

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB230006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Beschluss vom 15. Mai 2023

in Sachen

A._____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

3. **D.**_____,

Beklagte und Beschwerdegegner

1 vertreten durch Rechtsanwalt MLaw, LL.M. Y._____,

betreffend **Ungültigerklärung einer letztwilligen Verfügung**

Beschwerde gegen eine Verfügung der III. Abteilung des Bezirksgerichtes

Horgen vom 25. Januar 2023; Proz. CP210001

Erwägungen:

1.

1.1. A._____ (Klägerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Beschwerdeführerin) einerseits sowie B._____, C._____ und der D._____ (Beklagte und Beschwerdegegner, nachfolgend Beschwerdegegner) andererseits stehen sich seit Januar 2021 in einem Verfahren betreffend Ungültigerklärung einer letztwilligen Verfügung vor dem Bezirksgericht Horgen, 3. Abteilung, gegenüber (act. 7/2). In diesem Verfahren erliess der Instruktionsrichter am 25. Januar 2023 eine Beweisverfügung mit den folgenden Anordnungen (act. 7/77 = act. 6):

- "1. Das Begehren der Klägerin auf Edition der eingelagerten Akten bei der E._____ AG wird abgewiesen.
2. Zu den folgenden durch die Klägerin behaupteten Tatsachen werden einstweilen als Beweismittel abgenommen:

1.

Dass das Testament vom 25. August 2008 unecht sei, durch das Notariat Wädenswil oder durch eine andere Person untergeschoben und von der Erblasserin unter Fremdeinwirkung erstellt worden.

Hauptbeweismittel der Klägerin

Urkunden:

- bisher eingereichte Unterlagen (soweit einschlägig).

Gegenbeweismittel der Beklagten 1–3

Urkunden:

- bisher eingereichte Unterlagen (soweit einschlägig);
- Edition der Ausdrücke bzw. Kopien sämtlicher Einträge in der Testamentskontrolle unter der Verfügungsnummer 680;
- Edition der Ausdrücke bzw. Kopien sämtlicher Einträge in der Testatorenkartei zur Erblasserin.

2.

Dass die Beklagte 1 therapeutisch auf die Erblasserin einwirkte, weshalb sie aufgrund des engen Vertrauens- und Abhängigkeitsverhältnisses erbunwürdig sei.

Hauptbeweismittel der Klägerin

Urkunden:

- bisher eingereichte Unterlagen (soweit einschlägig).

Gegenbeweismittel der Beklagten 1–3

Urkunden:

- bisher eingereichte Unterlagen (soweit einschlägig);
- Edition der Ausdrucke bzw. Kopien sämtlicher Einträge in der Testamentskontrolle unter der Verfügungsnummer 680;
- Edition der Ausdrucke bzw. Kopien sämtlicher Einträge in der Testatorenkartei zur Erblasserin.

3. Weitere Beweisabnahmen bleiben vorbehalten.
4. Das Notariat Wädenswil, Zugerstr. 16, 8820 Wädenswil, wird ersucht, dem Gericht innert 10 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung die folgenden Urkunden einzureichen:
 - Ausdrucke bzw. Kopien sämtlicher Einträge in der Testamentskontrolle unter der Verfügungsnummer 680;
 - Ausdrucke bzw. Kopien sämtlicher Einträge in der Testatorenkartei zur Erblasserin.

Ist das Notariat Wädenswil nicht im Besitz dieser Urkunden, so hat es dem Gericht innert der gleichen Frist schriftlich im Doppel über deren Verbleib Auskunft zu geben.

5. [Schriftliche Mitteilung]"

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 9. Februar 2023 Beschwerde bei der II. Zivilkammer des Obergerichts mit den folgenden Anträgen:

- "1. Ziffer 1 der Verfügung vom 25. Januar 2023 des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr. CP210001-F/Z09) sei aufzuheben und das Begehren der Klägerin auf Edition der eingelagerten Akten bei der E. _____

AG, insbesondere der Kartonschachtel mit der Beschriftung "B. _____ mit ..." und die elektronischen Datenträger, sei zum Zwecke der Einsichtnahme gutzuheissen.

2. Ziffer 2 Nr. 1 Satz 1 der Verfügung vom 25. Januar 2023 des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr. CP210001-F/Z09) sei aufzuheben und durch folgende Formulierung zu ersetzen:

"Dass das mit Urteil vom 11. Dezember 2020 (EL200366-F) eröffnete Testament unecht, widerrufen, durch das Notariat Wädenswil oder durch eine andere Person untergeschoben oder von der Erblasserin unter Fremdeinwirkung erstellt worden sei."

eventualiter
sei die Sache zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen."

1.3. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 7/1-85). Der der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 5. April 2023 auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 800.-- wurde rechtzeitig geleistet (act. 8-10). Auf weitere prozessleitende Anordnungen wurde verzichtet. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Beim vorinstanzlichen Entscheid handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung, gegen welche in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) oder wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) Beschwerde geführt werden kann. Die Anfechtung einer Beweisverfügung ist im Gesetz nicht vorgesehen. Die Beschwerde ist daher nur zulässig, wenn der Beschwerdeführerin durch die Verfügung vom 25. Januar 2023 ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (BGer 5A_421/2013 vom 19. August 2013, E. 1.2.2).

2.2. Das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ist ohne Weiteres zu bejahen, wenn ein solcher auch durch einen für den Ansprecher günstigen (Zwischen- oder) Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Darüber hinaus ist eine Anfechtung auch dann möglich, wenn die Lage der betroffe-

nen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird. Der drohende Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO muss nach der Praxis der Kammer und der herrschenden Auffassung nicht zwingend rechtlicher Natur sein, sondern es genügt unter Umständen auch ein bloss tatsächlicher Nachteil (vgl. zum Ganzen OGer ZH RB160036 vom 20. Januar 2017, E. 3.2 mit Hinweisen). Die Entscheidung, ob unter den konkreten Umständen ein solcher nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (vgl. ZK ZPO-FREIBURGH/AUFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 319 N 13). Es ist indes Zurückhaltung angebracht. Der Ausschluss der Beschwerde ist in diesen Fällen die gesetzliche Regel, die Zulässigkeit die Ausnahme. In der Literatur wird unter Verweis auf die Botschaft denn auch die Auffassung vertreten, dass unter anderem bei Beweisanordnungen (Art. 231) ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil kaum je in Betracht fallen kann (BK ZPO II-STERCHI, Art. 319 N 14; BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, N 41 f.). Im Grundsatz überprüft die obere Instanz das Verfahren der unteren Instanz, wenn sie mit dem Rechtsmittel gegen den Sachentscheid befasst ist. Die Beweislast trägt die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO-STERCHI, Art. 319 N 15 und Art. 321 N 17). Fehlt es an dieser Rechtsmittelvoraussetzung, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (OGer ZH PC140011 vom 7. April 2014, E. 2.1 mit Hinweisen; ZR 112/2013 Nr. 52; vgl. ferner etwa BK ZPO-STERCHI, Art. 319 N 15).

2.3. Im Wesentlichen bringt die Beschwerdeführerin zur Zulässigkeit der Beschwerde und zum nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil einerseits vor, die Einsicht in die eingelagerten Akten bei der E._____ AG, insbesondere der Kartonschachtel mit der Beschriftung "B._____ mit ...", unterliege zahlreichen Ein-/Beschränkungen. So sei die Beschwerdeführerin an die Öffnungszeiten und die Verfügbarkeit von Personal der E._____ AG gebunden, die Lagerhalle sei schwach beleuchtet und unbeheizt, mangels Stromanschluss und technischer Hilfsmittel gebe es keine Möglichkeit, digitalisierte Unterlagen wie mp3-Dateien, externe Festplatten, Kassetten usw. abzuspielen bzw. zu sichten, und das Kopieren von Akten sei nicht möglich. Die Beschwerdeführerin sei daher nicht in der Lage, den Inhalt des Umzugskartons und der übrigen Originalakten zu sichten, wo-

durch sie den diesbezüglichen krassen Wissensvorsprung des Beschwerdegegnerinnen niemals werde aufholen und ihre für den weiteren Verlauf des Prozesses mitentscheidenden Behauptungen anhand des eingelagerten Materials nicht mit Beweisen werde untermauern können. Zudem könne die Beschwerdeführerin die Erfolgsaussichten weiterer prozessualer Schritte oder allenfalls notwendiger Rechtsmittel nicht umfassend einschätzen. Es bestehe das notorische Risiko des Untergangs bzw. dass die Daten aus technischen Gründen nicht mehr ausgelesen werden könnten. Das gelte umso mehr, als dass die Datenträger seit über drei Jahren in einer kalten Lagerhalle liegen würden, dort durch das Personal der E._____ AG, An- und Auslagerungen oder durch anderes Lagermaterial allerlei Einflüssen ausgesetzt sein könnten, welche die digitalen Daten beschädigen würden. Es bestehe die ernsthafte Gefahr, dass die elektronischen Daten untergehen würden oder nicht mehr auslesbar seien (act. 2 S. 8 ff.).

Andererseits verletze die Feststellung der Vorinstanz, wonach das fragliche Testament vom 25. August 2008 datiere, das rechtliche Gehör, das Gebot des fairen und korrekten Verfahrens und das Willkürverbot. Für eine Stellungnahme und die weitere Argumentation der Beschwerdeführerin im Verfahren sei entscheidend, ob bereits feststehe, ob das fragliche Testament vom 25. Mai 2008 oder vom 25. August 2008 stamme oder ob gar zwei Testamente existieren würden. Ohne umgehende Korrektur bestehe für die Beschwerdeführerin ein unüberwindbares prozesstaktisches Dilemma, das sich nicht erst mit einem Zwischen- oder dem Endentscheid heilen lasse, da bis dahin bereits Einlassungen erfolgt sein würden, die nicht leicht einer neuen Tatsachenfeststellung angepasst bzw. korrigiert werden könnten. Zudem öffne die vorinstanzliche Feststellung ohne sofortige Korrektur einem Rechtsmittel Tür und Tor wegen Willkür, unabhängig davon, wer im Prozess obsiege oder unterliege (act. 2 S. 12 ff.).

Würde die Beschwerdeführerin die Beweisverfügung nicht jetzt bereits anfechten, riskiere sie mit Hinweis auf OGer ZH PP120005, Urteil vom 14. März 2012, E. 2.2, sich später entgegenhalten lassen zu müssen, dass sie nicht frühzeitig ein Rechtsmittel ergriffen habe (act. 2 S. 11 f. und S. 14 f.).

2.4. Diesen Ausführungen ist zunächst entgegenzuhalten, dass der Verzicht auf ein Rechtsmittel gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nicht zum Verlust des Rüge-rechts führt. Im Unterschied zu den qualifizierten prozessleitenden Verfügungen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) besteht für einfache prozessleitende Verfügungen keine Anfechtungsobliegenheit (SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 319 N 11 mit Hinweis auf BGer 5A_545/2017, Urteil vom 13. April 2018, E. 3.2, und BGer 5D_182/2015, Urteil vom 2. Februar 2016, E. 1.3; BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 319 N 41). Das von der Beschwerdeführerin zitierte Urteil der Kammer (OGer ZH PP120005, Urteil vom 14. März 2012) ist denn auch nicht einschlägig; dort ging es nämlich um die Anfechtung eines ablehnenden Entscheides über die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 121 ZPO, mithin handelte es sich um einen Anwendungsfall von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO.

2.5. Weiter ist festzuhalten, dass die angefochtene Beweisverfügung vom Instruktionsrichter erlassen wurde. Die Verfügung kann jederzeit abgeändert und ergänzt werden (Art. 154 ZPO). Insbesondere steht es auch dem Kollegium frei, darauf zurückzukommen (KAUFMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 124 N 32; WEBER, KUKO ZPO, Art. 124 N 13; ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 124 N 8; BK ZPO-FREI, Art. 124 N 16 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweiz. ZPO, Rz. 8.25). Aus diesem Grund ist vorliegend ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil grundsätzlich nicht ersichtlich, weil die Überprüfung der Beweisverfügung durch das Kollegialgericht erfolgen kann. Es sei denn, die spätere Geltendmachung vor dem Gesamtgericht würde nichts mehr nützen (LEU, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 154 N 218), wie beispielsweise bei der Anordnung eines offensichtlich unnötigen Gutachtens durch den Instruktionsrichter, wenn dadurch das Verfahren erheblich verzögert wird und Zusatzkosten entstehen (ZK ZPO-HASENBÖHLER, 3. Aufl. 2016, Art. 154 N 34; LEU, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 154 N 218).

2.6. Die Beschwerdeführerin legt keinen solchen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dar. Sie behauptet und untermauert nicht, dass den bei der E._____ AG eingelagerten elektronischen Daten der Untergang *unmittelbar* droht.

Weiter führt die Beschwerdeführerin nicht substantiiert aus, welche konkreten Nachteile ihr durch das "prozesstaktische Dilemma" und "mögliche Einlassungen" entstehen würden. Jedenfalls stellen allein der Umstand, dass allenfalls unnötige Prozessschritte vorgenommen werden müssen, sowie blossе Rechtsverletzungen (wie Gehörsverletzung, unfaires/unkorrektes Verfahren oder Willkür) noch keine Nachteile dar, die nicht leicht wiedergutzumachen wären. All das insbesondere vor dem Hintergrund, dass entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin vorliegend gerade nicht bis zum Rechtsmittel gegen den Endentscheid zugewartet werden muss, sondern der Instruktionsrichter jederzeit auf die streitgegenständliche Beweisverfügung zurückkommen kann und zudem die Möglichkeit der Überprüfung durch das Kollegium besteht.

2.7. Auf die Beschwerde ist mangels eines Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nicht einzutreten.

3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.-- festzusetzen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung an die Beschwerdegegner ist mangels erheblicher Umtriebe, die zu entschädigen wären, nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an die III. Abteilung des Bezirksgerichts Horgen, je gegen Empfangsschein.

5. 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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'560'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: