

# **BGer 4C.333/2003 vom 1. März 2004**

Bundesgericht, 2004-03-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.333\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.333_2003)

FR: TF 4C.333/2003 du 1 mars 2004

IT: TF 4C.333/2003 del 1 marzo 2004

## **Regeste**

Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Berufungsschrift muss die genaue Angabe enthalten, welche Punkte des Entscheids angefochten und welche Abänderungen beantragt werden ( Art. 55 Abs. 1 lit. b OG ). Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung genügen grundsätzlich nicht. Ein blosser Rückweisungsantrag reicht indessen aus, wenn das Bundesgericht, falls es die Rechtsauffassung des Berufungsklägers für begründet erachtet, kein Endurteil fällen kann, sondern die Sache zu weiteren Abklärungen an die Vorinstanz zurückweisen muss ( BGE 125 III 412 E. 1b S. 414, mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Das Kantonsgericht verneinte das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung und liess offen, ob die weiteren Anspruchsvoraussetzungen gegeben waren. Im Fall einer Gutheissung der Berufung und der Bejahung einer Sorgfaltspflichtverletzung müsste die Streitsache zur Überprüfung dieser Voraussetzungen an die Vorinstanz zurückgewiesen werden, weshalb das Bundesgericht kein Endurteil fällen könnte. Der auf Rückweisung lautende Berufungsantrag ist daher zulässig.

### **E. 2.1**

Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden, sofern sie nicht offensichtlich auf Versehen beruhen, unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zu Stande gekommen oder wegen fehlerhafter Rechtsanwendung im kantonalen Verfahren zu ergänzen sind (Art. 63 Abs. 2 und 64 Abs. 2 OG). Die Partei, welche den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt berichtigt oder ergänzt wissen will, hat darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen. Eine Ergänzung setzt zudem voraus, dass entsprechende Sachbehauptungen bereits im kantonalen Verfahren prozessrechtskonform aufgestellt, von der Vorinstanz aber zu Unrecht für unerheblich gehalten oder übersehen worden sind, was wiederum näher anzugeben ist. Ohne diese Angaben gelten Vorbringen, welche über die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil hinausgehen, als unzulässige Noven ( Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ; BGE 115 II 484 E. 2a S. 485 f.). Ein offensichtliches Versehen liegt nach der Rechtsprechung nur vor, wenn die Vorinstanz eine bestimmte Aktenstelle übersehen oder unrichtig, d.h. nicht in ihrer wahren Gestalt, insbesondere nicht mit ihrem wirklichen Wortlaut wahrgenommen hat und sie deshalb eine auf einem Irrtum beruhende Feststellung getroffen hat ( BGE 113 II 524 E. 4b, 104 II 68 E. 3b S. 74; 115 II 400 ; 101 Ib 220 E. 1).

### **E. 2.2**

Die Klägerin wirft dem Kantonsgericht vor, bezüglich der Frage, ob eine Gefährdung der Erfüllung der zukünftigen Unterhaltsrente vorgelegen habe, rechtserhebliche Dokumente übersehen und den Sachverhalt deshalb nicht vollständig festgestellt zu haben. Dieser sei daher gemäss Art. 64 Abs. 2 OG zu ergänzen. Im Einzelnen macht die Klägerin geltend, das Kantonsgericht habe das Schreiben des Beklagten an die Kantonsgerichtskanzlei AR vom 24. Mai 1998 (KB 20) übersehen. Aus Seite 6 (Ziff. 7 letzter Abs.) dieses Schreibens ergebe sich, dass der Scheidungsbeklagte während des Scheidungsverfahrens wiederholt Geld zur Seite geschafft, bzw. verschleudert habe. An der angerufenen Stelle führt der Beklagte - nachdem er dem Scheidungsbeklagten vorgeworfen hatte, im Oktober 1986 mit seiner Freundin während eines Geschäftsaufenthalts in Brüssel auf Kosten seines Arbeitgebers in einem Hotel übernachtet zu haben - aus, die Klägerin habe wiederholt darauf aufmerksam gemacht, dass ihr Mann sehr viel Geld mit seiner Freundin verbraucht habe. Aus dieser unbelegten und nicht quantifizierten Behauptung der Klägerin kann nicht abgeleitet werden, dass ihr geschiedener Ehemann Geld zur Seite geschafft, bzw. verschleudert habe, weshalb insoweit kein Versehen des Kantonsgerichts vorliegt.

### **E. 2.3**

Weiter macht die Klägerin geltend, das Kantonsgericht habe übersehen, dass sich aus den Akten (KB 14 S. 3 oben; KB 29 S. 22 und S. 23 oben) ergebe, dass ihr geschiedener Ehemann ihre Zustimmung einer Erhöhung der Hypothek auf der Liegenschaft in Arzier erlangen habe, indem er vorgegeben habe, das Verhältnis zu seiner Freundin aufzugeben und einen Neubeginn der Ehe in Egerkingen geplant zu haben. Die Klägerin übersieht dabei, dass die Frage der Zustimmung zur Belastung der Liegenschaft in Arzier bezüglich der Gefährdung der Unterhaltsrente nicht rechtserheblich ist, da der geschiedene Ehemann die entsprechende Hypothek zum Kauf der Liegenschaft in Egerkingen verwendete und er damit sein Vermögen durch die Belastung der Liegenschaft in Arzier nicht vermindert hatte. Auch insoweit ist daher kein wesentliches Versehen ersichtlich. Im Übrigen geht aus dem Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 1992 hervor, dass der endgültige Bruch zwischen den Ehegatten erst am 22. Januar 1988 kurz nach dem Umzug in ihr neu erworbenes Haus in Egerkingen eingetreten ist. Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass der geschiedene Ehegatte tatsächlich einen Neubeginn der Ehe in Egerkingen geplant hatte, weshalb auch insoweit ein offensichtliches Versehen des Kantonsgerichts zu verneinen ist.

### **E. 2.4**

Alsdann bringt die Klägerin mit Hinweisen auf die Akten vor, das Kantonsgericht habe übergangen, dass die Grundbuchsperrung bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Scheidungsurteils bewilligt worden sei und der Scheidungsbeklagte mit Eingabe vom 10. März 1992 versucht habe, bezüglich der Grundbuchsperrung vom Obergericht eine Rechtskraftbescheinigung zu erlangen, welche ihm verweigert worden sei. Vor Bundesgericht habe der Scheidungsbeklagte erneut die Aufhebung der Grundbuchsperrung verlangt. Das Bundesgericht habe dieses Begehren abgewiesen, bzw. sei darauf nicht eingetreten. Dies zeige, dass die Rechtsmittelinstanzen offenbar weiterhin von einer anhaltenden Gefährdung der güterrechtlichen Ansprüche bis zum Abschluss des Verfahrens ausgegangen seien und demnach auch eine Gefährdung der Unterhaltsrente bestanden habe. Da die Aktenstellen klar und eindeutig seien, liege insoweit ein offensichtliches Versehen vor. Die Rüge ist unbegründet. Die Klägerin lässt zum einen ausser Acht, dass die

Bemühungen des Scheidungsbeklagten um Aufhebung der Grundbuchsperrre rechtlich unerheblich sind, weil sie nach Abschluss des Verfahrens vor Obergericht am 10. Februar 1992 erfolgten und in diesem Zeitpunkt kein Begehren um Sicherung der Unterhaltsforderungen mehr hätte gestellt werden können. Zum anderen hat das Obergericht die Rechtskraftbescheinigung ohne Begründung offensichtlich deshalb abgelehnt, weil das fragliche Urteil noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Das Bundesgericht ist auf das Begehren der Aufhebung der Grundbuchsperrre - wie die Klägerin selbst angibt - nicht eingetreten. Somit haben sich weder das Ober- noch das Bundesgericht zur Gefährdung der güterrechtlichen Ansprüche geäußert, weshalb die Klägerin aus diesen Urteilen auch aus diesem Grund nichts zu ihren Gunsten ableiten kann.

#### **E. 2.5**

Weiter bringt die Klägerin vor, das Kantonsgericht habe übersehen, dass sie zur Begründung der Grundbuchsperrre geltend gemacht habe, der Scheidungsbeklagte habe "ständig" bzw. "am laufenden Band" gedroht, er werde nach Kanada ausziehen und das Haus verkaufen bzw. belasten. Diese Drohung sei daher entgegen der Annahme des Kantonsgerichts nicht bloss einmalig erfolgt. Inwiefern damit ein offensichtliches Versehen vorliegen soll, ist nicht dargetan und auch nicht ersichtlich, zumal das Kantonsgericht von einer Mehrzahl von Drohungen ausgegangen ist (angefochtenes Urt. S. 9).

#### **E. 2.6**

Alsdann macht die Klägerin geltend, das Kantonsgericht habe übersehen, dass der Scheidungsbeklagte mit Schreiben vom 10. April 1989 geltend gemacht habe, er werde nicht in der Lage sein, allen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen, obwohl er damals monatlich Fr. 9'000.-- netto verdient habe. Dies zeige die Irrationalität des Scheidungsbeklagten bezüglich der Erfüllung der Unterhaltspflichten, was ein gewichtiges Indiz bezüglich der Gefährdung des Unterhaltsanspruchs darstelle. Aus diesen Ausführungen geht nicht hervor, inwiefern dem Kantonsgericht bezüglich der Beurteilung des Charakters des geschiedenen Ehemannes ein offensichtliches Versehen bzw. ein Irrtum unterlaufen sein soll.

#### **E. 2.7**

Sodann bringt die Klägerin vor, die Annahme des Kantonsgerichts, die schwedisch-amerikanische Staatsbürgerschaft der Freundin des Scheidungsbeklagten hätte einen Umzug nach Kanada erschwert, sei unhaltbar und erfolge ohne jede Grundlage. Unhaltbar sei auch die Annahme, die Erneuerung und Verlängerung der Hypothek auf der Liegenschaft in Arzier sei notwendig gewesen. Mit diesen Vorbringen übt die Klägerin in der Sache unzulässige Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung, auf die nicht einzutreten ist.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz führte aus, die Klägerin stelle "generell" die Beweisanträge, es seien die Gerichtsakten beim Kantonsgericht und beim Obergericht betreffend die Vertretung der Klägerin zu edieren. Sie gebe aber nicht an, welche Indizien oder Begebenheiten mit diesen Akten bewiesen werden sollten. Diese Beweisanträge seien demnach zu wenig substantiiert und würden abgewiesen.

#### **E. 3.2**

Die Klägerin macht geltend, die Vorinstanz habe mit der Ablehnung dieser Beweisanträge den aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Beweisführungsanspruch verletzt. Zur Begründung führt die Klägerin dem Sinne nach an, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine ungenügende Substanziierung angenommen. Auch wenn die Vorinstanz damit auch kantonales Prozessrecht verletzt habe, könne das Bundesgericht den Anspruch auf Beweisführung im Rahmen der Berufung umfassend prüfen. Die Frage einer genügenden Substanziierung eines Beweisantrages sei gemäss BGE 68 II 139 E. 1 implizit auch in Art. 8 ZGB geregelt.

### **E. 3.3**

Art. 8 ZGB regelt zunächst die Verteilung der Beweislast. Das Bundesgericht leitet aus Art. 8 ZGB als Korrelat zur Beweislast insbesondere das Recht der beweisbelasteten Partei ab, zum ihr obliegenden Beweis mit rechtserheblichen Beweisanträgen zugelassen zu werden ( BGE 126 III 315 E. 4a S. 317, mit Hinweisen). Im von der Klägerin angerufenen BGE 68 II 138 E. 1 ging das Bundesgericht davon aus, der bundesrechtliche Beweisführungsanspruch sei im Rahmen der Berufung "im ganzen Umfang" mit Einschluss der formalen Beschwerdegründe des staatsrechtlichen Rekurses (rechtliches Gehör) zu prüfen, so dass der staatsrechtliche Rekurs daneben gegenstandslos werde. Dieser Entscheid ist im Lichte der neueren Rechtsprechung dahingehend zu präzisieren, dass die staatsrechtliche Beschwerde nur soweit gegenstandslos wird, als ein bundesrechtlicher Beweisführungsanspruch besteht. Ein solcher setzt voraus, dass die beweisbelastete Partei im kantonalen Verfahren form- und fristgerechte Beweisanträge gestellt hat ( BGE 122 III 219 E. 3c S. 223). Ob dies zutrifft, ist nach dem kantonalen Prozessrecht zu beurteilen. Dieses bestimmt auch, ob die die Behauptungen bereits im Hauptverfahren in einer Weise zu substantizieren sind, welche ihre Überprüfung im Beweisverfahren erlauben ( BGE 108 II 337 E. 3). Entsprechend richtet sich nach kantonalem Prozessrecht, inwieweit die Beweisanträge zu substantizieren sind, damit erkennbar wird, welche Tatsache mit welchem Beweismittel nachgewiesen werden soll. Diese Anwendung kantonalen Rechts kann im Berufungsverfahren nicht überprüft werden ( Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ). Hingegen bestimmt sich nach Bundesrecht ob eine Tatsache rechtserheblich ist, weshalb diese Frage im Berufungsverfahren zu prüfen ist.

### **E. 3.4**

Das Kantonsgericht hat den Beweisantrag auf Edition von Akten mangels einer genügenden Substanziierung abgewiesen. Da sich diese nach kantonalem Prozessrecht bestimmt, ist auf die Rüge, die Vorinstanz habe an die beweisrechtliche Substanziierung überspannte Anforderungen gestellt, nicht einzutreten. Soweit die Klägerin rügt, sie habe in die verlangten Akten keine Einsicht nehmen können und habe daher insoweit keine substantiierten Anträge stellen können, macht die Klägerin eine Verletzung des aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Akteneinsichtsrechts geltend, welches ebenfalls im Berufungsverfahren nicht überprüft werden kann ( Art. 43 Abs. 1 OG ). Damit ist bezüglich des Beweisantrags auf Aktenedition eine Verletzung des aus Art. 8 ZGB abgeleiteten bundesrechtlichen Beweisführungsanspruchs zu verneinen.

### **E. 4.1**

Das Kantonsgericht hat den Beweisantrag der Klägerin abgelehnt, sie sei als Partei zur Behauptung einzuvernehmen, sie habe den Beklagten während des gesamten Scheidungsverfahrens über ihre wohlbegründeten Befürchtungen orientiert, dass sich der Ehemann absetzen könnte. Zur Begründung der Ablehnung dieses Antrags führte das

Kantonsgericht an, er sei zu allgemein gestellt.

#### **E. 4.2**

Die Klägerin macht geltend, die Ablehnung dieses Beweisantrages verletze Art. 8 ZGB, da sie den Beweisantrag nicht habe genauer stellen bzw. besser substantzieren können. Zudem habe das Kantonsgericht übersehen, dass sie nicht bloss beantragt habe, sie solle anlässlich der Parteibefragung bestätigen, dass sie dem Beklagten ihre Befürchtungen mitgeteilt habe. Vielmehr hätte sie auch bestätigen sollen, dass sie von ihm vergeblich Sicherungsmassnahmen bezüglich der Unterhaltsansprüche verlangt habe. Diese Tatsachen seien von Bedeutung, da sämtliche Indizien oder Begebenheiten, welche belegten, dass dem Beklagten während des erstinstanzlichen Scheidungsverfahrens die konkrete Gefährdung der Rentenansprüche bekannt gewesen sei, für seine Haftpflicht rechtserheblich seien.

#### **E. 4.3**

Die Klägerin lässt ausser Acht, dass das Kantonsgericht eine Haftung des Beklagten nicht auf Grund einer ungenügenden Instruktion durch die Klägerin, sondern alleine deshalb ablehnte, weil es annahm, im massgebenden Zeitraum habe eine konkrete vom Scheidungsbeklagten ausgehende Gefahr der Nichterfüllung der Unterhaltsverpflichtungen nicht nachgewiesen werden können. Es ist daher unerheblich, ob die Klägerin dem Beklagten nicht näher spezifizierte Befürchtungen mitgeteilt und von ihm Sicherungsmassnahmen verlangt hatte. Das Kantonsgericht hat deshalb den Beweisführungsanspruch gemäss Art. 8 ZGB nicht verletzt, indem es die Klägerin dazu nicht befragte.

#### **E. 5.1**

Die Klägerin macht geltend, das Kantonsgericht habe Bundesrecht verletzt, indem es aus den feststehenden Sachverhaltsfeststellungen nicht auf eine konkrete Gefährdung der Erfüllung der Unterhaltspflicht im Sinne von BGE 107 II 396 ff. geschlossen habe. Das Kantonsgericht habe bei der Beurteilung dieser Rechtsfrage ausser Acht gelassen, dass von einer konkreten Gefährdung der Rentenzahlungen bereits dann auszugehen sei, wenn dem Unterhaltspflichtigen zuzutrauen sei, dass er sich seiner Zahlungspflicht entziehen werde, indem er zum Beispiel die Flucht ergreifen oder sein Vermögen verschleudern oder beiseite schaffen werde. Dies verkenne das Kantonsgericht, wenn es sich auf die Prüfung beschränke, ob einer oder mehrere der Gefährdungstatbestände konkret erfüllt worden seien. So setze sich das Kantonsgericht nicht mit der Frage auseinander, ob aufgrund der vorliegenden Indizien dem Scheidungsbeklagten aus damaliger Sicht zuzutrauen gewesen wäre, dass er sich der Rentenzahlungspflicht in Zukunft entziehen könnte.

#### **E. 5.2**

Die Frage, ob auf Grund der gegebenen Umstände auf eine konkrete Gefährdung der Rentenzahlungen zu schliessen ist, beruht auf Beweiswürdigung und ist damit der Prüfung im Berufungsverfahren grundsätzlich entzogen ( BGE 107 II 396 E. 4d S. 401). Hingegen bestimmt sich die Definition des Begriffes der konkreten Gefährdung und der massgebende Grad der Wahrscheinlichkeit, dass sich der Rentenschuldner seiner Verpflichtung entziehen wird, nach Bundesrecht (vgl. zur parallelen Frage der Bestimmung des Schadens bei einer Schätzung desselben gemäss Art. 42 Abs. 2 OR : BGE 122 III 219 E. 3b S. 222 f.; 124 III 72 E. 3b). Das Bundesgericht hat in BGE 107 II 396 E. 4c und d S. 401 ausgeführt, eine konkrete Gefährdung der Erfüllung der Rentenzahlungspflicht sei u.a. dann gegeben, wenn der Richter die Überzeugung gewinne, es sei dem geschiedenen Ehemann zuzutrauen, dass

er Vermögen auf die Seite schaffe, um der Ehefrau die Rente nicht bezahlen zu müssen. Diese Formulierung kann auf den ersten Blick den Eindruck erwecken, die blosser Möglichkeit der Gefährdung der Rentenzahlungen würde genügen. Aus dem Zusammenhang ergibt sich jedoch, dass dies nicht die Meinung des Bundesgerichts gewesen sein konnte. So hat es angegeben, die Voraussetzung der Sicherstellung für Renten gemäss Art. 151 ZGB würden im wesentlichen denjenigen entsprechen, welche Art. 292 ZGB für Unterhaltsbeiträge an Kinder aufgestellt habe. Diese Norm verlangt, dass die Eltern beharrlich die Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht vernachlässigen oder, dass anzunehmen ist, sie würden Anstalten zur Flucht treffen oder ihr Vermögen verschleudern oder beiseite schaffen. Diese Annahme ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn konkrete Anhaltspunkte ein solches Verhalten als wahrscheinlich erscheinen lassen, was dem vom Bundesgericht verwendeten Begriff der "konkreten Gefährdung" entspricht. Eine solche Gefährdung liegt daher nur vor, wenn es nicht bloss möglich sondern wahrscheinlich ist, dass sich der Rentenschuldner der Zahlungspflicht insbesondere durch Flucht oder Vermögensverschleuderung entziehen werde. Diese Voraussetzungen waren, im vom Bundesgericht in BGE 107 II 396 ff. beurteilenden Fall, gegeben, da die Vorinstanz zum Ergebnis kam, aufgrund verschiedener vom Rentenschuldner getroffene Massnahmen der Vermögensverschiebung müsse mit ähnlichen Transaktionen gerechnet werden und die Vorinstanz weiter annahm, das Verhalten des Rentenschuldners im Laufe des Verfahrens gebe Anlass zur Befürchtung, dass er in Zukunft sein Vermögen beiseite schaffen könnte (vgl. BGE 107 II 396 E. 4d S. 401).

### **E. 5.3**

Das Kantonsgericht hat bezüglich des Begriffs der konkreten Gefährdung und seiner Wahrscheinlichkeit ausdrücklich auf die auch von der Klägerin zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts abgestellt und diese auch richtig wiedergegeben. Damit ist das Kantonsgericht von einer bundesrechtskonformen Begriffsbestimmung ausgegangen. Zudem hat es einleitend ausgeführt, die Gefährdung der Unterhaltsverpflichtung könne sich aus allgemeinen Umständen ergeben, die den Schluss zuliessen, die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge sei in Zukunft gefährdet. Das Kantonsgericht ist daher entgegen der Annahme der Klägerin nicht bloss von einer vergangenheitsbezogenen Betrachtung einzelner Verhaltensweisen des Rentenschuldners ausgegangen, sondern ist sich bewusst gewesen, dass diese im Hinblick auf die Beurteilung der künftigen Gefährdung der Rentenzahlungen erfolgte. Die Gewichtung der einzelnen Indizien und die Schlussfolgerung, im massgebenden Zeitpunkt habe keine konkrete Gefahr bestanden, dass sich der Scheidungsbeklagte künftig der Unterhaltspflicht entziehen werde, beruht auf Beweiswürdigung. Die Klägerin übt daher im Berufungsverfahren unzulässige Kritik an der Beweiswürdigung des Kantonsgerichts, wenn sie zusammengefasst geltend macht, diese Schlussfolgerung sei nicht nachvollziehbar, weil das Kantonsgericht bei Gesamtbetrachtung und einer richtigen Beurteilung der Indizien - gleich wie der Richter bei der Bewilligung der Sicherstellung der güterrechtlichen Ansprüche - auf eine konkrete Gefährdung der Zahlungen bzw. auf eine erhebliche Fluchtgefahr habe schliessen müssen. Alsdann rügt die Klägerin, die Schlussfolgerung des Kantonsgerichts sei deshalb unzulässig, weil es von einem lückenhaften Sachverhalt ausgegangen sei. Mit diesem Vorbringen ist die Klägerin nicht zu hören, da sie mit ihren Anträgen auf Ergänzung des Sachverhalts nicht durchgedrungen ist (vgl. E. 2 hievor). Demnach hat das Kantonsgericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es eine Sorgfaltspflichtverletzung des Beklagten verneinte.

## **E. 6**

Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensergebnis wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG ). Bei der Bemessung der Parteientschädigung wird die Mehrwertsteuer im Rahmen des geltenden Tarifs pauschal berücksichtigt (Beschluss der Präsidentenkonferenz vom 8. Mai 1995).

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