



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Augustinergasse 3, Postfach 1654, 1701 Freiburg

T +41 26 304 15 00, F +41 26 304 15 01
www.fr.ch/tc

101 2015 185

Urteil vom 27. Oktober 2015

I. Zivilappellationshof

Besetzung

Präsident: Hubert Bugnon
Richter: Jérôme Delabays, Dina Beti
Gerichtschreiberin: Frédérique Riesen

Parteien

A. _____, Gesuchsteller und Berufungskläger
und

B. _____, Gesuchsteller und Berufungskläger
beide vertreten durch Rechtsanwalt Markus Jungo

gegen

C. _____, Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte, vertreten
durch Rechtsanwalt Daniel Schneuwly

Gegenstand

Erbrecht – vorsorgliche Beweisführung – Zuständigkeit

Berufung vom 19. August 2015 gegen den Entscheid des
Gerichtspräsidenten des Sensebezirks vom 30. Juni 2015

Sachverhalt

A. Am 15. Januar 2001 haben D._____ und seine Ehefrau C._____ einerseits, und ihre fünf Kinder E._____, F._____, A._____, B._____ und G._____ andererseits, einen Schenkungs- und Erbvertrag abgeschlossen. Die Ehegatten sahen vor, dass dem überlebenden Ehegatten das Eigentum an seinen im Nachlass des Verstorbenen verbleibenden Aktiva zustehen solle und dass der überlebende Ehegatte die fünf Kinder zu gleichen Teilen als universelle Erben seines Nachlasses einsetze. Der überlebende Ehegatte verpflichtet sich überdies gegenüber den Erben, die übernommenen Aktiven zur Bestreitung seines Lebenswandels zu verwenden und von nennenswerten Liberalitäten abzusehen, namentlich nicht schenkungshalber oder von Todes wegen über die genannten Aktiven zum Nachteil eines oder mehrerer Erben zu verfügen. Der Vertrag enthielt zudem folgende Schiedsklausel:

"Alle sich aus oder im Zusammenhang mit dem vorliegenden Schenkungs- und Erbvertrag ergebenden Streitigkeiten, einschliesslich solche über sein gültiges Zustandekommen, seine Rechtswirksamkeit, seine Abänderung und Auflösung, werden durch ein Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte entschieden."

D._____ ist am 22. Mai 2002 verstorben. C._____ wurde daraufhin als Alleineigentümerin der Immobilien eingesetzt, die vom Vertrag vom 15. Januar 2001 betroffen waren. Im Frühjahr 2013 hat C._____ zwei Grundstücke an E._____ und F._____ übertragen.

B. Am 5. Februar 2015 reichten A._____ und B._____ beim Präsidenten des Zivilgerichts des Sensebezirks ein Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme ein. Mit Entscheid vom 30. Juni 2015 beschloss der Gerichtspräsident des Sensebezirks auf das Gesuch nicht einzutreten, unter Kostenfolge zu Lasten der Gesuchsteller. Er vertrat die Ansicht, bei der beantragten Beweisabnahme handle es sich um eine vorsorgliche Beweisabnahme, welche in die ausschliessliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts falle. Sie könne nur durch ein staatliches Gericht angeordnet werden, wenn eine Gefährdung der Beweismittel geltend gemacht werde, was vorliegend nicht der Fall sei. Der Gerichtspräsident argumentierte weiter, dass das Gesuch abgewiesen werden müsste, wenn seine Zuständigkeit gegeben wäre, denn es fehle den Gesuchstellern an einem schutzwürdigen Interesse an der Klärung der Prozesschancen, das sie das Beweismittel ohne weiteres auf einem anderen Weg beschaffen könnten. Der begründete Entscheid wurde den Parteien am 11. August 2015 zugestellt.

C. Mit Eingabe vom 19. August 2015 erheben A._____ und B._____ Berufung gegen den Entscheid vom 30. Juni 2015. Sie stellen folgendes Rechtsbegehren:

1. Das Grundbuchamt des Sensebezirks sei anzuweisen, eine Kopie des Veräusserungsvertrags zwischen der Berufungsbeklagten einerseits und deren Töchter E._____ und F._____ andererseits betreffend der Grundstück-Nr. hhh und iii der Gemeinde J._____ herauszugeben.
2. Die Berufungsbeklagte sei unter Ermahnung zur Wahrheitspflicht zu befragen (i) über den Grund der Veräusserung der Grundstück-Nr. hhh und iii der Gemeinde J._____ an ihre beiden Töchter E._____ und F._____ sowie (ii) über allfällige weitere Vermögenswerte, die seit dem Jahr 2002 an ihre beiden Töchter E._____ und F._____ oder Dritte übertragen wurden.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsbeklagten.

Am 1. September 2015 zogen die Berufungskläger ihr erstes Rechtsbegehren zurück, da sie in der Zwischenzeit den fraglichen Kaufvertrag über das Grundbuchamt des Sensebezirks erhalten hatten.

In ihrer Antwort vom 14. September 2015 schliesst die Berufungsbeklagte unter Kostenfolge auf Abweisen der Berufung, soweit darauf eingetreten werden könne.

Erwägungen

1. a) Mit Berufung anfechtbar sind insbesondere erstinstanzliche Endentscheide (Art. 308 Abs. 1 Bst. a ZPO), sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 308 Abs. 1 Bst. b ZPO), wenn in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Berufungsfähig sind auch vorprozessuale vorsorgliche Massnahmen (vgl. SPÜHLER, *in* Basler Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 308 N 7; SEILER, *Die Berufung nach ZPO*, 2013, § 7 N 365a). Wird das Gesuch abgelehnt, handelt es sich um einen Endentscheid. Wird es gutgeheissen, ergeht ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (vgl. BGE 138 III 46 E. 1.1).

Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Einzig massgebend zur Bemessung des Streitwertes vor der Berufungsinstanz sind die zuletzt vor der ersten Instanz aufrechterhaltenen Rechtsbegehren (vgl. Urteil BGer 5A_261/2013 vom 19. September 2013 E. 3.3). Beim Streitwert der vorsorglichen Massnahmen geht es um den Streitwert der vorsorglichen Massnahme an sich, nicht um denjenigen der eigentlichen Klage (vgl. SPÜHLER, Art. 308 N 8; MATHYS, *in* Stämpflis Handkommentar ZPO, 2010, Art. 308 N 35; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. 2013, § 26 N 13). Anders liegt der Fall bei der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO. Allgemein beurteilt sich nach den mutmasslichen Begehren im Hauptprozess, ob das vorsorglich beantragte Beweismittel eine erhebliche Tatsache betrifft und zum Beweis dieser Tatsache tauglich ist, denn die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO ist nur als Hilfsverfahren für ein beabsichtigtes Hauptverfahren zulässig (vgl. BGE 140 III 12 E. 3.3).

Vorliegend betraf das zuletzt aufrechterhaltene Rechtsbegehren vor der ersten Instanz die Herausgabe, zwecks Klärung der Erbansprüche der Berufungskläger, von Informationen über eine oder mehrere von der Berufungsbeklagten getätigten bzw. möglicherweise getätigten Vermögensübertragungen. Sie ist somit vermögensrechtlicher Natur und angesichts der in Frage stehenden Vermögensbestandteile zweifelsohne höher als CHF 10'000.- Die Berufung ist somit zulässig.

Der Streitwert für die Beschwerde an das Bundesgericht dürfte dadurch ebenfalls erreicht sein (Art. 51 Abs. 1 Bst. a BGG).

b) Das erstinstanzliche Rechtsbegehren unterstand dem summarischen Verfahren (vgl. Art. 158 Abs. 2 ZPO). Die Berufungsfrist beträgt somit 10 Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO).

Die schriftliche Begründung des Entscheids wurde den Berufungsklägern bzw. deren Rechtsvertreter am 11. August 2015 zugestellt. Die am 19. August 2015 der Post übergebene Berufung wurde somit rechtzeitig eingereicht.

c) Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Berufungsinstanz kommt diesbezüglich volle Kognition zu.

d) Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. In der Berufungseingabe sind Rechtsbegehren zu stellen. Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann (vgl. BGE 137 III 617 E. 4.3).

Entgegen der Behauptung der Berufungsbeklagten enthält die Berufungsschrift Rechtsbegehren, die genügend bestimmt sind, um im Falle einer Gutheissung zum Urteil erhoben zu werden. Es kann daher darauf eingetreten werden.

2. Die Berufungskläger rügen eine Verletzung von Art. 61 Bst. a ZPO durch die Vorinstanz. Sie vertreten die Auffassung, dass die Vorinstanz auf das von ihnen eingereichte Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme hätte eintreten müssen, weil die Berufungsbeklagte keine Einrede der Schiedsvereinbarung erhoben habe. Die Berufungsbeklagte macht ihrerseits geltend, Art. 61 ZPO sei nicht anwendbar, wenn es um die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gehe. In einer solchen Konstellation gelange ausschliesslich die Bestimmung von Art. 374 ZPO zur Anwendung.

a) Gemäss Art. 61 Bst. a ZPO lehnt das angerufene staatliche Gericht seine Zuständigkeit ab, wenn die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine Schiedsvereinbarung getroffen haben, es sei denn die beklagte Partei habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen. Das staatliche Gericht hat über die Gültigkeit einer Schiedsabrede nur dann zu entscheiden, wenn in einem vor ihm hängigen Verfahren die beklagte Partei die Einrede der Schiedsabrede erhebt und damit die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts bestreitet (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/ GROLIMUND, § 29 N 30; COURVOISIER, *in* Stämpflis Handkommentar ZPO, 2010, Art. 61 N 10). Die Schiedsvereinbarung bewirkt somit nur auf rechtszeitige Einrede hin einen Nichteintretensentscheid (vgl. STACHER, *in* DIKE Kommentar ZPO, 2011, Art. 61 N 5). Lässt sich die beklagte Partei vorbehaltlos auf das Verfahren ein, darf das staatliche Gericht, selbst bei Vorliegen einer gültigen Schiedsvereinbarung, seine Zuständigkeit somit nicht aufgrund der Schiedsvereinbarung ablehnen (vgl. GEHRI, *in* Basler Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 61 N 8, HURNI, *in* Berner Kommentar ZPO, 2012, Art. 61 N 17; MÜLLER-CHEN, *in* Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 61 N 16a). Die beklagte Partei muss die Schiedseinrede vor oder spätestens zusammen mit der ersten Stellungnahme in der Hauptsache, im schriftlichen Verfahren mit der Klageantwort, erheben (vgl. HURNI, Art. 61 N 15; MÜLLER-CHEN, Art. 61 N 17). Es ist zudem erforderlich, dass sie die Schiedseinrede als Hauptpunkt unterbreitet, d. h. ihre Stellungnahme zur Streitsache unter den Vorbehalt stellt, sie erfolge lediglich für den Fall, dass sich das Gericht entgegen der Auffassung der Beklagten für zuständig erkläre (vgl. STACHER, Art. 61 N 7; GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, 2014, N 1178). Nur bei Säumnis der beklagten Partei prüft das staatliche Gericht die Schiedsvereinbarung von Amtes wegen (vgl. STACHER, Art. 61 N 6; DOMEJ, *in* Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2014, Art. 61 N 2).

b) Art. 61 ZPO ist nicht anwendbar, wenn es um die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts zum Erlass vorsorglicher Massnahmen geht. Das Gericht kann daher die notwendigen vorsorglichen Massnahmen auf Antrag der gesuchstellenden Partei treffen, auch wenn eine gültige Schiedsklausel besteht (vgl. MÜLLER-CHEN, Art. 61 N 8a). Art. 374 Abs. 1 ZPO sieht nämlich diesbezüglich eine konkurrierende Zuständigkeit vor, wonach das staatliche Gericht oder, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei vorsorgliche Massnahmen einschliesslich solcher für die Sicherung von Beweismitteln, anordnen

können. Da sich der Vorbehalt zugunsten einer abweichenden Abrede nur auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes bezieht, ist die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes als zwingend zu erachten (vgl. GÖKSU, N 1920; DASSER, in Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2014, Art. 374 N 5; HABEGGER, in Basler Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 374 N 19; BRUNNER, in DIKE Kommentar ZPO, 2011, Art. 374 N 4; a. M. NETZLE, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 374 N 9; ZEHNHÄUSERN, in Stämpflis Handkommentar ZPO, 2010, Art. 374 N 8). Haben die Parteien die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht wegbedungen, hat die gesuchstellende Partei somit die Möglichkeit, die ihr für den einstweiligen Rechtsschutz geeignet erscheinende Gerichtsbarkeit zu wählen (vgl. HABEGGER, Art. 374 N 6; BRUNNER, Art. 374 N 4). Wegen dieser Wahlmöglichkeit ist Art. 61 ZPO auf vorsorgliche Massnahmen nicht anwendbar, denn Art. 61 ZPO geht implizit von der gegenseitigen Ausschlusslichkeit von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit aus, die beim einstweiligen Rechtsschutz gerade nicht besteht. Entsprechend hat das staatliche Gericht das Gesuch selbst im Fall einer gültigen Schiedsklausel entgegenzunehmen. (vgl. SUMMERMATTER, Einstweiliger Rechtsschutz im Sport nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, in Causa Sport 2009 351, 355). Die beklagte Partei kann sich somit bei den vorsorglichen Massnahmen der Zuständigkeit des angerufenen staatlichen Gerichts nicht durch die Erhebung der Schiedseinrede entziehen (vgl. NETZLE, Art. 374 N 9). Kann das Gericht somit vorsorgliche Massnahmen anordnen, wenn die beklagte Partei sich auf die Schiedsklausel beruft, so muss es dies umso mehr tun können, wenn die beklagte Partei sich vorbehaltlos auf das Verfahren einlässt.

Nach Art. 374 Abs. 1 ZPO fallen ausdrücklich auch Anordnungen zur Sicherung gefährdeter Beweismittel – worunter insbesondere die Herausgabe von Akten oder die Einvernahme eines Zeugen fallen können (vgl. NETZLE, Art. 374 N 7) – unter die vorsorglichen und sichernden Massnahmen, für die eine konkurrierende Zuständigkeit besteht, nicht aber Anordnungen zwecks vorsorglicher Klärung der Beweislage (vgl. HABEGGER, Art. 374 N 12). Hierfür kann das staatliche Gericht unter dem Titel der vorsorglichen Beweisführung (Art. 158 ZPO) angerufen werden (vgl. GÖKSU, N 1906).

c) Im vorliegenden Fall hat sich die Berufungsbeklagte in ihrer Stellungnahme vom 17. März 2015 zum Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme, welche im Sinne der Erwägungen als Stellungnahme zur Hauptsache gewertet werden muss, zur Zuständigkeit wie folgt geäussert: *Von Amtes wegen zu prüfen, jedoch nicht bestritten* (vgl. Act. 6/2 ad 5). Die Berufungsführer hatten ihrerseits die Schiedsklausel bereits erwähnt, sich jedoch auf eine alternative Zuständigkeit der staatlichen Gerichte berufen (vgl. Act. 1/3 Ziff. 5). Es muss somit festgehalten werden, dass die Berufungsbeklagte die Einrede der Schiedsabrede nicht im Sinne von Art. 61 Bst. a ZPO erhoben hat, sondern vorbehaltlos zur Hauptsache Stellung genommen hat. Der Gerichtspräsident durfte die Schiedsabrede somit nicht von Amtes wegen berücksichtigen und sich gestützt darauf als unzuständig erklären. Dazu kommt, dass das am 5. Februar 2015 eingereichte Gesuch eine vorsorgliche Beweisführung im Sinne von Art. 158 ZPO betraf, welche ohnehin nicht unter die konkurrierende Zuständigkeit gemäss Art. 374 ZPO für die vorsorglichen Massnahmen fällt. Auch unter diesem Gesichtspunkt musste der Gerichtspräsident sich somit als zuständig erachten und auf das Gesuch eintreten.

3. a) Unter dem Titel der vorsorglichen Beweisführung sieht Art. 158 Abs. 1 ZPO vor, dass das Gericht jederzeit Beweis abnimmt, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt (Bst. a) oder die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse geltend macht (Bst. b). Das Institut der vorsorglichen Beweisführung erlaubt es, unabhängig von einem pendenten Gerichtsverfahren und unabhängig vom jeweiligen

Verfahrensstand eines pendenten Gerichtsverfahrens jederzeit Beweis anzunehmen. Die vorsorgliche Beweisführung erfolgt in einem separaten gerichtlichen Verfahren nach den Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO; vgl. BRÖNNIMANN, *in* Berner Kommentar ZPO, 2012, Art. 158 N 3). Die vorsorgliche Beweisführung greift nicht nur bei glaubhaft gemachter Beweisgefährdung, sondern darüber hinaus generell, wenn ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft gemacht wird. Damit dient die vorsorgliche Beweisführung u. a. der Klärung der Beweis- und Prozessaussichten und trägt so dazu bei, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (vgl. BRÖNNIMANN, Art. 158 N 4 und 9).

Gemäss der Botschaft wird mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Diese Möglichkeit soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden. 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 materiell-rechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab. Die Gesuchstellerin, die sich auf Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann. Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden, denn sonst würde der Zweck von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem die Gesuchstellerin ihren Anspruch beweisen kann, muss es genügen, dass sie das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert behauptet (vgl. BGE 138 III 76 E. 2.4.2).

Allgemein beurteilt sich nach den mutmasslichen Begehren im Hauptprozess, ob das vorsorglich beantragte Beweismittel eine erhebliche Tatsache betrifft und zum Beweis dieser Tatsache tauglich ist. Die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO ist nur als Hilfsverfahren für ein beabsichtigtes Hauptverfahren zulässig, weshalb die gesuchstellende Partei ihre Rechtsbegehren zu bezeichnen hat, die sie im Hauptprozess aufgrund eines schlüssig und substantiiert behaupteten Lebenssachverhalts einzuklagen gedenkt (vgl. BGE 140 III 12 E. 3.3). Dem Gesuchsteller im Verfahren um vorsorgliche Beweisabnahme zur Abklärung von Prozessaussichten droht kein Rechtsverlust, wenn ihm die vorsorgliche Abnahme des begehrten Beweises verweigert wird. Es geht ausschliesslich darum, das Vorhandensein gewisser Tatsachen beweismässig zu klären. Daran ändert nichts, dass das schutzwürdige Interesse an der Beweisabnahme durch das Gericht voraussetzt, dass die gesuchstellende Partei einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin glaubhaft machen muss, zu dessen Beweis das beantragte Beweismittel dienen. Damit soll vielmehr sichergestellt werden, dass das gerichtliche Verfahren zur vorsorglichen Beweiserhebung nicht ohne Rechtsschutzinteresse in Anspruch genommen wird. Die ZPO stellt mit Art. 158 Abs. 1 Bst. b zweite Alternative der Partei, welche die Erhebung einer Klage in Aussicht nimmt, ein gerichtliches und damit unabhängiges Verfahren zur Verfügung, um gewisse Tatsachen beweismässig zu klären, die nach ihrer Einschätzung für den Entscheid über die Einleitung bzw. die Aussicht einer Klage wesentlich sind (vgl. BGE 140 III 12 E. 3.3.3).

Die Anforderungen von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO decken sich im Übrigen mit denjenigen von Art. 59 Abs. 2 Bst. a ZPO, der ganz allgemein vorsieht, dass das Gericht auf eine Klage oder auf ein Gesuch nur eintritt, sofern die Prozessvoraussetzungen, zu denen das schutzwürdige

Interesse der klagenden oder gesuchstellenden Partei gehört, erfüllt sind. Das schutzwürdige Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein (vgl. ZINGG, *in* Berner Kommentar ZPO, 2012, Art. 59 N°35). Generell fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse, wenn nicht dargetan ist, worin das Interesse am Erlass eines autoritativen Entscheids des angerufenen Gerichts bestehen könnte (vgl. ZÜRCHER, *in* Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 59 N°12). Fehlt das schutzwürdige Interesse, wird das Verfahren mit einem Nichteintretensentscheid abgeschlossen (vgl. BGE 135 III 378 E. 2.5).

b) Nachdem die Berufungskläger ihr erstes Rechtsbegehren im Berufungsverfahren zurückgezogen haben, weil sie sich den fraglichen Vertrag auf einem anderen Weg besorgen konnten, muss im vorliegenden Fall somit nur noch beurteilt werden, ob die Berufungskläger in Bezug auf ihr zweites Rechtsbegehren rechtsgenügend glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihnen das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann.

Die Berufungskläger stellen das Begehren, die Berufungsbeklagte sei unter Ermahnung zur Wahrheitspflicht zu befragen (i) über den Grund der Veräusserung der zwei bezeichneten Grundstücke an ihre beiden Töchter sowie (ii) über allfällige weitere Vermögenswerte, die seit dem Jahr 2002 an ihre beiden Töchter oder Dritte übertragen wurden. Wie schon im vorinstanzlichen Verfahren machen sie geltend, sie hätten erst aufgrund einer Publikation im Amtsblatt von der fraglichen Veräusserung erfahren und die Berufungsbeklagte habe sich trotz wiederholter Aufforderung geweigert, den Grund der Veräusserung zu nennen, so dass die Berufungskläger davon ausgehen müssten, die Übertragung der Grundstücke sei in Verletzung der im Erbvertrag festgehaltenen Erhaltungspflicht erfolgt. Sollte dies jedoch der Fall sein, sei es dass die beiden Grundstücke schenkungshalber oder zu einem nicht marktkonformen Kaufpreis überschrieben wurden, beabsichtigten sie, ihren Anspruch um Rücküberschreibung der Grundstücke an die Gesuchsgegnerin geltend zu machen, wozu sie die verlangten Unterlagen und Informationen bräuchten.

Der Gerichtspräsident hat dazu festgehalten, dass es den Gesuchstellern durch Anfrage beim Grundbuchamt bzw. auf elektronischem Weg, und gestützt auf den Schenkungs- und Erbvertrag aus dem Jahre 2001, insbesondere den Anhang "Reorganisation des Familienvermögens", wo die einzelnen Vermögenswerte aufgeführt sind, ohne allzu grossen Aufwand möglich sei, abzuklären, ob weitere Grundstücke übertragen wurden. Zudem behaupteten die Gesuchsteller sowohl betreffend dieser Grundstücke wie auch betreffend weiterer Vermögenswerte – z. B. Bankguthaben – nicht, es würden Anhaltspunkte bestehen, dass die Gesuchsgegnerin diese zum Nachteil eines oder mehrerer Erben an ihre beiden Töchter übertragen habe. Aufgrund dieser Überlegungen gelangte der Gerichtspräsident zum Schluss, es fehle den Gesuchstellern an einem schutzwürdigen Interesse, bzw. an einem Sachverhalt gestützt auf den ihnen das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewähre, weshalb das Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme hätte abgewiesen werden müssen, sofern er darauf eingetreten wäre.

In ihrer Berufungsschrift wiederholen die Berufungskläger die gleiche Argumentation wie im vorinstanzlichen Verfahren, ohne weitere Angaben und ohne insbesondere darzulegen, dass und gegebenenfalls welche Anhaltspunkte sie hätten, die nahelegen würden, die Berufungsbeklagte habe weitere Vermögenswerte zum Nachteil der anderen Erben an ihre beiden Töchter übertragen. Sie setzen sich somit in keiner Weise mit den Argumenten des angefochtenen Entscheids auseinander. Nun verlangt aber Art. 311 Abs. 1 ZPO vom Berufungskläger, dass er die Erwägungen des angefochtenen Entscheids zumindest kurz diskutiert. Selbstverständlich ist dies nicht der Fall, wenn die Begründung in der Berufungsschrift mit jener, welche vor Ergehen des

erstinstanzlichen Urteils vorgebracht wurde, identisch ist (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.2; Urteil BGer 4A_97/2014 vom 26. Juni 2014 E. 3.3). Nachdem die Begründung der Berufung diesen Anforderungen nicht genügt, ist darauf in diesem Punkt nicht einzutreten.

Auf die Kritik der Schlussfolgerung des Gerichtspräsidenten, es fehle den Gesuchstellern an einem schutzwürdigen Interesse, bzw. an einem Sachverhalt gestützt auf den ihnen das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewähre, ist somit nicht einzutreten. Allerdings kann dem Gerichtspräsidenten nicht gefolgt werden, wenn er daraus den Schluss zieht, das Gesuch hätte abgewiesen werden müssen. In Anwendung von Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO musste er nämlich aus diesem Grund einen Nichteintretensentscheid fällen.

4. a) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gerichtspräsident richtigerweise auf das Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme vom 5. Februar 2015 nicht eingetreten ist, allerdings mit einer falschen Begründung. In diesem Sinn wird die Berufung abgewiesen und der Nichteintretensentscheid vom 30. Juni 2015 mit einer anderen Begründung bestätigt.

b) Aufgrund des Gesagten muss festgestellt werden, dass die Berufungskläger mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen sind. Bei diesem Ausgang sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens den Berufungsklägern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO).

c) Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Nachdem der erstinstanzliche Entscheid im Resultat bestätigt wurde, besteht vorliegend kein Anlass, die vorinstanzliche Kostenverteilung zu ändern (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

d) Gemäss Art. 19 des Justizreglements vom 30. November 2010 (JR; SGF 130.11) erhebt das Kantonsgesicht oder einer seiner Gerichtshöfe für jede Streitsache eine Gebühr von CHF 100.- bis CHF 200'000.-. Sieht der Tarif eine veränderliche Pauschalgebühr vor, sind namentlich der Streitwert, die Kompliziertheit des Verfahrens und die wirtschaftlichen Verhältnisse der zur Bezahlung der Kosten verurteilten Partei zu berücksichtigen (Art. 11 Abs. 2 JR).

In Anwendung dieser Grundsätze sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren auf pauschal CHF 2'000.- festzusetzen und vom Kostenvorschuss der Berufungskläger zu beziehen (Art. 19 JR).

e) Für das vorliegende Berufungsverfahren werden die Parteikosten global festgesetzt (vgl. Art. 63 und 64 Abs. 1 Bst. e JR).

Die Behörde berücksichtigt bei globaler Festsetzung der als Parteikosten geschuldeten Anwaltshonorare namentlich Art, Schwierigkeit und Umfang des Verfahrens sowie die notwendige Arbeit der Anwältin oder des Anwalts, das Interesse und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien (Art. 63 Abs. 2 JR). Bei Beschwerden gegen Urteile des Einzelgerichts beträgt der Höchstbetrag der Entschädigung CHF 3'000.-.

Gestützt auf die Akten erachtet der Zivilappellationshof eine Entschädigung von CHF 1'000.-, zuzüglich CHF 80.- Mehrwertsteuer, was einem Aufwand von vier Stunden entspricht, als angemessen.

Der Hof erkennt:

- I. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
- II. Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens werden A. _____ und B. _____ unter solidarischer Haftung auferlegt.
- III. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden auf CHF 2'000.- festgesetzt und vom Kostenvorschuss von A. _____ und B. _____ bezogen.
- IV. Die Parteientschädigung von C. _____ für das Berufungsverfahren wird auf CHF 1'080.-, inklusive CHF 80.- MWSt, festgesetzt.
- V. Zustellung.

Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 72–77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

Freiburg, 27. Oktober 2015/dbc

Präsident

Gerichtsschreiberin