

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A 377/2016

Urteil vom 9. Januar 2017

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann,
Gerichtsschreiber von Roten.

Verfahrensbeteiligte

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Daniel Wyss,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,
vertreten durch Rechtsanwalt David Bosshardt,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Feststellung und Teilung des Nachlasses (Nacherbeneinsetzung),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 12. April 2016.

Sachverhalt:

A.
Am xx.xx.1969 starb C.C._____. Erben waren seine Ehefrau D.C._____ und seine Tochter A._____
sowie seine zwei Söhne aus erster Ehe. Die Hinterlassenschaft bestand zur Hauptsache aus der Liegenschaft
E._____strasse xxx in U._____. In seiner eigenhändigen letztwilligen Verfügung vom 23. September
1965 hatte C.C._____ unter anderem Folgendes bestimmt:

- ”1.... [Feststellung der eingebrachten Güter beider Ehegatten]...
- 2.... [Feststellung des Vorschlags und der Beteiligung daran]...
- 3.... [Feststellung des Nachlasses und des Wahlrechts der Ehefrau]...
4. Meine beiden Söhne aus 1. Ehe, F._____ und G._____, setze ich zugunsten meiner Frau auf den Pflichtteil.
- 5.... [Anordnung des Verkaufs bzw. der Liquidation des Geschäftsbetriebs]...
- 6.... [Erwähnung von Lebensversicherungen mit Begünstigungsklauseln]...
7. Im Sinne einer Teilungsvorschrift bestimme ich, dass meine Frau berechtigt ist, die Liegenschaft E._____strasse xxx zu übernehmen auf Anrechnung an ihren Vorschlags- und Erbteil. Allfällige Steuern, die mit dieser Übertragung entstehen sollten, gehen zulasten des Nachlasses.
8. Sollte das neben der Liegenschaft E._____strasse xxx vorhandene Vermögen zur Abfindung der anderen

Erben nicht ausreichen, so sollen sie abgefunden werden durch Darlehensforderungen gegenüber meiner Frau.
-. [Modalitäten der Darlehensverträge]...

9. Im Falle einer Wiederverheiratung meiner Frau fällt die ihr zulasten meiner Söhne zugesprochene freie Quote aus meinem Nachlass an meine Tochter A. Im übrigen ist es mein Wunsch, dass alles, was meine Frau von mir erbt, bei ihrem Hinschied an A. übergeht. In diesem Sinne setze ich meine Frau als Vorerbin und meine Tochter als Nacherbin ein.

10.... [Bestimmungen für den Fall gleichzeitigen Sterbens der Ehegatten]...

11.... [Bezeichnung eines Willensvollstreckers]..."

Aus Güterrecht standen der Ehefrau Fr. 56'300.- als eingebrachtes Gut und Fr. 347'056.75 als Vorschlagsanteil zu. In der Teilung des Erbschaftsvermögens von Fr. 693'333.- wählte die Ehefrau den Eigentumsviertel. Die Erbensprüche beliefen sich auf Fr. 260'000.- für die Ehefrau (= 3/8), auf Fr. 173'333.- für die Tochter (= 1/4) und auf je Fr. 130'000.- für die beiden Söhne (= je 3/16). Die Ehefrau übernahm die Liegenschaft E. strasse xxx mit einem Nettowert von Fr. 1'066'633.- (per Todestag) und fand ihre Miterben ab. Im Grundbuch wurde die Ehefrau als Eigentümerin eingetragen und eine Verfügungsbeschränkung zugunsten der Nacherbin vorgemerkt. Die Ehefrau verheiratete sich nicht wieder.

B.

Am xx.xx.2009 starb D.C. (Erblasserin bzw. Vorerbin). Erben sind ihr vorehelicher Sohn B. und ihre Tochter A. In ihrer öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 26. September 2006 hatte die Erblasserin ihre Tochter auf den Pflichtteil gesetzt, die verfügbare Quote ihrem Sohn zugewiesen und ihre Tochter im Sinne einer Teilungsvorschrift berechtigt, unter Anrechnung an ihren Erbteil die Liegenschaft E. strasse xxx zum Verkehrswert im Zeitpunkt der Erbteilung zu Alleineigentum zu übernehmen. Seit dem 8. Juli 2009 ist A. als Alleineigentümerin der Liegenschaft im Grundbuch eingetragen.

C.

Die Halbgeschwister konnten sich über die Erbteilung nicht einigen. Streitig war, ob die Liegenschaft E. strasse xxx zum Nachlass ihrer Mutter gehört, der zu teilen ist, oder das Vermögen bildet, das ihre Mutter als Vorerbin geerbt hat und an die Nacherbin A. auszuliefern ist. Weitere Streitpunkte betrafen die Testierfähigkeit der Erblasserin, Mietzinseinnahmen sowie Erbvorbezüge. Am 26. Oktober 2011 klagte B. (Kläger) auf Teilung des Nachlasses. A. (Beklagte) schloss ebenfalls auf Teilung. Mit Urteil vom 30. November 2015 stellte das Bezirksgericht Zürich fest,

- dass 24.362 % des Wertes der Liegenschaft E. strasse xxx der Beklagten als Nacherbin zustehen (Dispositiv-Ziff. 4),

- dass der Nachlass der Erblasserin einen Nettowert von Fr. 6'395'193.- in Form von 75.638 % der Liegenschaft E. strasse xxx aufweist sowie aus den Nettomietzinseinnahmen bis und mit November 2015 in der Höhe von Fr. 1'802'970.- besteht (Dispositiv-Ziff. 5) und

- dass der Kläger am Nachlass zu 5/8 und die Beklagte zu 3/8 berechtigt ist (Dispositiv-Ziff. 6).

Das Bezirksgericht wies die Liegenschaft E. strasse xxx der Beklagten zu Alleineigentum zu (Dispositiv-Ziff. 7) und verurteilte die Beklagte, dem Kläger Fr. 5'424'396.- als erbrechtlicher Ausgleich zu bezahlen (Dispositiv-Ziff. 8). Es wies das Grundbuchamt an, mit Eintritt der Rechtskraft die Beklagte infolge Erbteilung als Alleineigentümerin der Liegenschaft E. strasse xxx einzutragen und die darauf vorgemerkte Verfügungsbeschränkung "Behauptetes Gesamteigentum infolge Erbganges" zu löschen (Dispositiv-Ziff. 9-11 des Urteils vom 30. November 2015).

D.

Die Beklagte legte Berufung ein mit den Begehren, es sei festzustellen, dass sie zu Recht als Alleineigentümerin der Liegenschaft E. strasse xxx infolge Nacherbschaft im Grundbuch eingetragen ist, der Kläger sei zu verpflichten, ihr Fr. 125'689.- zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. Januar 2012 zu bezahlen, und es sei festzustellen, dass nach dieser Zahlung der Nachlass der Erblasserin vollständig geteilt ist. Die Beklagte stellte weiter Berufungsbegehren für den Fall, dass ein Wertanteil von 75.638 % der Liegenschaft E. strasse xxx Bestandteil des Nachlasses bilde. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die Berufung ab und bestätigte das bezirksgerichtliche Urteil (Urteil vom 12. April 2016).

E.

Mit Eingabe vom 17. Mai 2016 beantragt die Beklagte (Beschwerdeführerin) dem Bundesgericht in der Sache, die Urteile des Obergerichts und des Bezirksgerichts aufzuheben und festzustellen, dass der Nachlass der Erblasserin vollständig geteilt ist, eventuell das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Für den Fall, dass ein Wertanteil von 75.638 % der Liegenschaft E. _____ strasse xxx Bestandteil des Nachlasses bilde, beantragt die Beschwerdeführerin, die Urteile des Obergerichts und des Bezirksgerichts aufzuheben und sie zu verpflichten, dem Kläger (Beschwerdegegner) nicht mehr als Fr. 4'588'053.– zu bezahlen. Sie stellt ferner Anträge zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen und ersucht in verfahrensrechtlicher Hinsicht um aufschiebende Wirkung. Während das Obergericht auf Vernehmlassung dazu verzichtet hat, stimmt der Beschwerdegegner der Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu. Er ersucht darum, so rasch als möglich einen Schriftenwechsel anzuordnen oder die Beschwerde sofort abzuweisen, weil sie offensichtlich unbegründet sei. Der Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts hat der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt, soweit das entsprechende Gesuch nicht gegenstandslos war (Verfügung vom 30. Mai 2016). Es sind die kantonalen Akten, in der Sache hingegen keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

Erwägungen:

1.

Das angefochtene Urteil betrifft eine Erbteilung (Art. 602 ff. ZGB) und damit eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert gemäss den Feststellungen des Obergerichts (Dispositiv-Ziff. 6) und den Angaben der Beschwerdeführerin (S. 6) rund 5.4 Mio. Fr. beträgt und den gesetzlichen Mindestbetrag von Fr. 30'000.– übersteigt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 127 III 396 E. 1b/cc S. 398). Es ist kantonal letzt- und oberinstanzlich (Art. 75 BGG), lautet zum Nachteil der Beschwerdeführerin (Art. 76 Abs. 1 BGG) und schliesst den Erbteilungsprozess ab (Art. 90 BGG). Auf die - im Weiteren fristgerecht erhobene (Art. 100 Abs. 1 BGG) - Beschwerde in Zivilsachen kann im Grundsatz eingetreten werden. Streitig ist vor Bundesgericht die Frage, ob die Liegenschaft E. _____ strasse xxx zum Nachlass gehört, der zu teilen ist, oder das Sondervermögen bildet, das die Erblasserin als Vorerbin geerbt hat (E. 2) und nach ihrem Tod an die Beschwerdeführerin als Nacherbin auszuliefern ist (E. 3). Von der Beurteilung dieses Hauptstreitpunktes hängt ab, wie die Einnahmen aus der Vermietung der Liegenschaft E. _____ strasse xxx seit dem Tod der Erblasserin erbrechtlich zu erfassen sind (E. 4 unten).

2.

Mit eigenhändiger letztwilliger Verfügung hat C.C. _____ seine Ehefrau als Vorerbin eingesetzt.

2.1. Der Erblasser ist befugt, in seiner Verfügung den eingesetzten Erben als Vorerben zu verpflichten, die Erbschaft einem andern als Nacherben auszuliefern (Art. 488 Abs. 1 ZGB). Der Vorerbe erwirbt gemäss Art. 491 ZGB die Erbschaft wie ein anderer eingesetzter Erbe (Abs. 1) und wird Eigentümer der Erbschaft unter der Pflicht zur Auslieferung (Abs. 2). Die Vorerbin ist hier als überlebende Ehefrau auch gesetzliche Erbin (Art. 462 ZGB) gemeinsam mit den Nachkommen von C.C. _____ (Art. 457 ZGB). Die von der Vorerbin auszuliefernde "Erbschaft des Erblassers" im Gesetzessinne wird durch die Teilung der Erbschaft von C.C. _____ bestimmt.

2.2. Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes (Art. 560 Abs. 1 ZGB), werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände (Art. 602 Abs. 2 ZGB) und haben bei der Teilung, wenn keine andern Vorschriften Platz greifen, alle den gleichen Anspruch auf die Gegenstände der Erbschaft (Art. 610 Abs. 1 ZGB). Der gesetzliche oder testamentarisch festgelegte Anteil des einzelnen Erben bezieht sich somit auf das Gesamtvermögen und nicht auf die Gegenstände als solche. Erst mit der Teilung wird konkretisiert, welche Erbschaftsgegenstände der Quote des einzelnen Miterben am Gesamten entsprechen und aus dem Gesamteigentum der Erbengemeinschaft in das Alleineigentum des Betreffenden übergehen (vgl. BGE 142 III 257 E. 4.3.1 S. 259 f. mit Hinweisen, vorab auf das Urteil 5A.12/1992 vom 16. Dezember 1992 E. 2b, in: ZBGR 74/1993 S. 380).

2.3. Der Anteil des einzelnen Erben wird durch Teilungsvorschriften des Erblassers, wie sie gemäss Art. 608 ZGB zulässig sind, nicht verändert, behält doch dessen Abs. 2 ausdrücklich die Ausgleichung bei einer Ungleichheit der Teile vor (vgl. BGE 137 III 369 E. 4.3 S. 372; WOLF/GENNA, Erbrecht, SPR IV/1, 2012, S. 272; STEINAUER, Le droit des successions, 2. Aufl. 2015, S. 640 Rz. 1253). Diese Ausgleichung - hier in der Form der Geldzahlung - beseitigt die Differenz zwischen dem nach Gesetzesvorschrift oder erblasserischer Anordnung zu Erhaltenden und dem in der Erbteilung tatsächlich Erhaltenen (vgl. ARMAND MAURICE PFAMMATTER, Erblasserische Teilungsvorschriften [Art. 608 ZGB], 1993, S. 82).

2.4. Der Erbanteil der Vorerbin an der Erbschaft hat 3/8 und per Todestag Fr. 260'000.— betragen, was 24.362 % des Wertes der Liegenschaft E. _____ strasse xxx als Hauptgegenstand der Hinterlassenschaft entsprochen hat (Bst. A oben). Weiter steht unangefochten und damit verbindlich fest (Art. 105 Abs. 1 BGG), dass C.C. _____ seine Ehefrau und Vorerbin berechtigt hat, die Liegenschaft E. _____ strasse xxx auf Anrechnung zu übernehmen. Die Vorerbin hatte die Wahl zwischen Fr. 260'000.— in bar (z.B. aus dem Erlös des Verkaufs der Liegenschaft) und der Übernahme der Liegenschaft verbunden mit Ausgleichszahlungen an die Miterben in der Höhe von 75.638 % des Liegenschaftswertes. Sie hat sich für die Übernahme der Liegenschaft entschieden und den Ausgleich teils durch Geldzahlung, teils durch Begründung von - inzwischen getilgten - Darlehensschulden geleistet.

2.5. Die Beschwerdeführerin legt grossen Wert darauf, dass die Übernahme der Liegenschaft durch die Vorerbin trotz überdurchschnittlich hoher Ausgleichszahlungen erbrechtlicher Natur sei und das Eigentum kraft Universalsukzession auf die Erblasserin übergegangen sei (vorab S. 22 f. Rz. 55-59 der Beschwerdeschrift). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Frage rechtserheblich sein könnte und wo die kantonalen Gerichte diese Annahme ausdrücklich als unrichtig bezeichnet hätten (E. 3 sogleich). Soweit sie sich äussert, geht die Lehre davon aus, die Erben könnten - unter Vorbehalt offenbaren Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) - beliebig hohe Ausgleichszahlungen vereinbaren, die nichts am Vorliegen einer Erbteilung änderten und insbesondere nicht zu einem (gemischten) Kauf-/Erbteilungsvertrag führten. Danach wäre hier die Vorerbin infolge Erbteilung Eigentümerin der Liegenschaft geworden (vgl. WOLF/EGGEL, Berner Kommentar, 2014, N. 23 und N. 28 zu Art. 612 ZGB und DIES., Erbteilung und Kaufvertrag unter Miterben, FS Sutter-Somm, 2016, S. 971 ff., S. 979). Zu einer allenfalls gesonderten Betrachtung von Erbgang und Erbteilung im Steuerrecht will damit freilich nichts gesagt sein (vgl. TAROLLI/FLÜCKIGER, in: Abt/Weibel [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl. 2015, N. 7 im Anhang Steuern). Auch die erbrechtliche Betrachtungsweise der Beschwerdeführerin ändert nichts daran, dass zwischen dem in der Erbteilung tatsächlich Erhaltenen und dem nach Gesetzesvorschrift und erblasserischer Anordnung zu Erhaltenden (E. 2.3 oben) zu unterscheiden ist (E. 3 sogleich).

3.

Mit eigenhändiger letztwilliger Verfügung hat C.C. _____ seine Tochter (Beschwerdeführerin) als Nacherbin eingesetzt und seine Ehefrau als Vorerbin im Sinne von Art. 488 Abs. 1 ZGB verpflichtet, "alles, was meine Frau von mir erbt, bei ihrem Hinschied" an die Nacherbin auszuliefern.

3.1. Die Beschwerdeführerin als Nacherbin ist nicht Erbin der Vorerbin, sondern beerbt ihren Vater. Die sog. Nacherbeneinsetzung regelt zwei aufeinanderfolgende Erbgänge in der Weise, dass der Vorerbe durch Verfügung des Erblassers verpflichtet wird, die Erbschaft zu einem späteren Zeitpunkt (meist beim Tod des Vorerben: Art. 489 Abs. 1 ZGB) dem Nacherben auszuliefern. Vorerbe und Nacherbe sind beide unmittelbare Erben desselben Erblassers (Art. 491 Abs. 1 und Art. 492 Abs. 1 ZGB; BGE 95 II 519 E. 3 S. 522; 131 III 106 E. 3.2 S. 110; Urteil 5A 713/2011 vom 2. Februar 2012 E. 4.2, in: ZBGR 94/2013 S. 327; vgl. BGE 123 I 264 E. 2b S. 266).

3.2. Die Nacherbin erhält von der Vorerbin ausgeliefert, was sie vom Erblasser geerbt hat, unter Vorbehalt dessen abweichender Anordnung, wonach sich die Auslieferungspflicht z.B. auf das beschränkt, was beim Nacherbfall noch vorhanden ist (BGE 100 II 92 S. 94; ausführlich: Urteil 5A 713/2011 vom 2. Februar 2012 E. 4.2, in: ZBGR 94/2013 S. 327 f.). Mangels derartiger Anordnungen hat die Vorerbin der Nacherbin die Erbschaft auszuliefern, und zwar grundsätzlich in natura (BGE 129 III 113 E. 4.3.2 S. 117). Besteht die Erb-

schaft aus verbrauchbaren Sachen, zu denen sachenrechtlich auch Geld zählt, ist im Nacherbfall der Wert der verbrauchten Sachen zu ersetzen, und kraft Surrogation sind mit Mitteln der Erbschaft erworbene Sachen wie auch Erlöse aus Verkäufen von Erbschaftsgegenständen auszuliefern. Letzternfalls nimmt das Bundesgericht nicht dingliche, sondern vermögensrechtliche Surrogation an (Urteil 5A 294/2014 vom 5. Februar 2015 E. 6.2 mit Hinweis auf PAUL PIOTET, *Transferts de propriété, expectatives réelles et substitutions fidéicommissaires*, 1992, N. 538 S. 131; seither: Urteil 5A 715/2015 vom 14. April 2016 E. 3.3 und die Besprechung der Urteile von SABRINA GAURON-CARLIN, *Rechtsprechungs-panorama Erbrecht*. Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus den Jahren 2014-2016, AJP/PJA 2016 S. 1368-1375, S. 1368 f. Ziff. I).

3.3. Der Anteil an der Erbschaft von C.C._____ hat 3/8 betragen und per Todestag einen Wert von Fr. 260'000.– gehabt, der 24.362 % des Wertes der Liegenschaft E._____strasse xxx entsprochen hat. An die Stelle dieses Anspruchs auf eine Quote des Erbschaftsvermögens ist die Liegenschaft getreten, die die Vorerbin kraft Teilungsvorschrift zu übernehmen berechtigt war und zufolge Teilung der Erbschaft verbunden mit Ausgleichszahlungen an die Miterben zu Alleineigentum erhalten hat (E. 2 oben; vgl. zu diesem Vorgang: BGE 142 III 257 E. 4.3.2 S. 260). Die an die Nacherbin auszuliefernde Erbschaft als Sondervermögen der Vorerbin ist aufgrund der Ausgleichszahlungen mit dem freien Vermögen der Vorerbin verschmolzen und im Erbschaftsgegenstand "Liegenschaft E._____strasse xxx" enthalten. Ob die Auslieferung unter diesen Umständen in natura erfolgen kann, beurteilt sich anhand des Beteiligungsverhältnisses von Sondervermögen und freiem Vermögen der Vorerbin am Erbschaftsgegenstand (vgl. BGE 129 III 113 E. 4.3.1 S. 116). Die Liegenschaft im Wert von Fr. 1'066'633.– hat die Vorerbin in der Erbteilung auf Anrechnung an ihren Erbanteil von Fr. 260'000.– (Sondervermögen) und gegen Ausgleichszahlungen von über Fr. 400'000.– aus güterrechtlichen Guthaben (freies Vermögen der Vorerbin) und von rund Fr. 400'000.– aus Drittmitteln übernommen. Die Liegenschaft gehört damit in ihrer Gesamtheit ("integral") zum freien Vermögen der Vorerbin und kann der Nacherbin nicht in natura ausgeliefert werden. Ihr steht Wertersatz und damit eine Forderung im Umfang von 24.362 % des gerichtlich festgestellten Liegenschaftswertes zu (vgl. BGE 141 III 53 E. 5.4.4 S. 62 und 145 E. 4.3.1 S. 151 f., betreffend Güterrecht).

3.4. Der gegenteilige Standpunkt der Beschwerdeführerin (S. 21 ff. Ziff. 7.1 und S. 28 Rz. 79-83), es sei ihr als Nacherbin die Liegenschaft als solche auszuliefern, trifft aus folgenden Gründen nicht zu:

3.4.1. Nichts abzuleiten vermag die Beschwerdeführerin daraus, dass sie nach dem Tod der Vorerbin als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde. Dieser grundbuchliche Vorgang ist offenkundig auf die vorgemerkte Verfügungsbeschränkung zu ihren Gunsten als Nacherbin zurückzuführen (Bst. A oben) und bindet das Zivilgericht nicht in der Beurteilung, was Gegenstand der Auslieferungspflicht an die Nacherbin ist. Im Übrigen war auch der Beschwerdegegner - mit Rücksicht auf die Teilungsvorschrift der Vorerbin (Bst. B oben) - grundsätzlich damit einverstanden, dass die Liegenschaft letztlich der Beschwerdeführerin zugewiesen wird und insoweit in ihrem Eigentum bleibt.

3.4.2. Die Erbschaft von C.C._____, die die Vorerbin auszuliefern hat, besteht nicht in der Liegenschaft, sondern im Erbanteil von 3/8, an dessen Stelle in der Erbteilung Erbschaftswerte oder Erbschaftsgegenstände getreten sind. Bei der vorliegend gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung hat die Vorerbin auszuliefern, was ihr C.C._____ als Anteil vererbt hat und nicht was sie in der Erbteilung dank Ausgleichszahlungen auf Anrechnung an ihren Erbteil hat übernehmen können. Hätte C.C._____, wie die Beschwerdeführerin annimmt, seine Ehefrau als (Vor-) Erbin verpflichtet, die Liegenschaft E._____strasse xxx an die Beschwerdeführerin herauszugeben, läge keine Nacherbfolge, sondern ein Vermächtnis vor (TUOR, Berner Kommentar, 1952, N. 6 und N. 28 der Vorbemerkungen zur Nacherbeneinsetzung [Art. 488 ff. ZGB] und N. 3 zu Art. 488 ZGB; ESCHER/ESCHER, Zürcher Kommentar, 1959, N. 1 der Vorbemerkungen zur Nacherbfolge [Art. 488 ff. ZGB]; vgl. auch WEIMAR, Berner Kommentar, 2009, N. 5 zu Art. 488 ZGB). Die abweichende Betrachtungsweise der Beschwerdeführerin führte sodann dazu, dass sie ihren gesetzlichen Erbanteil gegenüber C.C._____ von Fr. 173'333.– zweimal erhielt, zuerst als Ausgleichszahlung der überlebenden Ehefrau für die

Übernahme der Liegenschaft in der Erbteilung des Erblassers (Bst. A oben) und ein zweites Mal mit der geltend gemachten Auslieferung der Liegenschaft durch die Vorerbin. Der damaligen Erbteilung hat die Beschwerde-

führerin im Übrigen unwidersprochen zugestimmt (E. III/3.3 S. 16 des angefochtenen Urteils: "im Rahmen der einverständlichen Realteilung").

3.4.3. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus den testamentarischen Anordnungen. C.C._____ hat der Beschwerdeführerin die Liegenschaft E._____strasse xxx nicht als Vermächtnis zugewendet, sondern bestimmt, "dass alles, was meine Frau von mir erbt, bei ihrem Hinschied an A._____ übergeht" (Ziff. 9). Dabei war C.C._____ als Geschäftsmann offenkundig klar, dass seine Ehefrau die Liegenschaft nicht von ihm "erbt", hat er doch vorgesehen, dass die Ehefrau nebst dem Erbteil ihren güterrechtlichen Vorschlagsanteil für die Übernahme der Liegenschaft wird einsetzen müssen (Ziff. 7) und wie die Miterben im Mehrbetrag abgefunden werden können (Ziff. 8 der letztwilligen Verfügung). Davon abgesehen hat C.C._____ die Ehefrau lediglich "berechtigt" (Ziff. 7 der letztwilligen Verfügung), die Liegenschaft auf Anrechnung zu übernehmen, so dass für ihn im Zeitpunkt der Testamentserrichtung und des Ablebens offen geblieben ist, wie sich seine Ehefrau nach seinem Tod entscheiden würde. Es kann deshalb keine Rede davon sein, C.C._____ habe gewollt, dass die Liegenschaft zwingend an die Beschwerdeführerin als Nacherbin übergehen müsse. Diesen Schluss legt auch die vom Obergericht nicht eigens wiedergegebene Ziff. 10 der letztwilligen Verfügung nicht nahe, wonach bei gleichzeitigem Sterben der Ehegatten im Sinne einer Teilungsvorschrift die Beschwerdeführerin die Liegenschaft E._____strasse xxx erhalten sollte (S. 9 der Beschwerdeschrift). Da die Teilungsvorschrift nur einen Eventualfall betroffen hat, der nicht eingetreten ist, ist die Ehefrau frei ("berechtigt") geblieben, ob sie die Liegenschaft auf Anrechnung übernehmen will (vgl. zur Testamentsauslegung: BGE 131 III 106 E. 1 S. 108 f. und 601 E. 3.1 S. 604; vgl. GAURON-CARLIN, a.a.O., S. 1369 ff. Ziff. II mit Hinweisen).

3.5. Insgesamt sind die kantonalen Gerichte zutreffend davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführerin als Nacherbin 24.362 % des Wertes der Liegenschaft E._____strasse xxx zustehen. Das angefochtene Urteil erweist sich nicht als bundesrechtswidrig und der Hauptantrag der Beschwerdeführerin insoweit als unbegründet.

4.

Streitig sind die seit dem Tod der Erblasserin aufgelaufenen Einnahmen aus der Vermietung der Wohn- und Geschäftsliegenschaft E._____strasse xxx.

4.1. Wie näher dargelegt (E. 3, insbesondere E. 3.3 oben), ist das Obergericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Liegenschaft E._____strasse xxx als Ganzes zum freien Vermögen der Erblasserin gehört und nicht zum Sondervermögen, das die Erblasserin in natura der Beschwerdeführerin als Nacherbin hätte ausliefern müssen. Letzterer steht lediglich eine Forderung von 24.362 % des Wertes der Liegenschaft per Todeszeitpunkt der Erblasserin zu. Die seither aufgelaufenen Mietzinseinnahmen fallen uneingeschränkt - zu 100 % und nicht bloss zu 75.638 %, wie die Beschwerdeführerin meint - in den Nachlass der Erblasserin und sind gemäss deren testamentarischer Anordnung im Verhältnis von 5/8 (Beschwerdegegner) und 3/8 (Beschwerdeführerin) zu teilen (E. III/6.3 S. 23 f. des angefochtenen Urteils). Mit ihren Ausführungen, ihr wie auch immer geartetes Recht als Nacherbin umfasse auch das Recht am Ertrag, vermag die Beschwerdeführerin nicht durchzudringen (S. 28 f. Rz. 84 und 85 der Beschwerdeschrift). Die Pflicht der Vorerbin zur Auslieferung umfasst 24.362 % des Wertes der Liegenschaft und als Zeitpunkt der Auslieferung ist hier - mangels abweichender Anordnung - der Tod der Vorerbin zu betrachten (Art. 489 Abs. 1 ZGB). Die Beschwerdeführerin anerkennt den Wert der Liegenschaft ausdrücklich (S. 21 der Beschwerdeschrift). Damit steht aber auch der ihr als Nacherbin zustehende Forderungsbetrag unstrittig fest (24.362 % des Liegenschaftswertes). Die aus der Vermietung der Liegenschaft erzielten Einnahmen nach dem Tod der Vorerbin gehören wie die Liegenschaft selber zum freien Vermögen der Vorerbin und damit zum Nachlass der Erblasserin.

4.2. In prozessualer Hinsicht war bereits vor Obergericht streitig, ob der Beschwerdegegner seinen Anteil an den Mietzinseinnahmen formell richtig eingeklagt hat.

4.2.1. Das Obergericht hat festgestellt, die Beschwerdeführerin rüge, der Beschwerdegegner habe in seinem Schlussvortrag neu und damit verspätet nicht nur eine Beteiligung an den Mietzinserträgen für die Zeit vom 1. Juni 2009 bis 26. Oktober 2011 wie in der Klageschrift (Begehren-Ziff. 6), sondern für die Zeit vom 1.

Juni 2009 bis zum Datum der Teilung verlangt. Diese Klageänderung wäre nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen zulässig gewesen, deren Erfüllung der Beschwerdegegner in seinem Schlussvortrag nicht einmal behauptet und das Bezirksgericht trotz ihres Hinweises in ihrem zweiten Schlussvortrag nicht geprüft habe. Nach den obergerichtlichen Feststellungen hat die Beschwerdeführerin in ihrer Berufung neu eingewendet, der Beschwerdegegner habe in der Klageschrift 110/192 (ca. 57.3 %) der Mietzinseinnahmen eingeklagt, in seinem Schlussvortrag dann aber 5/8 (62.5 %) geltend gemacht; auch diese Klageänderung sei verspätet (E. III/6.4 S. 24 f. des angefochtenen Urteils).

4.2.2. Zur ersten Frage nach dem im Schlussvortrag geltend gemachten Anteil an den Mietzinseinnahmen (5/8 statt 110/192) hat das Obergericht festgehalten, dass nicht ersichtlich oder dargetan sei, inwiefern der von der Beschwerdeführerin in der Berufungsschrift neu erhobene Einwand hinsichtlich der geltend gemachten Quote den Anforderungen von Art. 317 ZPO genüge, so dass dieser nicht zu berücksichtigen sei (E. III/6.5 Abs. 1 S. 25 des angefochtenen Urteils). Die Feststellung, dass die Beschwerdeführerin diesen Einwand in der Berufungsschrift neu erhoben hat, betrifft den Prozesssachverhalt und ist für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, die Sachverhaltsfeststellung sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG und die Behebung des Mangels könne für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG; BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f.). Ausnahmsweise zulässige Sachverhaltsrügen erhebt und begründet die Beschwerdeführerin in diesem Punkt nicht (vgl. BGE 141 V 416 E. 4 S. 421), so dass davon auszugehen ist, ihr Einwand unzulässiger Klageänderung mit Bezug auf den Anteil des Beschwerdegegners an den Mietzinseinnahmen sei vor Obergericht neu.

Neue Tatsachen werden in der Berufungsinstanz nur noch berücksichtigt, wenn sie unter anderem trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Wird die Berücksichtigung einer neuen Tatsache verweigert, hat die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache nicht schon vor erster Instanz vorbringen können (zur Veröffentlichung bestimmtes Urteil 5A 819/2015 vom 24. November 2016 E. 4.1 mit Hinweisen).

Unter dem Blickwinkel der zumutbaren Sorgfalt im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO ist, wie das Obergericht zutreffend hervorgehoben hat, weder ersichtlich noch nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführerin die vom Beschwerdegegner im Schlussvortrag (angeblich) vorgenommene Klageänderung mit Bezug auf die eingeklagte Dauer der Mietzinse in ihrem zweiten Schlussvortrag vor Bezirksgericht hat beanstanden können, nicht hingegen die Unzulässigkeit der (angeblichen) Klageänderung mit Bezug auf den Anteil, die sie vielmehr erst vor Obergericht gerügt hat. Eine Erklärung dafür bleibt die Beschwerdeführerin auch heute schuldig, so dass das Obergericht das neue Vorbringen ohne Verletzung von Bundesrecht unberücksichtigt lassen und von einem eingeklagten Anteil von 5/8 ausgehen durfte.

4.2.3. Was die eingeklagte Dauer der Mietzinse angeht, hat das Obergericht in Übereinstimmung mit dem Bezirksgericht angenommen, es sei zulässig und bedeute keine Klageänderung, dass der Beschwerdegegner bereits zu Beginn des Verfahrens eine Klage auf Leistung erhoben und diese nun nach Durchführung des Beweisverfahrens beziffert habe. In seiner Klagebegründung habe der Beschwerdegegner geltend gemacht, er sei entsprechend seiner Gesamteigentumsquote an den Mietzinseinnahmen zu beteiligen. In diesem Sinne sei auch Ziff 6 seines Klagebegehrens zu verstehen, wonach die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner vom Nettoertrag der Liegenschaft E. _____strasse xxx "seit dem xx.xx.2009 bis heute" seinen Anteil zu bezahlen habe. Auch im Schlussvortrag sei der Beschwerdegegner von nichts Anderem ausgegangen als in der Klagebegründung. Er habe verlangt, dass er im Rahmen seiner Erbquote an den Erträgen beteiligt werde. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin könne insbesondere die Formulierung "bis heute" im Klagebegehren nicht dahin gehend verstanden werden, dass die Beteiligung an den Erträgen bis zum Datum der Klageschrift (26. Oktober 2011) verlangt worden sei. Vielmehr habe der Beschwerdegegner damit die Beteiligung bis zum aktuellen Zeitpunkt verlangt, wie sich dies auch aus der Replikschrift wiederum ergebe (Abrechnungen "bis dato" bzw. "seit 1. Januar 2009 bis heute"). Die im Schlussvortrag erfolgte Präzisierung "per Datum der Teilung" bedeute keine unzulässige Klageänderung (E. III/6.5 S. 25 f. des angefochtenen Urteils).

Klagebegehren sind objektiv nach allgemeinen Grundsätzen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 86 II 437 E. 1 S. 439 f.; 105 II 149 E. 2a S. 152; 137 III 617 E. 6.2 S. 622), und die blosser Verdeutlichung ist von der Änderung eines Begehrens im Sinne von Art. 227 Abs. 1 bzw.

Art. 317 Abs. 2 ZPO zu unterscheiden (Urteil 5A 621/2012 vom 20. März 2013 E. 4.3.2, für Art. 317 Abs. 2 ZPO; Urteil 4A 255/2015 vom 1. Oktober 2015 E. 2.2, zur Klageänderung gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO).

Die obergerichtliche Auslegung, wonach das Schlussbegehren "per Datum der Teilung" eine blosser Verdeutlichung und keine Änderung des ursprünglichen Klagebegehrens "bis heute" bedeute, stellt die Beschwerdeführerin (S. 31 Rz. 94) nicht rechtsgenügend in Frage (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 142 III 364 E. 2.4 S. 367 f.) und könnte auch nicht als bundesrechtswidrig beanstandet werden. Denn die Formulierung der Rechtsbegehren bereitet bei den sog. doppelseitigen Klagen wie der Erbteilungsklage oftmals Schwierigkeiten. Zur Vermeidung überspitzten Formalismus ist die Praxis in der Regel grosszügig (vgl. für Erbteilungsprozesse: BGE 75 II 256 E. 1 S. 257; 101 II 41 E. 4c S. 45 f.; Urteil 5A 337/2010 vom 2. August 2010 E. 1.2). Überspitzt formalistisch wäre es, eine Partei auf der unglücklichen Formulierung oder beim unbestimmten Wortlaut ihres Rechtsbegehrens zu behaften, wenn sich dessen Sinn unter Berücksichtigung der Klagebegründung, der Umstände des zu beurteilenden Falles oder der Rechtsnatur der betreffenden Klage ohne weiteres ermitteln liesse (Urteile 5P.35/2005 vom 4. Mai 2005 E. 1.1, in: SZP 2005 S. 376 f.; 5A 514/2009 vom 25. Januar 2011 E. 5.2; 5A 621/2012 vom 20. März 2013 E. 4.1). Dass Teilungsbegehren auf den Teilungszeitpunkt gestellt sind, liegt an sich auf der Hand und bedarf hier keiner näheren Begründung.

4.2.4. Vehement verwahrt sich die Beschwerdeführerin gegen die Feststellung des Obergerichts, sie habe den bezirksgerichtlichen Erwägungen im Berufungsverfahren nichts entgegengesetzt (E. III/6.5 Abs. 3 S. 25 und E. II/3 S. 9 des angefochtenen Urteils). Sie führt aus, was sie an welcher Stelle der Berufungsschrift dazu dargelegt haben will (S. 29 f. Rz. 86-93 der Beschwerdeschrift). Da die Beurteilung der kantonalen Gerichte nicht zu beanstanden ist (E. 4.2.2./3 oben), könnte die Behebung des angeblichen Mangels in den obergerichtlichen Feststellungen zum Prozesssachverhalt für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Auf die Rüge unrichtiger Sachverhaltsfeststellung ist deshalb nicht einzutreten.

4.2.5. Nach dem Gesagten durften die kantonalen Gerichte annehmen, der Beschwerdegegner habe seinen Anteil von 5/8 an den Einnahmen aus der Vermietung der Liegenschaft E. _____ strasse xxx seit dem xx.xx.2009 (Tod der Erblasserin) bis zur Teilung formell richtig eingeklagt.

4.3. Weder aus materiell-rechtlicher noch aus prozessualer Sicht kann aus den dargelegten Gründen als bundesrechtswidrig beanstandet werden, dass dem Beschwerdegegner 5/8 der seit dem Tod der Erblasserin aufgelaufenen Mietzinseinnahmen zugesprochen wurden.

5.

Insgesamt muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin wird damit kosten-, nicht hingegen entschädigungspflichtig, zumal der Beschwerdegegner in der Sache nicht zur Vernehmlassung eingeladen wurde und der Gewährung der aufschiebenden Wirkung in einem einfachen Brief zugestimmt hat (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 40'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 9. Januar 2017

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: von Roten