

Tribunal fédéral – 4A_283/2023

I^{re} Cour de droit civil

Arrêt du 12 mars 2024

Bundesgericht – 4A_283/2023

I. zivilrechtliche Abteilung

Urteil vom 12. März 2024

Donation

Schenkung

Responsabilité du
mandataire ; donation
immobilière ; contrat de
société ; dommage,
événement hypothétique
ultérieur
*Haftung des
Bevollmächtigten ;
Schenkung einer Immobilie ;
Gesellschaftsvertrag ;
Schadensbegriff, späteres
hypothetisches Ereignis*

Art. 97, 242, 398 al. 2 CO

Art. 97, 242, 398 Abs. 2 OR



Responsabilité du mandataire (art. 97 et 398 al. 2 CO) – Rappel des principes (consid. 3.1.3). **Notion de dommage** – Rappel des principes (consid. 3.1.4).

Événement hypothétique ultérieur – La question de savoir si un auteur de dommage peut objecter, pour se libérer, que le dommage allégué se serait de toute façon produit, indépendamment de son comportement, en raison d'événements hypothétiques ultérieurs, est controversée en doctrine et n'est pas traitée de manière uniforme dans la jurisprudence. En général, le TF considère que les événements hypothétiques ultérieurs doivent être pris en compte dans le calcul du dommage, que ce soit en vertu de dispositions légales expresses ou directement sur la base de la notion générale de dommage (consid. 3.1.3).

En l'espèce, deux époux mandatent un avocat pour vérifier un « contrat de société et de donation », par lequel le mari cède la propriété de certains de ses immeubles à son épouse. Le contrat est conclu en la forme authentique devant un notaire argovien. L'épouse obtient le transfert de propriété pour les biens du canton d'Argovie, mais pas pour ceux situés dans le canton de Zurich, faute d'authentification. Par la suite, les parties divorcent et le mari fait valoir une erreur de base sur le contrat. Plusieurs années après, les époux ont conclu plusieurs accords par lesquels ils ont annulé sans indemnité et avec effet rétroactif le « contrat de société et de donation ». L'épouse prétend avoir subi un dommage, en raison d'une violation du devoir de diligence de l'avocat ayant vérifié le contrat. Pour le TF, dès lors qu'un événement hypothétique ultérieur – la conclusion du contrat d'annulation – aurait entraîné la même diminution du patrimoine qu'un éventuel manquement de l'avocat et que le second événement relève de la responsabilité de la mandante, la responsabilité de l'avocat n'est pas engagée, faute de dommage (consid. 3.2.2). Par ailleurs, l'épouse échoue à apporter la preuve qu'elle n'aurait pas rétrocédé les immeubles zurichoïses si elle avait pu être inscrite au registre foncier sur la base du « contrat de société et de donation » (consid. 3.3.3).

Haftung des Beauftragten (Art. 97 und 398 Abs. 2 OR) – Wiederholung der Grundsätze (E. 3.1.3). **Schadensbegriff** – Wiederholung der Grundsätze (E. 3.1.4).

Späteres hypothetisches Ereignis – Die Frage, ob ein Schädiger zu seiner Entlastung einwenden kann, dass der behauptete Schaden unabhängig von seinem Verhalten aufgrund späterer hypothetischer Ereignisse ohnehin eingetreten wäre, ist in der Lehre umstritten und wird in der Rechtsprechung nicht einheitlich behandelt. Im Allgemeinen ist das BGer der Ansicht, dass hypothetische spätere Ereignisse bei der Berechnung des Schadens berücksichtigt werden müssen, sei es aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen oder direkt auf der Grundlage des allgemeinen Schadensbegriffs (E. 3.1.3).

Im vorliegenden Fall beauftragen zwei Eheleute einen Anwalt mit der Prüfung eines « Gesellschafts- und Schenkungsvertrags », in dem der Ehemann das Eigentum an einigen seiner Immobilien an seine Ehefrau überträgt. Der Vertrag wird in öffentlicher Form vor einem Notar im Kanton Aargau

abgeschlossen. Die Ehefrau erhält die Übertragung des Eigentums an den Immobilien im Kanton Aargau, jedoch nicht an den Immobilien im Kanton Zürich, da die Beurkundung fehlt. In der Folge lassen sich die Parteien scheiden und der Ehemann macht einen Grundlagenirrtum über den Vertrag geltend. Mehrere Jahre später schlossen die Eheleute mehrere Vereinbarungen ab, in denen sie den « Gesellschafts- und Schenkungsvertrag » entschädigungslos und rückwirkend aufhoben. Die Ehefrau behauptete, ihr sei ein Schaden entstanden, weil der Anwalt, der den Vertrag geprüft hatte, seine Sorgfaltspflicht verletzt habe. Da ein späteres hypothetisches Ereignis – der Abschluss des Aufhebungsvertrags – die gleiche Vermögensminderung wie eine mögliche Pflichtverletzung des Anwalts zur Folge gehabt hätte und das zweite Ereignis in den Verantwortungsbereich der Auftraggeberin fällt, haftet der Anwalt nach Ansicht des BGer mangels Schaden nicht (E. 3.2.2). Zudem scheitert die Ehefrau am Beweis, dass sie die Zürcher Liegenschaften nicht rückübertragen hätte, wenn sie aufgrund des « Gesellschafts- und Schenkungsvertrags » im Grundbuch hätte eingetragen werden können (E. 3.3.3).

Besetzung

Bundesrichterin Jametti, Präsidentin,
Bundesrichterin Hohl, Bundesrichter Rüedi,
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte

A,
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Sutter,
Beschwerdeführerin,

gegen

B,
vertreten durch Rechtsanwalt Rolf Schuler,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Auftrag,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 26. April 2023 (NP210036-O/U).

Sachverhalt:

A.

A (Klägerin/Beschwerdeführerin) erteilte der Anwaltskanzlei C bzw. Rechtsanwalt B (Beklagter/Beschwerdegegner) im Mai 2002 ein Mandat zur Überprüfung zweier handschriftlicher Vereinbarungen der Klägerin mit ihrem Ehemann. Diese sahen unter anderem die hälftige Beteiligung der Klägerin an allen Liegenschaften des Ehemannes in verschiedenen Kantonen und ein Schenkungsversprechen über die andere Hälfte dieser Vermögenswerte vor. Aus der Überprüfung der Vereinbarungen resultierte ein Gesellschafts- und Schenkungsvertrag zwischen der Klägerin und dem Ehemann, welcher am 10. Juli 2002 durch einen Notar in U (AG) beurkundet wurde. Im September 2002 versuchte die Klägerin das Schenkungsversprechen zu vollziehen und einige im Gesellschafts- und Schenkungsvertrag aufgelistete Liegenschaften in ihr Alleineigentum zu überführen. Während dies für die im Kanton Aargau gelegenen Grundstücke gelang, verweigerten die Grundbuchämter V (ZH), W (ZH) und X (BL) die Eintragung wegen fehlender Beurkundung des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags im Belegenheitskanton der betreffenden Grundstücke.

Am 15. August 2002 machte der Ehemann gegenüber der Klägerin einen Grundlagenirrtum hinsichtlich des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags geltend und widerrief sämtliche Schenkungsversprechen. In der Folge reichte er die Scheidung ein. Jahre später schlossen die Parteien mehrere Vereinbarungen, womit sie den Vertrag vom 10. Juli 2002 entschädigungslos und rückwirkend aufhoben (Vereinbarung vom 22. Dezember 2006 und öffentliche Urkunde vom 19. Januar 2007) und zwei Liegenschaften im Kanton Aargau, die im September 2002 an die Klägerin übertragen worden waren, auf den Ehemann zurück übertrugen (öffentliche Urkunde vom 28. Oktober 2010). Ein drittes Grundstück, in Y, verblieb im Eigentum der Klägerin.

B.

Am 16. März 2016 erhob die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich Teilklage gegen den Beklagten und beantragte, dieser sei zu verpflichten, ihr Fr. 30'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Januar 2003 zu bezahlen. Sie macht Schadenersatz aus der gescheiterten Eigentumsübertragung der Grundstücke in W und V geltend. Der Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002 sei bezüglich der nicht im Kanton Aargau gelegenen Grundstücke nichtig gewesen, was der Beklagte sorgfaltswidrig übersehen habe.

Das Bezirksgericht wies die Klage am 31. Oktober 2018 und, nachdem eine Berufung der Klägerin gutgeheissen worden war, am 24. Juni 2021 ab. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die Berufung der Klägerin am 26. April 2023 ab.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen erneuert die Beschwerdeführerin ihr Klagebegehren. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Eventualiter sei das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen. Die Parteien haben repliziert und dupliziert.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Endentscheid (Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG) in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 1 BGG). Der erforderliche Streitwert von Fr. 30'000.-- ist erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Die Beschwerdefrist ist gewahrt (Art. 100 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung (vgl. E. 2 hiernach) - einzutreten.

2.

2.1. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Mit Blick auf die allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (**BGE 140 III 86** E. 2 mit Hinweisen).

2.2. 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 streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 mit Hinweisen). Das Bundesgericht 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 143 IV 241** E. 2.3.1). Überdies

muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG (**BGE 140 III 264** E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen. Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (**BGE 140 III 86** E. 2). 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 mit Hinweisen).

3.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes sowie eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts, indem die Vorinstanz ihre (falsche) Annahme einer hypothetischen Kausalität (Reserveursache) auf Tatsachen stütze, die keine Partei je behauptet habe. Ferner habe die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Unrecht die Beweislast im Zusammenhang mit der Reserveursache auferlegt und dadurch Art. 8 ZGB verletzt. Gleiches gelte, indem die Vorinstanz trotz Ermangelung jeglicher Behauptungen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für den hypothetischen Schadenseintritt als gegeben erachtet habe. Ferner habe die Vorinstanz Art. 97 OR verletzt, weil sie bei der Schadensberechnung eine angebliche Reserveursache berücksichtigt habe, obwohl die hypothetische Kausalkette erst Jahre nach dem Schadeneintritt einsetze. Ebenso habe die Vorinstanz zu Unrecht angenommen, dass die Beschwerdeführerin entschädigungslos auf die Zürcher Liegenschaften verzichtet hätte.

3.1.

3.1.1. Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (**BGE 136 III 322** E. 3.4.2). Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (**BGE 127 III 365** E. 2b).

Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sogenannte implizite oder mitbehauptete Tatsachen vgl. Urteile 4A_132/2022 vom 18. Juli 2022 E. 2.1; 4A_532/2020 vom 26. November 2020 E. 5.2.4).

Die Behauptungs- und Substanziierungslast zwingt die damit belastete Partei nicht, sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei vorweg zu entkräften. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert, so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (**BGE 144 III 519** E. 5.2.1.1; **127 III 365** E. 2b).

3.1.2. Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Gegenpartei die Beweislast für diejenigen Tatsachen trägt, die zur Aufhebung oder zum Verlust des Anspruchs führen. Folglich sind rechtshindernde oder rechtsaufhebende Tatsachen von derjenigen

Partei zu behaupten und zu beweisen, die sich darauf beruft (**BGE 148 III 105** E. 3.3.1; **139 III 7** E. 2.2; **128 III 271** E. 2a/aa).

Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (**BGE 148 III 105** E. 3.3.1, 134 E. 3.4.1; Urteil 5A_514/2022 vom 28. März 2023 E. 2.2.3, zur Publ. vorgesehen).

3.1.3. Der Kläger hat die anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten. Die konkreten Anforderungen an die Substanziierung der anspruchsbegründenden Tatsachen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei.

Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR hat der Schuldner für den aus der nicht oder nicht gehörig bewirkten Erfüllung einer Verbindlichkeit entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Zuzufolge Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes. Voraussetzungen einer Haftung nach Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR sind eine Vertragsverletzung (Sorgfaltswidrigkeit), ein Schaden, ein Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden sowie das Verschulden des Beauftragten. Den Beauftragten trifft der Beweis des fehlenden Verschuldens (Exkulpation), während die Beweislast für die übrigen Haftungsvoraussetzungen der Auftraggeberin obliegt (BGE 144 III 155 E. 2.3). Die Partei, die Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung (Art. 97 Abs. 1 OR) begehrt, hat somit grundsätzlich zu behaupten und zu beweisen, dass die Gegenpartei eine vertragliche Verpflichtung nicht (gehörig) erfüllt hat und dass der Klägerin dadurch - adäquat-kausal - der Schaden entstanden ist, dessen Ersatz sie begehrt (vgl. BGE 144 III 155 E. 2.3; 132 III 379 E. 3.1; 127 III 543 E. 2b; 111 II 156 E. 3b). Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substanziiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 136 III 322 E. 3.4.2; Urteile 4A_539/2022 vom 5. April 2023 E. 3.2.1; 4A_360/2020 vom 2. November 2020 E. 4.2; je mit Hinweisen).

In der Lehre ist umstritten, ob ein Schädiger zu seiner Befreiung einwenden kann, der behauptete Schaden wäre unabhängig von seinem Verhalten wegen späterer hypothetischer Ereignisse ohnehin eingetreten. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hierzu ist uneinheitlich, wobei das Bundesgericht in mehreren publizierten Entscheiden spätere hypothetische Ereignisses berücksichtigt hat (**BGE 115 II 440** E. 4a mit Hinweisen). In jenem Entscheid hat das Bundesgericht erwogen, spätere hypothetische Ereignisse würden bei der Schadensberechnung in der Regel berücksichtigt; sei es aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften oder unmittelbar aufgrund des allgemeinen Schadensbegriffes.

3.1.4. Nach ständiger Rechtsprechung gilt als Schaden die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Der Schaden entspricht - gemäss der in der Schweiz herrschenden Differenztheorie - der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Er kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (**BGE 132 III 359** E. 4, 564 E. 6.2). Der Zeitablauf kann im Rahmen der Schadensermittlung verschiedentlich von Bedeutung sein. Wie bereits ausgeführt erfordert die Ermittlung des Schadens nach der herrschenden Differenztheorie einen Vergleich zwischen dem *gegenwärtigen* Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Das auf **BGE 64 II 137** zurückgehende Abstellen auf das "gegenwärtige" Vermögen bedeutet nach Rechtsprechung und Lehre, dass der Vergleich zwischen der tatsächlichen und der hypothetischen Vermögenslage grundsätzlich zum Urteilszeitpunkt zu erfolgen hat (**BGE 145 III 225** E. 4.1.1 f. mit Hinweisen; **122 III 53** E. 4c; **99 II 214** E. 3b; **81 II 38** E. 4; **77 II 152**; HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl. 2018, S. 47 Rz. 254; FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, 3. Aufl. 2017, S. 301 Rz. 1046; ROLAND BREHM, in:

Berner Kommentar, 5. Aufl. 2021, N 7 zu Art. 42 OR; HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl. 2013, S. 94 Rz. 22; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 2012, S. 466 Rz. 1379 f.; CHAPPUIS, Le moment du dommage, 2007, S. 73 ff. Rz. 153 ff.; CHRISTOPH MÜLLER, La perte d'une chance, 2002, S. 250 Rz. 359; ROBERTO, Schadensrecht, 1997, S. 16).

3.2.

3.2.1. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin stütze ihre Forderung auf den im Kanton Aargau öffentlich beurkundeten Gesellschafts- und Schenkungsvertrag vom 10. Juli 2002. Darauf basierend verlange sie Ersatz für die ihr entgangenen Aktiven infolge Nichtübertragung der Liegenschaften in W und V. Indes ergebe sich aus der Aufhebungsvereinbarung vom 22. Dezember 2006, öffentlich beurkundet am 19. Januar 2007, sowie der öffentlich beurkundeten Aufhebungsvereinbarung vom 28. Oktober 2010, dass die Parteien damit darauf abgezielt hätten, sich auf den status quo von vor 10. Juli 2002 zu stellen. Namentlich sei vereinbart worden, dass der Ehemann aufgrund der bereits erfolgten Eigentumsübertragung auf die Beschwerdeführerin wieder Alleineigentümer zweier Liegenschaften im Kanton Aargau werde und die diesbezüglichen Mietzinsen erhalte. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin im Nachgang der Erklärung vom 22. Dezember 2006 die Klage beim Bezirksgericht Zürich auf Zuteilung des Mehrfamilienhauses in W zu Alleineigentum zurückgezogen. Die Abtretungsvereinbarungen könnten konsequenterweise nur so verstanden werden, dass auch die streitbetroffenen Grundstücke in V und W auf den Ehemann zurückübertragen worden wären, selbst wenn die Grundbucheintragung aufgrund des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags 2002 erfolgt wäre. Die Beschwerdeführerin behaupte nicht substantiiert, dass sie die Aufhebungsverträge im Jahre 2006 und später nie abgeschlossen hätte, wenn hinsichtlich des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags kein Formmangel vorgelegen hätte und die Grundstücke im Jahre 2002 auf sie hätten übertragen werden können. Sie mache auch nicht geltend, dass sie die fraglichen Grundstücke gleich wie die "Y Liegenschaft" (die dritte 2002 auf sie übertragene Liegenschaft im Kanton Aargau) von der Aufhebungsvereinbarung ausgenommen und für sich behalten hätte. Mit anderen Worten wären die streitgegenständlichen Grundstücke mit der Rückabwicklung und Rückübertragung wieder der güterrechtlichen Auseinandersetzung zugeführt worden. Daraus folge, dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Vermögensverminderung durch Nichtübertragung von Aktiven, d.h. der geltend gemachte Schaden, selbst dann eingetreten wäre, wenn die Transaktion aufgrund des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags erfolgt wäre.

3.2.2. Weil sodann für die Schadensberechnung grundsätzlich der Urteilszeitpunkt massgebend sei und der freiwillige Abschluss des Aufhebungsvertrages durch die Beschwerdeführerin und ihren Ehemann vom 19. Januar 2007 in den Verantwortungsbereich der Beschwerdeführerin selbst falle, sei dieses Ereignis im Sinne einer hypothetischen Kausalität resp. einer "Reserveursache" zu berücksichtigen. Es handle sich mithin nicht um ein Zufallsereignis oder die schädigende Handlung eines Dritten (sog. überholende Kausalität). Die Beschwerdeführerin mache nicht substantiiert geltend, dass diese Vereinbarung ungültig wäre. Zwar habe sie vor Erstinstanz ausgeführt, sie habe in den Aufhebungsvertrag einlenken müssen, da es sich beim öffentlich beurkundeten Vertrag vom 10. Juli 2002 um ein Nonvaleur gehandelt habe. Dagegen spreche aber, dass die Beschwerdeführerin mit dem Aufhebungsvertrag die Liegenschaft in Y behalten und Fr. 2 Mio. in bar erhalten habe. Jedenfalls sei allein mit diesen Angaben kein Mangel beim Abschluss des Aufhebungsvertrages im Sinne von Art. 23 OR dargetan. Gestützt auf den klaren Wortlaut des Aufhebungsvertrags sei zudem davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann den übereinstimmenden Willen gehabt hätten, den Gesellschafts- und Schenkungsvertrag ganz und nicht bloss zum Teil aufzulösen und dass die Beschwerdeführerin diese Verträge freiwillig eingegangen sei.

Da somit das spätere hypothetische Ereignis - der Abschluss des Aufhebungsvertrags - zu derselben Vermögensverminderung geführt hätte wie eine allfällige Vertragsverletzung des Beschwerdegegners und das zweite Ereignis in die Verantwortung der Beschwerdeführerin falle, erscheine es sachgerecht,

diese Reserveursache zu berücksichtigen. Eine allfällige Vertragsverletzung des Beschwerdegegners als mögliches auslösendes Ereignis für die reale Schädigung sei somit durch die Jahre später erfolgte Aufhebungsvereinbarung der Beschwerdeführerin neutralisiert worden. Eine allfällige Vertragsverletzung des Beschwerdegegners wäre für den Schadenseintritt nicht rechtserheblich, da dieser auch dann erfolgt wäre, wenn der Beschwerdegegner vollumfänglich vertragsgemäss gehandelt hätte. Es mangle an der Anspruchsvoraussetzung des eingetretenen Schadens. Die Fragen der Sorgfaltspflichtverletzung und des adäquaten Kausalzusammenhangs könnten offen bleiben.

3.3. Die vorstehend zusammengefasst wiedergegebenen Erwägungen der Vorinstanz sind überzeugend. Es ist nicht ersichtlich, dass sie den Sachverhalt willkürlich festgestellt oder sonst Bundesrecht verletzt hätte.

3.3.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihr zu Unrecht den Beweis dafür auferlegt, dass sie die streitgegenständlichen Zürcher Liegenschaften so wie diejenige in Y behalten hätte. Tatsächlich wäre es am Beschwerdegegner gewesen, zu behaupten und zu beweisen, dass die Beschwerdeführerin die Zürcher Liegenschaften im Aufhebungsvertrag von 2006/2007 von der Rückübertragung nicht ausgenommen hätte. Dies habe er nicht getan.

Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Zwar ist ihr zuzustimmen, dass es am Beschwerdegegner war zu behaupten, dass die Beschwerdeführerin die Zürcher Liegenschaften - wären diese im Nachgang zu einem hypothetisch im Kanton Zürich öffentlich beurkundeten Gesellschafts- und Schenkungsvertrag auf sie übertragen worden - im Aufhebungsvertrag von 2006/2007 ebenfalls auf ihren Ehemann zurückübertragen hätte und ihr daher aus einer allfälligen Vertragsverletzung des Beschwerdegegners kein Schaden entstanden wäre. Dabei handelt es sich, wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, um eine rechtsaufhebende Tatsache, welche zum Verlust des Anspruchs der Beschwerdeführerin führen würde und daher vom Beschwerdegegner zu behaupten (und gegebenenfalls zu beweisen) war. Indes hat er dies gemäss willkürfreier Feststellung der Vorinstanz (dazu oben E. 2.2) getan. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner bereits erstinstanzlich behauptet hat, die Beschwerdeführerin habe mit den Aufhebungsvereinbarungen von 2006/2007 und 2010 aus freien Stücken auf ihre im Gesellschafts- und Schenkungsvertrag von 2002 eingeräumte gesamte Rechtsposition verzichtet; dies betreffe alle Elemente und Ansprüche der Urkunde. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin beinhaltet dieses Vorbringen offensichtlich auch die Behauptung, wonach sie auf sämtliche Zürcher Liegenschaften verzichtete und daher zumindest implizit ebenso, dass sie die Zürcher Liegenschaften *hypothetisch zurückübertragen hätte*, wären diese 2002 in ihr Eigentum übergegangen. Im Gesellschafts- und Schenkungsvertrag, worauf in den vom Beschwerdegegner angerufenen Aufhebungsvereinbarungen Bezug genommen wird, sind nämlich alle Liegenschaften - auch die streitgegenständlichen im Kanton Zürich - aufgeführt. Diese sind daher von der Behauptung des Beschwerdegegners offensichtlich mitumfasst. Daran ändert nichts, dass für die Übertragung der Zürcher Liegenschaften auf die Beschwerdeführerin eine öffentliche Beurkundung im Kanton Zürich erforderlich gewesen wäre. Dies hat ebenso wenig Einfluss auf die Gültigkeit der Aufhebungsvereinbarungen, insbesondere bezüglich der Zürcher Liegenschaften.

Nachdem der Beschwerdegegner gemäss schlüssiger Feststellung der Vorinstanz somit hinreichend behauptet und bewiesen hat, dass die Beschwerdeführerin auf ihre Rechtsposition aus dem Gesellschafts- und Schenkungsvertrag verzichtet hat, wäre es an dieser gewesen, den Gegenbeweis hierfür anzutreten. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Behauptungs- und Substanziierungslast dafür auferlegte, dass sie die Zürcher Liegenschaften nicht auf ihren Ehemann zurückübertragen hätte. Gleiches gilt für die Behauptung, dass die Beschwerdeführerin die Aufhebungsverträge nicht geschlossen hätte, wenn hinsichtlich der Grundstücke ausserhalb des Kantons Aargau kein Formmangel vorgelegen hätte. Darin liegt keine unzulässige Umkehr der Beweislast.

3.3.2. Die Vorinstanz stellte sodann willkürfrei und ohne Verletzung der Grundsätze der Vertragsauslegung (vgl. Urteil 4A_247/2023 vom 17. November 2023 E. 3.1.1) fest, dass die

Beschwerdeführerin und ihr Ehemann mit den Aufhebungsvereinbarungen von 2006/ 2007 und 2010 darauf abgezielt hätten, sich auf den status quo von vor 10. Juli 2002 zu stellen und dass daraus geschlossen werden müsse, auch die streitbetroffenen Zürcher Liegenschaften wären - ohne weitere Entschädigung - auf den Ehemann zurückübertragen worden, wenn die Grundbucheintragung aufgrund des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags 2002 erfolgt wäre (oben E. 3.2.1). Dass die Vorinstanz dieses Szenario als überwiegend wahrscheinlich beurteilte, verletzt kein Bundesrecht. Es kann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin Gegenteiliges hinreichend behauptet hat.

Ebenso zu Recht hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin den Nachweis auferlegt, die Ungültigkeit der Abtretungsvereinbarung zu beweisen, zumal die Beschwerdeführerin daraus Rechte ableitet. Dies hat sie nicht behauptet resp. es ist ihr nach überzeugender Auffassung der Vorinstanz jedenfalls nicht gelungen (oben E. 3.2.2). Wie bereits gesagt, muss zudem die vom Beschwerdegegner vorzubringende Behauptung, wonach die Abtretungsvereinbarungen hypothetisch auch die bereits an die Beschwerdeführerin übertragenen Zürcher Liegenschaften beinhaltet hätten, als implizit mitbehauptet gelten. Der Beschwerdegegner hat vorgebracht, dass die Beschwerdegegnerin auch auf die Zürcher Liegenschaften freiwillig verzichtet hat. Dies beinhaltet implizit die Behauptung, sie hätte die Liegenschaften an den Ehemann zurückübertragen, wären diese bereits in ihr Eigentum übergegangen.

Unter diesen Umständen wäre es an der Beschwerdeführerin gewesen, den Gegenbeweis hierüber anzutreten, namentlich auch darzulegen und schlüssig zu beweisen, dass sie die Zürcher Liegenschaften nur gegen ein höheres Entgelt zurückgegeben hätte. Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin ferner, wenn sie rügt, die Vorinstanz habe ihr zu Unrecht den Nachweis des hypothetischen Schadens aufgrund der geltend gemachten Nicht-Rückübertragung der Zürcher Liegenschaften auf den Ehemann auferlegt. Als Anspruchs begründende Tatsache war dies von der Beschwerdeführerin zu behaupten und zu beweisen.

3.3.3. Zusammengefasst ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz nachvollziehbar annahm, die Beschwerdeführerin hätte die streitgegenständlichen Zürcher Liegenschaften auf ihren Ehemann zurückübertragen, selbst wenn die Grundbucheintragung aufgrund des Gesellschafts- und Schenkungsvertrags 2002 erfolgt wäre. Die Vorinstanz bejahte daher auch den hypothetischen Kausalzusammenhang zwischen der Reserveursache - der Rückübertragung der Zürcher Liegenschaften aufgrund der Aufhebungsvereinbarungen - und dem dadurch verursachten Schaden zu Recht. Ihr ist zuzustimmen, dass eine allfällige Vertragsverletzung des Beschwerdegegners unter diesen Umständen für den Schadenseintritt nicht rechtserheblich wäre. Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang neuerlich ein ungenügendes Behaupten der Reserveursache resp. des hypothetischen Kausalzusammenhangs durch den Beschwerdegegner rügt, kann auf das in Erwägung 3.3.1 vorstehend Gesagte verwiesen werden. Es trifft daher nicht zu, dass die Vorinstanz ihrem Entscheid eine Tatsachenbehauptung zugrunde gelegt hätte, die von keiner Partei behauptet worden wäre. Der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die Aufhebungsvereinbarungen einzig deshalb erfolgt seien, weil der Gesellschafts- und Schenkungsvertrag von 2002 ohnehin nichtig gewesen sei, überzeugt zudem nicht. Die Beschwerdeführerin hat auch die Aargauer Liegenschaften, hinsichtlich welchen die Vereinbarung von 2002 gültig war, mit Ausnahme der Liegenschaft in Y, an ihren Ehemann zurückübertragen.

3.3.4. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die vorinstanzlich angenommene Reserveursache sei unbeachtlich, weil sie nur scheinbar hypothetisch, tatsächlich aber Folge einer Realursache sei. Sie hätte den Aufhebungsvertrag nicht unterzeichnet, wenn die Sorgfaltspflichtverletzung nicht gewesen wäre d.h. wenn die Übertragung der Zürcher Liegenschaften aufgrund eines gültigen Gesellschafts- und Schenkungsvertrags vollzogen worden wäre.

Auf diesen Einwand ist nicht neuerlich einzugehen. Wie in der vorstehenden Erwägung 3.3.2 festgestellt, nahm die Vorinstanz Gegenteiliges an. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was diese Annahme als willkürlich erscheinen liesse. Namentlich genügt hierfür nicht, wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, sei sei nur aufgrund der Falschberatung des Beschwerdegegners

in Konkurs gefallen und nur deshalb zum Abschluss der Aufhebungsvereinbarungen gezwungen gewesen. Im Übrigen ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid nicht und behauptet die Beschwerdeführerin nicht, dass sie diese Rüge im Berufungsverfahren erhoben hätte. Sie führt lediglich aus, dies in der erstinstanzlichen Replik vom 13. November 2019 getan zu haben. Auf die Rüge ist daher mangels materieller Ausschöpfung des Instanzenzugs nicht einzugehen (**BGE 143 III 290** E. 1.1; Urteil 4A_409/2022 vom 19. September 2023 E. 4.3.1.2.1).

3.3.5. Nicht gefolgt werden kann sodann dem Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die von der Vorinstanz als Reserveursache berücksichtigte hypothetische Kausalität unbeachtlich bleiben müsse, weil sie sich überhaupt erst mit Abschluss der Aufhebungsvereinbarungen ausgewirkt habe. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist für die Schadensberechnung grundsätzlich der Urteilszeitpunkt massgebend (oben E. 3.1.4). Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die Aufhebungsvereinbarungen zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen hatte. Damit ist die Reserveursache im Urteilszeitpunkt hypothetisch eingetreten und grundsätzlich zu berücksichtigen (oben E. 3.1.3). Daran ändert nichts, dass vor Abschluss der Aufhebungsvereinbarungen ein Schadenersatzanspruch bei ansonsten gegebenen Voraussetzungen bestanden hätte. Auch aus dem von der Beschwerdeführerin angerufenen Urteil (**BGE 115 II 440** E. 4b) kann sie nichts für sich ableiten. Das Bundesgericht hat die Frage, ob hypothetische Ereignisse von Bedeutung sind, die erst nach Schadeneintritt wirksam werden, in jenem Fall offen gelassen, weil er speziell gelagert war. Dennoch hat es die hypothetische Kausalität, entsprechend dem Grundsatz, aufgrund wertender Gesichtspunkte berücksichtigt. Das von der Beschwerdeführerin angerufene Urteil spricht mithin nicht gegen die Berücksichtigung hypothetischer Ereignisse. Die Vorinstanz verletzte kein Bundesrecht, wenn sie erwog, es rechtfertige sich, den freiwilligen Abschluss der Aufhebungsvereinbarungen zu berücksichtigen, weil das Ereignis in den Verantwortungsbereich der Beschwerdeführerin selbst falle (oben E. 3.2.2).

3.3.6. Wenn die Beschwerdeführerin schliesslich rügt, die Vorinstanz gehe von einer falschen hypothetischen Kausalität aus, legt sie ihren Ausführungen einen Sachverhalt zugrunde, der vom für das Bundesgericht massgebenden Sachverhalt abweicht. Sie legt nicht dar, dass die Annahme der Vorinstanz geradezu unhaltbar wäre, die Beschwerdeführerin hätte auch bereits auf sie übertragene Zürcher Liegenschaften entschädigungslos auf ihren Ehemann zurückübertragen. Die Möglichkeit, dass die Rückübertragung bloss gegen ein weiteres Entgelt erfolgt wäre, genügt zum Nachweis von Willkür nicht. Wie die Vorinstanz überzeugend erwog, schlossen die Parteien die Aufhebungsvereinbarungen 2006/2007 und 2010 in der Absicht, den Status quo vor dem 10. Juli 2002, mithin vor Abschluss des Gesellschafts- und Schenkungsvertrages wiederherzustellen.

3.4. Im Ergebnis sprach die Vorinstanz der Beschwerdeführerin ohne Prüfung der weiteren Voraussetzungen keinen Schadenersatz zu, da der geltend gemachte Schaden aus Gründen, die die Beschwerdeführerin selbst gesetzt hat, ohnehin eingetreten wäre. Dies erscheint sachgerecht und ist bundesrechtskonform.

4.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen und den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 66 ff. BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. März 2024

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jametti

Der Gerichtsschreiber: Matt