

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB190011-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## Urteil vom 10. Oktober 2019

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,
2. **B.**\_\_\_\_\_,
3. **C.**\_\_\_\_\_,
4. **D.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

1, 2, 3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**E.**\_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Erteilung**

**Berufung gegen ein Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach vom  
21. Januar 2019; Proz. CP160001**

## **Rechtsbegehren:**

### **Der Kläger gemäss Klagebegründung:**

(act. 2)

1. Es sei die im Rahmen des partiellen Erbteilungsvertrags vom 21. Dezember 2010 den Parteien als partielle Erbengemeinschaft überlassene Liegenschaft Kat. Nr. 1, Grundregisterblatt 2, an der ...-Strasse ... in I. \_\_\_\_\_ [Ort] in zwei Liegenschaften von je ca. 804 m<sup>2</sup> gemäss dem beiliegenden Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 aufzuteilen.  
  
Allfällige Flächenunterschiede seien zum Quadratmeterpreis von Fr. 622.30 zu entschädigen.
2. Dem Beklagten sei die Hausliegenschaft mit dem Gebäude Assek. Nr. 3 samt dem dazu notwendigen Hausumschwung im Umfang von 804 m<sup>2</sup> auf dem südöstlichen Teil der Liegenschaft Kat. Nr. 4 zu Alleineigentum gemäss dem Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 zuzuweisen.
3. Den Klägern sei der nordwestlich vom Gebäude Assek. Nr. 3 gelegene Teil der Liegenschaft Kat. Nr. 4 im Umfang von 804 m<sup>2</sup> gemäss beiliegendem Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 zu Gesamteigentum zuzuweisen.
4. Dabei sei die neue Grundstücksgrenze entlang der ursprünglichen Hausfassade des Gebäudes Assek. Nr. 3 entsprechend dem beiliegenden Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 festzulegen, so dass insbesondere ein Abstand von der ursprünglichen Hausfassade (ohne Holzschopf) zur neuen Grundstücksgrenze von ca. 1.6 Metern entsteht.
5. Der Beklagte sei zu verpflichten, entsprechend dem beiliegenden Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 den Klägern ein (gegenseitiges) Näherbaurecht einzuräumen in dem Sinne, dass der Grenzabstand von der ursprünglichen Hausfassade zur neuen Grundstücksgrenze lediglich mindestens ca. 1.6 Meter und der Gebäudeabstand zwischen dem von den Klägern geplanten Gebäude und der ursprünglichen Nordwestfassade des Gebäudes Assek. Nr. 3 lediglich mindestens 7.5 Meter betragen muss.
6. Es sei der Beklagte zu verpflichten, den an die ursprüngliche Hausfassade des Gebäudes Assek. Nr. 3 angebauten Holzschopf innert einer vom Gericht festzusetzenden Frist abzureissen.
7. Der Beklagte sei zu verpflichten, die ursprüngliche Hausfassade am Gebäude Assek. Nr. 3 instand zu stellen, soweit dies baupolizeilich nötig ist.

8. Die Kläger seien zu verpflichten, die Kosten für den Abbruch des Holzschopfes zu tragen.
9. Der Beklagte sei zu verpflichten, sämtliche Kosten für die Instandstellung der Hausfassade am Gebäude Assek. Nr. 3 zu tragen.
10. Die Zustimmung des Beklagten zum Näherbaurecht sei durch ein entsprechendes Gerichtsurteil zu ersetzen.
11. Es sei der Beklagte mit einer Ordnungsbusse von Fr. 500.– für jeden Tag der Nichterfüllung zu bestrafen für den Fall, dass er den Holzschopf gemäss Rechtsbegehren Ziffer 6 nicht innert der vom Gericht festzusetzenden Frist abgebrochen hat. Zudem seien die Kläger als berechtigt zu erklären, mit dem Abbruch des Holzschopfes und mit der Durchführung von notwendigen Bau-massnahmen zur Sicherung der Hauswand einen Dritten auf Kosten des Beklagten zu beauftragen, sofern der Abbruch nicht innert einem Monat nach Ablauf der gerichtlich dafür festgesetzten Frist erfolgt ist.
12. Die Kosten seien dem Beklagten aufzuerlegen und der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern eine angemessene Parteient-schädigung (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

**Der Kläger gemäss Replik:**  
(act. 2 und act. 23, sinngemäss)

[Ziffer 1-11 gleichlautend wie in Klagebegründung]

12. Eventualiter sei eine Ausnützungsübertragung zu Lasten des Be-klagten und zu Gunsten des den Klägern zuzuweisenden Grund-stücks in dem Ausmass anzuordnen, in welchem das dem Be-klagten zuzuweisende Grundstück die Fläche von 804 m<sup>2</sup> über-steigt.
13. Eventualiter sei die Liegenschaft öffentlich zu versteigern und dem Meistbietenden zuzuweisen mit folgenden Steigerungsbe-dingungen:
  1. Das Grundstück wird nach dreimaligem Aufruf des höchsten An-gebots dem Meistbietenden zugewiesen.
  2. Es wird auf das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstü-cken durch Personen im Ausland (BewG) und die dazugehörnde Verordnung aufmerksam gemacht. Ausländische Personen im Sinne des BewG müssen im Zeitpunkt der Ersteigerung eine rechtskräftige Bewilligung zum Erwerb des Grundstücks vorlegen können, um an der Versteigerung teilnehmen zu können.
  3. Das Grundstück wird mit allen im Grundbuch eingetragenen Be-lastungen versteigert. Der Ersteigerer hat allfällige Pfandforde-

rungen zu übernehmen. Davon ausgenommen ist das gesetzliche Pfandrecht für die Grundstückgewinnsteuern.

4. Das Mindestangebot beläuft sich auf Fr. 1'600'000.–. Angebote, die an Bedingungen oder Vorbehalte geknüpft sind oder nicht auf eine bestimmte Summe lauten, werden nicht berücksichtigt.
5. Zusätzlich hat der Ersteigerer ohne Abrechnung am Zuschlagspreis die Kosten der Versteigerung (Verwertungskosten etc.) und der Eigentumsübertragung (inklusive sämtlicher Gebühren und Steuern, insbesondere für alle Änderungen und Löschungen im Grundbuch) sowie weitere Kosten im Zusammenhang mit dem Erwerb zu bezahlen. Ebenso hat er sämtliche im Zeitpunkt der Versteigerung noch nicht fälligen Forderungen mit gesetzlichem Pfandrecht (vorbehältlich der Grundstückgewinnsteuern) sowie die laufenden öffentlich-rechtlichen Abgaben zu übernehmen. Der Ersteigerer muss dafür eine Barzahlung von Fr. 30'000.– als Kaution dem Gemeindeammann vor dem Zuschlag der Liegenschaft leisten.
6. Schriftliche Angebote vor der Versteigerung sind statthaft, sind aber den Teilnehmern an der Steigerung vor deren Beginn bekanntzugeben.
7. Angebote, die das vorangehende nicht um mindestens Fr. 10'000.– übersteigen, bleiben unberücksichtigt. Es gibt maximal 100 Angebotsrunden.
8. Bieten mehrere Personen gemeinsam und erklären sie nichts anderes, so wird ihnen das Grundstück in Miteigentum zu gleichen Teilen zugeschlagen.
9. Der Zuschlagspreis muss vom Ersteigerer anlässlich der Steigerung unmittelbar vor dem Zuschlag durch Übergabe eines unwiderruflichen und unbedingten Zahlungsversprechens der UBS, Credit Suisse oder Zürcher Kantonalbank zu Gunsten des Kontos XY, lautend auf die Erbengemeinschaft F.\_\_\_\_\_, bezahlt werden.
10. Jede Gewährspflicht der veräussernden Partei für Rechts- und Sachmängel wird aufgehoben.
11. Es wird auf Art. 54 VVG hingewiesen, wonach für die Steigerungsobjekte bestehenden privatrechtlichen Schadens- und Haftpflichtversicherungen auf den Erwerber übergehen, sofern dieser nicht innert 30 Tagen seit der Handänderung dem Versicherer schriftlich mitteilt, dass er den Übergang ablehne.
12. Die Gefahrtragung geht mit dem Zuschlag der Liegenschaft an den Ersteigerer auf diesen über. Der Antritt des Steigerungsobjekts durch den Ersteigerer mit Besitzantritt und Nutzen erfolgt nach Ablauf von 30 Tagen nach dem Steigerungstag. Der oder die bisherigen Eigentümer / Besitzer verpflichten sich, die Liegenschaft in geräumtem Zustand dem Erwerber zu überlassen.

13. Die Parteien rechnen per Antrittstag über sämtliche Einnahmen und Abgaben / Nebenkosten etc. ab unter dem Vorbehalt von Ziffer 5 vorstehend.
14. Die Kosten seien dem Beklagten aufzuerlegen und der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern eine angemessene Parteientschädigung (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

**Der Kläger gemäss Schlussvortrag:**

(act. 23, act. 66 und Prot. S. 108, sinngemäss)

1. Es sei die Liegenschaft Kat. Nr. 4 in I.\_\_\_\_\_ öffentlich zu versteigern und dem Meistbietenden zuzuweisen mit folgenden Steigerungsbedingungen:
  1. Das Grundstück wird nach dreimaligem Aufruf des höchsten Angebots dem Meistbietenden zugewiesen.
  2. Es wird auf das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) und die dazugehörige Verordnung aufmerksam gemacht. Ausländische Personen im Sinne des BewG müssen im Zeitpunkt der Ersteigerung eine rechtskräftige Bewilligung zum Erwerb des Grundstücks vorlegen können, um an der Versteigerung teilnehmen zu können.
  3. Das Grundstück wird mit allen im Grundbuch eingetragenen Belastungen versteigert. Der Ersteigerer hat allfällige Pfandforderungen zu übernehmen. Davon ausgenommen ist das gesetzliche Pfandrecht für die Grundstückgewinnsteuern.
  4. Das Mindestangebot beläuft sich auf Fr. 1'600'000.–. Angebote, die an Bedingungen oder Vorbehalte geknüpft sind oder nicht auf eine bestimmte Summe lauten, werden nicht berücksichtigt.
  5. Zusätzlich hat der Ersteigerer ohne Abrechnung am Zuschlagspreis die Kosten der Versteigerung (Verwertungskosten etc.) und der Eigentumsübertragung (inklusive sämtlicher Gebühren und Steuern, insbesondere für alle Änderungen und Löschungen im Grundbuch) sowie weitere Kosten im Zusammenhang mit dem Erwerb zu bezahlen. Ebenso hat er sämtliche im Zeitpunkt der Versteigerung noch nicht fälligen Forderungen mit gesetzlichem Pfandrecht (vorbehältlich der Grundstückgewinnsteuern) sowie die laufenden öffentlich-rechtlichen Abgaben zu übernehmen. Der Ersteigerer muss dafür eine Barzahlung von Fr. 30'000.– als Kaution dem Gemeindeammann vor dem Zuschlag der Liegenschaft leisten.
  6. Schriftliche Angebote vor der Versteigerung sind statthaft, sind aber den Teilnehmern an der Steigerung vor deren Beginn bekanntzugeben.

7. Angebote, die das vorangehende nicht um mindestens Fr. 10'000.– übersteigen, bleiben unberücksichtigt. Es gibt maximal 100 Angebotsrunden.
  8. Bieten mehrere Personen gemeinsam und erklären sie nichts anderes, so wird ihnen das Grundstück in Miteigentum zu gleichen Teilen zugeschlagen.
  9. Der Zuschlagspreis muss vom Ersteigerer anlässlich der Steigerung unmittelbar vor dem Zuschlag durch Übergabe eines unwiderruflichen und unbedingten Zahlungsverprechens der UBS, Credit Suisse oder Zürcher Kantonalbank zu Gunsten des Kontos XY, lautend auf die Erbengemeinschaft F.\_\_\_\_\_, bezahlt werden.
  10. Jede Gewährspflicht der veräussernden Partei für Rechts- und Sachmängel wird aufgehoben.
  11. Es wird auf Art. 54 VVG hingewiesen, wonach für die Steigerungsobjekte bestehenden privatrechtlichen Schadens- und Haftpflichtversicherungen auf den Erwerber übergehen, sofern dieser nicht innert 30 Tagen seit der Handänderung dem Versicherer schriftlich mitteilt, dass er den Übergang ablehne.
  12. Die Gefahrtragung geht mit dem Zuschlag der Liegenschaft an den Ersteigerer auf diesen über. Der Antritt des Steigerungsobjekts durch den Ersteigerer mit Besitzantritt und Nutzen erfolgt nach Ablauf von 30 Tagen nach dem Steigerungstag. Der oder die bisherigen Eigentümer / Besitzer verpflichten sich, die Liegenschaft in geräumtem Zustand dem Erwerber zu überlassen.
  13. Die Parteien rechnen per Antrittstag über sämtliche Einnahmen und Abgaben / Nebenkosten etc. ab unter dem Vorbehalt von Ziffer 5 vorstehend.
2. Eventualiter seien
- 2.1. die im Rahmen des partiellen Erbteilungsvertrags vom 21. Dezember 2010 den Parteien als partielle Erbengemeinschaft überlassene Liegenschaft Kat. Nr. 4, Grundregisterblatt 2, an der ...-Strasse ... in I.\_\_\_\_\_ in zwei Liegenschaften von je ca. 804 m<sup>2</sup> gemäss dem beiliegenden Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 aufzuteilen.  
Allfällige Flächenunterschiede seien zum Quadratmeterpreis von Fr. 622.30 zu entschädigen.
  - 2.2. dem Beklagten die Hausliegenschaft mit dem Gebäude Assek. Nr. 3 samt dem dazu notwendigen Hausumschwung im Umfang von 804 m<sup>2</sup> auf dem südöstlichen Teil der Liegenschaft Kat. Nr. 4 zu Alleineigentum gemäss dem Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 zuzuweisen.
  - 2.3. den Klägern der nordwestlich vom Gebäude Assek. Nr. 3 gelegene Teil der Liegenschaft Kat. Nr. 4 im Umfang von 804 m<sup>2</sup> ge-

mäss beiliegendem Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 zu Gesamteigentum zuzuweisen.

- 2.4. dabei die neue Grundstücksgrenze entlang der ursprünglichen Hausfassade des Gebäudes Assek. Nr. 3 entsprechend dem beiliegenden Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 festzulegen, so dass insbesondere ein Abstand von der ursprünglichen Hausfassade (ohne Holzschopf) zur neuen Grundstücksgrenze von ca. 1.6 Metern entsteht.
- 2.5. der Beklagte zu verpflichten, entsprechend dem beiliegenden Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 den Klägern ein (gegenseitiges) Näherbaurecht einzuräumen in dem Sinne, dass der Grenzabstand von der ursprünglichen Hausfassade zur neuen Grundstücksgrenze lediglich mindestens ca. 1.6 Meter und der Gebäudeabstand zwischen dem von den Klägern geplanten Gebäude und der ursprünglichen Nordwestfassade des Gebäudes Assek. Nr. 3 lediglich mindestens 7.5 Meter betragen muss.
- 2.6. der Beklagte zu verpflichten, den an die ursprüngliche Hausfassade des Gebäudes Assek. Nr. 3 angebauten Holzschopf innert einer vom Gericht festzusetzenden Frist abzureissen.
- 2.7. der Beklagte zu verpflichten, die ursprüngliche Hausfassade am Gebäude Assek. Nr. 3 instand zu stellen, soweit dies baupolizeilich nötig ist.
- 2.8. die Kläger zu verpflichten, die Kosten für den Abbruch des Holzschopfes zu tragen.
- 2.9. der Beklagte zu verpflichten, sämtliche Kosten für die Instandstellung der Hausfassade am Gebäude Assek. Nr. 3 zu tragen.
- 2.10. die Zustimmung des Beklagten zum Näherbaurecht durch ein entsprechendes Gerichtsurteil zu ersetzen.
- 2.11. der Beklagte mit einer Ordnungsbusse von Fr. 500.– für jeden Tag der Nichterfüllung zu bestrafen für den Fall, dass er den Holzschopf gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2.6 nicht innert der vom Gericht festzusetzenden Frist abgebrochen hat. Zudem seien die Kläger als berechtigt zu erklären, mit dem Abbruch des Holzschopfes und mit der Durchführung von notwendigen Bau-massnahmen zur Sicherung der Hauswand einen Dritten auf Kosten des Beklagten zu beauftragen, sofern der Abbruch nicht innert einem Monat nach Ablauf der gerichtlich dafür festgesetzten Frist erfolgt ist.
3. Eventualiter sei eine Ausnützungsübertragung zu Lasten des Beklagten und zu Gunsten des den Klägern zuzuweisenden Grundstücks in dem Ausmass anzuordnen, in welchem das dem Beklagten zuzuweisende Grundstück die Fläche von 804 m<sup>2</sup> übersteigt.
4. Die Gerichtskosten seien dem Beklagten aufzuerlegen.

5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 46'800.– zuzüglich 8 % bzw. 7.7 % Mehrwertsteuer und Fr. 800.– für die Kosten des Schlichtungsverfahrens zu bezahlen.

**Des Beklagten gemäss Klageantwort:**

(act. 13, sinngemäss)

1. Es sei davon Kenntnis und Vormerk zu nehmen, dass sich der Beklagte der Erbteilung, d. h. der Parzellierung des Vertragsgrundstücks Kat. Nr. 4, Grundregisterblatt 2, an der ...-Strasse ..., l.\_\_\_\_\_, gemäss Ziffer 16 des partiellen Erbteilungsvertrags vom 21. Dezember 2010 nicht widersetzt. Demgemäss beantragt der Beklagte gestützt auf Art. 604 Abs. 1 ZGB ebenfalls die Erbteilung, womit er als Subjekt aus der fortgesetzten, reduzierten Erbengemeinschaft ausscheidet.
2. Dem Beklagten sei der südöstliche Teil des Grundstücks Kat. Nr. 4 (sog. «Hausliegenschaft») an der ...-Strasse ..., l.\_\_\_\_\_, samt dem dazu notwendigen Hausumschwung gemäss Ziffer 16 des partiellen Erbteilungsvertrags vom 21. Dezember 2010 zu Alleineigentum zuzuweisen, wobei der Hausumschwung so zu bestimmen sei, dass gegenüber dem abzutrennenden nordwestlichen Baugrundstückteil keine baurechtswidrigen Zustände geschaffen werden.  
  
Dementsprechend sei die Parzellierung des Vertragsgrundstücks Kat. Nr. 4, Grundregisterblatt 2, an der ...-Strasse ..., l.\_\_\_\_\_, durchzuführen und das Grundbuchamt H.\_\_\_\_\_ anzuweisen, die neugebildeten Parzellen in das Grundbuch aufzunehmen, wobei davon Vormerk und Kenntnis zu nehmen sei, dass der Beklagte dem Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 (act. 4/15) nicht zugestimmt hat.
3. Es sei der Grenzverlauf zwischen den beiden neu zu bildenden Grundstücken im Sinne von Ziff. 16 des partiellen Erbteilungsvertrags vom 21.12.2010 (act. 4/2) durch richterliches Ermessen zu bestimmen und die neu gebildeten Parzellen durch einen neutralen Geometer unter Anbringung einer farblichen Markierung zur Visualisierung des Grenzverlaufs zu vermessen.
4. Es sei festzustellen, dass Ziffern 2, 3, 5 und 6 der klägerischen Rechtsbegehren gemäss Klagebegründung im Vergleich zur Klagebewilligung vom 22. März 2016 (act. 1) mit Bezug auf die Zuweisung von 804 m<sup>2</sup> Land zu Allein- bzw. Gesamteigentum an die Kläger sowie die beantragte richterliche Fristansetzung für den Abbruch des an das Gebäude Assek. Nr. 3 angebauten Holzschopfs eine unzulässige Klageänderung beinhalten.



5. Auf Ziffern 5, 6, 7, 9 und 11 der klägerischen Rechtsbegehren gemäss Klagebegründung betreffend Einräumung eines «gegenseitigen Näherbaurechts» sowie betreffend «Abbruch des an das Gebäude Assek. Nr. 3 angebauten Holzschopfs» und «Instandstellung» der (ursprünglichen) Hausfassade bzw. «Durchführung von notwendigen Baumassnahmen zur Sicherung der Hauswand» am Gebäude Assek. Nr. 3 sei wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten.
6. Es sei davon Kenntnis und Vormerk zu nehmen, dass die Besitzeseinweisungen der Prozessparteien in das noch zu teilende Vertragsgrundstück Kat. Nr. 4 per 31. Dezember 2010 erfolgt sind und der Beklagte den gemäss Ziffer III. des partiellen Erbteilungsvertrags (act. 4/2) geschuldeten Kaufpreis von insgesamt Fr. 500'000.– zuhanden der Erbgemeinschaft G.\_\_\_\_\_ sel. bezahlt hat.
7. Das Vollstreckungsbegehren gemäss Ziffer 11 der klägerischen Rechtsbegehren gemäss Klagebegründung mit Bezug auf die Verhängung eines Zwangsgelds von Fr. 500.– pro Tag im Falle der Nichterfüllung des Abbruchbefehls im Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO sei – soweit überhaupt darauf einzutreten ist – abzuweisen.
8. Alles unter solidarischen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger, zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer auf der beantragten Parteientschädigung.

**Des Beklagten gemäss Duplik / Schlussvortrag:**

(act. 13, act. 33 und Prot. S. 109, sinngemäss)

1. Es sei davon Kenntnis und Vormerk zu nehmen, dass sich der Beklagte der Erbteilung, d. h. der Parzellierung des Vertragsgrundstücks Kat. Nr. 4, Grundregisterblatt 2, an der ...-Strasse ..., l.\_\_\_\_\_, gemäss Ziffer 16 des partiellen Erbteilungsvertrags vom 21. Dezember 2010 nicht widersetzt. Demgemäss beantragt der Beklagte gestützt auf Art. 604 Abs. 1 ZGB ebenfalls die Erbteilung, womit er als Subjekt aus der fortgesetzten, reduzierten Erbgemeinschaft ausscheidet.
2. Dem Beklagten sei der südöstliche Teil des Grundstücks Kat. Nr. 4 (sog. «Hausliegenschaft») an der ...-Strasse ..., l.\_\_\_\_\_, samt dem dazu notwendigen Hausumschwung gemäss Ziffer 16 des partiellen Erbteilungsvertrags vom 21. Dezember 2010 zu Alleineigentum zuzuweisen, wobei der Hausumschwung so zu bestimmen sei, dass gegenüber dem abzutrennenden nordwestlichen Baugrundstückteil keine baurechtswidrigen Zustände geschaffen werden.

Dementsprechend sei die Parzellierung des Vertragsgrundstücks Kat. Nr. 4, Grundregisterblatt 2, an der ...-Strasse ..., l.\_\_\_\_\_,

durchzuführen und das Grundbuchamt H.\_\_\_\_\_ anzuweisen, die neugebildeten Parzellen in das Grundbuch aufzunehmen, wobei davon Vormerk und Kenntnis zu nehmen sei, dass der Beklagte dem Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 (act. 4/15) nicht zugestimmt hat.

3. Es sei der Grenzverlauf zwischen den beiden neu zu bildenden Grundstücken im Sinne von Ziffer 16 des partiellen Erbteilungsvertrags vom 21. Dezember 2010 (act. 4/2) durch richterliches Ermessen zu bestimmen und die neu gebildeten Parzellen durch einen neutralen Geometer unter Anbringung einer farblichen Markierung zur Visualisierung des Grenzverlaufs zu vermessen.
4. Es sei festzustellen, dass Ziffern 1, 2.2, 2.3, 2.5 und 2.6 der klägerischen Rechtsbegehren gemäss Schlussvortrag im Vergleich zur Klagebewilligung vom 22. März 2016 (act. 1) mit Bezug auf die Zuweisung von 804 m<sup>2</sup> Land zu Allein- bzw. Gesamteigentum an die Kläger, die beantragte richterliche Fristansetzung für den Abbruch des an das Gebäude Assek. Nr. 3 angebauten Holzschopfs sowie die Versteigerung der Liegenschaft eine unzulässige Klageänderung beinhalten.
5. Auf Ziffern 5, 6, 7, 9 und 11 der klägerischen Rechtsbegehren gemäss Klagebegründung bzw. Ziffern 2.5, 2.6, 2.7, 2.9 und 2.11 der klägerischen Rechtsbegehren gemäss Schlussvortrag betreffend Einräumung eines «gegenseitigen Näherbaurechts» sowie betreffend «Abbruch des an das Gebäude Assek. Nr. 3 angebauten Holzschopfs» und «Instandstellung» der (ursprünglichen) Hausfassade bzw. «Durchführung von notwendigen Baumassnahmen zur Sicherung der Hauswand» am Gebäude Assek. Nr. 3 sei wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten.
6. Es sei davon Kenntnis und Vormerk zu nehmen, dass die Besitzeseinweisungen der Prozessparteien in das noch zu teilende Vertragsgrundstück Kat. Nr. 4 per 31. Dezember 2010 erfolgt sind und der Beklagte den gemäss Ziffer III. des partiellen Erbteilungsvertrags (act. 4/2) geschuldeten Kaufpreis von insgesamt Fr. 500'000.– zuhanden der Erbengemeinschaft G.\_\_\_\_\_ sel. bezahlt hat.
7. Das Vollstreckungsbegehren gemäss Ziffer 11 der klägerischen Rechtsbegehren gemäss Klagebegründung bzw. Ziffer 2.11 der klägerischen Rechtsbegehren gemäss Schlussvortrag mit Bezug auf die Verhängung eines Zwangsgelds von Fr. 500.– pro Tag im Falle der Nichterfüllung des Abbruchbefehls im Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO sei – soweit überhaupt darauf einzutreten ist – abzuweisen.
8. Es seien Ziffern 12 und 13 der klägerischen Rechtsbegehren gemäss Duplik bzw. Ziffern 1 und 3 der klägerischen Rechtsbegehren gemäss Schlussvortrag, soweit darauf einzutreten ist, abzuweisen.

9. Eventualiter sei das Erbgrundstück Kat. Nr. 4, Grundregisterblatt 2, an der ...-Strasse ..., I.\_\_\_\_\_, dem Beklagten zu Alleineigentum zuzuweisen, wofür er die Kläger mit insgesamt Fr. 500'000.– auszugleichen hat.
10. Alles unter solidarischen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger, zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer auf der beantragten Parteientschädigung.

**Urteil des Bezirksgerichtes:**

(act. 85)

1. Die heute auf den Namen aller Parteien als Gesamteigentümer infolge Erbgemeinschaft im Grundbuch eingetragene Liegenschaft an der ...-Strasse ..., I.\_\_\_\_\_, Grundbuch Blatt 2, Kataster Nr. 4, J.\_\_\_\_\_ I.\_\_\_\_\_, Plan Nr. 4, geht ins Alleineigentum des Beklagten über. Der Besitzesantritt durch den Beklagten mit Übergang von Rechten und Pflichten sowie Nutzen und Gefahr erfolgt per Rechtskraft des Erbteilungsurteils.
2. Das Grundbuchamt H.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, E.\_\_\_\_\_, geboren tt. April 1954, von I.\_\_\_\_\_, wohnhaft ...-Strasse ..., I.\_\_\_\_\_, als Alleineigentümer des Grundstücks gemäss Dispositiv-Ziffer 1 im Grundbuch einzutragen. Sämtliche diesbezüglich anfallenden Kosten des Grundbuchamts H.\_\_\_\_\_ haben die Kläger je zu einem Achtel und der Beklagte zur Hälfte zu übernehmen.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern in Abgeltung ihrer erbrechtlichen Ansprüche an der Liegenschaft ...-Strasse ..., I.\_\_\_\_\_, Fr. 572'092.– zu bezahlen, zahlbar innert drei Monaten ab Rechtskraft des Erbteilungsurteils.
4. Ein allfälliges Gewinnanteilsrecht gemäss Ziffer 14 des partiellen Erbteilungsvertrags vom 21. Dezember 2010 bleibt vorbehalten.
5. Im Übrigen werden sämtliche Rechtsbegehren abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**Berufungsanträge:**

**Der Berufungskläger (act. 83 S. 2 ff.):**

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 21. Januar 2019 sei aufzuheben und das am 22. August 2018 vor erster Instanz zuletzt gestellte Haupt-Rechtsbegehren sei vollumfänglich gutzuheissen, welches lautet: "Es sei die Liegenschaft Kat. Nr. 4 in I.\_\_\_\_\_ öffentlich zu versteigern und dem Meistbietenden zuzuweisen mit folgenden Steigerungsbedingungen:
  1. Das Grundstück wird nach dreimaligem Aufruf des höchsten Angebots dem Meistbietenden zugewiesen.
  2. Es wird auf das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) und die dazugehörige Verordnung aufmerksam gemacht. Ausländische Personen im Sinne des BewG müssen im Zeitpunkt der Ersteigerung eine rechtskräftige Bewilligung zum Erwerb des Grundstücks vorlegen können, um an der Versteigerung teilnehmen zu können.
  3. Das Grundstück wird mit allen im Grundbuch eingetragenen Belastungen versteigert. Der Ersteigerer hat allfällige Pfandforderungen zu übernehmen. Davon ausgenommen ist das gesetzliche Pfandrecht für die Grundstückgewinnsteuern.
  4. Das Mindestangebot beläuft sich auf Fr. 1'600'000.–. Angebote, die an Bedingungen oder Vorbehalte geknüpft sind oder nicht auf eine bestimmte Summe lauten, werden nicht berücksichtigt.
  5. Zusätzlich hat der Ersteigerer ohne Abrechnung am Zuschlagspreis die Kosten der Versteigerung (Verwertungskosten etc.) und der Eigentumsübertragung (inklusive sämtlicher Gebühren und Steuern, insbesondere für alle Änderungen und Löschungen im Grundbuch) sowie weitere Kosten im Zusammenhang mit dem Erwerb zu bezahlen. Ebenso hat er sämtliche im Zeitpunkt der Versteigerung noch nicht fälligen Forderungen mit gesetzlichem Pfandrecht (vorbehältlich der Grundstückgewinnsteuern) sowie die laufenden öffentlich-rechtlichen Abgaben zu übernehmen. Der Ersteigerer muss dafür eine Barzahlung von Fr. 30'000.– als Kaution dem Gemeindeammann vor dem Zuschlag der Liegenschaft leisten.
  6. Schriftliche Angebote vor der Versteigerung sind statthaft, sind aber den Teilnehmern an der Steigerung vor deren Beginn bekanntzugeben.
  7. Angebote, die das vorangehende nicht um mindestens Fr. 10'000.– übersteigen, bleiben unberücksichtigt. Es gibt maximal 100 Angebotsrunden.
  8. Bieten mehrere Personen gemeinsam und erklären sie nichts anderes, so wird ihnen das Grundstück in Miteigentum zu gleichen Teilen zugeschlagen.
  9. Der Zuschlagspreis muss vom Ersteigerer anlässlich der Steigerung unmittelbar vor dem Zuschlag durch Übergabe eines unwi-

derrufflichen und unbedingten Zahlungsverprechens der UBS, Credit Suisse oder Zürcher Kantonalbank zu Gunsten des Kontos XY, lautend auf die Erbgemeinschaft F.\_\_\_\_\_, bezahlt werden.

10. Jede Gewährspflicht der veräussernden Partei für Rechts- und Sachmängel wird aufgehoben.
  11. Es wird auf Art. 54 VVG hingewiesen, wonach für die Steigerungsobjekte bestehenden privatrechtlichen Schadens- und Haftpflichtversicherungen auf den Erwerber übergehen, sofern dieser nicht innert 30 Tagen seit der Handänderung dem Versicherer schriftlich mitteilt, dass er den Übergang ablehne.
  12. Die Gefahrtragung geht mit dem Zuschlag der Liegenschaft an den Ersteigerer auf diesen über. Der Antritt des Steigerungsobjekts durch den Ersteigerer mit Besitzantritt und Nutzen erfolgt nach Ablauf von 30 Tagen nach dem Steigerungstag. Der oder die bisherigen Eigentümer / Besitzer verpflichten sich, die Liegenschaft in geräumtem Zustand dem Erwerber zu überlassen.
  13. Die Parteien rechnen per Antrittstag über sämtliche Einnahmen und Abgaben / Nebenkosten etc. ab unter dem Vorbehalt von Ziffer 5 vorstehend."
- 
2. Eventualantrag: Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 21. Januar 2019 sei aufzuheben und eventualiter seien
    - 2.1. die im Rahmen des partiellen Erbteilungsvertrags vom 21. Dezember 2010 den Parteien als partielle Erbgemeinschaft überlassene Liegenschaft Kat. Nr. 4, Grundregisterblatt 2, an der ...-Strasse ... in I.\_\_\_\_ in zwei Liegenschaften von je ca. 804 m<sup>2</sup> gemäss dem beiliegenden Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 aufzuteilen.

Allfällige Flächenunterschiede seien zum Quadratmeterpreis von Fr. 622.30 zu entschädigen.
    - 2.2. Dem Berufungsbeklagten sei die Hausliegenschaft mit dem Gebäude Assek. Nr. 3 samt dem dazu notwendigen Hausumschwung im Umfang von 804 m<sup>2</sup> auf dem südöstlichen Teil der Liegenschaft Kat. Nr. 4 zu Alleineigentum gemäss dem Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 zuzuweisen.
    - 2.3. Den Berufungsklägern sei der nordwestlich vom Gebäude Assek. Nr. 3 gelegene Teil der Liegenschaft Kat. Nr. 4 im Umfang von 804 m<sup>2</sup> gemäss beiliegendem Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 zu Gesamteigentum zuzuweisen.
    - 2.4. Dabei sei die neue Grundstücksgrenze entlang der ursprünglichen Hausfassade des Gebäudes Assek. Nr. 3 entsprechend dem beiliegenden Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 festzulegen, so dass insbesondere ein Abstand von der ursprünglichen

Hausfassade (ohne Holzschopf) zur neuen Grundstücksgrenze von ca. 1.6 Metern entsteht.

- 2.5. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, entsprechend dem beiliegenden Parzellierungsplan vom 12. Juni 2013 den Berufungsklägern ein (gegenseitiges) Näherbaurecht einzuräumen in dem Sinne, dass der Grenzabstand von der ursprünglichen Hausfassade zur neuen Grundstücksgrenze lediglich mindestens ca. 1.6 Meter und der Gebäudeabstand zwischen dem von den Berufungsklägern geplanten Gebäude und der ursprünglichen Nordwestfassade des Gebäudes Assek. Nr. 3 lediglich mindestens 7.5 Meter betragen muss.
  - 2.6. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, den an die ursprüngliche Hausfassade des Gebäudes Assek. Nr. 3 angebauten Holzschopf innert einer vom Gericht festzusetzenden Frist abzureissen.
  - 2.7. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die ursprüngliche Hausfassade am Gebäude Assek. Nr. 3 instand zu stellen, soweit dies baupolizeilich nötig ist.
  - 2.8. Die Berufungskläger seien zu verpflichten, die Kosten für den Abbruch des Holzschopfes zu tragen.
  - 2.9. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, sämtliche Kosten für die Instandstellung der Hausfassade am Gebäude Assek. Nr. 3 zu tragen.
  - 2.10. Die Zustimmung des Berufungsbeklagten zum Näherbaurecht sei durch ein entsprechendes Gerichtsurteil zu ersetzen.
  - 2.11. Der Berufungsbeklagte sei mit einer Ordnungsbusse von Fr. 500.– für jeden Tag der Nichterfüllung zu bestrafen für den Fall, dass er den Holzschopf gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2.6 nicht innert der vom Gericht festzusetzenden Frist abgebrochen hat. Zudem seien die Kläger als berechtigt zu erklären, mit dem Abbruch des Holzschopfes und mit der Durchführung von notwendigen Baumassnahmen zur Sicherung der Hauswand einen Dritten auf Kosten des Beklagten zu beauftragen, sofern der Abbruch nicht innert einem Monat nach Ablauf der gerichtlich dafür festgesetzten Frist erfolgt ist.
  - 2.12. Eventualiter sei eine Ausnützungsübertragung zu Lasten des Berufungsbeklagten und zu Gunsten des den Berufungsklägern zuzuweisenden Grundstücks in dem Ausmass anzuordnen, in welchem das dem Berufungsbeklagten zuzuweisende Grundstück die Fläche von 804 m<sup>2</sup> übersteigt.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche und das zweitinstanzliche Verfahren seien dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

4. a) Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, den Berufungsklägern eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 46'800.– zuzüglich 8 % bzw. 7.7 % Mehrwertsteuer und Fr. 800.– für die Kosten des Schlichtungsverfahrens zu bezahlen.
- b) Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, den Berufungsklägern für das zweitinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung (zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

#### **Des Berufungsbeklagten (act. 96):**

Die Berufung sei – soweit darauf einzutreten ist – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen unter solidarischer Haftung der Berufungskläger, zzgl. 7,7 % MwSt auf der beantragten Parteientschädigung, abzuweisen.

#### **Anschlussberufung des Berufungsbeklagten:**

1. Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichtes Bülach vom 21. Januar 2019 sei wie folgt abzuändern:  
'Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern in Abgeltung ihrer erbrechtlichen Ansprüche an der Liegenschaft ...-Strasse ..., l.\_\_\_\_\_, Fr. 500'000.– zu bezahlen, zahlbar innert drei Monaten ab Rechtskraft des Erbteilungsurteils.'
2. Dispositivziffer 7 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichtes Bülach vom 21. Januar 2019 sei wie folgt abzuändern:  
'Die Gerichtskosten werden den Klägern zu 9/10 und dem Beklagten zu 1/10 auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 14'150.– wird von den Klägern im Umfang von Fr. 12'735.– und vom Beklagten im Umfang von Fr. 1'415.– nachgefordert.'
3. Eventualiter sei Dispositivziffer 7 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichtes Bülach vom 21. Januar 2019 wie folgt abzuändern:  
'Die Gerichtskosten werden den Klägern zu 4/5 und dem Beklagten zu 1/5 auferlegt. Der Fehlbetrag von Fr. 14'150.– wird von den Klägern im Umfang von Fr. 11'320.– und vom Beklagten im Umfang von Fr. 2'830.– nachgefordert.'
4. Dispositivziffer 8 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichtes Bülach vom 21. Januar 2019 sei wie folgt abzuändern:  
'Die Kläger seien unter solidarischer Haftung zu verpflichten, dem

Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 62'285.– sowie Fr. 1'871.30 Spesenentschädigung, total Fr. 63'360.– zzgl. 7,7 % MwSt zu bezahlen.'

5. Eventualiter sei Dispositivziffer 8 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichtes Bülach vom 21. Januar 2019 wie folgt abzuändern:  
'Die Kläger seien unter solidarischer Haftung zu verpflichten, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 45'000.– sowie Fr. 1'871.30 Spesenentschädigung, total Fr. 46'871.30 zzgl. 7,7 % MwSt zu bezahlen.'
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen unter solidarischer Haftung der Berufungskläger bzw. Anschlussberufungsbeklagte, zzgl. 7,7 % MwSt auf der beantragten Parteientschädigung.

### **Erwägungen:**

#### **I. Parteien und Prozessverlauf**

1. Die Parteien sind Erben des am tt.mm.2008 verstorbenen K.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Erblasser). Im Rahmen der bisherigen partiellen Erbteilung sind verschiedene Nachlassobjekte verteilt worden, und drei gesetzliche Erben schieden mittels partiellen Erbteilungsvertrags vom 21. Dezember 2010 (act. 4/2; nachfolgend: Erbteilungsvertrag) aus der Erbengemeinschaft aus. Dabei überliessen sie die Liegenschaft an der ...-Strasse ... in I.\_\_\_\_\_ den Parteien des vorliegenden Verfahrens zu Gesamteigentum. Die Teilung der Liegenschaft ist zwischen den Parteien strittig.

2. Am 27. Mai 2016 machten die Kläger mit Einreichung von Klageschrift und Klagebewilligung die Erbteilungsklage bei der Vorinstanz rechtshängig (act. 1 und act. 2). Nach Durchführung der Schriftenwechsel und eines Beweisverfahrens erging am 21. Januar 2019 das vorinstanzliche Urteil (act. 85, Dispositiv oben wiedergegeben). Am 22. Februar 2019 (Datum Poststempel) erhoben die Kläger rechtzeitig (act. 83 i.V.m. act. 84/1) Berufung mit den oben wiedergegebenen Anträgen. Die vorinstanzlichen Akten (act. 1-82) wurden beigezogen. Nachdem die Kläger den ihnen auferlegten Vorschuss fristgerecht geleistet hatten, wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 12. Juni 2019 Frist zur Berufungsantwort gesetzt



(act. 94). Die Berufungsantwort wurde fristgerecht erstattet. Mit der Berufungsantwort erhob der Beklagte Anschlussberufung (act. 96; Anträge oben wiedergegeben). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Der mit Verfügung vom 4. März 2019 zum Referenten mit Prozessleitung bestimmte Obergericht Dr. S. Mazan ist gemäss Konstituierungsbeschluss vom 26. Juni 2019 (OP190014) seit dem 1. Juli 2019 nicht mehr auf der Kammer tätig. Deshalb ergeht das vorliegende Urteil in geänderter Gerichtsbesetzung.

## II. Formelles

1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und Begründung versehen. Der Kostenvorschuss wurde geleistet. Dem Eintreten steht grundsätzlich nichts entgegen. Soweit der Beklagte in der Berufungsantwort einzelne Anträge oder Vorbringen in der Berufungsbegründung als unzulässig bezeichnet, ist darauf soweit notwendig im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzugehen. Die Anschlussberufung wurde ihrerseits form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und Begründung versehen. Auch auf die Anschlussberufung ist demnach einzutreten.

2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel (in Tat- und Rechtsfragen) frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgelegenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso

wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragene Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen

will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2; LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1b; LB130063 vom 17. September 2014, E. II./2; LB140014 vom 3. Juni 2014, E. III./2).

4. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO) verlangt, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Damit sich die Parteien ein Bild über die Erwägungen des Gerichts machen können, ist sein Entscheid zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass es sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen bzw. sachgerecht anfechten kann (vgl. BGE 142 III 433 ff., E. 4.3.2; 136 I 184 ff., E. 2.2.1.; 136 I 229 ff., E. 5.2; 134 I 83 ff., E. 4.1; 133 III 439 ff., E. 3.3 je mit Hinweisen). Mit anderen Worten kann sich das Gericht bei der Begründung auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (vgl. BGE 141 III 28 ff., E. 3.2.4; 139 V 496 ff., E. 5.1; 138 I 232 ff., E. 5.1).

### **III. Materielles**

1. Gemäss dem bereits erwähnten partiellen Erbteilungsvertrag vom 21. Dezember 2010 wurde die Liegenschaft den Parteien des vorliegenden Verfahrens zum Anrechnungs- und Übernahmewert von einer Million Franken zu Gesamteigentum infolge reduzierter Erbengemeinschaft übertragen, und drei vormalige Gesamteigentümer schieden aus der Erbengemeinschaft aus. Entsprechend der Tilgung des Übernahmewertes wurde der Beklagte intern zu 4/8 und die Kläger zu je 1/8 an der Liegenschaft beteiligt (act. 4/2 S. 7 Ziff. 15). Was die Aufteilung der

Liegenschaft betrifft, so wurde in Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags Folgendes vereinbart (act. 4/2 S. 7):

"16. Die neuen Eigentümer werden zu einem späteren Zeitpunkt das Vertragsgrundstück untereinander aufteilen. Dabei erhält E. \_\_\_\_\_ die Hausliegenschaft mit dem Gebäude Assek.-Nr. 3 samt dem dazu notwendigen Hausumschwung zu Alleineigentum. Die weiteren vier Erben erhalten den nordwestlich vom Gebäude gelegenen, noch abzuparzellierenden Hausumschwung, um darauf eine neue Überbauung zu realisieren, zu Gesamteigentum. Der Besitzesantritt dafür erfolgt bereits per 01.01.2011.

(...)

Die Aufteilung zwischen Hausliegenschaft und Baulandgrundstück soll so erfolgen, dass entlang der ursprünglichen Hausfassade des Gebäudes Assek.-Nr. 3 ein Abstand zur neuen Grundstücksgrenze von ca. 3.5 Meter entsteht. Die neuen Eigentümer verpflichten sich gegenseitig loyal an einer solchen Aufteilung gegenseitig [sic] mitzuwirken. Flächenunterschiede zwischen Hausliegenschaft und Baulandgrundstück sind untereinander zu Fr. 622.30 pro Quadratmeter (heutiger umgerechneter Übernahmepreis) auszugleichen, für das Gebäude ist kein Wert einzusetzen. Dieser Wert gilt auch unter den Parteien bei einem allfälligen späteren Austritt/Verzicht eines Miterben vor Beginn der Realisierung einer neuen Überbauung.

(...)

Die Aufteilung (Parzellierung) des Vertragsobjektes soll sobald erfolgen, als Gewissheit über die Lösung betreffend Parkplatz der Gemeinde und eine mögliche Überbauungsvariante vorliegt."

Unbestrittenermassen konnten sich die Gesamteigentümer in der Folge nicht über die Aufteilung der Liegenschaft einigen. Die Kläger machten daraufhin im Mai 2016 bei der Vorinstanz eine Erbteilungsklage anhängig. Die Anträge der Parteien zur Teilung der Liegenschaft variierten im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens nicht unerheblich (siehe oben, S. 3 ff.). Entgegen der Auffassung des Beklagten waren die Änderungen der Anträge zulässig, kann doch eine Klageänderung nach Massgabe von Art. 227 ZPO im Rahmen des doppelten Schriftenwechsels erfolgen (vgl. ZR 116/2017 Nr. 52 E. 3) und wurden mit dem Schlussvertrag keine neuen Anträge gestellt, sondern wurde (nur) die Reihenfolge der während des Hauptverfahrens gestellten Anträge geändert. Im angefochtenen Urteil erwog die Vorinstanz, dem Gericht komme im Erbteilungsprozess eine umfassende Teilungs- und Zuweisungskompetenz unter Beachtung der gesetzlichen Teilungsregeln zu. Namentlich könne das Gericht Erbschaftsgegenstände verbindlich und

unmittelbar vollstreckbar zuweisen, wobei es die konkreten Umstände, persönliche Interessen und Verhältnisse für eine sachgerechte Teilung beachte und soweit möglich auf den Willen der Mehrheit der Erben, die Teilungsvorschriften des Erblassers sowie auf den Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben Rücksicht nehmen müsse (act. 85 S. 61 E. 3.1.1.). Daraufhin wurde von der Vorinstanz untersucht, ob aufgrund von Ziffer 15 und 16 des Erbteilungsvertrags (oder aufgrund einer nachträglichen Übereinkunft) eine für die vom Gericht vorzunehmende Erbteilung beachtliche Einigung vorliege (act. 85 S. 63 ff.; Näheres dazu sogleich unter Ziff. 4.1), um schliesslich unter Anwendung der ebengenannten Kriterien zu erwägen, die Zuweisung der gesamten Liegenschaft an den Beklagten sei die sachgerechte Lösung der gerichtlichen Erbteilung (act. 85 S. 70 f.).

2. Die Kläger bringen dagegen vorab vor, das angefochtene Urteil nehme eine unrichtige Rechtsanwendung vor, indem die Vorinstanz entgegen der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung von einer Zuweisungskompetenz des Erbteilungsgerichts ausgehe. In BGE 142 III 425 ff. (recte: 143 III 425 ff.) habe das Bundesgericht vielmehr die bis anhin strittige Frage dahingehend entschieden, dass dem Erbteilungsgericht keine Zuweisungskompetenz zukomme, weshalb die Vorinstanz nicht die ganze Liegenschaft an den (Berufungs-)Beklagten hätte zuweisen dürfen (act. 83 Rz 7 f., Rz 40; zu dieser Rüge nachfolgend Ziff. 3). Sie machen sodann geltend, die vorinstanzliche Auslegung von Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags sei fehlerhaft: Anders als von der Vorinstanz angenommen, sei vorliegend kein Austritt (oder Verzicht) eines Miterben aus der Erbengemeinschaft gegeben, weshalb die in Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags vorgesehene Regelung für den Fall des Austritts/Verzichts entgegen der Auslegung der Vorinstanz den vorliegenden Fall nicht erfasse (act. 83 Rz 14-20; dazu nachfolgend Ziff. 4).

3.1 In BGE 143 III 425 ff. hat das Bundesgericht die Grundsätze des Erbteilungsrechts und die Befugnisse des Teilungsgerichts behandelt. Gemäss Regeste ist das Teilungsgericht nicht befugt, Lose oder einzelne Sachen direkt nach eigenem Ermessen einem der Erben zuzuweisen, wenn sich die Erben darüber nicht einig sind und erblasserische Teilungsvorschriften fehlen.

Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Vor Bezirksgericht hatte der Beschwerdeführer die Teilung der Nachlässe seines verstorbenen Vaters sowie eines verstorbenen Geschwisters unter Mitwirkung der zuständigen Behörde nach Art. 611 Abs. 2 ZGB verlangt und beantragt, die Nachlassgegenstände seien unter den Erben (nebst dem Beschwerdeführer seine Schwester sowie seine Mutter), eventuell öffentlich zu versteigern. Seine Miterben beantragten, auf das Gesuch nicht einzutreten, eventualiter dieses abzuweisen. Sie ersuchten ihrerseits um die Bildung von Losen und erläuterten, wie diese zu bilden und wie die Lose den Erben zuzuteilen seien. Das Bezirksgericht ordnete in seinem Urteil die Teilung der Nachlässe sowie eine interne Versteigerung der Nachlassgegenstände an. Kurz darauf verstarb die Mutter. Die Schwester gelangte ans Kantonsgericht und beantragte wie vor erster Instanz eine (konkrete) Losbildung und die Zuteilung dieser Lose an die Erben, der Beschwerdeführer blieb ebenfalls bei seinen erstinstanzlichen Anträgen. Das Kantonsgericht stellte die güterrechtlichen Ansprüche der verstorbenen Mutter fest und wies dem Bruder, der Schwester sowie den beiden (gemeinsam) als Erbengemeinschaft der Mutter bestimmte Erbschaftsgegenstände direkt zu und ordnete Ausgleichszahlungen an.

Das Bundesgericht erwägt, es habe sich in der Vergangenheit mehrmals zur Thematik geäußert und dabei etwa festgehalten, das Erbteilungsgericht habe im Rahmen der Rechtsbegehren ein vollstreckbares Urteil zu fällen, d.h. die Teilung durchzuführen und die Erbbetreffnisse konkret zuzuweisen; es entscheide über sämtliche Streitfragen und habe umfassende Teilungs- und Zuweisungskompetenz (E. 5.3 unter Verweis auf BGE 137 III 8 sowie BGer 5D\_133/2010 vom 12. Januar 2011, E. 4.1). Daraus könne indes nicht geschlossen werden, das Bundesgericht habe damit die Kompetenz des Erbteilungsgerichts bejaht, *nach eigenem Ermessen* bestimmte Erbschaftsgegenstände bestimmten Erben zuzuweisen (E. 5.3, Hervorhebung hinzugefügt). Diese Frage sei vielmehr bisher vom Bundesgericht noch nicht zu entscheiden gewesen (E. 5.5). Nach Abwägung der verschiedenen Lehrmeinungen kommt das Bundesgericht sodann zum Schluss, dass das Gericht, wo die Voraussetzungen für eine Anwendung von Art. 611 ZGB erfüllt sind, nicht nach eigenem Gutdünken Erbschaftsgegenstände zuweisen könne (E. 5.9 f.).

3.2 Das Urteil des Bundesgerichts ist jedenfalls aus prozessualen Gründen zutreffend. Das Kantonsgericht verletzte mit seiner Entscheidung nämlich die auch im Erbteilungsprozess gültige Dispositionsmaxime, war doch die vorgenommene Zuweisung nicht von den Parteianträgen gedeckt (E. 4.7 und E. 5.7.6, je mit weiteren Hinweisen; das steht im Einklang mit der bestehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wie sie in BGE 137 III 8 E. 3.4.1 formuliert ist: "*Im Rahmen der Rechtsbegehren* hat das Erbteilungsgericht ein vollstreckbares Urteil zu fällen, d.h. die Teilung durchzuführen und die Erbbetreffnisse konkret zuzuweisen. Es entscheidet über sämtliche Streitfragen und hat umfassende Teilungs- und Zuweisungskompetenz" [Hervorhebung hinzugefügt]).

Im vorliegend zu beurteilenden Fall verhält es sich insofern anders als im Fall von BGE 143 III 425 ff., als der Beklagte mit seinem in der Duplik eingebrachten Eventualbegehren genau das verlangt hatte, was die Vorinstanz entschied, nämlich die Zuweisung des Grundstücks an ihn zu Alleineigentum. Trotzdem muss der vom Bundesgericht in BGE 143 III 425 ff. publizierte Entscheid auch in der vorliegenden Konstellation Gültigkeit haben: Art. 611 Abs. 3 ZGB sieht vor, dass die – gegebenenfalls vom Gericht gebildeten – Lose nach Vereinbarung oder durch Losziehung unter den Erben verteilt werden, von einer Zuteilung durch die Behörde resp. durch das Gericht ist nicht die Rede. Das muss gemäss BGE 143 III 425 grundsätzlich auch gelten, wo im Prozess ein einzelner Miterbe eine bestimmte Zuteilung verlangt. Die Losziehung unter den Erben ist seiner Intention nach ein Mittel, um dem Grundsatz der Anspruchsgleichheit zum Durchbruch zu verhelfen (BGE 97 II 11 E. 3; BGE 143 III 425 E. 4.5 m.w.H.), das lediglich hinter eine Vereinbarung über die Losverteilung zurückzutreten hat (zur Frage, ob die Erben vorliegend eine solche Vereinbarung getroffen haben nachfolgend Ziff. 4). Das in BGE 143 III 425 publizierte Urteil ist in der Lehre auf teilweise heftige Kritik gestossen, weil es die Kompetenz des Teilungsgerichts im Vergleich zur bisherigen Praxis ganz erheblich einschränke (vgl. WOLF, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, Erbrecht, ZBJV 154/2018 S. 405 ff., 415 ff. m.w.H.), was indes, wie auch von WOLF eingeräumt wird (a.a.O., S. 418 f.), am faktisch verbindlichen Charakter dieses Entscheids nichts zu ändern vermag.

Die direkte, integrale Zuweisung des Grundstücks an den Beklagten durch die Vorinstanz als das angerufene Teilungsgericht war demnach gemäss geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung unzulässig.

4. Das vorinstanzliche Urteil verletzt indes auch abgesehen von der soeben referenzierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung die gesetzlichen Teilungsvorschriften von Art. 610 ff. ZGB.

4.1 Die Erben können, wo es nicht anders angeordnet ist, die Teilung der Erbschaft frei vereinbaren (Art. 607 Abs. 2 ZGB). Einigen sich die Erben, können sie sich sogar über Teilungsvorschriften des Erblassers hinwegsetzen (BGE 143 III 425 E. 4.2, mit zahlreichen Hinweisen). Wo sich die Erben nicht einigen können und auch der Erblasser keine Teilungsvorschriften aufgestellt hat, finden die gesetzlichen Teilungsregeln Anwendung (BGE 137 III 8 E. 2.1).

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz zutreffend (und im Übrigen auch unangefochten) festgestellt, dass der Erblasser keine Teilungsvorschriften erlassen hat (act. 85 S. 63). Sie hat sodann geprüft, ob unter den Erben eine Einigung zustande gekommen sei (act. 85 S. 63 ff.). In Auslegung von Ziff. 16 des Erbteilungsvertrags kommt die Vorinstanz dabei zum Resultat, dass "zumindest über das Eventualbegehren des Beklagten" [die Zuweisung des gesamten Grundstücks an den Beklagten im Alleineigentum, Anmerkung hinzugefügt] "eine Einigung zustande gekommen ist" (act. 85 S. 68). Dieses Auslegungsergebnis lässt mit Blick auf den ausgelegten Vertragstext aufmerken (Wiedergabe von Ziffer 16 oben, Ziff. 1): Vereinbart war, das Grundstück werde zu einem späteren Zeitpunkt aufgeteilt, wobei der Beklagte die Hausliegenschaft mit dem Gebäude Assek.-Nr. 3 samt dem dazu notwendigen Hausumschwung zu Alleineigentum erhalten sollte, die weiteren vier Erben (also die Kläger) den nordwestlich vom Gebäude gelegenen, noch abzuparzellierenden Hausumschwung im Gesamteigentum, um darauf eine neue Überbauung zu realisieren.

4.2 Anknüpfungspunkt der vorinstanzlichen Vertragsinterpretation ist folgende Passage in Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags (vgl. oben, Ziff. 1): "Flächenunterschiede zwischen Hausliegenschaft und Baulandgrundstück sind untereinander



zu Fr. 622.30 pro Quadratmeter (heutiger umgerechneter Übernahmepreis) auszugleichen (...). Dieser Wert gilt auch unter den Parteien bei einem allfälligen späteren Austritt/Verzicht eines Miterben vor Beginn der Realisierung einer neuen Überbauung."

Die Parteien verstehen die letztgenannte Passage betreffend einen allfälligen späteren Austritt/Verzicht eines Miterben jedenfalls im Berufungsverfahren unterschiedlich (vgl. act. 83 Rz 14 sowie act. 96 Rz 22 f.), dies Bezug nehmend auf die Erwägungen der Vorinstanz. Im vorinstanzlichen Verfahren haben sich die Parteien soweit ersichtlich nicht zu dieser Frage geäußert, kontrovers thematisiert wurde vielmehr die Regelung von Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags als solche, d.h. die geplante Aufteilung, ohne auf die Bedeutung eines späteren Austritts resp. Verzichts eines Miterben einzugehen. Die Vorinstanz ist zu einer objektivierenden Auslegung von Ziffer 16 geschritten und hat in diesem Rahmen festgestellt, aus teleologischen Gründen sei das Ausscheiden eines Miterben infolge gerichtlicher Erbteilung unter den Begriff des "Austritts" bzw. des "Verzichts" im Sinne des Erbteilungsvertrags zu subsumieren. Darüber hinaus hätten die Kläger mit ihrem Begehren um öffentliche Versteigerung zumindest implizit gar selbst ihren "Austritt" bzw. "Verzicht" im Sinne von Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags erklärt (act. 85 S. 63 ff., S. 67).

4.3 Entgegen der Vorinstanz liegt keine Einigung der Erben über die Teilung – in Form der Zuweisung des gesamten Grundstücks an den Beklagten – vor:

Vorab ist offensichtlich unzutreffend, dass die Kläger mit dem Begehren um öffentliche Versteigerung ihren Austritt aus der Erben- resp. Gesamteigentümergeinschaft erklärt hätten: Die Kläger und Berufungskläger haben vor der Vorinstanz ursprünglich ausschliesslich die Losbildung beantragt und diesen Antrag stets aufrecht erhalten, ab der Replik begleitet durch den Antrag auf öffentliche Versteigerung des Grundstückes, wobei Letzteres im Berufungsverfahren (wie schon gemäss Schlussvortrag im vorinstanzlichen Verfahren) nunmehr als Hauptantrag gestellt wird. Ein Antrag auf öffentliche Versteigerung der Erbschaftssache ist nun allerdings kein (impliziter) Austritt aus der Erben- resp. Ge-

samteigentümergeinschaft am Grundstück, sondern ein Antrag auf Teilung der Erbschaftssache gemäss Art. 612 Abs. 3 ZGB.

Noch weniger kann eine Einigung auf das Eventualbegehren des Beklagten – wie erinnerlich: das Begehren auf Zuteilung des Alleineigentums am gesamten Grundstück an den Beklagten unter Auszahlung von Fr. 500'000.00 an die übrigen verbliebenen Miterben – aus einer (teleologisch begründeten) objektivierten Auslegung des Vertrags hergeleitet werden. Ein Verzicht eines Miterben resp. ein Austritt aus der Gesamteigentümergeinschaft an dem Grundstück erfolgt durch Willenserklärung des betreffenden Miterben und lässt sich mit einem gerichtlich angeordneten Ausscheiden (durch Auflösung der Erbengemeinschaft infolge gerichtlicher Erbteilung) nicht gleichsetzen. Es ist indes ohnehin nicht angängig, aus einer objektivierenden Vertragsauslegung herzuleiten, die Parteien hätten sich zwar primär auf eine Parzellierung (in zwei Grundstücke) einigen wollen, aber ebenso darauf, dass im Fall einer gerichtlich vorgenommenen Erbteilung das Eigentum am gesamten Grundstück (also ohne Parzellierung) an einen der Miterben gehen soll – denn für eine solche Einigung, die letztlich das Gegenteil der im Vertragstext ausgedrückten Absicht zur Folge hat, finden sich weder im Vertragstext noch sonst wo Anhaltspunkte.

4.4 Es handelt sich bei Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags augenscheinlich um eine Vereinbarung über die Teilung. Das Grundstück sollte gemäss dieser Vereinbarung nicht etwa einem der Erben zugewiesen werden – unter Auszahlung der übrigen Erben –, es sollte auch nicht unter den Erben oder öffentlich versteigert werden, noch sollten aus dem Grundstück so viele Lose (Parzellen) wie Erben gebildet werden, sondern vertraglich als Aufteilung vorgesehen war die eben wiedergegebene Aufteilung in zwei Lose in Form von zwei Parzellen. Da die Parzellierung erst noch vorzunehmen war, bestand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keine Einigung über den genauen Verlauf der Grenze (immerhin sollte die Aufteilung zwischen Hausliegenschaft und Baulandgrundstück so erfolgen, dass entlang der ursprünglichen Hausfassade ein Abstand zur neuen Grundstücksgrenze von ca. 3.5 Meter besteht) und damit noch keine Einigung über die genaue Grösse (in Quadratmetern) der Lose. Über die endgültige Losbildung kann-

ten sich die Parteien in der Folge nicht einigen. Mangels Einigung über die Losbildung konnte auch keine Einigung über die Zuteilung der noch nicht feststehenden Lose getroffen werden, wenngleich sowohl betreffend die Losbildung wie auch betreffend die Zuteilung durchaus Absichten bestanden.

4.5 Das angerufene Teilungsgericht hat mangels Einigung der Erben und mangels Teilungsvorschriften durch den Erblasser nach den gesetzlichen Teilungsregeln vorzugehen. Oberste Richtlinie des Teilungsrechts ist dabei die Anspruchsgleichheit der Erben (Art. 610 Abs. 1 ZGB; vgl. dazu BGE 143 III 425 E. 4.2 f.). In Art. 611 und Art. 612 ZGB werden Teilungsgrundsätze festgehalten. Nach Art. 611 Abs. 1 ZGB sind aus der Erbschaftssache so viele Lose zu bilden, als Erben oder Erbstämme sind. Gemäss Art. 611 Abs. 2 ZGB hat auf Verlangen eines der Erben die zuständige Behörde die Lose zu bilden, wenn sich die Erben auf die Losbildung nicht einigen können. Nach Art. 611 ZGB ist dabei grundsätzlich vorzugehen, solange die Erbschaftssache in einem Los Platz hat und damit einem Erben zugewiesen werden kann. Sogar wenn die Erbteile kleiner sind als der Wert der Sache, ist die Zuweisung mit Ausgleichszahlung gegenüber der Veräusserung vorzuziehen, sofern die Differenz nicht erheblich ist. Das Bundesgericht legt dabei das richtige Verhältnis zwischen Ausgleichssumme und Wert des Erbteils nicht schematisch fest (BGE 143 III 425 E. 4.6 m.w.H.).

Die Vorinstanz hat die Erbsache ungeteilt dem Beklagten zugewiesen – obwohl diesbezüglich keine Einigung unter den Erben vorlag (vgl. oben, Ziff. 4.3) – und eine Ausgleichszahlung in der Höhe von CHF 572'092.– festgelegt, dies ausgehend von einem anrechenbaren Grundstückswert von CHF 1'000'000.–. Damit ist die Differenz zwischen dem Erbteil und dem Wert der Sache auf jeden Fall erheblich (vgl. etwa STEPHAN WOLF, Berner Kommentar, 2014, N 18 zu Art. 611 ZGB: vorgeschlagener Maximalwert von 10 % Wertabweichung). Indem die Vorinstanz das Grundstück ungeteilt einem Erben zuwies und eine Ausgleichszahlung in der Höhe von 57% des gemäss Vorinstanz anrechenbaren Grundstückswertes anordnete, hat sie auch diesbezüglich die gesetzliche Teilungsregel von Art. 611 ZGB verletzt. Da sich die Erben nicht auf die Zuweisung des gesamten Grundstücks an den Beklagten geeinigt haben, stände die Höhe der Ausgleichs-

zahlung auch einer Zuweisung der gesamten Erbschaftssache an einen der Erben gestützt auf Art. 612 Abs. 1 ZGB entgegen (STEPHAN WOLF, a.a.O., N 28 zu Art. 612 ZGB m.w.H.).

4.6 Nachdem die Zuteilung der gesamten Erbschaftssache an den Beklagten die Bestimmungen von Art. 611 und Art. 612 Abs. 1 ZGB verletzt, ist die Erbteilung gemäss den Teilungsregeln von Art. 610 ff. ZGB vorzunehmen. Da die Vorinstanz infolge der Zuteilung der gesamten Erbschaftssache an den Beklagten alle Fragen, die im Zusammenhang mit der Aufteilung des Grundstücks in zwei Parzellen von den Parteien aufgeworfen wurden (nebst dem genauen Grenzverlauf die Anträge und Vorbringen betreffend Grenzabstand zur ursprünglichen Hausfassade, beantragter Abriss des Holzschopfs, Einräumung von Näherbaurechten etc.) nicht beurteilt hat, ist das Verfahren zur Fortsetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). Bei der vorzunehmenden Teilung werden die nachfolgenden Grundsätze zu beachten sein.

5.1 Sowohl das Verfahren auf Losbildung gemäss Art. 611 ZGB wie auch das Verfahren auf Versteigerung gemäss Art. 612 ZGB werden nur auf Antrag eines Erben aufgenommen. Es spielt daher für das konkrete Vorgehen eine entscheidende Rolle, welche Rechtsbegehren die Parteien stellten und ob diese rechtsgenügend vorgebracht wurden.

Mit ihrer Berufung verlangen die Kläger (wie schon am Schluss des erstinstanzlichen Verfahrens) primär die öffentliche Versteigerung des Grundstücks, daneben indes nach wie vor die gerichtliche Losbildung. Ursprünglich war von den Klägern nicht die öffentliche Versteigerung, sondern die Losbildung verlangt worden (verbunden mit weiteren Begehren, vgl. oben, S. 3 ff.). Auch der Beklagte verlangte vorinstanzlich ursprünglich die Bildung von Losen (die er freilich etwas anders gebildet haben wollte als die Kläger) und hat dazuhin mit der Replik neu den Antrag auf Zuweisung des gesamten Grundstücks an ihn unter Anordnung einer Ausgleichszahlung gestellt. Vor diesem Hintergrund ist vorab der Weg der Losbildung zu beschreiten.

5.2 Die Losbildung hat gemäss Art. 611 Abs. 2 ZGB unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs, der persönlichen Verhältnisse sowie der Wünsche der Mehrheit der Miterben zu erfolgen. Nachdem die Erben sich über die endgültige Losbildung nicht einigen konnten und mangels Einigung über die Losbildung auch keine Einigung über die Zuweisung der noch nicht feststehenden Lose gefunden werden konnte, bleibt von Ziffer 16 des Erbteilungsvertrags als vertragliche Teilungsvereinbarung, welche den gesetzlichen Teilungsregeln vorgehen würde, wenig übrig. Werden zwei Lose gebildet – ob ohne Wertverlust auch acht Lose (entsprechend den Ansprüchen der Kläger 1-4) gebildet werden könnten, wurde im bisherigen Verfahren nicht thematisiert, ist aber aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung bei einem Grundstück von 1'607 m<sup>2</sup> doch ziemlich fraglich –, so erscheint immerhin aufgrund des Umstands, dass der Beklagte im Wohnhaus wohnt und an der Zuteilung des Gartens kein Interesse hat, die Zuteilung per Losziehung als den persönlichen Verhältnissen nicht angemessen. Unstatthaft wäre indes die Annahme, die Parteien hätten sich auf zwei Lose (die Anzahl betreffend) sowie darauf geeinigt, dass im einen Los das Wohnhaus sei und dieses vom Erbteilungsgericht noch zu bildende Los dem Beklagten zukommen solle: denn können sich die Erben nicht über die Lose einigen, so kann nicht das Gericht Lose bilden, deren Zuteilung schon feststeht, ohne mit dem Grundsatz der Anspruchsgleichheit der Erben zumindest potenziell in Konflikt zu geraten. Vielmehr wird bei der Losbildung die Anspruchsgleichheit der Erben dadurch gewährleistet, dass im Zeitpunkt der Losbildung noch nicht feststeht, wer welches Los erhalten wird, indem die Verteilung der Lose gemäss Art. 611 Abs. 3 ZGB durch Losziehung erfolgt, soweit sich die Erben über die Verteilung der gebildeten Lose nicht einig sind.

Demnach werden in einer ersten Phase zwei möglichst gleich grosse und gleichwertige Lose zu bilden sein, entsprechend der internen Beteiligung an der Erbschaft zu 4/8 und viermal 1/8. Können sich die Erben gemäss Art. 611 Abs. 3 ZGB auf die Zuteilung der *gebildeten* Lose einigen, so wird die Verteilung entsprechend den von der Vorinstanz vorgeschlagenen Losen erfolgen. Die Parteien können sich auch jederzeit auf ein anderes Vorgehen einigen, wodurch die Notwendigkeit einer Losbildung gänzlich entfielen (z.B. Teilungsvertrag, Verkauf oder Versteigerung, Weiterführung der Erbengemeinschaft). Können sich die Parteien

nicht auf die Zuteilung der gebildeten Lose einigen, so wird die Vorinstanz nicht von sich aus die Zuteilung der von ihr gebildeten Lose vornehmen, sondern in der vorliegenden Konstellation – sofern sich die Parteien nicht auf eine Zuteilung der beiden Lose per Losziehung einigen – die Versteigerung des Grundstücks anzuordnen haben, wobei, falls sich die Erben auch darüber nicht einigen, die Vorinstanz nach Ermessen zu entscheiden haben wird, ob die Versteigerung öffentlich oder unter den Erben stattfinden soll (Art. 612 Abs. 3 ZGB).

6. Mit der Rückweisung im Sinne der Erwägungen wird die Anschlussberufung, welche die Änderung einer durch die Rückweisung aufgehobenen Dispositivziffer (sowie eine andere Verteilung der Gerichtskosten) verlangt, gegenstandslos.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im erstinstanzlichen Verfahren wird die Vorinstanz neu zu entscheiden haben.

2. Im Rechtsmittelverfahren lag nach wie vor die Zuteilung der Erbschaftssache im Streit. Auch wenn mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass das Grundstück (mittlerweile) einen höheren Wert hat (act. 85 S. 73), so ist der Wert des Grundstückes gemäss im Erbteilungsvertrag festgelegten Übernahmewertes von Fr. 1'000'000.– zu veranschlagen, wie dies auch die Vorinstanz getan hat (act. 85 S. 76). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist demnach gemäss § 4 GebV OG auf Fr. 15'375.– festzusetzen und aus dem von den Berufungsklägern geleisteten Vorschuss zu beziehen. Infolge der Rückweisung ist die Verteilung der Gerichtskosten des Berufungsverfahrens (gegebenenfalls in Form eines Rückgriffs) und der Entscheid über die Parteientschädigungen dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO-SCHMID, Art. 104 ZPO N 7).

#### **Es wird erkannt:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 21. Januar 2019 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neu-

er Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 15'375.– festgesetzt und aus dem von den Berufungsklägern geleisteten Vorschuss von Fr. 30'000.– bezogen. Der Überschuss wird den Berufungsklägern zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungskläger unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 96, act. 97/1-7), sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. A. Götschi

versandt am: