



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 15. Mai 2012 (410 12 88)

Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)

**Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung /
Verzicht auf die Durchführung des Konkurses**

Besetzung

Präsidentin Christine Baltzer-Bader;
Gerichtsschreiberin i.V. Nathalie Aebischer

Parteien

**A._____, Inh. der Einzelfirma B._____
Beschwerdeführer**

gegen

**Schweizerische Eidgenossenschaft, Eidg. Steuerverwaltung (ESTV),
Hauptabteilung Mehrwertsteuer, Schwarztorstrasse 50, 3003 Bern,
Beschwerdegegnerin**

Gegenstand

**Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung /
Beschwerde gegen das Urteil der Bezirksgerichtspräsidentin Gelterkin-
den vom 12. März 2012**

A. Mit Urteil der Bezirksgerichtspräsidentin Gelterkinden vom 12. März 2012 wurde auf Gesuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch die Eidg. Steuerverwaltung (ESTV), Hauptabteilung Mehrwertsteuer, vom 15. Februar 2012, über A.____ gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG der Konkurs eröffnet. Zur Begründung führte die Gerichtspräsidentin aus, die Konkurseröffnung sei ohne vorgängige Betreuung gegen den im Handelsregis-

ter eingetragenen Schuldner möglich, wenn er seine Zahlungen eingestellt hat. Die Gläubigerin habe unbestritten und anhand des aktuellen Betreibungsregisterauszugs des Schuldners sowie ihren entsprechenden Verlustscheinen die tiefgreifende und dauernde Zahlungsunfähigkeit des Schuldners belegt, so dass die Voraussetzungen zur Konkursöffnung erfüllt seien.

B. Gegen dieses Urteil erhob A.____ mit Eingabe vom 22. März 2012 Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht. Er ersuchte um Aufhebung der Konkursöffnung. Sinngemäss führte er aus, er habe die Schulden bei der ESTV beglichen und sei zudem zahlungsfähig, da er im Jahr 2012 zahlreiche Aufträge in Aussicht habe. Im Übrigen würden ihm jährliche Einnahmen der Ausgleichskasse Basel-Landschaft in Höhe von CHF 20'520.00 zur Verfügung stehen. Mit Eingabe vom 30. März 2012 reichte der Beschwerdeführer noch ein Schreiben der Gläubigerin an das Bezirksgericht Gelterkinden nach, wonach man eine gütliche Einigung habe finden könne und das Konkursbegehren vom 15. Februar 2012 zurückgezogen werde.

C. Nachdem der Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren geleistet wurde und die Beschwerdegegnerin innert Frist keine Stellungnahme gereicht hatte, schloss die Präsidentin des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht, mit Verfügung vom 19. April 2012 den Schriftenwechsel.

Erwägungen

1. Bei der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung (Art. 190 ff. SchKG) sind gemäss Art. 194 SchKG die Vorschriften über die Beschwerde nach Art. 174 SchKG anwendbar. Laut Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen mit Beschwerde angefochten werden, wobei nach Art. 251 lit. a ZPO das summarische Verfahren zur Anwendung kommt. Der angefochtene Entscheid der Bezirksgerichtspräsidentin Gelterkinden vom 12. März 2012 wurde dem Schuldner am 20. März 2012 zugestellt. Die Beschwerde vom 22. März 2012, welche gleichentags der Schweizerischen Post übergeben wurde, erfolgte somit rechtzeitig innert der zehntägigen Beschwerdefrist. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die vorliegende Beschwerde einzutreten. Gemäss § 5 Abs. 1 lit. b EG ZPO ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide von Bezirksgerichtspräsidenten das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts zuständig. Der Entscheid erfolgt in Anwendung von Art. 327 Abs. 2 ZPO aufgrund der Akten.

2.1 Gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ist die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung nur gegen den Schuldner der im Handelsregister eingetragen ist und damit der Konkursbetreuung unterliegt möglich, und zwar dann, wenn er seine Zahlungen eingestellt hat. Für die Zahlungseinstellung ist genügend, dass der Schuldner während längerer Zeit einen erheblichen Anteil der laufenden und bestrittenen Forderungen nicht bezahlt, z.B. indem er Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleine Beträge nicht bezahlt. Es genügt ferner, dass die Zahlungsverweigerung einen wesentlichen Teil der geschäftlichen Aktivitäten betrifft oder der Schuldner einen Hauptgläubiger nicht befriedigt. Ausreichend ist es aber auch, wenn der Schuldner die Zahlungen gegenüber einer Gläubigerkategorie

eingestellt hat (BGer 5P.91/2003). Ohne Willkür kann auch auf Zahlungseinstellung geschlossen werden, wenn der Schuldner während einer gewissen Dauer nur seine privaten Schulden zu Lasten der Geschäftsgläubiger begleicht. Die Zahlungseinstellung ist das äusserlich erkennbare Merkmal der Zahlungsunfähigkeit. Ein blosser Unwille zu Zahlungen genügt nicht, nötig ist eine objektive Illiquidität, die den Schuldner ausserstande setzt, seine Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Dabei muss es sich um einen dauerhaften Zustand handeln (BSK SchKG-BRUNNER/BOLLER, Art. 190 N 11).

2.2 Im vorliegenden Fall weist der aktuellste Betreibungsregistrauszug des Beschwerdeführers vom 19. Januar 2012 im Zeitraum vom 1. Januar 2002 bis 19. Januar 2012 121 Einträge über eine Summe von CHF 400'564.05 auf. Davon sind 42 als bezahlt und zwei als erledigt gemäss Gläubiger vermerkt. Im Weiteren sind sechs Zahlungsbefehle, zehn Pfändungsurkunden, zwölf Konkursandrohungen und 49 Verlustscheine aufgeführt. Es ist ersichtlich, dass der Schuldner insbesondere gegenüber den Steuerbehörden seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Gemäss obigen Ausführungen ist für die Annahme der Zahlungseinstellung ausreichend, dass der Schuldner die Zahlungen gegenüber einer Gläubigerkategorie einstellt. Zumal der Beschwerdeführer zudem im Handelsregister, als Inhaber der Einzelfirma B.____, eingetragen ist, sind die Voraussetzungen zur Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung grundsätzlich erfüllt und der Konkurs über den Beschwerdeführer wurde zu Recht eröffnet.

3.1 Die Beschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde dient grundsätzlich nur der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Demnach können nur die unrichtige Rechtsanwendung oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz gerügt werden (Art. 320 ZPO). Aufgrund von Art. 326 Abs. 1 ZPO können im Beschwerdeverfahren grundsätzlich keine neuen Anträge, Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel vorgebracht werden. Vorbehalten bleiben jedoch gemäss Art. 326 Abs. 2 ZPO besondere Bestimmungen des Gesetzes. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels oder spätestens innert der Rechtsmittelfrist seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen: die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist (Ziff. 1); der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2); oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3). Aus der genannten Bestimmung ergibt sich, dass die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen ist und die Aufhebung des Konkurses nur in Frage kommt, wenn zusätzlich eine der drei weiteren Voraussetzungen durch Urkunden bewiesen ist. Die in Art. 174 Abs. 2 SchKG aufgestellten Voraussetzungen sind demnach kumulativ (BGer 5A_350/2007 E. 4).

3.2 Zieht der Gläubiger, der eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung erreicht hat, das Konkursbegehren vor der Rechtsmittelinstanz zurück, liegt regelmässig ein Verzicht auf Durchführung des Konkurses i.S. von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG vor. Da Art. 194 Abs. 1 SchKG den Art. 174 SchKG gesamthaft und ohne Einschränkung für anwendbar erklärt, stellt sich die Frage, ob trotz des Rückzuges des Konkursbegehrens der Schuldner noch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen muss. Die prozessuale Lage bei einer Konkursöffnung nach vorgängiger Betreuung und bei einer Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung unter-

scheiden sich voneinander. Dem formellen Konkursgrund des unbenützten Ablaufs der angesetzten Zahlungsfristen steht bei der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung die materiellen Konkursgründe von Art. 190 SchKG gegenüber, so dass der behauptete Konkursgrund eigentlicher Streitgegenstand wird. Insofern kommt dem erstinstanzlichen Konkurseröffnungsverfahren ohne vorgängige Betreuung zumindest zivilprozessähnlicher Charakter zu, so dass eine Disposition der Parteien über den Konkursgrund nicht auszuschliessen ist. Die Stellung des Gläubigers im Verfahren der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung ist freier als bei der ordentlichen Betreuung. Wird nun aber bei einem Rückzug des Konkursbegehrens im Rechtsmittelverfahren als zusätzliche Voraussetzung gefordert, dass der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht, wird das Resultat gerade dem zivilprozessähnlichen Charakter des Konkursverfahrens ohne vorgängige Betreuung nicht gerecht. Daher ist bis zur Rechtskraft des Konkurserkenntnisses ein Rückzug des Konkursbegehrens ohne weitere Voraussetzungen zuzulassen (BSK SchKG-BRUNNER/BOLLER, Art. 194 N 8b; FRITSCHI, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, Diss. 2010, S. 198 f.).

3.3 Im vorliegenden Fall teilte die Gläubigerin dem Bezirksgericht Gelterkinden mit Eingabe vom 28. März 2012 mit, dass sie das Konkursbegehren vom 15. Februar 2012 zurückzieht und somit auf die Durchführung des Konkursverfahrens verzichtet. Es liegt mithin ein tauglicher Aufhebungsgrund vor. Gemäss obigen Ausführungen ist die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht mehr zu prüfen. Da kein Interesse mehr an der Konkurseröffnung über den Schuldner besteht und es am für die Konkurseröffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG erforderlichen Konkursgrund einer dauerhaften Zahlungseinstellung fehlt, ist die Konkurseröffnung über den Beschwerdeführer vom 12. März 2012 aufzuheben. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und das Konkursdekret der Bezirksgerichtspräsidentin Gelterkinden vom 12. März 2012 aufzuheben. **Aufgrund der zahlreichen Einträge im Betreibungsregister müsste die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wohl verneint werden. Der Beschwerdeführer wird daher darauf hingewiesen, dass er, falls das Bezirksgericht Gelterkinden ein neuerliches Konkursdekret gegen ihn aussprechen muss, nicht damit rechnen darf, dass er durch die Beschwerde dessen Aufhebung erreicht.**

4. Gemäss Art. 106 ZPO werden die Prozesskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Dieser Grundsatz wird jedoch eingeschränkt durch Art. 107 ZPO, welcher in gewissen Fällen eine Verteilung der Prozesskosten nach Ermessen vorsieht. Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO kann dabei insbesondere von der Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens abgesehen werden, wenn besondere Umstände vorliegen, welche dies als unbillig erscheinen lassen. Vorliegendes Verfahren wurde einzig durch das Versäumnis des Beschwerdeführers, die Konkursforderung rechtzeitig zu begleichen, veranlasst. Es erscheint deshalb als angebracht, dass er trotz seines Obsiegens die Kosten beider Instanzen selbst zu tragen hat. Die Entscheidgebühren für das zweitinstanzliche Verfahren wird in Anwendung von Art. 52 lit. b in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf CHF 750.00 festgesetzt.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Konkursdekret der Bezirksgerichtspräsidentin Gelterkinden vom 12. März 2012 wird aufgehoben.
 2. Die Gerichtskosten von CHF 750.00 werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

Präsidentin

Gerichtsschreiberin i.V.

Christine Baltzer-Bader

Nathalie Aebischer