

Art. 404 ZGB, Art. 409 ZGB, Verkauf von Grundstücken. *Die Urteilsfähigkeit ist relativ. Auch wenn der Bevormundete/Verbeiständete seine Geschäft nicht mehr selber führen kann, ist sein Wille wo möglich zu ermitteln und zu berücksichtigen.*

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

1.1 O. (nachfolgend Berufungskläger) ist Eigentümer einer grossen Mehrzahl der Stockwerkeinheiten am Grundstück Grundbuchblatt 1481 Kat.Nr. WI3025 in Zürich Witikon, welche in ihrer Gesamtheit das "Zentrum Witikon" bilden. Dieses ist vierzig Jahre nach seiner Erstellung sanierungsbedürftig.
[Da sich der Berufungskläger alters- und krankheitshalber nicht mehr vollumfänglich seinen Aufgaben als Eigentümer des Zentrums widmen konnte, wurde ihm eine Beiständin bestellt]

Am 28. September 2011 wurden auf dem Notariat Hottingen-Zürich drei Kaufverträge notariell beurkundet. Mit einem ersten Vertrag verkaufte der Berufungskläger der zur A. Investment Gruppe gehörenden B. AG (nachfolgend B.) 56 Miteigentumsanteile, umfassend 7'222/10'000 an dem zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Grundstück Grundbuchblatt 1481, Kat.Nr. WI3025 (Witikonstrasse 297 - 299). Sodann wurde ein Kaufvertrag unter den nämlichen Parteien beurkundet, welcher weitere 1'650/10'000 Miteigentum an dem vorstehenden genannten Grundstück betrifft, mit Sonderrecht am Laden Nr. 27 im Erdgeschoss, am Lager, einer Klimazentrale und Büroräumlichkeiten. Der Kaufpreis für die 8'872/10'000 Miteigentumsanteile zusammen beläuft sich auf Fr. 38,4 Mio. (Fr. 8,5 Mio. für den von der Genossenschaft Migros Zürich [nachfolgend Migros] betriebenen "Laden Nr. 27" etc. mit 1'650/10'000 Miteigentum und Fr. 29,9 Mio. für weitere 7'222/10'000 Miteigentum, worin die Ablösung der Grundpfandschulden von insgesamt Fr. 19,5 Mio. inbegriffen ist). Drittens verkaufte der Berufungskläger der B. das an das vorstehend beschriebene Grundstück angrenzende Grundstück Grundbuchblatt 1899, Kat.Nr. WI2933, zu Fr. 4,2 Mio., wovon Fr. 1,1 Mio. abzulösende Grundpfandschuld (act. 184/5, act. 184/6 und act. 184/7). Darüber hinaus wurde am 28. September 2011 eine Eigentümerdienstbarkeit zu Gunsten der ebenfalls

im Eigentum von O. stehenden Grundstücke Grundbuchblatt 2425, Kat.Nr. WI3454 (Buchzelgstrasse 9) und Grundbuchblatt 1055, Kat.Nr. WI3603 (Buchzelgstrasse 15) und zu Lasten 7'425/10'000 Miteigentum auf dem Grundstück Grundbuchblatt 1481 öffentlich beurkundet, welche die bisherige Nutzung der Kaufobjekte für weitere 20 Jahre festschreibt (VB-act. 184/3).

Am 8. November 2011 stimmte die Vormundschaftsbehörde dem Verkauf durch die Beiständin zu und beantragte dem Bezirksrat als unterer vormundschaftlicher Aufsichtsbehörde die Genehmigung im Sinne von Art. 404 Abs. 3 ZGB (BR-act. 1). Mit Eingabe vom 21. November 2011 erhob Rechtsanwalt Wyss mit Vollmacht des Berufungsklägers Beschwerde gegen den Beschluss vom 8. November 2011. Formell verlangte er Aufhebung des Zustimmungsbeschlusses, materiell wehrte er sich dagegen, dass der Verkauf an die B. erfolge (BR-act. 2).

1.2 Mit Beschluss vom 29. März 2012 wies der Bezirksrat die Beschwerde des Berufungsklägers ab (act. 8). Dagegen richtet sich die Berufung des Berufungsklägers mit dem Antrag, die Beschlüsse der Vorinstanzen seien aufzuheben und die Sache sei an die Vormundschaftsbehörde zurück zu weisen mit dem Auftrag, die beschriebenen Objekte der Migros zu verkaufen (act. 2).

Das Obergericht holte den gesetzlichen Kostenvorschuss ein und zog alle Akten der Vorinstanzen bei. Es liess den Berufungskläger durch den Referenten und die Gerichtsschreiberin ein erstes Mal am 5. Juli 2012 in der Klinik besuchen und anhören, in welcher er sich nach mehreren schweren Eingriffen aufhält (Prot. S. 5). Während der Bezirksrat auf eine Vernehmlassung verzichtete (act. 39), trug die Vormundschaftsbehörde mit ausführlicher Begründung auf Abweisung der Berufung an (act. 46). Die beiden in Frage kommenden Kaufinteressentinnen B. und Migros wurden zu ergänzenden Stellungnahmen zu ihren Konzepten mit Bezug auf das Zentrum Witikon aufgefordert (act. 30, 34). Beide lieferten ihre Eingaben innert erster Frist (act. 57 und 61). Mit Teil-Urteil vom 18. Juli 2012 genehmigte das Obergericht den Vertrag über die Eigentümerdienstbarkeit zu Gunsten der Grundstücke Grundbuchblatt 2425, Kat.Nr. WI3454 (Buchzelgstrasse 9) und Grundbuchblatt 1055, Kat.Nr. WI3603 (Buchzelgstrasse

15) zu Lasten Grundbuchblatt 3731 sowie den Kaufvertrag über das Objekt Grundbuchblatt 3731, 1'650/10'000 Miteigentum an Grundbuchblatt 1481, Kat.Nr. WI3025 (mit Laden Nr. 27, Lager Nr. 1, Klimazentrale und Büroräume) unter Vormerknahme des Umstandes, dass die Migros ihr Vorkaufsrecht ausgeübt habe (act. 53). Mit Beschluss vom 30. Juli 2010 gab das Obergericht dem Berufungskläger und ebenso der Vormundschaftsbehörde Gelegenheit, sich zu den Stellungnahmen der Kaufinteressentinnen zu äussern. Es lud die Beiständin ein, selbst oder durch die Rechtsvertreterin im Sinne der Erwägungen mit der Migros analoge Verträge wie mit der B., ohne den mit der Ausübung des Vorkaufsrechts und der am

18. Juli 2012 erteilten Genehmigung ausgeschiedenen Vertrag über den Migros-Laden etc. ausarbeiten und beurkunden zu lassen (act. 65). Am 7. August 2012 besuchte der Referent in Begleitung der Gerichtsschreiberin den Berufungskläger ein weiteres Mal in der Klinik (Prot. S. 11 f.). Auftragsgemäss wurden am 16. August 2012 auf dem Notariat Hottingen-Zürich analoge Verträge mit der Migros öffentlich beurkundet und dem Obergericht eingereicht (act. 93 f.). Ebenfalls öffentlich beurkundet wurde die Offerte der Migros für eine Personaldienstbarkeit für die Dauer von 30 Jahren mit der Verpflichtung zum Erhalt der aktuellen Zentrumsausrichtung zugunsten der Stadt Zürich (act. 92). Die Kaufverträge und die Offerte der Migros gingen dem Vertreter des Berufungsklägers vorgängig zur Prüfung zu; er hatte dagegen keine Einwände (vgl. act. 90). Am 16. August 2012 nahm er abschliessend Stellung (act. 95).

Der Prozess ist spruchreif, und es ist heute über zwei Fragen zu entscheiden: Erstens über das Erteilen oder die Verweigerung der Genehmigung für die am 28. September 2011 öffentlich beurkundeten Verträge ohne den mit Teil-Urteil vom 18. Juli 2012 genehmigten, vom Vorkaufsrecht betroffenen Vertrag, d.h. über den Verkauf der 56 Miteigentumsanteile, umfassend 7'222/10'000 an dem zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Grundstück Grundbuchblatt 1481, Kat.Nr. WI3025 (Witikonerstrasse 297 - 299) sowie über den Verkauf des angrenzenden Grundstücks Grundbuchblatt 1899, Kat.Nr. WI2933 an die B. Und zweitens – im Falle der Verweigerung der Genehmigung der Kaufverträge mit der B. – über die Genehmigung der am

16. August 2012 über die nämlichen Kaufobjekte mit der Migros formgültig abgeschlossenen Verträge.

2.1 Beschlüsse in Vormundschaftssachen kann in erster Linie der urteilsfähige Bevormundete oder Verbeiständete anfechten, daneben auch "jedermann der ein Interesse hat" (Art. 420 Abs. 1 und 2 ZGB). Dieses Interesse ist nach BGE 113 II 232 grundsätzlich zu bejahen, sofern der Dritte "sich auf die Interessen der schutzbedürftigen Person beruft oder die Verletzung eigener Rechte oder Interessen geltend macht". Das Bundesgericht hat das aber eingeschränkt und darauf abgestellt, ob diese Interessen mit der strittigen Massnahme geschützt werden sollen und deshalb im angefochtenen Entscheid hätten berücksichtigt werden müssen. Konkret sprach es einem Mann, der als Vater in Frage kam, die Legitimation ab, gegen die Ernennung des "Vaterschafts-Beistandes" im Sinne von Art. 309 Abs. 1 ZGB ein Rechtsmittel zu ergreifen (BGE 121 III 1 E. 2, S. 3 f.). Die Literatur stimmt dem zu (BSK ZGB I-Geiser, 4. A. 2010, Art. 420 N 31). Die Kammer verfolgt konstant diese Praxis. So bejaht sie die Legitimation des Verwandten, der die Ernennung einer anderen Person zum Vormund anfecht, weil das Gesetz den Vorrang der Verwandten kennt (Art. 380 ZGB), und die Behörden diese Bestimmung berücksichtigen (d.h. mindestens in Betracht ziehen und erwägen) müssen. Andererseits lässt es den Präsumtivvater nicht zur Beschwerde zu, ebenso wenig wie den Vertragspartner, der sich gegen die Nicht-Genehmigung eines für das Mündel geschlossenen Vertrages wehrt – auch wenn er (aus rechtlicher Sicht gleichsam "zufällig") ein Verwandter und Erbe des Mündels ist. Im vorliegenden Fall ist es zwar evident, dass die potentielle Käuferin ein Interesse am Vollzug der beurkundeten Geschäfte bzw. am Ausgang des vorliegenden Verfahrens hat. Die vormundschaftlichen Behörden haben indes ausschliesslich die Interessen des Berufungsklägers zu wahren (vgl. unten Ziff. 3.4). Weder B. noch ihre Konkurrentin Migros sind daher Parteien des Verfahrens über die Genehmigung der Kaufverträge. So haben es Vormundschaftsbehörde und Bezirksrat gehalten, und das gilt auch für das vorliegende Berufungsverfahren. Die beiden Kaufinteressentinnen sind allerdings so weit über das Verfahren und den heutigen Entscheid zu orientieren, als sie davon direkt betroffen sind.

Ungeachtet der Parteistellung und des rechtlichen Gehörs ist es dem Obergericht als vormundschaftliche Aufsichts- und Genehmigungsbehörde aufgegeben, alle massgeblichen Umstände für den Entscheid von Amtes wegen zu erforschen (so genannter Untersuchungsgrundsatz; vgl. § 193 GOG), wie es auch an gestellte Anträge nicht gebunden ist (so genannte Officialmaxime; vgl. auch § 192 Abs. 2 GOG bezüglich neuer Anträge). Die von Amtes wegen eingeholten Stellungnahmen der Interessentinnen sind in diesem Sinne bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.

2.2 Gegenüber dem Bezirksrat stellte die Vormundschaftsbehörde die Urteilsfähigkeit des Berufungsklägers für das Mandat an seinen Anwalt in Frage (BR-act. 11 "zu I.1"). Der Bezirksrat setzt sich damit auseinander und kommt zum Schluss, es müsse die Mandatierung als gültig anerkannt werden (act. 8 E. 2.2, S. 5 f.). Das Obergericht stimmt dem zu, und es kann vorab auf das vom Bezirksrat Erwogene verwiesen werden. Beim Besuch des Referenten und der Gerichtsschreiberin am 5. Juli 2012 wurde zudem deutlich, dass der Berufungskläger Rechtsanwalt Wyss sofort und ohne Zögern als seinen Vertreter erkannte, obschon Rechtsanwalt Wyss von aussen kommend die Besucher beim Empfang der Klinik getroffen hatte und mit ihnen zusammen auf die Station gegangen war.

2.3 Vor Bezirksrat und auch vor Obergericht lässt der Berufungskläger die Mitwirkung von Waisenrätin Q. am Beschluss der Vormundschaftsbehörde kritisieren, weil ihr Ehemann Partner in der nämlichen Anwaltskanzlei ist wie der Anwalt, welcher die B. beim Abschluss der in der Berufung streitigen Verträge beriet. Der Bezirksrat verneint eine relevante Befangenheit der Waisenrätin (act. 8 E. 3.2, S. 7 f.).

Nachdem der Berufungskläger nun den Antrag stellt, es solle der Verkauf an die Migros genehmigt werden (vgl. act. 95 S. 2), hat er am Ausstand von Waisenrätin Q. insoweit kein rechtlich schützenswertes Interesse mehr. Das Obergericht sieht unter diesen Umständen auch keinen Anlass, den Punkt von Amtes wegen aufzugreifen und das Geschäft ins Stadium der Entscheidungsfindung durch die Vormundschaftsbehörde zurück zu versetzen.

2.4 Der Berufungskläger rügt des Weiteren eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs. Bereits aus diesem Grund sei der angefochtene Beschluss aufzuheben. Er beruhe einseitig auf der Argumentation der Vormundschaftsbehörde, auch dort, wo sie von ihm ausdrücklich und substantiiert bestritten worden sei. Eine eigene Beurteilung und Auseinandersetzung mit den von ihm aufgeworfenen Problemkreisen habe der Bezirksrat unterlassen (act. 2 N 2).

Auf die Begründung des angefochtenen Entscheids ist sogleich zurückzukommen. An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass eine andere Auffassung über die Relevanz von bestimmten Behauptungen und Argumenten keine Gehörsverletzung darstellt. Der aus dem Gehörsanspruch fließende Anspruch auf Begründung verpflichtet die Entscheidungsinstanz nicht, sich mit allen Standpunkten einlässlich auseinanderzusetzen. Die Begründung kann auf die wesentlichen Punkte, die zum Entscheid geführt haben, beschränkt werden (ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 14; vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1, S. 88). Wie die Vorbringen der Berufung zeigen, war sich der Berufungskläger über die Tragweite des angefochtenen Beschlusses im Klaren und ohne weiteres im Stande, diesen sachgerecht anzufechten. Ohnehin ist eine Heilung möglich, wenn die Verletzung der Parteirechte nicht als gravierend erscheint (BGer 4D_111/2010 vom 19. Januar 2011, E. 3.1; ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 26 f.). Bei Annahme einer Heilung einer allfälligen Gehörsverweigerung im Berufungsverfahren erwächst dem Berufungskläger kein Nachteil.

3.1 Mit der Berufung wird weder der im Namen des Berufungsklägers getätigte Verkauf des Zentrums Witikon an sich in Frage gestellt, noch werden die wesentlichen Vertragspunkte resp. Bedingungen des Verkaufs beanstandet. Der Streit dreht sich im Kern um die Person der Käuferin – der Berufungskläger wehrt sich gegen den Verkauf an die B. und verlangt den Verkauf an die Migros.

Der Bezirksrat hat in der Sache erwogen, sowohl die Beiständin und die von ihr substituierte Rechtsanwältin als auch die Vormundschaftsbehörde hätten sich eingehend mit den in Frage kommenden Käufern auseinandergesetzt. Die

Kaufverträge seien schliesslich mit der B. geschlossen worden, welche mit Fr. 29,9 Mio. und Fr. 8,5 Mio., d.h. insgesamt Fr. 38'4 Mio. für die 8'872/10'000 Miteigentumsanteile (ohne die Liegenschaft Buchzelgstrasse 8) das höchste Angebot gemacht habe. Dieses Angebot liege weit über dem Schätzwert des letzten Bewertungsberichts von Wüest & Partner vom 1. Januar 2011, welche das Zentrum mit Fr. 34,69 Mio. bewertet haben. Somit sei für den Berufungskläger eine sehr guter Preis erzielt worden. Der Preis für die Liegenschaft Buchzelgstrasse 8 von Fr. 4,2 Mio. entspreche dem Schätzwert der Zürcher Kantonalbank vom

17. August 2011. Auch dieser Kaufpreis wahre die Interessen des Berufungsklägers. Die Begleichung der Kaufpreise sei mit unwiderruflichen Zahlungsversprechen gesichert. Dem Wunsch des Berufungsklägers, dass das Zentrum Witikon als Einkaufszentrum weitergeführt werde, sei mit einer entsprechenden auf 20 Jahre befristeten Eigentümerdienstbarkeit Rechnung getragen worden. Auch wenn kein detailliertes Sanierungskonzept vorgelegt worden sei, habe die B. Sofortmassnahmen sowie mittel- und langfristige Ziele mit Bezug auf das Zentrum Witikon ausformuliert und die Sanierungskosten auf Fr. 15 Mio. geschätzt. Aus den Akten sei ersichtlich, dass die B. bereits Objekte in der Grössenordnung des Zentrums Witikon erworben und erfolgreich entwickelt habe, was auch aus ihrer Homepage hervorgehe. Die B. weise in ihrer Jahresrechnung selber zudem Immobilien im Gesamtwert von über Fr. 50 Mio. aus. Angesichts dieser Umstände dürfe davon ausgegangen werden, dass die Käuferin grundsätzlich in der Lage sei, das Zentrum Witikon zu sanieren. Die Befürchtung des Berufungsklägers, dass sich die B. nicht mit den übrigen Miteigentümern über die Sanierungsmassnahmen und deren Kostentragung werde einigen können, sei eine blosser Mutmassung. Tatsache sei, dass ein reibungsloser Ablauf der dringend anstehenden Sanierung im Interesse aller Miteigentümer, namentlich auch der Käuferin und der Migros sei. Mit den fraglichen Kaufverträgen und der Errichtung der Eigentümerdienstbarkeit seien die Interessen des Berufungsklägers gewahrt (act. 8 E. 4, S. 8 ff.).

3.2 Der Berufungskläger kritisiert, der Bezirksrat habe die Genehmigung der Kaufverträge mit der B. nur wegen des erzielten Kaufpreises und im Hinblick auf die für den Weiterbestand des Zentrums errichtete Eigentümerdienstbarkeit erteilt. Für den Berufungskläger sei der erzielte Kaufpreis hingegen objektiv nicht relevant, da er nach dem Verkauf ohnehin bis zu seinem Lebensende ausgesorgt habe. Die Eigentümerdienstbarkeit ihrerseits erweise sich als Scheingarantie, da zu befürchten sei, dass die Erben des Berufungsklägers nach seinem Tod die als Begünstigte der Liegenschaft figurierenden Liegenschaften Buchzelgstrasse 9 und 15 der B. verkaufen würden, worauf die Dienstbarkeit von der Eigentümerschaft gelöscht werden könne. Im Übrigen seien wesentliche Fragen, insbesondere die Vornahme der dringend nötigen Sanierung bei der Genehmigung nicht oder nur oberflächlich behandelt worden. Die wesentlichen und bekannten Interessen des Berufungsklägers seien damit nicht berücksichtigt worden. Der Berufungskläger wolle sein Lebenswerk nicht in erster Linie dem Höchst-bietenden verkaufen, sondern einem Interessenten, der Gewähr dafür biete, dass das Einkaufszentrum Witikon als Quartierzentrum weiter bestehen könne. Daran seien auch die Quartierbevölkerung und die Stadt Zürich interessiert. Die Vormundschaftsbehörde und die Beiständin hätten sich dagegen überhaupt nicht bemüht, den Willen des Berufungsklägers objektiv zu erforschen. Mit dem einseitigen Fokus auf die Maximierung des Verkaufspreises hätten sie die Interessen der Erben des Berufungsklägers in den Vordergrund gestellt und es unterlassen, die massgebenden objektiven Kriterien für den Verkauf im Hinblick auf die beiden Kaufinteressentinnen fachkundig zu prüfen und zu bewerten. Unter Berücksichtigung aller objektiver Kriterien falle der Entscheid zugunsten der Migros aus (act. 2 und act. 95).

3.3 So weit die Argumente des Berufungsklägers. In den Akten sind überdies Versuche dokumentiert, wie die potentielle Käuferin B. bzw. der Präsident ihres Verwaltungsrates, A., diskreditiert werden soll: ob ein Funktionär der Stadt Zürich mit "A." von der B. angeblich "nicht nur gute Erfahrungen gemacht" haben soll (act. 2 S. 8/Rz. 4.6), wird im dafür zitierten Papier der Vormundschaftsbehörde (VB-act. 46) nicht konkretisiert und ist in dieser Unbestimmtheit ein reiner Versuch der Stimmungsmache und daher ungehörig.

Erst recht gilt das für das anonyme (angeblich von Rechtsanwalt ... verfasste) Papier vom 13. Mai 2011, wonach ein "E.S." gesagt haben soll, er würde mit "A." nie geschäften, denn dieser sei "sackgefährlich" (BR-act. 20/20). Das kann nicht einmal ernsthaft diskutiert werden, und es erstaunt, dass der Vertreter des Berufungsklägers, der sich an anderen Stellen sehr um rechtsstaatliche Grundsätze sorgt, diese "Aktennotiz" dem Bezirksrat einreichte. Wenn in der Berufung weiter ausgeführt wird, Vormundschaftsbehörde und Bezirksrat hätten sich bei der Genehmigung der Verträge mit der B. von sachfremden Motiven leiten lassen, die möglicherweise dadurch geklärt würden, dass die mitwirkenden Mitglieder ihre Beziehungen zu den involvierten Stellen und Parteien offenlegten (act. 2 N 6.4), ist auch dies blosser unbestimmte Spekulation. Derartige pauschale Rundumschläge ohne Nennung von konkreten Gründen sind weder zulässig noch zielführend. Es erübrigt sich, darauf weiter einzugehen. Mit Blick auf das berechnete Interesse von A. an der Wahrung seines Rufes und der Integrität seiner Firmengruppe sei der Vollständigkeit halber angemerkt, dass auf die im Zuge des Abschlusses der streitgegenständlichen Kaufverträge erstattete Strafanzeige gegen ihn wegen Nötigung mit Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft vom 26. Juli 2012 mangels Tatverdachts nicht eingetreten wurde (vgl. act. 71/2).

3.4 Im Einklang mit den Erwägungen des Bezirksrats (act. 8 S. 13) ist weiter festzuhalten, dass für den Entscheid über die Genehmigung zum Freihandverkauf von Grundstücken (oder deren Verweigerung) einzig die Interessen des Verbeiständeten massgebend sind (vgl. Art. 404 Abs. 1 und 3 ZGB). Auf die Interessen von Stadt und Quartier kommt es vorliegend ebenso wenig an wie auf die Interessen anderer Stockwerkeigentümer oder Mieter von Stockwerkeinheiten. Dies gilt freilich unter dem Vorbehalt, dass diese Interessen insofern und so weit eine Rolle spielen, als sie als Reflex der Interessen des Berufungsklägers wahrgenommen und beachtet werden können.

3.5 Nun trifft durchaus zu, dass die Vormundschaftsbehörde letztlich auf den Preis abgestellt und die Verträge mit der meist bietenden Interessentin abgeschlossen hat. Das war nicht falsch. Der Verkaufspreis ist ein wichtiges und

objektiv messbares Kriterium, und die Gewinnerzielung bzw. -maximierung dürfte für den Berufungskläger als Geschäftsmann zeit seines Lebens bestimmend gewesen sein. Bei der Veräusserung von Grundstücken stehen die finanziellen Interessen des Mündels bzw. Verbeiständeten im Vordergrund (vgl. BSK ZGB I-Guler, Art. 404 N 11). Hervorzuheben ist, dass die Beistandin und die beigezogene Rechtsanwältin mit grosser Sorgfalt und entsprechendem Aufwand die möglichen Optionen geprüft und evaluiert haben (vgl. den ausführlichen Evaluationsbericht vom 27. April 2011 als VB-act. 111 mit Beilagen act. 180/1-108). Mit Blick auf das Interesse des Berufungsklägers an der langfristigen Erhaltung und Revitalisierung des Zentrums als Einkaufs- und Begegnungsort erachteten sie es insbesondere zu Recht für sinnvoll und geboten, statt einer öffentlichen Versteigerung (Art. 404 Abs. 2 ZGB) ein Bieterverfahren zwischen mehreren geladenen Interessenten durchzuführen, deren Wille bzw. Eignung zur Fortführung des Einkaufszentrums näher zu prüfen und das Zentrum hernach im Sinne der gesetzlichen Ausnahme nach Art. 404 Abs. 3 ZGB freihändig zu verkaufen. Ebenso war es zur Wahrung der finanziellen Interessen des Berufungsklägers sinnvoll, bei gleichwertiger Eignung mehrerer Interessenten demjenigen der Vorzug zu geben, der das höhere Angebot machte (vgl. BR-act. 1 S. 4). Die Vormundschaftsbehörde hielt sich an dieses Vorgehen und leitete das Verfahren fair und transparent. Auf das umfangreiche Dossier (VB-act. 180/1-23) und den Antrag an die Vormundschaftsbehörde (VB-act. 183) kann verwiesen werden. Erwähnt zu werden verdient, dass der Kaufpreis höher ausfiel als nach den bisherigen Schätzungen erhofft werden konnte, indem die beiden best-qualifizierten Interessentinnen am 8. Juli 2011 zu einer Bieter-Runde eingeladen wurden und dabei – ausgehend vom gleich hohen Angebot beider von Fr. 36,5 Mio. – um jeweils Fr. 100'000.-- mehr boten, bis der Gesamtpreis von Fr. 38,4 Mio. erreicht war (VB-act. 144). Der Ablauf wurde protokollarisch festgehalten; das letzte und mithin höchste Angebot ging von der B. aus (VB-act. 129-131; BR-act. 1 S. 5), und diese bot zudem den Schätzwert von 4.2 Mio. für die Liegenschaft Buchzelgstrasse 8 (VB act. 184/4). Dem Bezirksrat ist darin beizupflichten, dass für den Berufungskläger nicht zuletzt mittels der

abschliessenden Bierrunde ein sehr guter Verkaufspreis erzielt wurde. Die finanziellen Interessen des Berufungsklägers sind damit bestmöglich gewahrt.

3.6 Der Einwand in der Berufung, dass für den Berufungskläger (und, so ist beizufügen: für seine Ehefrau) angesichts der aktuellen Lebenssituation und der in Frage stehenden Summen auf hunderttausend Franken mehr oder weniger nicht ankommt, ist allerdings durchaus gewichtig. Glaubhaft und beachtlich ist ebenso, dass der Berufungskläger sich mit dem Zentrum Witikon verbunden fühlt, dass er von anderen mit diesem Zentrum in Verbindung gebracht wird (vgl. Tafel "O.-Platz"), und dass es ihm daher ein Anliegen war (und vermutlich noch ist), dieses Zentrum in guten neuen Händen zu wissen. Das führt zu den im Berufungsverfahren den Interessentinnen gestellten Fragen nach dem Konzept für die (objektiv dringend nötige) Sanierung des Zentrums Witikon, nach der Finanzierung von Erwerb und Sanierung, der Einbindung der Minderheits-Eigentümer und insbesondere der Gewähr für einen auf mindestens mittlere Frist hinaus betrachteten Weiterbetrieb (vgl. act. 30, 34).

Es gilt – das haben Vormundschaftsbehörde und Bezirksrat zutreffend erkannt (BR-act. 1 S. 4; act. 8 S. 11 f.) – nicht nur den finanziellen Interessen des Berufungsklägers Rechnung zu tragen, sondern auch und vielleicht gar vordringlich dem Ziel des Weiterbestands, der Sanierung und Revitalisierung des Zentrums Witikon den Boden zu bereiten.

3.7 Die Stellungnahmen der B. und der Migros zeigen, dass mit Blick auf all diese Fragen beide Interessentinnen als Erwerber in Frage kommen.

So verfügen beide Interessentinnen entgegen der in der Berufung geäußerten Auffassung über ein genügend konkretes und inhaltlich sowie in zeitlicher Hinsicht durchaus realistisches Sanierungskonzept. Aus Sicht der B. habe die technische und energetische Sanierung mit einer architektonischen und konzeptionellen Überarbeitung des Zentrums einherzugehen. Ihren Ausführungen ist zu entnehmen, dass sie hierfür eine Machbarkeitsstudie in Auftrag gegeben und sich gestützt darauf bereits an die Baubehörden gewendet hat (act. 57; act. 58/1-5). Demgegenüber orientiert sich das Sanierungskonzept der Migros am

ausgewiesenen Instandsetzungsbedarf (act. 62/1-2) sowie an einer von ihr in Auftrag gegebenen Studie über Fragen der Durchgängigkeit (insbesondere Verkehr) und der Kundenführung im Aussenbereich sowie der Erhaltung des bestehenden Gastroangebots – Restaurant Elefant (vgl. act. 62/3).

Ebenso ist die Finanzierung von Erwerb und Sanierung durch beide Interessentinnen sichergestellt. B. legt für den Kauf ein neues unwiderrufliches Zahlungsversprechen der UBS AG vom 5. Juli 2012 vor (act. 58/7), darin wird ebenfalls bestätigt (wenn auch nicht garantiert), dass die Sanierung des Zentrums im finanziellen Rahmen der B. liege. Die Migros wird das Zentrum laut ihrem Geschäftsbericht ohne Fremdfinanzierung erwerben und instandsetzen (act. 62/5 S. 53).

Was die Frage der Einbindung der Miteigentümer angeht, sieht die B. aufgrund ihrer Gespräche mit der UBS und der Post einen breiten Konsens, das Zentrum gemeinsam zu modernisieren. Sie habe mit der Migros vereinbart, eng mit ihr zusammen zu arbeiten, um das Zentrum entsprechend ihrem Sanierungskonzept in einen zeitgemässen Zustand zu versetzen. Eine zwingende Notwendigkeit, auch die Stockwerkeinheiten der UBS und der Post zu übernehmen, sieht die B. nicht (act. 57 zu Frage 4). Die Migros erklärt, sie stehe mit den Miteigentümerinnen Post und UBS in einem partnerschaftlichen Verhältnis und die beiden letztgenannten sähen als professionelle Immobilieneigentümerinnen die Chance für eine prosperierende Zukunft in der Verantwortung der Migros. Die Migros verfügt über die Zustimmung der Post, der UBS sowie von ihre Anteile an sie zu verkaufen (act. 61 zu Frage 4; act. 62/6). Sicher würde eine Vereinigung aller Stockwerkanteile in einer Hand Zielkonflikte hinsichtlich der anstehenden Sanierung und Modernisierung des Zentrums Witikon ausschliessen. Dem Bezirksrat ist gleichwohl darin beizupflichten, dass ein reibungsloser Ablauf der dringend anstehenden Sanierung im Interesse aller Miteigentümer liegt, weshalb die geäusserten Befürchtungen betreffend langwieriger und konflikträchtiger Sanierungsverhandlungen einer ernsthaften Grundlage entbehren. Die Haltungen beider Interessentinnen gegenüber den Miteigentümern sind ebenso lösungsorientiert wie respektvoll, und es besteht

daher kein Anlass, einer der beiden Interessentinnen unter diesem Aspekt den Vorzug zu geben.

Den in der Öffentlichkeit geäusserten Bedenken, die sich auch der Berufungskläger zu eigen gemacht hat, dass ein Erwerber des ganzen Komplexes die Nutzung als Gewerbe- und Quartierzentrum aufgeben und eine (Luxus-)Wohnüberbauung realisieren könnte, hat die Beiständin mit einer Dienstbarkeit zu Gunsten anderer, heute nicht im Streit liegenden Grundstücke des Berufungsklägers Rechnung getragen, welche die bisherige Nutzung für weitere 20 Jahre festschreibt (VB-act. 184/3). Die Berufung stellt die berechnete Frage, ob diese Dienstbarkeit auch noch griffe, wenn einmal alle beteiligten Grundstücke in der selben (neuen) Hand vereint wären (act. 2 N 5.2; act. 95 S. 14). Die beiden Interessentinnen wurden daher darum ersucht, alternative Vorschläge zu machen. Die B. führt in diesem Zusammenhang aus, dass sie ausschliesslich den eigenen Immobilienbestand verwalte, den sie langfristig halte und stetig erweitere und in dessen Erhaltung grosse Beträge investiere. Insofern könne sie ohne Weiteres Garantien zum langfristigen Weiterbetrieb in einer beliebigen Form und Ausgestaltung abgeben. Da sie sich nicht im Bereich "Mehrfamilienhäuser" engagiere, habe sie zudem keine Intention, die Liegenschaften Buchzelgstrasse 9 und 15 zu erwerben. Sie sei gerne bereit, eine mit einer Vertragsstrafe in beliebiger Höhe versehene Verzichtserklärung hinsichtlich des Erwerbs der beiden vorgenannten Liegenschaften abzugeben. Schliesslich gibt sie zu bedenken, dass gerade dann, wenn nicht sämtliche Einheiten in einer Hand vereinigt seien, der Weiterbetrieb des Zentrums gewährleistet sei, da das geltende Stockwerkeigentümer-Reglement eine Nutzungsänderung ohne Zustimmung aller Stockwerkeigentümer verunmögliche (act. 57 zu Frage 5). Aufgrund dieser Ausführungen ist ohne Weiteres glaubhaft, dass die B. ernsthafte Absichten hat, das Zentrum Witikon langfristig zu erhalten. Eine rechtliche Gewähr dafür besteht hingegen nicht. Eine mit einer Konventionalstrafe belegte Verzichtserklärung der B. auf den Kauf der durch die Eigentümerdienstbarkeit begünstigten Liegenschaften kann die Nutzungsbeschränkung nicht sichern, käme als Adressat der Verzichtserklärung doch wiederum nur die Eigentümerschaft der betreffenden Liegenschaften in

Betracht. Damit reicht die vorgeschlagene Konventionalstrafe nicht weiter als die mit der Eigentümerdienstbarkeit begründete Verpflichtung selber. Demgegenüber ist der Vorschlag der Migros, sich für einen Weiterbetrieb des Zentrums Witikon mittels einer auf 30 Jahre befristeten Personaldienstbarkeit zugunsten der Stadt Zürich zu verpflichten (act. 61 S. 4 zu Frage 5), ein ebenso geeignetes wie zielführendes und verhältnismässiges Mittel (auch wenn Migros nach dem im Handelsregister publizierten Zweck wohl gar keine Luxusüberbauung realisieren könnte). Mit Blick auf die objektivierte, mit rechtlichen Mitteln abgesicherte Gewähr für den Weiterbestand des Zentrums, enthält der Vorschlag der Migros daher die überzeugendere Lösung.

Das ändert indessen nichts am Zwischenergebnis: Objektiv sind beide Interessentinnen gleichermassen geeignete Erwerberinnen des Zentrums Witikon.

3.8 In der Gewichtung gewinnt daher ein anderer Gesichtspunkt an Bedeutung – der persönliche Wunsch des Berufungsklägers.

Welche von den beiden Interessentinnen er als Käuferin seiner Liegenschaften wählen würde, ist Ausdruck eines persönlichen Wunsches, und darf im Grunde eine ganz willkürliche Entscheidung sein, etwa in dem Sinn, wer ihm sympathischer ist. (...)

Die Urteilsfähigkeit ist relativ. Sie muss bezogen auf einen konkreten Rechtsakt und im Zeitpunkt der Vornahme gegeben sein. Jede Willensbildung ist sodann zwangsläufig von Emotionen und letztlich auch von der Beeinflussung durch Dritte geprägt. Obgleich die Urteilsfähigkeit bezüglich eines bestimmten Rechtsgeschäfts aus Gründen der Rechtssicherheit nur entweder ganz bejaht oder verneint werden kann (vgl. BSK ZGB I-Bigler-Eggenberger, 4. A., Zürich 2010, Art. 16 N 40; BGE 111 V 58 E. 3a, S. 61), sind (etwa für den psychiatrischen Sachverständigen) durchaus Abstufungen der Urteilsfähigkeit denkbar (vgl. act. 3/9 S. 9). Eine übermässige, das normale Mass übersteigende Beeinflussbarkeit kann wohl Zeichen einer Willensschwäche sein, nämlich dann, wenn kritiklos ein fremder Wille zu eigen gemacht wird, oder dann, wenn die Unfähigkeit besteht, trotz andern Wollens, dem Einfluss einer Drittperson zu

widerstehen. In diesen Fällen ist der geäusserte Wille nicht der eigene, und fremder Wille kann einer dergestalt willensschwachen Person nicht zugerechnet werden. Jedenfalls ist das so, wenn die Beeinflussbarkeit das normale Mass übersteigt und das Verhalten im Hinblick auf die Persönlichkeit der Handelnden nicht mehr adäquat erscheint (Bigler-Eggenberger, op. cit., Art. 16 N 12; vgl. auch BGE 124 III 5 E. 4c, S. 17). Als Ausdruck der Anerkennung der Persönlichkeit ist ein – wiewohl mangelhaft gebildeter Wille – so weit als vertretbar zu berücksichtigen. Ähnlich wie bei der weitest gehend möglichen Anerkennung der Testierfähigkeit ist es bei der Ermächtigung des Beistands für über die Vermögenserhaltung hinausgehende Verfügungen: Obschon der Verbeiständete zur Erteilung der Ermächtigung, mithin Abgabe einer gültigen Willenserklärung, nicht fähig ist, hat die Vormundschaftsbehörde auch hier nicht ohne Not gegen seinen erkennbaren Willen zu entscheiden (vgl. Art. 419 Abs. 2 ZGB und dazu BSK ZGB I-Biderbost, 4. A., Zürich 2011, Art. 419 N 25).

... [Erwägungen zur Willensbildung des Eigentümers] Nicht zu übersehen ist ..., dass der gegenüber dem Referenten wiederholt geäusserte und bestätigte Wunsch, die Migros solle das Zentrum Witikon erwerben, den habituellen Einstellungen und Überzeugungen des Berufungsklägers – seiner Persönlichkeit – weit eher entspricht, als der Entscheid, an die B. zu verkaufen. Anders als die B. war die Migros seit der Eröffnung im Jahre 1970 Mieterin des Zentrums Witikon, und sie hat den Charakter des Einkaufszentrums als Quartierzentrum – in einem Wohngebiet ohne andere Geschäfte in unmittelbarer Nähe (vgl. VB-act. 111 S. 4) – entscheidend mitgeprägt. Nicht nur pflegt der Berufungskläger mit der Migros als sog. Ankermieterin seit vierzig Jahren eine einwandfreie Geschäftsbeziehung (BR-act. 3/8=VB-act. 231/8 S. 5), die Migros teilte als Erste auch seine Sorge um die Sanierung des Zentrums Witikons (vgl. VB-act. 111 S. 15). Als Ausdruck der Persönlichkeit des Berufungsklägers gibt sein zuletzt geäusselter Wunsch hinsichtlich der Person der Käuferin den Ausschlag.

3.9 In diesem Sinne ist die Berufung gutzuheissen. Die nun vorliegenden, am 16. August 2012 mit der Migros als Käuferin öffentlich beurkundeten Verträge entsprechen nach Objekten, Preis und wesentlichen

Bedingungen den mit der B. abgeschlossenen und sehr sorgfältig ausgearbeiteten Verträgen. Die Eigentümerdienstbarkeit zur Sicherung des Weiterbestandes des Zentrums wird ersetzt werden durch eine dem gleichen Zweck dienende, auf 30 Jahre befristete Personaldienstbarkeit zugunsten der Stadt Zürich. Die öffentlich beurkundete Offerte der Migros dafür liegt vor; sie fällt entschädigungslos dahin, wenn die Migros nicht Eigentümerin der belasteten Stockwerkeigentumseinheiten wird (act. 92). Die Stadt Zürich ist wohl bereit, diese Offerte zu ihren Gunsten anzunehmen. Der Umstand, dass das öffentlich beurkundete Akzept der Stadt Zürich noch aussteht, ein Dienstbarkeitsvertrag mithin noch nicht (formgültig) abgeschlossen wurde (vgl. zur nötigen Form Art. 781 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 732 Abs. 1 ZGB) hindert die Genehmigung der Kaufverträge nicht; der Berufungskläger ist nicht Partei des Personaldienstbarkeitsvertrages und einer Genehmigung des Obergerichts bedarf es in dieser Hinsicht nicht. Was den Preis und die übrigen Bedingungen des Verkaufs angeht, steht einer Genehmigung der mit der Migros abgeschlossenen Verträge ebenfalls nichts entgegen.

Das führt im Ergebnis zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Verweigerung der vormundschaftsrechtlichen Genehmigung für die am 28. September 2011 öffentlich beurkundeten Verträge über den Verkauf des Zentrums Witikon und des angrenzenden Grundstücks an die B. sowie zur Erteilung der Genehmigung für die am 16. August 2012 öffentlich beurkundeten Verträge über den Verkauf der nämlichen Objekte an die Migros. In diesem Entscheid enthalten ist die Genehmigung des Freihandverkaufes (Art. 404 ZGB).

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 21. August 2012
Geschäfts-Nr.: NQ120017-O/U2