslage unterblieben sei. Diese Rechtsprechung ist weder durch den Wortlaut der Bestimmung gedeckt noch entspricht sie einer zeitgemässen Auslegung unter Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen.

bbb) Gemäss § 131 Abs. 2 GVG wird zur Behebung eines Mangels Frist angesetzt, wenn die Eingabe den Anforderungen von Abs. 1 der Vorschrift nicht genügt. Aus dem Wortlaut der Bestimmung folgt, dass das Fehlen der (Original-) Unterschrift ein *heilbarer* Mangel ist. § 131 Abs. 2 GVG ist Ausfluss des das zürcherische Prozessrecht beherrschenden Bestrebens, die Verwirklichung des materiellen Rechtes so wenig wie möglich an der Verletzung von formalen Prozessvorschriften scheitern zu lassen (vgl. ZR 57 Nr. 10).

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist eine innert Frist ohne Unterschrift beim Gericht eingereichte Eingabe somit beachtlich, wenn die eigenhändige Unterschrift innert der gerichtlich anzusetzenden (Nach-)Frist nachgereicht wird. Das Gesetz unterscheidet nicht danach, ob die Eingabe überhaupt keine Unterschrift oder eine kodierte Unterschrift oder eine faksimilierte Unterschrift enthält. Eine Eingabe, die nur eine Faksimile-Unterschrift aufweist, ist genauso vom Wortlaut der Bestimmung gedeckt und damit mangelhaft im Sinn von § 131 Abs. 1 GVG wie eine überhaupt nicht unterzeichnete Eingabe: Sie liegt schriftlich vor, ist aber nicht eigenhändig unterzeichnet worden.

Der Gesetzestext bietet für die von der Rechtsprechung (insbesondere im Zusammenhang mit Telefax-Eingaben) geübte (bloss) einschränkende Anwendung von § 131 Abs. 2 GVG beim Fehlen der Original-Unterschrift (vgl. Hausser/Schweri, a.a.O., N 17 zu § 131 GVG) keine Anhaltspunkte. Sie ist auch durch keine prozessualen Erfordernisse gerechtfertigt. So wird in der Praxis einer Partei, die innert Frist per Post eine nicht unterzeichnete oder nur in fotokopierter Form (mit fotokopierter Unterschrift) vorgelegte Eingabe einreicht, ohne Weiteres Frist zur Behebung des Mangels angesetzt. Es leuchtet nicht ein, weshalb per Telefax versandte Eingaben anders behandelt werden sollten. Vielmehr handelt es sich hier wie dort um Eingaben, die in qualitativ identischer Art den Erfordernissen von § 131 Abs. 1 GVG nicht genügen und daher die prozessuale Rechtsfolge von § 131 Abs. 2 GVG auslösen müssen.

ccc) Die bisherige (kantonale) Rechtsprechung rechtfertigte die einschränkende Auslegung von § 131 Abs. 2 GVG unter Hinweis darauf, es könne nicht der Sinn der Bestimmung sein, dass in jedem Fall, in dem eine Eingabe per Telefax

eingereicht werde, eine Nachfrist zur Einreichung einer eigenhändig unterzeichneten Eingabe angesetzt werden müsse. Andernfalls würde die generelle Vorschrift der Original-Unterschrift nicht mehr gelten. Wäre generell eine kopierte Unterschrift entgegenzunehmen und immer mit einer Fristansetzung gemäss § 131 Abs. 2 GVG zu reagieren, so wäre dem Missbrauch des zur Milderung einer allzu formalistischen Härte vorgesehenen § 131 Abs. 2 GVG Tür und Tor geöffnet. Man könnte dann auf dem Weg der Übermittlung einer fristgebundenen Eingabe durch Telefax die Frist, innerhalb welcher man sich zur Klageerhebung oder für die Einlegung eines Rechtsmittels entscheiden müsste, immer mindestens um einige Tage hinausschieben, während welchen Gericht und Gegenpartei über das eigene Vorgehen im Unklaren gelassen werden könnten. Bei Eingaben aus dem Ausland in Fällen, in denen kein Zustellungsempfänger in der Schweiz bezeichnet worden sei, könne sich die Zeit der Ungewissheit unter Umständen über mehrere Monate erstrecken, weil zur Zustellung der Fristansetzung auf dem Weg der Rechtshilfe vorgegangen werden müsste (ZR 95 Nr. 38, Erw. 8).

Die bisherige Rechtsprechung hat es unterlassen, ihre durchaus beachtenswerten Gründe für eine restriktive Auslegung von § 131 Abs. 1 GVG gegen die Interessen des Antragstellers abzuwägen, der seine Eingabe – aus Versehen, aus Zeitnot oder aus anderen Gründen – per Telefax einreicht. Sind auf der einen Seite die Rechtssicherheit und das Erfordernis eines geordneten Prozessbetriebes in die Waagschale zu werfen, so geht es auf der anderen Seite um den grundlegenden Anspruch der Prozessparteien auf Rechtsschutz. Es erscheint als unverhältnismässig, einer Partei den Rechtsschutzanspruch zu versagen, weil sie das Gericht zwar rechtzeitig, aber formell mangelhaft angerufen hat. Weder die Rechtssicherheit noch das Erfordernis eines geordneten Prozessbetriebes fordern eine so weitgehende Sanktion des formell mangelhaften Vorgehens. Dies gilt insbesondere dort, wo – wie bei fristgebundenen Eingaben, insbesondere bei Rechtsmitteln – die Sanktion zu einem unwiederbringlichen Verlust des Rechtsschutzanspruches führt.

Das durchaus vorhandene Missbrauchspotential rechtfertigt die generelle Nichtzulassung von Eingaben per Telefax nicht. Ihm kann in ausgeprägt miss-

bräuchlichen Fällen durch die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben im Prozess begegnet werden (§ 50 Abs. 1 ZPO). In der Regel werden jedoch Eingaben aus nachvollziehbaren und damit entschuldbaren Gründen per Telefax versandt, weshalb die Anwendung von § 131 Abs. 2 GVG als angemessen erscheint. So fällt auf, dass von 18 Fällen, in denen das Bundesgericht (gestützt auf Art. 42 BGG) auf Beschwerden oder andere Eingaben nicht eintrat, weil sie per Telefax eingereicht worden waren, nicht weniger als 14 nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführer betrafen (BGer 5A_605/2010; 5A_157/2010; 5A_846/2008; 5A_830/2008; 4D_129/2009; 5A_687/2007; 5A_1/2007; 5A_551/2007; 5A_731/2007; 5A_96/2010; 5D_56/2007; 5A_461/2007; 5A_483/2007; 9C_739/2007; vgl. ferner auch BGer 5A_158/2009; 9C_361/2007; 2C_615/2007; 5D_118/2008); nur vier Fälle betrafen Anwälte im Ausland (9C_1008/2008; 2C_754/2008; 1C_295/2010) bzw. in der Schweiz (5A_274/2007). In weitaus den meisten Fällen ging es um Beschwerden von Patienten im fürsorgerischen Freiheitsentzug. Es ist angesichts der Verkehrsdurchsetzung des Telefax nicht weiter verwunderlich, dass solche Parteien in guten Treuen annehmen, es sei zulässig, Eingaben per Telefax einzureichen. Missbräuchliches Vorgehen ist nicht zu erkennen. Die strenge bisherige Rechtsprechung trifft daher ausgerechnet hilfsbedürftige Laien am meisten, bei denen die Kenntnis der formellen Anforderungen an Eingaben nicht vorausgesetzt werden kann.

Wenig wahrscheinlich ist, dass Parteien oder ihre Rechtsvertreter bewusst fristgebundene Eingaben durch Telefax einreichen, um die Frist, innerhalb welcher sie sich zur Klageerhebung oder Einlegung eines Rechtsmittels entscheiden müssten, um einige Tage hinauszuschieben und Gericht und Gegenpartei über ihr Vorgehen im Unklaren zu lassen. Dazu sind die Risiken einer Zustellung per Telefax zu hoch. Erreicht nämlich die Telefaxsendung das Gericht nicht innert der Frist, was nur schon deshalb möglich ist, weil der Apparat abgestellt sein oder eine Störung haben kann, so ist die Frist nicht gewahrt. Dies ergibt sich aus § 193 GVG, wonach die Eingabe innert gebotener Frist "an die Bestimmungsstelle gelangt ... sein" muss, was bei Übermittlung per Telefax nur dann der Fall ist, wenn sie vollständig und in lesbarer Form vor Mitternacht beim Gericht eintrifft. Folglich trägt der Absender das Risiko, dass sein Telefax innert der Frist verstümmelt,

verspätet oder gar nicht ankommt. Eine umsichtige Rechtsanwältin oder Partei wird ein solches Risiko nicht eingehen.

Sollten tatsächlich vereinzelt fristgebundene Eingaben aus missbräuchlichen Gründen per Telefax eingereicht werden, so rechtfertigen es solche Einzelfälle nicht, § 131 Abs. 2 GVG entgegen seinem Wortlaut einschränkend auszulegen und damit den Rechtsschutzanspruch von Parteien zu untergraben, die ihre Eingabe aus Zeitnot oder möglicherweise aus Nachlässigkeit, aber ohne missbräuchliche Absicht per Telefax einreichen. Unter den bisher bekannt gewordenen Fällen sind denn auch keine erkennbar, in denen die Zustellung per Telefax als eigentlicher Missbrauch erschienen wäre.

ddd) Das Bundesgericht rechtfertigt seine gleichermassen strenge Praxis (zu Art. 42 BGG) mit dem Argument, dass in Wirklichkeit mit einer Verlängerung der (Rechtsmittel-)Frist rechne und dadurch rechtsmissbräuchlich handle, wer in voller Kenntnis der fehlenden Unterschrift eine Rechtsschrift mittels Telefax einreiche und sich auf die Gewährung einer Nachfrist zur Behebung des Mangels verlasse (so BGer 9C_739/2007 vom 28.11.2007, Erw. 1.2). Dieses Argument überzeugt nicht. Wer eine unterschriebene Eingabe innert Frist per Telefax einreicht, hat die Eingabe innert Frist vollständig verfasst, unterzeichnet und dafür gesorgt, dass sie – wenn auch ohne Original-Unterschrift – innert Frist in lesbarer Form beim Gericht einging. Die angeblich angestrebte Verlängerung der Frist kann sich in einem solchen Fall weder auf den Inhalt der Eingabe noch auf deren Unterzeichnung und auch nicht auf deren Eingang beim Gericht beziehen, sondern lediglich auf die Postaufgabe. Darauf abzustellen erscheint im Licht der Bestimmung von § 131 Abs. 2 GVG, die im Hinblick auf die Beachtlichkeit einer Eingabe der Einreichung einer lesbaren Rechtsschrift den Vorrang vor deren eigenhändigen Unterzeichnung einräumt, als überspitzt formalistisch, zumal sich die Frist zur Behebung des Mangels (§ 131 Abs. 2 GVG) lediglich auf die Nachreichung der Unterschrift bezieht und eine inhaltliche Änderung, Erweiterung oder Vervollständigung der innert Frist beim Gericht (per Telefax) eingegangenen Eingabe ausgeschlossen ist.

In seinem Entscheid 121 II 252 S. 256 (zu Art. 52 VwVG) führt das Bundesgericht eine Reihe weiterer administrativer Unzulänglichkeiten zur Rechtfertigung seiner strengen Rechtsprechung an, welche ebenso wenig stichhaltig erscheinen. So trägt wie bereits dargelegt die Partei das Risiko, dass ihre per Telefax versandte Eingabe ankommt (§ 193 GVG; oben Erw. ccc). Gleiches gilt für die weitere vom Bundesgericht angeführte Unsicherheit, ob der infolge versehentlich falscher Nummernwahl einer unzuständigen Behörde übermittelte Telefax an die zuständige Behörde weiterzuleiten sei. Dies ist zudem ein Scheinproblem. Solche Fälle dürften kaum je vorkommen, weil es sich bei einer falsch gewählten Nummer in aller Regel um eine ungültige oder um die Nummer einer Privatperson handeln wird. In den seltenen Fällen, in denen tatsächlich eine unzuständige Behörde den Telefax erhält, richtet sich die Weiterleitungspflicht nach den einschlägigen prozessualen Bestimmungen; er ist also (nur) dann an die zuständige Behörde weiterzuleiten, wenn eine entsprechende Verfahrensbestimmung (wie § 194 Abs. 2 GVG) dies vorschreibt (was unter der Herrschaft der ZPO/CH nicht mehr der Fall sein wird). Dass ein geringfügiger administrativer Mehraufwand entsteht, weil das Gericht Parteien, die Eingaben per Telefax einreichen, zur Nachsendung des Originals auffordern muss, ist denkbar; doch wird sich der Mehraufwand in Grenzen halten, weil Anwälte das unterzeichnete Original in aller Regel von sich aus nachreichen werden und nicht anwaltlich vertretene und rechtsunkundige Parteien aller Voraussicht nach nicht öfters als heute Eingaben per Telefax einreichen werden. Zudem hat es das Gericht in der Hand, die Parteien mit der verfahrenseinleitenden Verfügung in einem Informationsblatt darüber zu informieren, dass Eingaben per Telefax den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen, sondern im Original ein- oder nachgereicht werden müssen, und dass die Parteien das Risiko des rechtzeitigen Eingangs der Sendung tragen. Dies wird vorsichtige Parteien in der Regel davon abhalten, Eingaben per Telefax einzureichen.

Insgesamt vermögen die geschilderten geringfügigen administrativen Unzulänglichkeiten das auf dem Spiel stehende Rechtsschutzinteresse der Partei, welche eine fristgebundene Eingabe per Telefax einreicht, nicht aufzuwiegen und

rechtfertigen es nicht, § 131 Abs. 2 GVG entgegen seinem Wortlaut einschränkend auszulegen.

eee) Aus diesen Gründen ist § 131 Abs. 2 GVG in Änderung der bisherigen Rechtsprechung auch auf Telefax-Eingaben anzuwenden, wie dies ein Teil der Lehre und Rechtsprechung bereits seit längerer Zeit fordert (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N 17 zu § 131 GVG; BG Affoltern, in: AJP 1992, S. 1181 f. [mit zustimmender Bemerkung von Kellerhals]; Forster, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2. A., Basel 1998, Rz 2.63, Anm. 247 [zu Art. 30 OG]; Staehelin, a.a.O., S. 99; Asylrekurskommission, in: VPB 1998 Nr. 13 [zu Art. 50 und 52 VwVG]; Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1998, Rz 608, 937 [zu Art. 52 VwVG]; kritisch gegenüber der herrschenden Praxis auch Merz, *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz*, Basel 2008, N 35 zu Art. 42 BGG). Dementsprechend ist dem Absender einer rechtzeitig beim Gericht eingegangenen Telefax-Eingabe eine (allenfalls auch über das Ende der ursprünglichen Frist hinausgehende) Nachfrist zur Behebung des Mangels, d.h. zur Nachreichung der Original-Unterschrift anzusetzen. Erst der unbenützte Ablauf dieser (Nach-)Frist führt zur Formungültigkeit der Eingabe. Die Pflicht zur Ansetzung einer Nachfrist entfällt nur dann, wenn der Absender den Mangel schon von sich aus behoben und ein im Original unterzeichnetes Exemplar seiner Eingabe nachgereicht hat. Diesfalls ist die innert Frist eingegangene Telefax-Eingabe im Verbund mit dem (allenfalls erst nach Fristablauf) nachgereichten Originalexemplar der Eingabe als rechtzeitig entgegenzunehmen. Die Behebung eines Mangels *vor* der bei heilbaren Mängeln obligatorischen Nachfristansetzung ist ohnehin rechtzeitig.

c) Im Lichte dieser Grundsätze präsentiert sich die Rechtslage im vorliegenden Fall wie folgt:

Der rekursweise angefochtene erstinstanzliche Zwischenbeschluss vom 1. Dezember 2009 wurde der von der Beschwerdeführerin bezeichneten Zustellungsempfängerin (im Sinne von § 30 ZPO) am 4. Dezember 2009 zugestellt (BG act. 29/1). Dementsprechend begann die Rekursfrist am 5. Dezember 2009 zu laufen und endete am 14. Dezember 2009. Bis zu diesem Zeitpunkt war die Re-

kursschrift nur (aber immerhin) per Telefax bei der Vorinstanz eingegangen (vgl. OG act. 2A und 2B), welche der Beschwerdeführerin in Anwendung von § 131 Abs. 2 GVG Frist zur Nachreichung der Original-Unterschrift hätte ansetzen müssen. Diese Pflicht entfiel indessen, nachdem die Beschwerdeführerin unverzüglich ein mit eigenhändiger (Original-)Unterschrift ihres Rechtsvertreters versehenes Exemplar der Rekurschrift nachgereicht (OG act. 2) und den Mangel so von sich aus behoben hatte. Damit erweist sich der Rekurs als rechtzeitig eingereicht.

Folglich hätte die Vorinstanz ihn als fristwährend entgegennehmen müssen. Indem sie dies nicht getan hat, sondern wegen Verspätung nicht auf ihn eingetreten ist, hat sie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt und den Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen (d.h. zur Anhandnahme des Rekurses) an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 291 ZPO).

III.

1. Gemäss der allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO, welche auch im Rechtsmittelverfahren gilt, sind die Gerichtskosten der mit ihrem (Rechtsmittel-)Antrag auf Abweisung der Beschwerde unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden Gerichtsgebühr (§ 2 Abs. 3 GGebV), die, ausgehend von einem (Verfahrens-)Streitwert von rund Fr. 40'000.--, nach § 4 Abs. 1 GGebV zu bemessen und gemäss § 4 Abs. 2 GGebV sowie – praxisgemäss – § 7 GGebV zu reduzieren ist (s.a. § 13 Abs. 1 und 2 GGebV).

2. Zudem ist die (für kostenpflichtig erklärte) Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin für die im Zusammenhang mit der Beschwerdeerhebung entstandenen Kosten und Umtriebe eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO). Deren Höhe ist im Rahmen der §§ 3 ff. AnwGebV (insbes. § 3 Abs. 1 und 2 AnwGebV in Verbindung mit § 8 AnwGebV und § 12 Abs. 1 und 3 AnwGebV) nach Ermessen festzusetzen (§ 69

ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69 ZPO und N 13 zu § 68 ZPO), wobei ein Mehrwertsteuerzusatz entfällt, nachdem die Beschwerdeführerin ihren Sitz im Ausland hat (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006; ZR 102 Nr. 25 a.E.).

3. Bei der Bemessung von Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung ist zu berücksichtigen, dass es sich beim vorliegenden Beschwerdeverfahren um eines von zwei identisch gelagerten Verfahren handelt (vgl. Kass.-Nr. AA100009), in denen je eine inhaltlich gleichlautende Beschwerde eingereicht wurde. Dadurch wurde sowohl der gerichtliche als auch der anwaltliche Aufwand für das einzelne Verfahren reduziert.

IV.

Der vorliegende (Rückweisungs-)Beschluss schliesst den Prozess (als solchen) nicht ab. Es handelt sich (in der Terminologie des BGG) somit um einen Zwischenentscheid (BGE 134 II 127, Erw. 1.3; 135 III 216, Erw. 1.2) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert rund Fr. 40'000.-- beträgt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG und BGE 133 III 648, Erw. 2.3). Damit – und weil der (bundesrechtliche) Rechtsweg gegen Zwischenentscheide dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel folgt (vgl. statt vieler BGer 5A_85/2007 vom 17.4.2007, Erw. 1.2; 5A_464/2007 vom 25.10.2007, Erw. 1.2; 5A_531/2007 vom 9.11.2007, Erw. 1.2; 5D_119/2007 vom 11.3.2008, Erw. 2.2; s.a. BGE 133 III 647 f., Erw. 2.2) – unterliegt er der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Er ist jedoch nur unter den Voraussetzungen von Art. 92/93 BGG selbstständig anfechtbar. Ob diese erfüllt sind, hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

V.

Den Parteien wird davon Kenntnis gegeben, dass eine Minderheit des Gerichts und der juristische Sekretär im Sinne von § 138 Abs. 4 GVG eine abweichende Ansicht zu Protokoll gegeben haben (vgl. KG act. 23 [s. Anhang]).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2009 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'400.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'600.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. (insbes. Art. 92/93) BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 40'132.90.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Beschwerdeführerin durch Zustellung an die Zustellungsempfängerin in der Schweiz), die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Q. (Proz.-Nr. CG090032), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

Abweichende Ansicht gemäss § 138 Abs. 4 GVG

Zwei Gerichtsmitglieder und der juristische Sekretär hätten die Beschwerde mit folgender Begründung (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin) abgewiesen:

Ab Seite 11, Erwägung II/5/b/dd:

dd) In formeller Hinsicht verlangt § 131 Abs. 1 GVG, dass schriftliche Eingaben zu unterzeichnen, d.h. mit einer eigenhändigen (Original-)Unterschrift zu versehen sind (vgl. Art. 13 und 14 Abs. 1 OR). Das gilt insbesondere auch für den Rekurs, welcher gemäss § 276 Abs. 1 ZPO schriftlich einzureichen ist. Dabei handelt es sich um ein Gültigkeitserfordernis. Dementsprechend stellt eine (auch Rechtsmittel-)Eingabe per Telefax (bei bestehendem Schriftlichkeitserfordernis) keine rechtswirksame Rechts- bzw. Prozesshandlung (insbesondere Rechtsmitteilerhebung) dar, weil es ihr an der erforderlichen Original-Unterschrift fehlt (Hauser/Schweri, a.a.O., N 1 f. zu § 131 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Anhang II, N 3 zu § 131 GVG; Frank, Ergänzungsband zu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Zürich 2000, N 2 zu § 131 GVG; ZR 95 Nr. 38; 96 Nr. 121, Erw. II/3/c; s.a. Staehelin, Die neuen elektronischen Medien im Zivilprozess, in: Schwander/Stoffel [Hrsg.], Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 98). Gemäss zürcherischer Praxis kann Letztere bei fristgebundenen Eingaben allerdings bis zum Ablauf der Frist nachgebracht werden. Hingegen verneint die herrschende Rechtsprechung eine Pflicht des Gerichts, der sich des Telefaxes bedienenden Partei in Anwendung von § 131 Abs. 2 GVG eine über die ursprüngliche Frist hinausgehende Nachfrist anzusetzen, um den Mangel zu beseitigen, d.h. eine Original-Unterschrift nachzubringen (a.M. immerhin AJP 1992, S. 1181 f.). Begründet wird diese einschränkende Auslegung von § 131 Abs. 2 GVG mit dem Argument, dass es sich bei genannter Vorschrift um eine Ausnahmebestimmung für den Fall handle, dass die (Original-)Unterzeichnung versehentlich oder in Unkenntnis der Rechtslage unterblieben sei, was bei einer Telefax-Eingabe, die im vollen Bewusstsein um den Mangel fehlender Original-Unterschrift übermittelt werde, nicht zutreffe (ZR 95 Nr. 38, Erw. 8; 96 Nr. 121, Erw. II/3/c). Deshalb kann eine Telefax-Einga-

be nach herrschender Praxis unbeachtet bleiben oder – falls es sich um ein Rechtsmittel handelt – ohne Weiterungen durch Nichteintreten erledigt werden, wenn eine Verbesserung durch Nachbringen der Original-Unterschrift innert gebotener (Rechtsmittel-)Frist nicht möglich ist; andernfalls hat die Behörde die betreffende Partei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO, Art. 9 BV) auf den Mangel aufmerksam zu machen und ihr so die Verbesserung ihrer Eingabe bzw. die Beseitigung des Mangels innert noch laufender Frist zu ermöglichen (Hauser/Schweri, a.a.O., N 4 f. und 17 zu § 131 GVG m.w.Hinw.; Frank, a.a.O., N 2 zu § 131 GVG).

Die Auffassung, wonach eine Eingabe per Telefax keine rechtsgültig unterzeichnete schriftliche Eingabe darstellt und auch keine Pflicht zur Nachfristansetzung (über die zu wahrende Frist hinaus) begründet, entspricht im Übrigen nicht nur gefestigter Praxis zum vorliegend massgeblichen kantonal-zürcherischen Prozessrecht (und zum Recht anderer Kantone), sondern auch zu den entsprechenden Vorschriften des (früheren und aktuell in Kraft stehenden) Bundesrechts (vgl. Pra 1992 Nr. 26, Erw. 1; BGE 121 II 252 ff. = Pra 1996 Nr. 147 m.w.Hinw. [wo ausdrücklich auf die abweichende Rechtslage in Deutschland bzw. darauf hingewiesen wird, dass dort Eingaben per Telefax zulässig sind]; für die Rechtslage unter dem am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bundesgesetz über das Bundesgericht [BGG] statt vieler BGer 4A_258/2008 vom 7.10.2008, Erw. 2; 2C_754/2008 vom 23.12.2008, Erw. 2.1, abgedruckt in SZPP 2009, S. 154 ff. [betreffend eine von einer in Deutschland praktizierenden Rechtsanwältin ebenfalls am letzten Tag der laufenden Beschwerdefrist per Telefax eingereichte, gleichentags im Original der deutschen Post übergebene und erst tags darauf in den Besitz der schweizerischen Post gelangte Beschwerde ans Bundesgericht], und insbes. auch BGer 9C_739/2007 vom 28.11.2007, Erw. 1). Insbesondere hat das Bundesgericht auch mit Bezug auf Art. 42 BGG, welche Vorschrift gemäss ihrer systematischen Stellung im 2. Kapitel ("Allgemeine Verfahrensbestimmungen") des Gesetzes für alle im BGG vorgesehenen Verfahrensarten (und damit auch für Beschwerden in *Zivilsachen*) und ohne Rücksicht auf die unterschiedlich langen (und damit auch für *zehntägige*) Beschwerdefristen (vgl. Art. 100 Abs. 1-4 BGG) gilt, ausdrücklich an der Praxis gemäss BGE 121 II 252 ff. festgehalten, die unter

dem aufgehobenen Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) entwickelt wurde. Damit ist aber auch der beschwerdeführerische Einwand, dieser zur Stützung der vorinstanzlichen Ansicht zitierte höchstrichterliche Entscheidung sei nicht (mehr) einschlägig, widerlegt (s.a. Amstutz/Arnold, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 35 zu Art. 42 BGG und N 6 zu Art. 48 BGG; Steinmann, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2008, N 16 zu Art. 29 BV; Walther, Die Digitalisierung des Rechts, recht 2000, S. 2, Anm. 8; kritisch immerhin Gemar, Rechtliche Aspekte moderner Telekommunikation, recht 1996, S. 94 ff.; Staehelin, a.a.O., S. 98 f.; Schwenger, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 14 zu Art. 13 OR). Im Übrigen wird es (auch) unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft tretenden eidgenössischen Zivilprozessordnung, welche die kantonalen Prozessrechte ablösen und das Prozessrecht für die ganze Schweiz vereinheitlichen wird, der Praxis überlassen bleiben, über die Frage zu entscheiden, ob Telefax-Eingaben den Voraussetzungen der Schriftlichkeit entsprechen (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7306; Bornatico, Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 4 zu Art. 130 ZPO/CH; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, § 17 N 3). Auch darin zeigt sich deutlich, dass sich nicht nur bezüglich des zürcherischen Prozessrechts, sondern auch in der übrigen Schweiz – anders als in Deutschland – kein Gewohnheitsrecht im Sinne der Zulässigkeit von Telefax-Eingaben gebildet hat.

ee) Ungeachtet ihrer langjährigen Dauer und einheitlichen Befolgung kann man sich fragen, ob die herrschende Praxis, die § 131 Abs. 2 GVG bei Telefax-Eingaben nicht bzw. nur beschränkt anwenden will, noch zu überzeugen vermöge. Denn bei genauerer Prüfung lassen sich durchaus gewichtige Gründe anführen, welche sie als nicht mehr zeitgemäss erscheinen lassen könnten. Diese Argumente werden in den Erwägungen II/5/b/dd/aaa-ddd des (Mehrheits-)Entscheids ausführlich dargelegt. Darauf kann verwiesen werden.

Gegen eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung, die (schweizweit) beinahe axiomatischen Status erlangt hat, spricht neben den in den Präjudizien angeführten Gründen (vgl. insbes. ZR 95 Nr. 38) jedoch vor allem der Grundsatz der Rechtssicherheit, dem gerade im Zusammenhang mit Praxisänderungen eine zentrale Bedeutung zukommt. Danach ist eine Praxisänderung nur zulässig, wenn sie in genereller Weise, d.h. für alle künftigen Fälle erfolgt und sich auf ernsthafte sachliche Gründe stützen kann, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die als nicht mehr richtig erkannte bisherige Praxis befolgt wurde (BGE 133 III 338, Erw. 2.3; 134 III 360, Erw. 3.2; 135 I 82, Erw. 3; Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz 768 f.; Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, in: Thürer/Aubert/Müller [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 41 Rz 19; Rhinow/Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., Basel 2009, Rz 1883; Müller/Schefer, Grundrechte der Schweiz, 4. A., Bern 2008, S. 675; Müller, Rechtsgleichheit, Kommentar zu Art. 4 BV [Überarbeitung 1995], Basel/Zürich/Bern 1995, N 42 f. zu Art. 4 [a]BV). Das Interesse an der neuen, als richtig erkannten Rechtsanwendung muss die auf dem Spiele stehenden gegenläufigen Rechtssicherheitsinteressen überwiegen (Kiener/Kälin, Grundrechte, Bern 2007, S. 353; Müller, a.a.O., N 42 zu Art. 4 [a]BV). Dieser Aspekt blieb bei der Interessenabwägung im (Mehrheits-)Entscheid zu Unrecht vollends unberücksichtigt.

Dabei ist zunächst im Auge zu behalten, dass sich die Praxisänderung ausschliesslich auf die Auslegung von § 131 GVG beziehen könnte, dreht sich die Beschwerde doch einzig um dessen richtige Anwendung. Diese Vorschrift wird mit der Inkraftsetzung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO/CH) aber per 1. Januar 2011 aufgehoben; danach wird die Frage der Rechtsgültigkeit von Telefax-Eingaben bei kantonalen Gerichten (in Angelegenheiten gemäss Art. 1 ZPO/CH) durch die eidgenössische ZPO geregelt werden, über deren richtige Anwendung dannzumal (in letzter Instanz) das Bundesgericht zu entscheiden haben wird (Art. 95 lit. a BGG). Eine Praxisänderung beträfe mithin die Anwendung einer bereits in nächster Zukunft nicht mehr existenten, nur noch übergangsrechtlich relevanten Vorschrift und hätte deshalb von vornherein nur sehr beschränkte zeitliche und sachliche Bedeutung. In Anbetracht des bevorstehenden Wechsels

der Rechtsgrundlagen (GVG einerseits, ZPO/CH andererseits) ist überdies höchst zweifelhaft, ob sie (im Ergebnis) für alle künftigen Fälle gelten würde, d.h. ob – konkret – gestützt auf die geänderte Praxis rechtzeitig eingehende Telefax-Eingaben in Zukunft generell als zulässig (aber verbesserungsbedürftig und -fähig) betrachtet würden.

So verlangt die inskünftig einschlägige Bestimmung von Art. 130 Abs. 1 ZPO/CH, dass (elektronisch oder in Papierform eingereichte) Eingaben zu unterzeichnen sind, wobei Mängel wie fehlende Unterschrift innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern sind (Art. 132 Abs. 1 ZPO/CH). Damit übernimmt die ZPO/CH für das Verfahren vor den kantonalen Instanzen die auch für das Verfahren vor Bundesgericht geltende Regelung von Art. 42 Abs. 1 und 5 BGG (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, N 1 zu Art. 130 ZPO/CH). (Die Unterschiede in den Formulierungen von Art. 42 BGG und Art. 130/132 ZPO/CH sind lediglich redaktioneller Natur.) Angesichts der inhaltlichen Übereinstimmung dieser Vorschriften und der ständigen, gefestigten und apodiktisch anmutenden höchstrichterlichen Praxis zu Art. 42 BGG, welche Telefax-Eingaben an das *Bundesgericht* als unzulässig erachtet und – trotz Art. 42 Abs. 5 BGG – eine Verbesserungsmöglichkeit nach Fristablauf ausschliesst (vgl. BGer 9C_739/2007 vom 28.11.2007, Erw. 1; s.a. vorne, lit. dd), bestehen zumindest aus heutiger Sicht kaum ernsthafte Zweifel, dass das Bundesgericht Art. 130 ZPO/CH in dem Sinne auslegen wird, dass Telefax-Eingaben auch vor *kantonalen* Gerichten unzulässig sind. Darauf weisen auch die unmissverständlichen Formulierungen in den bundesgerichtlichen Entscheiden (im Zusammenhang mit Art. 42 BGG bzw. Beschwerden, die per Telefax eingingen) hin, wonach Beschwerden nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Formen, d.h. durch Übergabe an das Gericht oder an die Schweizerische Post (Art. 48 Abs. 1 BGG) oder aber durch elektronische Eingabe mit anerkannter elektronischer Signatur (im Sinne von Art. 42 Abs. 4 BGG) erhoben werden können und Eingaben per Telefax somit unzulässig seien (vgl. z.B. BGer 5A_687/2007 vom 23.11.2007 ["offensichtlich unzulässig"]; 5A_1/2007 vom 12.1.2007 ["zum vornherein ungültig"]; 5A_551/2007 vom 7.11.2007 ["zum Vornherein unzulässig"]; 5D_56/2007 vom 13.6.2007; 5A_731/2007 vom 28.1.2008; 9C_1008/2008 vom 5.1.2009;

5A_830/2008 vom 26.1.2009; 5A_846/2008 vom 26.1.2009; 5A_96/2010 vom 4.2.2010; 5A_157/2010 vom 3.3.2010; 5A_605/2010 vom 7.10.2010). Vor diesem Hintergrund ist nach heutigem Diskussionsstand (realistischerweise) zu erwarten, dass die neue Praxis im Ergebnis (im Rahmen der Anwendung von Art. 130/132 ZPO/CH) schon nach kurzer Zeit wieder rückgängig gemacht würde. Sie dürfte sich daher kaum als für alle künftigen Fälle geltende neue Praxis etablieren können.

Zudem würde eine Praxisänderung (bezüglich § 131 GVG) wohl zu Missverständnissen führen: Sie könnte Prozessparteien einerseits zur Meinung verleiten, Telefax-Eingaben seien (zumindest im Kanton Zürich) nunmehr generell zulässig, obwohl dies für Verfahren, die unter der Herrschaft der ZPO/CH geführt werden (d.h. für sämtliche nach dem 1. Januar 2011 eingeleiteten [auch Rechtsmittel-] Verfahren), nach dem Gesagten kaum zutreffen dürfte. Insoweit wäre eine Praxisänderung geeignet, bei den Rechtsunterworfenen falsche Erwartungen zu schüren und Rechtsverluste zu verursachen. Andererseits wären aufgrund eines praxisändernden kassationsgerichtlichen Entscheids für all diejenigen hängigen Verfahren, die nach altem zürcherischem Verfahrensrecht (§ 131 GVG) weitergeführt werden (vgl. Art. 404/405 ZPO/CH), Telefax-Eingaben zulässig (sofern innert gerichtlich anzusetzender Nachfrist eine Original-Unterschrift nachgebracht wird). Damit hinge die Beachtlichkeit von Telefax-Eingaben vom im Einzelfall anwendbaren Verfahrensrecht (§ 131 GVG oder Art. 130/132 ZPO/CH) ab. Dass eine von Fall zu Fall unterschiedliche rechtliche Behandlung von Telefax-Eingaben erhebliche Verwirrung stiften und die Gefahr eines Rechtsverlusts zufolge Wahl einer unzulässigen Eingabeart begründen würde, liegt auf der Hand. Diese Gefahr erhöht sich noch, wenn die Rechtslage (bei einem Weiterzug an die nächsthöhere Instanz, deren Verfahren sich dann nach der ZPO/CH richtet; vgl. Art. 404/405 ZPO/CH) allenfalls sogar innerhalb desselben Rechtsstreits (wieder) wechseln würde.

Zieht man neben den im (Mehrheits-)Entscheid genannten Argumenten auch diese Überlegungen in die Interessenabwägung mit ein, überwiegt im heutigen Zeitpunkt das (andernfalls übermässig beeinträchtigte) Interesse an der

Rechtssicherheit (für den eng begrenzten weiteren zeitlichen Geltungsbereich von § 131 GVG) die Gründe, die sich für eine Praxisänderung (bezüglich dieser kantonal-rechtlichen Vorschrift) anführen liessen. Letztere sind sachlich zwar durchaus einleuchtend und bedenkenswert. Sie erscheinen aber nicht als gewichtig genug, um kurz vor der Aufhebung der in Frage stehenden Bestimmungen und dem Wechsel der Rechtsgrundlagen von der langjährigen, einhelligen und gefestigten Rechtsprechung zur Behandlung von Telefax-Eingaben abzuweichen. Es ist deshalb an der bisherigen Praxis festzuhalten (und die Frage einer allfälligen Praxisänderung der Rechtsprechung zu den Art. 130/132 ZPO/CH zu überlassen).

ff) Schliesslich ist anzumerken, dass ein (auch im Ausland domizilierter bzw. praktizierender) Rechtsanwalt, der als Fachperson berufsmässig forensische Rechtsvertretungen übernimmt und dabei Eingaben an schweizerische Gerichte macht, zur Wahrung der anwaltlichen Sorgfalt verpflichtet ist, sich über die hierbei einzuhaltenden Regeln zu informieren resp. sich über die im betreffenden Verfahren geltenden prozessualen Vorschriften und Grundregeln kundig zu machen (BGer 2C_754/2008 vom 23.12.2008, Erw. 2.4). Insbesondere darf er sich nicht einfach darauf verlassen, dass eine an seinem beruflichen Domizil geltende, auf dem dortigen Recht gründende Praxis oder Usanz in gleicher Weise auch vor den (andere Rechtsnormen anwendenden) Gerichten anderer Gemeinwesen oder Staaten gilt. Damit lässt sich für die Beschwerdeführerin auch aus dem Umstand nichts ableiten, dass ihr (mit dem hiesigen Prozessrecht offenbar nicht restlos vertrauter) Rechtsvertreter – wohl vor dem Hintergrund der in Deutschland geltenden abweichenden Rechtslage – davon ausging, das von ihm gewählte Vorgehen sei zulässig und führe zur Wahrung der Rekursfrist (s.a. BGer 4A_143/2009 vom 2.6.2009; 4A_83/2008 vom 11.4.2008, Erw. 2.2).

c) Im Lichte dieser Grundsätze präsentiert sich die Rechtslage im vorliegenden Fall wie folgt:

Der rekursweise angefochtene erstinstanzliche Zwischenbeschluss vom 1. Dezember 2009 wurde der von der Beschwerdeführerin bezeichneten Zustellungsempfängerin (im Sinne von § 30 ZPO) am 4. Dezember 2009 zugestellt (BG act. 29/1). Dementsprechend begann die Rekursfrist am 5. Dezember 2009 zu

laufen und endete am 14. Dezember 2009. Spätestens bis zu diesem Zeitpunkt hätte die Rekurschrift mit eigenhändiger (Original-)Unterschrift des beklaglichen Rechtsvertreters beim Obergericht eingegangen oder zu dessen Händen der *schweizerischen* Post übergeben sein müssen. Dies war jedoch unbestrittenermassen nicht der Fall. Vielmehr war deren Original – was zur Fristwahrung nicht ausreicht – erst im Besitze der deutschen Post (vgl. KG act. 3/2); die für die Fristwahrung allein entscheidende Übergabe an die schweizerische Post erfolgte demgegenüber erst am 16. Dezember 2009 (OG act. 5). Und die am 14. Dezember 2009 übermittelte Telefax-Eingabe (OG act. 2B) stellt mangels Original-Unterschrift keine rechtsgültige Rechtsmitteleingabe dar. Angesichts des Umstands, dass diese (Telefax-)Eingabe erst am letzten Tag der Rekursfrist bei der Vorinstanz eintraf, war Letztere auch nicht verpflichtet, die Beschwerdeführerin auf den Mangel hinzuweisen und ihr Gelegenheit zu geben, diesen (vor Ablauf der Rekursfrist) zu beheben. Die Beschwerdeführerin macht denn auch nicht geltend, dass sie die Möglichkeit gehabt hätte, die Original-Unterschrift innert laufender Rechtsmittelfrist noch nachzureichen, und dass die Vorinstanz sie daher nach Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO, Art. 9 BV) auf den Mangel hätte aufmerksam machen müssen (vgl. zum damit angesprochenen Rügeprinzip § 290 ZPO und von Rechenberg, a.a.O., S. 17; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 und 72 f.). Zudem wird in der Beschwerdeschrift nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich, dass (ausser der abweichenden Rechtslage in Deutschland, die jedoch keine taugliche Vertrauensgrundlage bildet) besondere Umstände (wie z.B. eine unrichtige behördliche Auskunft) vorlägen, aufgrund derer die Beschwerdeführerin (bzw. ihr Rechtsvertreter) nach Treu und Glauben annehmen durfte, eine Rekuserhebung mittels fristgerechter Telefax-Eingabe beim Obergericht sei rechtswirksam (vgl. ZR 96 Nr. 121; Frank, a.a.O., N 3 zu § 131 GVG; s.a. KG act. 1 S. 7 ff.).

Entgegen beklaglicher Auffassung liegt in der strikten Anwendung der gesetzlichen Frist- und Formvorschriften auch keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör oder des Rechts auf Zugang zum (Rechtsmittel-)Gericht. So besteht weder der durch § 56 Abs. 1 ZPO und (subsidiär) Art. 29 Abs. 2 BV (sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK) gewährleistete Gehörsanspruch noch das sowohl durch die BV garantierte als auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK inhärente Recht auf Zugang zum

Gericht unbeschränkt oder absolut. Vielmehr finden diese Ansprüche ihre nähere inhaltliche Ausgestaltung, Konkretisierung und Begrenzung in einer Vielzahl von (zumal kantonalrechtlichen) Verfahrensvorschriften (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9 zu § 56 ZPO; Steinmann, a.a.O., N 7 zu Art. 29 BV; BGE 126 I 21/22; vgl. ferner auch § 56 Abs. 1 ZPO: "nach Massgabe des Gesetzes"), zu denen insbesondere auch die vorstehend (Erw. II/5/b) zitierten Bestimmungen betreffend Form und Frist des Rekurses sowie den Lauf und die Wahrung der Rekursfrist gehören (s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 56 ZPO; BGE 124 I 325; 131 II 173 f.). Diese Vorschriften sind (als solche) im Interesse eines geordneten Verfahrensablaufs sowie aus Gründen der Rechtssicherheit und -gleichheit erforderlich und liegen in ihrer konkreten inhaltlichen Ausgestaltung innerhalb des dem (innerstaatlichen bzw. kantonalen) Gesetzgeber zustehenden Gestaltungsspielraums. Damit sind sie – ungeachtet dessen, dass der legislatorische Gestaltungsspielraum (wie in Deutschland) auch im Sinne der Zulassung von Telefax-Eingaben hätte genutzt werden können – auch aus verfassungs- und konventionsrechtlicher Sicht zulässig (vgl. Meyer-Ladewig, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Baden-Baden 2003, N 20 ff. zu Art. 6 EMRK; Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. A., Zürich 1999, Rz 431 f.; Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. A., Kehl 2009, N 64 zu Art. 6 EMRK; s.a. Steinmann, a.a.O., N 10 zu Art. 29 BV). Wenn die Vorinstanz den Rekurs der Beschwerdeführerin in (korrekter) Anwendung dieser Gesetzesvorschriften wegen verspäteter Erhebung von der Hand gewiesen hat, kann darin somit weder eine Gehörs- oder Rechtsverweigerung (vgl. KG act. 1 S. 7) noch eine Missachtung des Rechts auf Zugang zum Gericht erblickt werden.

Insbesondere verstösst der vorinstanzliche Entscheid nach der Rechtsprechung auch nicht gegen das Verbot des überspitzten Formalismus. Dieses wendet sich nämlich nicht gegen jegliche (in ihrer konkreten Ausgestaltung vom anwendbaren Verfahrensrecht umschriebene) prozessuale Formstrenge (vgl. statt vieler BGE 134 II 248, Erw. 2.4.2). Überspitzter Formalismus (als besondere Form der Rechtsverweigerung) liegt vielmehr nur dann vor, wenn eine Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften über-

spannte Anforderungen stellt und damit dem Rechtsuchenden den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (BGE 119 Ia 6, Erw. 2/a). Das ist dann der Fall, wenn die strikte Anwendung der Formvorschriften als exzessiv erscheint, durch kein schutzwürdiges Interesse mehr gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts oder den Zugang zu den Gerichten in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (vgl. BGE 118 V 315 f., Erw. 4; 121 I 179, Erw. 2/b/aa m.w.Hinw.; Pra 1999 Nr. 147, Erw. 3; 2007 Nr. 22, Erw. 4.1; BGer 4P.20/2007 vom 27.3.2007, Erw. 4.1; 5A_72/2007 vom 5.4.2007, Erw. 2.2; s.a. Kiener/Kälin, a.a.O., S. 415; Steinmann, a.a.O., N 14 zu Art. 29 BV; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 146 m.w.Hinw. in Anm. 17; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2, 9 zu § 50 ZPO). Davon kann bezüglich der Nichtzulassung von Telefax-Eingaben keine Rede sein (vgl. Steinmann, a.a.O., N 16 zu Art. 29 BV), lassen sich dafür bzw. für das strikte Festhalten an den formellen Erfordernissen in diesem Zusammenhang doch verschiedene sachliche Gründe anführen (vgl. insbes. BGE 121 II 256; ZR 95 Nr. 38; s.a. BGE 104 Ia 4 f. [bezüglich des Erfordernisses der Übergabe an die schweizerische Post]).

d) Der zunächst per Telefax übermittelte und erst am 16. Dezember 2009 der schweizerischen Post übergebene Rekurs wurde demnach verspätet erhoben. Folglich hat die Vorinstanz keinen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, indem sie aus diesem Grund nicht auf ihn eingetreten ist (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 493 und 504; Spühler/Vock, a.a.O., S. 54). Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist daher abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

Im Übrigen ist dem hiesigen Recht das von der Beschwerdeführerin angerufene Rechtsinstitut der Gegenvorstellung (vgl. KG act. 1 S. 9, Ziff. V) unbekannt. Es ist deshalb auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz nicht selber auf ihren (Nichteintretens-)Entscheid zurückgekommen ist, sondern die Beschwerdeführerin auf deren Eingabe vom 8. Januar 2010 (OG act. 8A und 8B) hin auf die

kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nach §§ 281 ff. ZPO verwiesen hat (vgl. OG act. 9).

25. Oktober 2010

Sylvia Frei

Reinhard Oertli

Markus Nietlispach