

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 28. April 2017

in Sachen

1. **Genossenschaft A.**_____,
2. **Verein B.**_____,
3. **Kirche C.**_____,

Gesuchstellerinnen und Berufungsklägerinnen,

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

D._____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 22. Dezember 2016 (ET160004)

Rechtsbegehren:

- "1. Das Notariat Pfäffikon ZH, ... [Adresse], sei anzuweisen, dem Gericht die öffentlichen letztwilligen Verfügungen der Erblasserin E._____, geb. tt.10.1921, verstorben am tt.mm.2016, vom 17. Dezember 2014 sowie die dieser Verfügung vorausgehende Verfügung, mutmasslich am 2. März 2011, öffentlich beurkundet, herauszugeben.
2. Dr. med. F._____, ... [Adresse], sei unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, dem Gericht die vollständige Krankengeschichte der Erblasserin E._____, geb. tt.10.1921, verstorben am tt.mm.2016, einzureichen.
3. Das Treuhandbüro G._____ AG, ... [Adresse], sei unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, dem Gericht schriftlich Auskunft zu erteilen über den Bestand, die allfällige Dauer und den Zeitpunkt der Beendigung sowie die Beendigungsgründe des Mandatsverhältnisses mit der Erblasserin.
4. Die folgenden Zeugen seien zur Testierfähigkeit des Erblasserin E._____, zu Ihrem letzten Willen und zum Verhältnis zu ihren Pflegeöchtern D._____ und H._____ sowie zu den Gesuchstellerinnen 1-3 zu befragen:
 - I._____ ... [Adresse],
 - J._____, ... [Adresse],
 - K._____, ... [Adresse],
 - L._____, ... [Adresse],
 - M._____, ... [Adresse],
 - Dr. med. F._____, ... [Adresse],
 - H._____, ... [Adresse],
 - N._____, ... [Adresse]."

(act. 1)

Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 22. Dezember 2016:

- "1. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung vom 19. Dezember 2016 wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden den Gesuchstellerinnen in solidarischer Haftung auferlegt.

4. Der Gesuchsgegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen."

(act. 6 = act. 10)

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerinnen (act. 11):

- "1. Das Urteil vom 22. Dezember 2016 des Bezirksgerichtes Pfäffikon ZH sei aufzuheben und die vor erster Instanz gestellten Rechtsbegehren seien vollumfänglich gutzuheissen, nämlich:
- [1. Das Notariat Pfäffikon ZH, ... [Adresse], sei anzuweisen, dem Gericht die öffentlichen letztwilligen Verfügungen der Erblasserin E._____, geb. tt.10.1921, verstorben am tt.mm.2016, vom 17. Dezember 2014 sowie die dieser Verfügung vorausgehende Verfügung, mutmasslich am 2. März 2011, öffentlich beurkundet, herauszugeben.
 2. Dr. med. F._____, ... [Adresse], sei unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, dem Gericht die vollständige Krankengeschichte der Erblasserin E._____, geb. tt.10.1921, verstorben am tt.mm.2016, einzureichen.
 3. Das Treuhandbüro G._____ AG, ... [Adresse], sei unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, dem Gericht schriftlich Auskunft zu erteilen über den Bestand, die allfällige Dauer und den Zeitpunkt der Beendigung sowie die Beendigungsgründe des Mandatsverhältnisses mit der Erblasserin.
 4. Die folgenden Zeugen seien zur Testierfähigkeit des Erblasserin E._____, zu Ihrem letzten Willen und zum Verhältnis zu ihren Pflegetöchtern D._____ und H._____ sowie zu den Gesuchstellerinnen 1-3 zu befragen:
 - I._____, ... [Adresse],
 - J._____, ... [Adresse],
 - K._____, ... [Adresse],
 - L._____, ... [Adresse],
 - M._____, ... [Adresse],
 - Dr. med. F._____, ... [Adresse],
 - H._____, ... [Adresse],
 - N._____, ... [Adresse].]
2. Eventualiter sei das Urteil vom 22. Dezember 2016 des Bezirksgerichtes Pfäffikon aufzuheben und das Gericht sei anzuweisen, die mit Begehren vom 19. Dezember 2016 beantragten Beweise abzunehmen.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und den Berufungsklägerinnen 1-3 seien angemessene Parteientschädigungen (zzgl. MwSt.) für das Berufungsverfahren zuzusprechen."

der Berufungsbeklagten (act. 21):

"Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichts s.V. des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 22. Dezember 2016 (ET160004) zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (mit MWST-Zuschlag) zu Lasten der Gesuchstellerinnen und Berufungsklägerinnen."

Erwägungen:

1.

1.1. Nach Darstellung der Genossenschaft A._____, des Vereins B._____ und der Kirche C.'_____ bzw. des Vereins C._____ (vgl. nachfolgend E. 2.4.3) (fortan Berufungsklägerinnen 1-3) ist am tt.mm 2016 die kinderlose Witwe E._____, geb. tt. Oktober 1921, im Alter von 94 Jahren verstorben und hat als Angehörige u.a. ihre beiden Pflegekinder D._____ (fortan Berufungsbeklagte) und H._____ hinterlassen. Mit öffentlicher letztwilliger Verfügung vom 2. März 2011 habe die Erblasserin auf Grund einer grossen Verbundenheit sie (die Berufungsklägerinnen 1-3) als ihre Erben eingesetzt. Gleichzeitig habe die Erblasserin diverse Vermächtnisse ausgerichtet und die G.'_____ AG (heute G._____ AG) mit der Willensvollstreckung beauftragt. Diese letztwilligen Anordnungen habe die Erblasserin nun aber mit letztwilliger Verfügung vom 17. Dezember 2014 geändert und habe die Berufungsbeklagte als Erbin sowie die O._____ Treuhand als Willensvollstreckerin eingesetzt und ihnen (den Berufungsklägerinnen 1-3) lediglich noch Vermächtnisse in Höhe von Fr. 1'000.--, Fr. 5'000.-- und Fr. 2'500.-- ausgerichtet (act. 1 S. 4 f. und S. 6 ff., act. 4/1-3). Nach Ansicht der Berufungsklägerinnen 1-3 hat die Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung vom 17. Dezember 2014 allerdings an Demenz gelitten, weshalb die darin enthaltenen Anordnungen nicht ihrem tatsächlichen Willen entsprechen würden. Folglich sei die Erhebung einer Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ZGB zu prüfen und es seien

vor Anhängigmachen eines solchen Prozesses entsprechende Beweise zu erheben (act. 1 S. 4).

1.2. Am 20. Dezember 2016 gelangten die Berufungsklägerinnen an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon und beantragten dementsprechend eine vorsorgliche Beweisabnahme mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren. Dieses Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme wies das Einzelgericht mit Urteil vom 22. Dezember 2016 unter Kostenfolgen für die Berufungsklägerinnen ab (act. 10).

1.3. Dagegen erhoben die Berufungsklägerinnen mit Eingabe vom 18. Januar 2017 Berufung bei der Kammer mit den vorstehend genannten Anträgen (act. 11). In der Folge wurden die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens beigezogen (act. 1-8) und es wurde den Berufungsklägerinnen mit Verfügung vom 23. Januar 2017 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 15). Nachdem dieser fristgerecht geleistet worden war (act. 16 und act. 18), wurde der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 14. Februar 2017 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 19). Am 27. Februar 2017 (Datum Poststempel) erstattete die Berufungsbeklagte die Berufungsantwort innert Frist mit den vorstehend genannten Anträgen (act. 21). Die Berufungsantwort wurde den Berufungsklägerinnen mit Verfügung vom 14. März 2017 zugestellt (act. 26). Gleichzeitig wurde der Berufungsklägerin 3 Frist angesetzt, um zu ihrer Partei- und Prozessfähigkeit Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 21. März 2017 nahm die Berufungsklägerin 3 fristgerecht Stellung (act. 28). Die Stellungnahme wurde der Berufungsbeklagten zugestellt (act. 35). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Berufung (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Darüber hinaus muss für die Zulässigkeit der Berufung die Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien, die Legitimation und die Beschwer gegeben sowie ein allfällig

erhobener Kostenvorschuss geleistet sein (OLIVER M. KUNZ, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Basel 2013, vor Art. 308 ff. N 40 f.; BK ZPO-STERCHI, Vorbemerkungen zu Art. 308 N 15 ff.; ZK ZPO-REETZ, 3. Aufl. 2016, Vorbemerkungen zu den Art. 308 - 318 N 50; BGE 135 III 212 E. 1). Im Weiteren prüft die Rechtsmittelinstanz nebst den genannten Eintretensvoraussetzungen auch die Prozessvoraussetzungen, selbst wenn sie von den Rügen der Parteien nicht umfasst werden (OGer ZH LB130013 vom 16. September 2013 E. II.4).

Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die vorliegende Berufung vom 18. Januar 2017 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Ferner sind die Berufungsklägerinnen durch den angefochtenen Entscheid beschwert und haben den notwendigen Kostenvorschuss geleistet.

2.3. Die Berufungsbeklagte stellt indes die Parteifähigkeit der Berufungsklägerinnen 1-3 sowie die Rechtsgültigkeit der Vollmachten zu Gunsten des Rechtsvertreters in Frage, indem sie darauf hinweist, dass die Vollmachten lediglich die Parteibezeichnungen mit nicht identifizierbaren Unterschriften enthalten würden und aus den Parteibezeichnungen nicht klar hervorgehe, welche Rechtssubjekte tatsächlich klagen würden, insofern also auch Art. 221 Abs. 1 lit. a ZPO verletzt sei (act. 21 S. 5 ff.). Diese Vorbringen der Berufungsbeklagten – wie im Übrigen alle Ausführungen in der Berufungsantwort – sind neu; da die Berufungsbeklagte im erstinstanzlichen Verfahren aber keine Gelegenheit zur Stellungnahme hatte, sind all diese Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren zuzulassen.

2.4. Demnach ist an dieser Stelle die Partei- und Prozessfähigkeit der Berufungsklägerinnen zu überprüfen. Parteifähig ist, wer als natürliche Person oder als

juristische Person rechtsfähig ist und daher oder von Bundesrechts wegen unter eigenem Namen als Partei in einem Prozess auftreten kann (ZK ZPO-ZÜRCHER, 3. Aufl. 2016, Art. 59 N 23 und ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, 3. Aufl. 2016, Art. 66 N 1 f.). Die juristische Person ist ab dem Zeitpunkt parteifähig, in dem sie das Recht der Persönlichkeit erlangt hat (ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, 3. Aufl. 2016, Art. 66 N 12 f.). Die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen und die einem besonderen Zweck gewidmeten und selbständigen Anstalten erlangen das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister. Keiner Eintragung bedürfen nebst den öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten die Vereine, die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen (Art. 52 ZGB). Sie erlangen das Recht der Persönlichkeit, sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich ist (Art. 60 Abs. 1 ZGB). Verfügt die Partei zudem über die Befugnis, einen Prozess selbst (oder durch einen selbst bestellten Vertreter) rechtswirksam zu führen, ist sie auch prozessfähig (ZK ZPO-ZÜRCHER, 3. Aufl. 2016, Art. 59 N 24). Ein Bestandteil der Prozessfähigkeit bildet ferner die Postulationsfähigkeit. Das ist die Fähigkeit, vor Gericht die im Prozessrecht vorgezeichneten Rechte wahrzunehmen, prozessuale Anträge zu stellen, Parteivorträge zu halten etc. (BGE 132 I 1 E. 3.2; ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, 3. Aufl. 2016, Art. 67 N 4; BK ZPO-STERCHI, Art. 67 N 24). Wird ein gewillkürter Vertreter beauftragt (Art. 68 Abs. 1 ZPO), so geht die Postulationsfähigkeit auf den Vertreter über (ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 68 N 3), sofern die Vollmachtserteilung gehörig erfolgt (ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 68 N 28).

Die klägerische Partei hat mit der Klage unter anderem die Parteien sowie deren allfällige Vertreter zweifelsfrei zu bezeichnen (Art. 221 Abs. 1 lit. a ZPO). Bei juristischen Personen genügt dafür in der Regel die Angabe der Firma und des Sitzes (ZK ZPO-LEUENBERGER, 3. Aufl. 2016, Art. 221 N 15).

2.4.1. In der Klage und Berufungsschrift führen sich die Berufungsklägerinnen 1-3 selber unter Angabe der jeweiligen Firma und der Adresse als (klägerische bzw. berufungsklägerische) Parteien auf. Damit haben sie grundsätzlich die inhaltliche Anforderung an die Klage gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. a ZPO erfüllt, zumal offen-

sichtlich ungenaue Angaben auch von Amtes wegen berichtigt werden können (ZK ZPO-LEUENBERGER, 3. Aufl. 2016, Art. 221 N 19 f.).

2.4.2. Die Angaben zur Berufungsklägerin 1 entsprechen dem Handelsregisterauszug der Genossenschaft "A._____" mit der Adresse ... [Adresse] und mit Sitz in P.____ (act. 24), und diejenigen zur Berufungsklägerin 2 entsprechen, wenn in der Klage- bzw. Berufungsschrift auch abgekürzt auf Altersheim B.'____ dem Handelsregisterauszug Verein B.____ mit der Adresse ... [Adresse] und Sitz in Q.____ [Ortschaft] (act. 25). Die Genossenschaft und der Verein sind also im Handelsregister eingetragen, weshalb von ihrer Parteifähigkeit auszugehen ist. Zudem reichten die Berufungsklägerinnen 1 und 2 bei der Vorinstanz und im Berufungsverfahren Vollmachten zu Gunsten ihres Rechtsvertreters ein, welche im Namen der Genossenschaft bzw. des Alters- und Pflegeheims B.____ jeweils von zwei Personen unterzeichnet sind (act. 3/1-2 und act. 13/1-2). Das entspricht den im Handelsregister festgehaltenen Zeichnungsberechtigungen (Kollektivunterschrift zu zweien), weshalb auch keine Zweifel an der Prozessfähigkeit der Berufungsklägerinnen 1 und 2 bzw. der Postulationsfähigkeit von Rechtsanwalt lic. iur. X.____ bestehen. Das Rubrum wurde allerdings in Bezug auf die Berufungsklägerin 2 insofern berichtigt, als der Verein B.____ als Partei aufgeführt wird (vgl. act. 26).

2.4.3. Demgegenüber enthalten die Akten zwar ebenfalls eine Vollmacht der Berufungsklägerin 3 zu Gunsten von Rechtsanwalt lic. iur. X.____ vom 17. Juli 2016 (act. 3/3 und act. 13/3), es existiert aber kein Handelsregistereintrag lautend auf "Kirche C.'____ , Q.____". Diesbezüglich weist die Berufungsklägerin 3 nach gerichtlicher Aufforderung mit Eingabe vom 21. März 2017 darauf hin, sie sei ein nicht im Handelsregister eingetragener Verein mit dem Namen "Kirche C.____", reicht ihre Statuten vom 13. November 2011 ein und erbringt damit den Nachweis ihrer Rechtspersönlichkeit (act. 26, act. 28 und act. 29/3). Die Berufungsklägerin 3 ist somit parteifähig und ihr Name ist im Rubrum entsprechend demjenigen in den Statuten (Kirche C.____) anzupassen. Zudem legt die Berufungsklägerin 3 eine neue Vollmacht zu Gunsten von Rechtsanwalt lic. iur. X.____ vom 20. März 2017, die Protokolle der Mietgliederversammlung vom

10. April 2016 und der Vorstandssitzung vom 18. April 2016 sowie die Unterschriftenregelung vom 16. April 2010 ins Recht (act. 29/4-7), woraus sich ergibt, dass der Vereinspräsident, R._____, und der Aktuar, S._____, für die Berufungsklägerin 3 kollektiv unterschriftsberechtigt sind. Demnach ist die bereits bei den Akten liegende, lediglich von R._____ unterzeichnete Vollmacht vom 17. Juli 2016 unzureichend. Die nachgereichte und vom Präsidenten und Aktuar gemeinsam unterzeichnete Vollmacht vom 30. März 2017 ist hingegen rechtsgenügend, womit Rechtsanwalt lic. iur. X._____ zur Vertretung der Berufungsklägerin 3 im vorliegende Verfahren rechtsgültig bevollmächtigt ist und sinngemäss seine Handlungen im vorinstanzlichen Verfahren nachträglich genehmigt wurden. Damit ist auch die Berufungsklägerin 3 prozessfähig und durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____ rechtsgültig vertreten.

2.5. Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zu Recht einen Entscheid in der Sache gefällt und es steht dem Eintreten auf die Berufung der Berufungsklägerinnen 1-3 nichts entgegen.

3.

3.1. Die Vorinstanz legt in ihrem Entscheid die allgemeinen rechtlichen Grundlagen der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO detailliert und in der Sache im Wesentlichen zutreffend dar (vgl. act. 10 S. 4 f., S. 6 und S. 8). Im Zusammenhang mit dem schutzwürdigen Interesse gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO hält die Vorinstanz jedoch einschränkend fest, die Möglichkeit der vorsorglichen Beweisführung diene nicht dazu, das Beweisverfahren vor das Hauptverfahren zu verlagern. Es müsse ein besonderes Interesse für eine vorzeitige Beweisabnahme dargelegt werden, wobei die Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten nur dann ein solches Interesse darstelle, wenn ohne die vorsorgliche Beweisführung keine oder kaum eine Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten möglich wäre. Schliesslich solle eine vorsorgliche Beweisführung vor einem Hauptprozess nicht das dortige Beweisverfahren ersetzen (act. 10 S. 7).

Vor diesem Hintergrund verneinte die Vorinstanz im konkreten Fall das schutzwürdige Interesse der Berufungsklägerinnen mit der Begründung, es sei zwar

glaubhaft, dass den Berufungsklägerinnen im Falle der Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung der Erblasserin vom 17. Dezember 2014 ein Erbenspruch und somit ein materieller Anspruch am Nachlass zustünde, weshalb sie berechtigt seien, gegenüber der Berufungsbeklagten eine Ungültigkeitsklage zu erheben und grundsätzlich eine vorsorgliche Beweisführung zu verlangen. Aus der Art und Vielzahl der beantragten Beweismittelerhebungen werde vorliegend aber der Eindruck gewonnen, das Beweisverfahren solle bereits vollständig vor Rechtshängigkeit eines allfälligen Ungültigkeitsprozesses durchgeführt werden. Es sei nicht ersichtlich, welche Beweismittel im späteren Hauptprozess noch vorgebracht werden könnten. Auch werde die Sachlage bereits ohne vorsorgliche Beweisabnahme bereits substantiiert geschildert und teils sogar mit Dokumenten untermauert. Auch sei davon auszugehen, dass die als Zeugen genannten Personen bereits unpräjudiziell zur Sache befragt worden seien, weshalb eine Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten auch ohne entsprechendes vorsorgliches Beweisführungsverfahren möglich sei. Darüber hinaus scheine ein Interesse im Hinblick auf eine vergleichsweise Einigung der Parteien nicht plausibel, weil die Gegenseite die Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung vom 17. Dezember 2014 vehement zu verneinen scheine und Vergleichsgespräche daher von vornherein ablehne (act. 10 S. 5 ff.). Im Weiteren hielt die Vorinstanz fest, im Hinblick auf die Befragung der drei erstgenannten Zeugen sei auf Grund des fortgeschrittenen Alters auch keine Beweismittelgefährdung im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO erkennbar, weil allein das Alter der betagten Zeugen keine solche zu begründen vermöchten und keine besonderen Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die genannten Personen in den nächsten Jahren ableben würden (act. 10 S. 8 f.).

3.2. Dagegen bringen die Berufungsklägerinnen zunächst in allgemeiner Weise vor, die Vorinstanz handle widersprüchlich, wenn sie einerseits verlange, das Begehren um vorsorgliche Beweisführung müsse substantiiert begründet sein, weil bloße Behauptungen nicht genügen würden, und auf der anderen Seite das schutzwürdige Interesse auf Grund der erfolgten Substantiierung verneine, zumal die Vorinstanz auch nicht ausführe, welche konkreten Unterlagen und Beweise einem vorsorglichen Beweisverfahren entgegenstehen würden. Zudem habe das Bundesgericht in BGE 140 III 16 entschieden, dass im Rahmen einer vorsorgli-

chen Beweisführung selbst dann Beweise – dort ein gerichtliches Gutachten – abzunehmen seien, wenn wie dort bereits rund 20 medizinische Stellungnahmen vorliegen würden, weil es sich bei denen beweisrechtlich betrachtet um blosser Privatgutachten handeln würde, welche als Bestandteil der Parteivorbringen nicht als eigentliche Beweismittel gelten würden (act. 11 S. 7 f.). Unzutreffend sei weiter, dass nicht einzusehen sei, welche Beweismittel im Rahmen eines Hauptprozesses noch vorgebracht werden könnten und ohnehin stünde dieser Umstand einem schutzwürdigen Interesse kaum entgegen (act. 11 S. 9). Es sei auch nicht zu übersehen, dass die Berufungsbeklagte Vergleichsgespräche zwar als unnötigen vorprozessualen Aufwand abtue, die Vergleichsbereitschaft mit der Abnahme wichtiger Beweismittel indes erfahrungsgemäss steige (act. 11 S. 9 f.). Im Weiteren machen die Berufungsklägerinnen detaillierte Ausführungen zu den einzelnen beantragten Beweismittel, legen dar, weshalb sie für eine realistische Einschätzung der Beweis- und Prozessaussichten auf deren vorsorgliche Erhebung angewiesen seien und setzen sich zusätzlich betreffend die betagten Zeugen mit der Beweismittelgefährdung (act. 11 S. 8 ff.) sowie betreffend die Herausgabe der Testamente mit dem Anspruch nach Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. § 231 f. EG ZGB (act. 11 S. 10) auseinander.

3.3. Die Berufungsbeklagte identifiziert sich hingegen im Wesentlichen mit dem angefochtenen Entscheid (act. 21). Darüber hinaus bestreitet sie in der Berufungsantwort den von den Berufungsklägerinnen vorgebrachten Sachverhalt zu einem angeblich innigen Verhältnis zwischen ihnen und der Erblasserin, zum (familiären) Verhältnis zwischen der Berufungsbeklagten, H._____ und der Erblasserin, zu den Vorgängen rund um die Testamente vom März 2011 und Dezember 2014 und den diesbezüglichen Intentionen der Erblasserin, zur angeblichen Demenz bzw. Urteilsunfähigkeit der Erblasserin im 2014 sowie zur angeblichen Übergabe der Vermögensverwaltung von der G._____ AG an O._____-Treuhand (act. 21 S. 3 f., S. 15 ff., S. 25, S. 35 f. und S. 40 f.). Ferner wirft sie den Berufungsklägerinnen vor, mit dem Gesuch um vorsorgliche Beweisführung eine unzulässige Beweisausforschung zu betreiben (act. 21 S. 20 ff.), macht geltend, die Berufungsklägerinnen hätten alle im Testament vom Dezember 2014 Begünstigten ins Recht fassen müssen und für das Auskunftsbegehren gemäss § 231 f. EG

ZGB gegenüber dem Notariat Pfäffikon sei dieses und nicht sie passivlegitimiert (act. 21 S. 11 ff.), und bemängelt den Umstand, dass die Berufungsklägerinnen in ihrem Gesuch keine Zeugenfragen formuliert habe (act. 21 S. 37 ff.).

4.

4.1. In Bezug auf ihre Passivlegitimation macht die Berufungsbeklagte in der Berufungsantwortschrift im Detail geltend, die Berufungsklägerinnen würden das Begehren um vorsorgliche Beweisführung ausdrücklich im Hinblick auf die Anfechtung der letztwilligen Verfügung vom 17. Dezember 2014 mittels Ungültigkeitsklage stellen, weshalb es unabdingbar sei, dass sie das vorliegende Verfahren nicht nur gegen die Erbin, also sie (die Berufungsbeklagte), sondern gemeinsam gegen all jene einleiten müsse, die sie auch im angestrebten Anfechtungsprozess einklagen müsste, nämlich alle, die aus der Verfügung Vorteile ableiten würden (act. 21 S. 11 ff.).

4.2. In einem gerichtlichen Verfahren ist derjenige passivlegitimiert, gegen den sich der eingeklagte Anspruch tatsächlich richtet. Ob die Sachlegitimation vorhanden ist, prüft das Gericht vor Fällung eines Sachurteils in den Schranken der Verhandlungs- bzw. Eventualmaxime von Amtes wegen (ZK ZPO-SCHWANDER, 3. Aufl. 2016, Art. 83 N 5 f.). Sind auf der Beklagtenseite mehrere Personen involviert, liegt eine passive Streitgenossenschaft vor. Diese ist notwendig und die Personen müssen gemeinsam beklagt werden, wenn die Personenmehrheit kraft gesetzlicher Grundlage gezwungen ist, gemeinsam zu agieren, bzw. wenn über das Rechtsverhältnis nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann. Wird in einem solchen Fall die Klage nicht gegen alle Verpflichteten erhoben, so fehlt die Passivlegitimation und die Klage wird abgewiesen (BSK ZPO-RUGGLE, 2. Aufl. 2013, Art. 70 N 1).

4.3. Die vorsorgliche Beweisführung dient der Durchsetzung eines bestehenden gesetzlichen Anspruches, der Sicherung gefährdeter Beweise und der Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten (ZK ZPO-FELLMANN, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 7). Für diese Zwecke nimmt das Gericht entweder im laufenden Verfahren vorzeitig Beweise ab oder die Beweisabnahme erfolgt wie vorliegend im Vorfeld ei-

nes noch zu erhebenden Prozesses. In diesem zweiten Fall handelt es sich bei der vorsorglichen Beweisführung zwar um ein selbständiges Verfahren, das jedoch im Hinblick auf einen allfälligen Hauptprozess durchgeführt wird (ZK ZPO-FELLMANN, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 26b). Sie schliesst eine Beweisabnahme zum gleichen Thema im Hauptprozess aber nicht aus. Auch ist es den Parteien möglich, ohne Nachweis eines speziellen Interesses im Hauptprozess neue Beweisangebote oder eine Ergänzung der bereits erhobenen Beweise zu beantragen. Somit steht es einem Gesuchsgegner frei, sich am Verfahren der vorsorglichen Beweisführung zu beteiligen, da seine Parteirechte im Hauptprozess, namentlich die Stellungnahme, das Erheben von Gegenbehauptungen und Anbieten von umfassenden Beweis- und Gegenbeweismitteln, auch dann gewahrt bleiben, wenn er sich im Verfahren nach Art. 158 ZPO nicht vernehmen lässt. (ZK ZPO-FELLMANN, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 45 f.). Dennoch kann ein Interesse der im Hauptprozess eingeklagten Partei an der Wahrung des rechtlichen Gehörs und der Teilnahmerechte im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nicht grundsätzlich verneint werden. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, den formellen Einbezug aller in einem späteren Hauptprozess beteiligten Parteien in das Verfahren nach Art. 158 ZPO zu verlangen. Demnach richtet sich die (Aktiv- und) Passivlegitimation im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nach derjenigen des (späteren) Hauptprozesses.

4.4. Die Berufungsklägerinnen stützen ihr Gesuch um vorsorgliche Beweisführung in materieller Hinsicht auf eine allenfalls später zu erhebende Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ZGB betreffend das Testament der Erblasserin vom 17. Dezember 2014. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin muss über die Gültigkeit eines Testamentes allerdings nicht grundsätzlich für alle Beteiligten gemeinsam entschieden werden. Bei Gestaltungsklagen müssen zwar in der Regel alle am Rechtsverhältnis materiell beteiligten Personen in den Prozess einbezogen werden, entweder auf der Kläger- oder Beklagtenseite (erga omnes-Wirkung). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wirkt u.a. die erbrechtliche Ungültigkeitsklage indes nur zwischen den am Prozess beteiligten Parteien (inter partes-Wirkung). Nur in Ausnahmefällen liegt dennoch eine passiv notwendige Streitgenossenschaft vor, nämlich wenn der Gegenstand der angefochtenen

Verfügung von Todes wegen eine "unteilbare Einheit" bildet und deshalb darüber nur für alle Beteiligten gemeinsam entschieden werden kann (vgl. Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler, Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme, *successio* 2014 S. 198, S. 201 f. mit Hinweis auf BGE 40 II 190, BGE 44 II 107, BGE 57 II 150, BGE 78 II 181, BGE 81 II 33, BGE 97 II 201, BGE 136 III 123). Im vorliegenden Fall hob die Erblasserin mit der öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 17. Dezember 2014 alle ihre bisherigen letztwilligen Verfügungen auf, setzte die Berufungsbeklagte als ihre Alleinerbin ein und ordnete die Ausrichtung diverser Vermächtnisse an. Demnach stellt diese Verfügung im obgenannten Sinne keine unteilbare Einheit dar, über welche nur für alle Begünstigten gemeinsam entschieden werden kann. Das Vorliegen einer passiv notwendigen Streitgenossenschaft ist zu verneinen. Den Berufungsklägerinnen steht es frei, die Ungültigkeitsklage nur gegen die Berufungsbeklagte alleine zu erheben. Damit ist im vorliegenden Verfahren der vorsorglichen Beweisführung die Berufungsbeklagte auch alleine passivlegitimiert.

5.

5.1. Im Weiteren identifiziert sich die Berufungsbeklagte im Wesentlichen mit der Begründung im angefochtenen Entscheid. Die grundsätzlichen, einschränkenden Erwägungen der Vorinstanz zum schutzwürdigen Interesse widersprechen allerdings der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach an die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind. Die Berufungsklägerinnen weisen zu Recht darauf hin. Es gilt, dass ein Gesuchsteller lediglich glaubhaft zu machen hat, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann. Demgegenüber fehlt das Interesse etwa dann, wenn das beantragte Beweismittel untauglich oder ungeeignet ist oder es lediglich darum geht, ein bereits vorliegendes Gutachten mit einem weiteren Gutachten in Frage zu stellen (BGE 140 III 16 E. 2.2.2; BGE 140 III 24 E. 3.3.3). Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO soll also nicht bloss eine vage Abschätzung der Prozesschancen ermöglichen, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen (BGE 140 III 16

E. 2.5; BGE 140 III 24 E. 3.3.3). Insofern ist den Ausführungen der Vorinstanz entgegenzuhalten, dass ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung nicht bereits deshalb pauschal abgewiesen werden kann, weil das Gesuch bereits alle im späteren Hauptverfahren möglicherweise abzunehmenden Beweismittel umfasst oder der Sachverhalt bereits substantiiert geschildert und teilweise mit Dokumenten untermauert sei. Sofern jedes zur vorsorglichen Abnahme beantragte Beweismittel für sich betrachtet die genannten Voraussetzungen von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt, so ist es auch abzunehmen.

5.2. Daraus folgt, dass die Vorinstanz sich mit jedem einzelnen von den Berufungsklägerinnen zur Abnahme beantragten Beweismittel auseinandersetzen und konkret überprüfen hätte müssen, ob die Berufungsklägerinnen für die Abnahme dieses Beweismittels ein schutzwürdiges Interesse haben bzw. ob ein solches fehlt. Das hat sie nicht getan. Einzig betreffend die beantragte Befragung der genannten Zeugen hält die Vorinstanz fest, diese seien bereits unpräjudiziell zur Sache befragt worden, und wenn nicht, könnten die Berufungsklägerinnen eine solche Befragung machen, weshalb die Abklärung der Beweis- und Prozesschancen auch ohne gerichtliche Zeugenbefragung möglich sei. Die bereits erfolgte Zeugenbefragung stellt allerdings nur eine Vermutung der Vorinstanz dar, weshalb sich diese Begründung von vornherein nicht dazu eignet, ein schutzwürdiges Interesse zu verneinen. Zudem verkennt die Vorinstanz, dass einer vorsorglichen Beweisführung die Möglichkeit die Beweis- und Prozesschancen anderweitig abzuschätzen – wenn überhaupt – nur dann entgegenstehen kann, wenn die dafür notwendige Grundlage im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs bereits besteht und nicht erst noch geschaffen werden muss.

5.3. Ferner negierte die Vorinstanz für alle Beweismittel gemeinsam ein schutzwürdiges Interesse der Berufungsklägerinnen im Hinblick auf eine vergleichsweise Einigung der Parteien, weil sie ein solches auf Grund des Verhaltens der Berufungsbeklagten als nicht plausibel erachte. Diese Begründung überzeugt jedoch nicht, weil sich die Vorinstanz einzig auf ein (von den Berufungsklägerinnen eingereichtes) Schreiben der Berufungsbeklagten vom 7. Oktober 2016 stützt. Darin teilt die Berufungsbeklagte den Berufungsklägerinnen mit, Vergleichsgespräche

als unnötigen *vorprozessualen* Aufwand zu erachten (vgl. act. 4/6). Alleine daraus kann noch nicht abgeleitet werden, dass die Berufungsbeklagte einen Vergleich kategorisch, also auch nach einer allfälligen vorsorglichen Beweisabnahme, auszuschliessen scheint. Das wäre aber notwendig, um das Gesuch derart offensichtlich unbegründet erscheinen zu lassen, so dass es – wie es die Vorinstanz vorliegend getan hat – ohne Stellungnahme der Beklagten direkt hätte abgewiesen werden dürfen (vgl. Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 253 ZPO).

5.4. Aus diesen Gründen ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Wie gezeigt hat sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 22. Dezember 2016 nicht oder nur unzureichend und dort unzutreffend mit dem schutzwürdigen Interesse der Berufungsklägerinnen an der vorzeitigen Abnahme der einzelnen Beweismittel auseinandergesetzt. Ein wesentlicher Teil des Gesuchs der Berufungsklägerinnen blieb daher nicht beurteilt, weshalb die Sache zur erneuten Beurteilung des schutzwürdigen Interesses gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO an diese zurückzuweisen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). Die Berufung ist gutzuheissen.

Damit erübrigt sich an dieser Stelle eine Auseinandersetzung mit den weiteren diesbezüglichen Vorbringen der Berufungsbeklagten, namentlich mit den Einwendungen, die Berufungsklägerinnen würden eine unzulässige Beweisausforschung betreiben (act. 21 S. 20 ff.) und hätten in ihrem Gesuch Zeugenfragen formulieren müssen (act. 21 S. 37 ff.). Damit wird sich die Vorinstanz im Rahmen der Neubeurteilung zu befassen haben.

5.5. Im Übrigen ist der Vollständigkeit halber mit der Berufungsbeklagten festzustellen, dass die Vorinstanz eine Beweismittelgefährdung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO im Zusammenhang mit der Befragung der Zeuginnen I._____, J._____ und K._____ zu Recht abgewiesen hat, zumal die Berufungsklägerinnen die Gefährdung nur allgemein mit deren fortgeschrittenem Alter begründeten (vgl. act. 1 S. 13). Daran ändert nichts, dass sich anhand der Mortalitätstabelle von STAUFER/SCHÄTZLE 2001 feststellen lässt, dass die statistische Lebenserwartung mit dem Alter kontinuierlich abnimmt, bei den betreffenden Zeuginnen noch zwischen vier und acht Jahren beträgt, und dass bekanntermassen im Alter ein erhöhtes Risiko für ernsthafte Erkrankungen besteht, wie es die Berufungsklägerinnen mit

der Berufung geltend machen (act. 11 S. 16 f.). Die Berufungsbeklagte weist zutreffend darauf hin, dass statistische Überlegung zur Begründung der Beweismittelgefährdung nicht ausreichen (vgl. act. 21 S. 43). So vermag auch der allgemeine Umstand, dass das Erinnerungsvermögen von Zeugen mit der Zeit nachlässt, keine vorsorgliche Beweisabnahme zu rechtfertigen (ZK ZPO-FELLMANN, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 14a, und KUKO ZPO-SCHMID, 2. Aufl. 2014, Art. 158 N 2, beide mit Hinweis auf BGer vom 19. Juni 2012, 4A_118/2012 E. 2.1). Notwendig ist eine mit gewisser Wahrscheinlichkeit konkret zu erwartende Erschwerung oder Verunmöglichung der Beweisabnahme. Nach der herrschenden Lehre wird für die vorsorgliche Einvernahme eines Zeugen beispielsweise verlangt, dass dieser schwer krank ist, oder dass seine Auswanderung bevorsteht (ZK ZPO-FELLMANN, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 13; KUKO ZPO-SCHMID, 2. Aufl. 2014, Art. 158 N 2; JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 158 N 10). Demnach hätten die Berufungsklägerinnen für jede der drei Zeuginnen im Einzelnen zusätzlich zum jeweiligen Alter glaubhaft machen müssen, dass die Beweismittelabnahme aus besonderen Gründen und damit konkret gefährdet ist.

5.6. Ferner rügen die Berufungsklägerinnen zu Unrecht die Verletzung bzw. Nichtanwendung von Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO durch die Vorinstanz und stützen sich dabei für die Herausgabe der öffentlichen letztwilligen Verfügung der Erblasserin vom 17. Dezember 2014 vom Notariat ... auf § 231 und § 232 EG ZGB (vgl. act. 11 S. 10). Nach Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch zwischen den Parteien gewährt. Die Botschaft nennt in diesem Zusammenhang beispielhaft den Anspruch des Käufers gegenüber dem Verkäufer auf Beweisaufnahme bei der Übersendung einer Ware an einen anderen Ort (Art. 204 Abs.2 OR), den gegenseitigen Anspruch der Werkvertragsparteien auf "eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes" (Art. 367 Abs. 2 OR), den Anspruch des Kommissionärs auf Feststellung des Beweises des mangelhaften Zustands des ihm zum Verkauf zugesandten Kommissionsguts (Art. 427 Abs. 1 OR) und die Ansprüche nach Art. 59 MSchG und Art. 38 DesG (Botschaft ZPO, 7315). § 231 EG ZGB hält demgegenüber lediglich fest, dass Privatpersonen die Einsicht gerichtlicher oder notarialischer Akten und Protokolle oder ande-

rer öffentlicher Urkunden gestattet ist, sofern ein rechtliches Interesse bescheinigt wird. Er enthält offenkundig keinen solchen materiell-rechtlichen Anspruch der Berufungsklägerinnen gegen die Berufungsbeklagte auf Sachverhaltsfeststellung ausserhalb des Prozesses (vgl. ZK ZPO-FELLMANN, 3. Aufl. 2016, Art. 158 N 9). Und § 232 EG ZGB kommt für das vorliegende Begehren der Berufungsklägerinnen schon deshalb nicht in Frage, weil er sich mit dem Einsichtsrecht gegenüber einer Privatperson und nicht gegenüber einem Notariat als öffentliches Amt befasst. Deshalb hat die Vorinstanz vorliegend Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO zu Recht nicht zur Anwendung gebracht.

6.

6.1. Die Prozesskosten für das Berufungsverfahren setzen sich aus den Gerichtskosten (Entscheidgebür) und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebür bemisst sich im Kanton Zürich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG), welche im Zivilprozess unter Berücksichtigung von Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falles streitwertabhängige Gebühren vorsieht (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG).

Mit Blick auf den Verfahrensstreitwert in der Hauptsache von Fr. 3'426'500 (vgl. act. 15) ist die Entscheidgebür in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 13'750.-- festzusetzen. Sie wurde von den Berufungsklägerinnen sichergestellt (act. 18). Die volle Parteientschädigung beträgt unter Berücksichtigung dessen, dass jede Partei jeweils eine Rechtsschrift verfasst hat (Berufung und Berufungsantwort), Fr. 7'400.-- (§ 4, § 9, § 11 und § 13 AnwGebV) zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer, also total Fr. 7'992.--.

6.2. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei einer Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 1 und 4 ZPO). Das bildet die Regel und davon ist nur bei Vorliegen von besonderen Gründen abzuweichen (ZK ZPO-JENNY, 3. Aufl. 2016, Art. 104 N 11). Hier sind

keine solchen besonderen Gründe ersichtlich, weshalb die Kostenverteilung für das Berufungsverfahren der Vorinstanz zu überlassen ist.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichts s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 22. Dezember 2016 aufgehoben und die Sache zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 13'750.-- festgesetzt.
3. Die volle Parteientschädigung im Berufungsverfahren wird auf Fr. 7'992.-- (inkl. Mehrwertsteuer) festgesetzt.
4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 3'426'500.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:
28. April 2017