



Geschäfts-Nr. LB090032/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. O. Kramis, Vorsitzender, lic. iur. P. Diggelmann und lic. iur. W. Meyer sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Seiler

Urteil vom 12. Februar 2010

in Sachen

A._____,
Kläger und Appellant
vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. X._____

gegen

B._____,
Beklagter und Appellat
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Erteilung**

**Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
19. März 2009; Proz. CP030032**

Rechtsbegehren:

(Anträge des Klägers:)

1. Es sei der Nachlass der am 26. September 2002 verstorbenen C._____, verwitwet, ..., mit allen Aktiven und Passiven festzustellen.
2. Es sei der so festgestellte Nachlass zu teilen, mithin der Beklagte und Willensvollstrecker, B._____, zu verpflichten, den richterlich festgestellten Pflichtteil des Klägers demselben auszuzahlen, zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit 26. September 2002.
3. Es sei der pflichtteilsverletzende Abtretungsvertrag vom 22. März 1989 bezüglich der Liegenschaft, Katasternummer ..., Grundbuchblatt ..., Plan ..., sowohl bezogen auf den Kaufpreis von CHF 3'400'000.00 wie auch bezogen auf die Schenkung von CHF 850'000.00 i.S. von Art. 527 ZGB, insbesondere i.S. von Art. 527 Ziff. 4 ZGB auf das erlaubte Mass herabzusetzen und der Pflichtteil des Klägers, A._____, wiederherzustellen.
4. Es sei der pflichtteilsverletzende Leibrentenvertrag vom 20. Februar 1996, insbesondere dessen Ziff. III./2. (Erlass einer Darlehensschuld von CHF 382'000.00) i.S. von Ziff. 3 vorgenannt auf das erlaubte Mass herabzusetzen und der Pflichtteil des Klägers, A._____, wiederherzustellen.
5. Es sei der pflichtteilsverletzende Anhang zum Leibrentenvertrag vom 20. Februar 1996, datierend vom 28. Juli 1999, im Sinne von Ziff. 3 vorgenannt auf das erlaubte Mass herabzusetzen und der Pflichtteil des Klägers, A._____, wiederherzustellen.
6. Es sei der Beklagte und Willensvollstrecker, B._____, zu verpflichten, die wiederhergestellten Pflichtteile gemäss den Ziffern 3 bis 5 vorgenannt, an den Kläger, A._____, auszuzahlen, zuzüglich Verzugszinsen von 5 % seit 26. September 2002.
7. Es sei der Beklagte und Willensvollstrecker, B._____, zu verpflichten, die seit 22. März 1989 eingenommenen Nettomieten bezüglich der Liegenschaft ... (Bruttomiete abzüglich Hypothekarzinsen und allfälligen, zu belegenden Gestehungskosten), in den Nachlass einzuschiessen.
8. Es sei der Beklagte und Willensvollstrecker, B._____, zu verpflichten, 3/8 der seit dem 22. März 1989 erhaltenen Nettoerträge dem Kläger A._____ auszuzahlen, zuzüglich einem mittleren Verzugszins von 5 % seit mittlerer Verzugsdauer, mindestens aber seit 26. September 2002.
9. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten, B._____.

(Anträge des Beklagten:)

1. Es sei festzustellen, dass der Nachlass der am 26. September 2002 verstorbenen C._____ entsprechend dem Steuerinventar vom 11. Oktober 2002 / 16. Mai 2003 aus den dort aufgeführten Aktiven im Betrag von CHF 132'115.00 und Passiven (ohne Todesfallkosten) von CHF 23'397.00 besteht und damit (ohne Berücksichtigung der Todesfallkosten) netto CHF 108'718.00 beträgt.
2. Es sei der Nachlass entsprechend den den Parteien zustehenden Erbteilen (Kläger 3/8; Beklagter 5/8) zu teilen und zu diesem Zwecke anzuordnen, dass der Beklagte
 - a) verpflichtet wird, aus dem Nachlass (welcher sich als Folge der Stellung des Beklagten als Willensvollstrecker in seinem Besitz befindet) dem Kläger CHF 40'769.25 abzüglich anteilige Todes- und Willensvollstreckerkosten zu bezahlen;
 - b) berechtigt wird, den restlichen Nachlass im Wert von CHF 67'948.75 abzüglich anteilige Todes- und Willensvollstreckerkosten in sein unbeschwertes Eigentum zu überführen.
3. Es sei vorzumerken, dass der Beklagte mit Bezug auf das in den Rechtsbegehren Ziff. 5 und 6 gestellte Herabsetzungsbegehren betreffend den vom 28. Juli 1999 datierten Anhang zum Leibrentenvertrag vom 20. Februar 1996 seine Verpflichtung anerkennt, dem Kläger CHF 52'884.40 [richtig: 52'284.40] zu bezahlen.

[Abweisung übrige Rechtsbegehren / Kostenfolge zu Lasten Kläger]

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. März 2009:

1. a) Es wird festgestellt, dass sich der noch ungeteilte Nachlass der am 26. September 2002 verstorbenen C._____, verwitwet, ..., mit allen Aktiven und Passiven wie folgt zusammensetzt:

Aktiven:

Reinvermögen gem. Steuerinventar und <u>weitere Aktiven (Safe-Verkäufe, Gutschriften ZKB)</u>	CHF 117'408.22
Total Aktiven	CHF 117'408.22

Passiven:

Vergütungsaufträge ZKB	CHF 39'862.55
./ Abzüglich offene Rechnungen per Todestag	CHF 23'397.00
Total Vergütungsaufträge	CHF 16'465.55

Rückzahlungen Darlehen B._____ CHF 13'000.00

<u>Aufwendungen Willensvollstrecker</u>	CHF 2'515.00
Total Passiven	CHF 31'980.55

Zwischensaldo CHF 85'427.65

- b) Zum Nachlass sind die nachfolgenden Beträge hinzuzurechnen:

Unentgeltl. Zuwendung gemäss AV vom 22.03.1989 CHF 255'700.00

Schuldenerlass gemäss LV vom 20.02.1996 CHF 382'000.00

Schuldenerlass gemäss Anhang LV vom 28.07.1999 CHF 139'425.00

Total Hinzurechnungen CHF 777'125.00

- c) Der zu teilende **Gesamtnachlass** beträgt **CHF 862'552.65**.
- d) Dem Kläger steht vom Nachlass **3/8** zu, dem Beklagten **5/8**.
- e) Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger aus dem Nachlass, welcher sich als Folge seiner Stellung als Willensvollstrecker in seinem Besitz befindet, den Betrag von **CHF 323'457.25** zu bezahlen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 75'840.00; die weiteren Kosten betragen:
CHF 17'787.95 Gutachten/Expertise
CHF 2'050.00 Zeugenentschädigung
 3. Die Kosten werden zu 2/3 dem Kläger und zu 1/3 dem Beklagten auferlegt, wobei der Anteil des Klägers zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (nach geleisteter Abtretungserklärung) einstweilen auf die Gerichtskasse genommen wird.
 - 4.a) Es wird Vormerk genommen, dass der Kläger zur Sicherstellung der Gerichtskosten und Prozessentschädigung den Prozessgewinn aus dem vorliegenden Verfahren dem Kanton Zürich, vertreten durch die Bezirksgerichtskasse Zürich, bis zur Höhe der auf ihn entfallenden Gerichts- und Vertretungskosten abtreten und er sich verpflichtet hat, den Eintritt des Ereignisses unaufgefordert dem Zessionar mitzuteilen.

b) Der Beklagte wird darauf hingewiesen, dass er seine Schuld gem. Ziff. 1e im Umfang des den Anteils des Klägers an den Gerichtskosten sowie der Entschädigung an die unentgeltlichen Rechtsvertreter des Klägers nur durch Zahlung an die Gerichtskasse mit befreiender Wirkung leisten kann. Der definitive Betrag der zedierten Summe wird ihm nach Festsetzung der Entschädigung von RA Dr. X. _____ bekannt gegeben.
 5. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 34'140.00 zuzügl. 7.6 % MWSt. zu bezahlen.
- 6./7. Mitteilung / Rechtsmittel).

(act. 353 S. 88 ff.)

Berufungsanträge:

Des Klägers und Appellanten (act. 361 = act. 371):

A.

1.

Es sei der pflichtteilsverletzende Abtretungsvertrag vom 22. März 1989 bezüglich der Liegenschaft ..., Katasternummer ..., Grundbuchblatt ..., Plan ..., auch bezogen auf den Kaufpreis von CHF 3'400'000.00 i.S. von Art. 527 ZGB, insbesondere i.S. von Art. 527 Ziff. 4 ZGB, auf das erlaubte Mass herabzusetzen und der Pflichtteil des Klägers wiederherzustellen.

2.

Es sei der Beklagte und Willensvollstrecker, B. _____, zu verpflichten, die seit 22. März 1989 bis zur rechtskräftigen Erledigung der Erbteilung eingenommenen Net-

tomieten bezüglich der Liegenschaft ... im Umfange von Fr. 130'000.00 pro Jahr in den Nachlass einzuschliessen.

3.

Demnach sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. März 2009 wie folgt abzuändern und zu ergänzen:

Ziffer 1

a)

Es wird festgestellt, dass sich der noch ungeteilte Nachlass der am 26. September 2002 verstorbenen C._____, verwitwet, geboren am 29. Januar 1918, von Zürich, wohnhaft gewesen ..., mit allen Aktiven und Passiven wie folgt zusammensetzt:

Aktiven:

Reinvermögen gemäss Steuerinventar und weitere Aktiven (Safe-Verkäufe, Gutschriften ZKB) CHF 117'408.22

total Aktiven CHF 117'408.22

Passiven:

Vergütungsauftrag ZKB CHF 39'862.55

./. abzüglich offene Rechnungen per Todestag CHF 23'397.00

total Vergütungsaufträge CHF 16'465.55

Rückzahlungen Darlehen B._____ CHF 13'000.00

Aufwendungen Willensvollstrecker CHF 2'515.00

total Passiven CHF 31'980.55

Zwischensaldo CHF 85'427.65

b)

Zum Nachlass sind die nachfolgenden Beträge hinzuzurechnen:

Unentgeltliche Zuwendung gemäss AV vom 22.03.1989 CHF 255'700.00

Schuldenerlass gemäss LV vom 20.02.1996 CHF 382'000.00

Schuldenerlass gemäss Anhang LV vom 28.09.1999 CHF 139'425.00

Herabsetzungsquote Liegenschaft ... in Zürich CHF 4'013'000.00

Anteil Liegenschaftsertrag CHF 3'000'000.00

c)

Der zu teilende **Gesamtnachlass** beträgt somit CHF 7'875'552.65

d)

Dem Kläger steht vom Nachlass **3/8** zu, dem Beklagten **5/8**.

e)

Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger aus dem Nachlass, welcher sich als Folge seiner Stellung als Willensvollstrecker in seinem Besitz bzw. infolge gemischter Schenkung in seinem Eigentum befindet, den Betrag von CHF 2'953'332.20 zu bezahlen, nebst Zins zu 5% von CHF 1'125'000.00 seit 1. Januar 2000.

Ziffer 2 sei unverändert zu belassen.

Ziffer 3 sei wie folgt neu zu fassen:

Die Kosten werden vollumfänglich dem Beklagten auferlegt.

Ziffer 4 sei unverändert zu belassen.

Ziffer 5 sei neu wie folgt zu fassen: Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von CHF 102'420.00 zuzüglich 7,6% MwSt. zu bezahlen.

Ziffern 6 und 7 seien unverändert zu belassen.

B.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.“

Des Beklagten und Appellaten (act. 366):

„Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und entsprechend das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. März 2009 zu bestätigen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Appellanten.“

Das Gericht zieht in Betracht:

1. Die Kläger sind Brüder. Der Prozess beschlägt die Teilung des Nachlasses ihrer am 26. September 2002 verstorbenen Mutter C. _____. In der Berufung ist streitig, ob resp. in welchem Umfang der Kläger einen Anspruch auf Herabsetzung hat, und welche Folgen damit verbunden sind.

2. Das Verfahren wurde beim Bezirksgericht am 19. Dezember 2003 rechtshängig gemacht. Der Kläger stellte einerseits konkrete Anträge, was die Zusammensetzung des zu teilenden Nachlasses betraf, andererseits verlangte er vom Beklagten ergänzende Unterlagen über allfällige relevante Zuwendungen der Erblasserin an ihn. Das Bezirksgericht führte ein ausgedehntes Beweisverfahren durch und fällte am 19. März 2009 das heute angefochtene Urteil. Es beurteilt das Auskunftsbegehren des Klägers gegenüber dem Beklagten als unbegründet und erkennt von den Herabsetzungsansprüchen des Klägers nur einzelne als ausgewiesen. Immerhin gesteht es dem Kläger aber Herabsetzungen im Umfang von zusammen rund Fr. 777'000.-- zu und gelangt so entgegen der Auffassung des Beklagten, der von einem zu teilenden Nachlass von netto Fr. 84'427.67 ausgeht (act. 343 S. 17), zu einen solchen von Fr. 862'552.65. Der Beklagte wird verpflichtet, dem testamentarisch auf den Pflichtteil gesetzten Kläger 3/8 davon, entsprechend Fr. 323'457.25 zu bezahlen.

Der Beklagte findet sich mit dem angefochtenen Urteil ab. Der Kläger hält an den zwei gewichtigsten Positionen fest: dass die Abtretung der Liegenschaft ... von der Mutter der Parteien an den Beklagten im Umfang von (weiteren) Fr. 4,013 Mio. der Herabsetzung unterliege, und dass das auch für einen Anteil von Fr. 3 Mio. am Ertrag gelte, welchen der Beklagten aus der Liegenschaft gezogen habe. Die Erbquote des Klägers von 3/8 an diesen Fr. 7,013 Mio. macht Fr. 2'629'875.-- aus, und entsprechend beansprucht der Kläger vom Beklagten eine Zahlung von Fr. 2'953'332.20 (Fr. 323'457.25 wie nach dem Urteil des Bezirksgerichtes zuzüglich die genannten Fr. 2'629'875.--, welche damit auch den Streitwert der Berufung darstellen).

3. Die beiden geltend gemachten Herabsetzungs-Positionen leitet der Kläger daraus ab, dass die Mutter der Parteien die Liegenschaft ... (act. 142/8) im Jahr 1989 dem Beklagten verkaufte. Das Objekt war ursprünglich im Eigentum des Vaters gewesen. Bei seinem Tod im Jahr 1966 vererbte es sich als das hauptsächliche Aktivum des Nachlasses auf seine Frau und die drei Söhne, die heutigen Parteien und ihren Bruder D._____. Am 5. Juli 1974 trat der heutige Kläger seinen Anteil an der väterlichen Erbschaft den Miterben ab. Mit Vertrag vom 8. April 1984 trat der heutige Beklagte seinerseits den Anteil am väterlichen Erbe an seine Mutter und seinen Bruder D._____ ab. Da über ihn ein Konkursverfahren hängig war, musste die Konkursverwaltung dem Vertrag zustimmen (act. 6/4). Damit stand die Liegenschaft ... im Gesamteigentum der Rest-Erbengemeinschaft im Nachlass Vater, nämlich der Mutter C._____ und ihres Sohnes D._____. Am 27. September 1984 verstarb D._____. Der heutige Beklagte trat seinen Anteil an diesem Erbe am 17. Dezember 1985 der Mutter ab (act. 6/5). Am 31. Oktober 1986 einigten sich schliesslich Mutter C._____ und der heutige Kläger auf die Teilung der (einzig aus Anteilen an der Liegenschaft ... bestehenden) Nachlässe des Vaters und D._____. Sie würden die Liegenschaft unter sich versteigern und dann den Erlös unter Anrechnung bestimmter definierter Positionen unter sich aufteilen. Die Versteigerung fand am 11. Dezember 1986 statt und führte zur Übernahme der Liegenschaft durch die Mutter der Parteien, zum Preis von Fr. 3,11 Mio. (act. 6/6 mit Anhang).

Mit Vertrag vom 22. März 1989, gleichentags zum Eintrag im Grundbuch angemeldet, verkaufte Mutter C._____ dem heutigen Beklagten die Liegenschaft zum Preis von Fr. 3,4 Mio. Der Kaufpreis wurde im Umfang von Fr. 2,15 Mio. durch Übernahme bestehender Grundpfandschulden getilgt resp. bar bezahlt, für Fr. 400'000.-- gewährte die Verkäuferin dem Käufer ein ungesichertes Darlehen, und Fr. 850'000.-- wurden als dereinst nicht ausgleichungspflichtige Schenkung bezeichnet (act. 6/11). Um diesen Vertrag geht es heute, wobei die (teilweise) erbrechtliche Herabsetzung als Folge der genannten Schenkung im angefochtenen Urteil des Bezirksgerichtes berücksichtigt und nicht mehr streitig ist. Mit Vertrag vom 20. Februar 1996 erliess Mutter C._____ dem heutigen Beklagten einen Teil der ihm gewährten Darlehen. Für den Rest bedang sie sich eine lebenslange

Rente aus, auf deren Auszahlung sie allerdings einige Zeit später auf unbestimmter Zeit verzichtete (act. 6/15, 6/16). Die aus diesen Vereinbarungen sich ergebenden Herabsetzungen sind im angefochtenen Urteil ebenfalls berücksichtigt und heute nicht mehr streitig. Am 26. September 2002 starb C._____.

3.1.1 Den *rechtlichen Ausführungen* zur Frage, ob der Vertrag vom 22. März 1989 über den vom Bezirksgericht angeordneten Umfang hinaus der Herabsetzung unterliege, pflichtet der Kläger in der Berufung dem Bezirksgericht pauschal bei (act. 361 S. 12), und auch das Obergericht schliesst sich ihnen an (§ 161 GVG). Lediglich präzisierend ist auf Folgendes hinzuweisen: Der vom Bezirksgericht zitierte Entscheid des Bundesgerichtes BGE 126 III 171 ff. zu einem Fall, in welchem die Differenz des tatsächlichen Kaufpreises zur Bewertung des kantonalen Schatzungsamtes 40% betragen hatte, erörtert ausführlich die Frage, ob am Erfordernis der Zuwendungsabsicht als subjektive Komponente festzuhalten sei, und es bejaht das. Andernfalls würde, je nachdem, wo man die objektive Grenze zöge, aus dem "wohlfeilen" ein ausgleichungspflichtiges Geschäft, oder aber es bliebe eine erhebliche Wertdifferenz trotz Zuwendungswillens unbeachtlich. Allerdings lässt das Bundesgericht erkennen, dass das Festhalten an einem strikten Nachweis der Zuwendungsabsicht bei einem groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu stossenden Ergebnissen führen könne; es werde in einem geeigneten Fall zu erwägen sein, die blosser Erkennbarkeit genügen zu lassen. Im publizierten Fall komme es darauf allerdings nicht an, weil die kantonale Instanz nach umfangreichen Beweiserhebungen das Vorliegen eines Schenkungswillens habe ausschliessen können. Das spreche dagegen, Erkennbarkeit einer (nach dem Sachverhalt: teilweisen, durch Verkauf von Grundstücken unter dem Wert begründeten) Unentgeltlichkeit anzunehmen, zumal sich die Parteien bei der Preisgestaltung auf einen unabhängigen Schätzungsexperten gestützt hätten. - Es kann in der Tat schwierig, wenn nicht fast unmöglich sein, im Herabsetzungsprozess - in welchem der Erblasser nicht mehr befragt werden kann - einen subjektiven Schenkungswillen schlüssig nachzuweisen. Die Erkennbarkeit für sich allein genügen zu lassen, wie es das Bundesgericht erwägt, scheint allerdings ebenfalls problematisch. Die zitierten Erwägungen zeigen das auf: wenn tatsächlich die Erkennbarkeit genügen sollte, könnte es wohl nicht darauf an-

kommen, dass ein Schenkungswille nicht bestand - oder die Erkennbarkeit genügt eben doch nicht. Sachgerechter und praktikabler erschiene es, das Beweismass etwas flexibel zu handhaben. Wenn von der Sache her ein positiver innerer Wille des Erblassers nicht absolut schlüssig festgestellt werden und daher dieser Beweis auch nicht verlangt werden kann, muss ohnehin von anderen, äusseren Elementen auf diesen inneren Willen geschlossen werden. Je grösser die Diskrepanz zwischen tatsächlichem Wert und vertraglich festgelegtem Preis, desto wahrscheinlicher ist es, dass der Erblasser um die Differenz wusste, und das darf und soll bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden. Gültig bleibt die Überlegung des Bundesgerichtes, wenn eine Zuwendungsabsicht ausgeschlossen werden könne, komme es auf die Frage nach einer Diskrepanz zwischen Wert und Preis nicht an (BGE a.a.O. S. 176). Und auch für Zwischentöne bleibt Raum: es können Elemente und Indizien für und gegen die Zuwendungsabsicht abgewogen werden gegenüber der Wahrscheinlichkeit, dass ein Missverhältnis dem Erblasser bewusst war.

Im Hinblick auf die Ausführungen des Klägers in der Berufung ist ferner daran zu erinnern, dass die Herabsetzung nicht davon abhängig ist, dass Missverhältnis und Schenkungsabsicht dem Begünstigten bewusst waren - das ist nur schon aus Art. 528 Abs. 1 ZGB zwingend zu schliessen. Ein böser Glaube des Empfängers ersetzt aber auch nicht den Zuwendungswillen des Erblassers.

Abschliessend und nur der Vollständigkeit halber sei daran erinnert, dass es zwar, wie der Kläger richtig ausführt, auf den objektiven Wert und den Preis bei der Vornahme des herabzusetzenden Geschäftes und den Wert beim Erbgang ankommt, und dass das Mass der Herabsetzung dann nach der relativen Methode berechnet wird. Zusammen mit dem Erfordernis der Zuwendungsabsicht bedeutet das, dass die letztere trotz objektiver Diskrepanz zwischen Wert und Preis bei der Veräusserung unerheblich bleibt, wenn die Sache bis zum Erbgang wertlos wird (das kann etwa der Fall sein, wenn Aktien eines Unternehmens in Zuwendungsabsicht unter ihrem Wert verkauft werden und die Unternehmung später in Konkurs fällt) - weil jede Quote von Null ebenfalls Null ist. Umgekehrt bleibt eine Wertsteigerung unbeachtlich, die erst nach dem fraglichen Geschäft eintritt:

mangels objektiver Diskrepanz und Zuwendungsabsicht im Zeitpunkt der Veräusserung.

3.1.2 Zur vom Kläger behaupteten *Diskrepanz zwischen effektivem Wert und Kaufpreis*. Der Preis für die Handänderung der Liegenschaft von Mutter C._____ auf den heutigen Beklagten betrug am 22. März 1989 Fr. 3,4 Mio. Der Kläger geht davon aus, dass der effektive Wert damals Fr. 7 Mio. oder mindestens das Doppelte betrug (act. 361 S. 7). Das Bezirksgericht hat dazu zahlreiche Beweise abgenommen. Unter ihnen steht das gerichtliche Gutachten E._____ im Vordergrund (act. 312 und 332), das der Kläger selber als sehr gut und professionell bezeichnet (act. 324 S. 2), und auf das er sich auch in der Berufung bezieht (act. 361 S. 9). Die Gutachter kamen zunächst auf einen Wert von Fr. 5,429 Mio., den sie auf ergänzende Fragen der Parteien resp. des Gerichtes auf Fr. 5,227 Mio. korrigierten, und zwar (einzig) in Konsequenz der Berücksichtigung des auf dem Grundstück lastenden Wohnrechtes zu Gunsten von Mutter C._____, das sie bei der ersten Bewertung nicht in Rechnung gestellt hatten (act. 312 S. 21 und 332 S. 3). Beide Parteien kritisierten (wenn auch mit unterschiedlichem Ziel) die Ermittlung des Landwertes als Element des Realwertes. Die Gutachter scheinen mindestens auch auf Vergleichszahlen für unüberbautes Land abgestellt zu haben. Der Beklagte liess ausführen, das Abstellen auf Preise für unüberbautes Land führe zu einem zu hohen Ergebnis, da die Villa am ... das baurechtlich Zulässige bei Weitem nicht ausnütze, aber unter Schutz stehe, so dass eine weitere Ausnützung nicht in Frage komme (act. 325). Dem gegenüber meinte der Kläger, der Landwert müsste höher sein, nämlich insgesamt Fr. 2,84 Mio. gegenüber den Fr. 2,136 Mio. des Gutachtens, und insgesamt kam er so auf einen Wert von Fr. 5,635 Mio. (act. 324 S. 4). Die Experten legten darauf hin im Einzelnen dar, wie sie den Landwert ermittelt hatten: dass sie anders als nach dem Vorschlag des Klägers nicht einzig auf konkrete Vergleichszahlen abstellen, sondern nach der Lageklassenmethode 68% des geschätzten Gebäude-Neuwertes als Bodenwert annehmen (act. 332). Das scheint mindestens aus der Sicht des Laien ein überzeugender Ansatz für eine (immer mit Unsicherheiten behaftete) Näherung an den Landwert, und der Kläger bringt in der Berufung dagegen nichts Schlüssiges vor. Mit der Kritik des Beklagten setzen sich die Experten nicht auseinander.

Es ist bekannt, dass etwa in Abtretungsstreitigkeiten regelmässig eine erhebliche Rolle spielt, ob ein Grundstück vollständig ausgenutzt ist, resp. wenn es das nicht ist, ob und wie die Ausnutzungsreserve realisiert werden kann. Jedenfalls zu der Hälfte, zu welcher das Gutachten auf die Vergleichszahlen von Handänderungen unüberbauter Grundstücke abstellt, dürfte die Tatsache der nur teilweisen Ausnutzung des Grundstücks zu einem systematischen Fehler und damit zu einer eher zu hohen Schätzung geführt haben. Umgekehrt bemängelt der Kläger, dass der Hinweis der Schätzer auf einen möglichen Liebhaber-Zuschlag unberücksichtigt geblieben sei, und er schlägt dem Schätzungswert gemäss Gutachten unter diesem Titel 10% zu (act. 361 S. 11, allerdings unrichtig von einem Schätzwert in der Höhe von Fr. 5,635 Mio. ausgehend - das war sein eigenes Postulat unter Annahme eines höheren Landwertes, dem die Experten in der Ergänzung zum Gutachten gerade nicht folgten). Es geht um den folgenden Passus im Gutachten: "Die Marktwertschätzung (Verkehrswertschätzung) ... beruht auf objektiven Kriterien und unter Berücksichtigung einer realisierbaren Marktverkäuflichkeit. Darunter ist der freihändige Verkauf innert nützlicher Frist (ca. 12 Monate) zu verstehen. Es ist nicht auszuschliessen, dass ein Käufer allenfalls bereit ist bzw. war, einen höheren Liebhaberpreis zu bezahlen. Der Zuschlag (Liebhaberwert) kann sich durchaus im Bereich von 10% bis 20% des Verkehrswertes bewegen" (act. 312 S. 21 unten). Im ganzen Zusammenhang muss das als Hinweis auf die immer bestehende Unsicherheit einer jeden Schätzung verstanden werden, und gerade nicht, wie es der Kläger möchte, als fester Zuschlagsfaktor zur Schätzung. Eine Jugendstilvilla mit Umschwung in nächster Nähe zum Zürcher Bankenviertel dürfte tatsächlich etwas sehr Spezielles und fast Einzigartiges sein. Das wussten allerdings auch die Schätzer, und sie legten es mit der Annahme eines "Topstandortes", dem "Hochpreissegment", "formschöne, freistehende Jugendstilvilla" in einem "bevorzugten Quartier" ihren Überlegungen zugrunde (wobei sie nicht verschwiegen, dass die Konstruktion damals nur gerade "genügend" war, "wärmetechnisch nicht in allen Teilen den heutigen Anforderungen entsprechend", der Keller feucht und das Dach sanierungsbedürftig, die Installationen veraltet und abgenutzt. Ein Schätzwert von Fr. 5,227 Mio. ist nur plausibel, wenn man unterstellt, die Gutachter hätten die positiven Besonderheiten des Objektes weit ge-

hend berücksichtigt. Sie haben auch ausdrücklich erklärt, dass sie mit ihrer Bewertung die "realisierbare Marktverkäuflichkeit" bei einem freihändige Verkauf innerer nützlicher Frist abschätzten. In der Tat ist es nicht (und nie) auszuschliessen, dass ein Liebhaber, der ein Objekt sozusagen um jeden Preis haben will, mehr zahlt, als vernünftigerweise erwartet werden durfte. Das ist aber eine reine Spekulation. Je spezieller ein Objekt, desto begrenzter allerdings auch der Markt. Ebenso möglich ist es nämlich, dass ein einzigartiges Objekt gerade wegen seiner Eigenheiten schwerer verkäuflich ist. Wenn die Schätzer also den Liebhaberzuschlag nicht in ihre Schätzung einbezogen, sondern nur am Ende gleichsam als Postskript anfügten, ist das durchaus plausibel.

Die genaue Festlegung auf einen (notgedrungen mit Unsicherheiten behafteten) Preis in Franken kann hier aber einstweilen unterbleiben. Für die als nächstes nach den vorstehend entwickelten Kriterien zu behandelnde Frage nach dem Wissen und Wollen der Verkäuferin der Liegenschaft genügt es, einen approximativen Verkehrswert im Zeitpunkt des Verkaufes zu ermitteln. Nach dem Gutachten sind es Fr. 5,227 Mio., nach der Kritik des Beklagten vielleicht etwas weniger, wenn man mit dem Kläger doch einen Liebhaber-Zuschlag machen wollte, vielleicht bis Fr. 5,75 Mio.: die Grössenordnung ist damit fürs Erste ausreichend präzise bekannt. Eine genauere Festlegung ist einstweilen nicht nötig, ebenso wenig die Diskussion, wie weit die im Hinblick auf den (vermutlich in der ersten Jahreshälfte) neu ausgehandelten Mietvertrag vorgenommenen Investitionen zum höheren Wert beitragen, und wer diese Investitionen bezahlte (dazu unten, bei den Aussagen des Zeugen F. _____ und der Würdigung jenes Abschnittes).

3.1.3 *Zur Zuwendungsabsicht der Verkäuferin und nachmaligen Erblasserin.* Das Bezirksgericht hat Beweis erhoben zu den Behauptungen des Klägers, welche eine Zuwendungsabsicht von Mutter C. _____ untermauern könnten (Prot. I S. 43): dass die Erblasserin vom Verkehrswert Kenntnis hatte (Beweissatz 3), und dass sie im Zeitraum 1988/89 absichtlich zu billig vermietete, um damit eine tiefe Schätzung zu erzielen (Beweissatz 4).

Dass der Beklagte wusste oder allenfalls darauf spekulierte, das Objekt sei wesentlich mehr wert als er seiner Mutter zahlte (Beweissatz 5), wird indiziert da-

durch, dass er nur vier Monate nach dem Erwerb der Liegenschaft, auf welcher bereits Grundpfandschulden von nominal Fr. 2,226 Mio. lasteten (der Brief im zweiten Rang war nur teilweise belehnt: act. 6/11 S. 4), vier Inhaberschuldbriefe für weitere insgesamt Fr. 3 Mio. errichten liess (act. 6/13). Das ist ein Indiz dafür, dass der Beklagte davon ausging, die erworbene Liegenschaft habe einen Wert von Fr. 5,226 Mio. oder eher mehr. Dass im Zusammenhang mit der Einigung auf den neuen Mietvertrag Investitionen vereinbart worden waren, geht zwar aus den Aussagen des Zeugen F._____ hervor, allerdings ohne verwertbare Bezifferung. Dass der Beklagte Pfandrechte "auf Vorrat" und in Spekulation auf künftige Wertsteigerungen hätte errichten wollen, macht der Kosten wegen keinen Sinn, und dass er hoffte, einen unbedarften Gläubiger zu finden, der ihm auf ein Pfand im Wert von Fr. 3,4 Mio. über fünf Millionen leihen würde, ist nicht anzunehmen. Das nützt dem Kläger allerdings heute wenig, da es um das Wissen und Wollen der Verkäuferin geht, und nicht des Käufers (oben, 3.1.1).

Die im heutigen Prozess und damit im Nachhinein festgestellte Diskrepanz zwischen dem Verkaufspreis und dem Verkehrswert der verkauften Liegenschaft ist beträchtlich, sowohl in Franken als auch in Prozent. Nimmt man den von den Gutachtern geschätzten Wert, sind es 53,7% (Fr. 3,4 Mio. plus Fr. 1,827 Mio./53,7% = Fr. 5,227 Mio.), macht man mit dem Kläger den (vorstehend freilich verworfenen) Liebhaberzuschlag von 10%, ergibt sich eine Differenz von sogar 69% (Fr. 3,4 Mio. plus Fr. 2,35 Mio./69% = Fr. 5,227 Mio. + 10% oder 5,75 Mio.). Zutreffend weist der Kläger darauf hin, dass sein Verhältnis zur Mutter offenkundig über Jahre sehr schwierig war, sie die Schuld daran bei ihm sah, und dass sie den Verkauf des Hauses an den anderen Sohn (den heutigen Beklagten) jedenfalls in der Rückschau ausdrücklich als Sanktion für das "schändliche Verhalten" des Klägers verstand (act. 6/23 verso, Brief vom 13. Juli 1994). Den Kläger setzte sie in der letztwilligen Verfügung vom 23. Februar 2001 auf den Pflichtteil, und sie bestimmte zudem den Beklagten als Willensvollstrecker (act. 6/18). Von da her wäre ein Motiv der Verkäuferin und nachmaligen Erblasserin durchaus gegeben, dem bevorzugten Sohn zusätzlich die Liegenschaft zu einem Vorzugspreis zu überlassen - dieser Eindruck wird nur teilweise relativiert dadurch, dass sie drei Jahre nach dem heute streitigen Verkauf dem Kläger unter dem Eindruck seiner

besonders misslichen Lage ausnahmsweise und unter Bedingungen ein Darlehen in Aussicht stellte (act. 85/4, Brief vom 24. Juni 1992, vom Kläger in der Berufung act. 361 S. 19 offenkundig versehentlich auf 14. Juli 1994 datiert).

Klar wäre die Situation, wenn dem Kläger der Beweis für die Behauptung gelänge, die Erblasserin habe in den Jahren 1988/89, also im Vorfeld des Verkaufes, einen absichtlich zu tiefen Mietzins verlangt, um damit (so muss es verstanden werden: im Hinblick auf den Verkauf an den heutigen Beklagten) den Schätzwert zu drücken. Der Kläger ging darauf schon in der Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 344) nicht ausdrücklich ein, und er nimmt das Argument in der Berufung nicht mehr auf, aber es ist von Amtes wegen zu erörtern (§ 269 Abs. 1 ZPO). Die zahlreichen Urkunden, die er dafür anruft, belegen die Behauptung des Klägers nicht - dass der Mietzins bis zum Verkauf sehr tief war und ab 1. April 1989 etwas mehr als verdoppelt wurde, ist unbestritten, lässt sich aber für den Nachweis der behaupteten Absicht nicht verwerten. Eine allfällige Plausibilität der Behauptung als Folge der Mietzins-Erhöhung 1989 wird zudem erschüttert durch den Umstand, dass der frühere Mietzins auf einem im Jahr 1976 abgeschlossenen Mietvertrag (act. 137/4) beruhte, der auf zehn Jahre fest galt, mit einer Option zugunsten der Mieterin um fünf Jahre (entsprechend war das Mietverhältnis im Grundbuch bis 1991 vorgemerkt). Noch 1986 hatte die Mieterin eine massvolle Erhöhung der Miete nur unter der Bedingung offeriert, dass der Vertrag fest bis 1996 gälte, zudem mit einer Option bis 2001 (act. 137/6). Keiner der Zeugen konnte die Behauptung bestätigen: I. _____ Prot. I S. 87, F. _____ Prot. I S. 97 f. ("geradezu absurd"), G. _____ Prot. I S. 107, H. _____ Prot. I S. 114, ferner die weiteren Zeugen gemäss Prot. I S. 120 ff. Es ist demnach nicht davon auszugehen, dass die vormalige Eigentümerin wie vom Kläger behauptet den Mietzins absichtlich tief gehalten hatte, und dieser Beweis des Klägers ist gescheitert.

Damit konzentriert sich die Würdigung auf den Beweissatz 3, also auf die Behauptung des Klägers, die Erblasserin habe vom tatsächlichen Verkehrswert der Liegenschaft beim Verkauf an den Beklagten Kenntnis gehabt. Ausgangspunkt sind die vorhandenen Angaben dazu, wie sie der Verkäuferin im März 1989 bekannt sein konnten - das Bezirksgericht hat sie im angefochtenen Urteil zu-

sammengestellt (S. 58). Im Jahr 1969 hatte sie in der Steuererklärung einen Wert von Fr. 402'000.-- deklariert (act. 72/15). Im April 1972 nahm der Beklagte gegenüber dem Kläger Bezug auf dessen Ideen zum Verkauf der Liegenschaft und seine Vorstellung eines Preises von Fr. 7 Mio. (act. 142/10). Im August des selben Jahres 1972 wandte sich die Finanzdirektion des Kantons Zürich an den Kläger und offerierte gestützt auf eine Schätzung des Hochbauamtes Fr. 1,5 Mio. für das Objekt (act. 142/1). Im Auftrag des Klägers schätzte der spätere Zeuge G._____ den Verkehrswert im März 1986 "nach eigenem Ermessen" auf Fr. 4,5 Mio., mit der Bemerkung "der Liebhaberwert dürfte etwa Fr. 500'000.-- über dem Verkehrswert liegen" (act. 142/2). Zu einem unbekanntem Zeitpunkt, "sicher vor 1989", offerierte der Zeuge F._____ für die Liegenschaft "einen Betrag zwischen Fr. 3 und 4 Mio. Ich muss aber sagen, dass ich den genauen Betrag nicht mehr genau weiss" (Prot. I S. 96). In der internen Versteigerung vom 11. Dezember 1986 war das Objekt der Erblasserin für Fr. 3,11 Mio. zugeschlagen worden (act. 6/6). Die Werte von 1969 und 1972 dürfte die Erblasserin im Jahr 1989 nicht mehr als aktuell betrachtet haben, abgesehen davon, dass der Steuerwert wie allgemein und sicher auch ihr bekannt deutlich unter dem Verkehrswert liegt, und dass die Zahl von Fr. 7 Mio. offenbar ein reines Wunschdenken ausdrückte, die Fr. 1,5 Mio. des Kantons andererseits offenbar als zu tief betrachtet worden waren. Die neueren Zahlen bewegten sich im Rahmen von Fr. 3 Mio. (unterer Rahmen der Angabe des Zeugen F._____, allerdings ohne präzise Datierung) bis Fr. 5 Mio. (Schätzung G._____, mit Liebhaberschlag). Dass eine interne Versteigerung ein tendenziell tieferes Ergebnis zeitigen kann als eine öffentliche (act. 361 S. 20), dürfte zutreffen. Immerhin wechselte das Objekt aber doch für den amtlich protokollierten Preis von Fr. 3,11 Mio. die Hand, und es kann nicht unterstellt werden, dass diese Versteigerung eine unter den Beteiligten abgekartete Simulation war (dazu passte gar nicht die urkundlich belegte Behauptung des Klägers betreffend das schlechte Verhältnis zur Mutter; vgl. auch die nachstehenden Überlegungen zu den Zeugenaussagen). Unter diesen Umständen war es nahe liegend und geboten, eine Schätzung einzuholen. Der Kläger meint, es spreche sozusagen zwingend für die böse Absicht der Mutter, dass sie diese Schätzung nicht selber in Auftrag gab, sondern das dem Beklagten als dem bevorzugten Sohn überliess

(act. 361 S. 13). Das ist nicht überzeugend. Eine gewisse Beeinflussung durch die Person und die Interessen des Auftraggebers mag man bei einem privaten Schätzer in Anschlag bringen. Die Zürcher Kantonalbank gilt aber allgemein als sehr seriös und erfahren. Es liegt nichts dafür vor, dass die Mutter der Parteien annahm, die Bewertung nehme auf die Interessen des Beklagten Rücksicht. Die Schätzung (act. 35/1) ist relativ knapp begründet, besonders wenn man sie mit dem heute vorliegenden gerichtlichen Gutachten vergleicht. Es geht aber um die Sicht von Mutter C. _____ im Jahr 1989, und da bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sie krasse Mängel der Bewertung hätte erkennen müssen oder auch nur hätte erkennen können. Im Vergleich zum gerichtlichen Gutachten mag man namentlich bedauern, dass die ZKB nicht konkret offen legte, wie sie von den Mietzinsen auf einen Ertragswert schloss. Der Schätzungsbericht sagt aber ausdrücklich, dass die aktuellen Mietzinsen "eher günstig" seien, dass der Mietvertrag bis Ende 1991 (im Grundbuch) vorgemerkt sei, und dass nachher "wesentlich höhere" Mietzinsen zu erwarten seien. In der Tat waren die Verhandlungen über die sehr substanzielle Erhöhung des Mietzinses möglicherweise schon im Dezember 1988, als die ZKB ihren Bericht ablieferte, mit grosser Wahrscheinlichkeit im März 1989 (beim Verkauf der Liegenschaft) im Gang oder sogar abgeschlossen. Der Kläger behauptet nicht, die Mutter der Parteien sei besonders geschäftsgewandt oder gar im Bereich der Liegenschaften erfahren gewesen. Wie er selber betont, handelt es sich bei der Villa ... um ein singuläres Objekt, das entsprechend sogar für Fachleute nicht einfach zu schätzen ist, und für das es wohl keine direkten Vergleichspreise gibt (anders als etwa für eine 3 ½-Zimmerwohnung üblichen Standards in einem bestimmten Stadtkreis), und es liegt nichts dafür vor, dass die Mutter C. _____ auch nur allgemeine Kenntnisse über den Markt für Liegenschaften hatte. Unter diesen Umständen ist es plausibel und nicht weiter auffällig, dass sie auf die Schätzung der ZKB vertraute. Dass sie keinen ergänzenden Bericht dazu verlangte, was für einen Mietzins die Schätzer denn als möglich betrachteten, und wie sich die Schätzung unter Annahme dieser Erträge präsentierte, ist kein überzeugendes Indiz für die zu beweisende Behauptung des Klägers, sie habe um einen (deutlich) höheren wahren Wert des Objektes gewusst und den Beklagten mit dem (zu) tiefen Preis bewusst begünstigen wollen. Die Argumenta-

tion des Klägers selbst spricht dagegen: wenn der Beklagte so raffiniert und auf seinen Vorteil bedacht war, wie er vom Kläger dargestellt wird (was ihm das Gericht damit nicht unterstellt), liegt es näher, dass er der Mutter sein Wissen oder seine Hoffnung um einen höheren Wert gerade nicht offen legte - um nicht zu riskieren, dass sie allenfalls doch mehr verlangen würde. Gemäss einer schriftlichen Bestätigung sah sich das Steueramt der Stadt Zürich nicht veranlasst, den Verkaufspreis von Fr. 3,4 Mio. als fingiert zu betrachten (act. 72/11). Das ist im hier interessierenden Zusammenhang nur von beschränktem Beweiswert, da das Steueramt nicht primär Schätzungsaufgaben hat. Es spricht tendenziell aber doch gegen die Behauptung des Klägers - wenn das Steueramt, dem grundsätzlich alle Liegenschaften bekannt sind, den Preis nicht als auffällig einstuft, ist das kein Indiz dafür (wenn schon eher eines dagegen), dass die Eigentümerin den Verkaufspreis als unrealistisch tief erkannte. Von den Parteien nicht diskutiert, aber der Vollständigkeit halber sind die Vorgänge im Konkurs des Beklagten abzuhandeln: in die Konkursmasse fiel sein Anteil am Nachlass seines Vaters, dessen Hauptaktivum die Liegenschaft ... bildete, unter anderem verpfändet für eine private Schuld des damaligen Konkursiten und heutigen Beklagten. Konkursverwaltung und Gläubigergesamtheit erachteten am 7. Mai 1984 einen Teilungsvertrag als realistisch, der unter anderem von einem Verkehrswert der Liegenschaft von Fr. 2,3 Mio. ausging (act. 6/4, passim und fünfter Abschnitt). Das gibt keinen Anlass, die Schätzung der ZKB in Frage zu stellen.

Die von den Parteien angerufenen Dokumente (im Einzelnen Prot. I S. 58) geben direkt für das Wissen und Wollen beim Festsetzen des Preises nichts her.

Der Zeuge I. _____ kannte die Erblasserin nicht. Er konnte daher zu ihrem Wissen und Wollen nichts sagen, gegenteils erklärte er, er könne nicht beurteilen, ob die Erblasserin von der Bewertung auch nur der Grössenordnung nach Kenntnis hatte (Prot. I S. 83 ff.). Der Zeuge F. _____, Verwaltungsrat der Mieterin Tr. AG, kannte die Erblasserin flüchtig, redete mit ihr aber nie über den Wert der Liegenschaft und konnte sich daher zum Beweisthema nicht äussern. Er führte auch Verhandlungen über den Mietvertrag nie mit ihr, sondern einzig mit dem Beklagten. Nach seiner Erinnerung erfolgte die Kündigung des Mietvertrages kurz nach

Ausübung der Option, und er fand das unfreundlich. Der neue Mietzins wurde nach seiner Aussage nach harten Verhandlungen zusammen mit verschiedenen Investitionen in das Gebäude festgelegt, wobei Mieter und Vermieter je etwas übernahmen, er aber Details nicht mehr angeben konnte. Weshalb die neue Vereinbarung (act. 44) nicht datiert wurde, konnte er nicht mehr sagen; dass damit irgend etwas Besonderes bezweckt worden wäre, glaubte er nicht (Prot. I S. 93 ff.). Der Schätzer und Zeuge G. _____ konnte generell wenig, zum Wissen und Wollen der Erblasserin gar nichts sagen (Prot. I S. 104 ff.). Die Aussagen des Zeugen Dr. H. _____ sind von besonderem Interesse, weil er seinerzeit die Erblasserin, in zwei Fällen auch den Beklagten als Anwalt beraten hatte. Mit der Abtretung an den Beklagten hatte er allerdings nichts mehr zu tun; er vertrat die Erblasserin anlässlich der internen Versteigerung im Jahre 1986. Er konnte sich an Details nicht erinnern, gab aber auf Vorhalt des Steigerungsprotokolls an, der Zuschlagpreis habe sich "absolut im Rahmen" dessen gehalten, was er und die Klientin als Verkehrswert betrachteten - das ist insofern von Bedeutung, als er sich erinnerte, dass er für die Steigerung die Finanzierungszusage einer Bank beibringen musste und in einem solchen Zusammenhang der Verkehrswert naturgemäss immer ein Thema ist. Das Ergebnis der Steigerung habe für die Klientin im Rahmen ihrer Erwartungen und im Rahmen dessen gelegen, was sie sich als Verkehrswert vorstellte. Er schloss nach seiner Erinnerung "sicher" aus, dass seine Klientin dem mitbietenden Kläger ein "Geschenk" machen wollte, umgekehrt auch nicht (Prot. I S. 110 ff.). Der Zeuge K. _____ hatte seinerzeit nur mit dem Beklagten Kontakt, nicht mit der Erblasserin. Er hatte als Steuerfachmann dafür zu sorgen, dass das Verhältnis von Kaufpreis und (deklariertem) Schenkungs-Anteil so festgelegt wurde, dass keine Grundstückgewinnsteuer anfiel. Er war der Meinung, dass das aus steuerlichen Gründen nur gewährleistet werden konnte, wenn der gesamte Verkaufspreis dem Verkehrswert entsprach. Ob die Fr. 3,4 Mio. aber den Verkehrswert darstellten, und ob Mutter und Sohn das so sahen, konnte er nicht bestätigen, "es ist zu lange her" (Prot. I S. 133 ff.). Der Zeuge Dr. I. _____ war wie Dr. H. _____ ebenfalls als Anwalt mit der Sache befasst, und zwar als Vertreter der Erblasserin. Allerdings hatte er mit dem seinerzeitigen Verkauf nichts zu tun. Er beriet die Erblasserin für ihre letztwillige Verfügung und erlangte so Kenntnis von

der Entfremdung zwischen Mutter und älterem Sohn. Er gab ihr zu verstehen, dass die Voraussetzungen einer Enterbung nicht gegeben seien; sie wollte dem heutigen Kläger den Pflichtteil zuwenden, aber nicht mehr (Prot. I S. 141 ff.).

Diese Zeugenaussagen geben für das hier interessierende Thema wenig her. Der Kläger bemängelt, dass der Zeuge Dr. H. _____ seine Aussage nicht näher begründete, bei der seinerzeitigen internen Versteigerung habe keine Seite der anderen ein Geschenk machen wollen (act. 361 S. 21). Der Zeuge hat angesichts der langen verstrichenen Zeit durchaus glaubhaft und plausibel seine Erinnerung geschildert. Er hat ausdrücklich davon gesprochen, dass der Verkehrswert der Liegenschaft ein Thema zwischen ihm und der Klientin war. Wie er näher hätte erläutern sollen oder nur hätte erläutern können, dass er beauftragt war, echt zu bieten (und nicht dem Kläger besonders entgegen zu kommen), ist nicht recht zu sehen. Wenn Bedarf nach weiteren Erklärungen bestanden hätte, hätten entsprechende Ergänzungsfragen des Klägers oder seines Vertreters gestellt werden können. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass der Kläger einen positiven Beweis führen muss. Wenn der von ihm selber angerufene (act. 140) Zeuge nicht so ausführlich aussagt, wie er es sich wünscht, kann er daraus nicht ableiten, die vermisste Ergänzung hätte seinen Beweis gestützt oder gar erbracht. - Die Zeugenaussagen vermochten auch die Details um die Verlängerung des Mietvertrages und die Neufestsetzung des Mietzinses um den Zeitpunkt des streitigen Verkaufs herum (wie weit mit Rücksicht auf von wem getätigte Investitionen?) nicht zu erhellen. Fest scheint immerhin zu stehen, dass Mutter C. _____ sich nicht direkt damit befasste, sondern dass es der Beklagte war, der in ihrem Auftrag verhandelte. Er kündigte der Mieterin Tr. AG den Vertrag weit vor dem Auslaufen des durch das Ausüben der Option bis Ende 1991 verlängerten Mietverhältnisses, nämlich schon am 24. Mai 1988 (act. 137/8). Die neue Vereinbarung ist nicht datiert (act. 44). Dass der neue und erhöhte Mietzins im Voraus, und "erstmalig auf den 1. April 1989" zu zahlen war, lässt auf eine Unterzeichnung vor diesem Datum schließen. Andererseits basiert die Indexierung ebenfalls auf dem Stand 1. April 1989, was auf ein Vereinbarungsdatum nicht weit vor diesem Stichtag hindeutet. Die Verhandlungen waren nach dem Zeugen F. _____ "hart", mögen also durchaus längere Zeit gedauert haben. Damit ist alles in allem möglich, wenn

nicht sogar wahrscheinlich, dass der neue Mietvertrag um den Zeitpunkt des heute streitigen Liegenschaften-Verkaufs herum definitiv bereinigt und unterzeichnet wurde. Aus dem Umstand, dass der heutige Beklagte als Stellvertreter seiner Mutter unterzeichnete, ist auf ein Datum vor dem 22. März 1989 zu schliessen, denn nachher wäre er ja selber Eigentümer gewesen (immerhin kann auch das wie die fehlende Datierung eine blosser Nachlässigkeit sein, und dass ein früher erstellter Entwurf ohne ausreichend sorgfältige Anpassung an neue Verhältnisse zum Vertrag wird, kommt in der Praxis vor; die Erklärung zum Eintritt in den Vertrag gab der Beklagte erst am 28. August 1989 ab, also über fünf Monate nach dem formellen Erwerb des Objektes - er scheint sich also um die Formalien nicht sehr gesorgt zu haben). Das muss aus der Sicht des Klägers stossend scheinen, namentlich wenn man sich die eher vagen Vorstellungen der ZKB zum konkret zu erzielenden Mietzins vergegenwärtigt und den Umstand, dass die Schätzer der Bank davon ausgegangen waren, der Vertrag sei bis Ende 1991 fest. Entscheidend ist aber, dass damit ein Wissen der Erblasserin nicht belegt wird. Und wie bereits vorstehend erwogen, wäre es gerade angesichts der Qualifizierung des Beklagten durch seinen Bruder denkbar oder sogar plausibel, dass er die Mutter nicht oder nur selektiv über seine Aktivitäten informierte. Schon in der Stellungnahme zum Beweisergebnis im erstinstanzlichen Verfahren fasste der Kläger seine Würdigung zusammen in dem Satz, dass *der Beklagte* unmöglich in guten Treuen glauben machen könne, er habe den wahren Wert des Objektes nicht gekannt. Worauf er das "Zusammenwirken mit der Erblasserin" abstützt, sagt er nicht (act. 344 S. 22 f.). Gerade das ist aber der entscheidende Punkt.

Auch wenn man eine augenfällige Diskrepanz zwischen deklariertem Kaufpreis und im Prozess ermittelten tatsächlichem Verkehrswert berücksichtigt, und auch wenn man an den Beweis eher bescheidene Anforderungen stellt, ist es allenfalls möglich, aber nicht plausibel und keinesfalls bewiesen, dass sich die Erblasserin beim Verkauf der Liegenschaft an den Beklagten einer solchen Diskrepanz bewusst war und den Beklagten damit mit Wissen bevorzugen wollte. Eine Herabsetzung findet daher nicht statt.

3.2 Der Kläger verlangt nicht nur, das Gericht solle den im Jahr 1989 vereinbarten Kaufpreis übersteigende Betrag der Herabsetzung unterstellen und den Beklagten verpflichten, ihm 3/8 davon zu zahlen. Er macht darüber hinaus geltend, der Beklagte müsse ihm einen Anteil am bezogenen Nutzen der Liegenschaft herausgeben. Ein solcher Anspruch ist nur denkbar, wenn überhaupt eine Herabsetzung erfolgt. Das wird vorstehend verworfen. Die Herabsetzung unter dem Titel der Nutzung ist allerdings so oder so nicht vorzunehmen:

Die Modalitäten der Rückleistung sind im Fall der Herabsetzung nur summarisch geregelt (Art. 528 ZGB). Nahe liegt die analoge Anwendung des für den Fall der Ausgleichung geltenden Art. 630 ZGB, der die Berücksichtigung bezogener Früchte nach den Besitzesregeln verlangt. Die Kommentatoren verweisen ohne weitere Begründung und Differenzierung entsprechend auf die Art. 938 bis 940 ZGB (BK-Tuor N 6, ZK-Escher N. 12, BSK ZKB II-Forni/Piatti 3. Aufl. N 8 - alle zu Art. 528 ZGB). Das Bundesgericht hat allerdings ausdrücklich entschieden, die Ausgleichung habe nach dem Nominalwertprinzip zu erfolgen, und dafür zahlreiche Belege angeführt (BGer 5C.174/1995 vom 29. Oktober 1996, publiziert und von Breitschmid besprochen in AJP 1997 1551 ff.). In jenem Entscheid ging es um Zins, doch handelt es sich bei Zinsen auf einer Geldsumme und dem Ertrag aus einer Liegenschaft um sachlich das Gleiche. Die neueste Auflage des Berner Kommentars kommt nach eingehender Abwägung des Für und Wider ebenfalls zum Schluss, es sei das Nominalwertprinzip anzuwenden, nicht zuletzt unter Hinweis auf das entsprechende klare Votum Eugen Hubers im Parlament (BK-Eitel, N 58 ff. zu Art. 630 ZGB). Dem gegenüber drückt sich der Privatgutachter Breitschmid des Klägers auffallend vorsichtig aus, wenn er sich zu diesem Punkt äussert - und er zitiert zur Frage ausschliesslich Eitel, der zwar die grundsätzliche Anwendung der Besitzesregeln befürwortet, sich aber wie gesehen gegen eine Herausgabepflicht für "Früchte" ausspricht (Gutachten Breitschmid act. 85/3 S. 7 f. und BK-Eitel a.a.O.).

Unabhängig von einer allgemeinen Anwendung des Art. 630 und damit der Art. 938/940 ZGB auch auf die Herabsetzung bleibt aber die Überlegung des Bezirksgerichtes im angefochtenen Entscheid überzeugend: wenn der aus der Sa-

che zu erzielende Ertrag überhaupt erst den Wert der Sache bestimmt, wenn also dieser Ertrag herangezogen wird zur Frage, ob eine Herabsetzung überhaupt erfolgen soll, kann er nicht auch noch unter dem Titel Herausgabe der Früchte einen Anspruch begründen, denn dann würde der Belastete jedenfalls wirtschaftlich gesehen das Gleiche doppelt erstatten müssen.

Auch wenn das Begehren des Klägers um Herabsetzung im Hauptpunkt begründet wäre, wäre der zweite Punkt, die Anrechnung der erzielten Erträge, aus rechtlichen Gründen nicht zu schützen. Im Betrag von Fr. 1,125 Mio. (= 3/8 der geltend gemachten Fr. 3 Mio. der Herabsetzung zu unterstellende Erträge) ist die Berufung daher auf jeden Fall nicht begründet.

3.3 Die Berufung erweist sich als nicht begründet. Der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichtes ist daher zu übernehmen. So weit der Kläger mit seinen Anträgen mehr oder Anderes verlangt, ist seine Klage abzuweisen.

4. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des angefochtenen Urteils sind ohne Weiteres zu bestätigen.

In der Berufung unterliegt der Kläger. Für die Tarifsätze ist auf den Streitwert von Fr. 2,63 Mio. abzustellen. Die Gerichtsgebühr bei diesem Streitwert beträgt gerundet Fr. 47'000.--. Die Entschädigung der Anwälte hat davon auszugehen, dass ihnen das Thema bereits wohl bekannt war, und neue Aspekte sind nicht diskutiert worden. Nach den §§ 3, 10 und 12 der VO 215.3 ergibt sich eine Entschädigung von Fr. 25'000.-- ohne Mehrwertsteuer. Eine Korrektur gestützt auf § 2 Abs. 3 der VO ist nicht angezeigt; das Honorar des Anwaltes bewegt sich noch in der durch die Mischrechnung mit hohen und niedrigen Streitwerten gegebenen gewollten und akzeptablen Bandbreite.

Das Honorar des unentgeltlichen Vertreters des Klägers wird separat festgesetzt werden, wenn dem Gericht die Aufwendungen von Rechtsanwalt Dr. X. ____ nach Zeit und Barauslagen bekannt sind.

Das Gericht erkennt:

- 1.a) Es wird festgestellt, dass sich der noch ungeteilte Nachlass der am 26. September 2002 verstorbenen C._____, verwitwet, mit allen Aktiven und Passiven wie folgt zusammensetzt:

Aktiven:

Reinvermögen gem. Steuerinventar und weitere

Aktiven (Safe-Verkäufe, Gutschriften ZKB) CHF 117'408.22

Total Aktiven CHF 117'408.22

Passiven:

Vergütungsaufträge ZKB CHF 39'862.55

./.. Abzüglich offene Rechnungen per Todestag CHF 23'397.00

Total Vergütungsaufträge CHF 16'465.55

Rückzahlungen Darlehen B._____ CHF 13'000.00

Aufwendungen Willensvollstrecker CHF 2'515.00

Total Passiven CHF 31'980.55

Zwischensaldo CHF 85'427.65

b) Zum Nachlass werden die nachfolgenden Beträge hinzugerechnet:

Zuwendung gemäss Vertrag vom 22.03.1989	CHF 255'700.00
Schulderlass gemäss Vertrag vom 20.02.1996	CHF 382'000.00
<u>Schulderlass gem. Anhang Vertrag vom 28.07.1999</u>	<u>CHF 139'425.00</u>
Total Hinzurechnungen	CHF 777'125.00

c) Der zu teilende **Gesamtnachlass** beträgt **CHF 862'552.65**.

d) Dem Kläger steht vom Nachlass **3/8** zu, dem Beklagten **5/8**.

e) Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger **CHF 323'457.25** zu bezahlen.

2. So weit der Kläger mehr oder Anderes verlangt, wird seine Klage abgewiesen.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im angefochtenen Urteil (Dispositiv-Ziffern 2 - 5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 47'000.-- festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
6. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 25'000.-- zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
7. Der Beklagte wird erneut auf die erfolgte Abtretung des Prozessgewinnes durch den Kläger an den Kanton Zürich (act. 51) hingewiesen und darauf, dass die sichergestellten Aufwendungen des Staates auch die dem früheren Vertreter des Klägers RA W. _____ ausbezahlten Honorare (Prot. I S. 49 und 78) umfassen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

9. 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 Doppel 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 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. 2.63 Mio.

Die Beschwerden an das Kassationsgericht und an das Bundesgericht haben keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der Präsident:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter Dr. O. Kramis

lic. iur. V. Seiler

versandt am: