

ZSU.2024.121 / zp
(SZ.2023.52)
Art. 51

Entscheid vom 2. September 2024

Besetzung	Oberrichterin Massari, Präsidentin Oberrichter Holliger Oberrichterin Merkofer Gerichtsschreiberin i.V. Pulver
Klägerin	A. _____, [...] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Mirko Ros, [...]
Beklagter 1	B. _____, [...] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Orlando Vanoli, [...]
Beklagte 2	C. _____, [...]
Beklagte 3	D. _____, [...] 2 und 3 vertreten durch Rechtsanwältin Nicola Neth, [...]
Gegenstand	Vorsorgliche Beweisabnahme

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Mit Eingabe vom 30. November 2023 beantragte die Klägerin beim Präsidium des Zivilgerichts des Bezirksgerichts Muri im Sinne einer vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO die Befragung von Rechtsanwalt E._____, [...], als Zeugen, im Zusammenhang mit dem Nachlass von F._____, gestorben am tt.mm.jjjj, zuletzt wohnhaft gewesen in [...], insbesondere bezüglich der Vorgänge rund um die Vermögensübertragungen der Liegenschaften "G._____" und "H._____" in Q._____ an den vorverstorbenen Sohn des Erblassers, I._____. Rechtsanwalt E._____ sei aufzufordern, sich vor der Zeugenbefragung bei der zuständigen Behörde vom Berufsgeheimnis entbinden zu lassen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWSt.) zulasten der Beklagten.

1.2.

Der Beklagte 1 beantragte mit Stellungnahme vom 12. Februar 2024 die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Klägerin. Mit Gesuchsantwort vom 22. Februar 2024 beantragten auch die Beklagten 2 und 3 die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Klägerin.

2.

Das Präsidium des Zivilgerichts des Bezirksgerichts Muri entschied am 3. Mai 2024:

" 1.

Das Gesuch der Gesuchstellerin vom 30. November 2023 um vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO wird vollumfänglich abgewiesen.

2.

Die Entscheidgebühr in der Höhe von Fr. 1'000.00 werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit deren geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.00 verrechnet. Die Entscheidgebühr ist damit bereits vollumfänglich bezahlt.

3.

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet dem Gesuchsgegner 3 [recte: 1] eine Parteientschädigung von Fr. 6'483.40 (inkl. MWSR von FR. 485.809) und den Gesuchstellerinnen [recte: Gesuchsgegnerinnen] 2 und 3 eine Parteientschädigung von Fr. 6'483.40 (inkl. MWSR von FR. 485.80). Im Übrigen werden die Parteikosten weggeschlagen"

3.

3.1.

Die Klägerin erhob gegen den ihr am 24. Mai 2024 zugestellten Entscheid innert Frist am 3. Juni 2024 Berufung beim Obergericht des Kantons Aargau mit folgenden Rechtsbegehren:

- " 1. Es sei der Entscheid vom 3. Mai 2024 des Bezirksgerichts Muri (SZ2023.52/jz) vollumfänglich aufzuheben und anzuordnen, dass die von der Klägerin beantragte vorsorgliche Befragung von RA lic.iur E. _____ als Zeuge unverzüglich durchzuführen sei und es seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens auf die Staatskasse zu nehmen und der Klägerin der von ihr erstattete Kostenvorschuss von CHF 1'000.- zurückzuerstatten.

Eventualiter

- 1.1. Es sei Ziff. 3 des Entscheids vom 3. Mai 2024 des Bezirksgerichts Muri (SZ2023.52/jz) betreffend der Parteientschädigung vollumfänglich aufzuheben und es sei der Klägerin aus der Staatskasse eine angemessene Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren zuzüglich MWST von 8.1% zu entrichten.

Subeventualiter:

- 1.2. Es sei Ziff. 3 des Entscheids vom 3. Mai 2024 des Bezirksgerichts Muri (SZ2023.52/jz) betreffend Parteientschädigungen aufzuheben und es sei im Hauptverfahren (OZ.2024.5 und OZ.2024.3) über allfällige Parteientschädigungen an die Beklagten zu befinden.

Subsubeventualiter

- 1.2.1. Es seien allfällige Parteientschädigungen zu Gunsten des Beklagten 1 sowie zugunsten der Beklagten 2 und 3 (zusammen) im Umfang von maximal CHF 1'000.- (MWST bereits inbegriffen) zuzusprechen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Unkostenpauschale von 3% und Mehrwertsteuerzusatz von 8.1%) zuzulasten der Staatskasse, eventualiter zulasten der Beklagten."

3.2.

Mit Eingabe vom 25. Juni 2024 teilten die Beklagten 2 und 3 mit, dass sie auf die Erstattung einer Berufungsantwort verzichten.

3.3.

Mit Berufungsantwort vom 1. Juli 2024 beantragte der Beklagte 1 fristgerecht die Abweisung der Berufung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt. von 8.1 %) zulasten der Klägerin.

3.4.

Mit Eingabe vom 9. Juli 2024 nahm die Klägerin unaufgefordert zur Berufungsantwort des Beklagten 1 Stellung.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Im Verfahren betreffend die vorsorgliche Beweisführung sind die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen anzuwenden (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Es ist somit das summarische Verfahren anwendbar (Art. 248 lit. d ZPO).

Die Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts einen Endentscheid dar, wenn der Entscheid, wie vorliegend, in einem eigenständigen Verfahren ergeht (BGE 138 III 76 E. 1.2). Er unterliegt demnach der Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO) bzw. – bei einem Streitwert von weniger als Fr. 10'000.00 – der Beschwerde (Art. 308 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO).

1.2.

1.2.1.

Die Parteien gehen vorliegend mit der Vorinstanz (angefochtener Entscheid, E. 3.2) von einem Streitwert von mehr als Fr. 10'000.00 aus (Berufung, Rz. 28 f.; Berufungsantwort, Rz. 18 f.). Damit kann der das Verfahren abschliessende Entscheid vom 3. Mai 2024 mit Berufung angefochten werden (Art. 308 ZPO).

1.2.2.

Mit Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufung hat konkrete Rechtsbegehren zu enthalten, aus denen hervorgeht, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten und ob ein reformatorischer oder ein kassatorischer Entscheid angestrebt wird. Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 5A_3/2019 vom 18. Februar 2019 E. 3). Bei mangelhaften Begründungen oder ungenügenden Rechtsbegehren ist keine Nachfrist zur Verbesserung gemäss Art. 132 ZPO anzusetzen (BGE 137 III 617 E. 6.4; Urteile des Bundesgerichts 5A_82/2013 vom 18. März 2013 E. 3.3.3 und 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.4). Auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung – allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid – ergibt, was der Berufungsführer in der Sache verlangt oder, im Falle zu beziffernder

Rechtsbegehren, welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2 analog).

Das Obergericht kann aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO). Es gelten die Verhandlungs- (Art. 55 Abs. 1 ZPO) und die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO).

1.3.

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 9. Juli 2024 bringt die Klägerin erstmals vor, dem Beklagten 1 fehle es am Rechtsschutzinteresse, zu beantragen, dass E._____ nicht als Zeuge befragt werden solle. Der Beklagte 1 sei enterbt worden, wobei er seine Enterbung mit Klage vom 17. April 2024 beim Bezirksgericht Muri angefochten habe. Würde er mit seiner Klage Erfolg haben, würde sich sein Pflichtteilsanspruch quotenmässig erhöhen, wenn sich die Beklagten 2 und 3 lebzeitige Zuwendungen ihres vorverstorbenen Vaters anrechnen lassen müssten. Ob und in welchem Umfang solche erfolgten, sei Gegenstand der beantragten Zeugenbefragung von E._____. Würde die Klage des Beklagten 1 indes abgewiesen, käme ihm keine Erbenstellung zu und er habe dann sowieso kein Rechtsschutzinteresse am Ausgang des Verfahrens betreffend Befragung des Zeugen E._____.

Das Rechtsschutzinteresse ist eine Prozessvoraussetzung für die *klagende* Partei (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), somit nicht für den Beklagten 1. Vorliegend geht es einzig um die Frage, ob E._____ im Sinne *einer vorsorglichen Massnahme* (Art. 158 Abs. 2 ZPO) als Zeuge zu befragen ist, was der Beklagte 1 ablehnt, weil er die Voraussetzungen hierfür als nicht erfüllt erachtet. Weshalb er an der Abweisung des vorsorglichen Beweis-antrags kein Interesse haben soll, ist allein schon mit Blick auf die entsprechenden Kostenfolgen nicht ersichtlich.

2.

2.1.

Die Vorinstanz erwog, es sei vorliegend nicht von einer Gefährdung des Beweismittels auszugehen, da es unangemessen sei, bei einem Alter von 79 Jahren aufgrund der statistischen Lebenserwartungen von einem baldigen Ableben von E._____ auszugehen. Da die Klägerin abgesehen vom Alter keine Informationen zum Gesundheitszustand von E._____ angebe, könne auch nicht darauf geschlossen werden, der beantragte Zeuge sei todkrank. Vielmehr scheine E._____ bei guter Gesundheit zu sein, da er allem Anschein nach noch als Anwalt tätig sei. Weiter eigne sich die Befragung des beantragten Zeugen nicht, weitere Prozesse zu vermeiden, da vor Bezirksgericht Muri bereits eine Klage betreffend den Nachlass von F._____ eingereicht worden sei. E._____ im Rahmen des Hauptverfahrens zu befragen sei möglich, weshalb sich auch deshalb eine gerichtliche Befragung anlässlich eines vorsorglichen Beweisführungsverfahrens

erübrige. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung sei daher abzuweisen (angefochtener Entscheid, E. 2.2).

2.2.

In der Berufung führt die Klägerin aus, dass einer der Hauptstreitpunkte in den durch die Beklagten in der Zwischenzeit vor Vorinstanz anhängig gemachten Klagen vom 4. bzw. 17. April 2024 sei, ob den Beklagten 2 und 3 überhaupt noch Ansprüche aus dem Nachlass zustünden. Die Beklagten 2 und 3 hätten bereits zu Lebzeiten des Erblassers mehr als ihren Pflichtteil erhalten, u.a. weil der Erblasser seinem vorverstorbenen Sohn, I. _____ (Vater der Beklagten 2 und 3), die zwei Liegenschaften "G. _____" und "J. _____" in Q. _____ treuhänderisch übertragen habe. Der Erblasser habe in seiner letztwilligen Verfügung ausdrücklich festgehalten, dass sich die Beklagten 2 und 3 diese Liegenschaften an ihren Pflichtteil anrechnen lassen müssten (Berufung, Rz. 8). Der vorsorglich einzuvernehmende Zeuge sei der langjährige Anwalt (später Beistand) der Mutter des Erblassers, K. _____, gewesen und verfüge über vertiefte Kenntnisse rund um die Umstände der Übertragung dieser Liegenschaften an I. _____ sowie dessen Schulden gegenüber seinem Vater, F. _____ (Berufung, Rz. 9).

Die Klägerin habe in ihrem Gesuch insbesondere geltend gemacht, dass E. _____ aus prozessökonomischen Gründen vorgängig als Zeuge zu befragen sei, weil dies dazu führen könnte, dass sich die Parteien einigten bzw. insbesondere die Beklagten 2 und 3 zur Einsicht gelangen könnten, dass sich eine Klage auf Herabsetzung und Geltendmachung ihres Pflichtteils gar nicht lohnen würde, da sie bzw. ihr Vater bereits zu Lebzeiten mehr erhalten hätten. Die Vorinstanz habe das Verfahren jedoch nicht zügig durchgeführt, sondern den Entscheid erst am 3. Mai 2024 gefällt und am 24. Mai 2024 zugestellt. Die Vorinstanz habe ihren abweisenden Entscheid (und die daraus resultierende Kostenfolge) insbesondere damit begründet, dass in dieser Sache am Gericht inzwischen Klagen (eingereicht im April 2024) erhoben worden seien und daher die Befragung des beantragten Zeugen weitere Prozesse nicht verhindern könne. Die Vorinstanz habe dabei zu Unrecht völlig ausser Acht gelassen, dass eine vorsorgliche Beweisabnahme auch nach Beginn des Hauptverfahrens gestellt werden könne (u.a. um mögliche weitere aufwändige prozessuale Schritte zu vermeiden) (Berufung, Rz. 10, 12). Indem die Vorinstanz mit der Beurteilung des Gesuchs fast sechs Monate zugewartet habe, habe sie gegen Sinn und Zweck einer vorsorglich beantragten Massnahme verstossen (Berufung, Rz. 13). Die raschmögliche Befragung des Zeugen E. _____ sei auch weiter von eminenter Bedeutung, denn wenn der Zeuge diese Vorgänge bestätige, sei die Klage der Beklagten 2 und 3 abzuweisen, bzw. die Beklagten 2 und 3 müssten ggf. noch "Rückzahlungen" leisten, und es sei zu erwarten, dass sie ihre Klagen zurückzögen und sich weitere Verfahrensschritte erübrigten, womit ein schutzwürdiges Interesse i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO vorliege (Berufung, Rz. 14). Die vorsorgliche Beweisabnahme habe

sich eben nicht durch Zeitablauf von selbst erledigt. Hätte die Vorinstanz sofort nach Einreichung des klägerischen Gesuchs entschieden, wäre die vorsorgliche Beweisabnahme sehr wohl dazu geeignet gewesen, die Klage der Beklagten 2 und 3 zu verhindern. Die Vorinstanz habe das Beschleunigungsgebot und das Recht der Klägerin auf rechtliches Gehör "innert nützlicher Frist" verletzt (Berufung, Rz. 15 f.). Es könne von der Klägerin alsdann auch nicht verlangt werden, den aktuellen Gesundheitszustand von E. _____ in Erfahrung zu bringen, da es einer Partei nicht gestattet sei, mit einem potentiellen Zeugen Kontakt aufzunehmen. Es sei auch nicht Voraussetzung für eine vorsorgliche Befragung eines Zeugen, dass dieser gleich todkrank sein müsse. Ein schutzwürdiges Interesse an einer Beweissicherung sei vorliegend auch unabhängig vom Alter des Zeugen gegeben, erst recht, wenn ein betagter Zeuge eine derart zentrale Bedeutung für den Ausgang eines Prozesses habe. Bis zum Abschluss des ordentlichen Schriftenwechsels habe der beantragte Zeuge die statistische Lebenserwartung bereits überschritten und es müsse damit gerechnet werden, dass dieser jederzeit versterben könne. Das Gericht nehme durch Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung in Kauf, den Rechtssuchenden an der Beweisführung zu verhindern, ihm den Anspruch auf rechtliches Gehör, den Zugang zum Gericht und ein faires Verfahren zu vereiteln (Berufung, Rz. 19).

2.3.

Mit Berufungsantwort bringt der Beklagte 1 vor, Hauptstreitpunkt der erbrechtlichen Auseinandersetzung sei nicht (wie von der Klägerin behauptet) die lebzeitige Übertragung der Liegenschaften, sondern vielmehr die lebzeitigen Zuwendungen an die Klägerin kurz vor dem Tod des Erblassers. Hinsichtlich des Eigentums an den Grundstücken verbleibe die Klägerin bei unglaubwürdigen Behauptungen (Berufungsantwort, Rz. 5 f.). Der angebliche Zeuge verfüge diesbezüglich nur über rudimentäres Wissen vom Hörensagen – denn er sei nicht in die Grundstücksübertragungen involviert gewesen und erst später dazugekommen (Berufungsantwort, Rz. 9, 14) – und selbst wenn man den klägerischen Ausführungen folgen würde, sei die Aussage nicht beweisgeeignet, nicht zuletzt da der Zeuge dem Anwaltsgeheimnis unterliege (Berufungsantwort, Rz. 7 und 9). Zudem seien die Klagen rechtshängig. Die beantragte vorsorgliche Zeugeneinvernahme diene daher weder der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten noch der Vermeidung aussichtsloser Prozesse. Die Klägerin habe nicht im Geringssten dargelegt, dass sie ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisabnahme habe (Berufungsantwort, Rz. 13). Eine Gefährdung des Beweismittels liege sodann ohnehin nicht vor (Berufungsantwort, Rz. 7 und 10). Die Restlebenserwartung eines 79-jährigen in der Schweiz betrage über 10 Jahre und damit keineswegs, wie von der Klägerin behauptet, knapp 3 Jahre (Berufungsantwort, Rz. 15). Weiter sei unklar, was die Klägerin mit der Rüge der Verfahrensverzögerung bezwecke, denn selbst

wenn eine solche vorliegen würde, ändere dies nichts daran, dass die Vorinstanz materiell korrekt entschieden habe (Berufungsantwort, Rz. 11).

3.

3.1.

Es trifft zu, dass die Dauer von ca. fünf bzw. sechs Monaten bis zur Entscheidungsfindung bzw. Entscheideröffnung mit Blick auf die Verfahrensart (summarisch) als eher lang scheint (vgl. auch act. 11, wo von drei Monaten gesprochen wird). Die Klägerin hat die Verfahrensdauer bei der Vorinstanz indes nie gerügt, geschweige denn eine Rechtsverzögerungsbeschwerde erhoben. Der Klägerin ist zudem zuzugestehen, dass die Vorinstanz ihr das schützenswerte Interesse (wohl auch) mit Blick auf die im Entscheidzeitpunkt bereits eingereichten Klagen abgesprochen hat. Indes lag ein solches Interesse, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, bereits bei Gesuchseinreichung nicht vor. Die Verfahrensdauer hatte daher keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang.

3.2.

Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO sieht vor, dass das Gericht jederzeit Beweis abnimmt, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Ein Beweismittel ist dann gefährdet, wenn es vor der ordentlichen Beweisabnahme unterzugehen oder sich wesentlich zu verändern droht oder eine spätere Beweisabnahme wesentlich erschwert wird. Die blosse Möglichkeit des Risikoeintritts genügt nicht (GUYAN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2017 [BSK ZPO], N. 3 zu Art. 158 ZPO). Als gefährdete Beweismittel gelten insbesondere eine sterbende oder schwer erkrankte Person, ein einstürzendes Haus oder der Unfallort auf der präparierten Skipiste (Botschaft zur ZPO, BBI 2006, 7315). Der Begriff des schutzwürdigen Interesses bezieht sich primär auf die Möglichkeit, eine vorsorgliche Beweisführung zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Dies soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (BGE 140 III 16 E. 2.2.1 mit Hinweis auf die Botschaft zur ZPO, BBI 2006, 7315). Mit der blossen Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, ist ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung jedoch noch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Eine vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab. Zum Beweis dieses Anspruchs muss das abzunehmende Beweismittel dienlich sein (BGE 138 III 76, E. 2.4.2). Das schutzwürdige Interesse ist namentlich zu verneinen, wenn das beantragte Beweismittel untauglich ist (BGE 140 III 16, E. 2.2.2). Das schutzwürdige Interesse ist auch zu verneinen, wenn die Klageerhebung aufgrund der Sachlage möglich und zumutbar ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_488/2012 vom 5. November 2012 E. 2.4; ZÜRCHER,

Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [DIKE-Komm.], 2. Aufl. 2016, N. 16 zu Art. 158 ZPO).

Das Vorliegen der Gefährdung bzw. des schutzwürdigen Interesses ist durch die gesuchstellende Partei glaubhaft zu machen (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung bereits, wenn der Richter von ihrer Wahrheit nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind, wenn also für das Vorhandensein einer Tatsache gewisse Elemente sprechen, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass diese sich nicht verwirklicht haben könnten (statt vieler BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.3).

3.3.

3.3.1.

Hinsichtlich der Gefährdung des Beweismittels macht die Klägerin erneut geltend, dass der 1944 geborene E._____ bis zur Beweisabnahme im Hauptverfahren seine statistische Lebenserwartung bereits überschritten habe, weshalb leider damit gerechnet werden müsse, dass er jederzeit versterben könnte (Berufung, Rz. 19). Wie bereits die Vorinstanz (zurecht) erwogen hat (angefochtener Entscheid, E. 2.2), kann aus dem Alter des verlangten Zeugen allein keine Gefährdung des Beweismittels abgeleitet werden. Um eine solche Gefährdung i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO zu bejahen, genügt die blossе Möglichkeit eines Ablebens des zu befragenden Zeugen nicht, zumal ein plötzliches Versterben jedermann treffen kann, wenngleich die Gefahr im höheren Alter naturgemäss zunimmt.

Der Einwand der Klägerin, es könne von ihr nicht verlangt werden, den exakten Gesundheitszustand von E._____ in Erfahrung zu bringen, ist unbehelflich. Die Klägerin, als gesuchstellende Partei, hat die Gefährdung des Beweismittels als anspruchsbegründende Tatsache darzulegen und mit Beweismitteln glaubhaft zu machen (Art. 55 Abs. 1 ZPO und E. 3.2). Der blossе Hinweis auf die statistische Lebenserwartung einer männlichen Person im Alter von E._____ reicht hierfür nicht aus. Dies umso weniger, als selbst die Klägerin davon auszugehen scheint, dass E._____ noch als Anwalt praktiziert (Gesuchsbeilage 18), was, wie auch die Vorinstanz zutreffend erkannt hat, gerade dagegen spricht, dass E._____ puncto Lebenserwartung dem Durchschnitt der Bevölkerung entspricht.

3.3.2.

Das schutzwürdige Interesse der Klägerin an einer vorsorglichen Zeugenbefragung ist sodann ebenfalls nicht ersichtlich.

Die Klägerin führte im Gesuch (Rz. 16) aus, dass E._____ zentraler Zeuge für die Erfolgsaussichten für die von den Beklagten erhobenen Rechtsansprüche auf den Nachlass sowie auch für sie zur weiteren Abschätzung einer erfolgreichen Abwehr dieser Ansprüche sei. Die Erfolgsaussichten

der Klagen der Beklagten hat die Klägerin indes nicht zu interessieren. Auf der Hand liegt, dass sich die Klägerin von den Aussagen des Zeugen eine erfolgreiche Abwehr der Klagen erhofft, was im Grundsatz ebenfalls schützenswert im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO sein kann (vgl. FELLMANN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016 [ZPO-Komm.], N. 17 zur Art. 158 ZPO). Allerdings kann sich diese Hoffnung einzig auf die Klagen der Beklagten 2 und 3 beziehen, da die Fragen rund um die Übertragung der Liegenschaften nur sie, als Erbinnen von I._____, nicht aber den Beklagten 1, betreffen, wie die Klägerin mit ihrer Eingabe vom 9. Juli 2024 indirekt selbst erkannt hat. Insoweit, d.h. den Streit des Beklagten 1 betreffend, ist von vornherein kein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Befragung von E._____ ersichtlich.

Aber auch hinsichtlich der Beklagten 2 und 3 besteht kein schutzwürdiges Interesse. Die Beklagten 2 und 3 sind der entschlossenen Ansicht, dass die Befragung von E._____ an ihren Prozesschancen nichts ändern wird, da sie sich auf den Standpunkt stellen, sie könnten mit der Auskunft des Grundbuchamtes R._____ den Beweis für die Eigentumsverhältnisse an den beiden Liegenschaften erbringen (Gesuchsantwort vom 22. Februar 2024, Rz. 26). Die Aussage von E._____ wird somit mit anderen Beweismitteln zu würdigen sein. Im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung findet aber keine Beweiswürdigung statt (Urteil des Bundesgerichts 4A_118/2012 vom 19. Juni 2012 E. 2.2 m.w.H.). Weil sich die Beklagten 2 und 3 auf den Standpunkt stellen, an der Begründetheit ihres Anspruchs könnten auch die Aussagen von E._____ nichts ändern und weil ihnen gemäss unbestritten gebliebener Ausführungen die Verwirkung ihrer erbrechtlichen Herabsetzungsansprüche drohte, weshalb sie die Klage bis im April 2024 einreichen mussten (Gesuchsantwort vom 22. Februar 2024, Rz. 50), bestand und besteht an einer vorsorglichen Befragung von E._____ auch prozessökonomisch betrachtet kein Interesse.

Bei der geschilderten Sach- und Beweislage erscheint es zudem sehr unwahrscheinlich, dass die Beklagten 2 und 3 bei Gutheissung des klägerischen Gesuchs von einer Klageerhebung abgesehen hätten, geschweige denn, die bereits erhobene Klage zurückziehen würden. Die Anordnung einer vorsorglichen Befragung von E._____ würde sich unter diesen Umständen nachgerade als prozessualer Leerlauf erweisen. Dies musste der Klägerin bereits bei der Gesuchseinreichung am 30. November 2023 bewusst sein, handelt es sich bei diesem Tag doch just um denselben, an welchem die (vierte!) Sistierung des Schlichtungsverfahrens wegen (erfolgloser) Vergleichsverhandlungen endete. Somit war für sie bereits ab jenem Zeitpunkt klar absehbar, dass die Beklagten 2 und 3 die Klage einleiten würden.

3.4.

Die Vorinstanz hat deshalb im Ergebnis zu Recht das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung abgewiesen.

4.

4.1.

Unabhängig vom Ausgang in der Sache, wendet sich die Klägerin mit Eventualbegehren gegen die ihr auferlegte Pflicht, die Beklagten zu entschädigen.

4.1.1.

Die Vorinstanz erwog hierzu, mit der vorsorglichen Beweisführung hätte im Wesentlichen abgeklärt werden sollen, was sich die Beklagten als Erbvorbezug anzurechnen hätten. Der Streitwert ergebe sich daher aus dem Wert der Liegenschaften, welche mit Fr. 1'290'000.00 bzw. Fr. 254'000.00 beziffert würden. Der Erbteil der Klägerin belaufe sich auf 5/8, was einen Streitwert von Fr. 965'000.00 ergebe. Gemäss § 3 lit. a AnwT betrage das ordentliche Grundhonorar bei diesem Streitwert Fr. 44'365.00, welches aufgrund des Summarverfahrens (§ 3 Abs. 2 AnwT) um 75 % zu reduzieren sei. Das Grundhonorar im vorliegenden summarischen Verfahren betrage damit Fr. 11'091.25. Da das Verfahren nicht vollumfänglich durchgeführt worden sei (keine Verhandlung), sei das Honorar um 30 % zu kürzen (§ 6 Abs 2 AnwT), was Fr. 7'763.85 ergäbe. Dieses Honorar sei um weitere 25 % aufgrund eines geringen Aufwandes zu kürzen (§7 Abs. 2 AnwT), zumal es sich nur um ein Nebenverfahren handle und der Sachverhalt aufgrund des Hauptverfahrens den Parteien hinlänglich bekannt sei. Das Honorar belaufe sich damit auf Fr. 5'822.90, was inkl. einer Kleinspesenpauschale von 3 % (Fr. 174.90) und der Mehrwertsteuer von 8.1 % (Fr. 485.80) insgesamt eine Parteientschädigung von je Fr. 6'483.40 für den Beklagten 1 sowie die Beklagten 2 und 3 ergebe.

4.1.2.

Die Klägerin beantragt mit Eventualbegehren, es sei Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und der Klägerin aus der Staatskasse eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten. Die Vorinstanz folgere zu Unrecht, dass im Verfahren betreffend die vorsorgliche Beweisabnahme bei einem abweisenden Entscheid trotzdem von einem Unterliegen der gesuchstellenden Partei auszugehen sei und es sei gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO eine auf die besondere Konstellation der vorsorglichen Beweisführung zugeschnittene Lösung zu finden (Berufung, Rz. 21). Die Gerichtskosten seien nach Art. 107 Abs. 2 ZPO dem Staat aufzuerlegen, da der Grund für den abweisenden Entscheid letztlich das ungebührlich lange Zuwarten (bis die Hauptverfahren "rechtshängig" geworden seien) der Vorinstanz gewesen sei. Sinnvollerweise sei die Kostenfrage erst im Hauptverfahren zu entscheiden, da es sich beim Entscheid um Befragung eines Zeugen sachlich um nichts anderes als einen prozessleitenden Entscheid handle (Berufung, Rz. 21). Die Praxis der Vorinstanz führe dazu, dass für die Führung eines integralen Zivilprozesses nicht die in den einschlägigen Gesetzesbestimmungen vorgesehenen Tarife zur Anwendung kämen, sondern dass diese gleich

mehrfach verrechnet würden, wenn schon ein einfacher prozessleitender Entscheid "quasi wie ein volles summarisches Verfahren verrechnet" würde (Berufung, Rz. 24). Die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Entscheids seien daher aufzuheben.

Sollte die Berufungsinstanz der Ansicht sein, dass der Klägerin dennoch Prozesskosten aufzuerlegen seien, so sei einerseits dem Beklagten 1 sowie andererseits den Beklagten 2 und 3 (zusammen) je eine reduzierte Parteientschädigung von maximal Fr. 1'000.00 zuzusprechen. Die Vorinstanz gehe bei der Berechnung der Parteientschädigung fälschlicherweise von einem zu hohen Streitwert aus, denn der Streitwert im Hauptverfahren belaufe sich gemäss der Klage der Beklagten 2 und 3 auf Fr. 416'657.00. Der Streitwert einer Beweisabnahme könne und dürfe aber nicht mit dem Streitwert in der Hauptsache gleichgesetzt werden. Es sei naheliegend, analog Lehre und Praxis vieler Gerichte bei Auskunftsbegehlen, in Erbstreitigkeiten von 10 % des Streitwerts in der Hauptsache auszugehen. Zudem habe die Vorinstanz die Dispositionsmaxime verletzt, indem sie den Beklagten eine Unkostenpauschale von 3 % zugesprochen habe, obwohl eine solche nicht beantragt worden sei. Selbst wenn der Streitwert nicht auf 10 % reduziert würde, sei mit dem durch die Vorinstanz eingeforderten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.00 signalisiert worden, an welcher Höhe sich eine allfällige Parteientschädigung orientieren würde. Bei einer Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.00 verstosse es gegen das Äquivalenzprinzip, Parteientschädigungen von insgesamt Fr. 12'966.80 festzusetzen. Ein solcher Kostenentscheid sei unverhältnismässig, unbillig und beinhalte letztlich eine Missachtung des Anwaltstarifs bzw. verletze den Zugang zum Gericht.

4.2.

Mit Berufungsantwort bringt der Beklagte 1 vor, der ablehnende Entscheid sei erfolgt, weil die Voraussetzungen für die vorsorgliche Beweisabnahme nicht erfüllt gewesen seien, weshalb die Klägerin die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorsorglichen Beweisverfahrens zu tragen habe (Berufungsantwort, Rz. 16). Sodann würden die vorinstanzlichen Berechnungen auf dem damaligen gerichtlichen Kenntnisstand beruhen und seien korrekt (Berufungsantwort, Rz. 18). Insbesondere bestritten werde die Aussage, dass die Klägerin im Hauptverfahren die beklagte Partei sein werde. Die Klägerin gehe mit ihrer Aussage, die Beklagten 2 und 3 hätten gegebenenfalls sogar noch Rückzahlungen zu leisten, davon aus, dass sich der Streitwert über allfällige Klagen der Beklagten ausdehnen könnte. Bezwecke die Klägerin mit ihren Behauptungen betreffend die Grundstücke nicht nur die Abwehr der Ausgleichung, sondern vielmehr eine bisher nicht explizit genannte Klage, wie sie es mit der zitierten Rückleistungspflicht in Aussicht stelle, so würden die Grundstückswerte durchaus den Streitwert bilden. Damit sei der vorinstanzliche Streitwert "nicht nur aufgrund des damaligen Kenntnisstandes nicht zu hoch" (Berufungsantwort, Rz. 19).

4.3.

4.3.1.

Festzuhalten ist zunächst, dass die Klägerin Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids einzig im Zusammenhang mit der vollständigen Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids, nicht aber im Rahmen der Eventualbegehren angefochten hat. Ein solcher Antrag für das Eventualbegehren lässt sich erst (aber immerhin) der Begründung (Berufung, Rz. 23) entnehmen. Ob dies als rechtsgenügend zu erachten ist, braucht nicht geklärt zu werden, da Art. 107 lit. f ZPO vorliegend nicht zur Anwendung gelangt (vgl. nachfolgend).

4.3.2.

Bei der Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung handelt es sich nicht um einen prozessleitenden, sondern um einen Endentscheid (vgl. E. 1.1), weshalb die Prozesskosten nicht (erst) im Hauptprozess, sondern abschliessend im vorliegenden Verfahren zu verlegen sind. Der Ausgang des Hauptverfahrens ändert am Unterliegen der Klägerin im vorliegenden Verfahren nichts.

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt; hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Nachdem vorliegend das Gesuch der Klägerin um vorsorgliche Beweisführung abgewiesen wurde, steht ausser Frage, dass sie hierfür grundsätzlich gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO kostenpflichtig wird. Der von der Klägerin zitierte Entscheid des Bundesgerichts 140 III 30 ist vorliegend nicht anwendbar, ging es dort doch um die Frage, welcher Partei die Gerichtsgebühr bei *Gutheissung* eines bestrittenen Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung aufzuerlegen ist und ob der Gesuchsgegner in dieser Konstellation Anspruch auf Parteientschädigung hat. Vorliegend ist das Gesuch abzuweisen, weshalb es eine unterliegende Partei gibt.

4.3.3.

Nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO kann das Gericht von üblichen Verteilungsgrundsätzen abweichen, wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen. Die von der Klägerin behauptete Verfahrensverzögerung war für den Verfahrensausgang nicht entscheidend (vgl. E. 3.1). Massgebend ist, dass die Voraussetzungen von Art. 158 ZPO nicht erfüllt sind (vgl. E. 3.3 und 3.4). Folglich hat es bei der Grundregel (Art. 106 ZPO) sein Bewenden.

4.4.

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 1 und 2 ZPO). Bei

der vorsorglichen Beweisführung richtet sich der Streitwert nach dem Interessenwert der Hauptsache (FELLMANN, a.a.O., Rz. 26b und 37a zu Art. 158 ZPO).

Die Klägerin bezifferte den Streitwert in der Hauptsache ohne weitere Begründung mit Fr. 500'000.00, was von den Beklagten 2 und 3 bestritten wurde. Ihrer Ansicht nach standen Fr. 1'000'000.00 im Streit (Gesuchsantwort vom 22. Februar 2024, Rz. 21). Mit Berufung (Rz. 28) bringt die Klägerin vor, dass der Streitwert "natürlich" niemals Fr. 500'000.00 betrage. Wenn dem so sein sollte, stellt sich die Frage, weshalb sie vor Vorinstanz diesen Betrag überhaupt erwähnt hat.

Die Klägerin beziffert den Streitwert erstmals in der Berufung gestützt auf die Klage der Beklagten 2 und 3 vom 4. April 2024 mit Fr. 416'657.00. Mit Blick auf Art. 317 Abs. 1 ZPO ist dies grundsätzlich als zulässig zu erachten. Zu Recht weist der Beklagte 1 in der Berufungsantwort (Rz. 19) aber daraufhin, dass sich die Klägerin wohl nicht mit der blossen Abweisung der Klage begnügen wird. Sollte der Wert der Liegenschaften in die Berechnung der Erbmasse einfließen und müssten die Beklagten 2 und 3 sich den Wert dieser Liegenschaften an ihren Erbanspruch anrechnen lassen, wie von der Klägerin gewollt (vgl. Gesuch, Rz. 13), ist es mit dem Streitwert in der Klage nicht getan. Folglich bildet der Wert der Liegenschaften (Fr. 1'544'000.00) Ausgangslage und entspricht die Erbquote der Klägerin (gemäss unbestritten gebliebener Feststellung der Vorinstanz 5/8) ihrem Interesse. Der Streitwert beläuft sich somit auf Fr. 965'000.00.

Weshalb vorliegend der Streitwert nicht mit demjenigen in der Hauptsache gleichzustellen und deshalb auf 10 % zu reduzieren ist, ist nicht einzusehen. Dem Umstand, dass es sich vorliegend im Vergleich zum Hauptprozess um eine "einfache" Sache handelt, hat die Vorinstanz mit dem minimalen Ansatz für das Summarverfahren (§ 3 Abs. 2 AnwT [25 % der Grundentschädigung]) sowie der Kürzung um 25 % wegen des geringen Aufwands (§ 7 Abs. 2 AnwT) genügend Rechnung getragen. Nicht zu hören ist die Klägerin schliesslich mit ihrem Einwand, wonach mit einem Kostenvorschuss von Fr. 1'000.00 für die Gerichtskosten auch die Höhe der Parteientschädigung signalisiert worden sei. Die Parteientschädigung richtet sich nach dem Streitwert, währenddem sich die Entscheidgebühr im Summarverfahren nach Pauschalen richtet (§ 8 VKD). Inwiefern deshalb ein Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip vorliegen soll, erschliesst sich nicht.

Dass im Zusammenhang mit der Ausarbeitung einer Rechtsschrift Auslagen anfallen, ist notorisch, weshalb ein mit "unter Kosten- und Entschädigungsfolgen" formuliertes Begehren auch die Entschädigung für die Auslagen umfasst. Nach § 13 Abs. 1 AnwT kann die Entscheidbehörde für den Auslagenersatz eine Pauschale festsetzen. Die Vorinstanz hat diese auf 3 % der Entschädigung festgesetzt, was der hiesigen Praxis entspricht.

Eine Verletzung der Dispositionsmaxime liegt nicht vor. Die Berufung erweist sich damit auch bezüglich der vorinstanzlichen Kostenregelung als unbegründet.

5.

Die Berufung ist vollständig abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten von Fr. 1'500.00 (§ 8 VKD) vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.00 zu verrechnen, so dass sie der Gerichtskasse noch Fr. 500.00 zu bezahlen hat (Art. 106 Abs. 1 ZPO und Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin ist zudem zu verpflichten, dem Beklagten 1 eine Parteientschädigung zu bezahlen. Den Beklagten 2 und 3 wird keine Parteientschädigung zugesprochen, da sie sich am Berufungsverfahren nicht beteiligt haben.

Beim gegebenen Streitwert von Fr. 965'000.00 beträgt die Grundentschädigung Fr. 11'091.25 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 9 AnwT [Fr. 44'365.00]; davon 25 % gemäss § 3 Abs. 2 AnwT). Unter Berücksichtigung der tarifgemässen Abzüge von 20 % für die fehlende Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT), von 50 % wegen geringer Aufwendungen (§ 7 Abs. 2 AnwT) und von 25 % für das Rechtsmittelverfahren (§ 8 AnwT), einer Auslagenpauschale von 3 % sowie der Mehrwertsteuer von 8.1 % resultiert für den Beklagten 1 eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 3'700.00.

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Berufung wird abgewiesen.

2.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 1'500.00 wird der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr bereits geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.00 verrechnet, sodass sie der Gerichtskasse noch Fr. 500.00 zu bezahlen hat.

3.

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten 1 für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'700.00 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Zustellung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt mehr als **Fr. 30'000**.

Aarau, 2. September 2024

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 3. Kammer

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin i.V.:

Massari

Pulver