

Regelungspunkten. Daher kann nicht ein derart gewichtiger Regelungspunkt nachträglich angepasst werden, ohne dass das Gesamtgefüge der Scheidungskonvention betroffen wäre. Die Ehegatten müssten daher wohl ihre gesamte Scheidungskonvention rückwirkend neu aushandeln, wenn diese Schulden zusätzlich zu berücksichtigen wären. Falls eine Einigung nicht mehr zu erreichen wäre, müsste das Gericht über alle Nebenfolgen der Scheidung entscheiden, so dass im Ergebnis das gesamte Scheidungsverfahren rückwirkend neu aufzurollen wäre. Schliesslich wäre fraglich, ob diese Schulden des Klägers güterrechtlich überhaupt durch eine Schuldenhalbierung berücksichtigt werden könnten, da er damit vermutlich einen Rückschlag erleiden würde, so dass die Beklagte daran gar nicht partizipieren würde (Art. 210 Abs. 2 ZGB).

Damit muss das Begehren des Klägers mit Bezug auf das eheliche Güterrecht abgewiesen werden.

KGer, 13./17.11.2008

3541

Beweislast, gewollte Beweisvereitelung und Beweislastumkehr (Art. 8 ZGB und Art. 151 ZPO). Bei einem Vermögensverwaltungsvertrag hat der Beauftragte zu beweisen, dass er einen nachweislich vom Bankkonto des Auftraggebers abgehobenen Geldbetrag an den Auftraggeber bzw. dessen Erben herausgegeben hat.

Aus den Erwägungen:

Fest steht, dass K., Geschäftsführer der X. GmbH, gestützt auf die Vollmacht von F. sel. am 13. Oktober 2003 EUR 50'000.00 von dessen Konto bei der Bank L. abhob. Davon ist im Weiteren auszugehen. Folglich hatte die Beklagte als Beauftragte diese Geldsumme in Nachachtung von Art. 400 Abs. 1 OR dem Auftraggeber bzw. in casu dessen Erben herauszugeben. Die Beklagte behauptet nun, sie, bzw. ihr Geschäftsführer K., habe das Geld der Ehefrau von F. sel. am 15. Dezember 2003 übergeben.

Gestützt auf die Beweisregel von Art. 8 ZGB (und Art. 151 Abs. 1 ZPO) hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus

ihr Rechte ableitet. Somit ist die Beklagte für die behauptete Übergabe der EUR 50'000.00 an die Ehefrau des verstorbenen Auftraggebers beweispflichtig. Die Beklagte ist diesbezüglich der Ansicht, dass zufolge einer von F. sel. gewollten Beweisvereitelung eine Umkehr der Beweislast erfolgen müsse. Eine Umkehr der Beweislast zufolge Beweisschwierigkeiten findet grundsätzlich nicht statt [...]. Bei der Beweisvereitelung handelt es sich um rechtswidriges und schuldhaftes Verunmöglichen der Beweisführung durch die gegnerische Partei mittels Manipulation, Beseitigung oder Zurückhaltung von Beweismitteln. Für solche Fälle wird teils eine Umkehr der Beweislast postuliert (*Hans Schmid*, Basler Kommentar, ZGB I, 2. A., Basel 2002, N 71 und 81 zu Art. 8 ZGB; siehe auch BGE 132 III 722 und Art. 153 Abs. 1 ZPO).

Das Obergericht kommt zum selben Schluss wie die Vorinstanz, nämlich dass vorliegend eine Umkehr der Beweislast nicht am Platz ist. Festzustellen ist zunächst, dass die behauptete Usanz der quittungslosen Geldübergabe mit dem früheren Vertragspartner F. sel. nicht bewiesen ist. Zu dieser Frage wurde von der Beklagten die Edition der Steuererklärungen 2002/2003 des verstorbenen F. sel. beantragt (act. A 1, S. 5). Das Obergericht verzichtet indessen im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung (*Max Ehrenzeller*, Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., N 4 zu Art. 152 ZPO) auf diese Beweisabnahme, da sie die Steuererklärung als untaugliches Beweismittel erachtet. Aus der Deklaration bzw. Nichtdeklaration von sich in der Schweiz befindlichen Vermögenswerten eines deutschen Staatsangehörigen bei den Steuerbehörden seines Landes kann keinesfalls schlüssig auf die behauptete Usanz geschlossen werden. Das eine hängt mit dem anderen nicht zwingend zusammen. Eine Quittung kann sehr wohl auch für Schwarzgeld ausgestellt werden und umgekehrt. Aber auch aus einem zweiten Grund erübrigt sich die Edition von Steuererklärungen von F. sel. Selbst wenn eine solche Usanz zwischen den ursprünglichen Vertragspartnern nachgewiesen wäre, wäre diese Abmachung spätestens mit dem Tod von F. sel. erloschen. Hier hilft auch der Einwand der Beklagten nicht weiter, dass sie bezüglich des Kontos der Ehefrau des Verstorbenen bei der L. angeblich jeweils ebenfalls keine Quittung ausgestellt habe. Einerseits ist diese Behauptung nicht nachgewiesen und andererseits kann nicht von den Gepflogenheiten zwischen der Beklagten und F. sel. auf diejenigen zwischen der Beklagten und der Ehefrau des Verstorbenen

geschlossen werden. Die Klägerin hat sich demnach die von der Beklagten behauptete Usanz nicht entgegenhalten zu lassen.

Ausschlaggebend erscheint dem Gericht indessen der Umstand, dass die Beklagte als professionelle Vermögensverwalterin offenbar ihre Einnahmen unter anderem mit in beweisrechtlicher Hinsicht riskanten Geschäften erzielt. Das hat zur Folge, dass sie bei einem bewussten Verzicht auf das Quittierenlassen von Geldübergaben – und damit notabene auf ein Beweisstück – jederzeit damit rechnen muss, dass sie in Beweisnot kommt, wie dies vorliegend der Fall ist. Dies gilt umso mehr im Falle des Ablebens der Vertragspartei. In dieser Situation hätte die Beklagte das grösste Interesse daran haben müssen, im Besitz eines Beweisstückes für den angeblich übergebenen Geldbetrag zu sein. Es kann daher nicht angehen, dass dieser – in casu angeblich aus Steuerumgehungsgründen – von der Beklagten absichtlich herbeigeführte Beweisnotstand über eine Umkehr der Beweislast, welche zu Recht für die Fälle von rechtswidriger oder schuldhafter Beweisvereitelung reserviert ist, wieder beseitigt wird (vgl. auch Urteil BGer 4C.307/2006). Das selbstgewählte riskante Vorgehen der Beklagten verdient keinen Rechtsschutz im Sinne einer Beweiserleichterung. Gestützt auf diese Überlegungen ist die Beklagte für die Übergabe der EUR 50'000.00 an die Klägerin beweispflichtig.

OGer 26.05.2009

3542

Ausstand. Ausstandsgrund der Befangenheit im Sinne von Art. 26 Ziff. 4 ZPO wegen zweimaliger Rückweisung des obergerichtlichen Urteils durch das Bundesgericht verneint.

Aus den Erwägungen:

Aus den Vorbringen der Gesuchstellerin – Rügepunkt ist die zweimalige Rückweisung des obergerichtlichen Urteils durch das Bundesgericht – geht hervor, dass vorliegend der Ausstandsgrund der Befangenheit im Sinne von Art. 26 Ziff. 4 ZPO zu prüfen ist.

Der Kanton Appenzell Ausserrhoden regelt in Art. 26 ZPO die einzelnen Ablehnungsgründe. Unter anderem kann ein Richter von einer