

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von unter Mitwirkung von Oberrichter Bühler (Referent), Oberrichterin Wüthrich-Meyer und Oberrichterin Apolloni Meier sowie Kammerschreiberin Schmidt

vom 27. November 2008

in der Streitsache zwischen

A. _____, p.A. Eidg. Steuerverwaltung (ESTV),

Gesuchstellerin/Appellantin

und

A. AG

vertreten durch Fürsprecher X.

Gesuchsgegnerin/Appellatin

Regeste:

1) Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG, Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung
2) Der Gläubiger kann gegen einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat, die Konkursöffnung verlangen. Für die Zahlungseinstellung ist erforderlich, dass der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht bezahlt (z.B. durch Anhäufen lassen von Konkursandrohungen, durch systematisches Erheben von Rechtsvorschlag, durch Nichtbezahlen von kleinen Beträgen). In casu ging es um die Bezahlung der Mehrwertsteuer an die Eidgenössische Steuerverwaltung. Wer beim Import der Waren die Mehrwertsteuer bei der Eidgenössischen Oberzolldirektion bezahlt, hat grundsätzlich Anspruch auf einen Vorsteuerabzug. Vorliegend legte die Appellatin keine Veranlagungsverfügungen der Oberzolldirektion vor, welche zum Vorsteuerabzug berechtigten würden. Zudem wurde die Mehrwertsteuer an die Eidgenössische Steuerverwaltung nie bezahlt.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Appellantin beantragte dem Gerichtspräsidenten die Eröffnung des Konkurses über die Appellatin. Dieser wies das Gesuch ab mit der Begründung, die Appellatin mache durch Vorlage der Bilanz und der Mehrwertsteuer-Abrechnung 2007 mindestens glaubhaft, dass ihr gegenüber den entsprechenden Verlustscheinforderungen diverse Rückerstattungsansprüche zustehen, die erst nach fünf Jahren verjähren würden. Die Appellatin belege, dass auch laufende Mehrwertsteuerforderungen beglichen worden seien. Das Verhalten der Appellatin sei im Grenzbereich zu einer Zahlungseinstellung anzusiedeln. Gegen diesen Entscheid erklärte die Eidgenössische Steuerverwaltung die Appellation.

Auszug aus den Erwägungen: I.

1. - 5. (...).

6. (...). (...).

II.

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG kann ein Gläubiger gegen einen der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat, ohne vorgängige Betreibung beim Gericht die Konkurseröffnung verlangen.

Gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 bis 3 SchKG kann das obere Gericht die Konkurseröffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt ist, der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist oder dass der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. In casu sind diese Bestimmungen jedoch nicht einschlägig, weil der Konkurs über die Appellatin nicht eröffnet worden ist. Demnach ist durch die Kammer zu prüfen, ob vorliegend die Voraussetzungen für die Eröffnung des Konkurses gegeben sind.

Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ist nur gegen den Schuldner, der im Handelsregister eingetragen ist und damit der Konkursbetreibung (Art. 39 SchKG) unterliegt, möglich, und zwar dann, wenn er seine Zahlungen eingestellt hat. Für die Zahlungseinstellung ist erforderlich, dass der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht bezahlt, z.B. indem er Konkursandrohungen sich anhäufen lässt, systematisch, ohne Rücksicht auf die Berechtigung der Forderung, Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleine Beträge nicht bezahlt. Es genügt, dass die Zahlungsverweigerung einen wesentlichen Teil der geschäftlichen Aktivitäten betrifft oder der Schuldner einen Hauptgläubiger nicht befriedigt (BRUNNER, in: STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN [Hrsg.], a.a.O., N. 11 zu Art. 190 SchKG). Mit der Zahlungseinstellung manifestiert der Schuldner nach aussen seine Zahlungsunfähigkeit. Zahlungseinstellung und Zahlungsunfähigkeit setzen objektiv Illiquidität voraus. Diese darf nicht vorübergehend sein. Der Schuldner muss sich auf unabsehbare Zeit in dieser Lage befinden. Die Zahlungseinstellung muss einen wesentlichen Teil des schuldnerischen Betriebes betreffen. dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die betroffenen Gläubiger wert- und zahlenmässig den überwiegenden Teil aller Gläubiger ausmachen. Sogar die Nichtzahlung einer einzigen Schuld kann genügen, wenn sie von bedeutendem Umfang ist und der Zahlungsverzug lange dauert, was auf Zahlungseinstellung schliessen lässt. Die mangelnde Zahlung von öffentlich-rechtlichen Schulden kann ein

Indiz für die Zahlungseinstellung bilden (STAEHELIN, in: STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband, Basel/Genf/München 2005, ad N. 11 zu Art. 190 SchKG).

Auf die Zahlungseinstellung kann aber auch die Nichtbezahlung von öffentlich-rechtlichen Forderungen hindeuten, wie z.B. offene AHV-, IV- und UVG-Prämien. Bei öffentlich-rechtlichen Forderungen ist jedoch vorerst zu prüfen, ob die stets mögliche Betreibung auf Pfändung Erfolg verspricht (BRUNNER, a.a.O., N. 13 zu Art. 190 SchKG). Das Bestehen von Verlustscheinen für öffentlich-rechtliche Forderungen genügt nicht in jedem Fall als Nachweis für die Zahlungsunfähigkeit (STAEHELIN, a.a.O., ad N. 13 zu Art. 190 SchKG).

Es ist der Gläubiger, der den Nachweis dafür zu erbringen hat, dass ein kaufmännisch geführtes Unternehmen seine Zahlungen eingestellt hat (BRUNNER, a.a.O., N. 15 zu Art. 190 SchKG).

Jeder Gläubiger kann sich auf Art. 190 SchKG berufen. Der öffentlich-rechtliche Gläubiger kann demnach auch nach Art. 190 SchKG vorgehen, muss jedoch, wie jeder andere Gläubiger auch, die materiellen Gründe nach Art. 190 SchKG nachweisen, insbesondere die Einstellung der Zahlungen durch den Schuldner (BRUNNER, a.a.O., N. 19 zu Art. 190 SchKG). Auch für Steuerforderungen kann Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung verlangt werden, wenn der Gläubiger die materiellen Gründe der Bestimmung von Art. 190 SchKG nachweist (STAEHELIN, a.a.O., ad N. 19 zu Art. 190 SchKG).

Im vorliegenden Fall muss somit geprüft werden, ob der Appellant seine Zahlungen eingestellt hat. Es geht um die Bezahlung der Mehrwertsteuer an die Eidgenössische Steuerverwaltung. Der Appellant macht geltend, er habe seine Mehrwertsteuer durch die Bezahlung an die Oberzolldirektion bereits in erheblichem Umfang beglichen, was von der Appellantin bestritten wird. Die Mehrwertsteuer ist eine allgemeine Verbrauchssteuer. Sie wird erhoben auf der Einfuhr von Gegenständen sowie im Inland auf allen Stufen der Produktion und Verteilung, bei Dienstleistungserbringern und bei Bezüglern von Dienstleistungen, die von Unternehmen mit Sitz im Ausland erbracht werden. Zuständig für die Steuererhebung auf der Einfuhr von Gegenständen ist die eidgenössische Zollverwaltung, für die Steuererhebung im Inland die Eidgenössische Steuerverwaltung (Art. 52 MWStG, Art. 82 MWStG). Im vorliegenden Fall stellt sich jedoch die Frage, ob der Appellant die bereits an die eidgenössische Zollverwaltung bezahlte Mehrwertsteuer mit der Steuerschuld gegenüber der Appellantin verrechnen kann, oder ob er die Steuerschuld beglichen und die bezahlten Steuern bei der eidgenössischen Zollverwaltung zurück fordern muss. Gemäss der „Wegleitung 2008 zur Mehrwertsteuer“ der Schweizerischen Eidgenossenschaft kann, soweit die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, die bei der Einfuhr von der eidgenössischen Zollverwaltung erhobene Mehrwertsteuer in der Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abgezogen werden. Steuerpflichtige Personen können die von ihnen der eidgenössischen Zollverwaltung auf der Einfuhr von Gegenständen entrichtete oder zu entrichtende Mehrwertsteuer sowie die von ihnen für die Einfuhr von Gegenständen deklarierte Mehrwertsteuer in Abzug bringen, sofern die Gegenstände bei ihnen für steuerbare Zwecke bestimmt sind. Voraussetzung dafür ist, dass die Veranlagungsverfügung der eidgenössischen Zollverwaltung auf den Namen und die Adresse der steuerpflichtigen Person (Importeur) lautet, und zwar so, wie sie im Geschäftsverkehr zulässigerweise auftritt. Das Original der von der eidgenössischen

Zollverwaltung ausgestellten Veranlagungsverfügung berechtigt zum vollen oder teilweisen Vorsteuerabzug, sofern die steuerpflichtige Person nicht mit Saldo- oder Pauschalsteuersätzen abrechnet. Nicht als Veranlagungsverfügungen der eidgenössischen Zollverwaltung gelten die im zentralisierten Abrechnungsverfahren der Zollverwaltung abgegebenen Borderaux der Abgaben und Rechnungen für die Mehrwertsteuer (Wegleitung 2008 zur Mehrwertsteuer der Schweizerischen Eidgenossenschaft, S. 185 ff.). Nach Art. 38 Abs. 1 MWStG kann die steuerpflichtige Person in ihrer Steuerabrechnung Vorsteuern abziehen für die von ihr auf der Einfuhr von Gegenständen der eidgenössischen Zollverwaltung entrichtete oder zu entrichtende Steuer sowie die von ihr für die Einfuhr von Gegenständen deklarierte Steuer, sofern die steuerpflichtige Person Gegenstände oder Dienstleistungen für einen in Absatz 2 genannten geschäftlichen Zweck (steuerbare Lieferungen und Dienstleistungen, Umsätze, für deren Versteuerung optiert wurde, sowie unentgeltliche Zuwendung von Geschenken, von Warenmustern und Arbeiten an Gegenständen, die im Eigenverbrauch verwendet werden) verwendet. Art. 80 Abs. 2 MWStG sieht vor, dass zuviel erhobene, nicht geschuldete sowie wegen nachträglicher Veranlagung der Gegenstände nach den Artikeln 34 und 51 Absatz 3 ZG oder wegen deren Wiederausfuhr nach den Artikeln 49 Absatz 4, 51 Absatz 3, 58 Absatz 3 und 59 Absatz 4 ZG nicht mehr geschuldete Steuern nicht erstattet werden, wenn die steuerpflichtige Person nach den Artikeln 21, 26 und 27 die bei der Einfuhr entrichtete Steuer als Vorsteuer nach Artikel 38 abziehen kann. Der Anspruch auf Vorsteuerabzug verjährt, gemäss Art. 50 Abs. 1 MWStG, fünf Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem er entstanden ist.

Nach Art. 78 Abs. 1 MWStG entsteht der Steueranspruch zur gleichen Zeit wie die Zollschuld. Der steuerpflichtigen Person, die für die Steuerbeträge Sicherheit geleistet hat, steht für die Bezahlung eine Frist von 60 Tagen nach Rechnungsstellung durch die eidgenössische Zollverwaltung zu; ausgenommen sind Sendungen im Postverkehr sowie Einfuhren, die mündlich zur Zollveranlagung angemeldet werden (Art. 78 Abs. 2 MWStG).

Theoretisch kann die Appellatin somit die bereits bei der eidgenössischen Zollverwaltung bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer abziehen (wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind). Es handelt sich hierbei um die Verrechnungsmöglichkeit von Rückerstattungsansprüchen. Zur Verrechnung genügen jedoch potenzielle, nicht spezifizierte Gegenansprüche nicht, sondern nur fällige (Art. 120 Abs. 1 OR). Die Appellatin ist weder im Besitz einer Veranlagungsverfügung der Eidgenössischen Zollverwaltung, noch kann sie namhafte Vorsteuerabzüge auch nur glaubhaft machen. Die vorgelegten Rechnungen genügen nicht, um den Vorsteuerabzug geltend zu machen. Ebenfalls weist die Kammer darauf hin, dass die Appellatin jahrelang nichts unternommen hat, um allfällige Vorsteuerabzüge zu erwirken.

Die nicht unterzeichnete Mehrwertsteuerabrechnung für die Abrechnungsperiode 01.01.2007 bis 31.12.2007 (Vernehmlassungsbeilage [...]) bzw. das an der Verhandlung vom [Datum] 2008 nachgereichte, am [Datum] 2007 unterzeichnete Formular für ebendiese Abrechnungsperiode wird von der Appellantin nicht anerkannt, weil solche Abrechnungen quartalsweise zu erstellen sind. Aus diesem Formular geht hervor, dass die Appellatin von einem Steuerbetrag von Fr. 88'973.30 ausgeht. Dieser Betrag steht in keinem Verhältnis zu den von der Appellantin eingeforderten Jahressteuerbeträge gemäss den Verlustscheinen (vgl. Appellationsbeilage [...]), dem Betreuungsauszug

(Appellationsbeilage [...]) sowie dem von der Appellantin eingeforderten Betrag von Fr. 14'000.00 für das 3. und 4. Quartal 2007. Pro Jahr forderte die Appellantin von der Appellatin durchschnittlich Fr. 44'000.00 Mehrwertsteuer ein. Jedoch gilt es zu beachten, dass es sich um eine Ermessenstaxation handelte, da die Appellatin ihre Mehrwertsteuerabrechnung nicht eingereicht hatte. Die Appellantin ging offenbar davon aus, dass die Appellatin, nach Abzug der Vorsteuern, einen Betrag von rund Fr. 44'000.00 pro Jahr bezahlen muss.

Nach den von der Appellatin eingereichten Rechnungen der Eidgenössischen Zollverwaltung der Monate September bis Dezember 2007 (Vernehmlassungsbeilagen [...]) bezahlte diese in diesem Zeitraum insgesamt Fr. 16'087.60 für die Mehrwertsteuer (für die Einfuhr). Auf das gesamte Jahr hochgerechnet ergibt sich ein Betrag von rund Fr. 48'000.00. Demgegenüber macht die Appellatin in ihrer Mehrwertsteuerabrechnung für die Periode 01.01.2007 – 31.12.2007 einen Betrag von Fr. 72'364.10 als Vorsteuerabzug geltend. Selbst wenn dieser Betrag den der Eidgenössischen Zollverwaltung bezahlten Steuern entsprechen sollte, bleibt ungewiss, ob dieser Betrag vollumfänglich zum Abzug zugelassen würde. Im Übrigen ist der geltend gemachte Vorsteuerabzug in keiner Weise belegt.

Der angeblich geschuldete Mehrwertsteuerbetrag der Appellatin (gemäss Mehrwertsteuerabrechnung für Periode 01.01.2007 – 31.12.2007) für Inlandumsätze ist unwahrscheinlich, denn die Appellatin müsste aufgrund ihrer Tätigkeit (Dienstleistungen) erheblich mehr versteuern. Zudem weist die Kammer darauf hin, dass in der Bilanz (an der Verhandlung vom [Datum] 2008 eingereicht) unter dem Titel „Umsatzsteuer“ Fr. 274'269.53 als Kreditor verbucht wurden. Wenn es sich bei diesem Betrag nicht um ein Versehen handeln sollte, stünde diese verbuchte Schuld im Widerspruch zu den im Verfahren zugestandenen Steuerschulden.

Hinzuweisen ist ebenfalls auf die in der Bilanz aufgeführten Reserveposten „2201 noch nicht fällige Mehrwertsteuer“ und „2210 „alte“ Umsatzsteuer“, welche über keinen Saldo verfügen.

Es drängt sich die Vermutung auf, dass die ordentliche Jahresrechnung 2007 und der Bericht der Revisionsstelle unter Missachtung von diversen aktienrechtlichen Vorschriften (z.B. Art. 699 Abs. 2 OR, wonach die Generalversammlung innert 6 Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres stattzufinden hat) nicht bzw. zu spät erstellt worden ist. Es ist zudem fraglich, ob eine Generalversammlung statt gefunden hat. Die Jahresrechnung wäre sicherlich von der Appellatin eingereicht worden, falls sie vorhanden wäre.

Die Appellatin hat sich in der Vergangenheit von der Appellantin einschätzen lassen (Ermessenstaxation). Sie bezahlte die inländische Mehrwertsteuer nicht und liess sich betreiben, woraus letztendlich immer Verlustscheine resultierten. Die Mehrwertsteuer wurde nie an die Appellantin bezahlt. Ebenfalls wurden bei der Appellantin keine Mehrwertsteuerabrechnungen eingereicht. Im Verfahren reichte die Appellatin ebenfalls keine Veranlagungsverfügungen der Eidgenössischen Zollverwaltung ein, welche zum Vorsteuerabzug berechtigen würden. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass eine Zahlungseinstellung der Appellatin vorliegt, es wurden keinerlei Zahlungen an die Appellantin geleistet. Zudem wird darauf hingewiesen, dass der Argumentation der Appellantin gefolgt werden kann, wenn sie geltend macht, es sei hauptsächlich die öffentliche Hand zu Verlust gekommen. Die Appellatin befriedigt anscheinend nur Gläubiger, welche für Fortführung des Betriebes unentbehrlich sind. Importe wären nicht möglich, wenn die Mehrwertsteuer bei der Einfuhr nicht bezahlt würde. Die Bezahlung der

Steuern hingegen, die anschliessend anfallen, ist zur Aufrechterhaltung des Betriebes nicht notwendig.

(...).

Es ist erforderlich, dass die Zahlungsverweigerung einen wesentlichen Teil der geschäftlichen Aktivitäten betrifft oder der Schuldner einen Hauptgläubiger nicht befriedigt. Dem Betreibungsregisterauszug vom 10. April 2008 lässt sich entnehmen, dass im Zeitraum von 1. Januar 1992 bis 10. April 2008 74 offene Verlustscheine im Gesamtbetrag von Fr. 1'192'470.05 vorhanden sind. Zudem liegen im Zeitraum zwischen 1. Januar 2006 bis 10. April 2008 19 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 413'561.85 vor. Die Appellatin hat somit rund 1.5 Millionen Franken Schulden, bzw. Beträge in dieser Höhe nicht beglichen. Es ist damit davon auszugehen, dass sie nur noch die für die Aufrechterhaltung des Betriebs notwendigen Zahlungen macht. Demnach befriedigt sie einen Grossteil der Gläubiger, vor allem jedoch die öffentliche Hand, nicht.

Aus den genannten Gründen damit über die Appellatin mit Wirkung ab (...), gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG der Konkurs eröffnet.

(...)

Hinweis:

Auf die von der Appellantin erhobene Beschwerde in Zivilsachen wurde vom Bundesgericht nicht eingetreten (BGE vom 28. Mai 2009, Nr. 5A_860/2008).