
CORRADO RAMPINI

Vorbei ist vorbei – Gedanken zur gewillkürten Rückwirkung im Schuld- und Gesellschaftsrecht

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	345
II.	Beispiele gesetzlich vorgesehener Rückwirkung	346
III.	Rückwirkende Fusion als klassisches Beispiel	349
	A. Zivilrechtliche Wirksamkeit der Fusion	349
	B. Unechte Rückwirkung für handelsbilanzrechtliche und steuerrechtliche Zwecke	351
IV.	Vertragliche Rückwirkung	351
	A. Unechte Rückwirkung	352
	B. Echte Rückwirkung?	353
	1. Allgemeines	353
	2. Widersprüchlich Rechtshandlungen	353
	3. Begründung dinglicher Rechte	354

I. Einleitung

Runde Geburtstage bieten Anlass, auf die vergangene Zeit zurück zu schauen. Und manch einer mag sich beim Schwelgen in den Erinnerungen wünschen, er könnte die vergangenen Jahre nochmals durchleben. Doch vorbei ist vorbei. Die Zeitreise gibt es bekanntlich nur im Film, und hinlänglich bekannt wurden die daraus entstehenden Probleme mit dem Hollywood-Streifen «Back to the Future» (1985). Als Micheal J. Fox alias Marty McFly im von Doc Brown zur Zeitmaschine umgebauten DeLorean ins Jahr 1955 zurückreist, verhindert er prompt um ein Haar, dass sich seine Eltern Lorraine und George kennen lernen und stellt damit seine eigene Existenz in Frage. Denn wenn sich seine Eltern nicht treffen, wird Marty McFly nicht geboren, kann also die Zeitreise nicht antreten und seine Eltern nicht am Treffen hindern – da haben wir den Salat! Ein Paradox¹, welches

¹ Dieses «Zeitreisenparadox» ist bekannt unter dem Namen «Grossmutter-» oder «Grossvater-Paradox». Es hat seinen Namen vom Gedankenexperiment, dass ein Zeitreisender in die Vergangenheit reist und seine eigene Grossmutter bzw. seinen Grossvater umbringt.

das Raum-Zeit-Kontinuum zerreißen und letztlich das Universum zerstören kann – so lernen wir's in der zweiten Folge der Back to the Future-Serie.²

Nun könnte man freilich meinen, für Juristen würden diese Probleme nicht gelten. Denn wacker werden Verträge rückwirkend abgeschlossen (nicht rückdatiert!), Forderungen rückwirkend abgetreten und Fusionen mit Rückwirkung auf einen vergangenen Bilanzstichtag vereinbart. Ja ist die Vergangenheit denn auch in der Juristenwelt unabänderbar? Und entstehen daraus keine Zeitreisen-Paradoxe? Der vorliegende Beitrag versucht – freilich nur oberflächlich und unvollständig – einige Gedanken dazu festzuhalten.

II. Beispiele gesetzlich vorgesehener Rückwirkung

Tatsächlich gibt es eine Reihe gesetzlich vorgesehener Fälle, in welcher Rechtshandlungen rückwirkend wirken:

Das gilt vorab im *Registerrecht*: So werden *Handelsregistereintragen* (zum Beispiel die Eintragung der Fusion zweier Aktiengesellschaften, siehe unten) gemäss Art. 932 Abs. 1 OR und dem soeben revidierten Art. 34 HRegV «mit der Genehmigung durch das Eidgenössische Handelsregisteramt *rückwirkend* auf den Zeitpunkt der Eintragung in das Tagesregister rechtswirksam» (Hervorhebung hinzugefügt). Das Gesetz sieht hier damit ausdrücklich eine Rückwirkung vor.^{3,4} In der Praxis erfolgt die Genehmigung in der Regel ein bis zwei Arbeitstage nach der Eintragung ins Tagebuch. Im *Grundbuchrecht* entstehen die dinglichen Rechte durch die Eintragung ins Hauptbuch (Art. 972 Abs. 1 ZGB). Ihre Wirkung wird aber auf den Zeitpunkt der Einschreibung ins Tagebuch zurückbezogen (Art. 972 Abs. 2 ZGB). Es findet damit auch im Grundbuchrecht eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Tagebucheintrags statt. In zeitlicher Hinsicht kann diese Rückwirkung beträchtlich sein, denn in manchen Kantonen können zwischen der Eintragung ins Tagebuch und der Eintragung ins Hauptbuch Wochen oder gar Monate verstreichen.

² Nachzulesen in der «Futurepedia» unter <http://www.btff.wikia.com>.

³ Auch vor der Revision der Handelsregisterverordnung sah Art. 115 Abs. 2 aHRegV vor, dass eine Eintragung, die dem eidgenössischen Amt mitzuteilen ist, unter der Voraussetzung der Genehmigung durch dieses Amt wirksam wird. Da die Genehmigung regelmässig nach dem Eintrag ins Tagebuch stattfindet, fand mit der Genehmigung eine Art Rückwirkung statt.

⁴ Bei Statutenänderungen, die ausschliesslich interne Bedeutung haben, tritt die Wirkung bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung ein, vgl. z.B. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 6 N 69.

Im *Vertragsrecht* kommt ein Vertrag unter Abwesenden mit dem Eintreffen der Annahmeerklärung zustande, doch beginnen die Vertragswirkungen gemäss Art. 10 OR (rückwirkend) bereits im Zeitpunkt der Abgabe der Annahmeerklärung zum Versand.⁵ Bei der Stellvertretung ohne Vollmacht wirkt die Genehmigung des Vertrages *ex tunc*, d.h. rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses durch den vollmachtslosen Stellvertreter (Art. 38 OR). Bei Haustürgeschäften kann der Kunde den Vertrag gemäss Art. 40a ff. OR binnen sieben Tagen widerrufen, so dass der Vertrag *ex tunc* (rückwirkend) entfällt. Weitere Beispiele der *ex tunc wirkenden Aufhebung von Verträgen* sind namentlich der Rücktritt vom Vertrag (z.B. Art. 109 OR) oder die Anfechtung wegen Willensmängeln (Art. 23 ff. OR) nach der sog. Anfechtungstheorie.⁶

So unterschiedlich diese Beispiele auch sind, so ist ihnen doch gemein, dass im Zeitpunkt, auf welche die rechtliche Wirkung zurückwirkt, eine Rechtshandlung stattgefunden hat. So fand im Registerrecht der Eintrag ins Tagebuch durch die Registerbehörden statt. Bei den vertragsrechtlichen Beispielen wurde die Annahmeerklärung zum Versand abgegeben, bzw. ein Vertrag abgeschlossen, der anschliessend unwirksam erklärt bzw. genehmigt wird. Es ist also nicht so, dass «aus dem Nichts» eine Rechtswirkung eintritt. Vielmehr bestimmt das Gesetz schlicht den Zeitpunkt der ersten Rechtshandlung als Wirksamkeitszeitpunkt.⁷ Untechnisch gesprochen könnte die Rückwirkung auch als suspensiv oder resolutiv bedingte Wirkung⁸ angesehen werden (bedingt durch die Eintragung ins Hauptbuch, die Anfechtung innert Frist etc.).

⁵ Vgl. dazu statt vieler ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974, 191; ZK-SCHÖNENBERGER/JAGGI, OR 10 N 4; BK-SCHMIDLIN, OR 10 N 8.

⁶ Nach der Ungültigkeits- oder Genehmigungstheorie ist der Vertrag von Anfang an unverbindlich und wird mit der Genehmigung nach Art. 31 OR *ex tunc* wirksam. Vgl. dazu statt vieler ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2006, § 14 N 269 ff., oder BSK OR I-SCHWENZER, Art. 21 N 8.

⁷ VON TUHR/PETER (FN 5), 153, sprechen von einer Fiktion: «Der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts soll so beurteilt werden, als ob eine erst später eintretende Tatsache schon anfänglich vorgelegen hätte.»

⁸ Zwar wird ein suspensiv bedingter Vertrag gemäss der dispositiven Regel des Art. 151 Abs. 2 OR im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung *ex nunc* wirksam. Die Parteien können aber einen anderen Zeitpunkt für den Beginn der Wirkungen des Bedingungseintritts bestimmen, namentlich den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, so dass der Vertrag bei Eintritt der Bedingung rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam wird; vgl. z.B. BSK OR I-EHRAT, Art. 151 N 12; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974, 274. Bei Resolutivbedingungen findet eine solche Rückwirkung in der Regel nicht statt (vgl. Art. 154 Abs. 2 OR; BGE 127 III 515), doch können die Parteien auch hier eine Rückwirkung vereinbaren; vgl. VON TUHR/ESCHER (FN 8), 275.

Dies hat zur Konsequenz, dass die rückwirkend eintretende Rechtswirkung in einem gewissen Masse voraussehbar ist, ist doch die Rückwirkung eine vom Gesetz vorgesehene Folge. Wer zum Beispiel ein Grundstück erwirbt, weiss, dass der Rechtserwerb von der Eintragung ins Hauptbuch abhängig ist.

Eine von dieser Regel abweichende Rückwirkungsbestimmung ist Art. 124 Abs. 2 OR, welche den Zeitpunkt der Wirksamkeit einer Verrechnungserklärung festlegt. Nach dieser Bestimmung wird die Verrechnungswirkung auf den Zeitpunkt zurückbezogen, in welchem sich die Forderungen erstmals zur Verrechnung geeignet gegenüberstanden. Diese Bestimmung widerspricht dem gängigen Muster: Das Gesetz sieht hier eine Rückwirkung vor, ohne dass vorher eine prominente Rechtshandlung der Parteien oder von Registerbehörden stattgefunden hat; es wird einzig auf die Entstehung der Verrechnungslage abgestellt. Erklären lässt sich diese besondere gesetzliche Regelung als Nachwirkung des französischen Systems, welches in praktisch allen romanischsprachigen Ländern geltendes Recht darstellt. Danach tritt die Verrechnungswirkung ohne Handlung oder Wissen der Parteien von Gesetzes wegen ein, sobald eine Verrechnungslage besteht.⁹ In der Praxis sind sich die Parteien der Konsequenzen dieser (dispositiven¹⁰) Regelung oft nicht bewusst. Art. 124 Abs. 2 OR hat insbesondere zur Folge, dass keine vertraglichen Zinsen für die Zeit zwischen dem Entstehen der Verrechnungslage und der Verrechnungserklärung geschuldet sind und für diese Zeit allfällige Verzugsfolgen (wie Verzugszins oder Verzugschaden) entfallen und allfällige Konventionalstrafen nicht zu bezahlen sind.¹¹ Sind solche Leistungen bereits entrichtet worden, können sie nach Bereicherungsrecht zurückgefordert werden.¹²

Im Rahmen dieses Aufsatzes interessieren nun nicht diese gesetzlich geregelten Fälle der Rückwirkung, und auch nicht eine allfällige Rückwirkung von neuen Gesetzen (Art. 2 ff. SchlT ZGB), sondern die von den Parteien gewillkürte, par-

⁹ Vgl. zum Ganzen EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 429 f.; vgl. auch PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage Zürich 2003, N 3438.

¹⁰ Nachweise bei ZK-AEPLI, OR 124 N 132.

¹¹ Diese gesetzlich vorgesehene Rückwirkung kann dazu führen, dass der Verrechnende letztlich besser gestellt ist, als wenn er die Schuld durch Zahlung erfüllt hätte, ein «Ergebnis, das sich nur schwer rechtfertigen lässt», vgl. BSK OR I-PETER, Art. 124 N 6.

¹² Erwähnung in diesem Zusammenhang verdient auch BGE 119 II 241, bei welchem sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen hatte, ob ein in Folge eines Verzuges aufgelöstes Vertragsverhältnis aufgrund der Rückwirkung einer nachfolgenden Verrechnungserklärung wieder auflebt. Konkret ging es um eine in Anwendung von Art. 257d OR erfolgte Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsrückstandes und die anschliessende Verrechnungserklärung des Mieters. Das Bundesgericht entschied, dass die Verrechnungserklärung trotz Art. 124 Abs. 2 OR nicht vermöge, den Mietvertrag wieder aufleben zu lassen.

teiautonome Rückwirkung von Verträgen oder gesellschaftsrechtlichen Vorgängen.

III. Rückwirkende Fusion als klassisches Beispiel

A. Zivilrechtliche Wirksamkeit der Fusion

Ein typisches Beispiel für einen gewillkürten rückwirkenden gesellschaftsrechtlichen Vorgang ist die rückwirkend auf einen Bilanzstichtag beschlossene Fusion, und weil der Jubilar bei praktisch allen grossen Schweizer Fusionen als federführender Anwalt beteiligt war, soll hier zuerst davon die Rede sein:

Dass Fusionen rückwirkend auf einen Bilanzstichtag beschlossen werden, entspricht der gängigen Praxis. Um eine eigentliche Rückwirkung handelt es sich dabei aber nicht: Art. 22 Abs. 1 FusG legt ausdrücklich fest, dass die Fusion (zivilrechtlich) mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam wird. Von einer Rückwirkung auf den Stichtag der Übernahmebilanz spricht Art. 22 Abs. 1 FusG nicht. Die fusionierenden Gesellschaften bleiben damit bis zum Zeitpunkt des Handelsregistereintrags bestehen, und zwar auch dann, wenn der Fusionsvertrag eine Rückwirkungsklausel (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. g FusG sowie unten) enthält.¹³ Auch das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht erst in diesem Moment auf die übernehmende Gesellschaft über.¹⁴ Art. 22 Abs. 1 FusG ist zwingendes Recht und steht nicht zur Disposition der Parteien.

Genauer müssen gemäss Art. 129 Abs. 1 HRegV Fusionen (wie alle Umstrukturierungen, an welchen mehrere Rechtseinheiten beteiligt sind) bei allen beteiligten Rechtseinheiten am gleichen Tage ins Tagesregister eingetragen werden. Befinden sich nicht alle Rechtseinheiten im selben Registerbezirk, so müssen die Handelsregisterämter ihre Eintragungen aufeinander abstimmen (Art. 129 Abs. 2 HRegV). Die Wirksamkeit tritt sodann – nach dem oben Gesagten – mit der Genehmigung durch das Eidgenössische Handelsregisteramt *rückwirkend* auf den Zeitpunkt des Tagesregistereintrages ein. Die Rückwirkung beschränkt sich damit auf diese «*kleine Rückwirkung*», die allen Handelsregistereintragen eigen ist.

¹³ Grundlegend CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, Die «Rückwirkung» bei gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, SZW 1/1997, 1 ff. (zur Rechtslage vor Inkrafttreten des FusG).

¹⁴ Damit weicht Art. 22 Abs. 1 FusG von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor Inkrafttreten des FusG ab, nach welcher das Vermögen der übertragenden Gesellschaft bereits im Zeitpunkt der Genehmigung des Fusionsvertrages durch die Generalversammlungen der beteiligten Gesellschaften übergeht, vgl. BGE 108 Ib 454.

Ob innerhalb des Tages auf den Eintrag bei der übertragenden Gesellschaft, der übernehmenden Gesellschaft oder schlicht auf den ersten der Einträge oder den letzten abzustellen ist, sagt das Gesetz nicht.

Damit leben die fusionierenden Gesellschaften vor erfolgter Genehmigung durch das Eidgenössische Handelsregisteramt in einem Schwebezustand, indem die Gesellschaften nicht mit Sicherheit wissen können, ob die Eintragung genehmigt wird. Hinzu kommt, dass die Parteien vom Eintrag ins Tagebuch in der Regel erst erfahren, nachdem die Genehmigung des Eidgenössischen Handelsregisteramts vorliegt – sie werden sich des Beginn des Schwebezustandes damit oft gar nicht bewusst. Schliesslich können die Parteien in der Regel ohnehin nicht wissen, wann innerhalb des Tages der Eintrag ins Tagebuch erfolgt ist und damit die Rechtswirksamkeit der Fusion (rückwirkend) eingetreten ist, denn dies wird in aller Regel durch das Handelsregister nicht bekannt gegeben. Diese fehlende Voraussehbarkeit und Transparenz des exakten Wirksamkeitszeitpunktes kann zu praktischen Problemen führen. Zum Beispiel werden die fusionierenden Gesellschaften während der fraglichen Zeit in der Regel weiterhin Verträge eingehen und andere Rechtshandlungen vornehmen, so dass diese allenfalls unter der falschen Firma¹⁵ (bzw. – auf Seiten der übertragenden Gesellschaft – im Namen der einer aufgelösten und im Handelsregister gelöschten Gesellschaft¹⁶) oder durch Zeichnungsberechtigte, die in jenem Zeitpunkt nicht mehr oder noch nicht zeichnungsberechtigt waren,¹⁷ getätigt werden. Bei börsenkotierten Aktien wird der Handel in der Praxis am Fusionstag nicht eingestellt, so dass *arguendo* nach dem erfolgten Tagebucheintrag mit nicht mehr existierenden Aktien gehandelt wird.¹⁸

¹⁵ Hier gilt *falsa demonstratio non nocet* (Art. 18 Abs. 1 OR). Dieses Problem stellt sich analog auch bei einer normalen Firmenänderung.

¹⁶ Dieses Resultat lässt sich vermeiden, wenn dogmatisch davon ausgegangen wird, dass die übertragende Gesellschaft nicht untergeht, sondern in der übernehmenden Gesellschaft aufgeht, so dass das Rechtssubjekt der übertragenden Gesellschaft in der übernehmenden Gesellschaft weiterlebt.

¹⁷ Praktisch lässt sich dieses Problem vermeiden, wenn gleichzeitig mit der Anmeldung der Fusion sämtliche Zeichnungsberechtigten der übertragenden Gesellschaft bei der übernehmenden Gesellschaft eingetragen werden.

¹⁸ Problematisch ist dies m.E. nicht, denn mit der Fusion erwerben die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft *ex lege* im Umfange des Umtauschverhältnisses die Stellung von Aktionären der übernehmenden Gesellschaft, so dass die an der Börse gehandelten «alten Aktien» als unverbriefte Aktien der übernehmenden Gesellschaft bzw. Ansprüche gegen die übernehmende Gesellschaft auf Erhalt von neuen Aktienzertifikaten verstanden werden können.

B. Unechte Rückwirkung für handelsbilanzrechtliche und steuerrechtliche Zwecke

Das Fusionsgesetz sieht in Art. 13 Abs. 1 lit. g FusG aber auch ausdrücklich vor, dass der Fusionsvertrag eine Klausel zu enthalten hat, die den Zeitpunkt festlegt, «von dem an die Handlungen der übertragenden Gesellschaft als für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft vorgenommen gelten.»

Ihre Bedeutung hat diese Bestimmung in der handelsrechtlichen Rechnungslegung und damit (aufgrund des steuerrechtlichen Massgeblichkeitsprinzips¹⁹) indirekt im Steuerrecht. Sie erlaubt, dass die handelsrechtliche Bilanz und die Erfolgsrechnung der fusionierenden Gesellschaften rückwirkend auf den Stichtag einer (in der Regel bereits existierenden) (Zwischen-)Bilanz zusammengeführt werden und damit die Erstellung einer Zwischenbilanz auf den Zeitpunkt der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Fusion vermieden wird. Die bis zum zivilrechtlichen Wirksamkeitszeitpunkt eingetretenen Geschäftsvorfälle der fusionierenden Gesellschaften werden so verbucht, wie wenn sie bei der übernehmenden Gesellschaft eingetreten wären. Steuerrechtlich wird eine solche «Rückwirkung» von den Steuerbehörden akzeptiert, wenn zwischen dem Stichtag der Übernahmebilanz und der Anmeldung beim Handelsregister nicht mehr als sechs Monate liegen.²⁰

Das Gesetz räumt den fusionierenden Gesellschaften damit Autonomie zur Bestimmung des handelsbilanzrechtlichen Stichtages der Fusion ein. Eine weitergehende Bedeutung hat Art. 13 Abs. 1 lit. g FusG jedoch nicht – sie ändert insbesondere nichts daran, dass die Fusion im Zeitpunkt des Handelsregistereintrages zivilrechtlich wirksam wird.²¹

IV. Vertragliche Rückwirkung

Wie aber verhält es sich nun mit anderen mit Rückwirkung vorgenommenen Rechtsgeschäften? In der Praxis besteht oft aus verschiedenen Gründen ein

¹⁹ Art. 58 Abs. 1 Bst. a DBG bzw. Art. 42 Abs. 3 StHG.

²⁰ Vgl. Kreisschreiben Nr. 5 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 1. Juni 2004 (Umstrukturierungen), Ziffer 4.1.2.2.3: «Eine rückwirkende Fusion wird steuerlich nur dann anerkannt, wenn die Anmeldung zusammen mit dem Fusionsbeschluss innerhalb von sechs Monaten nach dem Stichtag der Übernahmebilanz beim Handelsregister eingetroffen ist und die Anmeldung ohne irgendwelche Weiterungen zum Eintrag führt.»

²¹ Vgl. statt vieler BSK FusG-WOLF, Art. 13 N 10.

(manchmal bloss vermeintliches) Bedürfnis der Parteien, einen Vertrag rückwirkend abzuschliessen. Sie wollen damit zum Beispiel einen verpassten Vertragsabschluss nachholen, die Zeit vor dem Vertragsschluss gleich mitregeln oder gegenüber Dritten sagen können, es hätte schon immer ein Vertrag bestanden.

Zu unterscheiden ist dabei zwischen der unechten Rückwirkung und der echten Rückwirkung:

A. Unechte Rückwirkung

Zulässig ist in jedem Fall eine unechte Rückwirkung. Gemeint ist damit, dass die Parteien beim Vertragsschluss vereinbaren, dass sie es für die Vergangenheit so halten möchten, wie wenn sie zu einem bestimmten Zeitpunkt bereits ein Vertrag geschlossen hätten und ihre gegenseitigen vertraglichen Rechte und Pflichten an dieser «Fiktion» bemessen. Mit anderen Worten vereinbaren die Parteien, «zu tun, als ob» der Vertrag bereits vorher geschlossen worden ist. Dagegen ist nichts einzuwenden.²²

Beispiel: A tritt am 8. März 2008 eine Darlehensforderung rückwirkend per 1. Januar 2008 an C ab. Damit wollen die Parteien erreichen, dass C die laufenden Zinsen bereits ab dem 1. Januar, nicht erst ab dem 8. März zustehen.²³

Was die Parteien, welche einen Vertrag in diesem Sinne «rückwirkend» abschliessen, damit gemeint haben, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Zum Beispiel kann der Parteiwille bei einem rückwirkend abgeschlossenen Beratervertrag dahin gehen, dass sich das Honorar für im «Rückwirkungszeitraum» bereits geleistete Dienste nach der neuen vertraglichen Regel richtet (so dass z.B. reduzierte Ansätze oder ein Fixhonorar zur Anwendung gelangt). Tatsächliche Handlungen lassen sich dadurch natürlich nicht mehr verändern. Sieht beispielsweise der abgeschlossene Beratervertrag vor, dass der Berater 40 Beratungsstunden pro Monat erbringt, hat er aber in den nun rückwirkend erfassten Monaten nur 15 Stunden erbracht, so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die verpassten Stunden nun nachzuholen seien oder ob es dem Parteiwille entspricht, dass die Parteien so gestellt sein wollen, wie wenn 40 Stunden geleistet worden wären. Kaum je dürfte es dem Parteiwillen entsprechen, dass der Auftraggeber bereits Ansprüche aus Nichterfüllung gegen den Berater gelten machen kann, weil dieser nicht vollstän-

²² VON TUHR/PETER (FN 5), 153 f.

²³ Dasselbe Ergebnis könnten die Parteien erzielen, wenn A dem C am 8. März die Kapitalforderung und die laufende Zinsforderung abtritt, mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Abtretung.

dig erfüllt hat – dies zumindest, wenn die Parteien den Vertrag in Kenntnis dieses Umstandes rückwirkend eingegangen sind.

B. Echte Rückwirkung?

1. Allgemeines

Der Wille der Parteien vermag aber nichts daran zu ändern, dass bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein Vertrag zwischen den Parteien bestanden hat. Die Parteien können einen Vertrag nicht durch abweichende vertragliche Vereinbarung rückwirkend zur Entstehung bringen.²⁴ Denn die Begründung von vertraglichen Rechten und Pflichten setzt die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien voraus (Art. 1 Abs. 1 OR). Bevor die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend (Art. 1 Abs. 2 OR) gegenseitige Willensäußerungen ausgetauscht haben, können (unter Vorbehalt von Art. 10 Abs. 1 OR) keine vertraglichen Rechte und Pflichten entstehen. Auch wenn die Parteien einen Vertrag «rückwirkend» abschliessen, entstehen vertragliche Rechte und Pflichten erst mit dem Austausch der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäußerung, und auch dann nur für die Gegenwart und die Zukunft. Das schliesst freilich nicht aus, dass sich diese Rechte und Pflichten im Sinne einer unechten Rückwirkung auf Zeiträume vor dem Vertragsschluss beziehen, in dem Sinne, dass sich die Parteien beim Vertragsschluss auch Leistungen versprechen, die sich an vergangenen Perioden bemessen. Aber inwiefern wird diese Feststellung überhaupt relevant?

Relevant ist dies zum Beispiel dort, wo ein Vertrag der Begründung von absoluten Rechten dient, oder bei widersprüchliche Rechtshandlungen.

2. Widersprüchlich Rechtshandlungen

Dass es eine gewillkürte echte Rückwirkung nicht geben kann, zeigt sich einerseits bei widersprüchlichen Rechtshandlungen, d.h. bei Rechtshandlungen, welche im Widerspruch zu früheren Handlungen stehen.

Beispiel: A hat eine Forderung am 5. Januar 2008 an B verpfändet. Am 8. März 2008 tritt A dieselbe Forderung rückwirkend per 1. Januar 2008 an C ab. Es besteht kein Zweifel, dass eine verpfändete Forderung abgetreten werden kann; durch die Verpfändung einer Forderung wird dem Gläubiger die Verfügungsmacht

²⁴ VON TUHR/PETER (FN 5), 153.

über die Forderung nicht entzogen.²⁵ Würde die Abtretung tatsächlich rückwirkend am 1. Januar 2008 wirksam werden, wäre A bei der Verpfändung der Forderung am 5. Januar nicht Gläubiger dieser Forderung gewesen. Damit wäre das am 5. Januar 2008 begründete Pfandrecht an der Forderung ungültig, da es, um gültig zu sein, von C hätte vereinbart werden müssen.

Richtigerweise kann A die Forderung nach dem 5. Januar 2008 – nun, da sie verpfändet ist – nur noch mit dem Pfandrecht belastet abtreten – die Vergangenheit lässt sich nicht durch eine «Zeitreise» korrigieren. Der Zessionar erwirbt die Forderung erst im Zeitpunkt der Zession und trotz Rückwirkungsklausel nicht bereits in einem früheren Zeitpunkt.²⁶

3. Begründung dinglicher Rechte

Auch dingliche Rechte können die Parteien nicht rückwirkend zum Entstehen bringen:

Beispiel: A leiht B am 1. Januar 2008 sein Fahrrad. Am 8. März 2008 verkauft A das Fahrrad dem B, und zwar rückwirkend per 1. Januar. Da B bereits im Besitze des Fahrrads ist, erwirbt er Eigentum (*brevi manu traditio*).²⁷ Aber per wann? Am 8. März 2008 oder bereits am 1. Januar 2008?

Grundsätzlich steht es den Parteien frei, den Zeitpunkt des Übergangs des Eigentums zu vereinbaren.²⁸ Aber können sie auch einen Zeitpunkt in der Vergangenheit wählen?²⁹ Relevant ist diese Frage, weil B – aus der Sicht nach dem 8. März – bis zum 8. März im ersten Falle nur die Rechte eines Besitzers, im zweiten Falle jene eines Eigentümers zustehen. Wenn beispielsweise das Fahrrad im Laufe des Januars abhanden gekommen ist, so kann sich B im ersteren Fall nur auf den Besitzerschutz (Art. 926 ff. ZGB) und Besitzrechtsschutz (Art. 930 ff. ZGB), im zweiten Falle aber auf einen Vindikationsanspruch (Art. 641 Abs. 2 ZGB) berufen. Relevant ist es auch dort, wo vertragliche Ansprüche gegenüber Dritten von der Stellung als Eigentümer abhängen. Wenn zum Beispiel das Fahrrad Mitte Januar gestohlen wurde, kann B – je nach den Versicherungsbedingungen – den Diebstahl seiner Diebstahlversicherung nur anmelden, wenn er Eigentümer des Fahr-

²⁵ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164 N 18; VON TUHR/ESCHER (FN 8), 331 f. Anm. 20.

²⁶ Gleicher Ansicht VON TUHR/PETER (FN 5), 153.

²⁷ Bei der *brevi manu traditio* wird der bei einem unmittelbar oder mittelbar besitzenden Erwerber gegebene unselbständige Besitz durch rechtsgeschäftliche Einigung in selbständigen Besitz umgewandelt, vgl. HANS HANS HINDERLING, SPR V/1, 1977, 433.

²⁸ Vgl. BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 63; vgl. ferner BGE 55 II 302.

²⁹ Und können die Parteien den unselbständigen Besitz des Borgers rückwirkend in selbständigen Besitz als Eigentümer umwandeln (vgl. FN 27)?

rades war³⁰ – andernfalls müsste A dies tun, wenn er denn über eine Diebstahlversicherung verfügt.

Meines Erachtens ist klar: Gewillkürte rückwirkende Rechtswirkungen kann es im Zivilrecht nicht geben.³¹ Weil erst am 8. März 2008 eine causa für die Übertragung von Eigentum vorliegt, kann erst in diesem Zeitpunkt das Eigentum übergehen, auch wenn die Parteien die Rechtswirkung vertraglich vorziehen möchten. Wohl können die Parteien intern «so tun, als ob» und vereinbaren, dass ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten so sein sollen, wie wenn das Eigentum am 1. Januar übergegangen wäre. Dies ist beispielsweise bei Grundstückkaufverträgen nicht unüblich, indem die Parteien den Übergang von Nutzen und Gefahr auf den Monatsanfang legen (freilich meist nur, wenn dieser nur kurz vor dem Datum des Vertragsschluss liegt, weil sich sonst die Frage der Verzinsung des Kaufpreises stellt). Gegen eine solche unechte Rückwirkung ist freilich nichts einzuwenden.

³⁰ Dies wenn als versicherte Sachen gemäss der Police nur Eigentum des Versicherungsnehmers und der mit ihm in Hausgemeinschaft lebenden Personen oder Familienangehörigen versichert ist, während Dritteigentum, gemietete oder geleaste Gegenstände, anvertraute Sachen oder Gästeeffekten nicht oder nur bis zu einer bestimmten Limite gedeckt sind.

³¹ Gleicher Ansicht, VON TUHR/PETER (FN 5), 153.