Urteilskopf

97 II 11

3. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Mai 1971 i.S. Wiederkehr gegen Graf.
Regeste (de):
Berufung an das Bundesgericht gegen einen Entscheid über die Frage, ob der Willensvollstrecker eine zum Nachlass gehörende Liegenschaft gegen den Willen eines Erben von sich aus freihändig verkaufen darf. Zivilrechtsstreitigkeit (Art. 44, 46 OG; Erw. 1).

Aufgaben und Handlungsmacht des Willensvollstreckers (Art. 518 Abs. 2 ZGB; Erw. 2). Durchführung der Erbteilung durch diesen nach Massgabe von Art. 607 und 610 ff. ZGB; Voraussetzungen des Verkaufs einer Erbschaftssache (namentlich einer Liegenschaft) zwecks Teilung des Erlöses (Art. 612 Abs. 2 ZGB; Erw. 3).

Auch für den Willensvollstrecker gilt grundsätzlich Art. 612 Abs. 3 ZGB, wonach ein solcher Verkauf auf Verlangen eines Erben auf dem Wege der Versteigerung stattfinden muss (Erw. 4). Lässt sich die streitige Liegenschaft körperlich teilen? Verliert sie dadurch wesentlich an ihrem Wert (Art. 612 Abs. 1 ZGB)? Öffentliche Versteigerung oder Versteigerung unter den Erben? (Erw. 5).

Regeste (fr):
Recours en réforme au Tribunal fédéral contre une décision sur la question de savoir si l'exécuteur testamentaire peut de lui-même vendre de gré à gré un immeuble appartenant à la succession contre la volonté d'un héritier. Contestation civile (art. 44, 46 OJ; consid. 1).

Devoirs et pouvoirs de l'exécuteur testamentaire (art. 518 al. 2 CC; consid. 2). Exécution par celui-ci du partage successoral selon les art. 607 et 610 ss. CC; conditions de la vente d'un bien successoral (notamment d'un immeuble) aux fins d'en répartir le prix (art. 612 al. 2 CC; consid. 3).

L'art. 612 al. 3 CC, qui prescrit qu'une telle vente se fait aux enchères si l'un des héritiers le demande, vaut en principe aussi pour l'exécuteur testamentaire (consid. 4). L'immeuble litigieux peut-il faire l'objet d'un partage matériel? Subit-il par là une diminution notable de sa valeur (art. 612 al. 1 CC)? Enchères publiques ou enchères entre héritiers? (consid. 5).

Regesto (it):
Ricorso per riforma al Tribunale federale contro una decisione sul quesito di sapere se l'esecutore testamentario può di sua volontà e contro il volere di un erede vendere a trattative private un immobile appartenente alla successione. Causa civile (art. 44, 46 OG) (consid. 1).

Compiti e poteri dell'esecutore testamentario (art. 518 cpv. 2 CC; consid. 2). Esecuzione, da parte di quest'ultimo, della divisione dell'eredità giusta gli art. 607 e 610 e segg. CC; presupposti per la vendita di un bene della successione (segnatamente di un immobile) al fine di suddividerne il ricavo (art. 612 cpv. 2 CC; consid. 3).

L'art. 612 cpv. 3 CC, secondo cui la vendita viene fatta all'incanto se uno degli eredi lo domanda, vale, di massima, anche per l'esecutore testamentario (consid. 4). L'immobile litigioso può essere materialmente diviso? Subisce, per questo, una considerevole diminuzione di valore? (art. 612 cpv. 1 CC). Incanto pubblico o incanto tra eredi? (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 12

BGE 97 II 11 S. 12

A.- August Wiederkehr, der am 20. August 1966 in Zürich starb, hinterliess als gesetzliche Erben seine zweite Ehefrau, Irma Wiederkehr-Neff, und seinen Sohn aus geschiedener erster Ehe, Harry Wiederkehr. Er hatte in seinem Testament vom 1. Juli 1965 seine damalige Verlobte Irma Neff als Alleinerbin eingesetzt, seinen Sohn enterbt und August Graf zum "Testamentsvollstrecker und Berater der Universalerbin" ernannt. In einem Vergleich vom 22. August 1967 anerkannte Irma Wiederkehr-Neff, dass Harry Wiederkehr auf den Pflichtteil von 9/16 des Nachlasses Anspruch habe.
Hauptaktivum des Nachlasses, der gemäss öffentlichem Inventar vom 24. Mai 1967 Aktiven von Fr. 209'399.67 und Passiven von Fr. 55'816.– umfasst, ist ein Grundstück in Spreitenbach (Wohnhaus, Schopf, Garage und Werkstattgebäude mit Garten und Baumgarten) im Ausmass von 5743 m2, das im Inventar auf Fr. 200'000.– geschätzt wurde und mit Grundpfandschulden im Kapitalbetrage von Fr. 48'540.45 belastet war. Versuche des Willensvollstreckers und des von den Erben beigezogenen Liegenschaftenmaklers, das Grundstück zu mindestens Fr. 450'000.– zu verkaufen, blieben erfolglos. Darauf bot der Willensvollstrecker das Grundstück der Gemeinde Spreitenbach zu Fr. 420'000.– an. Am 29. August 1969 schrieb er Harry Wiederkehr unter Hinweis auf den Misserfolg der früheren Verkaufsbemühungen, er werde nun "auf Grund der gegebenen Realitäten handeln" und habe die dazu nötigen Schritte bereits eingeleitet. Am 2. September 1969 teilte der Gemeinderat Spreitenbach dem Willensvollstrecker durch Zustellung eines Protokollauszuges mit, er habe am 26. August 1969 unter Vorbehalt der Zustimmung der Gemeindeversammlung beschlossen, für die Liegenschaft Fr. 380'000.– zu bieten. Der Willensvollstrecker gab Harry Wiederkehr am 12. September 1969 von diesem Angebote Kenntnis und eröffnete ihm, er werde es annehmen, wenn Harry Wiederkehr nicht seinerseits den gleichen Preis biete.

BGE 97 II 11 S. 13

B.- Am 10. September 1969, zwei Tage vor Erhalt der eben genannten Mitteilung, hatte Harry Wiederkehr gegen den Willensvollstrecker beim Einzelrichter für nichtstreitige Rechtssachen des Bezirksgerichts Zürich Beschwerde eingereicht mit den Begehren, der Willensvollstrecker sei abzusetzen; eventuell sei ihm zu verbieten, das Grundstück in Spreitenbach ohne Zustimmung der Erben oder des Gerichts zu veräussern, und seien eine Anzahl weiterer Anordnungen zu treffen. Der Einzelrichter stellte in seinem Entscheid vom 8. Juli 1970 fest, die Beschwerde sei hinsichtlich der Vorlegung einer Abrechnung und eines Teilungsplans gegenstandslos geworden, und wies die Beschwerde im übrigen ab. Das Obergericht des Kantons Zürich wies den Rekurs Harry Wiederkehrs, mit dem dieser nur noch den Erlass des vor erster Instanz eventuell beantragten Veräusserungsverbots verlangte, am 24. September 1970 ab.

C.- Gegen den Entscheid des Obergerichts hat Harry Wiederkehr die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Er erneuert damit das vor Obergericht gestellte Begehren und beantragt eventuell die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Der Berufungsbeklagte beantragt die Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Vor Obergericht war ausser der Verlegung der Verfahrenskosten allein noch streitig, ob der heutige Berufungsbeklagte als Willensvollstrecker berechtigt sei, das Grundstück in Spreitenbach gegen den Willen eines Erben von sich aus freihändig zu verkaufen, oder ob er damit die ihm zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse überschreite, gegen die gesetzlichen Vorschriften über die Art der Teilung der Erbschaft

(Art. 607, 610 ff. ZGB) verstosse und die Rechte verletze, die den Erben nach diesen Vorschriften zustehen. Diese Frage betrifft nicht bloss das "formelle Vorgehen" des Willensvollstreckers, das mit einer Beschwerde an die Aufsichtsbehörde beanstandet werden könnte. Die Parteien streiten vielmehr über die Abgrenzung der Rechte, die das ZGB einerseits dem Willensvollstrecker und anderseits den Erben verleiht. Es handelt sich also um einen Streit zwischen Privaten über zivilrechtliche Verhältnisse. Dieser Streit wurde vor den kantonalen Gerichten in einem kontradiktorischen Verfahren ausgetragen, das nicht etwa bloss auf den Erlass einer vorsorglichen Massnahme,

sondern auf eine endgültige Regelung der zur Diskussion gestellten Frage durch einen Entscheid der angerufenen Behörde abzielte. Man hat es daher mit einer Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 44 ff. OG zu tun (vgl. zu diesem Begriff BGE 91 II 54 und BGE 95 II 377, je mit Hinweisen), gleich wie wenn Erben mit dem Willensvollstrecker über die Gültigkeit seiner Ernennung (BGE 44 II 115, BGE 90 II 384 /85) oder darüber streiten, ob die Anordnungen des Erblassers über die Verwaltung des Nachlasses durch den Willensvollstrecker das Pflichtteilsrecht eines Erben verletzen (BGE 51 II 49 ff.) oder ob Verfügungen über Nachlassgegenstände, die der Willensvollstrecker als dem Willen des Erblassers entsprechend treffen will, durch die letztwilligen Anordnungen des Erblassers gedeckt werden (BGE 48 II 308 ff., BGE 49 II 12 ff.). Das Begehren auf Untersagung eines vom Willensvollstrecker selbständig angeordneten Freihandverkaufs wurde im kantonalen Verfahren erstinstanzlich freilich nicht vom ordentlichen Zivilrichter beurteilt, sondern vom Einzelrichter für nichtstreitige Rechtssachen, der nach dem zürcherischen Verfahrensrecht die administrative Aufsicht über die Willensvollstrecker ausübt und bei dem folglich das vom Berufungskläger damals in erster Linie gestellte Begehren auf Absetzung des Willensvollstreckers wegen der ihm vorgeworfenen Pflichtverletzungen anzubringen war. Auch in zweiter Instanz wurden die Vorschriften über das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen angewendet. Beide kantonalen Instanzen waren aber immerhin Gerichtsbehörden (was im übrigen keine notwendige Voraussetzung für die Annahme einer Zivilrechtsstreitigkeit darstellt; vgl. BGE 95 II 377 : "procédure... qui se déroule... devant un juge ou toute autre autorité ayant pouvoir de statuer"), und vor beiden Instanzen konnten die Parteien ihren Standpunkt uneingeschränkt verfechten (doppelter Schriftenwechsel vor erster, nochmaliger Schriftenwechsel vor zweiter Instanz). Der angefochtene Entscheid behält nicht etwa den Entscheid des ordentlichen Zivilrichters über die beurteilten erbrechtlichen Fragen vor, sondern ist als endgültiger Entscheid hierüber gemeint. Er ist daher als kantonaler Endentscheid in einer Zivilrechtsstreitigkeit zu behandeln, obwohl er im Verfahren für nichtstreitige Rechtssachen ergangen ist. Der Umstand, dass die Vorinstanz die durch das Untersagungsbegehren des Berufungsklägers aufgeworfenen Fragen zum Teil nicht frei, sondern

nur daraufhin geprüft hat, ob die Auffassung des Willensvollstreckers vertretbar sei, kann hieran nichts ändern. Er hat nur zur Folge, dass das Obergericht den Tatbestand wird vervollständigen müssen, wenn seine tatsächlichen Feststellungen für eine umfassende freie Prüfung der Sache im Sinne der - nach BGE 89 II 340, BGE 90 II 40 E. 6b, BGE 91 II 65 E. 2 und BGE 95 II 252 E. 3 auch vom kantonalen Richter zu beachtenden - Vorschriften von Art. 63 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 OG nicht ausreichen. Ob der Streit vermögensrechtlicher oder nicht vermögensrechtlicher Natur sei, kann dahingestellt bleiben; denn im zweiten Falle ist die Berufung nach Art. 44 OG zulässig, im ersten Falle nach Art. 46 OG, weil in diesem Falle angesichts der Tatsache, dass die Liegenschaft zu Fr. 380'000.– an die Gemeinde Spreitenbach verkauft werden kann und dass der Berufungskläger bei

einem Verkauf zu diesem Preis einen Verlust von mehr als Fr. 100'000.– befürchtet, ein die Berufungssumme von Fr. 8000.– weit übersteigender Streitwert anzunehmen ist. Auf die Berufung ist daher einzutreten.

2. Der Erblasser August Wiederkehr hat von der ihm nach Art. 518 Abs. 1 ZGB zustehenden Befugnis, die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers in seiner Verfügung näher zu umschreiben, keinen Gebrauch gemacht. Diese Rechte und Pflichten bestimmen sich daher nach dem Gesetz. Nach Art. 518 Abs. 2 ZGB gilt der Willensvollstrecker insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen. Die ihm zur Erfüllung dieser Aufgaben eingeräumte Handlungsmacht, die in ihrem Bereich ein eigenes Handeln der Erben ausschliesst (Art. 602 Abs. 2 ZGB, BGE 90 II 381), umfasst die Ermächtigung zu Verfügungen über Gegenstände der Erbschaft. Der Willensvollstrecker ist namentlich auch ermächtigt, über Liegenschaften des Erblassers grundbuchlich zu verfügen (BGE 61 I 382 /83, BGE 74 I 424 f., BGE 95 I 396 unten).
Über die Teilung der Erbschaft hat der Erblasser im vorliegenden Falle keine Anordnungen getroffen. Daher hat der Willensvollstrecker sie gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen. Er hat also die in Art. 607 und 610 ff. ZGB aufgestellten Vorschriften über die Teilungsart zu beachten.

3. Gemäss Art. 607 Abs. 2 ZGB können die Erben (unter

einem hier nicht in Betracht kommenden Vorbehalt) die Teilung frei vereinbaren. Sofern und soweit sie über die Teilung einig sind, ist für deren Durchführung einzig ihr Wille massgebend. Die gesetzlichen Teilungsvorschriften, die bei Uneinigkeit der Erben eingreifen, sind darauf angelegt, die Teilung der Erbschaft nach Möglichkeit dadurch herbeizuführen, dass die Erbschaftssachen in natura unter die Erben verteilt werden. Diesem Zweck dient die in Art. 611 ZGB vorgeschriebene Bildung von Losen. Durch die Bildung von Losen, die nach Art. 611 Abs. 3 ZGB mangels einer Einigung der Erben durch Losziehung zu verteilen sind, lässt sich die Teilung vor allem mit Bezug auf Sachen vornehmen, die ohne wesentliche Wertverminderung so zerlegt werden können, dass jeder Erbe einen Teil davon erhält. Nach dem Grundsatze der Gleichberechtigung der Erben (Art. 607, 610 ZGB) sind solche Sachen in der Regel auf diese Weise zu teilen. Art. 611 ZGB gilt aber auch für Sachen, deren körperliche Teilung praktisch nicht möglich ist. Eine Erbschaftssache, die unteilbar ist oder durch die Teilung an Wert wesentlich verlieren würde, ist womöglich einem der nach Art. 611 ZGB zu bildenden Lose zuzuscheiden. Nur wenn dieser Weg aus besonderen Gründen verschlossen ist (z.B. weil der Wert der Sache den Ertrag eines Erbteils erheblich übersteigt) und wenn überdies die Erben sich nicht darauf einigen können, die Sache trotz der damit verbundenen Werteinbusse zu teilen oder sie zu bestimmten Bedingungen einem der Erben zuzuweisen, ist nach Art. 612 Abs. 2 ZGB die Sache zu verkaufen und der Erlös zu teilen (vgl. zu alledem BGE 78 II 409 f., BGE 85 II 388 /89, BGE 94 II 233 /34; Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. November 1968 i.S. Buck, E. 5a). Der Verkauf hat nach Art. 612 Abs. 3 ZGB auf Verlangen eines Erben auf dem Wege der Versteigerung stattzufinden. Mit dieser Vorschrift will das Gesetz, wenn eine körperliche Teilung und auch eine ohne solche durchgeführte Teilung auf dem Wege der Losbildung nicht tunlich sind, die Gleichberechtigung der Erben wenigstens dadurch wahren, dass es jedem Erben die Möglichkeit gibt, durch Teilnahme an der Steigerung den in Frage stehenden Gegenstand zu erwerben oder dafür den nach seiner Auffassung angemessenen Preis zu erwirken (BGE 85 II 389, BGE 66 II 242). Mangels einer Einigung der Erben entscheidet nach der eben genannten Vorschrift die zuständige Behörde, ob die Versteigerung öffentlich oder nur unter den Erben stattfinden soll.

Für einen Willensvollstrecker, der die Erbteilung mangels besonderer Anordnungen des Erblassers nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen hat, bedeuten diese Regeln in erster Linie, dass er in allen Punkten, über welche die Erben einig sind, deren Willen zu respektieren hat (ESCHER, 3. Aufl., N. 17, und TUOR, 2. Aufl., N. 16 zu Art. 518 ZGB; JOST, Fragen aus dem Gebiete der Willensvollstreckung, in Festgabe des luzernischen Anwaltsverbandes zum Schweiz. Anwaltstag 1953, S. 81 ff., 97; PICENONI, Probleme aus der Willensvollstreckung, ZBGR 1969 S. 161 ff., 171). Soweit eine Einigung der Erben (um die er sich bemühen soll) nicht zustande kommt, hat der Willensvollstrecker kraft seines gesetzlichen Auftrags unter Vorbehalt des Beschwerderechts der Erben und der gerichtlichen Klage wegen Verletzung materiellen Rechts die Aufgaben zu erfüllen, die beim Fehlen eines Willensvollstreckers der zuständigen Behörde obliegen (TUOR, a.a.O.; JOST S. 99). Insbesondere hat er in einem solchen Falle wenn möglich gemäss Art. 611 Abs. 2 ZGB Lose zu bilden. Dabei hat er gegebenenfalls zu prüfen, ob eine zum Nachlass gehörende Liegenschaft ohne wesentliche Werteinbusse parzelliert und demgemäss auf die verschiedenen Lose verteilt werden könne oder ob sie sich, wenn das ausgeschlossen ist, einem einzelnen Lose zuweisen lasse. Nur wenn weder das eine noch das andere möglich ist, darf der Willensvollstrecker den Verkauf der Sache und die Teilung des Erlöses ins Auge fassen. Dass eine Erbschaftssache im Sinne von Art. 612 Abs. 1 durch Teilung an ihrem Wert wesentlich verlieren würde, ist schon dann anzunehmen, wenn der zu erwartende Verlust einen beträchtlichen Teil des Wertes der Sache selbst ausmacht; es ist nicht erforderlich, dass er auch im Verhältnis zum Wert der ganzen Erbschaft erheblich sei (TUOR/PICENONI, N. 8 zu Art. 612 ZGB).

4. Für den Fall, dass eine zum Nachlass gehörende Liegenschaft nach Art. 612 Abs. 2 ZGB verkauft werden muss, nimmt die Vorinstanz an, der Willensvollstrecker sei zum freihändigen Verkauf berechtigt. Sie beruft sich dabei in erster Linie auf ESCHER (N. 10 zu Art. 518 ZGB), der an der angeführten Stelle (im Abschnitt über die Verfügungshandlungen des Willensvollstreckers) unter Hinweis auf BGE 61 I 382 und BGE 74 I 424 ausführt, der Willensvollstrecker könne, soweit zur Durchführung der Vollstreckung erforderlich, auch Liegenschaften veräussern, und zwar entgegen Art. 596 ZGB auch ohne Zustimmung der

Erben freihändig, wogegen TUOR (N. 12 a.E. zu Art. 518 ZGB) die Ansicht vertritt, Art. 596 Abs. 2 ZGB, wonach Grundstücke bei der amtlichen Liquidation einer Erbschaft öffentlich zu versteigern sind und nur mit Zustimmung aller Erben freihändig verkauft werden dürfen, sei auf die Willensvollstreckung entsprechend anzuwenden. Neben ESCHER führt die Vorinstanz A. SCHREIBER (Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers nach schweiz. ZGB, 1928) an, der an der zitierten Stelle (S. 42) bei Behandlung der Verfügungsmacht des Willensvollstreckers bemerkt, dieser könne sowohl Fahrhabe als auch Liegenschaften freihändig verkaufen und sei nicht gehalten, sie auf öffentliche Steigerung zu bringen, im Kapitel über den Vollzug des Testaments und die Teilung des Nachlasses aber unter Hinweis auf Art. 612 Abs. 2 und 3 ZGB sagt, falls die Erben sich über die Teilung oder Zuweisung einer Sache nicht zu einigen vermögen, könne der Willensvollstrecker sie verkaufen und den Erlös zur Masse werfen; wenn ein Erbe es verlange, habe der Verkauf auf dem Wege der Versteigerung stattzufinden (S. 51; vgl. auch die 1940 in französischer Sprache erschienene Neuauflage dieses Werks: L'exécution testamentaire en droit suisse, S. 56 ff. und 66). JOST führt aus, der Willensvollstrecker dürfe, soweit es die Erfüllung seiner Aufgaben fordert, auch Liegenschaften zu Verwaltungs- oder Liquidationszwecken belasten oder veräussern; er brauche dabei die Zustimmung der Erben nicht nachzuweisen (a.a.O. S. 94/95); bei der Teilung der Erbschaft übe er u.a. in bezug "auf die Entscheidung der Frage, ob statt Realzuweisung Veräusserung gewisser Sachen zu erfolgen habe, und diesfalls ob Verkauf oder Versteigerung, ob öffentliche oder private, ob Versteigerung unter den Erben selbst, schliesslich unter welchen Modalitäten die Zuweisung zu erfolgen habe", die gleichen Kompetenzen aus wie die in Art. 611-613 ZGB genannte kantonale Behörde (S. 99). Die von ESCHER angerufenen Präjudizien BGE 61 I 382 ff. und BGE 74 I 423 ff. betreffen Grundbuchbe-

schwerden. Zu entscheiden war in jenen Fällen nur, ob ein Willensvollstrecker, dem die in Art. 518 Abs. 2 ZGB genannten Aufgaben obliegen, allgemein zu grundbuchlichen Verfügungen über Liegenschaften des Erblassers ermächtigt sei oder ob der Grundbuchführer im einzelnen Fall zu prüfen habe, ob der Willensvollstrecker mit seiner Verfügung pflichtgemäss handle. Diese Frage wurde in beiden Fällen im ersten Sinne beantwortet (welche Lösung

HOMBERGER, N. 74 zu Art. 965 ZGB, nur mit gewissen Einschränkungen gelten lassen möchte). Eine Grundbuchbeschwerde war auch Gegenstand des Entscheides BGE 95 I 392 ff., wo festgestellt wurde, dass der Erbschaftsverwalter im Sinne von Art. 554 ZGB nicht wie der Willensvollstrecker ohne weiteres zu grundbuchlichen Verfügungen ermächtigt sei. Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um eine Grundbuchbeschwerde und steht nicht zur Diskussion, ob der Willensvollstrecker nach aussen (gegenüber Kaufinteressenten und Grundbuchbehörden) als ermächtigt zu gelten habe, über Liegenschaften des Erblassers zu verfügen, sondern die Parteien streiten über die davon verschiedene Frage, ob der Willensvollstrecker den Erben gegenüber berechtigt sei, eine Erbschaftssache, die nach Art. 612 Abs. 2 ZGB zwecks Teilung des Erlöses verkauft werden muss, ohne ihre Zustimmung freihändig zu verkaufen. Mit dieser Frage befassen sich die angeführten Entscheide nicht oder doch nicht im einzelnen. In BGE 74 I 424 hat das Bundesgericht im Anschluss an die schon in BGE 61 I 383 getroffene Feststellung, dass zur Erfüllung der in Art. 518 Abs. 2 ZGB genannten Aufgaben die Veräusserung von Erbschaftssachen erforderlich sein kann, freilich ausgeführt, diese stehe dem Willensvollstrecker kraft der ihm übertragenen Aufgabe zu; dabei sei auch die Art der Veräusserung seinem Gutfinden anheimgegeben. Daraus könnte geschlossen werden, das Bundesgericht habe dem Willensvollstrecker die Wahl der Veräusserungsart ganz allgemein und damit auch für den Fall eines Verkaufs nach Art. 612 Abs. 2 ZGB überlassen wollen. In Wirklichkeit wollte es jedoch mit der erwähnten Bemerkung, wie die darauf folgenden Ausführungen zeigen, nur der Annahme der Vorinstanz entgegentreten, der Willensvollstrecker unterstehe dem Art. 596 Abs. 2 ZGB. Mit der Frage, ob der Willensvollstrecker bei einem Verkauf im Sinne von Art. 612 Abs. 2 ZGB nach Art. 612 Abs. 3 ZGB auf Verlangen eines Erben die Versteigerung anzuordnen habe, setzt sich der Entscheid BGE 74 I 424 nicht auseinander. Im vorliegenden Falle ist nicht zu prüfen, ob der Willensvollstrecker dann, wenn eine Erbschaftssache verkauft werden muss, um die zur Zahlung der Schulden des Erblassers oder zur Ausrichtung der Vermächtnisse nötigen Mittel zu beschaffen, auch gegen den Willen der Erben oder einzelner von ihnen zu einem Freihandverkauf schreiten darf, selbst wenn es sich um

ein Grundstück handelt. Auch wenn man diese Frage im Sinne des eben besprochenen, die Anwendung von Art. 596 Abs. 2 ZGB ablehnenden Entscheides bejahen will, darf das gleiche für den Fall eines Verkaufs nach Art. 612 Abs. 2 ZGB nicht angenommen werden. Hat der Willensvollstrecker die Teilung nach Art. 518 Abs. 2 ZGB mangels abweichender Anordnungen des Erblassers nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen, so gilt für ihn auch Art. 612 Abs. 3 ZGB, wonach ein Verkauf im Sinne von Art. 612 Abs. 2 ZGB auf Verlangen eines Erben auf dem Wege der Versteigerung stattzufinden hat. Die Annahme, dass sich der Willensvollstrecker an diese Vorschrift zu halten hat, drängt sich um so mehr auf, als diese Vorschrift nicht bloss für ein möglichst günstiges Verkaufsergebnis sorgen, sondern, wie bereits ausgeführt (Erw. 3 Abs. 1 hievor), vor allem auch die Gleichberechtigung der Erben, einen Hauptgrundsatz des Erbteilungsrechtes (Art. 607 Abs. 1, Randtitel von Art. 610 und Art. 610 Abs. 1 ZGB), wahren will. Die Wahl zwischen dem Freihandverkauf und der Verstei-

gerung ist dem Ermessen des Willensvollstreckers mangels einer Einigung der Erben über diesen Punkt nur dann überlassen, wenn kein Erbe die Versteigerung verlangt. Kommt es zur Versteigerung, so hat der Willensvollstrecker, wenn die Erben sich nicht verständigen, anstelle der in Art. 612 Abs. 3 ZGB genannten Behörde nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob die Versteigerung öffentlich oder nur unter den Erben stattfinden soll. Seine Ermessensentscheide unterliegen der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde. - Ob Ausnahmefälle denkbar sind, in denen der Willensvollstrecker eine nach Art. 612 Abs. 2 ZGB zu veräussernde Sache ohne Rücksicht auf den Willen der Erben freihändig verkaufen darf, kann im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, weil hier besondere Umstände, die allenfalls eine Ausnahme rechtfertigen könnten, nicht ersichtlich sind.

5. Die Erben des August Wiederkehr vermochten sich nach dem Scheitern ihrer gemeinsamen Verkaufsbemühungen nicht darüber zu einigen, wie die Erbteilung mit Bezug auf das Grundstück in Spreitenbach durchzuführen sei. Versuche des Willensvollstreckers, eine solche Einigung herbeizuführen, sind misslungen. Weitere derartige Versuche bieten nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kaum Aussicht auf Erfolg. Daher hat der Willensvollstrecker die Teilung nach den bei Uneinigkeit der Erben geltenden Gesetzesregeln einzuleiten.

Dabei ist, wie in Erwägung 3 hievor dargelegt, in erster Linie die Bildung von Losen unter körperlicher Teilung der Liegenschaft ins Auge zu fassen. Lässt sich das Grundstück nicht gleichmässig auf zwei Lose verteilen oder würde die körperliche Teilung zu einer wesentlichen Werteinbusse führen, so bleibt - immer unter Vorbehalt einer doch noch erfolgenden Einigung der Erben - nichts anderes als der Verkauf des Grundstücks und die Teilung des Erlöses übrig; denn der Wert des Grundstücks, neben dem die andern Erbschaftsaktiven kaum ins Gewicht fallen, übersteigt den Betrag eines Erbteils so sehr, dass es sich nicht einem der beiden zu bildenden Lose zuweisen lässt. a) Der angefochtene Entscheid enthält keine Feststellungen darüber, ob eine gleichmässige körperliche Teilung des Grundstücks möglich sei oder nicht. Der Einzelrichter machte die Beteiligten in einer Vergleichsverhandlung vom 5. März 1970 u.a. auf die Möglichkeit einer Realteilung aufmerksam. Harry Wiederkehr erklärte, er könne zu diesem Vorschlag nicht sofort Stellung nehmen, während der Willensvollstrecker dem Vorschlag unter Vorbehalt nochmaliger Überlegung grundsätzlich zustimmte. In einem Schreiben an den Anwalt Harry Wiederkehrs vom 23. Juni 1970 erklärte der Willensvollstrecker, er habe Harry Wiederkehr einen Vorschlag für eine Realteilung unterbreitet; Irma Wiederkehr wäre bereit, zu einer solchen Hand zu bieten. In seinem Rekurs an die Vorinstanz vom 29. Juli 1970 liess Harry Wiederkehr wie später in der Berufungsschrift an das Bundesgericht ausführen, wenn ein Verkauf zu einem annehmbaren Preis nicht möglich sein sollte, wäre er mit einer Realteilung einverstanden. Daraus ergibt sich, dass die Beteiligten selbst eine Realteilung nicht als von vornherein unmöglich ansehen. Nach dem vorliegenden Zonenplan, in welchem das Grundstück mit Bleistift eingezeichnet ist, bildet dieses ein längliches Rechteck. Auf Grund der vorhandenen Akten ist nicht zu sehen, weshalb es nicht in zwei ungefähr gleiche Teile sollte zerlegt werden können, wodurch zwei beinahe quadratische Parzellen von je ungefähr 2870 m2 entstünden. Selbst wenn später noch etwas Land für eine Erschliessungsstrasse abgegeben werden müsste, wären diese Parzellen immer noch gross genug, um eine Überbauung zu ermöglichen. Aus dem Zonenplan ergibt sich denn auch, dass sich in unmittelbarer Nähe des streitigen Grundstücks

Parzellen befinden, die bei weitem nicht so gross sind wie die Hälfte dieses Grundstücks. Der Umstand, dass die zum Nachlass gehörende Liegenschaft zur Zeit noch nicht eingezont ist, steht der Realteilung nicht entgegen. Wenn der Willensvollstrecker in der Berufungsantwort ausführt, eine gerechte körperliche Teilung sei nicht möglich, da ein Haus, ein Schopf, eine Garage und ein Werkstattgebäude mit zirka 57 a Land nicht real geteilt werden könnten, solange das Land nicht Bauland oder zumindest Bauerwartungsland darstelle, so setzt er sich in Widerspruch zu seinem Schreiben vom 23. Juni 1970, wonach er selbst die körperliche Teilung der Liegenschaft vorgeschlagen hatte. Diegenannten Gebäulichkeiten hindern eine Parzellierung des Grundstückes nicht. Sollte dieses nicht so geteilt werden können, dass auch die Gebäulichkeiten ihrem Wert nach ungefähr gleichmässig auf die zwei Grundstückhälften entfallen, so können die Gebäude dem einen Grundstückteil zugewiesen werden, unter entsprechender Wertausgleichung für den andern Grundstückteil. Dieser Wertausgleich kann zum Beispiel dadurch geschehen, dass die Parzelle, auf der sich kein Gebäude befindet, flächenmässig etwas grösser bemessen wird als die andere Parzelle, oder auch dadurch, dass jener Erbe, der die Grundstückhälfte mit den Gebäuden erhält, sich für seinen Anteil einen entsprechend höheren Wert anrechnen lassen muss als der andere. Die grundsätzliche Möglichkeit einer Realteilung lässt sich daher beim heutigen Stande der Akten nicht ausschliessen. Zur gebotenen nähern Abklärung dieser Möglichkeit kann sich allenfalls der Beizug eines Sachverständigen als nötig erweisen. b) Erweist sich eine gleichmässige Teilung des Grundstücks als grundsätzlich möglich, so ist zu prüfen, ob es durch die Teilung wesentlich an seinem Wert verliere (Art. 612 Abs. 1 ZGB). Ob und in welchem Umfange ein Wertverlust eintrete, ist eine Tatfrage. Soweit die Vorinstanz diese Frage auf Grund von Gutachten oder konkreten Zeugenaussagen entscheidet, ist das Bundesgericht daran gebunden. Soweit sie die Frage jedoch nur auf Grund der Lebenserfahrung oder allgemeiner Überlegungen beantwortet, kann ihre Schlussfolgerung vom Bundesgericht frei geprüft werden (BGE 88 II 469 Erw. 5, BGE 69 II 205). Rechtsfrage ist, ob der durch die Teilung verursachte Wertverlust ein wesentlicher im Sinne von Art. 612 Abs. 1 ZGB sei. Die Vorinstanz führt in ihrem Urteil aus: Nach der Auffassung

des Willensvollstreckers verliere das Grundstück durch eine Realteilung wesentlich an seinem Wert. Dafür fänden sich in den Akten Anhaltspunkte: Das Grundstück sei nicht eingezont und eine Einzonung sei in naher Zukunft nicht zu erwarten. Es stehe also nicht fest, was auf ihm einmal gebaut werden könne. Auch unter Beizug eines Architekten könne das Land nicht so geteilt werden, dass jede Partei ihr Stück maximal ausnützen könne. Je nach der Zone, der es später zugeteilt werde, könne der Fall eintreten, dass es nicht mehr maximal ausgenützt werden könne. Dass das Land dadurch entwertet werde, liege auf der Hand. Die Ansicht des Willensvollstreckers, wonach eine Teilung des Grundstückes zu einer wesentlichen Werteinbusse führe, sei zum mindesten vertretbar. Wohl ist das Grundstück nicht eingezont und wohl wird es voraussichtlich auch in naher Zukunft noch nicht eingezont werden, so dass heute nicht feststeht, was auf ihm einmal gebaut werden kann. Auch mag zutreffen, dass es, wenn es heute geteilt wird, später nach der Einzonung vielleicht nicht mehr so intensiv ausgenützt werden kann, wie dies der Fall wäre, wenn es nicht geteilt oder wenn die Teilung erst nach der Einzonung vorgenommen würde. Das alles beweist aber angesichts der Grösse der Parzelle noch nicht, dass sie heute durch eine Teilung wesentlich an Wert verlieren würde. Würde man anders entscheiden, dann könnte diese Argumentation praktisch bei allen nicht eingezonten Grundstücken vorgetragen werden, was zur Folge hätte, dass solche Grundstücke überhaupt nicht mehr real geteilt werden könnten. Derartige Folgen kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Bleiben nach der Zerlegung einer Nachlassliegenschaft für die einzelnen Erben so grosse Teilparzellen übrig, dass nach menschlicher Voraussicht auf jeder derselben (in naher oder fernerer Zukunft) eine vernünftige Überbauung möglich ist, so muss jedem Erben grundsätzlich das Recht zustehen, die Realteilung der Nachlassliegenschaft zu verlangen, und zwar selbst dann, wenn sie noch nicht eingezont und eine Einzonung in naher Zukunft nicht zu erwarten ist. Im vorliegenden Fall dürften diese Voraussetzungen erfüllt sein; denn eine fast quadratische Parzelle von rund 2870 m2 ermöglicht die Erstellung einer grösseren Baute oder zumindest eines grösseren Einfamilienhauses selbst dann noch, wenn wegen Quartierstrassen und

Baulinien gewisse Baubeschränkungen in Kauf genommen werden müssen. Angesichts des Grundsatzes,

BGE 97 II 11 S. 24

dass Erbschaftssachen in der Regel in natura unter die Erben zu verteilen sind, kann dem Berufungskläger nicht verwehrt werden, sich eine Parzelle dieser Grössenordnung für die Zukunft zu sichern in der Hoffnung, dass sie bald zu baureifem Land erklärt werde - eine Hoffnung, die angesichts der bekannten stürmischen Entwicklung, welche die Gemeinde Spreitenbach in den letzten Jahren durchgemacht hat, und angesichts der Lage der Parzelle in einem schon auf drei Seiten an eingezontes Land grenzenden Gebiete nicht unberechtigt ist. Selbst wenn man aber nicht von vorneherein ausschliessen will, dass die körperliche Teilung des Grundstücks deswegen, weil dieses noch nicht eingezont ist, zu einer nach Art. 612 Abs. 1 ZGB zu beachtenden Werteinbusse führen könnte, so lässt sich heute auf jeden Fall nicht beurteilen, ob die vom Willensvollstrecker angenommene Einbusse im Sinne dieser Bestimmung wesentlich sei, weil die Vorinstanz über das Ausmass dieses Verlustes keinerlei Feststellungen getroffen hat. Auch in diesem Punkte bedarf der Tatbestand der Vervollständigung.
c) Ergeben die Beweisergänzungen, dass das Grundstück ohne wesentlichen Wertverlust geteilt werden kann, und kommt es hierauf nicht zu einer Einigung über diese Teilung, so hat der Willensvollstrecker (eventuell mit Hilfe eines Sachverständigen, gegebenenfalls unter Berücksichtigung einer im vorliegenden Verfahren eingeholten Expertise) die Grenze zu ziehen und die Lose zu bilden, wobei sein Entscheid der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde unterliegt. Können sich hernach die Erben über die Zuweisung der Teilparzellen und der sie enthaltenden Lose nicht einigen, so hat die Losziehung zu erfolgen (Art. 611 ZGB).
Ergibt sich dagegen, dass die Liegenschaft nicht oder nur unter wesentlichem Wertverlust geteilt werden kann, und stimmen die Erben nicht trotz des Wertverlustes einer Teilung zu, dann ist die Liegenschaft nach Art. 612 Abs. 2 ZGB zu verkaufen, was nach Art. 612 Abs. 3 auf dem Wege der Versteigerung geschehen muss, sofern der Berufungskläger dies dann immer noch verlangt. Eine Versteigerung unter den beiden Erben hätte wohl wenig Sinn, da vorderhand keiner von ihnen die Liegenschaft allein übernehmen will. Deshalb käme wohl eine öffentliche Versteigerung in Frage (vgl. dazu auch TUOR/PICENONI, N. 25 zu Art. 612 ZGB). Der Berufungskläger konnte zwar bisher keinen Käufer vermitteln, der einen höheren Preis

BGE 97 II 11 S. 25

zu zahlen gewillt wäre als der Gemeinderat von Spreitenbach, und vermochte den behaupteten Mehrwert der Liegenschaft nicht genau zu beziffern. Das schliesst aber nicht aus, dass auf dem Wege der Versteigerung möglicherweise doch ein höherer Preis erzielt werden kann, als der Gemeinderat von Spreitenbach offeriert hat. Sollte dagegen das Angebot des Gemeinderates nicht überboten werden, so könnte der Berufungskläger immer noch durch ein unwesentlich höheres Angebot den Zuschlag und damit die Realzuteilung der Liegenschaft an ihn erwirken.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zur Ergänzung der Akten im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.