ZH_OBERGERICHT PS150153 vom 5. November 2015

ZH Obergericht, 2015-11-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS150153

FR: ZH_OBERGERICHT PS150153 du 5 novembre 2015

IT: ZH_OBERGERICHT PS150153 del 5 novembre 2015

Erwägungen

E. 1

Der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegeg- ner) ist der Vater der beiden Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) sowie von E._____ (nachfolgend E._____). C._____ ist die Mutter (nachfolgend Mutter) dieser drei Kinder. Sie hob (mutmasslich) im Namen ihrer drei Kinder gegen den Beschwerdegegner die Betreibung Nr. 1 an. Gestützt auf den in dieser Betreibung (Nr. 1) ausgestellten Verlustschein stellte die Mutter im Namen ihrer drei Kinder ein Fortsetzungsbegehren (Betreibung Nr. 2). Mit Schreiben vom 26. Februar 2015 zeigte der Rechtsvertreter des Beschwerdegeg- ners dem Betreibungsamt F._____ an, dass er E._____ vertrete und dieser seine Betreibung zurückziehe. Daraufhin zeigte das Betreibungsamt F._____ mit Schreiben vom 3. März 2015 dem Beschwerdegegner einen Gläubigerwechsel an und wies ihn auf die Möglichkeit des nachträglichen Rechtsvorschlags hin. Dieser Anzeige ist zu entnehmen, dass in der Betreibung Nr. 2 als Gläubiger nur noch die Beschwerdeführer, nicht mehr aber E._____, der nun beim Beschwerdegeg- ner lebe, aufgeführt sind (act. 3/1; act. 30 E. 1.1. und E. 1.2.; act. 31 S. 5; act. 35 Rz 9).

E. 2

Prozessualiter sei E._____, geb. tt.mm.1997, whft. beim Beschwerde- gegner, infolge seiner fortbestehenden Gläubigerstellung in das vorlie- gende Verfahren als Beschwerdeführer miteinzubeziehen.

E. 3

Den Beschwerdeführern sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewäh- ren und in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgelt- licher Rechtsbeistand zu bestellen.

E. 4

März 2015 vom Gläubigerwechsel habe Kenntnis nehmen können, weshalb die zehntätige Frist durch Einreichung des Gesuchs mit Poststempel vom 16. März 2015 gewahrt sei (act. 30 E. 3.1.2.), ist zu verweisen. Der Beschwerdegegner reichte damit sein Gesuch um Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages unter Einhaltung der zehntägigen Frist rechtzeitig ein. 5.1. Sodann stellen sich die Beschwerdeführer auf den Standpunkt, in Bezug auf die Handlungen von E._____ sei Art. 19 Abs. 1 ZGB zu beachten. E._____ habe den Rechtsvertreter des Beschwerdegegners mittels Vollmacht ermächtigt, in der hier relevanten Betreibung alle Handlungen eines Generalbevollmächtigten vor- zunehmen. Dies stelle ein sich verpflichtendes Rechtsgeschäft dar, das der Zu- stimmung der Mutter bedurft hätte. Anderseits wolle der minderjährige E._____ mit dem Verzicht auf Kindesunterhalt ein Recht im Sinne von Art. 19 Abs. 1 ZGB aufgeben, was ebenfalls einzig mit der Zustimmung der Mutter möglich sei

 (act. 31 S. 7 Rz 3). Zudem könne kein Gläubigerwechsel vorliegen, weil es an ei- ner rechtlichen Grundlage fehle, um auf Kindesunterhalt verzichten zu können (act. 31 S. 7 Rz 1). Aufgrund der Unverzichtbarkeit des Unterhaltsanspruchs und der fehlenden Zustimmung der Mutter als gesetzliche Vertreterin sei E._____ nicht aus der Gläubigergemeinschaft ausgeschieden. E._____ sei daher in das vorliegende Verfahren miteinzubeziehen (act. 31 S. 7 f. Rz 4). 5.2. Der Beschwerdegegner führt dazu in seiner Beschwerdeschrift nur aus, ein Verzicht auf die Durchsetzungsmöglichkeit einer Geldschuld mittels einer Betrei- bung bedeute nicht, dass der Gläubiger auf seine Geldschuld verzichtet habe. Ei- nem Gläubiger stehe es frei, eine Betreibung zurückzuziehen. E._____ lebe beim Beschwerdegegner und geniesse Obhut und Unterhalt. Aufgrund der familiären Beziehung habe E._____ nicht weiter zusehen wollen, wie der Beschwerdegeg- ner aufgrund der von seiner Mutter eingeleiteten Betreibung in seinem Namen weiterhin betreibungsrechtliche Zwangsmassnahmen über sich ergehen lassen müsse. Deshalb wolle er auf die Durchsetzung des geschuldeten Geldes auf dem Wege der Betreibung verzichten, was er als Gläubiger auch tun dürfe (act. 35 Rz 13 f.). Die Vorinstanz habe bezüglich der fehlenden Zustimmung der Mutter zum Betreibungsrückzug zu Recht darauf hingewiesen, dass dafür das Rechtsmit- tel der betreibungsrechtlichen Beschwerde zu ergreifen sei. Die Vorinstanz habe nur zu prüfen gehabt, ob der nachträgliche Rechtsvorschlag bewilligt werden kön- ne. Allfällige im Zusammenhang mit dem Gläubigerrückzug stehende Verfahrens- fehler des Betreibungsamtes seien von der Vorinstanz nicht zu prüfen (act. 35 Rz 16). 5.3. Wie gesehen machen die Beschwerdeführer unter anderem geltend, da E._____ handlungsunfähig sei, habe er ohne Zustimmung des gesetzlichen Ver- treters weder dem Vertreter des Beschwerdegegners, Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, eine Vollmacht erteilen noch den Verzicht der Betreibung erklären kön- nen. Eine allfällige fehlende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters prüfte die Vorinstanz nicht. Sie führte nur aus, der Einwand (der Beschwerdeführer), es ha- be betreffend Verzicht auf die Vollstreckung an der Zustimmung der Mutter ge- fehlt, hätte auf dem Weg der betreibungsrechtlichen Beschwerde geltend ge-

 macht werden müssen (act. 30 E. 3.4.). Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Denn die Unterlassung einer betreibungsrechtlichen Beschwerde kann nicht zur Heilung einer allfälligen fehlenden Zustimmung der gesetzlichen Vertretung füh- ren. Die Handlungsfähigkeit ist eine unabdingbare Voraussetzung für die aktive und passive Teilnahme am Rechtsleben und wirkt sich auch im öffentlichen Recht aus, was sich insbesondere im Zusammenhang mit der Betreibungs- und Pro- zessfähigkeit zeigt (BSK ZGB I-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, 5. Aufl., Art. 19 N 1 mit Verweis auf BGE 69 II 69 f. und N 4 m.w.H.). Handlungsfähig ist, wer voll- jährig und urteilsfähig ist (Art. 13 f. und Art. 16 ZGB). Im Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht an Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ und der Abgabe des erwähnten Verzichts war E._____ zwar urteilsfähig (davon ist zumindest auszugehen), aber noch minderjährig. Urteilsfähige Minderjährige und damit urteilsfähige handlungs- unfähige Personen können zwar am Rechtsleben teilhaben und sie verpflichten sich grundsätzlich mit ihren Handlungen. Die vollen Rechtswirkungen für die ein- gegangen Verpflichtungen oder die aufgegebenen Rechte treten allerdings nur ein, wenn die gesetzliche Vertretung zugestimmt hat (Art. 19 Abs. 1 ZGB; für höchstpersönliche Rechte vgl. Art. 19c ZGB; BSK ZGB I-Bigler- Eggenberger/Fankhauser, 5. Aufl., Art. 19 N 5; BSK ZKB I-Schwenzer/Cottier,

E. 4.1

Zur Rechtzeitigkeit des Gesuchs um Bewilligung des nachträglichen Rechts- vorschlags bringen die Beschwerdegegner vor, der klare Wortlaut von Art. 77 Abs. 2 SchKG halte fest, der für die Frist massgebende Zeitpunkt sei nicht die Mit- teilung des Betreibungsamtes bezüglich des Gläubigerwechsels, sondern der Zeitpunkt der Kenntnis davon. Da es der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners gewesen sei, der dem Betreibungsamt F._____ den Betreibungsrückzug von E._____ und damit den Gläubigerwechsel mit Schreiben vom 26. Februar 2015 mitgeteilt habe, sei auf dieses Datum abzustellen (act. 31 S. 6 f.).

- 7 -

E. 4.2

Nach Art. 77 Abs. 5 SchKG hat das Betreibungsamt dem Schuldner jeden Gläubigerwechsel anzuzeigen. Der Schuldner hat sein Gesuch um Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlags innert zehn Tagen seit Kenntnis des Gläu- bigerwechsels einzureichen. Für den Fristenlauf ist die Anzeige des Betreibungs- amts massgebend. Kommt es zu keiner Anzeige durch das Betreibungsamt (bspw. weil dieses keine Mitteilung betreffend Gläubigerwechsel erhält), so ist auf die effektive Kenntnisnahme durch den Betriebenen abzustellen. Die Frist beginnt diesfalls aber nur zu laufen, wenn der Betriebene auch sichere Kenntnis von Um- ständen hat, die auf den Willen des neuen Gläubigers schliessen, das Betrei- bungsverfahren fortzuführen (vgl. zum Ganzen: BSK SchKG-Bessenich, 2. Aufl., Art. 77 N 8; KUKO SchKG-Malacrida/Roesler, 2. Aufl., N 4; Vock/Müller, SchKG- Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2012, S. 82; Kren Kostkiewicz, Schuldbe- treibungs- und Konkursrecht, 2012, Rz 509). In den Fällen, in denen das Betreibungsamt eine Mitteilung nach Art. 77 Abs. 5 SchKG macht, ist für die Fristauslösung auf die Kenntnisnahme dieser Anzeige abzustellen. Vorliegend zeigte das Betreibungsamt F._____ dem Beschwerde- gegner mit Schreiben vom 3. März 2015 den Gläubigerwechsel an. Auf die zutref- fende vorinstanzlichen Erwägung, wonach der Beschwerdegegner frühestens am

E. 5

Aufl., Art. 304/305 N 3). Bei minderjährigen Kindern wird die gesetzliche Vertre- tung vom Inhaber der elterlichen Sorge ausgeübt (Art. 304 Abs. 1 ZGB). Vorlie- gend bestritt der Beschwerdegegner nicht, dass die Mutter die Inhaberin der elter- lichen Sorge ist. Er machte aber auch nicht geltend, dass ihm ebenfalls die elterli- che Sorge zusteht. Folglich ist daher von der alleinigen elterlichen Sorge der Mut- ter auszugehen, weshalb die gesetzliche Vertretung auch einzig durch die Mutter ausgeübt werden kann. Da sowohl die Vollmachtserteilung als auch der Verzicht ohne Zustimmung der Mutter als gesetzliche Vertreterin erfolgten sowie kein Fall von Art. 19a ZGB und auch keine Zustimmung nach Art. 19c ZGB vorliegt, sind die Handlungen von E._____ nicht rechtswirksam. Ein Gläubigerwechsel hat nicht stattgefunden, und die Anzeige des Betreibungsamtes vom 3. März 2015 erweist sich als nichtig (vgl. dazu BGE 104 III 4). Da die Beschwerde bereits aus diesem

- 10 - Grund gutzuheissen ist, erübrigen sich Weiterungen zur geltend gemachten Un- möglichkeit des Unterhaltsverzichts.

E. 6

Die vorliegende Beschwerde wird einzig von A._____ und B._____ geführt. E._____ hat somit in diesem Beschwerdeverfahren keine Parteistellung inne. Da aber die Rolle von

E._____ im hiesigen Verfahren das Verhältnis zwischen den Prozessparteien betrifft, ist er als Verfahrensbeteiligter im Rubrum aufzunehmen. Aufgrund des Ausgangs des Verfahrens wird er sodann vom Betreibungsamt F._____ für das weitere Betreibungsverfahren als Gläubiger wieder aufzunehmen sein. IV. (Unentgeltliche Rechtspflege) 1. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). 2. Die Beschwerdeführer bringen zur Begründung ihres Gesuchs um Bewilli- gung der unentgeltlichen Rechtspflege vor, sie (bzw. ihre Mutter) würden nicht über die erforderlichen Mittel zur Prozessführung verfügen. Dies ergebe sich aus den bereits im Verfahren vor Vorinstanz eingereichten Unterlagen zum Bezug von Sozialleistungen, die nach wie vor aktuell seien. Ausserdem erweise sich ihr Rechtsbegehren nicht als aussichtslos. Hinzu komme, dass infolge der Schwie- rigkeit des vorliegenden Falles bzw. der sich stellenden komplexen Rechtsfragen und der Schwere des drohenden Eingriffs sowie der fehlenden Sachkunde der Beizug eines Rechtsbeistandes notwendig sei (act. 31 S. 9). Die Vorinstanz bewilligte den Beschwerdeführern die unentgeltliche Rechtspflege. Sie führte aus, die Mittellosigkeit der Beschwerdeführer bzw. deren Mutter sei durch das Einreichen einer Bewilligung von Leistungen zur Sicherung des Le- bensunterhaltes nach deutschem Sozialgesetzbuch belegt. Zudem habe sich die komplexe Rechtsfrage betreffend Zulässigkeit eines nachträglichen Rechtsvor-

 schlags gestellt, wobei der Standpunkt der Beschwerdeführer nicht aussichtslos gewesen sei (act. 30 E. 4.2.; vgl. auch act. 25/2). Anhaltspunkte für eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse seit dem vorinstanzlichen Entscheid vom 17. August 2015 sind nicht vorhanden. In diesem Sinne kann im Beschwerdeverfahren von einer weiterbestehenden Mitte- losigkeit der Beschwerdeführer und deren Mutter ausgegangen werden. Aufgrund des Ausgangs des Verfahrens kann ihre im Beschwerdeverfahren eingenommene Rechtsposition nicht als aussichtslos angesehen werden. Zudem sind die Kinder und die Mutter als rechtsunkundige Laien zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtliche Vertretung angewiesen. Den Beschwerdeführern ist somit im Be- schwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Per- son von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu be- stellen. 3. Zur Begründung des Antrags auf Gewährung der unentgeltlichen Rechts- pflege für das Beschwerdeverfahren führt der Beschwerdegegner aus, da am 3. September 2015 das Betreibungsamt F._____ seinen Lohn bis auf das Exis- tenzminimum gepfändet habe, verfüge er nicht über freistehendes Einkommen, um das Beschwerdeverfahren finanzieren zu können. Zudem bestehe die Not- wendigkeit des Beizugs eines Rechtsvertreters infolge Komplexität des Falles und der Schwere des drohenden Eingriffs sowie der fehlenden Sachkunde (act. 35 Rz 17). Gemäss eingereichtem Beiblatt zum Pfändungsprotokoll vom 3. September 2015 beträgt das Existenzminimum des Beschwerdegegners Fr. 4'133.00. Die diesen Betrag übersteigenden Einkünfte wurden gepfändet (act. 36). Dass sich seit dem 3. September 2015 etwas an der Einkommens- bzw. Vermögenssituation verän- dert haben sollte, ist nicht anzunehmen. Da der prozessuale Notbedarf insgesamt grösser als das betreibungsrechtliche Existenzminimum ist (vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 117 Rz 117 f.), dem Beschwerdegegner aber nur Letzteres zur Verfügung steht, hat er als mittellos i.S.v. Art. 117 lit. a ZPO zu gelten. Im Rechtsmittelver- fahren kann die Rechtsposition des Beschwerdegegners kaum als aussichtslos bezeichnet werden, wenn sie in erster Instanz vom Gericht geschützt worden ist.

- 12 - Von diesem Grundsatz rechtfertigt es sich jedoch abzuweichen, wenn der angefochtene Entscheid an einem offensichtlichen Mangel, namentlich an einem kras- sen Verfahrensfehler leidet, der für sich allein zur Aufhebung des Entscheids füh- ren muss. Hier darf vom Beschwerdegegner erwartet werden, dass er sich dem Rechtsmittel des Gegners unterzieht und nicht unnötige Kosten generiert (BGE 139 III 475 E. 2.3). Da vorliegend der angefochtene Entscheid nicht an krassen Mängel leidet, die ins Auge springen, hat der Standpunkt des Beschwer- degegners nicht als aussichtslos zu gelten. Überdies steht der Beschwerdegegner einer anwaltlich vertretenen Partei gegenüber. Dementsprechend ist dem Be- schwerdegegner für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ist ihm sein Vertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestel- len. V. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) 1. Fällt die Beschwerdeinstanz einen reformatorischen Entscheid, entscheidet sie in Analogie zum Berufungsverfahren nach Art. 318 Abs. 3 ZPO auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 327 N 24). Die Höhe der erstinstanzlichen Gerichts- und Parteikosten steht durch den angefochtenen Entscheid fest, sofern die Kostenfestsetzung nicht selbst Gegenstand der Anfechtung ist (BK ZPO-Sterchi Art. 318 N 22). Nach er- folgter Korrektur des angefochtenen Urteils unterliegt der Beschwerdegegner vollumfänglich (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die vorinstanzlichen in der Höhe nicht an- gefochtenen Gerichtskosten von Fr. 300.– sind angemessen. Sie sind dem Be- schwerdegegner aufzuerlegen und mit dem im vorinstanzlichen Verfahren geleis- teten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Vorinstanz sprach beiden Parteien keine Parteientschädigungen zu. Dies blieb von den Beschwerdeführern unangefochten. Eine Parteientschädigung wäre den Beschwerdeführern aber ohnehin nicht zuzusprechen, da sie ihre Stellung- nahme verspätet eingereicht haben (vgl. act. 30 E. 2.2.). Es mangelt daher so-

- 13 - wohl an einem rechtzeitig gestellten Antrag als auch an zu entschädigenden rele- vanten Umtrieben (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). 2. Im Beschwerdeverfahren unterliegt der Beschwerdegegner ebenfalls, wes- halb er kosten- und entschädigungspflichtig wird (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Beim ge- gebenen Streitwert von Fr. 8'768.11 sind die Gerichtskosten des zweitinstanzli- chen Verfahrens in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 450.– festzusetzen. Diese sind dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und in- folge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskas- se zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Die Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 9 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV festzusetzen. Die Grundgebühr beträgt Fr. 2'115.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). In An- wendung von § 9 AnwGebV (Ermässigung um 1/3) und § 13 Abs. 2 AnwGebV (Ermässigung um nochmals 1/3) ist die Grundgebühr auf rund Fr. 1'000.– zu re- duzieren. Da die Beschwerdeführer keinen Mehrwertsteuerzusatz verlangt haben (vgl. act. 31 S. 2 und S. 10), ist ihnen ein solcher auch nicht zuzusprechen (vgl. auch Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2007). Der Beschwerdegegner ist somit zu verpflichten, den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 ZPO). Es wird beschlossen:

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