

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT190211-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 7. Mai 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts Audienz am
Bezirksgericht Zürich vom 9. Dezember 2019 (EB190896-L)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Arrestbefehl des Bezirksgerichts Zürich vom 1. April 2019 wurde ein Arrestgesuch der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) gutgeheissen, und es wurde auf diverse Vermögensgegenstände des Gesuchsgegners und Beschwerdegegners (fortan Gesuchsgegner) Arrest gelegt. Mit Eingabe vom 20. Mai 2019 setzte die Gesuchstellerin die Forderung von Fr. 101'293.– in Betreibung. Am 31. Mai 2019 erhob der Gesuchsgegner im Fr. 9'693.– übersteigenden Betrag Rechtsvorschlag (Urk. 1 S. 4). Mit Eingabe vom 6. August 2019, eingegangen bei der Vorinstanz am 8. August 2019, stellte die Gesuchstellerin das Begehren, es sei ihr in der Betreibung Nr. 1 des Stadtammannamts und Betreibungsamts der Stadt Zürich Kreis ... definitive Rechtsöffnung zu erteilen für Fr. 91'600.– sowie für Fr. 2'675.50, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners (Urk. 1a). Mit Verfügung vom 9. August 2019 setzte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner Frist an, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (Urk. 9). Mit Eingabe vom 22. August 2019 beantragte der Gesuchsgegner, das Rechtsöffnungsbegehren sei abzuweisen (Urk. 11 S. 2). Mit Verfügung vom 9. Dezember 2019 trat die Vorinstanz auf das Rechtsöffnungsbegehren nicht ein (Urk. 17 S. 5).

2. Mit Eingabe vom 23. Dezember 2019 erhob die Gesuchstellerin Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 16 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Dezember 2019 aufzuheben.
2. Es sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. EVENTUALITER sei der Beschwerdeführerin in der Betreibung des Stadtammannamts und Betreibungsamts der Stadt Zürich Kreis ... Nr. 1 definitive Rechtsöffnung zu erteilen für CHF 91'600.00 sowie für CHF 2'675.50.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten des Beschwerdegegners."

3. Der Kostenvorschuss von Fr. 750.– gemäss Verfügung vom 24. Januar 2020 ging fristgerecht ein (Urk. 20, 21). Mit Verfügung vom 11. Februar 2020 wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 22). Die Beschwerdeantwort datiert vom 24. Februar 2020 und wurde mit Verfügung vom 26. Februar 2020 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 23, 26). Mit Eingabe vom 9. März 2020 nahm die Gesuchstellerin ihr Replikrecht wahr, was der Gegenpartei am 11. März 2020 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 27). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afeldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (BGE 137 III 470 E. 4.5.3).

2.1 Die Beschwerde muss Anträge wie die Berufung enthalten (BSK ZPO-Spühler, Art. 322 N 4). Bei der Berufung genügt es nicht, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung an die Vorinstanz zu beantragen. Ein blosser Aufhebungsantrag verbunden mit einem Rückweisungsantrag, aber ohne Antrag zur Sache, kommt nur dann in Frage, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 ZPO N 17). Ausnahmsweise ist auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren einzutreten, wenn sich aus der Begründung ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt (BGE 137 III 617 E. 6.2).

2.2 Im Hauptstandpunkt beantragt die Gesuchstellerin die Aufhebung der Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (Urk. 16 S. 2). Aus der Begründung geht indessen hervor, dass die Gesuchstellerin ein Eintreten auf das Rechtsöffnungsgesuch anstrebt (Urk. 16 S. 19) und aus dem Eventualstandpunkt erhellt, dass die Gesuchstellerin Rechtsöffnung in einem bestimmten Betrag beantragt. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

3. Die Vorinstanz trat auf das Rechtsöffnungsbegehren nicht ein, da es an der Prozessvoraussetzung der rechtzeitigen Arrestprosequierung fehle. Zusammengefasst erwog sie, für das Rechtsöffnungsverfahren im Rahmen der Arrestprosequierung sei nur dann ein Gerichtsstand am Arrestort gegeben, wenn der Arrest aufrechterhalten werden könne, mithin die Prosequierungsfristen eingehalten seien. Der eingereichte Zahlungsbefehl datiere vom 21. Mai 2019 und sei dem Gesuchsgegner am 23. Mai 2019 zugestellt worden, worauf dieser am 31. Mai 2019 Teilrechtsvorschlag erhoben habe. Diesen Rechtsvorschlag habe die Gesuchstellerin am 18. Juli 2019 zugestellt erhalten. Die zehntägige Prosequierungsfrist wäre am Montag, 29. Juli 2019, abgelaufen und habe sich wegen der Betriebsferien bis zum 6. August 2019 verlängert. Der Briefumschlag des vorliegenden Rechtsöffnungsgesuchs trage den Poststempel des 7. August 2019. Darauf sei vermerkt, dass der Umschlag bereits am Vortag, am 6. August 2019, 23:45 Uhr, der Schweizerischen Post übergeben worden sei. Da der Poststempel vom 7. August 2019 datiere, hätte die Gesuchstellerin dartun und beweisen müssen, dass sie die Sendung bereits am 6. August 2019 der Post übergeben habe. Im Gesuch würden sich dazu keine Ausführungen finden und die Gesuchstellerin habe sich im Nachhinein nicht dazu geäußert. Auf dem Umschlag mit dem genannten Vermerk stehe eine nicht leserliche Unterschrift. Es sei fraglich, ob darin eine taugliche Behauptung liege, dass die Sendung rechtzeitig am 6. August 2019 zuhänden der Schweizerischen Post übergeben worden sei, da Behauptungen in den Rechtsschriften aufzustellen seien, nicht in den dazu angerufenen Beweismitteln. Was die Frage der genügenden Beweisofferte angehe, habe die Gesuchstellerin weder auf dem Umschlag noch in ihren Rechtsschriften den Namen und die Adresse der unterzeichnenden Person genannt. Damit habe sie keinen Beweisantrag gestellt, der es dem Gericht ermöglichen würde, die Person als Zeuge vorzu-

laden, um deren Angaben zu verifizieren. Im Übrigen habe die Gesuchstellerin hinsichtlich Fristwahrung nichts begründet und auch keine sonstigen Beweismittel vorgelegt, die den auf dem Umschlag behaupteten Sachverhalt belegen würden. Somit liege weder eine Behauptung noch ein Beweis vor, dass das Rechtsöffnungsgesuch bereits am 6. August 2019 vor 24:00 Uhr der Schweizerischen Post übergeben worden sei. Folglich sei davon auszugehen, dass das Datum gemäss Poststempel vom 7. August 2019 korrekt sei. Damit habe die Gesuchstellerin das Gesuch erst nach Ablauf der zehntägigen Prosequierungsfrist gestellt (Urk. 16 S. 4).

4.1 Als Erstes rügt die Gesuchstellerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und verweist auf die mehrfach publizierte Rechtsprechung zum sog. Replikrecht. Die Vorinstanz habe ihr, der Gesuchstellerin, die Stellungnahme des Gesuchsgegners sowie die dazugehörigen Beilagen erst mit dem angefochtenen Entscheid zugestellt. Mit dieser Art der Prozessleitung habe die Vorinstanz verhindert, dass sich die Gesuchstellerin zur Stellungnahme des Gesuchsgegners hätte äussern können, und sie habe damit ihr Replikrecht verletzt. Die Vorinstanz habe die elementarsten Verfahrensrechte in eklatanter Weise verletzt und offensichtlich kurzen Prozess mit der Gesuchstellerin gemacht. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führe ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Dies müsse zwingend zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen, zumal der Mangel im vorliegenden Beschwerdeverfahren infolge der beschränkten Kognition des angerufenen Gerichts nicht geheilt werden könne (Urk. 16 S. 9 ff.).

4.2 Der Gesuchsgegner widerspricht. Die Vorinstanz habe das Replikrecht nicht missachtet; es sei ein Nichteintretensentscheid erfolgt, weil eine Prozessvoraussetzung nicht erfüllt gewesen sei (Urk. 23 S. 7).

4.3 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör. Diese Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht). Das Replikrecht hängt nicht von der Entscheidsrelevanz der Eingaben ab (BGE 138 I 154 E. 2.3.3).

Die Wahrnehmung des Replikrechts setzt voraus, dass die von den übrigen Verfahrensbeteiligten eingereichten Eingaben der Partei vor Erlass des Entscheids zugestellt werden, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will oder nicht (BGE 137 I 195 E. 2.3.1).

4.4 Wie die Gesuchstellerin ausführt, hat es die Vorinstanz vor Erlass der angefochtenen Verfügung unterlassen, die Eingabe des Gesuchsgegners vom 22. August 2019 (Urk. 11) zur Kenntnisnahme zuzustellen. Darin ist nach dem Gesagten grundsätzlich eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehörs zu erblicken. Da das Verfahren ohnehin zurückzuweisen ist (nachfolgend Erw. 7), kann offenbleiben, ob allein die Verletzung des Replikrechts zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zur Rückweisung an die Vorinstanz geführt hätte.

5.1 Als Zweites kritisiert die Gesuchstellerin die Berechnung des Fristenlaufs durch die Vorinstanz. Richtig sei einzig, dass der fragliche Zahlungsbefehl vom 21. Mai 2019 der Gesuchstellerin am 18. Juli 2019 zugestellt worden sei (Urk. 16 S. 13). Gemäss Art. 56 Ziff. 2 SchKG dürften während der Betreibungsferien keine Betreibungshandlungen vorgenommen werden. Als Betreibungshandlung i.S.v. Art. 56 Abs. 2 SchKG würden nach der Rechtsprechung sämtliche Betreibungshandlungen gelten, die den Gläubiger seinem Ziel, auf das Vermögen des Schuldners zugreifen und sich daraus befriedigen zu können, näherbringen würden. Nach der ständigen, langjährigen Praxis der Betreibungsämter des Kantons Zürich zur Auslegung von Art. 56 Abs. 2 SchKG gelte auch die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Gläubiger als Betreibungshandlung i.S.v. Art. 56 Abs. 2 SchKG, da sie den Gläubiger seinem Ziel, sich aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen, näher bringe. Diese Rechtsauffassung sei auch vom Stadtmann und Betreibungsbeamten der Stadt Zürich gegenüber dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin so bestätigt worden. Dementsprechend hätte die Zustellung des Doppels des Zahlungsbefehls an die Gesuchstellerin nicht während der Betreibungsferien erfolgen dürfen. Die zehntägige Prosequierfrist habe daher erst am 1. August 2019 zu laufen begonnen und habe am 12. August 2019 geendet. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei die Frist in jedem Fall gewahrt und die Vorinstanz hätte auf das Gesuch eintreten müssen (Urk. 16 S. 13 f.).

5.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, die Gesuchstellerin nenne die Ausnahme der Betreibungsferien nicht. Gestützt auf Art. 56 SchKG würden die Betreibungsferien im Arrestverfahren nicht gelten. Das Arrestverfahren sei eben für den Schuldner mit besonders schweren Eingriffen in seine Vermögensrechte versehen, weshalb sich der Ausschluss der Betreibungsferien rechtfertige. Als Korrektiv dazu diene die Vorschrift von Art. 63 SchKG mit der Verlängerung bis drei Tage nach dem Ende der Betreibungsferien (Urk. 23 S. 8).

5.3 Art. 56 SchKG hat folgenden Wortlaut: Ausser im Arrestverfahren oder wenn es sich um unaufschiebbare Massnahmen zur Erhaltung von Vermögensgegenständen handelt, dürfen Betreibungshandlungen nicht vorgenommen werden:

1. (...)
2. während der Betreibungsferien, nämlich sieben Tage vor und sieben Tage nach Ostern und Weihnachten sowie vom 15. Juli bis zum 31. Juli; in der Wechselbetreibung gibt es keine Betreibungsferien;
3. (...)

Im Arrestprosequierungsverfahren sind die Bestimmungen von Art. 56 SchKG zu beachten, da nach vollzogenem Arrest der Rechtsschutz des Schuldners gegen den Arrest einsetzt (KUKO SchKG-Sarbach, Art. 56 N 3; BSK SchKG I-Bauer, Art. 56 N 46). Gemäss Rechtsprechung liegt eine Betreibungshandlung im Sinne von Art. 56 SchKG nur vor, wenn eine Amtshandlung der hiefür zuständigen Behörde den Betreibenden seinem Ziel näherbringt und in die Rechtsstellung des Betriebenen eingreift (BGE 121 III 88 E. 6 c). Die in Frage stehende Schonzeit soll allein den Schuldner schützen (BGE 127 III 173 E. 3b). So bringt die Entgegennahme des Betreibungsbegehrens durch das Betreibungsamt und die Ausstellung (d.h. die Ausfertigung) des Zahlungsbefehls den Betreibenden seinem Ziel noch nicht näher und greift noch nicht in die Rechtsstellung des Schuldners ein. Diese Handlungen stellen keine Betreibungshandlungen i.S.v. Art. 56 SchKG dar, wohl aber die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner (BGE 121 III 284 E. 2; BSK SchKG I-Bauer, Art. 56 N 28). Die blosser Zustellung des Zahlungsbefehlsdoppels an den Gläubiger ist nicht als Betreibungshandlung im Sinne von Art. 56 SchKG zu qualifizieren, da die Zustellung an den Gläubiger erfolgt und

sich nicht direkt an den Schuldner richtet. Sie bringt den Betreibenden seinem Ziel (noch) nicht näher und greift nicht in die Rechtsstellung des Betriebenen ein. Daher begann - in Übereinstimmung mit der Vorinstanz - die 10-tägige Prosequierungsfrist am 19. Juli 2019 zu laufen und ist unter Berücksichtigung der Betreibungsferien am 6. August 2019 abgelaufen (Art. 63 SchKG).

6.1 Als Drittes moniert die Gesuchstellerin die Eröffnung des Entscheids und die lange Verfahrensdauer. Es sei in aller Form zu bemängeln, dass die Vorinstanz den angefochtenen Entscheid - wohl zwecks Einsparung der Posttaxe - zusammen mit einem anderen, vom vorliegenden Verfahren völlig unabhängigen Prozess mit einer einzigen Postsendung im selben Umschlag zugestellt habe. Dies habe dazu geführt, dass der angefochtene Entscheid aufgrund des anderen Entscheids zunächst unentdeckt geblieben sei und erst bei Durchsicht der Akten im anderen Verfahren überhaupt erst entdeckt worden sei. Diese in jeder Hinsicht mangelhafte Eröffnung hätte zu gravierenden Konsequenzen führen können. Des Weiteren habe sich die Vorinstanz entgegen Art. 84 Abs. 2 SchKG für die Fällung des angefochtenen Entscheids sage und schreibe dreieinhalb Monate nach Eingang der Stellungnahme des Gesuchsgegners Zeit gelassen. Die Vorinstanz habe die Vorschrift in grober Weise missachtet (Urk. 16 S. 15 f.).

6.2 Gemäss Empfangsschein in den erstinstanzlichen Akten wurden die Entscheide der Verfahren EB190896-L und EB190895-L in der gleichen Sendung spediert (Urk. 15a). Der Prozess EB-190896-L entspricht dem vorliegenden Beschwerdeverfahren RT190211-O, der Prozess EB190895-L dem Beschwerdeverfahren RT190212-O. Der Vermerk auf dem Empfangsschein lautet wie folgt:

"EB190895-L / EUU2 - Urteil vom 09.12.2019 + Doppel act. 11 samt Beilagen (+EB190896-L) / Frist"

Das Vorgehen erscheint unüblich und ist - wie sich vorliegend zeigt - auch fehleranfällig. Der Zusatz "Doppel act. 11 samt Beilagen" gehört nämlich ins Verfahren EB190896-L, mit anderen Worten ins vorliegende erstinstanzliche Verfahren. Die erst mit dem Endentscheid erfolgte Zustellung von Urk. 11 wurde - wie unter Erw. 4. ausgeführt - durch die Gesuchstellerin auch gerügt. Da der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin auch der Rechtsvertreter des Gesuchstellers im Verfahren EB190895-L ist, wurde das Amtsgeheimnis gewahrt. Sodann hat die Gesuchstel-

lerin die Beschwerde rechtzeitig erhoben, weshalb ihr aus der kritisierten Eröffnung der Verfügung kein Nachteil erwachsen ist. Weiterungen erübrigen sich daher.

6.3 Gemäss Art. 84 Abs. 2 SchKG gibt der Richter dem Betriebenen sofort nach Eingang des Gesuches Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme und eröffnet danach innert fünf Tagen seinen Entscheid. Beim zweiten Teilsatz dieser Bestimmung handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift (BGE 104 Ia 465 E. 3). Eine Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung lässt sich daher aufgrund einer längeren Bearbeitungsdauer nicht ableiten. Nichteinhaltung der Ordnungsfrist muss mit der Rechtsverzögerungsbeschwerde gerügt werden (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 62). Konkrete Einwendungen hinsichtlich einer Rechtsverzögerung bringt die Gesuchstellerin nicht vor. Folglich ist nicht weiter darauf einzugehen.

7.1 Schliesslich macht die Gesuchstellerin geltend, die Vorinstanz sei in überspitzten Formalismus verfallen mit der Auffassung, es liege keine genügende Beweisofferte für die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe am 6. August 2019 vor. Aus diesem Umschlag ergebe sich eindeutig, dass ein Zeuge bestätige, dass das Gesuch am 6. August 2019 um 23:45 Uhr der Schweizerischen Post übergeben worden sei. Der Briefumschlag stelle mit Bezug auf den Zeitpunkt der Übergabe an die Schweizerische Post eine Urkunde dar. Damit sei nicht erforderlich, dies in der Rechtsschrift selbst darzulegen. Denn auch die Vorinstanz sei an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden. Wenn - wie hier - wenige selbsterklärende Beilagen vorliegen würden, sei es überspitzt formalistisch, deren Abschreiben in der Rechtsschrift zu fordern, wie dies die Vorinstanz getan habe. Die Vorinstanz lege nicht dar, weshalb sämtliche Angaben bereits im Zeitpunkt der Beweisofferte hätten lückenlos vorliegen müssen. Wenn die Vorinstanz ausführe, die Adresse sei erforderlich gewesen, um "die unterzeichnende Person als Zeugen vorzuladen, um deren Angaben zu verifizieren", so verkenne die Vorinstanz, dass im Rechtsöffnungsverfahren grundsätzlich nur der Urkundenbeweis zulässig sei und gerade keine Zeugen einvernommen würden. Die Vorinstanz wäre in jedem Fall gehalten gewesen, vor Erlass eines Nichteintretensentscheids die Gesuchstellerin

aufzufordern, die genauen Angaben des Zeugen bekannt zu geben. Die Vorinstanz habe das Recht auf Beweis sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Da erst der vorinstanzliche Entscheid dazu Anlass gegeben habe, die detaillierten Angaben des auf dem Umschlag unterzeichnenden Zeugen bzw. die Umstände für die Postaufgabe darzulegen, müssten diese Angaben als Novum im Beschwerdeverfahren zulässig sein. C._____, ... [Adresse], könne die rechtszeitige Übergabe des Gesuchs am 6. August 2019 um 23:45 Uhr in den Briefkasten der Schweizerischen Post am D._____-weg ... in Zürich bezeugen (Urk. 16 S. 16 ff.).

7.2 Der Gesuchsgegner lässt vortragen, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Beweis der Wahrung einer Frist sei klar. Der Absender könne den entsprechenden Nachweis insbesondere mit dem Vermerk auf dem Briefumschlag erbringen, wonach die Postsendung vor Fristablauf in Anwesenheit von Zeugen in einen Briefkasten gelegt worden sei. Dabei seien nicht überprüfbare Angaben der auf dem Umschlag angebrachten Zeugen grundsätzlich nicht geeignet, den rechtzeitigen Einwurf der Eingabe in den Briefkasten zu beweisen. Das Bundesgericht habe ausdrücklich festgehalten, dass die blossе Unterschrift der Zeugen auf dem Briefumschlag grundsätzlich nicht genüge, um den Beweis der Rechtzeitigkeit zu erbringen. Es obliege den Parteien, die Beweismittel rechtzeitig, d.h. vor Ablauf der Rechtsmittelfrist, zu erbringen oder zumindest in ihren Rechtsschriften zu bezeichnen. Die Vorinstanz habe sich an die Gerichtspraxis zum Beweis- und Behauptungserfordernis bei der Einlegung einer Eingabe in einen Briefkasten gehalten, es könne ihr kein überspitzter Formalismus vorgeworfen werden (Urk. 23 S. 8 ff.).

7.3 Die Einhaltung von Fristen ist von Amtes wegen zu beachten (BK ZPO-Frei, Art. 143 N 23). Wer eine fristgebundene Prozesshandlung ausüben muss, trägt die Beweislast für die fristgerechte Ausübung (BGer 5A_355/2013 vom 8. Juli 2013, E. 2.3.3; BK ZPO-Frei, Art. 143 N 23). Ergibt sich aus den Akten ohne Zweifel, dass eine Beschwerdefrist nicht eingehalten worden ist, kann das Gericht – ohne Art. 29 Abs. 2 BV zu verletzen – entscheiden, ohne dem Beschwerdeführer vorgängig eine Frist anzusetzen, um sich zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde

zu äussern und entsprechende Beweise einzureichen. Hat das Gericht hingegen Zweifel oder müsste es aufgrund der Umstände Zweifel haben, ob die Beschwerdefrist tatsächlich verpasst worden ist, muss dem Beschwerdeführer zur Wahrung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör grundsätzlich eine Frist angesetzt werden, um ihm die Gelegenheit zu geben, sich zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde zu äussern und entsprechende Beweise einzureichen (BGer 1C_589/2015 vom 16. März 2016, E. 2.3.1, mit Verweis auf BGE 94 I 15 E. 2). Wer behauptet, er habe einen Brief schon am Vortag seiner Abstempelung in einen Postbriefkasten eingeworfen, hat das Recht, die sich aus dem Poststempel ergebende Vermutung verspäteter Postaufgabe mit allen tauglichen Beweismitteln zu widerlegen. Der Absender kann den entsprechenden Nachweis insbesondere mit dem Vermerk auf dem Briefumschlag erbringen, wonach die Postsendung vor Fristablauf in Anwesenheit von Zeugen in einen Briefkasten gelegt worden ist (statt vieler: BGE 142 V 389 E. 2.2 mit Hinweisen). Allerdings genügt die blossе Unterschrift auf dem Briefumschlag grundsätzlich nicht, um den Beweis der Rechtzeitigkeit zu erbringen; der Beweis kann nur mit Zeugnis der unterzeichnenden Person selbst geleistet werden (BGer 6B_157/2020 vom 7. Februar 2020, E. 2.3).

7.4 Mit dem handschriftlich angebrachten Vermerk auf der Vorderseite des Couverts "Diese Sendung wurde am 6. August 2019 um 23:45 Uhr der Schweizerischen Post übergeben." wird die (noch rechtzeitige) Übergabe der Sendung an die Post am 6. August 2019 behauptet. Unterhalb der Bestätigung findet sich eine unleserliche Unterschrift, die nach Treu und Glauben einer Drittperson zuzuordnen ist. Sinngemäss wird damit geltend gemacht, dass diese Person bei der Übergabe der Sendung bzw. dem Einwurf in den Briefkasten durch den Rechtsanwalt zugegen gewesen sein soll. Damit liegt eine Beweisofferte vor, dass diese Person den Einwurf am 6. August 2019 um 23:45 Uhr bezeugen könne.

7.5 Die Vorinstanz erachtete die Beweisofferte, wie unter Erw. 3 erwähnt, als nicht genügend. Sie erwog, damit ein Beweisabnahmeanspruch bestehe, müsse ein Beweisantrag form- und fristgerecht gestellt werden. Er müsse so bestimmt sein, dass er ohne gerichtliches Dazutun abgenommen werden könne. Werde die Einvernahme eines Zeugen beantragt, müsse dessen Name und Adresse voll-

ständig angegeben werden. Die Gesuchstellerin habe weder auf dem Umschlag noch in den Rechtsschriften den Namen und die Adresse der unterzeichnenden Person genannt. Damit habe sie keine Beweisantrag gestellt, der es dem Gericht ermögliche, die unterzeichnende Person als Zeugen vorzuladen, um deren Angaben zu verifizieren (Urk. 17 S. 4).

7.6 Gemäss den einschlägigen Bestimmungen in der Zivilprozessordnung (Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO) ist ein Beweismittel nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt (BGer 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016, E. 4.1). Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass Art. 152 ZPO in Zusammenhang mit Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO zu lesen ist, welcher statuiert, dass die Klage die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthält. Verlangt wird, dass die Beweismittel den behaupteten Tatsachen zuzuordnen und im Einzelnen genau und vollständig zu bezeichnen sind. Wird ein Antrag auf Einvernahme von Zeugen gestellt, sind die entsprechenden Personen so genau zu bezeichnen, dass sie ohne Weiteres identifiziert und vorgeladen werden können (insbesondere mit Name, Vorname und Adresse; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 221 N 56a).

7.7 Diesem Grundsatz ist die Vorinstanz gefolgt. Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV) folgt indes die Pflicht des Gerichtes, der Partei, deren Eingabe mangelhaft ist, nach Erhalt eine Nachfrist zu Verbesserung anzusetzen; diese Pflicht wird in der Lehre teils als Folge der richterlichen Fragepflicht verstanden. Als allgemeiner prozessualer Rechtsgrundsatz soll das Verbot des überspitzten Formalismus eine prozessuale Formstrenge abwenden, die als exzessiv erscheint, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert. Zu den formellen Mängeln gehören die fehlende Unterschrift und die fehlende Vollmacht. Ebenso können unleserliche, ungebührliche, unverständliche oder weitschweifige Eingaben verbessert werden (Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Aufzählung behebbarer Mängel im Gesetz ist nicht abschliessend. In Frage kommen die typischen Versehen, die voral-

lem bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien vorkommen (BGer 5A_23/2019 vom 3. Juli 2019, E. 3.2.2 mit Hinweisen).

7.8 Nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Vermutung der verspäteten Postaufgabe widerlegt werden, indem beispielsweise auf dem Briefumschlag vermerkt wird, die Postsendung sei kurz vor Fristablauf in Anwesenheit von Zeugen in einen Briefkasten gelegt worden (BGE 142 V 389 E. 2.2). Damit muss es genügen, dass der Zeuge auf dem Briefumschlag unterzeichnet hat. Die unleserliche Unterschrift ist als behebbarer Mangel im Sinne von Art. 132 ZPO zu qualifizieren, sind doch in Art. 132 Abs. 2 ZPO explizit unleserliche Eingaben erwähnt, was auch für unleserliche Namenszeichnungen wie Unterschriften gelten muss. Daher hätte die Vorinstanz eine Nachfrist zur Behebung des Formmangels ansetzen müssen unter Androhung der gesetzlichen Säumnisfolgen.

7.9 Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung (Art. 56 ZPO). Dazu gehören nicht nur Ausführungen zum Sachverhalt, sondern auch Beweisanträge und rechtliche Darlegungen. Die richterliche Fragepflicht greift nur bei klaren Mängeln und soll verhindern, dass eine Partei wegen Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig geht. Hingegen dient sie nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen. Zudem darf sie nicht zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien führen. Wie weit das Gericht eingreifen soll und in welcher Weise, hängt vom Verfahren und von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich vom Grad der Unbeholfenheit der betroffenen Partei. Bei anwaltlich vertretenen Parteien hat die richterliche Fragepflicht nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung (BGer 5A_2019 vom 3. Juli 2019, E. 3.2.1 mit Hinweisen). Deswegen kommt die gerichtliche Fragepflicht – jedenfalls bei anwaltlicher Vertretung – nicht zur Anwendung, wenn eine Partei für eine wesentliche Behauptung überhaupt kein Beweismittel offeriert. Dagegen liegt ein mangelhaftes Beweisangebot im Sinne von Art. 56 ZPO beispielsweise vor, wenn die Partei vergisst, die Adresse eines angerufenen

Zeugen anzugeben. Hier kann der Richter nachfragen, um die Abnahme des Beweises zu ermöglichen (BGer 4A_444/2013 vom 5. Februar 2014, E. 6.3.3).

7.10 Im zu beurteilenden Fall kann nicht gesagt werden, dass mit dem auf dem Briefumschlag angebrachten Vermerk der Übergabe an die Schweizerische Post zusammen mit der Unterschrift des (potentiellen) Zeugen kein Beweismittel offeriert worden ist. Vielmehr ist nach dem Ausgeführten die fehlende Adresse des Zeugen als mangelhaftes Vorbringen im Sinne von Art. 56 ZPO zu behandeln. Damit hätte Anlass bestanden zu einer klärenden Nachfrage in Ausübung der richterlichen Fragepflicht und der Gesuchstellerin Gelegenheit zu geben, ihr Beweisangebot zu vervollständigen und die Beweismittel korrekt zu benennen.

7.11 Zusammenfassend hat die Vorinstanz Art. 132 ZPO und Art. 56 ZPO unrichtig angewandt und damit auch Art. 29 Abs. 1 und 2 BV verletzt. Insoweit hat die Vorinstanz den Beschwerdegrund von Art. 320 lit. a ZPO gesetzt. Die Beschwerde erweist sich als begründet. Sie ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Bei diesem Ergebnis ist auf das weitere Vorbringen der Gesuchstellerin (Urk. 16 S. 18) nicht einzugehen.

8. Heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gut, entscheidet sie neu, wenn die Sache spruchreif ist; andernfalls hebt sie den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Nachdem die Personalien des angerufenen Zeugen nunmehr feststehen (Urk. 16 S. 18), erübrigt sich ein Nachfristansetzung zur Bekanntgabe von dessen Identität und Adresse. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und zur Einvernahme des Zeugen C._____ an die Vorinstanz zurückzuweisen. Danach wird die Vorinstanz über die Rechtzeitigkeit der Arrestprosequierung neu zu befinden und gegebenenfalls über das Gesuch der Gesuchstellerin materiell zu entscheiden haben.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens rechtfertigt es sich, lediglich eine Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren festzusetzen und die

Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie den Entscheid über die Parteientschädigung dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid Art. 104 N 7).

2. Die Bemessung der Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG) und ist in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.-- festzusetzen. Zudem ist vorzumerken, dass die Gesuchstellerin einen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- geleistet hat.

IV.

Mit der Beschwerdeantwort reichte die Rechtsanwältin des Gesuchsgegners eine Kostennote für das vorliegende Verfahren ein mit der Bitte um Prüfung und Genehmigung (Urk. 25). Es liegt kein Fall der unentgeltlichen Rechtspflege vor und daher auch kein Fall der gerichtlichen Bestellung einer Rechtsbeiständin im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO. Die angerufene Kammer hat deshalb die Kostennote weder zu prüfen noch zu genehmigen. Diese verbleibt ohne Weiterungen bei den Akten.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Dezember 2019 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt.
3. Der Entscheid über die Höhe der Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren und die Verteilung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.

4. Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchstellerin für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten werden nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist der Vorinstanz zugestellt.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. Mai 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
am