

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150153-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Beschluss und Urteil vom 5. November 2015

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge, C._____,

diese vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

D._____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

als weiterer Verfahrensbeteiligter:

E._____,

betreffend
nachträglicher Rechtsvorschlag (Art. 77 SchKG)

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Uster vom 17. August 2015 (EB150109)

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1. Der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) 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 Betreuung Nr. 1 an. Gestützt auf den in dieser Betreuung (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 Beschwerdegegners dem Betreibungsamt F.____ an, dass er E.____ vertrete und dieser seine Betreuung 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 Rechtsvorschlages hin. Dieser Anzeige ist zu entnehmen, dass in der Betreuung Nr. 2 als Gläubiger nur noch die Beschwerdeführer, nicht mehr aber E.____, der nun beim Beschwerdegegner lebe, aufgeführt sind (act. 3/1; act. 30 E. 1.1. und E. 1.2.; act. 31 S. 5; act. 35 Rz 9).

2. Mit Eingabe vom 16. März 2015 stellte der Beschwerdegegner bei der Vorinstanz ein Gesuch um Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages (act. 1). Am 17. August 2015 fällte die Vorinstanz folgendes Urteil (act. 27 = act. 30 = act. 32):

- " 1. Der nachträgliche Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes F.____ wird im Umfang von Fr. 8'768.11 bewilligt und die mit Verfügung vom 24. April 2015 erlassene vorläufige Einstellung der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes F.____ wird dementsprechend aufgehoben.

Im Mehrbetrag wird das Begehren um Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages abgewiesen.

[...]"

Dagegen erhoben die Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht mit dem folgenden Rechtsbegehren (act. 31 S. 2):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 17. August 2015 sei aufzuheben und der vom Beschwerdegegner beim Bezirksgericht Uster am 16. März 2015 eingereichte nachträgliche Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamts F._____ von der Beschwerdeinstanz nicht zuzulassen bzw. gerichtlich nicht zu bewilligen; eventua-liter sei das Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
 2. Prozessualiter sei E._____, geb. tt.mm.1997, whft. beim Beschwerdegegner, infolge seiner fortbestehenden Gläubigerstellung in das vorliegende Verfahren als Beschwerdeführer miteinzubeziehen.
 3. Den Beschwerdeführern sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners."
3. Auf die Einholung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Beschwerdeführer ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt haben. Der Beschwerdegegner erstattete fristgemäss seine Beschwerdeantwort, in welcher er ebenfalls ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege stellt (act. 33-35). Die Beschwerdeantwort wurde den Beschwerdeführern zur Kenntnis zugestellt (act. 39). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-28). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

(Rechtliche Vorbemerkungen)

1. Gemäss Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 2 ZPO sind Entscheide betreffend Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlags mit Beschwerde anfechtbar. Die vorliegende Beschwerde wurde rechtzeitig, schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständige Beschwerdeinstanz eingereicht. Die Beschwerdeführer sind durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

2. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz gerügt werden (Art. 320 ZPO). Die Rechtsanwendung der Vorinstanz ist voll überprüfbar. Demgegenüber ist die Kognition hinsichtlich des Sachverhalts beschränkt. Die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz kann nur in qualifizierten Fällen gerügt werden, nämlich bei offensichtlicher Unrichtigkeit. Die Beschwerde muss begründet werden (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Im Entscheid über die Beschwerde ist auf die erhobenen Rügen einzugehen. Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht indes nicht dazu, sich mit jedem einzelnen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (vgl., statt vieler: BK ZPO-Hurni, Art. 53 N 60 f.). Nachfolgend ist daher nur insoweit auf die Vorbringen der Parteien einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

3. Die Beschwerdeführer rügen einzig die unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz (act. 31 S. 2 Rz 3). Zum einen bringen sie vor, die Vorinstanz hätte auf das Gesuch des Beschwerdegegners nicht eintreten dürfen, weil er dieses nicht innert der in Art. 77 Abs. 2 SchKG vorgesehenen Frist eingereicht habe (act. 31 S. 6 f.; vgl. E. III. 4.1. und 4.2. unten). Zum anderen sind sie der Ansicht, dass mangels Zustimmung der Mutter als gesetzliche Vertreterin sowie aufgrund der Unverzichtbarkeit des Unterhaltsanspruchs ein Gläubigerwechsel im Sinne von Art. 77 SchKG nicht vorliege (act. 31 S. 2 Rz 3, S. 5 -7.; vgl. E. III.5.1.-5.3. unten).

III.

(Zur Beschwerde im Einzelnen)

1. Kommt es während des laufenden Betreibungsverfahrens zu einem Gläubigerwechsel, kann der Betriebene bis zur Verteilung oder Konkursöffnung nachträglich einen Rechtsvorschlag erheben (Art. 77 SchKG). Dieser ist bewilligungspflichtig. Der Richter führt ein Bewilligungsverfahren durch, in welchem der Schuldner seine Einreden gegen den neuen bzw. die neu zusammengesetzten Betreibenden, gegen den Forderungsübergang oder gegen die geltend gemachte Forderung glaubhaft machen muss (Art. 77 Abs. 2 SchKG; Karl Spühler, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 6. Aufl., 2014, Rz 710; BSK-SchKG-Bessenich, 2. Aufl., Art. 77 N 1, N 4 f., N 9 f.; BGE 58 III 115).

2. Gestützt auf die Anzeige des Betreibungsamtes betreffend Gläubigerwechsel (act. 3/1) ersuchte der Beschwerdegegner mit Eingabe vom 16. März 2015 die Vorinstanz um Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlags (act. 1). In seinem Gesuch führte er aus, die Betreuung Nr. 2 sei eine gemeinschaftliche Betreuung seiner Kinder. Hintergrund dieser Betreuung seien angeblich ausstehende Unterhaltszahlungen. Bisher habe die Gläubigergemeinschaft aus E._____, A._____ und B._____ bestanden. Indem E._____ aus der Gläubigergemeinschaft ausgeschieden sei, habe ein Gläubigerwechsel stattgefunden. Da E._____ auf seine angeblich ausstehenden Unterhaltszahlungen verzichte, verringere sich die

Summe der Forderung zumindest um seinen Anteil an der Gesamtsumme (act. 1 Rz 6-8). Auf gerichtliche Aufforderung hin führte der Beschwerdegegner sodann aus, die Betreuungssumme in der Betreuung Nr. 2 betrage Fr. 26'304.33. Da E._____ als Gläubiger zurückgetreten sei, weil er auf seine Unterhaltszahlungen verzichten wolle, belaufe sich der Streitwert auf zwei Drittel der Betreuungssumme (act. 7).

3. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, aus der Anzeige des Betreibungsamtes gehe hervor, dass E._____ nicht mehr als Gläubiger aufgeführt sei. Gläubiger seien nur noch die Beschwerdeführer. Der Wegfall eines Betreibenden aus einer Gläubigergemeinschaft stelle einen Gläubigerwechsel dar (act. 30 E. 3.1.5. und E. 3.5.). Es erscheine glaubhaft, dass es sich bei der in Betreuung gesetzten Forderung um ausstehende Kinderunterhaltszahlungen handle (act. 30 E. 3.2.4. und 3.2.5. sowie E. 3.5.). Vorliegend habe E._____ auf die Vollstreckung seines Anspruchs und nicht auf den Anspruch selber verzichtet (act. 30 E. 3.5.). Infolge Wegfalls von E._____ als Gläubiger verringere sich daher die Forderungssumme um seinen Anteil. Daher erscheine auch der Einwand glaubhaft, die Beschwerdeführer seien nicht berechtigt, die gesamte in Betreuung gesetzte Forderung geltend zu machen (act. 30 E. 3.2.4. und 3.2.5. sowie E. 3.5.). Sodann sei der Streitwertberechnung des Beschwerdegegners zu entnehmen, dass der Beschwerdegegner den drei Kindern jeweils den gleichen Betrag schulde. Dies sei unbestritten geblieben. Aufgrund des Ausscheidens von E._____ sei daher der nachträgliche Rechtsvorschlag im Umfang eines Drittels, d.h. in der Höhe von Fr. 8'768.11, zu bewilligen (act. 30 E. 3.3.1.).

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

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 Gläubigerwechsels einzureichen. Für den Fristenlauf ist die Anzeige des Betreibungsamts 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 Umständen hat, die auf den Willen des neuen Gläubigers schliessen, das Betreibungsverfahren 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, Schuldbeitreibungs- 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 Beschwerdegegner mit Schreiben vom 3. März 2015 den Gläubigerwechsel an. Auf die zutreffende vorinstanzlichen Erwägung, wonach der Beschwerdegegner frühestens am 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 Betreuung alle Handlungen eines Generalbevollmächtigten vorzunehmen. Dies stelle ein sich verpflichtendes Rechtsgeschäft dar, das der Zustimmung der Mutter bedürft hätte. Andererseits 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 einer 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 Betreibung bedeute nicht, dass der Gläubiger auf seine Geldschuld verzichtet habe. Einem 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 Beschwerdegegner 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 Rechtsmittel der betreibungsrechtlichen Beschwerde zu ergreifen sei. Die Vorinstanz habe nur zu prüfen gehabt, ob der nachträgliche Rechtsvorschlag bewilligt werden könne. Allfällige im Zusammenhang mit dem Gläubigerrückzug stehende Verfahrensfehler 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 Vertreters weder dem Vertreter des Beschwerdegegners, Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____, eine Vollmacht erteilen noch den Verzicht der Betreibung erklären können. Eine allfällige fehlende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters prüfte die Vorinstanz nicht. Sie führte nur aus, der Einwand (der Beschwerdeführer), es habe betreffend Verzicht auf die Vollstreckung an der Zustimmung der Mutter gefehlt, 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 führen.

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 Prozessfähigkeit 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 volljährig 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 handlungsunfähige Personen können zwar am Rechtsleben teilhaben und sie verpflichten sich grundsätzlich mit ihren Handlungen. Die vollen Rechtswirkungen für die eingegangenen 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, 5. Aufl., Art. 304/305 N 3). Bei minderjährigen Kindern wird die gesetzliche Vertretung vom Inhaber der elterlichen Sorge ausgeübt (Art. 304 Abs. 1 ZGB). Vorliegend bestritt der Beschwerdegegner nicht, dass die Mutter die Inhaberin der elterlichen Sorge ist. Er machte aber auch nicht geltend, dass ihm ebenfalls die elterliche Sorge zusteht. Folglich ist daher von der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter 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

Grund gutzuheissen ist, erübrigen sich Weiterungen zur geltend gemachten Unmöglichkeit des Unterhaltsverzichts.

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 Bewilligung 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 Schwierigkeit des vorliegenden Falles bzw. der sich stellenden komplexen Rechtsfragen und der Schwere des drohenden Eingriffs sowie der fehlenden Sachkunde der Bezug 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 Lebensunterhaltes 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 Mittellosigkeit 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 Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

3. Zur Begründung des Antrags auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren führt der Beschwerdegegner aus, da am 3. September 2015 das Betreibungsamt F. _____ seinen Lohn bis auf das Existenzminimum gepfändet habe, verfüge er nicht über freistehendes Einkommen, um das Beschwerdeverfahren finanzieren zu können. Zudem bestehe die Notwendigkeit 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 verändert 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 Rechtsmittelverfahren kann die Rechtsposition des Beschwerdegegners kaum als aussichtslos bezeichnet werden, wenn sie in erster Instanz vom Gericht geschützt worden ist.

Von diesem Grundsatz rechtfertigt es sich jedoch abzuweichen, wenn der angefochtene Entscheid an einem offensichtlichen Mangel, namentlich an einem krassen Verfahrensfehler leidet, der für sich allein zur Aufhebung des Entscheids führen 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 Mängeln leidet, die ins Auge springen, hat der Standpunkt des Beschwerdegegners nicht als aussichtslos zu gelten. Überdies steht der Beschwerdegegner einer anwaltlich vertretenen Partei gegenüber. Dementsprechend ist dem Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ist ihm sein Vertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

V.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Fällt die Beschwerdeinstanz eine reformatorische Entscheidung, 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 erfolgter Korrektur des angefochtenen Urteils unterliegt der Beschwerdegegner vollumfänglich (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die vorinstanzlichen in der Höhe nicht angefochtenen Gerichtskosten von Fr. 300.– sind angemessen. Sie sind dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und mit dem im vorinstanzlichen Verfahren geleisteten 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 Stellungnahme verspätet eingereicht haben (vgl. act. 30 E. 2.2.). Es mangelt daher so-

wohl an einem rechtzeitig gestellten Antrag als auch an zu entschädigenden relevanten Umtrieben (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

2. Im Beschwerdeverfahren unterliegt der Beschwerdegegner ebenfalls, weshalb er kosten- und entschädigungspflichtig wird (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Beim gegebenen Streitwert von Fr. 8'768.11 sind die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen 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 infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse 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 Anwendung 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 reduzieren. 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:

1. Den Gesuchsgegnern und Beschwerdeführern wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, und es wird ihnen in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 17. August 2015 aufgehoben. Dispositiv-Ziffer 1 wird durch folgende Fassung ersetzt:

" 1. Auf das Gesuch um Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes F._____ wird wegen Nichtigkeit der Anzeige betreffend Gläubigerwechsel des Betreibungsamtes F._____ vom 3. März 2015 nicht eingetreten."
2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 300.– festgesetzt, dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner auferlegt und mit dem von ihm im vorinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Den Gesuchsgegnern und Beschwerdeführern wird für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 450.– festgesetzt, dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner auferlegt und infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Der Gesuchsteller und Beschwerdegegner wird verpflichtet, den Gesuchsgegnern und Beschwerdeführern für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an

- die Parteien,
- den Verfahrensbeteiligten,
- das Bezirksgericht Uster,
- die Obergerichtskasse,
- das Betreibungsamt F. _____,

je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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. 8'768.11.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am:
6. November 2015