

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde  
über Schuldbetreibung und Konkurs



---

Geschäfts-Nr.: PS190121-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 19. August 2019

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge, B. \_\_\_\_\_, diese vertreten durch  
k/jz C. \_\_\_\_\_

betreffend

### **Befreiung von Verfahrenskosten**

(Beschwerde über das Betreibungsamt Affoltern)

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Affoltern vom 24. Juli  
2019 (CB190001)

**Erwägungen:**

1.

1.1. Der Beschwerdeführer leitete am 20. November 2018 beim Betreibungsamt Affoltern am Albis gegen seinen Vater ein Betreibungsverfahren ein über Fr. 9'650.57 für nicht bevorschusste Unterhaltsbeiträge für die Zeit vom 1. August 2014 bis 31. August 2018 gemäss Unterhaltsfestsetzungsbeschluss des Amtsgerichts Bad Iburg vom 12. Juli 2013 (act. 2/2 und act. 2/5). Gleichzeitig beantragte der Beschwerdeführer gestützt auf die vom Amtsgericht Bad Iburg im genannten Entscheid bewilligte Verfahrenskostenhilfe die Kostenbefreiung für das Betreibungsverfahren. In diesem Verfahren (Betreibung Nr. ...) stellte der Beschwerdeführer am 7. Januar 2019 das Fortsetzungsbegehren, woraufhin das Betreibungsamt den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 10. Januar 2019 zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 300.-- (Fr. 80.30 für Rechnung Nr. 79'594 und Fr. 219.70 für die Pfändungskosten) aufforderte (act. 2/1).

1.2. In der Folge gelangte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 16. Januar 2019 an das Bezirksgericht Affoltern als untere kantonale Aufsichtsbehörde SchKG und verlangte sinngemäss die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Gutheissung des beim Betreibungsamt gestellten Antrages auf Kostenbefreiung, eventualiter auf die Befreiung von der Kostenvorschusspflicht (act. 1). Mit Beschluss vom 24. Juli 2019 wies das Bezirksgericht die Beschwerde ab (act. 12 = act. 17).

1.3. Hiegegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 31. Juli 2019 Beschwerde bei der Kammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (act. 18). Er hält darin im Wesentlichen an seinen bei der Vorinstanz gestellten Anträgen fest. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-15). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG; BSK SchKGI-COMETTA/MÖCKLI, 2. Aufl. 2010, Art. 20a N 38). Im Kanton Zürich richtet sich das Beschwerdeverfahren gemäss § 18 EG SchKG nach § 83 f. GOG. Dabei ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen und es sind die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar (§ 83 Abs. 3 GOG). Für den Weiterzug an das Obergericht gelten insbesondere die Bestimmungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO (§ 84 GOG).

2.2. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO, vgl. OGer ZH PS110019 vom 21. Februar 2011, E. 3.4; OGer ZH PS180175 vom 18. Dezember 2018, E. 4.3.4; BGer 5A\_605/2011 vom 8. November 2011, E. 3.2).

2.3. Die Beschwerde vom 31. Juli 2019 (Datum Poststempel: 2. August 2019) wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist insoweit auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Die Vorinstanz schützte im angefochtenen Beschluss den Entscheid des Betreibungsamtes und hielt fest, dass die im Unterhaltsfestsetzungsbeschluss des Amtsgerichts Bad Iburg vom 12. Juli 2013 bewilligte Verfahrenskostenhilfe für sich unter geltendem Recht keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege begründe. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, dass sich der Beschwerdeführer

nicht auf Art. 50 LugÜ (bzw. Art. 44 aLugÜ) stützen könne, weil die darin geregelte Kostenbefreiung nicht für das eigentliche Zwangsvollstreckungsverfahren im Vollstreckungsstaat gelte. Die Vollstreckung gemäss LugÜ erfasse die eigentliche Zwangsvollstreckung nicht (act. 17 S. 7 f.). Auch Art. 13 Abs. 2 des Haager Übereinkommens über den internationalen Zugang zur Rechtspflege biete hier keine Grundlage, weil dieses Übereinkommen von Deutschland nie ratifiziert worden sei und deshalb nicht zur Anwendung gelange (act. 17 S. 8). Schliesslich werde das Haager Übereinkommen vom 15. April 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern (SR 0.211.221.432; nachfolgend HUKÜ) für die Schweiz und Deutschland durch das Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen (SR 0.211.213.02; nachfolgend HUÜ) ersetzt. Letzteres halte in Art. 15 fest, dass der Unterhaltsberechtigte in den Genuss derjenigen günstigsten Verfahrenshilfe bzw. der Befreiung von Verfahrenskosten komme [...], die im Recht des Vollstreckungsstaates vorgesehen sei. Selbst wenn dieser Artikel vorliegend anwendbar sei, so ergebe sich daraus keine völkerrechtliche Pflicht der Vollstreckungsbehörde des ersuchten Staates, dem Unterhaltsberechtigten die unentgeltliche Rechtspflege ungeachtet allfälliger anderslautender innerstaatlicher Vorschriften auch ohne einen entsprechenden Antrag, das heisst von Amtes wegen zu gewähren (mit Verweis auf BGER 5A\_781/2010 E. 4.2). Der Anspruch richte sich auch hier nach schweizerischen Recht. Gemäss Art. 119 ZPO müsse das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege begründet und belegt werden. Der Beschwerdeführer habe stets auf den Entscheid aus Deutschland verwiesen, aber keine genügenden Dokumente sowie keine ausreichende Begründung vorgelegt. Das Betreibungsamt habe ihn sowohl in der Verfügung vom 10. Januar 2019 als auch in der Vernehmlassung vom 6. März 2019 darauf hingewiesen, dass er die Kostenbefreiung nicht korrekt beantragt habe (act. 17 S. 8 f.).

3.2. Diesen Erwägungen hält der Beschwerdeführer entgegen, dass die Vorinstanz die Frage der Anwendung von Art. 15 HUÜ unbeantwortet liess. Das Übereinkommen sei im vorliegenden Fall anwendbar und dieser Artikel sei einschlägig. Im Wesentlichen macht der Beschwerdeführer geltend, das HUÜ sei

neben dem LugÜ anwendbar, ohne dass ein Übereinkommen gegenüber dem anderen von sich aus den Vorrang genösse, weil beide Staatsverträge bestimmen würden, dass sie mit einem anderen Vertrag nicht als unvereinbar anzusehen seien. Art. 15 HUÜ sei sodann im Lichte von Art. 9 HUKÜ auszulegen, weil das spätere HUÜ das HUKÜ nicht habe verschlechtern, sondern zugunsten der Unterhaltsgläubiger habe verbessern wollen (act. 18 S. 3). Das HUKÜ differenziere ausdrücklich zwischen der Anerkennung, der Vollstreckung und der Vollstreckbarerklärung. Da Art. 9 HUKÜ die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren gewähre, durch das die Vollstreckung der Entscheidung erwirkt werden soll, gelte das angesichts der sonst im Übereinkommen verwendeten Terminologie in der Schweiz für das Betreibungsverfahren und nicht nur für das Vollstreckbarerklärungsverfahren. Die Kostenbefreiung im ausländischen Ursprungsstaat berechtige somit auch zur unentgeltlichen Prozessführung im Vollstreckungsverfahren (act. 18 S. 4). Das Bundesgericht habe im Entscheid 5A\_781/2010 E. 4.2 festgehalten, der Zweck von Art. 15 HUÜ bestehe darin, die Vollstreckungsbehörde von aufwendigen Nachforschungen darüber zu entlasten, in welchem Ausmass der Unterhaltsberechtigte im Urteilsstaat in den Genuss von unentgeltlicher Rechtspflege gekommen sei. In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem bereits im ausländischen Erkenntnisverfahren unentgeltliche Prozessführung gewährt worden sei, sollen die Behörden die Gewährung also nicht von Unterlagen, Dokumenten und Begründungen abhängig machen. Der Verweis in Art. 15 HUÜ auf das Recht des Vollstreckungsstaates bezwecke also nicht, dass sich die Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung nach dessen Recht richten sollten, sondern verdeutliche nur, dass die weitest gehende Befreiung gewährt werden müsse, die im Vollstreckungsstaat vorgesehen sei. Kenne der Vollstreckungsstaat eine Prozesskostenbefreiung, müsse diese auch gewährt werden, ohne dass diese von weiteren Voraussetzungen nach dem innerstaatlichen Recht des Vollstreckungsstaates abhängig gemacht werden dürfe (act. 18 S. 5 f.).

4.

4.1. Der in Deutschland wohnhafte Beschwerdeführer leitete beim Betreibungsamt Affoltern am Albis ein Verfahren zur Vollstreckung einer in Deutschland ergangenen Unterhaltsentscheidung gegen seinen in der Schweiz wohnhaften Vater ein. Damit liegt ein internationaler Sachverhalt mit Bezug zu Deutschland und zur Schweiz und im Zusammenhang mit der Vollstreckung eines deutschen Gerichtsentscheids über die Unterhaltspflicht vor. Auf diesen Sachverhalt findet das IPRG Anwendung, wobei gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG völkerrechtliche Verträge vorbehalten sind. Sowohl in sachlicher als auch in räumlich-persönlicher Hinsicht ist das LugÜ grundsätzlich anwendbar, mit Bezug auf seinen Art. 50 Abs. 1 ist es für den vorliegenden Fall aber nicht einschlägig. Das hat bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt und wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann (act. 17 S. 7 f.). Das LugÜ lässt sodann Übereinkünfte zwischen Vertragsparteien, die für besondere Rechtsgebiete die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung oder die Vollstreckung von Entscheidungen regeln, unberührt (Art. 67 Abs. 1 LugÜ). Das von der Schweiz und Deutschland ebenfalls unterzeichnete HUÜ regelt die Vollstreckung von Entscheidungen über Unterhaltspflichten, die von Gerichten oder Verwaltungsbehörden eines Vertragsstaates erlassen worden sind zwischen einem Unterhaltsberechtigten und einem Unterhaltsverpflichteten (Art. 1 Ziff. 1). Demnach findet dieses Übereinkommen auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt Anwendung.

4.2. Art. 15 HUÜ bestimmt, dass der Unterhaltsberechtigte, der im Ursprungsstaat ganz oder teilweise Verfahrenshilfe oder Befreiung von Verfahrenskosten genossen hat, in jedem Anerkennungs- oder Vollstreckungsverfahren die günstigste Verfahrenshilfe oder die weitestgehende Befreiung genießt, die im Recht des Vollstreckungsstaates vorgesehen ist. Damit sind sowohl das Exequaturverfahren als auch das eigentliche Zwangsvollstreckungsverfahren – jeweils inklusive allfälliger Rechtsmittelverfahren – erfasst (LUCAS ARNET, Die Vollstreckbarerklärung schweizerischer Kindesunterhaltsverträge auf staatsvertraglicher Basis, in: J. Kren Kostkiewicz/A. R. Markus/R. Rodriguez, CIVPRO - Institut für Internationales

Privatrecht und Verfahrensrecht Band/Nr. 4, 2013, S. 175-189, N 448). Unabhängig der Höhe der im Ursprungsstaat erhaltenen Prozesskostenhilfe ist dem Unterhaltsberechtigten somit im Vollstreckungsstaat die grösste dort vorgesehene Unterstützung zu gewähren (JAN KROPHOLLER, Anhang III zu Art. 18 EGBGB, in: J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, 14. Aufl., Berlin 2003, N 198). Das gilt unabhängig davon, ob er die Voraussetzungen für diese Befreiung gemäss dem Recht des Vollstreckungsstaates erfüllt oder nicht (LUCAS ARNET, a.a.O., N 447).

Demnach hielt das Bundesgericht in seinem Entscheid 5A\_781/2010 vom 16. Februar 2011 fest, Art. 15 HUÜ beziehe sich auf den Umfang der unentgeltlichen Rechtspflege und damit auf die materiellen Anspruchsvoraussetzungen der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten [und – mit Bezug auf die Verbeiständung – auf die Notwendigkeit einer Vertretung] (E. 4.2). Der Beschwerdeführer weist auch zu Recht darauf hin, dass die Vollstreckungsbehörde dadurch von aufwendigen Nachforschungen darüber entlastet werden soll, in welchem Ausmass der Unterhaltsberechtigte im Urteilsstaat in den Genuss von unentgeltlicher Rechtspflege gekommen ist (vgl. ebenfalls E. 4.2).

4.3. Allerdings führt das Bundesgericht im erwähnten Entscheid auch an, dass die weiteren, insbesondere verfahrensmässigen Voraussetzungen des innerstaatlichen Rechts des Vollstreckungsstaates, die zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege führen, ebenfalls erfüllt sein müssen. Darauf hat die Vorinstanz bereits zutreffend hingewiesen. Daraus folgt, dass im Anwendungsbereich von Art. 15 HUÜ nur die Voraussetzung der Bedürftigkeit (und allenfalls diejenige der Notwendigkeit einer Vertretung) nicht mehr nachgewiesen werden muss. Der Beschwerdeführer kann sich zum Nachweis seiner Mittellosigkeit somit zu Recht auf den Unterhaltsfestsetzungsbeschluss des Amtsgerichts Bad Iburg vom 12. Juli 2013 berufen, mit welchem ihm für das Verfahren Verfahrenskostenhilfe bewilligt wurde (act. 2/5).

4.4. Art. 117 ZPO setzt neben der Bedürftigkeit in materieller Hinsicht aber des Weiteren voraus, dass das Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Aussichtslos sind Begehren dann, wenn deren Gewinnaussichten ex ante betrachtet beträchtlich geringer erscheinen als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese (BGE 125 II 265, E. 4.b). Massgebend ist, ob eine nicht bedürftige Partei sich aus Vernunft zu einem Prozess entschliessen würde. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung des Prozessstoffes, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGer 4A\_388/2015 E. 4.1).

Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bedarf sodann eines entsprechenden Gesuchs, worin die gesuchstellende Person die Voraussetzung der fehlenden Aussichtslosigkeit ebenfalls zu begründen bzw. glaubhaft zu machen hat (Art. 119 Abs. 1 und 2 ZPO). Da die prozessrechtliche und materiellrechtliche Nichtaussichtslosigkeit eine Rechtsfrage ist, bezieht sich die Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Partei allerdings nur auf die tatsächliche Nichtaussichtslosigkeit und rechtfertigt sie sich nur dort, wo die Akten des Hauptverfahrens noch keine Sachdarstellung sowie keine Beweismittelbenennung und Beweisurkunden enthalten. Wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zusammen mit der Klage, dem Gesuch oder der Antwort in der Hauptsache eingereicht, ist die tatsächliche Nichtaussichtslosigkeit nach den Sachvorbringen im Hauptverfahren und den dort angebotenen/abgenommenen Beweisen zu beurteilen. Einer spezifischen Stellungnahme bedarf es nicht (BK ZPO-BÜHLER, Bern 2012, Art. 119 N 101 ff.; LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 119 N 21).

4.5. Der Beschwerdeführer hat zusammen mit dem Betreibungsbegehren einen expliziten Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Antrag auf Kostenbefreiung) gestellt. Nach dem Gesagten beurteilt sich die Aussichtslosigkeit demnach nach den dortigen Angaben, ohne dass sich der Beschwerdeführer zusätzlich zur fehlenden Aussichtslosigkeit hätte äussern müssen. Und es gilt das

auch für das Fortsetzungsbegehren, das – wie hier – den formellen Anforderungen genügt, und von der Natur der Sache nach nicht als aussichtslos gelten kann.

4.6. Demnach erweisen sich die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegeben. In Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Beschluss des Bezirksgerichts Affoltern vom 24. Juli 2019 aufzuheben, und es ist dem Beschwerdeführer im Betreibungsverfahren Nr. ... beim Betreibungsamt Affoltern am Albis die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

5. Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG und Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG). Eine Parteienschädigung ist nicht zuzusprechen (vgl. Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Dem Beschwerdeführer wird für das Betreibungsverfahren Nr. ... beim Betreibungsamt Affoltern am Albis die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz sowie an das Betreibungsamt Affoltern am Albis, je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **10 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 einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetrei-  
bungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:  
20. August 2019