

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB120007-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Ersatzoberrichter  
Dr. S. Mazan und Ersatzoberrichterin lic. iur. C. Keller sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth

## **Beschluss und Urteil vom 26. März 2013**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_,

2. **C.** \_\_\_\_\_,

3. **D.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Herausgabe der Nacherbschaft**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom  
18. November 2011 (CP080006)**

### **Rechtsbegehren:**

Der Kläger:

vom 10. Oktober 2008

Die Beklagte sei zu verpflichten, an die Gemeinschaft der Kläger herauszugeben:

- a) die Erbschaftssachen gemäss dem Verzeichnis der Erbschaftssachen 1997 Nr. ... Nacherbschaftsinventar über den Nachlass von Frau E.\_\_\_\_\_, geborene H.\_\_\_\_\_, errichtet durch das Notariat F.\_\_\_\_\_ (... [PLZ] F.\_\_\_\_\_) im Auftrag des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf (Verfügung vom 14.4.1997)

sowie

gemäss dem Vertrag über die Zuweisung von Grundstücken im Erbteilungsverfahren der Erben der E.\_\_\_\_\_

sowie gemäss

dem Vertrag über die Zuweisung von Liegenschaften im Erbteilungsverfahren der Erben des G.\_\_\_\_\_

und

gemäss dem Teilungsvertrag H.\_\_\_\_\_ Erben per 23.08.1998 wie nachfolgend wiedergegeben

- Grundstück in der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ BGL. ..., Kat-Nr. ..., Plan ... Wohnhaus Nr. Vers. Nr. ... mit 617 m<sup>2</sup> Gebäudegrundfläche und Umgelände, I.\_\_\_\_\_str. ...;
- Grundstück in der Gemeinde F.\_\_\_\_\_, Grundregister Blatt ..., Kat-Nr. ..., Plan ..., Wohnhaus mit Garage, Vers. Nr. ..., J.\_\_\_\_\_str. ...;
- Grundstück in der Gemeinde K.\_\_\_\_\_, Grundbuch Blatt ..., Kat-Nr. ..., Plan ..., L.\_\_\_\_\_strasse;
- Grundstück in der Gemeinde M.\_\_\_\_\_, Liegenschaft Nr. ..., Plan Nr. ..., N.\_\_\_\_\_strasse;
- Grundstück in der Gemeinde AH.\_\_\_\_\_, Grundbuch Blatt ..., Kat-Nr. ..., Plan ..., Wohnhaus mit Garage, Vers. Nr. ..., O.\_\_\_\_\_strasse ... + ...;
- dreissig Namensaktien (Nominalwert von je Fr. 1'000.-) der P.\_\_\_\_\_ AG, mit Sitz in F.\_\_\_\_\_;
- Guthaben von E.\_\_\_\_\_ gegenüber P.\_\_\_\_\_ AG (Sitz in F.\_\_\_\_\_) gemäss Bilanz "...", Saldo per Todestag SFr. 130'886.85;
- Guthaben von E.\_\_\_\_\_ aus aufgelaufenen Gewinnanteilen der Liegenschaften der Erben H.\_\_\_\_\_, Saldo per Todestag SFr. 51'237.95;
- Barabfindung per Saldo an Q.\_\_\_\_\_ gem. Gesamtabrechnung aus H.\_\_\_\_\_ Erben Teilungsvertrag und Realteilung

der einfachen Gesellschaft Geschwister H. \_\_\_\_\_ vom  
10.12.1998 in Höhe von SFr. 375'902.00;

- b) alle weiteren in ihrem Besitz befindlichen Sachen und Rechte, die gemäss Nacherbschaftsinventarverzeichnis der Nacherbschafts-  
sachen 1997 Nr. ... (errichtet durch das Notariat F. \_\_\_\_\_), im  
Vertrag über die Zuweisung von Grundstücken im Erbteilungsver-  
fahren der Erben der E. \_\_\_\_\_, im Vertrag über die Zuweisung  
von Liegenschaften im Erbteilungsverfahren der Erben des  
G. \_\_\_\_\_ sowie im Teilungsvertrag H. \_\_\_\_\_ Erben per 23.08.1998  
aufgeführt sind und zur Nacherbschaft der am tt.mm.1997 ver-  
storbenen E. \_\_\_\_\_, geb. H. \_\_\_\_\_, dazugehören;
- c) alle Surrogate, die der Vorerbe seit Besitzerwerb der Erbschaft  
anstelle veräussert oder untergegangener Erbschaftssachen  
erworben hat. Hierzu gehört insbesondere:
- das Grundstück R. \_\_\_\_\_, S. \_\_\_\_\_ /AE. \_\_\_\_\_ [Staat],  
T. \_\_\_\_\_, Grundbuch von T. \_\_\_\_\_ Nr. ..., Flurstück ..., ...  
und ...;
  - Liegenschaft U. \_\_\_\_\_ ... in V. \_\_\_\_\_;
  - Mercedes Pkw ...; amtliches Kennzeichen ZH Nr. ...;
  - Boot, das beim Schifffahrtsamt W. \_\_\_\_\_ zugelassen ist;
  - Originalbild von ...;
  - ca. 10 – 15 Rolex-Uhren.

Im Weiteren sei

1. Das Grundbuchamt V. \_\_\_\_\_ anzuweisen, den Vorerben Q. \_\_\_\_\_  
als Eigentümer der Liegenschaft U. \_\_\_\_\_ ..., V. \_\_\_\_\_, zu lö-  
schen und die Kläger in Gemeinschaft als neue Eigentümer ein-  
zutragen.
2. Die Bank AB. \_\_\_\_\_, AJ. \_\_\_\_\_, anzuweisen, den Vorerben bzw.  
die Beklagte als Inhaber/in des Kontos Nr. ... zu löschen und die  
Kläger in Gemeinschaft als neue Kontoinhaber vorzumerken.
3. Die Beklagte zu verpflichten, der Löschung des Eintrags als Ei-  
gentümerin des Grundstücks R. \_\_\_\_\_ ..., S. \_\_\_\_\_ /AE. \_\_\_\_\_  
[Staat], T. \_\_\_\_\_, Grundbuch von T. \_\_\_\_\_ Nr. ..., Flurstück ..., ...  
und ... und der Eintragung der Kläger in Gemeinschaft als Eigen-  
tümer – gegenüber dem Grundbuchamt S. \_\_\_\_\_ – zuzustimmen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.  
*vom 13. April 2009*

1. Die AB. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, dem Gericht die Bankauszüge  
der Konten des Herrn Q. \_\_\_\_\_ bei ihr seit 1998 herauszugeben.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, Vermögen und Gegenstände ih-  
rer Erbschaft des Herrn Q. \_\_\_\_\_ bekannt zu geben.

3. Die Beklagte wird als Erbschaftsbesitzerin verpflichtet, den Betrag, den der Vorerbe für den PW Mercedes ..., ZH Nr. ... in Höhe von 19'000.– Euro am 23.12.2006 gem. Beilage Nr. 8 der Klageantwort erhalten hat, an die Kläger herauszugeben.

Der Beklagten:

*vom 3. Februar 2009*

Die Klagebegehren betreffend Herausgabe (lit. a, b, c) sowie betreffend Grundbuchberichtigung bzw. Kontoumschreibung (Ziffern 1.-3.) seien vollständig abzuweisen.

*vom 18. Juni 2009*

Die Klagebegehren betreffend Herausgabe (lit. a, b, c) sowie betreffend Grundbuchberichtigung bzw. Kontoumschreibung (Ziffern 1.-3.) seien vollständig abzuweisen.

Die Anträge Ziffern 1.-3. der Replik betr. Kontoauszüge Q.\_\_\_\_\_ bei der AB.\_\_\_\_\_, Verpflichtung der Beklagten zur Auskunft über die Nacherbschaft und den Erlös aus dem Verkauf des PW Mercedes seien ebenfalls abzuweisen.

**Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom 18. November 2011:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern Fr. 63'688.85 zu bezahlen.
2. Das folgende heute auf den Namen von Q.\_\_\_\_\_ eingetragene Grundstück geht mit sämtlicher Hypothekarbelastung mit Rechtskraft dieses Urteils ins Miteigentum der Kläger zu je einem Drittel über:

Grundbuch Blatt ..., Kataster Nr. ..., Plan ... U.\_\_\_\_\_ ..., V.\_\_\_\_\_, Wohnhaus mit Garage.

Der Besitzesantritt durch die Kläger mit Übergang von Rechten und Pflichten, Nutzen und Gefahr erfolgt per Rechtskraft des Urteils.

Die Kläger übernehmen per Antrittstag die nachstehend aufgeführten Grundpfandschulden zur alleinigen Verzinsung und Bezahlung, zu den ihnen bekannten Zins- und Zahlungsbestimmungen, mit Zinspflicht gegenüber der Gläubigerin.

Fr. 600'000.– (Franken sechshunderttausend ./..), Namensschuldbrief, datiert 31. Mai 2002, an 1. Pfandstelle, Maximalzinsfuss 9 %, Beleg ....

Gläubigerin der Hypothekarschuld von insgesamt Fr. 600'000.– ist die AB.\_\_\_\_\_, ... [Adresse].

Die obligatorische Versicherung bei der Gebäudeversicherung des Kantons Zürich für Feuer- und Elementarschäden geht von Gesetzes wegen auf die Kläger über.

Die Kläger haben zu Kenntnis zu nehmen, dass anlässlich der Eigentumsübertragung die Besteuerung des Grundstückgewinns nach § 216 Abs. 3 lit. a StG aufgeschoben wird. Den übernehmenden Klägern wird zu Kenntnis gebracht, dass im Falle der Weiterveräusserung des Grundstücks der Er-

werbspreis bei der letzten Veräusserung massgebend ist, für die kein Steuerzuschub gewährt worden ist.

Das Grundbuchamt wird ermächtigt, die Gebühren und Auslagen für die Übertragung von den Klägern zu beziehen; sie sind ihnen aber von der Beklagten zu vergüten.

Das Grundbuchamt V.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, gestützt auf Art. 18 GBV die Kläger als Miteigentümer zu je einem Drittel im Grundregister einzutragen und Q.\_\_\_\_\_ als Alleineigentümer zu streichen.

3. Die heute auf Q.\_\_\_\_\_ eingetragene Liegenschaft R.\_\_\_\_\_ ..., S.\_\_\_\_\_/AE.\_\_\_\_\_ [Staat], Grundbuch von S.\_\_\_\_\_ (GBA S.\_\_\_\_\_) der Gemarkung S.\_\_\_\_\_ Blatt ..., BV-Nr. ....: Flst. Nr. ...., Gebäude- und Freifläche R.\_\_\_\_\_ ... mit 346 m<sup>2</sup>, sowie Grundbuch von S.\_\_\_\_\_ (GBA S.\_\_\_\_\_) der Gemarkung S.\_\_\_\_\_ Blatt ..., BV-Nr. ... zu ...: 1/12 Anteil an Flst. Nr. ..., Verkehrsfläche, Landwirtschaftsfläche, Wasserfläche ... mit 2388 m<sup>2</sup>, geht mit Rechtskraft dieses Urteil ins Miteigentum der Kläger zu je einem Drittel über.

Die Beklagte wird unter Androhung einer Ordnungsbusse im Sinne von Art. 292 StGB im Unterlassungsfalle verpflichtet, sämtliche für die Übertragung der Liegenschaft auf die Kläger notwendigen Rechtshandlungen gegenüber dem zuständigen ... Grundbuchamt [im Staat AE.\_\_\_\_\_] auf erstes Verlangen hin vorzunehmen.

4. Die ...reproduktion "... [Kunstwerk] wird der Beklagten nach Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben.
5. Es wird festgestellt, dass nicht die Vorerbschaft, sondern der Nachlass von Q.\_\_\_\_\_ für die von der AC.\_\_\_\_\_, ... [Adresse] zu viel bezahlte AHV-Rente von Fr. 1'858.– haftet.

6. Es wird festgestellt, dass nicht die Vorerbschaft, sondern der Nachlass von Q.\_\_\_\_\_ für die von der AD.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse], zuviel bezahlten Leibrente von Fr. 21'327.50 haftet.
7. Es wird festgestellt, dass nicht die Vorerbschaft, sondern der Nachlass von Q.\_\_\_\_\_ für die gegenüber dem Steueramt der Stadt V.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], ausstehenden Steuern für die Jahre 2006 und 2007 in der Höhe von Fr. 2'419.15 resp. Fr. 6'674.60 haftet.
8. Es wird festgestellt, dass nicht die Vorerbschaft, sondern der Nachlass von Q.\_\_\_\_\_ für die vom Kantonalen Steueramt Zürich, ... [Adresse], für die ausstehende direkte Bundessteuer für das Jahr 2006 von Fr. 359.10 zuzüglich Zins zu 3,5 % seit 1. November 2009 haftet.
9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 67'660.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 450.– Zeugenentschädigungen  
Fr. 108.50 Augenschein  
Fr. 99.– Kosten Grundbuchauszüge  
Fr. 20.– amtliche Zustellung  

---

---

  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
10. Die Kosten werden den Klägern unter solidarischer Haftung für die Hälfte zu je einem Sechstel und der Beklagten zur Hälfte auferlegt.
11. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
12. (Schriftliche Mitteilung)
13. (Rechtsmittelbelehrung)

### **Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 159):

1. Es seien die Ziffern 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 und 11 des Urteilsdispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 18. November 2011 vollumfänglich aufzuheben.
- 1.1 Demnach sei die Berufungsklägerin / Beklagte nicht zu verpflichten, den Berufungsbeklagten / Klägern einen Betrag von CHF 63'688.85 zu bezahlen.
- 1.2 Ferner sei das heute auf den Namen von Q.\_\_\_\_\_ eingetragene Grundstück ab Rechtskraft des Urteils ins alleinige Eigentum der Berufungsklägerin / Beklagten zu übertragen.

Bei dieser Eigentumsübertragung handle es sich um folgendes Grundstück:

Grundbuch Blatt ..., Kataster Nr. ..., Plan ..., U.\_\_\_\_\_ ..., V.\_\_\_\_\_, Wohnhaus mit Garage.

Der Besitzesantritt durch die Berufungsklägerin / Beklagte mit Übergang von Rechten und Pflichten, Nutzen und Gefahr soll per Rechtskraft des Urteils erfolgen.

Die Berufungsklägerin / Beklagte habe per Antrittstag die nachstehend aufgeführten Grundpfandschulden zur alleinigen Verzinsung und Bezahlung, zu den ihr bekannten Zins- und Zahlungsbestimmungen, mit Zinspflicht gegenüber der Gläubigerin, zu übernehmen.

CHF. 600'000.00 (Franken sechshunderttausend 0/00), Namensschuldbrief, datiert 31. Mai 2002, an 1. Pfandstelle, Maximalzinsfuss 9 %, Beleg ....

Gläubigerin der Hypothekarschuld von insgesamt CHF 600'000.00 ist die AB.\_\_\_\_\_, ... [Adresse].

Die obligatorische Versicherung bei der Gebäudeversicherung des Kantons Zürich für Feuer- und Elementarschäden geht von Gesetzes wegen auf die Berufungsklägerin / Beklagte über.

Die Berufungsklägerin / Beklagte habe zur Kenntnis zu nehmen, dass anlässlich der Eigentumsübertragung die Besteuerung des Grundstückgewinns nach § 216 Abs. 3 lit. a StG aufgeschoben werde. Der übernehmenden Berufungsklägerin / Beklagten werde zu Kenntnis gebracht, dass im Falle der Weiterveräußerung des Grundstücks der Erwerbspreis bei der letzten Veräußerung massgebend sei, für die kein Steueraufschub gewährt worden sei.

Das Grundbuchamt soll ermächtigt werden, die Gebühren und Auslagen für



die Übertragung von der Berufungsklägerin / Beklagten zu beziehen; sie seien ihr aber von den Berufungsbeklagten / Klägern zu vergüten.

Das Grundbuchamt V. \_\_\_\_\_ soll angewiesen werden, gestützt auf Art. 18 GBV die Berufungsklägerin / Beklagte als Alleineigentümerin im Grundregister einzutragen und Q. \_\_\_\_\_ als Alleineigentümer zu streichen.

- 1.3 Die heute auf Q. \_\_\_\_\_ eingetragene Liegenschaft R. \_\_\_\_\_ ..., S. \_\_\_\_\_ / AE. \_\_\_\_\_ [Staat], Grundbuch von S. \_\_\_\_\_ (GBA S. \_\_\_\_\_) der Gemarkung S. \_\_\_\_\_ Blatt ..., BV-Nr. ....: Flst. Nr. ...., Gebäude und Freifläche R. \_\_\_\_\_ ... mit 346 m<sup>2</sup>, sowie Grundbuch von S. \_\_\_\_\_ (GBA S. \_\_\_\_\_) der Gemarkung S. \_\_\_\_\_ Blatt ..., BV-Nr. ... zu 1:1/12 Anteil an Flst. Nr. ...., Verkehrsfläche, Landwirtschaftsfläche, Wasserfläche ... mit 2388 m<sup>2</sup>, soll mit Rechtskraft dieses Urteils ins Alleineigentum der Berufungsklägerin / Beklagten übergehen.
2. Alles im Sinne der Berufungsklägerin/Beklagten sowie unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten/Kläger 1-3.

der Kläger und Berufungsbeklagten (Urk. 166):

Es sei die Berufung zurückzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 18. November 2011 vollumfänglich zu bestätigen.

Alles im Sinne der Berufungsbeklagten/Kläger sowie unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin/Beklagten.

### **Erwägungen:**

#### 1. Prozessgeschichte

1.1. Der vorliegende Prozess wurde am 10. Oktober 2008 beim Bezirksgericht Dielsdorf rechtshängig gemacht (Urk. 3/1). Nachdem die Verwaltungskommission des Obergerichts das Verfahren der Vorinstanz zur Anhandnahme und Erledigung zugewiesen hatte (Urk. 1), führte diese in der Folge das Haupt- und Beweisverfahren durch (vgl. zur detaillierten Prozessgeschichte das angefochtene Urteil, Urk. 155 = Urk. 160, S. 4 f.). Das Urteil datiert vom 18. November 2011.

1.2. Innert Frist erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) Berufung (Urk. 159). Den ihr auferlegten Vorschuss von Fr. 34'000.– (Urk. 164)

überwies sie innert der angesetzten Nachfrist (Urk. 166 und 167). Die Berufungsantwort der Kläger und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) ging am 8. Juni 2012, rechtzeitig, ein (Urk. 169) und wurde der Beklagten mit Verfügung vom 11. Juni 2012 zur Kenntnis gebracht (Urk. 171). Unter dem 19. September 2012 erfolgte ein Referentenwechsel (Prot. II S. 7).

## 2. Vorbemerkungen

2.1. Auf das vorliegende Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Da der angefochtene Entscheid indes noch unter der Anwendung des kantonalzürcherischen Zivilprozessrechts (ZPO/ZH) erging, ist der Entscheid bzw. das Verfahren vor erster Instanz nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht zu überprüfen.

2.2. Das vorliegende Verfahren unterliegt der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime. Dies bedeutet insbesondere, dass das Gericht einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf, als sie selbst verlangt hat (§ 54 Abs. 2 ZPO/ZH; Art. 58 Abs. 1 ZPO).

2.3. Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung eines Rechtsmittels hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Der Berufungskläger hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, 2. Aufl., Art. 311 N 36). Im Ergebnis bedeutet

dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt. Die Berufungsinstanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und sie muss sie auch überprüfen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 310 N 5 f.). Dabei ist sie aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

2.4. Ziff. 4 des vorinstanzlichen Urteils (Herausgabe ...-Reproduktion) wurde nicht angefochten und ist somit mit Eingang der Berufungsantwort am 8. Juni 2012 rechtskräftig geworden (vgl. zum Zeitpunkt Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 315 N 6; Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 2 zu § 260 ZPO). Dies ist vorzumerken.

2.5. Sodann ist den Erwägungen des angefochtenen Urteils zu entnehmen, dass die Kläger die Klage hinsichtlich der Herausgabe der Aktien der P.\_\_\_\_\_ AG im Resultat zurückgezogen haben. Überdies wurde die Klage betreffend die Herausgabe verschiedener Erbsachen bzw. Surrogate (bspw. Rolex-Uhren, Schmuck etc.) bzw. hinsichtlich des verbrauchten Nachlasses im Fr. 1'313'688.85 übersteigenden Umfang in den Erwägungen sinngemäss abgewiesen (Urk. 160 S. 36), was jedoch beides keinen Niederschlag im Dispositiv fand. Dies blieb im Berufungsverfahren indessen ungerügt, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Prozessgegenstand ist mithin einzig die Frage, ob die den Klägern zugesprochene Summe bzw. die Zuweisung der beiden Liegenschaften in V.\_\_\_\_\_ und AE.\_\_\_\_\_ [Staat] einer zweitinstanzlichen Überprüfung stand hält (vgl. hinsichtlich die in den Dispositivziffern 5 - 9 enthaltenen Feststellungen die nachfolgenden Erwägungen unter Ziffer 3.6).

2.6. Soweit die Beklagte neu die Zuweisung bzw. Übertragung der Liegenschaften in V.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_/AE.\_\_\_\_\_ an sich beantragt, ist auf die Berufung nicht einzutreten, da damit der Prozessgegenstand unzulässigerweise ausgedehnt wird (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 74). Hinzu kommt, dass die in diesem Zusammenhang vorprozessual erwirkten Massnahmen (vgl. Urk. 4/16 und 18)

grundsätzlich mit rechtskräftigem Abschluss des vorliegenden Verfahrens dahinfallen (§ 110 Abs. 3 ZPO/ZH i.V.m. § 229 ZPO/ZH; Art. 268 Abs. 2 ZPO), womit – im Falle ihres Obsiegens – einem Eintrag der Beklagten (als Erbin von Q.\_\_\_\_\_) als Eigentümerin (bzw. einer Löschung des Widerspruchs hinsichtlich der bereits auf die Beklagte eingetragenen Liegenschaft in AE.\_\_\_\_\_) nichts im Wege stehen würde.

2.7. Auf die Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

### 3. Zur Sache

3.1. Am 21. Dezember 2007 verstarb in S.\_\_\_\_\_/AE.\_\_\_\_\_/Q.\_\_\_\_\_  
(Urk. 3/4/4). Er hinterliess seinen gesamten Nachlass A.\_\_\_\_\_ (der Beklagten) als eingesetzter Erbin (Urk. 3/4/6).

Q.\_\_\_\_\_ seinerseits war in der Erbschaft seiner vorverstorbenen Ehegattin E.\_\_\_\_\_, gestorben am tt.mm.1997, Erbe, wobei er, mit Ausnahme des Pflichtteils der Mutter der Erblasserin, für die gesamte Erbschaft lediglich als Vorerbe eingesetzt worden war. Als Nacherben wurden die heutigen Kläger eingesetzt. Die Nacherbschaft hat gemäss letztwilliger Verfügung von E.\_\_\_\_\_ nur insoweit übergeben zu werden, als sie noch vorhanden ist (Urk. 3/4/2).

Mit ihrer Klage beantragen die Kläger die Herausgabe der noch vorhandenen Erbschaft samt der aus den Mitteln der Erbschaft erworbenen Surrogate. Dabei stellen sie sich primär auf den Standpunkt, da der Vorerbe, wie seinen damaligen Steuererklärungen zu entnehmen sei, im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin über kein eigenes Vermögen verfügt habe, müssten sämtliche bei seinem Tod vorhandenen Vermögenswerte, soweit nicht direkt aus der Erbschaft stammend, zumindest indirekt durch Mittel der Erbschaft erworben worden sein. Die Beklagte bestritt vor Vorinstanz einerseits hinsichtlich mehrerer, konkret bezeichneter Erbschaftssachen, den Besitz und stellte sich sodann auf den Standpunkt, da der Vorerbe sehr wohl auch über massgebliches eigenes Vermögen verfügt habe, seien die heute noch vorhandenen Werte, insbesondere die beiden Liegenschaf-

ten in V.\_\_\_\_\_ und AE.\_\_\_\_\_, soweit sie (die Beklagte) zu deren Erwerb nicht sogar persönlich beigetragen habe, als zu dessen Erbschaft gehörend zu qualifizieren und fielen somit nicht in die herauszugebende Vorerbschaft.

3.2. In teilweiser Wiederholung der zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu Wesen und Umfang der Vorerbschaft (vgl. Urk. 160 S. 20) ist an dieser Stelle das im Hinblick auf den Eintritt des Nacherbfalles bedeutungsvolle Surrogationsprinzip näher zu betrachten:

Wesentliches Merkmal der Vorerbschaft ist die Verpflichtung des Vorerben, das Erbe dereinst den Nacherben auszuliefern (Art. 491 Abs. 2 ZGB). Im Hinblick darauf bleibt die Erbschaft – zumindest gedanklich – vom übrigen Vermögen des Vorerben getrennt, sie bildet ein Sondervermögen, welches allerdings Veränderungen in seinem Bestand ausgesetzt ist. Dabei bleibt aufgrund des Prinzips der Surrogation die Identität gewahrt: alles, was der Erbschaft von Dritten als Schadenersatz oder zum Ausgleich einer ungerechtfertigten Bereicherung zukommt oder was der Vorerbe mit Erbschaftsmitteln erwirbt, wird ohne weiteres wieder Bestandteil derselben. Deckt der Beitrag der Erbschaft nur einen Teil der Anschaffungskosten, so scheint es zweckmässig – analog dem Vorgehen bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung des ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung –, den angeschafften Gegenstand als Ganzes entweder der Erbschaft oder dem freien Vermögen des Vorerben zuzuordnen, je nachdem, welches Vermögen überwiegend zum Erwerb beigetragen hat und der anderen Vermögensmasse einen obligatorischen Ausgleichsanspruch zuzugestehen (BK-Weimar, Bern 2009, N 9 zu Art. 491 ZGB; BSK ZGB II-Bessenich, 4. Auflage, N 8 zu Art. 491 m.w.H.; BGE 129 III 113 = Pra. 92 Nr. 87). Wurden Erbschaftsgegenstände zur Erfüllung von persönlichen Schulden des Vorerben verwendet, ohne dass ein Gegenwert in die Erbschaft gelangt, wird der Vorerbe dem Nacherben mit dem Eintritt des Nacherbfalles aus Art. 599 ZGB in Verbindung mit Art. 938 ff. ZGB und wohl auch aus ungerechtfertigter Bereicherung ersatzpflichtig (BK-Weimar, a.a.O., N 14 zu Art. 491).

Grundsätzlich ist an dieser Stelle anzumerken, dass der Vorerbe, den bei Eintritt des Nacherbfalles aufgrund ausdrücklicher Anordnung nur die Pflicht traf, den

Überrest der Vorerbschaft den Nacherben auszuliefern – entgegen der Meinung der Kläger – nicht verpflichtet war, nach dem Antritt der Vorerbschaft zunächst einmal sein eigenes Vermögen aufzubrechen. Zwar scheint in der älteren Lehre der Grundsatz des römischen Rechts, dass ein Vorerbe, der selbst in guten Verhältnissen lebt und über ausreichendes eigenes Vermögen verfügt, sich Verbrauchtes verhältnismässig zur Höhe der beiden Vermögensgruppen auf diese anrechnen zu lassen hat, vorgeherrscht zu haben (ob dies wirklich so sei, wurde allerdings vom Bundesgericht in BGE 100 II 92 = Pra. 63 Nr. 279 explizit offen gelassen). In der jüngeren Lehre gibt es indes gewichtige Stimmen, die überzeugend argumentieren, dass der Vorerbe, der nur verpflichtet ist, einen allfälligen Überrest an die Nacherben auszuliefern, das Erbe wirklich frei und uneingeschränkt verbrauchen darf (vgl. zum Ganzen den Aufsatz von Eugen Fischer, Zur Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, in: BJM 1973, S. 121 ff., insb. S. 131 ff. m.w.H.; BK-Weimar, Bern 2009, N 24 zu Art. 491, welcher es ausdrücklich als nicht rechtsmissbräuchlich ansieht, wenn der Vorerbe ausschliesslich die Erbschaft konsumiert und sein eigenes Vermögen schont; a.M. BSK ZGB II-Bessenich, 4. Auflage, N 9 zu Art. 491).

Die Beweislast für den Bestand der Vorerbschaftswerte respektive der Surrogate respektive allfälliger Ersatzforderungen tragen die Nacherben (Art. 8 ZGB; Prax-Komm Erbrecht-Abt, 2. Aufl., Art. 599 ZGB N 11). Nur soweit der Beweis der Zugehörigkeit der verwendeten Mittel zufolge Vermischung nicht geführt werden kann, ist auf die bereits zitierte Regel des römischen Rechts (anteilmässiger Verbrauch) zurück zu greifen (BJM 1997 S. 188 ff., insb. S. 191).

Die Beklagte rügte in ihrer Berufung – allerdings äusserst rudimentär – hinsichtlich der Immobilien sei der erforderliche Geldflussnachweis nicht geglückt. Die Gegenseite habe den Beweis, dass die Liegenschaft in V.\_\_\_\_\_ aus Mitteln der Vorerbschaft finanziert worden sei, nicht erbringen können (Urk. 159 S. 14). Auch hinsichtlich der Liegenschaft in AE.\_\_\_\_\_ habe die Gegenpartei zufolge Vermischung der Güter nicht beweisen können, ob diese aus freiem Vermögen des Vorerben oder Erbschaftsmitteln erworben worden sei (Urk. 159 S. 15). Bevor auf diese – wie zu zeigen sein wird im Kern berechtigten Rügen eingegangen wird –

ist zu den weiteren Rügen der Beklagten, welche das Novenrecht beschlagen, Stellung zu nehmen.

3.3. Der im Laufe des erstinstanzlichen Beweisverfahrens neu mandatierte Rechtsvertreter der Beklagten machte erstmals im Rahmen eines Fristerstreckungsgesuches zur Beweisantretung "gewisse Vorbehalte" geltend, ohne jedoch ins Detail zu gehen (Urk. 91 vom 15. Juni 2010). Im Rahmen seiner Beweisantretungsschrift vom 9. Juli 2010 brachte er sodann erstmals vor, beim Tod der Erblasserin habe es keine güterrechtliche Auseinandersetzung gegeben und zudem sei die Nacherbeneinsetzung im Umfang des Pflichtteils des Vorerben ungültig, weshalb er im Namen der Beklagten als Alleinerbin des Vorerben den Herabsetzungsanspruch gemäss Art. 533 Abs. 3 ZGB geltend mache. Bevor auf die Herausgabe der Nacherbschaft geklagt werden könne, müsse daher die güterrechtliche Auseinandersetzung und hernach der Pflichtteilsanspruch des verstorbenen Ehemannes errechnet werden, weshalb die Klage abzuweisen sei (Urk. 94 S. 11 ff.). In seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 14. April 2011 wiederholte der Rechtsvertreter der Beklagten unter Berufung auf das Novenrecht gemäss den §§ 114 f. ZPO/ZH und unter Hinweis auf die mittlerweile durchgeführte Befragung des Zeugen AA.\_\_\_\_\_, des damaligen Willensvollstreckers, seine Vorbringen betreffend fehlende güterrechtliche Auseinandersetzung und Pflichtteilsschutz bzw. Einrede des Herabsetzungsanspruches. Die geforderte Herausgabe der Nacherbschaft könne mangels güterrechtlicher Auseinandersetzung sowie der Pflichtteilsverletzung wegen nicht substantiiert eruiert werden (Urk. 151 S. 2 ff.).

Die Vorinstanz setzte sich mit beiden Vorbringen auseinander. Hinsichtlich der angeblich fehlenden güterrechtlichen Auseinandersetzung führte sie aus, die Beklagte handle rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich erst neun Monate, nachdem sie erstmals vorgebracht habe, die güterrechtliche Auseinandersetzung sei nicht durchgeführt worden, auf das Novenrecht berufe, zumal sie mit keinem Wort erwähnt habe, weshalb der Einwand nicht bereits im Hauptverfahren habe erhoben werden können. Der Einwand sei deshalb nicht zu berücksichtigen (Urk. 160 S. 17). Im Sinne einer Eventualbegründung eruierte die Vorinstanz sodann auf-

grund der vorliegenden Akten die finanzielle Lage des Vorerben im Zeitpunkt des Versterbens der Erblasserin und kam zum Schluss, er habe über eine Errungenschaft von mindestens Fr. 532'777.65 verfügt. Da die Beklagte den persönlichen Betreuer des Vorerben bei der AB.\_\_\_\_\_ nicht vom Bankgeheimnis befreit habe, hätten seine Vermögensverhältnisse nicht vollständig eruiert werden können. Es erscheine unter diesen Umständen als rechtsmissbräuchlich, einerseits die Durchführung der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu verlangen, andererseits aber die Ermittlung des Vermögens des Vorerben im Beweisverfahren zu verunmöglichen. Im Ergebnis sei aber ohnehin davon auszugehen, dass sich der Ausgleich der beiden Errungenschaften in etwa in der Waage gehalten hätten. Auch aus diesem Grund sei die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht (mehr) vorzunehmen (Urk. 160 S. 17 f.).

Was die Frage der Pflichtteilsverletzung angeht, führte die Vorinstanz aus, Erben des pflichtteilsgeschützten Vorerben könnten den Herabsetzungsanspruch gestützt auf Art. 533 Abs. 2 ZGB jederzeit einredeweise geltend machen. Unterlasse ein Vorerbe die Anhebung der Herabsetzungsklage und somit die Schaffung eines Zustandes, den er kraft seines Herabsetzungsanspruches hätte herbeiführen können, könnten seine Erben im Ergebnis nicht den Zustand herbeiführen, wie wenn der Vorerbe erfolgreich Herabsetzungsklage angehoben hätte. Die Frage der Pflichtteilsverletzung sei diesfalls konkret zu betrachten (Urk. 160 S. 18 f.). Sodann erwogen die Vorderrichter, dem Vorerben seien durch die Erbteilung Vermögenswerte von Fr. 3'606'452.– netto übertragen worden, wovon die Hälfte pflichtteilsgeschützt gewesen wäre (Urk. 160 S. 21). Bei seinem Versterben habe sich der massgebende Überrest des Vorerbes auf Fr. 1'313'688.85 belaufen. Die Beklagte als Lebenspartnerin des Vorerben könne kein eigenes Pflichtteilsrecht im Nachlass E.\_\_\_\_\_ geltend machen. Auch im Nachlass von Q.\_\_\_\_\_ bestehe kein Pflichtteilsrecht zugunsten von unverheirateten Partnern. Berechne man demzufolge die Auslieferungspflicht konkret und berücksichtige man, dass sich der auslieferungspflichtige Teil des Nachlasses auf maximal Fr. 1'803'226.– belaufen hätte, seien die gesamten noch vorhandenen Vermögenswerte an die Kläger zu übertragen (Urk. 160 S. 32 f.).



1.1.1. In ihrer Berufungsschrift wirft die Beklagte der Vorinstanz vor, zu Unrecht geurteilt zu haben, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht mehr vorzunehmen sei. Auch habe sie zu Unrecht ausgeführt, dass die Beklagte als Erbin des Vorerben keinen Grund für den Herabsetzungsanspruch des Vorerben habe (Urk. 159 S. 5).

Der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt, mithin der Nachlass der Vorerbin gemäss Inventar des Notariats, leide am Rechtsmangel der nicht durchgeführten güterrechtlichen Auseinandersetzung. Der Zeuge und Willensvollstrecker AA. \_\_\_\_\_ habe bei seiner Zeugenaussage festgehalten, seines Wissens sei vorgängig keine güterrechtliche Auseinandersetzung gemacht worden. Sodann sei der Rechtsvertreter der Gegenseite auf seiner Zugabe zu behaften, einzig die Zinserträge oder Mieteinnahmen, welche die Erblasserin während der Ehe eingenommen habe, seien zur Errungenschaft zu zählen und gegebenenfalls zu teilen. Demnach sei vorliegend davon auszugehen, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht durchgeführt worden sei. In einem solchen Fall dürfe von der Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nicht ausgegangen werden, sie sei falsch. Bereits aus dem eingereichten aber bestrittenen Nacherbschaftsinventar könne entnommen werden, dass E. \_\_\_\_\_ diverse Guthaben im Umfange von Fr. 251'264.90 und diverse Mietzinskonti sowie Guthabekonti im Umfang von Fr. 127'868.00 aufgewiesen habe. Diese Konti wiesen klar und deutlich darauf hin, dass es sich um Errungenschaftsgelder der verstorbenen Ehefrau des Vorerben und nicht um ihren Nachlass gehandelt habe (Urk. 159 S. 5 f.).

Sodann habe sie nicht rechtsmissbräuchlich gehandelt, indem sie sich erst nach Abschluss des Beweisverfahrens auf das Novenrecht berufen habe. Vielmehr sei diese Schlussfolgerung der Vorinstanz rechtsmissbräuchlich und willkürlich und verstosse gegen Art. 5 und 9 BV. Erst mit der Zeugenaussage von AA. \_\_\_\_\_ sei definitiv klaggestellt worden, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht stattgefunden habe. Es könne ihr damit kein Vorwurf gemacht werden, dass sie sich auf dieses echte Novum erst nach Abschluss des Beweisverfahrens berufen habe. Zudem sei der Einwand nicht tatsächlicher, sondern rechtlicher Natur. Es habe sich um eine neue rechtliche Argumentation gehandelt, welche im Rahmen

des festgestellten Sachverhalts nicht unter das Novenrecht falle. Bei der Frage der mangelnden güterrechtlichen Auseinandersetzung habe die Vorinstanz trotz Abweisung des Einwands anerkannt, dass der Vorerbe Q.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt des Versterbens von E.\_\_\_\_\_ über ein Errungenschaftsvermögen von Fr. 532'777.65 verfügt habe. Mit dieser Feststellung gebe die Vorinstanz der Beklagten Recht, dass vorgängig zwingend eine güterrechtliche Auseinandersetzung gemacht werden müsse und verhalte sich widersprüchlich. Wenn ihr die Vorinstanz vorwerfe, sich rechtsmissbräuchlich verhalten zu haben, indem sie den persönlichen Betreuer des Vorerben bei der AB.\_\_\_\_\_ nicht vom Bankgeheimnis befreit habe, nehme sie eine willkürliche Folgerung vor. Das Nichtentbinden habe mit der Ermittlung des Vermögens des Vorerben betreffend Durchführung der güterrechtlichen Auseinandersetzung nichts zu tun. Die Einvernahme des Bankers sei nicht mit dem Beweisthema des Vermögens des Vorerben betreffend die güterrechtliche Auseinandersetzung behaftet gewesen. Die Vorinstanz hätte nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens ein neues ergänzendes Beweisverfahren durchführen müssen, um die Frage der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu klären. Weil sie dies unterlassen habe, habe sie eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen und Art. 8 und 9 BV verletzt. Vielmehr hätte die Vorinstanz von Amtes wegen Abklärungen betreffend die Errungenschaft der Erblasserin machen müssen, wobei – würde man der Aussage der Gegenseite Folge leisten – mindestens Fr. 379'132.90 in die Errungenschaft fielen. Die Unterlassung der Abklärung betreffend güterrechtliche Auseinandersetzung und deren Massenzugehörigkeit sowie deren Aufteilung an den Vorerben bzw. an die verstorbene Ehefrau des Vorerben durch die Vorinstanz müsse nun nachgeholt werden (Urk. 159 S. 8 ff.).

Nachdem die Vorinstanz selbst festgestellt und erkannt habe, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht vorgenommen worden sei, hätte es Sinn gemacht, im Rahmen von § 142 ZPO/ZH und in Ergänzung zum bisherigen Beweisverfahren eine entsprechende Beweisabnahme vorzunehmen. So wäre der wahre Sachverhalt an den Tag gebracht worden. Indem die Vorinstanz dieser Pflicht nicht nachgekommen sei, habe sie § 142 ZPO/ZH verletzt. Diese Bestimmung entspreche Art. 153 ZPO, wo aufgeführt sei, dass von Amtes wegen Beweis zu

erheben sei, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestünden. Nach einem Teil der Lehre sei das Gericht dazu nicht nur befugt, sondern verpflichtet (Urk. 159 S. 11 f.).

Als Alleinerbin trete die Beklagte in die Erbschaft des Vorerben und in seine sämtlichen Rechte und Pflichten, auch das Pflichtteilsrecht, ein, weshalb die Vorinstanz den Einwand von Art. 533 Abs. 3 ZGB hätte zulassen müssen. Gehe man vom umstrittenen Nachlass der Ehefrau von Fr. 3'606'452.00 aus, stünden dem Vorerben  $\frac{3}{8}$ , Fr. 1'352'419.50 als Pflichtteilsanspruch zu. Zusätzlich müsste noch die güterrechtliche Auseinandersetzung berücksichtigt werden. Dieser Betrag hätte ausgedient werden müssen. Hinzuzuzählen wäre noch der Ertrag aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Der Vorerbe könnte mindestens Fr. 455'955.25 geltend machen (Fr. 532'777.65 + Fr. 379'132.90  $\cdot$  2). In Anbetracht dieser Ausgangslage hätte dem Vorerben ein Totalbetrag von mindestens Fr. 1'808'374.75 zugestanden. Dieser Betrag sei vom Nachlass von E. \_\_\_\_\_ in Abzug zu bringen. Nachdem im heutigen Zeitpunkt nur noch ein Betrag von Fr. 1'313'688.85 vorhanden sei, sei das Urteil der Vorinstanz vollumfänglich aufzuheben (Urk. 159 S. 17 ff.).

1.1.2. Die Vorinstanz hat sich ausführlich zum unter der kantonalen Zivilprozessordnung geltenden Novenrecht gemäss den §§ 114 f. ZPO/ZH geäußert (Urk. 160 S. 15 f.). Ihren Ausführungen ist grundsätzlich beizupflichten. Indes ist präzisierend darauf hinzuweisen, dass unechte Noven (neue Behauptungen, Bestreitungen und Einreden) nach Schluss des Hauptverfahrens dann noch zu hören waren, wenn sich deren Richtigkeit aus den Prozessakten ergab oder durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden konnten (§ 115 Ziff. 2 ZPO/ZH). Das Fehlen eines Verschuldens an der Säumnis wurde dabei gerade nicht vorausgesetzt, womit zumindest unter dem Aspekt von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH auch unechte Noven, welche bislang aus Nachlässigkeit oder aus taktischen Gründen nicht vorgebracht wurden, zu berücksichtigen waren (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 8 zu § 115 ZPO/ZH, wo darauf hingewiesen wird, dass

ein allfälliges Verschulden der Parteien im Rahmen von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH keine Rolle spielen).

Im Berufungsverfahren richtet sich das Novenrecht neu nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung (vgl. Ziff. 2.1 hiervor). Entsprechend sind neue Vorbringen lediglich im Rahmen echter Noven zulässig, mithin neuer Tatsachenvorbringen, welche zudem kumulativ ohne Verzug vorzubringen sind (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Eine dem bisherigen § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH entsprechende Regelung fehlt, weshalb auf unechte Noven im Berufungsverfahren selbst dann nicht einzutreten ist, wenn sich deren Richtigkeit aus den Prozessakten ergibt oder sie durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können.

#### 1.1.3. Einwand der fehlenden güterrechtlichen Auseinandersetzung

Der Beklagten kann nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, es habe sich hierbei um ein echtes Novum gehandelt, welches sie erst nach der Einvernahme des Zeugen AA. \_\_\_\_\_ habe vorbringen können. Vielmehr ist den Klägern darin zuzustimmen, dass die Beklagte dieses Argument ohne weiteres schon im Hauptverfahren hätte vorbringen (und nachfolgend im Beweisverfahren hätte erstellen) können. Dies zeigt sich exemplarisch darin, dass ihr neuer Rechtsvertreter den entsprechenden Vorbehalt bereits aufgrund des Aktenstudiums in den Raum stellte. Mithin kann sich die Beachtlichkeit dieser Behauptung nur aufgrund der novenrechtlichen Ausnahmebestimmung von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH ergeben. Indes erübrigt sich auch diesbezüglich eine nähere Prüfung, da es die Beklagte unterlassen hat, aus diesem Vorbringen substantiiert etwas zu ihren Gunsten abzuleiten. Insbesondere hat sie vor Vorinstanz mit keinem Wort beziffert, in welchem Umfang sich die Erbmasse bzw. der Herausgabeanspruch der Kläger aufgrund der nachzuholenden güterrechtlichen Auseinandersetzung und basierend auf die bereits bei den Akten liegenden Urkunden (oder allenfalls anhand sogleich eingereichter neuer Beweismittel) – zu ihren Gunsten – reduziere. Vorliegend galt und gilt die Dispositionsmaxime. Gemäss § 54 Abs. 1 ZPO/ZH darf das Gericht bei Anwendung der Verhandlungsmaxime seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zu-

grunde legen; es ist Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen. Es ist hingegen nicht die Sache des Gerichts, aus den Akten die Tatsachen, welche die Verpflichtung einer Partei begründen könnten, zusammensuchen (ZR 55 Nr. 148 E. 4). Dass die Beklagte genau dies unterlassen hat, zeigt auch ihr Vorwurf an die Vorinstanz, diese hätte – von Amtes wegen (!) – ein ergänzendes Beweisverfahren durchführen müssen. Unklar bleibt dabei, welche konkreten, tatbeständlichen und bezifferten Behauptungen denn hätten zum Beweis verstellt werden sollen.

Soweit die Beklagte nun im Berufungsverfahren – ansatzweise – diese Bezifferung nachholt, ist dies als verspätet nicht mehr zu hören. Immerhin zeigt ihre diesbezügliche Argumentation aber anschaulich auf, dass die Vorinstanz mit ihren lediglich als Alternativüberlegung angestellten Erwägungen betreffend die mögliche (fehlende) Relevanz einer güterrechtlichen Auseinandersetzung keineswegs falsch lag. Folgt man der Darstellung der Beklagten ergibt sich, dass die Errungenschaft des Vorerben im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin Fr. 532'777.65 betrug, diejenige der Erblasserin Fr. 379'132.90 (über weitere Errungenschaft der Erblasserin liegen jedenfalls keine substantiierten Vorbringen bei den Akten). Mithin stand der Erblasserin – und nicht dem Vorerben – ein Ausgleichsanspruch in Höhe von Fr. 76'822.35 (hälftige Differenz der beiden Vorschläge, Art. 215 ZGB) zu, in welchem Umfang sich der Nachlass sogar erhöhen würde.

Damit ist im Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung, der Vorinstanz zu folgen und auf das Argument der fehlenden güterrechtlichen Auseinandersetzung ist nicht weiter einzugehen.

#### 1.1.4. Einrede des Herabsetzungsanspruchs (Pflichtteilsschutz)

Mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass dieser als Alleinerbin des Vorerben grundsätzlich die Einrede des Herabsetzungsanspruchs im Sinne von Art. 533 Abs. 3 ZGB zukommt.

Wie nun aber die Kläger im Berufungsverfahren (zulässigerweise, da sie vor Vorinstanz zur neuen Einrede der Beklagten nicht Stellung nehmen konnten) zu

Recht einwenden, ist diese Einrede – obwohl nach Gesetz jederzeit möglich – prozessual verspätet erfolgt, da sie erst nach Abschluss des Hauptverfahrens, nämlich in der Beweisantrittungsschrift vom 9. Juli 2010 erstmals erhoben wurde (Urk. 94 S. 11). Insbesondere ist nicht erstellt, ob aufgrund des Verhaltens des Vorerben nicht auf einen Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch (klage- wie einredeweise) zu schliessen wäre, wofür die Kläger mit nachvollziehbaren Argumenten plädieren (Urk. 169 S. 17 f.; vgl. BGE 108 II 288). Dies müsste aber aufgrund der entsprechenden Entgegnung der Kläger zunächst beweismässig abgeklärt werden. Diese Ausweitung des Sachverhalts ist jedoch durch das Novenrecht gemäss § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH nicht mehr gedeckt. Auch ist das neue Vorbringen der Beklagten nicht bloss als – zulässige – neue rechtliche Argumentation zu qualifizieren, denn die Einrede des Herabsetzungsanspruchs ist nur auf Antrag hin zu berücksichtigen, weshalb insoweit der Grundsatz der gerichtlichen Rechtsanwendung von Amtes wegen ("iura novit curia") nicht spielt. Schliesslich hat es die Beklagte vor Vorinstanz wiederum versäumt, basierend auf der Herabsetzungseinrede den pflichtteilsgeschützten Teil des (Vor-)Erbes zu beziffern.

Damit ist auch auf die Herabsetzungseinrede der Beklagten nicht weiter einzugehen.

3.4. Wie gesehen, rügt die Beklagte das vorinstanzliche Urteil auch hinsichtlich des Beweisergebnisses. Konkret macht sie hierzu geltend, was die Liegenschaft in V.\_\_\_\_\_ angehe, habe die Gegenseite den Beweis, dass die Liegenschaft mit Mitteln aus dem Nachlass finanziert worden sei, nicht erbracht. Insbesondere sei aus den Akten nicht ersichtlich, wie der Differenzbetrag von Fr. 300'000.00 [zwischen hypothekarischer Finanzierung und Kaufpreis] bezahlt worden sei. Nachdem dem Vorerben gemäss Urteil der Vorinstanz eine Errungenschaft von mindestens Fr. 532'777.00 zustehen würde, dürfe mit Recht ausgeführt werden, dass der Differenzbetrag aus seiner Errungenschaft bezahlt worden sei (Urk. 159 S. 14 f.).

Was die Liegenschaft in S.\_\_\_\_\_/AE.\_\_\_\_\_ angehe, spiele der Umstand, dass der Vorerbe den Betrag von € 344'000.00 durch die Aufnahme einer Hypothek auf die ... Liegenschaft [in V.\_\_\_\_\_] bezahlt habe, keine Rolle, weil die güterrechtli-

che Auseinandersetzung nicht wahrgenommen worden sei und weil ausgewiesen sei, dass mit der Vorerbeneinsetzung der Pflichtteil des Vorerben verletzt worden sei. Weil die Vorinstanz auf diese zwingenden Normen keine Rücksicht genommen habe, habe sie Bundesrecht, nämlich Art. 207 ZGB und Art. 533 Abs. 3 ZGB verletzt. Das erstinstanzliche Gericht wäre verpflichtet gewesen, die vorgebrachten Einwände positiv zu prüfen und von Amtes wegen weitere Abklärungen zu treffen, um dadurch eruieren zu können, welche Vermögenswerte aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung und welche Vermögenswerte aus der Verletzung des Pflichtteils ins tatsächliche Eigentum des Vorerben geflossen seien. Da die Vorinstanz dieser Pflicht nicht nachgekommen sei, könne hier nicht eruiert werden, was Nacherbschaft und was Privatvermögen des Vorerben sei. Die mangelnde Differenzierung führe dazu, dass eine Vermischung der Vermögenswerte stattgefunden habe und die Kläger daher nicht den Beweis erbringen könnten, ob sie Anspruch auf Herausgabe der Liegenschaften in V. \_\_\_\_\_ und S. \_\_\_\_\_ hätten (Urk. 159 S. 15).

Beim Kauf des Mercedes Benz im Umfang von Fr. 71'310.00 sei nicht ersichtlich, ob das Geld aus dem Nachlass der Vorerbschaft oder aus dem Privatvermögen stamme. Somit sei der Beweis der Kläger gescheitert. Beim Bootskauf sei ebenfalls nicht berücksichtigt worden, ob das bezahlte Geld von Fr. 36'354.00 in die Vorerbschaft oder ins Privatvermögen des Vorerben falle. Zudem sei nicht erwiesen, ob der Vorerbe das abgehobene Geld im Umfang von Fr. 36'354.00 für den Kauf des Bootes verwendet habe (Urk. 159 S. 16).

3.5. Wie die Vorinstanz – allerdings ohne hierzu ein eigentliches Beweisverfahren durchzuführen bzw. die Kläger zum Beweis ihrer Behauptung der Mittellosigkeit des Vorerben aufzufordern – erwogen hat, besass der Vorerbe im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin verschiedene Konten in AE. \_\_\_\_\_ und der Schweiz sowie Lebensversicherungspolice bei der AF. \_\_\_\_\_ [Versicherung] und der AG. \_\_\_\_\_ [Versicherung]. Sein eigenes Vermögen betrug im damaligen Zeitpunkt somit mindestens Fr. 432'612.10 zuzüglich die Rückkaufswerte der Lebensversicherungspolice. Hinsichtlich Letzterer rechtfertigt es sich mangels exakter Kenntnis der entsprechenden Werte am Todestag der Erblasserin von Fr.

149'480.– (AF.\_\_\_\_\_: Einmaleinlage am 2. Oktober 1996), Fr. 44'943.30 und Fr. 59'690.– (Policen bei der AG.\_\_\_\_\_: Auszahlungen vom 1. April 1997) auszugehen. Insgesamt belief sich das eigene Vermögen des Nacherben bei Antritt der Vorerbschaft somit auf Fr. 686'725.40 (vgl. Urk. 160 S. 17 f., welche allerdings ein fehlerhaftes Additionsergebnis ausweist). Damit ist das Hauptargument der Kläger, dass der Vorerbe bei Antritt der Vorerbschaft mittellos gewesen sei, entkräftet. Da diese Erwägungen sodann im Berufungsverfahren von keiner Partei in Frage gestellt wurde (vgl. insbesondere die Zugeständnisse der Kläger, Urk. 169 S.11 letzter Absatz) und auf den bei den Akten liegenden Urkunden basieren, erübrigen sich weitere Beweismassnahmen hierzu.

Hingegen ist es vor diesem Hintergrund notwendig, hinsichtlich der einzelnen, beim Tod des Vorerben vorhandenen und heute noch steitgegenständlichen Vermögenswerte beweismässig zu erstellen, welcher Vermögensmasse (Vorerbschaft oder eigene Mittel des Vorerben) sie zugehören. Hierbei tragen grundsätzlich die Kläger die Beweispflicht, zumindest soweit die Beklagte nicht geltend gemacht hat, aus eigenen Mitteln zum Erwerb beigetragen zu haben. Sodann ist – mit der Vorinstanz – vorweg festzuhalten, dass dem Vorerben durch die Vorerbschaft Vermögenswerte von insgesamt Fr. 3'606'452.– (Barwerte, Liegenschaftserlöse) zugekommen sind (Urk. 160 S. 10).

#### 1.1.5. Liegenschaft U.\_\_\_\_\_. ... in V.\_\_\_\_\_

Die Kläger beanspruchen diese Liegenschaft als Surrogat. In ihrer Klagebegründung führten sie dazu aus, der Vorerbe habe diese Liegenschaft Ende Juni 2001 aus dem Erlös der Verkäufe der zur Vorerbschaft gehörenden Liegenschaften in AH.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ (Liegenschaften J.\_\_\_\_\_strasse und I.\_\_\_\_\_strasse) erworben. Aus eigenem Vermögen könne er sie nicht erworben haben, da er gemäss seinen Steuererklärungen nicht über solches verfügt habe (Urk. 3/1 S. 8 f.). Im Rahmen der Replik präzisierten sie, dass die erwähnten Liegenschaftsverkäufe am 10. April 2002 (Nettoerlös Fr. 450'567.50 auf Konto AB.\_\_\_\_\_ ...), am 30. Oktober 2003 (Nettoerlös Fr. 690'000.– auf Konto AB.\_\_\_\_\_ ...) und am 11. Dezember 2003 (Nettoerlös Fr. 1'250'000.00 auf Konto AB.\_\_\_\_\_ ...) erfolgt seien (Urk. 16 S. 10 in Verbindung mit Urk. 17/30).



Auf den Hypothekarkredit habe der Vorerbe im Jahr 2003 [recte 2002] aus dem Verkauf der Liegenschaften O.\_\_\_\_strasse in AH.\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_strasse in F.\_\_\_\_ eine erste Rückzahlung von Fr. 300'000.– geleistet. Im Mai 2005 habe er einen weiteren Betrag von Fr. 300'000.– aus Mitteln aus den Verkäufen der Liegenschaften der Nacherbschaft zurückbezahlt (Urk. 3/1 S. 13 f.).

Nachdem die für den Kauf behaupteten Mittel aus den Verkäufen der Liegenschaften in AH.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_ dem Vorerben nach eigener Darstellung der Kläger erst nach der Eigentumsübertragung von Juni 2001 zur Verfügung standen und aufgrund ihres in diesem Zusammenhang erfolgten Verweises auf einen Hypothekarkredit über Fr. 600'000.– ist in Auslegung der unpräzisen klägerischen Ausführungen anzunehmen, dass sie davon ausgehen, der Vorerbe habe die Liegenschaft U.\_\_\_\_ ... in V.\_\_\_\_ einerseits – da er ihrer Meinung nach persönlich mittellos war – aus Barmitteln der Erbschaft und andererseits durch Aufnahme eines Hypothekarkredits von Fr. 600'000.– auf besagter Liegenschaft aufgenommen.

Bei dieser Sachlage ist ohne weiteres erstellt, dass die herausverlangte Liegenschaft nicht zur Mehrheit durch Erbschaftsmittel erworben wurde, denn Forderungen aus obligationenrechtlichen Verträgen, die der Vorerbe im eigenen Namen mit Dritten abschliesst, sind zunächst immer seine persönlichen Verpflichtungen, wofür er mit seinem ganzen Vermögen haftet (BK-Weimar, a.a.O., N 9 und 14 zu Art. 491 ZGB). Wurde die Liegenschaft aber mehrheitlich mit privaten Mitteln des Vorerben erworben, fällt ihm auch das Eigentum gesamthaft zu und besteht keine Herausgabeverpflichtung (vgl. BGE 129 III 113 = Pra. 92 Nr. 87 E. 4.3.1). Indessen steht den Nacherben insoweit ein Ersatzanspruch zu, als Mittel der Erbschaft zum Erwerb beigetragen haben.

In Verkennung der Beweislastverteilung auferlegte die Vorinstanz der Beklagten den Nachweis, dass der Kauf der Liegenschaft in V.\_\_\_\_ durch Eigenmittel des Vorerben erfolgte (Urk. 82 Beweissätze 2.a-d), welcher Beweis ihr misslang. Von einer Rückweisung des Verfahrens zur Durchführung weiterer Beweismassnahmen kann jedoch abgesehen werden, da sich aus den von der Beklagten in diesem Zusammenhang offerierten Bankauszügen betreffend das Anlagesparkonto

AB.\_\_\_\_\_ ... (Urk. 58/7, vgl. Urk. 101 Ziff. 7 i.V.m. Urk. 122) nicht nur ergibt, dass der Kaufpreis (unter gleichzeitiger Verbuchung des Hypothekeneingangs) im Umfang von Fr. 900'000.– von jenem Konto abgebucht wurde (Auszug vom 16. Oktober 2001), sondern auch, dass der Vorerbe darauf Mittel seines privaten Vermögens und der Vorerbschaft mischte (Auszug vom 31. Dezember 1998, Überweisung der Kontosaldierungen Al.\_\_\_\_\_ [Urk. 54] und Verbuchung Bar-check gemäss Erbteilung von Fr. 375'902.–). Damit aber ist eine genaue Zuordnung der für die Barzahlung verwendeten Mittel von Fr. 300'000.– verunmöglicht.

Nachdem sich zudem auch die Beklagte von Anbeginn an auf den Standpunkt stellte, der Vorerbe habe die Vorerbschaft mit eigenem Vermögen vermischt (Urk. 7 S. 9 und Urk. 21 S. 2) – was im Übrigen auch aus den im Verfahren edierten zahlreichen Bankunterlagen zweifelsfrei hervorgeht – und das Hauptargument der Kläger, der Vorerbe sei bei Antritt der Vorerbschaft mittellos gewesen, wie gesehen widerlegt ist, ist auch hinsichtlich der früher erfolgten Barzahlung von Fr. 20'000.– und Fr. 75'000.– im Sinne antizipierter Beweiswürdigung davon auszugehen, dass der Beweis, aus welcher Gütermasse die Zahlungen jeweils erfolgten, nicht erbracht werden kann. Damit rechtfertigt es sich insgesamt, der Erbschaft hinsichtlich der für den Kauf der Liegenschaft U.\_\_\_\_\_ ... in V.\_\_\_\_\_ verwendeten Mittel einen Ersatzanspruch auf Vermögensherausgabe im Verhältnis der ursprünglich vorhandenen Vermögen, mithin Fr. 3'606'452.– zu Fr. 686'725.40 (vgl. Ziff. 3.5 hiervor) bzw. von 80.96 % der aufgewendeten Mittel zuzusprechen. Angesichts des nicht durch die Hypothek aufgebrauchten Kaufpreisanteils von Fr. 395'000.– steht den Vorerben als Gesamthandschaft somit **Fr. 319'792.–** aus ungerechtfertigter Bereicherung zu.

Sodann ist aufgrund der Zugaben der Beklagten in ihrer Eidesstattlichen Versicherung vom 25. April 2008 (Urk. 4/26), welche im Übrigen durch den Kontoauszug AB.\_\_\_\_\_ ... vom 28. Juni 2002 (Urk. 58/3) bestätigt werden, als unbestritten anzusehen, dass die für den Kauf der ... Liegenschaft [in V.\_\_\_\_\_] aufgenommene Hypothek im Umfang von Fr. 300'000.– am 11. April 2002 (ausschliesslich) aus Mitteln aus dem Erlös des Verkaufs der Liegenschaft I.\_\_\_\_\_ strasse ... in F.\_\_\_\_\_ getilgt wurde. Da der Erbschaft aus dieser Tilgung kein unmittelbarer

Gegenwert zufloss, welcher herausgegeben werden könnte, ist den Klägern die durch diese Verwendung der Erbschaftsmittel entstandene Forderung über **Fr. 300'000.–** aus ungerechtfertigter Bereicherung analog einem Surrogat zuzusprechen.

Was die am 30. Mai 2005 erfolgte Tilgung der verbleibenden Hypothekarschuld von Fr. 300'000.– angeht, so bestritt die Beklagte vor Vorinstanz, dass diese ausschliesslich aus Erbschaftsmitteln erfolgt sei (Urk. 7 S. 12). Eine Beweisaufgabe zu dieser Frage erfolgte nicht. Immerhin lässt der derzeitige Aktenstand auch in diesem Punkt eine antizipierte Beweiswürdigung zu, weshalb auf eine Rückweisung des Verfahrens verzichtet werden kann. So geht aus dem Kontoauszug AB.\_\_\_\_\_ ... vom 30. Mai 2005 (Urk. 58/9) zweifelsfrei hervor, dass die Hypothek am 30. Mai 2005 getilgt wurde. Dem Kontoauszug AB.\_\_\_\_\_ ... vom 31. Dezember 2005 ist sodann zu entnehmen, dass die Zahlung von diesem Konto angewiesen wurde (Urk. 58/5), welches am 5. November 2003 durch Überweisungen aus dem Konto AB.\_\_\_\_\_ ... (Urk. 58/1) geäuftet wurde. Auf jenes Konto gingen kurz davor die Verkaufserlöse der Liegenschaften O.\_\_\_\_\_strasse ... in AH.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_strasse ... in F.\_\_\_\_\_ ein. Da allerdings auch Zahlungen des privaten Vermögens des Vorerben auf diesem Konto ein- und ausgingen, wodurch eine Vermischung erfolgte, ist eine konkrete Zuordnung verunmöglicht. Bei dieser Sachlage ist den Klägern ebenfalls ein Ersatzanspruch auf Vermögensherausgabe im Verhältnis der ursprünglich vorhandenen Vermögen, mithin von 80.96 % der aufgewendeten Mittel bzw. von **Fr. 242'880.–** zuzusprechen.

Daraus, dass der Vorerbe die Liegenschaft in der Folge für den Erwerb der Liegenschaft S.\_\_\_\_\_/AE.\_\_\_\_\_ erneut belehnte, entstanden den Nacherben keine Ansprüche.

#### 1.1.6. Liegenschaft in S.\_\_\_\_\_/AE.\_\_\_\_\_

Des Weiteren verlangen die Kläger die Herausgabe der Liegenschaft S.\_\_\_\_\_ in AE.\_\_\_\_\_, welche der Vorerbe mit Mitteln aus dem Verkauf der Liegenschaften der Vorerbschaft sowie einem auf die Liegenschaft U.\_\_\_\_\_ ... in V.\_\_\_\_\_ neu

aufgenommenen Hypothekarkredit von Fr. 600'000.– bei der AB. \_\_\_\_\_ finanziert habe (Urk. 3/1 S. 15).

Sodann habe der Vorerbe eine Lebensversicherung besessen, die ihm im Jahr 1996 ausbezahlt worden sei und die er per 1. Oktober 1996 mit einer Einmaleinlage in eine Police der AF. \_\_\_\_\_, Nr. ..., Laufzeit bis 1. Oktober 2006 (Versicherungssumme Fr. 185'000.–), eingebracht habe. Nach Ablauf dieser Police habe er die Versicherung mit einer Einmaleinlage von Fr. 190'000.– aus jener Police unter der neuen Police Nr. ... weitergeführt und daraus am 2. März 2007 eine Vorauszahlung von Fr. 150'000.– bezogen, welche für die Anzahlung der Liegenschaft S. \_\_\_\_\_ verwendet worden sei (Urk. 3/1 S. 13 f.; Urk. 16 S. 15).

Aus den wiedergegebenen klägerischen Vorbringen ergibt sich, dass die Liegenschaft in AE. \_\_\_\_\_ (Verkaufspreis € 528'000.– [Urk. 4/14] entsprechend rund Fr. 855'000.– [Urk. 160 S. 25]) mehrheitlich durch private Mittel des Vorerben erworben wurde. Denn sowohl das für den Kauf investierte Darlehen, wie auch die Mittel aus der Lebensversicherung, welche die Kläger selbst lückenlos auf Eigenmittel des Vorerben zurückführen, sind einzig dem Vorerben zuzurechnen, weshalb eine Herausgabe nicht begründet ist. Soweit die Kläger sich in ihren Rechtsschriften zu ihrer eigenen Darstellung in Widerspruch setzen (Urk. 3/1 S. 16), ist darauf nicht weiter einzugehen. Auch von einem Austausch der Mittel durch den Kauf einer Leibrente ohne Rückkaufswert aus Erbschaftsmitteln (so die Kläger in Urk. 16 S. 15 f.) kann nicht ausgegangen werden, da der Vorerbe ohne Weiteres berechtigt war, die Vorerbschaft für besagte Rente zu verbrauchen.

Die insoweit unbestrittene (vgl. Urk. 7 S. 12 f.) Darstellung der Kläger (Erwerb durch Darlehen von Fr. 600'000.– und Rückkauf Lebensversicherung bei der AF. \_\_\_\_\_ von Fr. 150'000.–) brauchte nicht zum Beweis verstellt zu werden (vgl. aber den trotzdem ergangenen Beweissatz 2.g, Urk. 82).

Uneinig sind sich die Parteien über die Finanzierung des Restkaufpreises im Umfang von Fr. 145'690.40 (Kaufpreis Fr. 855'000.– abzüglich Fr. 150'000.– aus Rückkauf Lebensversicherung abzüglich durch Darlehen aufgebrauchte Schlusszahlung vom 23. April 2007 von Fr. 559'309.60 [= € 344'000.–], Urk. 8/6 i.V.m.

Urk. 58/1 und 11, Auszüge vom 30. April bzw. 28. Juni 2007). Während die Beklagte vor Vorinstanz primär geltend machte, hierfür selbst aufgekomen zu sein (Urk. 7 S. 13), halten die Kläger dafür, dass einzig Mittel der Vorerbschaft investiert worden seien (Urk. 16 S. 15). Die Vorinstanz auferlegte hierzu der Beklagten den Beweis ihrer Behauptung (Urk. 82 Beweissatz 2.h-j), welcher in der Folge misslang. Auf die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz, mit welchen sich die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung inhaltlich nicht auseinandersetzt, kann ohne weitere Ausführungen verwiesen werden (Urk. 160 S. 25 f.). Allerdings wäre aufgrund der allgemeinen Beweislastregel gemäss Art. 8 ZGB der Hauptbeweis sowohl den Klägern (dass der restliche Kaufpreis alleine aus Mitteln der Vorerbschaft aufgebracht wurde) als auch der Beklagten (dass sie persönlich für die Restkaufpreis aufgekomen ist; PraxKomm Erbrecht-Abt, 2. Aufl., Art. 599 ZGB N 12) aufzuerlegen gewesen. Nachdem davon auszugehen ist, dass der Vorerbe und nicht die Beklagte für den rechnerisch noch fehlenden Betrag aufgekomen ist und aufgrund der aktenkundigen Vermischung der Guthaben auf den hier primär interessierenden Konten AB. \_\_\_\_\_ ... (Urk. 58/5) und AB. \_\_\_\_\_ ... (Urk. 58/1, vgl. Urk. 160 S. 26) ist wiederum davon auszugehen, dass der Beweis der Zuordnung der verwendeten Mittel infolge Vermischung unmöglich ist, weshalb von einer Rückweisung abzusehen und den Klägern billigerweise ein verhältnismässiger Ersatzanspruch in Höhe von **Fr. 117'950.95** (80.96 % von Fr. 145'690.40) zuzusprechen ist.

#### 1.1.7. Mercedes Benz

Soweit im Berufungsverfahren gerügt wird, es sei nicht ersichtlich, ob das Geld für den Kauf des Mercedes Benz im Umfang von Fr. 71'310.– aus dem Nachlass der Vorerbschaft oder dem Privatvermögen des Vorerben stamme (Urk. 159 S. 16), ist dies als verspätet nicht mehr zu hören, denn vor Vorinstanz blieb diese Behauptung der Kläger unbestritten (vgl. Urk. 3/1 S. 19 und Urk. 7 S. 18). Allerdings haben die Kläger nach Kenntnis des Verkaufs und der damit erfolgten teilweisen Schenkung ihr Herausgabebegehren nur insofern modifiziert, als sie neu den Verkaufserlös herausverlangten (Urk. 16 S. 2). Wohin dieser geflossen ist und ob er im Zeitpunkt des Todes des Vorerben überhaupt noch vorhanden war, wurde

nicht ermittelt. Allerdings erübrigen sich diesbezügliche Weiterungen, ist doch davon auszugehen, dass noch vorhandene Bestandteile des Erlöses im Guthaben per Todestag des Vorerben des einzig noch bestehenden Privatkontos bei der AB.\_\_\_\_\_ ... (Urk. 58/1) enthalten sind (vgl. nachfolgende Erwägungen unter Ziff. 3.5.5).

Soweit die Vorinstanz den Klägern – ohne dass entsprechende Anträge vorgelegen hätten – eine Ersatzforderung in Höhe der Schenkung zugesprochen hat (Urk. 160 S. 33), verkannte sie, dass solche Schadenersatzforderungen infolge pflichtwidriger Verwendung der Erbschaftsmittel gegenüber dem Privatvermögen des Vorerben bzw. dessen Nachlass nicht Gegenstand des vorliegenden Herausgabeverfahrens sind. Damit hat sie die Dispositionsmaxime verletzt, weshalb das Urteil in diesem Punkt aufzuheben ist.

#### 1.1.8. Boot

Auch was das streitgegenständliche Boot angeht, haben die Kläger lediglich dessen Herausgabe (sinngemäss eventualiter die Herausgabe von allfälligen Surrogaten) beantragt. Insbesondere erfolgte nach Kenntnis der Tatsache, dass der Vorerbe das Boot allenfalls der Beklagten geschenkt haben könnte (Finanzierung durch den Vorerben, aber Eigentumserwerb durch die Beklagte, vgl. Urk. 48 und 49) keine Klageänderung in dem Sinne, dass nunmehr die Eigenmittel des Vorerben Schadenersatz für die pflichtwidrige Verwendung von Erbschaftsmitteln zu leisten hätten. Indem die Vorinstanz den Klägern eine entsprechende Schadenersatzforderung zusprach (Urk. 160 S. 33), verletzte sie erneut die Dispositionsmaxime, weshalb das Urteil auch in diesem Punkt aufzuheben ist.

#### 1.1.9. Kontoguthaben

In ihrer Klageschrift beantragten die Kläger die Überschreibung des auf den Namen des Vorerben lautenden Kontos Nr. ... bei der AB.\_\_\_\_\_ in AJ.\_\_\_\_\_ (Urk. 3/1 S. 4), ohne dies indessen weiter zu begründen. Dass ein solches Konto je bestanden hätte bzw. heute noch besteht, was schlussendlich massgebend ist, ist den Akten nicht zu entnehmen. Hingegen ist aufgrund der Akten davon auszuge-

hen, dass der Vorerbe im Zeitpunkt seines Todes bei der AB. \_\_\_\_\_ das Konto Nr. ... besass, welches er am 5. August 1998 eröffnet hatte und welches am Tag seines Todes einen Stand von Fr. 20'254.85 aufwies (Urk. 58/1). Nachdem auf diesem Konto, wie den vorliegenden Akten zweifelsfrei zu entnehmen ist und auch von der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren generell geltend gemacht wurde, Eigenmittel des Vorerben als auch Mittel der Vorerbschaft vermischt wurden, ist der Saldo per Todestag den beiden Massen im Verhältnis ihrer Höhe bei Antritt der Vorerbschaft zuzuweisen. Mithin beträgt der Anspruch der Kläger 80.96 % von Fr. 20'254.85, nämlich **Fr. 16'398.30**.

3.6. Soweit die Vorinstanz in den Dispositivziffern 5 - 8 diverse Feststellungen betreffend Drittforderungen trifft, ist nicht ersichtlich, inwieweit diese durch die Anträge der Parteien veranlasst wurden. Auch wenn gegen den Inhalt der diesbezüglichen Erwägungen (Urk. 160 S. 34 ff.) nichts spricht, sind diese Dispositivziffern ersatzlos aufzuheben, verletzen sie doch offensichtlich die Dispositionsmaxime. Hinzu kommt, dass es Sache der jeweiligen, im heutigen Prozess nicht involvierten Gläubiger ist bzw. sein wird, ihre Forderungen beim ihrer Meinung nach verantwortlichen Schuldner geltend zu machen, dessen Passivlegitimation im Streitfall durch die zuständigen Instanzen verbindlich abzuklären wäre.

3.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Klägern als Nacherben zur gesamten Hand Fr. 997'021.25 zuzusprechen sind, mehrheitlich als Ersatzforderung für die Verwendung von Mitteln der Erbschaft durch den Vorerben, ohne dass jener entsprechende Gegenwerte zugeflossen wären. Darüber hinaus ist die Klage – soweit sie Gegenstand des Berufungsverfahrens ist – abzuweisen.

3.8. Vorsorgliche Massnahmen fallen grundsätzlich mit dem Eintritt der Rechtskraft des Entscheids in der Hauptsache dahin (§ 110 Abs. 3 i.V.m. § 229 ZPO/ZH; Art. 268 Abs. 2 ZPO). Da vorliegend insbesondere die Eigentumsfrage umstritten ist, rechtfertigt es sich, die bestehenden vorsorglichen Massnahmen (Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung [Urk. 4/16]; Zahlung der Hypothekarzinse [Urk. 80]) ausnahmsweise bis zum unbenützten Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. bis zur endgültigen Erledigung allfälliger Rechtsmittel aufrecht zu erhalten.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Beklagte hat die vorinstanzliche Kostenfestsetzung mit ihrer Berufung mitangefochten, dies jedoch mit keinem Wort begründet. Nachdem die Vorinstanz bei der Festsetzung der Grundgebühr von der klägerischen Streitwertangabe (Fr. 3'083'638.–) ausgegangen und diese aufgrund der Durchführung eines Beweisverfahrens unter Berufung auf § 4 Abs. 2 der Gerichtsgebührenverordnung vom 4. April 2007 (passender wäre die Berufung auf § 9 Ziff. 1 der GerGebV gewesen) erhöht hat, ist die schlussendlich festgesetzte Gebühr von Fr. 67'660.– jedenfalls nicht zu beanstanden und zu bestätigen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Gerichtsgebühr auch die Zustellgebühren beinhaltet (§ 2 Abs. 3 GerGebV), weshalb nicht zusätzlich Fr. 20.– für eine amtliche Zustellung in Rechnung gestellt werden können.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens den Klägern (unter solidarischer Haftung) zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel aufzuerlegen.

Angesichts des reduzierten Streitwerts der Berufung von Fr. 1'313'688.85 (Urk. 160 S. 36) ist die Gerichtsgebühr für dieses Verfahren auf Fr. 34'000.– (vgl. § 12 i.V.m. § 4 GebV OG) festzusetzen. Entsprechend ihrem Obsiegen ist sie den Klägern zu einem Viertel und der Beklagten zu drei Vierteln aufzuerlegen und mit dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Die Kläger sind zu verpflichten, der Beklagten ihren Kostenanteil zu ersetzen.

4.2. Angesichts des massgeblichen Streitwerts vor erster Instanz ist sodann die volle Parteientschädigung gemäss § 3 der Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 (unter Einschluss eines pauschalen Zuschlags von 20 % für alle weiteren Prozesshandlungen im Sinne von § 6 aAnwGebV) auf Fr. 62'400.– festzusetzen. Ausgangsgemäss schulden die Kläger (solidarisch) der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 20'800.– (ein Mehrwertsteuerzusatz wurde nicht beantragt).

Hinsichtlich des Berufungsverfahrens wäre sodann die Beklagte zu verpflichten, den Klägern eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung von Fr. 7'500.–



(vgl. § 13 i.V.m. § 4 der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010) zu bezahlen (ein Mehrwertsteuerzusatz wurde nicht gefordert). Unter Verrechnung der beiden Entschädigungen sind folglich die Kläger (solidarisch) zu verpflichten, der Beklagten für das Verfahren vor beiden Instanzen eine Entschädigung von insgesamt Fr. 13'300.– zu bezahlen.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufungsanträge Ziffern 1.2 und 1.3 wird nicht eingetreten.
2. Es wird vorgemerkt, dass Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 18. November 2011 am 8. Juni 2012 in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Sodann wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern als Gemeinschaft zur gesamten Hand Fr. 997'021.25 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen, soweit sie Gegenstand des Berufungsverfahrens ist.
2. Die vorsorglichen Massnahmen gemäss Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirks Bülach vom 29. Februar 2008 sowie gemäss Beschluss des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 24. März 2010 dauern bis zum unbenützten Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. bis zur definitiven Erledigung allfälliger Rechtsmittel fort.
14. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziffer 9) wird, mit Ausnahme der Kosten für die amtliche Zustellung, welche bereits durch die Gerichtsgebühr gedeckt sind, bestätigt.
15. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 34'000.– festgesetzt.

16. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden den Klägern (unter solidarischen Haftung) zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel auferlegt.
17. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern (unter solidarischer Haftung) zu einem Viertel und der Beklagten zu drei Vierteln auferlegt und mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Kläger werden (unter solidarischer Haftung) verpflichtet, der Beklagten ihren Kostenanteil von Fr. 8'500.– zu ersetzen.
18. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, der Beklagten für das Verfahren vor beiden Instanzen eine Parteientschädigung von Fr. 13'300.– zu bezahlen.
19. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, I. Abteilung, je gegen Empfangsschein sowie nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an
  - das Grundbuchamt V.\_\_\_\_\_ als Dispositivauszug Ziff. 2, mit dem Ersuchen die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung, dat. vom 3. März 2008, auf dem Grundstück Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster Nr. ..., U.\_\_\_\_\_ ... in V.\_\_\_\_\_ zu löschen;
  - die AB.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], als Dispositivauszug Ziff. 2 mit dem Hinweis, dass die vorsorgliche Massnahme gemäss dem Beschluss des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung vom 24. März 2010 aufgehoben ist;
  - Frau AK.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], als Dispositivauszug Ziff. 2 mit dem Hinweis, dass die vorsorgliche Massnahme gemäss dem Beschluss des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung vom 24. März 2010 aufgehoben ist.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

20. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'313'688.85.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 26. März 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. B. Demuth

versandt am:  
mc