

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120016-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi

Urteil vom 16. Januar 2013

in Sachen

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,
3. **C.** _____,

Beklagte, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **D.** _____,
2. **E.** _____,
3. **F.** _____,

Kläger, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungskläger

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**
Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom
22. Dezember 2011 (CG080001)

Rechtsbegehren:

"Es seien die Beklagten zu verpflichten, dem Kläger Fr. 421'192.- nebst Zins zu 5% auf Fr. 314'592.- seit dem 15.04.1977 und auf Fr. 106'600.- seit dem 9.06.1977 sowie Fr. 527.- Weisungskosten zu bezahlen

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 22. Dezember 2011:

1. Die Beklagten werden verpflichtet, den Klägern Fr. 360'912.- zuzüglich 5% Zins seit dem 4. September 2002 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 25'650.- festgesetzt.
3. Die Kosten werden zu 1/7 den Klägern und zu 6/7 den Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagten werden verpflichtet, den Klägern eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 23'383.- zu bezahlen.
5. (Mitteilung)
6. (Berufung)

Berufungsanträge:

der Beklagten (Urk. 78):

Es sei das Urteil vom 22.12.2011 in allen Punkten aufzuheben

Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen

unter Kosten- und Entschädigungsfolge (sowie Mehrwertsteuer) zulasten der Kläger.

der Kläger (Urk. 88):

1. Die Berufung der Beklagten sei abzuweisen und es sei die Klage unter Berücksichtigung der nachfolgenden Anträge gutzuheissen.

Anschlussberufung

2.1. Es seien die Beklagten zu verpflichten, den Klägerinnen aus dem Verkaufsgeschäft H._____/Drittkäufer den Betrag von CHF 308'752.-, zuzüglich Zins zu 5% ab 15. April 1977 zu bezahlen.

2.2. Es seien die Beklagten zu verpflichten, den Klägerinnen aus dem Verkaufsgeschäft I. _____ den Betrag von CHF 104'570.-, nebst Zins zu 5% seit 9. Juni 1977 zu bezahlen, sowie CHF 527.- Weisungskosten.

3. Die Gerichtsgebühren seien für beide Instanzen den Beklagten aufzuerlegen.

4. Die Beklagten seien zu verpflichten, den Klägerinnen eine volle Prozessentschädigung für beide Instanzen, zuzüglich MWST zu bezahlen.

der Beklagten zur Anschlussberufung (Urk. 94):

Aufrechnung Grundstückgewinnsteuer

Fall I. _____

Unter der Voraussetzung, dass die Rechtsmittelinstanz die Berufung der Beklagten bezüglich dem Kauf I. _____ abweist, anerkennen sie die Anschlussberufung

Fall H. _____

Hier beantragen die Beklagten die Abweisung

Mehrkosten/PE für Anschlussberufung, sofern Kläger obsiegen: Es seien jedoch die daraus entstehenden Mehrkosten auf die Staatskasse zu nehmen.

Verzugszinsen

Abweisung der Anschlussberufung

Erwägungen:

I.

Prozessgeschichte

1. Am 15. Januar 2008 machte J. _____, der Ehemann und Vater der Berufungsbeklagten, beim Bezirksgericht Affoltern den vorliegenden Prozess mit der Weisung des Friedensrichters sowie einer schriftlichen Klagebegründung rechtshängig. Die Klagebeantwortung erfolgte im schriftlichen Verfahren, die Fortsetzung des Hauptverfahrens mit Replik und Duplik anlässlich einer mündlichen Verhandlung am 7. Mai 2008. In der Folge fanden am 19. März 2009, 12. Mai 2009 und 3. September 2009 gerichtliche Vergleichsverhandlungen statt, welche zu keiner Einigung führten. Nachdem der Kläger am 1. April 2010 verstorben war und seine Ehefrau und die zwei Töchter als Erben in den Prozess eingetreten waren, wurden am 23. März 2011 und 11. Juli 2011 zwei weitere gerichtliche Vergleichsver-

handlungen durchgeführt, welche aber ebenfalls zu keiner Einigung führten, ebensowenig aussergerichtlich geführte Vergleichsgespräche. Nach Abklärungen bezüglich der Höhe der Grundstückgewinnsteuern durch das Gericht erliess dieses schliesslich am 22. Dezember 2011 das Urteil.

2. Am 14. Februar 2012 legten die Beklagten rechtzeitig und mit schriftlicher Begründung Berufung gegen das ihnen am 24. Januar 2012 zugestellte Urteil ein (Urk. 78). Nach rechtzeitiger Leistung des Prozesskostenvorschusses durch die Beklagten wurde den Klägerinnen Frist zur schriftlichen Berufungsantwort angesetzt. Diese ging zusammen mit der Anschlussberufungsbegründung am 12. Juli 2012 bei der erkennenden Instanz ein (Urk. 88). Auch die Klägerinnen leisteten den Prozesskostenvorschuss für die Anschlussberufung fristgerecht. Die Anschlussberufungsantwort der Beklagten erfolgte am 6. September 2012 (Urk. 94). Diese wurde den Klägerinnen am 20. Oktober 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt und der ordentliche Schriftenwechsel damit abgeschlossen (Urk. 95). Damit ist das Verfahren spruchreif.

II.

Sachverhalt

Die Klägerinnen, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerinnen (nachfolgend nur noch Klägerinnen) sind die Erben von J. _____. Die Beklagten, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagten (nachfolgend nur noch Beklagte) sind die Erben von K. _____. J. _____ und K. _____ waren Brüder und im Zeitpunkt des Todes ihrer Mutter L. _____ deren Erben. Die damals noch miterbende Tochter bzw. Schwester M. _____ ist zwischenzeitlich ohne Nachkommen verstorben, wodurch die beiden Brüder J. _____ und K. _____ je zur Hälfte Erben der L. _____ geworden sind.

L. _____ war als Alleinerbin ihres verstorbenen Ehemannes Eigentümerin eines bäuerlichen Betriebes. Noch zu Lebzeiten verkaufte sie den Betrieb an den Sohn K. _____. Gemäss öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 27. Juli 1962 betrug

der Kaufpreis Fr. 40'000.- , wovon Fr. 20'000.- durch Übernahme der Hypothek und Fr. 20'000.- durch Einräumung eines lebenslänglichen Wohnrechts für L. _____ und M. _____ auf dem Hof zu begleichen waren. Gemäss Ziffer 4 der "Weiteren Bestimmungen" des Kaufvertrages hielten die Parteien fest, sie betrachteten das Rechtsgeschäft steuerrechtlich als Erbvorbezug und beanspruchten deshalb die Befreiung von den Handänderungs- und Grundstücksgewinnsteuern. In Ziffer 7 statuierten die Parteien weiter : "Werden die Kaufsobjekte durch den Käufer oder seine Erben innert fünfzehn Jahren, vom Tage der Eigentumsübertragung an gerechnet, ganz oder teilweise weiterveräussert, so ist der Nettoerlös (dh. der Verkaufserlös nach Abzug aller mit der Veräusserung verbundenen, dem Veräusserer auferlegten Steuern) an die Verkäuferin abzuliefern, soweit er Fr. 220'000-- (...) - bei gesamthafter Veräusserung - oder Fr. 3.--/m2(...) - bei Teilveräusserungen - übersteigt..... Auch bei Veräusserung der Gebäudegrundstücke verbleiben dem Veräusserer nur Fr. 3.--/m2 (einschliesslich Wert der Gebäude)....Ist Wwe. L. _____ gestorben, so fallen die abzuliefernden Mehrerlöse aus Veräusserungen in ihren Nachlass und sind nach erbrechtlichen Regeln zu verteilen. Diese vertraglich vereinbarte Gewinnbeteiligung der Verkäuferin oder ihrer Erben kann im Grundbuch nicht vorgemerkt werden." Diesem Vertrag stimmten auch J. _____ und M. _____ zu. Am 1. Oktober 1962 wurde der Eigentumswechsel im Grundbuch vollzogen (Urk. 4/1, Urk. 22/1). L. _____ verstarb 1965.

Gemäss Kaufvertrag vom 15. April 1977 verkaufte K. _____ 9'831 m2 aus dem erworbenen Betrieb an H. _____ zu einem Preis von Fr. 658'677.- (Urk. 4/2). Noch vor dem Vollzug im Grundbuch verkaufte H. _____ das Land abparzelliert an 30 Hauseigentümer weiter, welche an seiner Stelle in den Kaufvertrag eintraten und am 29./30. Dezember 1977 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurden (Urk. 71/1). Gemäss Kaufvertrag vom 9. Juni 1977 verkaufte K. _____ weitere ca. 4'100 m2 aus dem erworbenen Betrieb an I. _____ zu einem Preis von Fr. 225'500.- . Die grundbuchliche Eigentumsübertragung erfolgte am 3. Oktober 1977 (Urk. 4/3, Urk. 7/1).

Mit der vorliegenden Klage verlangen die Klägerinnen gestützt auf Ziffer 7 des Kaufvertrages zwischen L. _____ und K. _____ die Hälfte des Fr. 3.-- /m2 übersteigenden Verkaufserlöses aus diesen beiden Verkaufsgeschäften. Nach Auffassung der Beklagten fallen die beiden Verkaufsgeschäfte nicht mehr in die vereinbarte 15-Jahresfrist für die Gewinnbeteiligung, da dafür der Eigentumsübergang im Grundbuch zeitlich massgeblich sei und dieser erst nach Ablauf der Frist er-

folgt sei. Überdies wäre eine allfällige Forderung als im Jahre 1977 entstanden und fällig heute verjährt.

III.

Prozessrechtliche Fragen

1. Auf das Berufungsverfahren gegen erst nach dem 1. Januar 2011 eröffnete Urteile sind die prozessualen Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung anwendbar (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die inhaltliche Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils erfolgt indessen noch nach den Regeln der Zürcherischen Zivilprozessordnung.

Neue Vorbringen sind in Verfahren mit Verhandlungsmaxime im Berufungsverfahren nur noch unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig (Art. 317 ZPO).

Zurecht monieren die Parteien, dass ihnen von der Vorinstanz keine Kenntnis von den nach Abschluss des Hauptverfahrens eingeholten Auskünften zu den massgeblichen Grundstückgewinnsteuern gegeben worden ist und sie keine Möglichkeit zu einer Stellungnahme hatten. Diese Verweigerung des rechtlichen Gehörs ist im Berufungsverfahren heilbar, da die Berufungsinstanz volle Kognitionsbefugnis hat. Dementsprechend sind die diesbezüglichen neuen Behauptungen und Bestreitungen im Anschlussberufungsverfahren gestützt auf Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO zuzulassen.

2. Die Klägerinnen haben ihr Begehren in der vorinstanzlichen Klagebegründung zunächst aus dem Vertragsrecht, konkret einem Vertrag zugunsten Dritter, abgeleitet (Urk. 2 S. 10). In der Klagereplik haben sie ihr Begehren mit erbrechtlichen Argumenten - erbrechtlicher Teilungs- und Ausgleichungsanspruch - untermauert (Urk. 21 S. 29ff). Die Vorinstanz hat diese Änderung der rechtlichen Anspruchsgrundlage unter dem Aspekt der Klageidentität und der Klageänderung geprüft und als Klageänderung gemäss § 61 Abs. 1 ZPO/ZH für zulässig erklärt. Sie hat erkannt, dass die Klägerinnen ihre Ansprüche stets aus demselben Rechtsverhältnis abgeleitet haben und damit der erforderliche enge Zusammenhang zwi-

schen dem ursprünglichen und dem abgeänderten Rechtsbegehren bestehe (Urk. 79 S.10ff). Die Beklagten setzen sich in ihrer Berufung nicht mit der vollständigen Argumentation der Vorinstanz zu den unterschiedlichen rechtlichen Argumentationen der Klägerinnen und zur Klageänderung auseinander, sondern verweisen einzig auf das von der Vorinstanz in ihren Erwägungen - notgedrungenmassen auch - zitierte ursprüngliche, auf vertragliche Ansprüche gestützte Rechtsbegehren gemäss Klageschrift (Urk. 78 S. 3). Damit vermögen sie die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen unter Berücksichtigung der späteren, prozessual zulässigen Argumentation in der Replik nicht in Frage zu stellen. Offen bleiben kann, ob nicht überhaupt Klageidentität vorliegt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können nämlich nachträgliche Ausgleichsklagen über einzelne Erbschaftswerte grundsätzlich auch in der Form einer Leistungsklage erfolgen (BGE 123 III 49).

3. Der Rechtsvorgänger der Klägerinnen hat bereits im März 2002 eine umfassende Erbteilungsklage bezüglich der Nachlässe von L._____ und M._____ rechtshängig gemacht. Das Rechtsbegehren lautete damals auf gesamthafte Feststellung und Teilung der beiden Nachlässe (Urk. 4/5). Diese Klage wurde später zurückgezogen. Am 28. Mai 2007 klagte der Rechtsvorgänger der Klägerinnen erneut gegen die Beklagten und forderte die Bezahlung von Fr. 1'187'931.- unter dem Titel erbrechtlicher Ausgleichsansprüche (Urk. 4/6). Auf diese Klage trat das zuständige Gericht nicht ein.

Dazu hat die Vorinstanz erwogen, eine prozessuale Erledigung von Erbteilungsklagen ohne Anspruchsprüfung erlange keine materielle Rechtskraft in dem Sinne, dass der Nachlass damit als geteilt gelte. Es sei in einer solchen Situation einfach vom Fortdauern der Erbengemeinschaft auszugehen (Urk. 79 S. 14). Mit dieser Begründung hat die Vorinstanz eine res iudicata verneint und ist auf die Klage eingetreten.

Im Berufungsverfahren fechten die Beklagten das Urteil in diesem Punkt nicht an; insbesondere beantragen sie kein Nichteintreten auf die Klage wegen fehlender Prozessvoraussetzungen (Urk. 78). Damit ist die Frage der res iudicata im Berufungsverfahren nicht zu überprüfen.

IV.

Rechtliche Beurteilung

1. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Klage auf einer erbrechtlichen Grundlage basiert und eine Erbteilungsklage bzw. Ausgleichungsklage darstellt.

So erwähnt der Kaufvertrag zwischen L. _____ und K. _____ ausdrücklich, dass sie das Geschäft steuerlich als Erbvorbezug behandelt wissen wollen.

In die gleiche Richtung weist auch Ziffer 7 des Kaufvertrages, wo die Vertragsparteien ausdrücklich festhielten, das Gewinnanteilsrecht könne nicht im Grundbuch eingetragen werden. Das damals geltende Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes sah im Falle eines Verkaufs (an einen Dritten) eine Beteiligung des ursprünglichen Verkäufers sowie der vorkaufsberechtigten Verwandten an einem verhältnismässigen Anteil des Gewinnes vor, falls eine zunächst zum Schätzungswert gemäss LEG verkaufte bäuerliche Liegenschaft vom Käufer innert 15 Jahren mit Gewinn weiterveräussert wird. Gültigkeitsvoraussetzung eines solchen Gewinnanteilsrechtes war aber dessen Vormerkung im Grundbuch (Art. 12 Abs. 5 EGG). Der Vertragspassus betreffend die Nichtvormerkbarkeit im Grundbuch spricht daher klar gegen einen normalen Kaufvertrag nach Obligationenrecht; diesfalls wäre er nicht nötig gewesen. In ähnlicher Weise sah das damals geltende bäuerliche Erbrecht eine Gewinnbeteiligung der Miterben vor, falls ein Erbe bei der Erbteilung eine Liegenschaft unter dem Verkehrswert übernommen hat und später mit Gewinn verkauft, sofern dieser Anspruch bei der Teilung im Grundbuch vorgemerkt wurde (vgl. Art. 619 aZGB in der 1962 gültigen Fassung). Diese Regelung bezog sich klar auf Erbteilungen. Gewinnbeteiligungen im Zusammenhang mit Erbvorbezügen konnten demgegenüber nicht im Grundbuch vorgemerkt werden (A. Escher, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. (1960), N 4 zu Art. 619 ZGB). Der Hinweis im Kaufvertrag auf die Nichtvormerkbarkeit im Grundbuch machte daher nur Sinn, wenn es um einen Erbvorbezug ging; Gewinnanteilsrechte aus anderen Rechtsgeschäften waren

vormerkbar.

Weiter sah der Kaufvertrag zwischen K._____ und L._____ vor, dass bei einem früheren Versterben von L._____ der potentielle Gewinnanteil vollumfänglich in ihren Nachlass fallen und nach erbrechtlichen Regeln zu teilen sein soll. Auch K._____ als späterer Verkäufer konnte so quotenmässig am Gewinn wieder partizipieren. Die Bestimmung, wie die Gewinnbeteiligung im Erbfall zu handhaben ist, bzw. die Vererbbarkeit überhaupt weist ebenfalls klar auf den erbrechtlichen Charakter der Regelung hin. Eine Gewinnverteilung nach Erbberechtigung und Erbquoten sah das EEG bei normalen Kaufgeschäften demgegenüber nicht vor. Ein Gewinn gemäss EEG war vielmehr unter den gesetzlich Vorkaufsberechtigten zu teilen. Nach EEG wäre es auch nicht zulässig gewesen, dass sich L._____ zu Lebzeiten den gesamten Gewinn unter Ausschluss der Vorkaufsberechtigten versprechen liess. Die Zustimmung der weiteren Kinder bzw. Geschwister zum Kaufvertrag (Urk. 22/1), welche einen solchen Kaufvertrag rechtlich überhaupt erst erlaubte, erfolgte offenkundig in der Erwartung, dereinst über ihr Erbe an einem höheren Wert des Betriebes partizipieren zu können.

Auch die weiteren Umstände sprechen für eine erbrechtliche Vereinbarung bzw. einen Erbvorbezug.

Gleichzeitig mit dem Verkauf des bäuerlichen Betriebes liess L._____ allen ihren Kindern unbestrittenermassen je Fr. 32'000.-- zukommen (Urk. 2 S. 3, Urk. 14 S. 3). Diese stammten aus dem Erlös von Fr. 190'000.- aus einem anderweitigen Grundstückverkauf zwischen L._____ und N._____, und dieses Verkaufsgeschäft war zur Bedingung für die Übereignung des Hofes gemacht worden (Urk. 4/2 Ziffer 8 lit. b). Ein besonderer Grund für eine solche Schenkung durch die damals 71-jährige Mutter an alle Kinder, für welche zuerst noch Geld erhältlich gemacht werden musste, ist nicht ersichtlich. Hingegen machte diese Zuwendung, ihr Zeitpunkt und ihre Verknüpfung mit dem Hofverkauf insofern Sinn, als damit dem Sohn K._____ die Übernahme der Hypothek von Fr. 20'000.- und der Kauf des Betriebes überhaupt ermöglicht wurde, ohne andererseits die Geschwister und Miterben J._____ und M._____ zu benachteiligen (K._____ war damals offensichtlich nicht in der Lage, die ursprüngliche Hypothek von Fr. 37'000.- zu tragen,

sodass L. _____ die Hypothek vor dem Verkauf selber noch auf Fr. 20'000.- reduzieren musste; vgl. Urk. 2 S. 3 i.V.m. Urk. 14 S. 3 und Prot. I S.7). Der Wille der finanziellen Gleichstellung aller Geschwister fand dann seine konsequente Fortsetzung mit der vereinbarten Gewinnteilung nach Erbquoten bei allfälligen späteren Grundstücksverkäufen. In diesem Sinne ist ein klarer Wille der Mutter erkennbar, eine allfällige einseitige Begünstigung von K. _____ durch den Hofkauf zu vermeiden bzw. einer auf Verkaufsgewinne beschränkten Ausgleichungspflicht zu unterstellen.

Es ist auch unbestritten, dass der übereignete Betrieb mit einem Umfang von knapp 73'000 m2 bereits 1962 in grossem Ausmass Bauland bzw. reales Bauerwartungsland umfasste und der Verkehrswert des Betriebes den Kaufpreis von Fr. 40'000.- um ein Vielfaches überstieg (Die Bank ... schätzte den damaligen Verkehrswert unbestrittenermassen offenbar auf Fr. 1'235'423.-; vgl. Urk. 2 S. 4, Urk. 14 S. 4.). Bereits im Zeitpunkt des Verkaufs an K. _____ konnten rund 8'000 m2 mit behördlicher Bewilligung von der Betriebsfläche abgetrennt, aus den Spezialbestimmungen des bäuerlichen Bodenrechts entlassen und für rund Fr. 24.- pro m2 als Bauland verkauft werden (Urk. 73). Die vereinbarte Limite von Fr. 220'000.- für den Verkauf des Gesamtbetriebes ohne Auslösung des Gewinnanteilsrechts zeigt weiter, welchen Ertrags- bzw. Schätzungswert die Parteien dem Betrieb effektiv zumassen. Der vereinbarte Kaufpreis von Fr. 40'000.- war unter diesen Umständen nicht einmal unter Berücksichtigung der speziellen Bewertungsvorschriften von Landwirtschaftsland und des Wohnrechts objektiv angemessen und der Verkauf muss daher als gemischte Schenkung eingestuft werden. Der Schenkungsanteil aus solchen Geschäften fällt bei der Erbteilung grundsätzlich unter die Ausgleichungspflicht. Vorliegend wurde diese Ausgleichung durch die Verkäuferin und Erblasserin unter Zustimmung der potentiellen Miterben mittels klarer Limiten definiert und bestätigt damit weiter den erbrechtlichen Charakter der Vereinbarung. Solche Absprachen bzw. Teilungsregeln unter den Erben sind sodann - wie vorliegend - in einfacher Schriftform möglich.

Aufgrund dieser Erwägungen ist daher von einem erbrechtlichen Charakter der Gewinnbeteiligung gemäss Ziffer 7 der Weiteren Bestimmungen des Kaufvertrages zwischen L._____ und K._____ auszugehen.

2. Zu prüfen und zu entscheiden ist weiter, welcher Zeitpunkt für die Wahrung der vereinbarten 15-Jahresfrist für die Gewinnbeteiligung der Klägerinnen massgeblich ist, ob die öffentliche Beurkundung der jeweiligen Verkaufsverträge des Rechtsvorgängers der Beklagten mit K._____ und I._____, oder ob der grundbuchliche Eigentumsübergang.

2.1. Der zwischen L._____ und K._____ abgeschlossene Vertrag statuiert eine Gewinnbeteiligung, falls die Kaufobjekte innert 15 Jahren, "vom Tage der Eigentumsübertragung an gerechnet, ganz oder teilweise weiterveräussert" werden. Der Beginn der Frist ist damit klar definiert als Eigentumsübertragung, somit ab dem grundbuchlichen Vollzug. Dieser hat am 1. Oktober 1962 stattgefunden (Urk. 4/1). Der Ausdruck "Weiterveräusserung" innert der massgeblichen Frist ist dagegen interpretationsbedürftig. Da dafür ein anderes Wort als für den Beginn der Frist gewählt wurde, kann nicht automatisch davon ausgegangen werden, der massgebliche Zeitpunkt bei der Weiterveräusserung sei wie beim Fristbeginn die grundbuchliche Eigentumsübertragung.

Der Kaufvertrag zwischen L._____ und K._____ wurde vom zuständigen Notar öffentlich beurkundet, somit einer amtlichen Gewährsperson. Es ist davon auszugehen, dass dieser für die Formulierung dieser Bestimmung verantwortlich war und er diese Bestimmung in den Kaufvertrag aufgenommen hat im Wissen darum, dass das gesetzlich statuierte Gewinnanteilsrecht für Miterben im Falle von Erbvorbezügen nicht automatisch Platz griff und daher ausdrücklich vereinbart werden musste. Es liegt daher nahe, für die Bestimmung der Fristwahrung auf die gesetzliche Regelung des Gewinnanteils der Miterben bei der Erbteilung im bürgerlichen Erbrecht zurückzugreifen. Die 1962 gültige Fassung von aArt. 619 Abs. 1 ZGB sah ein Gewinnanteilsrecht der Miterben "beim Verkauf" des Grundstückes binnen der folgenden fünfzehn Jahre ab "Erhalt" des Grundstückes durch den Er-

ben vor. Auch diese gesetzliche Bestimmung verwendet unterschiedliche Ausdrücke für den Beginn und das Ende der Frist. Unter einem Verkauf versteht man sodann in der Regel das obligatorische Geschäft. Auch die damaligen massgeblichen Kommentatoren zum bürgerlichen Erbrecht bzw. Sachenrecht legten den Ausdruck "Verkauf" des aArt. 619 ZGB - zumindest im Verhältnis zu den Miterben - als Abschluss des obligatorischen Vertrages aus und nicht als Eigentumsübergang. Dies u.a. mit der Begründung, der obligatorische Kaufvertrag sei das Moment der Gewinnerzielung, und die Eigentumsübertragung lasse sich beliebig hinauszögern und damit den Gewinnanteilsanspruch der Erben umgehen (vgl. A. Escher, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. (1960), N 12 zu Art. 619 ZGB; V. Piconi, Berner Kommentar, 2. Aufl. (1964), N 11a zu Art. 619 ZGB; A. Homberger, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. (1938) N 69 zu Art. 959 ZGB). Dieser damals herrschenden Auffassung schloss sich später auch der Gesetzgeber an, welcher ausdrücklich den Vertragsabschluss innerhalb der Frist als massgeblich bezeichnete (Art. 28 und Art. 29 Abs. 2 lit. a BGBB).

Damit ist auch vorliegend der Abschluss des obligatorischen Kaufgeschäftes massgeblich für die Feststellung, ob die Veräusserung der Grundstücke an H. _____ und I. _____ noch in die vereinbarte 15 - Jahresfrist gefallen sind.

2.2. Was die Beklagten im Berufungsverfahren (Urk. 78 S. 5f) weiter gegen die Unmassgeblichkeit des obligatorischen Geschäfts bzw. die Massgeblichkeit des grundbuchlichen Eigentumsübergangs anführen, überzeugt nicht.

Die vorzitierten Vertrags- und Gesetzesbestimmungen befassen sich allein mit der Massgeblichkeit der Veräusserung der Grundstücke, nicht aber mit deren effektiven Nutzung. Aufgrund entsprechender Vereinbarungen (Pachtvertrag, Dienstbarkeiten etc.) können Eigentümer- und Nutzungsbefugnisse ohne weiteres auf verschiedene Personen aufgeteilt sein. Gemäss Ziffer 1 Abs. 2 des Kaufvertrages mit H. _____ war sogar eine Nutzung durch den Verkäufer noch über die Eigentumsübertragung hinaus möglich (Urk. 4/2), während umgekehrt I. _____ das Grundstück bereits vor der Eigentumsübertragung nutzen durfte (Urk. 22/2). Damit tangierten ausdrücklich weder Kaufvertrag noch Eigentumsübergang die Nutzung und die Nutzung ist als massgebliches zeitliches Kriterium daher nicht

tauglich.

Sowohl dem Käufer H. _____ als auch dem Käufer I. _____ war für den Eintritt bestimmter Bedingungen ein Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag eingeräumt worden (Urk. 4/2 Ziffer 8 und 9 der Weiteren Bestimmungen, Urk. 4/3 Ziffer 7 der Weiteren Bestimmungen). Bis zum Eintritt eines allfälligen Rücktritts- bzw. Vertragsauflösungsgrundes waren diese Kaufverträge indessen gültig abgeschlossen, der vereinbarte Kaufpreis geschuldet und einforderbar. Damit stand aber auch der Gewinn fest. Im Übrigen erfolgte bei keinem Vertrag ein Rücktritt.

Fällt ein Käufer zwischen dem Abschluss des obligatorischen Kaufvertrages und der Eigentumsübertragung in Konkurs und bleibt er deswegen den Kaufpreis schuldig, so realisiert der Verkäufer keinen Gewinn und das Gewinnanteilsrecht kommt grundsätzlich nicht zum Tragen. Insofern spielt der massgebliche Zeitpunkt für das Entstehen des Gewinnanteilsrechts keine Rolle.

Aus dem Kaufvertrag mit H. _____ wurde unbestritternemassen ein Gewinn erzielt, die entsprechende Forderung des Verkäufers entstand mit dem Abschluss des Kaufvertrages mit H. _____. Dass dieser Gewinn nicht von H. _____ persönlich bezahlt wurde, sondern von den in seine Käuferstellung gemäss Kaufvertrag eingetretenen nachmaligen 30 Hauseigentümern, ist irrelevant.

K. _____ war wohl berechtigt, vor der Gewinnermittlung vom Verkaufserlös zunächst noch allfällige Investitionen und Ersatzanschaffungen abzuziehen (vgl. Urk. 4/1 Ziffer 7 der Weiteren Bestimmungen, aArt. 619 Abs. 3 ZGB). Damit gemeint sind selbstverständlich die vor dem Verkauf in die Verkaufsliegenschaft getätigten Investitionen und nicht die aus dem nachmaligen Verkaufserlös finanzierten anderweitiger Ersatzbeschaffungen und Investitionen gleich welcher Art. Die erstgenannten Ersatzanschaffungen stehen im Moment des Vertragsabschlusses bereits fest, beeinflussen allenfalls gar den Verkaufspreis und sind deshalb kein Indiz für die Massgeblichkeit erst des späteren Eigentumsübergangs im Hinblick auf die 15-Jahresfrist. Tätigt ein Verkäufer zwischen Vertragsabschluss und Eigentumsübertragung freiwillig noch Investitionen in das Verkaufsobjekt, ohne dass diese bereits beim Kaufpreis berücksichtigt worden sind, so tut er dies bewusst auf eigene Gefahr.

Dass die Steuerbehörden für die Veranlagung der Handänderungssteuern auf den effektiven Eigentumsübergang abstellen, hat keinen Einfluss auf die vorliegende Streitfrage. Die Steuerbehörden richten sich nach dem ausdrücklichen Wortlaut der "Handänderung", welcher nicht identisch ist mit dem Ausdruck "Veräußerung" und spezifischer auf einen Besitzesübergang hinweist. Die Steuerveranlagung und der Gewinnanteilsanspruch der Miterben haben sodann eine unterschiedliche Stossrichtung und unterschiedliche Fälligkeiten und beinhalten keinen ungerechtfertigten Widerspruch.

2.3. Die 15-Jahresfrist für die Gewinnbeteiligung der Miterben begann vorliegend mit dem Eintrag des Betriebsübergangs im Grundbuch zu laufen, somit am 1. Oktober 1962 (Urk. 4/1), und lief Anfang Oktober 1977 ab. Der Vertrag mit H. _____ wurde am 15. April 1977 beurkundet, derjenige mit I. _____ am 9. Juni 1977 (Urk. 4/4 und 4/3). Damit standen Verkaufspreis und Gewinn fest. Nach den vorstehenden Ausführungen sind diese Daten massgeblich. An beiden Verkaufsgeschäften entstand demnach der Gewinnanteilsanspruch der Miterben. Dass - wie im voraus vereinbart (Urk. 4/2 Ziffer 5 der Weiteren Bestimmungen) - später 30 Hauseigentümer anstelle von H. _____ und unter dessen solidarischer Weiterhaftung in den Vertrag eintraten bzw. dessen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag übernahmen, spielt keine Rolle, da sie am Anspruch von K. _____ auf den vereinbarten Kaufpreis und am Erfüllungsanspruch der Gegenpartei nichts änderten.

3. Wie gesehen (Erw. 1) ist der Anspruch der Klägerinnen auf den hälftigen Anteil am erzielten Gewinn erbrechtlicher Natur. Erbrechtliche Ausgleichungsansprüche als Gegenstand der Erbteilung bzw. Erbteilungsklage unterliegen keiner Verjährung (Art. 604 ZGB). Die Verjährungseinrede der Beklagten ist daher unbegründet. Damit kann offen bleiben, ob die Forderung der Klägerinnen durch die behaupteten - aber bestrittenen - Äusserungen von K. _____ zu seinen Lebzeiten im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR anerkannt und eine allfällige Verjährung damit unterbrochen worden ist (Urk. 2 S. 11ff, Urk. 21 S. 6, 18ff).

IV.

Berechnung

1. Die Vorinstanz hat jeweils vom - unbestrittenen - Bruttoverkaufserlös der beiden Landverkäufe an H. _____ und I. _____ den Einstandspreis von Fr. 3.- pro m² sowie die ergänzende Vermögenssteuer und die Grundstückgewinnsteuern in Abzug gebracht.

Mit der Anschlussberufung machen die Klägerinnen geltend, dass bei beiden Verkäufen die Grundstückgewinnsteuern von den jeweiligen Käufern übernommen worden seien und daher nicht in Abzug gebracht werden dürften. Der zu teilende Nettoerlös im Fall H. _____ belaufe sich daher auf Fr. 617'504.-, derjenige im Fall I. _____ auf Fr. 209'141.- (Urk. 88 S. 31f).

Für den Verkauf an I. _____ anerkennen die Beklagten die Berechnung der Klägerinnen bzw. dass die dort angefallenen Grundstückgewinnsteuern von Fr. 38'090.- nicht abzugsberechtigt sind, da sie vom Käufer übernommen wurden (Urk. 94 S. 3). Der zu teilende Nettoerlös aus diesem Geschäft ist demnach mit den Klägerinnen auf Fr. 209'141.- festzusetzen.

Hinsichtlich der Grundstückgewinnsteuern beim Verkauf an H. _____ ist auf den entsprechenden Kaufvertrag zu verweisen, wonach die Grundstückgewinnsteuern zulasten des Käufers H. _____ gehen (Urk. 4/2 S. 2). Wenn später 30 Hauseigentümer in die Vertragsstellung von H. _____ eingetreten sind, so sind sie entsprechend auch in seine Pflicht zur Bezahlung der Grundstückgewinnsteuer eingetreten. Dass sie die Grundstückgewinnsteuern auch tatsächlich bezahlt haben, ist durch Urk. 71/2 belegt. Hatte somit K. _____ auch bei diesem Verkauf nicht für die Grundstückgewinnsteuern aufzukommen, sind diese nicht als Verkaufskosten abzugsfähig und der teilungspflichtige Gewinn beläuft sich mit den Klägerinnen auf Fr. 617'504.- (Urk. 88 S. 31).

Bei einem teilungspflichtigen Nettogesamterlös von Fr. 826'645.- stehen den Klägerinnen damit **Fr. 413'322.-** zu und die Klage ist in diesem Betrag gutzuheissen.

2. Die Vorinstanz hat den Klägerinnen 5% Verzugszins ab dem 4. September 2002 zugesprochen, weil 2007 eine erste Klage beim Friedensrichter angehoben und damit die Verjährungsfrist für Kapitalzinsen rückwirkend für 5 Jahre unterbro-

chen worden sei (Urk. 79 S. 17). Mit der Anschlussberufung bestreiten die Klägerinnen den Zinsentscheid der Vorinstanz in verjährungsrechtlicher Hinsicht. Die Beklagten bestreiten im Berufungsverfahren die Zinspflicht grundsätzlich unter Hinweis auf die Unverzinslichkeit von Erbensprüchen (Urk. 88 S. 32, Urk. 78 S. 7).

Die Klägerinnen haben sich vor Vorinstanz erst in der Klagereplik auf den erbrechtlichen Charakter der Klageforderung berufen, während die Beklagten in ihrer Duplik am Vorliegen eines normalen Kaufvertrags gemäss Obligationenrecht festgehalten haben. Hat die Vorinstanz erst mit ihrem Urteil diese Frage entschieden, so sind gemäss Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO daraus resultierende neue Behauptungen und Einwände im Berufungsverfahren noch zuzulassen (Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., Art. 317 N 30). Dazu gehört die Einrede der Unverzinslichkeit für den Fall der Bejahung erbrechtlicher Ansprüche auch im Berufungsverfahren; diese Einrede ist daher zuzulassen. Immerhin haben die Beklagten eine eventuelle Unverzinslichkeit auch bereits vor Vorinstanz angetönt (Urk. 23 S. 4).

Die vorliegende Klage ist eine Erbteilungsklage, beinhaltend den Ausgleichsanspruch der Miterben aus einem Erbvorbezug. Erbvorbezüge sind indessen mangels gegenteiliger Abrede unverzinslich und bei der Erbteilung ohne Zinsen auszugleichen (BSK ZGB II - R. Forni/G. Piatti, Art. 630 N 4). Bis zur rechtskräftigen Erledigung des vorliegenden Erbteilungsprozesses sind daher keine Verzugszinsen geschuldet.

V.

Kosten- und Entschädigungen

1. Die Kosten und Entschädigungen für beide Instanzen sind ausgangsgemäss zu verlegen. Die Klägerinnen haben vor Vorinstanz eine Forderung von Fr. 421'192.- geltend gemacht und obsiegen im Berufungsverfahren nunmehr mit Fr. 413'322.-. Damit obsiegen sie zu 98%, weshalb es sich rechtfertigt, den Beklagten die Kosten beider Instanzen vollumfänglich aufzuerlegen und sie entschädigungspflichtig

zu erklären. Zinsen als Nebenbegehren werden bei der Festlegung und Bezifferung des Streitwertes und damit der Kosten- und Entschädigungsfolgen und des Obsiegens/Unterliegens nicht berücksichtigt (Art. 91 Abs. 1 ZPO).

Die vorinstanzliche Bemessung der Gerichtskosten und Entschädigung blieb im Berufungsverfahren unbestritten und ist proportional zu übernehmen.

2. Die Beklagten machen geltend, dass die Kosten und Entschädigungen für die teilweise Anerkennung der Anschlussberufung - kein Grundstückgewinnsteuerabzug von Fr. 38'090.- bzw. Fr. 19'045.- aus dem Verkauf an H. _____ - nicht den Parteien auferlegt werden dürften, da die Vorinstanz das Prozessthema Grundstückgewinnsteuerabzug ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs in den Prozess eingeführt habe.

Die Grundstückgewinnsteuern bildeten vorliegend ein marginales Thema und fallen hinsichtlich des Prozessbearbeitungsaufwandes nicht ins Gewicht. Die Frage, wie die Grundstückgewinnsteuern zu berücksichtigen sind, ist vom Prozesstandpunkt der Beklagten aus gesehen ein Eventualbegehren, dem der Entscheid in der Hauptsache über die grundsätzliche Ausgleichspflicht vorgeht. Mit dem Hauptbegehren unterliegen die Beklagten indessen vollumfänglich, weshalb die teilweise Anerkennung der Anschlussberufung im Sinne eines Eventualbegehrens bei der Verlegung von Kosten und Entschädigungen nicht zu berücksichtigen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagten und Berufungskläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Klägerinnen und Berufungsbeklagten Fr. 413'322.- zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 25'650.- wird bestätigt.

3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden den Beklagten und Berufungsklägern unter solidarischer Haftung auferlegt.
4. Die Beklagten und Berufungskläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Klägerinnen und Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 32'736.- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 19'000.- festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Beklagten und Berufungsklägern unter solidarischer Haftung auferlegt und mit ihren Kostenvorschüssen verrechnet.
Der von den Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerinnen geleistete Kostenvorschuss wird diesen nach rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens herausgegeben.
7. Die Beklagten und Berufungskläger werden solidarisch verpflichtet, den Klägerinnen und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 413'322.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. Januar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:

mc