

ZG_OBERGERICHT BZ 2023 73 vom 9. Januar 2024

ZG Obergericht, 2024-01-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_BZ_2023_73

FR: ZG_OBERGERICHT BZ 2023 73 du 9 janvier 2024

IT: ZG_OBERGERICHT BZ 2023 73 del 9 gennaio 2024

Regeste

II. Beschwerdeabteilung

Erwägungen

E. 1

Die Vorinstanz eröffnete über den Beschwerdeführer den Konkurs ohne vorgängige Betreuung gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG wegen unbekanntem Aufenthaltes bzw. weil er die Flucht ergriffen habe, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen. Der Beschwerdeführer reichte die Beschwerde am 28. Juli 2023 – und damit fristgerecht – ein und ergänzte Seite 5/12 diese mit Eingaben vom 10. und 11. August 2023. Vorab ist zu prüfen, ob diese ergänzenden Eingaben unter dem Aspekt des Novenrechts und der Einhaltung der Beschwerdefrist berücksichtigt werden können.

E. 1.1

Für den Weiterzug der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung verweist Art. 194 Abs. 1 SchKG auf Art. 174 SchKG, der den Weiterzug des konkursrichterlichen Entscheids über das Konkursbegehren in der ordentlichen Betreuung regelt. Nach Abs. 1 der letztgenannten Bestimmung kann der Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (unechte Noven). Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt ist (Ziffer 1), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziffer 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziffer 3; echte Noven). Bei dieser Novenregelung handelt es sich um eine gemäss Art. 326 Abs. 2 ZPO gesetzlich geregelte Ausnahme zu dem nach Art. 326 Abs. 1 ZPO bestehenden Novenverbot im Beschwerdeverfahren (Steininger, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 326 ZPO N 1 ff.; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter/Somm/Hansenböhler [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 326 ZPO N 3 ff.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind unechte Noven in der Weiterziehung des ohne vorgängige Betreuung eröffneten Konkurses unbeschränkt zulässig (Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 194 SchKG). Die Regelung von Art. 174 Abs. 2 SchKG betreffend echte Noven ist abschliessend. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung folgt, dass keine weiteren Noven zulässig sind und im Rahmen einer Beschwerde gegen eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung im Grundsatz nur unechte Noven zulässig sind, da die in Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG abschliessend aufgezählten Hypothesen nicht auf diese Verfahrensart zugeschnitten sind (Urteil des Bundesgerichts 5A_977/2022 vom 28. Februar

2023 E. 2.1.3 m.H.; vgl. auch GVP 2012 S. 171 ff.).

E. 1.2

Das vorinstanzliche Konkursdekret vom 14. Juli 2023 wurde am gleichen Tag versandt und dem Beschwerdeführer am 17. Juli 2023 zur Abholung gemeldet. Dieser holte die Sendung am 26. Juli 2023 ab, nachdem er die Abholfrist bei der Post verlängert hatte (Vi act. 20).

Aufgrund des bestehenden Prozessrechtsverhältnisses gilt die Sendung indes bereits am letzten Tag der 7-tägigen Abholfrist, d.h. am 24. Juli 2023 als zugestellt (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; Urteil des Bundesgerichts 5D_53/2014 vom 23. April 2014).

E. 1.3

Betreibungshandlungen dürfen nach Art. 56 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG während der Betreibungsferien, d.h. u.a. vom 15.-31. Juli nicht vorgenommen werden ausser im Arrestverfahren oder wenn es sich um unaufschiebbare Massnahmen zur Erhaltung von Vermögensgegenständen handelt. Die Zustellung eines Konkursdekrets an den Betrieben ist eine Betreuungshandlung (Schmid/Bauer, Basler Kommentar, 3. A. 2021, Art. 56 SchKG N 40). Nach einem Teil der Lehre stellt der Entscheid über ein Gesuch nach Art. 190 SchKG eine unaufschiebbare Massnahme im Sinne von Art. 56 Abs. 1 SchKG dar, weshalb die Schonzeiten nicht zu beachten sind (Brunner/Boller/Fritschi, Basler Kommentar, a.a.O., 3. A., Art. 190 SchKG N 26d mit Hinweisen). Andere Autoren erachten die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung gemäss Art. 190 SchKG hingegen nicht als unaufschiebbare Massnahme im Sinne von Seite 6/12 Art. 56 Abs. 1. SchKG (Schmid/Bauer, a.a.O., Art. 56 SchKG N 47; Penon/Wohlgemuth, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A. 2017, Art. 56 SchKG N 6).

E. 1.4

Folgt man der Ansicht, dass es sich bei der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung gemäss Art. 190 SchKG um eine unaufschiebbare Massnahme im Sinne von Art. 56 Abs. 1 SchKG handelt, hätten die Betreibungsferien vom 15.-31. Juli 2023 im vorliegenden Fall keinen Einfluss auf den Lauf der 10-tägigen Beschwerdefrist. Diese wäre, nachdem der Entscheid am 24. Juli 2023 dem Beschwerdeführer als zugestellt gilt, am 3. August 2023 abgelaufen. Erachtet man hingegen diese Konkurseröffnung nicht als unaufschiebbare Massnahme im Sinne von 56 Abs. 1 SchKG, so wäre die Zustellung auf den ersten Tag nach den Betreibungsferien, d.h. den 1. August 2023, zu fingieren, mit dem Ergebnis, dass die Frist am darauffolgenden 2. August 2023 zu laufen begonnen und am 11. August 2023 geendet hätte (vgl. BGE 132 II 153 E. 3.3; Schmid/Bauer, a.a.O., Art. 56 SchKG N 54). Wie es sich damit letztlich verhält, kann im vorliegenden Fall offenbleiben, weil auf die Vorbringen in den Eingaben vom 10. und 11. August 2023 ohnehin nicht abgestellt werden könnte:

E. 1.4.1

Der Beschwerdeführer machte in der Eingabe vom 10. August 2023 u.a. geltend, er habe seinen Wohnsitz am 7. August 2023 verlegt. Dabei handelt es sich jedoch um ein echtes Novum, das nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts unzulässig und damit unbeachtlich ist.

E. 1.4.2

Sodann reichte der Beschwerdeführer mit den Eingaben vom 10. und 11. August 2023 Belege über seine Zahlungsfähigkeit ein. Im erstinstanzlichen Verfahren stellte der Beschwerdegegner lediglich die Mutmassung an, dass auf den Beschwerdeführer noch weitere namhafte Forderungen von anderen Gläubigern zukämen und dass dieser die Begleichung der im Urteil des Mietgerichts rechtskräftig zugesprochenen Forderung bloss deshalb hinauszögere, weil er sich die entsprechenden Mittel zuerst noch beschaffen müsse (Vi act. 12 S. 4). Damit hat der Beschwerdegegner nicht substantiiert dargetan, dass der Beschwerdeführer nicht zahlungsfähig ist. Angesichts dessen erweisen sich die vom Beschwerdeführer eingereichten Belege zur Glaubhaftmachung seiner Zahlungsfähigkeit als entbehrlich.

E. 1.5

Sind somit die Eingaben des Beschwerdeführers vom 10. und 11. August 2023 im vorliegenden Beschwerdeverfahren unbeachtlich, gilt dies auch für die entsprechende Replik des Beschwerdegegners vom 16. August 2023. Die weiteren Eingaben des Beschwerdeführers erfolgten nach dem 11. August 2023. Die Beschwerdefrist war zu dieser Zeit in jedem Fall abgelaufen. Demgemäss sind die Ausführungen in diesen Eingaben nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zu hören. Dasselbe gilt für die entsprechenden Erwidrerungen des Beschwerdegegners.

E. 2

Der Beschwerdeführer macht geltend, gemäss Art. 30 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK habe jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden müsse, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Die Zuteilung der Fälle beim Kantonsgericht an die Einzelrichterinnen und Einzelrichter werde gemäss § 28 Abs. 1 GOG durch die Geschäftsordnung geregelt. Nach deren § 6 Abs. 1 Bst. d weise der Präsident oder die Präsidentin die Geschäfte den Einzelrichterinnen oder Einzelrichtern zu. Die Zuteilungsverfügung der Vorinstanz (Vi act. 2) trage die Unterschrift der erkennenden Einzelrichterin, was vom Gesetz nicht vorgesehen sei. Im entsprechenden Vorgehen der Vorinstanz liege ein Verstoß gegen das Gebot des durch das Gesetz geschaffenen und zuständigen Gerichts gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie gemäss Art. 4 ZPO. Der angefochtene Entscheid sei schon aus diesem Grund aufzuheben, soweit er nicht nichtig sei. Nach § 28 Abs. 1 GOG i.V.m. § 6 Abs. 1 Bst. d der Geschäftsordnung des Kantonsgerichts nimmt die Präsidentin oder der Präsident die Zuweisung der Geschäfte an die Einzelrichterinnen oder die Einzelrichter vor. Bezüglich der beim Kantonsgericht eingehenden Konkursöffnungsbegehren sieht die kantonsgerichtliche Pensenzuteilung vor, dass diese Gesuche in einem vorbestimmten zeitlichen Turnus von einem Monat abwechselnd von einem der zwei dazu bestimmten Mitglieder der 3. Abteilung des Kantonsgerichts behandelt werden. Das Präsidium des Kantonsgerichts nimmt somit nicht für jeden einzelnen Fall eine Zuteilung vor. Vielmehr erfolgt diese aufgrund der erwähnten generell-abstrakten Regelung. Die Verfügung der Einzelrichterin vom 4. Mai 2023 (Vi act. 2) enthält denn auch trotz der – missverständlichen – Rubrik "B. Zuteilungsverfügung" keine eigentliche Zuteilung des Verfahrens an sich selbst. Mit dem zum Voraus definierten Zuteilungsmechanismus wurde der Anspruch des Beschwerdeführers auf den gesetzlichen Richter gewahrt (vgl. Steinmann, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A. 2008, Art. 30 BV N 7 f.).

E. 3

Der Beschwerdeführer bringt sodann vor, er habe mit Eingabe vom 13. Juli 2023 weitere Unterlagen bei der Vorinstanz eingereicht. Diese Eingabe sei bei der Vorinstanz am 14. Juli 2023 um 07:30 Uhr eingegangen. Die Vorinstanz, die am 14. Juli 2023 um 16:00 Uhr das Konkursbegehren gutgeheissen habe, habe seine Eingabe vom 13. Juli 2023 nicht beachtet und aus dem Recht gewiesen. Damit habe sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

E. 3.1

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV) beinhaltet das Recht auf gleichmässige Anhörung der Parteien vor dem Entscheid. Dazu gehört zunächst, dass die Parteien über jeden Verfahrensschritt und über alle Äusserungen, Eingaben und Anträge zu orientieren sind (Orientierungsrecht). Weiter haben die Parteien das Recht, sich vor dem Erlass des Entscheids sowie vor allfälligen Zwischenentscheiden, die selbständig angefochten werden können, zu äussern (Äusserungsrecht). Ausnahmen rechtfertigen sich aufgrund der Verfahrensökonomie, wenn die Rechtslage klar ist und eine vorgängige Anhörung der Parteien den Prozess unverhältnismässig verzögern würde (Sutter-Somm/ Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 53 ZPO N 6 f.).

E. 3.2

Der Beschwerdeführer gab die per Einschreiben versandte Eingabe am 13. Juli 2023 um 18:26 Uhr zur Post und diese wurde der Vorinstanz am 14. Juli 2023 um 07:30 Uhr via das Postfach des Kantonsgerichts zugestellt (act. 23). Sie traf damit vor dem Entscheid, der am 14. Juli 2023 um 16:00 Uhr gefällt wurde, ein und hätte von der Vorinstanz beachtet werden müssen. Keine Rolle spielt dabei, dass die fragliche Eingabe der erkennenden Einzelrichterin erst nach der Fällung des Entscheids in ihr persönliches Postfach gelegt wurde. Massgebend ist, dass die Eingabe mit der Zustellung in das Postfach des Kantonsgerichts in den Macht- Seite 8/12 bereich des Gerichts gelangte (vgl. Frei, Berner Kommentar, 2012, Art. 138 ZPO N 10). Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist damit begründet.

E. 3.3

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 133 I 201 E. 2.2).

E. 3.4

Für die Beschwerde nach Art. 194 SchKG i.V.m. Art. 174 SchKG gelten die einschlägigen Verfahrensbestimmungen über das Beschwerdeverfahren in Art. 321 ff. ZPO unter Vorbehalt der abweichenden Bestimmungen über das Novenrecht (vgl. Giroud/Theus

Simoni, Basler Kommentar, 3. A. 2021, Art. 174 SchKG N 16). Gemäss der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts sind im Rahmen einer Beschwerde gegen eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung im Grundsatz einzig unechte Noven zulässig. Bei den vom Beschwerdeführer mit der Eingabe vom 13. Juli 2023 eingereichten Unterlagen handelt es sich um unechte Noven (Briefe und eine E-Mail von verschiedenen kantonalen Steuerverwaltungen vom 6.-12. Juli 2023 an den Beschwerdeführer sowie der Bankbeleg von 16. Juni 2023 über die Zahlung von CHF 4'000.00 gemäss der Vereinbarung der Parteien vom 14. Juni 2023). Diese Unterlagen können somit im vorliegenden Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann demnach im Rechtsmittelverfahren geheilt werden. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung würde mithin bloss zu einem formalistischen Leerlauf führen, weshalb davon abzusehen ist.

E. 4

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, er habe die Forderung gemäss dem Urteil des Mietgerichts am 14. Juni 2023 durch persönliche Übergabe des Geldes an den Beschwerdegegner in der Kanzlei von dessen Rechtsvertreter getilgt. Damit sei der Beschwerdegegner zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids am 14. Juli 2023 nicht mehr Gläubiger des Beschwerdeführers gewesen. Sodann kritisiert der Beschwerdeführer die Auffassung der Vorinstanz, wonach dem Beschwerdegegner für die Zeit, in welcher der Beschwerdeführer das Pachtobjekt nach Beendigung des Pachtvertrags im Oktober 2019 nicht ordnungsgemäss zurückgegeben habe, eine Schadenersatzforderung von monatlich CHF 2'000.00 zustehe. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe im vorinstanzlichen Verfahren den Bestand dieser Forderung mit Verweis auf die Begründung des Urteils des Mietgerichts bestritten. Gemäss diesem Urteil könne sich der Beschwerdegegner nicht ewig auf die Nichtrückgabe des Pachtobjekts berufen und vom Beschwerdeführer Schadenersatz fordern, sondern er habe seinerseits zu tun, was zur Abwendung des Schadens beitrage, beispielsweise ein Ausweisungsverfahren einzuleiten. Der Beschwerdegegner [recte: Beschwerdeführer] habe den Pachtvertrag im November 2018 ordentlich per 31. Oktober 2019 gekündigt, wobei er im Mietgerichtsverfahren die vom Gericht verworfene Ansicht vertreten habe, diesen Vertrag per sofort gekündigt zu haben. Somit hätte der Beschwerdegegner seit dem 1. November 2019 Gelegenheit gehabt, ein Mietausweisungsverfahren einzuleiten. Ebenso hätte der Beschwerdegegner ab diesem Zeitpunkt die Schlösser auswechseln und sich Zugang zu seinem Objekt verschaffen können, nachdem der Beschwerdeführer über keine Schlüssel verfügt habe. Mit den vom Mietgericht zugesprochenen und vom Beschwerdeführer bezahlten drei Pachtzinsen für die Monate November 2019 bis Januar 2020 sei die Schadenersatzforderung daher abgegolten. Die Vorinstanz habe demnach die Glaubhaftmachung der Schadenersatzforderung für 48 Monate ab dem 1. November 2019 zu Unrecht bejaht.

E. 4.1

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der Gläubiger bei der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung nach Art. 190 SchKG seine Gläubigereigenschaft grundsätzlich lediglich glaubhaft machen. Die in der Lehre vertretene Ansicht, wonach eine qualifizierte Glaubhaftmachung erforderlich sei, hat das Bundesgericht verworfen. Es genügt somit, wenn die Behörde aufgrund objektiver Elemente den Eindruck gewinnt, dass die relevanten Tatsachen eingetreten sind, ohne dass sie deshalb die Möglichkeit ausschliessen muss, dass sie sich anders zugetragen haben

(Urteile des Bundesgerichts 5A_516/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 3.1; 5A_341/2021 vom 24. Juni 2021 E. 4.1; 5A_442/2015 vom 11. September 2015 E. 4.1.2.2 und 5A_117/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.3.2).

E. 4.2

In dem zwischen den Parteien vor den Zürcher Gerichten geführten Pachtrechtsprozess stellte sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, zwischen ihm und dem Beschwerdegegner sei gar kein Pachtvertrag zustande gekommen. Er bestritt damit die vom Beschwerdegegner geltend gemachten Pachtzinsforderungen sowie die Schadenersatzforderung wegen nicht erfolgter Rückgabe des Pachtobjekts nach Beendigung des Pachtvertrags im Grundsatz. Lediglich im Eventualstandpunkt machte der Beschwerdeführer geltend, der Pachtvertrag sei auf den 31. Oktober 2018 oder allerspätestens auf den 31. März 2019 ausserordentlich aufgelöst worden (vgl. Vi act. 1/2 E. III.2.2 f. u. E. III.6.2). Erst nach dem rechtskräftigen Urteil des Mietgerichts des Bezirks Horgen vom 9. Februar 2023 stand somit fest, dass zwischen den Parteien ein Pachtvertrag zustande gekommen war und der Beschwerdegegner Anspruch auf Zahlung der ausstehenden Pachtzinsen sowie von Schadenersatz für die nach der Beendigung des Pachtvertrags nicht erfolgte Rückgabe des Pachtobjekts hatte. Der Beschwerdegegner macht daher zu Recht geltend, dass es ihm erst nach diesem Urteil möglich war, nebst dem in dieser Entscheidung zugesprochenen Schadenersatz von CHF 6'000.00 für die weitere Nutzung des Pachtobjekts vom 1. November 2019 bis 31. Januar 2020 (CHF 2'000.00 pro Monat) zusätzlichen Schadenersatz geltend zu machen. Ob dem Beschwerdegegner wegen der unterlassenen Rückgabe in der Zeit vom 1. Februar 2020 bis 31. Januar 2022 die geltend gemachte Summe von CHF 48'000.00 oder allenfalls ein kleinerer Betrag zusteht, kann offengelassen werden. Entscheidend ist, dass der Beschwerdeführer gemäss dem Urteil des Mietgerichts wegen der verspäteten Rückgabe des Pachtobjekts grundsätzlich schadenersatzpflichtig ist. Daher ist glaubhaft, dass dem Beschwerdegegner nebst dem bereits im Urteil zugesprochenen Schadenersatz noch eine weitere Entschädigung zusteht. Daran ändert der Hinweis des Mietgerichts auf die Schadenminderungspflicht des Beschwerdegegners nichts. Dieser deutet vielmehr darauf hin, dass dem Beschwerdegegner für eine gewisse Zeit nach dem 31. Januar 2020 ein Schadenersatzanspruch wegen der unterlassenen Rückgabe des Pachtobjekts zusteht. Der Beschwerdegegner hat somit eine – wenn auch in der Höhe unbestimmte – Schadenersatzforderung glaubhaft gemacht.

Seite 10/12

E. 5

Der Beschwerdeführer rügt überdies den Schluss der Vorinstanz, wonach sein Aufenthalt unbekannt sei bzw. er die Flucht ergriffen habe, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen.

E. 5.1

Beim Konkursgrund des unbekanntem Aufenthalts ist nicht das Fehlen eines festen Wohnsitzes bzw. Aufenthalts entscheidend, sondern allein das objektive Unbekanntsein des tatsächlichen Aufenthalts des Schuldners in der Schweiz oder im Ausland. Der Aufenthaltsort muss trotz zweckmässiger und zumutbarer Nachforschungen des Gläubigers unauffindbar sein. Die blosses Unkenntnis des Gläubigers genügt somit nicht. Vielmehr muss er durch geeignete Auskünfte von Behörden (Einwohnerkontrolle, Polizei, Betriebsamt, Post etc.) bzw. durch Recherche bei den gängigen

Internetsuchdienstleistern nachweisen, dass der Aufenthalt nicht ermittelt werden kann. Behauptet der Schuldner das Bestehen eines festen Wohnsitzes oder eines bekannten Aufenthalts, hat er dafür den Beweis zu erbringen. Damit von Flucht auszugehen ist, muss der Schuldner seinen bisherigen Wohnsitz in der Schweiz verlassen haben, ohne in der Schweiz zumindest einen festen Aufenthalt zu begründen. Zudem muss sich der Schuldner auf diese Weise den Verbindlichkeiten seiner Gläubiger entziehen wollen. Vorausgesetzt wird demnach eine Schädigungsabsicht. Die Rechtsprechung bejaht eine solche, wenn eine gewisse zeitliche Nähe zwischen der Feststellung einer Schuld und dem Ortswechsel besteht oder bei einer ungewöhnlichen Art der Vermögensverschiebung (Talbot, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., 2017, Art. 190 SchKG N 3 f.).

E. 5.2

Mit Schreiben vom 12. Januar 2023 hielt die Gemeinde F._____, Einwohnerdienste, gegenüber dem Beschwerdeführer fest, sie habe die Mitteilung erhalten, dass er umgezogen sei, weshalb er um Bekanntgabe der neuen Adresse ersucht werde. Auf dieses Schreiben wie auch die erneute Aufforderung vom 14. Februar 2023 (Vi act. 9/8 f.) reagierte der Beschwerdeführer nicht. Ebenso wenig liess er sich zu den entsprechenden Aufforderungen vom 5. und 14. März 2023 vernehmen, die unter der Androhung erfolgten, dass er abgemeldet werde, falls die Gemeinde innert 20 Tagen keine Adressänderung bzw. Abmeldung erhalten (Vi act. 9/10 f.). Am 11. April 2023 wurde er daher von der Gemeinde F._____ mit dem Wegzugsort "unbekannt" abgemeldet (Vi act. 9/7 S. 5, Vi act. 13). Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, er habe seinen Wohnsitz seit 2017 ununterbrochen an der G._____ in F._____ gehabt (Vi act. 9 S. 2). Die Briefe der Gemeinde habe er nicht beantwortet, weil er über das auf eine anonyme Meldung abgestützte Vorgehen äusserst irritiert gewesen sei (Vi act. 9 S. 4). Diese Erklärung vermag zwar nicht restlos zu überzeugen. So musste sich der Beschwerdeführer aufgrund der Schreiben der Gemeinde im Klaren sein, dass er abgemeldet wird, wenn er nicht reagiert. Es hätte daher in dieser Situation nahegelegen, die Gemeinde zu kontaktieren und klarzustellen, dass er nach wie vor Wohnsitz in F._____ habe. Auf der anderen Seite fällt in Betracht, dass sich der Beschwerdeführer, nachdem er von der im Amtsblatt publizierten Einladung zur Stellungnahme zum Konkursöffnungsersuchen (Vi act. 4) Kenntnis erhalten hatte, vernehmen liess und mithilfe seines Rechtsvertreters bestrebt zeigte, die Abmeldung durch die Gemeinde rückgängig zu machen (Vi act. 9 und 16, Vi act. 9/7, Vi act. 16/21 f.). Dies hätte er kaum getan, wenn er seinen Wohnsitz in F._____ tatsächlich hätte aufgeben und untertauchen wollen. Hinzu kommt, dass die langjährige Freundin des Beschwerdeführers am 6. Juni 2023 schriftlich bestätigte, dass dieser seit 2017 ohne Unterbruch mit ihr zusammen in der von ihr gemieteten Wohnung an der G._____ in F._____ lebe (Vi act. 9/1). Zudem reichte der Beschwerdeführer Seite 11/12 ein Schreiben der Liegenschaftsverwaltung vom 8. Oktober 2020 ins Recht, wonach der Freundin des Beschwerdeführers auf entsprechende Anfrage bestätigt wurde, dass Letzterer auf Zusehen hin bei ihr wohnhaft sein dürfe (Vi act. 9/2). Ferner legte der Beschwerdeführer Zahlungsbelege vom 3. April, 3. Mai und 2. Juni 2023 (Vi act. 9/14-16) für die Miete des von ihm über die H._____ AG gemieteten Garagenparkplatzes an der G._____ in F._____ vor (Vi act. 9 S. 5, Vi act. 9/14-16). Schliesslich war der Beschwerdeführer an der Wohnadresse in F._____ – mit Ausnahme des Betriebsamtes Zug, welches auf die Adressauskunft der Gemeinde F._____ abstellte – bis Mitte Juli 2023 postalisch für die Behörden erreichbar (Vi act. 9/8-9/12, Beilagen 1-3

zur Eingabe des Beschwerdeführers vom 13. Juli 2023). All dies spricht gegen die Darstellung des Beschwerdegegners, wonach der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort in F. _____ aufgegeben hat und nach "unbekannt" verzogen ist.

E. 5.3

Sodann liegt auch keine Schuldnerflucht vor. Vor der Einreichung des Konkursbegehrens vom 3. Mai 2023 standen die Parteien über ihre Rechtsvertreter bezüglich der Begleichung der dem Beschwerdegegner vom Mietgericht des Bezirks Horgen rechtskräftig zugesprochenen Forderungen in Kontakt. Diese Forderungen tilgte der Beschwerdeführer am 14. Juni 2023 (Vi act. 10/1). Ferner beglich er am 16. Juni 2023 die Forderung des Beschwerdegegners aus der Vereinbarung der Parteien vom 14. Juni 2023 über die Rückgabe des Pachtobjekts (vgl. Beilage 4 zur Eingabe des Beschwerdeführers vom 13. Juli 2023). Angesichts dessen kann dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, er sei untergetaucht, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen. Daran ändert auch nichts, dass er die Schadenersatzforderung des Beschwerdegegners wegen der nicht erfolgten Rückgabe des Pachtobjekts nicht beglich. Diese Zahlung verweigert der Beschwerdeführer, weil er die Forderung bestreitet und nicht, weil er sich ihr durch Flucht entziehen will.

E. 5.4

Zusammengefasst steht somit fest, dass weder der unbekannt Aufenthaltsort noch die Schuldnerflucht gegeben sind. Die Voraussetzungen für die Eröffnung des Konkurses ohne vorgängige Betreuung sind daher nicht erfüllt. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen.

E. 6

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Dieser ist ferner antragsgemäss zu verpflichten, den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer für die beiden kantonalen Verfahren angemessen zu entschädigen. Mit Bezug auf das Beschwerdeverfahren ist anzumerken, dass lediglich die Aufwendungen des Beschwerdeführers für das Verfassen der Beschwerde vom 28. Juli 2023 zu entschädigen sind. Die weiteren Eingaben des Beschwerdeführers waren unbeachtlich (vgl. E. 1), was keine Vergütung rechtfertigt. Seite 12/12 Urteilsspruch

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