



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
KSK 09 33

Chur, 17. August 2009

Schriftlich mitgeteilt am:

Verfügung

Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

Vorsitz Präsident Brunner
Kantonsrichter Bochsler und Hubert
Redaktion Aktuar ad hoc Bühler

In der Beschwerde

des X., Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et oec. Pius Fryberg, Quaderstrasse 8, 7000 Chur,

gegen

den Konkurstscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Plessur vom 23. Juni 2009, mitgeteilt am 24. Juni 2009, in Sachen der A. GmbH, Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin und des Y., Gesuchsteller und Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Reto Allenspach, Arcas 22, 7002 Chur,

betreffend Konkureröffnung.

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Am 10. Oktober 2005 haben Y. und X. mit öffentlicher Urkunde die A. GmbH (A. GmbH) mit Sitz in Parpan gegründet. Y. und X. wurden als Geschäftsführer bestellt, wobei beide Einzelunterschrift führen.

B. Die A. GmbH hat verschiedene Aktivitäten durchgeführt, welche nicht von betriebswirtschaftlichem Erfolg gekrönt waren. Schlussendlich verblieb noch die Führung des Gastrobetriebes am C. in Parpan, welche im Winter 2006/2007 aufgenommen wurde. Der schlechte Geschäftsverlauf in der ersten Saison veranlasste Y., den erlittenen Verlust mittels Darlehen aus seinem privaten Vermögen wettzumachen.

C. Weil die Geschäfte auch im Winter 2007/2008 nicht wunschgemäss liefen, teilte Y. als Geschäftsführer der A. GmbH mit Schreiben vom 9. September 2008 dem C. mit, dass die Geschäftstätigkeit per sofort erlösche. Die Kündigung erfolgte, ohne mit dem Gesellschafter und Geschäftsführer X. Rücksprache zu nehmen.

D. In der Folge versuchte X. vergeblich, mit Y. Kontakt aufzunehmen, um die finanziellen und geschäftlichen Probleme zu regeln. Nachdem X. nicht auf seine Vorschläge eingegangen war, deponierte jener am 23. Juni 2009 die Bilanz beim Bezirksgerichtspräsidium Plessur.

E. Mit Konkursentscheid vom 23. Juni 2009, mitgeteilt am 24. Juni 2009, verfügte das Bezirksgerichtspräsidium Plessur was folgt:

- „1. Über die A. GmbH wird der Konkurs eröffnet.
Zeitpunkt: Dienstag, 23. Juni 2009, um 16:15 Uhr
2. Die Verfahrenskosten im Betrage von CHF 200.00 gehen zulasten der Konkursmasse.
3. Das Konkursamt Plessur wird mit der Durchführung des Verfahrens beauftragt und ersucht, die erforderliche Publikation vorzunehmen.
4. An das Konkursamt ergeht der Hinweis auf Art. 270 SchKG, wonach das Verfahren innert Jahresfrist abzuschliessen oder andernfalls die Aufsichtsbehörde um eine Fristverlängerung zu ersuchen ist.
5. (Rechtsmittelbelehrung)
6. (Mitteilung)“

F. Am 6. Juli 2009 erhob X. Beschwerde gegen den Konkursentscheid des Bezirksgerichtspräsidiums Plessur. Das Rechtsbegehren lautete folgendermassen:

- „1. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben.

2. *Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.*
3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“*

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Gesellschaft, entgegen der Behauptung von Y., nicht klar überschuldet sei. Dies sei nur der Fall, wenn die Kontokorrentguthaben der Gesellschafter Y. und X., respektive der C. AG, deren wirtschaftlicher Eigentümer Y. ist, berücksichtigt werden. Unter Berücksichtigung dieser Vermögenswerte sei die A. GmbH nicht überschuldet und somit auch nicht konkursreif. Im Weiteren führte der Beschwerdeführer aus, dass Y. die Bilanz ohne Absprache und ohne seine Zustimmung beim Bezirksgerichtspräsidium Plessur deponiert habe. Aus diesen Gründen sei der Konkursentscheid vom 23. Juni 2009 aufzuheben.

G. Am 3. August 2009 reichte der Beschwerdegegner dem Kantonsgericht Graubünden die Beschwerdeantwort mit folgendem Rechtsbegehren ein:

- „1. *Die Beschwerde sei abzuweisen.*
2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdeführers. “*

Der Beschwerdegegner begründete die Abweisung der Beschwerde mit dem Argument, dass die A. GmbH klar überschuldet und folglich zahlungsunfähig sei. Es bestehe keine Aussicht, aus der Verschuldung herauszufinden, weshalb das Bezirksgerichtspräsidium Plessur zu Recht den Konkurs über die A. GmbH eröffnet habe.

H. Am 13. August 2009 erteilte der Vorsitzende der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften sowie in der angefochtenen Verfügung wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung (vgl. Art. 190 ff. SchKG). Dabei kann der Schuldner die Konkursöffnung entweder selber beantragen, indem er sich beim Konkursgericht zahlungsunfähig erklärt (vgl. Art. 191 Abs. 1 SchKG) oder er kann nach Art. 192 SchKG in Verbindung mit Art. 725a OR im Falle einer Überschuldung verpflichtet werden, den Richter anzurufen. Gemäss Art. 15 Abs. 1 Ziff. 8 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GVVzSchKG, BR

220.100) in Verbindung mit Art. 191, respektive Art. 192 SchKG entscheidet das Bezirksgerichtspräsidium über die Eröffnung des Konkurses. Das Kantonsgerichts beurteilt als Rechtsmittelinstanz entsprechende Entscheide des Bezirksgerichtspräsidiums (vgl. Art. 194 Abs. 1 SchKG in Verbindung mit Art. 174 Abs. 1 SchKG in Verbindung mit Art. 17 Abs. 1 Ziff. 1 GVVzSchKG). Das Beschwerdeverfahren vor dem Kantonsgericht von Graubünden richtet sich nach Art. 25 GVVzSchKG. Die Beschwerde ist innert 10 Tagen beim Kantonsgericht einzureichen. In der Beschwerdeschrift ist mit kurzer Begründung anzugeben, welche Punkte angefochten und welche Änderungen beantragt werden. Neue Tatsachen und Beweismittel sind zulässig, soweit das Bundesrecht nicht etwas anderes bestimmt (vgl. Art. 25 Abs. 2 GVVzSchKG in Verbindung mit Art. 174 Abs. 1 SchKG). Der Vorsitzende kann der Beschwerde auf Antrag oder von Amtes wegen aufschiebende Wirkung erteilen (vgl. Art. 25 Abs. 4 GVVzSchKG). Die entsprechende Verfügung ist umgehend dem Handelsregisteramt mitzuteilen (vgl. Art. 158 Abs. 1 HRegV). Da die Beschwerde von X. frist- und formgerecht eingereicht wurde, ist grundsätzlich darauf einzutreten.

2.a. Im Falle der Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung räumt das Gesetz in Art. 194 Abs. 1 SchKG in Verbindung mit Art. 174 SchKG eine Beschwerdemöglichkeit ein. Befugt zur Anfechtung des Konkursentscheides sind grundsätzlich der Schuldner sowie der Gläubiger, welche am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt waren (BGE 111 III 68; vgl. Roger Giroud, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, N. 14 zu Art. 174 SchKG).

b. Wie nachstehend zu zeigen sein wird (vgl. Erwägungen 3.d. und e.), bedarf es sowohl für eine Konkureröffnung gemäss Art. 191 SchKG als auch für eine solche nach Art. 192 SchKG der Mitwirkung der Gesellschaftsversammlung beziehungsweise der Geschäftsführung als Organ. Übergeht ein einzelner Geschäftsführer einer GmbH diese formellen Voraussetzungen und meldet eigenmächtig beim Richter den Konkurs an, ergibt sich von selbst, dass die übergangenen Gesellschafter beziehungsweise Geschäftsführer zur Erhebung der Beschwerde legitimiert sind. X. ist gemäss Handelsregisterauszug der A. GmbH sowohl Gesellschafter als auch Geschäftsführer, so dass er zweifelsfrei berechtigt ist, gegen den Konkureröffnungsentscheid Beschwerde einzulegen.

3.a. In der Beschwerde vom 6. Juli 2009 machte X. geltend, dass der Geschäftsführer Y. die Bilanz deponiert habe, ohne dies vorher mit ihm abgesprochen, geschweige denn seine Zustimmung eingeholt zu haben. Nachfolgend ist zu erörtern, ob die Vorgehensweise von Y. dem Gesetz entsprochen hat.

b. Den Handelsgesellschaften, insbesondere der Aktiengesellschaft (AG), der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), der Kommandit-Aktiengesellschaft (Kommandit-AG) und der Genossenschaft stehen zwei Arten der Konkurseröffnung auf eigenen Antrag zu. Sie können sich dabei neben Art. 191 SchKG auch auf Art. 192 SchKG berufen (Alexander Brunner, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, N. 5 zu Art. 192 SchKG). Ob es sich beim Verfahren vor dem Bezirksgerichtspräsidium Plessur um ein Verfahren nach Art. 191 SchKG oder Art. 192 SchKG in Verbindung mit Art. 725a OR handelte, kann nicht mit Gewissheit gesagt werden. Im Schreiben vom 23. Juni 2009, mit welchem sich Y. an das Bezirksgericht Plessur wendete, um die Zahlungsunfähigkeit der A. GmbH zu erklären, ist im Titel von "Insolvenzerklärung" die Rede. Der Wortlaut deutet darauf hin, dass sich Y. auf ein Verfahren nach Art. 191 SchKG berief. Andererseits wird der in den Rechtsschriften verwendete Ausdruck "Deponierung der Bilanz" insbesondere mit Art. 725a OR in Verbindung gebracht, was für ein Verfahren nach Art. 192 SchKG sprechen würde. Das Bezirksgerichtspräsidium hat im Konkursdekret keine spezifischen Ausführungen gemacht, ob es sich um eine Konkurseröffnung nach Art. 191 SchKG oder um eine nach Art. 192 SchKG in Verbindung mit Art. 725a OR handelte. Im Konkursentscheid vom 23. Juni 2009 wird jedoch festgehalten, dass das Dekret einen "Konkurs auf eigenes Verlangen" betrifft. Diese Feststellung deutet wiederum auf ein Verfahren nach Art. 191 SchKG hin. Wie nachfolgend festgestellt werden kann, ist im vorliegenden Fall die Klärung dieser Frage jedoch nicht von Relevanz, da der Konkursentscheid vom 23. Juni 2009, unabhängig von der Art der Konkurseröffnung, aufzuheben ist.

c. Die GmbH hat wie die AG eine eigene Rechtspersönlichkeit und ist körperchaftlich aufgebaut. Nach Art. 791 OR erlangt die GmbH ihre Rechtspersönlichkeit erst durch Eintragung in das Handelsregister (vgl. act. 4). Sie kann somit in eigenem Namen handeln, Rechtsgeschäfte abschliessen und auch Prozesse führen. Dafür wird jedoch das Handeln ihrer Organe vorausgesetzt. (vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007, § 18 N. 29). Dem Wesen der Körperschaft entspricht grundsätzlich die Drittorganschaft, d.h. die Ausübung von Geschäftsführung und Vertretung durch besonders bestellte Organe wie etwa der Verwaltungsrat bei einer AG. Bei der GmbH sind dagegen, wenn keine abweichenden statutarischen Regelungen getroffen werden, alle Gesellschafter zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet (Art. 809 Abs. 1 OR, vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., § 18 N. 30). Gemäss Art. 14 der Statuten der A. GmbH (vgl. act. 3) steht die Geschäftsführung und Vertretung einem oder mehreren Geschäftsführern zu, welche Gesellschafter oder Dritte sein

können. Obwohl die Statuten eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Drittorganschaft vorsehen, üben gemäss Handelsregisterauszug und Ziffer 6 der Gründungsurkunde (vgl. act. 4 und act. 1 des Beschwerdeführers) Y. und X. die Geschäftsführung und Vertretung aus.

d. Mit Schreiben vom 23. Juni 2009 und den beigelegten Unterlagen hatte Y. die Bilanz beim Bezirksgerichtspräsidium deponiert. Anschliessend wurde per Dekret vom 23. Juni 2009 der Konkurs über die A. GmbH eröffnet. Im vorliegenden Fall stellt sich nun die Frage, ob die Beantragung einer Konkursöffnung nach Art. 191 SchKG nur durch einen vertretungsbefugten Gesellschafter begehrt werden konnte. Bei einer juristischen Person ist wesentlich, dass der Schuldnerantrag auf Konkursöffnung nach Art. 191 SchKG durch das zuständige Organ mit einem rechtlich einwandfreien Verfahren innerhalb der juristischen Person unter Einhaltung von Gesetz und Statuten erfolgt. Nach Art. 777 Abs. 1 OR wird die Gesellschaft dadurch errichtet, indem die Gründer mit öffentlicher Urkunde bestätigen, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) zu gründen. Somit ist auch der Aufhebungsbeschluss öffentlich zu beurkunden. Dieser ist mit einem Auftrag an die Geschäftsführung zu verbinden, dem Richter die Zahlungsunfähigkeit zu erklären und den Konkurs zu beantragen (Alexander Brunner, a.a.O., N. 13 zu Art. 191 SchKG). Ein entsprechender Aufhebungsbeschluss der Gesellschafterversammlung ist den Akten nicht zu entnehmen, weshalb der Schuldnerantrag nicht im gesetzlich vorgeschriebenen Rahmen erfolgt ist. Das Bezirksgerichtspräsidium Plessur hätte unter diesen Gegebenheiten den Konkurs über die A. GmbH gestützt auf Art. 191 SchKG nicht eröffnen dürfen.

e. Der Tatbestand der Überschuldung nach Art. 192 SchKG in Verbindung mit Art. 725a OR bildet einen besonderen Konkursgrund gegenüber einer Kapitalgesellschaft. Art. 725 und 725a OR finden ebenfalls auf die GmbH Anwendung (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Auflage, Bern 2008, § 38 N. 30; Alexander Brunner, a.a.O. N. 5 zu Art. 192 SchKG). Eine Überschuldung liegt dann vor, wenn das Fremdkapital - d.h. die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger - durch die Aktiven nicht mehr voll gedeckt sind. Bei begründeter Besorgnis einer solchen Überschuldung ist unverzüglich eine Zwischenbilanz zu erstellen und der Revisionsstelle vorzulegen. Bestätigt sich der Verdacht, sind die zuständigen Organe der Gesellschaft verpflichtet, im Interesse der Gläubiger den Richter zu benachrichtigen (vgl. Art. 725 Abs. 2 OR). Diese Überschuldungsanzeige wird gemeinhin auch als "Deponierung der Bilanz" verstanden (vgl. Amonn/Walther, a.a.O., § 38 N. 33). Zuständig für die Anzeige der Überschuldung ist gemäss Art. 725 Abs. 2 die Verwaltung (OGer. VS, RVJ 1995, 252 ff.) und nicht

die Generalversammlung einer Kapitalgesellschaft (vgl. Alexander Brunner, a.a.O. N. 6 zu Art. 192 SchKG). Der Verwaltungsrat ist nach dispositivem Recht das geschäftsführende Organ der AG (vgl. Art. 716 OR). Bei der GmbH ist die Geschäftsführung als Verwaltung zu betrachten, die gemeinsam durch X. und Y. ausgeführt wird. Dies wird auch durch Art. 810 Abs. 2 Ziff. 7 OR bestätigt. Nach dieser Bestimmung ist nur die Geschäftsführung der GmbH zur Überschuldungsanzeige berechtigt und verpflichtet. Dabei handelt es sich nicht um eine Vertretungshandlung, die ein Geschäftsführer von sich aus vornehmen könnte, sondern eben um eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe der gesamten Geschäftsführung (Hanspeter Wüstinger, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Auflage, Basel 2008, N. 41 zu Art. 725 OR). Wie bei der AG wird auch bei der GmbH ein Mehrheitsbeschluss des Geschäftsführungsorgans vorausgesetzt. Umfasst die Geschäftsführung mehrere Mitglieder, so sind Beschlüsse gemäss der dispositiven gesetzlichen Regelung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu fällen. Die Stimmenzahl berechnet sich dabei anhand der Köpfe und nicht anhand des Kapitals. Bei Stimmgleichheit kommt dem Vorsitzenden der Stichentscheid zu (Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 3. Auflage, Basel 2008, N. 18 und 19 zu Art. 809 OR). Da den Akten kein entsprechender Mehrheitsbeschluss der Geschäftsführung zu entnehmen ist, liegt der Schluss nahe, dass ein solcher wahrscheinlich nie erfolgte. Die Vorgehensweise von Y. ist nach dem oben Dargelegten nicht gesetzeskonform, weshalb das Bezirksgerichtspräsidium Plessur den Konkurs über die A. GmbH auch gestützt auf Art. 192 SchKG nicht hätte eröffnen dürfen.

4. In Konkursachen ist das summarische Verfahren anwendbar (Art. 25 Ziff. 1 lit. a SchKG in Verbindung mit Art. 137 Ziff. 5 ZPO). Grundsätzlich ist es auch hier Aufgabe der Parteien, dem Richter den Prozessstoff zu unterbreiten, die Richtigkeit ihrer Behauptungen nachzuweisen und demzufolge die nötigen Beweismittel zu produzieren. Um aber das Verfahren nach Möglichkeit zu beschleunigen, überlässt man es nicht vollständig dem Parteibetrieb, sondern der Gerichtspräsident kann im Rahmen der zulässigen Beweismittel von Amtes wegen Erhebungen vornehmen (Art. 138 Ziff. 4 Abs. 2 ZPO). Es gilt somit eine beschränkte Oficialmaxime (vgl. PKG 1990 Nr. 2 und 51). Diese steht, wie bereits angetönt, unter dem allgemeinen zivilprozessualen Vorbehalt, dass Darstellung und Nachweis des Prozessstoffes vorab Sache der Parteien ist, kann es doch selbst bei ausgedehnter Auffassung von der Bedeutung der Oficialmaxime nicht Aufgabe des Richters sein, im Sinne einer umfassenden Untersuchungsmaxime den vollen Sachverhalt zu erforschen. Die verstärkte richterliche Mitwirkung im Verfahren darf keinesfalls die fehlende Mitwirkung der Parteien ersetzen oder die Mängel einer unzureichenden Prozessführung

beheben; sie soll aber immerhin der Wahrheitsfindung und der Verwirklichung des materiellen Rechts dienen. In diesem Sinne hat der Richter lediglich aufgrund des Vorgebrachten das Beweisverfahren in einer nicht beantragten Weise zu ergänzen (vgl. PKG 1990 Nr.; Walder/Boner, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1983, § 18 Rz 14). Umgekehrt kann es jedoch auch bei einer eingeschränkten Auffassung von der Bedeutung der *Offizialmaxime* nicht völlig ins Belieben des Richters gestellt sein, ob er gewisse Erhebungen vornehmen will oder nicht. Die eingeschränkte *Offizialmaxime* begründet nicht bloss ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Richters, würde doch andernfalls der Kerngehalt der *Offizialmaxime* völlig ausgehöhlt. Der Richter soll wenigstens versuchen, die Sachlage aufgrund der Parteivorbringen nach Möglichkeit aufzuhellen, wenn die von den Parteien offerierten Beweise dazu nicht geeignet sind (vgl. Ernst, Beschleunigtes und summarisches Verfahren nach bündnerischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1965, S. 80). Mit anderen Worten darf sich der Richter seiner Aufgabe, von Amtes wegen Erhebungen durchzuführen, dort nicht entziehen, wo sich minimale Abklärungen aufgrund der Parteivorbringen geradezu aufdrängen (vgl. PKG 1992 Nr. 33). Formelle Voraussetzung einer Konkursöffnung ist eine rechtsgültig unterzeichnete Anzeige der Überschuldung an den Richter, gestützt auf einen Beschluss der Gesellschafterversammlung (Verfahren nach Art. 191 SchKG) oder der Geschäftsführung (Verfahren nach Art. 192 SchKG in Verbindung mit Art. 725a OR). Fehlen die formellen Voraussetzungen ist der Konkurs nicht zu eröffnen. Dem Bezirksgerichtspräsidium Plessur lag zwar eine durch Y. unterzeichnete Überschuldungsanzeige vor (vgl. act. 3 BG Plessur), ein entsprechender Beschluss, der die Deponierung der Bilanz stützt, ist den Akten jedoch nicht zu entnehmen. Dennoch sprach das Bezirksgerichtspräsidium Plessur den Konkurs über die A. GmbH aus. Das Einreichen der durch Y. unterzeichneten Überschuldungsanzeige, hätte das Bezirksgerichtspräsidium von Amtes wegen veranlassen sollen, zu überprüfen, ob diese auf einem Beschluss des zuständigen Organs unter Einhaltung eines gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens beruht.

5.a. Die Insolvenzerklärung nach Art. 191 Abs. 1 SchKG ist eine Vorstellungserklärung des Schuldners im Sinne einer Anzeige analog zur Überschuldungsanzeige nach Art. 192 SchKG. Eine Anzeige ist die blosser Mitteilung über einen Sachverhalt. Aus diesem Grunde muss der Schuldner, der mit der Insolvenzerklärung den Sachverhalt seiner Zahlungsunfähigkeit anzeigt, diesen nicht beweisen, sondern dem Konkursrichter gegenüber nur erklären. Dass der Gesetzgeber eine einfache Erklärung über den Sachverhalt der Zahlungsunfähigkeit ohne dessen Nachweis genügen lässt, ergibt sich aufgrund der natürlichen Vermutung vernunftgemässen Handelns des Schuldners (Art. 16 ZGB). Kein Schuldner wird in der Regel ange-

sichts der schwerwiegenden Folgen der Konkursöffnung (Art. 197 SchKG) seine Zahlungsunfähigkeit erklären, wenn die Aussage über diesen Sachverhalt nicht zutrifft (Alexander Brunner, a.a.O. N. 9 zu Art. 191 SchKG). Dennoch hat der Schuldner dem Richter seine finanziellen Verhältnisse darzulegen. Dieser ist dann auch zu strenger Prüfung angehalten (Amonn/Walther, a.a.O. § 38 N. 24). Somit hat der Konkursrichter im Verfahren nach Art. 191 SchKG die Zahlungsunfähigkeit zu prüfen.

b. Dasselbe hat im Grundsatz bei einer Konkursöffnung nach Art. 192 SchKG in Verbindung mit Art. 725a OR zu gelten. Wird dem Konkursrichter eine Überschuldung angezeigt, hat er die Pflicht, den Konkurs zu eröffnen, sofern die formellen und die materiellen Voraussetzungen gegeben sind (zu den formellen Voraussetzungen vgl. Erw. 3). Die materiellen Voraussetzungen einer Konkursöffnung sind das Vorliegen einer tatsächlichen Überschuldung der GmbH sowie das Fehlen eines Antrages und der Voraussetzungen für einen Konkursaufschub. Die materiellen Voraussetzungen sind vom Konkursrichter von Amtes wegen zu prüfen (Hanspeter Wüstinger, a.a.O. N. 1 und 2 zu Art. 725a OR). Somit hatte das Bezirksgerichtspräsidium Plessur die Überschuldung der A. GmbH zu prüfen.

6. Gemäss Art. 122 Abs. 1 ZPO wird in der Regel die unterliegende Partei zur Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens verpflichtet. Hat keine Partei vollständig obsiegt, können die Kosten verhältnismässig verteilt werden. In der vorliegenden Angelegenheit hat der Beschwerdeführer vollumfänglich obsiegt, weshalb die Kosten des Bezirksgerichtspräsidiums Plessur und des Beschwerdeverfahrens zu Lasten von Y. gehen. Dies rechtfertigt sich deshalb, weil er durch sein Vorgehen das Verfahren vor dem Bezirksgerichtspräsidium Plessur und dem Kantonsgericht verursacht hat. Die Höhe der Gerichtskosten richtet sich nach Art. 48 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG, SR 281.35). Y. hat die anwaltlich vertretene Gegenpartei aussergerichtlich angemessen zu entschädigen (Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG).

III. Demnach wird erkannt

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten werden kann, gutgeheissen und der angefochtene Konkursentscheid aufgehoben.
2. Die Kosten des Bezirksgerichtspräsidiums Plessur von CHF 200.00 und jene des Kantonsgerichts von Graubünden von CHF 500.00 (inkl. Schreibgebühr) gehen zu Lasten von Y., welcher den Beschwerdeführer ausseramtlich mit CHF 1000.00 zu entschädigen hat.
3. Gegen diese Entscheidung kann gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. c/d des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.
4. Mitteilung an: