

# ZH\_OBERGERICHT PF130028 vom 21. Februar 2014

ZH Obergericht, 2014-02-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PF130028](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PF130028)

FR: ZH\_OBERGERICHT PF130028 du 21 février 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT PF130028 del 21 febbraio 2014

## Erwägungen

### E. 1

Mit Eingabe vom 31. Januar 2013 stellte der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen ein Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme (act. 1). Mit Verfügung vom 4. März 2013 wurde den Gesuchs- und Beschwerdegegnern 1-5 (nachfolgend Beschwerdegegner 1-5) Frist angesetzt, um schriftlich zum Gesuch Stellung zu nehmen (act. 11). Mit Eingabe vom 2. April 2013 nahm die Beschwerdegegnerin 5 zum Gesuch Stellung und beantragte, es sei auf das Gesuch nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen (act. 25). Mit Eingabe vom 5. April 2013 nahmen die Beschwerdegegner 1-4 Stellung und beantragten ebenfalls die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisaufnahme (act. 27). Mit Verfügung vom 11. April 2013 wurde dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, um schriftlich zu den Stellungnahmen der Beschwerdegegner Stellung zu nehmen (act. 29). Mit Eingabe vom 24. April 2013 nahm der Beschwerdeführer Stellung und beantragte, es sei das Verfahren als durch Erklärung des Rückzugs gegenstandslos geworden abzuschreiben. Im Weiteren seien die Kosten des Verfahrens den Beschwerdegegnern 1-5 unter solidarischer Haftung aufzuerlegen und es sei ihm eine Entschädigung von Fr. 4'000.– zuzusprechen (act. 33). Mit Verfügung vom 29. April 2013 wurde den Beschwerdegegnern 1-5 Frist angesetzt, um schriftlich zur Eingabe des Beschwerdeführers betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen Stellung zu nehmen (act. 34). Mit Eingabe vom 13. April [recte: Mai] 2013 nahmen die Beschwerdegegner 1-4 Stellung und beantragten, es sei vom Antrag betreffend Rückzug des Gesuchs Vormerk zu nehmen und die Sache zufolge Rückzugs als erledigt abzuschreiben. Im Weiteren sei der Antrag des Beschwerdeführers bezüglich Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen und dieser sei zu verpflichten, die Prozesskosten zu übernehmen und ihnen eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (act. 38). Mit Eingabe vom

### E. 5

Die Beschwerdegegnerin 5 macht geltend, der Beschwerdeführer habe zwar dargelegt, dass seines Erachtens Gründe bestünden, um von der Verteilung der Prozesskosten nach dem Verfahrensausgang abzusehen. Er habe es indes unterlassen darzulegen, weshalb die Verfügung der Vorinstanz willkürlich und stossend sei. Beim vom Hauptprozess unabhängigen Verfahren der vorsorglichen Beweisführung wären die Prozesskosten auch dann dem Beschwerdeführer auferlegt worden, wenn dem Gesuch wider Erwarten stattgegeben und das Beweisverfahren durchgeführt worden wäre. Umso mehr müsse dies gelten, wenn das Gesuch wie hier wegen Aussichtslosigkeit vorbehaltlos zurückgezogen worden sei. Dass die Erblasserin bei der Errichtung des Testaments vom 11. September 2008 testierunfähig gewesen sei, sei bestritten. Durch den vorbehaltlosen Rückzug sei die vom Beschwerdeführer behauptete Testierunfähigkeit unbewiesen ge-

- 8 - blieben und die bestehende Vermutung zu Gunsten der Urteils- und damit Testierfähigkeit der Erblasserin nicht entkräftet worden. Bei dieser Ausgangslage sei nicht ersichtlich, weshalb die durch die Vorinstanz angeordnete Kostenverteilung willkürlich sein sollte. Wenn für die Verteilung der Prozesskosten auf den mutmasslichen Prozessausgang abgestellt werden müsste, wäre auf die Sachlage im Zeitpunkt des Erledigungsgrundes (also im Zeitpunkt des Rückzugs) abzustellen, eine nachträgliche Beweisführung bloss zur Erhellung des mutmasslichen Prozessausganges habe zu unterbleiben (act. 54 S. 4). Der Beschwerdeführer habe sich dazu entschieden, das kostenpflichtige gerichtliche Verfahren einer vorsorglichen Beweisführung anhängig zu machen, ohne vorgängig mit ihr in Kontakt zu treten. Es habe ihm als praktizierendem Rechtsanwalt bewusst sein müssen, dass das von ihm gewählte Vorgehen mit Risiken behaftet sei und ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung ins Leere laufen könne. Da er seine Vorgehensweise aus freien Stücken gewählt habe, habe er auch die entstandenen Prozesskosten selber zu tragen. Der Beschwerdeführer werfe ihr nicht eine Handlung vor, welche kausal für seine Gesuchseinreichung gewesen sei, sondern eine Unterlassung. Der Beschwerdeführer räume also selber ein, nicht durch sie zu seinem Gesuch veranlasst worden zu sein. In Frage stehe höchstens die hypothetische Fragestellung, ob ein alternatives Verhalten den Beschwerdeführer möglicherweise dazu bewogen hätte, kein Gesuch zu stellen. Jedenfalls sei sie gegenüber dem Beschwerdeführer nicht zu einem solchen Verhalten verpflichtet gewesen. Für das widerrufenes Testament habe keine Einreichungspflicht bestanden. Für das Einreichen von Kopien von widerrufenen Testamenten bestehe keine gesetzliche Grundlage. Es werde in der Lehre hingegen teilweise gefordert, dass auch eine Kopie eines Testaments eingeleitet werden müsse, wenn das Original nicht auffindbar sei. Damit solle vermieden werden, dass gültig errichtete und nicht widerrufen Testamente, die nicht mehr auffindbar seien, gleichwohl Berücksichtigung finden können, sofern die gültige Errichtung und der fehlende Widerruf hinreichend nachgewiesen bzw. glaubhaft gemacht worden können (act. 54 S. 6).

- 9 -

## **E. 6**

Die Prozesskosten (bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, Art. 95 Abs. 1 ZPO) werden grundsätzlich entsprechend dem Erfolg der Parteien im Prozess verlegt, das heisst die unterliegende Partei wird kostenpflichtig, wobei bei Klagerückzug die klagende Partei als unterliegend gilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei der vorsorglichen Beweisführung gibt es keine besondere Regelung in Bezug auf die Verteilung bzw. Auferlegung der Gerichts- und Parteikosten. Dies wäre aber angebracht, da im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nicht über materiellrechtliche Ansprüche entschieden wird und daher nicht im Sinne des grundsätzlich geltenden Unterliegensprinzips nach Art. 106 ZPO von ob- und unterliegender Partei gesprochen werden kann (BGer 4D\_54/2013 vom 6. Januar 2014 E. 3.1; JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm ZPO, Art. 158 N 27). Nach Lehre und Rechtsprechung hat bei vorsorglicher Beweisführung vor Einleitung des Hauptprozesses der Gesuchsteller – unter Vorbehalt einer anderen Verteilung im Hauptprozess – die Gerichts- und Beweiskosten der vorsorglichen Beweisführung zu tragen. Nur wenn die vorsorgliche Beweisführung auf Antrag des Gesuchsgegners auf weitere Tatsachen und/oder Beweismittel ausgedehnt wird, hat er für die daraus entstandenen Prozesskosten aufzukommen (ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 37 f., BGE 139 III 33 E. 4 m.w.H.). Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung wurde vorliegend

infolge Rückzug des Begehrens abgeschrieben (act. 45). Die Vorinstanz erblickte keine besonderen Umstände, um von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abzuweichen und die Prozesskosten im Sinne von Art. 107 Abs. 1 ZPO nach Ermessen zu verteilen und auferlegte die Prozesskosten dem Beschwerdeführer. Art. 107 ZPO sieht für verschiedene typisierte Fälle vor, dass das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann. So nennt Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO andere besondere Umstände und bildet damit einen Auffangtatbestand, mit welchem von der üblichen Kostenverteilung nach Obsiegen und Unterliegen abgewichen werden kann. Nach seinem klaren Wortlaut ist Art. 107 ZPO eine "Kann"-Bestimmung. Das Gericht verfügt im Anwendungsbereich dieser Norm nicht nur über Ermessen, wie es die Kosten verteilen will, sondern zunächst und insbeson-

- 10 - dere bei der Frage, ob es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen will (vgl. BGE 139 III 358 E. 3). Die Vorinstanz hat die Prozesskosten (hier die Gerichtskosten und Parteientschädigungen) zu Recht dem Beschwerdeführer auferlegt. Wie vorstehend ausgeführt, sind die Kosten für ein Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung grundsätzlich von der gesuchstellenden Partei zu tragen, ausser das Verfahren wird auf Antrag der Gesuchsgegner auf weitere Tatsachen und/oder Beweismittel ausgedehnt, was vorliegend nicht geschehen ist. Dies erscheint insbesondere auch vor dem Hintergrund angemessen, dass die vorsorgliche Beweisführung stets dem Interesse derjenigen Partei dient, die darum ersucht. Sie gibt ihr die Möglichkeit, einen gefährdeten Beweis zu sichern oder durch entsprechende Beweiserhebung ihre Prozesschancen abzuklären. Die (potentielle zukünftige) Gegenpartei hingegen wird durch die vorsorgliche Beweisführung in ein Verfahren gezwungen, noch bevor ein Prozess gegen sie angestrengt ist. Überdies könnte der Gesuchsteller, sofern er einen ordentlichen Prozess angestrengt und obsiegt hätte, die Kosten der vorsorglichen Beweisführung auf die dort unterliegende Partei abwälzen (BGer 4D\_54/2013 vom 6. Januar 2014 E. 3.5). Abschliessend sei erwähnt, dass die Bestimmungen zur Verteilung nach Ermessen gemäss Art. 107 Abs. 1 ZPO – selbst bei familienrechtlichen Verfahren (lit. c) – bei einem Rückzug zurückhaltend anzuwenden sind. So hat das Bundesgericht in BGE 139 III 358 E. 3 festgehalten, dass das Gesetz die Kostenverteilung bei Klagerückzug ausdrücklich in Art. 106 Abs. 1 ZPO regle und dass es sich bei Art. 107 ZPO um eine blossse "Kann"-Bestimmung handle, weshalb davon ausgegangen werden müsse, dass die Kosten bei Rückzug einer Scheidungsklage grundsätzlich der klagenden Partei aufzuerlegen seien. Die blossse Tatsache, dass es sich um ein familienrechtliches Verfahren handle, vermöge ein Abrücken von der klaren Regelung von Art. 106 Abs. 1 ZPO nicht zu rechtfertigen. Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Gerichtskosten und Parteientschädigungen ist nicht angefochten, weshalb sie nicht zu überprüfen sind. Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde des Beschwerdeführers als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

- 11 - III. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist beim Streitwert in Höhe von Fr. 15'500.– in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG in Verbindung mit § 12 GebV OG auf Fr. 1'900.– festzusetzen. Sodann hat der Beschwerdeführer den Beschwerdegegnern 1-4 in Anwendung von § 4 Abs. 1 AnwGebV und § 9 AnwGebV in Verbindung mit § 13 AnwGebV an den Aufwand ihres Rechtsvertreters eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'000.– zuzüglich 8 % MwSt

zu entrichten. Der Beschwerdegegnerin 5 ist eine Aufwandentschädigung von Fr. 500.– netto zuzusprechen. Es wird erkannt:

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