



Geschäfts-Nr. LB070004/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie die juristische Sekretärin lic. iur. F. Gohl Zschokke

Beschluss und Urteil vom 14. März 2008

in Sachen

A._____,

Kläger und Appellant sowie Anschlussappellat

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Beklagte und Appellatinnen sowie Beklagte 2 Anschlussappellantin und Beklagte

1 Anschlussappellatin

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Erteilung**

Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. Dezember 2006; Proz. CP010007

Rechtsbegehren:

1. Es sei der Nachlass von Frau D. _____, geb. tt.4.1922, verstorben am tt.mm.1999, festzustellen und zu teilen.
2. Es sei festzustellen, dass dem Kläger Guthaben gegenüber dem Nachlass von Fr. 138'000.-- und Fr. 4'000.--, beides nebst Zins zu 5 % seit 16.11.2000, zustehen und dem Kläger seien diese Beträge zuzusprechen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

(act. 2 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 14. Dezember 2006:

1. Es wird festgestellt, dass der Nachlass von D. _____, gestorben am tt.mm.1999, zuletzt wohnhaft gewesen an der E. _____ - Str. ... in ... Zürich, per Urteilsdatum aus folgenden Aktiven und Passiven besteht:

Aktiven

Barvermögen	Fr. 151'621.35 zuzüglich Zins p.m.
Schmuck	Fr. 8'400.00
Darlehen Beklagte 2	Fr. 10'000.00
Darlehen Kläger	Fr. 236'000.00

Passiven

Auslagen Beklagte 1	Fr. 1'539.20
Beherbergungs- und Pflegekostensatz Kläger	Fr. 102'000.00

2. Es wird festgestellt, dass die Erbteile des Klägers, der Beklagten 1 und der Beklagten 2 je $\frac{1}{3}$, somit Fr. 100'827.40 (zuzüglich $\frac{1}{3}$ des Zinses auf dem Barvermögen pro memoria) betragen.

- 3.a) Dem Kläger werden folgende Aktiven und Passiven des Nachlasses zugeteilt:

Aktiven:

Darlehen Kläger Fr. 202'827.40 zuzüglich Zinsanteil p.m.

Passiven:

Beherbergungs- und Pflegekostenersatz Kläger Fr. 102'000.00

- b) Der Beklagten 1 werden folgende Aktiven und Passiven des Nachlasses zugeteilt:

Aktiven:

Barvermögen Fr. 81'580.30 zuzüglich Zinsanteil p.m.
Schmuck Fr. 4'200.00
Darlehen Kläger Fr. 16'586.30

Passiven:

Auslagen Beklagte 1 Fr. 1'539.20

- c) Der Beklagten 2 werden folgende Aktiven des Nachlasses zugeteilt:

Aktiven:

Barvermögen Fr. 70'041.10 zuzüglich Zinsanteil p.m.
Schmuck Fr. 4'200.00
Darlehen Beklagte 2 Fr. 10'000.00
Darlehen Kläger Fr. 16'586.30

4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 8'800.-- ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'595.-- Schreibgebühren

Fr. 1'696.-- Zustellgebühren

Fr. 330.-- Vorladungsgebühren

Fr. 200.-- Barauslagen

5. Die Kosten werden dem Kläger zu 4/6 und den Beklagten 1 und 2 zu je 1/6 auferlegt.

6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten 1 eine reduzierte Prozessschädigung von Fr. 6'000.-- zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer und der Beklagten 2 eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 500.-- zu bezahlen.

- 7./8. Mitteilung / Rechtsmittel.

(act. 157 S. 52 f.)

Berufungsanträge:

Des Klägers und Appellanten sowie Anschlussappellaten (act. 164 S. 2 f.):

„1. Die Ziffern 1, 2, 3, 5, 6 des vorinstanzlichen Urteils seien aufzuheben.

2. Es sei festzustellen, dass sich der Nachlass von Frau D._____ aus folgenden Aktiven und Passiven zusammensetzt:

<u>Aktiven:</u>		Barvermögen	Fr.
139'142.-		+ Zins (c/o Notar F._____)	
			Fr.
12'479.35		(./ NL – Passiven)	
Schmuck	Fr. 8'400.-		
		Darlehen Bekl. 2	<u>Fr.</u>
<u>10'000.-</u>		Fr. 170'021.35	
		<u>Passiven:</u>	
		Auslagen Bekl. 1	Fr.
1'539.20			
		Rückz. an Kl.	Fr.
4'000.-			
		Pflegek. Kläger	<u>Fr.</u>
<u>102'000.-</u>		Fr. 107'539.20	
	Nachl. zu teilen		Fr. 62'482.15

3. Es sei den Erben je ein Anteil von 1/3 zuzuweisen, je je zuzüglich 1/3 der Zinsen Fr. 20'827.40

4. Den Parteien seien somit folgende Guthaben zuzuweisen:

<u>Dem Kläger</u>			
Erbanteil	Fr. 20'827.40		
Pflegek.ersatz	Fr. 102'000.-		
Rückz. (4/3)	<u>Fr. 4'000.-</u>	Fr. 126'827.40	

<u>Der Beklagten 1</u>			
Erbanteil	Fr. 20'827.40		
Auslagen Bekl. 1	<u>Fr. 1'539.20</u>		
	Fr. 22'366.60		
./ Schmuck	<u>Fr. 4'200.-</u>	Fr. 18'166.60	

<u>Der Beklagten 2</u>			
Erbanteil	Fr. 20'827.40		
./ Darlehen	<u>Fr. 10'000.-</u>		
	Fr. 10'827.40		
./ Schmuck	<u>Fr. 4'200.-</u>	Fr. 6'627.40	

je zuzüglich $\frac{1}{3}$ der Zinsen

5. Die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens seien den Beklagten aufzuerlegen und sie seien zu verpflichten, dem Kläger eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen.“

Der Beklagten 1 und Appellatin sowie Anschlussappellatin (act. 169 S. 2):

„Die Berufung sei abzuweisen und demgemäss das angefochtene Urteil zu bestätigen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers und Appellanten.“

Der Beklagten 2 und Appellatin sowie Anschlussappellatin (act. 177 S. 5):

(singemäss)

1. Es sei festzustellen, dass die Fr. 240'000.-- keine Rückzahlung der Darlehen sind.
2. Es seien dem Kläger keine Pensions- bzw. Pflegegelder zuzusprechen.
3. Es sei ihr eine Entschädigung für das begangene Unrecht zuzusprechen.
4. Es sei ihr in Verrechnung mit dem Darlehen von Fr. 10'000.-- eine Entschädigung in dieser Höhe für die Aufenthalte der Erblasserin in ihrem Hause zuzusprechen.
5. Es seien ihr keine Gerichtskosten aufzuerlegen.

Das Gericht zieht in Betracht:

I.

1. Die Parteien sind die Kinder aus der ersten Ehe der am tt.mm.1999 verstorbenen D._____, zuletzt wohnhaft gewesen an der E._____-Strasse ... in ... Zürich (im Folgenden: die Erblasserin).

2.1 Am 11. Juni 2001 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Zürich die Erbteilungsklage mit dem oben zitierten Rechtsbegehren ein. Gleichzeitig stellte er ein Begehren um die Anordnung vorsorglicher Massnahmen (act. 2). Dieses Begehren wurde mit Beschluss vom 6. November 2001 abgewiesen (Prot. I S. 15 ff.). Mit der Replik vom 6. Mai 2002 änderte der Kläger sein ursprüngliches Rechtsbegehren, indem er nur noch die Zusprechung von Fr. 106'000.-- nebst Zins zu 5% seit dem 16. November 2000 verlangte und zusätzlich beantragte,

Dr. F._____, ... [Adresse], sei anzuweisen, Guthaben und seinen Erbanteil ihm anzuweisen (act. 41 S. 2). Nach Durchführung des schriftlichen Haupt- und eines Beweisverfahrens fällte die Vorinstanz am 14. Dezember 2006 das oben aufgeführte Urteil (Prot. I S. 52 ff.). Für die Schilderung des Prozessverlaufs im Einzelnen ist auf die korrekte Darstellung im angefochtenen Urteil zu verweisen (act. 157 S. 3 ff.).

2.2 Gegen dieses Urteil erklärte der Kläger am 8. Januar 2007 rechtzeitig Berufung (act. 158). Mit seiner Berufungsschrift vom 19. März 2007 stellte er die oben aufgeführten Anträge (act. 164 S. 2 f.). Die Beklagte 1 reichte ihre Berufungsantwort am 7. Mai 2007 ein. Sie beantragt damit, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen (act. 169 S. 2). Die Beklagte 2 beantwortete die Berufungsbegründung nicht. Das Berufungsverfahren wurde schriftlich fortgesetzt; die Berufungsreplik des Klägers datiert vom 19. Juni 2007 (act. 174), die Berufungsduplik der Beklagten 1 vom 15. August 2007 (act. 179). Die Beklagte 2 reichte am 3. Juli 2007 die Berufungsduplik ein, mit welcher sie – sinngemäss - Anschlussberufung mit den oben aufgeführten Anträgen erhebt (act. 177).

II.

1. Der Kläger machte im vorinstanzlichen Verfahren geltend, er habe mit der Erblasserin ein monatliches Entgelt von Fr. 3'000.-- für deren Pflege und Unterkunft während der Zeit, in welcher sie vom Mai 1996 bis zu ihrem Tod in ihrem Haus gewohnt habe, vereinbart. Ihm stehe daher ein Anspruch gegenüber dem Nachlass von Fr. 132'000.-- (44 Monate à Fr. 3'000.--) zu. Die Beklagten bestritten diese Forderung. Die Vorinstanz gelangte nach durchgeführtem Beweisverfahren zum Schluss, dass dem Kläger der Beweis für diese Vereinbarung gelungen sei, es demgegenüber jedoch nicht bewiesen sei, dass der geforderte Betrag durch die Erblasserin bezahlt worden sei, wie dies die Beklagten behauptet hatten. Sie anerkannte somit eine Forderung des Klägers an den Nachlass von Fr. 132'000.--. Unter Verrechnung des dem Kläger 1999 von der Erblasserin ge-

währten Darlehens von Fr. 30'000.-- stehe diesem somit eine Forderung von Fr. 102'000.-- zu (act. 157 S. 49 f.).

Die Beklagte 1 beantragt, das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen. Damit lässt sie diesen Punkt unangefochten.

Die Beklagte 2 schreibt unter dem Titel "Antrag" in ihrer Berufungsduplik: "Er kann nicht belegen, dass seine Mutter pflegebedürftig gewesen sei. Der Kläger kann nicht belegen, dass ihm noch Pensions-/Pflegegelder zustehen" (act. 177 S. 5). Damit ficht sie sinngemäss die Feststellung der Vorinstanz bezüglich der Forderung des Klägers von Fr. 102'000.-- gegenüber dem Nachlass an bzw. sie erhebt in diesem Umfang Anschlussberufung. Gemäss § 266 Abs. 1 ZPO ist die Anschlussberufung mit der Berufungsantwort zu erheben. Der vorliegende Antrag der Beklagten 2 ist somit verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten ist (vgl. § 263 ZPO).

2. Die Beklagte 2 beantragt des Weiteren, dass ihr eine Entschädigung für das an ihr begangene Unrecht zuzusprechen sei (act. 177 S. 5). Auch dieser Antrag ist verspätet, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann. Zudem wäre er auch ein unzulässiges Novum (vgl. § 267 Abs. 1 ZPO) und könnte daher auch aus diesem Grund nicht behandelt werden.

Ebenso verspätet sowie ein unzulässiges Novum ist der weitere mit der Berufungsduplik gestellte Antrag der Beklagten 2, womit sie eine Entschädigung gegenüber dem Nachlass für die Betreuung der Erblasserin in der Höhe von Fr. 10'000.--, die mit der Darlehensforderung zu verrechnen sei, geltend macht (act. 177 S. 3 und S. 5). Auch auf diesen Punkt ist nicht einzutreten.

3. Auf Grund der eingangs zitierten Berufungsanträge und dieser Erwägungen ergibt sich, dass das erstinstanzliche Urteil nur rechtzeitig angefochten wurde, soweit es die Rückzahlung der von der Erblasserin dem Beklagten gewährten Darlehen betrifft. Damit ist das vorinstanzliche Urteil bezüglich der übrigen umstrittenen Punkte der Teilungsklage rechtskräftig (§ 260 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorzumerken.

III.

1. Es ist unbestritten, dass die Erblasserin dem Kläger mehrere Darlehen gewährt hatte. Die Beklagten verlangen die Rückzahlung dieser Darlehen an den Nachlass. Der Kläger behauptet, er habe alle Darlehen mit Ausnahme desjenigen aus dem Jahre 1999 über Fr. 30'000.-- der Erblasserin bereits zurückbezahlt.

Der Kläger beruft sich zum Nachweis der Tilgung dieser Darlehen auf seine Vereinbarung mit der Erblasserin betreffend "Darlehensrückzahlung, Zwischenabrechnung Stand 31.12.1997" vom 1. Januar 1998 (act. 4/3). Laut dieser Urkunde hat er in den Jahren 1976 bis 1993 fünf Darlehen von insgesamt Fr. 236'000.-- erhalten und von 1977 bis 1997 Rückzahlungen von insgesamt Fr. 240'000.-- geleistet. Die Beklagten bestreiten die Richtigkeit des Inhalts dieser Vereinbarung, die darin festgehaltene Rückzahlung sei tatsächlich gar nicht erfolgt.

Der Kläger bringt vor, die Erblasserin habe ihm die Darlehen ohne Quittung übergeben und es seien auch keine Darlehensverträge abgeschlossen worden. Die Erblasserin habe sich die Darlehen nur auf einem Zettel notiert gehabt. Er selber habe für sich nicht einmal Notizen gemacht, wann er welche Darlehen in welcher Höhe erhalten habe. Er sei also vollumfänglich auf die Angaben der Erblasserin angewiesen gewesen (act. 41 S. 4). Er könne aber für die Anerkennung der Darlehen nur behaftet werden, wenn davon ausgegangen werde, dass er sie zurückbezahlt habe. Sonst hätte er die Urkunde (act. 4/3) nicht unterschrieben. Deshalb müssten die Beklagten zunächst einmal den Beweis erbringen, dass er diese Darlehen erhalten habe, wenn sie behaupten, dass sie noch geschuldet seien (act. 174 S. 5 f.).

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Beweis ist gemäss § 133 ZPO nur über erhebliche strittige Tatsachen zu erheben. Dass der Kläger von der Erblasserin in der Zeit vor dem 1. Januar 1998 Darlehen von insgesamt Fr. 236'000.-- erhalten hat, ergibt sich aus seinen eigenen Ausführungen bei der Vorinstanz. So führte er in der Klageschrift aus, dass er von der Erblasserin diverse Darlehen erhalten habe, welche alle zurückbezahlt seien (act. 2 S. 4). Er verwies dabei auf

die fragliche Vereinbarung, in welcher diese Darlehen im Einzelnen aufgeführt sind und welche auch von ihm unterzeichnet ist (act. 4/3). Auch wenn er dann in der Replik erwähnte, er habe sich bei dieser Schlussabrechnung auf die Angaben der Erblasserin verlassen (act. 41 S. 4), ändert dies nichts daran, dass er die Hingabe der Darlehen nicht bestritt bzw. diese mit dieser Darstellung - zumindest sinngemäss - anerkannte. Dies ergibt sich auch aus seiner Stellungnahme zur Frage des Nachweises der Rückzahlung der einzelnen Darlehen in der Berufungsbegründungsschrift, wo er bei jedem der fraglichen Darlehen ohne Vorbehalte von dessen Hingabe ausgeht (act. 164 S. 8 ff.). Wenn er dann in der Berufungsreplik vorbringt, er könne nur dann für die Anerkennung der Darlehen behaftet werden, wenn davon ausgegangen werde, dass er sie zurückbezahlt habe, weil er sonst die Urkunde 4/3 nicht unterschrieben hätte (act. 174 S. 5), so handelt es sich dabei um eine neue, im Berufungsverfahren unzulässige Behauptung (§ 267 Abs. 1 ZPO). Es ist somit davon auszugehen, dass der Kläger unbestrittenermassen die in der fraglichen Vereinbarung vom 1. Januar 1998 aufgeführten Darlehensbeträge von der Erblasserin erhalten hat. Darüber ist kein Beweis zu erheben.

2.1 Die Vorinstanz auferlegte dem Kläger den Beweis dafür, dass er die fraglichen Darlehen zurückbezahlt hat (act. 82 S. 2 f.). Nach Durchführung eines Beweisverfahrens kam sie im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass der Kläger weder den Beweis für eine direkte noch für eine indirekte Rückzahlung der unbestrittenermassen erhaltenen Darlehen erbracht habe (act. 157 S. 38).

2.2 Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe die Beweislast falsch verteilt (act. 164 S. 5). Bei der Urkunde act. 4/3 handle es sich um eine Darlehensquittung im Sinne von Art. 88 OR. Ihr komme daher die Rechtsvermutung nach Art. 89 Abs. 2 OR zu, dass die Darlehen zurückbezahlt seien. Die Beklagte 1 hätte also beweisen müssen, dass die Zahlungsquittung, welche die Erblasserin ihm ausgestellt habe, falsch und deshalb unverbindlich sei. Es wäre Sache der Beklagten 1 gewesen zu beweisen, dass sich die vermutete Tatsache der Rückzahlung der Darlehen nicht verwirklicht habe (act. 164 S. 6 f.).

2.3 Der Kläger verlangt mit seiner Klage die Feststellung, dass der Nachlass ihm Fr. 4'000.-- schulde, weil er der Erblasserin für die ihm gewährten Darlehen Fr. 4'000.-- zuviel zurückbezahlt habe (act. 2 S. 4, act. 164 S. 7 und . 14). Dies wird von der Beklagten 1 bestritten (act. 30 S. 5 f., act. 164 S. 4 f.). Da er somit aus dieser Tatsache der übermässigen Rückzahlung der Darlehen im Umfang von Fr. 240'000.-- ein Recht ableitet, hat er dies gemäss der Beweisregel von Art. 8 ZGB zu beweisen.

Der Beweis der Rückzahlung trifft ihn auch aus einem weiteren Grund. Der Kläger verlangt mit seinem Rechtsbegehren Ziffer 1, dass der Nachlass von D._____ festzustellen und zu teilen sei (act. 2 S. 2 , act . 41 S. 2). Zur Feststellung des Nachlasses gehört auch die Feststellung der Aktiven. Ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass die Erblasserin diverse Darlehen im Gesamtbetrag von Fr. 266'000.-- gewährte, so bildeten diese Aktiven des Nachlasses, sofern sie nicht zurückbezahlt sind, wie der Kläger behauptet. Diese rechtsvernichtende Tatsache der Tilgung der Darlehensschuld hat jedoch der Darlehensschuldner, also der Kläger, zu beweisen (BSK ZGB I, Hans Schmid, N 58 zu Art. 8; BSK OR I, Urs Leu, N 1 zu Art. 88).

Nun macht der Kläger geltend, die fragliche Vereinbarung (act. 4/3) stelle eine Darlehensquittung im Sinne von Art. 88 OR dar, womit sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt habe. Damit komme dieser Urkunde die Rechtsvermutung nach Art. 89 Abs. 2 OR zu, dass die Darlehen zurückbezahlt seien. Die Vorinstanz hätte also der Beklagten 1 den Hauptbeweis auferlegen müssen, dass sich die vermutete Tatsache der Rückzahlung des Darlehens nicht verwirklicht habe bzw. dass die Zahlungsquittung, welche ihm die Erblasserin ausgestellt habe, falsch und deshalb unverbindlich sei (act. 164 S. 6 ff., act. 174 S. 7 ff.). Demgegenüber vertritt die Beklagte 1 die Auffassung, wenn man die Vereinbarung als Quittung betrachten würde, dann genüge es, diese mit blossem Gegenbeweis in Frage zu stellen. Entgegen den Angaben in dieser Urkunde habe der Kläger die Darlehen tatsächlich gar nicht zurückbezahlt (act. 169 S. 5 f.). Sie bestreitet damit die Richtigkeit des Inhaltes der Urkunde. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass es auf Grund der Bank- und Steuerunterlagen der Erblasserin ausge-

schlossen sei, dass die mit der Vereinbarung vom 1. Januar 1998 angeblich quittierte Rückzahlung überhaupt erfolgt sei. Vergleiche man die Saldi der ausstehenden Darlehen in der Zeit zwischen 1976 und 1999 gemäss dieser Vereinbarung, so würden sich daraus erstaunliche Abweichungen ergeben (act. 30 S. 5 ff., vgl. act. 157 S. 20 f).

Die Vorinstanz hat sich zur Frage, ob es sich bei der genannten Urkunde (act. 4/3) um eine Darlehensquittung handle, nicht geäussert (vgl. act. 157 S. 16 f.). Die Quittung ist die Verurkundung des Gläubigers, er habe eine ihm geschuldete Leistung erhalten. Sie ist eine Beweisurkunde und bezweckt, dem Schuldner den Beweis der Erfüllung zu ermöglichen (BSK OR I, Urs Leu, N 3 zu Art. 88). Die fragliche Urkunde ist - wie erwähnt - überschrieben mit "Vereinbarung Darlehensrückzahlung Zwischenabrechnung Stand 31.12.1997". Sie führt dann zuerst unter der Bezeichnung "gegebene Darlehen von Frau D._____,... an Herr A._____," mit der genauen Angabe der Personalien und Adressen der Erblasserin und des Klägers fünf Darlehen mit dem Gesamtbetrag von Fr. 236'000.-- auf. Darunter steht dann folgender Text: "Rückzahlung gemäss Vereinbarung in mtl. Raten à Fr. 1'000.-- 1977 - 1997 = 20 x Fr. 12'000.-- Fr. 240'000.--". Anschliessend ist - darstellungsmässig als Saldobetrag aufgeführt - "Gegenüberstellung Stand 31.12.1997 zu Gunsten A._____
Fr. 4'000.--". Schliesslich folgen die Ortsangabe "Zürich" und das Datum "1. Januar 1998" und die beiden Unterschriften von D._____
und A._____. Auch wenn diese Urkunde nicht ausdrücklich als Quittung bezeichnet ist, so kommt ihr doch nach ihrem Wortlaut bzw. Inhalt diese Eigenschaft zu, denn in der Erwähnung der Rückzahlung unter Angabe des Rückzahlungsmodus und des geleisteten Betrags in den der Unterzeichnung vorangehenden 20 Jahren liegt die Bestätigung der Erblasserin, dass die von ihr gewährten, in der Urkunde im Einzelnen aufgeführten Darlehen zurückbezahlt wurden.

Ist die fragliche Vereinbarung als Quittung zu qualifizieren, so bewirkt dies wohl die Vermutung, dass der Kläger die darin genannte Darlehensschuld getilgt hat. Diese Quittung begründet aber entgegen der unter Hinweis auf Schraner, ZK, N. 41 und 44 zu Art. 88 OR vertretenen Auffassung des Klägers keine

Rechtsvermutung (präsuntio iuris), was bedeuten würde, dass die Beklagte 1 für das Gegenteil, d.h. die Nichterfüllung, den Hauptbeweis zu erbringen hätte (vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, S. 262 Rz. 47 f.). Es ist vielmehr der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 45 II 212) und der herrschenden Lehre (BSK OR I, Urs Leu, N 7 zu Art. 88; BK, Rolf H. Weber, N 59 ff. zur Art. 88 OR) zu folgen, wonach die Quittung nur die tatsächliche Vermutung für die Erfüllung der Schuld bewirkt. Dies bedeutet keine Umkehrung der Beweislast, d.h. der Gläubiger muss, wenn er die tatsächliche Erfüllung bestreitet, nicht den (Haupt-)beweis des Gegenteils, sondern nur den Gegenbeweis erbringen (vgl. Vogel/Spühler, op.cit., S. 263 Rz. 50 f.). Gegenbeweis bedeutet, dass der Gegner der beweisbelasteten Partei Anspruch darauf hat, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wach halten und diesen dadurch vereiteln sollen. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird und damit die Sachbehauptungen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen (BGE 130 III 321 E. 3.4). Zu prüfen ist somit nur, ob es den Beklagten gelungen ist, den durch die Darlehensquittung vermutungsweise erbrachten Beweis der Tilgung der fraglichen Darlehen zu entkräften.

2.4 Laut dem Wortlaut der fraglichen Quittung soll der Kläger die von der Erblasserin erhaltenen Darlehen während zwanzig Jahren in monatlichen Raten von Fr. 1'000.-- zurückbezahlt haben (act. 4/3). Er führt dazu aus, dass er der Erblasserin ursprünglich vorgeschlagen habe, alle ihre Darlehen in monatlichen Raten von Fr. 1'000.-- zurückzuzahlen. Dafür hätte er aber aus seinen Betrieben entsprechend mehr Lohn beziehen müssen. Sie hätten jedoch vereinbart, dass die Erblasserin zusätzlich monatlich eine Abzahlungsrate von Fr. 1'000.-- auf ihren eigenen Namen in der Form von Lohn oder Honorar aus den Unternehmungen des Klägers beziehen solle, obwohl sie nicht mehr für diese Firmen gearbeitet habe. So sei dann die Rückzahlung auch gehandhabt worden. Das Darlehen von Fr. 70'000.-- sei im Jahr 1987 zurückbezahlt worden (act. 41 S. 6 ff.).

Demgegenüber behauptet die Beklagte 1, die Vereinbarung vom 1. Januar 1998 sei nicht richtig, d.h. die darin erwähnten Zahlungen seien - sowohl in der Form wie sie darin festgehalten seien, als auch in jener, wie sie vom Kläger neu behauptet würden - in Tat und Wahrheit nie erfolgt. Die angeblichen Rückzahlungen liessen sich nämlich mit der Entwicklung der Darlehensstände gemäss den Steuererklärungen der Erblasserin nicht vereinbaren. Die Vereinbarung stelle damit keine Quittung für die Darlehensrückzahlung dar, sondern es handle sich vielmehr um einen ausgleichspflichtigen Schulderlass bzw. eine solche Schenkung (act. 50 S. 6 ff., act. 169 S. 12).

2.5 Die Vorinstanz kam in ihrem Urteil nach Durchführung des Beweisverfahrens zum Schluss, es sei nicht nachgewiesen, dass der Kläger und die Erblasserin vereinbart hätten, die noch offenen Privatdarlehen durch monatliche Abzahlungen unter dem Titel "Lohn" oder "Honorar" ohne eine entsprechende Arbeitsleistung der Erblasserin abzuführen. Sodann erachtete sie auf Grund des Beweisergebnisses die klägerische Behauptung, wonach die Erblasserin von seinen Unternehmungen in der Zeit nach ihrer Pensionierung 1984 bis Ende 1993 Beträge von Fr. 148'562.-- ohne entsprechende Gegenleistung bezogen habe, als widerlegt (act. 157 S. 32 ff.). Dieser Schlussfolgerung wie auch den entsprechenden Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil ist zuzustimmen, weshalb darauf verwiesen werden kann (§ 161 GVG).

Was der Kläger im Berufungsverfahren dagegen vorbringt, vermag die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht in Frage zu stellen. Wenn er darauf hinweist, dass die Abzahlungsvereinbarung wie auch die anderen Verträge (Darlehensverträge und Mietvertrag) mündlich geschlossen worden seien (act. 174 S. 14), so hilft ihm dies nichts. Es bleibt bei einer bestrittenen Parteibehauptung, wenn dafür keine Beweismittel vorliegen. Die fragliche Vereinbarung lässt sich auch nicht mit den Aussagen des Zeugen G._____ (act. 81) erbringen, sind diese doch höchst unklar und widersprüchlich. So erwähnte er zwar, dass die Erblasserin aus den Firmen des Klägers Entschädigungen erhalten habe ohne entsprechende Gegenleistungen, führte dann aber an, dass sie "bis etwa 1994" Gegenleistungen erbracht habe (act. 81 S. 4 f.). Die "Gratisarbeit" wäre somit erst ab diesem Datum

erfolgt. Damit widersprach der Zeuge aber der Darstellung des Klägers, wonach die Erblasserin nur bis zum Erreichen des AHV-Alters im Jahre 1984 erwerbstätig gewesen sei und nachher keine Arbeit für die Firmen mehr geleistet habe (act. 41 S. 10). Der Zeuge G._____ bestätigte dann zwar die Verrechnung von Bezügen der Erblasserin mit Darlehen, wobei er zuerst solche der Firmen des Klägers nannte (act. 81 S. 4). Später führte er dann aber aus, solche Überweisungen von fiktiven Lohnzahlungen seien a conto der Darlehen des Klägers erfolgt, um dann, auf den Widerspruch aufmerksam gemacht, zu ergänzen, er könne nicht beurteilen, für welche Art Darlehen diese angeblichen Rückzahlungen gegolten haben sollen (act. 81 S. 7). Zuvor hatte er in seiner Befragung noch erklärt, dass die privaten Darlehen der Erblasserin an den Kläger mit Logiskosten verrechnet worden seien und er über andere Rückzahlungen nichts wisse (act. 81 S. 4). Auch die Aussagen des Zeugen H._____ können keinen Beweis für die Darstellung des Klägers bilden. Zwar bestätigte der Zeuge auf entsprechenden Vorhalt des klägerischen Rechtsvertreters, dass die Erblasserin, solange sie noch ins Geschäft gekommen sei, nur für das Privatvermögen ihres Sohnes und nicht für dessen drei Firmen gewirkt habe (act. 145 S. 5). Doch wirkt diese Aussage wenig überzeugend, da der Zeuge zuvor im Widerspruch dazu noch ausgeführt hatte, dass sie - sporadisch - bis zu seiner Pensionierung im Jahre 1992 für die drei Betriebe des Klägers gearbeitet habe (act. 145 S. 4). Zu Recht weist die Beklagte 1 im Übrigen darauf hin, dass selbst wenn die letzte Aussage des Zeugen H._____ richtig wäre, damit nicht belegt wäre, dass die Erblasserin Lohn- und Honorarzahungen ohne Gegenleistung aus den Firmen des Klägers erhalten hätte (act. 179 S. 10). Auch mit den Aussagen der Zeugin I._____, der Ehefrau des Klägers, lässt sich der fragliche Beweis nicht führen. So gab sie zwar an, dass die Erblasserin nach 1990 nicht mehr in den Betrieben des Klägers gearbeitet habe. Für den Zeitraum von der Pensionierung der Erblasserin im Jahre 1984 bis zum Jahre 1990 konnte die Zeugin aber keine Aussagen machen, da sie erst dann in den Betrieb ihres Ehemannes eingetreten war (act. 144 S. 7). Sodann führte sie entgegen den Behauptungen des Klägers aus, dass die Erblasserin in dieser Zeit kein Salär mehr bezogen habe (act. 144 S. 8). Schliesslich konnte sie über die Rückzahlungsver-

einbarung zwischen dem Kläger und der Erblasserin keine Angaben machen (act. 144 S. 7).

Keinen Beweis für die Tilgung der Darlehensschulden mit fiktiven Lohnzahlungen an die Erblasserin bilden sodann die eigenen Steuererklärungen des Klägers aus den Jahren 1995 - 1998 (act. 43/3 - 43/6). Diese sollten beweisen, dass er im Hinblick auf diese Zahlungen an die Erblasserin mit eigenen Lohnbezügen aus seinen Firmen zurückgehalten habe (act. 41 S. 11, act. 164 S. 12). Damit lässt sich zwar belegen, dass er in der fraglichen Periode durchschnittlich monatlich Fr. 2'750.-- Lohn aus seinen Firmen bezogen hat, wie er behauptet (act. 41 S. 11), jedoch lässt sich daraus keine Lohnreduktion ableiten, da er frühere höhere Bezüge weder behauptet noch nachgewiesen hat. Zudem liesse sich aus diesen Urkunden ein Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen Lohnreduktion und den behaupteten fiktiven Lohnzahlungen nicht ersehen. Schliesslich beziehen sich diese Urkunden nur auf eine beschränkte Dauer von vier Jahren und nicht auf die gesamte Periode der Rückzahlung von 1977 bis 1997.

Nicht zum Beweis für die Tilgung der Darlehen durch monatliche Abzahlungen tauglich sind sodann die Aufstellungen des Klägers, auf welche er sich als Beweismittel beruft (act. 164 S. 13, act. 174 S. 15). Diese Aufstellungen (act. 41 S. 10 f., act. 61 S. 11) können nicht belegen, dass die Erblasserin in den Jahren 1984 bis 1998 vom Kläger Beträge von insgesamt Fr. 174'861.50 erhalten hat, auf die sie keinen Anspruch gehabt hätte (act. 174 S. 15), handelt es sich doch um blosser Parteibehauptungen und es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sie von den Parteien als Darlehensrückzahlungen verstanden wurden.

Im Übrigen wird die Richtigkeit des Inhalts der behaupteten Quittung für die Rückzahlung der Darlehen auch durch die eigenen Vorbringen des Klägers im Prozess in Frage gestellt. Es habe sich nämlich bei der Erstellung dieser Vereinbarung die Frage gestellt, ob jetzt auch alle einzelnen Abzahlungen aufgeschlüsselt werden müssten, wie sie die Erblasserin aufgezeichnet gehabt habe. Dies sei ihnen aber viel zu kompliziert gewesen, weshalb sie vom Gesamtbetrag ausgegangen seien und diesen dann so amortisiert hätten, wie es ursprünglich vereinbart gewesen sei, mit durchschnittlichen Abzahlungen von Fr. 12'000.-- pro Jahr.

Der Kläger räumt somit ein, dass der Wortlaut der Quittung nicht den behaupteten tatsächlich erfolgten Zahlungen entspricht. Auch der Gesamtbetrag gibt nicht die exakte Summe der behaupteten Rückzahlungen wieder, führt doch der Kläger aus, gesamthaft hätten die einzelnen Abzahlungen "rund den Betrag ergeben, welchen die Erblasserin in der Abrechnung aufgeführt habe, Fr. 240'000.--" (act. 61 S. 8).

Zusammengefasst ergibt sich, dass nicht nachgewiesen ist, dass die Rückzahlung der Darlehen in monatlichen Raten in den Jahren 1977 bis 1997 erfolgte, so wie dies in der fraglichen Vereinbarung quittiert worden ist. Insbesondere liegt auch kein Beweis dafür vor, dass die Darlehen indirekt durch Lohn- und Honorarzah- lungen an die Erblasserin ohne Gegenleistung getilgt wurden. Damit ist die Beweiskraft der Quittung für die Rückzahlung der Darlehen gemäss dem Inhalt der Vereinbarung vom 1. Januar 1998 (act. 4/3) erschüttert, so dass diese Urkunde keinen ausreichenden Beweis für die Tilgung der Darlehen darstellt.

2.6.1 Der Kläger macht geltend, er habe nicht nur mit der Vorlegung der Urkunde 4/3, sondern auch mit andern Beweismitteln positiv nachweisen können, dass er seiner Rückzahlungspflicht vollumfänglich nachgekommen sei (act. 164 S. 7 f.), was die Beklagte 1 bestreitet (act. 169 S. 6).

Die Vorinstanz kam auf Grund des Beweisverfahrens zum Ergebnis, dass der Kläger mit Ausnahme einer einzigen Zahlung den Beweis für direkte Rückzahlungen nicht erbracht habe (act. 157 S. 31). Dieser Schlussfolgerung wie auch den entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Urteil (act. 157 S. 21 ff.) ist zuzustimmen, weshalb darauf zu verweisen ist (§ 161 GVG). Auf die Ausführungen der Parteien im Berufungsverfahren ist nachfolgend einzugehen.

2.6.2 Der Kläger bringt vor, dass die Erblasserin das Darlehen aus dem Jahre 1976 von Fr. 54'000.-- von 1981 bis 1991 in ihren Steuererklärungen aufgeführt habe, im Jahr 1992 (Steuererklärung 1993) noch mit Fr. 42'000.-- (act. 32/2/1 - 32/2/6). Er habe somit im Jahr 1992 Fr. 12'000.-- abbezahlt, also den Betrag, welchen die Vertragsparteien für die Abzahlung der Darlehen laut act. 4/3 vorgesehen hätten. Ab der Steuererklärung 1995 (für 1994) habe die Erblasserin dieses

Darlehen nicht mehr aufgeführt (act. 32/2/7). Die restlichen Fr. 42'000.-- müssen somit in den Jahren 1993 bis 1994 zurückbezahlt worden sein (act. 164 S. 9 f.)

Aus dem Umstand, dass die Darlehen nicht mehr in den Steuererklärungen der Gläubigerin aufgeführt wurden, lässt sich nicht zwingend schliessen, dass der Kläger diese tatsächlich zurückbezahlt hat. Es wäre auch denkbar, dass die Erblasserin diese Schuld dem Kläger erlassen hatte und deshalb die Darlehen aus den Steuererklärungen verschwanden. Kein zwingendes Indiz für die Rückzahlung ist die Reduktion um Fr. 12'000.-- im Jahr 1992 (act. 164 S. 9). Zu Recht weist die Beklagte 1 darauf hin, dass diese Änderung der Darlehensschuld wohl der gemäss der Vereinbarung vorgesehenen Rückzahlungsrate entsprochen habe, weshalb angesichts der einmaligen Zufälligkeit dieses Zusammentreffen von behaupteter Rückzahlungsrate und deklariierter Darlehenshöhe aber kein zwingender Schluss auf die Rückzahlung der gesamten Darlehen gezogen werden könne (act. 179 S. 8). Hätte der Kläger gemäss dieser Vereinbarung jährlich Fr. 12'000.-- zurückbezahlt, so wäre das im Jahre 1976 gewährte Darlehen von Fr. 54'000.-- Ende 1982 längst zurückbezahlt gewesen und wäre nicht mehr im vollen Betrag von Fr. 54'000.-- in der Steuererklärung der Erblasserin 1983 aufgeführt worden (act. 32/2.1). Auch die behauptete Tilgung von Fr. 42'000.-- in den Jahren 1993 und 1994 (act. 164 S. 10) steht wiederum nicht im Einklang mit der angeblichen monatlichen Rückzahlung von Fr. 1'000.--. Diese Darstellung des Klägers steht im Übrigen auch in Widerspruch zu seiner eigenen Behauptung, wonach er bereits Ende 1993 die Summe zurückbezahlt gehabt habe, die er der Erblasserin laut ihrer Steuererklärung 1992 noch aus den Darlehen von Fr. 54'000.-- und Fr. 60'000.-- geschuldet habe (act. 174 S. 4). Diesfalls hätte er ja nicht in den folgenden Jahren noch weitere Abzahlungen im Gesamtbetrag von Fr. 48'000.-- in monatlichen Raten vornehmen müssen. Schliesslich ist bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, dass der Kläger für die massgeblichen Jahre 1991 bis 1995 seine eigenen Steuererklärungen, woraus die behaupteten Rückzahlungen hätten ersichtlich sein müssen, nicht vorgelegt hat. Sein Einwand, die Beklagte 1 habe diese behündigt (act. 174 S. 12), was diese bestreitet (act. 179 S. 9), hilft ihm dabei nichts, da er nicht etwa behauptet, es wäre ihm

nicht möglich gewesen, diese Steuererklärungen nachträglich vom Steueramt erhältlich zu machen.

Somit ist mit der Vorinstanz (act. 157 S. 25) anzunehmen, dass dem Kläger der Beweis für die Rückzahlung des Darlehens von Fr. 54'000.-- aus dem Jahre 1976 nicht gelungen ist.

2.6.3 Bezüglich der Darlehen von Fr. 25'000.-- aus dem Jahre 1981 und von Fr. 70'000.-- aus dem Jahre 1983 macht der Kläger geltend, dass diese im gleichen Jahr, als sie gewährt worden seien, zurückbezahlt worden seien. Der Beweis dafür ergebe sich daraus, dass die Erblasserin diese beiden Darlehen nie als Vermögen versteuert habe und diese dem Zeugen G._____ nie bekannt gewesen seien (act. 164 S. 8 f.).

Diese Behauptung des Klägers wird zunächst durch seine eigenen Ausführungen in Frage gestellt, denn er beruft sich ja bezüglich der Tilgung der Darlehen auf die "Darlehensquittung" gemäss act. 4/3. Dort ist aber eine monatliche Rückzahlung in Raten von Fr. 1'000.-- vermerkt, was im Widerspruch zu einer vollständigen Tilgung im gleichen Jahr der Darlehenshingabe steht. Es wurde bereits oben ausgeführt, dass aus dem Umstand, dass die fraglichen Darlehen in den Steuererklärungen der Erblasserin nicht aufgeführt sind, nicht zwingend auf die Rückzahlung durch den Kläger zu schliessen ist. Abgesehen davon erscheint ein Darlehen von Fr. 70'000.-- entgegen der klägerischen Behauptung in der Steuererklärung 1987 unter den Vermögensaktiven mit der Bezeichnung "Darlehen A._____ Fr. 70'000.--" (act. 32/2.3). Wenn der Kläger nun behauptet, es habe sich dabei um das Darlehen von J._____ gehandelt (act. 174 S. 11), so setzt er sich damit in Widerspruch zur eigenen Darstellung im vorinstanzlichen Verfahren, wo er angab, die Erblasserin habe ihr Darlehen über Fr. 70'000.-- nur in der Steuererklärung 1987 (act. 32/2.3) aufgeführt (act. 41 S. 8). Er erklärt auch nicht näher, weshalb es sich bei diesem Darlehen von Fr. 70'000.-- um dasjenige von J._____ von Fr. 85'000.-- handeln soll. Sodann widerspricht er mit dieser Behauptung seiner eigenen Bestätigung vom August 1991, wonach er in den Jahren 1986 - 1988 im Besitze eines Darlehens von Fr. 85'000.-- von Herrn J._____ gewesen sei (act. 32/9). Schliesslich findet sich im Wertschriftenverzeichnis zur Steuererklärung

1987 der Vermerk "85000 fehlen", was als Hinweis auf das fragliche Darlehen von J._____ zu verstehen ist. Im Übrigen könnte die Behauptung bezüglich dieses Darlehens von J._____ in der Steuererklärung 1987 ohnehin nicht berücksichtigt werden, da sie ein unzulässiges Novum im Sinne von § 267 Abs. 1 ZPO ist.

Auch die Aussagen des Zeugen G._____ erbringen keinen Beweis dafür, dass die Darlehen von Fr. 25'000.-- und Fr. 70'000.-- in den Jahren 1981 bzw. 1983 zurückbezahlt wurden, denn er sagte, dass er zu einer solchen Rückzahlung nichts sagen könne (act. 81 S. 4). Aus seinen Aussagen, dass er nur die beiden dem Kläger gewährten Darlehen von Fr. 54'000.-- von der Erblasserin und von Fr. 60'000.-- von J._____ gekannt habe (act. 81 S. 5 f.), kann nicht zwingend geschlossen werden, dass diese beiden zurückbezahlt waren. Denn er wusste nicht, ob die Erblasserin dem Kläger noch andere Darlehen gewährt hatte. Es kommt hinzu, dass G._____ sich bezüglich der Angaben über die verschiedenen Darlehen, die die Erblasserin dem Kläger gewährt habe, auf dessen Angaben stützte (act. 81 S. 2), der aber über diese Darlehen keine schriftlichen Unterlagen besass und daher 1998 bei der Erstellung der "Schlussabrechnung" (act. 4/3) vollumfänglich auf die Angaben der Erblasserin angewiesen war (act. 41 S. 4). Im Übrigen sind die Aussagen des Zeugen G._____ ohnehin nicht als sehr zuverlässig einzustufen, führte er doch auf Vorhalt von act. 4/3 aus, dass er aus seiner Erinnerung bestätigen könne, dass diese Darlehens- und Aktienliste, wo ja mehrere Darlehen der Erblasserin an den Kläger verzeichnet sind, stimme (act. 81 S. 3), jedoch später ausführte, er könne nicht bestätigen, dass die Erblasserin dem Kläger auch noch weitere Darlehen gewährt habe und angab, er habe nur Kenntnis von einem solchen Darlehen der Erblasserin über den Betrag von Fr. 54'000.-- (act. 81 S. 6).

Es ist somit festzuhalten, dass der Kläger den Beweis für die Rückzahlung der beiden von der Erblasserin erhaltenen Darlehen von Fr. 25'000.-- und Fr. 70'000.-- nicht zu erbringen vermochte.

2.6.4 Bei dem in act. 4/3 aufgeführten "Darlehen an A._____" von Fr. 60'000.-- aus dem Jahr 1988 handelt es sich gemäss der Darstellung des Klägers um das Restguthaben von J._____, dem Ehemann der Erblasserin, der im Jahr 1991 verstorben war. Dieser hatte dem Kläger ursprünglich ein Darlehen von

Fr. 85'000.-- gewährt, woran der Kläger am 19. März 1990 Fr. 25'000.-- zurückzahlte (act. 164 S. 10). Zur vollständigen Rückzahlung dieses Darlehens beruft sich der Kläger auf die Steuererklärung 1995 der Erblasserin (act. 32/2.7), worin dieses Guthaben nicht mehr aufgeführt sei (act. 164 S. 10).

Wie bereits oben ausgeführt, kann das Fehlen eines Darlehens in einer Steuererklärung der Erblasserin nicht als ausreichender Beweis dafür angesehen werden, dass der Kläger dieses tatsächlich zurückbezahlt hat.

2.7 Zusammenfassend folgt aus diesen Erwägungen, dass die Urkunde act. 4/3 nicht zu beweisen vermag, dass der Kläger die darin aufgeführten Darlehen der Erblasserin zurückbezahlt hat. Dem Kläger ist es aber darüber hinaus auch nicht gelungen zu beweisen, dass er die fraglichen Darlehensforderungen durch direkte Zahlungen bzw. durch indirekte Zahlungen mit fiktiven Lohn- oder Honorarzahungen an die Erblasserin getilgt hat. Damit schuldet der Kläger dem Nachlass von D._____ auf Grund dieser Darlehensforderungen Fr. 236'000.--.

3. Bei der Vorinstanz machte der Kläger geltend, dass für den Fall, dass er die Darlehen noch schuldig wäre, die Darlehensquittung als Erlass der Ausgleichspflicht zu qualifizieren wäre (act. 41 S. 18). Im angefochtenen Urteil wurde mit zutreffenden Erwägungen, auf welche zu verweisen ist, dargelegt, dass dem Kläger der Beweis für eine Befreiung von der Ausgleichspflicht nicht gelungen ist (act. 157 S. 39). Dies hat der Kläger im Berufungsverfahren zu Recht nicht in Frage gestellt.

4. Somit erweist sich die Berufung als unbegründet und es ist daher die in den Ziffern 1 bis 3 durch die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil getroffene Feststellung und Teilung des Nachlasses von D._____ (gestorben am tt.mm.1999) zu bestätigen, soweit sie nicht bereits rechtskräftig ist.

IV.

1.1 Die Vorinstanz ging bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen von einem Streitwert "entsprechend dem vom Kläger beanspruchten Anteil der Teilungsmasse" von Fr. 106'000.-- aus (act. 157 S. 51, vgl. act. 41 S. 2 und S. 20). Massgeblich für den Streitwert ist jedoch der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Rechtsbegehrens (§ 18 Abs. 1 ZPO). Mit der Klage verlangte der Kläger ursprünglich die Feststellung, dass ihm gegenüber dem Nachlass aus Ersatz der Pflegekosten der Erblasserin Fr. 138'000.-- und aus einem Guthaben für zuviel bezahlte Rückzahlungen an die Darlehen der Erblasserin Fr. 4'000.--, mithin insgesamt Fr. 142'000.-- zustünden (act. 2 S. 2 f. und S. 6). Diese Forderungen bestritt die Beklagte 1 und sie machte ihrerseits geltend, dass dem Nachlass aus von der Erblasserin dem Kläger gewährten, aber noch nicht zurückbezahlten Darlehen insgesamt Fr. 365'000.-- zustünden (vgl. act. 50 S. 19 ff.). Der Streitwert im erstinstanzlichen Verfahren belief sich somit auf Fr. 507'000.--. Ausgehend von diesem Streitwert erscheint eine erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 16'000.-- als angemessen, welche anhand der alten Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 30. Juni 1993 zu ermitteln ist. Die im angefochtenen Urteil festgesetzte Gerichtsgebühr von Fr. 8'800.-- ist somit gestützt auf § 207 GVG auf diesen Betrag zu erhöhen.

1.2 Wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt, so ist die dadurch erfolgte Auflage der Kosten und die Regelung der Prozessentschädigungen zu bestätigen, da diese nicht angefochten sind. Der Kläger hat dagegen nicht eventualiter für den Fall der Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils Einwendungen gemacht. Die Beklagte 1 hat ausdrücklich die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, mithin auch der Kosten- und Entschädigungsregelung, beantragt. Sollte die Beklagte 2 mit ihrem Antrag, es seien ihr keine Gerichtskosten aufzuerlegen, (auch) die teilweise Auflage der erstinstanzlichen Gerichtskosten anfechten wollen, so könnte darauf nicht eingetreten werden, da ein solcher Antrag mit der Berufungsantwort und nicht erst mit der Berufungsduplik hätte erhoben werden müssen (§ 266 Abs. 1 ZPO).

2.1 Auf Grund der Berufung des Klägers waren im zweitinstanzlichen Verfahren nur noch seine behaupteten Rückzahlungen für die Darlehen an die Erblasserin im Gesamtbetrag von Fr. 240'000.-- strittig. Die Beklagte 2 verlangte mit ihrer sinngemässen Anschlussberufung die Zusprechung einer nicht bezifferten Entschädigung für erlittenes Unrecht und die Zusprechung von Fr. 10'000.-- für Ersatz von Pflegekosten für die Erblasserin. Sodann focht sie die Zusprechung von Fr. 132'000.-- an den Kläger für die Beherbergung und Pflege der Erblasserin an. Unter Annahme eines geschätzten Betrages von Fr. 3'000.-- für die "Unrechtsentschädigung" beträgt somit der gesamte Streitwert im Berufungsverfahren Fr. 385'000.--.

Bei der Festsetzung der zweitinstanzlichen Gerichtsgebühr ist zu berücksichtigen, dass bezüglich der Anschlussberufung keine materielle Anspruchsprüfung stattfand. In Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GerGebV ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 15'000.-- festzusetzen.

Sowohl der Kläger als auch die Beklagte 2 unterlagen mit der Berufung bzw. der Anschlussberufung vollständig. Unter Berücksichtigung dieses Unterliegens sowie des Umstandes, dass die Anträge der Beklagten 2 nicht materiell zu behandeln waren, sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Kläger zu 4/5 und der Beklagten 2 zu 1/5 aufzuerlegen.

2.2 Im Verhältnis zur Beklagten 1 unterliegt der Kläger vollständig. Er hat ihr somit eine volle Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren basierend auf dem dafür massgeblichen Streitwert von Fr. 240'000.-- zu bezahlen. In Anwendung von § 12 Abs. 1, 3 und 4, § 3 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 lit. c AnwGebV ist diese Entschädigung auf Fr. 10'000.-- festzusetzen. Der Ersatz der Mehrwertsteuer wurde nicht beantragt.

Im Verhältnis des Klägers zur Beklagten 2 sind keine Prozessentschädigungen zuzusprechen. So ist einerseits nicht erkennbar, dass der Beklagten 2 im vorliegenden Berufungsverfahren erhebliche finanzielle Umtriebe erwachsen sind. Andererseits hatte der Kläger bezüglich der Anschlussberufung auch keine Umtriebe, musste er sich doch damit nicht auseinandersetzen. Aus dem gleichen

Grunde ist die Beklagte 2 auch nicht zu einer Prozessentschädigung an die Beklagte 1 zu verpflichten.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Anschlussberufung der Beklagten 2 wird nicht eingetreten.
2. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 14. Dezember 2006 in folgendem Umfang rechtskräftig ist:
 - Dispositivziffer 1 (Feststellung des Nachlasses von D. _____ *mit Ausnahme* der Position "Aktiven / Darlehen Kläger Fr. 236'000.--")
 - Dispositivziffer 2 (Feststellung der Erbteile mit je 1/3 für jede Partei zuzüglich 1/3 des Zinses auf dem Barvermögen pro memoria *mit Ausnahme* des Quantitativs).
3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Urteil.
4. Gegen diesen Beschluss (Dispositivziffer 1) kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden.

Eine Beschwerde gegen diesen Beschluss (Dispositivziffer 1) 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).

Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (Art. 100 Abs. 6 BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 145'000.00.
Die Beschwerden an das Kassationsgericht und an das Bundesgericht haben keine aufschiebende Wirkung.

Das Gericht erkennt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und Dispositivziffern 1-3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 14. Dezember 2006 werden, soweit angefochten, bestätigt.
2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 16'000.-- festgesetzt. Die weitere Kostenfestsetzung gemäss Dispositivziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 14. Dezember 2006 wird bestätigt.
3. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung gemäss Dispositivziffern 5 und 6 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 14. Dezember 2006 wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 15'000.-- festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 4/5 und der Beklagten 2 zu 1/5 auferlegt.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten 1 für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

8. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Dop-

pel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden.

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim 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).

Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (Art. 100 Abs. 6 BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 240'000.00.
Die Beschwerden an das Kassationsgericht und an das Bundesgericht haben keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter Dr. H.A. Müller
lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: