

# **BGer 4A 550/2018 vom 29. Mai 2019**

Bundesgericht, 2019-05-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_550\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_550_2018)

FR: TF 4A 550/2018 du 29 mai 2019

IT: TF 4A 550/2018 del 29 maggio 2019

## **Regeste**

Auftrag | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der angefochtene Entscheid betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ), die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid ( Art. 90 BGG ) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz entschieden hat ( Art. 75 BGG ), der Beschwerdeführer ist mit seinen Anträgen unterlegen ( Art. 76 BGG ), der Streitwert ist erreicht ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ) und die Beschwerdefrist ist eingehalten ( Art. 100 BGG ). Die Beschwerde ist insoweit zulässig.

### **E. 2**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ; vgl. dazu BGE 132 II 257 E. 2.5 S. 262; BGE 130 III 136 E. 1.4 S. 140). Immerhin prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 116, 137 III 580 E. 1.3; BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254 mit Hinweisen). Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die Beschwerde führende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. BGE 140 III 86 E.2, 115 E. 2 S. 116). Soweit sich der Beschwerdeführer in der Beschwerde nicht mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinandersetzt und sich etwa damit begnügt, die Erwägungen der ersten Instanz oder seine eigenen Vorbringen darzustellen oder diese zu wiederholen, kann auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden.

### **E. 3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Lebenssachverhalt, der dem Streitgegenstand zugrunde liegt, als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt. Zum Prozesssachverhalt gehören namentlich die Anträge der Parteien, ihre Tatsachenbehauptungen, rechtlichen Erörterungen, Prozessklärungen und

Beweisvorbringen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Verweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen.) Soweit der Beschwerdeführer den Sachverhalt ergänzen will, hat er zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18). Soweit der Beschwerdeführer Sachverhaltsfeststellungen kritisiert, ohne seine Rügen hinreichend zu begründen oder soweit er seine Rügen auf einen von Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt stützt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie als Folge der fehlenden Dokumentation der Besprechung vom Januar 2004 durch die Beschwerdegegnerin das Beweismass für den ihm obliegenden Beweis nicht hinreichend herabgesetzt habe; er vertritt sinngemäss die Ansicht, die fehlende schriftliche Dokumentation der Besprechung vom Januar 2004 über die Chancen eines Rechtsmittels bedeute eine Verletzung der auftragsrechtlichen Rechenschaftspflicht oder sei als Beweisvereitelung zu qualifizieren, so dass die Beschwerdegegnerin die Substanziierungslast, d.h. die Beweislast trage.

#### **E. 4.1**

Eine eigentliche Beweisvereitelung im prozessrechtlichen Sinn setzt voraus, dass einerseits eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht zur Bewahrung des betreffenden Beweismittels besteht und dass andererseits die Bedeutung für den zukünftigen Prozess erkennbar sein muss. Das Bundesgericht hat zwar eine vertragliche Nebenpflicht zur Dokumentation lückenloser Aufklärung bei ärztlichen Behandlungen bejaht und bei Verletzung dieser Nebenpflicht eine Beweiserleichterung zugunsten der Patienten bejaht; es hat indes abgelehnt, aus der auftragsrechtlichen Rechenschaftspflicht eine selbständige Nebenpflicht des Arztes zur Beweissicherung zugunsten der Patientin abzuleiten ( BGE 141 III 363 E. 5.2 S. 367f. mit Hinweisen). Entsprechend ergibt sich aus der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht des Vermögensverwalters, ein (schriftliches) Kundenprofil zu erstellen, keine selbständige Nebenpflicht zur Beweissicherung zugunsten des Auftraggebers. Wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, hat die unterlassene Dokumentation des Kundenprofils unbesehen ihrer Bedeutung für die Beweissicherung in einem künftigen Prozess stets eine Beweiserleichterung für den Auftraggeber zur Folge (Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2017 E. 6.6.4). Auch für die Aufklärung des Anwalts über die Chancen und Risiken eines Prozesses kann es sich nicht anders verhalten. Als Ausfluss der Treuepflicht obliegt dem

Anwalt insbesondere, seinen Mandanten über die Schwierigkeit und die Risiken der Geschäftsbesorgung umfassend aufzuklären, damit dieser sich über das von ihm zu tragende Risiko bewusst werde ( BGE 127 III 357 E. 1d S. 360 mit Verweis). Eine gesetzliche Verpflichtung, diese Aufklärung schriftlich zu unterbreiten, besteht dagegen nicht. Erfolgt die Aufklärung mündlich, hat der Rechtssuchende zwar einen auftragsrechtlichen Anspruch auf eine schriftliche Dokumentation über diese Aufklärung, namentlich um die Risiken und Chancen (noch einmal) mit der notwendigen Distanz abzuwägen und die informierte Entscheidung zu treffen, ob ein Prozess geführt werden soll. Verlangt er die umfassende Aufklärung zu den Chancen und Risiken indes nicht schriftlich, sondern begnügt er sich mit einer mündlichen Aufklärung, so ist die Anwältin auftragsrechtlich zur schriftlichen Dokumentation nur insoweit verpflichtet, als die entsprechenden Überlegungen der künftigen Mandatsführung dienen, nicht jedoch zur Beweissicherung zu Gunsten des Mandanten.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat zutreffend geschlossen, dass bei fehlender Dokumentation gewisse Beweiserleichterungen greifen, um den bei negativen Tatsachen bestehenden Beweisschwierigkeiten Rechnung zu tragen. Sie hat entsprechend das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen lassen. Sie ist davon ausgegangen, dass der Beauftragten zudem nach Treu und Glauben eine beweisrechtliche Mitwirkung obliegt, wobei sie die zum Negativum vorgetragenen Behauptungen des Ansprechers substantiiert zu bestreiten hat und den Beweis nicht vereiteln darf. Ferner kann als Indiz für die Richtigkeit der gegnerischen Darstellung gewertet werden, wenn der Beauftragten der Beweis behaupteter, das Negativum ausschliessenden positiven Sachumstände misslingt. So hat etwa beim Vorwurf unterbliebener Aufklärung und Beratung die mit diesem Vorwurf konfrontierte Beauftragte die positiven Sachumstände zu behaupten und zu beweisen, welche den Unterlassungsvorwurf entkräften (Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2013 E. 6.6.4; WALTER, in: Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Art. 1 - 9 ZGB , N. 352-354 zu Art. 8 ZGB ). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz diese Grundsätze nicht verletzt, wenn sie den Umstand berücksichtigte, dass die Besprechung zum Weiterzug des erstinstanzlichen Urteils im Zeitpunkt der Parteibefragung mehr als sieben Jahre zurücklag. Wenn der Beschwerdeführer (ohne sich auf das Verfahren vor der Vorinstanz zu beziehen) vorbringt, es sei im erstinstanzlichen Entscheid festgestellt, dass er der Beschwerdegegnerin schon ein Jahr nach der umstrittenen Besprechung Schadenersatzansprüche angekündigt habe, so zeigt er die Erheblichkeit dieses Umstands nicht auf. Er behauptet jedenfalls nicht, er habe von der Beschwerdegegnerin zeitgerecht eine schriftliche Dokumentation der mündlichen Aufklärung verlangt und dies prozesskonform behauptet. Der Beschwerdeführer rügt zudem eine Verletzung von Art. 2 ZGB und Art. 52 ZPO , legt indes selbst dar, dass die Grundsätze damit übereinstimmen, die im Bundesgerichtsentscheid angeführt werden, den die Vorinstanz zitiert. Die blosse Behauptung, die Vorinstanz habe diese Grundsätze nicht angewendet, genügt Art. 42 Abs. 2 BGG nicht.

#### **E. 5**

Die Vorinstanz hat geschlossen, dem Kläger misslinge der Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung. Der Beschwerdeführer rügt eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung.

## E. 5.1

Die Vorinstanz stellt fest, es sei unbestritten, dass im Januar 2004 eine Besprechung des Urteils des Bezirksgerichts Kulm vom 28. Oktober 2003 zwischen dem Kläger, der Beklagten sowie dessen damaliger Ehefrau und dessen Treuhänderin stattfand. Sie übernimmt die Würdigung der Aussagen durch die erste Instanz und geht von deren Schluss aus, dass die Beschwerdegegnerin in der Besprechung vom Januar 2004 den Fokus auf die Risiken und Unwägbarkeiten eines Rechtsmittelverfahrens gelegt habe, während die damit verbundenen Chancen und Möglichkeiten gar nicht oder kaum besprochen worden seien. Als möglichen Anknüpfungspunkt habe sie lediglich die Rüge der falschen bzw. unangemessenen Beweiswürdigung genannt, was auf beide Seiten ausschlagen könne. Die Vorinstanz fügt an, die Beweiswürdigung der ersten Instanz lasse mehrere relevante Umstände ausser Acht. So stelle keine Beweisvereitelung dar, dass die Beschwerdegegnerin nach 7,5 Jahren keine detaillierten Angaben mehr machen könne und aus ihren Aussagen könne entgegen der Ansicht der ersten Instanz nicht deshalb eine Sorgfaltspflichtverletzung abgeleitet werden, weil sie sich nicht mehr detailliert erinnere, ob sie eine prozentuale Angabe der Erfolgchancen gemacht und welche Rügeoptionen sie mit dem Beschwerdeführer besprochen habe. Dass das Thema Kosten und Finanzierung einen grossen Teil der Besprechung vom Januar 2004 ausgemacht habe, schliesse nicht aus, dass das Urteil inhaltlich besprochen worden sei. So habe die damalige Treuhänderin des Beschwerdeführers erklärt, das Urteil sei ihr vorgängig zugestellt worden und sie hätten dieses sicher angeschaut, auch wenn sie Näheres nicht mehr wisse. Die Aussagen des Beschwerdeführers und seiner damaligen Ehefrau ständen dagegen im Widerspruch zu den Fakten. So habe der Beschwerdeführer damals (erfolglos) ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege eingereicht, weshalb ausgeschlossen erscheine, dass die Finanzierung kein Thema gewesen sei; die damalige Treuhänderin des Beschwerdeführers habe denn auch auf seine Einladung an der Besprechung teilgenommen. Die Zeugenaussage der damaligen Ehefrau sei unglaubwürdig, da sie sich an fast alle Punkte (Kosten, Stimmung, UP-Gesuch) nicht mehr erinnere, aber mit Bestimmtheit erkläre, das Urteil sei nicht inhaltlich analysiert worden. Die Behauptung des Beschwerdeführers, wonach die Beschwerdegegnerin erklärt habe, das Urteil sei unumstösslich, könne nicht weiter gezogen werden bzw. ein Weiterzug sei chancenlos, lasse sich sodann nicht damit vereinbaren, dass überhaupt eine Besprechung unter Beizug der Treuhänderin stattgefunden und die Beschwerdegegnerin aktiv nach Finanzierungsmöglichkeiten (etwa durch eine Belehnung des Ferienhauses des Beschwerdeführers) gesucht habe. Der Beschwerdeführer sei nach eigenen Angaben überzeugt gewesen, dass er "im Recht" sei, behaupte aber nicht einmal, dass er die Gründe für die angebliche Aussichtslosigkeit näher zu verstehen gesucht habe. Angesichts der aktenkundigen objektiven Umstände sei die Behauptung des Beschwerdeführers unglaubwürdig, dass ihn die Beschwerdegegnerin mangelhaft über Erfolgchancen aufgeklärt oder ihm sogar von der Einlegung eines Rechtsmittels abgeraten habe, obwohl er dazu ohne weiteres bereit gewesen wäre. Schliesslich berücksichtigte die Vorinstanz noch die Interessenlage, die Anwälte üblicherweise eher dazu führe, das Einlegen eines Rechtsmittels zu empfehlen. Die Vorinstanz schloss, es lasse sich letztlich nicht mehr rekonstruieren, inwieweit das Urteil des Bezirksgerichts Kulm inhaltlich besprochen worden sei; die Umstände deuteten eher darauf hin, dass das Urteil auch inhaltlich analysiert wurde, jedoch keine Finanzierungsbereitschaft des Beschwerdeführers bestanden habe. Die Vorinstanz schloss, dem Beschwerdeführer gelinge selbst unter Berücksichtigung der Beweiserleichterung nicht, die fehlerhafte Aufklärung über Mängel des

Bezirksgerichtsurteils vom 28. Oktober 2003 als überwiegend wahrscheinlich erscheinen zu lassen.

### **E. 5.2**

Was der Beschwerdeführer gegen diese Würdigung der Beweise vorbringt, vermag Willkür nicht auszuweisen. Denn willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Praxis nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar vorzuziehen wäre ( BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18, 129 I 8 E. 2.1 S. 9 je mit Hinweisen). Willkür in der Beweiswürdigung setzt voraus, dass das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, dass es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder dass es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür ( BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer legt aber nicht dar, inwiefern die Würdigung im angefochtenen Entscheid konkret willkürlich sein sollte. Er begnügt sich damit, die Feststellungen der ersten Instanz zu den Aussagen der Beschwerdegegnerin aufzuführen und zu behaupten, die Vorinstanz habe diese im angefochtenen Entscheid unberücksichtigt gelassen, was nicht zutrifft. Dass der Beschwerdeführer zuweilen die angefochtene Beweiswürdigung nicht als falsch, sondern als offensichtlich unrichtig oder unhaltbar bezeichnet, ändert nichts daran, dass er nicht aufzeigt, inwiefern die Würdigung der Beweise das Willkürverbot verletzen sollte. Seine Ausführungen beschränken sich auf eine abweichende Würdigung der Beweise aus seiner Sicht. An der appellatorischen Kritik am angefochtenen Entscheid ändert auch nichts, dass der Beschwerdeführer seine Sicht durch den - von der Vorinstanz aufgehobenen - erstinstanzlichen Entscheid bestätigt sieht. Auf die appellatorische Kritik des Beschwerdeführers an der Beweiswürdigung der Vorinstanz ist nicht einzutreten.

### **E. 5.3**

Da auf die Willkürklage gegen die Hauptbegründung des Entscheids der Vorinstanz nicht einzutreten ist, bleibt es beim Schluss, dass dem Beschwerdeführer selbst unter Berücksichtigung der Beweiserleichterung nicht gelungen ist, die behauptete fehlerhafte Aufklärung der Beschwerdegegnerin über Mängel des Bezirksgerichtsurteils vom 28. Oktober 2003 als überwiegend wahrscheinlich erscheinen zu lassen. Ob eine allfällige Sorgfaltspflichtverletzung für den Verzicht auf die damals mögliche Appellation kausal war, ist damit für den Ausgang des Verfahrens unerheblich.

### **E. 6**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten dem Beschwerdeführer zu auferlegen. Er hat die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin zudem für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.