

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS230196-O/U

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

## Urteil vom 24. Oktober 2023

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1. \_\_\_\_\_ und / oder MLaw X2. \_\_\_\_\_

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes  
Zürich vom 28. September 2023 (EK231415)**

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht Zürich eröffnete mit Urteil vom 28. September 2023 über den Beschwerdeführer und Schuldner (nachfolgend: Schuldner) den Konkurs für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin von Fr. 11'572.35 nebst Zins zu 5 % seit 16.12.2022, zuzüglich Fr. 1'043.40 (reglementarische Kosten), Fr. 150.00 (Betreibungskosten), Fr. 60.00 (Mahnkosten), Fr. 662.20 (5% Verzugszins vor Betreuung) und Fr. 244.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar]). Mit Beschwerde vom 9. Oktober 2023 beantragte der Schuldner innert Frist die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 13. Oktober 2023 entsprochen (act. 11).

2.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung der Beschwerde seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO).

2.2 Der Schuldner beruft sich auf den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Er hat am 9. Oktober 2023 bei der Schweizerischen Post zu Händen der Obergerichtskasse unter anderem einen Betrag von Fr. 14'274.50 (act. 5/5 und 9/3 sowie act. 11) einbezahlt. Zudem geht aus der entsprechenden Bestätigung des Konkursamtes Oerlikon-Zürich vom 9. Oktober 2023 (act. 5/6) hervor, dass der Schuldner die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes – innert der Rechtsmittelfrist – sichergestellt hat. Damit ist belegt, dass der Schuldner die der Konkursöffnung zugrunde liegenden Forderungen samt Zinsen und Kosten hinterlegt hat. Zudem hinterlegte er Fr. 750.– für die Kosten des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens (act. 10). Der Konkursaufhe-

ungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist somit nachgewiesen.

3. Damit ist die erste Voraussetzung für die Aufhebung der Konkursöffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG (Hinterlegung) erfüllt und bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen.

4.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit (praxisgemäss in- nert längstens zweier Jahre; vgl. statt vieler OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014, E. 2.2) auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint.

4.2 Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, darf er sich nicht mit blossen Behauptungen begnügen. Es sind Dokumente vorzulegen, die objektiv überprüfbar den Schluss zulassen, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Sachdarstellung des Schuldners zutreffe (vgl. BGer, 5A\_251/2018 vom 31. Mai 2018, E. 3.1), ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (vgl. BGE 142 II 49 E. 6.2; BGer, 5A\_353/2022 vom 31. August 2022, E. 2.3). Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit (vgl. BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, 3. Aufl. 2021, N 26 f. zu Art. 174 SchKG). Ein Beweis, der die (volle) Überzeugung gestattet, die Sachdarstellung des Schuldners sei zutreffend, ist nicht nötig. Erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind allerdings dann zu stellen,

wenn Verlustscheine vorhanden sind. Gleiches gilt, wenn andere Betreibungen vorliegen, die sich bereits im Stadium der Konkursandrohung befinden bzw. bei Betreibungen nach Art. 43 SchKG im Stadium der Pfändungsankündigung oder gar Pfändung (vgl. BGer, 5A\_251/2018 vom 31. Mai 2018, E. 3.1; BGer, 5A\_181/2018 vom 30. April 2018, E. 3.1; BGer, 5A\_470/2012 vom 19. November 2012, E. 3.3; OGer ZH, PS210224 vom 28. Januar 2022, E. 4.1).

5. Zur finanziellen Lage des Schuldners wird in der Beschwerdeschrift zusammengefasst geltend gemacht, infolge der Covid 19-Pandemie und damit verbundenen gesundheitlichen Probleme des Schuldners in den letzten zwei bis drei Jahren und zwei Schadensereignissen (Brand und Wasserschaden) habe das vom Schuldner betriebene Restaurant "B.\_\_\_\_\_" Verluste gemacht. Der Schuldner wolle sich aber nun beruflich reorientieren und das Restaurant verkaufen. Dafür habe er bereits eine schriftliche Verkaufsofferte erhalten. Der Verkauf solle bis Ende 2023 abgewickelt sein, die Übertragung der Mietverträge werde stattfinden, sobald der Konkursbeschluss aufgehoben sei. Zudem wolle er neu als Koch arbeiten, dafür sei er mit dem Restaurant "C.\_\_\_\_\_" in Vertragsverhandlungen. Mit dem durch den Verkauf des Restaurants erzielten Geld sowie dank Einkünften aus einer Liegenschaft mit einem Mehrfamilienhaus in D.\_\_\_\_\_, sei er in der Lage, die offenen Schulden innert kürzerer Zeit abzutragen (act. 2 S. 2 ff.).

6.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere ein aktueller und vollständiger Betreibungsregisterauszug der letzten fünf Jahre. Der Schuldner reichte sowohl einen Betreibungsauszug als auch eine Betreibungsauskunft des Betreibungsamtes 12 mit Ausdrucksdatum vom 4. Oktober 2023 ein (act. 5/8-9).

6.2 Das Betreibungsregister (act. 5/8) weist im Zeitraum seit dem 1. Januar 2019 bis 4. Oktober 2023 insgesamt 75 eingeleitete Betreibungen aus, wovon ca. 10% auf das laufende Jahr entfallen. Aktuell offen sind 31 Betreibungen in einer Gesamtsumme von Fr. 176'020.10 (in der Folge jeweils gerundet). Bei acht Betreibungen im Umfang von Fr. 54'873.20 läuft aktuell eine Einkommenspfändung (Forderungen von Fr. 4'437.60, Fr. 3'254.80, Fr. 2'948.50, Fr. 2'920.95, Fr. 247.80, Fr. 23'330.-, Fr. 11'640.30, und Fr. 6'093.25). Bei 16 Betreibungen hat

der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben. Zwei weitere Betreibungen im Gesamtumfang von Fr. 2'258.50 (Fr. 1'764.– und Fr. 494.50) befinden sich im Stadium der Konkursandrohung, davon sind Fr. 2'257.90 hinterlegt (act. 9/1 und 9/2). Bei weiteren drei Betreibungen im Gesamtumfang von Fr. 12'135.55 (Fr. 369.25 + Fr. 3'315.75 + Fr. 8'450.55) wurde der Zahlungsbefehl noch nicht zugestellt. Eine Betreibung befindet sich im Stadium "Zahlungsbefehl". 44 Betreibungen wurden erledigt, 14 davon wurden durch Bezahlung an den Gläubiger oder das Betreibungsamt bezahlt, neun wurden durch Verwertung beglichen, 21 endeten mit Verlustscheinen in der Gesamthöhe von Fr. 56'431.35. Der Umstand, dass sowohl Verlustscheine als auch Betreibungen im Stadium der Pfändung bestehen, führt vorliegend zu höheren Anforderungen an den Nachweis der Zahlungsfähigkeit.

Gemäss Auszug des Betreibungsamts 12 vom 9. Oktober 2023 hat der Schuldner regelmässig Zahlungen an das Betreibungsamt geleistet, letztmals am 2. Oktober 2023, wobei jedoch nicht klar ist, ob es sich dabei nicht auch um Zahlungen aus der Lohnpfändung handelt (act. 5/12, s. insbesondere S. 2 mit Referenz auf das Lohnpfändungskonto). Es fällt zudem auf, dass sich der Schuldner neben der allgemeinen Anhäufung von Betreibungen über die letzten Jahre insbesondere regelmässig für öffentlich-rechtliche Forderungen (SVA, Steuern) betreiben liess. Diese sind zwar von der Betreibung auf Konkurs ausgeschlossen (Art. 43 SchKG), für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit aber dennoch von Bedeutung (vgl. KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, N 14 zu Art. 174 SchKG). Zudem fällt auf, dass bereits kurz nach Zuzug im Jahr 2019 und anfangs 2020, als die Corona-Pandemie noch nicht ausgebrochen war, bereits rund 13 Betreibungen verzeichnet sind, aus denen auch Verlustscheine resultierten (act. 5/8 S. 2). Die Liquiditätsprobleme des Schuldners lassen sich folglich nicht einfach mit der Corona-Pandemie erklären.

6.3.1 Zu den einzelnen noch nicht erledigten Betreibungen äusserte sich der Schuldner nicht. Die drei Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung wurden in zwei Fällen von Versicherungen erhoben (Betr. Nr. 1 der E.\_\_\_\_\_ AG für Fr. 1'764.– und Betr. Nr. 2 der F.\_\_\_\_\_ AG für Fr. 494.50), und zwar für verhältnismässig geringe Beträge im mittleren dreistelligen bzw. tiefen vierstelligen Be-

reich; hinzu kommt die hier zur Konkureröffnung führende Betreuung der Stiftung Auffangeinrichtung für eine Forderung in Höhe von Fr. 14'274.50 (vgl. act. 5/9). Zu berücksichtigen sind auch die meisten Betreibungen mit Rechtsvorschlag, da deren Bestand in der Beschwerde weder bestritten wurde, noch allein gestützt auf den Rechtsvorschlag auf den Nichtbestand zu schliessen ist. Praxisgemäss nicht zu berücksichtigen sind jedoch die mit Rechtsvorschlag gestoppten Betreibungen Nrn. 3, 4, 5 und 6 mit Forderungssummen von Fr. 5'174.05, Fr. 549.90, Fr. 171.90, Fr. 1'189.20 und Fr. 509.– (Gesamtsumme: Fr. 7'594.05), da sie mehr als zwei Jahre zurückliegen und nach erhobenem Rechtsvorschlag die Fortsetzung der Betreuung ausgeblieben ist (vgl. dazu OGer ZH, PS200011 vom 19. März 2020, E. 5.3.3).

6.3.2 Neben den 21 nicht getilgten Verlustscheinen in der Höhe von Fr. 56'431.35 bestehen damit aus 31 weiteren Betreibungen offene Forderungen von total ca. Fr. 168'426.05, wovon Fr. 16'532.40 hinterlegt wurden, d.h. aktuell noch Fr. 151'893.65 ausstehend sind (vgl. Ziff. 6.2 und Ziff. 6.3.1 und act. 5/8-9). Der gesamthaft offene Betrag beläuft sich damit auf rund **Fr. 208'325.–**.

6.4 Festzuhalten ist, dass die Vielzahl an Betreibungen, Konkursandrohungen in drei Fällen (inkl. dem vorliegenden), acht Pfändungen sowie 21 Verlustscheine auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners schliessen lassen. Zahlungsschwierigkeiten in der Vergangenheit stellte er denn auch nicht in Abrede; er sieht den Turnaround durch das Ende der Corona-Pandemie, die berufliche Reorientierung und den Verkauf des Unternehmens aber als erreicht. Zwar sprechen die Erledigung (unter Berücksichtigung auch der hinterlegten Konkursforderung) einer grösseren Zahl der Betreibungen sowie die Zahlungen ans Betreibungsamt dafür, dass der Schuldner bemüht ist, seine finanzielle Situation zu bereinigen (act. 5/12). Es bleibt aber wie gesagt bei offenen Schulden in der Gesamthöhe von rund Fr. 208'325.–.

7.1 Der Schuldner betreibt gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich ein Restaurant (act. 5/13). Zum Beleg seiner Zahlungsfähigkeit wurden eine Steuererklärung samt Beilagen aus dem Jahr 2021 (act. 5/22), Kassen-

abschlüsse aus den Monaten Mai-Juni sowie September 2023 (act. 5/16-17), ein Kontoauszug seines Mieteinnahmen-Bankkontos per 6. Oktober 2023 (act. 5/21), eine provisorische Bilanz und Erfolgsrechnung aus dem Jahr 2022 (act. 5/26) sowie diverse Unterlagen zu seiner Liegenschaft eingereicht (act. 5/19-20 und act. 5/23-24).

7.2.1 Eine Zwischenbilanz fehlt. Aus der provisorischen Bilanz aus dem Jahr 2022 geht hervor, dass per 31. Dezember 2022 (act. 5/26) das Umlaufvermögen des Restaurants des Schuldners (inklusive transitorische Aktiven) Fr. 38'123.– (in der Folge jeweils gerundet) betrug, bestehend aus flüssigen Mitteln in der Höhe von Fr. 23'450.–, Forderungen aus Lieferungen/Leistungen in Höhe von Fr. 6'220.– sowie transitorischen Aktiven in der Höhe von Fr. 8'454.–. Letztere haben im Rahmen der Mittelzuflüsse unberücksichtigt zu bleiben. Das Anlagevermögen ist mit Fr. 16'260.– bilanziert und setzt sich wie folgt zusammen: Fahrzeuge Fr. 16'000.–, Maschinen/Apparate Fr. 100.– sowie Mobiliar und Einrichtungen Fr. 160.– (act. 5/26 S. 1), was darauf hindeutet, dass Letztere buchhalterisch abgeschrieben sind.

Auf der Passivseite betrug das kurzfristige Fremdkapital des Schuldners Fr. 98'648.–, und war somit durch die vorerwähnten Debitoren nicht vollständig gedeckt. Es besteht aus kurzfristigen Verbindlichkeiten aus Lieferungen/Leistungen im Umfang von Fr. 0.–, was angesichts dessen, dass das Restaurant offenbar im Betrieb war, sehr tief erscheint, Verbindlichkeiten aus MwSt von Fr. 21'073.– sowie sehr umfangreichen transitorischen Passiven von Fr. 77'575.–. Der Schuldner machte keine Angaben darüber, ob die offenen Forderungen gemäss Betriebsauskunft (vgl. vorstehend Ziff. 6.2) in den bilanzierten kurzfristigen Kreditoren enthalten sind. Als langfristige Verbindlichkeiten figurieren ein Kredit in der Höhe von Fr. 25'000.– sowie ein Covid-19 Kredit von Fr. 26'000.–. Das Eigenkapital ist mit Fr. -95'266.– bilanziert, bestehend aus: -76'510.– Eigenkapital, welches dem Verlustvortrag vom Jahr 2021 entspricht, einem Privatkonto von -26'333.–, zuzüglich Fr. 4'800.– Familienzulagen und Fr. 2'777.– Jahresgewinn. Zur Frage, warum im Gegensatz zum Jahr 2021 ein negativer Saldo des Privatkontos als Eigenkapital eingebucht wird, äussert sich der Schuldner nicht.

Zum Geschäftsgang der Vorjahre ist bekannt, dass dort in den Jahren 2020 und 2021 Verluste resultierten. Ob das Restaurant im 2019 mit Gewinn betrieben wurde, wie es der Schuldner geltend macht, muss mangels Belegen sowie angesichts der vielen Betreibungen aus diesem Jahr offen bleiben.

7.2.2 Die provisorische Erfolgsrechnung (act. 5/26 S. 2) wies für das Jahr 2022 einen gegenüber dem Jahr 2021 um rund 150% erhöhten Ertrag von Fr. 250'703.– aus, was einem Umsatzvolumen von durchschnittlich ca. Fr. 20'800.– pro Monat entspricht. Der grösste Teil der Betriebsausgaben entfiel auf den Materialaufwand in der Höhe von Fr. 73'600.–, den Raumaufwand in Höhe von Fr. 52'107.– sowie den Personalaufwand von Fr. 110'283.–. Nach Abzug der übrigen Aufwände resultierte der vorerwähnte Gewinn von Fr. 2'777.–.

7.3 Trotz besserer Einnahmen und Umsätzen gemäss Kassenabschlüssen von rund Fr. 20'000.– bis 30'000.– in (einigen der) vergangenen Monate des Jahres 2023 (act. 5/16-17) konnten weitere Betreibungen, darunter zwei weitere Konkursandrohungen, nicht verhindert werden (vgl. act. 5/9). Damit ist fraglich, ob das Restaurant tatsächlich wieder Gewinn macht und dem Schuldner regelmässig genügend liquide Mittel zur Begleichung seiner laufenden Kosten zufließen, wie er behauptet. Vollständige Geschäftskontoauszüge sowie eine Zwischenbilanz des laufenden Jahres könnten hiezu Auskunft geben, liegen jedoch nicht vor. Es muss daher einstweilen davon ausgegangen werden, dass mit dem Restaurant wie bereits im Jahr 2022 – wenn überhaupt – kaum Gewinn erzielt werden kann.

7.4 Betreffend neue finanzielle Mittel macht der Schuldner einen baldigen Verkauf des von ihm geführten Restaurants "B. \_\_\_\_\_" geltend, wofür er eine Offerte in der Höhe von Fr. 130'000.– ins Recht legt (act. 5/18). Er macht geltend, dass die Finanzierung dieses Verkaufs aus Mitteln der Pensionskasse des Käufers erfolgen soll und spätestens Ende Jahr 2023 abgewickelt werden würde (act. 2 S. 7). Ausgehend davon, dass der Verkauf tatsächlich auf diese Weise erfolgen würde, könnten von den offenen Verpflichtungen per Ende 2023 Fr. 130'000.– abbezahlt werden, darunter auch die von Verlustscheinen abgedeckten Forderungen, womit gestützt auf den aktuellen Betreibungsregisterauszug noch mindestens Fr. 78'000.– offene Forderungen verbleiben.



7.5 Gleichzeitig macht der Schuldner geltend, sich neu als Koch zu bewerben und seinen Lebensunterhalt auf diese Weise bestreiten zu wollen. Dafür sei er mit dem Restaurant "C.\_\_\_\_\_" in Vertragsverhandlungen und werde vermutlich dort per November 2023 mit der Arbeit beginnen (act. 2 S. 9). Dies wird von einer Frau G.\_\_\_\_\_ per Mail bestätigt (act. 5/25), wobei sie dies jedoch nicht von einer offiziellen Geschäftsadresse, sondern von einem H.\_\_\_\_\_-Mail-Konto aus macht, weshalb an der Glaubhaftigkeit dieser Aussage gewisse Zweifel bestehen. Mit der Aufgabe der selbständigen Tätigkeit und dem Wechsel zurück in eine unselbständige Tätigkeit würde sicherlich ein Teil jener Auslagen des Schuldners, für welche aktuell offene Betreibungen bestehen, dahinfallen. Angesichts dessen, dass der Schuldner im Jahr 2021 offenbar lediglich eine Corona-Entschädigung bzw. Krankentaggelder bezogen hat und bei einer Anstellung als Koch ein höherer Bruttolohn zu erwarten ist (gestützt auf Salarium rund Fr. 5'875.-/Monat), kann davon ausgegangen werden, dass sich nicht nur seine Ausgaben- sondern auch seine Einkommenssituation inskünftig verbessern könnte.

Ob das neu erzielte Einkommen zur Bestreitung des Lebensunterhalts des Schuldners und seiner Familie mit zwei minderjährigen Kindern mit Jahrgängen 2017 und 2019 (vgl. act. 5/22 S. 1) jedoch ausreicht, insbesondere angesichts von laufenden Pfändungen, ist unklar, zumal die Ehefrau offenbar ebenfalls im vom Schuldner geführten Restaurant angestellt war (Lohn 2021: Fr. 49'000.- brutto, act. 5/22) und zu ihrer beruflichen Situation nach Verkauf des Restaurants nichts bekannt ist. Angaben zum Bedarf der Familie fehlen ebenfalls gänzlich. Damit bleibt unklar, ob die vom Schuldner und seiner Frau erzielten Einkommen zur Bestreitung des Lebensunterhalts der Familie ausreichen und damit keine zusätzlichen Betreibungen im persönlichen Umfeld anfallen würden. Erst recht kann nicht davon ausgegangen werden, dass die neuen beruflichen Einkünfte dem Schuldner zusätzlich noch die nötigen Mittel beschaffen könnten, um die weiteren offenen Forderungen in der Höhe von Fr. 78'000.- bis in zwei Jahren abzubezahlen.

7.6 Der Schuldner verfügt über eine Liegenschaft, ein Mehrfamilienhaus in D.\_\_\_\_\_, wie er mit einer Eigentümerauskunft nachweist (act. 5/19). Diese Lie-

genschaft ist gemäss Steuererklärung aus dem Jahr 2021 mit (mindestens) Fr. 2.2 Mio. beziffert und in der Höhe von Fr. 2.02 Mio. mit Hypothekarschulden belehnt, wofür im Jahr 2022 Hypothekarzinsen in der Höhe von rund Fr. 42'414.– angefallen sind (act. 5/22 S. 21). Der Schuldner macht geltend, dass aus den Mietzinserträgen, welche gemäss Mieterspiegel per 6. Oktober 2023 Fr. 168'240.–/Jahr betragen würden (act. 5/20), nach Abzug der Unterhaltszahlungen genügend Mittel verbleiben würden, um den übrigen Teil der offenen Forderungen begleichen zu können. Zur aktuellen Belehnung der Liegenschaft und der Höhe der aktuellen Hypothekarzinsen äussert der Schuldner sich jedoch nicht. Das für die Mietzinseinnahmen bestimmte Konto (act. 5/21) weist aktuell lediglich noch einen Saldo in der Höhe von Fr. 13'954.– auf – offenbar nach Abbuchung der Hypothekarzinsen und Amortisation; dies ist jedoch unklar, denn Bezüge von diesem Konto sind auf dem Beleg abgedeckt. Angaben zu den übrigen Konten des Schuldners bzw. aktuelle Auszüge fehlen. Damit kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass von den Mietzinseinnahmen neben Amortisation der Hypothek, Zinsen und Unterhalt noch Mittel zur Begleichung der ausstehenden Forderungen übrig bleiben.

7.7 Der Schuldner macht allerdings geltend, dass er bei einem Verkauf der Liegenschaft eine hohe Summe lösen könnte. Zum Nachweis legt er eine E-Mail der I. \_\_\_\_\_ Immobilien vom 6. Oktober 2023 ins Recht, aus der hervorgeht, dass aktuell eine Kaufofferte für die Liegenschaft in der Höhe von Fr. 3.3 Mio. Franken bestehe und dieser Kauf rasch abgewickelt werden könne (act. 5/24). Ob sich dieser Verkauf jedoch tatsächlich zeitnah zu diesem Preis realisieren liesse, und wie viel vom erzielten Kaufpreis zur Schuldenbereinigung noch übrig bliebe, ist unklar, da es sich bei der E-Mail der I. \_\_\_\_\_ Immobilien lediglich um eine Auskunft handelt und der Schuldner keine konkrete Offerte eines Käufers ins Recht legt. Zudem ist gestützt auf die Angaben des Schuldners ein Verkauf dieser Liegenschaft bis anhin nur geprüft, aber nicht konkret angestrebt worden. Angesichts dessen ist ein baldiger Mittelzufluss aus einem Verkauf der Liegenschaft nicht hinreichend glaubhaft gemacht.

8.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass angesichts der Vielzahl an Betreibungen noch aus dem Jahr 2019 die aktuellen Zahlungsschwierigkeiten nicht nur mit dem pandemiebedingten Umsatzeinbruch in den Jahren 2020 und 2021 erklärt werden können. Weiter ist davon auszugehen, dass die Verluste aus diesen Jahren mit den Einnahmen in den Jahren 2022 und 2023 nicht wettgemacht werden konnten bzw. können. Infolge der unklaren Lebenshaltungskosten, der nicht geklärten Einkommenssituation des Schuldners nach einem allfälligen Verkauf des Restaurants, der laufenden Einkommenspfändungen und der hohen Belehnung seiner Liegenschaft erscheint es sodann nicht genügend glaubhaft gemacht, dass der Schuldner seine Altlasten aus seinen aktuellen Einkünften innert absehbarer Zeit wird abtragen können und seinen aktuell dringendsten Verpflichtungen nachkommen kann. Ein baldiger Verkauf des Mehrfamilienhauses in D.\_\_\_\_\_ mit Erzielung eines zur Schuldentilgung ausreichenden Erlöses konnte nicht genügend nachgewiesen werden, insbesondere da infolge der Verlustscheine und Pfändungen erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung zu stellen sind.

8.2 Aufgrund der Gesamtheit der Umstände erweist sich der Liquiditätsengpass des Schuldners als nicht bloss vorübergehend. Der Schuldner vermag seine Zahlungsfähigkeit und wirtschaftliche Lebensfähigkeit im Sinne des Gesetzes nicht glaubhaft zu machen. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde mit Verfügung vom 13. Oktober 2023 (act. 11) aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, ist der Konkurs über den Schuldner neu zu eröffnen.

9. Der Schuldner ist auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkursein-gabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (dazu insbesondere KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, N 3 und 5 zu Art. 195 SchKG).

10. Mit dem Konkurserkennntnis verliert der Schuldner das Verfügungsrecht über sein pfändbares Vermögen, welches ab dem Zeitpunkt der Konkursöffnung die Konkursmasse bildet (Art. 197 SchKG). In diesem Sinne ist die Obergerichtskas-

se anzuweisen, den bei ihr vom Schuldner hinterlegten Betrag von Fr. 16'532.40 dem Konkursamt Oerlikon-Zürich zu überweisen.

11. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Über den Schuldner und Beschwerdeführer wird mit Wirkung ab Dienstag, 24. Oktober 2023, 14.00 Uhr, der Konkurs eröffnet.
3. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 16'532.40 dem Konkursamt Oerlikon-Zürich zu überweisen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt Zürich 12, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 S. Ursprung

versandt am:  
24. Oktober 2023