

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB120070-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

## Urteil vom 31. Oktober 2012

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Feststellung des Nachlasses und Erbteilung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen einen Beschluss der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. August 2012; Proz. CP110008**

## **Erwägungen:**

### **I.**

*(Vor- und Prozessgeschichte / Prozessuales)*

1.1 Die Parteien B.\_\_\_\_\_ (fortan als Kläger bezeichnet) und A.\_\_\_\_\_ (fortan Beklagte) sind Halbgeschwister. Am tt. Mai 2009 verstarb ihre Mutter, C.\_\_\_\_\_ (fortan Erblasserin). Am 28. Oktober 2011 erhob der Kläger gegen die Beklagte beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) Klage auf Feststellung des Nachlasses und Erteilung mit folgendem Rechtsbegehren (act. 5/2 S. 2 f.).

- "1. Es sei der Nachlass der am tt.mm.2009 verstorbenen C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1918, von D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, zuletzt wohnhaft ... [Adresse], ... D.\_\_\_\_\_, festzustellen und zu teilen, namentlich durch folgendes Gestaltungs- und/oder Feststellungsurteil:
2. Es sei der Verkehrswert der Liegenschaft F.\_\_\_\_\_-Strasse 1 und 2, Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes G.\_\_\_\_\_, Kataster-Nr. ... durch einen vom Gericht zu ernennenden Immobilienexperten schätzen zu lassen.
3. Es sei die Liegenschaft F.\_\_\_\_\_-Strasse 1 und 2, Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes G.\_\_\_\_\_, Kataster-Nr. ..., im Alleineigentum der Beklagten zu belassen und es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Bruchteil von 110/192 des ermittelten Verkehrswertes zu bezahlen.
4. Eventualiter sei das Grundbuchamt G.\_\_\_\_\_ anzuweisen, den Kläger (zusammen mit der Beklagten) als Gesamteigentümer der Liegenschaft F.\_\_\_\_\_-Strasse 1 und 2, Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes G.\_\_\_\_\_, Kataster-Nr. ... im Grundbuch einzutragen und es sei festzustellen, dass die Parteien im internen Verhältnis nach Bruchteilen mit 110/192 zu Gunsten des Klägers und mit 82/192 zu Gunsten der Beklagten an ebendiesem Grundstück berechtigt sind.
5. [...]
6. [...]
7. Es sei das Grundbuchamt G.\_\_\_\_\_ für die Dauer des vorliegenden Verfahrens anzuweisen, im Sinne von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 73 Abs. 1 lit. a GBV eine Verfügungsbeschränkung zu Lasten des Grundstücks F.\_\_\_\_\_-Strasse 1 und 2, Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes G.\_\_\_\_\_, Kataster-Nr. ..., vorzumerken.

8. [...]
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

1.2 Mit Eingabe vom 10. Juli 2012 zog der Kläger Ziffer 7 des vorgenannten Rechtsbegehrens zurück und stellte gleichzeitig ein Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme, wie folgt (act. 5/23 S. 2):

"Es sei das Grundbuchamt G.\_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und Art. 75 GBV anzuweisen, beim Grundstück F.\_\_\_\_\_ -Strasse 1/2, Grundbuchblatt Nr. ..., Kataster Nr. ... eine vorläufige Eintragung mit folgendem Wortlaut vorzumerken:

Behauptetes Gesamteigentum infolge Erbganges mit B.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1951, von D.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], nach Bruchteilen aufgeteilt in 82/192 zu Gunsten A.\_\_\_\_\_ und 110/192 zu Gunsten B.\_\_\_\_\_, befristet bis zum rechtskräftigen Abschluss des Gerichtsverfahrens beim Bezirksgericht Zürich (Geschäfts-Nr. CP110008);

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

1.3 Mit Beschluss vom 16. August 2012 schrieb die Vorinstanz das Verfahren bezüglich Klageantrag Ziffer 7 als durch Rückzug erledigt ab (act. 3 Dispositiv-Ziffer 1). Weiter hiess sie das Massnahmebegehren des Klägers gut und wies das Grundbuchamt G.\_\_\_\_\_ entsprechend an, beim Grundstück F.\_\_\_\_\_ -Strasse 1/2, Grundbuchblatt Nr. ..., Kataster Nr. ... eine vorläufige Eintragung mit folgendem Wortlaut vorzumerken (act. 3 Dispositiv-Ziffer 2):

"Behauptetes Gesamteigentum infolge Erbganges mit B.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1951, von D.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], nach Bruchteilen aufgeteilt in 82/192 zu Gunsten A.\_\_\_\_\_ und 110/192 zu Gunsten B.\_\_\_\_\_, befristet bis zum rechtskräftigen Abschluss des Gerichtsverfahrens beim Bezirksgericht Zürich (Geschäfts-Nr. CP110008)."

- 1.4 Die Beklagte führt hiergegen Berufung mit folgenden Anträgen (act. 2):

"Es sei Ziff. 2 des Dispositivs des Beschlusses des Bezirksgerichtes Zürich, Geschäfts-Nr. CP110008-L/Z4, vom 16. August 2012 aufzuheben und das klägerische Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen und das Grundbuchamt G.\_\_\_\_\_ anzuweisen, eine allenfalls beim Grundstück F.\_\_\_\_\_ -Strasse 1/2, Grundbuchblatt Nr. ..., Kat.Nr. ..., erfolgte Vormerkung zu löschen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten."

Den Kostenvorschuss (vgl. Art. 98 ZPO) für das Berufungsverfahren leistete die Beklagte auf erste Aufforderung (act. 6-8). Es wurden die Akten der Vorinstanz beigezogen und dem Kläger Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Mit der fristgerecht eingereichten Berufungsantwort vom 28. September 2012 trägt der Kläger auf Abweisung der Berufung an (act. 11). Die Berufungsantwort wurde der Beklagten am 2. Oktober 2012 zugestellt (act. 12 f.). Die Sache ist spruchreif.

2. Mit dem 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Der vor der Vorinstanz pendente Prozess und die mit dem angefochtenen Entscheid angeordnete vorsorgliche Massnahme unterstehen dem neuen Zivilprozessrecht (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO e contrario); entsprechend richtet sich auch das vorliegende Rechtsmittelverfahren ausschliesslich nach den Regeln der ZPO (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO) samt dem Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG) und den kantonalen Erlassen zu den Gebühren (GebV OG und AnwGebV vom 8. September 2010).

## II.

### *(Vorsorgliche Massnahme / Vorläufige Eintragung)*

1. Die Vorinstanz erachtet die Voraussetzungen zur Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 Abs. 1 ZPO für erfüllt. Entgegen der Ansicht der Beklagten drehe sich der Prozess nicht um eine reine Geldforderung, vielmehr verlange der Kläger die Feststellung des Nachlasses und die Erbteilung. Liege demnach eine Feststellungs- und Gestaltungsklage vor, so greife der Vorbehalt von Art. 269 lit. a ZPO (Arrest) nicht. Der Kläger stelle in Rechtsbegehren Ziffer 4 materiell ein echtes Eventualbegehren, vertrete er doch die Auffassung, die Parteien seien derzeit zufolge Erbgangs – beide als Kinder und einzige Erben der Erblasserin – Gesamteigentümer der Liegenschaft. Rechtsbegehren Ziffer 3 wolle der Kläger dabei als Ergebnis nach erfolgter Teilung zufolge Anwendung der Teilungsvorschrift der Erblasserin verstanden wissen. In Rechts-

begehren Ziffer 4 beantrage er für den Fall fehlender Mittel der Beklagten für seine Auszahlung die Beibehaltung des Gesamteigentums. Damit verlange der Kläger entgegen dem Vorbringen der Beklagten keine bedingte Anweisung an das Grundbuchamt. Die Argumentation der Beklagten, Ziffer 4 des Rechtsbegehrens sei zum vornherein nicht vollstreckbar, verfange somit nicht. Der Kläger sei ebenso wie die Beklagte gesetzlicher Erbe der Erblasserin. Damit sei es bereits glaubhaft, dass er zusammen mit der Beklagten Gesamteigentümer der zur Zeit des Erbgangs im Eigentum der Erblasserin stehenden Liegenschaft an der F.\_\_\_\_\_-Strasse 1/2 sei. Die unterschiedliche Rechtsauffassung der Parteien darüber, ob sich die Liegenschaft teilweise im Nachlass befinde oder nicht, resultiere aus einer teilweisen Nacherbeneinsetzung der Beklagten durch den verstorbenen Ehemann der Erblasserin und Vater der Beklagten, dessen Nachlass am 2. Mai 1974 geteilt worden sei. Entgegen den Vorbringen der Beklagten erscheine es bei einer summarischen Prüfung der Sachlage nicht ausgeschlossen, dass ein Teil der Liegenschaft sich im Nachlass befinde. In der Schlussabrechnung vom 2. Mai 1974 werde unter dem Titel "Zuwendung als Vorerbin" nur ein Betrag von Fr. 85'667.– aufgeführt. Die derzeitige Eintragung des Alleineigentums auf die Beklagte schliesse einen Anspruch des Klägers nicht aus, zumal ein Grundbucheintrag zwar öffentlichen Glauben genieße, jedoch materiell unrichtig sein könne. Die im Zeitpunkt des Erbgangs auf dem Grundstück bestehende Verfügungsbeschränkung laute: "Anwartschaft der Nacherbin, A.\_\_\_\_\_, 1958". Dieser Wortlaut kläre nicht restlos, in welchem Umfang eine Nacherbschaft der Beklagten bestehe, so dass ein Anspruch des Klägers nicht zum Vornherein auszuschliessen sei. Ein Anspruch des Klägers auf einen Teil der Liegenschaft sei somit derzeit genügend glaubhaft gemacht. Die von der Beklagten vorgebrachten Argumente zur Auslegung und rechtlichen Einordnung dessen, was mit Bezug auf die Liegenschaft "geerbt" bedeute, seien im Rahmen des Hauptverfahrens zu prüfen. Als Alleineigentümerin der Liegenschaft sei derzeit die Beklagte eingetragen, so dass ein jederzeitiger Liegenschaftsverkauf oder eine andere Verfügung darüber möglich sei. Gemäss der Steuererklärung 2009 habe die Liegenschaft damals einen Steuerwert von Fr. 4'057'000.– gehabt (Fr. 5'232'000.– abzüglich Fr. 1'175'000.– Hypothekarschulden). Der derzeitige Verkehrswert liege erfahrungsgemäss um eini-

ges höher. Bei dieser Sachlage sei für den Fall eines Anspruchs des Klägers die Befürchtung glaubhaft, dass der Kläger aufgrund einer vorgängigen Veräußerung der Liegenschaft seinen Gesamteigentumsanteil verlieren könnte oder eine Ausgleichszahlung zumindest teilweise unerhältlich wäre. Dies sei ohne Weiteres als nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil zu werten (act. 3 S. 5 ff.).

2. Die Beklagte lässt das nicht gelten. Mit der Berufung argumentiert sie, die Voraussetzungen zum Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahme seien selbst dann nicht gegeben, wenn entgegen ihrer Auffassung angenommen würde, dem Kläger habe ursprünglich nach dem Tode der Erblasserin ein Gesamteigentumsanspruch an der Liegenschaft zugestanden. Die Beklagte kritisiert, die Vorinstanz habe sich mit den Vorbringen in der Massnahmeantwort zur fehlenden Dringlichkeit sowie zur Unzulässigkeit der mit Klageantrag Ziff. 4 angebehrten Eintragung des Klägers als Gesamteigentümer der Liegenschaft nicht auseinandergesetzt und damit ihren Gehörsanspruch verletzt. Dass der Kläger sein Massnahmebegehren erst mit dem Schlichtungsgesuch im Juli 2011 bzw. mit der Klageschrift im Oktober 2011 gestellt habe, obwohl er von der Eintragung der Beklagten als Alleineigentümerin der Liegenschaft im Grundbuch bereits in der zweiten Hälfte des Jahres 2010 gewusst habe, zeige, dass es an der Dringlichkeit der verlangten Massnahme fehle. Zudem bestünden keine Anzeichen für eine Begehungsgefahr, bzw. dafür, dass eine relevante Anspruchsverletzung zu befürchten sei. Die Begründung der Vorinstanz, weshalb der Vorbehalt des SchKG betreffend sichernder Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen in Art. 269 lit. a ZPO nicht anwendbar sei, greife ausserdem zu kurz. Zur Diskussion stehe nicht die (unbestrittene) Qualifikation einer Erbteilungsklage als Feststellungs-, Gestaltungs- und Leistungsklage, sondern die Frage, welchem Zweck die angebehrte vorsorgliche Massnahme dienen solle und ob sie zu diesem Zweck zur Verfügung stehe. Das Massnahmebegehren, mit dem die Vormerkung eines behaupteten Gesamteigentums beantragt werde, könne seinem Inhalt nach nur dem Schutz des Eventualbegehrens von Klageantrag Ziff. 4 dienen, weil der Kläger nur darin Gesamteigentum beanspruche. Der Kläger habe vor Vorinstanz argumentiert, Antrag Ziff. 4 werde für den Fall gestellt, dass die Beklagte nicht in der Lage sei, die in Ziff. 3 beantragte Ausgleichszahlung an den Kläger zu bezahlen.

Diene daher Antrag Ziff. 4 ausschliesslich der Sicherung der Vollstreckung der Ausgleichszahlung gemäss Antrag Ziff. 3, diene auch das Massnahmebegehren zwangsläufig der Sicherung bzw. Vollstreckung der Ausgleichszahlung, mithin einer Geldforderung. Damit scheitere das Massnahmebegehren an Art. 261 lit. a ZPO. Die Beklagte bestreitet im Weiteren wie bereits vor Vorinstanz, dass es sich bei Klageantrag Ziff. 4 um einen zulässigen Eventualantrag handle. Antrag Ziff. 4 sei nämlich nicht für den Fall der Abweisung von Antrag Ziff. 3 gestellt worden sondern setze im Gegenteil die Gutheissung von Antrag Ziff. 3 voraus, weil nur in diesem Fall eine Zahlungspflicht der Beklagten bestehen würde. Werde, wie im vorliegenden Fall, ein Eventualbegehren für den Fall der Gutheissung eines Hauptbegehrens gestellt, so handle es sich dabei nicht um ein zulässiges Eventualbegehren, sondern um ein unzulässiges Alternativbegehren, das jedenfalls abzuweisen sei, soweit darauf überhaupt eingetreten werden könne. Das Massnahmebegehren sei daher auch deshalb abzuweisen, weil das damit zu schützende Eventualbegehren seinerseits unzulässig und damit abzuweisen sei. Es fehle an der für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vorausgesetzten positiven Anspruchsprognose. Das Massnahmebegehren erweise sich überdies aus dem Grund als unhaltbar, weil im Hauptprozess das Alleineigentum der Beklagten an der Liegenschaft gar nicht strittig sei, beantrage der Kläger doch in Ziff. 3 seines Rechtsbegehrens, es sei die Liegenschaft im Alleineigentum der Beklagten zu belassen. Strittig sei nur, ob eine Ausgleichszahlung geschuldet sei, und wenn ja, in welchem Umfange. Auch unter diesem Gesichtspunkt sei das Massnahmebegehren (wiederum wegen Art. 269 lit. a ZPO) abzuweisen. Schliesslich sei logisch nicht denkbar, dass die Beklagte zur Bezahlung einer Ausgleichung verpflichtet und der Kläger gleichzeitig als Gesamteigentümer im Grundbuch eingetragen werde. Ausgleichszahlung und Gesamteigentum schlossen sich gegenseitig aus. Auch deshalb fehle es an der positiven Hauptsachenprognose (act. 2 S. 8 ff.; act. 5/29 S. 2 ff.).

3. Der Kläger wendet mit der Berufungsantwort im Wesentlichen ein, die Dringlichkeit müsse nicht gesondert begründet oder geprüft werden. Sie ergebe sich in diesem Fall aus den Ausführungen zum drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil. Dringlichkeit sei im vorliegenden Fall so lange zu beja-

hen, wie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe und in zeitlicher Hinsicht bis das Gericht mit dem Sachurteil über die Klage selbst entscheide. Die Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils sei so lange gegeben, wie die glaubhaft gemachte materielle Rechtslage (Gesamteigentum des Klägers) nicht dem Grundbucheintrag entspreche. Ferner lasse sich die Dringlichkeit damit begründen, dass es für den Kläger nicht zumutbar sei, bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Erbteilungsklage zuzuwarten, zumal bereits heute davon ausgegangen werden müsse, dass sich dieser Prozess noch einige Zeit hinziehen könne. Die Begehungsgefahr müsse sodann nicht mit konkreten Handlungen oder Absichten begründet werden, es genüge bereits der Umstand, dass die materielle Berechtigung vom Eintrag im Grundbuch abweiche. Eine Absicherung könne schon verlangt werden, bevor eine konkrete Gefährdung des abzusichernden Anspruchs bestehe. Mit einem Arrest habe die vorläufige Eintragung eines behaupteten dinglichen Rechts gar nichts zu tun. Die einzige Gemeinsamkeit mit dem Arrest bestehe im Zweck der Absicherung. Anders als beim Arrest werde aber keine Geldforderung abgesichert, sondern letztlich der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs für die Dauer des Hauptverfahrens bzw. bis zur Erbteilung. Anders als beim Arrest, komme die Beklagte zudem weiterhin in den Genuss der Mietzinseinnahmen, welche im Falle eines Arrests ebenfalls mit Beschlag belegt wären. Die Beklagte könne in tatsächlicher Hinsicht mit der Liegenschaft weiterhin machen, was sie wolle, nur grundbuchlich könne sie darüber nicht verfügen. Im Übrigen verkenne die Beklagte, dass das Gericht im Rahmen der Erbteilungsklage das Eigentum an der Liegenschaft auch dem Kläger zusprechen könne, trotz des Umstandes, dass dies nicht beantragt worden sei. Sollte nämlich das Gericht der Argumentation der Beklagten folgen und das Testament der Erblasserin für ungültig erklären, käme die gesetzliche Erbfolge zum Tragen und die von der Erblasserin aufgestellte Teilungsvorschrift wäre nicht mehr zu beachten. Diesfalls wäre es durchaus möglich, dass die Zuweisung der Liegenschaft mittels Losziehung erfolge, und das Gericht könne sogar einen Verkauf der Liegenschaft anordnen. Bis zum Vollzug einer solchen Anordnung würden die Parteien Gesamteigentümer der Liegenschaft bleiben. Der Kläger habe Ziff. 4 seines Rechtsbegehrens daher nicht nur für den Fall gestellt, dass die Beklagte nicht in der Lage sei, eine Aus-



gleichszahlung an den Klägers zu leisten. Der Anspruch des Klägers solle ganz einfach so lange im Grundbuch eingetragen bleiben, bis ein rechtskräftiges Urteil vorliege, welches über das Schicksal der Liegenschaft befände. Art. 598 Abs. 2 aZGB, welche Bestimmung mit der Einführung der ZPO gestrichen worden sei (hingegen weiterhin bestehe), habe für die Erbschaftsklage ausdrücklich einen Anspruch auf vorläufige Eintragung vorgesehen. In analoger Anwendung dieser Bestimmung müsse auch bei der Teilungsklage ein Sicherungsanspruch bestehen (act. 11 S. 3 ff.).

4.1 Die mit der Berufung gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten bezieht sich auf den Aspekt Begründungspflicht. Die Vorinstanz hat den angefochtenen Entscheid freilich ausreichend begründet. Auf ihre Erwägungen ist sogleich zurückzukommen. An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass eine andere Auffassung über die Relevanz von bestimmten Behauptungen und Argumenten keine Gehörsverletzung darstellt. Der aus dem Gehörsanspruch fließende Anspruch auf Begründung verpflichtet die Entscheidungsinstanz nicht, sich mit allen Standpunkten einlässlich auseinanderzusetzen. Die Begründung kann auf die wesentlichen Punkte, die zum Entscheid geführt haben, beschränkt werden (ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 14; vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1, S. 88). Wie die Vorbringen in der Berufung zeigen, war sich die Beklagte über die Tragweite des angefochtenen Entscheides im Klaren und ohne weiteres im Stande, diesen sachgerecht anzufechten. Ohnehin ist eine Heilung möglich, wenn die Verletzung der Parteirechte nicht als gravierend erscheint (BGer 4D\_111/2010 vom 19. Januar 2011, E. 3.1; ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 26 f.). Bei Annahme einer Heilung einer allfälligen Gehörsverweigerung im zweitinstanzlichen Verfahren erwüchse der Beklagten kein Nachteil. Die Rückweisung der Sache strebt sie mit der Berufung nicht an.

4.2 Die rechtlichen Voraussetzungen für die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung zur Sicherung eines behaupteten dinglichen Rechts nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB im Sinne einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO werden im angefochtenen Entscheid korrekt wiedergegeben (act. 3 S. 4 f.). Zentral ist, dass die vorläufige Eintragung eines behaupteten Rechts im Grundbuch

eine Verfügung über das Grundstück nicht ausschliesst, sondern einzig bewirkt, dass das streitige dingliche Recht für den Fall, dass es vom Richter endgültig anerkannt wird, gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden kann (vgl. Art. 961 Abs. 2 und Art. 961a ZGB; BSK ZGB II, Art. 961a N 1). Die vorläufige Eintragung ist durch den Richter zu verfügen, wenn der Anspruch glaubhaft gemacht wird (Art. 961 Abs. 3 ZGB), wobei (erstens) die materielle Berechtigung und (zweitens) die Gefährdung der fraglichen Rechtsposition glaubhaft zu machen ist. Eine Gefährdung liegt vor, wenn der materiell Berechtigte wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (Art. 973 Abs. 1 ZGB) Gefahr läuft, sein mit den Eintragungen nicht übereinstimmendes Recht zu verlieren; d.h. der Antrag auf vorläufige Eintragung ist dann gerechtfertigt, wenn ein Kläger fürchten muss, dass ein gutgläubiger Dritter aufgrund eines ungerechtfertigten Eintrages im Grundbuch eines dinglichen Rechts in seinem Erwerb geschützt werden könnte. An die in Art. 961 Abs. 3 ZGB verlangte Glaubhaftmachung sind keine strengen Anforderungen zu stellen; im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung über den Bestand des behaupteten Rechts dem ordentlichen Richter zu überlassen (BSK ZGB II-Schmid, 4. A., Zürich 2011, Art. 961 N 15 f.; BGE 86 I 265 E. 3, S. 269 f.; BGer 5P.2212003 E. 3.2.1).

4.3.1 In der (Haupt-)Sache ist die Beklagte der Auffassung, die streitgegenständliche Liegenschaft sei gemäss Art. 492 ZGB kraft Universalsukzession und ausserbuchlich mit dem Tod der Erblasserin direkt von I. \_\_\_\_\_ sel., dem Ehemann der Erblasserin und Vater der Beklagten in das Alleineigentum der Beklagten als Nacherbin übergegangen und habe daher nie Bestandteil des Nachlasses der Erblasserin gebildet (vgl. act. 2 N 7; act. 5/16 S. 5 ff.). Der Kläger geht demgegenüber davon aus, dass die Beklagte als Nacherbin nur Eigentümerin eines Bruchteils der Liegenschaft (von 2/24) geworden sei und dass der Rest (22/24) in die Erbmasse gefallen sei (act. 5/2 S. 4 ff.; act. 11 S. 3). Die (aktuellen) Eigentumsverhältnisse an der Liegenschaft sind insofern strittig.

Die Beklagte ist derzeit als Alleineigentümerin der Liegenschaft im Grundbuch eingetragen (act. 5/5/9). Ein Grundbucheintrag kann indessen materiell unrichtig sein. Die Eintragung des Alleineigentums der Beklagten schliesst einen

Anspruch des Klägers somit nicht aus. Im Hauptverfahren ist zu prüfen, in welchem Umfang eine Nacherbschaft der Beklagten besteht. Dabei ist – die Vorinstanz weist auch darauf hin – zu berücksichtigen, dass in der Schlussabrechnung vom 2. Mai 1974 unter dem Titel "Zuwendung als Vorerbin" nur ein Betrag von Fr. 86'667.– aufgeführt wurde (vgl. act. 5/5/5 S. 11) und dass die im Zeitpunkt des Erbgangs auf dem Grundstück bestehende Verfügungsbeschränkung (schlicht) "Anwartschaft der Nacherbin, A.\_\_\_\_\_, 1958" lautet (vgl. act. 5/17/2 S. 2). Vom Umfang der Nacherbschaft hängt ab, ob die streitgegenständliche Liegenschaft (teilweise) zum Nachlass gehört oder nicht. Ersteres ist nach den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (act. 3 E. 7.1 S. 6) durchaus denkbar. Die Berufung greift den Punkt wie erwähnt nicht auf. Fiele die Liegenschaft in den Nachlass, wäre der Kläger mit dem Tod der Erblasserin zusammen mit der Beklagten Gesamteigentümer der Liegenschaft geworden (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB), wobei das Gesamteigentum bis zum Vollzug der Erbteilung bestehen bliebe. Mit der Vorinstanz (vgl. act. 3 S. 6) ist daher davon auszugehen, dass es vorläufig, d.h. bei summarischer Betrachtung nicht ausgeschlossen ist, dass der Kläger als Erbe an der Liegenschaft dinglich berechtigt ist. Ein dinglicher Anspruch des Klägers als Voraussetzung für die vorläufige Eintragung ist damit (genügend) glaubhaft gemacht. Anzuführen bleibt, dass das Gesamteigentum zwar kein eigentliches Anteilsrecht im Sinne einer individuellen Quote am Ganzen kennt, wohl aber eine unterschiedliche quotenmässige Beteiligung am Liquidationserlös der Gesamteigentümergeinschaft vorsehen kann (vgl. BSK ZGB II-Wichtermann, 4. A., Zürich 2011, Art. 652 N 14). Die beantragte und mit dem angefochtenen Entscheid geschützte vorläufige Eintragung des streitigen Gesamteigentums ist deshalb auch hinsichtlich der behaupteten Aufteilung (82/192 zu Gunsten der Beklagten und 110/192 zu Gunsten des Klägers) – zulässig.

4.3.2 Der Beklagten ist allerdings darin beizupflichten, dass für die Frage des Vorbehalts des SchKG (insbesondere der Bestimmungen über den Arrest) nach Art. 269 lit. a ZPO nicht (allein) auf die Qualifikation der Erbteilungsklage abgestellt werden kann, es vielmehr darauf ankommt, welchem Zweck die beantragte vorsorgliche Massnahme dient. In dieser Hinsicht erwähnt die Beklagte zutreffend, dass der Kläger Antrag Ziff. 4 seines Rechtsbegehrens, wonach die Par-

teien als Gesamteigentümer der Liegenschaft im Grundbuch einzutragen seien und der Erbteil des Klägers festzustellen sei, nach seinen Ausführungen in der Klageschrift für den Fall gestellt habe, dass die Beklagte nicht in der Lage wäre, die beantragte Ausgleichszahlung an den Kläger zu leisten (act. 5/2 S. 11). In der Begründung des Massnahmebegehrens präzisierte der Kläger noch, bei Verpflichtung der Beklagten zu einer Ausgleichszahlung bestünde die Gefahr, dass ihm Vollstreckungssubstrat entzogen würde, indem die Liegenschaft vorgängig veräussert würde (act. 5/23 S. 3). Von daher ist die Auffassung der Beklagten, die vorläufige Eintragung des Gesamteigentums bezwecke die Absicherung der streitigen Ausgleichszahlung, weshalb die Massnahme am Vorbehalt des SchKG scheitere, nicht abwegig.

4.3.3 Die Beklagte übergeht bei ihrer Argumentation nur, dass der behauptete (und bestrittene) Gesamteigentumsanspruch des Klägers die Grundlage für eine (richterliche) Zuweisung der Liegenschaft im Rahmen der Erbteilung bildet. Ziff. 1 des klägerischen Rechtsbegehrens verlangt wie erwähnt, es sei der Nachlass festzustellen (und alsdann zu teilen). Klageantrag Ziff. 3 mag unpräzise formuliert sein, kann vernünftigerweise aber nur so verstanden werden, dass der Kläger damit eine solche Zuweisung an die Beklagte zu Alleineigentum verlangt. Der Kläger bezieht sich nämlich in der Klagebegründung auf die testamentarische Teilungsvorschrift der Erblasserin, wonach die Beklagte die Liegenschaft unter Anrechnung an ihren Erbteil zu Alleineigentum übernehmen dürfe (vgl. act. 5/2 S. 8 f., 11; act. 5/5/8 S. 3). Fiele die streitgegenständliche Liegenschaft in den Nachlass und würde sie der Beklagten im Erbteilungsurteil zu Alleineigentum zugewiesen, würde dies auf dem Hauptbuchblatt der Liegenschaft im Einzelnen nachvollzogen, indem die Parteien zunächst als Gesamteigentümer der Liegenschaft infolge Erbganges eingetragen würden und dann erst die Beklagte (wieder) als Alleineigentümerin. Erinnerung sei daran, dass das Hauptbuch die Gesamtheit aller Daten über die rechtswirksamen und die gelöschten dinglichen Rechte enthält (vgl. Art. 2 lit. c GBV). Der Standpunkt der Beklagten, ihr Alleineigentum an der Liegenschaft sei im Hauptprozess unstreitig (act. 2 S. 11; vgl. auch act. 5/29 S. 3 f.), lässt sich aus diesem Grund nicht halten. Vielmehr geht es dabei in erster

Linie um den strittigen Gesamteigentumsanspruch des Klägers an der Liegenschaft infolge Erbganges.

4.3.4 Ungeachtet der (genauen) Begründung der Anträge des Klägers auf Zuweisung der Liegenschaft und auf Eintragung des Gesamteigentums im Hauptprozess (act. 2 S. 2 Ziff. 3 und 4) und unabhängig von der Qualifikation des letztgenannten Klageantrags als zulässiges Eventualbegehren oder unzulässiges Alternativbegehren hat die Vorinstanz mithin vorab über die (Erb-)Berechtigung der Parteien an der Liegenschaft – das behauptete Gesamteigentum – zu entscheiden. Erst dann steht eine (gerichtliche) Erbteilung an und kommt allenfalls eine Zuweisung der Liegenschaft als Erbsache in Frage, und erst dann werden Inhalt und Begründung der einzelnen Teilungsanträge des Klägers relevant.

Das Massnahmebegehren des Klägers dient entsprechend vorrangig der Absicherung des vom Kläger unbedingt beanspruchten Gesamteigentums an der Liegenschaft und nicht, bzw. wenn, dann nur untergeordnet der Sicherung der Vollstreckung einer (dereinst im Erbteilungsurteil festgesetzten) Ausgleichszahlung resp. Geldleistung. Aus diesem Grund spielt der Vorbehalt des SchKG nach Art. 269 lit. a ZPO nicht, und die beantragte vorsorgliche Massnahme scheitert entgegen dem Vorbringen der Berufung ebenso wenig an der Voraussetzung einer positiven Hauptsachenprognose.

4.3.5 Nicht gefolgt werden kann der Beklagten sodann darin, dass das Massnahmebegehren mangels Dringlichkeit und konkreter Bedrohungslage abzuweisen sei. Würde die Beklagte – was ihr als Alleineigentümerin freisteht – die Liegenschaft während des hängigen, womöglich noch mehrere Jahre andauernden Prozesses veräussern oder erheblich belasten, liefe der Kläger Gefahr, die behauptete dingliche Berechtigung am Grundstück zu verlieren, da sein Recht aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist. Eine (aktuelle) Gefährdung des streitigen Anspruchs des Klägers und ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist damit gegeben. Bis zum (rechtskräftigen) Endurteil in der Sache abzuwarten, kann dem Kläger unter diesen Umständen nicht zugemutet werden. Wenn auch davon auszugehen ist, dass der Kläger vor Ende des Jahres 2010 vom Alleineigentum der Beklagten Kenntnis erhalten hat, er hingegen (erst) im Juli 2011 mit

der vorliegenden Klage samt dem Begehren um Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung betreffend die Liegenschaft an den Friedensrichter gelangt ist (vgl. act. 5/1 S. 3 f.; act. 5/29 S. 2), kann nicht gesagt werden, der Kläger habe mit dem Massnahmebegehren derart ungebührlich lange zugewartet, dass ihm der Rechtsschutz unter dem Aspekt fehlender Dringlichkeit zu versagen sei (vgl. dazu Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 8 f.; ZK ZPO-Huber, Art. 261 N 22). Das gilt umso mehr, als die Kenntnis vom Alleineigentum der Beklagten nicht zwingend die Kenntnis von den geltend gemachten Ansprüchen des Klägers einschliesst.

4.3.6 Ergänzend ist im Rahmen der Nachteilsprognose zu beachten, dass der Verlust des geltend gemachten Anspruchs für den Kläger im Falle einer Veräusserung der Liegenschaft durch die Beklagte ungleich schwerer wiegt als die vorläufige Eintragung des behaupteten Gesamteigentums, welches die Verfügung der Beklagten über die Liegenschaft nicht hindert und keine Grundbuchsperrwirkung bewirkt. Eine Abwägung der Interessen der Parteien fällt daher zugunsten des Klägers aus. Die beantragte vorläufige Eintragung im Grundbuch ist zum Schutz des behaupteten Rechts notwendig und verhältnismässig.

4.4 Die Voraussetzungen für die von der Vorinstanz angeordnete vorsorgliche Massnahme sind im Ergebnis erfüllt.

5. Die Berufung ist unbegründet und daher abzuweisen, der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

### III.

*(Kosten / Entschädigung)*

1. Die Vorinstanz hat die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge zulässigerweise dem Endentscheid in der Sache vorbehalten (act. 3 Dispositiv-

Ziffer 3; vgl. Art. 104 Abs. 3 ZPO). Über die Kosten- und Entschädigungsfolge des Berufungsverfahrens ist demgegenüber bereits an dieser Stelle zu befinden.

2. Der Streitwert der Berufung beträgt ausgehend vom geltend gemachten Gesamteigentumsanspruch des Klägers bezogen auf die Liegenschaft Fr. 2'330'000.-- (vgl. act. 6).

3. Die Gebühr für den heutigen Entscheid ist in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO der Beklagten aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'400.-- zu verrechnen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass vorliegend nicht der materielle Anspruch an sich, sondern nur die vorläufige Eintragung des behaupteten Gesamteigentums im Grundbuch zu beurteilen ist, ist die Entscheidgebühr in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 4'400.-- (rund ein Zehntel der ordentlichen Gerichtsgebühr) festzusetzen.

4. Gestützt auf § 4, § 9 und § 13 AnwGebV hat die Beklagte den Kläger für das Berufungsverfahren mit Fr. 4'000.-- zu entschädigen. Ein Mehrwertsteuerzusatz wurde nicht verlangt und ist daher nicht zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission der Obergerichts Zürich vom 17. Mai 2006; <<http://kreisschreiben.gerichte-zh.ch>>).

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und Dispositiv-Ziffer 2 des Beschlusses der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. August 2012 (Proz. CP110008) wird bestätigt.
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 4'400.-- festgesetzt, der Beklagten auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.-- zu bezahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'330'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: