

ZK 12 65, publiziert Dezember 2012

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 17. September 2012

Besetzung

Oberrichter Bähler (Referent), Oberrichter Messer und Oberrichter Kiener
Gerichtsschreiber Erismann

Verfahrensbeteiligte

X. AG,

Klägerin/Berufungsklägerin

gegen

Konkursmasse der Y. AG in Liquidation

Beklagte/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Kollokationsklage

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau vom 1. November 2011

Regeste:

- *Art. 73 Abs. 2 FusG, Art. 211 Abs. 2 SchKG, Art. 268 Abs. 1 OR; Wirkungszeitpunkt einer Vermögensübertragung; rückwirkende Abänderung eines übereinstimmenden Vertragswillens; Wirkungen des Konkurses der Mieterin von Geschäftsräumen auf das Mietverhältnis; Geltung des mietrechtlichen Retentionsrechts im Konkurs der Mieterin.*
- *Der in einem Vermögensübertragungsvertrag vorgesehene rückwirkende Übergang von Nutzen und Gefahr zeitigt nur (buchhalterische) Innenwirkung und ändert auch unter den Parteien des Vertrages nichts an den Eigentumsverhältnissen.*
- *Ein früherer übereinstimmender Wille auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung kann nicht rückwirkend durch einen späteren übereinstimmenden Willen auf Entgeltlichkeit ersetzt werden.*

- *Der Nichteintritt der Konkursverwaltung in den Mietvertrag beendet diesen nicht. Die Vermieterin von Geschäftsräumen kann im Konkurs der Mieterin eine Mietzinsforderung im Umfang ihres Retentionsrechts gemäss Art. 268 OR, d.h. den laufenden Halbjahreszins, als faustpfandgesicherte Konkursforderung geltend machen.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die X. AG und die Y. AG waren zwei im selben Industriezweig tätige Gesellschaften, welche vom gleichen Alleinaktionär beherrscht und von diesem als einzigem Verwaltungsrat geführt wurden.

Er hatte ursprünglich geplant, die Gesellschaften zu fusionieren. Die Fusionspläne wurden jedoch im Verlauf des Jahres 2009 aufgegeben. Stattdessen schlossen die Gesellschaften am 25. Juni 2009 einen Vermögensübertragungsvertrag ab, mit welchem die X. AG ihre Aktiven und Passiven - mit Ausnahme einer Industrieliegenschaft - auf die Y. AG übertrug. In diesem Vertrag wurde vereinbart, dass die Y. AG rückwirkend per 1. Januar 2009 Nutzen und Gefahr tragen solle. Die Vermögensübertragung wurde am 28. Juli 2009 in das Tagebuch des Handelsregisters eingetragen.

Die Parteien schlossen sodann am 9. September 2009 einen Mietvertrag, worin sich die Y. AG verpflichtete, die nach wie vor im Eigentum der X. AG stehende Industrieliegenschaft zu mieten. Der Mietbeginn wurde im Vertrag rückwirkend auf den 1. Januar 2009 festgelegt und die Mietdauer war vorerst auf 5 Jahre befristet.

Am 27. Oktober 2009 wurde über die Y. AG der Konkurs eröffnet. Die Konkursverwaltung trat in der Folge nicht in das Mietverhältnis ein und gab die Industrieliegenschaft der X. AG frei.

Die X. AG (Berufungsklägerin) meldete im Konkurs der Y. AG eine retentionsgesicherte Mietzinsforderung für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis und mit 30. April 2010 an. Diese Forderung wurde von der Konkursverwaltung jedoch nicht kolloziert, u.a. mit der Begründung, der Mietvertrag sei simuliert.

Die Vorinstanz schützte diese Auffassung und wies die von der X. AG erhobene Kollokationsklage ab.

Die Kammer hob den angefochtenen Entscheid auf und hiess die Kollokationsklage teilweise gut. Sie kam in einem ersten Schritt beweiswürdigend zum Schluss, dass sich nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sagen lasse, dass der Mietvertrag nicht gewollt, also simuliert, gewesen sei. Ausgehend von der grundsätzlichen Gültigkeit des Mietvertrages prüfte sie in der Folge, ob die Rechtsordnung der Mietzinsforderung im geltend gemachten Umfang sonstwie entgegen steht.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

III. Materielles

(...)

d) Erwägungen der Kammer

(...)

bbb) Bedeutung des Vermögensübertragungsvertrags (Zeitraum 01.01.09 – 28.07.09)

38. Es fragt sich, welche Bedeutung der Vermögensübertragungsvertrag vom 25. Juni 2009 in Bezug auf die vertraglich vorgesehene Verpflichtung der Y. AG zur rückwirkenden Leistung von Mietzinsen hat.

39. Bekanntlich sah der Vertrag vor, dass Nutzen und Gefahr der Y. AG rückwirkend per 1. Januar 2009 beginnen sollten (...).

Die Berufungsklägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass nach der unter den Parteien massgeblichen (rückwirkenden) Innenwirkung des Vermögensübertragungsvertrages die X. AG das Industrieareal seit 1. Januar 2009 der Y. AG für ihren Betrieb überlassen habe. Dies entspreche einem (faktischen) Mietverhältnis.

Die Berufungsbeklagte ist dagegen der Ansicht, es komme einzig auf die Aussenwirkung des Vermögensübertragungsvertrages an. Bis zum Eintrag der Vermögensübertragung in das Tagebuch des Handelsregisters sei die Berufungsklägerin Eigentümerin der übertragenen Betriebsmittel gewesen. Damit könne bis zu diesem Zeitpunkt auch kein faktisches Mietverhältnis vorliegen.

40. Gemäss Art. 73 Abs. 1 FusG muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan des übertragenden Rechtsträgers dem Handelsregisteramt die Vermögensübertragung zur Eintragung anmelden. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung wird die Vermögensübertragung mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger über.

Der Vermögensübertragungsvertrag kann somit erst mit der Eintragung im Handelsregister Wirkungen nach aussen entfalten, d.h. der Handelsregistereintrag ist konstitutiv für den Vermögensübergang (ZK-BERETTA, N 22 zu Art. 73 FusG). Dies bedeutet, dass das Eigentum an den übertragenen Gegenständen erst mit dem Handelsregistereintrag übergeht. Massgebend für die Bestimmung des Zeitpunkts der Eintragung ist nach Art. 932 Abs. 1 OR die Einschreibung der Anmeldung in das Tagebuch (ZK-BERETTA, N 23 zu Art. 73 FusG). Die Y. AG wurde somit vorliegend erst

am 28. Juli 2009 Eigentümerin der Produktionsmittel, welche sich unverändert in den Räumlichkeiten der X. AG in [der Industrieliegenschaft] befanden.

Obwohl dies im Unterschied zur Fusion (Art. 13 Abs. 1 lit. g FusG) und zur Spaltung (Art. 37 Abs. 1 lit. g FusG) gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist, können die Parteien unter sich die Wirksamkeit einer Vermögensübertragung unabhängig vom Datum von deren Eintragung vertraglich regeln. Die Wirkungen der Vermögensübertragung können dabei insbesondere rückwirkend auf ein bestimmtes Datum festgelegt werden (VON DER CRONE ET AL. [Hrsg.], www.fusg.ch, 2. Aufl. Zürich 2012, N 1233; vgl. auch ZK-BERETTA, N 24 zu Art. 73 FusG). So kann beim Inventar auf einen zurückliegenden Zeitpunkt abgestellt werden und oft wird auch der Übergang von Nutzen und Gefahr auf den zurückliegenden Stichtag vereinbart. Dies bedeutet aufgrund der Konstitutivwirkung des Handelsregistereintrags aber nicht, dass die Vermögenswerte effektiv rückwirkend zu Eigentum übertragen würden. Vielmehr gelten damit bloss die betriebsbezogenen Handlungen der übertragenden Gesellschaft ab dem Stichtag als für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft vorgenommen (NICOLAS ZBINDEN, Aufgepasst bei Betriebsübertragungen, TREX 2012 16 ff., 18). Ab dem Stichtag sind mithin die Geschäftsvorfälle der übertragenden Gesellschaft in die Buchhaltung der übernehmenden Gesellschaft aufzunehmen (MARKUS VISCHER/ URS GNOS, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz 2007-2010, AJP 2011 402 ff., 416). Die Bezugnahme auf einen Bilanzstichtag erfolgt häufig aus buchhalterischen und steuerlichen Gründen. Die Parteien beabsichtigen damit zum einen, keinen Zwischenabschluss vornehmen zu müssen. Zum anderen sollen in steuerlicher Hinsicht die betrieblichen Rechtsgeschäfte nicht noch bis zur Unterzeichnung des Vermögensübertragungsvertrages abgegrenzt werden müssen (NICOLAS ZBINDEN, a.a.O.). In jedem Fall handelt es sich aber um einen Fall einer sog. „unechten“ Rückwirkung, bei welcher sich am Zeitpunkt der materiell-rechtlichen Wirkung grundsätzlich nichts ändert (CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Die "Rückwirkung" bei gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, SZW 1997 1 ff., 9).

41. Standen die Produktionsmittel aber nach dem Gesagten bis zum 28. Juli 2009 auch im Verhältnis unter den Vertragsparteien im Eigentum der Berufungsklägerin, so bedurfte es bis zu diesem Zeitpunkt keines Mietvertrages. Die X. AG beherbergte vielmehr die eigenen Maschinen in den eigenen Räumlichkeiten.

Im Rahmen des Abrechnungsverhältnisses über Nutzen und Gefahr war daher höchstens der Aufwand für die Nutzung des eigenen Gebäudes zu berücksichtigen. Würde dagegen ein Mietverhältnis angenommen, so hiesse dies, das im Rahmen der unechten Rückwirkung bestehende Abrechnungsverhältnis mit Aussenwirkungen auszustatten, indem die Liegenschaftseigentümerin für solche „Raumkosten“ das Retentionsrecht gemäss Art. 268 OR und somit ein Vollstreckungsprivileg zu Lasten von Drittgläubigern beanspruchen könnte. Die unechte Rückwirkung würde somit teilweise zu einer echten, was von Art. 73 Abs. 2 FusG aber gerade ausgeschlossen wird.

42. Zwischenfazit: Eine rückwirkende Geltung des Mietvertrages vom 9. September 2009 konnte aufgrund der Eigentumsverhältnisse für die Zeit vor dem 28. Juli 2009 nicht wirksam vereinbart werden und in diesem Zeitraum lag auch kein faktisches Mietverhältnis vor.

ccc) Früherer mündlicher Mietvertrag (Zeitraum 01.01.09 – 09.09.09)?

(...)

45. (...) Erst am 9. September 2009 bestand der Wille, dass die Y. AG der (...) X. AG für die Nutzung der Räumlichkeiten CHF 32'500.00 monatlich (zuzüglich MWST) für die Zukunft, aber auch rückwirkend leisten sollte. Zuvor erfolgte die Nutzung im Rahmen einer Quersubventionierung entweder unentgeltlich oder war durch eine (allenfalls anteilmässige) Übernahme von „Raumaufwand“ abzugelten.
46. Dass man angesichts der sich fortentwickelnden wirtschaftlichen Situation im September 2009 dann eben doch einen Mietvertrag schliessen wollte, ist nachvollziehbar und legal. Wie es dem Alleinaktionär der beiden Gesellschaften freistand, den Produktionsbetrieb durch die Liegenschaftsgesellschaft quersubventionieren, war er auch befugt, diese Quersubventionierung wieder aufzuheben, da er (...) gemäss der (...) bundesgerichtlichen Rechtsprechung ([BGE 126 III 361 E. 5a S. 366 f.]) nicht auf die Interessen Dritter (Teilhaber oder Gläubiger) achten musste.
47. Jedoch konnte der zuvor bestehende Wille auf eine unentgeltliche oder auf jeden Fall wesentlich günstigere Nutzungsüberlassung nun am 9. September 2009 nicht nachträglich durch einen rückwirkenden Mietvertrag geändert werden. So hält das Bundesgericht in BGE 137 V 463 E. 5.1 S. 470 fest (Hervorhebung hinzugefügt): *„Certes les parties sont libres de décider, sur la base d'un engagement de nature obligationnelle, de faire produire au contrat certains effets à partir d'une date antérieure à la conclusion de celui-ci (pour des exemples, voir CORRADO RAMPINI, Vorbei ist vorbei - Gedanken zur gewillkürten Rückwirkung im Schuld- und Gesellschaftsrecht, in Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, 2008, p. 353 ss). Dans la mesure toutefois où cela a pour conséquence de requalifier des obligations juridiques et, partant, de rompre l'ordre juridique antérieur, la rétroactivité n'est pas admissible (sur l'ensemble de cette question, VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3e éd. 1979, p. 153 s.; voir également CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Die "Rückwirkung" bei gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, RSDA 1997 p. 9)“.*
48. Daher muss dem Mietvertrag vom 9. September 2009 die Wirkung insoweit abgesprochen werden, als damit eine Mietzinsforderung für die Nutzung vom 01. Januar 2009 bis zum 08. September 2009 begründet werden sollte.
49. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob der Abschluss eines rückwirkenden Vertrages bereits aufgrund des Schriftformerfordernisses von Art. 718b OR scheitert.
50. Damit steht als weiteres Zwischenfazit fest, dass der Berufungsklägerin auch für die Zeit vom 28. Juli 2009 bis zum 08. September 2009 keine Mietzinsforderung zusteht.

ddd) Mietzins für die Zeit nach Konkurseröffnung

(...)

53. Gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG hat die Konkursverwaltung das Recht, zweiseitige Verträge, die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht oder nur teilweise erfüllt sind, anstelle des Schuldners zu erfüllen. Dies gilt auch für Mietverträge, welche die konkursite Gesellschaft als Mieterin abschloss. Wenn die Konkursverwaltung von ihrer Möglichkeit nach Art. 211 Abs. 2 SchKG keinen Gebrauch macht, also nicht in den Mietvertrag eintritt, bedeutet dies nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber nicht, dass das Mietverhältnis auf Grund des Konkurses der Mieterin ohne Weiteres beendet worden wäre. Solange die Vermieterin am Mietvertrag festhält, besteht die Folge der Erfüllungsablehnung einzig darin, dass die Verpflichtung der Gemeinschuldnerin nicht zur Schuld der Masse wird, sondern im Umfang des Retentionsrechtes als Konkursforderung zu behandeln ist (BGE 124 III 41 E. 2b S. 42; BGer-Urteil 5C.97/2006 vom 30. Juni 2006 E. 2.4.; zum Ganzen auch FRANCO LORANDI, Mietverträge im Konkurs des Mieters, mp 1/98, S. 1 ff.).

54. Der Berufungsklägerin steht somit auch für die Zeit nach der Konkurseröffnung eine Mietzinsforderung zu, und zwar im Umfang ihres Retentionsrechtes gemäss Art. 268 OR, d.h. für den laufenden Halbjahreszins.

Das laufende Halbjahr beginnt dabei mit dem letzten Zinstermin vor dem Retentionsbegehren (BGE 97 III 43 E. 3 S. 46) und dauert längstens bis sechs Monate nach der Konkurseröffnung (BGE 124 III 41 E. 2b S. 42; vgl. dazu BSK OR I - WEBER, N 9 zu Art. 268-268b OR). (...)

55. Als Zwischenfazit steht damit fest, dass der Mietvertrag vom 9. September 2009 durch die Konkurseröffnung über die Y. AG nicht aufgelöst wurde und die Berufungsklägerin Mietzinsforderungen im Umfang [des] Retentionsrechtes (...) als Konkursforderungen eingeben kann.

(...)

bb) Bestand und Umfang des Retentionsrechtes

(...)

bbb) Retentionsrecht für die Zeit nach Konkurseröffnung

71. Die Berufungsbeklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass Mietzinsforderungen aus der Vermietung von Geschäftsräumen, die nach Konkurseröffnung entstanden sind, als Konkursforderungen dritter Klasse zu behandeln seien. Eine Kollokation als pfandgesicherte Forderungen sei nur für die im Zeitpunkt des Konkurses bereits fälligen Forderungen möglich.

72. Wie bereits dargelegt (vorstehend Rz. 53 ff.), sind die nach der Konkurseröffnung entstandenen Mietzinsforderungen im Umfang des Retentionsrechtes als Konkursforderungen zu behandeln.

Das Abstellen auf das Retentionsrecht macht aber nur dann Sinn, wenn dieses auch wirksam ist, d.h. die Pfandsicherung im Konkurs tatsächlich greift.

So hatte das Bundesgericht bereits in seinem Entscheid BGE 104 III 84, auf welchen in BGE 124 III 41 E. 2b S. 42 verwiesen wird, die von der dortigen Vorinstanz vorgenommene Kollokation einer Mietzinsforderung als retentionsgesicherte Forderung geschützt. Auch aus BGer 5C.97/2006 geht entgegen der Ansicht der Berufungsbeklagten sehr wohl hervor, dass die Kollokation als pfandversicherte Forderung zu erfolgen hat. In jenem Fall hat das Bundesgericht nämlich bezüglich der Verzugszinsen ausgeführt, dass die Wirkungen von Art. 268 OR durch das Konkursrecht in keiner Weise eingeschränkt würden (E. 2.4.2). Dies muss umso mehr für auch für die Grundforderung gelten.

Mit anderen Worten kann für Mietzinsforderungen, welche den Rahmen von Art. 268 Abs. 1 OR nicht sprengen, unabhängig von der Konkurseröffnung die Pfandsicherung über das Retentionsrecht beansprucht werden (so auch BSK OR II – WEBER, N 12a zu Art. 268 -268b OR; die von der Berufungsbeklagten als Gegenmeinung zitierten Autoren STÖCKLI/BOSSA, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, Basel 2009, N 8 zu Art. 219 SchKG, befassen sich nicht explizit mit dem Fall, dass ein Retentionsrecht beansprucht wird).

(...)

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.