

ZH_OBERGERICHT UN010141 vom 14. April 2003

ZH Obergericht, 2003-04-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UN010141

FR: ZH_OBERGERICHT UN010141 du 14 avril 2003

IT: ZH_OBERGERICHT UN010141 del 14 aprile 2003

Erwägungen

E. 1

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

E. 2

Wie in den einleitenden Erwägungen I.1 bereits festgehalten wurde, ist auch von der Rechtzeitigkeit der vorliegenden Beschwerdeerhebung auszugehen. 3.a) Wie bereits erwähnt worden ist, trat die Vorinstanz zum einen deshalb auf den Rekurs nicht ein, weil sie die am 5. Juni 2001 mit Telefax übersandte Re- kurseingabe als unwirksam erachtete. Sie hielt hiezu fest, dass diese dem ge- mäss § 131 Abs. 1 GVG geltenden Erfordernis der Unterzeichnung nicht genüge (mit Hinweis auf ZR 96 Nr. 112 [recte: Nr. 121]). Die erst am darauffolgenden 6. Juni 2001 überbrachte Rekurseingabe sei dagegen verspätet erfolgt (Urk. 4 S. 2 f.). b) In der Beschwerdeschrift wird geltend gemacht, die Abgabe einer Rechts- mittelerklärung durch Telefax sei ausreichend, wenn die mit Originalunterschrift versehene Eingabe innert nützlicher Frist freiwillig dem Gericht eingereicht werde. Es wird hiezu auf den in ZR 94 (recte: 95) Nr. 38 publizierten Beschluss der I. Zi- vilkammer des Obergerichtes vom 2. August 1994 hingewiesen und aus diesem vereinzelte Passagen im Wortlaut wiedergegeben. Da die Rekurschrift durch Telefax am 5. Juni 2001 fristgerecht eingereicht worden sei und die Eingabe der Rekurschrift mit Originalunterschrift tags darauf, also innert nützlicher Frist, beim Gericht erfolgt sei, sei der Rekurs frist- und formgerecht erhoben worden (Urk. 1 S. 4-6, Ziff. II.9-11). c) § 131 Abs. 1 GVG bestimmt unter anderem, dass schriftliche Eingaben zu unterzeichnen sind. Art. 30 Abs. 1 OG statuiert ebenfalls, dass sämtliche für das Bundesgericht bestimmten Rechtsschriften mit Unterschrift zu versehen sind. Die eigenhändige Unterschrift auf Eingaben stellt ein Gültigkeitserfordernis dar. Im Interesse der Rechtssicherheit und des geordneten Prozessbetriebes muss eine dem Gericht eingereichte Eingabe durch die Partei oder ihren Vertreter handschriftlich bzw. eigenhändig unterzeichnet sein. Die genannten Gesetzesbestimmungen stellen nicht blosse Ordnungsvorschriften dar, sondern die Unter- schrift auf Eingaben ist sowohl nach konstanter kantonaler wie auch bundesge- richtlicher Rechtsprechung - wie erwähnt - ein Gültigkeitserfordernis. Die Einrei- chung einer blossen Fotokopie einer handschriftlich unterzeichneten Rechtsschrift

- 9 - oder die Übermittlung einer Telekopie (Fax bzw. Telefax) derselben genügt den Anforderungen von § 131 GVG nicht (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcheri- schen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 2 zu § 131 GVG; Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, Anhang II, N 3 zu § 131 GVG; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungs- rechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2.A., Zürich 1999, N 10 zu § 11 VRG und N 13 zu § 22 VRG; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechts- pflege des Bundes, 2.A., Zürich 1998, S. 217 Rz 605; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die

Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 16 zu Art. 32 VRPG; Adrian Staehelin, Die neuen elektronischen Medien im Zivilprozessrecht, in: Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 96; ZR 96 Nr. 121 S. 271 [= SJZ 94 S. 112 f. Nr. 9], 95 Nr. 38 S. 113; BGE 121 II 254 [= Pra 85 (1996) Nr. 147 S. 504; teilweise publiziert in SJZ 92 Nr. 48], Pra 81 [1992] Nr. 26, BGE 112 Ia 173, 108 Ia 291 [= Pra 72 (1983) Nr. 257 S. 690]). Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist dem Erfordernis der Unterzeichnung immerhin bereits genügend Rechnung getragen, wenn ein Begleitbrief der fraglichen Rechtsschrift (eigenhändig) unterzeichnet ist oder sogar selbst dann, wenn die Unterschrift auf der Rückseite des die Eingabe an das Gericht enthaltenden Briefumschlages angebracht ist (BGE 108 Ia 291 [= Pra 72 (1983) Nr. 257 S. 690], 106 IV 67, 102 IV 143 [= Pra 65 (1976) Nr. 206 S. 514]; vgl. auch Kölz/ Bosshart/Röhl, a.a.O., N 13 zu § 22 VRG). Das Telefax (sog. Fernkopieren) stellt eine Sonderform der Übermittlung eines Schriftstückes dar, indem es mittels Telefonleitung vom Absender zum Empfänger geleitet und bei diesem wieder sichtbar gemacht wird. Das Ergebnis ist das gleiche, wie wenn eine gewöhnliche Fotokopie auf normalem postalischem Weg transportiert wird; entscheidend ist, dass der Empfänger auch beim Einsatz des Telefax nach Abschluss des Übermittlungsvorganges nur über eine Kopie des Schriftstückes, versehen mit einer kopierten Unterschrift, und eben über kein Original verfügt. Die in BGE 112 Ia 173 für die Fotokopie erwähnte Missbrauchsgefahr besteht beim Telefax in gleicher Weise, weshalb es sich rechtfertigt, die zur Fotokopie ergangene Rechtsprechung sinngemäss auf die mit Telefax übermit-

- 10 - telte Rechtsschrift anzuwenden (vgl. zu den Missbrauchsrisiken auch Staehelin, a.a.O., S. 98 f.). Aus diesen Gründen erachtete das Eidgenössische Versicherungsgericht eine per Telefax eingereichte (und nicht innert der Rechtsmittelfrist verbesserte) Verwaltungsgerichtsbeschwerde mangels eigenhändiger Unterschrift als hinsichtlich der gesetzlichen Formvorschrift ungenügend. Die Beschwerde war per Telefax am letzten Tag der Beschwerdefrist eingereicht und das Original der eigenhändig unterzeichneten Beschwerdeschrift drei Tage darauf und somit verspätet der Post übergeben worden (Pra 81 [1992] Nr. 26). Gleichgelagert war die Situation auch im letztmals in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Fall des Bundesgerichts. Eine Verwaltungsbeschwerde wurde wiederum am letzten Tag der Frist (kurz vor Mitternacht) per Telefax dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement übermittelt und am Folgetag wurde unaufgefordert das mit der handschriftlichen Unterschrift versehene Original der Beschwerdeschrift eingereicht. Die II. öffentlich-rechtliche Kammer bestätigte im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die vom Departement vertretene Auffassung, wonach die Übermittlung einer Rechtsschrift mittels Telefax keine Gültigkeit habe. Dabei ging es um die Frage, ob dem Beschwerdeführer im Rahmen des Beschwerdeverfahrens in Anwendung von Art. 52 Abs. 2 VwVG bzw. Art. 30 Abs. 2 OG im Falle einer per Fernkopierer übermittelten Beschwerdeschrift eine Frist zur Verbesserung einzuräumen sei. Das Bundesgericht hielt fest, die per Fernkopierer übermittelte Rechtsschrift enthalte zwangsläufig nur eine Kopie der Unterschrift des Verfassers, was im Widerspruch zu den gesetzlichen Erfordernissen stehe. Wer einen Fernkopierer benutzt, um eine solche Rechtsschrift zu übermitteln, wisse folglich von vornherein, dass diese Rechtshandlung ungültig sei. Die den soeben erwähnten Bestimmungen zu entnehmende Regelung bezwecke jedoch die Vermeidung von jeglichem überspitztem Formalismus, indem sie dem Betroffenen ermögliche, eine Unterlassung zu beheben. Obwohl das Gesetz in dieser Hinsicht nicht zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Unterlassungen unterscheidet, bestehe Grund zur Annahme, dass der Gesetzgeber auf die zweite Kategorie Bezug

genommen habe, während der vorliegende Fall zur ersten gehöre. Die genannten Bestimmungen bezweckten aber nicht, den Mangel einer zwangsläufig unvollkommenen Rechtsschrift zu beheben. Sonst würde dies überdies dazu füh-

- 11 - ren, eine andere Regelwidrigkeit zuzulassen: die Nichtbeachtung der Frist. Der Beschwerdeführer, der in voller Kenntnis des Mangels (Fehlen der Unterschrift) eine Rechtsschrift einreichte, indem er sich auf die Gewährung einer Nachfrist zur Behebung des anfänglichen Mangels verlasse, rechne in Wirklichkeit mit einer Verlängerung der Frist. Denn das Problem der Gültigkeit der Beschwerdeschrift werde sich nur stellen, wenn der Beschwerdeführer den Fernkopierer am Ende der Frist benutzen werde - was wahrscheinlich der Fall sein werde - und sie nicht mehr vor Ablauf dieser Frist verbessern könne. Es sei nicht gerechtfertigt, ein solches Verhalten zu schützen, welches dem Rechtsmissbrauch gleichkomme. Dies treffe umso mehr zu - so das Bundesgericht für den dort zu beurteilenden Fall einer Verwaltungsbeschwerde - als die hierfür bestehende Frist relativ lang sei. Schliesslich sei die dem Beschwerdeführer auferlegte Pflicht, seine Eingabe, wenn nicht der zuständigen Behörde, wenigstens zu deren Händen einer schweizerischen Poststelle zu übergeben - ausser dem Spezialfall der Einreichung bei einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung - nicht übertrieben. In Berücksichtigung all dieser Gründe könne eine Beschwerde nicht über einen Fernkopierer vorgenommen werden. Abschliessend verwies das Bundesgericht noch auf verschiedene einer Zulassung der Einreichung per Telefax entgegenstehende praktische Probleme (Pra 85 [1996] Nr. 147 S. 505 f. [= BGE 121 II 252 ff.]; lediglich aus dem Ingress ergibt sich, dass im vorliegenden Fall eine Gutheissung der Beschwerde wegen Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben erfolgte, a.a.O., S. 503, dazu nachfolgend). Auf diese gefestigte Praxis hat sich das Bundesgericht auch in neueren Entscheiden gestützt (vgl. Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes vom 5. Januar 2000, 1P.692/1999, i.S. F. und Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes vom 26. Mai 2000, U 401/99 Vr, i.S. E.). Kölz/Häner führen unter Bezugnahme auf BGE 121 II 252 ff. sowie VPB 1998 Nr. 13 an, angesichts der Möglichkeiten moderner Telekommunikation müsste diese Rechtsprechung dann überdacht werden, wenn Alternativen zur Originalunterschrift vorlägen, welche den Zweck der Vorschrift, nämlich den Ausschluss von Fälschungen, ebenfalls gewährleisten würden (a.a.O., S. 217 Rz 605; vgl. aber auch S. 218 Rz und S. 332 Rz 937, wo die bundesgerichtliche Praxis als zu streng bezeichnet wird).

- 12 - Dieser vom Bundesgericht für seinen Bereich aufgestellten Praxis folgt auch die zürcherische Rechtsprechung (vgl. etwa den Beschluss der Kammer vom 12. Juli 1999, UN990002, i.S. P., Erw. II.1). So wurde in ZR 95 Nr. 38 S. 113 festgehalten, eine durch Telefax übermittelte Rechtsschrift (Telekopie) enthalte die Originalunterschrift - soweit das kopierte Schriftstück nicht manipuliert worden sei - nur in Kopie, weshalb sie dem Erfordernis der schriftlichen Unterzeichnung nicht genüge (vgl. auch ZR 96 Nr. 121 S. 271 [SJZ 94 S. 112 f. Nr. 9]; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Anhang II, N 3 zu § 131 GVG; Hauser/Schweri, a.a.O., N 17 zu § 131 GVG und N 14 zu § 193 GVG; Schmid, a.a.O., Rz 548, mit kritischer Anmerkung; Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 10 zu § 11 VRG und N 13 zu § 22 VRG). Zulässig sind Eingaben per Fax (oder auch E-Mail) lediglich dort, wo rechtserhebliche Erklärungen mündlich abgegeben werden dürfen und es zu ihrer Gültigkeit der Schriftform nicht bedarf (z.B. die Erhebung des Rechtsvorschlages). Voraussetzung ist hier lediglich, dass der Adressat keine Zweifel über den Inhalt und die Identität des Absenders hat (Hauser/Schweri, a.a.O., N 2 zu § 131 GVG a.E. mit Hinweis auf BGE 127 III 181 f. [=

Pra 90 Nr. 32 und SJZ 97 S. 59 Nr. 5]). Wie in ZR 95 Nr. 38 festgehalten wurde, sind Eingaben per Telekopie in den Fällen, in denen Schriftlichkeit gefordert ist, jedoch nicht unbeachtlich. Nach Art. 30 Abs. 2 OG besteht grundsätzlich die Möglichkeit, das Fehlen der Unterschrift nachzuholen, sofern die Unterschrift versehentlich unterlassen worden ist. Nach § 131 Abs. 2 GVG handelt es sich bei fehlender Unterschrift um einen heilbaren Mangel, zu dessen Behebung eine Frist angesetzt wird (Hauser/Schweri, a.a.O., N 4 und N 17 zu § 131 GVG). Die Frage, ob ein gleiches Vorgehen bei Einreichung einer Telekopie angezeigt ist, wurde in ZR 95 Nr. 38 - wie dies auch das Bundesgericht in den von ihm behandelten Fällen tat - klar und eindeutig verneint (vgl. die dortigen Erwägungen 8 und 9). Bei § 131 Abs. 2 GVG handelt es sich um eine Ausnahmebestimmung für den Fall, da die Unterzeichnung versehentlich oder in Unkenntnis der Rechtslage unterblieben ist. Wäre generell eine kopierte Unterschrift entgegenzunehmen und immer mit einer Fristansetzung zu reagieren, so bestünde die Gefahr eines Missbrauchs der zur Milderung einer allzu formalistischen Härte vorgesehenen Bestimmung des § 131 Abs. 2 GVG. Man könnte

- 13 - auf dem Wege der Übermittlung einer fristgebundenen Eingabe durch Telefax die Frist, innerhalb welcher man sich beispielsweise zur Einlegung eines Rechtsmittels entscheiden müsste, immer mindestens um einige Tage hinausschieben. Besonders deutlich werden diese Überlegungen zudem im Falle, da eine Eingabe - wie vorliegend - aus dem Ausland kommt, weil zur Zustellung einer Fristansetzung zur Nachreichung einer verbesserten Eingabe auf dem Weg der Rechtshilfe vorgegangen werden müsste. Demgemäss ist bei Eingang einer durch Telefax übermittelten Eingabe keine Frist im Sinne von § 131 Abs. 2 GVG anzusetzen. Das gilt nach der obergerichtlichen Praxis allerdings nur dann, wenn die in Form der Telekopie gehaltene Eingabe nach Ablauf der Frist (zur Einlegung des Rechtsmittels) eingeht oder mit dem Eingang dieser Eingabe die zu wählende Frist abläuft. In diesem Fall liegt keine rechtsgenügende Eingabe vor (ZR 95 Nr. 38 S. 114 Erw. 7-9; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O.). Während das Obergericht in der erwähnten Entscheidung (ZR 95 Nr. 38 S. 114) die Erforderlichkeit des Vorgehens nach § 131 Abs. 2 GVG bzw. der Ansetzung einer Frist zur Behebung des Mangels für den Fall, dass die Telekopie nach Ablauf der Frist eingeht oder mit ihrem Eingang die Frist abläuft - wie dargelegt - verneinte, befasste es sich mit dem Fall, dass eine in Form der Telekopie gehaltene Eingabe noch innerhalb und vor Ablauf der Rechtsmittelfrist eingeht. Dabei hielt das Obergericht deutlich fest, die im Sinne von § 131 Abs. 2 GVG anzusetzende Frist könne nicht länger als bis zum Ablauf der laufenden (Rechtsmittel-)Frist dauern; sie könne je nach den konkreten Umständen daher sehr kurz sein. Wer aber eine Eingabe per Telefax übermittelt, müsse wissen, dass diese dem Unterschriftserfordernis nicht genügt (ZR 95 Nr. 38 S. 114 Erw. 9). In der anschliessenden Erwägung 10 dieses Entscheides befasste sich das Obergericht mit der Frage, was gelten solle, wenn der Absender der Rechtsmittelerklärung nach Fristablauf eine Eingabe mit Originalunterschrift einreiche, ohne dazu aufgefordert worden zu sein (a.a.O., S. 114 f.), um dann in Erwägung 11 - auf welche in der Beschwerdeschrift mit Nachdruck hingewiesen wird - zu folgern, aus diesen Überlegungen heraus, bestehe kein Anlass, eine Rechtsmittelerklärung durch Fax nicht zuzulassen, wenn die mit Originalunterschrift versehene

- 14 - Eingabe innert nützlicher Frist freiwillig dem Gericht eingereicht werde (a.a.O., S. 115). Wenn die diesbezüglichen Ausführungen bei oberflächlicher Betrachtung auch nicht sogleich ganz klar erscheinen, so ergibt sich aus diesen bei sorgfältiger Lektüre doch eindeutig, dass die Zulassung einer per Fax übermittelten Eingabe aufgrund einer

nachträglich und ohne Aufforderung eingereichten Eingabe mit Originalunterschrift ausdrücklich auf Fälle beschränkt wird, wo eine Fristansetzung nach § 131 Abs. 2 GVG angezeigt gewesen wäre. Der Entscheid verweist hiezu auf das Versehen und die Rechtsunkenntnis. Das freiwillige Nachbringen einer rechtsgenügenden Eingabe könne daher nur innert einer Frist toleriert werden, die nach § 131 Abs. 2 GVG einzuräumen gewesen wäre (a.a.O. linke Spalte oben). Im dort konkret zu beurteilenden Fall, bei welchem eine Klageerhebung drei Tage vor Fristablauf per Fax vorgenommen wurde, hätte nach Ansicht des Obergerichtes dem Kläger somit eine Frist von drei Tagen zum Einlegen einer handschriftlich im Original unterzeichneten Eingabe angesetzt werden müssen (a.a.O., Erw. 13 S. 115). In diesem Sinne halten Hauser/Schweri unter Bezugnahme auf ZR 95 Nr. 38 fest, bezüglich der Nachbringung einer Unterschrift sei § 131 Abs. 2 GVG nur für den Fall anwendbar, dass die Unterzeichnung versehentlich oder in Unkenntnis der Rechtslage unterblieben sei. Dies sei nach der bisherigen (und ihres Erachtens allzu strengen) Praxis bei einem Fax an sich nicht der Fall. Gehe dieser aber innerhalb der Eingabefrist beim Gericht ein, so sei eine Nachfrist anzusetzen, die jedoch nicht über das Ende der Eingabefrist hinausgehen dürfe. Gehe dagegen eine nicht unterzeichnete Eingabe nach Fristablauf beim Gericht ein oder laufe mit deren Eingang - wie dies vorliegend der Fall war - die zu wahrende Frist ab, so könne keine Nachfrist zur Behebung des Mangels mehr angesetzt werden (mit Hinweis auch auf BGE 114 Ia 20). Reiche der Absender einer Telekopie von sich aus eine Eingabe mit seiner Originalunterschrift nach, so sei die Frist nur dann eingehalten, wenn diese nachträgliche Eingabe ebenfalls fristgemäss beim Gericht eingehe (a.a.O., N 17 zu § 131 GVG; ebenso Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 10 zu § 11 VRG).

- 15 - Im Hinblick auf den vorliegenden Fall ist daher von ausschlaggebender Bedeutung, dass - wie dargelegt - nach einhelliger kantonaler und bundesgerichtlicher Praxis, beim Eingang einer durch Telefax übermittelten Eingabe am letzten Tag der Frist keine Fristansetzung gemäss § 131 Abs. 2 GVG mehr in Frage kommt, so dass auch eine nachträglich (d.h. nach Fristablauf) freiwillig übersandte Eingabe mit Originalunterschrift nicht mehr zuzulassen ist bzw. den Mangel aus den besagten Gründen nicht mehr zu heilen vermag. d) Ausnahmen zu diesem Grundsatz ergeben sich nach der Rechtsprechung unter anderem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. den bereits erwähnten Ingress in Pra 85 [1996] Nr. 147). Das Kassationsgericht des Kantons Zürich bestätigte in ZR 96 Nr. 121 sowohl die grundsätzliche Unzulässigkeit von Telekopien als fristwahrende Eingaben wie auch das Fehlen einer Verpflichtung des Gerichts zur Fristansetzung zur Nachbesserung, wies indessen auf die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben hin. Dieser schütze den Bürger, der sein Vorgehen auf Verfügungen, Auskünfte oder auf ein bestimmtes behördliches Verhalten abgestützt habe; dies jedoch nur dann, wenn er nach den konkreten Umständen des Falles ernsthafte Gründe gehabt haben müsse, der Gültigkeit der Zusicherungen und des Verhaltens der Behörden zu vertrauen. Es ging im beurteilten Fall um ein wiederum am Tage des Fristablaufes per Telefax gesandtes Fristerstreckungsgesuch an das Handelsgericht Zürich. Die Partei, welche nicht durch einen Anwalt vertreten war und über keine Prozess Erfahrung verfügte, hatte sich aus folgenden Gründen als berechtigt betrachtet, ihre Eingabe per Telefax zu senden: Zum einen war sie von ihrer Geschäftstätigkeit her gewohnt, das technische Hilfsmittel Telefax auf vielfältige Weise zu benutzen und ihr Geschäftsführer befand sich zum fraglichen Zeitpunkt der Telefax-Sendung in den USA. Zum andern verliess sie sich aber insbesondere auf den vom Handelsgericht selber geschaffenen Anschein, indem dieses im offiziellen

Telefonverzeichnis auch mit seiner Fax-Nummer verzeichnet war, ohne dass diesem Eintrag irgendeine Einschränkung bezüglich deren Benutzung durch den Rechtssuchenden zu entnehmen gewesen wäre. Damit habe das Handelsgericht für die geschäftserfahrene, jedoch prozessunerfahrene Partei einen Anschein geschaffen, welcher bei dieser das Vertrauen erweckt habe, dass ihre Eingabe - zumindest

- 16 - eine solche um Erstreckung einer Frist - per Telefax zulässig und wirksam sei (a.a.O., S. 271 f.; vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N 18 zu § 132 GVG und N 15 zu § 193 GVG; Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 10 zu § 11 VRG). Auch die Kammer nahm in Fällen prozessunerfahrener, aber an die Verwendung des Telefax gewohnter Verfahrensbeteiligter schon mit Telefax gesandte Rechtsschriften als rechtzeitig entgegen (Beschluss vom 27. Juni 2002, UK020068, i.S. J.). Die Beschwerdeführerin beruft sich in ihrer Beschwerdeschrift - wie bereits erwähnt - auf das Vertrauensprinzip, indem sie geltend macht, gemäss einer telefonischen Anfrage beim Einzelrichteramt am Bezirksgericht Zürich am frühen Nachmittag des 5. Juni 2001 sei sowohl Rechtsanwalt B. wie auch Rechtsanwalt M. "im Sinne der oben erwähnten Rechtsprechung" (gemeint ZR 95 Nr. 38) mitgeteilt worden, zur fristgemässen Rekurseinlegung reiche die am letzten Tag der Frist vorgenommene Übermittlung der Rekurschrift per Telefax aus, wenn das Original sodann mit Kurier übersandt werde. Der die Anrufe beantwortenden Frau C. sei dabei mitgeteilt worden, dass die Frist zur Einlegung des Rekurses an diesem 5. Juni 2001 ablaufen werde. Wenn - so die Beschwerde weiter - Rechtsanwalt M. mitgeteilt worden wäre, dass eine Einreichung der Rekurschrift durch Telefax nicht ausreichend sei, so wäre er am späten Nachmittag mit dem Fahrzeug von Stuttgart zu einem Postamt in Schaffhausen oder Zürich gefahren, um die Rekurschrift dort der schweizerischen Post zu übergeben. Dies sei angesichts der besagten Mitteilung allerdings unterblieben (Urk. 1 S. 6, Ziff. 12-13). Mit der Beschwerdeschrift wird noch ein von Rechtsanwalt B. an Rechtsanwalt M. gefaxtes Schreiben vom 5. Juni 2001 eingereicht, worin der Erstere dem Verfasser der Rekurschrift mitteilte, Frau C. vom Bezirksgericht Zürich habe ihm die anbei wiedergegebene Fax-Nummer mitgeteilt und sei mit dem telefonisch besprochenen Vorgehen ("Kuriersendung, vorab per Telefax") einverstanden. In der Beilage übersandte Rechtsanwalt B. seinem Kollegen in Stuttgart einen Auszug aus ZR 95 Nr. 38 unter besonderer Hervorhebung von dessen Erwägung 11 (Urk. 6/13/5= Urk. 2/7). Gemäss der vom vorinstanzlichen Richter eingereichten Vernehmlassung handelte es bei der von den Rechtsanwälten M. und B. gemäss deren Angaben

- 17 - angefragten C. um eine Weibelin des Einzelrichteramtes am Bezirksgericht Zürich. Diese glaube sich auf entsprechende Rückfrage daran erinnern zu können, im fraglichen Zeitraum einen Telefonanruf von einem Rechtsanwalt aus Deutschland betreffend der Einreichung eines Rekurses erhalten zu haben. Weiter könne sie nicht ausschliessen, dass sie - wie sie annehme nach Rückfrage bei jemandem - geäußert habe, es sei in Ordnung, wenn die Eingabe gefaxt werde; man müsse darnach einfach so schnell als möglich das Original schicken. An eine gleichlautende zweite telefonische Anfrage eines hiesigen Anwaltes könne sie sich aber nicht erinnern (Urk. 8). Angesichts dieser Unterlagen kann davon ausgegangen werden, dass sowohl Rechtsanwalt M. wie auch Rechtsanwalt B. am 5. Juni 2001 mit einer Anfrage bezüglich der Rekuserhebung bei der betreffenden Weibelin telefonisch vorgefragt wurden. Wie die dabei erteilte Auskunft im Einzelnen lautete, ist zwar nicht einwandfrei festzustellen. Selbst wenn man aber davon ausgehe, die Weibelin habe ausdrücklich bestätigt, es müsse lediglich die Fax-Eingabe noch innert Frist

eingehen, während das Original auch nach Fristablauf noch übermittelt werden könne, könnte sich die Beschwerdeführerin unter den konkreten Umständen nicht auf den erwähnten Vertrauensschutz berufen. Zum einen ist im Gegensatz zu dem in ZR 96 Nr. 121 behandelten Fall festzuhalten, dass es sich bei der Beschwerdeführerin nicht um eine anwaltlich nicht verbeiständete und prozessunfähige Person, sondern um eine im vorliegenden Verfahren und im fraglichen Zeitraum von zwei Rechtsanwälten vertretene Stiftung handelt. Angesichts der in den vorstehenden Erwägungen ausführlich dargelegten und gefestigten Praxis der zürcherischen Gerichte wie auch des Bundesgerichtes, durften sich die beiden Rechtsvertreter nicht einfach auf die telefonisch erteilte Auskunft einer nicht-juristischen Gerichtsangestellten verlassen. Dies trifft umso mehr zu, als den Rechtsvertretern der diesbezügliche Gerichtspraxis (auch diejenige des Bundesgerichtes) darlegende Entscheidung vorgelegen hatte, sie aber offenbar glaubten, sich auf die für den heute vorgetragenen Rechtsstandpunkt sprechende - aus dem Zusammenhang herausgelöste - Passage über die Zulassung einer Fax-Eingabe im Falle einer Nachfristansetzung abstützen zu können.

- 18 - e) Die Vorinstanz erachtete daher die Rekurschrift insoweit zu Recht als verspätet, als sie am letzten Tag der Frist per Telefax übersandt und erst am Folgetag im Original übermittelt wurde. 4.a) In der Beschwerdeschrift wird sodann die vorinstanzliche Erwägung angefochten, wonach die Rekurschrift vom 5. Juni 2001 nicht beim Schweizerischen Generalkonsulat in Stuttgart eingegangen sei, weshalb auch insoweit kein rechtzeitiger Rekurs erhoben worden sei (Urk. 4 S. 3). Seit Inkrafttreten des IPRG - so die Beschwerde - sei im Hinblick auf dessen Art. 12 die Bestimmung von § 193 GVG so auszulegen, dass auch im Strafverfahren die Eingabe an eine schweizerische Vertretung im Ausland zur Fristwahrung genüge (mit Hinweis auf ZR 89 Nr. 1). Dieser Grundsatz sei vorliegend verletzt worden, habe doch Rechtsanwalt M. am 5. Juni 2001, um 18.09 Uhr, die Rekurschrift in den Hausbriefkasten des Schweizerischen Generalkonsulats in der Hirschstrasse 22 in Stuttgart eingeworfen. Versehentlich habe sodann das Generalkonsulat die Rekurschrift am 6. oder 7. Juni 2001 an die Anwaltskanzlei "XXX" in Stuttgart zurückgeschickt, wo dieselbe am 8. Juni 2001 wieder eingegangen sei. Somit sei die Rekurschrift fristgerecht am letzten Tag der Frist, d.h. am 5. Juni 2001, bei einer schweizerischen konsularischen Vertretung eingetroffen. Der Umstand, dass das Generalkonsulat die Rekurschrift nicht an das Bezirksgericht Zürich weitergeleitet, sondern an "XXX" Stuttgart zurückgeschickt habe, stehe der fristwährenden Einreichung des Rekurses nicht entgegen, sondern beruhe auf einem fehlerhaften Verhalten der konsularischen Vertretung (Urk. 1 S. 3 f., Ziff. II.7-8.3). b) Hinsichtlich der in der Beschwerdeschrift gemachten Ausführungen zu § 193 GVG ist sogleich festzuhalten, dass die Möglichkeit der Fristwahrung durch Übergabe einer Eingabe bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung seit der am 1. Januar 1996 in Kraft getretenen Fassung dieser Bestimmung nicht mehr auf die frühere Bestimmung auslegende Rechtsprechung (ZR 89 Nr. 1 mit Blick auf Art. 12 IPRG) abzustützen ist, sondern sich nunmehr aus dem ausdrücklichen Wortlaut (Satz 3) ergibt. c) Bei den bereits mit der Anmeldung der Nichtigkeitsbeschwerde eingereichten Beilagen befindet sich zunächst ein an das Bezirksgericht Zürich, c/o

- 19 - Schweizerisches Generalkonsulat in Stuttgart, adressierter Briefumschlag, auf welchem der handschriftliche Vermerk "Eingeworfen in Hausbriefkasten am 5.6.01 um 18.09 Uhr", unterzeichnet von Rechtsanwalt M., angebracht ist. Zudem sind weitere, von

dritter Hand vorgenommene Vermerke zu finden: "Porto durch Empfänger bezahlt", "Zurück an Absender [gemeint: "XXX" Stuttgart]". Schliesslich trägt der Umschlag den auf den 8. Juni 2001 lautenden Eingangsstempel der genannten Anwaltskanzlei (Urk. 6/13/3; vgl. Urk. 2/5 Deckblatt). Im Weiteren wird auf die ebenfalls eingereichte "Eidesstattliche Versicherung" von Rechtsanwalt M. hingewiesen, in welcher dieser den vorstehend beschriebenen Vorgang des Einwurfs der Rekurschrift in den Hausbriefkasten des Generalkonsulats und deren Rücksendung an die Anwaltskanzlei beschreibt (Urk. 6/13/2 = Urk. 2/4). d) Das Kassationsverfahren ist keine Fortsetzung des vorinstanzlichen Verfahrens. Die Kassationsinstanz hat nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem der geltend gemachten Nichtigkeitsgründe leidet. Daher sind neue Behauptungen oder Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, im Kassationsverfahren grundsätzlich nicht zugelassen (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 34 zu § 430 StPO; Schmid, a.a.O., Rz 1068; Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 und S. 17 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 ZPO; Max Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichtes 1996 Nr. 121; so auch die ständige Praxis der Kammer, vgl. bspw. Beschluss vom 18. Juni 2001, UN000022, i.S. K., Erw. II.5a). Zulässig sind - wie bei den Kommentatoren Donatsch/Schmid (a.a.O.) festgehalten wird - naturgemäss neue Behauptungen zum Nachweis des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes anhand der bisherigen Akten sowie solche, die sich erst aufgrund des schriftlichen Urteils ergeben. Es wird hiezu auf den ZPO-Kommentar verwiesen, wo ebenfalls die Zulässigkeit neuer Behauptungen dahingehend beschränkt wird, als diese zum Nachweis des behaupteten Nichtigkeitsgrundes und nur aufgrund der bisherigen Akten aufgestellt werden dürfen

- 20 - (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O.). So wird im dort zitierten Entscheid des Kassationsgerichtes ausgeführt, die bezüglich eines Wechselrechtsvorschlages erhobene neue Behauptung, es liege eine Fälschung des Titels gemäss Art. 182 Ziff. 2 SchKG vor, sei nur dann zulässig, wenn gleichzeitig angegeben würde, aus welchen Prozessakten sich diese Fälschung ergeben solle (ZR 66 Nr. 116 S. 237 Erw. VI). Gemäss Guldener (a.a.O.) muss beispielsweise bei der Aktenwidrigkeitsrüge - da der Nichtigkeitsgrund schon im Moment der Ausfällung des angefochtenen Entscheides vorhanden gewesen sein müsse - das Aktenstück, mit dem die Entscheidung in Widerspruch stehen soll, schon dem erkennenden Richter vorgelegen haben. Er verwendet aber hinsichtlich der Zulässigkeit von Noven ebenfalls die Formulierung, wonach nur insofern neue Behauptungen aufgestellt und neue Beweismittel angerufen werden dürften, als sie zum Nachweis der behaupteten Nichtigkeitsgründe dienen. Von Rechenberg (a.a.O., S. 18) weist im Zusammenhang mit dem grundsätzlichen Novenverbot auch darauf hin, dass die Kassationsinstanz zum Nachweis des Nichtigkeitsgrundes, z.B. zur Frage, ob eine Vorladung zugestellt wurde, eventuell Beweiserhebungen tätigen könne. e) Im vorliegenden Fall stellen die Vorbringen der Beschwerdeführerin über den Einwurf der Rekurschrift in den Hausbriefkasten des Generalkonsulats und deren Rücksendung sowie die eingereichten Urkunden zweifellos neue Behauptungen tatsächlicher Art und neue Beweismittel dar. Die Frage, ob sie zur Beurteilung des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes herangezogen werden dürfen bzw. müssen, ist aufgrund der vorliegenden Umstände ohne weiteres zu bejahen. Zweifellos dienen sie dem Nachweis des mit der Rüge, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon

ausgegangen, die Rekurschrift sei nicht beim Generalkonsulat eingegangen, behaupteten Nichtigkeitsgrundes der Verletzung gesetzlicher Prozessformen gemäss § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO. Die Geltendmachung dieser neuen Behauptungen und die Einreichung der diesbezüglichen Beweismittel ergab sich letztlich erst aufgrund der im vorinstanzlichen Entscheid getroffenen Feststellung, wonach die Rekurschrift, deren Telefaxeingabe unwirksam sei und deren Überbringung per Bote verspätet erfolgt sei, bei der konsularischen Vertretung nicht eingegangen sei, weshalb auch diesbezüglich kein rechtszeitiger Rekurs erhoben

- 21 - worden sei. Im gleichen Sinne entschied die Kammer beispielsweise auch in einem Fall, in dem die fristgerechte Eingabe eines Verteidigers an einen Einzelrichter irrtümlich an eine andere Amtsstelle gelangte und nicht weitergeleitet oder zurückgesandt wurde, weshalb der fristansetzende Richter - wenn auch in Unkenntnis der tatsächlichen Umstände - zu Unrecht davon ausging, der Verteidiger habe innert Frist keine Eingabe eingereicht. Die vom Verteidiger darauf im Kassationsverfahren vorgetragenen Tatsachen und die hiezu eingereichten Unterlagen, aus denen sich der Nachweis des gesetzten Nichtigkeitsgrundes ergab, erachtete die Kammer als zuzulassende Noven (Beschluss der III. Strafkammer vom 17. März 1997, UN960074, i.S. S., Erw. II.2). Dass die Zulassung von Noven in Fällen wie dem vorliegenden zu gewähren ist, ergibt sich auch aus der Tatsache, dass ein Verfahrensbeteiligter, stünde ihm deren Einbringung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht mehr zur Verfügung, in der Geltendmachung eines klarerweise zur Nichtigkeit führenden Mangels definitiv abgeschnitten wäre (Möglichkeit eines allfälligen Revisionsbegehrens vorbehalten). Fragen könnte man sich lediglich noch, ob einer Zulassung der Noven in casu deswegen nicht zuzustimmen wäre, weil die Beschwerdeführerin bzw. deren damaliger Rechtsvertreter bereits nach Rückerhalt der beim Generalkonsulat eingeworfenen Sendung am 8. Juni 2001 davon Kenntnis erhielt, dass die Übergabe der Eingabe bei einer schweizerischen Vertretung im Sinne von § 193 Satz 3 GVG insofern fehlschlug, als die Eingabe nicht an das Bezirksgericht Zürich weitergeleitet, sondern an den Absender zurückgesandt wurde. Erst nach Erhalt der angefochtenen Verfügung, worin vom Nichteingang der Rekurschrift beim Generalkonsulat ausgegangen wurde, brachte die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeanmeldung vom 28. September 2001 die genauen Umstände dieser Übergabe an das Generalkonsulat vor. Es ist indessen zu berücksichtigen, dass der damalige Vertreter der Beschwerdeführerin aufgrund der vorgenommenen Übermittlung der Rekurschrift per Telefax und anschliessender Zustellung per Bote - wenn auch in unzutreffender Weise - davon ausging, der Rekurs sei jedenfalls auf diesem Wege rechtzeitig und formgültig erhoben worden. Im Weiteren ist festzuhalten, dass die Vorinstanz - veranlasst durch den auf der Rekurschrift gemachten Vermerk, als Adressat einer Kopie komme auch das Schweize-

- 22 - rische Generalkonsulat zum Zuge - von sich aus am 5. Juli 2001 beim Konsulat die erwähnte Auskunft über den dort erfolgten Eingang der Rekurschrift einholte (Urk. 6/6). Hätte die Vorinstanz unter Gewährung des rechtlichen Gehörs (dessen Verletzung in der Beschwerdeschrift indessen nicht gerügt wird) der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben, sich zu der vom Konsulat am 9. Juli 2001 erteilten - in gewisser Hinsicht an sich richtigen - Auskunft, es sei dort keine Rekurschrift aktenkundig (Urk. 6/7), Stellung zu nehmen, so hätte die Beschwerdeführerin ihre nun als Noven geltenden Behauptungen und Beweismittel sogleich und noch vor der einzelrichterlichen Verfügung einbringen können

und wohl auch eingebracht. Zwar kann der eingereichten "eidesstattlichen Erklärung" von Rechtsanwalt M. kein eigentlicher Beweiswert zugemessen werden, kommt einer solchen doch - mit Ausnahme beispielsweise von deren Verwendung im Rechtshilfeverfahren und als Behelf für auswärtige Rechtsverfolgung - lediglich im Zivilprozess die Bedeutung einer Parteiaussage nach § 149 ZPO oder einer Drittauskunft nach § 168 ZPO zu (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3a zu § 140 ZPO; Hauser/Schweri, a.a.O., N 4 zu § 119 GVG). Dass die darin gemachten Angaben als zutreffend zu betrachten sind, ergibt sich unter anderem aber aus der ebenfalls eingereichten Urkunde. Es rechtfertigt sich daher, von der Richtigkeit der vorgetragenen Version, welcher sich im Übrigen auch die Beschwerdegegner nicht widersetzen, auszugehen. Aufgrund der vorstehend dargelegten Umstände, wie sie sich durch die neu erhobenen Vorbringen und hiezu eingereichten Akten ergeben, ist somit von der rechtzeitigen Erhebung des Rekurses mittels Übergabe der Rekurschrift an die konsularische Vertretung auszugehen. Indem die Vorinstanz zu Unrecht davon ausging, die Rekurschrift sei beim Generalkonsulat nicht und damit auch nicht rechtzeitig eingegangen, hat sie bezogen auf die Vorschriften über die Fristwahrung gemäss § 193 GVG gesetzliche Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO verletzt. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Anhandnahme des Rekurses an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- 23 - II I. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen, und ist die Beschwerdeführerin für dieses angemessen zu entschädigen (§ 396 a StPO).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.