

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch.

Urteil vom 12. April 2016

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**

Berufung gegen ein Urteil der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. November 2015; Proz. CP110008

Rechtsbegehren des Klägers:

(act. 2; act. 39)

"1.

Es sei der Nachlass der am tt.mm.2009 verstorbenen C._____, geb. tt.04.1918, von Zürich und.../TG, zuletzt wohnhaft ... [Adresse], festzustellen und zu teilen, namentlich durch folgendes Gestaltungs- und/oder Feststellungsurteil:

2.

Es sei der Verkehrswert der Liegenschaft D._____-Strasse ... und ..., Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes E._____, Kataster-Nr. ... durch einen vom Gericht zu ernennenden Immobilienexperten schätzen zu lassen.

3.

Es sei die Liegenschaft D._____-Strasse ... und ..., Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes E._____, Kataster-Nr. ..., im Alleineigentum der Beklagten zu belassen und es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Bruchteil von 110/192 des ermittelten Verkehrswerts zu bezahlen.

4.

Eventualiter sei das Grundbuchamt E._____ anzuweisen, den Kläger (... und ..., Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes E._____, 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.

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 473'905.90 zuzüglich Verzugszinse zu 5% seit dem tt.mm.2009 für die im Rahmen der Erbvorbezüge aus dem Jahr 2008 zu viel bezogene Barschaft der Erblasserin zu bezahlen.

6.

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger vom Nettoertrag der Liegenschaft D._____-Strasse ... und ..., Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes E._____, Kataster-Nr. ... seit dem tt.mm.2009 bis heute den Anteil von 110/192 zuzüglich Verzugszinse zu 5% ab dem mittleren Verfallstag zu bezahlen.

7.

Es sei das Grundbuchamt E._____ 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 Verfügungsverschränkung zu Lasten des Grundstücks D._____-Strasse ... und ..., Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes E._____, Kataster-Nr. ..., vorzumerken.

8.

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger, bzw. dem Gericht gegenüber eine genaue Abrechnung über die im Sommer/Herbst 2009 vorgenommenen Saldierungen der Konti der Erblasserin, namentlich

– ZKB Konto Nr. ...

– Credit Suisse Konto Nr. ...

– Credit Suisse Konto Nr. ...

– Credit Suisse Konto Nr. ...

zu erstellen, unter Einschluss der Todesfall- und bereits angefallenen Erbgangskosten.

Die Beklagte sei ferner zu verpflichten, über den Verbleib eines allfälligen Restguthabens gegenüber dem Kläger, bzw. dem Gericht Auskunft zu geben.

Die Beklagte sei zu verpflichten, von einem allfälligen Restguthaben 5/8 dem Kläger zu bezahlen, zuzüglich Verzugszinse zu 5% seit dem tt.mm.2009.

9.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Im Rahmen des Schlussvortrages geändertes Rechtsbegehren:

(act. 130 S. 25, sinngemäss)

1.

Es sei der Nachlass der am tt.mm.2009 verstorbenen C._____, geb. tt. April 1918, von Zürich und .../TG, zuletzt wohnhaft an der ... [Adresse], festzustellen und zu teilen, namentlich durch folgendes Gestaltungs- und/oder Feststellungsurteil:

2.

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 7'058'296 zu bezahlen;

3.

Es sei der Beklagten im Sinne der Teilungsvorschrift der Erblasserin die Liegenschaft im Alleineigentum zu überlassen.

4.

Es sei die Beklagte darüber hinaus zu verpflichten, dem Kläger per Datum der Teilung von den Nettomietzinseinnahmen der Liegenschaft D._____-Strasse .../... den Anteil von 5/8 seit dem 1. Januar 2015 zu bezahlen;

gegen Nachweis dieser Zahlungen ist das Grundbuchamt E._____ anzuweisen, die Vormerkung der vorläufigen Eintragung gemäss Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 28. Februar 2013 auf diesem Grundstück zu löschen.

5.

Im Sinne von Art. 340 ZPO ist die Vollstreckung des Urteils abzusichern, durch Eintragung einer Grundpfandverschreibung zu Gunsten des Klägers in der Höhe des zugesprochenen Betrags zuzüglich Verzugszinse zu 5%, einen Monat ab Rechtskraft des Urteils, zu Lasten der Liegenschaft D._____-Strasse .../..., Grundbuchblatt Nr. ..., Kataster Nr.

6.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 16; act. 49)

1. Es sei der Nachlass von Frau C._____ sel., geb. tt.04.1918 gest. tt.mm.2009, von Zürich und .../TG, zuletzt wohnhaft gewesen ... [Adresse] festzustellen und zu teilen.

2. Es seien die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 2 bis Ziff. 9 abzuweisen.

3. Es sei die öffentlich beurkundete letztwillige Verfügung von Frau C._____ sel. vom 26.09.2006 gesamthaft, eventuell teilweise für ungültig zu erklären, eventualiter ganz, eventuell teilweise Ungültigkeit festzustellen.

4. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten CHF 162'361.62 nebst Zins seit 29.05.2009 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

Sodann stellt die Beklagte **eventualiter widerklageweise**, d.h. für den Fall, dass das Gericht auf obiges Rechtsbegehren Ziff. 4 nicht eintreten sollte, folgendes Rechtsbegehren:

1. Es sei der Widerbeklagte zu verpflichten, der Widerklägerin CHF 149'861.62 nebst Zins zu 5 % seit 29.5.2009 zu bezahlen,

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Widerbeklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (3. Abt.) vom 30. November 2015:

(act. 150 S. 61 ff.)

1. Das Auskunftsbegehren des Klägers betreffend die folgenden Konti der Erblasserin
– ZKB Konto Nr. ...
– Credit Suisse Konto Nr. ...
– Credit Suisse Konto Nr. ...
– Credit Suisse Konto Nr. ...

wird abgewiesen.
2. Der Antrag des Klägers, es sei das Grundbuchamt E._____ anzuweisen, gegen Nachweis der Zahlungen seines Anteils an den Nettomietzinseinnahmen die Vormerkung der vorläufigen Eintragung gemäss Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. Februar 2013 auf dem Grundstück D._____-Strasse ... und ... zu löschen, wird abgewiesen.
3. Der Antrag des Klägers vom 17. Februar 2015 auf Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen wird abgewiesen.
4. Es wird festgestellt, dass 24.362% des Wertes der Liegenschaft D._____-Strasse ... und ..., Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes E._____, Kataster-Nr. ... der Beklagten als Nacherbin zusteht.
5. Es wird festgestellt, dass der Nachlass der am tt.mm.2009 verstorbenen C._____ einen Nettowert von Fr. 6'395'193.– in Form von 75.638% des Wertes der oben genannten Liegenschaft (Liegenschaft D._____-Strasse ... und ..., Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes E._____, Kataster-Nr. ..., Bruttowert von insgesamt 9'630'000.– abzüglich der auf dieser Liegenschaft lastenden Hypothek in der Höhe von Fr. 1'175'000.–) aufweist, sowie aus den Nettomietzinseinnahmen bis und mit November 2015 in Höhe von Fr. 1'802'970.– besteht.
6. Es wird festgestellt, dass der Kläger am Nachlass gemäss Dispositivziffer 5 zu 5/8 und die Beklagte zu 3/8 berechtigt ist.

7. Die Liegenschaft D.____-Strasse ... und ..., Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes E.____, Kataster-Nr. ..., wird der Beklagten infolge Erbteilung zugewiesen, unter Übernahme aller darauf lastenden Rechte und Verpflichtungen, insbesondere auch der Hypothek.
8. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 5'424'396.– als erbrechtlicher Ausgleich zu bezahlen.
9. Das Grundbuchamt E.____ wird mit Eintritt der Rechtskraft angewiesen, die Liegenschaft D.____-Strasse ... und ..., Grundbuchblatt Nr. ..., Kataster-Nr. ..., infolge Erbteilung der Beklagten zu Alleineigentum zuzuweisen, unter Übernahme aller darauf lastenden Rechte und Verpflichtungen.
10. Das Grundbuchamt E.____ wird mit Eintritt der Rechtskraft angewiesen, beim Grundstück D.____-Strasse .../..., Grundbuchblatt Nr. ..., Kataster Nr. ... die folgende, vorläufige Eintragung zu löschen:

" Behauptetes Gesamteigentum infolge Erbanges mit B.____, geb. tt.11.1951, von Zürich und .../AG, ... [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)."
11. Die Kosten der grundbuchlichen Übertragung / Löschung werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
12. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 123'850.– ; die Barauslagen betragen:
Fr. 187.50 Dolmetscherkosten
Fr. 5'410.80 Gutachten (Immobilienbewertung)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
13. Die Gerichtskosten werden der Beklagten zu drei Viertel und dem Kläger zu einem Viertel auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 63'098.30 wird von der Beklagten nachgefordert. Zudem hat sie dem Kläger die Kostenvorschüsse von Fr. 31'187.90 zu ersetzen.
14. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 69'275.– (inkl. Mehrwertsteuer und Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen.
15. Schriftliche Mitteilung

16. Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 148 S. 2/3):

- "1. Es seien Ziff. 4 - 9 und Ziff. 11, 13 und 14 des Urteils des Bezirksgerichtes vom 30. November 2015 aufzuheben und
 - 1.1. es sei festzustellen, dass die Berufungsklägerin und Beklagte zu Recht als Alleineigentümerin der Liegenschaft D.____-Strasse .../..., Grundbuchblatt Nr. ..., Kataster-Nr. ... infolge Nacherbschaft eingetragen ist;
 - 1.2. es sei der Berufungsbeklagte und Kläger zu verpflichten, der Berufungsklägerin und Beklagten CHF 125'689.- zuzüglich Zins zu 5% seit 30. Januar 2012 zu bezahlen;
 - 1.3. es sei festzustellen, dass der Nachlass von Frau C.____ sel., gest. am tt.mm.2009 im Nachgang zur vollständigen Zahlung gemäss Ziff. 1.2 vorstehend vollständig geteilt ist;
 - 1.4. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen zulasten des Berufungsbeklagten und Klägers.
2. Eventuell und nur für den Fall, dass das Obergericht annehmen sollte, es bilde ein Wertanteil von 75,638% der Liegenschaft D.____-Strasse .../... Bestandteil des Nachlasses:
 - 2.1 Es seien Ziff. 5, 6, 8, 9, 13 und 14 aufzuheben;
 - 2.2 es sei eine gerichtliche Expertise betreffend den Marktwert der Liegenschaft D.____-Strasse .../..., Stichtag tt.mm.2009 in Auftrag zu geben und der Berufungsklägerin und Beklagten alsdann Frist zur Bezifferung des Nettowertes des Nachlasses der am tt.mm.2009 verstorbenen C.____ anzusetzen, wobei die in den Nachlass fallenden Nettomietzinseinnahmen bis und mit November 2015 CHF 1'363'730.- betragen;
 - 2.3 es sei festzustellen, dass der Berufungsbeklagte und Kläger und die Berufungsklägerin und Beklagte am oben erwähnten Nachlass je zur Hälfte berechtigt sind;
 - 2.4 es sei das Grundbuchamt E.____ anzuweisen, das Grundbuchblatt Nr. ..., Kataster-Nr. ..., in dem Sinne zu berichtigen, dass die Berufungsklägerin und Beklagte als Gesamteigentümerin infolge Nacherbschaft und Erbfolge, der Berufungsbeklagte und Kläger Gesamteigentümer infolge Erbfolge sind;
 - 2.5 es sei die Berufungsklägerin und Beklagte für berechtigt zu erklären, beim Grundbuchamt E.____ gegen Nachweis der Bezahlung eines nach Eingang des Gutachtens gemäss Antrag 2.2 vorstehend von der Berufungsklägerin und Beklagten zu beziffernden und vom Obergericht alsdann für richtig befundenen Betrages die Streichung des Berufungsbeklagten und Klägers als Gesamteigentümer der Liegenschaft D.____-Strasse .../..., Grundbuchblatt Nr. ..., Kataster-Nr. ... zu verlangen, und es sei das Grundbuchamt anzuweisen, die Streichung vorzunehmen, sodass die Berufungsklägerin und Beklagte Alleineigentümerin wird infolge Nacherbschaft und Nachlassenteilung;

- 2.6 alles unter Neufestsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren und unter vollen Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren zulasten des Berufungsbeklagten und Klägers.

Erwägungen:

I.

Gegenstand des Verfahrens und Verfahrensgang

1. Die Parteien sind Halbgeschwister und die einzigen Kinder der am tt.mm.2009 im Alter von 91 Jahren verstorbenen Erblasserin C._____. Sie war die Witwe des am tt.mm.1969 verstorbenen F._____. Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) ist ein vorehelicher Sohn der Erblasserin, die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) ist die Tochter der Erblasserin und von F._____. Letzterer hinterliess neben der Erblasserin und der Beklagten zwei weitere Söhne.

Wesentlicher Teil des damaligen Vermögens von F._____ bildete die Liegenschaft D._____-Strasse .../... in Zürich. Ob diese Liegenschaft, und wenn ja zu welchem Teil in den zu teilenden Nachlass der Erblasserin fällt, ist eine zentrale Frage im vorliegenden Verfahren. Weitere Streitpunkte sind die Testierfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung ihres letzten Testamentes am 26. September 2006 sowie die Frage, ob und wenn ja, dann zu welchem Anteil die Mietzinseinnahmen aus der genannten Liegenschaft in den Nachlass der Erblasserin fallen.

2. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2011 machte der Kläger die Klage bei der Vorinstanz anhängig. Er verlangte unter anderem die Feststellung und Teilung des Nachlasses von C._____. Für die Prozessgeschichte im Einzelnen kann auf die Darstellung im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 150 S. 5 ff.). Das erstinstanzliche Urteil erging am 30. November 2015 nach Durchführung des doppelten Schriftenwechsels und weiteren Stellungnahmen der Parteien, nachdem die Parteien auf eine Hauptverhandlung verzichtet hatten, nach Einholung

einer Immobilienbewertung, erfolgten Editionen und Durchführung einer Beweisverhandlung sowie nachdem die Parteien ihre Schlussvorträge erstatten konnten (act. 150). Das Urteil wurde den Parteien am 4. Dezember 2015 zugestellt (act. 144 und 145).

Am 19. Januar 2016 erhob die Beklagte Berufung und stellte die eingangs genannten Begehren (act. 148). Am 11. Februar 2016 leistete sie den ihr mit Verfügung vom 8. Februar 2016 auferlegten Prozesskostenvorschuss (act. 151 und 153). Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Formelles

1. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen ab Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsschrift der Beklagten erging unter Berücksichtigung der Gerichtsferien rechtzeitig und genügt den gesetzlichen Anforderungen ohne weiteres. Die Beklagte ist sodann zur Berufung legitimiert. Dem Eintreten auf die Berufung steht nichts entgegen.
2. Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Gemäss den vorerwähnten Berufungsanträgen blieben Dispositiv Ziff. 1 - 3 sowie Dispositiv Ziff. 10 - 12 des erstinstanzlichen Urteils unangefochten. Insoweit bleibt es beim vorinstanzlichen Urteil. Da heute in der Sache zu entscheiden ist, ist von einer Vormerknahme abzusehen.
3. Soweit die Beklagte in der Berufungsschrift den Sachverhalt (aus ihrer Sicht) wiedergibt (act. 148 S. 4 - 10), ist darauf im vorliegenden Verfahren nicht eigens einzugehen. Gleiches gilt für die in der Berufungsschrift dargelegte Wiedergabe

des vorinstanzlichen Verfahrens (act. 148 S. 11 - 14) sowie der Parteistandpunkte (act. 14 - 17).

Festzuhalten ist immerhin, dass die Beklagte die noch vor Vorinstanz erhobenen prozessualen Einwände im Berufungsverfahren nicht mehr geltend macht; insbesondere werden die vorinstanzlichen Erwägungen zur Zulässigkeit der Vorbringen des Klägers in seinem ersten Schlussvortrag (act. 130) nicht grundsätzlich beanstandet. Sodann anerkennt die Beklagte das vorinstanzliche Urteil ausdrücklich, soweit dieses die ausgleichungspflichtigen Erbvorbezüge betrifft (act. 148 S. 17). Die Erbvorbezüge beider Parteien sind damit nicht Gegenstand der Berufung und es bleibt bei den folgenden Erbvorbezügen gemäss vorinstanzlichem Urteil, nämlich total Fr. 1'830'623.67 des Klägers und total Fr. 1'579'243.67 der Beklagten (act. 150 S. 46 - 57, zusammenfassend S. 57). Auf die weiteren, in der Berufung zunächst im Überblick (act. 148 S. 18 - 20) und anschliessend im Einzelnen (act. 148 S. 20 ff.) erhobenen Einwände der Beklagten ist nachstehend, soweit dies für die Entscheidungsfindung erheblich erscheint, einzugehen.

III.

Materielles

1. Allgemeine Vorbemerkung

Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsbegründung hat sich sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen, es ist konkret zu rügen und aufzuzeigen, weshalb und in welchen Belangen der angefochtene Entscheid falsch sein soll und gegebenenfalls welche Dokumente diese Argumentation stützen (REETZ/THEILER, ZK ZPO, 3. Aufl., Art. 311 N 34). Geprüft wird nur, was gerügt worden ist. Soweit jedoch eine Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374,

133 II 249 und 130 III 136; OGer ZH, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2. Die den Streitfragen zugrunde liegenden Testamente

Zur besseren Übersicht seien die im vorinstanzlichen Entscheid wiedergegebenen Testamente, welche der vorliegenden Streitsache zugrunde liegen, nachstehend nochmals aufgeführt (vgl. act. 150 S. 13 - 16; Hervorhebungen durch das Gericht)

2.1 Testament von F. _____ vom 23. September 1965

Das Testament von F. _____ vom 23. September 1965 lautet wie folgt (act. 5/6; Hervorhebung durch das Gericht):

" (...)

1. Vorweg bestätige ich, dass meine Frau [die Erblasserin] bei unserer Heirat im September 1956 Fr. 50'000.- in bar und Wertschriften eingebracht hat, ferner zwei Lebensversicherungspolicen. Ich selbst besass damals ein Vermögen von Fr. 64'400.- gemäss Bilanz per 31. Dezember 1956.
2. Das bei meinem Hinschied (...) eheliche Vermögen abzüglich das erwähnte eingebrachte Gut von mir und meiner Frau [der Erblasserin] stellt den während der Ehe gemeinsam erzielten Vorschlag dar. Von diesem erhält meine Frau [die Erblasserin] zum voraus einen Drittel.
3. Mein Nachlass setzt sich zusammen aus meinem eingebrachten Gut und den übrigen zwei Dritteln des Vorschlages. Meine Frau [die Erblasserin] hat die Wahl zwischen $\frac{1}{4}$ meines Nachlasses im Eigentum oder $\frac{1}{2}$ zur Nutzniessung. Ich empfehle ihr von der ersten Möglichkeit Gebrauch zu machen und setze deshalb dieses Testament unter dieser Voraussetzung auf. Im Falle einer Wiederverheiratung meiner Frau fällt die ihr zulasten meiner Söhne zugesprochene freie Quote aus meinem Nachlass an meine Tochter A. _____ [die Beklagte].
4. Meine beiden Söhne aus 1. Ehe, G. _____ und H. _____, setze ich zugunsten meiner Frau [der Erblasserin] auf den Pflichtteil.

5.-6. (...)

7. **Im Sinne einer Teilungsvorschrift bestimme ich, dass meine Frau [die Erblasserin] berechtigt ist, die Liegenschaft D.____-Strasse .../... zu übernehmen auf Anrechnung an ihren Vorschlags- und Erbeil. (...)**

8. Sollte das neben der Liegenschaft D.____-Strasse .../... vorhandene Vermögen zur Abfindung der anderen Erben nicht ausreichen, so sollen sie abgefunden werden durch Darlehensforderungen gegenüber meiner Frau (...)

9. Im Falle einer Wiederverheiratung meiner Frau [der Erblasserin] fällt die ihr zulasten meiner Söhne zugesprochene freie Quote aus meinem Nachlass an meine Tochter A.____ [die Beklagte]. Im übrigen ist es mein Wunsch, dass alles, was meine Frau [die Erblasserin] von mir erbt bei ihrem Hinschied an A.____ [die Beklagte] übergeht. In diesem Sinne setze ich meine Frau [die Erblasserin] als Vorerbin und meine Tochter [die Beklagte] als Nacherbin ein.

10.-11. (...)"

Die Erblasserin heiratete nicht mehr. Das Testament wurde nicht angefochten, und es wurde auch keine Herabsetzungsklage dagegen erhoben. Die Teilung des Nachlasses von F.____ wurde mit Erbteilungsrechnung vom 16. März 1972, einem ersten Nachtrag vom 26. September 1973 und einem zweiten Nachtrag vom 2. Mai 1974 vollzogen (act. 5/3 - 5). Die sich im Nachlass von F.____ befindende Liegenschaft D.____-Strasse .../... wurde für die Teilung mit Fr. 2'446'633.– bewertet. Die Liegenschaft war im damaligen Zeitpunkt mit Schulden von gesamthaft Fr. 1'380'000.– belastet. Der Nettowert der Liegenschaft betrug damals somit Fr. 1'066'633.– (act. 3 S. 6). Vor der Ermittlung des Nachlassvermögens wurde die güterrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten vorgenommen. Die Erblasserin hatte eingebrachtes Gut von Fr. 56'300.–. Das Reinvermögen betrug Fr. 1'040'389.75. Es handelte sich also im Wesentlichen um die Liegenschaft (act. 5/5 S. 10 f. Ziff. IV. und V.). Die Erblasserin erhielt davon einen Vorschlagsanteil von Fr. 347'056.75, der ihr vom Nettovermögen von F.____ zustand. Das Nachlassvermögen betrug Fr. 693'333.–. Davon erhielten dessen Söhne den Pflichtteil von je Fr. 130'000.– (je 3/16). Die Be-

klagte erhielt ihren gesetzlichen Erbteil im Betrag von Fr. 173'333.– (4/16 = 1/4), die Erblasserin den Rest hiervon, nämlich total Fr. 260'000.– (Fr. 173'333.– und Fr. 86'667.– [1/4 und 1/8 = 6/16]; act. 5/5 S. 11).

Im Sinne einer Teilungsvorschrift verfügte F. _____ in Ziff. 7 seines Testaments, dass seine Frau die Liegenschaft auf Anrechnung an ihren Vorschlags- und Erbteil übernehmen dürfe (act. 5/6 Blatt 2). Die Liegenschaft wurde der Erblasserin entsprechend zu Eigentum übertragen, wobei im Grundbuch folgende Vormerkung angebracht wurde (act. 17/2): „Verfügungsbeschränkung: Anwartschaft der Nacherbin, A. _____, 1958 [Beklagte]“

2.2 Letztwillige Verfügung von C. _____

Die Erblasserin C. _____ hinterliess eine öffentliche letztwillige Verfügung vom 26. September 2006. Diese wurde vom Einzelgericht in Erbschaftssachen am Bezirksgericht Zürich eröffnet (act. 5/2; act. 5/8, Hervorhebungen durch das Gericht):

I.

Sämtliche bisher von mir verfassten letztwilligen Verfügungen sind mit diesem Testament gänzlich aufgehoben und ersetzt.

II.

Da ich im hinterlassenen Testament meines Ehemannes F. _____ vom 23.09.1965 eine Verletzung meines Pflichtteils sehe (Ziffer 9) und eine Bevorzugung meiner Tochter A. _____, **insbesondere, da meine genannte Tochter nach dem Wunsch meines verstorbenen Gatten im Falle meiner Wiederverheiratung die Liegenschaft D. _____-Strasse .../... in ... Zürich erhalten** soll und damit später erhebliche Mietzinseinnahmen erzielen wird, **setze ich meine Tochter A. _____**, geb. tt. September 1958, von Zürich, wohnhaft ... [Adresse], bzw. beim Vorversterben derselben deren Erben sowie die allenfalls bei meinem Tode noch vorhandenen übrigen pflichtteilsgeschützten Erben, **auf deren gesetzlichen Pflichtteil und weise die Verfügungsfreie Quote meinem Sohn, B. _____**, geboren tt. November 1951, von Zürich, wohnhaft ... [Adresse], **zu.**

III.

Im Sinne einer Teilungsvorschrift bestimme ich, **dass meine Tochter A._____ unter Anrechnung an ihren Erbteil meine Liegenschaft D._____ -Strasse .../... in ... Zürich zum Verkehrswert im Zeitpunkt der Erbteilung zu Alleineigentum übernehmen darf.**

IV.

Der Verkehrswert der obgenannten Liegenschaft ist nach meinem Tode von zwei fachkundigen und ausgewiesenen, bzw. anerkannten Schätzern festzulegen, wobei mein Sohn B._____ den einen und meine Tochter A._____ den anderen bestimmen darf. Das Mittel beider Schätzungen gilt als der in der Erbteilung gültige Übernahme-wert.

Sollten sich jedoch meine Kinder bezüglich der Ernennung der Schätzer definitiv nicht einigen können, so bestimmt die Zürcher Kantonalbank endgültig den Verkehrs- bzw. Uebnahmewert."

3 Umfang des Nachlasses der Erblasserin sowie der Nacherbeneinsetzung

3.1 Die Vorinstanz hielt zunächst fest, der Kläger habe nicht beweisen können, dass die Erben des F._____ in der Erbteilung im Einverständnis aller in dem Sinne vom Testament abgewichen seien, als dass die Beklagte lediglich im Umfange von 1/8 als Nacherbin eingesetzt worden sei. In Bezug auf die Nacherbeneinsetzung sei damit auf die testamentarische Anordnung von F._____ abzustellen (act. 150 S. 29 - 33). Die Vorinstanz hielt weiter fest mit dem Passus "alles was meine Frau von mir erbt" sei der rechnerische Anteil der Erblasserin am Nachlass gemeint gewesen und nicht die Liegenschaft. F._____ habe in seinem Testament nur die Erbquoten bestimmt und lediglich im Sinne einer Teilungsvorschrift angeordnet, dass die Liegenschaft an die Erblasserin gehen solle. Die Liegenschaft sei infolge Universalsukzession an alle Erben gegangen und im Rahmen der Erbteilung der Erblasserin übertragen worden, gemäss Anordnung von F._____ als Teilungsvorschrift auf Anrechnung an deren Vorschlags- und Erbteil. Sämtliche Mit-erben seien in der Folge von der Erblasserin durch erbrechtliche Ausgleichszahlungen im Sinne von Art. 608 Abs. 2 ZGB durch Barzahlungen oder durch Einräumung von Darlehensschulden abgegolten worden. Die Erbteilung sei in die-

sem Sinne vollzogen worden. Die Erblasserin sei damit kraft Erbrecht, gestützt auf Art. 634 ZGB und den Grundbucheintragung zur Alleineigentümerin der Liegenschaft geworden. Unbestritten sei, dass die Erbquote der Erblasserin am Nachlass des F. _____ damals 6/16 betragen habe. Das Nachlassvermögen habe sich auf Fr. 693'333.– belaufen, der rechnerische Anteil der Erblasserin auf Fr. 260'000.– (1/4 und 2/16). Die Liegenschaft habe damals einen unbestrittenen Nettowert von Fr. 1'066'333.– gehabt. Demnach habe die Erblasserin die Übernahme der Liegenschaft in ihr Alleineigentum mit 24,362% aus Mitteln ihrer Erbschaft finanziert und den Rest aus Mitteln der Vorschlagsbeteiligung sowie aus eigenen Mitteln, Barauszahlung bzw. Einräumung von Darlehensschulden. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass die Nacherbschaft der Beklagten damit 24.362% des Wertes der Liegenschaft betrage und demzufolge 75,638% des Wertes der Liegenschaft D. _____-Strasse .../... in den Nachlass der Erblasserin falle (act. 150 S. 34/35 i.V.m. act. 5/5 S. 11).

3.2 Die Beklagte geht auch in der Berufung davon aus, dass mit dem Tode der Erblasserin am tt.mm.2009 das Alleineigentum an der Liegenschaft infolge Universalsukzession und ausserbuchlich von ihrem Vater auf die Beklagte übergegangen sei (act. 148 S. 10). Sie macht geltend, der Wortlaut von Ziff. 7 des Testamentes von F. _____ "die Liegenschaft D. _____-Strasse .../... zu übernehmen" sei klar und lasse keinen Raum für Interpretationen. Es sei nirgends die Rede von einem rechnerischen Anteil oder einem Anteil von 24,362% am Wert der Liegenschaft. Die Auffassung der Vorinstanz stehe im Widerspruch zu Ziff. 8 des Testamentes, weil sich bei einem Erbanspruch der Erblasserin auf nur einen Anteil der Liegenschaft die Frage der Ausgleichung gar nicht gestellt hätte. Die Lesart der Vorinstanz widerspreche auch dem aktenkundigen Verständnis aller an der Erbteilung des Nachlasses von F. _____ beteiligten Personen sowie der Grundbuchanmeldung, wonach die Erblasserin Alleineigentümerin der Liegenschaft werden soll (act. 148 S. 23 - 25). Die Beklagte geht weiter davon aus, die Auffassung der Vorinstanz, die Erblasserin habe einen Anteil von 24,362% am Wert der Liegenschaft geerbt, widerspreche der Rechtsnatur der Teilungsvorschrift, welche der Erblasserin einen Anspruch auf Zuweisung der Liegenschaft verschaffe. Ebenso widerspreche diese Auffassung Art. 608 Abs. 2 ZGB, welche Bestimmung die Un-

gleichheit ausgleiche, wenn eine Teilungsvorschrift einem Erben ein Erbschaftsaktivum zuweise, welches den Erbenspruch dieses Erben übersteige. Genau dies habe die Erblasserin gemacht. Es sei aber nicht richtig, dass die Teilungsvorschrift die Grösse des Erbteils bestimme. Mithin sei auch die Feststellung der Vorinstanz unrichtig, die Erblasserin habe als Vorerbin nur einen Anteil am Wert der Liegenschaft geerbt, weil sie diesen Anteil aus Mitteln der Erbschaft und den Rest aus anderen Mitteln finanziert habe (act. 148 S. 25 - 27). Die Beklagte hält dafür, dass die Übertragung der Liegenschaft im Rahmen der Teilung des Nachlasses von F. _____ gleich zu beurteilen sei wie später im Rahmen der Teilung des Nachlasses der Erblasserin. Wenn die Vorinstanz annehme, es habe die Erblasserin nur einen Anteil am Wert der Liegenschaft geerbt, dann widerspreche dies dem Grundsatz der Universalsukzession ebenso wie der Rechtsnatur der Erbteilung: Die Vorinstanz halte fest, dass die Übertragung der Liegenschaft zu Alleineigentum der Erblasserin im Rahmen der Erbteilung erfolgt sei. Diese habe damit die Liegenschaft im Rahmen der Erbteilung erworben, d.h. die Liegenschaft geerbt (act. 148 S. 30 Rz 87). Im Zusammenhang mit der Nacherbeneinsetzung rügt die Beklagte die Feststellung der Vorinstanz, dass mit dem Passus "alles was meine Frau von mir erbt" der rechnerische Anteil der Erblasserin am Nachlass von F. _____ gemeint sein solle, wo sie doch andernorts selber festgestellt habe, dass F. _____ eine umfassende Nacherbeneinsetzung wollte. Auch seien damals die Erblasserin, der Willensvollstrecker wie auch der rechtskundige Beistand der Beklagten davon ausgegangen, die Nacherbeneinsetzung beschlage die Liegenschaft und nicht nur einen rechnerischen Anteil (act. 148 S. 33 Rz 99 - 102).

3.3 Die Einwendungen der Beklagten halten einer Prüfung nicht stand und es lassen sich auch keine Widersprüche in den vorinstanzlichen Erwägungen oder Verstösse gegen erbrechtliche Prinzipien oder Gesetzesbestimmungen erkennen, wie dies die Beklagte geltend macht (act. 148 S. 20 - 33 Rz 51 - 102).

Übereinstimmend mit der Vorinstanz geht die Beklagte davon aus, dass die Liegenschaft D. _____-Strasse .../... mit dem Tod von F. _____ infolge Universalsukzession auf die gesetzlichen Erben übergang, so dass diese Gesamteigentümer/innen infolge Erbfall es wurden (act. 148 S. 29 Rz 81). Zutreffend ist auch,

dass im Rahmen der einverständlichen Realteilung die Miterben als Gesamteigentümer ausschieden und die Liegenschaft der Erblasserin als Alleineigentümerin zugewiesen wurde (a.a.O.) Insoweit besteht auch keine Differenz zu den vorinstanzlichen Erwägungen (act. 150 S. 33). Auf den Umstand, dass die Vorinstanz von Übertragung der Liegenschaft und nicht von Zuweisung sprach (vgl. dazu act. 148 S. 30 Rz 89), kann es im vorliegenden Zusammenhang nicht ankommen. Richtigerweise bezeichnet auch die Beklagte den Wortlaut von Ziff. 7 des Testamentes von F._____ als Ausgangspunkt. Diese hat wie bereits erwähnt folgenden Wortlaut: "Im Sinne einer Teilungsvorschrift bestimme ich, dass meine Frau berechtigt ist, die Liegenschaft D.____-Strasse .../... zu übernehmen auf Anrechnung an ihren Vorschlags- und Erbteil..." Die Erblasserin wurde gemäss unstreitigem Wortlaut berechtigt, die Liegenschaft zu übernehmen, wobei es die Beklagte bei dieser Feststellung (act. 148 S. 23 Rz 61) unterlässt, die Fortsetzung, welche ebenfalls unmissverständlich ist, zu erwähnen, nämlich: "...auf Anrechnung an ihren Vorschlags- und Erbteil...". Mit der Beklagten (act. 148 Rz 63) kann gestützt auf die massgeblichen testamentarischen Bestimmungen davon ausgegangen werden, dass F._____ mittels Teilungsvorschrift die Liegenschaft als solche der Erblasserin zuweisen wollte (und nicht irgendwelche wertmässige Anteile). Ebenso ergibt sich aber auch zweifelsfrei aus Ziff. 7, dass dies *auf Anrechnung* an den Vorschlags- und Erbteil erfolgen sollte, was nichts anderes bedeuten kann, als dass eben dieser Vorschlags- bzw. Erbteil der Erblasserin zunächst zu ermitteln war. Zu Recht weist die Beklagte selbst wiederum darauf hin, dass die Teilungsvorschrift, vorliegend mithin die Zuweisung der Liegenschaft an die Erblasserin, nicht die Grösse eines Erbanteils bestimme. Sie ist nur für die Losbildung insofern von Bedeutung, als sie einem Erben einen Anspruch auf Zuweisung einer bestimmten Sache verleiht (SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, BSK ZGB II, 5. Aufl., Art. 608 N 2). Wenn die Vorinstanz eben diese Differenzierung zwischen der Bestimmung des Erbanteils und der Zuweisung vorgenommen hat, ist dies entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zu beanstanden, sondern entspricht der gesetzlichen Regelung.

Die Beklagte hat alsdann zutreffend die Regelung von Art. 608 Abs. 2 ZGB dargelegt und ebenso zutreffend festgehalten, dass es diese Bestimmung einem Erben ermögliche, ein dessen Erbanspruch wertmässig übersteigendes Aktivum zu

übernehmen, sofern dieser Erbe in der Lage und willens ist, aus eigenen, wie auch immer beschaffenen Mitteln den seinen Erbanspruch wertmässig übersteigenden Teil gegenüber den Miterben auszugleichen. Zutreffend hielt sie auch fest, dass eben dies vorliegend geschehen sei (act. 148 S. 25/26, Rz 70 - 73). Handelte es sich bei den Geldleistungen der Erblasserin an die Miterben (Barzahlungen bzw. Einräumung von Darlehensschulden) um Ausgleichszahlungen gemäss Art. 608 Abs. 2 ZGB, wie die Beklagte in Übereinstimmung mit der Vorinstanz annimmt (a.a.O. und act. 150 S. 34), dann heisst dies nichts anderes, als dass im Umfang dieser Leistungen der Erbanteil der Erblasserin überschritten wurde, was wiederum bedeutet, dass der wertmässige Anteil der Liegenschaft im Umfang der Ausgleichszahlungen *nicht* mehr zum Erbanteil der Erblasserin gehörte. Die testamentarische Zuweisung der Liegenschaft als Ganzes an die Erblasserin war – unter dem Vorbehalt der Ausgleichung der übrigen Erben, wie auch die Beklagte ausführt (act. 148 S. 27 Rz 74) – zulässig, was aber nichts über die Höhe des Erbanteils aussagt. Es ist deshalb auch nicht zu beanstanden, und steht im Einklang mit den erbrechtlichen Grundsätzen der Universalsukzession und der Erbteilung, wenn die Vorinstanz festhielt, dass die Erblasserin nur einen Teil der Liegenschaft "geerbt" hat. Der Erbanteil der Erblasserin entsprach nicht dem Gesamtwert der Liegenschaft. Damit sich die Teilungsvorschrift umsetzen liess, musste die Erblasserin den ihren Erbanteil übersteigenden Wert gegenüber den Miterben aus eigenen Mitteln ausgleichen, was unbestrittenermassen auch geschah. In dem den Erbanteil übersteigenden Wert der Liegenschaft lag damit entgegen der Auffassung der Beklagten kein "Erbe" vor. Als Konsequenz davon konnte auch der Passus in Ziff. 9 des Testamentes, "...alles, was meine Frau von mir erbt...", sich nicht darauf beziehen. F._____ hat – wie die Beklagte zutreffend festhält (act. 148 S. 32 Rz 96 ff.) – die Liegenschaft D._____ -Strasse .../... seiner Ehefrau und Erblasserin zugewiesen (Ziff. 7 des Testamentes) und alsdann geregelt, wie die übrigen Erben gegebenenfalls abzufinden seien (Ziff. 8). Schliesslich hat er auch den Wunsch geäussert, dass alles, was seine Ehefrau erbe, im Sinne einer Nacherbeneinsetzung an die Beklagte gehe (Ziff. 9). Wenn die Beklagte wie gesehen davon ausgeht, es ergebe sich neben dem klaren Wortlaut von Ziff. 9 des Testamentes auch aus dessen logischen Aufbau, dass mit den Worten, "alles,

was meine Frau von mir erbt", die gemäss Ziff. 7 und 8 zugewiesene Liegenschaft gemeint sei (act. 148 S. 32 Rz 97), dann verkennt sie den von ihr andernorts selbst hervorgehobenen Unterschied zwischen dem Erbanteil und der Zuweisung im Sinne der Teilungsvorschrift. Die Erblasserin hat den Miterben die vorgenannten Ausgleichszahlungen unbestrittenermassen geleistet und sie wurde Alleineigentümerin der Liegenschaft und als solche im Grundbuch eingetragen. Es erscheint bei dieser Sachlage zwar nachvollziehbar, dass sie die letztlich als Folge der Nachlassteilung erlangte Stellung als Alleineigentümerin in dem von ihr verstandenen Sinn versteht, rechtlich lässt sich dies indes nach dem Gesagten nicht erhärten.

Da die Beklagte das Quantitativ in der Nachlassteilung von F._____ nicht konkret beanstandet, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Nacherbschaft der Beklagten 24,363% des Wertes der Liegenschaft D._____ -Strasse .../... beträgt und demzufolge 75,638% des Wertes der Liegenschaft in den Nachlass der Erblasserin fallen. Die Berufung erweist sich insoweit als unbegründet.

4. Testierfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der letztwilligen Verfügung

4.1 Die Beklagte hatte vor Vorinstanz einredeweise geltend gemacht, das öffentlich beurkundete Testament der Erblasserin vom 26. September 2006 sei wegen Verfügungsunfähigkeit (Urteilsunfähigkeit) für ungültig zu erklären. Hierüber führte die Vorinstanz ein Beweisverfahren durch. Insbesondere gestützt auf die Zeugenaussage von Dr. med. I._____, welcher die Erblasserin seit 1999 als seine Patientin betreute und der klar aussagte, dass die Erblasserin im Jahre 2006 (und auch 2007) nicht dement gewesen sei (act. 126 S. 3/4), kam die Vorinstanz zum Schluss, der Beklagten sei der Beweis der fehlenden Urteilsfähigkeit misslungen. Lediglich aufgrund einer nach Ansicht der Beklagten eigentümlichen Anordnung (Hinweis einer erneuten Heirat der damals 88 Jahre alten Erblasserin) könne nicht auf fehlende Urteilsfähigkeit geschlossen werden. Überdies handle es sich bei der Anordnung auch nicht um objektiven Unsinn. Die weiteren Behauptungen der Beklagten, so die Behauptung, der Text stamme nicht vom Notar, nur der Kläger komme als Verfasser in Frage, liessen keine Schlüsse zur Testierfähigkeit zu, und der Umstand, dass sich die Erblasserin habe beraten lassen, spreche eher für ei-

nen ernst zu nehmenden, eigenen Testierwillen als für eine Beeinflussung durch den Kläger. Bei der öffentlichen Beurkundung des Testamentes sei sodann mindestens eine Zeugin anwesend gewesen, zu welcher keine besondere Beziehung bestand, und die Art und Weise, wie das Testament nach dem Tod der Erblasserin gefunden wurde, sage zur Testierfähigkeit nichts aus (act. 150 S. 36 - 40).

4.2 In der Berufung hält die Beklagte an ihrer Auffassung fest, dass das öffentlich beurkundete Testament der Erblasserin gestützt auf Art 519 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB ungültig sei. Sie geht von einer erstellten Vergesslichkeit der Erblasserin im fraglichen Zeitpunkt aus und stützt sich zur Begründung im Übrigen im Wesentlichen auf den "widersinnigen und in sich widersprüchlichen Inhalt" des Testamentes sowie auf Umstände dazu, wie das Testament zustande gekommen sei. Zentraler Punkt des Testamentes sei die Versetzung der Beklagten auf den Pflichtteil zugunsten des Klägers. Das Testament diene den Interessen des Klägers, weshalb es durchaus relevant sei, unter welchen Umständen es zu diesem Testament gekommen sei und wie sich der Kläger dazu geäußert habe. Es stehe fest, dass der Kläger offensichtlich die treibende Kraft hinter dem Testament sei. Er als materiell Begünstigter habe den Termin beim Notariat in J._____, den Transport der Beklagten wie auch seinen Freund als Zeugen organisiert und dann das Testament in einem Tresorfach aufbewahrt, von dem nur er gewusst habe, dass es existiere. So sei ein Testament entstanden, das inhaltlich objektiv falsch und überdies in sich widersinnig und ungültig sei. Sollte grundsätzlich Testierfähigkeit der Erblasserin angenommen werden, so läge in der gut zwei Jahre später durchgeführten hälftigen Aufteilung gemäss act. 5/13 ein Widerruf durch contrarius actus. Die Teilungsvorschrift gemäss act. 5/8 Ziff. III. und IV. sei überdies rechtsunwirksam, weil die Erblasserin als Vorerbin über den Gegenstand der Nacherbeneinsetzung nicht habe letztwillig verfügen können (act. 148 S. 33 - 35).

4.3 Die Beklagte stellt die Richtigkeit der Aussage des Zeugen Dr. med. I._____ zu Recht nicht in Frage. Dieser hat mit überzeugender Begründung die Testierfähigkeit der Erblasserin bejaht: Er legte dar, dass die Erblasserin 2006 wegen einer Blutverdünnung in regelmässiger ärztlicher Kontrolle war, sie den Blutverdünner sehr genau mit Hilfe einer Dosierungskarte habe einnehmen müssen und

dies, wie auch die regelmässigen Kontrollen gut geklappt hatten, was bei einer demenzkranken Person nicht der Fall gewesen wäre. Er verneinte sowohl für das Jahr 2006 als auch für das Jahr 2007 eine Demenz. Ab 2000 sei sie aber vergesslicher geworden; im Jahre 2006 sei das Kurzzeitgedächtnis betroffen gewesen.

Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass gestützt auf diese klare Zeugen aussage eine Urteilsunfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung ihrer öffentlichen letztwilligen Verfügung zu verneinen sei. Hieran vermögen auch die Einwendungen der Beklagten nichts zu ändern. Insbesondere lässt sich die Urteilsunfähigkeit nicht auf den seitens der Beklagten behaupteten widersinnigen Inhalt stützen. Wenn auch nicht korrekt, nahm der Passus "im Falle einer Wiederverheiratung..." Bezug auf das Testament des verstorbenen Ehegatten und erscheint insoweit jedenfalls nicht als widersinnig. Der Umstand, dass der Inhalt des Testamentes den Kläger begünstigt, sagt sodann nichts aus über die Testierfähigkeit. Zu Recht nicht in Zweifel gezogen hat sodann die Beklagte, dass jedenfalls eine der beiden Zeugen bei der öffentlichen Beurkundung des Testamentes keine näheren Beziehungen zu den Beteiligten aufwies. Im Berufungsverfahren nicht beanstandet wurde auch die vorinstanzliche Feststellung, dass die Beklagte auf die Beweisführung im Zusammenhang mit dem behaupteten mangelhaften Willen der Erblasserin (Irrtum) verzichtet hat. Von einem mangelhaften Willen der Erblasserin kann somit nicht ausgegangen werden, weshalb sich die behauptete und bestrittene Beeinflussung durch den Kläger nicht auszuwirken vermöchte.

4.4 Zum Einwand, es sei von einem konkludenten Widerruf auszugehen, sollte die Testierfähigkeit bejaht werden, ist vorab festzuhalten, dass sich die Vorinstanz hierzu nicht eigens geäußert hat, was die Beklagte indes nicht rügt. Die Beklagte hatte dies bereits vor Vorinstanz vorgebracht (act. 16 Rz 66; act. 49 Rz 137). In der Berufung macht sie geltend, die hälftige Verteilung des ganzen beweglichen Vermögens an die Parteien gut zwei Jahre nach der Errichtung des Testamentes könne nicht anders als ein (nicht formgebundener) Widerruf eben dieses Testamentes verstanden werden (act. 148 S. 35 Rz 111). In der vorinstanzlichen Replik hat der Kläger bestritten, dass die hälftige Auszahlung des beweglichen Vermö-

gens an die Parteien durch die Erblasserin, welche diese mit Schreiben vom 13. Februar 2008 veranlasste (act. 5/13), einen Widerruf darstelle (act. 39 S. 29). Die Beklagte hielt dem entgegen, dass sich die Erblasserin mit der hälftigen Aufteilung des Barvermögens im Februar 2008 entweder ihres öffentlichen Testamentes nicht bewusst gewesen sei oder darin ein *contrarius actus* zu erblicken sei (act. 49 S. 40 Rz 137).

4.5 Die Erblasserin hat mit Schreiben vom 13. Februar 2008 gegenüber der Zürcher Kantonalbank die Auflösung des Depots und aller Konti und eine hälftige Aufteilung dieser Vermögenswerte auf die Parteien angeordnet (act. 5/13). Im Schreiben wird nicht Bezug genommen auf das öffentliche Testament. Ein Widerrufswille bezüglich des Testamentes lässt sich daraus nicht ableiten. War sich die Erblasserin dieses Testamentes im Zeitpunkt des Schreibens nicht bewusst, wie die Beklagte als Variante behauptet, dann lässt sich daraus schon rein begrifflich nicht auf einen Widerrufswillen schliessen, setzt doch ein solcher klares Bewusstsein um das, was widerrufen werden soll, voraus. Da sich die Beklagte sowohl vor Vorinstanz wie auch in der Berufung für den behaupteten Widerruf einzig auf act. 5/13 stützt, erweist sich der Einwand ohne weiteres als unbehelflich. Zutreffend ist immerhin der allgemeine Einwand, dass der Widerruf eines Testamentes nicht denselben Formvorschriften unterliegt wie die Errichtung. Auch beim Widerruf liegt eine die Rechtslage beeinflussende, erbrechtlich relevante Willensäusserung vor. Es ist wie bei der Errichtung die Freiheit der Willensbildung zu schützen und die Authentizität zu gewährleisten. Dabei ist der Widerruf nicht deshalb privilegiert, damit dem Erblasser die Rückkehr zur gesetzlichen Erbfolgeordnung erleichtert wird, sondern einzig deshalb, weil sich die Formvorschrift auch für den Widerruf praktisch nicht durchsetzen liesse. Ein Widerruf in Errichtungsform ist immerhin dort geboten, wo ein öffentliches Testament widerrufen werden soll (BREITSCHMID, BSK ZGB II, 5. Aufl., Art. 509 - 511, N 1 und 4), was vorliegend der Fall wäre. Die Frage der Formgebundenheit kann aber wie gesehen offen bleiben, wenn es bereits am Widerrufswillen fehlt.

4.6 Auch hinsichtlich der Testierfähigkeit der Erblasserin erweist sich die Berufung als unbegründet und diese ist damit im Hauptstandpunkt als Ganzes abzuweisen.

5. Wert der Liegenschaft D. _____-Strasse .../...

5.1 Für den Fall, dass mit der Vorinstanz davon ausgegangen würde, es sei ein rechnerischer Anteil der Liegenschaft in den Nachlass der Erblasserin gefallen, beantragt die Beklagte die Einholung eines Gutachtens zwecks Feststellung des Verkehrswertes der Liegenschaft per Todestag der Erblasserin; dies mit der Begründung, dass die Beklagte (im Sinne eines Eventualstandpunktes) per tt.mm.2009 im Umfang von 24'362% des Wertes der Liegenschaft Nacherbin sei und sie in diesem Umfang auch alleine an der zwischen dem Todestag und dem Schätzungszeitpunkt (23. April 2014) eingetretenen Wertsteigerung berechtigt sei. Um diese zu ermitteln, sei der Verkehrswert per Todestag gutachterlich festzustellen (act. 148 S. 18 Rz 48 und S. 36 Rz 115 -118).

5.2 Die Liegenschaft D. _____-Strasse .../... wurde im gerichtlich eingeholten Verkehrswertgutachten vom 4. Juni 2014 mit Fr. 9'630'000.– bewertet (act. 91). Für die Erbquotenberechnung setzte die Vorinstanz alsdann 75,638% des um die Hypothek (Fr. 1'175'000.–) reduzierten Wertes ein, mithin Fr. 6'395'193.–. Der nicht in den Nachlass fallende Anteil von 24,362%, welcher der Beklagten direkt zufiel, wurde nicht in die Berechnung einbezogen und zwar zum Wert per Verkehrswertschätzung von Juni 2014, mithin unter Berücksichtigung des seit dem Todestag angefallenen Mehrwertes. Dem Anliegen der Beklagten ist mit der vorinstanzlich vorgenommenen Berechnung Rechnung getragen, ein Rechtsschutzinteresse an dem Eventualbegehren Ziff. 2.2 ist nicht ersichtlich, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

5.3 Der gutachterlich festgestellte Wert der Liegenschaft ist im Berufungsverfahren nicht umstritten, weshalb es bei den vorinstanzlichen Feststellungen bleibt.

6. Mietzinseinnahmen

6.1 Für den Fall, dass die Liegenschaft wertmässig zu 75,638% in den Nachlass falle, macht die Beklagte im Eventualstandpunkt weiter geltend, dass diesfalls zwingend auch nur 75,638% der Nettomietzinseinnahmen in den Nachlass fallen; die einzig mit einem Hinweis auf eine Kommentarstelle begründete Auffassung der Vorinstanz, es würden 100% der seit dem Tode der Erblasserin angefallenen Nettomietzinserträge in den Nachlass fallen, sei unrichtig und werde durch die zitierte Kommentarstelle auch nicht gestützt. Die Liegenschaft habe nur in dem Umfange infolge Universalsukzession in das Gesamteigentum der Parteien übergehen können, als die Liegenschaft auch in den Nachlass der Erblasserin gefallen sei. Dass die Mietzinseinnahmen der Erbschaft, wie die Vorinstanz richtig festgestellt habe, vollumfänglich der Erblasserin persönlich zugestanden habe, führe nicht dazu, dass die nach ihrem Tode und mithin nach Eintritt des Nacherbfalles anfallenden Mietzinseinnahmen in ihren Nachlass fallen. Wenn überhaupt, könnten es nur 75,638% der Mietzinseinnahmen sein (act. 148 S. 37 ff. Rz 119 - 122).

6.2 Ohne nähere Begründung hielt die Vorinstanz im angefochtenen Urteil fest, dass die Mietzinseinnahmen der Erbschaft, welche die Erblasserin erlangte, ihr vollumfänglich persönlich zustanden und nach ihrem Tod in die Erbmasse flossen. Der Kläger habe somit seit dem Tode der Erblasserin rechnerisch auf 5/8 der gesamten Erträge Anspruch (act. 150 S. 42/43).

6.3 Der Vorerbe erwirbt gemäss Art. 491 ZGB die Erbschaft wie ein anderer eingesetzter Erbe (Abs. 1). Er wird Eigentümer der Erbschaft unter der Pflicht, diese an den Nacherben auszuliefern (Art. 491 Abs. 2 und Art. 488 ZGB). Gegenstand der Auslieferung ist nach dem Gesagten alles, was die Erblasserin von F._____ geerbt hat. Dies war indes, wie gesehen, nicht die fragliche Liegenschaft als solche. Die Erblasserin erbte 6/16 des Nachlasses von F._____. Sie übernahm alsdann die Liegenschaft, und verwendete den Erbanteil zur teilweisen Finanzierung der Liegenschaft. Im weit überwiegenden Teil erfolgte die Finanzierung mit eigenen Mitteln der Erblasserin (Vorschlagsbeteiligung, Barauszahlung und Einräumung von Darlehensschulden). Gegenstand der Nacherbeneinsetzung war nicht die Liegenschaft, aus welchen die Mieterträge generiert wurden,

sondern der rechnerische Anteil. Dieser Anteil wurde für die Finanzierung der Liegenschaft investiert. Es liegt insoweit eine Parallele zu jenem Fall vor, welcher dem BGE 129 III 113 (= Pra 92 (2003) Nr. 87) zugrundeliegt. Das Bundesgericht hatte es bei einer Liegenschaft, welche nicht überwiegend mit Erbschaftsmitteln finanziert wurde, welche mit der Nacherbschaft belastet war, abgelehnt, die Liegenschaft als Surrogat anzuerkennen. Aufgrund des Prinzips der Surrogation wird das, was der Vorerbe mit Erbschaftsmitteln erwirbt, wieder Bestandteil derselben. Wenn allerdings der Beitrag der Erbschaft nur einen Teil der Anschaffungskosten ausmacht, dann erscheint es jedenfalls als vertretbare Lösung, wenn – analog dem Vorgehen bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung – die Liegenschaft demjenigen Vermögen zugeordnet wird, welches überwiegend zur Finanzierung beigetragen hat (vgl. dazu Weimar, BK ZGB, Bern 2009, Art. 491 N 9; Besserich, BSK ZGB II, 5. Aufl., Art. 491 N 5 mit weiteren Hinweisen; BGE 129 III 113 [= Pra 92 Nr. 87]; OGer Zürich LB120007, Urteil vom 23. März 2013). Dies war vorliegend das freie und nicht das geerbte Vermögen. Wenn die Vorinstanz zum Schluss kam, der Anspruch des Klägers gehe auf die gesamten Erträge und nicht nur auf 75,638%, ist dies daher nicht zu beanstanden. Die in Literatur und Rechtsprechung jedenfalls nicht einheitlich beantwortete Frage, ob natürliche und rechtliche Früchte des Vorerbschaftsvermögens zum Nacherbe gehören, stellt sich im vorliegenden Zusammenhang nicht (vgl. hiezu BJM 1997 S. 189, BGer 5C.53/2006, Entscheid vom 12. April 2007 E. 5.4 mit weiteren Hinweisen; Weimar, a.a.O. Art. 491 N 10).

6.4 Im Zusammenhang mit den Mietzinserträgen rügt die Beklagte weiter, der Kläger habe in seinem Schlussvortrag neu und damit verspätet nicht nur eine Beteiligung für die Zeit vom 1. Juni 2009 bis 26. Oktober 2011, wie in der Klageschrift (Begehren 6) verlangt, sondern für die Zeit vom 1. Juni 2009 bis zum "Datum der Teilung" verlangt. In seinem Schlussvortrag hätte er solches nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 227 ZPO machen können; dass diese Voraussetzungen bezüglich der Erhöhung seiner Forderung erfüllt seien, habe er im Schlussvortrag aber nicht einmal behauptet. Sie, die Beklagte, habe hierauf in ihrem zweiten Schlussvortrag (act. 139) hingewiesen, worauf die Vorinstanz indes nicht eingegangen sei. Sodann wendet die Beklagte in der Berufung neu ein, der

Kläger habe in der Klageschrift 110/192 (ca. 57,3%) der Mietzinseinnahmen eingeklagt, in seinem Schlussvortrag dann aber 5/8 (62,5%) geltend gemacht; auch diese Klageänderung sei verspätet (act. 148 S. 37 - 41 Rz 122 - 132).

6.5 Vorab ist hiezu festzuhalten, dass nicht ersichtlich oder dargetan ist, inwiefern der von der Beklagten in der Berufungsschrift neu erhobene Einwand hinsichtlich der geltend gemachten Quote den Anforderungen von Art. 317 ZPO genügt, so dass dieser nicht zu berücksichtigen ist.

Zutreffend ist, dass sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zum Einwand der Beklagten, der Kläger habe in seinem Schlussvortrag hinsichtlich der Mietzinseinnahmen verspätet andere und zusätzliche Begehren gestellt, nicht eigens geäußert hat. Mit der Frage der Zulässigkeit der vom Kläger im Rahmen des 1. Schlussvortrages gestellten Anträge hat sie sich indes einlässlich auseinandergesetzt (act. 150 S. 8 - 12), und in diesem Rahmen ist sie auch auf die von der Beklagten monierte Klageänderung eingegangen. Sie erwog, dass sich dem Schlussvortrag bei wohlwollender Auslegung klarerweise entnehmen lasse, dass weiterhin die Feststellung und Teilung des Nachlasses begehrt werde und dass der Kläger bereits zu Beginn des Verfahrens eine Klage auf Leistung erhoben, und diese nun nach Durchführung des Beweisverfahrens beziffert habe, was keine Klageänderung nach Art. 227 ZPO darstelle. Einzig die vom Kläger verlangte Anweisung an das Grundbuchamt E._____, es sei die Vormerkung der vorläufigen Eintragung zu löschen, erachtete dabei die Vorinstanz als unzulässige Klageänderung (act. 150 S. 10/11).

Diesen Erwägungen setzt die Beklagte im Berufungsverfahren wie bereits erwähnt (vgl. vorne Ziff. II. 3.) nichts entgegen. Insbesondere beanstandet die Beklagte zu Recht nicht die Zulässigkeit eine Klage auf Erbteilung nach Durchführung des Beweisverfahrens zu präzisieren und sich aufgrund der Teilung ergebende Leistungsansprüche zu konkretisieren. Solches ist auch mit Bezug auf die in Frage stehenden Mietzinserträge erfolgt: In der Klagebegründung hat der Kläger geltend gemacht, er sei entsprechend seiner Gesamteigentumsquote an den Mietzinseinnahmen zu beteiligen (act. 2 S. 11). Ziff. 6 seiner Klagebegehren ist in diesem Sinne zu verstehen. Der Wortlaut von Ziff. 6 der Klagebegehren lautete,

es sei "...dem Kläger vom Nettoertrag der Liegenschaft D._____-Strasse ... und ..., Grundbuchblatt Nr. ... des Grundbuchamtes E._____, Kataster-Nr. ... seit dem tt.mm. 2009 bis heute den Anteil von 110/192 zuzüglich Verzugszinse zu 5% ab dem mittleren Verfall zu bezahlen." In seinem Schlussvortrag verzichtete der Kläger auf Verzugszins bezüglich dieser und weiterer Positionen, worauf er zu Recht behaftet wurde. Im Übrigen ging er auch im Schlussvortrag von nichts anderem aus als bereits in der Klagebegründung und verlangte, dass er im Rahmen seiner Erbquote an den Erträgen beteiligt werde (act. 130 S. 15). Insoweit verlangte er nichts anderes und nicht mehr als bereits in der Klagebegründung. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann insbesondere die Formulierung "...bis heute..." im Klagebegehren Ziff. 6 nicht dahingehend verstanden werden, dass die Beteiligung an den Erträgen bis zum Datum der Klageschrift verlangt wurde. Vielmehr verlangte er damit die Beteiligung bis zum aktuellen Zeitpunkt, wie sich dies auch aus der Replikschrift wiederum ergibt, wo er die Abrechnungen "...bis dato...", bzw. "...seit 1. Januar 2009 bis heute lückenlos..." verlangte (act. 39 S. 20). Nach Durchführung des Beweisverfahrens erfolgte die Präzisierung sowohl für den Beteiligungsanspruch an den Mietzinserträgen. Eine unzulässige Klageänderung ist hierin nicht zu erblicken.

7. Grundbucheintrag

Die Beklagte ist als Alleineigentümerin der Liegenschaft D._____-Strasse .../..., Grundbuch Blatt ..., Kataster Nr. ..., im Grundbuch eingetragen (act. 5/9). Es entspricht dies dem, was sie für sich beansprucht, und sie weist zu Recht darauf hin, dass der Kläger keine Änderung der Grundbucheinträge beantragt hat (act. 148 S. 42). Soweit sie dennoch die Aufhebung von Dispositiv Ziff. 7 und 9 des angefochtenen Entscheides beantragt (act. 148 S. 41 Rz 134 ff.) und eventualiter vom vorinstanzlichen Entscheid abweichende Anweisungen an das Grundbuchamt beantragt (act. 148 S. 3 Eventualbegehren Ziff. 2.4 und 2.5), ist ein Rechtsschutzinteresse nicht ersichtlich. Auf die Begehren ist daher nicht einzutreten.

8. Zusammenfassend erweist sich die Berufung nach dem Gesagten auch hinsichtlich der Eventualbegehren als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Berufung ist abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. November 2015 zu bestätigen.

IV.

Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Der Streitwert für das Rechtsmittelverfahren bestimmt sich nach den Anträgen (DIGGELMANN, DIKE-ZPO online, Art. 91 N 9). Der Teilungsanspruch ist, wie bereits vor Vorinstanz, nicht umstritten. Die Beklagte wehrt sich im Berufungsverfahren gegen die vorinstanzlich festgestellte Nachlasshöhe und die klägerische Berechtigung daran. Es rechtfertigt sich, dem Rechtsmittelverfahren den Wert der ihr auferlegten Ausgleichszahlung zugrunde zu legen, mithin rund Fr. 5,4 Millionen und die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 74'000.-- festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010). Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen, der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, dem Kläger mangels entstandener wesentlicher Aufwendungen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. November 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 74'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 148, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abt., und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 rund Fr. 5.4 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Würsch

versandt am: