

Art. 634 Abs. 2 ZGB, Art. 8 ZGB. Realteilung, Beweislast. Wer unter Hinweis auf eine bereits erfolgte Teilung Abweisung der Teilungsklage verlangt, hat diese zu beweisen (Erw. III).

Art. 474 Abs. 2 ZGB, Kosten der Willensvollstreckung. Die Kosten der Willensvollstreckung sind den Erbgangsschulden zuzurechnen (Erw. IV/1/c).

Art. 604 Abs. 1 ZGB, Vornahme der Teilung. Das Teilungsurteil muss vollstreckbar sein, muss also einzelne Erbschaftswerte konkret bestimmten Erben zuweisen (Erw. IV/2). Wenn eine Erbin mittels einer herabsetzbaren lebzeitigen Zuwendung bereits mehr als ihren Anteil erhalten hat, kann sie an der Teilung materiell nicht mehr teilnehmen (Erw. IV/2/b und c).

Sachverhalt/Verfahren:

Karl M., geboren 1900, verheiratete sich im Jahr 1924 mit Jeanne R. Das Paar hatte zwei Kinder, die heutige Klägerin (geboren 1925) und eine früh verstorbene weitere Tochter. 1971 starb Jeanne M.-R. Die Klägerin Francesca K. und ihr Vater Karl M. waren ihre Erben.

Im Januar 1991 verheiratete sich Karl M. mit der heutigen Beklagten, Alice M. Diese ist vier Jahre jünger als ihre Stieftochter. Im Mai 1991 schlossen die Eheleute einen Ehe- und Erbvertrag, welcher eine weitgehende Begünstigung der Ehefrau (und damit notwendigerweise eine entsprechende Zurücksetzung der Tochter) enthält; unter anderem versprach er, ihr sein Wohn- und Geschäftshaus an der B-Strasse in Zürich zu schenken. Wenige Tage später wurde diese Schenkung grundbuchlich vollzogen. Am 16. August 1991 starb Karl M.

Karl M. war unternehmerisch tätig gewesen, zuerst mit einer Einzelfirma, später mit der Karl M. Sohn AG. Die letztere ist mittlerweile bankrott, doch sind immer noch vergleichsweise bedeutende Vermögenswerte vorhanden. Um deren Zuweisung, um die Bewertung und Behandlung lebzeitiger Zuwendungen und weitere damit zusammenhängende Fragen dreht sich der Streit der Parteien.

Die Klägerin klagte gegen die Beklagte auf Feststellung der Nachlässe ihrer beiden Eltern, auf Ungültigkeit und Herabsetzung sowie auf Teilung. Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens zog sie die Ungültigkeitsklage zum grössten Teil zurück; sie hielt allerdings noch daran fest, dass die Übertragung der Oerliker Lie-

genschaft auf die Beklagte "zufolge Unmöglichkeit im Sinne von Art. 10 OR i.V.m. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB" (sic) ungültig gewesen sei. Im Weiteren einigten sich die Parteien hinsichtlich einiger unbedeutender Gegenstände darauf, dass sie der Klägerin zukommen sollten. Das Bezirksgericht entschied wie folgt:

1. (...)
2. Die Erbteilungsklage betreffend den Nachlass von Jeanne M.-R. wird abgewiesen, und es wird festgestellt, dass dieser Nachlass bereits geteilt ist.
3. Es wird festgestellt, dass der Nachlass von Karl M. im Zeitpunkt der Teilung - ohne Berücksichtigung der Willensvollstreckerkosten - Fr. 3'907'491.-- beträgt, zuzüglich 5% Zins auf Fr. 254'930.50 seit 1. Juli 1992 bis zur Teilung, 5% Zins auf Fr. 250'000.-- seit dem 17. August 1991 bis zur Teilung sowie 5% Zins auf Fr. 17'443.-- seit 11. Januar 1993 bis zur Teilung.
4. Die Erbengemeinschaft von Karl M. wird verpflichtet, der Klägerin 3/8 vom Nachlass in der Höhe von Fr. 3'907'491.-- zu bezahlen, und zwar unter Anrechnung des bereits bezogenen Darlehens von Fr. 250'000.--. Ferner wird die Erbengemeinschaft von Karl M. verpflichtet, der Klägerin 5% Zins auf Fr. 254'930.50 seit 1. Juli 1992 bis zur Teilung sowie 5% Zins auf Fr. 17'443.-- seit 11. Januar 1993 bis zur Teilung zu bezahlen.
5. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich die Beklagte verpflichtet hat, der Klägerin folgende Gegenstände zu Eigentum herauszugeben:
 - Diverse Familienfotos, lose, gerahmt
 - Bernina-Nähmaschine
 - Violine der vorverstorbenen Schwester von Francesca K.
 - Kirchenbuch der Mutter von Jeanne M.-R.
 - Jagdgewehr des Mannes von Francesca. K.
 - Standuhr (unter Anrechnung von Fr. 500.-- an klägerischen Erbteil)

6. Die Kosten für die Willensvollstreckung sind von den Parteien im Ausserverhältnis solidarisch und im Innenverhältnis im Umfang von 3/8 von der Klägerin und von 5/8 von der Beklagten zu übernehmen. (...)

Aus dem Urteil des Obergerichtes:

"III. Nachlass Jeanne M.-R.

Nicht mehr streitig sind die Zusammensetzung des Nachlasses, namentlich die Positionen "Wertschriften etc." und "Passiven", die den Eheleuten angefallenen Erbschaften sowie die Frage, ob die Oerliker Liegenschaft Eigengut der Ehefrau war. Hingegen geht die Klägerin von einem höheren Wert der Einzelfirma Karl M.s aus, als ihn das Bezirksgericht ermittelte, und sie beharrt darauf, dass der Nachlass ihrer Mutter nicht geteilt sei.

Vorweg sind sich die Parteien nicht einig was die Beweislast angeht. Der Tod einer Person verschafft ihren Erben von Gesetzes wegen einen unverjährbaren Anspruch auf Teilung, der erst mit der Teilung untergeht. Wer auf Teilung klagt, muss als Fundament also nur den Tod des Erblassers und die Zusammensetzung der Erbengemeinschaft behaupten und allenfalls beweisen (das ist hier ausser Frage). Die erfolgte Teilung ist demnach eine rechtsaufhebende Tatsache und daher von der Seite zu beweisen, die sich darauf beruft - das ist hier die Beklagte. Möglichen praktischen Schwierigkeiten (namentlich bei sehr langer Zeitdauer zwischen Tod und Teilungsklage) ist nicht durch eine Umkehrung der Beweislast Rechnung zu tragen, sondern durch eine vernünftige Handhabung des Beweismasses. Im vorliegenden Fall hat das Bezirksgericht die Frage nach der Beweislast in diesem Punkt allerdings mit Fug offen gelassen:

Als Verpflichtungsgeschäft bedarf der Erbteilungsvertrag der schriftlichen Form (Art. 634 Abs. 2 ZGB). Die Erben können die Teilung aber auch dadurch vornehmen und verbindlich zum Abschluss bringen, dass sie die einzelnen Nachlasswerte unter sich aufteilen (Art. 634 Abs. 1 ZGB). Nach dem allgemeinen und aus Art. 2 ZGB abgeleiteten Vertrauensprinzip kommt dem Reden und Handeln einer Person die rechtliche Bedeutung zu, welche die Adressaten unter den gegebenen Umständen als vernünftige und korrekte Menschen verstehen durften

und mussten. Ein anderer subjektiver, interner Wille der Person bleibt bedeutungslos, wenn ihn nicht der oder die Adressaten teilen: diesfalls ist nach Art. 18 OR in Verbindung mit Art. 7 ZGB dieser wirkliche Wille massgebend. (Dazu ist hinsichtlich der Beweislast zu präzisieren: wenn die Umstände ein bestimmtes [objektiviertes] Verständnis aufdrängen, ist die Partei behauptungs- und beweispflichtig, welche eine abweichende Meinung geltend macht).

Ein schriftlicher Teilungsvertrag über den Nachlass von Jeanne M.-R. liegt nicht vor. Das Bezirksgericht hat die äusseren Umstände und die Handlungen der Erben nach dem Tod von Jeanne M.-R. gewürdigt (diese sind für sich nicht bestritten, und darüber war daher kein Beweis zu erheben). Es kommt zum Schluss dass eine Realteilung zwischen der Klägerin und ihrem Vater vorgenommen worden ist. Das Obergericht pflichtet diesen Überlegungen bei; es kann auf sie verwiesen werden. Sie wären übrigens auch zutreffend, wenn die Einzelfirma und/oder die Liegenschaft in Oerlikon beim Tod von Jeanne M.-R. mehr wert gewesen wären, als das Bezirksgericht annimmt. Die Klägerin behauptet in der Berufung, ihr Erbanspruch im Nachlass ihrer Mutter habe Fr. 654'124.-- betragen. Dabei ersetzt sie den Wert von Einzelfirma inkl. Liegenschaft, welchen das Bezirksgericht ausgehend vom Steuerinventar mit Fr. 1'304'276.-- annimmt, durch den Betrag von Fr. 2'147'250.--. Dabei stützt sie sich auf eine im April 2002 erstellte Bewertung durch eine Treuhandgesellschaft. Auf eine Bewertung aus dem Jahr 2002 kann es allerdings bei der Beurteilung des Verhaltens der Erben von Jeanne M.-R. vor bald dreissig Jahren nicht ankommen. Es ist ja zu beurteilen, ob die Klägerin und ihr Vater seinerzeit der Meinung waren, der Nachlass ihrer Frau und Mutter sei nun geteilt. Wie die Klägerin an anderer Stelle selbst ausführen lässt, gingen sie und ihr Vater davon aus, es werde "alles in der Familie bleiben". Nachdem die Klägerin das einzige Kind ihres Vaters war und dessen Wiederverheiratung damals noch kein Thema war (jedenfalls behauptet das die Klägerin nicht), ist diese Auffassung einleuchtend. Dann drängte sich aber eine peinlich genaue Ausrechnung ihres Erbanspruches tatsächlich nicht auf. Der Schluss des Bezirksgerichtes auf eine effektiv durchgeführte Realteilung ist überzeugend.

Lediglich ergänzend sei Folgendes angefügt: Die Klägerin lässt vortragen, Karl M. habe ihr seinerzeit nicht nur die dann tatsächlich gekaufte, sondern auch

andere Wohnungen angeboten, welche zum Teil erheblich mehr kosteten. Das ist allerdings in der Berufungsreplik neu und daher als Behauptung prozessual unzulässig. Es widerlegte im Übrigen den Schluss des Bezirksgerichtes durchaus nicht: Es bliebe dabei, dass die Klägerin und ihr Vater davon ausgingen, es werde "alles in der Familie bleiben", und dass daher eine genaue Ausrechnung des Erbanspruches nicht nötig schien. Für die Beurteilung des Verhaltens der Beteiligten ist ferner davon auszugehen, dass sie die Bewertungen im Steuerinventar kannten. Dass das die Klägerin in der Berufungsreplik bestreitet, ist prozessual neu und daher unzulässig; nach der von ihr selbst eingelegten Kopie des Inventars war dieses seinerzeit den Erben mit einer Rechtsmittelbelehrung zugestellt worden. Sie behauptete bisher auch nicht, sie habe damals den Bewertungen in dem Inventar opponiert. Dass man der Einfachheit halber auf Steuerwerte abstellte, wäre durchaus nicht ungewöhnlich, und es würde den Schluss von den Zuwendungen Karl M.s auf eine Realteilung zusätzlich erhärten.

Die Klägerin hat allerdings behauptet, sie habe mit ihrem Vater seinerzeit vereinbart, man wolle die Erbschaft der Mutter einstweilen nicht teilen (eben weil ja "alles in der Familie bleibe"). Der Vater werde das ganze Vermögen weiterhin verwalten, und sie solle an einem Wertzuwachs entsprechend ihrem Erbanteil partizipieren. Das Bezirksgericht formulierte den entsprechenden Beweissatz. Die Klägerin berief sich dazu auf ihre eigene persönliche Befragung und auf eine Vorverkaufsvereinbarung "H". Das Bezirksgericht hat diese Beweise nicht gewürdigt, weil die Realteilung erstellt sei. Das ist darum nicht ganz korrekt, weil ein Nachweis der behaupteten Abmachung den (objektivierten) Schluss aus dem Verhalten der Klägerin und Karl M.s auf effektiv durchgeführte Realteilung umstossen könnte. Der Beweis der Klägerin ist aber gescheitert. [Wird näher ausgeführt].

Somit bleibt es beim Schluss des Bezirksgerichtes, dass der Nachlass Jeanne M.-R. bereits geteilt und die entsprechende Klage der Klägerin abzuweisen ist. Die von der Klägerin in der Berufung aufgeworfenen Fragen um die genaue Bewertung des ehelichen Vermögens M.-R. im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes können daher offen bleiben.

IV. Nachlass Karl M.

1. Zunächst behandelt das Bezirksgericht die Frage der Herabsetzung. Dabei ermittelt es, wie sich der Nachlass beim Tod von Karl M. zusammensetzte, und wie er zu bewerten ist, im Einzelnen:

- Eigengut

Aktien K. M. Sohn AG Fr. 150'000.--

Wertschriften und Guthaben

(einschliesslich Darlehen an

Klägerin Fr. 250'000.--) Fr. 1'133'791.--

Bargeld Fr. 200'000.--

Standuhr/Hausrat/Auto Fr. 3'500.-- Fr. 1'487'291

- hälftiger Anteil am Vorschlag Fr. 40'000

(Zwischen-Total: Fr. 1'527'291)

zuzüglich das Herabsetzbare:

- Schenkung Liegenschaft Oerlikon Fr. 2'577'000

- Kaufnebenkosten (ebenfalls geschenkt) Fr. 15'000

Total: Fr. 4'119'291

Für die Berechnung der verfügbaren Quote ist von diesen Fr. 4'119'291.-- auszugehen. Der Pflichtteilsanspruch der Klägerin daran beträgt $\frac{3}{8}$ oder nach den Zahlen des Bezirksgerichtes Fr. 1'544'734.--, und er ist somit (immer nach diesen Zahlen) im Zeitpunkt des Erbanges um Fr. 17'443.-- verletzt. Dagegen werden Einwendungen erhoben:

a. In ihrer Berufung beanstandet die Klägerin die Bewertung der Oerliker Liegenschaft. Wenn diese per Todestag von Karl M. höher zu bewerten ist, erhöht sich auch der von der Beklagten unter dem Titel Herabsetzung einzuwerfende Betrag.

Die Beklagte verlangt demgegenüber mit ihrer Berufung, dass die Kosten der Willensvollstreckung bei der Berechnung des Nachlasses berücksichtigt werden. Sie geht davon aus, dass der Wert des gesamten Nachlasses dann um rund Fr. 200'000.-- tiefer liegt, und dass die Klägerin beim Erbgang in ihrem Pflichtteil nicht verletzt war.

Als Reaktion auf diese Anträge der Beklagten verlangt nun die Klägerin neu, dass die Kosten der Willensvollstreckung (nur) im Umfang von höchstens Fr. 146'909.55 bei der Zuweisung der 3/8 gemäss angefochtenem Urteil zu berücksichtigen, im Umfang von Fr. 50'000.-- vielmehr vorab der Beklagten zuzuweisen seien. Zudem verlangt sie ausdrücklich "Hinzurechnung und Zuweisung" aller Erträge des Nachlasses bis zum Tag der Teilung an sie.

b. [keine Neuschätzung der Liegenschaft]

c. Das Bezirksgericht ging davon aus, die Willensvollstreckerin werde für ihre Tätigkeit noch Rechnung stellen und die Erben würden diese (allenfalls nach einer Bereinigung von deren Höhe) zu bezahlen haben. Es ordnete an, dass die Parteien eine solche Forderung extern solidarisch, intern zu den Erbquoten zu übernehmen hätten. Beide Parteien wollen das aufgehoben resp. geändert wissen.

Die Beklagte weist in ihrer Berufung darauf hin, dass die Willensvollstreckerin ihr Honorar laufend aus dem Barvermögen bezog; insgesamt habe sie sich selber Fr. 207'989.10 ausbezahlt. Die Klägerin beziffert die effektiven Bezüge auf Fr. 196'909.55. In der Referentenaudienz konnten sich die Parteien auf einen Betrag von Fr. 200'000.-- verständigen. Bevor die konkrete Rechnung angestellt wird, ist ein rechtlicher Irrtum auszuräumen: die Beklagte trägt vor, die Willensvollstreckerkosten seien als Erbgangsschulden vom Vermögen abzuziehen, dann resultiere ein kleineres Gesamtvermögen (inklusive der Herabsetzung unterliegende Schenkungen) und damit ein kleinerer Pflichtteil der Klägerin - nach der Beklagten Fr. 1'466'738.--. Das ist rechnerisch zutreffend. Unrichtig ist aber die weitere Überlegung, im Zeitpunkt des Erbanges sei ein Vermögen des Erblassers von Fr. 1'527'291.-- vorhanden gewesen, der Pflichtteil der Klägerin also gedeckt. Wenn man mit der Beklagten die Kosten der Willensvollstreckung als Erbgangsschulden betrachtet, vermindern sie das Vermögen zur Zeit des Erbanges (Art. 474 Abs. 1 ZGB) - auch darin ist der Beklagten zu folgen. Diese Verminderung geht aber zwingend zu Lasten des Barvermögens, denn die entäußerte Liegenschaft ist sachenrechtlich ausgegliedert (und rein praktisch konnte sich die Willensvollstreckerin im vorliegenden Fall nur aus dem vorhandenen Geld bezahlt machen). Dann beträgt aber das Vermögen des Erblassers nicht (mehr)

Fr. 1'527'291.--, sondern um den Betrag der Willensvollstreckerkosten weniger. Und entsprechend hat sich der herabzusetzende Betrag der Zuwendung an die Beklagte vergrössert, und nicht verkleinert. Die Klägerin, welche die Fehlüberlegung der Beklagten mitmachte, opponiert in der Berufungsantwort der Behandlung der Willensvollstreckerkosten als Erbgangsschulden. Beide Parteien plädieren somit aus Irrtum *gegen* ihre Interessen. - Die Frage ist von Amtes wegen zu prüfen (§ 57 ZPO).

In der Literatur sind die Meinungen geteilt. Richtig ist, dass die Berücksichtigung von Erbgangsschulden logisch nicht völlig erklärbar ist, denn es wird retrospektiv das Vermögen per Todestag verändert. Es ist aber positives Recht (Art. 474 Abs. 2 ZGB), und Gründe der Praktikabilität und der Billigkeit sprechen dafür. Die Kosten der Willensvollstreckung sind im Gesetz nicht genannt. Die Mehrheit der massgebenden Autoren spricht sich dennoch dafür aus, auch sie im Rahmen von Art. 474 Abs. 2 ZGB zu berücksichtigen (BK-Tuor, N. 29 zu Art. 474 und N. 13 zu Art. 517 ZGB; ZK-Escher, N. 11 zu Art. 474 und N. 10b zu Art. 517 ZGB; Piotet, SPR IV/1, S. 442 und 159; Basler Kommentar Stahelin, N. 12 zu Art. 474 ZGB). Soweit bekannt ist, wird es auch in der aussergerichtlichen Praxis der Erbteilung regelmässig so gehandhabt. Eine andere Auffassung vertreten Weimar (BK, N. 10 zu Art. 474 ZGB) und Tuor/Schnyder (ZGB 12. Aufl., S. 590 Fn. 39), allerdings ohne Begründung. Die Auffassung der Minderheit, welche wohl die äussere Logik für sich hat, würde ohne Not zu einer schwer verständlichen Benachteiligung der Pflichtteilserven und zu einer Verwässerung des Institutes der Herabsetzung führen. Es ist daher der Auffassung der Mehrheit und der Praxis der Vorzug zu geben, wonach die Kosten der Willensvollstreckung für die Berechnung der verfügbaren Quote abgezogen werden müssen.

Die Klägerin lässt das auch darum nicht gelten, weil die Willensvollstreckerin im Umfang von Fr. 50'000.-- Rechnung gestellt habe für Tätigkeiten, welche gar nicht im Interesse der Erbschaft, sondern der Beklagten allein lagen. Bei dieser in der zitierten Literatur genannten Situation geht es aber darum, dass der Willensvollstrecker auftragsgemäss nur für einen oder einzelne der Erben handelt. Im vorliegenden Fall würde die Willensvollstreckerin nach Darstellung der Klägerin ihren Auftrag überschritten und ihre Pflichten verletzt haben. Dass sie das volle

(vielleicht nicht gerechtfertigte) Honorar bezog, steht aber fest. Damit entstand allenfalls ein Rückerstattungsanspruch der Erbgemeinschaft gegen sie. Dieser ist im Rahmen der Teilung zuzuweisen; bei der Berechnung des Pflichtteils hat er ausser Betracht zu bleiben.

Ausgehend von den Fr. 200'000.--, auf welche sich die Parteien verständigt haben, ergibt sich die folgende Rechnung: das gesamte Vermögen im Sinne von Art. 474 Abs. 2 ZGB beträgt Fr. 3'919'291.--. Der Pflichtteil der Klägerin ist damit Fr. 1'469'734.--. Das Vermögen des Erblassers beim Erbgang stellt sich auf Fr. 1'527'291.-- abzüglich die Fr. 200'000.-- Willensvollstreckerkosten oder Fr. 1'327'291.--. Damit ist der Pflichtteil um (Fr. 1'469'734.-- minus 1'327'291.-- =) Fr. 142'443.-- verletzt. In diesem Umfang ist die Beklagte ausgleichungspflichtig. (...).

Das Resultat unterscheidet sich von der Lösung des Bezirksgerichtes im wirtschaftlichen Ergebnis nicht. Dass das gesamte Honorar der Willensvollstreckerin bereits aus dem Barvermögen bezogen wurde, bedeutet im Sinne der bezirksgerichtlichen Konzeption (mindestens wirtschaftlich gesehen) Erfüllung der Forderung durch die Solidarschuldnerin. Diesfalls könnte die Klägerin auf ihre Mit-Verpflichtete, die Beklagte, Rückgriff nehmen (Art. 148 Abs. 2 OR, vgl. auch Art. 640 Abs. 1 ZGB). Das verschaffte ihr bei Fr. 200'000.-- Willensvollstreckerkosten eine Forderung von Fr. 125'000.--. Zusammen mit der vom Bezirksgericht angeordneten Herabsetzung (Fr. 17'443.--) ergeben sich genau wieder Fr. 142'443.--.

2. Besondere Schwierigkeiten bietet die Teilung. Es ist nicht leicht zu verstehen, was das Bezirksgericht hier entschieden hat. Ein Teilungsurteil muss Teilungsvertrag und einvernehmliche Zuweisung ersetzen; es muss den einzelnen Erben mit der autoritativen Zuweisung der einzelnen Sachen das Alleineigentum verschaffen, die Gesamthand nach Art. 602 ZGB beenden (Basler Kommentar Schaufelberger, N. 7 a.E. zu Art. 604 ZGB, mit Hinweisen). Das angefochtene Urteil vermag das nicht zu leisten. Das Bezirksgericht stellt fest, der zu teilende Nachlass betrage Fr. 3'907'491.--, zuzüglich gewisse Zinsen "bis zur Teilung" und zuzüglich den Herabsetzungsbetrag von (laut Bezirksgericht) Fr. 17'443.--, und es ordnet an, dass "die Erbgemeinschaft von Karl M." ver-

pflichtet werde, der Klägerin 3/8 dieses Nachlasses zu bezahlen. Das ist zunächst einmal nicht vollstreckbar, da die Klägerin nicht "die Erbengemeinschaft von Karl M." für ihren Erbenspruch betreiben kann. Es ist unvollständig, weil es nicht die einzelnen Werte nennt, welche zugewiesen werden. Es ist unrichtig, weil es einen (späteren) Teilungstag voraussetzt, wo doch das Urteil selber teilen sollte. Und es bezieht die herabsetzbar veräusserte Sache wieder in die Teilung mit ein, während diese Veräusserung sachenrechtlich gerade unanfechtbar ist. Die Teilung muss neu angegangen werden.

Hier ergab sich ein prozessuales Problem. Die Parteien bauten ihre Anträge in der Berufung zunächst auf dem angefochtenen Dispositiv auf. Dem Obergericht wurde damit beantragt, wiederum ein nicht vollstreckbares Urteil zu fällen, und es stellte sich die Frage, ob daran ein Interesse bestehen könne (§ 51 Abs. 1 ZPO). Die Parteien wurden daher im Sinne von § 55 ZPO darauf hingewiesen, damit sie allenfalls ihre Anträge abändern könnten. Die Klägerin verlangt nun zutreffend wieder (wie vor erster Instanz) Feststellung der Nachlässe und Teilung.

a. Als erstes ist zu ermitteln, woraus sich die zu teilende Erbschaft zusammensetzt. Zu teilen ist das am Teilungstag Vorhandene, und der Teilungstag ist bei einer gerichtlichen Teilung der Tag des Urteils. Die Aufstellung im Steuerinventar ist daher heute nicht mehr massgebend. (...) In der Referentenaudienz konnten die einzelnen Aktiven wie folgt bereinigt werden:

- Die Oerliker Liegenschaft gehört nicht mehr zur Erbschaft, nachdem die Anfechtung des Schenkungsvertrages definitiv erledigt ist. Sie spielt nur (aber immerhin) eine Rolle für die bereits abgehandelte Frage der Herabsetzung.

- Unter "Wertschriften und Guthaben" bestehen Guthaben gegenüber der Raiffeisenkasse A., mit einem Saldo per 31. Dezember 2002 von Fr. 884'210.25.

- Ein Sack oder Topf voll Silbermünzen befindet sich im Schrankfach bei der ZKB (...). Die Parteien sind sich einig, dass die Münzen der Beklagten zuzuweisen sind, zum Wert von Fr. 500.--.

- Ein Guthaben des Erblassers gegenüber der liquidierten "K. & Co. AG, Zürich" im ursprünglichen Nominalwert von Fr. 24'547.85 ist nach übereinstimmender Auffassung der Parteien in der Teilung nicht mehr zu berücksichtigen. Das

Nämliche gilt für die Aktien der konkursiten Karl M. Sohn AG und das Darlehen des Erblassers an die Gesellschaft.

- Zu den Aktiven zählt das Darlehen des Erblassers an die Klägerin in der Höhe von Fr. 250'000.--. Es ist vertraglich zu 5% zu verzinsen. Die These der Klägerin, dass die Forderung mit dem Erbgang durch Vereinigung von Schuldnerin und Gläubiger untergegangen sei, hat das Bezirksgericht mit Recht verworfen. Dann ist auch der Zins weiter zu berechnen, und zwar bis zum Urteilstag. Es wird sich allerdings zeigen, dass das obsolet ist (dazu unten, c).

- Wohl als Reaktion auf das Ansinnen der Klägerin, sich der Darlehensschuld unter Berufung auf den Erbgang bereits per Todestag zu entschlagen, veranlassten Beklagte und Willensvollstreckerin im ersten Halbjahr 1992 eine vorgezogene Barauszahlung in der Höhe von Fr. 254'930.50 an die Beklagte. Das war unzulässig. Dem Nachlass entstand dadurch eine Ersatzforderung. Das Bezirksgericht hat auch zutreffend gefunden, dass diese Rückerstattungsforderung verzinslich sein solle, und dafür 5% ab 1. Juli 1992 eingesetzt.

- In der Antwort auf die Berufung der Beklagten argumentiert die Klägerin neu damit, die Willensvollstreckerin habe sich für Leistungen bezahlt gemacht, welche nicht den Nachlass betreffen. Wenn es zuträfe, könnte der Nachlass eine entsprechende Rückforderung gegen die Willensvollstreckerin haben. Ob das neue Vorbringen prozessual zulässig ist, kann hier offen bleiben. Die Beklagte wird nämlich nicht beschwert dadurch, dass ein entsprechender Anspruch jedenfalls dem Grundsatz nach unter die zu teilenden Werte gezählt wird.

b. Steht fest, was zu teilen ist, folgt die effektive Teilung. Nachdem feststeht, dass die Beklagte bereits mehr erhalten hat, als ihr zusteht (denn sie muss im Rahmen der Herabsetzung einen Mehrbetrag im Sinne von Art. 526 ZGB einwerfen), kann sie allerdings an der Teilung materiell nicht mehr teilnehmen. Das Teilungsurteil besteht in diesem Fall in der gerichtlichen Zuweisung des Vorhandenen an die einzige verbleibende Erbin, nämlich an die Klägerin. Davon sind zwei Ausnahmen zu machen: sollte sich ergeben, dass die Willensvollstreckerin etwas vom bezogenen Honorar zurückzahlen muss, würde das hinterher die Berechnung des Herabsetzungsbetrages tangieren. Dieser Anspruch muss den Erb-

innen daher im Verhältnis ihrer Erbquoten zugewiesen werden. Ferner ist die unbestrittene Zuweisung der Silbermünzen an die Beklagte formell vorzunehmen.

c. Damit werden die Diskussion der Parteien um Wertveränderungen und Erträge obsolet. Dazu Folgendes:

Das Problem der Wertveränderungen stellt sich nur, wenn die Pflichtteilsverletzung nicht in einer zu hohen Erbquote besteht; diesfalls genügt es, diese Quote auf das Zulässige zu reduzieren, und eine Bewertung von Berechnungsmasse und/oder einzelnen Werten ist entbehrlich (BGE 103 II 95).

Wertveränderungen zwischen Todestag und Herabsetzungsurteil (häufig wohl gleichzeitig Teilungsurteil) betreffen grundsätzlich nur den mit einer unteilbaren Sache lebzeitig Begünstigten, da der Herabsetzungsanspruch obligatorischer Natur ist und die Zuwendung sachenrechtlich nicht in Frage stellen kann (dazu Staehelin, N. 7 zu Art. 475 ZGB). Allerdings gibt es eine Ausnahme: der durch Zuwendung einer unteilbaren Sache Begünstigte hat die Wahl, ob er gegen Vergütung des Mehrbetrages die Sache selbst beanspruchen, oder ob er die Sache einwerfen und an ihrer Stelle den verfügbaren Betrag beanspruchen will (Art. 526 ZGB, durch den generellen Verweis von Art. 527 ZGB auch auf lebzeitige Zuwendungen anwendbar; vgl. dazu Staehelin, N. 16 zu Art. 474 ZGB). Somit kann er einen Wertverlust auf die (anderen) Erben abwälzen, einen Wertzuwachs aber für sich behalten. Das kann stossend sein, lässt sich angesichts der Regel von Art. 526 ZGB allerdings nicht völlig vermeiden. Immerhin dürfte es angezeigt sein, im Prozess möglichst früh auf den Entscheid zu dringen.

Die Wertveränderungen treffen dann alle Beteiligten gleichmässig, wenn Vermächtnis oder lebzeitige Zuwendung teilbar sind (bspw. eine nicht beherrschende Anzahl Aktien einer Publikums-AG; bei einer personenbezogenen Gesellschaft mag die Teilung auch einer Minderheitsposition wirtschaftlich nachteilig sein): dann führt die Überschreitung der disponiblen Quote dazu, dass die Zuwendung um eine bestimmte Anzahl der Werte herabgesetzt wird resp. diese zurückgegeben werden müssen. Art. 526 ZGB kommt nicht zum Zug, weil die Voraussetzung der "Unteilbarkeit" fehlt. Somit schlagen Wertveränderungen auf die Erben und auf den Herabsetzungsverpflichteten im Verhältnis ihrer Anteile gleichermaßen durch (gleich wie hier Staehelin, N. 16 zu Art. 474 ZGB).

Kommt es nicht zu einer Herabsetzung, bedarf es überhaupt keiner Bewertung der Erbschaft zum Todeszeitpunkt. In Verallgemeinerung von Art. 517 ZGB werden alle Erbschaftswerte auf den Zeitpunkt der Teilung bewertet und den Erben entsprechend deren Quoten zu Alleineigentum zugewiesen (BK-Tuor/Piceni, N. 10 zu Art. 517 ZGB). Ebenso wie Mehr- oder Minderwerte kommen also auch die Erträge der Erbschaft ohne weiteres allen Erben im Verhältnis ihrer Quoten zugute; eine Ausscheidung in Substanz und Ertrag ist gar nicht vorzunehmen.

Ist der Herabsetzungspflichtige selber nicht Erbe, war er auch nie Mitglied der Gesamtheit der Erben, und kann er daher ohnehin nicht an der Teilung teilnehmen. Ist er Erbe, hat er zwar formell an der Gesamtheit teil (Art. 602 Abs. 1 ZGB). Ist er zur Herabsetzung verpflichtet, steht damit aber fest, dass er mehr erhalten hat als ihm zusteht. Nach ausdrücklicher Vorschrift muss das per Todestag berechnet werden (Art. 474 Abs. 1 ZGB). Wertveränderungen doch wieder zu seinen Gunsten oder Lasten zu berücksichtigen, würde notwendigerweise den festgestellten Herabsetzungsbetrag wieder in Frage stellen und ist daher abzulehnen. Es drängt sich die Überlegung auf, dass er zwar formell Gesamthänder blieb, mit der herabsetzbaren Zuwendung aber materiell seinen Anspruch auf das Erbe (mehr als) konsumiert hat, sodass er an der Teilung nicht mehr partizipieren kann. Eine echte Teilung zwischen dem Herabsetzungspflichtigen und den Erben gibt es also nur dann, wenn die Herabsetzung in einer Reduktion der Quote besteht (Piotet, op. cit., S. 508). In den anderen Fällen beschränkt sich die Teilung materiell auf die anderen Erben, und falls deren nur einer vorhanden ist, auf die Zuweisung der (ganzen) Erbschaft an ihn zu Alleineigentum.

Je nach Situation wird das der eine oder andere Beteiligte unbefriedigend empfinden; der Noterbe, wenn die Erbschaft an Wert verlor, der Herabsetzungspflichtige, wenn sie an Wert zunahm. Darauf kann es allerdings nicht ankommen; die Lösung muss in allen Fällen und unabhängig vom (zufälligen) Resultat Anwendung finden. Schon gar nicht könnten Erträge und Wertverluste unterschiedlich behandelt werden: cuius commodum, eius et periculum (wer den Nutzen hat, soll auch die Gefahr tragen). In ganz krassen Fällen mag vorbehalten bleiben, dass ein Beteiligter, der die formelle Teilung treuwidrig verzögert und so auf

Kosten des oder der Anderen spekuliert, schadenersatzpflichtig werden könnte. Das ist aber im vorliegenden Fall nicht zu sehen. Zwar sind die Aktien der Karl M. Sohn AG und die Forderung gegen sie durch den Konkurs wertlos geworden; andererseits sind etliche Erträge angefallen, was die Verluste einigermassen kompensiert. Zudem kann keiner Seite vorgeworfen werden, sie habe wider Treu und Glauben prozessiert; namentlich die Frage nach der Teilung der Erbschaft von Jeanne M.-R. konnte mangels eines formellen Teilungsaktes füglich aufgeworfen werden.

Damit bleibt es dabei, dass sich die Teilung im vorliegenden Fall darin erschöpft, dass die Erbschaftsaktiven aus der formellen Gesamthand ins Alleineigentum der Klägerin zugewiesen werden.

3. Was den Nachlass Karl M.s angeht, ist also zusammengefasst wie folgt zu entscheiden:

- Unter dem Titel Herabsetzung schuldet die Beklagte der Klägerin Fr. 142'443.-- nebst Zins seit Prozesseinleitung;
- Die einzelnen Nachlasswerte sind festzustellen, inklusive das vom Erblasser seinerzeit der Klägerin gewährte Darlehen;
- Von den Nachlasswerten sind die mögliche Rückforderung gegen die Willensvollstreckerin den Erbinnen anteilmässig, die Silbermünzen der Beklagten ungeteilt zuzuweisen, im Übrigen sind die heute vorhandenen Nachlasswerte der Klägerin zuzuweisen; der Klarheit halber ist die Beklagte ausdrücklich zu verpflichten, der Klägerin das zu Unrecht aus dem Nachlass Vorbezogene mit Zins zurückzuzahlen;
- Mit der Zuweisung alles Vorhandenen an die Klägerin wird der von den Parteien festgesetzte Anrechnungswert von Fr. 500.-- für die Standuhr obsolet, und es ist dazu nichts mehr festzulegen.

(...)

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage auf Teilung des Nachlasses von Jeanne M.-R. wird abgewiesen.

2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin unter dem Titel Herabsetzung im Nachlass Karl M. Fr. 142'443.-- nebst Zins zu 5% seit 11. Januar 1993 zu bezahlen.

3. Es wird festgestellt, dass sich der zu teilende Nachlass von Karl M. wie folgt zusammensetzt:

- Konto Nr. 45383.64 bei der Raiffeisenbank A. (Saldo per 31. Dezember 2003: Fr. 884'210.25, zuzüglich allfällige Verrechnungssteuerguthaben)
- diverse Silbermünzen (im Schrankfach bei der ZKB ...);
- Darlehen Francesca K. (Fr. 250'000.--) zuzüglich Zins zu 5% seit 16. August 1991;
- Guthaben Alice M. (vorgezogene Barauszahlung, Fr. 254'930.50), zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Juli 1992;
- Guthaben "K. & Co. AG, Zürich" (Rückforderung für zu Unrecht bezogenes Willensvollstreckerhonorar, Höhe unbestimmt).

4. Das Guthaben "K. & Co. AG, Zürich" (Rückforderung für zu Unrecht bezogenes Willensvollstreckerhonorar, Höhe unbestimmt) wird zu 3/8 der Klägerin und zu 5/8 der Beklagten zugewiesen.

5. Die Silbermünzen im Schrankfach bei der ZKB (...) werden der Beklagten zu Eigentum zugewiesen.

6. Im Übrigen werden alle Werte gemäss Ziff. 3 hiervor der Klägerin zu Eigentum zugewiesen. Insbesondere wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 254'930.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Juli 1992 zu bezahlen.

7. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 500.-- zu bezahlen. (...)"

Obergericht, II. Zivilkammer

Urteil vom 25. März 2003

LB010118