

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde  
über Schuldbetreibung und Konkurs



---

Geschäfts-Nr.: PS190138-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## Urteil vom 16. Oktober 2019

in Sachen

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

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Beschwerdegegner,

betreffend **Pfändungsurkunde**  
(Beschwerde über das Betreibungsamt Elgg)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 30. Juli 2019  
(CB190006)

### Erwägungen:

1.

1.1. A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführerin) und B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdegegner) sind die unverheirateten Eltern von C.\_\_\_\_\_ (geb. tt. mm. 2012; vgl. act. 3/2). Am 18. August 2017 setzte die Beschwerdeführerin nicht bezahlte Kinderunterhaltszahlungen von total Fr. 13'075.15 inkl. Zinsen in Betreuung (vgl. act. 3/1). Am 6. März 2019 vollzog das Betreibungsamt Elgg in der Betreuung Nr. 1 gegen den Beschwerdegegner eine Einkommenspfändung. Gepfändet wurden diejenigen Einkünfte, die sein monatliches Existenzminimum von Fr. 6'550.– bzw. ab 1. Oktober 2019 Fr. 5'750.– übersteigen (vgl. act. 3/4). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 6. Mai 2019 Beschwerde beim Bezirksgericht Winterthur als untere kantonale Aufsichtsbehörde (vgl. act. 1). Nach Eingang der Vernehmlassung des Betreibungsamtes und der Stellungnahme der Beschwerdeführerin zu dieser Vernehmlassung wies die Vorinstanz die Beschwerde mit Urteil vom 30. Juli 2019 ab (vgl. act. 6, 10 und 15).

1.2. Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin am 19. August 2019 rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich als kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (vgl. act. 13 und 16). Sie stellte folgendes Rechtsbegehren:

"In Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 30. Juli 2019 sei die Beschwerde gutzuheissen und es sei die Beschwerdegegnerin 1 anzuweisen, in Abänderung der am 6. März 2019 vollzogenen Einkommenspfändung Nr. 2 in der Betreuung Nr. 1 (B.\_\_\_\_\_) die Pfändung so zu vollziehen, dass das betriebsrechtliche Existenzminimum des Beschwerdegegners 2 ab dem Zeitpunkt des Pfändungsvollzugs höchstens Fr. 5'350.– und ab 1. Juli 2019 höchstens Fr. 4'550.– beträgt."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 1-13). Mit Verfügung vom 11. September 2019 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt. Die Verfügung wurde ihm am 30. September 2019 durch den Gemeindeammann zugestellt (vgl. act. 21/2). Da die Beantwortung unterblieb, ist das Verfahren androhungsgemäss ohne Beschwerdeantwort weiterzu-

führen (vgl. Art. 20a Abs. 3 SchKG in Verbindung mit § 84 GOG und Art. 147 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

1.3. Soweit Art. 20a Abs. 2 SchKG keine Bestimmungen enthält, sind auf den Weiterzug einer betreibungsrechtlichen Aufsichtsbeschwerde an die obere kantonale Aufsichtsbehörde sinngemäss die Art. 319 ff. ZPO anwendbar (vgl. Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG). Als Beschwerdegründe können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (vgl. Art. 326 ZPO). Das gilt auch im zweitinstanzlichen betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren (vgl. OGer ZH PS190042 vom 27. März 2019 E 2).

2.

2.1. Für die Ausübung der Besuche von Sohn C. \_\_\_\_\_ berücksichtigte das Betreibungsamt im Existenzminimum des Beschwerdegegners einen separaten Betrag (vgl. act. 3/4 und act. 6), was von der Vorinstanz mit Verweis auf das Bundesgericht geschützt wurde (vgl. act. 15 E. II.3.). Gemäss Beschwerdeführerin könne das, was das Bundesgericht in dem von der Vorinstanz zitierten Urteil entschieden habe (BGer 7B.145/2005 vom 11. Oktober 2005), jedoch kaum als gefestigte Praxis bezeichnet werden und erscheine insbesondere in Betreibungen für ausstehende Kinderunterhaltsbeiträge nicht angängig (vgl. act. 16 E. II.3.).

Gemäss Entscheid 7B.145/2005 des Bundesgerichts vom 11. Oktober 2005 ist den Auslagen für die Wochenend- und Ferienbesuche des Kindes bei der Bemessung des Existenzminimums Rechnung zu tragen (vgl. BGer 7B.145/2005 vom 11. Oktober 2005, E. 3). Der Grund für die Berücksichtigung dieser Auslagen liegt darin, dass es bei der Zwangsvollstreckung gerade darum geht, dem Betreibenen die Ausübung des Besuchsrechts nicht zu verunmöglichen (vgl. BGer 5A\_390/2012 vom 21. Januar 2013, E. 6.4). Es besteht kein Anlass, dies bei Betreibungen für ausstehende Kinderunterhaltsbeiträge anders zu handhaben. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist im Übrigen nicht von Relevanz,

dass die Ausübung des Besuchsrechts gemäss Vereinbarung der Parteien über die gemeinsame elterliche Sorge auf eigene Kosten des Beschwerdegegners zu erfolgen hat (vgl. act. 16 E. II.3.), denn das Existenzminimum betrifft immer Kosten, die der Schuldner selber zu tragen hat.

2.2. Die Vorinstanz berechnete einen Betrag von Fr. 146.– für die Besuche und erachtete die gewährten Fr. 200.– als im Ermessensbereich des Betreibungsamts liegend (act. 16 E. II.3.). Für die Beschwerdeführerin ist hingegen nicht nachvollziehbar, weshalb der für elf Besuchstage ermittelte Betrag von Fr. 146.– grosszügig um rund einen Drittel auf Fr. 200.– erhöht werden soll. Angesichts der ohnehin schon geringen pfändbaren Quote stelle dies eine Ermessensüberschreitung dar (act. 16 E. II.3.).

Bei der Bestimmung des Existenzminimums ist dem Ermessen des Betreibungsbeamten ein weiter Spielraum gegeben (vgl. Vonder Mühl, BSK SchKG I, 2. Aufl. 2010, Art. 93 N 21). Bei der Beurteilung solcher Ermessensentscheide auferlegen sich die Rechtsmittelinstanzen Zurückhaltung. Unter Berücksichtigung des Umfangs der Besuchstage (drei Wochenenden pro Monat von Freitag- bis Sonntagabend sowie mindestens vier Wochen Ferien pro Jahr, vgl. act. 6) und ausgehend vom monatlichen Grundbetrag von Fr. 400.– für Kinder bis zu zehn Jahren, liegen die Fr. 200.– durchaus im Rahmen des sachlich Angebrachten und damit des Ermessens, welches dem Betreibungsbeamten zusteht. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen, soweit sie sich gegen die Fr. 200.– für die Kinderbesuche richtet.

3.

3.1. Mit Verweis auf Absatz 2 von Ziffer III.1.1. des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 hielt das Betreibungsamt in der Pfändungsurkunde fest, der Mietzins von Fr. 2'000.– werde nur noch bis zum 30. September 2019 im Existenzminimum toleriert, danach erfolge eine Mietzinsanrechnung von höchstens Fr. 1'500.– (inkl. Nebenkosten). Das Existenzminimum werde daher spätestens per 1. Oktober

2019 herabgesetzt (vgl. act. 3/4). Zur Begründung führte das Betreibungsamt in der Vernehmlassung aus, der zu hohe Mietzins dürfe nur auf den nächsten ordentlichen Kündigungstermin herabgesetzt werden, hier per 1. Oktober 2019 (vgl. act. 6). Die Vorinstanz schützte dieses Vorgehen (vgl. act. 15 E. II.4). Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Herabsetzung des Mietzinses müsse bereits auf den vertraglich nächstmöglichen Kündigungstermin erfolgen, soweit der Vertrag eine Kündigung auf einen früheren Zeitpunkt als auf den nächstmöglichen gesetzlichen Zeitpunkt hin zulasse. Hier seien aber ohnehin sowohl der nächste vertragliche als auch der nächste gesetzliche Kündigungstermin der 30. Juni 2019 (vgl. act. 16 E. II.4).

Absatz 2 von Ziffer III.1.1. des Kreisschreibens lautet wie folgt: "Benützt der Schuldner lediglich zu seiner grösseren Bequemlichkeit eine teure Wohnung oder ein teures Zimmer, so kann der Mietzinszuschlag spätestens nach Ablauf des nächsten gesetzlichen Kündigungstermins auf ein Normalmass herabgesetzt werden (BGE 109 III 52 f.; 119 III 73 E. 3 lit. c und d), ungeachtet, ob es sich dabei um einen Mietvertrag mit langfristiger Dauer handelt."

Der Mietzins kann also gemäss Kreisschreiben *spätestens* nach Ablauf des nächsten gesetzlichen Kündigungstermins auf ein Normalmass herabgesetzt werden. Die Richtlinien verweisen dabei auf BGE 109 III 52 f. In dieser Entscheidung hielt das Bundesgericht fest, dass der Schuldner sich unverzüglich nach einer günstigeren Wohnung umzusehen und den bestehenden Mietvertrag so bald als möglich zu kündigen hat. Wenn der konkrete Mietvertrag einen früheren als den nächsten gesetzlichen Kündigungstermin vorsieht, ist der Mietzinszuschlag demnach auf diesen früheren Zeitpunkt hin zu senken. Dazu passt auch BGE 129 III 526 E. 2, wonach ein überhöhter Mietzins in der Regel nach Ablauf des nächsten Kündigungstermins auf ein Normalmass herabgesetzt werden kann.

Hier entspricht der nächste vertragliche Kündigungstermin aber ohnehin dem nächsten gesetzlichen Kündigungstermin: Die Pfändung wurde am 6. März 2019 vollzogen (vgl. act. 3/4). Der Beschwerdegegner kann seinen Mietvertrag mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf jedes Monatsende kündigen, ausgenommen Ende Dezember (vgl. act. 7/12). Die nächste Kündigung gemäss Vertrag wäre

somit per 30. Juni 2019 möglich gewesen. Gleiches gilt für den nächsten Kündigungstermin gemäss Gesetz. Bei der Miete von Wohnungen können die Parteien nämlich mit einer Frist von drei Monaten auf einen ortsüblichen Termin kündigen (vgl. Art. 266c OR) und im Bezirk Winterthur ist der 30. Juni ein solcher ortsüblicher Kündigungstermin (vgl. Permann, OFK zum Mietrecht, 2. Aufl. 2007, Art. 266c N 2, sowie [https://www.mietrecht.ch/db/gemeinden\\_list.php?id=826](https://www.mietrecht.ch/db/gemeinden_list.php?id=826)). Die Anpassung des Mietzinses hätte also wie von der Beschwerdeführerin beantragt bereits per 1. Juli 2019 erfolgen müssen.

3.2. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. act. 16 E. II.4.) ist hingegen genügend belegt, dass der Beschwerdegegner seinem Vater als Vermieter monatlich Fr. 2'300.– bezahlt. Es fehlen konkrete Anhaltspunkte für die Annahme, der Vater stelle dem Sohn aus Gefälligkeit falsche Quittungen über die Barzahlungen von monatlich Fr. 1'500.– aus (vgl. act. 7/13). Auch die monatliche Banküberweisung der restlichen Fr. 800.– ist genügend nachgewiesen, liegt doch mit dem Bankauszug für Oktober 2018 bis anfangs Januar 2019 ein genügend aktuelles Dokument vor (vgl. act. 7/13). Im Ergebnis ist die Beschwerde gegen den Mietzins insoweit gutzuheissen, als sie sich auf den Zeitpunkt der Herabsetzung bezieht; im Übrigen ist sie abzuweisen.

4.

4.1. Das Betreibungsamt berücksichtigte beim Beschwerdegegner Fr. 600.– für das Auto (vgl. act. 3/4 und act. 6); auch dies schützte die Vorinstanz (vgl. act. 15 E. II.5.). Die Beschwerdeführerin ist damit nicht einverstanden (vgl. act. 16 E. II.5.). Da die Leasingkosten bei der Berechnung des Existenzminimums nicht berücksichtigt wurden (vgl. act. 6), ist auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Beschwerde nicht weiter einzugehen.

4.2. Gemäss Beschwerdeführerin stelle sich bei einer Spesenentschädigung von Fr. 250.– und den von der Vorinstanz errechneten Fahrkosten von Fr. 940.– die Frage, ob der Beschwerdegegner auf Ansprüche aus Arbeitsrecht verzichte, die ihm gemäss Art. 327a Abs. 2 OR zwingend zuständen. Arbeitsvertraglich vereinbarte Pauschalspesen müssten alle notwendig entstehenden Auslagen des

Arbeitnehmers decken (vgl. act. 16 E. II.5.). Der Arbeitsweg ist jedoch vom Arbeitgeber nicht zu bezahlen (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage 2012, Art. 327a N 2, sowie Portmann/Rudolph, BSK OR I, 6. Aufl. 2015, Art. 327a N 2).

4.3. Der Beschwerdegegner unterzeichnete am 15. Juni 2017 den Mietvertrag für das 5.5-Zimmer Haus in D.\_\_\_\_\_(vgl. act. 7/12). Gemäss Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegner seinen Notbedarf ohne Not in die Höhe getrieben, indem er ohne ersichtlichen Grund in eine Gegend weitab vom Arbeitsort gezogen ist und deshalb nun einen überlangen Arbeitsweg hat. Deshalb verlangt sie die Reduktion der Autokosten bzw. die blosser Anrechnung der ÖV-Kosten ab dem nächstmöglichen Kündigungstermin (vgl. act. 16 E. II.5.). Das Vorbringen, wonach der Beschwerdegegner ohne ersichtlichen Grund nach D.\_\_\_\_ gezo-gen sei, ist jedoch neu und somit unzulässig. Ohnehin ist nicht von einem Umzug ohne ersichtlichen Grund auszugehen, da der Vater des Beschwerdegegners Vermieter des Hauses ist (vgl. act. 7/12 und act. 16 E.II.4. S. 6). Soweit sich die Beschwerde auf die Autokosten bezieht, ist sie demnach abzuweisen.

5. Im Ergebnis ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, und zwar in Bezug auf den Zeitpunkt der Mietzinsherabsetzung. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

6. Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos (vgl. Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG und Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG). Parteientschädigungen dürfen in diesem Verfahren nicht zugesprochen werden (vgl. Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Guttheissung der Beschwerde vom 19. August 2019 wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibungs- und Konkursachen vom 30. Juli 2019 aufgehoben und es wird Absatz 4 von Litera B der Verfügung des Betreibungsamtes Elgg vom 16. April 2019 betreffend Einkommenspfändung Nr. 9'782 aufgehoben und durch die folgende Fassung ersetzt:

*"Der Mietzins von Fr. 2'000.00 wird nur noch bis zum 30.06.2019 im Existenzminimum toleriert, danach erfolgt eine Mietzinsanrechnung von höchstens Fr. 1'500.00 (inkl. Nebenkosten). Das Existenzminimum wird daher per 01.07.2019 herabgesetzt."*

Im darüber hinausgehenden Umfang wird die Beschwerde vom 19. August 2019 abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz sowie an das Betreibungsamt Elgg, je gegen Empfangsschein.

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

4. 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am:  
17. Oktober 2019