

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH CP030032-L vom 19. März 2009

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2009-03-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_CP030032-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH CP030032-L du 19 mars 2009

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH CP030032-L del 19 marzo 2009

Erwägungen

E. 1

Der Kläger verlangt mit der vorliegenden Klage nicht nur die Teilung der Erbschaft, sondern ebenso die Feststellung des Nachlasses sowie die Herabsetzung von früheren, von der Erblasserin zu ihren Lebzeiten über ihre Vermögenswerte vorgenommenen Verfügungen. Nachdem die Parteien die einzigen Erben der Erblasserin sind, ist für die vorliegende Teilungsklage, welcher der Kläger gegen den noch verbleibenden Erben richtet, sowohl die Aktiv- als auch die Passivlegitimation gegeben (BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N 16 f. zu Art. 604 ZGB). Jeder Miterbe kann zu beliebiger Zeit die Teilung der Erbschaft verlangen, soweit er nicht durch Vertrag oder Vorschrift des Gesetzes zur Gemeinschaft verpflichtet ist (Art. 604 Abs. 1 ZGB). Der Teilungsanspruch des Klägers ist denn auch unbestritten (act. 33 S. 2). Praxisgemäss kann im Rahmen des Erbteilungsprozesses verlangt werden, dass der Bestand, Wert und Umfang des Nachlasses festgestellt wird. Ebenso kann der Richter in diesem Zusammenhang über die - bezüglich der Feststellung des Nachlasses präjudiziell wirkende - Herabsetzung entscheiden (BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER, N 4 f. zu Art. 604 ZGB).

E. 1.1

Dem Erblasser steht es grundsätzlich frei, über sein Vermögen durch Zuwendungen zu Lebzeiten oder mit Verfügungen von Todes wegen nach seinem freien Willen zu verfügen. Um jedoch dem Erblasser besonders nahestehende Personen (Eltern, Ehegatten, direkte Nachkommen) vor dessen Willkür bzw. erheblicher Ungleichbehandlung zu schützen, ist die Verfügungsfreiheit des Erblassers durch das Pflichtteilsrecht eingeschränkt. Ein Erbe, dessen Pflichtteil nicht respektiert wurde, muss zur Durchsetzung seines Anspruchs die Herabsetzungsklage nach Art. 522 ff. ZGB erheben.

E. 1.2

Der verfügbare Teil, mithin diejenige Quote an der Erbschaft, über die der Erblasser frei verfügen kann, berechnet sich nach dem Stande des Vermögens zur Zeit des Todes des Erblassers (Art. 474 Abs. 1 ZGB). Massgebend zur Bewertung der Aktiven ist einzig der Verkehrswert, damit ist weder der Inventar- noch der Steuerwert massgebend; auch allfällige Bewertungsvorschriften des Erblassers haben keine Auswirkungen auf die Berechnung des Pflichtteils (BSK-STAEHELIN, N 2 zu Art. 474 ZGB). Dem Vermögen des Erblassers werden Zuwendungen unter Lebenden, soweit sie der Herabsetzungsklage unterliegen, hinzurechnet (Art. 475 ZGB). Die Hinzurechnung erfolgt unabhängig vom Willen des Erblassers. Sofern lebzeitige Zuwendungen die Pflichtteilsansprüche der gesetzlichen Erben verletzen würden, wären sie erst zum Zeitpunkt des Todes vollzogen

worden, gelten sie als herabsetzbare Zuwendungen, welche zur Berechnungsmasse hinzugerechnet werden. Die Hinzurechnung erfolgt unabhängig davon, ob tatsächlich eine Rückleistungspflicht besteht, einzige Voraussetzung ist, dass es sich dabei um eine der Herabsetzung gemäss Art. 527 f. ZGB unterliegende Verfügung handelt (BSK-STAEHELIN, N 3 zu Art. 475 ZGB). Herabgesetzt wird nur, bis der Pflichtteil aufgefüllt ist. Somit sind bei der Berechnung der massgebenden Erbmasse alle herabsetzbaren Zuwendungen hinzuzurechnen, die Zuwendungen hingegen nur insoweit tatsächlich herabzusetzen, bis die Pflichtteilsrechte wieder hergestellt sind. Bei mehreren Zuwendungen an einen begünstigten Erben gilt, dass die späteren vor den früher erfolgten Zuwen-

- 19 - dungen herabgesetzt werden (Art. 532 ZGB; vgl. DRUEY, Grundriss des Erbrechts,

E. 1.3

Die lebzeitigen Zuwendungen, welche der Herabsetzung unterliegen, sind zu dem Wert hinzuzurechnen, den die zugewendeten Vermögenswerte im Zeitpunkt des Todes des Erblassers hatten; unmassgebend ist der Zeitpunkt der Zuwendung. Bei gemischten Schenkungen muss der Wert in eine entgeltlich und eine unentgeltlich zugewendete Quote aufgeteilt werden. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist hierbei die Quotenmethode anzuwenden, wobei diejenige Quote des Werts zum Zeitpunkt des Todes hinzugerechnet werden muss, welche der Quote entspricht, zu welcher der Begünstigte den Vermögenswert seinerzeit unentgeltlich übertragen erhielt (vgl. BGE 98 II 363, BGE 116 II 676, BGE 120 II 422).

E. 1.4

Hat sich der Erblasser in zulässiger Weise einer Sache entäussert, so befindet sich diese nicht mehr in seinem Eigentum. Ein nach seinem Tod ergangenes Herabsetzungsurteil ändert daran nichts, sondern bewirkt lediglich die Pflicht zur Rückerstattung eines bestimmten Wertes und nicht etwa den Rückfall der Sache selbst an den Klageberechtigten (vgl. BGE 98 II 351). Der Herabsetzungsanspruch ist damit obligatorischer und nicht dinglicher Natur. Die Erblasserin hat mit öffentlich beurkundetem Abtretungsvertrag vom 22. März 1989 dem Beklagten die Liegenschaft rechtsgültig abgetreten (act. 6/11); der Beklagte ist denn auch nunmehr als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen (act. 6/13). Der Kläger hat damit keinen Anspruch darauf, dass der Beklagte die Liegenschaft wieder in natura in die Erbmasse einbringt.

E. 1.5

Mio. (act. 142/1). dd) Der Architekt (und nachmalige Zeuge) Zeuge 3 erstellte im Auftrag des Klägers am 27. März 1986 einen Schätzungsbericht, in dem er den Verkehrswert der damals noch im Eigentum der Erbengemeinschaft stehenden Liegenschaft mit CHF 4'500'000.00 bezifferte (act. 142/1). In den Schlussbemerkungen hielt er fest, dass der Liebhaberwert etwa CHF 500'000.00 über dem Verkehrswert liegen dürfte und die Altersentwertung im Kubikmeterpreis berücksichtigt worden sei (act. 142/2, 8. Seite). ee) Gemäss Erbteilungsvertrag vom 31. Oktober 1986 übernahm die Erblasserin die Liegenschaft nach einer zwischen ihr und dem Kläger durchgeführten privaten Steigerung zum Zuschlagspreis von CHF 3.11 Mio. (act. 6/6). In dessen

- 32 - Ziff. V erklärten die Erblasserin und der Kläger unwiderruflich, das Ergebnis der Versteigerung endgültig und als für sie rechtsverbindlich anzuerkennen (act. 6/6 S. 4 Ziff.

V). ff) Dem Schreiben der I. AG, offenbar die damalige Verwalterin der Liegenschaft (vgl. act. 136), vom 1. Juli 1988 entnimmt man, dass die Erblasserin diese Firma am 30. Juni 1988 telefonisch beauftragt hatte, Offerten für eine umfassende Renovation der Liegenschaft einzuholen (act. 137/3). gg) Am 31. Oktober 1988 wurde die ZKB vom Beklagten (act. 149/1) mit der Ausarbeitung einer Verkehrswertschätzung beauftragt, mit Hinweis auf den mit der T. bis 31. Dezember 1991 laufenden Mietvertrag, den Gesamtmietzins für die Liegenschaft (inkl. Garagen) von CHF 172'000.00 netto p.a. und die dringenden Reparaturen, Erneuerungs-, Sanierungs- und Unterhaltsarbeiten an Dach, Fassade, Keller, Heizanlage, Garten und Garage von CHF 600'000.00 in den kommenden Monaten sowie für Rückstellungen für Dach- und Spenglerarbeiten von CHF 300'000.00 (act. 72/5 = 142/15). Im Schätzbericht der ZKB vom 12. Dezember 1988 wurde der Verkehrswert der Liegenschaft mit CHF 3.4 Mio. veranschlagt. Dabei wurde darauf hingewiesen, dass die Konstruktion nicht in allen Teilen den heutigen (bzw. damaligen) Anforderungen entspreche. Weiter wurden die feuchten Kellerwände sowie das Dach als sanierungsbedürftig bemängelt. Schliesslich wurde festgehalten, dass die Mietzinse mit jährlichen CHF 172'000.00 eher günstig seien und nach Ablauf des Mietvertrags Ende Dezember 1991 wesentlich höhere Mietzinse erhältlich sein dürften (act. 35/1 = 142/16). hh) Am 22. März 1989 trat die Erblasserin die Liegenschaft für CHF 3.4 Mio. an den Beklagten ab (act. 6/11). ii) Gemäss act. 142/3-6 liess der Beklagte am 14. Juli 1989 zu Lasten der Liegenschaft vier Eigentümerschuldbriefe im Gesamtbetrag von CHF 3 Mio. errichten. Am 24. April 2002 folgte ein weiterer im Umfang von CHF 124'000.00 (act. 142/7).

- 33 - jj) Das Steueramt der Stadt Zürich ermittelte am 6. Juli 1990 für das Steuerjahr 1989 für die Liegenschaft einen Steuerwert von CHF 1'855'000.00 (act. 137/1), für das Steuerjahr 1993 am 22. Dezember 1992 einen solchen von CHF 2'193'000.00 (act. 137/2). kk) Eine vom Hauseigentümerversband am 15. August 2001 zuhanden der Bank Coop AG erstellte Verkehrswertschätzung ergab einen Verkehrswert von CHF 5'540'000.00. Die Liegenschaft wurde als "architektonisch sehr ansprechende, ehemals herrschaftliche Villa an gesuchter Lage für Büronutzung" bezeichnet. Sodann wurde festgehalten, dass sich aufgrund der gegenwärtigen (2001) Marktlage nach gleichen Objekten im freien Verkauf voraussichtlich ein Verkaufspreis von ca. CHF 6 Mio. erzielen lassen dürfte (act. 72/3/1). ll) Im Liegenschaftsverzeichnis der Steuererklärung 2002 wurde für die Liegenschaft in Zürich vom Beklagten ein Verkehrswert von CHF 5'390'000.00 deklariert. Die Mieterträge wurden mit CHF 392'762.00 angegeben, der Aufwand für effektive Unterhalts- und Verwaltungskosten mit CHF 30'815.00 (act. 72/3/2). mm) Der Schätzbericht des Hauseigentümerversbands vom 24. März 2004 gibt den Verkehrswert der Liegenschaft per 1. April 1989 mit CHF 5'344'000.00, bei Berücksichtigung der neu abgeschlossenen Mietverträge gar mit CHF 6'850'000.00 an (act. 85/2 S. 3). Per 26. September 2002 erfolgte eine Aktualisierung der Bewertung per 1. April 1989, wobei der Hauseigentümerversband den Verkehrswert aufgrund effektivem Mietertrag und ohne Zuschlag von 15% für den repräsentativen Jugendstilbau mit CHF 7'142'000.00 angab (act. 142/9). Zur Wertveränderung wurde festgehalten: Nachdem 1990/91 die Preise für Geschäftsflächen ihren Höchststand erreicht hätten, seien diese aufgrund der einschneidenden Rezession Mitte der 1990-er Jahre im Jahre 1998 auf einen Tiefstand gefallen. In den danach folgenden Jahren habe sich der Markt wieder erholt, 2002 jedoch noch nicht das Niveau von 1989 erreicht. Dank der festen und indexierten Mietverträge mit der T. sowie anschliessend mit der Bank M.M. Warburg (Schweiz) AG habe die Liegenschaft während

der Rezessionsphase sogar eine Ertragsverbesserung zu verzeichnen gehabt, was den Verkehrswert nochmals erhöht habe. Die Hypothekarzinsen (Referenzzinssatz ZKB) seien in der

- 34 - gleichen Zeit von 5% (April 1989) auf einen Höchststand von 7% (1. August 1992) gestiegen und danach auf 4% im Bewertungszeitpunkt gesunken (act. 142/9 S. 3). nn) Das Steueramt der Stadt Zürich, Hauptabteilung Grundsteuern, bestätigte am 22. Juni 2004 die Anfrage des beklagten Rechtsvertreters vom 21. Juni 2004 betreffend die Liegenschaft, wonach das Amt den vereinbarten Übernahmepreis von CHF 3'400'000.00 bei der Abtretung vom 22. März 1989 als dem damaligen Verkehrswert entsprechend eingestuft, im Hinblick auf die teilweise Tilgung des Übernahmepreises durch die unentgeltliche Zuwendung der Abtreterin an den Erwerber in der Höhe von CHF 850'000.00 die Abtretung als gemischte Schenkung qualifiziert und dementsprechend mit Bezug auf diese Abtretung keine Grundstückgewinnsteuer veranschlagt habe (act. 72/11). oo) Am 26. November 1976 schlossen die Erbengemeinschaft Y. und die T. einen Mietvertrag für die feste Dauer von 10 Jahren. Der Mieterin wurde ein Recht eingeräumt, den Vertrag nach Ablauf der festen Mietdauer zu gleichen Bedingungen (Basiszins plus laufende Anpassungen) um höchstens 5 Jahre zu verlängern. Der Mietzins wurde auf CHF 100'000.00 festgelegt, dem Landesindex für Konsumentenpreise unterworfen und für in vierteljährlichen Raten zum Voraus zahlbar erklärt (act. 137/4). Mit Schreiben vom 16. Dezember 1985 übte die Mieterin ihr Optionsrecht aus und beantragte die Verlängerung um 5 Jahre, mit dem Hinweis, dass sie der guten Ordnung halber ihre bereits früher zum Ausdruck gebrachte feste Absicht an der Miete der Räume im 2. Stock wiederhole. Sie sei sich im Klaren darüber, dass das ihr in Ziffer 17 des Mietvertrags eingeräumte Vormietrecht für den Fall nicht gelte, dass Frau X. (die Erblasserin) diese Räume selber benutzen wolle. Sie sei im Übrigen in dieser Frage gegenwärtig (1985) mit Herrn B. (Beklagter) im Gespräch (act. 137/5). Am 17. Januar 1986 wies die T. (nochmals) schriftlich darauf hin, dass die Teppiche dringend ersetzt werden müssten; die anlässlich ihres Einzugs verlegten seien schon 9 Jahre alt, derjenige im Entrée und im Back Office noch um einige Jahre älter. Sie dürfe in diesem Zusammenhang sicher darauf hinweisen, dass die von ihr seit 1977 bezahlten Mietzinse insgesamt CHF 963'000.00 ausmachten

- 35 - und die Vermieterschaft während der bisherigen (damaligen) Dauer des Mietvertrags keinerlei Investitionen habe tätigen müssen oder Auslagen für Unterhalt und Reparaturen gehabt habe. Schliesslich unterbreitete sie der Erbengemeinschaft ein Angebot für die Miete unter Einbezug des 2. Stocks von neu CHF 190'000.00 statt CHF 150'000.00 wie bis dann (act. 137/6). Am 14. Januar 1988 unterbreitete der Beklagte der T. schriftlich die Berechnung der neuen, ab 1. April 1988 gültigen Miete. Die Neujahrswünsche verband er mit der Hoffnung, "dass das ehemals ungetrübte Mietverhältnis bald wieder aufleben wird" (act. 137/7). Am 24. Mai 1988 kündigte die Erblasserin den Mietvertrag per 31. Dezember 1991 zufolge Scheiterns der Gespräche (act. 137/8). Mit Schreiben vom 5. Juli 1988 an die T. hielt der Beklagte fest, dass das Mietverhältnis in der letzten Zeit durchaus nicht immer ungetrübtes gewesen sei, und nannte hierfür diverse Umstände (act. 137/9). Im Schreiben vom 3. September 1988 des Beklagten an die T. hielt dieser fest, dass seine Mutter (die Erblasserin) zurzeit nicht an einen Verkauf der Liegenschaft denke, es sei denn eine Traumofferte würde unterbreitet. Thematisiert wurde sodann eine allfällige, über die vertragliche Regelung hinausgehende Beteiligung an den von der T. getätigten Investitionen (act. 137/10). pp) Aus dem Schreiben der Erblasserin vom 24. Juni 1992 an

den Kläger entnimmt man, dass diese ihm ein Darlehen bis CHF 50'000.00 zu gewähren bereit war (act. 85/4). Im Schreiben vom 22. Juli 1992 der Erblasserin an den Kläger bringt die Erblasserin unter Beilage ihrer letztwilligen Verfügung vom 23. Februar 2001 ihr Befremden über das Verhalten des Klägers zum Ausdruck (act. 142/14). Auch im Schreiben der Erblasserin an den Kläger vom 13. Juli 1994, das zur Übergabe nach ihrem Tod durch den Anwalt bestimmt war, äussert die Erblasserin ihre Enttäuschung über "sein immer wieder schändliches Verhalten gegenüber seiner Familie" (act. 85/6). qq) Als Beweismittel offeriert wurden sodann die gutachterliche Äusserung von Prof. Dr. Peter Breitschmid vom 6. Oktober 2004 (act. 85/3) und die Berechnung des Nettonachlasses durch den Beklagten per 26. August 2004 (act. 72/4).

- 36 - d) Als Beweismittel wurde schliesslich beidseits die Edition diverser Unterlagen beantragt. Diese bzw. die entsprechenden Erklärungen für die Unmöglichkeit der Beibringung gingen aufforderungsgemäss wie folgt hier ein: aa) Editionen durch Beklagten: Mit Eingabe vom 13. März 2006 übermittelte der Beklagte zu Beweissatz I.5.2 betreffend die Investitionen von CHF 600'000.00 in die Liegenschaft einen Ordner mit Offerten (act. 161-162/1.1-1.22), einen Ordner mit Rechnungen und Zahlungsbelegen aus den Jahren 1988 bis 1992 mit dem Vermerk "Gesamtbetrag von CHF 370'107.00" (act. 163-164/2.1-2.54) sowie einen weiteren Ordner ebenfalls mit Rechnungen und Zahlungsbelegen aus den Jahren 1993 bis 1997 mit dem Vermerk "Gesamtbetrag von CHF 593'171.00" (act. 165-166/3.1-3.108). Weiter legte er die schriftliche Empfehlung von Zeuge 8 vom 2. November 1988 betreffend Steueroptimierung durch Schenkung im Original vor (act. 159/4). Diese war nicht an die Erblasserin, sondern an den Beklagten adressiert. Mit Bezug auf die geforderte Steuererklärung 1989 der Erblasserin mit Hilfsblatt C betreffend die Liegenschaft liess der Beklagte mitteilen, dass diese nicht habe aufgefunden oder vom Steueramt erhältlich gemacht werden können, was wohl den Grund darin habe, dass die Erblasserin damals in Italien Wohnsitz gehabt habe. Das Steueramt habe ihm lediglich einen Ausdruck über die weiterhin gespeicherten Steuerwerte betreffend die Liegenschaft übermitteln können (act. 157 S. 4). Diesem ist ein Steuerwert für das Einschätzungsjahr 1989 von CHF 1'855'000.00 zu entnehmen (act. 159/9).

- 37 - bb) Editionen durch ZKB Auf die Aufforderung zur Edition der Korrespondenz betreffend die von ihr am 12. Dezember 1988 vorgenommene Schätzung der Liegenschaft, insbesondere des Originals des Schätzungsauftrags vom 31. Oktober 1988, reichte die ZKB mit Schreiben vom 30. Januar 2006 (act. 149) die angeforderten Urkunden (act. 149/1; act. 149/2) zuzüglich ihres Begleitschreibens vom 13. Dezember 1988 an den Beklagten (act. 149/3) ein. Die erstgenannte Urkunde entspricht den bereits bei den Akten liegenden act. 72/5 = act. 142/5, die zweite den act. 35/1 = 142/16, wobei sich aus den ZKB-seitigen Unterlagen der Beklagte als Auftraggeber ergibt (act. 149/1-2). cc) Editionen durch T. Diese reichte nach Aufforderung zur Edition der Korrespondenz betreffend Investitionen von CHF 600'000.00 des Beklagten in die Liegenschaft das vom Beklagten im Namen der Erblasserin an die T. adressierte Kündigungsschreiben vom 24. Mai 1988 betreffend Mietvertrag über diese (act. 150/A) sowie einen Kostenvoranschlag von Tino Meier Innenarchitektur vom 19. März 1996 betreffend Umbau der Liegenschaft ein (act. 150/B). e) Schliesslich wurde ein gerichtliches Gutachten betreffend Verkehrswert der Liegenschaft zum Zeitpunkt der strittigen Abtretung sowie zum Zeitpunkt des Todes der Erblasserin beantragt und eingeholt. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2007 wurde H. von der Wüest & Partner AG mit der Ausarbeitung einer Verkehrswertschätzung der Liegenschaft

beauftragt. Zudem wurde dem Gutachter die Frage unterbreitet, ob sich anhand des Mietzinses im Zeitraum 1988/1989 Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchem Verkehrswert die Vermieterin damals ausgegangen sei (act. 294). aa) Die historische Verkehrswertschätzung wurde am 20. Dezember 2007 erstattet (act. 312). Der Gutachter hielt darin abschliessend fest, dass für die Ermittlung der historischen Verkehrswerte der Ertragswert (Gewicht zweifach) und der Realwert (Gewicht einfach) gemäss den im Methodik-Kapitel erläuterten Mo-

- 38 - dellen und Aufnahmen bestimmt würden. Es sei keine dem heutigen Bewertungsstandard entsprechende DCF-Bewertung (Discounted Cashflow) vorgenommen worden. Für den Stichtag 22. März 1989 ermittelte er so einen Verkehrswert von CHF 5'429'000.00, für den 26. September 2002 einen solchen von CHF 6'887'000.00. Diese Marktwertschätzung (Verkehrswertschätzung) beruhe auf objektiven Kriterien und berücksichtige eine realisierbare Marktverkäuflichkeit. Darunter sei der freihändige Verkauf innert nützlicher Frist (ca. 12 Monate) zu verstehen. Es sei nicht auszuschliessen, dass ein Käufer allenfalls bereit sei bzw. gewesen sei, einen höheren Liebhaberpreis zu bezahlen. Der Zuschlag (Liebhaberwert) könne sich durchaus im Bereich von 10% bis 20% des Verkehrswertes bewegen (act. 312 S. 21). Basierend auf der Verlängerung des Mietvertrages mit einem deutlich höheren Mietzins von CHF 376'757.00 pro Jahr habe der Vermieter - unter Voraussetzung von minimalen Kenntnissen des Immobilienmarktes - im Jahre 1989 von einem Verkehrswert gemäss Schätzung (rund CHF 5.43 Mio.) ausgehen können. Da das relevante Schätzdatum aber am 22. März 1989 sei, die Verlängerung des Mietvertrags jedoch erst am 28. August 1989 abgeschlossen worden sei, und über die Immobilienmarktkenntnisse des Vermieters nichts bekannt sei, könne die Sicht des Vermieters in diesem Zeitraum nicht geschätzt werden (act. 312 S. 22). bb) Auf Antrag der Parteien wurden dem Gutachter am 15. April 2008 Ergänzungsfragen und ein Erläuterungsbegehren unterbreitet (act. 326). Dabei ging es einerseits um die Landwerte, andererseits um eine Verkehrswertberechnung unter Berücksichtigung weiterer Punkte bzw. bei Zugrundelegung einiger Hypothesen. Die entsprechende Ergänzung/Erläuterung des Gutachters datiert vom 28. Mai 2008 (act. 332). Soweit parteiseits die Zugrundelegung eines Mietzinses von CHF 172'000.00 pro Jahr gefordert wurde, wies der Gutachter darauf hin, dass das Mietpotential in dieser Zeit deutlich höher gelegen habe, sogar über dem per 28. August 1989 neu abgeschlossenen Mietzins von CHF 376'757.00. Die historische Ermittlung des Verkehrswertes, ohne Berücksichtigung des Mietpotenzials, ergebe keine marktgerechte und demzufolge - im Sinne der Erfüllung des Auf-

- 39 - trags - für den Gutachter keine zulässige Verkehrswertermittlung (act. 332 S. 2). Unter Berücksichtigung des zu Gunsten der Erblasserin bestehenden Wohnrechts reduzierte der Gutachter den Verkehrswert unter Angabe der diesfalls relevanten Kriterien auf CHF 5'226'600.00 (act. 332 S. 3). Zur Frage des Verkehrswertes unter Berücksichtigung des Landwertes allein gemäss Lageklassenmethode, eventuell des Mittelwertes des Landwertes gemäss Lageklassenmethode und Vergleichswerte für überbautes Land, meinte der Gutachter unter Hinweis auf die von ihm angewandte und seiner Ansicht nach bewährte Methodik, dass eine Landwertermittlung allein mit der Lageklassenmethode nicht den branchenüblichen Bewertungsgepflogenheiten entspreche und aus seiner Sicht für die Erfüllung des Auftrags somit nicht zielführend sei (act. 332 S. 4). f) aa) Im Zivilverfahren würdigt das Gericht die Beweise nach freier Überzeugung (§ 148 ZPO). Ob sich die feststellungsbedürftigen Tatsachen verwirklicht haben oder nicht, ist durch das Gericht im

Allgemeinen nach dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung zu entscheiden. Darnach darf und soll das Gericht nach Abnahme der erforderlichen Beweise nach seiner frei gebildeten Überzeugung darüber befinden, ob der Beweis für eine feststellungsbedürftige Tatsache geleistet oder gescheitert ist. Ein Beweis darf nicht nur dann als geleistet bezeichnet werden, wenn die zu beweisende Tatsache mit Sicherheit festgestellt ist. Ein Gericht kommt oft nicht umhin, sich mit einer blossen Wahrscheinlichkeit zu begnügen, die zwar den Zweifel nicht ausschliesst, ihn aber nach den Erfahrungen des Lebens nicht als berechtigt erscheinen lässt. Welches Mass von Wahrscheinlichkeit im Einzelfall zu fordern ist, hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (vgl. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 321 ff.). Wo direkte Beweismittel fehlen, sind auch Indizien, die erfahrungsgemäss Schlüsse auf den gesetzlichen Tatbestand erlauben, als indirekter Beweis in die Beweiswürdigung einzubeziehen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 148 ZPO i.V.m. N 2 zu § 133 ZPO). bb) Mit Bezug auf die nachfolgend zu würdigenden Aussagen der Zeugen ist vorab festzuhalten, dass alle unter der schweren Strafandrohung von Art. 307 StGB erfolgten (Prot. S. 82 ff. und S. 120 ff.), was es verbietet, leichthin von be-

- 40 - wussten falschen Aussagen auszugehen. Zudem ist zu beachten, dass sich die zentrale Frage um ein Ereignis dreht, das im Zeitpunkt der Einvernahmen rund 19 Jahre zurück lag. Eine allfällige Zurückhaltung im Aussageverhalten oder gewisse Erinnerungslücken sind daher gegebenenfalls primär dem Zeitablauf zuzuschreiben (vgl. einen entsprechenden Vorwurf des Klägers in act. 344 S. 12). Dies gilt umso mehr, als es sich um Belange handelt, welche die Zeugen nicht direkt betreffen. Aus obigen Ausführungen erhellt, dass lediglich die Zeugen 1, 2, 4, 8, 9 und

E. 2

Bei Erbteilungsklagen ist auch bei Einigkeit nicht nur der Umfang der Erbschaft, sondern sind darüber hinaus auch die Erbanteile festzustellen (vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, Zürich 2006, N 218 ff.; BSK-SCHAUFEL-BERGER/KELLER, N 4 zu Art. 604 ZGB).

- 12 - Aufgrund der übereinstimmenden Parteidarstellungen steht fest, dass die Parteien Erben der am 26. September 2002 verstorbenen X. sind und dass an der im heutigen Zeitpunkt noch unverteilter Erbschaft gemäss letztwilliger Verfügung vom 23. Februar 2001, mit welcher der Kläger auf den Pflichtteil gesetzt wurde, folgende Quoten bestehen (act. 6/18; act. 2 S. 20; act. 33 S. 2; Art. 457 Abs. 2 ZGB; Art. 471 Ziff. 1 ZGB): A. (Kläger): 3/8 B. (Beklagter): 5/8.

E. 2.1

a) Die vorliegend interessierenden Bestimmungen des Art. 527 ZGB zur Herabsetzung lauten wie folgt: Der Herabsetzung unterliegen wie Verfügung von Todes wegen Ziff. 1 die Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil, als Heiratsgut, Ausstattung oder Vermögensabtretung, wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind; [...] Ziff. 4 die Entäusserung von Vermögenswerten, die der Erblasser offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat.

- 20 - Der Herabsetzung ist die lebzeitige Abtretung eines Vermögenswertes dann unterworfen, wenn die Verfügung des nachmaligen Erblassers ganz oder teilweise unentgeltlich war. Dies trifft zu, wenn keine oder eine Gegenleistung von merklich geringerem Wert erbracht worden ist, so dass ein Missverhältnis besteht - mit anderen

Worten, wenn das Vermögen des zukünftigen Erblassers infolge der Zuwendung eine Einbusse erlitten hat, ihm kein ökonomisches Äquivalent für die Zuwendung zugeflossen ist (BGE 120 II 416, BGE 98 II 352; BGE 126 III 171). b) Der Anwendungsbereich von Art. 527 Ziff. 1 ZGB ist Gegenstand einer umfassenden Kontroverse geworden. Zusammengefasst geht eine Lehrmeinung davon aus, dass Ziffer 1 auf diejenigen Fälle ausgerichtet ist, wo ein Erbe durch Vorversterben, Ausschlagung etc. als Erbe ausfällt und aus diesem Grunde keine Ausgleichung stattfindet. Hier soll mangels Ausgleichung wenigstens die Herabsetzung möglich sein. Nach einer anderen, herrschenden Lehrmeinung, der auch das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung folgt, soll auch derjenige Fall unter Ziffer 1 subsumiert werden, welcher den Dispens, das heisst die Befreiung von der Ausgleichspflicht durch den Erblasser, betrifft (vgl. DRUEY, § 6 N 74 ff.; ZOLLER, S. 70 ff., beide mit umfangreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung; BK-TUOR, N 4 zu Art. 527 ZGB; BGE 107 II 119 E.3; BGE 126 III 171). Es besteht kein Anlass, von der herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche mit überzeugenden Argumenten für einen weiten Anwendungsbereich von Art. 527 Ziff. 1 ZGB und damit einen erhöhten Pflichtteilsschutz eintreten, abzuweichen. c) Nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB sind jene Zuwendungen herabzusetzen, die ihrer Natur nach gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB der Ausgleichung unterständen, ihr aber durch eine Verfügung des Erblassers entzogen worden sind. Nach der Rechtsprechung setzt die Ausgleichung bzw. Herabsetzung in objektiver Hinsicht voraus, dass eine unentgeltliche Zuwendung vorliegt, und in subjektiver Hinsicht, dass der Erblasser einen Zuwendungswillen hat (BGE 98 II 359; BGE 126 II 174 f). Dabei muss es sich um grössere und einmalige Zuwendungen handeln. Als entscheidendes Kriterium, ob eine Zuwendung unter Art. 626 Abs. 2 ZGB fällt, ist der Ausstattungskarakter der Zuwendung. Es ist zu prüfen, ob diese der

- 21 - Existenzbegründung, -sicherung oder -verbesserung dient (DRUEY, § 7 N 23, N 36). Bei einer gemischten Schenkung müssen die Parteien eine unentgeltliche Zuwendung in dem Sinn beabsichtigen, dass sie den Preis bewusst unter dem wahren Wert des Kaufgegenstandes angesetzt haben, um die Differenz dem Käufer unentgeltlich zukommen zu lassen. Eine (teilweise) unentgeltliche Zuwendung bzw. gemischte Schenkung liegt nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann vor, wenn zur Zeit des Vertragsabschlusses das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vom Erblasser tatsächlich erkannt worden ist; blosser Erkennbarkeit genügt nicht. In der Literatur wird denn auch praktisch einhellig verlangt, dass nebst der objektiven Voraussetzung des Vorliegens einer unentgeltlichen Zuwendung auch das subjektive Element des Vorliegens einer Zuwendungsabsicht gegeben sein müsse (vgl. BGE 98 II 359, 126 III 174 mit zahlreichen Hinweisen). Anzuführen bleibt, dass ein Freundschaftspreis jedoch noch keine gemischte Schenkung darstellt; die feine Grenzlinie verläuft also zwischen dem tiefen und dem zu tiefen Preis. Auch bei einer deutlichen Unterbewertung muss eine subjektive Schenkungsabsicht vorhanden sein (vgl. DRUEY, § 7 N 30).

E. 2.1.1

S. 552). Sie kann namentlich mit einer Ausgleichungsklage verbunden werden (BGE 123 III 49 E. 1a S. 50 ff.). Bei einer derartigen Vielfalt von möglichen Begehren und insbesondere bei vollständiger Teilung eines Nachlasses ist es oftmals schwierig oder gar unzutreffend, von Ob Siegenden und Unterliegenden zu sprechen, da ja letztlich jeder seinen Anteil erhält. Es kann deshalb gerechtfertigt sein, die Gerichtskosten auf alle Erben zu

verteilen. Der Entscheid liegt im Ermessen des Gerichts (Seeberger, Die richterliche Erbteilung, Diss. Freiburg i.Ü. 1992, S. 93; vgl. auch Tschümperlin, Grenze und Grenzstreitigkeiten im Sachenrecht, Diss. Freiburg i.Ü. 1984, S. 187). b) Über die Teilung der Erbschaft und auch über ihre Anteile von 3/8 und 5/8 sind sich die Erben von Beginn an einig gewesen. Zur Bestimmung des Prozessergebnisses müssen die Klagebegehren den urteilsmässig zuerkannten Erbanteilen gegenübergestellt werden bzw. mit der im Urteil festgestellten Teilungsmasse verglichen werden, wo die Höhe der Erbanteile unbestritten ist. Auszuge-

- 87 - hen ist vom zu teilenden Nachlass ("Nettonachlass"), der gemäss obigen Ausführungen CHF 862'552.65 beträgt. Beide Parteien haben eigene Begehren gestellt. Es sind damit zwei Prozessergebnisse zueinander in das richtige Verhältnis zu setzen. c) Der Kläger hatte einen zu teilenden Netto-Gesamtnachlasses von CHF 7'949'306.20 behauptet, der Beklagte einen solchen von ursprünglich CHF 74'662.42 (act. 72/4), den er nach durchgeführtem Beweisverfahren auf CHF 84'427.67 erhöhte (act. 343 S. 17). d) Unter Berücksichtigung der Erbanteile, der Differenzen des tatsächlich festgestellten Nachlasses zu den je ursprünglichen Begehren, aber auch der vom Kläger mit seinem Streitwert massiv in die Höhe getriebenen Gebührenansätze erscheint es unter Würdigung sämtlicher Faktoren angemessen, die Kosten zu 2/3 dem Kläger und zu 1/3 dem Beklagten aufzuerlegen. Der Kläger ist sodann zu verpflichten, dem Beklagten eine auf 1/3 reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

- 88 - Das Gericht erkennt: 1. a) Es wird festgestellt, dass sich der noch ungeteilte Nachlass der am 26. September 2002 verstorbenen X., verwitwet, geboren am 29. Januar 1918, von Zürich, wohnhaft gewesen Billeterstrasse 10, 8044 Zürich, 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 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.

- 89 - 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 abgetreten 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. Oswald bekannt gegeben. 5. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 34'140.00 zuzügl. 7.6 % MWSt. zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je als Gerichtsurkunde, sowie im Dispositiv an die Gerichtskasse.

- 90 - 7. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Bezirksgericht Zürich, Postfach, 8026 Zürich, erklärt werden. Der Vorsitzende Die juristische Sekretärin

E. 2.2

a) Der Kläger verlangt im Wesentlichen die Herabsetzung mit Bezug auf folgende, von der Erblasserin zu ihren Lebzeiten mit dem Beklagten getätigten Rechtsgeschäfte: – Abtretungsvertrag vom 22. März 1989 bezüglich der Liegenschaft (act. 6/11) – Leibrentenvertrag vom 26. Februar 1996 (act. 6/15) – Anhang zum Leibrentenvertrag vom 28. Juli 1999 (act. 6/16). Zum Verhältnis der Parteien zur Erblasserin führte der Kläger ins Feld, die Erblasserin habe sich nach seiner Heirat mehr und mehr von ihm abgegrenzt. Die Erblasserin habe sich vermehrt mit dem Beklagten identifiziert, welcher es immer wieder geschafft habe, sie zu umgarnen und ihr zudienlich zu sein, sei es durch juristische Ratschläge oder durch Handreichungen in Verwaltungsbelangen (act.

- 22 - 2 S. 13 f.). In der Stellungnahme zu den Duplikbeilagen führte der Kläger aus, die Erblasserin sei vom Beklagten fremdgesteuert gewesen, vom Beklagten gezielt gegen ihn - den Kläger - aufgehetzt worden, so dass sie bereit gewesen sei, alles zu tun, um ihn zu umgehen (act. 83 S. 17). Die Erblasserin habe den Beklagten schon früh mit verschiedenen Darlehen über Wasser gehalten, so 1969 und 1970, ihn hingegen erniedrigt, als er in einer schwierigen Situation [1992] um mütterliche Hilfe ersucht habe (act. 2 S. 15; act. 6/8; act. 6/9a+b). Der Beklagte habe es verstanden, die Erblasserin zu seinem Nachteil zur Entledigung ihres gesamten Vermögens zu bewegen (act. 2 S. 16). Dies habe mit der Abtretung der Liegenschaft begonnen und habe sich mit dem Leibrentenvertrag sowie dessen Anhang fortgesetzt (act. 2 S. 16 ff.). Wie sehr die Erblasserin ihn gehasst habe, gehe aus ihrem Schreiben vom 13. Juli 1994 hervor (act. 2 S. 28; act. 6/23). Des weiteren wiederholt der Kläger etwas redundant den an die Adresse des Beklagten gerichteten Vorwurf der gezielten, geplanten und professionellen Benachteiligung von ihm bzw. der Bereicherung des Beklagten aus dem Nachlass (z.B. act. 60 S. 7 f., S. 9; act. 60 S. 28, S. 29, S. 42). Der Beklagte sei persönlicher Berater und Bevollmächtigter der Erblasserin gewesen. Diese habe keine rechtsgeschäftliche Entscheidungen bzw. Handlungen vorgenommen, ohne den Beklagten zu konsultieren und seine Empfehlungen zu respektieren, weshalb alle Handlungen der Erblasserin 1:1 dem Beklagten anzurechnen seien (act. 60 S. 8). b) Der Beklagte bestreitet die Benachteiligung des Klägers bzw. die durch ihn beschriebene Beziehung der Parteien zur Erblasserin. So habe die Erblasserin dem Kläger noch 1992 ein Darlehen gewährt, obwohl sie ihm früher schon mehrmals Geld gegeben habe (act. 33 S. 8 f.). Die Erblasserin habe sich ihres Vermögens nicht entledigt, sondern in Ermangelung einer Pensionskasse davon gelebt, soweit die AHV-Zahlungen und seine Zinszahlungen nicht dazu ausgereicht hätten (act. 33 S. 10). Der Kläger habe 1974 aus dem Nachlass Y. CHF 500'000.00 sowie wertvolle Bilder, antike Möbel, Gemälde

sowie einen Steinway-Flügel erhalten (act. 33 S. 7).

- 23 -

E. 2.3

Was die verlangte Edition diverser Unterlagen - namentlich Steuer- erklärungen des Beklagten sowie Kontoauszüge der Erblasserin vor 1992 - be- trifft, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die prozessuale Edition erst im Beweisverfahren verlangt werden. Voraussetzung ist indessen auch hier, dass im Hauptverfahren hinreichend konkrete Behauptungen aufgestellt wurden. Die Edi- tion bezweckt nicht, zusätzliche Informationen zu beschaffen, sondern einzig die Beweisführung. Die Anordnung der Edition von Urkunden, welche sich im Besitz der Gegenpartei befinden, kann mit anderen Worten nur gestützt auf konkrete, im Hauptverfahren vorgebrachte Tatsachenbehauptungen erfolgen, ansonsten die Edition der unzulässigen Ausforschung der Gegenseite dienen würde. Nun weist der Kläger zwar wiederholt, aber stets in allgemeiner Form darauf hin, dass der Beklagte sämtliche relevanten Urkunden vorzulegen habe, aus wel- chen der Geldfluss zwischen ihm und der Erblasserin hervor gehe. Der Kläger stellt keine konkreten Tatsachenbehauptungen auf, welche sich als Grundlage ei- ner Editionsspflicht eignen würden. Die blossе Behauptung, der Beklagte habe sich aus dem Vermögen der Erblasserin bedient bzw. diese habe ihr gesamtes Ver- mögen zu Gunsten des Beklagten verschoben, ist in dieser pauschalen Form nicht zu hören. Ohne konkrete Anhaltspunkte, welche den Vorwürfen des Klägers an die Adresse des Beklagten zu einer gewissen Substanz verhelfen würden, kommt eine gerichtliche Edition nicht in Frage. Soweit sie im Rahmen der Be- weisantrittungsschrift verlangt wurde, wurde dem Antrag Folge geleistet (act. 144).

E. 3

Unbestritten ist weiter, dass sich im Nachlass der Erblasserin im Zeit- punkt ihres Ablebens Aktiven von CHF 132'115.00 sowie Passiven von CHF 23'397.00 befanden, mithin ein Reinvermögen von CHF 108'718.00 (vgl. act. 6/20a), wobei zu den Aktiven aus Sicht des Klägers freilich zufolge der Herabset- zung verschiedener, von der Erblasserin zu deren Lebzeiten an den Beklagten ausgerichteten Zuwendungen von gesamthaft CHF 7'840'562.20 hinzuzurechnen sind (act. 2 S. 32). B. Auskunfts-, Informations- bzw. Offenlegungspflicht

E. 3.1

In der Duplik beziffert der Beklagte, welcher von der Erblasserin als de- ren Willensvollstrecker eingesetzt worden war, die Todesfallkosten (inkl. Willens- vollstreckerhonorar) auf CHF 42'745.80 (act. 70 S. 7; act. 72/4). Der Kläger be- stritt zwar in seiner Stellungnahme zu den Duplikbeilagen die vom Beklagten er- stellte 'Aufstellung Nettonachlass', jedoch in erster Linie im Hinblick auf weitere vermutete Aktiven bzw. verschwiegene Zuwendungen der Erblasserin an den Be- klagten (act. 83 S. 18 f.). Im Rahmen der Referentenaudienz konkretisierte der Kläger indessen seine Bestreitungen und erklärte, die nach dem Ableben der Erb- lasserin erfolgten Vergütungsaufträge gemäss act. 72/4 sowie das vorläufig vom Beklagten geforderte Willensvollstreckerhonorar würden nicht anerkannt, da nicht klar sei, wofür die einzelnen Zahlungen erfolgt seien, weshalb bestritten werde, dass es sich um Todesfallkosten handle (Prot. S. 36 f.).

E. 3.2

Nach Art. 474 Abs. 2 ZGB sind bei der Berechnung des verfügbaren Teils vom Vermögen des Erblassers dessen Schulden (Erbenschaftsschulden), die Auslagen für das Begräbnis, für die Siegelung und Inventaraufnahme in Abzug zu bringen. Abzuziehen sind demnach neben den Erbenschaftsschulden auch die Erbgangsschulden (vgl. BSK-STAEHELIN, N 10 f. zu Art. 474 ZGB). Unter die Erbgangsschulden, welche für die Berechnung der Pflichtteile bzw. des Nachlasswerts zu berücksichtigen sind, fällt einerseits das Willensvollstreckerhonorar. Andererseits sind auch diejenigen Vergütungen zu Lasten des

- 79 - Kontos der Erblasserin als Erbgangsschulden zu beachten, welche durch den Tod der Erblasserin ausgelöst wurden bzw. werden, so zum Beispiel Begräbniskosten, Grabunterhaltskosten, übliche Spenden für Wohltätigkeitszwecke, Kosten des Inventars, Mietzinsen, bis der Mietvertrag aufgelöst werden kann etc. (vgl. BSK-STAEHELIN, N 12 zu Art. 474 ZGB; DRUEY, § 13 N 53 f.). Grundsätzlich kann die Erbschaft geteilt werden, ohne dass sämtliche Verbindlichkeiten des Erblassers bzw. der Erbschaft beglichen werden müssen, hatten doch die Erben ohnehin während fünf Jahren nach der Teilung solidarisch weiter (Art. 639 ZGB). Grundsätzlich sollten jedoch die Erben diese Verbindlichkeiten (abgesehen z.B. von Grundpfandschulden) vor der Teilung der Erbschaft erledigen. Es gehört daher auch zu den Aufgaben des Willensvollstreckers, dass er für die Erledigung dieser offenen Verbindlichkeiten sorgt (DRUEY, § 16 N 13).

E. 3.3

a) Im Steuerinventar vom 11. Oktober 2002 werden gestützt auf die damaligen Auskünfte der Parteien betreffend Feststellung der Vermögensverhältnisse der Erblasserin Aktiven von CHF 132'115.00 sowie Passiven von CHF 23'397.00 aufgeführt (act. 6/20a). Der Beklagte hat die in act. 72/4 aufgelisteten Vergütungsaufträge kraft seines Amtes als Willensvollstrecker vorgenommen und macht nun geltend, dass sich der Nettonachlass um diese Todesfallkosten (Vergütungsaufträge und Willensvollstreckerhonorar) vermindert (act. 70 S. 7 Ziff. 6). Da er eine Verminderung der im Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs festgestellten Vermögenswerte geltend macht, welche den Anspruch des Klägers schmälern, war er dafür beweispflichtig. Ebenso musste der Beklagte das von ihm in Abzug gebrachte Willensvollstreckerhonorar beweisen. b) Vom Beklagten zu beweisen waren somit einerseits die von ihm im Umfang von CHF 27'055.80 geltend gemachten (act. 72/4), von ihm angeblich veranlassten Zahlungen zu Lasten des ZKB-Kontos der Erblasserin X. (Beweissatz II.4), und dass diese durch den Tod der Erblasserin ausgelöst wurden bzw. damit im Zusammenhang standen (Beweissatz II.5). Die genannten Zahlen finden sich grundsätzlich in den nachfolgenden Belastungsanzeigen: - 7. Oktober 2002 CHF 9'765.25 (act. 72/4, Blatt 3; act. 168/5/7/1-9)

- 80 - - 31. Oktober 2002 CHF 9'802.90 (act. 72/4, Blatt 4; belegt im Umfang von CHF 37.65,) - 5. November 2002 CHF 7'469.15 (act. 72/4, Blatt 5; 168/5/6/1-10; belegt im Umfang von CHF 6'644.15, d.h. ohne Belastung von CHF 825.00 zug. Dr. med. Heinrich Gattiker) - 7. Januar 2003 CHF 4'048.00 (act. 72/4, Blatt 7; 168/5/5/2) - 7. Februar 2003 CHF 914.40 (act. 72/4, Blatt 8; 168/5/4/1-) - 25. März 2003 CHF 6'932.00 (act. 72/4, Blatt 9; act. 168/5/3/1-5) - 10. Juni 2003 CHF 164.05 (act. 72/4, Blatt 10; act. 168/5/2/1-2) - 29. Oktober 2003 CHF 11'357.05 (act. 72/4, Blatt 12; act. 168/5/1/1/1-4) Zu beachten ist, dass es sich bei der Vergütung vom 31. Oktober 2002 lediglich um eine Belastung von CHF 37.65 handelt, der Betrag von CHF 9'802.90 mithin die Summe aus diesem (CHF 37.65) und der ersten Belastung (CHF 9'765.25) darstellt, was vom Beklagten denn auch entsprechend berichtet wurde (act. 135 S. 9; act. 343 S. 17). Bei der weiteren Frage, ob

damit effektiv Todesfall- und -folgekosten gedeckt wurden, ist zu beachten, dass der Begriff Erbgangsschulden ein rechtlicher ist, weshalb es grundsätzlich dem Gericht überlassen ist zu befinden, ob geltend gemachte Schulden Erbgangsschulden sind oder nicht. Die Bestreitung des Klägers zielte jedenfalls sinngemäss darauf ab, der Beklagte habe zu Lasten des Kontos der Erblasserin nicht deren Rechnungen bezahlt, sondern in die eigene Tasche gewirtschaftet. Aus den oben angeführten Belegen scheint einerseits die Erblasserin als (lebzeitige) Bezügerin von Dienstleistungen auf, so in Form von Behandlungen durch Ärzte, Kliniken, Treuhand- und Sekretariatsarbeiten, Rechtsvertretung, Aufenthalt im Pflegeheim, Bezug von Medikamenten, Strom, Empfang von Fernsehen. Die weiteren Unterlagen weisen einen Bezug zu ihrem Tod und den Todesfallfolgekosten auf, finden sich doch jeweils Hinweise auf Abdankung, Todesanzeigen, Danksagung, aber auch auf den Grabstein, die Grabpflege und den Grabunterhalt, dies auch im Zusammenhang mit vorverstorbenen Angehörigen der Familien Zucker und Flückiger, was die Annahme rechtfertigt, die Erblasserin habe sich lebzeitig für den entsprechenden Unterhalt verantwortlich gezeigt (act. 168/5/1/1/1; act. 168/5/1/4e). Keine Detailbelege und keine Anhaltspunkte finden sich für die am 6. November 2002 zugunsten von Dr. med. Heinrich Gattiker im Umfang von CHF 825.00 erfolgte Vergütung. Damit sind die im Umfang von CHF 50'452.80 ursprünglich behaupteten

- 81 - Vergütungen zahlenmässig und inhaltlich nachgewiesen im Gesamtbetrag von CHF 39'862.55 (CHF 50'452.80 - CHF 9'765.25 - CHF 825.00). Abzüglich der offenen Rechnungen per Todestag gemäss Steuerinventar von CHF 23'397.00 (act. 72/4) belaufen sich die vom Beklagten veranlassten Vergütungen somit auf CHF 16'465.55. Der zu teilende Nachlass ist um diesen Betrag zu reduzieren. c) Vom Beklagten zu beweisen war schliesslich, dass ihm im Rahmen des Willensvollstreckermandats die behaupteten Aufwendungen entstanden sind. Diese werden in der als "Tätigkeitsnachweis" genannten handschriftlichen Auflistung für die Zeit ab 28. Oktober 2002 festgehalten (act. 137/5) und/oder den Auszügen aus der Agenda 2002/2003 des Beklagten (act. 159/7). Zudem werden sie untermauert durch die nachfolgenden Belege: - 04.10.02 Vergütungsauftrag ZKB 30 Min. (act. 170/6/26) - 28.10.02 Sendung Supra 10 Min. - 04.11.02 Vergütungsauftrag ZKB 30 Min. (act. 170/6/24) - 18.12.02 Brief an Steueramt, Abt. f. Inventarisierung 15 Min. (act. 170/6/16) - 20.12.02 Ortstermin ob. Friesenberg, Hr. Langer 60 Min. (act. 170/7/7; act. 159/7) - 06.01.03 Vergütungsauftrag ZKB 20 Min. (act. 170/6/23) Tel. und Fax Mürset 15 Min. (act. 170/6/8) - 08.01.03 Besuche bei Koller, Schuler, Di Leonardo 180 Min. (act. 170/6/1-2; act. 170/6/12-13; act. 159/7) - 13.02.03 Besuch Schuler 60 Min. (act. 170/6/14; act. 159/7) - 03.03.03 Brief Schuler 15 Min. (act. 137/5) - 05.03.03 Brief ZKB 15 Min. (act. 170/6/17) - 20.03.03 Vergütungsauftrag ZKB 20 Min. (act. 170/6/20) - 01.04.03 Besuch Di Leonardo 90 Min. (act. 159/7) - 10.04.03 Unterlagen an Steueramt inkl. Abklärungen 60 Min. - 14.04.03 Unterlagen an Steueramt inkl. Abklärungen 120 Min. (act. 170/6/15) - 03.06.03 Brief R.M.Z. 15 Min. (act. 170/6/31) - 06.06.03 Vergütungsauftrag ZKB 20 Min. (act. 170/6/19) - 10.06.03 Wagenmiete E. Frey und Umzug 120 Min. Spesen Wagenmiete und Benzin CHF 140.00 (act. 170/6/6) - 22.09.03 Brief Memor 15 Min. (act. 170/6/7) - 15.07.03 Antwortbrief an R.M.Z. 20 Min. (act. 170/6/28) - 04.08.03 Brief Erdgas ZH 10 Min. (act. 170/6/3) - 21.10.03 Vergütungsauftrag ZKB 20 Min. (act. 170/6/18) Porti, Telefon, Fax (etc., pauschal) CHF 150.00 Die Handnotizen des Beklagten (act. 137/5 und 159/7) sind zwar grundsätzlich als Parteibehauptungen zu qualifizieren. Allerdings hat auch der Kläger als Beweismittel die Edition von "Tagessheets" für die Zeit vom 4.10.02 bis 21.10.03,

- 82 - durch den Beklagten (soweit er solche führte) und Aufzeichnungen bezüglich dessen Bemühungen als Willensvollstrecker (im Original) und dessen Agenden offeriert (act. 140 S. 29). Offenbar ging somit auch er davon aus, dass Aufwendungen primär so erfasst werden, d.h. durch eigene Notizen des Beauftragten. Die handschriftlich verbuchten Bemühungen und Barauslagen werden durch die angeführten Belege untermauert. Bei diesen handelt es sich primär um Kopien von Zahlungsaufträgen, Korrespondenz mit Dritten, Notizen über Gespräche mit Dritten, welche einen Bezug zur Erblasserin und den Erbgang aufweisen, indem sie konkrete Veranlassungen widerspiegeln oder Rückschlüsse auf die mandats-typischen Aufgaben eines Willensvollstreckers zulassen. Lediglich für die zwei in Schrägschrift aufgeführten Aufwendungen finden sich keine weiterführenden Belege, weshalb sie als nicht nachgewiesen bezeichnet werden müssen. Der geltend gemachte Zeitumfang reduziert sich damit um 70 Minuten. Der Kläger hat betreffend das Willensvollstreckerhonorar den vom Beklagten berechneten Stundenansatz von CHF 150.00 nicht konkret bestritten. Bei der Bemessung der Vergütung, welche im Streitfall durch den ordentlichen Richter festzulegen ist, können kantonale oder ortsübliche Tarife bzw. Honoraransätze einzelner Berufsgattungen als Anhaltspunkte dienen, sind aber nicht verbindlich (BSK-KARRER, N 30 und 34 zu Art. 517 ZGB). Gemäss den im Jahre 2002 geltenden Honoraransätzen des Zürcher Anwaltsverbands (Ausgabe Januar 1998) lagen die tiefsten Stundenansätze normalerweise bei CHF 180.00 bis CHF 280.00. Durchführung von Willensvollstreckungen galten als besondere Fälle, bei denen auch andere Regelung getroffen werden konnten. Nun ist der Beklagte zwar kein Rechtsanwalt, dürfte aber als promovierter Jurist über einige Sachkenntnisse hinsichtlich der Verwaltung der Erbschaft verfügen. Der gewählte Stundensatz von CHF 150.00 erscheint daher angemessen, weshalb bei der Berechnung des Honorars davon auszugehen ist. Ein Pauschale von CHF 150.00 für Barauslagen ist in Anbetracht des ausgewiesenen Aufwands ebenfalls nicht zu beanstanden. d) Die Aufwendungen des Beklagten als Willensvollstrecker (act. 96/6) sind somit im Umfang von CHF 2'515.00 (890 Minuten à CHF 2.50, CHF 140.00

- 83 - Wagenmiete, CHF 150.00 Auslagenpauschale) ausgewiesen und beim Nachlass in Abzug zu bringen. 4. Zunächst ist die Erbmasse festzustellen, und zwar unter Berücksichtigung der verschiedenen Hinzurechnungen, wobei Letztere nachfolgend chronologisch - die älteste zuerst - aufgeführt sind. Die Aktiven sind dabei im Sinne der Dispositionsmaxime im Umfang des vom Beklagten zugestandenen Betrags von CHF 117'408.22 zu berücksichtigen (act. 72/4; act. 343 S. 17); das Total des Reinvermögens gemäss Steuerinventar vom 11. Oktober 2002, der Verkäufe aus dem Safe und der Gutschriften gemäss Konto-Auszügen ZKB würde lediglich CHF 115'074.12 betragen. Sodann sind die Erbansprüche und Zahlungsverpflichtungen festzulegen.

- 84 - Reinvermögen gemäss Steuerinventar vom CHF 117'408.22

E. 3.4

Mio. ./ CHF 402'000.00) hat der Kläger ebenfalls nicht bestritten; auch ist mangels anderer Hinweise davon auszugehen, dass die Liegenschaft bei der letzten massgebenden Handänderung den Verkehrswert gemäss Steuererklärung 1968 aufwies. Da überdies die letzte steuerrechtlich relevante Handänderung unbestrittenermassen damals mehr als zwanzig Jahre zurücklag, ist der massge-

- 66 - bende Grundstücksgewinn korrekt ermittelt worden, zumal keine der Parteien geltend machte, dass abzugsfähige Anlagekosten angefallen wären (vgl. § 166 ff aStG; § 220 Abs. 2

und § 221 StG). Demgegenüber bestreitet der Kläger die Behauptung des Beklagten, dass ohne die entsprechende unentgeltliche Zuwendung eine Grundstückgewinnsteuer von CHF 594'300.00 angefallen wäre (act. 70 S. 22). c) Gemäss 170 Abs. 1 aStG (entspricht § 225 Abs. 1 StG, jedoch mit veränderten Tarifen) betrug Grundstückgewinnsteuer im Jahre 1989: 10% für die ersten CHF 2'000.00 15% für die weiteren CHF 3'000.00 20% " " " CHF 4'000.00 25% " " " CHF 6'000.00 30% " " " CHF 10'000.00 35% " " " CHF 25'000.00 40% für die Gewinnteile über CHF 50'000.00. Bei einem Gewinn von CHF 2'998'000.00 betrug damit im Jahre 1989 die Grundstückgewinnsteuer CHF 1'193'900.00 (CHF 14'700.00 für die ersten 50'000.00, zuzüglich 40% für die Gewinnteile über CHF 50'000.00, mithin CHF 1'179'200.00). Da sich gemäss 170 Abs. 3 aStG (= § 225 Abs. 3 StGB) die anrechenbare Grundstückgewinnsteuer bei einer anrechenbaren Besitzesdauer von über 20 Jahren um 50% ermässigt, verbleibt noch ein Betrag von CHF 596'950.00. Der Beklagte errechnet die im damaligen Zeitpunkt mutmasslich geschuldete Grundstückgewinnsteuer aufgrund des heute geltenden Steuergesetzes, woraus der geltend gemachte Betrag von CHF 594'300.00 resultiert (vgl. 70 S. 22). Zwar entspricht dieser Betrag aufgrund des leicht angepassten Steuertarifs nicht ganz der tatsächlich im Jahre 1989 geschuldeten Grundstückgewinnsteuer, dies ändert aber nichts daran, dass aufgrund der geltenden Dispositionsmaxime in dieser Hinsicht nicht auf das höhere Quantitativ abzustellen ist. d) Dass ein Teil der unentgeltlichen Zuwendung von CHF 850'000.00 dazu diente, die latent auf der Liegenschaft lastenden Grundstückgewinnsteuern zu vermeiden, wurde einerseits durch die Aussagen des Zeugen 8 bestätigt (Prot. S. 138). Dieser hatte als Steuerberater dem Beklagten bereits im Jahre 1988 emp-

- 67 - fohlen, ein allfälliges Geschäft so zu gestalten, dass mindestens 25% des Verkehrswertes der Liegenschaft als Schenkung bzw. Erbvorbezug resultieren würden (act. 159/4). In diesem Umfang wurde die gemischte Schenkung schliesslich auch vom zuständigen Steueramt akzeptiert (act. 72/11). Damit ist davon auszugehen, dass das Vermögen der Erblasserin mit einer Grundstückgewinnsteuer von CHF 594'300.00 belastet worden wäre, wenn die Abtretung der Liegenschaft im März 1989 nicht als gemischte Schenkung qualifiziert worden wäre und damit die Grundstückgewinnsteuer ausgelöst hätte, ist doch nach § 162 aStG der Veräusserer steuerpflichtiges Subjekt. e) Eine Herabsetzung kommt wie bereits ausgeführt nur dann in Frage, wenn das belastete Erbe durch die massgebende Verfügung des Erblassers geschmälert wurde. Eine solche Schmälerung kann nur durch eine unentgeltliche Verfügung des Erblassers eintreten. Soweit nämlich der Erblasser für seine Verfügung eine Gegenleistung erhält, erleidet sein Vermögen wertmässig keine Einbusse (vgl. BGE 98 II 357). Der strittigen Zuwendung darf daher kein adäquater Vermögensvorteil für den Erblasser gegenüber stehen (GASS, Noch einmal: Untertiegen Schenkungen der Ausgleichung und der Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB? in BJM 2001 S. 238). Im Abtretungsvertrag wurde der Betrag von CHF 850'000.00 als unentgeltliche Zuwendung an den Beklagten deklariert und von der Erblasserin ausdrücklich festgehalten, dass diese Zuwendung von der Ausgleichungspflicht gemäss Art. 626 ZGB ausgenommen werden sollte (act. 6/11). Stellt sich die Frage, ob dieser Betrag nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB herabzusetzen ist, wovon dann auszugehen ist, wenn die Zuwendung von CHF 850'000.00 ohne die gegenteilige Anordnung der Erblasserin der Ausgleichung unterworfen wäre. Sofern der gesamte Betrag von CHF 850'000.00 ohne entsprechende Gegenleistung bzw. ohne adäquaten Vermögensvorteil für die Erblasserin dem Beklagten zugewendet wurde, ist ohne weiteres davon auszugehen, dass mit der unentgeltlichen Zuwendung von CHF 850'000.00 der Beklagte begünstigt

wurde und auch werden sollte. Insoweit war über die Zuwendungsabsicht der Erblasserin kein Beweisverfahren durchzuführen.

- 68 - Wenn der Beklagte ausführen lässt, ohne die entsprechende unentgeltliche Zuwendung wäre eine Grundstückgewinnsteuer von rund CHF 594'300.00 angefallen, und die Erblasserin habe unbedingt vermeiden wollen, dass sie diesen Betrag an den Staat abzuliefern habe (act. 70 S. 22), so macht er damit sinngemäss geltend, mit der unentgeltlichen Zuwendung sei die Erblasserin im Umfang der nicht anfallenden Grundstückgewinnsteuer von eben dieser Steuerverpflichtung befreit worden. Mit anderen Worten: Wäre im Abtretungsvertrag nicht ein Viertel des Abtretungspreises erlassen worden, hätte die Erblasserin den Betrag von CHF 594'300.00 als Grundstückgewinnsteuer abliefern müssen. Insoweit stand der Zuwendung an den Beklagten ein adäquater Vermögensvorteil - eben die Einsparung der Grundstückgewinnsteuer im genannten Umfang - gegenüber. Im Umfang von CHF 594'300.00 ist das Vermögen der Erblasserin und damit die mutmassliche Erbmasse durch die unentgeltliche Zuwendung nicht geschmälert worden, hätte doch ohne diesen 25%-igen Schenkungsanteil wie gesehen die anfallende Grundstückgewinnsteuer das Vermögen der Erblasserin um diesen Betrag geschmälert. Die vorliegende Konstellation ist zwar insofern eine besondere, als der Vermögensvorteil (bzw. die gesparte Steuer), den die Erblasserin durch die unentgeltliche Zuwendung an den Beklagten bewirken konnte, nicht aus dem Vermögen des Beklagten stammt. Mit anderen Worten hat die Erblasserin zwar durch die unentgeltliche Zuwendung von CHF 850'000.00 Grundstückgewinnsteuern von CHF 594'300.00 eingespart, da diese aber gegenüber dem Fiskus abzuliefern gewesen wären, ist der Beklagte durch die unentgeltliche Zuwendung dennoch um Umfang von CHF 850'000.00 begünstigt worden, ohne dass er eine Gegenleistung hätte erbringen müssen. Die Norm von Art. 527 ZGB dient aber nicht dazu, die Begünstigung eines Erben zu verhindern, sondern möchte die Benachteiligung des nicht zu Lebzeiten bedachten Erben rückgängig machen; in den meisten Fällen dürfte dieser Vorgang allerdings naturgemäss (Benachteiligung Erbschaft und Begünstigung eines Erben) zusammenfallen. Wenn nun aber wie vorliegend zwar ein Erbe durch eine Zuwendung begünstigt wurde, jedoch das Substrat der Erbmasse dadurch keine Schmälerung erfahren hat, so ist die Zuwendung insoweit nicht herabsetzbar, da keine Benachteiligung des nicht bedach-

- 69 - ten Erben vorliegt. Wäre nämlich die Liegenschaft vollumfänglich entgeltlich an den Beklagten abgetreten worden, so hätten sich die Aktiven der Erblasserin zwar um den nunmehr unentgeltlich zugewendeten Betrag von CHF 850'000.00 erhöht, gleichzeitig sich aber deren Passiven durch die Grundstückgewinnsteuer um den Betrag von CHF 594'300.00 vermindert. Im Betrag von CHF 594'300.00 ist daher die Herabsetzung der unentgeltlichen Zuwendung nicht möglich. f) Im Differenzbetrag von CHF 255'700.00 ist die unentgeltliche Verfügung dagegen nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB herabzusetzen. Zwar steht fest, dass die steuerlichen Vorteile, welche angesichts der vorstehenden Erwägungen nicht von der Hand zu weisen sind, durchaus ein gewichtiges, wenn nicht gar ausschlaggebendes Motiv für die im Rahmen der Abtretung der Liegenschaft an den Beklagten von der Erblasserin vorgenommene unentgeltliche Zuwendung gewesen sein dürften. Auch ist aufgrund der Praxis der Steuerbehörden klar, dass die unentgeltliche Zuwendung 25% des Abtretungspreises betragen musste und die gesamte Grundstückgewinnsteuer auch dann angefallen wäre, wenn die unentgeltliche Zuwendung nur der Höhe der Steuerbelastung entsprochen hätte. Für die Bejahung des Herabsetzungstatbestandes ist aber nicht

erforderlich, dass die Benachteiligung eines Pflichterben primäres Ziel der Vermögensverfügung war; es genügt, wenn die Zuwendung des Erblassers auch nur als Nebeneffekt auftritt und der Erblasser wissen musste, dass die Begünstigung des Empfängers nicht ohne die Verletzung eines Pflichterben möglich war (vgl. auch ZOLLER, Schenkungen und Vorempfänge als herabsetzungspflichtige Zuwendungen, unter besonderer Berücksichtigung des Umgehungstatbestandes, Zürich 1998, S. 101, mit Verweis auf BGE 45 II 371). g) Der Beklagte wendet zwar ein, dass der Erlass der Abtretungsforderung um CHF 850'000.00 nicht zum Nennwert zu nehmen sei, weil im Hinblick auf den grundstückgewinnfreien Erwerb das Grundstück nun zu Lasten des Beklagten mit einer aufgeschobenen und damit latenten Grundstückgewinnsteuer belastet sei (act. 70 S. 22). Dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. So erhöhte sich die latente Steuerbelastung auf dem Grundstück auch durch die beiden Handänderungen innerhalb der Familie in den Jahren 1985 und 1986, ohne dass gel-

- 70 - tend gemacht wurde oder ersichtlich wäre, dass auch bei den damaligen Handänderungen die Erhöhung der steuerlichen Belastung in irgend einer Weise berücksichtigt oder abgegolten wurde. Überdies verwirklicht sich diese latente Steuerbelastung nur bei der Veräusserung der Liegenschaft, während eine im Rahmen einer Erbteilung oder eines Erbvorbezugs erfolgte Übertragung der Liegenschaft (z.B. auf einen Nachkommen) den Beklagten nicht belastet. Es ist nicht dargetan, dass der mutmassliche Verkauf der Liegenschaft als sehr wahrscheinlich angesehen wurde und damit von der Erblasserin abgegolten werden wollte, vielmehr liess der Beklagte selber ausführen, er hege bezüglich der Liegenschaft keinerlei Verkaufsabsichten (act. 33 S. 21 Ziff. 6). Schliesslich hat es der Beklagte unterlassen, den Anteil seiner angeblichen Entschädigung für die latente bestehende Grundstückgewinnsteuer zu quantifizieren; es genügt nicht, wenn er lediglich behauptet, der Erlass der CHF 850'000.00 dürfe nicht zum Nennwert genommen werden, ohne zu beziffern, welcher Anteil als Entschädigung für die hinzunehmende Steuerlast gedacht war. Überdies führt alleine das Argument, dass das gesamte Grundstück wegen der weiterhin aufgeschobenen Grundstückgewinnsteuer belastet ist, für sich alleine noch nicht dazu, dass die unentgeltliche Zuwendung nicht mehr unentgeltlich wäre, ist doch durchaus denkbar, dass diese Steuerlast mit einem günstigen Abtretungspreis abgegolten wurde.

E. 3.5

a) Der Kläger verlangt die Herausgabe der Früchte, nämlich den vom Beklagten aus der Liegenschaft erwirtschafteten Netto-Ertrag von jährlich CHF 150'000.00 (act. 2 S. 30 f. Ziff. 10). Damit verkennt er jedoch, dass die Ertragsmöglichkeiten aus der Liegenschaft bereits in eine korrekte Verkehrswertschätzung zum Zeitpunkt der Eigentumsübertragung einfließen. Dies schliesst es aus, darüber hinaus auch noch die bezogenen Früchte in die Berechnung einzu beziehen. b) Da gemäss bisherigem Beweisergebnis die Erblasserin von einem dem Abtretungspreis entsprechenden Verkehrswert, entsprechend CHF 3.4 Mio., ausging, muss das Vorliegen einer gemischten Schenkung (im Umfang eines CHF

E. 3.6

a) Gemäss Abtretungsvertrag war ein Teil des Übernahmepreises von CHF 400'000.00 zuzüglich 5% Zins per 2. Oktober 1989 zu bezahlen (act. 6/11). Nachdem der Kläger bestritten hatte, dass dieser Betrag je bezahlt wurde, verwies der Beklagte auf eine per 4. Oktober 1989 auf das Konto der Erblasserin erfolgte Gutschrift von CHF 410'630.15, was dem Preis von CHF 400'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 22. März 1989 entspreche (act. 33

S. 11 f.; act. 35/2). In der Folge bestritt der Kläger denn auch nicht mehr, dass der Beklagte diesen Anteil am Übernahmepreis - wie der Kontoauszug vom 31. Dezember 1989 belegt - der Erblasserin am 4. Oktober 1989 überweisen liess. Er liess aber geltend machen, er sei nicht in der Lage festzustellen, wie die CHF 400'000.00 verwendet worden seien. Das Geld sei offensichtlich beim Konto der Erblasserin, verwaltet vom Beklagten, eingegangen, und sei vom Beklagten, namens der Erblasserin, wieder abdisponiert worden (act. 60 S. 32). b) Der Kläger anerkennt damit, dass der Betrag von CHF 400'000.00 zuzüglich Zinsen entsprechend dem Abtretungsvertrag beglichen wurde. Dass der Beklagte, nachdem er das Geld der Erblasserin hat gutschreiben lassen, umgehend wieder 'abdisponiert' haben soll, stellt eine reine Mutmassung dar, welche in keiner Weise konkretisiert wurde. Weder wurde geltend gemacht, wann welche

- 64 - Teilbeträge wieder vom Konto abgebucht worden sein sollten, noch auch nur annähernd substantiiert, dass der Beklagte in jenem Zeitraum frei über das Konto der Erblasserin verfügen konnte und letztlich diesen Betrag wieder zu seinen Gunsten verwendet hat. Selbst wenn die CHF 400'000.00 in einem späteren Zeitpunkt wieder vom Konto 'abdisponiert' worden sein sollten, ist damit noch nichts darüber gesagt, ob dies nicht im ausschliesslichen Interesse der Erblasserin erfolgte. Damit ist davon auszugehen, dass der im Abtretungsvertrag festgesetzte Betrag von CHF 400'000.00 vom Beklagten bezahlt wurde, weshalb sich ein Beweisverfahren hierüber erübrigt und eine entsprechende Herabsetzung ausser Betracht fällt.

E. 3.7

a) Der Kläger sieht in dem im Abtretungsvertrag als unentgeltliche Zuwendung deklarierten Erlass des Übernahmepreises von CHF 850'000.00 eine herabzusetzende Schenkung. Die Erblasserin habe auch damit durch etappenweise Entledigung ihres Vermögens ihren Willen zu seiner Benachteiligung bekundet (act. 60 S. 38). Der Beklagte entgegnet, die Erblasserin habe keineswegs eine Umgehung der Verfügungsbeschränkung beabsichtigt oder in Kauf genommen. Das Motiv dieser Schenkung sei ein steuerliches gewesen. So habe weder der Übergang der Liegenschaft vom Nachlass Y. auf die Erblasserin und den Kläger, noch der Übergang der Liegenschaft im Rahmen der privaten Steigerung auf die Erblasserin eine Grundstückgewinnsteuer ausgelöst. Praxisgemäss würden die Steuerbehörden bei einem Schenkungsanteil von 25% des Verkehrswerts von einer gemischten Schenkung ausgehen, weshalb auf diese Weise Grundstückgewinnsteuern von mehreren Hunderttausend Franken hätten vermieden werden können (act. 33 S. 18 f.; act. 70 S. 21). Hätte die Erblasserin ihm nur die Hälfte geschenkt (und die andere Hälfte dem Kläger zukommen lassen, wie dieser replicando anregte, vgl. act. 60 S. 40), wären die Voraussetzungen für eine gemischte Schenkung nicht erfüllt gewesen und die Grundstückgewinnsteuer gleichwohl angefallen. Nachdem die Liegenschaft per 17. Januar 1969 einen Verkehrswert von CHF 402'000.00 aufgewiesen habe und die Grundstückgewinnsteuern bei der Erbteilung bzw. Steigerung aufgeschoben worden seien, hätte die Grundstückge-

- 65 - winnsteuer bei der Abtretung der Liegenschaft am 22. März 1989 angesichts des Gewinns von CHF 2'998'000.00 gemäss § 225 StG CHF 594'300.00 betragen (act. 70 S. 21 f.). Angesichts der latenten Grundstückgewinnsteuerbelastung sei die Schenkung von CHF 850'000.00 ohnehin nicht zum Nennwert zu nehmen (act. 70 S. 22). b) Für die vorliegend steuerrechtlich relevanten Fragen ist auf die im Jahre 1989 geltende Fassung des Gesetzes über die direkten Steuern vom 8. Juli 1951 (nachfolgend aStG, in Kraft bis 31. Dezember

1996) abzustellen. Abgesehen von den Steuertarifen decken sich die Bestimmungen zur Grundstückgewinnsteuer inhaltlich mit der heute geltenden Fassung des Steuergesetzes. Nach § 161 Abs. 3 lit. b und c aStG (= § 216 Abs. 3 lit. a StG) wird die Grundstückgewinnsteuer aufgeschoben bei Eigentumswechsel durch Erbgang (Erbfolge, Erbteilung, Vermächtnis), Erbvorbezug oder Schenkung. Dieser Steueraufschub kann auch bei gemischten Schenkungen angewendet werden. Enthält damit eine Handänderung Elemente einer Schenkung, liegt also zwischen Leistung und Gegenleistung ein offensichtliches Missverhältnis vor, kann ein Steuerzuschubtatbestand erfüllt sein und löst die gesamte Handänderung keine Steuerpflicht aus. Praxisgemäss muss der Schenkungsanteil 25% des Verkehrswerts betragen, damit von einer [gemischten] Schenkung im Sinne des § 216 Abs. 3 lit. a StG ausgegangen werden kann (vgl. dazu RICHNER/FREI/KAUFMANN, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 1999, N 162, N 170 zu § 216 StG). Nach unbestritten gebliebener Sachdarstellung des Beklagten betrug der Verkehrswert der Liegenschaft im Jahre 1968 CHF 402'000.00 (vgl. act. 72/15). Dass daraus im Jahre 1989 bei einer die Grundstückgewinnsteuer auslösenden Veräusserung ein Gewinn von CHF 2'998'000.00 errechnet worden wäre (CHF

E. 3.11

Mio. ersteigerte, der Schätzbericht der ZKB von 1988 die Liegenschaft auf CHF 3.4 Mio. schätzte und die Liegenschaft im damaligen Zeitpunkt offenbar sanierungsbedürftig war, spricht ebenfalls dagegen, dass die Erblasserin im Zeitpunkt des Abtretungsvertrags von einem Verkehrswert ausging oder ausgehen musste, welcher zum Abtretungspreis von CHF 3.4 Mio. in einem groben Missverhältnis stand, so - wie vom Kläger behauptet - mehr als das Doppelte betrug. Der damalige Rechtsvertreter der Erblasserin und nachmalige Zeuge 4, welcher die Erblasserin auch an der internen Versteigerung vertreten hatte, vermochte sich selber zwar aktiv nicht mehr an die damaligen Werte zu erinnern. Hingegen wusste er noch, dass er eine Bietgrenze bzw. Limite bekommen habe, und - auf Vorhalt des Gantprotokolls - dass der Zuschlagspreis absolut im Rahmen von dem gelegen habe, was die Erblasserin und er als Verkehrswert betrachtet hätten (Prot. S. 116). Dass die Beteiligten um den realen Preis gekämpft haben, sieht der Zeuge auch in den kleiner werdenden Schritten vor dem Zuschlag (Prot. S. 117). Es hätten die genau gleichen Regeln gegolten wie bei einer öffentlichen Versteigerung, ausser dass nur zwei Bieter anwesend gewesen seien. Er könne

- 57 - aber sicher ausschliessen, dass keine der zwei bietenden Personen der andern ein Geschenk machen wollte (Prot. S. 118). Schliesslich erinnerte sich der Zeuge, dass damals mieterseits Renovationen verlangt worden seien (Prot. S. 117). Diese Angaben des Zeugen sind - anders als diejenigen von Prof. Breitschmid - plausibel, wäre es doch beiden Bietenden leicht gefallen, ihre Angebote zu erhöhen, wenn sie denn tatsächlich geglaubt hätten, den Kaufpreis durch Verkauf oder Vermietung der Liegenschaft so ohne weiteres wieder hereinholen zu können. hh) Gemäss obigen Ausführungen liegen somit insgesamt folgende Wertangaben betreffend die Liegenschaft in Zürich vor:

- 58 - Akten-Quelle/Umstand Jahr der Bewertung Wertangabe stelle Bewertung für das Jahr act. 72/15 Steuererklärung EL mit 1968 1968 CHF Steuerwert/Verkehrswert 402'000.00 act. Verkaufshoffnung Kl. für 1972 1972 CHF 7 Mio. 142/10
Erbengemeinschaft act. 142/1 Kaufofferte Kt. ZH 1972 1972 CHF 1.5 Mio. act. 142/2
Schätzungsbericht Zeu- 1986 1986 CHF 4.5 Mi-ge 3 für Auftraggeber Kl. o., mit Zuschlag Liebhaberobjekt bis CHF 5 Mio. act. 6/6 Interne Versteigerung EL 1986 1986 CHF

3.1 Mio. und Kl. mit Zuschlag an EL act. 72/5 Schätzung ZKB, Auf- 1988 1988 CHF 3.4 Mio. traggeber Bekl. Prot. S. 96 Kaufofferte der Mieterin "lange vor "lange vor CHF 3 - 4 T. 1989" 1989" Mio. act. 6/11 Abtretung von EL an 1989 1989 CHF 3.4 Mio. Bekl. act. 137/1, Einschätzung Steuerwert 1990 1989 CHF 1.855 72/11 durch Steueramt Kt. ZH, Mio. bei Verkehrswert von CHF 3.4 Mio. act. 137/2 Einschätzung Steuerwert 1992 1993 CHF 2.193 durch Steueramt Kt. ZH Mio. act. 72/3/1 Verkehrswertschätzung 2001 2001 CHF 5.540 HEV für Auftraggeberin Mio. Coop Bank AG act. 72/3/2 Steuererklärung Bekl. 2002 2002 CHF 5.39 Mio. act. 85/2 Schätzbericht HEV für 2004 1989 CHF 5.344 Auftraggeber Kl. Mio. bzw. CHF 6.850 Mio. act. 142/9 Schätzbericht HEV für 2004 2002 CHF 7.142 Auftraggeber Kl. Mio. zzgl. 15% Liebha- berwert act. 312, Gerichtl. Gutachten 2008 1989 CHF 5.43 332 Mio. bzw. CHF 5.227 Mio. inkl. WR EL act. 312, Gerichtl. Gutachten 2008 2002 CHF 6.89 332 Mio.

- 59 - Die erste Wertangabe stammt aus dem Jahre 1968 und findet sich in der Steuererklärung der Erblasserin. Bis zur strittigen Abtretung im Jahre 1989 ergibt sich aus obigen Quellen eine kontinuierliche Wertsteigerung, lässt man die vom Kläger erwähnte Verkaufshoffnung und die von ihm veranlasste Schätzung Zeuge 3 einmal ausser Betracht. Letztere hat der Kläger offenbar nicht als Grundlage für die interne Versteigerung genommen, wodurch sich deren Aussagekraft - wie oben dargetan - relativiert. Auch nach der Abtretung lässt sich eine stetige Wert- zunahme erblicken. Erst für das Jahr 2001 findet sich ein sprunghafter Anstieg, als der Verkehrswert von der Bank Coop auf über CHF 5 Mio. geschätzt wurde. Ins Auge sticht, dass die Schätzwerte für das Jahr 1989 mit zunehmender zeitli- cher Distanz höher ausfielen. Aufgrund des damals Gelebten und des insbeson- dere auch von dritter Seite - d.h. ausserhalb des Familienkreis Involvierter - Be- stätigten, wie vom Steueramt, von Rechtsvertretungen, Gutachtenden etc., kann aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung nicht geschlossen werden, dass die Erblasserin im Zeitpunkt der Abtretung von einem Verkehrswert der Liegenschaft von CHF 7 Mio. und damit einem Wert, der sich aus keinem Beweismittel ergibt, ausging oder ausgehen musste. Dass der Abtretungspreis weit unter dem dama- ligen Verkehrswert der Liegenschaft lag und die Erblasserin dies wusste, muss in Würdigung sämtlicher indirekter Beweismittel unter Berücksichtigung der damali- gen Situation daher verneint werden. Selbst der Kläger befasst sich in seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis nicht vorab mit einem entsprechenden Wissen der Erblasserin, sondern jenem des Beklagten, wonach dieser als erfahrener Jurist und Immobilienfachmann un- möglich in guten Treuen geltend machen könne, er habe den wahren Marktwert der Liegenschaft nicht gekannt. Die Erblasserin bringt er erst ins Spiel, als er aus- führt, dass der Beklagte durch die aufgezeigten Machenschaften im Zusammen- wirken mit der Erblasserin habe erreichen können, dass die Liegenschaft zu ei- nem Bruchteil des effektiven Marktwertes übertragen worden sei (act. 344 S. 23). Soweit der Kläger damit zum Ausdruck bringen will, dass die Erblasserin durch den Beklagten fremdgesteuert war, und er gezielt die erbrechtliche Benach- teilung von ihm vorbereitet hat, ergibt sich ein derartiger Schluss aus obgenann-

- 60 - ten Beweismitteln nicht. Der Beklagte trat zwar häufig als Vertreter der Erblasser- rin auf (so auch im Zusammenhang mit der Vermietung, vgl. Aussagen des Zeu- gen 2, Prot. S. 93 ff.). Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin ein willenloses Werkzeug des Beklagten war, liegen aber nicht vor. Gegenteil äusserte sich die Erblasserin eigenständig und durchaus dezidiert (act. 6/23, act. 85/4), erkundigte sich bei neutralen Rechtskundigen über konkrete Sach- und Rechtslagen und liess ihre Interessen auch durch solche vertreten, so

insbesondere durch die zwei heutigen Zeugen 4 und 9 (Prot. S. 109 ff. bzw. S. 141 ff.) ii) Was die direkte eigene Benachteiligungs- bzw. Umgehungsabsicht der Erblasserin betrifft, ist die entsprechende Behauptung liegenschaftsbezogen mit dem obigen Beweisergebnis, wonach eine erhebliche Differenz zwischen Abtretungspreis und Verkehrswert der Liegenschaft nicht erstellt wurde, widerlegt. Vor diesem Hintergrund sowie der nachfolgend der Vollständigkeit halber noch zu würdigen Umstände ist auch ein Eventualvorsatz der Erblasserin, d.h. eine Inkaufnahme einer Benachteiligung bzw. einer Pflichtteilsverletzung im Zusammenhang mit der Abtretung der Liegenschaft in Zürich zu verneinen. In diesem Zusammenhang erachtete der Kläger das Schreiben der Erblasserin vom 13. Juli 1994, welches auf ihren Wunsch hin diesem erst nach ihrem Ableben übergeben wurde, als zentral. Der zweitletzte Absatz dieses Schreibens lautet (act. 6/23; act. 85/6): "B. hat sich sein Leben lang um C. und mich gekümmert. In ihm hatte ich eine Stütze, als Y. und dann C. starben. Du hingegen hast immer nur Deinen Vorteil gesucht und mich zu bevormunden versucht. Dies und Dein immer wieder schändliches Verhalten gegenüber Deiner Familie ist der Grund, weshalb ich das Haus B. verkauft habe. Auch will ich damit eine Auseinandersetzung nach meinem Tode verhindern. Zudem habe ich Dich auf den Pflichtteil herabgesetzt, denn dies ist das mindeste, das Du verdienst." Fest steht aufgrund des bisherigen Beweisergebnisses (vgl. u.a. die Aussagen der Zeugen 4 und 9, Prot. S. 109 ff. bzw. S. 141 ff.), dass das Verhältnis zwischen Erblasserin und Kläger von Gehässigkeiten und negativen Gefühlen geprägt war. Vor diesem Hintergrund ist auch zu erklären, dass die Erblasserin bewusst die Liegenschaft aus ihrer Vermögensmasse und damit aus ihrer Hinterlassenschaft herausnehmen und dem Beklagten übertragen wollte. Indem sie

- 61 - schliesslich den Beklagten als Willensvollstrecker einsetzte, brachte sie deutlich zum Ausdruck, dass sie den klägerischen Einfluss bei der dereinstigen erbrechtlichen Auseinandersetzung ausblenden wollte. Indessen lässt sich auch dem genannten Schreiben vom 13. Juli 1994 nicht entnehmen, dass die Erblasserin mit der Abtretung der Liegenschaft darüber hinaus den Beklagten auch noch durch die Festsetzung eines den Verkehrswert markant unterschreitenden Abtretungspreises begünstigen wollte. Gegen diese Annahme spricht nicht nur das bisherige Beweisergebnis, sondern auch die unbestrittene Darstellung der Parteien, dass die Erblasserin ausser der Liegenschaft keine weiteren nennenswerten Vermögenswerte mehr besass, und damit den Erlös der Liegenschaft teilweise auch als Lebensunterhalt benötigte. Ganz grundsätzlich ist in Erinnerung zu rufen, dass eine Pflichtteilsanordnung nicht ohne weiteres eine Benachteiligungs- oder Umgehungsabsicht impliziert, auch wenn sich daraus gleichzeitig eine Zuwendungsabsicht gegenüber einem anderem Erben ergibt. Eine Benachteiligungsabsicht müsste sich aus weiteren Rechtsgeschäften oder Umständen in jener Zeit ergeben. Gegen die behauptete konstante Benachteiligungsstrategie der Erblasserin und der damit allenfalls einhergehenden Inkaufnahme einer Pflichtteilsverletzung durch das Abtretungsgeschäft vom 22. März 1989 spricht (neben dem nicht nachgewiesenen Missverhältnis zwischen Abtretungspreis und Verkehrswert) auch die Korrespondenz zwischen der Erblasserin und dem Kläger aus dem Jahre 1992. So lässt sich insbesondere dem Schreiben der Erblasserin vom 24. Juni 1992 entnehmen, dass der Kläger diese um Geld gebeten hatte, wozu sie sich "nur im Sinne einer einmaligen Ausnahme" bereit erklärt hatte. Unter der Voraussetzung der Erfüllung bestimmter Bedingungen stellte sie ihm eine Darlehenssumme von maximal CHF 50'000.00 in Aussicht (act. 85/4). h) Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Behauptungen des Klägers, wonach die Liegenschaft im Zeitpunkt der Abtretung vom 22. März 1989

einen Verkehrswert von CHF 7 Mio. aufwies und die Erblasserin und der Beklagte hievon Kenntnis hatten, weder durch direkten Beweis noch mittels Indizien Bestätigung fanden. Gegenteilig hat sich ergeben, dass die Erblasserin im Zeitpunkt des Ver-

- 62 - fügungsgeschäfts in guten Treuen von einem dem Verkehrswert entsprechenden Abtretungspreis ausgehen durfte. Ein erhebliches Missverhältnis in der Preisgestaltung, welche zu einer erheblichen faktischen Unentgeltlichkeit geführt hätte, ist nicht erstellt, was folgerichtig zur Verneinung einer Zuwendungs- und Umgebungsabsicht der Erblasserin führt. Da somit über den Anrechnungswert hinaus auch keine gemischte Schenkung vorliegt, erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu ebenso wie zum Verkehrswert der Liegenschaft im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin.

E. 4

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass dem Kläger von der ZKB für die letzten 10 Jahre vor dem Tod der Erblasserin umfassende Auskunft über deren Kontobeziehungen zur Bank erteilt wurde. Überdies hat der Kläger selber diverse, die Jahre 1969 und 1970 betreffende Darlehensverträge und Zahlungsbelege eingereicht, welche die Darlehen der Erblasserin an den Beklagten betreffen, verfügt also selber über verschiedene nachlassrelevante Dokumente.

- 17 - Der Beklagte hat mit Verweis auf den Leibrentenvertrag vom 20. Februar 1996, welcher die Gesamtsumme der offenen Darlehen der Erblasserin an den Beklagten aufführt, erklärt, es seien keine weiteren Darlehen getätigt worden; er ist damit aus seiner Sicht seiner in Art. 610 Abs. 2 ZGB statuierten Auskunftspflicht nachgekommen. Die Herausgabe sämtlicher Steuererklärungen von 1983 bis 2002 bzw. sämtliche Kontoauszüge der Erblasserin über die letzten zehn Jahre hinaus, kann der Kläger gestützt auf Art. 610 Abs. 2 ZGB nicht fordern. Einzig aufgrund konkreter Verdachtsmomente, welche in Form von konkreten Tatsachenbehauptungen in den Prozess hätten eingebracht werden müssen, wäre allenfalls eine Edition der genannten Unterlagen in einem Beweisverfahren zu überprüfen gewesen. An solcherlei substantiierten Sachverhaltselementen fehlte es indessen.

- 18 - C. Herabsetzung

E. 4.1

a) Die Erblasserin und der Beklagte schlossen am 20. Februar 1996 eine als Leibrentenvertrag bezeichnete Vereinbarung (act. 6/15). Darin stellten die Vertragsparteien fest, dass die Erblasserin dem Beklagten Darlehen von gesamthaft CHF 780'562.20 gewährt hatte, für welche der Beklagte bis anhin einen jährlichen Zins von CHF 54'900.00 entrichtete (act. 6/15 Ziff. II.1). Von diesem Betrag erliess die Erblasserin dem Beklagten den Betrag von insgesamt CHF 382'000.00 und ordnete gleichzeitig ausdrücklich an, dass die Zuwendung nicht als Anrechnung auf den Erbteil erfolgte und damit von der Ausgleichspflicht ausgenommen werden sollte (act. 6/15 Ziff. III.2). Mit dem verbleibenden Betrag von CHF 398'562.20 kaufte sich die Erblasserin vom Beklagten eine jährliche, lebenslänglich zu bezahlende Leibrente von CHF 54'900.00 (act. 6/15 Ziff. IV.3 + 4, V.9).

- 71 - b) Der Kläger macht unter Hinweis auf die angebliche latent vorhandene Benachteiligungsabsicht der Erblasserin geltend, die Schenkung im Betrag von CHF 382'000.00 (Teilerlass des Darlehens) sei herabzusetzen. Weiter sei die von der Erblasserin

erworbene jährliche Leibrente von CHF 54'900.00 nie ausbezahlt worden (act. 2 S. 19, S. 30; act. 60 S. 41), weshalb auch der gesamte Wert der Leibrente von CHF 398'562.20 herabzusetzen sei (act. 2 S. 32). Dass mit der Schenkung von CHF 382'000.00 eine Zinsdifferenz ausgeglichen werden sollte, bestreitet der Kläger (act. 60 S. 34). Da die Schenkung rund viermal grösser sei als der Nachlass der Erblasserin, unterliege sie alleine aufgrund dieser Diskrepanz der Herabsetzung (act. 60 S. 35). c) Der Beklagte bestreitet, dass die Erblasserin mit dem teilweisen Darlehensverzicht von CHF 382'000.00 den Kläger habe benachteiligen wollen. Vielmehr sei der Erblasserin daran gelegen gewesen, über unveränderte Einnahmen zu verfügen. Da die Zinsen im Sinken begriffen gewesen seien, habe die Erblasserin bei Kündigung des Darlehens bzw. einer Anlage des Betrags bei einer Bank damit rechnen müssen, dass die Einnahmen erheblich sinken würden. Um dies zu vermeiden, sei der Leibrentenvertrag geschlossen worden, welcher eine Leibrente in der Höhe der bisherigen Zinsen von CHF 54'000.00 p.a. vorgesehen habe. Eine Umgehungsabsicht liege nicht vor (act. 33 S. 14, S. 19; act. 70 S. 18 f.). Die Erblasserin habe mit ihm - dem Beklagten - im Zusammenhang mit den Darlehen regelmässig einen Zins, welcher 3% über dem Hypothekarzins gelegen habe, vereinbart (act. 70 S. 18). Seine gleichbleibende Zinspflicht trotz sinkender Zinsen habe die Erblasserin durch den teilweisen Erlass der Darlehensschuld kompensiert (act. 70 S. 19). Die Leibrentenschuld von CHF 13'725.00 pro Quartal sei bis zum Erlass der Leibrente regelmässig bezahlt worden, was der Kläger bei den ihm vorliegenden Kontoauszügen der Erblasserin ohne weiteres hätte erkennen können (act. 70 S. 5 mit Verweis auf act. 35/2).

E. 4.2

a) Die Begründung des Beklagten, der Erlass der Darlehensschuld von CHF 382'000.00 habe einen zu erwartenden Zinsverlust durch sinkende Zinsen ausgleichen wollen, erwies sich als strittig und unklar.

- 72 - aa) Gegen die Annahme, der Teilschuldenerlass habe einen allfälligen Zinsverlust ausgleichen wollen, spricht vorab der Wortlaut des Leibrentenvertrags selber, ist doch ausdrücklich von lebzeitiger Zuwendung, welche nicht der Ausgleichung unterworfen sein soll, die Rede und nicht von einem Zinsausgleich (act. 6/15). Angesichts des Umstands, dass die Erblasserin im damaligen Zeitpunkt unbestrittenermassen über keine nennenswerten Aktiven mehr verfügte und ihr verbleibendes Vermögen teilweise zur Deckung ihrer Lebenshaltungskosten benötigte, sich das Verhältnis zum Kläger zunehmend verschlechtert hatte, was sich nicht zuletzt aus dem Schreiben Erblasserin vom 13. Juli 1994 (act. 85/6) an den Beklagten ergibt, drängt sich hier eher eine am 20. Februar 1996 in Kauf genommene oder gar beabsichtigte Verletzung des Pflichtteils des nicht begünstigten Erben auf. bb) Wenn der Beklagte nun ausführt, er habe mit der Erblasserin "regelmässig" einen Zins vereinbart, welcher 3% über dem Hypothekarzins gelegen habe, so war dies bezüglich der Darlehensschuld von CHF 780'562.20 gerade nicht der Fall. Die jährlichen Zinszahlungen von CHF 54'900.00 (vgl. act. 6/15) entsprechen einem Schuldzins von 7.03%. In den Jahren 1986 bis 1996 bewegte sich der Hypothekarzins aber stets zwischen 5% und den in den Jahren 1992/1993 erreichten Höchstwerten von 7%, so dass der vom Beklagten geschuldete Darlehenszins zwischen 8% und 10% hätte betragen müssen. Im Rahmen des Beweisverfahrens legte der Beklagte zur Untermauerung seiner Behauptung diverse Urkunden vor. Lediglich für das Jahr 1991 findet sich in einem Schreiben des Beklagten vom 8. Januar 1992 an den Rechtsvertreter der Erblasserin und heutigen Zeugen 9 ein Hinweis auf einen ansatzweise gleich hohen Zinsfuss, wie er hätte

ausfallen müssen, nämlich für das Jahr 1991 von 9.5% (act. 137/11). Im Schreiben des genannten Rechtsvertreters der Erblasserin vom 4. Februar 1992 bestätigte dieser dem Beklagten, dass für das Jahr 1992 bis auf weiteres die Zinssätze des Vorjahres übernommen würden, wobei die Zinssatzung im Falle einer dauerhaften Änderung der massgeblichen Leitzinssätze in der Schweiz entsprechend anzupassen seien (act. 137/12). Aus den weiteren zum entsprechenden Hauptbeweis des Beklagten offerierten Urkunden entnimmt man für das Jahr 1993 ein

- 73 - solchen von 6%, ab 1995 sodann von 7%, wie im übrigen bereits für die Jahre 1987 bis 1990 (act. 137/13-14). cc) Es mag zwar zutreffen, dass die Erblasserin bei der Kündigung des Darlehens und einer allfälligen (Neu-)Anlage bei einer Bank mit tieferen Zinsen hätte rechnen müssen. Nicht dargetan hat der Beklagte aber, dass die Erblasserin tatsächlich mit der Kündigung des Darlehens durch ihn rechnen musste. ee) Für eine Inkaufnahme einer Pflichtteilsverletzung durch den Schuldenerlass spricht schliesslich auch der Umstand, dass sich die Erblasserin erstelltermassen kundig gemacht hatte, wie gross ihr Spielraum bei ihren Vorkehren war. So gab der langjährige Rechtsanwalt der Erblasserin und heutige Zeuge 9 im Zusammenhang mit dem Leibrentenvertrag zu Protokoll, dass die Erblasserin ihn mehrmals gefragt habe, ob es rechtens sei, was sie unterschreibe und ob dies mit dem Gesetz im Einklang stehe. Sie habe gewollt, dass er alles abkläre und mit der Leibrente die Pflichtteile erhalten blieben betreffend den zweiten Sohn A. (heutiger Kläger). Er selber habe von einer Entfremdung zwischen A. (heutiger Kläger) und der Erblasserin gewusst. Es hätten tiefe negative Gefühle der Erblasserin bestanden. Sie habe ihn mehrfach kontaktiert betreffend den Pflichtteil. Er habe ihr gesagt, dass seiner Ansicht nach die Voraussetzungen für eine Entbung nicht vorhanden seien. Das habe sie auch nicht gewollt. Er habe ihr das Thema Pflichtteil erklärt und sie habe gesagt, sie wolle den Pflichtteil erhalten, mehr nicht (Prot. S. 144 f.). Gemäss Bundesgericht kann Umgehungsabsicht vorliegen, wenn der Erblasser in einem Zeitpunkt verfügt, in dem er bereits pflichtteilsberechtigten Nachkommen hat, deren Benachteiligung er für möglich halten muss. So hielt es in BGE 128 III 324 (= 5C.61/2002, Urteil vom 14. Juni 2002, besprochen von Peter Breitschmid in AJP 6/2003) fest, dass eine Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 4 ZGB die Entäusserung von Vermögenswerten voraussetze, "die der Erblasser offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat." Erforderlich sei beim Erblasser das Bewusstsein, dass seine Zuwendung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die verfügbare Quote überschreite; dabei genüge es, dass der Erblasser eine Pflichtteilsverletzung in Kauf nehme. Mass-

- 74 - gebend für die Beurteilung dieser Umgehungsabsicht sei der Zeitpunkt der Verfügung unter Berücksichtigung des damaligen Vermögensstandes und des Wertes der Zuwendung; zumindest eine Eventualabsicht könne sich insoweit aus jenen Vermögensverhältnissen ergeben, wenn der Erblasser - wie im beurteilten Fall - in einem Zeitpunkt verfüge, in dem er bereits pflichtteilsberechtigten Nachkommen habe und deren Benachteiligung für möglich halten müsse (z.B. BGE 45 II 371 E. 4 S. 379; BGE 50 II 450 E. 3 S. 454 ff.; BGE 110 II 228, nicht veröffentlichte E. 5; vgl. etwa PIOTET, a.a.O., § 63/I/B S. 443 f.; FORNI/PIATTI, a.a.O., N. 11 zu Art. 527 ZGB). Im Bundesgerichtsurteil 5P.347/2004 i.S. der gleichen Parteien wurden sodann die öffentliche Beurkundung des Ehevertrags und die damit einhergehende Aufklärungspflicht des Notars und eine Beratung von der damaligen SBG thematisiert. Insgesamt erachtete es das Bundesgericht als nicht verfassungswidrig, die Aufklärungspflicht des Notars als Indiz dafür zu

berücksichtigen, dass der Erblasser beim Abschluss des Ehevertrags um die Möglichkeit gewusst hat, die Vorschlagszuweisung könnte Pflichtteilsrechte der Beschwerdegegnerin verletzen. Auch habe das Kassationsgericht Willkür zu Recht verneint, indem es die Beratung des Erblassers durch seine Bank als Indiz dafür betrachtet habe, dass sich der Erblasser beim Abschluss des Ehevertrags der Möglichkeit einer Pflichtteilsverletzung bewusst war. Gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung nimmt somit derjenige Erblasser, der seinen Handlungs- und Planungsspielraum auszureizen versucht, eine allfällige Pflichtteilsverletzung in Kauf. Dies ist vorliegend, wo sich die Erblasserin im Zusammenhang mit dem Leibrentenvertrag bzw. dem Schuldenerlass über die Voraussetzungen der Pflichtteilsanordnung mehrfach bei ihrem Rechtsvertreter erkundigt hatte, ebenfalls der Fall. ff) Schliesslich spricht alleine der Umstand, dass der teilweise Schuldenerlass ausdrücklich von der Ausgleichung ausgenommen wurde, dafür, dass diese Zuwendung ohne entsprechende Anordnung der Erblasserin eben gerade als ausgleichungspflichtige Zuwendung im Sinne von Art. 626 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren wäre. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass gemäss Steuerinventar vom 11. Oktober 2002, welches aufgrund der gleichentags von den beiden

- 75 - Parteien erteilten Auskünfte erstellt wurde, unter dem Titel 'Vermögensabtretung und Schenkungen zu Lebzeiten' nicht nur der Verzicht auf die Leibrente gemäss Vertrag vom 28. Juli 1999 aufgeführt wurde, sondern ausdrücklich auch auf den Erlass der Darlehensschuld im Umfang von CHF 382'000.00 hingewiesen wird (act. 6/20a S. 3), was ebenfalls gegen die Darstellung des Beklagten spricht. gg) Nach der Praxis genügt wie gesagt schon "Eventualvorsatz" (BGE 50 II 451, 455), d.h. wenn sich der Erblasser damit abfindet, dass nach dem normalen Lauf der Dinge die Verfügung zu einer Überschreitung der verfügbaren Quote führen wird. Dies ist hier zu bejahen. Kenntnis oder Erkennbarkeit des Zuwendungsempfängers ist nicht erforderlich; auch der Gutgläubige ist im Rahmen von Art. 528 ZGB rückleistungspflichtig (BSK-ZKB III, N 11 zu Art. 527). Der mit dem Leibrentenvertrag teilweise erfolgte Schuldenerlass über CHF 382'000.00 unterliegt daher ebenfalls der Herabsetzung. b) aa) Dass sich die Erblasserin mit Leibrentenvertrag vom 20. Februar 1996 durch den Kauf einer Leibrente von jährlichen CHF 54'900.00 (für den Betrag von CHF 398'562.20) vom Beklagten trotz sinkender Zinsen ein gleichbleibendes jährliches Einkommen in der Höhe von CHF 54'900.00 sichern wollte, wurde beweismässig abgeklärt und dem Grundsatz nach von Zeuge 9 bestätigt. Dieser führte aus, es sei darum gegangen, ihr ein festes, unabhängig von der Marktentwicklung, demzufolge indexiertes Einkommen zu sichern, von dem sie leben können. Sie habe erklärt, noch ein kleines Vermögen sowie ein sehr kleines weiteres Einkommen zu haben (Prot. S. 143 f.). bb) Die Frage, welches die im Februar 1996 gültigen Umwandlungssätze für Leibrenten respektive die damals gültigen Jahresleibrenten für die weitere Lebensdauer bei einer am 29. Januar 1918 geborenen Person weiblichen Geschlechts mit einer Einmaleinlage von CHF 398'562.20 waren, wurde dem Gutachter Z. von der SwissLife zur Beantwortung unterbreitet (act. 293). Dieser beantwortete die Frage am 3. Dezember 2007 dahingehend, dass sich daraus bei der vorliegenden Konstellation eine Grundrente von CHF 37'230.20 sowie eine jährliche Überschussrente von CHF 4'782.80 und damit eine jährliche Gesamtrente von CHF 42'012.80 ergeben hätte. Der dieser Rente zugrunde liegende Um-

- 76 - wandlungssatz (Höhe der Rente pro Jahr auf der Basis von CHF 398'562.20) habe demnach 10.5411% betragen. Für eine jährliche Gesamtrente von CHF 54'900.00 wäre per 1. Februar 1996 somit eine Einmaleinlage von CHF 520'818.00 notwendig gewesen. Eine

Indexierung der Leibrente, wie sie hier vereinbart worden sei, reduziere den Umwandlungssatz entsprechend (act. 303). cc) Die Leibrente kaufte sich die Erblasserin mit dem Betrag von CHF 398'562.20. Der Beweis dafür, dass sie sich damit ein gleichbleibendes jährliches Einkommen von CHF 54'900.00 sichern wollte, ist nur dem Grundsatz nach erbracht worden. Um dies zu können, d.h. für die von ihr beabsichtigte Sicherstellung, hätte sie eine Einmaleinlage von CHF 520'818.00 benötigt. Im Differenzbetrag von gerundet CHF 122'255.00 liegt im Ergebnis gar eine Begünstigung der Erblasserin durch den Beklagten. Dies schliesst jedenfalls eine Benachteiligungsabsicht der Erblasserin gegenüber dem Kläger aus. Auf den späteren Erlass einzelner Quartalsrenten wird noch zurück zu kommen sein. c) Was die quartalsweise bis 30. September 1999 vom Beklagten an die Erblasserin auszurichtende Leibrente betrifft, so wirft der Kläger zwar replicando ein, er habe in den Akten bis heute noch keinen Beweis für die tatsächliche Bezahlung gesehen (act. 60 S. 41). Anlässlich der Referentenaudienz vom 15. März 2005 bestritt der Kläger aber nicht, dass die Überweisungen der Leibrente auf ein Konto der Erblasserin eingingen, machte jedoch geltend, dass möglicherweise nachher wieder Geld zurückgeflossen sei und insoweit keine definitive Zahlung vorliege (Prot. S. 36). Erneut unterliess es aber der Kläger, diese diffus anmutende Vermutung in irgend einer Weise zu konkretisieren, mithin Behauptungen aufzustellen, wann, in welcher Form und wohin die auf dem Konto der Erblasserin eingegangenen Leibrentenzahlungen wieder abgezogen und wofür - wenn nicht für die Erblasserin - diese Beträge denn verwendet wurden. Ein Beweisverfahren dazu war daher nicht durchzuführen.

E. 5

Auflage, Bern 2002, § 6 N 87, N 80 ff.).

E. 5.1

Mit am 28. Juli 1999 unterzeichnetem Anhang zum obenerwähnten Leibrentenvertrag vom 20. Februar 1996 verzichtete die Erblasserin per 30. September 1999 im Umfang von CHF 10'725.00 auf die ihre quartalsweise vom Beklagten auszubezahlende Leibrente von CHF 13'725.00 (bzw. CHF 54'900.00

- 77 - jährlich; act. 6/16). Gemäss Ziffer III.1 des Anhangs behielt sich die Erblasserin das Recht vor, diesen Verzicht jederzeit zu widerrufen. Unbestritten ist, dass die Erblasserin diesen Verzicht bis zu ihrem Ableben am 26. September 2002 nicht mehr widerrief.

E. 5.2

Nach Art. 527 Ziff. 3 ZGB unterliegen diejenigen Schenkungen, welche der Erblasser frei widerrufen konnte bzw. weniger als fünf Jahre vor seinem Tod ausgerichtet hat - mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke - der Herabsetzung. Der Beklagte anerkennt denn auch, dass es sich beim Anhang zum Leibrentenvertrag vom 28. Juli 1999 um eine herabsetzbare Zuwendung im Sinne dieser Gesetzesbestimmung handelt (act. 33 S. 3 und 20). Nach anerkannter Darstellung des Beklagten verzichtete die Erblasserin vom 1. Juli 1999 bis 26. (bzw. 30.) September 2002, mithin während 13 Quartalen, auf ihre Leibrente von CHF 10'725.00, womit sich der Verzicht insgesamt auf CHF 139'425.00 beläuft (vgl. act. 33 S. 20; act. 60 S. 2, S. 41). Dieser Betrag unterliegt der Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 3 ZGB. D. Feststellung Erbmasse / Berechnung 1. Die Herabsetzung gegen lebzeitig Bedachte zielt auf ein Leistungsurteil ab, das den Beklagten zur Rückleistung einer zu Eigentum empfangenen Sache oder zur Bezahlung von Geldersatz verpflichtet. Die Feststellung, dass die angefochtene Zuwendung der Herabsetzung

unterliegt, braucht nicht in einem Feststellungsbegehren ausdrücklich verlangt zu werden; vielmehr ist die Herabsetzung lediglich vorfrageweise zu behandeln. Daher ist nur die Leistungspflicht der beklagten Partei ins Urteilsdispositiv aufzunehmen (vgl. BRÜCKNER, N 48). Die (reine) Herabsetzungsklage ist eine Gestaltungs-klage. Die Wirkungen des Urteils werden auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs zurückbezo- gen. Der Rückleistungsanspruch entsteht erst mit der Rechtskraft des die Herab- setzung gutheissenden Urteils, weshalb vor diesem Zeitpunkt kein Verzugszins gefordert werden kann und der Begünstigte nach dem Nominalwertprinzip nur für

- 78 - die zugewendete Summe rückerstattungspflichtig ist (vgl. BSK-FORNI/PIATTI, N 15 vor Art. 522 - 533 ZGB, N 4 zu Art. 630 ZGB). 2. Die Zuwendungen unter Lebenden unterliegen der Herabsetzung in der Weise, als die späteren vor den früheren herabgesetzt werden, bis der Pflichtteil (wieder) hergestellt ist (Art. 532 ZGB). Wird durch eine lebzeitige Zuwendung an einen Erben der Pflichtteil eines anderen verletzt, so erfolgt die Herabsetzung nicht im ganzen Betrag der Zuwendung, sondern nur in dem Betrag, welcher den Pflichtteil des begünstigten Erben übersteigt. Damit kann einem Erben nicht ein Teil des Pflichtteils weggenommen werden, um den Pflichtteil des anderen wieder herzustellen (vgl. BSK-FORNI/PIATTI, N 3 zu Art. 523 ZGB).

E. 7

aufgrund eigener Wahrnehmungen etwas zur Sachverhaltserstellung beizutra- gen, die übrigen Zeugen indes keine relevanten Aussagen zu machen vermoch- ten. Mit Bezug auf die Glaubwürdigkeit dieser Zeugen ist darauf hinzuweisen, dass Zeuge 1 als Gutachter des Hauseigentümergebietes Zürich im Auftrag des Klägers im Jahre 2004 eine Verkehrswertschätzung für den Wert im Jahre 1989 und sodann eine Aufrechnung für das Jahre 2002 gemacht hat. Eine andere als eine rein geschäftliche Beziehung ist hier nicht auszumachen. Der Zeuge 2 bzw. dessen Treuhandfirma war 20 Jahre Mieterin der Liegenschaft, welche in dieser Zeit im Eigentum der Erbengemeinschaft Zucker, sodann in jenem der Erblasserin und schliesslich in jenem des Beklagten stand. Das Mietverhältnis in der ersten relevanten Phase 1988/1989 bezeichnete er als "kein gutes". Er sprach von einem "unfreundlichen Akt", was die Jahre vor Ablauf des Mietvertrags ausgespro- chenen Kündigung durch die Vermieterschaft betraf, von relativ harten Verhand- lungen über die Mietvertragsverlängerung und die notwendigen Investitionen und davon, dass der Beklagte eher bekannt dafür gewesen sei zu versuchen, den Mietzins möglichst hoch anzusetzen. Trotz dieser eher kritischen Haltung gegen- über dem Beklagten und der vormaligen Vermieterschaft und der früheren Ge- schäftsbeziehung, liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Zeuge in einem besonders freundschaftlichen oder in einem feindschaftlichen Verhältnis zu einer Partei stehen würde. Der Zeuge 4 stand als Rechtsanwalt der Erblasserin in ei- nem Mandatsverhältnis mit ihr. Als deren Interessenvertreter nahm er an der in- ternen Versteigerung zwischen der Erblasserin und dem Kläger von 1986 teil. Er schloss ganz sicher aus, dass die Erblasserin dem Kläger ein Geschenk habe machen wollen, und umgekehrt sicher auch nicht. Weitere relevanten Aussagen

- 41 - zum persönlichen Hintergrund machte er nicht. Aus dem Vorhandenen lässt sich trotz des damals bestehenden Auftragsverhältnisses zur Erblasserin, die nach Ansicht des Klägers stets durch den Beklagten beeinflusst, gar fremdgesteuert gewesen sein soll, nicht schliessen, der Zeuge habe bewusst zum Vorteil des Be- klagten und damit zum Nachteil des Klägers ausgesagt. Der Zeuge 8 ist der Steuerberater des Beklagten und mit ihm seit 1985 bekannt. Als dessen Auftrags- nehmer steht er in einer gewissen Abhängigkeit. Seine

Kenntnis in der Sache hatte er zwangsläufig vom Beklagten, der ihn jeweils mit den steuerrelevanten Unterlagen beliefert hatte. Vor diesem Hintergrund kann ein eigenes persönliches i.S.v. geschäftliches Interesse an der Beibehaltung des Mandates und damit indirekt auch am Ausgang des Verfahrens nicht ganz von der Hand gewiesen werden. Seine Aussagen sind daher mit einer gewissen Zurückhaltung zu würdigen. Der Zeuge 9 hatte als Rechtsanwalt seit Ende der 80er Jahre bis kurz vor deren Tod die Interessen der Erblasserin wahrgenommen. Auch den Beklagten kennt er; von ihm hatte er früher ein Mandat, das keinen Bezug zum vorliegenden Erbenstreit haben soll. Eine aktive Beziehung zum Beklagten bestehe seit mehreren Jahren nicht mehr. Insgesamt spricht daher nichts dagegen, auf seine Aussagen - wenn auch mit einer gewissen Zurückhaltung zufolge der bestehenden Bekanntschaft mit dem Beklagten - abgestellt werden. Der Zeuge 7 pflegte in den 80-er Jahren mit beiden Parteien eine private Beziehung. Anhaltspunkte für eine Voreingenommenheit liegen nicht vor. In erster Linie massgebend ist jedoch nicht die persönliche Beziehung der Zeugen zu den Parteien, sondern der materielle Gehalt ihrer Aussagen. Aus obigen Ausführungen der Zeugen zur Sache ergibt sich, dass keiner der Zeugen zu bestätigen vermochte, dass die Liegenschaft am 22. März 1989 (Datum der Abtretung) oder am 26. September 2002 (Todesstag der Erblasserin) einen Verkehrswert von CHF 7 Mio. aufwies. Ebenso wenig hat sich durch direkten Zeugenbeweis ergeben, dass die Erblasserin im Zeitpunkt des Abschlusses des Abtretungsvertrags vom 22. März 1989 von einem Verkehrswert der Liegenschaft von CHF 7 Mio. Kenntnis hatte. Auch ein direkter Zeugenbeweis dafür, dass der Beklagte, der auch als Vertreter der Erblasserin aktiv war, von einem tatsächlichen Wert der Liegenschaft von CHF 7 Mio. Kenntnis hatte, liegt nicht vor. Auf die

- 42 - für oder gegen diese Behauptungen sich ergebenden Indizien ist später einzugehen. cc) Auch die als Beweismittel offerierten und oben wiedergegebenen Urkunden, teilweise durch Edition Dritter beschafft, vermögen den dem Kläger auferlegten Beweis dafür, dass die Liegenschaft sowohl im Zeitpunkt der Abtretung wie auch im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin einen Verkehrswert von CHF 7 Mio. aufgewiesen hatte und sowohl die Erblasserin wie auch der Beklagte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Abtretungsvertrages hievon Kenntnis hatten, nicht zu liefern. Soweit sie Rückschlüsse auf den (möglichen) damaligen Wert oder das Wissen der Beteiligten erlauben, ist im Zusammenhang mit der Würdigung der indirekten Beweismittel näher darauf einzugehen. dd) Mit Bezug auf den mittels Gutachten angetretenen Beweis gilt was folgt: Die historische Verkehrswertschätzung vom 20. Dezember 2007 samt Ergänzung/Erläuterung 28. Mai 2008 führt für das Jahre 1989 einen Verkehrswert von CHF 5.43 Mio. bzw. CHF 5.227 Mio. unter Berücksichtigung des abzuziehenden und unbestrittenermassen nie ausgeübten Wohnrechts auf. Für den Zeitpunkt des Erbganges wurde ein Wert von CHF 6.89 Mio. errechnet (act. 312; act. 332). Mit Bezug auf die Beweisgeeignetheit und Beweiskraft des Gutachtens ist vorab darauf hinzuweisen, dass das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat, ob das eingeholte Gutachten Mängel aufweist. Ein unvollständiges, unklares oder nicht gehörig begründetes Gutachten hätte das Gericht ergänzen oder erläutern zu lassen (§ 181 Abs. 1 ZPO). Auch einem Gutachten gegenüber gilt die freie, richterliche Beweiswürdigung. Das Gericht hat nur ganz allgemein die Befähigung des Sachverständigen zu prüfen, sowie, ob dessen Schlussfolgerungen gehörig und überzeugend sind und ob die tatsächlichen Feststellungen mit den Akten übereinstimmen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 181 ZPO). Von einem fachmännischen Befund ist sodann nicht ohne triftige Gründe abzuweichen. Ist das Gericht nicht zweifelsfrei in der

Lage, die Richtigkeit eines Gutachtens unter fachlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, bietet dies allein nicht schon den Anlass zur Ergänzung des Expertenberichts oder gar zur Einholung eines weiteren Gutachtens (vgl. ZR 88 Nr. 5 = SJZ 1990, S. 70, Nr. 14).

- 43 - Beide Parteien erheben diverse Einwendungen gegen die gutachterlichen Überlegungen und Schlussfolgerungen. So korrigiert der Kläger die Berechnung des Gutachters bezüglich Ertragswert und schlägt einen Liebhaberwert der Liegenschaft von 15% hinzu. In dem von ihm aufgezeigten Sinne betrage der Verkehrswert bzw. Marktwert per 22. März 1989 somit CHF 6.480 Mio. (act. 344). Für den 26. September 2002 hält er unter Hinweis auf die geltend gemachten Korrekturen und Rechnungsfehler einen Verkehrswert/Marktwert von CHF 8.44 für korrekt. Zudem sei immer ein Liebhaberschlag von mindestens 15%, eher wohl von 20%, hinzuzurechnen (act. 344 S. 18 f.). Schliesslich kritisiert der Kläger als anmassend vom Gutachter, im Auftrag zur Schätzung des Verkehrswerts festzustellen, wann die Verlängerung des Mietvertrags "mit massiv erhöhtem Mietzins" vereinbart worden sei. Der Beklagte bemängelt u.a., dass nicht vorab eine Ertragswertberechnung unter Zugrundelegung des damaligen Mietzinses, der noch bis 31. Dezember 1991 fest abgeschlossen gewesen sei, sondern vom Ertragswert ausgegangen werde. Dieser gehe trotz des noch längere Zeit festen Mietvertrags vom neuen Mietzins aus, welcher aber erst nach dem Verkauf der Liegenschaft unter der Bedingung erheblicher Investitionen des Beklagten ausgehandelt worden sei. Dies sei nicht sachgerecht. Abgesehen davon, dass das Mietpotenzial (somit) fälschlicherweise dem effektiven Mietertrag gleichgesetzt werde, werde der davon ausgehend ermittelte Nettoertrag ohne nähere Begründung mit einem Satz von 5% kapitalisiert. Das Vorgehen entspreche keineswegs der damaligen Schätzungspraxis. Bei der Ermittlung des Landwertes sei sodann auf den relativen Landwert abzustellen. Die bewährte Methode dafür sei diejenige der Lageklasse. Falsch sei es hingegen, auf Landpreise abzustellen, die für unüberbautes, erschlossenes Land gelten (act. 343). Was die genannten Einwendungen betrifft, ist vorab in Erinnerung zu rufen, dass sich der Gutachter an diejenigen Sachverhaltsangaben zu halten hatte, die ihm vom Gericht unterbreitet wurden. Das Gutachten wurde sodann - wie auch die Ergänzung und die Erläuterung dazu - unter der Androhung von Art. 307 StGB erstattet, sodass auch hier ohne ernsthafte Anhaltspunkte nicht von einer bewussten falschen Begutachtung ausgegangen werden darf. Mit Bezug auf den klägerischen Haupteinwand ist darauf hinzuweisen, dass in seiner eigenen Berechnung

- 44 - ein Liebhaberschlag bereits inbegriffen ist (act. 344 S. 17). Die Einwendungen des Beklagten erweisen sich als Gegendarstellung mit eigenem Berechnungssatz. Es kann daher nicht von falschen Grundannahmen des Gutachters gesprochen werden, sondern von einer grundsätzlich anderen Berechnungsweise, die gemäss der beschriebenen Methodik nachvollziehbar ist. Die Weigerung des Gutachters zur Zugrundelegung von blossen Hypothesen wurde begründet, und die Erklärung, wonach das gewünschte Vorgehen nicht den branchenüblichen Bewertungsgepflogenheiten entspreche und aus seiner Sicht für die Erfüllung des Auftrags somit nicht zielführend sei, ist nachvollziehbar und vertretbar. Und soweit der Beklagte ihm vorwirft, die angewandte Methode habe nicht der damals üblichen entsprochen, mag dies zwar zutreffen, erlaubt aber auch diesfalls nicht den Schluss, dass die heute angewandte falsch sei. Sogar der Gutachter weist darauf hin, dass Verkehrswertschätzungen im Allgemeinen und historische Schätzungen (für das Jahr 1989) im Speziellen mit Annahmen und Unsicherheiten verbunden und von der gewählten

Methodik abhängig seien. Wüest & Partner (seine Firma) habe für historische Verkehrswertschätzungen eine eigene, bewährte Methodik entwickelt und stütze sich dabei auf eine Methodenvielfalt, insbesondere weil die Datengrundlagen und Markttransparenz bis weit in die 1990er Jahre gegenüber der heutigen Situation wesentlich schlechter gewesen seien (act. 332 S. 3). Diese plausible Erklärung schliesst nicht aus, dass bei der nunmehr (rund 20 Jahre später) vorzunehmenden Würdigung dieser möglicherweise damals unübliche Ansatz beim Vergleich der vorhandenen Referenzwerte aus der damaligen Zeit berücksichtigt wird. Die von den Parteien erhobenen Einwendungen vermögen das Gutachten H. daher insgesamt nicht in Frage zu stellen. Es erweist sich mit der Ergänzung und Erläuterung insgesamt und unter Beachtung der Hinweise zur Methodik als schlüssig, klar und nachvollziehbar. Von den gutachterlichen Schlussfolgerungen abzuweichen, wonach die Liegenschaft im Zeitpunkt der Abtretung einen Wert von CHF 5.43 Mio. bzw. CHF 5.227 Mio. unter Berücksichtigung des allerdings nicht ausgeübten Wohnrechts der Erblasserin aufwies und im Zeitpunkt des Erb- ganges CHF 6.89 Mio. betrug (act. 312; act. 332), besteht vorliegend kein Anlass. Rückschlüsse darauf, von welchem Verkehrswert die Erblasserin aufgrund des

- 45 - Mietzinses im Zeitraum 1988/1989 ausgegangen war, vermochte der Gutachter nicht zu ziehen (act. 312 S. 22). Damit ist aber auch hier der direkte Beweis dafür, dass die Liegenschaft im Zeitpunkt der Abtretung einen Verkehrswert von CHF 7 Mio. aufwies und die Erb- lasserin und der Beklagte hievon Kenntnis hatten, auch mit dem gerichtlichen Gutachten nicht erbracht. Der Wert im Zeitpunkt des Erb- gangs, der dem behaup- teten sehr nahe kommt, ist vor diesem Hintergrund nicht mehr von Bedeutung. Nichtsdestotrotz ist das Resultat der Begutachtung in der oben beschriebenen Relativität in die Gesamtbeurteilung, welche den objektiven Aspekt des Ver- kehrswertes und den subjektiven des Wissens der Abtretungsparteien um den tatsächlichen Wert der Liegenschaft umfasst, miteinzubeziehen. ee) Aus obigen Ausführungen ergibt sich, dass es dem Kläger nicht gelun- gen ist, den direkten Beweis für die herabsetzungsbegründenden Tatsachen zu erbringen. Nachzuweisen wäre eine Entäusserung von Vermögenswerten, die die Erblasserin offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat. Erforderlich wäre hierfür bei der Erblasserin das Bewusstsein, dass ihre Zuwendung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die verfügbare Quote überschreitet. Im Sinne von Eventualabsicht genügt es, dass die Erblasser- rin eine Pflichtteilsverletzung in Kauf nimmt (BGE 128 III 314 E. 4 S. 317). Da es um einen inneren, die Psyche betreffenden Vorgang geht, dürfte - wie das Bun- desgericht in seinem Urteil vom 11. Januar 2005 im Prozess 5P.347/2004 festge- halten hat, ein direkter Beweis der Umgehungs- bzw. Benachteiligungsabsicht - zurückbezogen auf den Zeitpunkt der Verfügung - kaum je möglich sein. In den meisten Fällen werde der Pflichtteilsberechtigten einen indirekten Beweis durch In- dizien führen, d.h. Tatsachen beweisen müssen, die nicht Tatbestandsmerkmal seien, aus denen aber nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf das Vorhan- densein bzw. Nichtvorhandensein der Tatsachen geschlossen werden könne, die Tatbestandsmerkmale bildeten (vgl. etwa Brändli, Vorschlagszuweisung an den vorversterbenden Ehegatten und die Frage der erbrechtlichen Herabsetzung, AJP 2003 S. 335 ff., S. 338). Es sind daher nachfolgend, wie bereits oben unter lit. aa) für den Fall des Fehlens direkter Beweismittel dargetan, auch Indizien, die erfah-

- 46 - rungsgemäss Schlüsse auf den gesetzlichen Tatbestand erlauben, als indirekte Beweise in die Beweiswürdigung einzubeziehen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu §

148 ZPO i.V.m. N 2 zu § 133 ZPO). g) aa) Zur Frage des tatsächlichen Verkehrswerts sind von den Parteien verschiedene Vorgänge im Zusammenhang mit früheren Handänderungen beleuchtet bzw. Urkunden eingereicht und letztlich auch als Beweismittel offeriert worden, welche als Indizien die nachfolgenden Rückschlüsse zulassen. bb) Gemäss Erbteilungsvertrag vom 31. Oktober 1986 übernahm die Erblasserin die Liegenschaft nach einer zwischen ihr und dem Kläger durchgeführten privaten Versteigerung zum Zuschlagspreis von CHF 3.11 Mio. (act. 6/6). Der Kläger vertritt hier die Meinung, dass ein bei einer derartigen, ausschliesslich im privaten Rahmen durchgeführten Versteigerung erzielte Anrechnungswert mit dem Verkehrswert einer Liegenschaft überhaupt nichts zu tun habe. Unter Verkehrswert verstehe man denjenigen Wert, den eine Sache, hier eine Immobilie, im freien Verkehr erziele (act. 344 S. 6). Der Beklagte hingegen sieht im tatsächlich bezahlten Preis die zuverlässigste Aussage über den Verkehrswert (act. 343 S. 3). Gemäss Nachtrag vom 12. Dezember 1986 zum genannten Erbteilungsvertrag erklärten die Erblasserin und der Kläger unwiderruflich, das Ergebnis der Versteigerung endgültig und als für sie rechtsverbindlich anzuerkennen (act. 6/6 S. 4 Ziff. V). Dem Kläger ist zwar darin zuzustimmen, dass bei einer zwischen Privaten durchgeführten Versteigerung nicht die gleichen Mechanismen spielen wie bei einem Freihandverkauf und es durchaus sein mag - wie der Privatgutachter Prof. Breitschmid in seiner vom Kläger als Beweismittel offerierten "gutachterlichen Äusserung" vom 6. Oktober 2004 beschreibt (act. 85/3 S. 4 f.) -, dass der erzielbare Wert durch die wirtschaftlichen Möglichkeiten des Kreises der Mitbietenden beschränkt ist und von ihrem konkreten aktuellen Interesse im Zeitpunkt der Steigerung abhängig ist. Stehen die Bietenden einer internen Versteigerung - wie vorliegend - unter sich in einem weiterhin erbrechtliche Ansprüche gewährenden Verhältnis, so kann auch die Möglichkeit unmittelbarer eigener Nutzung des ersteigerten Objekts Anreiz bilden; es entfällt andererseits aber der Druck

- 47 - zur Preismaximierung deshalb, weil früher oder später im Erbgang die "zweite Chance" winkt, so die zutreffende Ansicht Breitschmids (act. 85/3 S. 5). Die Verbindlichkeitserklärung entfaltete nur zwischen den damaligen Vertragsparteien der Erbteilung Wirkung, mit der Folge, dass sich der Kläger den damaligen Anrechnungswert nicht als Anerkennung im heutigen Erbteilungsprozess vorhalten und er sich auch nicht darauf behaften lassen muss. Trotzdem ist zu beachten, dass der Kläger weder behauptet hat, er habe im Rahmen der Erbteilung von 1986 nicht die ernsthafte Absicht gehabt, die Liegenschaft zu erwerben, noch dass er beim zuletzt von der Erblasserin gebotenen Preis aufgehört habe zu bieten, da er nicht in der Lage gewesen sei, die Liegenschaft zu kaufen. Schliesslich hat er die Darstellung des Beklagten, er - der Kläger - sei im damaligen Zeitpunkt selber davon ausgegangen, dass der Verkehrswert der Liegenschaft in etwa dem Steigerungspreis entsprochen habe, nicht bestritten. Eigene (abweichende) Wertangaben für den damaligen Zeitpunkt ist er im Behauptungsverfahren schuldig geblieben. Soweit er im Rahmen des Beweisverfahrens zur Untermauerung seines Standpunktes u.a. den Schätzungsbericht von Zeuge 3 vom 27. März 1986 (act. 142/2) als Beweismittel offeriert, sticht Folgendes ins Auge: Der Auftrag zur Verkehrswertschätzung wurde vom Kläger erteilt. Der Schätzungsbericht wurde am 27. März 1986 erstattet - also rund 7 Monate vor Abschluss des Erbteilungsvertrags bzw. rund 8,5 Monate vor der internen Versteigerung. Schätzer Zeuge 3 ermittelte einen geschätzten Verkehrswert von CHF 4.5 Mio., mit Zuschlag Liegenschaftsobjekt einen solchen von CHF 5 Mio. Er hielt fest, dass alle Geschosse als Büro- und Lagerräume und der Keller als Archivraum genutzt würden. Beim Mietzins von CHF 223'880.00 p.a. sei berücksichtigt, dass es sich einerseits um einen edlen,

repräsentativen Bau in allerbesten Geschäfts- und Verkehrslage handle, andererseits die technischen Installationen etwas veraltet seien (act. 142/2). Dass die Erblasserin oder der Beklagte von diesem, notabene vom Kläger selber veranlassten Schätzungsbericht Kenntnis hatten, hat dieser - der Kläger - nicht dargelegt. Daraus könnte einerseits geschlossen werden, dass er diesen doch wesentlich höheren Wert bewusst vorenthalten wollte, um als weiterhin Erbberechtigter im Rahmen des dereinstigen Erbgangs ohne höhere Eigeninvestition am höheren Verkehrswert zu partizipieren. Andererseits könnte das Nichterwähnen des

- 48 - Schätzungswertes so ausgelegt werden, dass der Kläger selber nicht von dessen Richtigkeit ausgegangen ist, sondern von einem ungefähren Wert in der Höhe der Steigerungsgebote. Diese Annahme rückt auch in die Nähe der Aussagen des Zeugen 4, wonach bei der Versteigerung die gleichen Regeln gegolten hätten wie bei einer öffentlichen Versteigerung, die Erblasserin nach seiner Erinnerung um den realen Wert gekämpft habe, wofür auch die kleineren Bietschritte vor dem Zuschlag sprechen würden (Prot. S. 117) und die beiden Bietenden sich gegenseitig kein Geschenk machen wollten (Prot. S. 118). Wäre der Kläger tatsächlich von einem Verkehrswert von CHF 4.5 bis CHF 5 Mio. ausgegangen, wie ihn sein Beauftragter Zeuge 3 errechnet hatte, kann nicht nachvollzogen werden, wieso er bei CHF 3.1 Mio. zu bieten aufhörte und er die Liegenschaft für CHF 10'000.00 mehr und damit zum Anrechnungswert von CHF 3.11 der Erblasserin zukommen liess (act. 6/6, Gantprotokoll). Eine plausible Erklärung des Klägers hierfür fehlt. Ist aber davon auszugehen, dass der Kläger, der keine Unmöglichkeit der Finanzierung behauptet hat, den von Zeuge 3 geschätzten Wert selber nicht als realistisch angeschaut, ansonsten er ihn zu realisieren versucht hätte, ist umso weniger davon auszugehen, dass die Erblasserin damals von einem mehr als doppelt so hohen Verkehrswert ausgegangen war. cc) Der von der Erblasserin mit dem Beklagten vereinbarte Preis von CHF 3.4 Mio. entsprach demjenigen, welche der Liegenschaft im ZKB-Schätzbericht vom 12. Dezember 1988 rund zwei Jahre nach der internen Versteigerung beigemessen wurde. Der Kläger kritisiert in diesem Zusammenhang insbesondere, das Gutachten der ZKB stelle auf den Realwert statt auf den Ertragswert ab, obwohl die Liegenschaft seit 1970 gewerblich genutzt werde. Sodann habe der Beklagte als Auftraggeber der ZKB verschwiegen, dass er im Begriffe sei, höhere Mietzinse auszuhandeln; der Mietzins sei ab 1. April 1989 auf CHF 376'757.00 erhöht worden (act. 60 S. 29; act. 44). Die Besichtigung der Liegenschaft zur Begutachtung fand gemäss Schätzbericht am 18. November 1988 statt. Darin wird u.a. festgehalten, die Konstruktion sei genügend, wärmetechnisch nicht in allen Teilen den heutigen (1988) Anforderungen entsprechend. Die Kellerwände seien feucht, und das Dach sei sanie-

- 49 - rungsbedürftig. Veralterungen und Abnützungen seien an den Grundinstallationen vorhanden, speziell bei der Heizung. Die Räume im Erd-/Dachgeschoss seien in den letzten 10 Jahren durch den Mieter renoviert worden und befänden sich in gutem Zustand. Die Gartenanlagen würden mit wenig Aufwand unterhalten. Die gesamte Villa werde heute (1988) als Büro benutzt. Sodann wurde festgehalten, dass die Mietzinse mit jährlichen CHF 172'000.00 eher günstig seien und nach Ablauf des Mietvertrags Ende Dezember 1991 wesentlich höhere Mietzinse erhaltlich sein dürften (act. 35/1). Gemäss Auftragschreiben vom 31. Oktober 1988 hatte der Beklagte um eine Verkehrswertschätzung der Liegenschaft ersucht, unter besonderer Berücksichtigung, dass der Mietvertrag mit der T. am 31. Dezember 1991 auslaufe, der Gesamtmietzins CHF 172'000.00 betrage und

Rückstellungen für Sanierungen von CHF 600'000.00 geplant seien, für Dach- und Spenglerarbeiten alleine CHF 300'000.00 (act. 149/1). Dass von der ZKB eine andere als eine übliche Ver-kehrswertschätzung erwartet wurde, ergibt sich aus diesem Schreiben nicht. Ge-genteils wird im Schätzbericht dargelegt, der Verkehrswert einer Liegenschaft sei ihr Marktwert; er entspreche dem Verkaufspreis, wie er bei normalem Spiel von Angebot und Nachfrage erzielt werden könne (act. 35/1 S. 5). Unter dem Titel "Er-tragswertschätzung" wurde der Mietzins von CHF 172'000.00 aufgeführt. Die ZKB listete nicht nur den Realwert auf, sondern nahm auch eine Ertragswertschätzung vor. Selbst wenn nun also der künftige Mietzins, welcher ab 1. Oktober 1989 CHF 376'757.00 betrug und das Resultat schon fast jahrelanger und harter Ver-handlungen war (vgl. Aussagen von Zeuge 2, Prot. S. 99 ff.), bei der Berichter-stattung im Dezember 1988 noch nicht bekannt war oder der ZKB vom Beklagten bewusst vorenthalten wurde, hat die ZKB den effektiven Mietzins von CHF 172'000.00 doch als eher günstig bewertet und das Mietzinspotential nach Ablauf des Vertrages ebenso wie den Sanierungsbedarf berücksichtigt. Ein Motiv für ein Gefälligkeitsgutachten der ZKB für den Beklagten ist weder ersichtlich noch wurde ein solches plausibel begründet; der Einwand, das Gutachten der ZKB sei nur ein internes Papier zur Abklärung von Finanzierungsfragen, sticht hier ebenfalls nicht, zumal die Liegenschaft offenbar nicht von der ZKB teilfinan-ziert war.

- 50 - Der Kläger erachtete die Aussagen von Zeuge 7, der zur Sache keine spe-ziellen Ausführungen machen konnte, als von Interesse im Sinne von allgemeinen Feststellungen. Dabei ging es vor allem um die Aussage, wonach bei Vergleichs-objekten ein Ertrag rund 5% betragen haben soll (act. 344 S. 8). Er legte seiner Rechnung die ab 1. Oktober 1989 geltenden Mietzinsen zugrunde und multipli-zierte diese in Analogie zur Schätzung der ZKB vom 12. Dezember 1988 mit 20, wodurch er zu einem Verkehrswert von CHF 7.535 Mio. kam (act. 344 S. 8). Führt man die Rechnung allerdings mit den im Zeitpunkt der Berichterstattung gültigen Mieten von CHF 172'000.00 durch, ergibt dies bei einem Kapitalisierungssatz von 5% einen Verkehrswert von CHF 3.44 Mio., was ungefähr dem Anrechnungswert gemäss Abtretungsvertrag bzw. dem von der ZKB ermittelten entspricht. Beachtet man, dass dort eine reine Büro-Benutzung, das Mietzinspotential und der Reno-vationsbedarf berücksichtigt wurden, bewegt sich der ZKB-Wert im Rahmen der Erträge der Vergleichsliegenschaften, über deren Zustand allerdings nichts Ge-naueres bekannt ist. Jedenfalls spricht dies eher gegen als für die Behauptung des Klägers. dd) Der Kläger stützte sich in erster Linie auf den Schätzbericht des Hauseigentümergebietes (nachfolgend HEV) vom 24. März 2004, welcher den Verkehrswert der Liegenschaft per 1. April 1989 mit CHF 5'344'000.00, bei Be-rücksichtigung der neu abgeschlossenen Mietverträge gar mit CHF 6'850'000.00 angibt (act. 62/3 S. 3). Dass der Bericht das auf der Liegenschaft zu Gunsten der Erblasserin lastende Wohnrecht nicht wertvermindernd berücksichtigte, mag an- gesichts des Umstands, dass die entsprechende Wohnung bereits weitervermie- tet war bzw. der Raum als Büro genutzt wurde und die Erblasserin dieses Wohn- recht nie ausübte, noch gerechtfertigt erscheinen. Nicht nachvollziehbar ist indes- sen, weshalb der HEV, beide Male durch den Immobilien-Treuhänder Zeuge 1 vertreten, den Verkehrswert der nämlichen Liegenschaft in der Verkehrswert- schätzung vom 15. August 2001 mit CHF 5'540'000.00 bezifferte (act. 72/3/1). So mutet es seltsam an, dass sich der Wert einer Liegenschaft zwischen 1989 und 2001 um rund 1.3 Mio. verringert haben soll, obwohl in den Jahren 1997/98 - wie im Schätzbericht des HEV von 2001 festgehalten - umfangreiche Investitionen und Innenrenovationen vorgenommen wurden.

- 51 - Der Wertunterschied zwischen den Einschätzungen der ZKB im Jahre 1988 und des HEV lässt sich zum einen durch den Umstand erklären, dass die HEV-Schätzungen ex post vorgenommen wurden und davon auszugehen ist, dass mit zunehmendem Zeitablauf auch grössere Abweichungen gegenüber einer Schätzung, die den aktuellen Wert im Schätzungszeitpunkt angibt, auftreten können. Vorliegend kommt hinzu, dass in den 13 dazwischen liegenden Jahren umfangreiche Renovationen stattgefunden haben. Letzteres wurde beweismässig bestätigt. Der Beklagte reichte zu Beweissatz I.5.2 betreffend die Investitionen von CHF 600'000.00 in die Liegenschaft einen Ordner mit Offerten (act. 161-162/1.1-1.22), einen Ordner mit Rechnungen und Zahlungsbelegen aus den Jahren 1988 bis 1992 mit dem Vermerk "Gesamtbetrag von CHF 370'107.00" (act. 163-164/2.1-2.54) sowie einen weiteren Ordner ebenfalls mit Rechnungen und Zahlungsbelegen aus den Jahren 1993 bis 1997 mit dem Vermerk "Gesamtbetrag von CHF 593'171.00" (act. 165-166/3.1-3.108) ins Recht. Der Zeuge 2 betonte den damaligen Investitions- bzw. Renovationsbedarf und bestätigte, dass die (ab 1. April 1989 geltenden) höheren Mietzinsen nach Zusicherung von Investitionen vereinbart wurden. Diese seien auch umgesetzt worden. Die T. habe sich als Mieterin an den Renovationskosten beteiligt (Prot. S. 96 ff.), vielleicht im Umfang von CHF 200'000.00 bis CHF 300'000.00, wobei sich der Zeuge hier betragsmässig nicht mehr sicher war (Prot. S. 102). Der Zeuge 4 erinnerte sich daran, dass es während seiner Mandatszeit, welche er mit 22. Januar 1986 bis 5. Januar 1987 angegeben hatte (Prot. S. 111), Differenzen mit der damaligen Mieterschaft gegeben habe. Diese habe eingewendet, eine Erhöhung sei aufgrund des Zustandes nicht gerechtfertigt (Prot. S. 114). Man habe von Renovationen gesprochen, mieterseits, aber anerkanntermassen auch von seiner Mandantin aus (Vermieterin bzw. Erblasserin). Es habe eine Dachsanierung angestanden (Prot. S. 113). Vor dem Hintergrund der Investitionen lässt sich denn auch die Erhöhung der Belastung durch Eigentümerschuldbriefe in der genannten Zeit erklären (act. 142/3-6). Die spätere Mieterin M.M. Warburg Bank Schweiz AG bestätigte schriftlich, 1997 mit Zustimmung des Beklagten umfangreiche Einbauten bzw. wertvermehrende Investitionen im Gesamtbetrag von rund CHF 1.6 Mio. getätigt zu haben (act. 72/10). So lässt sich der markante Wertunterschied zwischen der Schätzung der

- 52 - Liegenschaft des Jahres 1988 und derjenigen des HEV von 2001 teilweise erklären, auch wenn die genauen Investitionen weder inhaltlich noch betragsmässig bis ins Detail feststehen. Dies gilt umso mehr, als im Schätzbericht des HEV vom 15. August 2001, welcher den Verkehrswert der Liegenschaft im Jahre 2001 mit CHF 5.54 Mio. beziffert, ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass sich die Liegenschaft aufgrund des Umbaus mit Innenrenovation im Jahre 1997/1998 in einem sehr guten, gepflegten Zustand befindet (act. 72/3/1 S. 7). Auch wird erwähnt, dass die Zentralheizung im Jahre 1990 eingebaut wurde sowie dass 1997 in zwei Küchen ein moderner Ausbau erfolgte (act. 72/3/1 S. 5). Weiter fällt auf, dass 2001 der Gebäudeumschwung mit reichhaltig bepflanzt und sehr gepflegt umschrieben wurde (act. 72/3/1 S. 7), während die Gartenanlagen im Dezember 1988 als mit wenig Aufwand unterhalten bezeichnet wurden (act. 35/1). Schlägt man dem ZKB-Wert von CHF 3.4 Mio. die sich im Beweisverfahren ergebenden ungefähren Investitionen von rund CHF 600'000.00 (Beklagter), CHF 200'000.00 bis CHF 300'000.00 (T.) und CHF 1.6 Mio. (M.M. Warburg) hinzu, ergibt dies eine Summe von CHF 5.8 Mio. bis CHF 5.9 Mio., womit sie sich in der Grössenordnung der ersten HEV-Schätzung 2001 bewegt. Da diese Investitionen aber allesamt nach der Abtretung getätigt wurden, erweist sich - im Sinne eines Umkehrschlusses - die Ausgangsbasis von CHF 3.4 Mio. als nicht abwegig. Insgesamt lassen sich die durchaus ins Auge stechenden Unterschiede der

Schätzungen der ZKB und des HEV somit zu einem guten Teil mit dem Faktum der Ex-post- Bewertung und den offenbar vorgenommenen Investitionen erklären. Der Schätzbericht des HEV aus dem Jahre 2004 ist indessen nicht geeignet, den ZKB- Schätzbericht von 1988 umzustossen. Auf die hier sich stellenden Fragen bezogen bedeutet dies, dass auch der HEV-Schätzbericht aus dem Jahre 2004 nicht den Nachweis dafür zu erbringen mag, dass die Liegenschaft im März 1989 einen Verkehrswert von CHF 7 Mio. aufgewiesen hat. ee) Mit Bezug auf den Mietzins ist in Erinnerung zu rufen, dass die Firma T. die Liegenschaft von 1977 bis 1997 und damit in der hier relevanten Zeit gemietet hatte (Prot. S. 96). Der Mietvertrag lief ab 1977 für 10 Jahre lang fest mit einer Indexklausel; für die Zeit danach bestand eine Option für eine Verlängerung von 5 Jahren (Prot. S. 98). Nach Geltendmachung der Option und gescheiterten

- 53 - Gesprächen wurde das Vertragsverhältnis bereits am 24. Mai 1988 auf den 31. Dezember 1991 gekündigt (act. 150/A). Der damalige Mietzins betrug CHF 172'000.00 per annum. In der Folge trafen die Erblasserin und die T. eine Vereinbarung, worin sie den (bereits gekündigten) Vertrag fest um sieben Jahre mit Wirkung ab 1. April 1989 verlängerten. Der Mietzins für die gesamte Liegenschaft wurde neu auf CHF 376'757.00 per annum festgelegt. Der Vertrag wurde nicht datiert. Mit Erklärung vom 28. August 1989 übernahm der Beklagte anstelle der Erblasserin sämtliche Rechte und Pflichten aus dem genannten Mietvertrag (act. 142/12). Im Zeitpunkt der strittigen Abtretung betrug der Jahreszins somit CHF 172'000.00, was - wie bereits oben dargelegt - rund 5% des Abtretungswertes und des von der ZKB ermittelten Verkehrswertes entsprach. Die ZKB erachtete diesen Mietzins als eher günstig, verwies auf den Renovationsbedarf und ging davon aus, dass nach dem Vertragsablauf (damals vorgesehen per 31. Dezember 1991) wesentlich höhere Mietzinse erhältlich sein dürften (act. 35/1 S. 4). Der Zeuge 2 bestätigte, dass es harte und langdauernde Verhandlungen über den Mietzins gegeben habe und eine Erhöhung erst nach der Zusage von Investitionen erfolgt sei. Dass die Erblasserin die Liegenschaft im Zeitraum 1988/1989 absichtlich zu billig vermietet habe, um die Liegenschaft zu einem billigen Verkehrswert schätzen zu lassen, erachtete er als "geradezu absurd". Mit der Erblasserin habe er keine Verhandlungen geführt, nur mit dem Beklagten. Dieser sei eigentlich eher dafür bekannt gewesen, dass er versucht habe, den Mietzins möglichst hoch anzusetzen. Sie hätten den Mietvertrag 1977 abgeschlossen. Der Mietzins sei vorgegeben gewesen durch die Summe, die damals festgelegt und indexiert worden sei (Prot. S. 98). Dass das Mietverhältnis in dieser Zeit nicht gut war, ergibt sich nicht nur aus den Aussagen des Zeugen 2, wonach die am 24. Mai 1988 per 31. Dezember 1991 (act. 150/A) durch die Vermieterschaft ausgesprochene Kündigung als unfreundlicher Akt empfunden wurde (Prot. S. 99). Auch der Zeuge 4 sprach von Differenzen bezüglich des künftigen Mietzinses (Prot. S. 114).

- 54 - Vor diesem Hintergrund muss ein irgendwie geartetes Komplott zwischen Vermieterschaft und Mieterschaft im Hinblick auf die Ermittlung eines zu tiefen Verkehrswertes durch die ZKB, wie der Kläger insinuiert, als nicht erstellt betrachtet werden. Dass die ZKB ihrerseits dafür Derartiges Hand bot, wurde bereits ausgeschlossen. Im Rahmen des gerichtlichen Gutachtens wurde festgehalten, dass die am 22. März 1989 aktuelle Miete zwar CHF 172'000.00 betragen habe, das Mietpotenzial in dieser Zeit aber deutlich höher gelegen habe, sogar über dem per 28. August 1989 neu abgeschlossenen Mietzins von CHF 376'757.00. Die historische Ermittlung des Verkehrswertes nur unter Berücksichtigung des Mietzinses von CHF 172'000.00 pro Jahr im März 1989, ohne

Berücksichtigung des Mietpotenzials ergebe keine marktgerechte Verkehrswertermittlung (act. 332 S. 2). Trotz dieser vertretbaren Ansicht des Gutachters ergeben die übrigen als Indizien zu gewichtenden Beweismittel, dass die damals Beteiligten von einer dem damaligen, vor der Sanierung sich präsentierenden Zustand der Liegenschaft angemessenen Miete ausgingen. Die Erhöhung des Mietzinses um fast 120% war erstelltermassen von Investitionen bzw. Renovationen abhängig, die gemäss Zeuge 2 auch umgesetzt wurden, und zwar mieter- und vermierterseits (Prot. S. 100). Der ursprüngliche Ertrag lässt Rückschlüsse auf den mutmasslich von den damals Beteiligten angenommenen Verkehrswert zu. Massgebliches Gewicht kommt hier dem als neutral zu betrachtenden Zeugen 2, welcher einer Mietzins-erhöhung nur unter Bedingung von Renovationen zustimmte. Bis dann erschien offenbar ein Mietzins von CHF 172'000.00 angemessen, der bei einer Kapitalisierung von 5% zu einem Betrag von CHF 3.4 Mio. führt. Als Kaufinteressent offerierte der Zeuge 2, der einen Wert der Liegenschaft im März 1989 von CHF 7 Mio. als schon "sehr übertrieben" bezeichnet hat, selber "lange vor 1989" einen Betrag von CHF 3 - 4 Mio., wobei er sich an den genauen Betrag nicht mehr genau erinnerte. Der Kläger meinte hierzu, dass bei diesem Betrag ein "Repräsentations-Zuschlag" von mindestens 20% zu berücksichtigen sei und so ein Verkehrswert von CHF 7 Mio. alles andere als übersetzt erscheine (act. 344 S. 4). Dieser Schlussfolgerung kann nicht beigepflichtet werden. Es erscheint lebensfremd, dass ein ernsthafter Kaufinteressent bei seiner Kaufofferte noch 20% Repräsentations-

- 55 - tions- oder Liebhaberobjekt-Zuschlag addiert haben möchte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Offerte seinem Maximalbetrag inklusive aller möglichen Zuschläge entsprach, hier also bei CHF 3 - 4 Mio. lag. Insgesamt sprechen auch diese Indizien gegen den vom Kläger behaupteten Verkehrswert. ff) Mit Bezug auf den Steuerwert der Liegenschaft findet sich ein erster Hinweis in der Steuererklärung der Erblasserin im und für das Jahre 1968, wo ein Verkehrswert im Sinne von Steuerwert von CHF 402'000.00 deklariert wurde (act. 72/15). Das Steueramt des Kantons Zürich berechnete am 6. Juli 1990 für die Liegenschaft für das Jahr 1989 einen Steuerwert von CHF 1.855 Mio. (act. 137/1). Am 22. Dezember 1992 ermittelte das nämliche Amt für das Einschätzungsjahr 1993 einen Verkehrswert von CHF 2.193 Mio. (act. 137/2). Der Kläger hält dafür, dass der Zeuge 8 als Steuerberater des Beklagten in einem direkten Abhängigkeitsverhältnis zu diesem stehe. Der Zeuge kenne die Liegenschaft nur von aussen. Zudem habe er das Wohnrecht der Mutter erwähnt, obwohl das nie ausgeübt worden sei. Die Angaben über die Liegenschaft habe der Zeuge daher offenbar vom Beklagten erhalten und tel quel ans Steueramt weitergeleitet. Dass der Zeuge steueroptimiert gedacht und gehandelt habe, sei nicht bloss sein gutes Recht, sondern als Steuerberater wohl auch seine Pflicht. Es gehe aber nicht an, aus derartigen steuerrechtlichen Überlegungen zu schliessen, der Beklagte seinerseits sei lediglich von einem effektiven Verkehrswert von lediglich etwas mehr als CHF 3 Mio. ausgegangen. Zudem habe der Zeuge nicht zwischen dem Verkehrswert einerseits und dem sogenannten steuerlichen Verkehrswert andererseits differenziert. Steuerbehörden würden regelmässig von einem viel tieferen Verkehrswert ausgehen, als der tatsächliche Verkehrswert eben sei (act. 344 S. 9 ff). Der Beklagte seinerseits verweist auf die Aussagen des Zeugen 8 auf der einen Seite (act. 343 S. 8 mit Verweis auf Prot. S. 137 und 139) sowie auf die Bestätigung des Steueramts der Stadt Zürich vom 22. Juni 2004, wonach dieses den vereinbarten Übernahmepreis von CHF 3.4 Mio. als dem damaligen Verkehrswert eingestuft habe (act. 343 S. 8 mit Verweis auf act. 72/11). Dass der Verkehrswert nicht dem sogenannten steuerlichen Verkehrswert entspricht, Letzterer in der Regel viel tiefer ist,

bestreitet niemand. Der Verkehrs-

- 56 - wert im Sinne von Steuerwert wurde denn auch vorliegend viel tiefer veranschlagt. So berechnete das Steueramt der Stadt Zürich für das Jahr 1989 einen Steuerwert von CHF 1.855 Mio. (act. 137/1). Für das gleiche Jahr bestätigte das Steueramt schriftlich, dass der Übernahmepreis als dem damaligen Verkehrswert (CHF 3.4 Mio.) entsprechend eingestuft worden sei (act. 72/11). Selbst wenn nun also der Steuerberater des Beklagten der Überbringer der Informationen ans Steueramt war, wäre es Letzterem unbenommen gewesen, eine eigene bzw. andere Berechnung und Einschätzung vorzunehmen. Dies wäre insbesondere für den Fall zu erwarten gewesen, dass Anhaltspunkte dafür vorgelegen hätten, dass der Verkehrswert der Liegenschaft mehr als doppelt so hoch gewesen wäre wie geltend gemacht. Dass dies offenbar nicht passierte und dass im Übrigen auch die geltend gemachte gemischte Schenkung steuerrechtlich im genannten Umfang akzeptiert wurde (act. 72/11), spricht dafür, dass auch das Steueramt - wie später bestätigt (act. 72/11) - im Einschätzungsjahre 1989 von einem Verkehrswert in der ungefähren Höhe des Übernahmepreises ausging. gg) Dass die Erblasserin selber die Liegenschaft im Jahre 1986 für CHF

E. 11

Oktober 2002 und weitere Aktiven (Safe, Gutschrift ZKB) gemäss unbestrittener Berechnung des Beklagten Hinzurechnung Wert Liegenschaft (Anteil CHF 0.00 gemischte Schenkung Abtretungsvertrag vom 22. März 1989) Hinzurechnung Nettoertrag Liegenschaft CHF 0.00 (auf dem unentgeltlich zugewendeten Teil; Verkehrswert ./ 3.4 Mio.) Hinzurechnung unentgeltliche Zuwendung CHF 255'700.00 gemäss Abtretungsvertrag vom 22. März 1989 Hinzurechnung Schuldenerlass gemäss CHF 382'000.00 Leibrentenvertrag vom 20. Februar 1996 Hinzurechnung Schuldenerlass gemäss CHF 139'425.00 Leibrentenvertrag vom 20. Februar 1996 Zwischentotal 894'533.20 ./ Vergütungsaufträge ZKB CHF 16'465.55 ./ Rückzahlung Darlehen B. CHF 13'000.00 ./ Willensvollstrecker-Honorar CHF 2'515.00 Total CHF 862'552.65 Der Kläger hat gemäss letztwilliger Verfügung der Erblasserin Anspruch auf seinen Pflichtteil, mithin auf 3/8 des Werts der Erbschaft. Der ihm zustehende Anteil beläuft sich somit auf CHF 323'457.25. Der Beklagte, der sich als Folge seiner Stellung als Willensvollstrecker im Besitz des Nachlasses befindet, ist somit zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 323'457.25 zu bezahlen.

- 85 - V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. a) Gemäss § 18 Abs. 1 ZPO richtet sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit. Bei Erbteilungsklagen gilt der Geldwert des klägerischen Erbanteils als Streitwert (FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 10 zu § 18 ZPO). Im vorliegenden Fall ist von einem Wert des Nachlasses - ohne die behaupteten Herabsetzungsansprüche - von CHF 108'718.00 auszugehen, der Anteil des Klägers von 3/8 beträgt CHF 40'769.25. b) Bei Klagen auf Ausgleich, Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung etc. ist der Betrag massgebend, um welchen sich der Kläger bei Gutheissung der Klage besser stellen würde (FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 10 zu § 18 ZPO). Vorliegend mussten zwar verschiedene Herabsetzungsbegehren (und nicht Ausgleichsansprüche) behandelt werden, jedoch ist die Besonderheit zu berücksichtigen, dass sich die Klage gegen den einzigen weiteren (Pflicht-)Erben richtet, weshalb bezüglich den Herabsetzungen nicht der Betrag der gesamten lebzeitigen Verfügung massgebend sein kann, sondern nur derjenige Betrag, welcher der Kläger höchstens fordern könnte, mithin sein Pflichtteilsanteil von 3/8.

Ausgehend von der klägerischen Berechnung, welche das Total der herabsetzbaren Verfügungen mit CHF 7'840'562.20 beziffert (act. 2 S. 32), resultiert daraus ein Streitwert von 3/8 dieses Betrags, mithin CHF 2'940'210.80. c) Der Streitwert beläuft sich damit insgesamt auf CHF 2'980'980.00, gerundet CHF 2'981'000.00. d) Der Prozess erwies sich als besonders aufwendig, beinhaltete auch ein Massnahmeverfahren, was eine Erhöhung der Gerichtsgebühr im Sinne von § 9 Ziff. 1 GebVO um 50% sowie eine Verdoppelung der Grundgebühr im Sinne von § 6 Abs. 2 AnwGebVO rechtfertigt. 2. a) Im Gegensatz zu anderen Kantonen kennt die Zürcher Zivilprozessordnung keine Sonderbestimmung für die Kostenverlegung in erbrechtlichen

- 86 - Streitigkeiten. Es gilt die allgemeine Bestimmung gemäss § 64 ZPO, wonach die Kosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt bzw. verhältnismässig verteilt werden, wenn keine Partei vollständig obsiegt (Abs. 2). Von dieser Regel kann insbesondere dann abgewichen werden, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah, oder wenn dem Kläger die genaue Bezifferung seines Anspruches nicht zuzumuten war und seine Klage grundsätzlich gutgeheissen wurde (Abs. 3). Massgebend ist somit das Erfolgsprinzip, auf der Vermutung beruhend, dass die unterliegende Partei die Kosten verursacht hat (BGE 119 Ia 1 E. 6b S. 2). Auszugehen ist vom Endergebnis des Prozesses (vgl. Entscheid des Bundesgerichts P.200/2005, Urteil vom 2. November 2005). Der Kläger unterliegt in dem Masse, als seine Klage als unzulässig oder unbegründet erklärt wird. Im Rahmen des Erfolgsprinzips nicht entscheidend ist, in welchem Sinne über einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel entschieden wurde, und ausser Betracht fallen Eventualbegehren, soweit das Hauptbegehren geschützt oder anerkannt wird (vgl. etwa Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A. Zürich 1979, S. 406 Anm. 6). Die Erbteilungsklage (vgl. Art. 604 ZGB) kann Begehren auf Feststellung des Nachlasses, auf Bestimmung der Erbanteile und auf Erlass von Teilungsvorschriften umfassen (BGE 130 III 550 E).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.