

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170116-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

## Urteil vom 11. Juli 2017

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

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

gegen

**Kanton Aargau,**

Gläubiger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Kanton Aargau, Obergerichtskasse,

betreffend

### **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (Art. 190 SchKG)**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. Mai 2017 (EK170689)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Der Kanton Aargau, Obergerichtskasse, (Gläubiger und Beschwerdegegner) machte mit Zahlungsbefehl vom 14. März 2017 in der Betreuung Nr. ... eine Forderung in der Höhe von Fr. 474'683.60 gegen den Schuldner und Beschwerdeführer geltend. Diese Forderung stützt sich auf ein Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Beschwerdekammer in Strafsachen, vom 24. August 2015, sowie auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, vom 13. September 2016 (vgl. act. 3 = act. 6 = act. 7/12, nachfolgend zitiert als act. 3, S. 2 und act. 7/2/1-2).

1.2. Der Schuldner hat gegen den ihm am 20. März 2017 zugestellten Zahlungsbefehl am 28. März 2017 fristgerecht Rechtsvorschlag erhoben (vgl. act. 7/2/5).

1.3. Nebst dieser Betreuung des Gläubigers waren am 26. April 2017 zusätzlich sechs weitere Betreibungen gegen den Schuldner im Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 4 vermerkt, gegen welche der Schuldner zu diesem Zeitpunkt keinen Rechtsvorschlag erhoben hatte (vgl. act. 7/2/9).

1.4. Mit Eingabe an das Bezirksgericht Zürich vom 27. April 2017 (Datum Poststempel) verlangte der Gläubiger, es sei über den Schuldner ohne vorgängige Betreuung den Konkurs zu eröffnen (act. 7/1). Die Parteien wurden daraufhin am 28. April 2017 unter Androhung der Säumnisfolgen (Art. 147 ZPO) zur Verhandlung auf den 23. Mai 2017 vorgeladen. Die Vorladung an den Schuldner wurde diesem zuerst an seine Privatadresse und anschliessend ins Bezirksgefängnis B.\_\_\_\_\_ (act. 7/3/2, 7/4-5 und 7/8) zugestellt. An der Hauptverhandlung vom 23. Mai 2017 erschien der Vertreter des Gläubigers. Seitens des Schuldners ist niemand erschienen (vgl. act. 3 S. 2 f., Prot. Vorinstanz S. 3).

1.5. Mit Urteil vom 30. Mai 2017 eröffnete die Vorinstanz den Konkurs über den Schuldner (act. 3, Dispositivziff. 1). Der Entscheid wurde dem Schuldner über die

kantonale Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau am 7. Juni 2017 im Bezirksgefängnis B.\_\_\_\_\_ zugestellt (vgl. act. 7/15-17).

1.6. Mit Eingabe vom 16. Juni 2017 (Datum Poststempel), der Kammer zugegangen am 19. Juni 2017, erhob der Schuldner Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte folgende Anträge (vgl. act. 2 S. 2):

"1.

1.1 In Gutheissung der Beschwerde sei das Urteil des Konkursgerichts Zürich aufzuheben und das Begehren des Kantons Aargau abzuweisen.

1.2 Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2.

2.1 Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

2.2 Eventualiter sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung unter Anordnung von sichernden Massnahmen zu erlassen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Kantons Aargau.

4. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren."

1.7. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Formelles

2.1. Das vorliegende Verfahren ist ein Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO (vgl. Art. 194 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Urkunden, die als Beweismittel dienen sollen, sind innert dieser Frist vollständig einzureichen (vgl. Art. 194 SchKG i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG, vgl. BGE 136 III 294 E. 4 S. 492 ff.). In der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Gestützt auf Art. 326 Abs. 2 ZPO i. V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG können im Beschwerdeverfahren gegen die Konkursöffnung unechte Noven vorgebracht werden. Dies gilt auch bei der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung. Dazu gehört insbesondere, dass die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG im Zeitpunkt der Konkursöffnung tatsächlich gar nicht gegeben waren. Die in Art. 174 Abs. 2 SchKG abschliessend als zulässig genannten echten Noven sind dagegen nicht auf eine Konkursöffnung ohne

vorgängige Betreuung zugeschnitten. Ein Analogieschluss auf weitere Arten von echten Noven wird mehrheitlich abgelehnt (vgl. OGer ZH PS120209 vom 5. Februar 2013 E. 7 und OGer ZH PS160242 vom 17. Januar 2017 E. 2.1). Im vorliegenden Beschwerdeverfahren sind daher lediglich unechte Noven zulässig, soweit sie innert der Beschwerdefrist vorgebracht wurden.

2.2. Der angefochtene Entscheid wurde dem Schuldner am 7. Juni 2017 im Bezirksgefängnis B.\_\_\_\_\_ zugestellt. Die am 16. Juni 2017 (Datum Poststempel) erhobene Beschwerde wurde somit innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet eingereicht. Der Schuldner ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

### 3. Materielles

3.1. Der Schuldner bringt gegen die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung zwei Beanstandungen vor: Erstens macht er geltend, er habe aufgrund der angeordneten Untersuchungshaft nicht an der Verhandlung vor Vorinstanz teilnehmen können. Somit habe er das diesbezügliche Versäumnis nicht zu verschulden. Die Beschwerde sei bereits aus diesem Grund gutzuheissen, eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit er sich dort äussern könne (vgl. act. 2 S. 3 f.). Zweitens bestreitet der Schuldner, dass er betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG (vgl. act. 2 S. 5 ff.) begangen habe. Er wirft der Vorinstanz diesbezüglich Fehler in der Sachverhaltsfeststellung respektive Beweiswürdigung vor.

3.1.1. Was die Nichtteilnahme an der Konkursverhandlung vom 24. Mai 2017 betrifft, so führen sowohl die Vorinstanz als auch der Schuldner übereinstimmend aus, die Vorladung zur Konkursverhandlung sei dem Schuldner im Bezirksgefängnis B.\_\_\_\_\_ zugestellt worden (vgl. act. 3 S. 3, act. 2 S. 3). Indem der Schuldner nun behauptet, es sei ihm unverschuldeterweise nicht möglich gewesen, an der Verhandlung teilzunehmen, verlangt er sinngemäss eine Wiederherstellung der Frist und damit die Wiederholung der versäumten Verhandlung vor Vorinstanz (Art. 148 Abs. 3 ZPO). Sachlich zuständig für Wiederherstellungsge-

suche ist jene Instanz, die über die nachzuholende Prozesshandlung zu befinden hätte, wenn der Termin nicht versäumt worden wäre (vgl. z.B. BARBARA MERZ, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 148 N. 37). Dies ist vorliegend das Konkursgericht am Bezirksgericht Zürich. Auf die Beanstandungen gegen den vorinstanzlichen Entscheid – und damit verbunden auch auf den Beweisantrag der Parteibefragung – kann somit, soweit sie sinngemäss den Wiederherstellungsantrag betreffen, nicht eingetreten werden.

3.1.2. Ergänzend sei immerhin folgendes angemerkt: Der im Beschwerdeverfahren durch Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ vertretene Schuldner begründet seine Rüge damit, die kantonale Staatsanwaltschaft habe von seiner Verpflichtung zur Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung gewusst, da die Postzustellung über die Staatsanwaltschaft erfolgt sei. Dennoch habe sie ihm keine Teilnahme an der Gerichtsverhandlung ermöglicht bzw. keinen Transport an diese organisiert. Der Schuldner zeigt aber nicht auf, dass er tatsächlich an der Verhandlung anwesend sein wollte, dass und wann er um Teilnahme ersucht hätte und wann und durch wen ihm dieselbe verweigert worden wäre. Ein fehlendes Verschulden ist damit nicht dargetan.

3.2. In der Sache ist strittig, ob der Konkursgrund gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG (betrügerische Handlungen zum Nachteile der Gläubiger) vorliegt.

3.2.1. Die Vorinstanz erwog, der Gläubiger habe unter Berufung auf die Aussage des Drittgläubigers C. \_\_\_\_\_ in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 26. April 2017 nachgewiesen, dass in der Betreuung Nr. ... eine vorgetäuschte Forderung betrieben worden sei, gegen welche der Schuldner keinen Rechtsvorschlag erhoben habe. Die Forderung des Gläubigers habe zu diesem Zeitpunkt bereits bestanden. Das Vorgehen des Schuldners, gegen die Betreuung des Gläubigers Rechtsvorschlag zu erheben, dies aber gegenüber der vorgetäuschten Forderung des Drittgläubigers C. \_\_\_\_\_ zu unterlassen, könne nur dahingehend gedeutet werden, als er den Gläubiger bewusst habe schädigen wollen, indem er ihm die Befriedigung seiner Forderung erschweren oder gar vereiteln wollte. Schliesslich führe ein solches Vorgehen dazu, dass die nicht mit einem Rechtsvorschlag belegten Betreibungen im Pfändungsverfahren in einer früheren Pfän-

dungsgruppe befriedigt würden (vgl. act. 3 S. 6). Die Vorinstanz hielt daher fest, eine nähere Betrachtung der Vorbringen des Gläubigers zu den weiteren Betreibungen von Drittgläubigern (Drittgläubiger RA Y.\_\_\_\_\_ sowie D.\_\_\_\_\_) könne unterbleiben. Die Voraussetzung für die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung im Zusammenhang mit betrügerischen Handlungen seien bereits durch die Handlungen in der Betreuung Nr. ... des Drittgläubigers C.\_\_\_\_\_ vom 7. März 2017 gegeben. Die diesbezüglichen Ausführungen des Gläubigers seien gut belegt. Sie seien glaubhaft und nachvollziehbar vorgebracht worden und unbestritten geblieben (vgl. act. 3 S. 6).

3.2.2. Der Schuldner bestreitet den Konkursgrund. Er führt aus, die Forderung des Drittgläubigers C.\_\_\_\_\_, welche zur Betreuung vom 7. März 2017 geführt habe, sei im Jahr 2011 begründet worden. Er habe von C.\_\_\_\_\_ einen Lamborghini gekauft, den Kaufpreis aber nie bezahlt. C.\_\_\_\_\_ habe ihn nun auf Bezahlung des Kaufpreises betrieben, woraufhin er keinen Rechtsvorschlag erhoben habe. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach der Gläubiger unter Berufung auf die Aussage des Drittgläubigers C.\_\_\_\_\_ in der Einvernahme vom 26. April 2017 die Betreuung einer vorgetäuschten Forderung habe darlegen können, werde bestritten. C.\_\_\_\_\_ habe seine Aussage gegenüber der Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau unter dem "Eindruck der drohenden Untersuchungshaft" gemacht. Er habe seine Aussage nicht als ein zur Wahrheit verpflichteter Zeuge, sondern als Beschuldigter gemacht. Als Beschuldigter sei er nicht zur Wahrheit verpflichtet. Von diesem Recht habe C.\_\_\_\_\_ offenbar Gebrauch gemacht (vgl. act. 2 S. 6 f.). Weiter habe der Schuldner anlässlich seiner eigenen Einvernahme ausgeführt, dass er wohl im Zusammenhang mit der Selbstanzeige beim Steueramt gegenüber Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ falsche Angaben gemacht habe. Wegen dieses Versehens habe Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ den Lamborghini als Vermögenswert des Schuldners deklariert und ausgeführt, dieser sei bar bezahlt worden. Diese Aussagen des Rechtsanwaltes Y.\_\_\_\_\_ an das Steueramt seien aber falsch. Dies ergebe sich eindeutig aus den Aussagen, welche der Schuldner anlässlich seiner Einvernahme vom 26. April 2017 gemacht habe. Der Schuldner moniert, aufgrund des noch laufenden Strafverfahrens wäre es eine "unzulässige Beweiswürdigung", wenn C.\_\_\_\_\_ eine grössere Glaubwürdigkeit attestiert würde

als ihm. Dem Gläubiger sei es nicht gelungen, seinen Standpunkt glaubhaft zu machen, die Vorinstanz habe die Beweise falsch gewürdigt (vgl. act. 2 S. 7 f.). Schliesslich setze die Bestimmung von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG voraus, dass der Schuldner seinen Gläubiger vorsätzlich schädigen wollte. Die diesbezügliche Folgerung und Würdigung der Beweismittel durch die Vorinstanz sei ebenfalls falsch: Das Verhalten des Schuldners, gegenüber dem Gläubiger den Rechtsvorschlag zu erheben, gegenüber dem Drittgläubiger allerdings nicht, belege den Vorsatz nicht. Damit der Schuldner vorsätzlich hätte handeln können, hätte er das System der Pfändungsgruppen kennen müssen. Diese Kenntnisse habe er nicht, da er zum ersten Mal betrieben worden sei. Er habe den Gläubiger nicht schädigen wollen. Da er aber betrieben worden sei, habe er dies seinen anderen Gläubigern mitgeteilt. Damit habe er erzielen wollen, dass kein Gläubiger gegenüber einem anderen begünstigt werde (vgl. act. 2 S. 9).

3.3. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, fallen unter den Tatbestand der betrügerischen Handlungen gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG Handlungen des Schuldners, womit dieser mit Schädigungsabsicht zum Nachteil der Gläubiger sein Vermögen zum Schein vermindert, namentlich Vermögenswerte beiseite schafft oder verheimlicht, Schulden vortäuscht, vorgetäuschte Forderungen anerkennt oder deren Geltendmachung veranlasst (vgl. SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. Aufl. 2010, Art. 190 N. 7 und act. 3 S. 5). Der antragstellende Gläubiger trägt sowohl für die Gläubigereigenschaft als auch für den materiellen Konkursgrund die Beweislast (vgl. dazu BGer 5A\_860/2008 E. 5 und BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, a.a.O., Art. 190 N. 29). Aufgrund der folgenschweren Konsequenzen, die eine Konkurseröffnung mit sich bringt, ist der materielle Konkursgrund nicht nur glaubhaft zu machen, sondern mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darzutun. Für den Nachweis der Gläubigerschaft genügt das Glaubtmachtmachen (vgl. OGer ZH, PS160242 vom 17. Januar 2017 E. 3.4 mit Hinweisen auf SchKG II-BRUNNER/BOLLER, a.a.O., Art. 190 N. 29 und BSK SchKG EB-STAEHELIN, 2. Aufl. 2017, Art. 190 ad N. 29a+c).

3.3.1. Vorab ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Gläubigerstellung des Kantons Aargau aufgrund der eingereichten Akten, insbesondere act. 7/2/2-3, als er-

stellt erachtete (vgl. act. 3 S. 6). In seiner Beschwerde führt der Schuldner zwar aus, er habe gegen diese Forderung Rechtsvorschlag erhoben. Er bestreitet jedoch die Gläubigereigenschaft des Kantons Aargau nicht, weshalb gestützt auf die vorinstanzlichen Feststellungen und Aktenverweise davon auszugehen ist.

3.3.2. Der Schuldner rügt einerseits eine falsche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz, indem er geltend macht, der Drittgläubiger C.\_\_\_\_\_ sei anlässlich dessen Befragung nicht zur Wahrheit verpflichtet gewesen und habe gelogen.

3.3.3. Auch wenn es zutrifft, dass der Drittgläubiger C.\_\_\_\_\_ anlässlich seiner Befragung als beschuldigte Person nicht zur wahrheitsgemässen Auskunft verpflichtet war, ist nicht einzusehen, weshalb er sich selber mit einer Unwahrheit belasten sollte. Aus dem Einvernahmeprotokoll vom 26. April 2017 (act. 7/2/8) folgt, dass der Drittgläubiger zuerst auf seiner Sachverhaltsdarstellung beharrte, wonach der Schuldner seine Kaufpreisschuld aus dem Erwerb eines Lamborghinis im Jahr 2011 noch nicht bezahlt hatte. Auf Vorhalten der Staatsanwaltschaft, wonach dieser Kauf bereits in einem früheren Strafverfahren gegen den Schuldner Thema gewesen und damals niemand (und auch nicht der Drittgläubiger) ausgeführt hätte, es sei noch nicht bezahlt worden, verstrickte sich der Drittgläubiger C.\_\_\_\_\_ in unglaubwürdigen und unklaren Antworten: Er habe Angst gehabt, woher das Geld sei. Er habe ja nicht sagen können, dass er (der Schuldner) nicht bezahlt habe. Auf die Frage "warum" antwortete er, weil er gedacht hätte, sie würden sonst das Geld bei ihm holen. Auf die Frage, weshalb im Rahmen des damaligen Verfahrens nie jemand richtig gestellt habe, dass der Lamborghini noch nicht bezahlt worden sei, antwortete er, er habe damals keine Angaben über den Geldfluss machen wollen. Schliesslich legte die Staatsanwältin dem angeblichen Drittgläubiger ein Schreiben des ehemaligen Anwaltes des Schuldners (Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_) vom 21. Mai 2013 vor. Sie führte aus, der Schuldner habe diesen Lamborghini auch im Rahmen seiner Selbstanzeige an das Steueramt als seinen Vermögenswert bezeichnet. Entsprechende Schulden habe er keine geltend gemacht. Auf Vorhalt eines weiteren Schreibens von Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ vom 30. Dezember 2016, und auf Vorhalt, wonach der Anwalt hier ausdrücklich schreibe, dass das Fahrzeug bar bezahlt worden sei, antwortete C.\_\_\_\_\_ wort-



wörtlich:

*"Und dem habe ich noch geholfen. So ein Arschloch.*

*Also es war so: Aus Gefälligkeit habe ich versucht, für A.\_\_\_\_\_ sein Vermögen zurück zu erhalten. Er sagte mir, es sei seines. Ich habe eine Forderung eingetrieben, die nicht existent war. A.\_\_\_\_\_ sagte, er werde mir danach für meine Bemühungen etwas geben, er sagte aber nicht wie viel. Es war ein Fehler das zu tun. (AF) A.\_\_\_\_\_ ist mit dieser Bitte zirka Mitte Februar 2017 an mich getreten." (vgl. act. 7/2/8, S. 4 f., Fragen 13 ff., insbesondere Frage 19 und 20).*

Die Beweiswürdigung der Vorinstanz, wonach der angebliche Drittgläubiger C.\_\_\_\_\_ in Absprache mit dem Schuldner eine nicht existente Forderung betrieben habe, ist damit klarerweise nicht offensichtlich unzutreffend. Die Glaubwürdigkeit einer Person, die sich mit einer Aussage auch selber belastet, ist höher zu werten als diejenige einer Person, welche keine Angaben macht oder Vorwürfe bestreitet, wie dies der Schuldner in seiner Befragung tut. Dass sowohl die Angaben über die Bezahlung des Kaufpreises gegenüber seinem ehemaligen Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ falsch gewesen sein sollten und C.\_\_\_\_\_ nun auch lüge, ist nicht glaubhaft. Der Vorinstanz ist somit keine falsche und schon gar keine offensichtlich falsche Sachverhaltsermittlung – und nur das ist vorliegend zu prüfen – vorzuwerfen, weshalb diese Rüge unbegründet ist.

3.3.4. Erstellt ist somit bezüglich dieser "Forderung" respektive dem "Drittgläubiger" C.\_\_\_\_\_, dass die Forderung nicht besteht und damit zu Unrecht betrieben wurde. Ebenso ist nach den zutreffenden Sachverhaltsermittlungen der Vorinstanz erstellt, dass dieses Vorgehen in Absprache mit dem Schuldner geschah. Mit dem abgesprochenen Vorgehen des Drittgläubigers und dem gleichzeitigen Verzicht auf einen Rechtsvorschlag hat der Schuldner eine vorgetäuschte Forderungen anerkannt und deren Geltendmachung veranlasst.

3.3.5. Der Schuldner bestreitet weiter, dass er dies in Schädigungsabsicht getan habe. Auch diese Rüge zielt auf die Sachverhaltsfeststellung und -würdigung

durch die Vorinstanz und kann im Beschwerdeverfahren nur auf die offensichtliche Unrichtigkeit hin überprüft werden.

3.3.5.1. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG verlangt, dass die betrügerischen Handlungen "zum Nachteil der Gläubiger" begangen oder zu begehen versucht worden sind. Dies wird von Lehre und Rechtsprechung dahin ausgelegt, als die betrügerischen Handlungen geeignet und in der Absicht begangen worden sein müssen, die Befriedigung der Forderungsrechte aller oder einzelner Gläubiger zu vereiteln oder zu erschweren (vgl. BGE 97 I 309 E. 3 S. 312). Die direkte oder indirekte Schädigungsabsicht des Schuldners betrifft zunächst eine innere Tatsache und lässt sich unmittelbar durch die Parteiaussage und im Übrigen durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten der betreffenden Person und den äusseren Gegebenheiten beweisen.

3.3.5.2. Ob der Schuldner konkrete Kenntnisse vom Ablauf des Betreibungsverfahrens hat resp. ob er das System der Pfändungsgruppen kennt oder nicht, ist eine innere Tatsache, die dem Schuldner, da er diese Kenntnisse bestreitet (vgl. oben E.3.3.2), nur über die äusseren Handlungen nachgewiesen werden kann. Diesbezüglich wurde von der Vorinstanz erstellt (vgl. act. 3 S. 6 sowie oben, E. 3.2.1) und durch die Kammer bestätigt (vgl. oben, E. 3.3.3 f.), dass der Schuldner einen Dritten gebeten hatte, eine nicht existente Forderung zu betreiben, um sein Vermögen zu sichern. Der Schuldner hatte gegen diese Betreuung (und weitere) keinen Rechtsvorschlag erhoben, gegen die Betreuung des Gläubigers hingegen schon. Es ist daher bereits aus diesem Verhalten und ohne, dass er den Ablauf des Betreibungsverfahrens konkret kennen müsste, ersichtlich, dass der Schuldner durch die Betreuung einer nicht existenten Forderung zumindest einen Teil seines Vermögens für sich sichern wollte. Fingiert der Schuldner Forderungen, entzieht er seinen Gläubigern damit bewusst Vollstreckungssubstrat. Dies gilt unabhängig davon, ob der Schuldner konkrete Kenntnisse des Vollstreckungsverfahrens hatte und tatsächlich wusste, dass das Fortsetzungsbegehren ohne Rechtsvorschlag zeitnah (vgl. Art. 88 Abs. 1 SchKG) gestellt werden und dies Auswirkungen auf die Pfändungsgruppen haben kann (vgl. Art. 110 SchKG). Selbst wenn der Gläubiger in derselben Gruppe wäre wie die nun hinzugekom-

menen Drittgläubiger respektive C.\_\_\_\_\_, würde der Erlös, sollte dieser nach einer Pfändung und Verwertung der gepfändeten Gegenstände nicht ausreichen, (unter Gläubigern derselben Klasse) anteilmässig aufgeteilt. Somit kommt es vorliegend auf die Kenntnisse bezüglich der Pfändungsgruppen gar nicht an. Sodann ist anzumerken, dass, wenn gewisse Vermögenswerte des Schuldners bereits mit Beschlagnahme belegt sind, dies dem Staat resp. Kanton zwar kein Vorzugsrecht für die Eintreibung der Ersatzforderung verschafft (vgl. Art. 71 Abs. 3 StGB und BGE 142 III 174 E. 3.1.2 S. 176 f.). Der Staat resp. Kanton würde aber bei einer früheren Pfändung eines Drittgläubigers gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 281 SchKG provisorisch an der Pfändung teilnehmen (vgl. BGE 142 III 174 E. 3.4 S. 178 f.) und sich damit in derselben Pfändungsgruppe befinden. Konkrete Kenntnisse über die Pfändungsgruppen sind mithin nicht erforderlich. Es ist ausreichend, wenn sich der Schuldner darüber im Klaren ist, dass er mit fiktiven Forderungen, welche er im Betreibungsverfahren akzeptiert, die Befriedigung der Forderungen weiterer Gläubiger, wie vorliegend dem Kanton Aargau, gefährdet. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach der Schuldner in bewusster Schädigungsabsicht handelte, ist somit aufgrund der objektiven Verhaltensweise keineswegs offensichtlich falsch.

3.4. In Ziff. 10.4 seiner Beschwerde führt der Schuldner sodann aus, wie es sich mit den weiteren Drittgläubigern, welche ihn betreiben haben (seinem ehemaligen Anwalt Y.\_\_\_\_\_, sowie seiner Mutter respektive deren Lebenspartner E.\_\_\_\_\_), verhält. Die Vorinstanz hatte das Verhalten des Schuldners in Bezug auf die Forderung von C.\_\_\_\_\_ als ausreichend erachtet, um den Tatbestand von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG zu bejahen. Auf die weiteren Betreibungen, gegen welche der Schuldner kein Rechtsvorschlag erhoben hatte, ging sie nicht mehr weiter ein. Nachdem die Rügen des Schuldners hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung und -würdigung durch die Vorinstanz unbegründet und der Tatbestand der betrügerischen Handlungen von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG erstellt ist, erübrigt es sich, die diesbezüglichen Vorbringen zu prüfen. Entsprechend kann auch davon abgesehen werden, bei der kantonalen Staatsanwaltschaft die Verfahrensakten betreffend E.\_\_\_\_\_ zu edieren. Anzumerken sei aber hierzu immerhin folgendes: Aus dem blossen Umstand, dass E.\_\_\_\_\_ gegen den gegen ihn

erhobenen Strafbefehl angeblich Einsprache erhoben hat, lässt sich nicht ableiten, dass der durch die Mutter des Schuldners oder deren Lebenspartner veranlassten Betreuung effektiv eine reale Forderung zugrunde liegt.

#### 4. Unentgeltliche Rechtspflege

4.1. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Darüber hinaus besteht ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, sofern dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die gesuchstellende Person hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 ZPO).

4.2. Der anwaltlich vertretene Schuldner legt weder konkret seine Vermögensverhältnisse dar noch behauptet er, mittellos zu sein. Vielmehr führt er einzig aus, da er momentan in Untersuchungshaft sei, sei es ihm nicht möglich, ein Erwerbseinkommen zu erzielen. Sodann habe er aus diesem Grund auch keinen Zugriff auf sein Vermögen, im weiteren sei dieses mit Kontensperren belegt. Mit diesen Ausführungen ist nicht ersichtlich, über welches Vermögen der Schuldner verfügt. Es fehlen sodann konkrete Angaben darüber, welche Teile seines Vermögens beschlagnahmt oder mit einer Kontensperre belegt wurden. Aus den vom Gläubiger im Rahmen des Gesuchs vor Vorinstanz eingereichten Unterlagen, insbesondere dem Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Strafericht, vom 13. September 2016 (act. 7/2/1), geht nebst der Forderung des Gläubigers (u.a die Ersatzforderung gestützt auf Art. 71 Abs. 1 StGB) auch hervor, welche Vermögenswerte des Schuldners damals mit Beschlag belegt wurden. Mit Beschlag belegt wurden Bargelder im Umfang von knapp Fr. 150'000.– sowie diverse Konti bei der Raiffeisenbank ... [Ort] im Wert von über Fr. 350'000.–. Schliesslich wurden bisher beschlagnahmte Vermögenswerte im Umfang von ca. Fr. 30'000.– (Konto bei der ... Bank) sowie Vorsorgeguthaben und (Miteigentums-) Anteile an Liegenschaften wieder freigegeben (vgl. act. 7/2/1 Dispositivziff. 7.5 und 7.6). Dass beim Schuldner eine Mittellosigkeit vorliegen würde und er über keine Gelder zur Bezahlung der Prozesskosten des vorliegenden Verfahrens verfügen würde, ist je-

denfalls mit der blossen Behauptung darauf, sein Vermögen sei mit Kontensperren belegt, nicht dargetan. Das Gesuch ist daher bereits aus diesem Grund abzuweisen. Im Übrigen wäre das Gesuch auch wegen Aussichtslosigkeit des Beschwerdeverfahrens abzuweisen; offensichtlich falsche Sachverhaltsfeststellungen durch die Vorinstanz liegen im vorliegenden Fall klarerweise nicht vor.

5. Gesuch um aufschiebende Wirkung

Da sogleich ein Endentscheid gefällt wird, wird das Gesuch des Schuldners um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

6. Kosten

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist in Anwendung von Art. 52 lit. b i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Dem Schuldner nicht, weil er unterliegt, dem Gläubiger nicht, weil ihm keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gölte.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird abgeschrieben.
3. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und dem Schuldner auferlegt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein.

6. 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 einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am: