Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PS250145-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

Beschluss und Urteil vom 6. Juni 2025

in Sachen

A._____,
Schuldner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 7. Mai 2025 (EK250086)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan: Beschwerdeführer) ist seit dem tt.mm.2020 als Gesellschafter der Kollektivgesellschaft "C._____" im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Kollektivgesellschaft bezweckt gemäss Handelsregisterauszug die Führung eines Gastrobetriebes (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 7. Mai 2025 eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen (fortan: Vorinstanz) den Konkurs über den Beschwerdeführer für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Beschwerdegegnerin) von Fr. 3'353.– nebst Zins zu 5% seit 18. Juni 2024, Zinsen von Fr. 30.20, Mahnspesen von Fr. 30.–, Umtriebsspesen von Fr. 120.– und Betreibungskosten von Fr. 148.–. Die Entscheidgebühr setzte die Vorinstanz auf Fr. 500.– fest, bezog sie aus dem von der Beschwerdegegnerin geleisteten Vorschuss und überwies den Rest dem mit dem Vollzug des Konkurses beauftragten Konkursamt Meilen (act. 3 = act. 7 [Aktenexemplar] = act. 8/13).

1.3. Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 26. Mai 2025 rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 1; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 8/16; Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; Art. 174 Abs. 1 SchKG):

1. Es sei die Konkurseröffnung aufgrund eines Verfahrensfehlers aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Es sei auf eine Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zu verzichten.
3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Es seien dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten infolge der angespannten Finanzlage zu erlassen.

1.4. Die vorinstanzlichen Akten (act. 8/1-16) wurden von Amtes wegen beigezogen. Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort ist zu verzichten (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Mit dem vorliegenden Entscheid ist der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos abzuschreiben.

2. Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG; vgl. auch Art. 326 Abs. 2 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz hebt die Konkurseröffnung auf, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld einschliesslich Zinsen und Kosten getilgt ist (Tilgung), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden der Gläubigerin hinterlegt ist (Hinterlegung) oder die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (Gläubigerverzicht; vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Nebst den in Art. 174 Abs. 2 SchKG genannten Konkursaufhebungsgründen können im Beschwerdeverfahren auch Verfahrensfehler des Konkursgerichtes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO; KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER, 3. Aufl. 2025, Art. 174 N 7).

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei durch die Einladung zur konkursamtlichen Einvernahme durch das Konkursamt Meilen überrascht worden. Er habe weder von der Konkursverhandlung noch vom ergangenen Urteil Kenntnis gehabt. Es sei möglich, dass ihm die Post Abholungseinladungen zugestellt habe. Diese seien aber mit den Werbesendungen entsorgt oder von seinen Kindern behändigt worden. Selbstredend gelte es zu verhindern, dass Solches geschehe, das könne aber nur eine Massnahme für die Zukunft sein. Allein aufgrund der Konkursandrohung habe er nicht mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen müssen. Die Zustellung der Konkursandrohung begründe nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung noch kein Prozessrechtsverhältnis. Die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greife daher in casu nicht. Mangels Zustellung der Anzeige zur Konkursverhandlung habe er keine Möglichkeit gehabt, sich mit den Gläubigern zu einigen und eine Lösung für die Tilgung der ausstehenden Schulden zu suchen. Nachdem er von der Konkurseröffnung erfahren habe, habe er mit den beiden bekannten Gläubigern, der D._____ AG und der Beschwerdegegnerin einen Weg gefunden, wie die Schulden getilgt werden könnten. Die Vereinbarung mit der D._____ AG liege bereits schriftlich vor, diejenige mit der Beschwerdegegnerin sei in Arbeit und werde nachgeliefert. Beide Gläubiger seien bereit die Be-

treibungen zurückzuziehen und auf den Konkurs zu verzichten. Mit den Abzahlungsvereinbarungen weise er seine Leistungsfähigkeit nach, was die Aufhebung der Konkurseröffnung auf dem Beschwerdeweg nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG, allenfalls nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG rechtfertige (act. 2 S. 1 f.).

4.

4.1. Dem Schuldner ist darin beizupflichten, dass eine Konkurseröffnung voraussetzt, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Dabei handelt es sich um ein formelles Erfordernis der Konkurseröffnung. Eine Konkurseröffnung, die ergeht, obwohl dem Schuldner die Anzeige der Konkursverhandlung nicht rechtskonform angezeigt wurde, leidet an einem schwerwiegenden Mangel und ist grundsätzlich aufzuheben (BGE 138 III 225 E. 3.3). Die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung trägt das Gericht. Es gelten – da es sich bei der Anzeige nicht um eine Betreibungsurkunde handelt – die Vorschriften von Art. 138 Abs. 1 bis 3 ZPO (BGer 5A_44/2021 vom 23. August 2021 E. 2.1.1 f.). Allerdings greift die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht, da die Konkursandrohung nach ständiger Praxis der Kammer (ZR 104/2005 Nr. 43) und bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 138 III 225 E. 3.2; BGer 5A_44/2021 vom 23. August 2021 E. 2.1.2) noch kein Prozessrechtsverhältnis in Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht begründet. Daraus folgt, dass im Falle misslungener postalischer Zustellungen ein Konkursgericht die Konkurseröffnung erst aussprechen darf, wenn die Anzeige zur Konkursverhandlung dem Schuldner durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtsweibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zugestellt wurde oder wenn eine öffentliche Bekanntmachung im Sinne von Art. 141 ZPO erfolgte.

4.2. Die Vorinstanz zeigte den Parteien mit Vorladung und Kautionsauflageverfügung vom 20. März 2025 (fortan: Vorladung) an, dass die Konkursverhandlung am 7. Mai 2025 stattfinde. Die Vorladung wurde gleichentags als Gerichtsurkunde an die Privatadresse des Beschwerdeführers versandt und von der Post am 31. März 2025 mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (act. 8/8). Entgegen dem, was der Beschwerdeführer nahezulegen versucht, un-

ternahm die Vorinstanz alsdann aber noch einen zweiten Zustellversuch über das Gemeindeammann- und Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach (fortan: Gemeindeammannamt; vgl. act. 8/8+9). Diese zweite Zustellung war erfolgreich. In den erstinstanzlichen Akten findet sich ein Empfangsschein, in welchem der Beschwerdeführer am 16. April 2025 unterschriftlich bescheinigt, die Vorladung sowie weitere Unterlagen erhalten zu haben (act. 8/11). Die Unterschrift ist die gleiche wie auf der Vollmacht vom 24. Mai 2025, die der Beschwerdeführer seinem Rechtsvertreter für das vorliegende Beschwerdeverfahren ausgestellt hat (vgl. act. 4). Es besteht deshalb kein Zweifel daran, dass es sich um die Unterschrift des Beschwerdeführers handelt. Mit der Zustellung am 16. April 2025 wurde dem Beschwerdeführer die Konkursverhandlung vom 7. Mai 2025 rechtzeitig angezeigt (vgl. Art. 168 ZPO). Er hatte somit die Möglichkeit, sich mit der Beschwerdegegnerin zu einigen und eine Lösung für die Tilgung der ausstehenden Schulden zu suchen. Der behauptete Verfahrensmangel liegt nicht vor. Die erstinstanzliche Konkurseröffnung ist nicht zu beanstanden. Nach der Zustellung der Anzeige der Konkursverhandlung musste der Beschwerdeführer sodann mit weiteren gerichtlichen Zustellungen rechnen. Mit Bezug auf den angefochtenen Entscheid greift daher die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO und durfte die Vorinstanz, nachdem der Beschwerdeführer die Postsendung mit dem Entscheid nicht abgeholt hatte (act. 8/16), auf eine erneute Zustellung verzichten.

4.3. Damit stellt sich noch die Frage, ob ein Konkursaufhebungsgrund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG vorliegt. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Aufhebung des Konkurses gestützt auf Ziff. 3 (Gläubigerverzicht), eventuell auch gestützt auf Ziff. 1 (Tilgung) der entsprechenden Bestimmung gerechtfertigt sei (act. 2 S. 2).

4.3.1. Sowohl der Gläubigerverzicht als auch die Tilgung der Forderung müssen gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen werden (BGE 136 III 294 E. 3). Für die Aufhebung der Konkurseröffnung muss der Schuldner zudem in beiden Fällen auch die Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen. Der Nachweis des Konkurshinderungsgrundes und die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit haben dabei innerhalb der Rechtsmittelfrist zu erfolgen (BSK SchKG II-Gl-

ROUD/THEUS SIMONI, 3. Aufl. 2021, Art. 174 N 16c, 20c, 23 f.; BGE 136 III 294 E. 3.2; BGer 5A_606/2014 vom 19. Oktober 2014 E. 4.2; BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014 E. 4.1).

4.3.2. Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer behauptet in seiner Beschwerde zwar, er habe mit der Beschwerdegegnerin einen Weg gefunden, wie die Schulden getilgt werden könnten; die Beschwerdegegnerin würde auf die Durchführung des Konkurses verzichten (act. 2 S. 2). Einen Nachweis für diese Behauptungen brachte der Beschwerdeführer jedoch nicht vor. Er stellte die Einreichung eines solchen Nachweises vielmehr erst in Aussicht (act. 2 S. 2). Weil der angefochtene Entscheid – wie vorstehend ausgeführt – an keinem Verfahrensmangel leidet und die Rechtsmittelfrist bereits abgelaufen ist (vgl. act. 8/16), kommt eine Nachreichung von Unterlagen nicht mehr in Frage. Der Beschwerdeführer hat es somit versäumt, rechtzeitig durch Urkunden nachzuweisen, dass die Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt ist oder die Beschwerdegegnerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Darüber hinaus gelingt es dem Beschwerdeführer auch nicht, seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ist wesentlich mehr erforderlich, als die Einreichung einer Abzahlungsvereinbarung mit einer Gläubigerin (vgl. act. 5/3). Das wichtigste und unerlässliche Beweismittel für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit ist ein aktueller Betreibungsregisterauszug. Daneben sind Unterlagen zu den weiteren Verbindlichkeiten, den liquiden Mitteln sowie zu den Einkünften und Auslagen des Schuldners notwendig. All das liegt nicht vor.

4.4. Zusammenfassend sind somit die Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkurseröffnung nicht erfüllt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

5. Es bleibt, den Beschwerdeführer auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (dazu insbesondere KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER, 3. Aufl. 2025, Art. 195 N 3, N 3a und N 5).

6. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdeführer ersucht um Erlass der Gerichtskosten aufgrund seiner angespannten finanziellen Lage und stellt damit sinngemäss ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 2). Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, war die Beschwerde von vornherein aussichtslos, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist (vgl. Art. 117 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Beschwerdeführer nicht, weil er unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr im Beschwerdeverfahren keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird abgeschrieben.

2. Der Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt. Die vorliegenden Verfahrenskosten werden dem Konkursamt Meilen vorsorglich zur Kollokation angemeldet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Meilen, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach, je gegen Empfangsschein.

5. 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am:
6. Juni 2025