

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF200027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 12. Mai 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

betreffend **Kraftloserklärung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes
Pfäffikon vom 15. April 2020 (ES200004)

Erwägungen:

1. Am 11. Februar 2020 überbrachte A. _____ (Gesuchstellerin und Berufungsklägerin) dem Bezirksgericht Pfäffikon die Eingabe betreffend Begehren um Kraftloserklärung eines Wertpapieres samt Beilagen (act. 1 und act. 2/1-2). Mit Verfügung vom 19. Februar 2020 setzte das Einzelgericht summarisches Verfahren A. _____ eine Frist von 20 Tagen an, um einen Vorschuss von Fr. 1'800.– zu leisten, unter der Androhung, falls keine Zahlung eingehe, werde das Begehren abgewiesen. Ferner wurde der Berufungsklägerin eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um einen Bericht des Grundbuchamtes B. _____ einzureichen. Diese Fristansetzung erfolgte unter der Androhung, dass bei Säumnis aufgrund der Akten entschieden werde (act. 3). Diese Verfügung wurde der Berufungsklägerin am 24. Februar 2020 zur Abholung mit Abholfrist bis 2. März 2020 gemeldet. Am 3. März 2020 leitete die Post die Sendung mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an das Bezirksgericht zurück (act. 4). Mit Verfügung vom 15. April 2020 trat die Vorinstanz auf das Begehren der Gesuchstellerin nicht ein (act. 10). Der Entscheid wurde A. _____ am 18. April 2020 zugestellt (act. 7). Mit Eingabe vom 20. April 2020 (Poststempel) erhob sie Berufung und verlangte die Nichtigkeitsklärung des vorinstanzlichen Entscheides. Sie beantragte, die Verfügung vom 19. Februar 2020 sei ihr nochmals zuzustellen, damit sie das Versäumnis nachholen und das Verfahren wieder aufgenommen werden könne (act. 11 sinngemäss).
2. a) Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid u.a. aus, die Gesuchstellerin habe die ihr mittels Gerichtsurkunde zugestellte Verfügung nicht abgeholt (act. 4). Da sie als Gesuchstellerin um das Verfahren gewusst habe, gelte die Zustellung als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch, somit am 2. März 2020, als erfolgt (vgl. Art. 138 Abs. 3 ZPO, act. 4). Die Frist zur Zahlung sei am 12. März 2020 ungenutzt abgelaufen. Demzufolge sei auf das Begehren der Gesuchstellerin nicht einzutreten (act. 10 S. 2).

b) Die Berufungsklägerin brachte vor, mit Erstaunen lese sie, dass sie eine ihr am 19. Februar 2020 (recte: 24. Februar 2020) zugestellte Verfügung

nicht abgeholt und eine Zahlung nicht geleistet habe. Da sie grosses Interesse an der Kraftloserklärung des Schuldbriefes habe, hätte sie auf jeden Fall den Kostenvorschuss geleistet und auch die weiteren Unterlagen eingereicht. Es sei ihr unerklärlich, weshalb sie diese Unterlagen (gemeint Verfügung) nicht erhalten habe. Falls die Zustellung mit eingeschriebener Postsendung erfolgt sei, sei ihr diese nie zugestellt worden. Sie habe in ihrem Mail-Eingang die Avisierung der Post für einen eingeschriebenen Brief gesucht, jedoch nichts gefunden. Es müsse einen Fehler bei der Zusendung gegeben haben (act. 11).

3. Das Bundesgericht geht in zwei neueren Entscheiden davon aus, dass bei eingeschriebenen Sendungen eine widerlegbare Vermutung gelte, dass die Abholungseinladung ordnungsgemäss in den Briefkasten oder das Postfach des Empfängers gelegt und das Zustellungsdatum korrekt registriert wurde. Es findet eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als im Fall der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten des Empfängers ausfällt, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet. Diese Vermutung gilt solange, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt (BGer 1F_50/2019 Erw. 3 vom 25. November 2019 unter Hinweis auf BGE 142 IV 201 Erw. 2.3 S. 204 f.). Diese Urteile betreffen indes nicht das Zivilprozessrecht und die Praxis der II. Zivilkammer ist eine andere. Der Nachweis der rechtsgültigen Zustellung obliegt dem Gericht. Bestreitet eine Partei den Erhalt der Abholungseinladung für eine Gerichtsurkunde, so hat das Gericht diese Behauptung mittels Beweisen zu widerlegen (vgl. dazu OG ZH RU160050 19. Oktober 2016). Eine Widerlegung der Behauptung - die Verfügung vom 19. Februar 2020 sei der Berufungsklägerin nicht zugestellt worden - ist vorliegend nicht möglich, weshalb die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht zum Tragen kommen kann. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Berufungsklägerin auf andere Art und Weise rechtzeitig von der Verfügung vom 19. Februar 2020 Kenntnis erhalten hat. Unter diesen Umständen ist ihr nicht nachzuweisen, dass ihr die Verfügung korrekt zugestellt wurde. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses sowie zur Rückwei-

sung der Sache an die Vorinstanz. Die Zustellung der Verfügung vom 19. Februar 2020 ist zu wiederholen.

4. Zu Händen der Vorinstanz seien noch folgende Bemerkungen erlaubt:

Auf das Verfahren für die Angelegenheiten der so genannten freiwilligen Gerichtsbarkeit (bei der sich nicht zwei Parteien in einem streitigen Verfahren gegenüber stehen), wozu die Kraftloserklärung von Schuldbriefen (Art. 856 und Art. 865 ZGB) gehört, wird das summarische Verfahren angewendet (Art. 248 lit. e i.V.m. Art. 249 lit. d Ziff. 10 ZPO). Verlangt das Gericht von einer Partei einen Vorschuss und wird dieser innert Frist nicht geleistet, hat das Gericht bei jeder Verfahrensart eine Nachfrist anzusetzen mit entsprechender Säumnisandrohung, nämlich dass auf das Gesuch bzw. die Klage nicht eingetreten werde (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz hätte daher vor Erlass ihres Erledigungsentscheides eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses ansetzen müssen.

5. Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben.

Es wird erkannt:

1. Die Verfügung des Einzelgerichtes summarisches Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 15. April 2020 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin, die Obergerichtskasse und – unter Beilage der vorinstanzlichen Akten und act. 11 und act. 12/1-4 – an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

4. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: