

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss und Urteil vom 4. Juli 2023

in Sachen

Hilfskonkursmasse von A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Konkursamt B. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X2. _____, "

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X3. _____, "

gegen

C. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2. _____,

betreffend **Konkurseröffnung / Insolvenzerklärung / Rückweisung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 12. März 2021 (EK210057)

**Rückweisungsentscheid des Schweiz. Bundesgerichtes vom 14. Dezember
2022 (5A_452/2021)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1 Mit Eingabe vom 8. März 2021 erklärte sich die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen (Vorinstanz) für zahlungsunfähig und beantragte die Konkursöffnung gemäss Art. 191 SchKG (act. 1 u. 1A). Mit Urteil vom 12. März 2021, 11:15 Uhr, eröffnete die Vorinstanz gestützt auf Art. 191 SchKG den Konkurs über die Beschwerdegegnerin (act. 12 = act. 20/3 = act. 20/6, nachfolgend zitiert als act. 20/6).

1.2.1 Dagegen erhob die Beschwerdeführerin, welche am vorinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt war, mit Eingabe vom 25. März 2021 (Datum Poststempel) Beschwerde gemäss Art. 194 i.V.m. Art. 174 SchKG und stellte die folgenden Anträge:

- " 1. Es sei die Nichtigkeit des Urteils des Einzelgerichtes am Bezirksgericht Meilen vom 12. März 2021 im Verfahren Nr. EK210057, mit welchem der Konkurs über die Beschwerdegegnerin eröffnet wurde, festzustellen und das Betreibungsamt D._____ anzuweisen, die Betreibungsverfahren mit der Nr. 1 sowie Nr. 2 fortzuführen.
2. *Eventualiter* sei das Urteil des Einzelgerichtes am Bezirksgericht Meilen vom 12. März 2021 im Verfahren Nr. EK210057, mit welchem der Konkurs über die Beschwerdegegnerin eröffnet wurde, aufzuheben und das Betreibungsamt D._____ anzuweisen, die Betreibungsverfahren mit der Nr. 1 sowie Nr. 2 fortzuführen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Sie machte im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz sei für die Entgegennahme der Insolvenzerklärung und die Konkursöffnung örtlich nicht zuständig gewesen, da die Beschwerdegegnerin ihren Wohnsitz nicht in B._____, sondern auf E._____ habe (act. 20/2; vgl. auch hiernach E. 2.2).

1.2.2 Gleichzeitig stellte die Beschwerdeführerin mit derselben Begründung bei der Vorinstanz unter Berufung auf Art. 256 Abs. 2 ZPO ein Gesuch um Aufhebung des Urteils vom 12. März 2021.

1.3.1 Nach Einholen eines Kostenvorschusses (act. 20/8 u. 20/10) trat die Kammer auf die Beschwerde mit Beschluss vom 3. Mai 2021 nicht ein. Dies mit der Begründung, die Beschwerdeführerin als Gläubigerin, die am erstinstanzlichen Konkursöffnungsverfahren nicht teilgenommen habe, sei zur Beschwerde gegen die Konkursöffnung nicht legitimiert; zudem hätte die örtliche Unzuständigkeit der Vorinstanz nicht die Nichtigkeit deren Entscheides zur Folge (OGer ZH PS210050, act. 20/11).

1.3.2 Mit Urteil vom 4. Juni 2022 wies die Vorinstanz sodann das bei ihr eingereichte Gesuch um Aufhebung ihres Entscheides ab bzw. hielt sie am Urteil vom 12. März 2021 fest. Dies, da nicht objektiv zweifelsfrei festgestellt werden könne, dass die Beschwerdegegnerin ihren Wohnsitz nicht (mehr) in B. _____ und einen Wohnsitz an einem anderen Ort begründet habe. Überdies spreche auch die Rechtssicherheit gegen die Aufhebung des Entscheides (act. 36/26). Gegen diesen Entscheid gelangte die Beschwerdegegnerin ebenfalls an die Kammer (Geschäfts-Nr. PS210114), wobei dieses Verfahren zwischenzeitlich mit Beschluss vom 5. Mai 2023 infolge des nachfolgend zu erwähnenden Rückweisungsentscheides des Bundesgerichtes und des damit einhergehenden Wegfalls des Rechtsschutzinteresses abgeschrieben wurde.

1.4 Die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes kam in der gegen den Entscheid der Kammer vom 3. Mai 2021 erhobenen Beschwerde mit Urteil vom 14. Dezember 2022 zum Schluss, die Beschwerdeführerin als Drittgläubigerin sei berechtigt, den über die Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 191 SchKG eröffneten Konkurs mit der Rüge anzufechten, der Konkurs sei nicht am richtigen Ort eröffnet worden; das Nichteintreten der Kammer sei mit Bundesrecht nicht vereinbar. In Gutheissung der von der Beschwerdeführerin erhobenen Beschwerde in Zivilsachen hob es den Beschluss der Kammer vom 3. Mai 2021 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung und zur neuen Festsetzung der Prozesskosten im kantonalen Verfahren an die Kammer zurück (BGer 5A_452/2021 vom 14. Dezember 2022 = act. 20/17 = act. 22, nachfolgend zitiert als act. 22).

1.5 Zur Behandlung der Rückweisung wurde ein neues Verfahren eröffnet (Geschäfts-Nr. PS230007). Mit Verfügung vom 24. Februar 2023 setzte die Kammer

der Beschwerdegegnerin Frist an, die Beschwerde zu beantworten und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 23). Mit Verfügung vom 2. März 2023 wurde der Beschwerde sodann von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 25). Mit Eingabe vom 3. März 2023 stellte die Beschwerdegegnerin ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zudem beantragte sie, es sei ihr die Frist zur Beantwortung der Beschwerde abzunehmen und nach Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege neu anzusetzen (act. 27; Beilagen act. 29/1–12). Mit Verfügung vom 6. März 2023 wurde das Gesuch um Abnahme und Neuansetzung der Beschwerdeantwortfrist abgewiesen (act. 30). Mit Eingabe vom gleichen Tag reichte die Beschwerdegegnerin eine weitere Beilage zu ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein (act. 32 f.). Mit Eingabe vom 10. März 2023 beantwortete die Beschwerdegegnerin die Beschwerde und beantragte die Abweisung derselben (act. 35; Beilagen act. 36/14–28).

Weitere prozessuale Anordnungen erfolgten nicht. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Vorinstanzlicher Entscheid und Parteivorbringen

2.1 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob die Vorinstanz für die Entgegennahme der Insolvenzerklärung und die Eröffnung des Konkurses über die Beschwerdegegnerin örtlich zuständig war.

Die Vorinstanz äusserte sich im hier angefochtenen Entscheid zur Frage der örtlichen Zuständigkeit nicht explizit, bejahte ihre Zuständigkeit aber implizit, indem sie auf das Verfahren eintrat und den Konkurs über die Beschwerdegegnerin antragsgemäss eröffnete (act. 20/6).

2.2 Die Beschwerdeführerin stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, die Beschwerdegegnerin habe zum Zeitpunkt der Stellung ihres Antrages auf Konkurseröffnung am 8. März 2021 keinen Wohnsitz mehr in B._____ gehabt. Vielmehr habe sie einen neuen Wohnsitz an der F._____ [Strasse] ... in G._____, Spanien, begründet. So habe die Beschwerdegegnerin bereits an ihrem früheren Wohnsitz, der zwischenzeitlich zwangsversteigerten Liegenschaft an der

H._____-strasse ... in B._____, schon lange keinen Lebensmittelpunkt mehr gehabt, was sich daran zeige, dass sich dort bereits am 1. September 2020 keine Möbel mehr befunden hätten. Soweit die Beschwerdegegnerin als neuen Wohnsitz eine c/o-Adresse an der I._____-strasse ... in B._____ angebe, handle es sich beim an dieser Adresse wohnhaften J._____ um einen wohlhabenden älteren Herrn, bei dem ausgeschlossen werden könne, dass er eine Wohngemeinschaft mit der Beschwerdegegnerin gegründet habe. Dafür, dass die Beschwerdegegnerin ihren Wohnsitz an der F._____ ... in G._____ habe, spreche u.a., dass die Beschwerdegegnerin die Liegenschaft für monatliche EUR 15'000.– gemietet habe und dort zudem seit dem Jahr 2019 auch die Tochter der Beschwerdegegnerin, K._____, wohne. Ebenfalls wohne der Sohn der Beschwerdegegnerin, L._____, seit dem Jahr 2019 auf E._____. Auch A._____ [sen.] wohne auf E._____. Damit bewohne die Beschwerdegegnerin auf E._____ eine Liegenschaft, schlafe dort und lebe ihre familiären und gesellschaftlichen Bande, womit sich ihr Lebensmittelpunkt auf E._____ befinde (act. 20/2 Rz. 27 ff.).

2.3.1 Die Beschwerdegegnerin trägt dagegen vor, bis und mit Juli 2020 in der Liegenschaft an der H._____-strasse 1 in B._____ gewohnt zu haben. Als festgestanden habe, dass die Zwangsverwertung der Liegenschaft nicht mehr abzuwenden sei, habe sie einen Grossteil der Möbel an M._____ liefern lassen. Gewisse Möbel wie ein Bett und persönliche Hygiene-Artikel im Bad seien zu Übernachtungszwecken aber bewusst in der Liegenschaft belassen worden. Dass sie zudem bis kurz vor der Zwangsverwertung noch in der Liegenschaft gewohnt habe, zeige sich auch daran, dass sie noch bis 31. Dezember 2020 Leistungen für Wasser, Abwasser, Strom, Erdgas etc. sowie für Sicherheitspatrouillen der N._____ bezogen habe. Als Ende Januar 2021 die Zwangsversteigerung bevorstanden habe, sei sie aus der Liegenschaft ausgezogen und habe eine neue Wohnung gesucht, wobei sie aufgrund ihrer beschränkten finanziellen Möglichkeiten auf Unterstützung aus ihrem Bekanntenkreis angewiesen gewesen sei. Ein langjähriger Freund, J._____, habe ihr dann angeboten, bei ihm als Untermieterin einzuziehen. Am 15. Februar 2021 habe sie den entsprechenden Untermietvertrag unterzeichnet und ihren Umzug am 17. Februar 2021 ordnungsgemäss angemeldet. Entsprechend habe sie zum Zeitpunkt der Konkursöffnung gemein-

sam mit J. _____ in dessen Haus an der I. _____-strasse ... in B. _____ gewohnt, wo sie aktuell immer noch gemeldet sei. Dass sie zur Zeit der Konkursöffnung effektiv in B. _____ gelebt habe, zeige sich zudem daran, dass sie in B. _____ und Zürich ihren Verpflichtungen nachgegangen sei. So habe sie unmittelbar vor und nach der Konkursöffnung Arzttermine in Zürich wahrgenommen. An ihrem Wohnsitz in B. _____ sei sie auch krankenversichert gewesen und sie sei dies immer noch. Unmittelbar vor der Konkursöffnung habe sie zudem sämtliche Rechnungen bei der Poststelle in B. _____ bezahlt. Ihre Bindung zu B. _____ untermauere sie zudem durch ihr Verhalten im Rahmen ihrer bisher geführten Gerichts- und Zwangsvollstreckungsverfahren, in denen sie ihre Verfahrensrechte fristgerecht wahrnehme. Zudem sei sie am 13. April 2021 auch beim Konkursamt B. _____ zur Einvernahme vorstellig geworden sei. Falsch sei damit der Standpunkt der Beschwerdeführerin, sie habe ihren Wohnsitz auf E. _____. In der genannten Liegenschaft an der F. _____ ..., welche sich im Eigentum von O. _____ befinde, wohne ihre Tochter mit ihrem Lebensgefährten. Zutreffend sei, dass auch ihr Sohn und ihr Ex-Mann auf E. _____ lebten. Ihre beiden Kinder besuche sie auch regelmässig auf E. _____. Dies ändere aber nichts daran, dass sie ihren Wohnsitz zum Zeitpunkt der Konkursöffnung in B. _____ gehabt habe. So sei sie von ihrem Ex-Mann seit über 18 Jahren geschieden, und ihre Kinder seien 35 und 37 Jahre alt. Es widerspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass sie – die Beschwerdegegnerin – zum Zeitpunkt der Konkursöffnung zusammen mit ihren erwachsenen Kindern, deren Lebenspartnern und ihrem Ex-Mann auf E. _____ gelebt habe (act. 35 Rz. 6 ff.).

2.3.2 Die Beschwerdegegnerin wirft der Beschwerdeführerin zudem ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor: So verfolge die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde egoistische Partikularinteressen, da sie im Falle einer Fortsetzung ihrer Betreuung auf Pfändung besser gestellt sei als im Falle der Durchführung des Konkursverfahrens. Es gehe ihr mit der vorliegende Beschwerde damit nicht um das Erwirken einer richtigen Rechtsanwendung hinsichtlich der Bestimmungen zur örtlichen Zuständigkeit. Zudem verhalte sich die Beschwerdeführerin mit der Bestreitung der örtlichen Zuständigkeit auch widersprüchlich. So habe die Beschwerdeführerin die Zuständigkeit der Gerichts- und Verwaltungsbehörden in

keinem gegen die Beschwerdegegnerin angestregten Zwangsvollstreckungsverfahren je in Zweifel gezogen und zuletzt am 9. März 2021 das Fortsetzungsbegehren in der Betreuung Nr. 1 beim Betreibungsamt D._____ eingereicht (act. 35 Rz. 25 ff.).

3. Einwand des Rechtsmissbrauchs

3.1 Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB, sog. "Rechtsmissbrauchsverbot"). Das Rechtsmissbrauchsverbot gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz in der ganzen Rechtsordnung mit Einschluss des Prozessrechts (vgl. dazu auch Art. 52 ZPO). Rechtsmissbrauch liegt unter anderem vor, wenn ein (zivilprozessuales) Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die nicht in dessen Schutzbereich liegen (BGer 1C_16/2017 vom 20. April 2018, E. 4.1; vgl. BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, 7. Aufl. 2022, Art. 2 N 54 ff., insb. auch N 58). Ein solcher Institutsmissbrauch kann selbst bei intakten Erfolgsaussichten des Rechtsbegehrens vorliegen, sobald die zweckwidrigen Ziele der klagenden Partei derart überwiegen, dass ein schutzwürdiges Interesse an der materiellen Beurteilung der Klage nach Treu und Glauben nicht mehr angenommen werden kann (BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, 7. Aufl. 2022, Art. 2 N 64 m.w.H.). Vom Rechtsmissbrauchsverbot erfasst ist zudem das widersprüchliche Verhalten (*venire contra factum [vel dictum] proprium*). Ein Widerspruch zum früheren Verhalten stellt namentlich dann ein Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot dar, wenn das frühere Verhalten zu legitimen Erwartungen geführt hat, welche durch die neue Handlung enttäuscht worden sind (BGE 143 III 666, E. 4.2 m.w.H.; BGE 140 III 481, E. 2.3.2). Dies ist beispielweise in Gerichtsverfahren der Fall, wenn nachträglich ein Standpunkt geltend gemacht wird, nachdem dieser zuvor verworfen worden ist (BGer 2C_502/2016 vom 24. Mai 2017, E. 2.4. m.w.H.).

3.2.1 Die Beschwerdegegnerin macht wie gezeigt geltend, die Beschwerdeführerin wolle mit der Beschwerde die Fortsetzung ihrer Betreibungen auf Pfändung und die damit einhergehende höhere Befriedigung ihrer Forderung erreichen

(act. 35 Rz. 26 ff.). Zwar hat eine Gläubigerin grundsätzlich keine geschützte Position in Bezug auf die für sie günstigere Art der Zwangsvollstreckung. Eine Gläubigerin hat aber stets das Interesse, dass ihre (rechtskräftig beurteilte) Forderung in möglichst hohem Umfang befriedigt wird. Dieses Interesse steht bei sämtlichen von ihr vorgenommenen Handlungen im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens im Vordergrund. Auch beim vom Bundesgericht explizit zugelassenen Einwand der örtlichen Unzuständigkeit des Konkursöffnungsgerichtes durch die Gläubigerin wird sie diesen nicht nur zum Selbstzweck erheben, sondern weil der örtlich zuständige auch der für die Gläubigerin strategisch besser gelegene Ort ist oder weil die Gläubigerin – wie sich vorliegend zeigt – eine Konkursöffnung verhindern und das Verfahren auf dem für sie günstigeren Weg der Betreuung auf Pfändung durchgeführt haben will.

Soweit die Beschwerdeführerin als Gläubigerin vorliegend mit rechtlich zulässigen Mitteln und insbesondere unter Berufung auf zwingende Bestimmungen des Zivilprozessrechtes unter anderem ihrem legitimen Interesse auf möglichst hohe Befriedigung ihrer Forderung zum Durchbruch verhelfen will, ist jedenfalls nicht von einem treuwidrigen Verhalten auszugehen.

3.2.2 Ein widersprüchliches Verhalten der Beschwerdeführerin ist ebenfalls zu verneinen. So mag es zwar zutreffen, dass die Beschwerdeführerin zuletzt am 9. Mai 2021 – und damit nach der angeblichen und nunmehr bestrittenen Wohnsitznahme der Beschwerdegegnerin an der I.____-strasse in B.____ – beim für B.____ zuständigen Betreibungsamt das Fortsetzungsbegehren in der Betreuung Nr. 1 stellte (act. 5/10) und damit letztlich selbst auf diesen Wohnsitz abstellte. Zu bedenken ist aber, dass dieses Begehren unter Einhaltung der Frist für das Fortsetzungsbegehren nach Beseitigung des Rechtsvorschlages gemäss Art. 279 Abs. 3 SchKG für die mit Arrestbefehlen vom 26. Juni und 8. August 2019 (vgl. act. 5/7–8) erfolgten Arrestlegungen gestellt wurde (vgl. auch act. 20/2 Rz. 21). Hätte die Beschwerdeführerin nicht innert Frist die Fortsetzungsbegehren gestellt, wären die Arreste nach Ablauf der Frist dahingefallen (Art. 280 Ziff. 1 SchKG). Unter diesem Gesichtspunkt sowie dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin selbst Wohnsitz an der genannten Adresse behauptete und ein solcher zu diesem Zeitpunkt – selbst wenn die Beschwerdeführerin schon da über entsprechende

anderslautende Indizien verfügt hätte – jedenfalls nicht ausgeschlossen werden konnte, musste die Beschwerdeführerin letztlich das Fortsetzungsbegehren dort stellen. Darin kann aber keine grundsätzliche Anerkennung des dortigen Wohnsitzes erkannt werden.

3.2.3 Zu ergänzen bleibt zudem in grundsätzlicher Weise, dass das Bundesgericht den Einwand des Rechtsmissbrauches im Zusammenhang mit der Prüfung der Prozessvoraussetzungen regelmässig als nicht stichhaltig erachtet. So weist das Bundesgericht insbesondere darauf hin, dass es sich beim Zivilprozessrecht um öffentliches Recht mit grundsätzlich zwingenden Bestimmungen handle und entsprechend wenig Raum bestehe, infolge Rechtsmissbrauchs von klaren Verfahrensvorschriften abzuweichen, insbesondere dort, wo der Gesetzgeber klare Wertungsentscheide getroffen habe (z.B. BGE 146 III 185, E. 4.4.2 m.w.H.). Dies ist hier der Fall.

3.3 Nach dem Gesagten verfängt der Einwand des Rechtsmissbrauchs nicht.

4. Örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz

4.1.1 Sachlich zuständig für die Konkursöffnung ist das Konkursgericht, mithin das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO iV.m. § 24 lit. c GOG), wobei örtlich zwingend das Gericht am ordentlichen Betreuungsort der Schuldnerin zuständig ist (vgl. dazu genauer nachfolgend, E. 4.1.2).

Das angerufene Konkursgericht hat seine internationale und örtliche Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen (Prozessvoraussetzung; vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO); es gilt die Untersuchungsmaxime (Art. 60 ZPO; vgl. auch act. 20/11 [OG ZH PS210050 vom 3. Mai 2021] E. 3.4.; auch: BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 191 N 27). Soweit für das Verfahren selbst nicht die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt, was hier nicht der Fall ist, gilt bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 255 lit. a [Konkursgericht] u. b [freiwillige Gerichtsbarkeit] ZPO und dazu BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl. 2017, Art. 255 N 6; ZK ZPO-KLINGLER, 3. Aufl. 2016, Art. 255 N 1). Die amtswegige Tatsachenermittlung

betrifft damit zum einen nur Tatsachen, die gegen das Vorliegen von Prozessvoraussetzungen sprechen; das Gericht hat mithin nicht von sich aus zu prüfen, ob Tatsachen vorliegen, die für das Vorhandensein der Prozessvoraussetzung sprechen (sog. "asymmetrische Untersuchungsmaxime", vgl. z.B.: BGE 146 III 185, E. 4.4.2.; BGE 139 III 278, E. 3). Zum andern ist das Gericht auch nicht gehalten, ohne das Vorliegen von Hinweisen und ohne dass das Fehlen einer Prozessvoraussetzung offenkundig ist, das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen von sich aus zu *erforschen*. Vielmehr hat das Gericht die Prozessvoraussetzungen gestützt auf die von den Parteien behaupteten und bewiesenen Tatsachen festzustellen. Die Parteien sind somit nicht von der Pflicht, aktiv an der Beweisführung mitzuwirken, befreit (z.B. BGE 144 III 552 E. 4.1.3.; ERK, Prozessvoraussetzungen, Eine Untersuchung der Prozessvoraussetzungen im Zivilverfahrensrecht unter Berücksichtigung des Schiedsverfahrensrechts, Habil. St. Gallen 2022, S. 78 ff. m.w.H.; BSK ZPO-GEHRI, 3. Aufl. 2017, Art. 60 N 3; Botschaft ZPO BBI 2006 S. 7221 ff, S. 7276). Es ist damit Sache der klagenden Partei (bzw. hier der Beschwerdegegnerin), die prozessbegründenden Tatsachen vorzutragen und deren Vorliegen zu belegen. Soweit (auch ohne entsprechenden Einwand der beklagten Partei) Anhaltspunkte für das Fehlen einer Prozessvoraussetzung vorliegen, hat diesbezüglich eine Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen durch das Gericht zu erfolgen. Selbst bei Vorliegen von amtswegig zu berücksichtigender Anhaltspunkte bleibt es aber – soweit sich das Fehlen der Prozessvoraussetzung nicht bereits aus diesen hinreichend ergibt – letztlich Aufgabe der beklagten Partei (bzw. in der vorliegenden Konstellation der Beschwerdeführerin), die aus dem Fehlen der Prozessvoraussetzung Rechte ableitet, die Tatsachen vorzutragen und zu begründen, die die Zulässigkeit der Klage angreifen. Die Prüfung von Amtes wegen enthebt die Parteien auch nicht von der Beweislast, welche sich nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB verteilt. Bleibt eine zulässigkeitsbegründende Tatsache unbewiesen, geht dies zulasten der klagenden Partei, bleibt eine zulässigkeitsaufhebende Tatsache beweislos, geht dies zulasten der beklagten Partei (BGE 144 III 552, E. 4.1.3; BGE 141 III 294, E. 6.1; BGE 139 III 278, E. 4.3; ZK ZPO-ZÜRCHER, 3. Aufl. 2016, Art. 60 N 5; BSK ZPO-GEHRI, 3. Aufl. 2017, Art. 60 N 10).

4.1.2 Die Insolvenzerklärung im Sinne von Art. 191 SchKG, mit welcher die Schuldnerin den eigenen Konkurs beantragt, ist – wie gezeigt – am *ordentlichen Betreibungsort* abzugeben, wobei die Regelung über den Ort der Konkursöffnung zwingender Natur ist (BGE 111 III 66, E. 2 *in fine*). Der ordentliche Betreibungsort befindet sich bei natürlichen Personen an deren Wohnsitz (Art. 46 Abs. 1 SchKG) (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 191 N 27). Das SchKG definiert den Wohnsitz nicht selbst. Der Wohnsitz bestimmt sich nach den Kriterien von Art. 23 Abs. 1 ZGB und – bei internationalen Verhältnissen – nach Art. 20 IPRG, wobei der Begriff des freiwilligen Wohnsitzes der handlungsfähigen Person im IPRG und ZGB gleich umschrieben wird (BGer 5A_542/2014 vom 18. September 2014, E. 4.1.1; BSK SchKG I-SCHMID, 3. Aufl. 2021, Art. 46 N 39). Soweit das IPRG Anwendung findet, ist die Anwendung der Bestimmungen des ZGB ausgeschlossen (Art. 20 Abs. 2 letzter Satz IPRG). Bei der Auslegung von Art. 20 Abs. 1 IPRG kann jedoch grundsätzlich auf die Rechtsprechung zu Art. 23 ZGB zurückgegriffen werden (BGer 4A_443/2014 vom 2. Februar 2015, E. 3.4; vgl. etwa auch: BSK IPRG-WESTENBERG, 4. Aufl. 2021, Art. 20 N 12 m.w.H.).

4.1.3 Art. 23 Abs. 1 ZGB und Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG definieren den Wohnsitz als den Ort bzw. Staat, wo sich eine Person mit der Absicht des dauernden Verbleibens aufhält. Der Wohnsitzbegriff definiert sich anhand zweier Elemente, welche kumulativ erfüllt sein müssen: einem objektiven Element, der *physischen Präsenz an einem Ort*, und einem subjektiv Element, der *Absicht des dauernden Verbleibens* (BGE 120 III 7, E. 2a; 119 II 167, E. 2b).

Die physische Präsenz meint einen physischen Aufenthalt im Sinne eines Wohnens. Dieser ist zur Begründung eines Lebensmittelpunktes erforderlich. Soweit die Absicht des dauernden Verbleibens und der Begründung eines neuen Lebensmittelpunktes gegeben ist, genügt denn auch ein Aufenthalt kürzester Dauer (Einzug) zur Begründung eines Wohnsitzes (BSK ZGB I-STAEHELIN, 7. Aufl. 2022, Art. 23 N 20 f. m.w.H.).

Die Absicht des dauernden Verbleibens bestimmt sich nicht subjektiv aufgrund eines inneren Willens des Betroffenen, sondern anhand objektiver Kriterien:

Damit eine Person an einem bestimmten Ort wohnhaft ist, müssen objektive Tatsachen für Dritte erkennbar machen, dass diese Person diesen Ort zum Mittelpunkt ihrer persönlichen, sozialen und beruflichen Interessen gemacht hat oder zu machen beabsichtigt (BGE 120 III 7, E. 2a; BGE 119 II 64, E. 2b/bbb). Es kommt mit anderen Worten nicht auf den inneren Willen der Person an, sondern auf die äusserliche Manifestation ihres Willens. Abzustellen ist auf die Gesamtheit der Lebensumstände. Den Mittelpunkt der Lebensbeziehungen hat eine natürliche Person dort, wo ihre familiären sowie sozialen Interessen am stärksten lokalisiert sind, namentlich dort, wo sie schläft, die Freizeit verbringt und wo sich die persönlichen Effekten befinden (BGE 125 III 100, E. 3; BGer 5A_917/2018 vom 20. Juni 2019, E. 2.1.; BGer 4A_443/2014 vom 2. Februar 2015, E. 3.4.; BSK ZGB I-STAEHELIN, 7. Aufl. 2022, Art. 23 N 6). Grundsätzlich nicht massgebend für die Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes ist, wo eine Person angemeldet ist, wo sie ihre Schriften hinterlegt hat oder wo sie Steuern bezahlt. Gleichwohl stellen diese Umstände Indizien für die Absicht des dauernden Verbleibens dar (BGE 125 III 100, E. 3; BGer 4C.4/2005 vom 16. Juni 2005, E. 4.1; BGer 5A_230/2007 vom 7. Juli 2008, E. 6.2).

Sowohl Art. 20 Abs. 2 IPRG wie auch Art. 23 Abs. 2 ZGB bestimmen, dass niemand an mehreren Orten gleichzeitig Wohnsitz haben kann. Festzuhalten ist sodann, dass Art. 24 Abs. 1 ZGB, wonach der einmal begründete Wohnsitz einer Person bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes bestehen bleibt, im Verfahrens- und Zwangsvollstreckungsrecht keine Anwendung findet. Dies gilt für alle Gerichtsstände, die sich auf den Wohnsitz abstützen. Zudem findet er grundsätzlich auch keine Anwendung im Anwendungsbereich des IPRG (vgl. Art. 20 Abs. 2 IPRG) (BSK ZGB I-STAEHELIN, 7. Aufl. 2022, Art. 24 N 5; BSK IPRG-WESTENBERG, 4. Aufl. 2021, Art. 20 N 11, m.w.H.). Hat eine Person nirgends Wohnsitz, tritt damit der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle des Wohnsitzes (Art. 20 Abs. 2 IPRG; vgl. auch: Art. 48 SchKG; BGE 119 III 51, E. 2.), wobei sich der Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes dort befindet, wo eine Person während einer längeren Zeit verweilt. Gegeben sein muss die regelmässige Präsenz einer Person an einem Ort, welche ein eigentliches "Leben" darstellt mit der Begründung von beruf-

lichen und persönlichen Beziehungen (BSK IPRG-WESTENBERG, 4. Aufl. 2021, Art. 20 N 32 ff.).

4.2 Vor Vorinstanz hat die Beschwerdegegnerin zusammen mit ihrer Insolvenzerklärung eine Wohnsitzbestätigung der Gemeinde B._____ vom 8. März 2021 (act. 3) eingereicht. Mit der vorliegenden Beschwerde wird die damit vor Vorinstanz erhobene Behauptung der Beschwerdegegnerin, sie habe ihren Wohnsitz und damit ordentlichen Betreuungsort in B._____, bestritten. Nach dem Gesagten obliegt die Behauptungs- und Beweislast derjenigen Partei, welche aus einem Umstand Rechte ableitet. Die Beschwerdegegnerin leitet aus ihrem angeblichen Wohnsitz in B._____ und dem sich daraus ergebenden Betreuungsort ihr Recht ab, vor dem dort zuständigen Gericht ihre Insolvenz zu erklären. Damit trifft sie die Behauptungs- und Beweislast bezüglich der Umstände, aus welchen sich ihr Wohnsitz in B._____, mithin ihre physische Präsenz sowie die Absicht des dauernden Verbleibens, ergibt.

4.3 Die Beschwerdegegnerin behauptet konkret (wie gezeigt, vgl. E. 2.3.1), zum Zeitpunkt der Konkureröffnung nicht nur ihren offiziellen Wohnsitz an der I._____-strasse ... in B._____ gehabt zu haben, sondern auch die Absicht, dauerhaft in B._____ wohnhaft zu bleiben (vgl. act. 35 Rz. 9 ff., vgl. insb. Rz. 19). Vor Vorinstanz hatte sie wie gesehen eine Wohnsitzbestätigung der Gemeinde B._____ vom 8. März 2021 eingereicht (act. 3). In der Beschwerdeantwort verweist sie sodann auf den Umstand, dass sie zum Zeitpunkt der Konkureröffnung als Untermieterin von und zusammen mit J._____ in dessen Haus an der I._____-strasse ... wohnhaft gewesen sei, was dieser auch schriftlich bestätigt habe (act. 35 Rz. 9 ff.). Zudem sei sie in B._____ ihren Verpflichtungen nachgegangen, habe mithin Arzttermine wahrgenommen, sei an der Adresse an der I._____-strasse krankenversichert gewesen, habe unmittelbar vor Konkureröffnung diverse Rechnungen bei der Poststelle in B._____ bezahlt und sei beim Konkursamt B._____ am 13. April 2021 zur Einvernahme erschienen (insb. act. 35 Rz. 13 ff.).

4.4 Zu prüfen ist, ob aufgrund der relevanten Behauptungen und Belege der Beschwerdegegnerin für den Zeitpunkt der Insolvenzerklärung (8. März 2021) bzw.

der Konkursöffnung (12. März 2021) auf einen Wohnsitz in B._____ zu schließen ist:

4.4.1 Ein Wohnsitz in B._____ zur hier interessierenden Zeit ist jedenfalls nicht schon deshalb anzunehmen, weil ein solcher in der Vergangenheit an der H._____ -strasse ... bestanden hatte. Denn um allenfalls an diesen einmal begründeten Wohnsitz anzuknüpfen, hätte dieser bzw. überhaupt ein Wohnsitz in B._____ bis zum Umzug an die I._____ -strasse beibehalten werden müssen. Dies ist hier nicht der Fall: Die Beschwerdegegnerin behauptet nämlich selbst, "bis und mit Juli 2020 in der Liegenschaft an der H._____ -strasse ... in B._____ " gewohnt zu haben (act. 35 Rz. 6). Wo sie in der Zeit von August 2020 bis zur angeblichen Wohnsitznahme an der I._____ -strasse am 15. Februar 2021 gewohnt hat, lässt die Beschwerdegegnerin dabei offen. Sie behauptet jedenfalls nicht explizit, dass dies in B._____ gewesen sei. Soweit sie geltend macht, Ende Januar 2021, als die Zwangsversteigerung der Liegenschaft kurz bevorstanden habe, aus der Liegenschaft an der H._____ -strasse ausgezogen zu sein und nach einer neuen Bleibe gesucht zu haben (act. 35 Rz. 9), ist damit jedenfalls nicht behauptet, dass sie sich bis dahin auch wirklich an der H._____ -strasse aufhielt, geschweige denn da ihren Wohnsitz im Rechtssinne hatte. Selbst wenn man in diesen Ausführungen eine solche implizite Behauptung erkennen wollte, stünde diese nicht nur im Widerspruch zu ihrer (expliziten) Behauptung, die Liegenschaft bis Juli 2020 bewohnt zu haben. Gegen die Beibehaltung eines Wohnsitzes an der H._____ -strasse im zweiten Halbjahr 2020 spricht auch, dass sich laut den Fotos im Bewertungsbericht der Liegenschaft vom 1. September 2020 nur noch ein Bett und persönliche Hygiene-Artikel (wobei diese auf den Fotos nicht als solche zu erkennen sind) in der Liegenschaft befunden haben resp. haben sollen (act. 35 Rz. 7; vgl. Fotos act. 5/13 S. 13 "Gästezimmer [2. UG]" u. S. 20 "Bad [UG]"). Diese spärliche Möblierung deutet höchstens auf die Verwendung der Liegenschaft als gelegentliche Übernachtungsmöglichkeit (durch wen auch immer) hin, aber nicht auf einen Wohnsitz im Rechtssinn (Lebensmittelpunkt). Auch die von der Beschwerdegegnerin ins Recht gereichten diversen Rechnungen belegen nicht, dass die Liegenschaft noch (durch sie) bewohnt war: Die "Rechnungen Wasser/Abwasser/Kehricht/Strom/Erdgas/Digitalanschluss" betreffen das Jahr 2019

(act. 36/14) und damit eine hier nicht interessierende Periode. Die Abrechnung für das Internet beschlägt zwar (auch) die Zeit von August und September 2020. Alleine mit der Abrechnung ist aber nichts über eine tatsächliche Nutzung des Internets gesagt, sondern lediglich, dass noch ein entsprechendes Abonnement bestand. Weshalb die Beschwerdegegnerin keine Rechnungen ab Oktober 2020 bis Januar 2021 einreichte, obwohl eine weitere Nutzung von Internetdiensten bei Nutzung der Liegenschaft als (Haupt-)Wohnsitz zumindest naheliegend wäre, bleibt zudem offen. Die "Rechnung N._____" für Juli bis Dezember 2020 erfolgte sodann für die Leistung "P._____" (act. 36/16). Eine Sicherheitspatrouille kann gerichtsnotorisch durchaus auch bei einem leerstehenden Haus sinnvoll sein. Dass bis zur Versteigerung eine auf die Beschwerdegegnerin lautende Gebäudeversicherung für die Liegenschaft bestand (act. 36/17), sagt ebenfalls nichts darüber aus, ob die Liegenschaft bewohnt war.

Grundsätzlich ist die Beschwerdegegnerin auf ihrer Aussage zu behaften, dass sie nur bis und mit Juli 2020 an der H._____-strasse wohnte. Für die Zeit zwischen August 2020 bis und mit Januar 2021 ist nicht bekannt, wo sich die Beschwerdegegnerin aufhielt oder wo sie wohnte; jedenfalls fehlt es an konkreten Anhaltspunkten, dass dies in B._____ bzw. in der Liegenschaft an der H._____-strasse gewesen wäre. Damit ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin ihren Wohnsitz in B._____ ab August 2020, als sie um die bevorstehende Zwangsverwertung wusste, aufgegeben hat. Spätestens mit der Zwangsverwertung der Liegenschaft an der H._____-strasse Anfang des Jahres 2021 wäre aber die Grundlage für einen Lebensmittelpunkt und damit Wohnsitz der Beschwerdegegnerin in B._____ ohnehin weggefallen.

4.4.2 Unter diesen Umständen hatte die Beschwerdegegnerin ihren Wohnsitz bei der angeblichen Wohnsitznahme an der I._____-strasse ... in B._____ neu zu begründen. Erforderlich war damit eine da neu gefasste Absicht des dauernden Verbleibens und die physische Präsenz der Beschwerdegegnerin in B._____.

4.4.2.1 Die Beschwerdegegnerin schloss am 5. Februar 2021 mit J._____ einen unbefristeten Mietvertrag über die Benutzung eines Zimmer in seinem Haus an der I._____-strasse ... in B._____ ab 15. Februar 2021 zu einem monatlichen

Bruttomietzins von Fr. 800.– (act. 29/9). Mit Erklärung vom 29. April 2021 bestätigte J._____, die Beschwerdegegnerin seit dem Jahr 2004 zu kennen und ihr aufgrund ihrer schwierigen persönlichen und finanziellen Situation in seinem Haus eine feste Unterkunft gewährt zu haben, welche sie effektiv bereits bezogen habe (act. 36/18).

Ein Mietvertrag über einen Wohnraum kann ein Indiz sein, dass eine Person die Absicht hat, am Ort des Mietobjektes Wohnsitz zu nehmen, namentlich dauernd dort zu verbleiben und ihren Lebensmittelpunkt dorthin zu verlegen. Allerdings ist dies schon im Allgemeinen keineswegs immer der Fall, wie etwa die Zimmer- oder Wohnungsmiete zwecks Wochenaufenthalts oder als Feriendomizil zeigt. Bei der Beschwerdegegnerin ist sodann im Zusammenhang mit dem Mietvertrag festzuhalten, dass sie selbst auf ihr Interesse hinweist, in der Schweiz angemeldet zu sein und so ihren (zumindest steuerrechtlichen) Wohnsitz in der Schweiz beizubehalten (act. 35 Rz. 24). Bei der Wohnsitzanmeldung ist – sofern man kein Wohneigentum besitzt – ein Mietvertrag (gleich wie die Krankenversicherungskarte, vgl. hiernach) vorzulegen (vgl. die Homepage der Gemeinde B._____: [www. B._____.ch/page/546](http://www.B._____.ch/page/546), zuletzt besucht am 4. Juli 2023). Mit Blick darauf ist nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdegegnerin unter Inanspruchnahme eines Bekannten einen Mietvertrag vorweisen können wollte, um eine An- bzw. Ummeldung in B._____ zu erreichen, nachdem die zwangsverwertete Liegenschaft an der H._____ -strasse offensichtlich nicht mehr als ihre Wohnsitzadresse taugte. Auffällig ist, dass die Beschwerdegegnerin keine tatsächlich erfolgten Mietzinszahlung an J._____ – wobei solche Zahlungen darauf hindeuten, dass dieser Vertrag auch gelebt wurde und damit mutmasslich ernst gemeint war – belegt. In zeitlicher Hinsicht fällt sodann auf, dass der Vertragsschluss zur Benutzung eines Zimmers im Haus eines Bekannten vom 5. Februar 2021 nicht nur einen Monat vor dem Gesuch um Konkurseröffnung erfolgte, sondern auch wenige Tage, nachdem das Bundesgericht die Forderung der Beschwerdeführerin über rund Fr. 40. Mio. bestätigt hatte (vgl. BGer 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021, act. 20/5/5), als die Beschwerdegegnerin also definitiv um den Bestand dieser hohen Forderung wusste. Auch dieser Umstand spricht jedenfalls nicht dafür, dass der Mietvertrag vorliegend Indiz für die Absicht dauernden Verbleibs resp.

Begründung des Lebensmittelpunktes in B._____ war, wobei offen bleiben kann, ob der Mietvertrag zum Zweck der Beibehaltung einer Wohnsitzanmeldung (und der daraus folgenden Zuständigkeit für die Konkureröffnung) in B._____ erstellt wurde. Ob die Beschwerdegegnerin zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages bzw. bis zur Konkureröffnung daher tatsächlich die Absicht hatte, in B._____ dauerhaft zu verbleiben und dort ihren Lebensmittelpunkt zu haben, ist bei dieser Ausgangslage nicht aus dem Mietvertrag zu schliessen, sondern anhand ihres Verhaltens nach Abschluss des Vertrages zu beurteilen; mithin fragt sich, ob sich ein solcher Wille durch ihr Verhalten manifestierte.

Dazu ist festzuhalten, dass es an objektiven Anhaltspunkten fehlt, wonach die Beschwerdegegnerin zur relevanten Zeit ihren Lebensmittelpunkt in B._____ hatte. Zwar behauptet sie, in B._____ tatsächlich gewohnt zu haben und dort ihren Verpflichtungen nachgegangen zu sein. Sie unterlässt es aber gänzlich, sich zu Tätigkeiten und Besorgungen des alltäglichen Lebens sowie zu persönlichen Beziehungen in und um B._____ im massgeblichen Zeitpunkt zu äussern, welche Indizien für einen Lebensmittelpunkt in B._____ darstellten. Zu denken ist beispielsweise an Behauptungen und Belege, dass sie in und um B._____ regelmässig ihre Einkäufe, u.a. des täglichen Gebrauchs, tätigte, allenfalls die öffentlichen Verkehrsmittel benutzte, Einzahlungen tätigte, Restaurants besuchte oder Coiffeurtermine wahrnahm. Auch sonst fehlt es an Behauptungen zu Umständen, welche auf eine persönliche Bindung zu B._____ schliessen liessen: Die Beschwerdegegnerin behauptet und belegt nicht, irgendwelchen Freizeitaktivitäten oder Hobbies in B._____ oder der Region nachzugehen oder in einem Verein aktiv zu sein und sie nennt neben J._____ keinerlei Freunde oder Bekannte, mit welchen sie einen regelmässigen Kontakt pflegen würde. Vielmehr anerkennt sie, dass ihre nächsten und hier einzig bekannten Familienmitglieder, mit welchen sie Kontakt pflegt, namentlich ihre beiden erwachsenen Kinder, eben gerade nicht in der Schweiz Wohnsitz haben. Ein Lebensmittelpunkt in B._____ ist unter Berücksichtigung dieser Umstände zu keinem Zeitpunkt bei oder nach dem angeblichen Wohnsitzwechsel zu erkennen.

Daran ändert der Umstand nichts, dass die Beschwerdegegnerin in B._____ gemeldet ist und ebenso wenig, dass sie über eine Schweizerische Krankenversi-

cherung verfügt und unter der Adresse an der I._____-strasse versichert ist. Diese Umstände könnten höchstens Indizien für einen Lebensmittelpunkt darstellen. Vorliegend sind sie mit Blick auf das Ausgeführte aber nicht massgeblich, sagen sie für sich doch nichts über die tatsächlich gelebten Verhältnisse aus. Hinsichtlich der Krankenversicherung ist zudem – wie bereits im Hinblick auf den Mietvertrag – darauf hinzuweisen, dass (vor dem Hintergrund des in der Schweiz bestehenden Krankenkassenobligatoriums, vgl. Art. 3 Abs. 1 KVG) bei Wohnsitzanmeldung die Krankenversicherungskarte (gleich wie der Mietvertrag) vorzulegen sind (vgl. auch hier die Homepage der Gemeinde B._____: www.B._____.ch/page/546, zuletzt besucht am 4. Juli 2023).

4.4.2.2 Zur physischen Präsenz der Beschwerdegegnerin in B._____ als Element der Wohnsitzbegründung ergibt sich sodann, dass zur Wohnsitzbegründung – wie gezeigt – zwar bereits ein Aufenthalt kürzester Dauer ausreichend sein kann. Dies kann aber nur gelten, wenn daneben genügend objektive Anhaltspunkte vorliegen, dass die Absicht dauernden Verbleibs besteht und (wenigstens im massgeblichen Zeitpunkt) der Lebensmittelpunkt an den neuen Wohnort verlegt wurde (z.B. neue Arbeitsstelle am bzw. in der Nähe des neuen Wohnorts, Umzug des Hausrates an den neuen Wohnort, soweit vorhanden: Umzug der Kernfamilie, Anmelden der Kinder in der Schule, etc.). Die physische Präsenz ist daher nicht losgelöst vom inneren Willen auf ein dauerndes Verbleiben, welches wiederum aus objektivierbaren Umständen herzuleiten ist, zu beurteilen. In diesem Rahmen kommt der physischen Präsenz eine doppelte Rolle zu: Sie ist zum einen Erfordernis für die Wohnsitzbegründung, sie kann aber zum andern auch Indiz für den inneren Willen auf die Begründung eines tatsächlichen Lebensmittelpunkts am neuen Wohnort sein. Verbringt eine Person einen grossen Teil ihrer Zeit am zur Diskussion stehenden neuen Wohnort, spricht dies für den Lebensmittelpunkt an diesem Ort.

Der Lebensmittelpunkt der Beschwerdegegnerin in B._____ erscheint nach dem eben Dargelegten fraglich bzw. ist nicht erkennbar, auch nicht aus dem Indiz der physischen Präsenz der Beschwerdegegnerin in B._____. Zur physischen Präsenz ergibt sich für die Zeit ab der angeblichen Wohnsitznahme an der I._____-strasse aus den Ausführungen und Unterlagen der Beschwerdegegnerin

nämlich kaum etwas, was wiederum damit übereinstimmt, dass die Beschwerdegegnerin (wie soeben dargelegt) weder ihr alltägliches Leben noch ein intaktes Beziehungsnetz in und um B._____ behauptet und belegt. Die Beschwerdegegnerin äussert sich – trotz der Behauptung der Beschwerdeführerin, dass sie ihren Lebensmittelpunkt auf E._____ habe und obwohl die Beschwerdegegnerin anerkennt, sich "zu regelmässigen Besuchen in E._____" aufzuhalten – auch mit keinem Wort dazu, wie viel Zeit sie (nebst diesen Besuchen) in B._____ verbringt bzw. ab der angeblichen Wohnsitznahme verbracht hat. Alleine mit der Behauptung, im Zeitpunkt der Konkurseröffnung in B._____ "effektiv" gelebt zu haben (vgl. z.B. act. 35 Rz. 13) ist dazu jedenfalls nichts Näheres gesagt. Auch der allgemein gehaltenen Bestätigung von J._____ lässt sich zu einer physischen Anwesenheit nichts entnehmen. So bestätigt er in seinem Schreiben zwar, dass die Beschwerdegegnerin das Zimmer "bezogen" habe, lässt aber offen, was dies konkret heisst, mithin, ob die Beschwerdegegnerin tatsächlich dort Zeit verbracht hat – etwa nach dem Zimmerbezug dort (regemässig) übernachtet hat –, oder ob sie lediglich einige persönliche Effekten in dem Zimmer deponiert und dieses damit in Besitz genommen hatte. Mit den Beweismitteln der Beschwerdegegnerin letztlich einzig belegt ist ihre Anwesenheit in oder um B._____ für die Zeit zwischen dem 13. und 21. April 2021: Am 13. April 2021 erschien die Beschwerdegegnerin beim Konkursamt B._____ zur Einvernahme (act. 36/25) und sie hat sich in den Tagen darauf, vom 14. bis 21. April 2021, in ärztlicher Behandlung in Zürich befunden (act. 36/20).

Damit ist weder hinreichend behauptet und belegt, dass die für die Wohnsitznahme als eigenständiges Element verlangte physische Präsenz vor resp. im Zeitpunkt der Konkurseröffnung vorlag, noch dass die Beschwerdegegnerin in der Zeit nach der angeblichen Wohnsitznahme in B._____ in einem Masse präsent war, als es als Indiz für das Vorliegen eines Lebensmittelpunktes gedeutet werden könnte.

Daran ändert im Übrigen der Einwand der Beschwerdegegnerin nichts, dass sie ihre Verfahrensrechte in den Zwangsvollstreckungsverfahren jeweils fristgerecht wahrnehme (act. 35 Rz. 17). Dass dies – abgesehen von der genannten Einvernahme beim Konkursamt – die physische Anwesenheit der (ansonsten

durch in Zürich ansässige Rechtsvertreter anwaltlich vertretenen) Beschwerdegegnerin erfordert hätte, macht sie nicht geltend und ist nicht ersichtlich.

4.5 Mit den weiteren Behauptungen bzw. Unterlagen, welche die Beschwerdegegnerin einreicht, ist für ihren Standpunkt von Vorneherein nichts zu gewinnen, weshalb auf diese hier nicht näher einzugehen ist: Konkret ist dies der von der Beschwerdegegnerin behauptete und belegte Arztbesuch in Zürich am 21. Januar 2020 (act. 35 Rz. 14 u. act. 36/19). Dieser Termin fand mehr als ein Jahr vor der behaupteten Wohnsitznahme an der I._____-strasse statt und ist hier nicht relevant. Soweit die Beschwerdegegnerin zudem geltend macht, unmittelbar vor der Konkurseröffnung sämtliche Rechnungen bei der Poststelle in B.____ bezahlt zu haben, was durch die entsprechenden Quittungen belegt sei (act. 35 Rz. 16), datieren die entsprechenden Quittungen vom März (act. 36/23) bzw. Oktober 2020 (act. 36/24), und damit ebenfalls aus der Zeit deutlich vor der angeblichen Wohnsitznahme an der I._____-strasse.

4.6 Nach dem Gesagten gelingt es der behauptungs- und beweisbelasteten Beschwerdegegnerin nicht nachzuweisen, dass sie zur Zeit der Konkurseröffnung Wohnsitz in B.____ hatte. Dass die Beschwerdegegnerin sodann – wenn schon nicht den Wohnsitz – ihren gewöhnlichen Aufenthalt in B.____ gehabt hätte und sich die Zuständigkeit der Vorinstanz allenfalls daraus ergäbe, behauptet die Beschwerdegegnerin nicht und selbiges ist mit Blick auf die obigen Ausführungen auch nicht ersichtlich. Damit war die Vorinstanz für die Entgegennahme der Insolvenzerklärung und die Eröffnung des Konkurses unzuständig.

4.7 Die Beschwerdeführerin verlangt in erster Linie die Feststellung der Nichtigkeit des vorinstanzlichen Urteils. Bereits im durch das Bundesgericht aufgehobenen Entscheid der Kammer vom 3. Mai 2021 wurde dargelegt, dass die örtliche Unzuständigkeit der Vorinstanz nicht zur Nichtigkeit der Konkurseröffnung führt, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird (OGer ZH PS210050 vom 3. Mai 2021, E. 3.; vgl. act. 20/4). Das Bundesgericht äussert sich zu diesen Erwägungen im Rahmen seines Entscheides nicht, und an diesen Erwägungen wird im Rahmen des vorliegenden Entscheides festgehalten. Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor.

4.8 Entsprechend ist der vorinstanzliche Entscheid, mit dem über die Beschwerdegegnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufzuheben. Auf den Antrag der Beschwerdegegnerin auf Eröffnung der Konkurses ist nicht einzutreten.

4.9 Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei das Betreibungsamt D._____ anzuweisen, die Betreibungsverfahren mit den Nrn. 1 sowie Nr. 2 fortzuführen (act. S. 2). Eine entsprechende Anordnung ist indes nicht erforderlich, leben doch die nach Art. 206 SchKG dahingefallenen Betreibungen mit Aufhebung der Konkursöffnung grundsätzlich wieder auf (BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER HONEGGER, 3. Aufl. 2021, Art. 206 N 8). Das Betreibungsamt ist über die Aufhebung des Konkurses zu informieren (Art. 176 SchKG; vgl. BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, 3. Aufl. 2021, Art. 176 N 13b). Ob sich der zumindest im Zeitraum der Konkursöffnung nicht gegebene Wohnsitz in B._____ allenfalls auch auf die genannten Betreibungsverfahren auswirkt (vgl. auch Art. 53 SchKG), ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens und braucht entsprechend vorliegend nicht geprüft zu werden.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen; unentgeltliche Rechtspflege

5.1 Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da die vorliegende Beschwerde gutgeheissen wird, wird die Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

5.2 In Anwendung von Art. 52 lit. b i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG ist die zweitinstanzliche Spruchgebühr auf Fr. 750.– festzusetzen.

5.3 Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren und ist grundsätzlich unter Berücksichtigung des Streitwertes in Anwendung von § 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 AnwGebV festzusetzen. Vorliegend entspricht der Streitwert, welcher sich aus dem streitwertten Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufhebung der vorinstanzlichen Konkursöffnung ergibt, mutmasslich der Differenz des Verwertungserlöses bei fortgesetztem Pfändungsverfahren und der voraussichtlichen Konkursdividende.

Diese Werte sind nicht feststellbar. Da indes selbst bei einem sehr hohen Streitwert im Millionenbereich – wovon vorliegend mit Blick auf die bekannten Vermögenswerte der Beschwerdegegnerin (act. 5/2) und die Gesamtforderung der Beschwerdeführerin von rund Fr. 40 Mio. auszugehen ist – eine Korrektur der Parteientschädigung über § 2 Abs. 2 AnwGebV zu erfolgen hätte, rechtfertigt es sich vorliegend, eine der Verantwortung der Vertretung, dem Aufwand und der Schwierigkeit des Falles angemessene Entschädigung festzusetzen. Vorliegend erscheint mit Blick auf den thematisch stark eingeschränkten Verfahrensgegenstand und dem Umfang der Parteivorbringen eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– als angemessen, welche die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin zu leisten hat. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist nicht verlangt und wäre auch nicht zuzusprechen.

5.4 Die Beschwerdegegnerin ersucht für das vorliegende Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 27).

5.4.1 Grundsätzlich hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn a) sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und b) ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

5.4.2 Vorliegend kann der Standpunkt der Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden: So ging bereits die Vorinstanz davon aus, örtlich zuständig zu sein, und auch die Kammer kam in ihrer Entscheidung vom 3. Mai 2021 zumindest zum Schluss, dass die Unzuständigkeit der Vorinstanz mit Blick auf die ins Recht gereichte Wohnsitzbestätigung jedenfalls nicht offensichtlich sei (OGer ZH PS210050, E. 3.5. = act. 8).

5.4.3.1 Als mittellos im Sinne von Art. 117 ZPO gilt, wer die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhaltes und desjenigen der Familie erforderlich sind, wobei nicht nur die Einkommenssituation, sondern auch die Vermögensverhältnisse beachtlich sind (BGE 144 III 531 E. 4.1 m.w.H.). Massgebend für die Beurteilung ist der Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (BGE 120 Ia 179, E. 3.a). Ein allfälliger Überschuss zwischen dem zur Verfügung stehenden

Einkommen und dem zivilprozessualen Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen; dabei sollte es ihr der monatliche Überschuss ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (vgl. zum Ganzen: BGE 135 I 221, E. 5.1; BGE 141 III 369, E. 4.1).

5.4.3.2

a) Die Beschwerdegegnerin macht geltend, eine monatliche Rentenzahlung der AHV von Fr. 380.– zu erhalten und eine der deutschen Rentenversicherung von EUR 1'122.20. Darüber hinaus generiere sie einen jährlichen Wertschriftenertrag von Fr. 25'000.–, welcher ihr infolge Pfändungs- und Konkursbeschlages der entsprechenden Konti aber nicht zur Verfügung stehe und daher nicht zu berücksichtigen sei. Damit ergebe sich bei einem monatlichen Umrechnungskurs von rund 1:1 ein monatliches Einkommen von Fr. 1'502.46 (AHV + Zahlung Rentenversicherung).

Ihre sämtlichen Vermögenswerte seien zuerst während eines Strafverfahrens beschlagnahmt und danach im Rahmen der Pfändung Nr. 3 vom 5. November 2020 gepfändet worden und seien nun schliesslich infolge der Konkursöffnung in den Konkurs gefallen. Zudem stehe den Vermögenswerten Forderungen von rund Fr. 40 Mio. gegenüber.

Diese Behauptungen belegt die Beschwerdegegnerin mit der Steuererklärung aus dem Jahr 2021 (act. 29/3), dem Auszahlungsbeleg der AHV vom 20. Dezember 2021 (act. 29/4) sowie dem Beleg der Deutschen Rentenversicherung vom 1. Juli 2020 (act. 29/5), womit auf die von ihr geltend gemachten Einkommenszahlen abzustellen ist. Zudem ergibt sich aus der erfolgten Konkursöffnung auch, dass die Vermögenswerte mit Konkursbeschluss belegt sind bzw. bei Aufhebung des Konkurses mit Pfändungsbeschluss, weshalb ihr auch zu folgen ist, dass sie keinen effektiven Zugriff auf die Wertschriftenerträge hat und diese damit vorliegend nicht als Einkommen zu berücksichtigen sind.

Entsprechend ist mir der Beschwerdegegnerin von einem monatlichen Einkommen von Fr. 1'502.46 auszugehen.

b) Die Beschwerdegegnerin macht sodann monatliche Ausgaben gestützt auf den von ihr ins Recht gereichten Mietvertrag vom 5. Februar 2021 von Fr. 800.– geltend (act. 29/9). Zudem ist von den geltend gemachten und in der Steuererklärung 2021 deklarierten Krankenversicherungskosten von monatlich Fr. 334.– auszugehen (vgl. act. 29/3 S. 8). Anzurechnen ist der Beschwerdegegnerin sodann ein monatlicher Grundbetrag. Geht man von einem Grundbetrag von Fr. 1'200.– für die alleinstehende Beschwerdegegnerin ohne Haushaltgemeinschaft aus (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009), ergibt dies einen Bedarf von Fr. 2'334.–, bzw. – gestützt auf ihre Behauptungen, in einer Wohngemeinschaft mit einer erwachsenen Person zu leben – bei einem Grundbetrag von Fr. 1'100.– einen Bedarf von Fr. 2'234.–.

5.4.3.3 Damit übersteigt der Bedarf der Beschwerdegegnerin so oder anders deren verfügbares Einkommen klar. Zu berücksichtigende Vermögenswerte liegen ebenfalls nicht vor. Damit ist die Beschwerdegegnerin mittellos.

5.4.4.1 Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dieser zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Vertretung muss dabei wirklich geboten sein, wobei neben dem Kriterium der Waffengleichheit etwa die Schwierigkeit des Prozesses, das Postulationsvermögen und die Sachkunde in Betracht fallen (Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7221 ff., S. 7302; vgl. zum Ganzen auch: KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 3. Aufl. 2021, Art. 118 N 8; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 118 N 10 ff.).

5.4.4.2 Vorliegend hat der Entscheid, ob die Konkursöffnung Bestand hat oder nicht, grosse Auswirkungen auf die Situation der Beschwerdegegnerin. Andererseits ist auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten. Entsprechend ist die Notwen-

digkeit der gerichtlichen Bestellung eines Rechtsbeistandes für die Beschwerdegegnerin zu bejahen.

5.4.4.3 Die Beschwerdegegnerin beantragt, es seien ihr "die Rechtsanwälte Y1._____ und/oder Y2._____ (...) als unentgeltliche Rechtsbeistände zu bestellen (act. 27 S. 2 Antrag Ziff. 2).

Die Bestellung gleichzeitig mehrerer unentgeltlicher Rechtsvertretungen kommt grundsätzlich nicht in Frage, da das Gesetz nur die Bestellung "eines" Rechtsvertreters vorsieht (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Eine Ausnahme von dieser Regel ist höchstens in absoluten Ausnahmefällen in hoch komplexen Verfahren und bei der Notwendigkeit der Bestellung mehrerer unterschiedlich qualifizierter Rechtsanwälte denkbar, wenn auch die Gegenseite durch mehrere hoch spezialisierte Anwälte vertreten ist (BK ZPO-BÜHLER, Art. 118 N 53; WUFFLI/FURRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, N 487; OGer ZH PF140010 vom 24. Juni 2014, E. 3.2.).

Weshalb es vorliegend angezeigt wäre, der Beschwerdegegnerin in der vorliegenden Streitsache zwei Rechtsvertreter zu bestellen, wird von der Beschwerdegegnerin weder dargelegt, noch ist dies erkennbar. Entsprechend ist ihr nur ein Rechtsbeistand zu bestellen.

5.4.5 Nach dem Gesagten ist der Beschwerdegegnerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr eine unentgeltliche Rechtsvertretung zu bestellen.

5.4.6 Die unentgeltliche Rechtspflege befreit die Beschwerdegegnerin nicht von der Leistung der Parteientschädigung an die Gegenseite (Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Der Beschwerdegegnerin wird im vorliegenden Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 12. März 2021, mit dem über die Beschwerdegegnerin der Konkurs eröffnet wurde, wird aufgehoben. Auf den Antrag der Beschwerdegegnerin auf Konkurseröffnung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren werden der Beschwerdegegnerin auferlegt, jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Vorschuss von Fr. 750.– vorbehältlich eines Verrechnungsrechts der Gerichtskasse zurückerstattet.
5. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage des Doppels von act. 35 samt Beilagen act. 29/1–12 u. 36/14–28;
 - das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkursgericht) des Bezirksgerichtes Meilen,
 - das Betreibungsamt D. _____
 - das Konkursamt B. _____,
 - die Grundbuchämter B. _____, Q. _____, R. _____, S. _____-Zürich und T. _____, sowie
 - das Schweizerische Bundesgericht zuhanden des Verfahrens 5A_214/2021,

je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 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 M. Schnarwiler

versandt am:
5. Juli 2023