

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB240026-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: LB240028

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. B. Schärer und Oberrichter lic. iur. K. Vogel
sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Meier

Beschluss und Urteil vom 13. Februar 2026

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Beklagte, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

C._____,

Klägerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin

vertreten durch D._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Aberkennung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Mai 2024
(CG210016-K)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1a S. 2 f.)

- "1. [...]
2. Es sei festzustellen, dass folgende vom Stadttammannamt und Betreibungsamt Winterthur-Stadt zugunsten der Beklagten ins Lastenverzeichnis vom 7. Oktober 2021 aufgenommenen Forderungen nicht bestehen:
- Lastenverzeichnis Position Nr. 1: Ersatzforderung aus Nachlass CHF 770'000.00
 - Lastenverzeichnis Position Nr. 2: Drei verfallene Jahreszinse CHF 115'500.00
 - Lastenverzeichnis Position Nr. 3: Laufender Zins CHF 38'072.20
 - Lastenverzeichnis Position Nr. 8: Spruchgebühren Rechtsöffnungsverfahren CHF 2'000.00.
3. Die Beklagten seien zu verpflichten, der Klägerin den Papier-Namenschuldbrief, über nominell CHF 800'000.00, dat. tt.8.1980, Beleg 1, EREID CH2, Maximalzinsfuss 8 %, eingetragen an erster Pfandstelle auf dem Grundstück E._____ 3, F._____ (GBI 4, Kataster 5) herauszugeben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Mai 2024:

(Urk. 57 S. 20 f. = Urk. 62/57 S. 20 f.)

1. In Gutheissung von Rechtsbegehren Ziff. 2 wird das Betreibungsamt Winterthur-Stadt angewiesen, folgende in der Betreuung Nr. 6 gegen die Klägerin im Lastenverzeichnis vom 7. Oktober 2021 aufgenommenen Forderungen zu löschen:
- Nr. 1: Ersatzforderung aus Nachlass über CHF 770'000.-;
 - Nr. 2: drei verfallene Jahreszinse zu 5 % ab 12. Dezember 2017 bis 11. Dezember 2020 über CHF 115'500.-;
 - Nr. 3: laufender Zins zu 5 % ab 12. Dezember 2020 bis tt. Dezember 2021 (Steigerungstag) über CHF 38'072.20.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 38'000.—.
4. Die Kosten des Verfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der der Klägerin auferlegte Anteil wird zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Die Beklagten 1 und 2 schulden ihren Anteil an den Gerichtskosten unter solidarischer Haftung.
5. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
6. [Mitteilungen]
7. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

Zur Erstberufung:

der Beklagten, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 56 S. 2):

- "1. Es seien die Ziffern 1, 3, 4 und 5 des Urteilsdispositivs des Bezirksgerichts Winterthur vom 10. Mai 2024 aufzuheben.
2. Es sei der Antrag 2 der Aberkennungsklage der Berufungsbeklagten vom 27. Oktober 2021 bezüglich der folgenden vom Stadtammannamt und Betreibungsamt Winterthur-Stadt zugunsten der Berufungskläger ins Lastenverzeichnis vom 7. Oktober 2021 (Betreibung Nr. 6) aufgenommenen Forderungen abzuweisen:
 - LV Position Nr. 1: Ersatzforderung aus Nachlass CHF 770'000.00;
 - LV Position Nr. 2: Drei verfallene Jahreszinse CHF 115'500.00;
 - LV Position Nr. 3: Laufender Zins CHF 38'072.20.
3. Es sei der Antrag 2 der Aberkennungsklage der Berufungsbeklagten vom 27. Oktober 2021 bezüglich der Löschung der streitgegenständlichen Forderungen aus dem Lastenverzeichnis vom 7. Oktober 2021 (Betreibung Nr. 6) abzuweisen.
4. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 10. Mai 2024 aufzuheben und im Sinn der Erwägungen zur Neubeurteilung an das Bezirksgericht Winterthur zurückzuweisen.

5. Die Kosten für das erstinstanzliche und für das zweitinstanzliche Verfahren seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
6. Es sei den Berufungsklägern für das erst- und für das zweitinstanzliche Verfahren eine angemessene Entschädigung zuzusprechen."

der Klägerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (Urk. 68 S. 1):

"Die Erstberufung sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Erstberufungskläger."

Zur Zweitberufung:

der Klägerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (Urk. 62/56 S. 2 ff.)

- "1. Der Klägerin/Berufungsklägerin sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, und es sei ihr in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zur Seite zu stellen.
2. Dispositiv Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 10. Mai 2024 sei aufzuheben, und es seien die Beklagten/Berufungsbeklagten in Gutheissung des Klagebegehrens Ziff. 3 zu verpflichten, der Klägerin/Berufungsklägerin den Papier-Namensschuldbrief, über nominell CHF 800'000.00, dat. tt.8.1980, Beleg 1, ERID CH2, Maximalzinsfuss 8 %, eingetragen an erster Pfandstelle auf dem Grundstück E. _____ 3, F. _____ (GBI 4, Kataster 5) herauszugeben.
3. Dispositiv Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 10. Mai 2024 sei aufzuheben, und es seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens vollumfänglich den Beklagten/Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
4. Dispositiv Ziff. 5 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 10. Mai 2024 sei aufzuheben, und es sei der Klägerin/Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung (zuzüglich Mehrwertsteuer) zuzusprechen.
5. Eventuell, für den Fall der Abweisung der Berufungsanträge Ziff. 2 – 4:
 - 5.1 Dispositiv Ziff. 3 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 10. Mai 2024 sei aufzuheben, und es sei die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren auf CHF 29'390.00 festzusetzen.
 - 5.2 Dispositiv Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 10. Mai 2024 sei aufzuheben, und es seien die Verfahrenskosten von CHF 29'390.00 den Parteien wie folgt aufzuerlegen:
 - Den Beklagten/Berufungsbeklagten CHF 29'184.00

- Der Klägerin/Berufungsklägerin CHF 206.00.

- 5.3 Dispositiv Ziff. 5 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 10. Mai 2024 sei aufzuheben, und es sei der Klägerin/Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine auf 98,6 % reduzierte Parteientschädigung in Höhe von CHF 44'658.00 (zuzüglich Mehrwertsteuer) zuzusprechen.
6. Unter ausgangsgemässer Regelung der Kosten und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren zulasten der Beklagten/Berufungsbeklagten."

der Beklagten, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 67 S. 2):

- "1. Es seien die Anträge 2, 3, 4, 5.2, 5.3 und 6 der Zweitberufung abzuweisen.
2. Es sei Antrag 5.1 der Zweitberufung gut zu heissen.

Unter ausgangsgemässer Regelung der Kostenfolgen für das Zweitberufungsverfahren zu Lasten der Zweitberufungsklägerin und Zusprechung einer angemessenen Parteientschädigung für das Zweitberufungsverfahren (zuzüglich Mehrwertsteuer) an die Zweitberufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. G._____ (Erblasserin) setzte mit ihren öffentlichen letztwilligen Verfügungen vom 10. April 1995 und 30. März 2000 ihren Neffen H._____ mit einer Erbquote von 2/3 und dessen Söhne, die heutigen Beklagten, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagten (Beklagte), mit einer solchen von je 1/6 als ihre Erben ein. Den Erbteil von H._____ stellte sie unter die Verwaltung des Willensvollstreckers Dr. I._____ (Willensvollstrecker) und setzte die Beklagten insoweit als Nacherben ein (Urk. 1a S. 8 f.; Urk. 18 S. 5 ff.; Urk. 32 S. 2 ff.; vgl. auch Urk. 57 E. III.1.1.2.). Sie starb am tt.mm.2001 (Urk. 1a S. 9; Urk. 32 S. 4). Am tt.mm.2016 starb auch H._____. Er hinterliess nebst den Beklagten seine Ehefrau, die heutige Klägerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin (Klägerin). Die Beklagten schlugen das Erbe in seinem Nachlass aus. Die Klägerin erklärte die Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar. Sie ist die Alleinerbin im Nachlass von H._____ (Urk. 1a S. 7; Urk. 18 S. 9; Urk. 32 S. 7; vgl. auch Urk. 57 E. III.1.1.5.).

2.1 Im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin war H._____ Eigentümer der Liegenschaft E._____ 3, F._____. Auf der Liegenschaft lastete ein Namensschuldbrief, der am tt. August 1980 zulasten von H._____ und zugunsten der J._____ errichtet und zuletzt am tt. September 1982 auf Fr. 800'000.– erhöht worden war. Mit Valuta vom 31. Oktober 2001 überwies der Willensvollstrecker Fr. 770'000.– auf das variable Hypothekarkonto von H._____ bei der K._____. Als Zahlungsgrund gab er an: "Zur Ablösung Hypothek H._____". Die Zahlung durch den Willensvollstrecker erfolgte zulasten des Erbteils von H._____. Der Willensvollstrecker informierte H._____ darüber mit Schreiben vom 5. November 2001. Am 6. November 2001 übertrug die K._____ den Schuldbrief auf den Willensvollstrecker (Urk. 1a S. 9; Urk. 3/11; Urk. 3/12; Urk. 10/3; Urk. 18 S. 5 f.; Urk. 32 S. 4 f.; Urk. 40 S. 6; vgl. auch Urk. 57 E. III.1.1.3.). Die von H._____ in der Folge begehrte Herausgabe des Schuldbriefs verweigerte der Willensvollstrecker am 30. Mai 2002 mit der Begründung, dass der heute unbelastete Schuldbrief Bestandteil des von ihm verwalteten Erbteils sei, über den H._____ gemäss testamentarischer Anordnung nicht verfügen können solle (Urk. 32 S. 5 f.; Urk. 33/16 S. 4 f.; Urk. 40 S. 7 f.). Am 15. Juli 2011 bekräftigte der Willensvollstrecker seine Auffassung (Urk. 40 S. 7; Urk. 41/2). Am tt. Oktober 2012 erwarb die Klägerin die Liegenschaft von H._____ (Urk. 32 S. 7; Urk. 40 S. 9; Urk. 57 E. III.1.1.4.).

2.2 Mit Schreiben vom 7. August 2018 ersuchte die Klägerin den Willensvollstrecker, den Schuldbrief ihr auszuhändigen, da seitens des Nachlasses der Erblasserin und seitens der Beklagten keine Forderungen gegen den Nachlass von H._____ bestünden. Mit Zuschrift vom 10. August 2018 lehnte der Willensvollstrecker eine Herausgabe des Schuldbriefs an sie mit der Begründung ab, den Beklagten stünden seiner Auffassung nach Forderungen zu, die durch den Schuldbrief gesichert seien. Beide Schreiben gingen auch an den beklagtenischen Rechtsvertreter (Urk. 32 S. 8; Urk. 33/18 f.; Urk. 40 S. 9). Am 20. August 2018 übertrug der Willensvollstrecker den auf der klägerischen Liegenschaft lastenden Schuldbrief schliesslich auf die Beklagten (Urk. 32 S. 9; Urk. 10/3; Urk. 40 S. 9).

3.1 Unter dem 7. Oktober 2021 wurde der Klägerin das Lastenverzeichnis infolge der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfands der Grundpfandgläubiger

an 2. Pfandstelle (= Beklagte, in anderer Sache) mitgeteilt. In dieses sind soweit vorliegend interessierend als Lasten zugunsten der Beklagten Spruchgebühren für ein Rechtsöffnungsverfahren (Lastenverzeichnis Position Nr. 8) und mit einem Totalbetrag von Fr. 923'572.20 was folgt aufgenommen (Urk. 1a S. 3; Urk. 3/1; Urk. 18 S. 4; vgl. auch Urk. 57 E. III.1.1.6.):

"B. Vertragliche Pfandrechte

1. Pfandstelle

B._____, [...] und A._____, [...]

Kapital laut Papier-Namenschuldbrief, per nom. Fr. 800'000.00, dat. tt.08.1980, [...], Maximalzinsfuss 8%

Forderung gekündigt und fällig (Pfandsicherheit im Sinne von Art. 818 ZGB):

- | | | | |
|----|---|------------|--------|
| 1. | Ersatzforderung aus Nachlass | 770'000.00 | |
| 2. | drei verfallene Jahreszinse zu 5%
ab 12. Dezember 2017 bis 11. Dezember 2020 | 115'500.00 | |
| 3. | Laufender Zins zu 5% ab 12. Dezember 2020
bis 07. Dezember 2021 (Steigerungstag) | 38'072.20 | [...]" |

Die Klägerin bestritt diese Lasten am 7. Oktober 2021 (Urk. 1a S. 3; Urk. 3/2; Urk. 18 S. 4), worauf das Stadttammannamt und Betreibungsamt Winterthur ihr am 8. Oktober 2021 Frist zur Klage auf Aberkennung eines Anspruchs im Lastenverzeichnis ansetzte (Urk. 3/3).

3.2 Mit Eingabe vom 27. Oktober 2021 reichte die Klägerin in der Folge rechtzeitig (vgl. Urk. 57 E. III.2.) Klage bei der Vorinstanz ein, mit der sie die Feststellung des Nichtbestehens der zugunsten der Beklagten ins Lastenverzeichnis aufgenommenen Forderungen gemäss den Positionen Nr. 1, 2, 3 und 8 beantragte und zusätzlich die Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe des Papier-Namenschuldbriefs über nominell Fr. 800'000.–, eingetragen an erster Pfandstelle auf dem ihr gehörenden Grundstück E._____, 3, F._____, begehrte (Urk. 1a S. 2 f.; Rechtsbegehren vorstehend wiedergegeben). Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen wer-

den (Urk. 57 E. I.). Das angefochtene Urteil erging am 10. Mai 2024 mit dem eingangs wiedergegebenen Dispositiv.

4.1 Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien fristgerecht Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen, wobei die Erstberufung der Beklagten vom 14. Juni 2024 (Datum des Poststempels; Urk. 56) und die Zweitberufung der Klägerin vom 17. Juni 2024 (Datum des Poststempels; Urk. 62/56) datiert. Die beiden Berufungen wurden als separate Verfahren unter den Geschäftsnummern LB240026 (Erstberufung) und LB240028 (Zweitberufung) angelegt, jedoch mit Beschluss vom 4. November 2024 vereinigt. Das Zweitberufungsverfahren wurde als durch die Vereinigung erledigt abgeschrieben (Urk. 62/62; Urk. 64).

4.2 Die Beklagten leisteten den ihnen mit Verfügung vom 19. Juni 2024 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 29'000.– innert Frist (Urk. 60 f.). Der Klägerin, die mit ihrer Berufungsbegründung ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren stellte, wurde kein solcher auferlegt, nachdem ihr bereits von der Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden war. Mit Verfügung vom 4. November 2024 wurde der Klägerin Frist zur Beantwortung der Erstberufung und den Beklagten Frist zur Beantwortung der Zweitberufung angesetzt (Urk. 65). Die entsprechenden Rechtsschriften wurden fristgerecht unter dem 11. Dezember 2024 (Zweitberufungsantwort; Urk. 67) und unter dem 12. Dezember 2024 (Erstberufungsantwort; Urk. 68) erstattet und den Parteien in der Folge mit Verfügung vom 7. Januar 2025 je gegenseitig zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 69). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 1-55) wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

II. (Rechtsbegehren Ziffer 2/Lastenbereinigung)

1. Die Vorinstanz erwog nach einer Darstellung des unbestrittenen Sachverhalts und der wesentlichen Parteistandpunkte (Urk. 57 E. III.1.) zunächst, dass auf den strittigen Schuldbrief die vor dem Jahr 2012 in Kraft stehenden Bestimmungen Anwendung fänden (Urk. 57 E. III.3.1.), die Klage auf Aberkennung einer im Lastenverzeichnis aufgenommenen Forderung an der Beweislast nichts än-

dere, weshalb grundsätzlich die Beklagten die Beweislast für den Bestand der Forderung treffe (Urk. 57 E. III.3.2.) und im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung weiter Art. 1006 OR und Art. 930 ZGB zu beachten seien, weshalb sich die Frage stelle, ob die Beklagten sich auf die Eigentumsvermutung berufen könnten und daher die Beweislast zur Klägerin wechsle (Urk. 57 E. III.3.3.). Sodann hielt sie zusammengefasst fest, dass die Beklagten Besitz am streitgegenständlichen Schuldbrief hätten, die Klägerin die vom Willensvollstrecker erfolgte Indossierung an die Beklagten anerkenne und die Eigentumsvermutung von Art. 930 ZGB grundsätzlich auch für Wertpapiere wie den Schuldbrief anwendbar sei, sich der Besitzer jedoch nur auf diese berufen könne, wenn sein Besitz unzweideutig sei (Urk. 57 E. III.3.3.1 f.). Die Beklagten beriefen sich auf einen erbrechtlichen Erwerbsgrund und machten einen Erwerb durch Nacherbschaft geltend (Urk. 57 E. III.3.3.3.). Nacherben würden die Erbschaft als Universalsukzessoren kraft Gesetz erwerben. Der Forderungserwerb erfolge dabei unabhängig vom Besitzesübergang und ohne dass ein Indossament erforderlich wäre. Der direkte Erwerbsgrund der Beklagten vermöge damit keinen unzweifelhaften Besitz zu begründen (Urk. 57 E. III. 3.3.4.). Die Argumentation der Klägerin beschlage die Vorgänge zu Lebzeiten von H._____ und den strittigen Übergang des Schuldbriefs ins Vorerbschaftsvermögen zufolge Begründung einer Ersatzforderung. Auf die Eigentumsvermutung könnten sich die Beklagten als aktuelle Besitzer auch nicht berufen, wenn der Erwerbsgrund des Vorbesitzers, vorliegend also jener des Willensvollstreckers respektive des Vorerbschaftsvermögens, aufgrund der Umstände zweifelhaft sei. Unbestritten sei die Zahlung an die K._____ zur Ablösung des Schuldbriefs. Nach Art. 873 aZGB, der dem heutigen Art. 853 ZGB entspreche, komme es bei einer Zahlung der mit dem Schuldbrief gesicherten Forderung grundsätzlich nicht zu einer Tilgung nach Art. 114 OR, sondern der Schuldner erhalte eine Einrede gegen seine persönliche Leistungspflicht und einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Schuldbriefs. Nach einer Zahlung der mit einem Schuldbrief gesicherten Forderung sei die Rückgabe ohne die Begründung einer Ersatzforderung im Vorerbschaftsvermögen entsprechend der gesetzlichen Ordnung somit der Normalfall. Es sei zwar rechtlich möglich, dass bei einer Zahlung der Schuldbriefforderung diese auf einen Dritten übergehe, sei es durch Kauf der

entsprechenden Forderung oder Erklärung des Schuldners im Sinn von Art. 110 Ziff. 2 OR. Solches werde von den Beklagten jedoch nicht geltend gemacht. Vor diesem Hintergrund bestehe an dem von den Beklagten als Rechtsgrund für den Willensvollstrecker vorgebrachten Erwerbsgrund der Begründung einer Ersatzforderung erhebliche Zweifel. Folglich könnten sich die Beklagten nicht auf die Eigentumsvermutung von Art. 930 ZGB berufen (Urk. 57 E. III.3.3.5.). Zusammengefasst trügen sie für den Bestand der von ihnen im Lastenverzeichnis angemeldeten Forderung vollumfänglich die Beweislast (Urk. 57 E. III.3.4.). Art. 872 aZGB schliesse sodann die Einrede der Tilgung und des fehlenden Rechtsgrunds bzw. der fehlenden Verfügungsmacht vorliegend nicht aus, da die Regelung zur Einredebefreiung bloss Singularsukzessoren schütze, während die Beklagten sich auf einen erbrechtlichen Erwerbsgrund des Schuldbriefs und nicht auf eine Singularsukzession beriefen. Die Klägerin könne daher sämtliche Einreden, die ihr bzw. H._____ gegenüber dem Willensvollstrecker als Verwalter des Vorerbschaftsvermögens zugekommen seien, gegen die Beklagten geltend machen (Urk. 57 E. III.4.2. ff., vgl. auch E. III.3.3.3.). Die Übertragung eines Schuldbriefs und damit dessen Übergang ins Vorerbschaftsvermögen habe bereits unter altem Recht auch ein gültiges Verpflichtungsgeschäft vorausgesetzt (Urk. 57 E. III.5.1.). Da die externe Verfügungsmacht des Willensvollstreckers grundsätzlich unbeschränkt sei und nicht geltend gemacht werde, dass die K._____ nicht gutgläubig gewesen sei, seien die Handlungen des Willensvollstreckers unabhängig von ihrer Vereinbarkeit mit dem Testament gültig (Urk. 57 E. III.5.3.), womit zu prüfen bleibe, ob der Schuldbrief nach der erfolgten Zahlung durch Surrogation in das ein Sondervermögen darstellende Vorerbschaftsvermögen gelangt sei (Urk. 57 E. III.5.4. ff.). H._____ sei im Rahmen der testamentarischen Anordnung befugt gewesen, das Vermögen zu verbrauchen. Dem Surrogationsprinzip liege der Gedanke der Substanz- bzw. Werterhaltung des Sondervermögens zu Grunde. Erforderlich sei für eine Surrogation des Schuldbriefs daher, dass die Übertragung desselben als direkte Gegenleistung für die Zahlung an die K._____ zu qualifizieren sei. Liege demgegenüber eine Zahlung ohne Gegenleistung vor, so führe diese zu einem Substanzverlust und entsprechend auch zu keiner Surrogation (Urk. 57 E. III.5.7.). Da H._____ als Vorerbe an seinem Vorerbschaftsvermögen freies und unbeding-

tes Eigentum erworben habe, die Zahlung der Schuld aus diesem Vermögen erfolgt und er unbestrittenermassen Schuldner der Forderung gewesen sei, liege eine eigene Zahlung von H. _____ selbst vor. Bei der Zahlung einer gesicherten Forderung erhalte der Schuldner eine Einrede gegen die persönliche Leistungspflicht und einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Schuldbriefs. Die blosserückgabe des Schuldbriefs und die in diesem Zusammenhang zwingende Indossierung nach erfolgter Zahlung könne keine Gegenleistung für die Zahlung darstellen, denn es handle sich um nichts anderes als die unmittelbar vom Gesetz für den Fall einer gesicherten Schuld angeordneten Folge. Die vom Surrogationsprinzip erfassten Erwerbstatbestände hätten demgegenüber gemeinsam, dass durch die Zahlung ein anderer Gegenstand erworben werde und damit eine synallagmatische Gegenleistung vorliege, beispielsweise der Kauf eines Autos. Die Erfüllung einer gesetzlichen Rückgabepflichtung könne nicht mit diesen Vorgängen gleichgesetzt werden. Es fehle damit bei einer blossen Zahlung an einem für die Surrogation erforderlichen Erwerb des Schuldbriefs (Urk. 57 E. III.5.8.). Mehr als die unbestritten erfolgte Zahlung an die K. _____ lasse sich dem Sachvortrag der Beklagten, die sich durchwegs auf den Standpunkt stellen, der Schuldbrief sei durch Befriedigung der K. _____ abgelöst worden und im Zug der Ablösung sei eine Ersatzforderung im Vorerbschaftsvermögen begründet worden, nicht entnehmen. Namentlich werde nicht ausgeführt, ob und gegebenenfalls wie und mit welchem Inhalt bei der Zahlung der Hypothekarschuld von H. _____ zwischen dem Willensvollstrecker und der K. _____ eine Vereinbarung zur Übertragung der Schuldbriefforderung abgeschlossen worden sei (Urk. 57 E. III.5.9.). Der Vollständigkeit halber sei anzufügen, dass für den Fall, dass die Zahlung durch das Vorerbschaftsvermögen nicht als Zahlung des Schuldners selbst zu qualifizieren wäre, kein Übergang erfolgen würde. Bei einer Zahlung der Schuldbriefforderung durch einen Dritten gelange Art. 110 Ziff. 2 OR zur Anwendung, wonach eine Surrogation nur erfolge, wenn der Schuldbriefgläubiger vom Schuldner vor oder im Zeitpunkt der Zahlung darüber in Kenntnis gesetzt worden sei, dass der Zahlende an Stelle des Gläubigers treten soll. Eine solche Erklärung werde von den Beklagten nicht behauptet (Urk. 57 E. III.5.10.). Dass es dem Willensvollstrecker selbst möglich gewesen sei, nach Erhalt des Schuldbriefs eine

Forderung gegen H._____ zu begründen, welche mit dem Schuldbrief gesichert worden sei, sei zu verneinen und werde von den Beklagten auch nicht konkret geltend gemacht (Urk. 57 E. 5.11.). Gesamthaft fehle es damit an einem Übergang des Schuldbriefs ins Vorerbschaftsvermögen. Ein Übergang auf die Beklagten als Nacherben sei daher wegen fehlendem Verpflichtungsgeschäft nicht möglich (Urk. 57 E. III.5.12.). Weiter sei zu verneinen, dass die Beklagten den Schuldbrief gutgläubig erworben hätten. Der gutgläubige Erwerb eines Namensschuldbriefs, bei dem es sich um ein Ordrepapier handle, werde durch Art. 1152 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 1006 Abs. 2 OR geregelt. Diese Bestimmung gelange indes bei einem Erwerb zufolge Gesamtrechtsnachfolge wie dem vorliegenden Nacherbfall nicht zur Anwendung. Entsprechend sei auch kein gutgläubiger Erwerb durch die Beklagten möglich (Urk. 57 E. III.6.).

2.1 Die Beklagten halten dem verbunden mit einem allgemeinen Hinweis auf ihre Ausführungen vor Vorinstanz (Urk. 56 S. 3 f.) berufsungsweise entgegen, dass sie bereits in der Klageantwort ausgeführt hätten, dass es sich bei der als "Ersatzforderung" bezeichneten Forderung um die Schuldbriefforderung handle, was die Vorinstanz bei der Zusammenfassung ihres Parteistandpunkts ausgeblendet habe (Urk. 56 S. 4.). Die Vorinstanz verkenne sodann den Charakter des Schuldbriefs als Ordrepapier, bei dem die verbrieft Forderung untrennbar mit der Urkunde verknüpft sei und zu deren Geltendmachung lediglich das Eigentum an der Urkunde und die Bezeichnung des Berechtigten an der Urkunde notwendig sei. Der jeweilige Eigentümer der Urkunde, der im guten Glauben auf den Urkundentext vertraut habe, sei stets auch der berechtigte Gläubiger der verbrieften Forderung. Einreden seien nur in den beiden Fällen gemäss Art. 872 aZGB zulässig, die vorliegend nicht gegeben seien. Dass der Schuldbrief oder der Grundbucheintrag die Forderung nicht korrekt wiedergebe oder der Klägerin eine persönliche Einrede gegen die Beklagten zustünde, sei weder ersichtlich noch geltend gemacht. Mit der Rückzahlung an die K._____ und der Auslieferung des Titels, der aufgrund des Testaments nicht an H._____ habe herausgegeben werden dürfen, sei der Willensvollstrecker Eigentümer des Schuldbriefs und Gläubiger der verbrieften Forderung geworden. Heute seien es sie (Urk. 56 S. 4. f.). Der Erwerb des Schuldbriefs durch den Willensvollstrecker von der K._____ sei rechtmässig und

unzweifelhaft gewesen. Der Willensvollstrecker habe den Schuldbrief von der K._____ gekauft und die K._____ habe im Gegenzug zur Zahlung den Schuldbrief samt Schuldbriefforderung auf den Willensvollstrecker übertragen. Dessen Entscheidung, den Schuldbrief aus Mitteln der blockierten Erbschaft zu kaufen, um den Druck der Bank auf H._____ zu verringern, sei von seiner unbeschränkten Verfügungsbefugnis gedeckt und die Übertragung des Schuldbriefs durch Indossament und Besitzesübertragung durch die K._____ auf ihn rechtsgültig und rechtswirksam gewesen. Der Willensvollstrecker habe damit den Willen der Erblasserin erfüllt. Ebenfalls rechtmässig und unzweifelhaft sei der Erwerb des Schuldbriefs durch sie vom Willensvollstrecker gewesen. Der Willensvollstrecker habe einer Herausgabepflicht nach den auftragsrechtlichen Regeln unterstanden. Die Zahlung der Hypothekarschuld bei der K._____ aus Mitteln des blockierten Erbteils von H._____ gegen die Übernahme des Schuldbriefs habe im blockierten Erbteil von H._____ den Anspruch auf Herausgabe des Schuldbriefs mit der verbrieften Forderung gegen den Willensvollstrecker begründet. Beim Tod von H._____ sei dieser Anspruch mit dem Rest des unverbrauchten blockierten Erbteils testamentsgemäss auf sie, die Beklagten, übergegangen. Der Willensvollstrecker habe ihnen den Schuldbrief pflichtgetreu übertragen. Für sie gelte daher auch die Eigentumsvermutung nach Art. 930 ZGB und Art. 1006 OR und die Klägerin habe den vollen Beweis für den Nichtbestand der umstrittenen Forderung zu tragen. Diesen Beweis könne sie nicht erbringen (Urk. 56 S. 6, 7 ff.). Da sie den Schuldbrief nicht in Universalsukzession aus Erbfolge, sondern in Singularsukzession durch Indossament und Besitzesübertragung vom Willensvollstrecker erworben hätten und sie dabei gutgläubig gewesen seien, sei die Klägerin bezüglich Tilgung bzw. bezüglich fehlender Verfügungsmacht des Willensvollstreckers nach Art. 872 aZGB ausgeschlossen. Die Übertragung des Schuldbriefs durch den Willensvollstrecker sei nicht "qua Gesamtrechtsnachfolge", sondern in Singularsukzession in Erfüllung seiner obligatorischen Herausgabepflicht erfolgt. Sie hätten sodann darauf vertrauen dürfen, dass ihnen der Willensvollstrecker den mit Mitteln des blockierten Erbteils erworbenen Schuldbrief rechtmässig übertragen habe (Urk. 56 S. 6 f., 16). Aufgrund der Eigentumsvermutung zu ihren Gunsten und des Einredeausschlusses gegen die Klägerin sei die Aberkennungsklage ohne weitere Prü-

fung abzuweisen, da die Klägerin keine Einreden aus dem Schuldbrief selbst oder aus dem Verhältnis zwischen ihr und ihnen vorgebracht habe und sie beim Erwerb des Schuldbriefs gutgläubig gewesen seien (Urk. 56 S. 7, 13). Die Einreden der Klägerin könnten die Gutheissung der Aberkennungsklage aber auch dann nicht stützen, wenn diese zu hören wären. Der Rechtsgrund für die Ablösung und Übertragung des Schuldbriefs durch die K._____ habe in der Zahlung der mit dem Schuldbrief sichergestellten Hypothekarschuld gelegen. Es habe sich nicht um einen derivativen, sondern um einen originären Besitzerwerb des Willensvollstreckers von der K._____ gegen die Zahlung der Schuld von H._____ gehandelt. Der Willensvollstrecker habe den Schuldbrief mit der Schuldbriefforderung als direkte Gegenleistung für die Zahlung der Schuld erworben. So, wie auch eine andere Bank den Schuldbrief bei einer Ablösung der Hypothek erworben hätte, so, wie es bei der Ablösung von Hypotheken täglich und selbstverständlich geschehe (Urk. 56 S. 14 f.). Die Zahlung sei nicht aus freiem und unbedingtem Eigentum von H._____, sondern aus seinem blockierten Erbteil, einem gebundenen Sondervermögen, erfolgt. H._____ sei nicht befugt gewesen, mehr davon zu verbrauchen, als ihm der Willensvollstrecker entsprechend der testamentarischen Verfügung habe zukommen lassen. Für weitergehenden Verbrauch wäre H._____ ersatzpflichtig gewesen. Die Frage der Surrogation stelle sich vorliegend jedoch nicht, weil die vom Willensvollstrecker dem blockierten Erbteil für die Ablösung der Hypothekarschuld entnommenen Mittel nicht "verbraucht", sondern zum Erwerb des wertentsprechenden Schuldbriefs eingesetzt worden seien. Die Zahlung sei vom Willensvollstrecker aus dem Sondervermögen als Umschuldung veranlasst worden und nicht zur entschädigungslosen Tilgung der Hypothekarschuld. Dazu wäre er nach dem Willen der Erblasserin nicht befugt gewesen. Davon sei auch die K._____ ausgegangen, weshalb sie den Schuldbrief im Gegenzug zur Zahlung auf den Willensvollstrecker und nicht auf H._____ übertragen habe. Mit der Zahlung sei dem blockierten Erbteil ein obligatorischer Herausgabeanspruch auf den Schuldbrief gegen den Willensvollstrecker erwachsen (Urk. 56 S. 15). Da H._____ kein freies Eigentum an seinem blockierten Erbteil besessen habe, habe es sich bei der Ablösezahlung nicht um eine eigene Zahlung von H._____ gehandelt. Die Übertragung des Schuldbriefs habe eine direkte Gegenleistung für die

Zahlung der Schuld dargestellt. Die verbrieft novierte Schuldbriefforderung sei bei der Indossierung und Besitzesübertragung des Schuldbriefs dem Papier gefolgt und an den Willensvollstrecker übergegangen, welcher sie in der Folge für den blockierten Erbteil von H._____ gehalten habe. Die Ablösung des Schuldbriefs habe damit nicht eine Substanzverminderung des blockierten Erbteils von H._____ zur Folge gehabt, sondern der blockierte Erbteil habe den Anspruch auf den Schuldbrief und die darin verbrieft Schuldbriefforderung enthalten. Für den Wert des blockierten Erbteils sei der Vorgang neutral erfolgt (Urk. 56 S. 16). Der Grund für die Übertragung des Schuldbriefs vom Willensvollstrecker auf die Beklagten sei nicht im Erbrecht, sondern in der obligatorischen Herausgabepflicht des Willensvollstreckers gelegen und vom Willensvollstrecker rechtsgültig in Singularsukzession vorgenommen worden (Urk. 56 S. 16). Nach dem angefochtenen Urteil habe der blockierte Erbteil von H._____ bei der Ablösung des Schuldbriefs die Schuldbriefforderung nicht erworben. Auf die Ausführungen der Parteien zur möglichen Vereinigung der Forderungen sei die Vorinstanz deshalb nicht eingegangen. Sollte sich die Frage für das Obergericht stellen, so verwiesen sie auf ihre diesbezüglichen Ausführungen in der Klageantwort und der Duplik, an denen sie festhielten (Urk. 56 S. 17).

2.2 Die Klägerin hält dafür, dass sich die Beklagten in ihrer Berufungseingabe über weite Strecken nicht und jedenfalls nicht genügend substantiiert mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinandersetzen. Die Beklagten brächten in ihrer Berufung nichts vor, was das Ergebnis der Vorinstanz in Frage stellen könnte. Sie beschränkten sich im Wesentlichen darauf, ihre eigene Sicht wiederzugeben, ohne sich ernsthaft mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Das könne nach dem im Berufungsverfahren zu beachtenden Rügeprinzip nicht genügen. Die Berufung sei daher abzuweisen, ohne dass auf die Vorbringen der Beklagten im Einzelnen eingegangen werden müsse (Urk. 68 S. 3 ff., vgl. auch S. 7 f.). Die Vorbringen überzeugten aber auch nicht: Die Kritik der Beklagten, die Vorinstanz habe ihren Parteistandpunkt unvollständig und damit nicht richtig wiedergegeben, sei unberechtigt. Die Vorinstanz habe sich auf Seite 8 in Erwägung 1.2.2. sehr wohl mit der Argumentation der Beklagten auseinandergesetzt, wonach bei der Ablösung der Hypothekarschuld gegenüber der K._____ keine Til-

gung erfolgt, sondern vielmehr die Schuld in eine entsprechende Ersatzforderung im gebundenen Erbteil von H._____ überführt worden sei. Sodann gehe die Kritik der Beklagten, die Vorinstanz habe den Charakter des Schuldbriefs als Ordrepapier verkannt, fehl. Die Vorinstanz habe auf den Seite 11 f. in Erwägung 4 mit eingehender Begründung dargelegt, wieso ihr gegenüber den Beklagten sämtliche Einreden zustünden, die ihr bzw. H._____ gegenüber dem Willensvollstrecker zugekommen seien. Was daran falsch sei, zeige die Beklagte nicht ansatzweise auf (Urk. 68 S. 7). Falsch sei der Hinweis, H._____ habe die mit dem Schuldbrief verkündete Forderung nie getilgt. Der Willensvollstrecker habe unbestritten aus dem Vorerbe von H._____ den Schuldbrief bei der K._____ abgelöst. Von der K._____ zurückerhalten habe der Willensvollstrecker den Schuldbrief als Verwalter des Erbanteils von H._____. Der Willensvollstrecker habe am Schuldbrief kein Eigentum erworben, auch kein fiduziarisches. Er sei zu keinem Zeitpunkt berechtigt gewesen, frei oder nach eigenem Gutdünken über die Schuldbriefforderung zu verfügen (Urk. 68 S. 8). Die Behauptung, der Willensvollstrecker habe den Schuldbrief von der K._____ gekauft, sei neu und könne gemäss Art. 317 ZPO nicht berücksichtigt werden. Die Behauptung sei im Übrigen falsch. Der Willensvollstrecker habe den Schuldbrief bei der K._____ aus Mitteln der Vorerbschaft von H._____ abgelöst. Den Schuldbrief habe der Willensvollstrecker treuhänderisch als Verwalter der Vorerbschaft von H._____ von der K._____ in Empfang genommen. Die von den Beklagten im vorinstanzlichen Verfahren noch vorgebrachte Argumentation, die Schuldbriefforderung sei als Surrogat ins Vorerbschaftsvermögen von H._____ gelangt und zufolge Nacherbschaft auf sie übergegangen, habe die Vorinstanz mit eingehender Begründung verworfen. Die Beklagten seien offenbar zur Erkenntnis gelangt, dass sich der Argumentation der Vorinstanz nichts Substantielles entgegenhalten lasse (Urk. 68 S. 8 f.). Der Willensvollstrecker habe gemäss den testamentarischen Anordnungen der Erblasserin vorweg die Schulden von H._____ aus dessen Erbteil zu tilgen gehabt, soweit sich dies nicht habe vermeiden lassen. Diesen Anordnungen sei er mit der Ablösung des Schuldbriefs nachgekommen. Eine Auflage, der blockierte Erbteil dürfe wertmässig nicht geschmälert werden, habe nicht bestanden. Ebenso wenig habe die Erblasserin angeordnet, das Nachlassvermögen müsse möglichst umfassend den

Beklagten erhalten werden. Auch diese Behauptungen seien neu und damit gemäss Art. 317 ZPO schon aus prozessualen Gründen unbeachtlich (Urk. 68 S. 9). Neu und deshalb schon aus prozessualen Gründen unbeachtlich sei weiter die Behauptung, der Willensvollstrecker habe den Beklagten den Schuldbrief in Singularsukzession übertragen. Sie sei im Übrigen offensichtlich unhaltbar. Der Willensvollstrecker habe den Schuldbrief nicht gekauft, sondern treuhänderisch gemäss den testamentarischen Anweisungen der Erblasserin aus dem Erbteil von H._____ abgelöst. Er sei nie an der Schuldbriefforderung berechtigt gewesen und habe ihn entsprechend nicht auf die Beklagten weiterübertragen können. Die Vorinstanz habe aufgezeigt, dass die Beklagten als Universalsukzessoren sich nicht auf Gutgläubensschutz berufen könnten, was von diesen zur Recht nicht in Frage gestellt werde. Sie hätten sich für einen Strategiewechsel entschieden und beriefen sich neu und damit prozessual von vornherein unzulässig nicht mehr auf Erwerb der Forderung durch Nacherbschaft, sondern auf Erwerb durch Singularsukzession. Sie könnten im Übrigen keinesfalls gutgläubig sein. Sie hätten stets Kenntnis davon gehabt, dass der Bestand der Forderung und der Anspruch auf Aushändigung des Titels strittig gewesen sei. Sie hätten sich entsprechend nicht einfach auf ihre (allfällige) Überzeugung stützen dürfen, der Willensvollstrecker dürfe ihnen die Schuldbriefforderung übertragen, sondern wären gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB gehalten gewesen, Abklärungen zu treffen (Urk. 68 S. 10 f.).

3. Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift selber in rechtsgenügender Weise erhoben werden. Der Berufungskläger hat die vorinstanzlichen Erwägungen, die er anführt, daher im Einzelnen zu bezeichnen, sich mit diesen argumentativ auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (BGE 144 III 394 E. 4.1.4; BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020 E. 5.2.3; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Okto-

ber 2013 E. 3.2; BGer 4A_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2; vgl. auch zum diesbezüglich analogen bundesgerichtlichen Verfahren BGer 4A_498/2021 vom 21. Dezember 2021 E. 2.1; BGer 5A_563/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 2.3). Die Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im vorinstanzlichen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015 E. 4.2; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.2). Soweit den Rügeerfordernissen Genüge getan ist, erfolgt die Überprüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit unbeschränkter Kognition (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Im Berufungsverfahren neu vorgetragene Behauptungen sind dabei unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen. Diejenige Partei, die sich auf (insbesondere unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun (BGer 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015 E. 3.2.2.; BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.1; für die Ausnahme vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1 und BGE 139 III 466 E. 3.4). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Rechtsmittelverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu. Neue rechtliche Begründungen stellen zwar keine Noven dar (BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011 E. 2.1). Sie sind für den Ausgang des Berufungsverfahrens aber nur insoweit von Relevanz, als ihnen in tatsächlicher Hinsicht der bisherige Prozessstoff und/oder zulässige Noven zugrunde liegen (vgl. BGE 130 III 28 E. 4.4; BGE 129 III 135 E. 2.3.1; BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011 E. 2.1; BGer 4A_28/2007 vom 30. Mai 2007 E. 1.3).

4. Im Lastenbereinigungsverfahren wird für die laufende Betreuung über den im Verzeichnis aufgeführten Anspruch nach Bestand, Umfang, Rang und Fälligkeit befunden, soweit dieser bestritten worden ist (BGer 5A_284/2015 vom 29. Juni 2015 E. 2.2.1; BSK SchKG I-Feuz, Art. 140 N 130 f.). Für die Eingabe im Lastenverzeichnis muss der Gläubiger beim Schuldbrief nichts Besonderes nachweisen. Er kann ohne Begründung die gesamte Nominalforderung eingeben. Der Schuldner kann im Rahmen des Lastenbereinigungsprozesses jedoch geltend machen, das Grundpfandrecht bestehe zufolge Untergangs oder teilweiser Til-

gung der zu sichernden Forderung nicht (mehr) in dem im Grundbuch und auf dem Titel eingetragenen Umfang. Zum Nachweis des Grundpfandrechts gehört deshalb auch der Nachweis von Existenz und Höhe der zu sichernden Forderung. Nicht anders stellt sich die Lage bei sicherungsübereigneten Schuldbriefen dar. Beim sicherungsübereigneten Schuldbrief ist nicht die Forderung aus dem Grundverhältnis, sondern nur die Schuldbriefforderung in das Lastenverzeichnis aufzunehmen, dies jedoch bloss in der Höhe der Forderung aus dem Grundverhältnis (BSK SchKG I-Feuz, Art. 140 N 22).

5.1 Die Vorinstanz fasste den Parteistandpunkt der Beklagten dahingehend zusammen, dass diese der Auffassung seien, dass bei der Ablösung der Hypothekarschuld keine Tilgung erfolgt, sondern diese Schuld in eine entsprechende Ersatzforderung im gebundenen Erbteil von H._____ überführt worden sei. Dabei sei keine Vereinigung erfolgt (Urk. 57 E. III.1.2.). Berufungsweise rügen die Beklagten, die Vorinstanz habe ihren Standpunkt damit nur unvollständig und damit nicht richtig dargelegt. Sie hätten bereits in der Klageantwort ausgeführt, dass es sich bei der als "Ersatzforderung" bezeichneten Forderung um die Schuldbriefforderung des Schuldbriefs handle, der dem Willensvollstrecker von der K._____ als Gegenleistung für die Ablösezahlung übertragen worden sei (Urk. 56 S. 4). Dass die Beklagten sich an der von ihnen angegebenen Stelle ihrer Klageantwort entsprechend äusserten, trifft zu (vgl. Urk. 18 S. 3). Inwiefern es am Ergebnis des vorinstanzlichen Entscheids etwas geändert hätte, wenn die Vorinstanz die erwähnte Passage in E. III.1.2. aufgenommen hätte, erläutern die Beklagten im Berufungsverfahren jedoch nicht (substantiiert), und es ist auch nicht ersichtlich. Dass die Schuldbriefforderung selber mit der vom Willensvollstrecker vorgenommenen Zahlung an die K._____ nicht erlosch, steht ausser Frage. Mit der Zahlung konnten jedoch – wovon auch die Beklagten implizit ausgehen (Urk. 56 S. 7 ff.) – zufolge einer Tilgung der Hypothekarschuld ein obligatorischer Anspruch auf Rückübertragung des zufolge der Zahlung nunmehr unbelasteten Schuldbriefs bzw. der Schuldbriefforderung und folglich die von der Klägerin geltend gemachten persönlichen Einreden entstehen (Urk. 57 E. III.3.3.5.; BSK ZGB II-Staehelin Art. 853 N 1; ZK ZGB-Steinauer, Art. 853 N 22 ff.). Darauf bezog sich die zusammenfassende Darstellung der Parteistandpunkte durch die Vorinstanz als Grundlage ihrer

weiteren Erwägungen. Im Übrigen prüfte die Vorinstanz in der Folge auch, ob ein Übergang des Schuldbriefs bzw. Schuldbriefforderung in das Vorerbschaftsvermögen erfolgt sei (Urk. 57 E. III. 5.8. ff.).

5.2 Den Vorgang bei der Ablösung der Hypothekarschuld gegenüber der K._____ beschrieben die Beklagten in der Klageantwort als "Übernahme der mit dem Schuldbrief gesicherten Forderung in den vom Willensvollstrecker verwalteten (gebundenen) Erbteil von H._____" (Urk. 18 S. 5). Die Forderung von Fr. 770'000.– sei mit der Ablösung von der K._____ nicht untergegangen, sondern sie sei in den unter der Verwaltung des Willensvollstreckers stehenden gebundenen Erbteil von H._____, aus dem die Zahlung gestammt habe, übergegangen. Selbst im Fall eines "Erlöschens" nach Art. 118 Abs. 1 OR wäre die Forderung nach Art. 118 Abs. 2 OR beim Tod von H._____ wieder aufgelebt (Urk. 18 S. 6 ff.). Ferner zitierten sie aus einem Schreiben des Willensvollstreckers, in dem dieser von einer Forderung der Beklagten gegen die Klägerin sprach, die mit dem Schuldbrief gesichert seien (Urk. 18 S. 10). Die Grundforderung zum Schuldbrief bestehe – so die Beklagten – nach wie vor (Urk. 18 S. 11). In ihrer Duplik trugen sie vor, sowohl der Willensvollstrecker als auch die K._____ seien bei der Hypothekablösung mit der Zahlung aus dem Erbteil von H._____ von einem Gläubigerwechsel ausgegangen. Die Hypothekarschuld sei mit der Bezahlung gegenüber der K._____ untergegangen. Gleichzeitig sei im Nachlass bzw. im Sondervermögen von H._____ eine entsprechende Ersatzforderung begründet worden. Zur Sicherung dieser Ersatzforderung habe sich der Willensvollstrecker von der K._____ treuhänderisch für den Nachlass den Schuldbrief abtreten lassen (Urk. 40 S. 6 f., vgl. auch S. 13 und 16). Dabei beriefen sie sich in tatsächlicher Hinsicht stets und ausschliesslich auf die testamentarischen Anordnungen der Erblasserin bzw. auf den (tatsächlichen) Willen der Erblasserin, das Handeln, den Willen und die Auffassung des Willensvollstreckers in seiner Funktion als Verwalter des Erbschaftsvermögens und die durch ihn zulasten des Erbteils von H._____ vorgenommene Zahlung an die K._____ (Urk. 18 S. 3 ff.; Urk. 40 S. 6 ff.; vgl. dazu auch Urk. 57 E. III.5.9.). Soweit sie nun im Berufungsverfahren die Auffassung vertreten, der Willensvollstrecker habe den prozessgegenständlichen Schuldbrief von der K._____ gekauft (Urk. 56 S. 7, 8), erweist sich diese im Sinn

einer tatsächliche Behauptung als neu. Dass sie novenrechtlich zulässig wäre, wird von den Beklagten nicht dargelegt. Sie ist als tatsächliche Behauptung im Berufungsverfahren daher unbeachtlich (vgl. E. III.3). Sie würde davon abgesehen auch den Anforderungen an eine rechtsgenügende Substantiierung nicht genügen. Dass gestützt auf den bisherigen Sachverhalt rechtlich von einem Kauf des Schuldbriefs durch den Willensvollstrecker von der K._____ ausgegangen werden könnte, legen die Beklagten nicht näher dar und ist auch nicht ersichtlich. Es bleibt daher bei der von den Beklagten im Übrigen auch nicht ausdrücklich adressierten Feststellung der Vorinstanz, dass ein Kauf als Grund für den Übergang der Schuldbriefforderung auf den Willensvollstrecker von den Beklagten nicht geltend gemacht werde (Urk. 57 E. III.3.3.). Soweit die Beklagten den umstrittenen Vorgang mit der Ablösung einer Hypothek durch eine andere Bank vergleichen (Urk. 56 S. 14), ist sodann zu bemerken, dass die mit dem Wechsel eines Hypothekaranbieters verbundene Übertragung eines Schuldbriefs von einer Bank auf eine andere auf rechtsgeschäftlichen Abreden zwischen dem Schuldner und den involvierten Banken beruht. Solche Abreden fehlen vorliegend offensichtlich, da H._____ in die interessierenden Vorgänge gar nicht involviert war. Sie wurden entsprechend auch nie behauptet (vgl. auch Urk. 57 E. III.3.3.).

6. Art. 872 aZGB sieht vor, dass der Schuldner dem ihn belangenden gutgläubigen Gläubiger (vorbehältlich vorliegend irrelevanter Einreden, die sich auf den Eintrag im Grundbuch oder die Urkunde beziehen) nur Einreden und Einwendungen entgegenhalten kann, die sich aus seinem spezifischen Rechtsverhältnis zu diesem ergeben, während er mit solchen, die ihm gegenüber dem oder den früheren Schuldbriefgläubigern allenfalls zustanden, ausgeschlossen ist (ZK ZGB-Steinauer, Art. 849 ZGB N 1-6, 15, 24, 27). Die Regelung zur Einredebeschränkung schützt allerdings mit der Vorinstanz nur rechtsgeschäftliche Dritterwerber (Singularsukzessoren; Urk. 57 E. III.4.3.; ZK ZGB-Steinauer, Art. 842 N 301 und Art. 848 ZGB N 14 f.; BSK ZGB II-Staehelin, Art. 849 N 4). Gleiches gilt für Art. 1152 Abs. 2 OR bzw. Art. 1006 OR (Urk. 57 E. III.6. mit Hinweisen). Die Beklagten opponieren dem im Berufungsverfahren denn auch nicht mehr. Die Vorinstanz erkannte zudem richtig, dass die Beklagten den Forderungserwerb auf eine erbrechtliche Universalsukzession stützen. Was die Beklagten berufsungsweise gegen diese An-

nahme vortragen (Urk. 56 S. 12 f.), überzeugt nicht. Die Beklagten leiten ihre Rechtsposition allein aus ihrer Stellung als Nacherben ab. Auch ein im blockierten Erbteil allenfalls entstandener obligatorischer Anspruch gegen den Willensvollstrecker auf Herausgabe des Schuldbriefs (Urk. 56 S. 12) hätten sie als Nacherben mit dem Tod von H._____ und damit zufolge Gesamtrechtsnachfolge erlangt. Die von ihnen im Berufungsverfahren ins Zentrum ihrer Argumentation gerückte Besitzübertragung und Indossierung des Schuldbriefs durch den Willensvollstrecker auf sie stellte lediglich das auf dem behaupteten Anspruchsübergang zufolge Universalsukzession beruhende Verfügungsgeschäft dar. Eine andere denkbare Grundlage für die geltend gemachte Rechtszuständigkeit am Schuldbrief und der Schuldbriefforderung als die Stellung der Beklagten als Nacherben ergibt sich im Übrigen auch aus dem prozessrelevanten Sachverhalt nicht. Eine rechtsgeschäftliche Singularsukzession, die einen Vertrauenstatbestand begründen könnte, liegt von vornherein nicht vor. Schlussfolgernd können sich die Beklagten mit der Vorinstanz (Urk. 57 E. III. 4.4. und III.6.) daher weder auf eine Einredebeschränkung noch auf einen gutgläubigen Erwerb des ihnen vom Willensvollstrecker unbestritten übergebenen und auf sie indossierten (vgl. Urk. 57 E. III. 3.3.1.) Schuldbriefs berufen.

7.1 Die Parteien äussern sich zur Ausgestaltung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses zwischen der Bank und H._____ nicht explizit. Sie gehen jedoch übereinstimmend von einer durch den Schuldbrief gesicherten Darlehensforderung aus. Gestützt auf die insoweit übereinstimmenden Parteidarstellungen steht zudem fest, dass der Willensvollstrecker die Hypothekarverpflichtung von H._____ gegenüber der K._____ auf der Grundlage der letztwilligen Verfügung der Erblasserin und aus dem Vorerbschaftsvermögen bediente. Dass die Zahlung der Erfüllung einer Verpflichtung des Willensvollstreckers im Rahmen eines (Forderungs-)Kaufs durch diesen diente, steht nach dem Erwogenen (E. III.5.2) ausser Diskussion. Sie kann einzig als Rückzahlung des H._____ von der K._____ gewährten Darlehens verstanden werden. Die Vorinstanz ging zudem entgegen den Beklagten (Urk. 56 S. 8 und 15) richtig davon aus, dass die vom Willensvollstrecker zulasten des Vorerbschaftsvermögens zwecks Rückzahlung des Darlehens veranlasste Zahlung als eigene Zahlung von H._____ zu qualifizieren ist

(Urk. 57 E. III.5.8.). Die Rechte von H._____ am Vorerbschaftsvermögen waren zwar resolutiv bedingt und mit der Auslieferungspflicht gegenüber den Nachberufenen beschwert, was zur Folge hatte, dass er bereits von Gesetzes wegen in der Verwaltung des Vorerbschaftsvermögens nicht so frei wie andere Eigentümer war und er Rechte daran unter dem Vorbehalt des Gutglaubensschutzes nicht unbedingt auf Dritte übertragen konnte. Unbestritten ist zudem, dass die Erblasserin die Verwendung und Verwaltung des Vorerbschaftsvermögens durch H._____ durch (in ihrer Bedeutung teilweise umstrittene) spezifische testamentarische Anordnungen dahingehend gestaltete, dass sie dem Willensvollstrecker die Verwaltung des Vorerbschaftsvermögens übertrug und diesen u.a. anwies, H._____ monatliche Zahlungen auszurichten und im Zeitpunkt ihres Todes bestehende Schulden von H._____ zu tilgen, soweit sich dies nicht vermeiden lasse (Urk. 1a S. 8; Urk. 3/8 f.; Urk. 18 S. 5; Urk. 32 S. 2 ff.; Urk. 40 S. 4 ff., 10 f., 13 f., 16 f.; vgl. auch Urk. 57 E. III.1.1.2.). Dessen ungeachtet erwarb H._____ aber auch als Vorerbe mit dem Tod der Erblasserin kraft Gesetz deren Rechtsstellung an den Gegenständen und Forderungen, die den Nachlass bildeten, und behielt diese in der Folge auch an den ihm im Rahmen der Erbteilung zugewiesenen Vermögenswerten. Das Vorerbschaftsvermögen stellte mit anderen Worten Vermögen von H._____ dar (vgl. Art. 491 ZGB; BGer 5A_715/2015 vom 14. April 2016 E. 3.3.1; BGer 2C_242/2014 vom 10. Juli 2014 E. 2.2.2; BSK ZGB II-Rickli, Art. 491 N 1 ff.).

7.2 Mit der Rückzahlung erfolgte die Tilgung der Hypothekarschuld von H._____, womit sie gegenüber der K._____ samt Nebenrechten (Art. 114 Abs. 1 OR) unterging. Dass die Zahlung zum Untergang der Hypothekarschuld von H._____ gegenüber der K._____ führte, räumten die Beklagten vor Vorinstanz auch (noch) ein (Urk. 40 S. 6). Ein irgendwie gearteter Gläubigerwechsel unter Mitwirkung von H._____ fand in diesem Zusammenhang nicht statt (E. II.5.2.).

7.3 Eine mit dem Schuldbrief gesicherte oder eine der Schuldbriefforderung entsprechende Ersatzforderung entstand in der Folge im Vorerbschaftsvermögen so dann nicht: Das Vorerbschaftsvermögen stellt ein Sondervermögen im Vermögen des Vorerben dar (BGer 5A_715/2015 vom 14. April 2016 E. 3.3). Dieses Sonder-

vermögen wurde durch die Rückzahlung der Hypothekarschuld von H._____ um den dafür eingesetzten Betrag reduziert. Gleichzeitig gewann das übrige (freie) Vermögen von H._____ insofern an Wert, als seine zu diesem gehörende Liegenschaft nun unbelastet durch das Hypothekardarlehen der K._____ in seinem Eigentum stand. Die Situation gestaltete sich ähnlich wie beim Zusammenwirken von Eigengut und Errungenschaft eines Ehegatten im ehelichen Güterrecht (vgl. Art. 209 ZGB). Mit dem Verkauf der Liegenschaft an die Klägerin versilberte H._____ seine in diesem Sinn teilweise aus dem Vorerbschaftsvermögen finanzierte Liegenschaft. Besteht die Erbschaft aus verbrauchbaren Sachen, zu denen sachenrechtlich auch Geld zählt, ist im Nacherbfall der Wert der verbrauchten Sachen zu ersetzen, und kraft Surrogation sind mit Mitteln der Erbschaft erworbene Sachen wie auch Erlöse aus Verkäufen von Erbschaftsgegenständen auszuliefern (BGer 5A_377/2016 vom 9. Januar 2017 E. 3.2 f.; BGer 5A_715/2015 vom 14. April 2016 E. 3.3.2; BGer 5A_294/2014 vom 5. Februar 2015 E. 6.2; BSK ZGB II-Rickli, Art. 491 N 8). Der Bestand einer Ersatzforderung in der Höhe der aus dem Vorerbschaftsvermögen zur Bezahlung der gegenüber der K._____ bestehenden Hypothekarschuld von H._____ entnommenen Mittel ist folglich grundsätzlich denkbar. Ob auch die testamentarischen Anordnungen der Erblasserin eine solche Annahme zulassen, ist umstritten (Urk. 56 S. 7 ff.; Urk. 68 S. 9, 13 f.; vgl. auch Urk. 1a S. 8; Urk. 3/8 f.; Urk. 18 S. 5; Urk. 32 S. 2 ff.; Urk. 40 S. 4 ff., 10 f., 13 f., 16 f.). Selbst wenn man aber mit den Beklagten annehmen würde, dass eine entschädigungslose Zahlung der Schuld aus dem Vorerbschaftsvermögen den testamentarischen Anordnungen der Erblasserin widersprochen hätte, würde es sich bei der nach dem Erwogenen mit der Bezahlung der Forderung entstandenen Ersatzforderung vorbehältlich einer Surrogation des Schuldbriefs oder einer Sicherungsabrede (vgl. dazu allgemein ZK ZGB-Steinauer, Art. 842 N 173 ff.) jedoch um einen von der Schuldbriefforderung verschiedenen eigenständigen und ungesicherten Anspruch handeln. Was eine Surrogation des Schuldbriefs betrifft, erwog die Vorinstanz, dass eine solche nur zu bejahen wäre, wenn die Übertragung desselben als direkte Gegenleistung für die Zahlung an die K._____ zu qualifizieren wäre (Urk. 57 E. III.5.7.). Mit der Zahlung habe H._____ eine Einrede gegen seine persönliche Leistungspflicht und einen schuldrechtlichen Anspruch auf

Übertragung des Schuldbriefs erhalten. Die bloße Rückgabe des Schuldbriefs und die in diesem Zusammenhang zwingende Indossierung nach erfolgter Zahlung könne keine Gegenleistung für die Zahlung darstellen, denn es handle sich um nichts anderes als die unmittelbar vom Gesetz für den Fall der Zahlung der gesicherten Schuld angeordnete Folge. Die vom Surrogationsprinzip erfassten Erwerbstatbestände hätten demgegenüber gemeinsam, dass durch die Zahlung ein anderer Gegenstand erworben werde und damit eine synallagmatische Gegenleistung vorliege. Die Erfüllung der gesetzlichen Rückgabeverpflichtung könne nicht mit diesen Vorgängen gleichgesetzt werden. Es fehle damit bei einer bloßen Zahlung an einem für die Surrogation erforderlichen Erwerb des Schuldbriefs (Urk. 57 E. III.5.8.). Das trifft zu und wird von den Beklagten im Berufungsverfahren auch nicht in Frage gestellt (Urk. 56 S. 15). Dass H._____ selber in die hier interessierenden Vorgänge nicht involviert war, wurde erwogen (E. II.5.2 und II.7.2). Soweit die Beklagten sich ersatzweise auf die unbeschränkte Verfügungsmacht des Willensvollstreckers als eingesetzter Verwalter des blockierten Erbteils von H._____ und auf dessen Willen zur Ablösung der Hypothekarschuld von der K._____ gegen Übernahme des Schuldbriefs mit der verbrieften Schuldbriefforderung berufen wollen (Urk. 56 S. 8 f., 14 f.), ist festzuhalten, dass dem Willensvollstrecker zwar die Verwaltungs- und die Verfügungsbefugnis betreffend das Vorerbschaftsvermögen zukam, diese Befugnisse sich aber nicht auf das freie Vermögen von H._____ erstreckten. Der Willensvollstrecker war folglich zwar ohne Weiteres berechtigt, die Hypothekarverpflichtung von H._____ gegenüber der K._____ zulasten des Vorerbschaftsvermögens zu tilgen, womit gegebenenfalls (vgl. E. II.8.2) auch eine Ersatzforderung entstand. Die Kompetenz, über die Verwendung des auf dem freien Vermögen von H._____ lastenden und damit zu diesem gehörenden Schuldbrief zu entscheiden und diesbezüglich rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben und so eine Übertragung des Schuldbriefs wie beim Wechsel eines Hypothekaranbieters im Rahmen einer Umschuldung (Urk. 56 S. 14 f.) bzw. eine Sicherstellung einer Forderung des Vorerbschaftsvermögens herbeizuführen, kam ihm jedoch nicht zu (vgl. auch Urk. 57 E. III.5.11.).

7.4 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Hypothekarschuld von H._____ mit der Bezahlung aus Mitteln des Vorerbschaftsvermögens getilgt wurde und mit

der Tilgung auch die Nebenrechte untergingen. Eine neue durch den Schuldbrief (als direktes Grundpfandrecht oder im Rahmen einer Sicherungsverwendung) gesicherte Forderung entstand nicht. Der den Beklagten übereignete (vgl. Urk. 57 E. III. 3.3.1.) prozessgegenständliche Schuldbrief ist heute unbelastet.

8.1 Schlussfolgernd ist das Betreibungsamt Winterthur-Stadt in Abweisung der Berufung und Bestätigung von Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils anzuweisen, die in der Betreuung Nr. 6 gegen die Klägerin im Lastenverzeichnis vom 7. Oktober 2021 aufgenommenen Forderungen Nr. 1 (Ersatzforderung aus Nachlass über CHF 770'000.–), Nr. 2 (drei verfallene Jahreszinse zu 5 % ab 12. Dezember 2017 bis 11. Dezember 2020 über CHF 115'500.–) und Nr. 3 (laufender Zins zu 5 % ab 12. Dezember 2020 bis tt. Dezember 2021 [Steigerungstag] über CHF 38'072.20) zu löschen.

8.2 Ergänzend ist festzuhalten, dass die Abschreibung des Verfahrens im Umfang der von den Beklagten 1 und 2 im Lastenverzeichnis vom 7. Oktober 2021 unter Position Nr. 8 angemeldeten Forderung von Fr. 2'000.– zufolge Klageanerkennung und die darauf beruhende Anweisung an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt wie von der Vorinstanz richtig belehrt einzig mit Revision angefochten werden könnte und (ausser in seinen Auswirkungen auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens; vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist (Urk. 57 S. 20). Von der Rechtskraft des Abschreibungsentscheids einschliesslich der damit verbundenen Anweisung an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt ist der Klarheit halber ausdrücklich Vormerk zu nehmen.

III. **(Rechtsbegehren Ziffer 3/Herausgabe des Schuldbriefs)**

1. Die Vorinstanz trat auf die Klage ein (Urk. 57 E. II.1.) und erwog in der Sache, der Eigentümer eines Schuldbriefs könne diesen von einem unrechtmässigen Besitzer mittels einer Vindikationsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB herausverlangen. Eine Berufung auf die Bestimmung setze voraus, dass die Klägerin Eigentümerin des Schuldbriefs sei. Die Klägerin könne ihre diesbezüglichen Rechte nur

von H._____ ableiten, dessen Vermögen sie als Universalerbin mittels Universal-
sukzession geerbt habe. H._____ habe infolge der am 31. Oktober 2001 erfolgten
Zahlung einen Anspruch auf Herausgabe des Schuldbriefs, womit ein gültiger Er-
werbstitel vorliege. Demgegenüber fehle es an den weiteren Voraussetzungen für
einen Eigentumserwerb durch H._____. Es sei unbestritten, dass das Indossa-
ment des Schuldbriefs nicht auf H._____, sondern auf den Willensvollstrecker
laute. Entsprechend könne das Eigentum schon aus diesem Grund nicht auf
H._____ übergegangen sein. Die Klägerin bringe sodann auch nicht vor, dass
H._____ der Schuldbrief übergeben worden sei. Soweit sie ausführe, dass der
Willensvollstrecker als Vertreter von H._____ gehandelt habe, ändere dies nichts
daran. Denn ein Handeln als Stellvertreter setze voraus, dass in fremdem Namen
gehandelt worden sei, was aufgrund der unstrittig auf den Willensvollstrecker lau-
tenden Indossierung so aber nicht erfolgt sei. Der Willensvollstrecker könne damit
höchstens als indirekter Stellvertreter gehandelt haben, was indessen bloss einen
Anspruch von H._____ gegenüber dem Willensvollstrecker, nicht aber einen Ei-
gentumsübergang zur Folge haben könne. Aus den gleichen Überlegungen schei-
terten auch besitzesrechtliche Rückgabeansprüche. Die Klägerin könne schliess-
lich auch aus Art. 873 aZGB keinen Herausgabeanspruch gegen die Beklagten
ableiten, da diese Bestimmung nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den
Gläubiger nach Zahlung der Forderung einräume. Die Klage auf Übergabe des
Schuldbriefs sei demnach abzuweisen (Urk. 57 E. III.8.).

2.1 Die Klägerin hält dem berufsungsweise kurzgefasst entgegen, die Vorinstanz
sei zu einem wenig überzeugenden Ergebnis gelangt, indem sie den Beklagten
beschieden habe, sie seien zwar an der Schuldbriefforderung nicht berechtigt,
seien aber gleichwohl nicht zur Herausgabe des Schuldbriefs an sie, die Klägerin,
verpflichtet. Ein solches Resultat könne vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.
Sollte die Rechtsordnung tatsächlich keine Grundlage bereit halten, welche in Fäl-
len wie dem vorliegenden die Herausgabe des Schuldtitels vorsehe, so wäre von
einer Lücke auszugehen, die vom Gericht gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB zu schlies-
sen wäre (Urk. 62/56 S. 9). Der Herausgabeanspruch lasse sich indessen sehr
wohl auf geltende gesetzliche Regelungen abstützen. Zunächst besitze sie den
Beklagten gegenüber, die den Schuldtitel als Universalsukzessoren mit allen

Rechten und Pflichten erworben hätten, wie sie auch für den Willensvollstrecker gegolten hätten, den gleichen Herausgabeanspruch, den sie zuvor gegenüber dem Willensvollstrecker in analoger Anwendung von Art. 400 OR als Alleinerbin von H._____ gehabt habe (Urk. 62/56 S. 10 f.). Sie könne ihren Herausgabeanspruch auch auf Art. 598 ZGB stützen. Sie sei als Alleinerbin im Nachlass von H._____ aktivlegitimiert, den H._____ zustehenden unbelasteten Schuldbrief herauszuverlangen. Als Besitzer des Schuldbriefs seien die Beklagten passiv legitimiert. Es bestehe kein Titel, der sie berechtigen würde, den Schuldtitel weiterhin im Besitz zu halten. Die von ihnen geltend gemachte Berechtigung an der Schuldbriefforderung habe die Vorinstanz geprüft und verneint (Urk. 62/56 S. 11 f.). Gutzuheissen wäre das Herausgabebegehren auch gestützt auf Art. 641 Abs. 1 ZGB, der ihr das Recht gebe, jede ungerechtfertigte Einwirkung auf ihre Liegenschaft abzuwehren. Ihre Eigentumsrechte würden dadurch ungerechtfertigt verletzt, dass sie über den unbelehnten Schuldtitel nicht verfügen könne. Die ungerechtfertigte Einwirkung könne nur beseitigt werden, indem die Beklagten ihr den Schuldbrief mit dem erforderlichen Indossament übergäben (Urk. 62/56 S. 12). Schliesslich wäre das Herausgabebegehren gestützt auf Art. 2 ZGB zu schützen, wenn das nicht gestützt auf die erwähnten gesetzlichen Regelungen möglich wäre (Urk. 62/56 S. 12 f.).

2.2 Die Beklagten verweisen zunächst auf den von ihnen im Rahmen der Erstberufung vertretenen Standpunkt (Urk. 67 S. 6 f.) und halten weiter dafür, dass der Klägerin mit der Vorinstanz auch dann kein Anspruch auf Herausgabe des Schuldbriefs zustehe, wenn die Schuldbriefforderung nicht ihnen zustehe. Die Vorinstanz habe zutreffend festgestellt, dass H._____ nie Eigentümer des Schuldbriefs gewesen sei und deshalb auch keine Eigentumsrechte daran auf die Klägerin habe vererben können. Es fehle der Klägerin damit an der zentralen Voraussetzung für eine sachrechtliche Eigentumsklage. Auch mit Art. 873 aZGB könne die Klägerin den Herausgabeanspruch gegen sie nicht begründen. Dieser habe sich, wie die Vorinstanz zutreffend darlege, bei der Zahlung gegen die K._____ gerichtet, die damals die Gläubigerin der Hypothekarschuld gewesen sei. Wie die Klägerin selber bestätige, habe die K._____ diesen Anspruch durch Herausgabe und Übertragung (Indossierung) des Schuldbriefs mit der Schuldbriefforderung an

den Willensvollstrecker erfüllt, der damit das volle Eigentum am Schuldbrief erworben habe. Damit sei im blockierten Erbteil von H. _____ ein obligatorischer Anspruch auf den Schuldbrief entstanden, der mit dem Tod von H. _____ an sie gegangen und vom Willensvollstrecker mit der Herausgabe/Übertragung des Schuldbriefs erfüllt worden sei. Die Übertragung des Schuldbriefs sei entsprechend zu Recht und rechtswirksam in Singularsukzession an sie erfolgt. Die Klägerin besitze ihnen gegenüber heute so wenig einen Herausgabeanspruch auf den Schuldbrief, wie zuvor gegen den Willensvollstrecker (Urk. 67 S. 7 f.). Auch mit der Erbschaftsklage könne die Klägerin den Herausgabeanspruch nicht begründen. Der Schuldbrief habe sich nie im Eigentum von H. _____ und damit auch nicht in seinem Nachlass befunden (Urk. 67 S. 8). Die sachenrechtliche Eigentumsfreiheitsklage stehe ihr nicht zur Verfügung. Ein unbelasteter Schuldbrief stelle keine Eigentumsstörung dar (Urk. 67 S. 8) und die Berufung auf Rechtsmissbrauch sei nicht haltbar und entsprechend auch nicht substantiiert ausgeführt (Urk. 67 S. 9).

3. Auf die Ausführungen der Parteien ist nachfolgend im in E. II.3. skizzierten Rahmen einzugehen.

4.1 Die Eigentumsklage gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB setzt voraus, dass die klagende Partei Eigentümerin der Sache ist, die sie von einem anderen herausverlangt oder bezüglich welcher sie die Beseitigung einer bestehenden Beeinträchtigung verlangt. Dass die Klägerin nicht Eigentümerin des Schuldbriefs ist, erwog die Vorinstanz zutreffend (Urk. 57 E. III.8.2. f.). Die Klägerin stützt sich im Berufungsverfahren denn auch nicht mehr auf ihr Eigentum am Schuldbrief, sondern auf dasjenige an der Liegenschaft, auf welcher der Schuldbrief lastet und macht geltend, der Umstand, dass die Beklagten den Schuldbrief ohne Titel einbehielten, stelle eine ungerechtfertigte Störung ihres Eigentums an der Liegenschaft dar (Urk. 62/56 S. 12). Dass sie Eigentümerin der betreffenden Liegenschaft ist, ist unbestritten. Die Eigentumsfreiheitsklage vermittelt jedoch keinen Herausgabeanspruch, wie ihn die Klägerin mit Rechtsbegehren Ziffer 3 geltend macht, sondern beschränkt sich auf die Durchsetzung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen (BK ZGB-Siegentaler, Art. 641 N 162). Als Einwirkung im Sinn der

Bestimmung gelten zudem nur direkte körperliche oder immaterielle Eingriffe in die Substanz der Sache (BK ZGB-Siegentaler, Art. 641 N 174 ff.). Das Zurückbehalten eines Schuldbriefs stellt keinen solchen Eingriff dar. Sie kann ihr Herausgabebegehren daher nicht auf Art. 641 Abs. 2 ZGB stützen und zwar weder in der von der Vorinstanz geprüften und zu Recht verworfenen Variante als Vindikationsklage (Urk. 57 E. 8.1. ff.), noch in derjenigen als Eigentumsfreiheitsklage. Ferner erscheint fraglich, dass die Beklagten mit der auf ihrer Nacherbenstellung beruhenden Übertragung des Schuldbriefs durch den Willensvollstrecker auf sie in die schuldrechtliche Position des Willensvollstreckers eingetreten sind.

4.2 Der geltend gemachte Herausgabeanspruch steht der Klägerin aber gestützt auf Art. 598 ZGB zu, der es ihr als Erbin erlaubt, von den Beklagten die Herausgabe dessen zu verlangen, was sie an zum Nachlass von H._____ gehörenden Erbschaftswerten besitzen. Aktivlegitimiert ist der Erbe, der seinen Anspruch gegen den Beklagten ausschliesslich auf seine erbrechtliche Berufung stützt. Er hat nebst seiner Erbeneigenschaft und dem Erbschaftsbesitz der Beklagten darzutun, dass der eingeklagte Vermögenswert zur Erbschaft gehört, wobei es nicht erforderlich ist, dass dieser im Besitz des Erblassers war (BSK ZGB II-Piatti, Art. 598 N 5). Nach dem Erwogenen (E. II.7.) gehörte der nach der Rückzahlung des Hypothekendarlehens an die K._____ unbelastete Schuldbrief zum freien Vermögen von H._____. Die Übertragung des Schuldbriefs durch die K._____ auf den Willensvollstrecker erfolgte sodann nicht im Rahmen eines Kaufvertrags, sondern nach der Tilgung der Hypothekarschuld von H._____ zwecks Erfüllung des ihm zustehenden obligatorischen Herausgabeanspruchs. An der Zugehörigkeit des Schuldbriefs zum freien Vermögen von H._____ änderte sich nichts. Mit dem Tod von H._____ ging dessen freies Vermögen auf die Klägerin als seine Alleinerbin über. Die Beklagten sind gemäss den zutreffenden und unangefochtenen Feststellungen der Vorinstanz sodann im Besitz des Schuldbriefs (Urk. 57 E. 3.3.1.). Dieser war ihnen vom Willensvollstrecker, in der Meinung, er sichere eine Ersatzforderung des Vorerbschaftsvermögens gegen H._____, nach dem Eintritt des Nacherbfalls übertragen worden. Dass der Schuldbrief tatsächlich unbelastet zum freien Vermögen von H._____ gehörte, wurde erwogen (E. II. 7.). Die Beklagten erwarben den Schuldbrief bzw. einen Anspruch auf Herausgabe desselben folg-

lich auch nicht mit dem Tod von H._____. Die Übertragung auf sie erfolgte ohne Rechtsgrund, womit sie heute zwar wie dargelegt im Besitz des Schuldbriefs, aber nicht dessen Eigentümer sind.

5. Schlussfolgernd sind die Beklagten in Gutheissung der Zweitberufung zu verpflichten, der Klägerin den Papier-Namenschuldbrief, über nominell CHF 800'000.00, dat. tt.8.1980, Beleg 1, ERID CH2, Maximalzinsfuss 8 %, eingetragen an erster Pfandstelle auf dem Grundstück E.____ 3, F.____ (GBI 4, Kataster 5) herauszugeben.

IV.

1.1 Die unterliegenden Beklagten werden für die Verfahren beider Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

1.2 Die Vorinstanz ging hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 2 von einem Streitwert von Fr. 925'572.20 und hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 3 von einem solchen von Fr. 800'000.– aus (Urk. 57 E. IV.1.). Die Streitwertfestsetzung hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 2 wird von den Parteien zu Recht nicht beanstandet. Hingegen rügt die Klägerin die Streitwertfestsetzung hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 3; sie geht insoweit von einem Streitwert von Fr. 6'500.– aus (Urk. 62/56 S. 17 f.). Die Beklagten schliessen sich dem an (Urk. 67 S. 9). Da diese Bezifferung des Streitwerts durch die Parteien nicht offensichtlich unrichtig ist (Art. 91 Abs. 2 ZPO), ist sie zu übernehmen. Der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren beträgt damit gerundet Fr. 932'000.–, derjenige für das Berufungsverfahren (vgl. E. II.8.2) Fr. 930'000.–.

1.3 Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 932'000.– ist die von der Vorinstanz bestimmte Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren zu reduzieren und neu auf Fr. 29'390.– festzusetzen (§ 2 lit. a i.V.m. § 4 GebV OG). Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 lit. a und § 4 GebV OG auf Fr. 29'300.– festzulegen. Die den Beklagten auferlegten Kosten sind mit dem von ihnen für das zweitinstanzli-

che Verfahren geleisteten Kostenvorschuss (Fr. 29'000.–) zu verrechnen (Art. 111 aZPO).

1.4 Die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren bemisst sich nach § 2 lit. a, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 AnwGebV. Sie ist einschliesslich Mehrwertsteuer auf Fr. 47'800.– festzusetzen. Für das zweitinstanzliche Verfahren ist sie in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 lit. a und § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV inklusive Mehrwertsteuer auf Fr. 24'000.– zu beziffern.

2.1 Die Vorinstanz bewilligte der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihr in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____ einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Urk. 15).

2.2 Die Klägerin ersucht auch für das Berufungsverfahren um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverteidigung. Nachdem ihr für das Rechtsmittelverfahren keine Gerichtskosten auferlegt werden, ist ihr Gesuch gegenstandslos und abzuschreiben, soweit es sich auf die Befreiung von Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Soweit sie die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands beantragt (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), ist ihr Gesuch gutzuheissen. Sie ist (unter Vorbehalt eines ihr aus der Verwertung ihrer Liegenschaft allenfalls zufallenden Erlöses) ausgewiesen mittellos (vgl. Urk. 62/56 S. 6). Ferner war sie für eine sachgerechte Wahrung ihrer Rechte angesichts der Komplexität des vorliegenden Rechtsstreits auch im Berufungsverfahren offensichtlich auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Ihr Rechtsstandpunkt war zudem nicht aussichtslos. Der Klägerin ist folglich auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtsvertretung zu bewilligen, und ihr ist in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO ist vorzubehalten.

2.3 Die von den Beklagten zu leistende Parteientschädigung ist für beide Instanzen direkt dem unentgeltlichen Rechtsbeistand zuzusprechen (vgl. BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014 E. 5).

Es wird beschlossen:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass der zusammen mit dem Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 10. Mai 2024 ergangene Beschluss in folgender Fassung in Rechtskraft erwachsen ist:
 - "1. Das Verfahren wird im Umfang der von den Beklagten 1 und 2 im Lastenverzeichnis vom 7. Oktober 2021 unter Position Nr. 8 angemeldeten Forderung von CHF 2'000.– (Spruchgebühren Rechtsöffnungsverfahren) als durch Klageanerkennung erledigt abgeschrieben.
 2. Das Betreibungsamt Winterthur-Stadt wird angewiesen, in der Betreuung Nr. 6 gegen die Klägerin die im Lastenverzeichnis vom 7. Oktober 2021 aufgenommene Forderung Nr. 8 über CHF 2'000.– (Spruchgebühren des Rechtsöffnungsverfahrens des Bezirksgerichtes Winterthur) im Lastenverzeichnis zu löschen."
2. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Im Übrigen wird das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Das Betreibungsamt Winterthur-Stadt wird angewiesen, folgende in der Betreuung Nr. 6 gegen die Klägerin im Lastenverzeichnis vom 7. Oktober 2021 aufgenommenen Forderungen zu löschen:
 - Nr. 1: Ersatzforderung aus Nachlass über CHF 770'000.–;
 - Nr. 2: drei verfallene Jahreszinse zu 5 % ab 12. Dezember 2017 bis 11. Dezember 2020 über CHF 115'500.–;
 - Nr. 3: laufender Zins zu 5 % ab 12. Dezember 2020 bis tt. Dezember 2021 (Steigerungstag) über CHF 38'072.20.

2. Die Beklagten werden verpflichtet, der Klägerin den Papier-Namenschuldbrief, über nominell CHF 800'000.00, dat. tt.8.1980, Beleg 1, ERID CH2, Maximalzinsfuss 8 %, eingetragen an erster Pfandstelle auf dem Grundstück E._____ 3, F._____ (GBI 4, Kataster 5) herauszugeben.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 29'390.– festgesetzt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 29'300.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für die Verfahren beider Instanzen werden den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt und mit dem von ihnen für das Berufungsverfahren geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
6. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____ für die Verfahren beider Instanzen eine Parteientschädigung von Fr. 71'800.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein sowie nach Eintritt der Rechtskraft im Dispositiv an das Betreuungsamtsamt Winterthur-Stadt.

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

8. 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 eine Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 932'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 13. Februar 2026

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw C. Meier

versandt am:
io