

LSI/AR

An das Schweizerisches Bundesgericht

Av. Du Tribunal-Fédéral 29

1005 Lausanne

BESCHWERDECHRIFT RAPAX AG

In Sachen

Rapax AG (Adresse, Lausanne),

vertreten durch Team 5744

Beschwerdeführerin,

gegen

Evelyne (geb. 1970, Adresse, Wohnort),

vertreten durch X

Beschwerdegegnerin,

betreffend

**die Beschwerde in Zivilsachen
gegen das Urteil des Kantonsgerichts Waadt**

(Muttersprache: Deutsch)

Team 5744

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	III
Rechtsbegehren	1
Begründung	1
I. Formelles	1
A Allgemeine Beschwerde Voraussetzungen	1
1. Anfechtungsobjekt	1
2. Beschwerdegründe	1
3. Beschwerdefrist	1
B Besondere Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen	1
1. Zivilrechtsstreitigkeit	1
2. Streitwert	2
3. Vorinstanz	2
4. Beschwerdelegitimation	2
5. Parteivertretung	2
II. Tatsächliches	2
III. Materielles	3
A Angefochtene Punkte des kantonalen Entscheids	3
B Begründung der Begehren des Beschwerdeführers	4
1. Anwendung von Art. 619-619sexies aZGB	4
1.1. Zeitliche Anwendbarkeit der Art. 619-619sexies aZGB	4
1.2. Sachliche Anwendbarkeit der Art. 619-619sexies aZGB	4
2. Fehlende Voraussetzungen des Gewinnherausgabeanspruchs	6
2.1. Die Voraussetzungen des Gewinnherausgabeanspruchs	6
2.2. Keine Gewinnerzielung	7
2.2.1. Gewinn	7
2.2.2. Abzug der Hypothek	7
a. Hypothek als vorrangiges Grundpfandrecht	7
b. Hypothek als Investition	8
2.2.3. Keine Verlustbeteiligung	9
2.3. Keine Antragsberechtigung der Beschwerdegegnerin	9
2.4. Fazit	10

3.	Eventualiter: Verjährung und Verwirkung des Gewinnherausgabeanspruches.....	10
3.1.	Eintritt des Veräusserungstatbestands.....	10
3.1.1.	Veräusserungstatbestand im Jahre 1993.....	10
3.1.2.	Veräusserungstatbestand im Jahre 2003.....	11
A.	Hypothek als Veräusserung im Sinne von Art. 619 Abs. 1 aZGB.....	11
b.	Hypothek als veräusserungsähnlicher Tatbestand im Sinne von Art. 619 Abs. 2 aZGB.....	13
3.1.3.	Kein massgebender Veräusserungstatbestand im Jahre 2016.....	13
3.2.	Fälligkeit.....	14
3.3.	Verjährung des Gewinnherausgabeanspruches.....	14
3.3.1.	Rechtsnatur des Gewinnherausgabeanspruches.....	14
3.3.2.	Verjährung nach Art. 127 OR.....	14
3.3.3.	Verjährung gemäss Lehre.....	15
3.4.	Verwirkung des Antragsrechts.....	16
3.5.	Fazit.....	17
4.	Eventualbegehren.....	17
4.1.	Gesetzlicher Prozentabzug.....	17
4.2.	Gewinnansprüche als Individualforderungen.....	18
4.3.	Ausschlagung des Gewinnanteils von B.....	18
4.4.	Ausschlagung des Gewinnanspruchs von A.....	19
4.5.	Schuldenerlass von 2/3 des Gewinnanteils.....	20
4.6.	Fazit.....	20

LITERATURVERZEICHNIS

- ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Internationales Privatrecht, Steuerrecht, Praxiskommentar, 3. Auflage, Basel 2015 (zit.: PKomm. Erbrecht–AUTOR/IN, Art. XX N YY)
- BECK HANS PETER, Das gesetzliche Gewinnanteilsrecht der Miterben, Die revidierten Art. 619 ff. ZGB und die ausländischen Regelungen, Diss. Zürich 1967 (zit.: BECK, S. XX)
- ESCHER ARNOLD, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Ergänzungslieferung zum landwirtschaftlichen Erbrecht, 3. Auflage, Zürich 1975 (zit.: ESCHER, Art. XX N YY)
- FRIEDRICH HANS-PETER, Der Anteil der Miterben am Gewinn nach dem Bundesgesetz vom 19. März 1965, in: BN 1965, S. 61 ff. (zit.: FRIEDRICH, S. XX)
- GASSER PIERRE, Quelques points controversés en matière de participation des héritiers au gain (Texte d'une conférence présentée à l'assemblée générale de la Société Suisse des Conservateurs du Registre foncier, à Hérisau, le 17 septembre 1971), in: ZBGR, 53. Jahrgang 1972, S. 65 ff. (zit. GASSER, S. XX)
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II: Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, Basler Kommentar, 6. Auflage, Basel 2019 (zit.: BSK ZGB II–AUTOR/IN, Art. XX N YY)
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2019 (zit.: HUGUENIN, N XX)
- LIVER PETER, Die Vormerkung des Gewinnanspruches der Miterben gemäss dem revidierten Art. 619 ZGB, in: ZBGR, 62. Jahrgang 1981, S. 129 ff. (zit.: LIVER, ZBGR 1981, S. XX)
- LIVER PETER, Zum Gewinnanteilsrecht der Miterben, in: ZBGR, 54. Jahrgang 1973, S. 1 ff. (zit.: LIVER, ZBGR 1973, S. XX)
- MEYER THOMAS, Der Gewinnanspruch der Miterben im bäuerlichen Bodenrecht (Art. 28 ff. BGG), Zürich/Basel/Genf 2004 (zit.: MEYER, N XX)

NEUKOMM WILLY/CZETTLER ANTON, Das bäuerliche Erbrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Auflage, Brugg 1982 (zit.: NEUKOMM/CZETTLER, S. XX)

PIOTET PAUL, Vierter Band, Erbrecht, in: GUTZWILLER MAX/HINDERLING HANS/MEIER-HAYOZ ARTHUR/MERZ HANS/PIOTET PAUL/SECRETAN ROGER/VON STEIGER WERNER/VISCHER FRANK, Schweizerisches Privatrecht, Basel 1981 (zit.: PIOTET, S. xx)

SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 5. Auflage, Zürich 2017 (zit.: SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N xx)

Schweizerischer Bauernverband Treuhand und Schätzungen (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Aufl. Bern 2011 (AUTOR/IN-Komm. BGBB, N YY zu Art. XX)

STUDER BENNO, Der Kauf landwirtschaftlicher Grundstücke, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückskauf, St. Gallen 1989, S. 320-364 (zit.: STUDER, N)

WEIMAR PETER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Band III, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009 (zit. WEIMAR, N YY zu Art. XX)

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR, Basler Kommentar, 7. Auflage, Basel 2010 (zit.: BSK OR I–AUTOR/IN, Art. XX N YY)

ZEINDLER-DETTING URSULA, Das Gewinnanteilsrecht an nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken, Diss., Bamberg 2006 (zit. ZEINDLER-DETTING, S. xx)

ZOBL DIETER, Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen, in: ZBGR, 68. Jahrgang 1987, S. 281 ff. (zit.: ZOBL, S. XX)

Namens und im Auftrag der Beschwerdeführerin stellen die Unterzeichnenden folgendes

RECHTSBEGEHREN

- „1. Das Urteil des Kantonsgerichts Waadt sei aufzuheben.*
- 2. Es sei festzustellen, dass kein Gewinnherausgabeanspruch der Beschwerdegegnerin besteht.*
- 3. Eventualiter sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin einen Gewinnherausgabeanspruch von bloss CHF 60'493.30 schuldet.*
- 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Beschwerdegegnerin.“*

BEGRÜNDUNG

I. Formelles

A Allgemeine Beschwerdevoraussetzungen

1. Anfechtungsobjekt

- 1 Gemäss Art. 90 BGG ist die Beschwerde zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen. Das Kantonsgericht Waadt ist gemäss Art. 8 ZPO einzige und letzte kantonale Instanz und dessen Urteil demnach taugliches Anfechtungsobjekt.

2. Beschwerdegründe

- 2 Art. 95 lit. a BGG sieht als zulässigen Beschwerdegrund die Verletzung von Bundesrecht vor. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist u.a. eine Verletzung von Art. 619 aZGB sowie Art. 127 OR gegeben, womit ein zulässiger Beschwerdegrund besteht.

3. Beschwerdefrist

- 3 Die Beschwerdefrist beträgt nach Art. 100 Abs. 1 BGG 100 Tage. Mit Einreichung der Beschwerdeschrift am 6.11.2019 ist diese Frist gewahrt.

B Besondere Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen

1. Zivilrechtsstreitigkeit

- 4 In der vorliegenden Sache handelt es sich um eine Zivilrechtsstreitigkeit. Die Beschwerdeführerin erhebt somit das ordentliche Rechtsmittel der Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 Abs. 1 BGG.

2. Streitwert

5 Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG verlangt einen Streitwert von mindestens CHF 30'000. Mit dem sich in casu auf CHF 500'000 belaufenden Streitwert ist diese Grenze offensichtlich überschritten.

3. Vorinstanz

6 Gemäss Art. 75 Abs. 2 lit. c BGG können als Ausnahme des «double instance» Prinzips obere Gerichte als einzige kantonale Instanz entscheiden (Art. 8 ZPO). Das Kantonsgericht Waadt entschied als Vorinstanz i.Sv. Art. 75 Abs. 2 lit. c BGG i.V.m. Art. 8 ZPO.

4. Beschwerdelegitimation

7 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Die Beschwerdelegitimation nach Art. 76 Abs. 1 lit. a und b BGG ist mithin gegeben.

5. Parteivertretung

8 Die unterzeichnenden RechtsanwältInnen sind i.S.d. Anwaltsgesetzes vom 23. Juni 2000 gehörig bevollmächtigt und demzufolge nach Art. 40 BGG zur Vertretung der Beschwerdeführerin vor Bundesgericht zugelassen.

II. Tatsächliches

9 1992 unterzeichneten die drei Kinder des im Jahre 1978 in Forel (Kanton Waadt) verstorbenen Jules Bolomey (J), Cécile (C), Alexandre (A) und Bertrand (B) einen Erbteilungsvertrag. Darin vereinbarten sie, das einzige Aktivum des Nachlasses, ein unbebautes Grundstück, an B zu übertragen. B bezahlte nach der Unterzeichnung eine Abfindung von je CHF 25'000 an C und A. Zudem vereinbarten sie einen Gewinnanspruch «gemäss den gesetzlichen Voraussetzungen» für das Grundstück, welcher noch im Jahre 1992 im Grundbuch vorgemerkt wurde.

10 Das Grundstück befand sich damals in einer sog. Entwicklungszone und darf gegenwärtig offen bebaut werden. Es wurde bis heute vorbehalten des Grasmähens nicht landwirtschaftlich genutzt. Der Übernehmer B wollte hierauf einen Freizeit- und Verfügungspark bauen. Um diesen finanzieren zu können, verkaufte er im Jahr 1993 die Hälfte des Grundstücks an die Beschwerdeführerin zu einem Preis von CHF 500'000. Die Beschwerdeführerin ist bis dato Eigentümerin des hälftigen Grundstückes. Die Vormerkung des damals vereinbarten Gewinnanspruchs ist noch immer im Grundbuch ersichtlich. Ferner schloss B zur Realisierung des Freizeit- und Vergnügungsparks-Projekts jeweils im Jahre 2003 und 2010 auf dem ihm verbleibenden hälftigen Grundstück eine Hypothek ab.

- 11 C litt seit 1990 an einer degenerativen Erkrankung. Nach temporärem und dann dauerhaftem Spitalaufenthalt verstarb sie nach zehnjährigem Leiden im Frühjahr 2016 in einem urteilsunfähigen Zustand. Ihre 1970 geborene Tochter, die Beschwerdegegnerin, ist Alleinerbin. A verstarb ledig und ohne Nachkommen im Jahre 1994. In einem öffentlich beurkundeten Testament begünstigte er seinen Bruder B als Alleinerbe und setzte seine Nichte, die Beschwerdegegnerin, als Nacherbin ein. B verstarb im Juli 2016 verschuldet, seine Erbschaft wurde ausgeschlagen.
- 12 Ende 2016 wurde das sich im Nachlass von B befindende Grundstück von der Konkursmasse einvernehmlich an die Beschwerdeführerin verkauft. Diese übernahm die Hypothekarschulden für CHF 400'000, sodass der Verkaufspreis genau die Schulden und die anfallenden Gebühren deckte. Während dieser Verteilung und unter Beachtung der gesetzlichen Fristen verlangte die Beschwerdegegnerin die Zahlung von CHF 500'000 von der Beschwerdeführerin. Sie beruft sich dabei auf ihr im Grundbuch angemerktes Recht am Gewinnanspruch, welches am von der Konkursmasse verkauften Grundstück und an jenem das seit 1993 im Eigentum der Beschwerdeführerin ist, besteht.
- 13 Das Verfahren wurde vor dem Kantonsgericht Waadt als einzige angerufene kantonale Instanz gemäss Art. 8 ZPO eröffnet. Die Beschwerdeführerin berief sich vor dieser Instanz auf die Verjährungsfrist. Die Beschwerdeführerin obsiegte in Bezug auf das im Jahre 1993 verkaufte Grundstück und unterlag hinsichtlich des im Jahre 2016 einvernehmlich verkauften Grundstücks.

III. Materielles

A Angefochtene Punkte des kantonalen Entscheids

- 14 Das Kantonsgericht Waadt lehnte einen Gewinnherausgabeanspruch der Beschwerdegegnerin auf das im Jahre 1993 verkaufte Grundstück ab, sprach indessen in Bezug auf das im Jahre 2016 verkaufte Grundstück einen solchen zu.
- 15 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Beschwerdegegnerin einen Gewinnherausgabeanspruch auf das im Jahre 2016 verkaufte Grundstück hat und rügt eine Verletzung von Art. 619 aZGB sowie Art. 127 OR. An den Ausführungen des Vorverfahrens bezüglich des nicht bestehenden Gewinnanspruchs von 1993 hält die Beschwerdeführerin hingegen ausdrücklich fest.

B Begründung der Begehren des Beschwerdeführers

1. Anwendung von Art. 619-619sexies aZGB

16 Das sachlich und zeitlich anwendbare Recht ist vorfrageweise durch das Gericht zu bestimmen.

1.1. Zeitliche Anwendbarkeit der Art. 619-619sexies aZGB

17 Vom 1.7.1965 bis zum 31.12.1993 regelten Art. 619–619sexies aZGB (AS 1965 S. 445, 447–449) und Art. 218-218quinquies aOR (AS 1973 I 93, S. 96) das Gewinnanteilsrecht von Miterben.¹ Am 1.1.1994 trat das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11) in Kraft, und die Art. 619-619sexies ZGB wurden aufgehoben.² Der Gewinnanspruch ist seit jeher in den Art. 28 ff. und 41 BGBB statuiert.

18 Gemäss Art. 17 SchlT ZGB behalten im Grundbuch eingetragene bestehende Rechte bei Inkrafttreten des neuen Rechts ihre Gültigkeit. Ist eine Errichtung nach neuem Recht nicht mehr möglich, namentlich weil die Artikel aufgehoben wurden (so Art. 619quinquies und 619sexies aZGB), richtet sich ihre Wirkung indessen nach dem alten Recht. Auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung beurteilen sich Bestand und Inhalt des Gewinnbeteiligungsrechtes nach dem Recht, das zur Zeit der Zuteilung des Grundstückes galt.³

19 Zur Zeit, als die Geschwister A, B und C im Jahre 1992 die Erbteilung vornahmen und damit das Grundstück dem Übernehmer B zuteilten, regelten die Art. 619–619sexies aZGB und Art. 218-218quinquies aOR den Gewinnanspruch. Der seit 1992 im Grundbuch vorgemerkte Gewinnanspruch bleibt ergo auch nach der Revision gültig und richtet sich aufgrund des Zuteilungszeitpunktes nach dem damals geltenden Recht, also Art. 619–619sexies aZGB und Art. 218-218quinquies aOR, sofern der Anwendungsbereich des BGBB nicht eröffnet ist.

1.2. Sachliche Anwendbarkeit der Art. 619-619sexies aZGB

20 Handelt es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück, weicht Art. 94 BGBB vom Grundsatz der Nichtrückwirkung⁴ ab und bestimmt dessen Anwendung für bereits am 1.1.1994 bestehende Gewinnansprüche hinsichtlich Fälligkeit und Gewinnberechnung (Art. 94 Abs. 3 BGBB). Liegt demgegenüber ein nichtlandwirtschaftliches Grundstück vor, kommen Art. 619 ff. aZGB zur Anwendung.⁵ Es ist sich auf den Zeitpunkt der Zuteilung des Grundstücks zu stützen.⁶

¹ BGer 5A_508/2015 vom 16.12.2015, E. 2.1.

² BGer 5A_508/2015 vom 16.12.2015, E. 2.2.

³ BGE 94 II 240 ff.

⁴ Art. 1 SchlT ZGB.

⁵ Vgl. ZEINDLER-DETTING, S. 8.

⁶ BECK, S. 86.

- 21 Die im Zuteilungszeitpunkt geltenden Art. 619 ff. aZGB geben keine Legaldefinition des landwirtschaftlichen Grundstückes.⁷ Lehre und Rechtsprechung stützten sich indessen auf die Definition des Bundesgesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen vom 12.12.1940 (LEG; SR 211.412.12),⁸ wonach dies Liegenschaften sind, die „ausschliesslich oder vorwiegend landwirtschaftlich genutzt werden“ (Art. 1 Abs. 1 LEG). Massgebend ist somit einzig die Benutzungsart des Bodens, wobei der Wert des Bodens nicht von den Überbaumungsmöglichkeiten, sondern von der Widmung des Bodens für die Landwirtschaft abhängen muss.⁹ Das Bundesgericht ergänzte diese Rechtsprechung dahingehend, dass die Zuweisung des Grundstückes in der Zonenordnung ein zentrales Kriterium zur Beurteilung seiner künftigen Verwendung darstellt.¹⁰ Gemäss PIOTET fehlt die Eigenschaft der Landwirtschaftlichkeit, wenn das fragliche Grundstück in den kommenden Jahren nicht landwirtschaftlich genutzt, sondern überbaut werden soll.¹¹ Das bäuerliche Erbrecht ist also nicht anwendbar, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Umzonung zur Bauzone stattfindet oder der Verkehrswert den Ertragswert übersteigt.¹²
- 22 Das in Frage stehende Grundstück befindet sich in einer sog. Entwicklungszone. Art. 14 RPGA/Forel sieht die kommunale «zone intermédiaire» vor, eine Zwischen- oder auch Entwicklungszone, deren städtebauliche Entwicklung noch nicht klar erkennbar ist, sondern erst durch spätere Zuteilungs- oder Nachbarschaftspläne festgelegt wird.¹³ Es handelt sich um eine Art «vorsorgliche Massnahme»,¹⁴ welche grundsätzlich auf einen Zeitraum von fünf Jahren begrenzt ist. Die Bauentwicklungszone entspricht dem bundesgerichtlichen Bauentwicklungsland oder der bundesrechtlichen Reservezone gemäss Art. 18 Abs. 2 RPG. Diese wird je nach Kanton unterschiedlich bezeichnet, so bspw. und insbesondere im Kanton Waadt «zone intermédiaire».¹⁵ Inzwischen befindet sich das Grundstück in der «zone de village» oder «zone de villas», in welchen gemäss Art. 8.2 bzw. Art. 9.1. RPGA/Forel (nur) die offene Bauweise zulässig ist, also in der Bauzone. Die vorliegende Zuteilung des Grundstückes in eine Entwicklungszone sowie die Möglichkeit der künftigen Überbauung sprechen gegen die Landwirtschaftlichkeit.

⁷ BGE 110 II 468, E. 2.a; STUDER, N 851.

⁸ STUDER, N 851.

⁹ STUDER, N 851.

¹⁰ BGE 113 II 136, E. 5.a.

¹¹ PIOTET, S. 942; vgl. BGE 83 II 109, E. 4.

¹² PIOTET, S. 943.

¹³ BRANDLI, in: SBV Treuhand und Schätzungen, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, Brugg 1995, Art. 2 N 14.

¹⁴ PRADERVAND-KERNEN MARYSE, La valeur des servitudes foncières et du droit superficie, Zürich/Basel/Genf 2007 N 303.

¹⁵ RODRIGUEZ ELLWANGER MARIA, Les instrument juridiques de la planification territoriale transfrontalière dans le bassin de vie franco-valdo-genevois, Zürich/Basel/Genf 2016 N 612.

- 23 Zudem wurde das unbebaute Grundstück weder jemals landwirtschaftlich genutzt noch war dies jemals im Sinne des Übernehmers B, der stattdessen die Erstellung eines Freizeit- und Vergnügungsparks hierauf plante. Die Benutzungsart spricht gegen eine Qualifizierung als landwirtschaftliches Grundstück.
- 24 Ferner ist anzumerken, dass die ausdrückliche vertragliche Vereinbarung der Miterben per se indiziert, dass es sich (in ihren Augen) um ein nichtlandwirtschaftliches Grundstück handelt. Denn bei dem bei landwirtschaftlichen Grundstücken ex lege geltenden Gewinnanspruch der Miterben (vgl. Wortlaut Art. 619 Abs. 1 aZGB) ist eine Vormerkung im Grundbuch rein deklarativer Natur.¹⁶ Eine Vereinbarung zum gesetzlichen Gewinnanspruch, also bezüglich landwirtschaftlichen Grundstücken, ohne Abweichungen vom Gesetz (vgl. Wortlaut „gemäss den gesetzlichen Voraussetzungen“) und die Vormerkung wären sinnlos und unnötig.¹⁷ Vielmehr deutet dieses Vorgehen darauf hin, dass die Beteiligten eine Vormerkung gemäss Art. 619sexies Abs. 2 aZGB über ein nichtlandwirtschaftliches Grundstück anstrebten. Denn durch die Vormerkung im Grundbuch entfaltet die Vereinbarung gegenüber dem Dritterwerber die gleiche Wirkung wie ein nach Art. 619quinquies aZGB vorgemerktetes gesetzliches Gewinnanteilsrecht.¹⁸ Die Art. 619 ff. aZGB sind in diesem Falle als Ergänzungsvorschriften zum Vertrag zu betrachten.¹⁹
- 25 Beim Vorliegenden Gewinnanspruch handelt es sich ergo um einen vertraglichen Gewinnanspruch über ein nichtlandwirtschaftliches Grundstück. Zur Erzielung der gleichen Wirkung wie bei einem gesetzlichen Gewinnanteilsrecht ist deshalb die 1992 errichtete Vormerkung im Grundbuch nach Art. 619sexies Abs. 2 aZGB zwingend notwendig. Die Art. 619 619sexies aZGB sind sowohl zeitlich als auch sachlich anwendbar.

2. Fehlende Voraussetzungen des Gewinnherausgabeanspruchs

2.1. Die Voraussetzungen des Gewinnherausgabeanspruchs

- 26 Das Entstehen des Gewinnanspruchs nach Art. 619 ff. i.V.m. Art. 619sexies Abs. 2 aZGB hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab. Im Falle eines nichtlandwirtschaftlichen Grundstücks bedarf es für die Begründung des Gewinnanspruchs einer Grundbuchvormerkung. Sodann muss das Grundstück einem Miterben zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Übernahmepreis zugeteilt werden. Der Gewinnherausgabeanspruch²⁰ entsteht sodann gegenüber den Verpflichteten, wenn der Übernehmer das Grundstück (oder einen Teil davon) innert 25 Jahre veräussert

¹⁶ BECK, S. 84; ESCHER, Art. 619 N 9; PIOTET, S. 939.

¹⁷ BGer 5A_508/2015 vom 16.12.2015, E. 5.1, wonach bei der Auslegung von Vereinbarungen nach Art. 619sexies aZGB der klare Wortlaut Vorrang hat.

¹⁸ ESCHER, Art. 619sexies N 5.

¹⁹ PIOTET, S. 988.

²⁰ Gewinnanspruch und Gewinnherausgabeanspruch werden aus dogmatischen Gründen unterschieden, ZEINDLER-DETLING unterscheidet zwischen Gewinnanteilsrecht und Gewinnanteilsanspruch, S. 7.

und dabei einen Gewinn erzielt (Art. 619 Abs. 1 aZGB). Der Antrag der Berechtigten stellt das letzte konstitutive Erfordernis dar.²¹ Fehlt eine dieser Voraussetzungen, besteht kein Gewinnherausgabeanspruch.²²

- 27 Die Voraussetzungen des vertraglichen Gewinnanspruchs sind unbestrittenermassen gegeben. Allerdings wird aufgrund fehlender Voraussetzungen das Vorliegen eines konkreten Gewinnherausgabeanspruchs bestritten. Im Einzelnen:

2.2. Keine Gewinnerzielung

2.2.1. Gewinn

- 28 Zur Entstehung des Gewinnherausgabeanspruchs bedarf es der Gewinnerzielung. Gemäss Art. 619bis aZGB ergibt sich der Gewinn aus der Differenz zwischen Veräusserungspreis und Übernahmepreis.²³ Die bei der Veräusserung anfallenden Kosten sind vom Veräusserungspreis zu subtrahieren. Zudem steht der durch eigene Aufwendungen des Übernehmers geschaffene Mehrwert aussenvor.²⁴
- 29 Die Differenz zwischen dem von der Beschwerdeführerin im Jahre 2016 bezahlten Veräusserungspreis von CHF 400'000 und dem Übernahmepreis von insgesamt CHF 50'000, der B im Jahre 1992 an C und A bezahlte, beträgt CHF 350'000. Die anfallenden Kosten, so auch die Gebühren, welche sich auf ca. CHF 1'000 belaufen,²⁵ sind hiervon abzuziehen, was einen Betrag von CHF 349'000 ergibt.

2.2.2. Abzug der Hypothek

a. Hypothek als vorrangiges Grundpfandrecht

- 30 Im Falle einer Hypothekaraufnahme darf das Gewinnanspruchsrecht nicht dazu führen, dass es zu einer Bevorzugung der Miterben zulasten der Hypothekenbanken kommt.²⁶ Es kann dem Kreditgeber nicht zugemutet werden, sich über allfällige Gewinnansprüche zu informieren.²⁷ In diesem Zusammenhang bleibt es unabdingbar, das Rangverhältnis der bestehenden Grundbucheinträge von 1993 und 2003 bzw. 2010 zu eruieren.
- 31 Die Vormerkung gemäss Art. 619quinquies aZGB ist besonderer Natur und nicht mit einem vorgemerkten persönlichen Recht gemäss Art. 959 ZGB gleichzustellen.²⁸ Die Einzige Wirkung dieser Vormerkung besteht in der Solidarhaftung des Erwerbers. Als Vormerkung sui generis

²¹ BECK, S. 114.

²² ZEINDLER-DETLING, S. 9.

²³ ESCHER, Art. 619bis N 1.

²⁴ MEYER, N 853, für die Berechnung des Veräusserungswerts nach BGBB.

²⁵ Vgl. https://www.notariate.zh.ch/deu/grundbuch/kaufvertrag-etc/gebuehren/?kau_pre=400000.

²⁶ GASSER, S. 67.

²⁷ GASSER, S. 67.

²⁸ LIVER, ZBGR 1981, S. 131.

ist insbesondere von einer Prioritätswirkung, d.h. Rangfixierung des Gewinnanspruchs durch die Vormerkung, abzusehen.²⁹ Gemäss LIVER erhält der Gewinnanspruch durch die Vormerkung demnach keinen Vorrang gegenüber später erworbenen dinglichen Rechten.³⁰ LIVER bezieht sich auf die obigen Ausführungen von GASSER und bestätigt, dass durch eine Prioritätswirkung des Gewinnanspruches eine spätere Belastung der Liegenschaft durch beispielsweise einen Hypothekarkredit kaum möglich wäre, womit dieser gänzlich ruiniert würde.³¹ Mit anderen Worten zeigen die Autoren auf, dass der Hypothek bzw. ihrer Rückzahlung gegenüber dem Gewinnanspruch Priorität einzuräumen ist. Die Schuldentilgung der Hypothek ist folglich vor einer Befriedigung von vermeintlichen Gewinnanspruchsberechtigten vorzunehmen.

- 32 Die Beschwerdegegnerin verkennt, dass ihr Gewinnanspruchsrecht gegenüber der hypothekarischen Schuldenbefriedigung keinen Vorrang genießt. Die Hypothekarschulden von CHF 400'000 sind somit vor einer etwaigen Gewinnverteilung abzubezahlen und mithin von der in Rz 29 errechneten Differenz von CHF 349'000 in Abzug zu bringen. Dadurch ergibt sich eine negative Differenz von CHF 51'000, ergo ein Verlust.

b. Hypothek als Investition

- 33 Daneben ist der durch eigene Aufwendungen geschaffene Mehrwert vom Gewinn in Abzug zu bringen (Art. 619bis Abs. 1 aZGB, vgl. Rz 28). Der Begriff der abziehbaren Aufwendungen umfasst auch Investitionen,³² wobei nicht von Belang ist, ob sie landwirtschaftlichen Zwecken dienen und ob sie notwendig waren. Ebenso wenig ist relevant, ob die Investitionen letztendlich etwas nützen, da die Bestimmung lediglich den Schutz des Übernehmers dahingehend bezweckt, dass dieser nicht mehr abliefern muss, als er netto aus dem Grundstück gezogen hat.³³ Entscheidend ist nur, dass die Investitionen gewöhnliche Unterhaltskosten übersteigen.³⁴
- 34 Die Hypotheken wurden von B zur Realisierung des Vergnügungs- und Freizeitparks aufgenommen. Er investierte den gesamten Betrag von CHF 400'000 ausschliesslich in das Projekt auf seinem Grundstück, tätigte somit eine Investition. Dass das Projekt letztendlich ertraglos blieb, ist irrelevant, da er die Investition trotzdem selber finanzieren und einbüßen musste. Ferner handelt es sich bei einem Betrag in dieser Höhe keineswegs um gewöhnliche Unterhaltskosten. Die Hypothek in der Höhe von CHF 400'000 ist demzufolge eine nach Art. 619bis Abs. 1 aZGB abziehbare Aufwendung und mithin von der in Rz 29 eruierten Differenz von CHF 349'000 zu subtrahieren.

²⁹ Statt vieler: LIVER, ZBGR 1973, S. 4.

³⁰ LIVER, ZBGR 1981, S. 132 Fn 5.

³¹ LIVER, ZBGR 1981, S. 132 Fn 5.

³² BECK, S. 27 und 105.

³³ ESCHER, Art. 619bis N 4.

³⁴ PIOTET, S. 964.

35 Selbst bei Abweichung von Rz 30-32 ist von einer negativen Differenz von CHF 51'000 auszugehen. So oder anders ist dem B kein Gewinn entstanden.

2.2.3. Keine Verlustbeteiligung

36 Im Zusammenhang mit der Gewinnerzielung bleibt es sodann unabdingbar, sich die Grundidee bzw. den Zweck der Art. 619-619sexies aZGB vor Augen zu führen: Der Gewinnanspruch der Miterben soll eine Bereicherung des Übernehmers auf Kosten der Miterben durch Weiterveräußerung des Grundstücks zum Verkehrswert verhindern,³⁵ mit anderen Worten soll eine ungerechtfertigte Bereicherung vermieden werden.³⁶ Demgegenüber stellt bereits der Wortlaut *Gewinnanspruch* klar, dass es sich um eine Vereinbarung über den Gewinn im positiven Sinne handelt.³⁷ Ein Verlust ist beim Gewinnanteilsrecht nicht zu berücksichtigen; die berechtigten Miterben gehen in diesem Fall leer aus und der Gewinnanspruch erlischt.³⁸

37 B verstarb überschuldet, woraufhin der Konkurs eröffnet und das Grundstück aus der Konkursmasse verkauft wurde. Von einem Gewinn kann daher per se nicht gesprochen werden. Es würde gegen die Grundidee der Art. 619 ff. aZGB verstossen und wäre absolut unhaltbar, in solch einem Fall von einer Gewinnerzielung auszugehen. Da dem B in casu ein Verlust in der Höhe von CHF 51'000 entstanden ist und ein Negativsaldo im Gewinnanteilsrecht keine Berücksichtigung findet, ist demnach kein Gewinnherausgabeanspruch zugunsten der Beschwerdegegnerin entstanden.

2.3. Keine Antragsberechtigung der Beschwerdegegnerin

38 Als letzte konstitutive Voraussetzung hat ein Antrag eines Anspruchsberechtigten, d.h. Antragsberechtigten zu erfolgen.³⁹ Der Gewinnanspruch ist unbestrittenermassen vererblich,⁴⁰ womit auch ein Erbe der Miterben anspruchsberechtigter und somit antragsberechtigt sein kann. Beim vereinbarten Gewinnanspruch nach Art. 619sexies Abs. 2 aZGB sind indessen Besonderheiten zu beachten: Da dieser Gewinnanspruch nicht ex lege, sondern durch vereinbarte Vormerkung im Grundbuch entsteht, hat die Vormerkung die Namen aller Berechtigten zu enthalten.⁴¹ Ergo gilt die Vormerkung nur zugunsten der Angemeldeten; andere prinzipiell Berechtigte, aber nicht Angemeldete können keine Rechte aus der Vormerkung ableiten.⁴²

³⁵ FRIEDRICH, S. 61 f.

³⁶ BECK, S. 82.

³⁷ Anders als bei einer „Erfolgs-Beteiligung“, welche einen positiven wie auch einen negativen Erfolg einschliessen könnte; ZEINDLER-DETLING, S. 128.

³⁸ ZEINDLER-DETLING, S. 128.

³⁹ BECK, S. 114 f.

⁴⁰ BGE 112 II 300, E. 4.b.

⁴¹ FRIEDRICH, S. 75.

⁴² ESCHER, Art. 519quinquies N 5; GASSER, S. 70.

39 Grundsätzlich wäre die Beschwerdegegnerin als Erbin der Miterben anspruchsberechtigt, wie auch antragsberechtigt, jedoch wurde sie nicht namentlich in der grundbuchlichen Vormerkung erwähnt. Im seit 1992 unverändert bestehenden Grundbucheintrag sind vielmehr lediglich die drei Geschwister A, B und C genannt. Eine namentliche Ernennung der Beschwerdegegnerin in der Vormerkung wäre in casu deshalb zwingend gewesen, weil es sich nicht um einen gesetzlichen, sondern einen vereinbarten Gewinnanspruch nach Art. 619sexies Abs. 2 aZGB handelt. Ohne ihre namentliche Aufführung kann die Beschwerdeführerin somit keine Rechte aus dem vorgemerkten Gewinnanspruch im Grundbuch ableiten und ist nicht zum Antrag berechtigt.

2.4. Fazit

40 Neben der den Gewinnherausgabeanspruch begründenden Voraussetzung des Gewinns ist auch diejenige der Berechtigung zur Antragstellung nicht gegeben. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin besteht somit infolge mehrerer fehlender Voraussetzungen kein Gewinnherausgabeanspruch im Sinne von Art. 619sexies Abs. 2 aZGB.

3. Eventualiter: Verjährung und Verwirkung des Gewinnherausgabeanspruches

41 Falls das Gericht dennoch zum Schluss kommen sollte, dass die Voraussetzungen eines Gewinnherausgabeanspruches gegeben sind, besteht der in Frage stehende Herausgabeanspruch auch deshalb nicht, weil er zum heutigen Zeitpunkt verjährt und verwirkt ist.

3.1. Eintritt des Veräusserungstatbestands

3.1.1. Veräusserungstatbestand im Jahre 1993

42 Die Veräusserung im Sinne von Art. 619 Abs. 1 aZGB stellt die den Herausgabeanspruch begründende Handlung dar. Darunter ist in erster Linie der Verkauf zu subsumieren, was sich auch aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt.⁴³ Es ist dabei nicht nur die Veräusserung des ganzen Grundstücks massgebend, sondern auch diejenige von Teilen dessen. Der Gewinnherausgabeanspruch entsteht bereits dann, wenn ein bloss flächenmässig unbedeutender Teil veräussert wird, da sich auch dadurch grosse Gewinne erzielen lassen.⁴⁴ Der Gewinnherausgabeanspruch kann grundsätzlich nur bei der ersten Veräusserung des Grundstück durch den Übernehmer entstehen, mit welcher der vorgemerkte Gewinnanspruch untergeht.⁴⁵

43 In casu hat B der Beschwerdeführerin im Jahre 1993 die Hälfte des Grundstückes verkauft. Da bereits die Veräusserung flächenmässig unbedeutender Teile unter Art. 619 Abs. 1 aZGB zu

⁴³ Die Fassung vor 1965 sprach noch von Verkauf, während aZGB 1965 nun von Veräusserung spricht, wodurch alle verkaufsähnlichen Geschäft eingeschlossen werden sollen; NEUKOMM/CZETTLER, S. 140.

⁴⁴ BECK, S. 101.

⁴⁵ BECK, S. 91.

subsumieren ist, hat dies erst recht zu gelten, wenn die Hälfte eines grossen Grundstückes für das zehnfache des Übernahmepreises verkauft wird. Aufgrund des Untergangs des vorgemerkten Gewinnanspruchs im Zeitpunkt der Erstveräusserung ist der vorgemerkte Gewinnherausgabensanspruch hinsichtlich des ganzen Grundstückes im Jahre 1993 gesamthaft entstanden. Er ist demzufolge bereits 1993 für das ganze Grundstück untergegangen und kann nicht mehr in Bezug auf eine spätere Veräusserung geltend gemacht werden.

3.1.2. Veräusserungstatbestand im Jahre 2003

44 Sollte das Bundesgericht die Auffassung der Beschwerdeführerin über die Veräusserung im Jahre 1993 nicht teilen, so wird nachfolgend dargelegt, dass die Veräusserung spätestens im Jahre 2003 stattgefunden hat.

a. Hypothek als Veräusserung im Sinne von Art. 619 Abs. 1 aZGB

45 Unter zwingender Heranziehung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise umfasst der Begriff der Veräusserung keinesfalls nur dingliche Rechtsakte, sondern auch obligatorische Verträge, d.h. generell kaufähnliche Geschäfte.⁴⁶ Mit der Formulierung von Art. 619 Abs. 1 aZGB soll der Vorgang möglichst weit ausgelegt werden, da der Zweck der Norm in der Begegnung von Spekulationen mit landwirtschaftlichen Grundstücken und im Schutz der weichenden Erben liegt.⁴⁷ Der Veräusserungsbegriff schliesst demnach Tatbestände mit den folgenden Merkmalen ein: Einerseits bedarf es eines endgültigen Vertrages, in welchem eine für das Gewinnanteilsrecht besonders wichtige Gegenleistung fixiert und dem Übernehmer gesichert ist. Andererseits muss der Vertrag eine Veräusserung im Sinne einer Verfügung, d.h. eine Begründung, Übertragung oder Aufhebung von Rechten zum Ziel haben.⁴⁸ So fallen auch der Tausch, die Einbringung eines Grundstückes in eine Gesellschaft oder die Veräusserung auf dem Zwangsvollstreckungswege darunter.⁴⁹ Das Gericht hat stets jeden Einzelfall zu würdigen.⁵⁰

46 Bei der Gegenleistung der Veräusserungshandlung kann es sich insbesondere um eine Krediteröffnung handeln.⁵¹ Unter die Kreditgeschäfte fällt namentlich der Hypothekarkredit, dessen Gewährung regelmässig in Form eines Darlehensvertrags erfolgt.⁵² Die Verpflichtung des Kredit-

⁴⁶ BECK, S. 92; ESCHER, Art. 619 N 6.

⁴⁷ BGE 97 II 309, E. 3.b; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung der Vorschriften des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechtes betreffend das Baurecht und den Grundstücksverkehr vom 9. April 1963, BBl 1963 I 969 ff., S. 1005 (im Folgenden: Botschaft, S. XX)

⁴⁸ BECK, S. 92 f.

⁴⁹ BGE 97 II 309, E. 3.b; ESCHER, Art. 619 N 6.

⁵⁰ MEYER, N 544 f.

⁵¹ BECK, S. 92.

⁵² BSK OR I–SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 312 N 25 und 30a.

gebers besteht in der Auszahlung bzw. Belassung der Darlehenssumme, womit der Kreditnehmer den Wertgebrauch an der Summe während der Dauer des Vertrages erhält.⁵³ Die Verpflichtung des Kreditnehmers hingegen besteht in der Bestellung bzw. Werterhaltung der Sicherheit, d.h. in der Sicherheitsübereignung.⁵⁴ Diese wiederum kennzeichnet sich dadurch, dass der Sicherungsgeber (d.h. der Kreditnehmer) dem Kreditgeber das Grundstück zur dinglichen Sicherstellung der Forderung fiduziarisch zum Eigentum überträgt,⁵⁵ was seit der Jahrtausenderwende vorwiegend durch Schuldbriefe geschieht.⁵⁶ Dem Kreditgeber wird so die Rechtsstellung eines vollen Eigentümers dahingehend eingeräumt, dass er in der dinglichen Rechtsstellung, d.h. im Aussenverhältnis, nicht beschränkt ist.⁵⁷ Was das Innenverhältnis betrifft, so erhält er zumindest insoweit Rechte, als dass sie zur Sicherung seiner Forderung notwendig sind.⁵⁸

- 47 Demgemäss entsteht beim Hypothekarkredit ein Vertrag, der unter den Veräusserungsbegriff im Sinne von Art. 619 Abs. 1 aZGB fällt: Bei der Auszahlung der Darlehenssumme handelt es sich um die für das Gewinnanteilsrecht besonders wichtige Forderung. Der Erhalt des Kredits von zum Teil hohen Summen ermöglicht es dem Kreditnehmer nämlich sonst unmögliche Investitionen zu tätigen und dadurch ein Gewinn zu erzielen. Andererseits strebt der Vertrag die Übertragung von Eigentümerrechten an.
- 48 Im vorliegenden Fall sollte die Hypothek zur Umsetzung des Projekts Vergnügungspark dienen. Bei Erfolg des Projekts hätte die Hypothek unmittelbar zu einer Wertsteigerung des Grundstücks und einer Gewinnerzielung geführt, womit der Kredit in der Höhe von CHF 400'000 als für das Gewinnanteilsrecht besonders wichtig anzusehen ist. Diese Forderung ist des Weiteren auch durch die Sicherheitsübereignung gesichert. Der Kreditgeber erwirbt durch das Rechtsgeschäft ergo Eigentum am Grundstück; die Hypothekaraufnahme des B führt zu einer Übertragung seiner Rechte an die Hypothekarbank. Damit sind alle Elemente gegeben, um die Hypothekaraufnahme als Veräusserung zu qualifizieren. Auch im Lichte des Zwecks von Art. 619 aZGB (Rz 45) muss eine derartige Spekulation unter den Veräusserungstatbestand fallen.
- 49 Die im Jahre 2003 von B aufgenommene Hypothek ist eine Veräusserung im Sinne von Art. 619 Abs. 1 aZGB. Dasselbe hat für die Hypothek von 2010 zu gelten.

⁵³ BSK OR I–SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 312 N 6, 30a und 30 h.

⁵⁴ BSK OR I–SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 312 N 30f und 30h.

⁵⁵ ZOBL, S. 283.

⁵⁶ BSK OR I–SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 312 N 25 und 30f.

⁵⁷ ZOBL, S. 283 f.

⁵⁸ ZOBL, S. 283.

***b. Hypothek als veräusserungsähnlicher Tatbestand im Sinne von
Art. 619 Abs. 2 aZGB***

50 Gemäss Art. 619 Abs. 2 aZGB sind sodann Geschäfte, mit denen der Übernehmer den Wert des zugeteilten Grundstücks ganz oder teilweise umsetzt, den Veräusserungen gleichgestellt. Unter diese Geschäfte fallen bspw. Ausbeutungsrechte, wobei nach dem Gesetzeswortlaut auch bloss obligatorische Rechte erfasst sein müssen.⁵⁹ Entscheidend ist auch hier, dass der Belastete seine Rechte am Grundstück aufgibt.⁶⁰

51 Die Regelung von Art. 619 Abs. 2 aZGB widerspiegelt den in Rz 45 beschriebenen Gesetzgeberwillen, den Anwendungsbereich der Norm möglichst weit zu gestalten. Sollte der Hypothekarvertrag keine Veräusserung im Sinne von Art. 619 Abs. 1 aZGB darstellen, so ist er zumindest unter einen veräusserungsähnlichen Tatbestand im Sinne von Art. 618 Abs. 2 aZGB zu subsumieren. So oder anders sind die in den Jahren 2003 und 2010 aufgenommenen Hypotheken von B als anspruchsauslösende Tatbestände im Sinne von Art. 619 aZGB zu sehen.

3.1.3. Kein massgebender Veräusserungstatbestand im Jahre 2016

52 Gemäss Art. 619 Abs. 3 aZGB ist der Abschluss des Vertrages, mit dem sich der Erbe zur Eigentumsübertragung verpflichtet, für den Zeitpunkt der Veräusserung massgebend. Relevant ist lediglich die erste Veräusserung des Grundstücks (bzw. des Grundstückteils).⁶¹

53 Unbestrittenermassen stellt auch der Freihandverkauf des Grundstücks aus der Konkursmasse von 2016 eine Veräusserung im Sinne von Art. 619 aZGB dar.⁶² Da jedoch nur die erste Veräusserung für den Gewinnherausgabeanspruch relevant ist, und diese – sowie der erste Veräusserungsvertrag – 1993 stattgefunden hat, hat der Freihandverkauf keine Auswirkungen bezüglich eines Gewinnherausgabeanspruchs. Sollte das Gericht indessen von der Hypothekaraufnahme als erste Veräusserung ausgehen, so ist der relevante Zeitpunkt auf das Jahr 2003 zu datieren. Aufgrund der Relevanz der Erstveräusserung bleibt die zweite aufgenommene Hypothek von 2010 unbeachtlich.

54 Demnach ist unverkennbar, dass der Veräusserungstatbestand nicht erst im Jahre 2016, sondern bereits 1993, spätestens jedoch 2003 eingetreten ist.

⁵⁹ BECK, S. 95 Fn 35; ESCHER, Art. 619 N 15.

⁶⁰ ESCHER, Art. 619 N 15.

⁶¹ BECK, S. 91.

⁶² BECK, S. 101; ZEINDLER-DETLING, S. 70 f.

3.2. Fälligkeit

55 Die Fälligkeit tritt ein sobald der Gewinn realisiert ist. Sie stimmt nur bei Geschäften mit aufgeschobenem Zahlungstermin nicht mit dem Veräusserungszeitpunkt überein.⁶³

56 Sowohl beim Verkauf im Jahre 1993 wie auch beim Hypothekarkreditvertrag im Jahre 2003 ist davon auszugehen, dass der Kaufpreis bzw. die Darlehenssumme geschäftsüblich sofort an B ausbezahlt wurde. Der Zahlungstermin entsprach somit dem Veräusserungszeitpunkt. Da durch die Zahlungen der Gewinn realisiert wurde, trat die Fälligkeit im Jahre 1993 bzw. 2003 ein.

3.3. Verjährung des Gewinnherausgabeanspruchs

3.3.1. Rechtsnatur des Gewinnherausgabeanspruchs

57 Die Rechtsnatur des Gewinnanspruchs im Sinne von Art. 619 ff. aZGB ist nicht restlos geklärt. Umstritten ist vor allem die Frage, ob der Gewinnanspruch eine Realobligation darstellt.⁶⁴ Diese Meinung wird indessen nur von einer Minderheit vertreten.⁶⁵ NEUKOMM/CZETTLER hingegen sind der Meinung, dass es sich beim Gewinnanspruch höchstens um eine „beschränkte Realobligation“ handeln kann, da der Übernehmer nicht bedingungslos, sondern nur bei Geltendmachung des Anspruchs zur Teilung des Gewinns verpflichtet ist.⁶⁶ Gemäss BECK ist sodann die Subsumtion unter die Konstruktion einer Realobligation gänzlich unpassend.⁶⁷ Seiner Meinung nach ist der Gewinnanspruch vielmehr als Anspruch sui generis zu bezeichnen.⁶⁸ Wenn diese Auffassung bereits bei einem gesetzlich begründeten Gewinnanspruch nach Art. 619 aZGB vertreten wird, so muss das um so mehr bei einem vertraglich begründeten Gewinnanspruch über ein nichtlandwirtschaftliches Grundstück gemäss Art. 619sexies Abs. 2 aZGB gelten.

58 Der vorliegende vereinbarte Gewinnanspruch ist als Vertrag bzw. Anspruch sui generis zu qualifizieren.

3.3.2. Verjährung nach Art. 127 OR

59 Gemäss Art. 127 OR beträgt die ordentliche Verjährungsfrist zehn Jahre, sofern das Gesetz nichts anderes ausdrücklich bestimmt.⁶⁹ Diese Bestimmung ist zwingend (Art. 129 OR). Auf die Ansprüche sui generis finden die zwingenden Normen des Allgemeinen Teils des OR einschränkungslos direkt Anwendung. Mit anderen Worten unterliegen prinzipiell Forderungen aus Verträgen sui generis der ordentlichen Verjährung.⁷⁰ Daher findet Art. 127 OR auch auf den

⁶³ BECK, S. 107; ESCHER, Art. 619 N 19; STUDER, N 988.

⁶⁴ NEUKOMM/CZETTLER, S. 155.

⁶⁵ Statt vieler: FRIEDRICH, S. 68.

⁶⁶ NEUKOMM/CZETTLER, S. 155 f.

⁶⁷ BECK, S. 120.

⁶⁸ BECK, S. 122.

⁶⁹ HUGUENIN, N 2230.

⁷⁰ HUGUENIN, N 2225, N 3693.

Gewinnanspruch Anwendung.⁷¹ Dem Grundsatz nach beginnt die Verjährungsfrist mit der Fälligkeit zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR),⁷² und zwar ungeachtet dessen, ob die Gläubigerin, d.h. die Anspruchsberechtigte, Kenntnis von der Forderung oder der Fälligkeit hat.⁷³

60 Der vorliegende Anspruch sui generis unterliegt der zehnjährigen Verjährungsfrist im Sinne von Art. 127 OR, beginnend ab Fälligkeit. Die Fälligkeit des von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Gewinnanspruchs trat 1993, oder spätestens 2003 ein (s. Rz 56). Ob die Beschwerdegegnerin vom Verkauf des Teilgrundstückes oder von der Aufnahme der Hypothek, sprich vom Eintritt der Fälligkeit, wusste, ist irrelevant. So oder anders begann die Verjährungsfrist von zehn Jahren ab 1993, oder spätestens 2003 zu laufen. Der Gewinnanspruch verjährte folglich spätestens im Jahre 2013 und ist im heutigen Zeitpunkt gegen den Willen der Beschwerdeführerin nicht mehr durchsetzbar.

3.3.3. Verjährung gemäss Lehre

61 Selbst wenn das Gericht dem Gewinnanspruch eine andere Rechtsnatur zusprechen und damit die Anwendbarkeit von Art. 127 OR verneinen sollte, ist der Gewinnanspruch zum heutigen Zeitpunkt verjährt. Denn auch die Lehre spricht sich für das Vorhandensein einer absoluten Verjährungsfrist aus.⁷⁴ Gemäss BECK ist von einer zehnjährigen absoluten Verjährungsfrist auszugehen. Diese beginnt zu laufen, sobald der Berechtigte erstmals vom Vorhandensein jeglicher notwendiger Anspruchsvoraussetzungen – mit Ausnahme des Antrages – Kenntnis erhalten hat bzw. hätte haben müssen.⁷⁵

62 In diesem Zusammenhang ist auf die Informationsinstrumente des Anspruchsberechtigten ein besonderes Augenmerk zu legen. Gemäss Art. 970 Abs. 1 ZGB sowie der Lehre und Rechtsprechung kann der Berechtigte durch Glaubhaftmachung seines Interesses im Grundbuch Einsicht erhalten und einen Eigentümerwechsel umgehend feststellen. So haben die Miterben jederzeit die Möglichkeit, von anspruchsbegründenden Tatbeständen, die in das Grundbuch einzutragen sind, Kenntnis zu nehmen.⁷⁶ Gemäss Art. 970 Abs. 2 ZGB ist die Einwendung, solche Grundbucheintragen nicht gekannt zu haben, ausgeschlossen.

63 Auf dem Grundbuchblatt ist primär das Eigentum zu vermerken (Art. 946 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Ein Verkauf, der neues Eigentum des Erwerbers begründet, ist also stets mit der Bezeichnung

⁷¹ STUDER, N 988; ZEINDLER-DETLING, S. 156 f.

⁷² HUGUENIN, N 2249.

⁷³ BGE 136 V 73, E. 4.1; BSK OR I–DÄPPEN, Art. 130 N 9.

⁷⁴ BECK, S. 123; GASSER, S. 73.

⁷⁵ BECK, S. 124 f.

⁷⁶ ZEINDLER-DETLING, S. 130.

des Eigentümers, dem Datum der Eintragung sowie dem Erwerbsgrund einzutragen.⁷⁷ Grundpfandrechte, d.h. Grundpfandverschreibungen oder Schuldbriefe (numerus clausus der möglichen Grundpfandrechte gemäss Art. 793 ZGB),⁷⁸ sind auf dem Grundbuchblatt ebenfalls zwingend einzutragen (Art. 946 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Daraus ergibt sich, dass neben dem Verkauf insbesondere die Aufnahme einer Hypothek ins Grundbuch einzutragen ist, da sie durch einen Schuldbrief im Sinne von Art. 793 ZGB gesichert wird (s. Rz 46).⁷⁹

64 Ergo waren die beiden anspruchsbegründenden Tatbestände, d.h. sowohl der Teilverkauf des Grundstückes im Jahre 1993 als auch die Aufnahme der Hypothek im Jahre 2003, im Grundbuch ersichtlich. Die berechtigten Miterben hatten durch ihre Stellung als Anspruchsberechtigte somit stets die Möglichkeit, Einsicht ins Grundbuch zu erhalten und von den Veräusserungstatbeständen Kenntnis zu nehmen. Auch wenn die Miterbin C seit 1990 krank war, war sie erst seit 2006 urteilsunfähig. Somit war es ihr im Jahre 2003 und insbesondere im Jahre 1993 zumutbar, die Einsicht zu verlangen oder zumindest jemanden dafür zu bevollmächtigen. Die Beschwerdegegnerin kann sich aufgrund von Art. 970 Abs. 2 ZGB nicht darauf berufen, dass die Miterben die Eintragung nicht gekannt hätten. Vielmehr hätten die Miterben vom Vorhandensein der Anspruchsvoraussetzungen Kenntnis haben müssen. Dies gilt um so mehr, als dass der Übernehmer eine Mitteilungspflicht gegenüber den anspruchsberechtigten Miterben hat und sie über den Eintritt der Gewinnteilungspflicht benachrichtigen muss.⁸⁰ Aus diesen Gründen begann die Frist in dieser Konstellation 1993 oder spätestens 2003 zu laufen, und der Anspruch ist heute verjährt.

3.4. Verwirkung des Antragsrechts

65 Die Antragstellung (vgl. Rz 38) ist ein Gestaltungsrecht⁸¹ und unterliegt deshalb der Verwirkung, die weder ruhen kann noch unterbrechbar ist.⁸² Die Verwirkung als Einwendung bewirkt den gänzlichen Untergang, also das Erlöschen des subjektiven Rechts.⁸³ Auch wenn es keine gesetzliche Antragsfrist gibt, ist gemäss Lehre ein Antrag möglichst bald und innert nützlicher Frist zu stellen.⁸⁴ Die Lehre stützt sich dabei auf die analoge Anwendung der einmonatigen Verwirkungsfrist des Vorverkaufsrechts seit Kenntnissgabe durch den Übernehmer.⁸⁵ Anschliessend ist der Gewinnherausgabeanspruch verwirkt und erlischt v.A.w.⁸⁶

⁷⁷ BSK ZGB II–SCHMID, Art. 946 N 2.

⁷⁸ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1487.

⁷⁹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1492.

⁸⁰ BECK, S. 139 f.

⁸¹ BECK, S. 37, 107, 114.

⁸² HUGUENIN, N 2222.

⁸³ HUGUENIN, N 2222.

⁸⁴ BECK, S. 116, 123.

⁸⁵ BECK, S. 116, 124.

⁸⁶ HUGUENIN, N 2222.

66 Wie ausgeführt ist nicht erst der Freihandverkauf von 2016, sondern bereits der Teilverkauf von 1993 oder spätestens die Hypothekaraufnahme von 2003 als ausschlaggebende Veräusserung zu betrachten. Auf die Voraussetzung der expliziten Kenntnissgabe des Übernehmers darf vorliegend nicht abgestellt werden, vielmehr muss die hypothetische Kenntnisnahme genügen. Dies ergibt sich allein schon aus dem Publizitätsprinzip des Grundbuchs inkl. Vormerkungen (Art. 970 und 970a ZGB) sowie aus der zwingenden Eintragungspflicht ins Grundbuch (s. Rz 63). Der Antrag des Gewinnanspruchs wurde dessen ungeachtet erstmals Ende 2016, d.h. 23 Jahre nach der Teilveräusserung des Grundstücks, gestellt. Die einmonatige Antragsfrist ist bei Weitem verstrichen, sodass der Antrag der Beschwerdegegnerin nicht zeitgemäss erfolgte. Selbst wenn das Gericht die Beschwerdegegnerin als Berechtigte ansieht, ist der Gewinnherausgabeanspruch noch 1993 verwirkt und mithin gänzlich untergegangen.

3.5. Fazit

67 Der Gewinnherausgabeanspruch ist sowohl verjährt als auch mangels zeitnaher Geltendmachung verwirkt. Zusammenfassend besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz kein Gewinnherausgabeanspruch aus Art. 619 ff. aZGB.

4. Eventualbegehren

68 Sollte das Gericht wider Erwartens dem Hauptbegehren nicht stattgeben und einen Gewinnanspruch aus dem Verkauf im Jahre 2016 zusprechen, so sei im Folgenden aufgeführt, dass sich dieser Gewinnanspruch auf lediglich CHF 60'493.30 beläuft, da der Beschwerdegegnerin nur ein Drittel des Gewinns zusteht. Für die folgenden Ausführungen ist von dem in Rz 29 errechneten Betrag von CHF 349'000 auszugehen.

4.1. Gesetzlicher Prozentabzug

69 Steht der Gewinn nach den Abzügen fest, sind nach Art. 619bis Satz 2 aZGB für jedes Jahr, während dessen das Grundstück im Eigentum des Übernehmers stand, 2% des Gewinns abzuziehen.⁸⁷ Der Prozentabzug beruht auf der Überlegung, dass der Übernehmer den Preisunterschied, der aus einer Geldentwertung resultiert, nicht teilen muss, da dieser keinen Gewinn darstellt.⁸⁸ Die Berechnungsgrundlage für den jährlichen Abzug ist die Zeitspanne zwischen der Übertragung auf den Übernehmer und dem den Gewinnanspruch erzeugenden Veräusserungstatbestand.⁸⁹ Es sind auch angebrochene Jahre hinzuzuzählen.⁹⁰

70 Unter Berücksichtigung der angebrochenen Jahre war B von 1992 bis 2016, also 24 Jahre im Besitz des betreffenden Grundstücks. Von dem bereinigten Veräusserungspreis von CHF

⁸⁷ ESCHER, Art. 619bis N 5.

⁸⁸ Botschaft, S. 1003; PIOTET, S. 972.

⁸⁹ PIOTET, S. 972 f.

⁹⁰ PIOTET, S. 973.

349'000 ist demnach ein Prozentabzug von CHF 167'520 vorzunehmen (24 x CHF 6'980).⁹¹
Damit ist von einer Differenz von CHF 181'480 auszugehen.

4.2. Gewinnansprüche als Individualforderungen

- 71 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre stellt der Gewinnanspruch der Miterben keine Gesamthandforderung, sondern einen Individualanspruch jedes einzelnen Miterben dar.⁹² Somit kann jeder Miterbe seinen Anteil am Gewinn selbstständig geltend machen, was auch für die Erben der verstorbenen Miterben gilt. Der Anspruch steht demnach dem Erben nur im Umfang seines Erbanteils zu, der ihm zugefallen wäre, wenn sein Vorgänger der Miterbe bereits im Zeitpunkt des Erbfalles vorverstorben gewesen wäre.⁹³
- 72 Im vorliegenden Fall hatte der Übernehmer B zwei Miterben, seine Geschwister A und C, sodass der Gewinn in Drittel zu teilen gewesen wäre. Die Gewinnansprüche von A und C sind als Individualforderung zu qualifizieren. Folgerichtig erbt die Beschwerdegegnerin, welche eingesetzte oder gesetzliche Erbin der drei Geschwister ist, zwei individuelle Gewinnansprüche von A und C. Zudem ist der dem B zustehende Drittel des Gewinns ebenfalls als Individualforderung zu qualifizieren. Es gibt keinen zusammengefassten Gewinnanspruch als Gesamtforderung. Vielmehr hat die Beschwerdegegnerin die zwei einzelnen Gewinnansprüche, die ihr von den Miterben C und A vererbt wurden, und den dem B zustehenden Drittel des Gewinns, individuell geltend zu machen.

4.3. Ausschlagung des Gewinnanteils von B

- 73 Die Ausschlagung gemäss Art. 566 ff. ZGB ist ein einseitiges, die Erbenstellung aufhebendes Gestaltungsrecht.⁹⁴ Gemäss Art. 570 Abs. 2 ZGB hat die Ausschlagung unbedingt und vorbehaltlos zu erfolgen.⁹⁵ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob auch eine teilweise Ausschlagung möglich ist. Richtigerweise ist dies zu verneinen: Da das Institut der Ausschlagung nicht der Dispositionsfreiheit des Erben dient, kann die Erbschaft nur als Ganzes ausgeschlagen werden.⁹⁶ Jedenfalls unzulässig ist die Ausschlagung hinsichtlich einzelner Vermögenswerte.⁹⁷ Bei der Zahlungsunfähigkeit, d.h. der Überschuldung des Erblassers, wird die Ausschlagung gesetzlich vermutet (Art. 566 Abs. 2 ZGB). Die gesetzliche Vermutung ist durch

⁹¹ Vgl. Rechenbeispiel BECK, S. 110.

⁹² BGE 113 II 130, E. 3.

⁹³ ESCHER, Art. 619 N 12; STUDER, N 992.

⁹⁴ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, N 1392.

⁹⁵ PKomm. Erbrecht-HÄUPTLI, Art. 570 N 7.

⁹⁶ PKomm. Erbrecht-HÄUPTLI, Art. 570 N 8 m.w.H.

⁹⁷ BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 570 N 11.

Annahmeerklärung eines Erben widerlegbar; mangels dieser gelangt die Erbschaft zur konkursamtlichen Liquidation (Art. 573 Abs. 1 ZGB).⁹⁸ Diese Folge tritt auch ein, wenn alle nächsten gesetzlichen Erben ausgeschlagen (vgl. Wortlaut von Art. 573 Abs. 1 ZGB).

- 74 Gemäss Art. 458 Abs. 3 ZGB wäre die Beschwerdegegnerin als Nachkommin der vorverstorbenen Geschwister des B grundsätzlich seine gesetzliche Erbin. Kraft Universalsukzession im Sinne von Art. 560 Abs. 1 ZGB würde sie daher auch den dem B übrigbleibenden Gewinnanteil von 1/3 erben. Vorliegend wurde die Erbschaft von B aufgrund seiner Überschuldung jedoch ausgeschlagen und liquidiert. Dabei ist irrelevant, ob die Beschwerdegegnerin das Erbe ausschlug oder die Ausschlagung aufgrund der Überschuldung vermutet wurde, weil die Rechtsfolge in beiden Fällen dieselbe ist. Da die Erbschaft nur als Ganzes ausgeschlagen und insbesondere nicht auf einzelne Vermögenswerte reduziert werden kann, war es der Beschwerdegegnerin unmöglich, den Gewinnanteil des Übernehmers B aus der Ausschlagung auszuklammern. Der dem B ursprünglich zustehende Drittel des Gewinns wurde durch die Beschwerdegegnerin ausgeschlagen und kann von ihr deshalb nun nicht mehr beansprucht werden.

4.4. Ausschlagung des Gewinnanspruchs von A

- 75 Die Nacherbeneinsetzung gemäss Art. 488 ff. ZGB hat zur Folge, dass der Vorerbe die Erbschaft bis zum für die Auslieferung bestimmten Zeitpunkt erwirbt, bevor sie dann auf den Nacherben übergeht (Art. 491 Abs. 1 i.V.m. Art. 492 Abs. 1 ZGB). Der Nacherbe erwirbt als Erbe des Erblassers aufgrund einer Universalsukzession die Nacherbschaft wie gewöhnliche Erben, woraus die Geltung der allgemeinen Regeln über den Erbanfall folgt.⁹⁹ Demnach steht dem Nacherben auch die Ausschlagung im Sinne von Art. 560 ff. ZGB zu,¹⁰⁰ welche die Unmöglichkeit des Eintritts der Nacherbenfolge bewirkt.¹⁰¹ Für diesen Fall sieht Art. 489 Abs. 3 ZGB vor, dass die Erbschaft vorbehaltlos an den Vorerben bzw. dessen Erben geht.¹⁰² Der Vorerbe bzw. dessen Erben werden somit Vollerben.¹⁰³ Bei Ausschlagung aller gesetzlichen Erben, erfolgt indessen eine konkursamtliche Liquidation des Nachlasses.¹⁰⁴
- 76 Vorliegend setzte A seinen Bruder B als Vorerben für seinen Nachlass und die Beschwerdegegnerin als Nacherbin ein, welche nun mit dem Tod des B Erbin von A wurde. Ihr stand daher insbesondere das Ausschlagungsrecht in Bezug auf die Erbschaft von A zu, von welchem sie Gebrauch machte. Aufgrund dessen, dass eine Ausschlagung nur pauschal möglich ist (Rz 73), umfasst sie ohne anderslautende Willensbekundung auch die Erbschaft von A, welche dem B

⁹⁸ PKomm. Erbrecht-HÄUPTLI, Art. 566 N 14.

⁹⁹ BSK ZGB II-BESSENICH/RICKLI, Art. 492 N 1.

¹⁰⁰ BSK ZGB II-BESSENICH/RICKLI, Art. 492 N 2.

¹⁰¹ PKomm. Erbrecht-GRÜNINGER/LIATOWITSCH, Art. 489 N 6.

¹⁰² PKomm. Erbrecht-NERTZ, Art. 466 N 7.

¹⁰³ WEIMAR, N 12 f. zu Art. 489 ZGB.

¹⁰⁴ PKomm. Erbrecht-GRÜNINGER/LIATOWITSCH, Art. 489 N 6.

als Vorerbe zukam. Die Beschwerdegegnerin hat folglich auch den Gewinnanspruch von A von einem Drittel ausgeschlagen.

4.5. Schuldenerlass von 2/3 des Gewinnanteils

77 Die Qualifikation des Gewinnanspruchs als Individualforderung (s. Rz 71 f.) bewirkt im Weiteren, dass der Verzicht eines Erbes auf den Gewinnanspruch den Gewinnanteil der anderen Miterben nicht erhöht. Vielmehr ist in Anlehnung an einen Schuldenerlass davon auszugehen, dass der Verzichtende von der Einziehung seiner Forderung absieht.¹⁰⁵ Die Wirkung des Schuldenerlasses besteht darin, dass die Forderung samt Nebenrechten untergeht.¹⁰⁶ Es ist dabei nicht von Belangen, ob das Grundstück bereits veräussert und ein Gewinn erzielt wurde.¹⁰⁷

78 Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdegegnerin durch die Ausschlagung der Gewinnanspruch von A und der dem B übrigbleibende Gewinnanteil nicht mehr zustehen. Die ausgeschlagenen 2/3 des Gewinns werden nicht an den geerbten Gewinnanteil von C angerechnet. Vielmehr hat die Beschwerdegegnerin durch die Ausschlagung auf die 2/3 des Gewinnanteils verzichtet, womit die Forderungen samt Nebenrechten untergehen. Sie kann ergo nur noch den Individualgewinnanspruch ihrer Mutter C geltend machen, welcher sich auf 1/3 des Gewinns beläuft. Der Beschwerdegegnerin steht demnach nicht der gesamte Gewinn von CHF 181'480, sondern lediglich ein Drittel davon, d.h. CHF 60'493.30, zu.

4.6. Fazit

79 Angesichts des gesetzlichen Prozentabzugs gemäss Art. 619bis Abs. 2 aZGB sowie der Ausschlagung und des Schuldenerlasses von 2/3 des Gewinnanteils, ist der Beschwerdegegnerin ein Gewinnherausgabeanspruch von CHF 60'493.30 zuzusprechen.

Abschliessend ersuchen die Unterzeichnenden höflich, die Beschwerde aus oben genannten Gründen gutzuheissen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Team 5744

¹⁰⁵ GASSER, S. 69.

¹⁰⁶ HUGUENIN, N 736.

¹⁰⁷ GASSER, S. 69.