

# GR\_GERICHTE SKG 2004 69 vom 19. Januar 2005

GR Gerichte, 2005-01-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_SKG\\_2004\\_69](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SKG_2004_69)

FR: GR\_GERICHTE SKG 2004 69 du 19 janvier 2005

IT: GR\_GERICHTE SKG 2004 69 del 19 gennaio 2005

## Regeste

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) | Konkurs

## Erwägungen

### E. 2

A. X., C., ist seit dem 7. August 1990 mit einer Einzelfirma (Zweck: Aus-führung von Unterlagsböden) im Handelsregister des Kantons Graubünden einge-tragen. Seit Beginn der Mehrwertsteuerpflicht am 1. Januar 1995 ist er im Register der Mehrwertsteuerpflichtigen bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung (im Fol-genden ESTV) eingetragen. Seinen Abrechnungspflichten gemäss Art. 46 MWSTG kam X. von Beginn weg und stets nach, das heisst, die von der ESTV jeweils geltend gemachten Mehrwertsteuern beruhten auf seinen eigenen Abrechnungen. Seinen Zahlungspflichten gemäss Art. 47 MWSTG kam X. jedoch seit Einführung der Mehr-wertsteuer zunehmend schleppend beziehungsweise gar nicht nach. Mit Schriftsatz vom 12. November 2004 gelangte die ESTV an den Bezirks- gerichtspräsidenten Plessur und stellte das Begehren, es sei über X., der Konkurs ohne vorgängige Betreuung gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG zu eröffnen. Sie machte geltend, X. habe seine Zahlungen eingestellt. Diese Schlussfolgerung er- gäbe sich aus den Tatsachen, dass die Gläubigerin aus Pfändungsbetreibungen in den Jahren 1999 bis 2003 für Mehrwertsteuern 11 Verlustscheine im Totalbetrag von Fr. 56'745.40 erhalten habe. Weitere Mehrwertsteuern im Betrag von Fr. 45'886.55 seien in Betreuung gesetzt worden. Für das 2. Quartal 2004 sei ein Be- trag von Fr. 5'553.45 fällig. B. Mit Entscheid vom 15. Dezember 2004 wies der Bezirksgerichtspräsi- dent Plessur das Gesuch um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung ab und überband der ESTV die Verfahrenskosten von Fr. 500.—. Der Erstrichter erwog, entscheidend sei, ob der Schuldner seine Zahlungen eingestellt habe. Eine entsprechende Erklärung habe er nicht abgegeben, so dass zu beurteilen sei, ob der entsprechende Schluss aus seinem Verhalten gezogen werden könne. Der in den Verlustscheinen aufgelaufene Betrag sei zwar beträcht- lich, und es seien auch laufende Ausstände vorhanden. Auf der anderen Seite er- gäbe sich aus den eingereichten Unterlagen des Betreibungsamtes C., dass der Schuldner nicht nur sporadische und kleinere Zahlungen leiste. So betrügen seine Zahlungen gemäss Betreuungsauszug für die Jahre 1999 bis 2004 Fr. 176'415.50. An die Gläubigerin seien in der nämlichen Periode Fr. 54'506.35 geleistet worden, wovon Fr. 9'807.— im Jahr 2004. Betreibungen im Umfang von Fr. 34'873.25 habe die Gläubigerin zurückgezogen, weil die Ausstände offenbar beglichen worden seien. Auch das Betreibungsamt bestätige, dass der Gläubigerin lediglich dann Ver- lustscheine ausgestellt werden mussten, wenn deren Betreibungen in Konkurrenz zu solchen von privilegierten Gläubigern gestanden seien. Aus den eingereichten

### E. 3

Geschäftsabschlüssen ergäbe sich zudem, dass die Einzelfirma des Schuldners nach wie vor Gewinne erziele. Solange er sich weiter in bisherigem Umfang um Schuldentilgung bemühe, sei somit auch den Interessen der Gläubigerin durch eine Weiterführung des Geschäftes besser Rechnung getragen als durch eine Konkursöffnung. C. Gegen die am 16. Dezember 2004 mitgeteilte Entscheidung des Bezirksgerichtspräsidenten Plessur führt die ESTV mit Eingabe vom 23. Dezember 2004 frist und formgerecht Beschwerde an den Kantonsgerichtsausschuss gemäss Art. 174 SchKG (Art. 17 Ziff. 1 und Art. 25 GVVSchKG). Sie beantragt die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Entscheidung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners und erneuert im Hauptpunkt das vor der Vorinstanz gestellte Rechtsbegehren. X. schliesst auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung. Auf die Akten, die Erwägungen in der angefochtenen Entscheidung sowie auf die Begründungen der Beschwerdeanträge ist, soweit sachdienlich, nachfolgend einzugehen. Der Kantonsgerichtsausschuss zieht in Erwägung : 1. Gemäss Art. 43 Ziff.1 SchKG ist die Konkursbetreibung in jedem Fall ausgeschlossen für Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte. Darunter fällt auch die Mehrwertsteuer. Diese Ausnahmebestimmung zum Grundsatz von Art. 39 SchKG, wonach die Betreibung auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt wird, wenn der Schuldner im Handelsregister eingetragen ist, muss weichen, wenn die materiellen Voraussetzungen für eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung gemäss Art. 190 SchKG gegeben sind. Unter Berücksichtigung von Wortlaut, Zweck und systematischer Stellung von Art. 190 SchKG steht Art. 43 SchKG einer Anwendung der Vorschrift von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG nicht entgegen (act. 01.1.2.2, Urteil Bundesgericht vom 11. Februar 1991 i.S. K. vs. Schweizerische Eidgenossenschaft, E. 3, mit zahlreichen Hinweisen; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II,

#### **E. 4**

Zürich 1993, § 32 Rz 2; Alexander Brunner, Basler Kommentar zum SchKG, N 11/19 zu Art. 190; a.M. Richard Gentinetta, Die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung, Diss. Freiburg 1932, unter Hinweis auf SJZ 14 S. 72). 2. Art. 190 SchKG statuiert eine Ausnahme vom Prinzip, dass die Vollstreckung auf dem Weg der Pfändung, der Pfandverwertung und des Konkurses vorgängig durch Betreibung einzuleiten ist. Diese Ausnahme rechtfertigt sich ausschliesslich aus Gründen des Schutzes von Gläubigerinteressen, sofern diese als gefährdet erscheinen und sie eine Zwangsvollstreckung ohne Zeitverlust erheischen. Der Zweck der Norm ist somit ein Rechtsbehelf des Gläubigers bei Vermögensgefährdung beziehungsweise bei Gefährdung der Eintreibbarkeit seiner Forderung (Brunner, a.a.O., N 1 zu Art. 190; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A. Bern 2003, § 38 N 1 und 4). Gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG kann ein Gläubiger ohne vorgängige Betreibung die Konkursöffnung gegen einen der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner verlangen, der seine Zahlungen eingestellt hat. Ein Anwendungsfall von Vermögensgefährdung ist somit in der Zahlungseinstellung im kaufmännischen Verkehr zu erblicken. Zahlungseinstellung im Sinne dieser Vorschrift ist das von aussen erkennbar gewordene, allgemeine Unvermögen des Schuldners, wegen eines nicht nur kurzfristigen Mangels an Zahlungsmitteln seine fälligen Geldschulden zu erfüllen (Werner Baumann, Die Konkursöffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss.

Zürich 1979, S. 50). Dies kann sich darin äussern, dass er unbestrittene und fällige Forderungen nicht bezahlt, zum Beispiel indem er Konkurs- androhungen sich anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht mehr bezahlt. Den Tatbestand der Zahlungseinstellung erfüllt ein Schuldner, der ausdrücklich erklärt oder durch konkludentes Verhalten eindeutig bekundet, dass er nicht mehr in der Lage ist, seine Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Die Zahlungseinstellung muss eine allgemeine sein, das heisst mehr als nur vereinzelte Forderungen betreffen. Umgekehrt ist von der Einstellung "seiner" Zahlungen nicht nur bei Einstellung sämtlicher Zahlungen zu sprechen. Die Anwendung von Art. 190 Ziff. 2 SchKG ist schon dann gerechtfertigt, wenn sich die Zahlungseinstellung auf einen wesentlichen Teil des Geschäftsbetriebs bezieht (Baumann, a.a.O., S. 51). Um einer in solchem Umfang erfolgten Einstellung der Zahlungen die Bedeutung eines Konkursgrundes im Sinne von Art. 190 Ziff. 2 SchKG abzuspochen, müsste man sie auf aussergewöhnliche Umstände vorübergehender Natur zurückführen können, so dass die Zahlungsfähigkeit nicht in Frage gestellt wäre (BGE 85 III 146 E. 4). Für die Anwendung von Art. 190 Abs.

## **E. 5**

1 Ziff. 2 SchKG ist demnach nicht erforderlich, dass der Schuldner sämtliche Zahlungen eingestellt hat, sondern es genügt, wenn ein wesentlicher Teil seines Geschäftsbetriebs betroffen ist. Wäre dem nicht so, könnte sich der Schuldner unentwegt der Konkursöffnung entziehen, indem er einzelne Gläubiger befriedigt (Urteil Bundesgericht 5P.448/2000 vom 5. Februar 2001, E. 2b). Angesichts des Zwecks von Art. 190 SchKG -Gläubigerschutz bei objektiv gegebener Vermögensgefährdung- erscheint es sodann nicht zwingend notwendig, dass der Schuldner seine Zahlungen mehr oder weniger gegenüber allen Gläubigern eingestellt hat. Es muss genügen, dass er dies nachhaltig gegenüber einem Gläubiger oder einer Gläubigerkategorie praktiziert, denn der Schutz steht nicht nur seiner gefährdeten Gläubigerschaft als Gesamtheit sondern ebenso einem einzelnen von ihnen zu. Namentlich ist bereits ausreichend, wenn der Schuldner die Zahlungen gegenüber einer bestimmten Gläubigerkategorie eingestellt hat (vgl. zur Auslegung dieser Bestimmung: BGE 85 III 146 E. 4; Urteil Bundesgericht 5P.91/2003 vom 7. April 2003). Insbesondere hat das Bundesgericht bereits wiederholt erkannt, dass sich die Zahlungsunfähigkeit im Anstieg der unbezahlten öffentlich-rechtlichen Forderungen äussern kann (Urteil Bundesgericht 5P.448/2000 vom 5. Februar 2001, E. 2a; Urteil Bundesgericht 5P.66/2004 vom 23. März 2004, E. 2). 3.a. In tatsächlicher Hinsicht ist manifest, dass gegen X. in den Jahren 1999-2004 insgesamt 86 Betreibungen (1999: 16; 2000: 11; 2001: 16; 2002: 17; 2003: 12; 2004: 14) für Forderungen über einen Totalbetrag von Fr. 615'781.75 eingeleitet sowie in der Zeitspanne von 2001-2004 gegen ihn 43 Verlustscheine über Fr. 374'748.30 ausgestellt worden sind. Sämtliche dieser Vorgänge betrafen ausnahmslos öffentlich-rechtliche Forderungen (Schweizerische Eidgenossenschaft (MWST und direkte Bundessteuer), Ausgleichskasse des Kantons Graubünden, Kanton Graubünden (Steuern), Helsana Versicherungen AG; Stadt C. (Gemeindesteuern)). b. Hinsichtlich der fälligen und durch die Beschwerdeführerin ESTV seit 1995 einzutreibenden Mehrwertsteuern ergibt sich folgendes Zahlungsverhalten des Beschwerdegegners: Zahlung Steuerperiode Fälliger Betrag Betreibung Betrag Datum Verlustschein

## **E. 6**

1. Quartal 1995 7'203.80 0.00 7'203.80 19.04.1996 0.00 2. Quartal 1995 7'203.80 0.00 7'203.80 19.04.1996 0.00 3. Quartal 1995 7'203.80 7'203.80 7'203.80 31.01.1997 0.00 4. Quartal 1995 7'203.80 0.00 7'203.80 31.05.1996 0.00 1. Quartal 1996 6'807.35 6'807.35 6'807.35 28.10.1996 0.00 2. Quartal 1996 2'937.10 2'937.10 2'937.10 14.04.1997 0.00 3. Quartal 1996 4'216.75 4'216.75 4'216.75 08.09.1997 0.00 4. Quartal 1996 8'287.10 8'287.10 8'287.10 07.10.1997 0.00 1. Quartal 1997 4'115.75 0.00 4'115.75 24.12.1997 0.00 2. Quartal 1997 6'075.40 6'075.40 6'075.40 15.06.1998 0.00 3. Quartal 1997 5'410.40 5'410.40 5'410.40 02.06.1998 0.00 4. Quartal 1997 8'807.50 8'807.50 8'807.50 16.10.1998 0.00 1. Quartal 1998 4'222.15 4'222.15 4'222.15 20.11.1998 0.00 2. Quartal 1998 5'398.80 5'398.80 5'398.80 05.02.1998 0.00 3. Quartal 1998 6'547.25 6'547.25 6'547.25 18.06.1999 0.00 4. Quartal 1998 10'639.45 10'639.45 10'639.45 17.09.1999 0.00 1. Quartal 1999 8'361.35 8'361.35 758.55 7'799.50 2. Quartal 1999 5'758.10 5'758.10 0.00 5'893.15 3. Quartal 1999 6'319.30 6'319.30 817.70 5'659.90 4. Quartal 1999 3'734.45 3'734.45 0.00 3'842.25 1. Quartal 2000 3'121.35 3'121.35 3'121.35 10.11.2000 0.00 2. Quartal 2000 2'498.25 2'498.25 595.00 2'031.15 3. Quartal 2000 5'712.75 5'712.75 1'339.90 4'553.85 4. Quartal 2000 6'716.55 6'716.55 0.00 7'392.85 1. Quartal 2001 2'489.05 2'489.05 0.00 2'595.75 2. Quartal 2001 4'537.10 4'537.10 335.10 4'734.95 3. Quartal 2001 5'940.50 5'940.50 111.75 6'417.80 4. Quartal 2001 1'885.35 0.00 1'885.35 08.04.2002 0.00 1. Quartal 2002 3'920.70 3'920.70 3'920.70 07.11.2004 0.00 2. Quartal 2002 5'642.70 5'642.70 1'963.35 20.02.2004 0.00 3. Quartal 2002 7'890.20 7'890.20 1'963.35 14.05.2004 0.00 4. Quartal 2002 8'776.50 8'776.50 3'154.20 10.09.2004 0.00 1. Quartal 2003 5'281.25 5'281.25 0.00 5'824.25 2. Quartal 2003 5'600.50 5'600.50 0.00 0.00 3. Quartal 2003 5'660.50 5'660.50 0.00 0.00 4. Quartal 2003 11'196.90 11'196.90 0.00 0.00 1. Quartal 2004 3'358.40 0.00 0.00 0.00 2. Quartal 2004 5'553.15 0.00 0.00 0.00 3. Quartal 2004 6'632.15 0.00 0.00 0.00 Total 228'867.25

185'711.05 122'246.50 56'745.40 c. Gestützt darauf lassen sich folgende Aussagen machen:  
 • soweit der Beschwerdegegner die MWST seit deren Einführung vor 10 Jahren gezahlt hat, geschah dies durchwegs mit erheblicher Verspätung; • seit ihrer Einführung konnte die MWST vom Beschwerdegegner, soweit überhaupt, in 31 von 39 Fällen nur -ab 1996 praktisch ausschliesslich- auf Betreibung hin erhältlich gemacht werden;

## E. 7

• von den seit 1995 fällig gewordenen MWST-Forderungen von Fr. 228'800.— mussten Fr. 185'700.— oder 81 % in Betreibung gesetzt werden; • von den seit 1995 fällig gewordenen MWST-Forderungen von Fr. 228'800.— wurden lediglich Fr. 122'200.— oder 53 % bezahlt; • seit dem 1. Quartal 1999 hat der Beschwerdegegner von 23 fälligen MWST-Forderungen lediglich deren 3 vollständig erfüllt und an 9 weitere kleinere Teilzahlungen geleistet; • die Betreibungsquote ab dem 1. Quartal 1999 beträgt für die ab dem gleichen Zeitpunkt fälligen Forderungen rund 86 % (MWST-Forderungen insgesamt Fr. 126'500.—; Betreibungen insgesamt Fr. 109'100.—); • die Erfüllungsquote ab dem 1. Quartal 1999 beträgt für die ab dem gleichen Zeitpunkt fälligen Forderungen rund 16 % (MWST-Forderungen insgesamt Fr. 126'500.—; Zahlungen insgesamt Fr. 19'900.—); • seit dem 1. Quartal 1999 wurden für MWST-Forderungen Verlustscheine über Fr. 56'700.— ausgestellt. 4. Wendet man die von der Praxis zu Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG gesetzten Leitlinien (vorstehend E. 2) auf den massgeblichen Sachverhalt (vorstehend E. 3) an, ergibt sich Folgendes: a. Ungeachtet der gegenteiligen Schuldnerauskunft des Betreibungsamtes C. vom 14. Dezember 2004 (act. 04.III.3., S. 4), dürfte die Erwägung der Vorinstanz, es seien Betreibungen für MWST-Forderungen im Umfang von Fr. 34'873.25 "zurückgezogen" worden, kaum zutreffen. Ein Rückzug im technischen Sinne (mit

Löschung im Betreibungsregister) ist ohne Einwilligung der ESTV nicht möglich (Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG) und vorliegend in tatsächlicher Hinsicht nicht genügend dargestellt. Es handelt sich um Beteiligungen, welche vor 1999 entstandene MWST-Forderungen betreffen und welche nicht durch Pfändung fortgesetzt wurden, weil sie vom Beschwerdegegner mit Zahlung an das Betreibungsamt beglichen oder -wie er selbst geltend macht (act. 06, S. 5 oben)- direkt an die ESTV bezahlt wurden. Die Parteien streiten indessen ohne Veranlassung darüber, ob die Beschwerdeführerin Beteiligungen für MWST-Forderungen im Umfang von Fr. 34'873.25 "zurückgezogen"

## **E. 8**

gen" habe. Unter den hier entscheidenden Aspekten der Zahlungseinstellung und Zahlungsfähigkeit ist allein massgebend, welche fälligen Forderungen unbestritten sind und geltend gemacht wurden und welches Zahlungsverhalten der Schuldner diesbezüglich entwickelt hat -sei es nun, dass er über das Betreibungsamt, sei es direkt an die Gläubigerin gezahlt hat. b. Der Beschwerdegegner räumt ein, es sei nicht zu beschönigen, dass er in den letzten Jahren mit seinen Zahlungsverpflichtungen, trotz stattlicher Gewinne seiner Einzelfirma, in erheblicher Weise in Rückstand geraten sei. Dies sei aber nicht auf Boshaftigkeit oder Liederlichkeit seinerseits zurückzuführen, sondern er habe, wie auch der Jahresabschluss seiner Firma zeige, einen massiven Privatverbrauch, wofür es so plausible wie tragische Gründe gebe. Nachdem einige seiner

## **E. 10**

Beschwerdegegner die Zahlungen gegenüber den öffentlich-rechtlichen Gläubigern eingestellt hat. Irrig ist die implizit geäußerte Ansicht des Beschwerdegegners, Zahlungseinstellung gegenüber einer bestimmten Gläubigerkategorie, wie zum Beispiel der öffentlichen Hand gegenüber, setze voraus, dass ein Schuldner über Jahre hinweg keinerlei Zahlungen mehr leiste. Diese Voraussetzungen seien in seinem Fall ganz offensichtlich nicht erfüllt, da er im Zuge von Zwangsvollstreckungsverfahren Zahlungen erbracht habe. Der Beschwerdegegner verkennt, dass die Erfüllungsquote ab dem 1. Quartal 1999 für die ab dem gleichen Zeitpunkt fälligen Forderungen lediglich rund 16 % beträgt (MWST-Forderungen insgesamt Fr. 126'500.—; Zahlungen insgesamt Fr. 19'900.—) und damit nur einen Bruchteil seiner Ausstände gegenüber der ESTV ausmachen. Daran ändert nichts, dass er im gleichen Zeitraum Zahlungen an offene Steuerrechnungen früherer Perioden erbracht hat. Er bestreitet zu recht nicht, dass im Zeitpunkt der Einreichung des Konkursbegehrens am 12. November 2004 die Beträge, für die er betrieben wurde (109'100.—) und für die ihm Verlustscheine ausgestellt wurden (56'700.—), im Verhältnis zu seinen gelegentlichen Zahlungen (19'900.—) hoch waren und dass die fälligen MWST-Forderungen seither noch erheblich (um Fr. 15'500.—) angestiegen sind (Urteil Bundesgericht 5P.312/2002 vom 13. Februar 2003, E. 3.3). Das darf als Zeichen der Zahlungsunfähigkeit gewertet werden, genügt doch nach konstanter Rechtsprechung, dass während längerer Zeit ein erheblicher Anteil der laufenden und unbestrittenen Schulden nicht beglichen worden ist (Urteile Bundesgericht 5P.33/2002 vom 7. März 2002, E. 4 und 5P.448/2000 vom 5. Februar 2001, E. 2). Die Qualifikation der Zahlungseinstellung erfordert mitnichten, dass dieser Zustand "über Jahre hinweg" andauern müsse. Entgegen dem Beschwerdegegner ist ferner nicht gefordert, dass die Zahlungseinstellung eine totale ist. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung reicht es aus, wenn die Zahlungseinstellung einen wesentlichen Teil der geschäftlichen Aktivitäten betrifft. Es sind 43 Verlustscheine öffentlich-rechtlicher Gläubiger über rund Fr. 374'700.—

ausgestellt; die Summe ausstehender MWST-Forderungen beläuft sich auf ca. Fr. 106'600.—. Angesichts dieses Ausmasses offener Verpflichtungen und im Vergleich zu seinen Geschäftszahlen (act. 04.III.4, Jahresrechnungen 2002/2003, Nettoumsatz Fr. 580'000/632'000, Gewinn Fr. 124'000/96'000) ist evident, dass ein wesentlicher Teil der geschäftlichen Aktivitäten betroffen ist. Die singuläre Begleichung einer Steuerforderung ohne Betreibung (4. Quartal 2001), zwei vollständige Bezahlungen nach Betreibung (1. Quartal 2000 und 1. Quartal 2002) sowie sporadische und kleinere bis kleinste Teilzahlungen in 9 weiteren Betreibungen zwischen 1999 und 2002 reichen demge-

#### **E. 11**

genüber nicht aus, um den erzeugten Eindruck einer Zahlungseinstellung ernsthaft in Frage zu stellen. Der Beschwerdegegner hat es sich im Übrigen selber zuzuschreiben, dass er nicht dargelegt hat, in welchem Verhältnis die unbeglichenen MWST-Forderungen zu den gesamthaft beglichenen Forderungen, öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Natur, stehen. Weiter befasst er sich nicht mit dem von der Praxis anerkannten Argument, Zahlungsunfähigkeit äussere sich -wie hier- vor allem im Anstieg der unbezahlten öffentlichrechtlichen Forderungen (Urteil Bundesgericht 5P.312/2002 vom 13. Februar 2003, E. 3.3). e. X. macht weiter geltend, er habe mit seiner Einzelfirma im Jahre 2002 einen Nettogewinn von Fr. 124'444.68 und im Jahre 2003 einen solchen von Fr. 96'445.51 erwirtschaftet. Damit sei evident, dass die stets mögliche Betreibung auf Pfändung sehr wohl Erfolg verspreche, was einer Konkursöffnung ebenfalls entgegenstehe. Unter Hinweis auf Brunner (a.a.O., N 13) hält der Beschwerdegegner dafür, es sei bei öffentlichrechtlichen Forderungen die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung solange abzulehnen, als eine stets mögliche Betreibung auf Pfändung noch Erfolg verspreche. Dabei wird übersehen, dass der Kommentator zwar auf ein entsprechendes singuläres Präjudiz verweist (ZR 1985 239), das Argument der nicht aussichtslosen Betreibung auf Pfändung selbst indessen für zweifelhaft hält (Brunner, a.a.O., N 19). Die Frage kann offen bleiben. Selbst wenn eine unterschiedliche Behandlung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Gläubigerforderungen im behaupteten Sinne angängig wäre, kann angesichts der gegenüber der Beschwerdeführerin offenen Forderungen von über Fr. 100'000.— und der gesamthaft offenen Forderungen von über Fr. 400'000.— angenommen werden, dass neue Betreibungen der Beschwerdeführerin weitgehend aussichtslos wären, das heisst überwiegend mit weiteren Verlustscheinen enden würden. Dass der Beschwerdegegner einen namhaften Teil dieser gesamthaft ausstehenden MWST aufbringen kann, ist einerseits vollkommen unwahrscheinlich; dass er wahrscheinlich -wie schon so oft- zur Beruhigung der Gläubigerin eine kleine Teilzahlung leisten würde, vermag andererseits die Feststellung seiner Zahlungsfähigkeit nicht zu verhindern. f. X. macht sodann -unter Hinweis auf Fritzsche/Walder, a.a.O., § 38 N 6,- geltend, Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG umschreibe ohnehin nur den klassischen Fall einer Schuldnerflucht, und er beabsichtige keineswegs Schuldnerflucht zu begehen, sondern vielmehr seine Schulden bei der ESTV nach und nach abzutragen.

#### **E. 12**

Angesichts der Tatsache, dass seine Unternehmung recht stattliche Gewinne erziele, dürfe auch damit gerechnet werden, dass ihm dies gelinge. Der Einwand, es mangle am Element der Schuldnerflucht, ist unersperrlich. Entgegen dem -falschen- Hinweis auf Fritzsche/Walder ist schon aus systematischen Gründen auszuschliessen, dass es sich beim besonderen Grund der Zahlungseinstellung, der nur für Schuldner gilt, welche der

Konkursbetreibung unterliegen (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), um einen Anwendungsfall der für alle Schuldner geltenden Schuldnerflucht (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG) handelt. g. Schliesslich wendet der Beschwerdegegner ein, er habe nie eine dazugehörige ausdrückliche Erklärung abgegeben, er werde die MWST-Forderungen der Beschwerdeführerin nicht begleichen. Das Gegenteil sei vielmehr der Fall, habe er doch mit seinen Abschlagszahlungen bekundet und bekunde weiterhin, dass er auch inskünftig bemüht sei, nebst Zahlungen an das Betreibungsamt von monatlich Fr. 1'500.— für die ausstehenden Mehrwertsteuerforderungen grössere Geldbeiträge an das Betreibungsamt abzuliefern. Fehle es an einer Erklärung des Schuldners, wonach er seine Zahlungen einstelle, sei die Beschwerde bereits aus diesem Grund abzuweisen. Diese Auffassung ist abzulehnen. Wie bereits dargelegt, ist irrelevant, ob es sich um Lippenbekenntnisse des Schuldners oder um redliche Zahlungsbemühungen handelt. Die Eintreibbarkeit von Gläubigerforderungen kann objektiv auch dann gefährdet sein, wenn sich der Schuldner tatkräftig um Zahlung bemüht. Das entscheidende Qualifikationsmerkmal der Zahlungseinstellung kann ferner schon seiner Natur nach nicht von Willenserklärungen des Schuldners abhängen, ist die Zahlungseinstellung doch als äusserlich erkennbares Merkmal einer objektiven Zahlungsunfähigkeit zu verstehen (Fritzsche/Walder, a.a.O., § 38 Rz 4). Massgeblich bei der rechtlichen Qualifikation von Zahlungseinstellung und Zahlungsfähigkeit sind somit nicht die Willensäusserungen des Betroffenen, sondern wie das tatsächliche Zahlungsverhalten als Ausdruck seiner Mittelverfügbarkeit aussieht (Baumann, a.a.O., S. 51 f.). Fehlt es an einer Willensäusserung oder steht diese mit dem tatsächlichen Zahlungsverhalten in Widerspruch, ist auf das (stillschweigend konkludente) Verhalten abzustellen. 5. Zusammenfassend ergibt sich, dass Zahlungseinstellung und Zahlungsunfähigkeit von X. hinreichend erstellt sind. Die Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen, der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Plessur

### **E. 13**

aufzuheben und über X. der Konkurs ohne vorgängige Betreibung gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG zu eröffnen. Der Konkurs gilt von jenem Zeitpunkt an als eröffnet, in welchem er erkannt wird, und das erkennende Gericht hat diesen Zeitpunkt im Konkurserkennnis festzustellen (Art. 175 SchKG). Wird im Weiterzugsverfahren gegen ein eröffnendes Konkurserkennnis die aufschiebende Wirkung nach Art. 36 SchKG erteilt und bis zum Beschwerdeentscheid beibehalten, muss der Zeitpunkt der Konkursöffnung neu angesetzt werden und es erhält die Konkursöffnung im Falle der Bestätigung das Datum des Beschwerdeentscheids. Im Rechtsmittelverfahren gilt somit als Eröffnungsdatum das Datum des Rechtsmittelentscheids (vgl. BGE 85 III 146 E. 6). Dies muss umso mehr gelten, wenn die vorinstanzliche Abweisung eines Konkursöffnungsbegehrens aufgehoben und der Konkurs erstmals im Rechtsmittelverfahren eröffnet wird. 6.a. Die in ihrer Höhe unangefochtenen vorinstanzlichen Kosten sowie die in Anwendung von Art. 52/61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 500.— festzusetzenden Kosten des Beschwerdeverfahrens gehen zu Lasten der Konkursmasse von X.. b. Die Eidgenössische Steuerverwaltung verlangt eine Verfahrensschädigung, ohne diesen Antrag zu begründen. Gemäss Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG kann das Gericht in betreibungsrechtlichen Summarsachen (Art. 25 Ziff. 2 SchKG) der obsiegenden Partei auf Verlangen für Zeitversäumnisse und Auslagen auf Kosten der unterliegenden Partei eine angemessene Entschädigung zusprechen, deren Höhe im Entscheid festzusetzen ist. Voraussetzung für eine Entschädigung ist zunächst, dass einer Partei Zeitversäumnisse und Auslagen erwachsen sind und sodann, dass diese Zeitversäumnisse und Auslagen durch das

Verfahren verur- sacht worden sind. Es ist nun nicht ersichtlich, dass der von Amtes wegen für den Staat handelnden ESTV zusätzliche, durch das Verfahren verursachte "Zeitver- säumnisse und Auslagen" erwachsen sind, die sie nicht auch ohne das Beschwer- deverfahren gehabt hätte. Mangelt es an einem Verfahrensschaden, fehlt es an der Grundlage für die Zusprechung einer Entschädigung.

**E. 14**

Demnach erkennt der Kantonsgerichtsausschuss :

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