

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB230025-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiber Dr. J. Trachsel

Beschluss vom 26. Juni 2024

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. Y._____,

betreffend **Gemeinschaftliches Eigentum**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen im ordentlichen Verfahren vom 5. Juli 2023 (CG200033-G)

Rechtsbegehren:

des Klägers:

Ursprüngliche Klage (Urk. 2 S. 2):

"Es sei die im hälftigen Miteigentum stehende Liegenschaft an der C.____-strasse ..., D.____ zu teilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Verbesserte Klage (Urk. 7 S. 2):

- "1. Es sei die im hälftigen Miteigentum stehende Liegenschaft an der C.____-strasse ..., D.____ gemäss Art. 651 Abs. 2 ZGB öffentlich, eventualiter unter den Parteien, zu versteigern.
2. Dabei sollen die Versteigerungsbedingungen durch das Gericht festgelegt werden in Anlehnung an die Verordnung des Obergerichts über das Verfahren bei freiwilligen öffentlichen Versteigerungen (235.15 vom 19.12.1979), sowie unter Beachtung der sinngemäss anwendbaren allgemeinen Bestimmungen betreffend die Versteigerung (Art. 229 bis Art. 336 OR), um einen unmittelbaren Vollzug zu gewährleisten.
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten (Urk. 36 S. 2):

- "1. Auf die Klage sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei das Verfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des am Bezirksgericht Meilen hängigen Ehescheidungsverfahrens (FE210087) zu sistieren.
3. Das Verfahren sei zunächst auf die prozessualen Anträge zu beschränken, und über diese sei mit selbstständig anfechtbarem Entscheid zu urteilen.
4. (...)
5. Unter separater Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers zzgl. Mwst. von 7.7 %, eventualiter unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers zzgl. Mwst. von 7.7 % mit der Hauptsache."

Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Juli 2023:

(Urk. 108 S. 18 f. = Urk. 115 S. 18 f.)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidunggebühr wird auf CHF 74'750.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von CHF 1'050.– werden der klagenden Partei auferlegt. Die Entscheidunggebühr wird mit dem von der klagenden Partei geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 74'750.– verrechnet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von CHF 77'435.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Die von der klagenden Partei für die Parteientschädigung der beklagten Partei bei der Gerichtskasse hinterlegte Sicherheit von CHF 149'800.– wird der beklagten Partei nach Rechtskraft dieses Entscheides zahlungshalber an ihre Parteientschädigung ausbezahlt.
6. [Schriftliche Mitteilung]
7. [Rechtsmittel: Berufung; Frist: 30 Tage]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 114 S. 2 f.):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 05.07.2023 (CG200033) sei aufzuheben, auf die Klage sei – unter Kostenfolgen zulasten der Beklagten bzw. Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Verfahren – einzutreten, es sei zugunsten des Klägers bzw. Berufungsklägers eine angemessene Entschädigung für das erstinstanzliche Verfahren festzusetzen, alles inkl. 7.7 % MWST, und die Sache sei zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zur Neuurteilung der Eintretensfrage an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Subeventualiter sei in Abänderung der Kostenregelung gemäss Dispositivziffer 2, 3, 4 und 5 die Gerichtsgebühr auf CHF 37'375.– festzulegen, hälftig geteilt zu Lasten des Klägers und der Beklagten, und es sei keine Parteientschädigung zuzusprechen.
4. Subsubeventualiter sei in Abänderung der Kostenregelung gemäss Dispositiv-Ziffer 2, 3, 4 und 5 die Gerichtsgebühr auf CHF 37'375.– festzulegen, hälftig geteilt zu Lasten des Klägers und der Beklagten, und es sei in Reduktion der Parteientschädigung der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zuzusprechen. Es sei zudem dem Kläger eine Parteientscheidung [recte: Parteientschädigung] von CHF 10'000.– zuzusprechen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. 7.7% MWST zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 121 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Juli 2023 sei zu bestätigen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers, zzgl. MwSt. von 7.7% bzw. 8.1%."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Am 7. Dezember 2020 (Datum Poststempel: 4. Dezember 2020) gingen bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D. _____ vom 26. November 2020 sowie die vom 4. Dezember 2020 datierende Klageschrift des Klägers und Berufungsklägers (nachfolgend: Kläger) ein (Urk. 1, 1A und 2). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 108 S. 3 f. = Urk. 115 S. 3 f.). Das das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Urteil der Vorinstanz datiert vom 5. Juli 2023 (Urk. 115).
2. Mit Eingabe vom 4. September 2023 (eingegangen am 5. September 2023) erhob der Kläger fristgerecht Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 109/2 und Urk. 114). Der mit Verfügung

vom 12. September 2023 einverlangte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 35'000.– ging innert der dafür angesetzten Frist ein (Urk. 117 und Urk. 118). Mit Verfügung vom 20. Oktober 2023 wurde der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 120). Die fristgerecht eingereichte Berufungsantwort der Beklagten datiert vom 27. November 2023 (Urk. 121). Mit Eingabe vom 11. Dezember 2023 reichte der Kläger eine Kopie der Geburtsurkunde seiner am tt.mm.2023 geborenen Tochter E._____, datierend vom 7. Dezember 2023, sowie einen Fotoausdruck (Urk. 123-125/1-2), mit Eingabe vom 22. Januar 2024 Kopien einer Stellungnahme im Berufungsverfahren PC230037 vom 22. Januar 2024 sowie einer Beschwerdeschrift an das Obergericht des Kantons Zürich im Zusammenhang mit dem am Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen anhängigen Scheidungsverfahren der Parteien vom 22. Januar 2024 (Urk. 127-129/1-2) und mit Eingabe vom 23. Januar 2024 (recte wohl: 23. oder 26. Februar 2024), eingegangen am 26. Februar 2024, eine Stellungnahme zur Berufungsantwortschrift ein (Urk. 132). Diese Akten wurden der Beklagten mit Verfügung vom 16. Mai 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 133). Die Beklagte nahm dazu mit Eingabe vom 27. Mai 2024 Stellung (Urk. 134). Da der Kläger durch diese Stellungnahme nicht beschwert ist, ist sie ihm mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen.

3. Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung des Klägers richtet sich gegen das gesamte vorinstanzliche Urteil (Urk. 114 S. 2 f.). Demnach ist dieses in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen.

2.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, ein-

schliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Dies setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich mit diesen argumentativ auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Der pauschale Verweis auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). Das vorinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt, sondern der Entscheid des Erstgerichts aufgrund von erhobenen Beanstandungen überprüft. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz – zumindest, solange ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist – nicht zu überprüfen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Dessen ungeachtet ist die Berufungsinstanz bei der Rechtsanwendung weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (sog. Motivsubstitution; BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.w.H.; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 1507). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere Begründungen, die je für sich den Ausgang des Rechtsstreits besiegeln, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit sämtlichen den Entscheid selbstständig tragenden Begründungen auseinandersetzen und alle Begründungen argumentativ entkräften. Dasselbe gilt

im Falle von Haupt- und Eventualbegründung (BGer 4A_133/2017 vom 20. Juni 2017, E. 2.2 m.w.H.; CPC-Jeandin, Art. 321 N 4 i.V.m. Art. 311 N 3d).

2.2. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Gericht grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, trägt sie zudem die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, die neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismittel aber dennoch nicht bereits früher vorbringen konnte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen auch BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.H.). Eine Ausnahme von den dargelegten Grundsätzen besteht insoweit, als erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass dazu gibt, Noven vorzubringen (BGE 139 III 466 E. 3.4). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

2.3. Soweit der Kläger in seiner Berufungsschrift Ausführungen zum Sachverhalt macht, ohne dabei Bezug zu nehmen auf den vorinstanzlichen Entscheid resp. ohne Angaben dazu zu machen, dass bzw. wo vor Vorinstanz entsprechende Behauptungen aufgestellt wurden, und ohne die Zulässigkeit von Noven darzutun (vgl. insb. Urk. 114 S. 5-9 "Chronologie der Verfahren"), sind diese nach dem Dargelegten unbeachtlich. Auch soweit die vom Kläger eingereichte Stellungnahme zur Berufungsantwortschrift vom 23. Januar 2024 (recte wohl: 23. oder 26. Februar 2024; Urk. 132) neue Vorbringen zum Sachverhalt enthält, ohne dass die Zulässigkeit von Noven dargetan wird, ist darauf nicht einzugehen. Das Replikrecht gewährt ferner lediglich das Recht auf Wahrung des rechtlichen Gehörs im Hinblick auf eine Stellungnahme der Gegenseite (BGE 138 I 484 E. 2). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufs- und Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.).

2.4. Das Dargelegte gilt ebenfalls für die Ausführungen der Beklagten. Soweit sie beispielsweise in der Berufungsantwortschrift den Sachverhalt beschlagende Gründe vorbringt, aus denen die Miteigentumsauflösungsklage des Klägers rechtsmissbräuchlich sei, ohne Angaben dazu zu machen, dass bzw. wo vor Vorinstanz entsprechende Behauptungen aufgestellt wurden und ohne die Zulässigkeit von Noven darzutun (vgl. Urk. 121 S. 23), sind diese ebenfalls nicht zu hören.

3.1. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-113).

3.2. Die Beklagte verlangt den Beizug der Akten der Verfahren EE200041, FE210087 und FE220149 (Urk. 121 S. 8). Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, sind diese für die Entscheidungsfindung entbehrlich, weshalb auf deren Beizug zu verzichten ist.

3.3. Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

III. Materielles

1.1. Die miteinander verheirateten, inzwischen getrennt lebenden Parteien stehen sich vor dem Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen in einem von der Beklagten am 3. November 2022 eingeleiteten Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB gegenüber (Geschäfts-Nr. FE220149-O; Urk. 115 S. 12). Diesem war ein erstes Scheidungsverfahren nach Art. 115 ZGB vorausgegangen, das am 21. Mai 2021 von der Beklagten eingeleitet worden, mit Eingabe vom 31. Oktober 2022 aber zurückgezogen worden war (Geschäfts-Nr. FE210087-O; Urk. 115 S. 12). Zuvor hatten die Parteien ab dem 9. Juli 2020 ein Eheschutzverfahren durchlaufen; der Endentscheid in jenem Verfahren datiert vom 10. Februar 2021 (Geschäfts-Nr. EE200041-O; Urk. 115 S. 11).

1.2. Die Parteien sind Miteigentümer je zur Hälfte der Liegenschaft an der C.____-strasse ..., in D.____, die sie während ihrer Ehe auch gemeinsam als eheliche Wohnung bewohnten. Im Eheschutzverfahren war diese Liegenschaft der Beklagten zur alleinigen Benutzung mit dem gemeinsamen Sohn F.____ zugesprochen worden (Urk. 115 S. 3 und S. 11). Den vom Kläger dagegen erhobenen Rechtsmitteln war kein Erfolg beschieden (Urk. 115 S. 11). Auch ein in der Folge eingereichtes Abänderungsbegehren des Klägers betreffend Zuteilung der ehelichen Liegenschaft ging zu seinen Ungunsten aus (Urk. 115 S. 11). Ein weiteres vom Kläger initiiertes Abänderungsverfahren ist derzeit zweitinstanzlich bei der Kammer pendent (Geschäfts-Nr. LY230043; Urk. 114 S. 8; Urk. 121 S. 9). Mit (Vollstreckungs-)Urteil vom 8. November 2022 wurde der Kläger unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall verpflichtet, die eheliche Liegenschaft bis spätestens 30. November 2022 zu verlassen (Urk. 115 S. 12), was später auch geschehen ist. Mit seiner am 4. Dezember 2020 und somit während des Eheschutzverfahrens eingereichten Klage beantragte der Kläger bei der Vorinstanz die Auflösung des Miteigentums an der ehelichen Liegenschaft gestützt auf Art. 650 ff. ZGB (Urk. 115 S. 3 und S. 6 ff.).

2. Die Vorinstanz trat mit Urteil vom 5. Juli 2023 auf die Miteigentumsauflösungsklage nicht ein (Urk. 115 S. 18). Sie verneinte ein Rechtsschutzinteresse des Klägers und damit das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung primär, weil sie

davon ausging, dass der Kläger die Klage zur Unzeit im Sinne von Art. 650 Abs. 3 ZGB erhoben habe, da der Zeitpunkt für die Beklagte besonders ungünstig sei. Der Beklagten sei die eheliche Liegenschaft im Eheschutzverfahren zur alleinigen Benutzung mit ihrem Sohn F. _____ zugesprochen worden. Im Falle der Aufhebung des Miteigentums vor der Scheidung drohe ihr der Verlust der ehelichen Wohnung, obwohl sie diese im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung möglicherweise übernehmen könnte. Das Fehlen eines Rechtsschutzinteresses des Klägers begründete sie weiter damit, dass dieser die vorliegende Klage während des Eheschutzverfahrens erhoben habe, während er sich gleichzeitig einem Scheidungsverfahren vor Ablauf der zweijährigen Trennungsfrist widersetzt habe, ohne hierfür wichtige Gründe zu nennen, resp. dass der Kläger sich weigere, sich auf ein Scheidungsverfahren und die damit verbundene gesamtheitliche güterrechtliche Auseinandersetzung einzulassen, während er gleichzeitig die Auflösung des Miteigentums an der ehelichen Liegenschaft im vorliegenden Prozess vorantreiben wolle (Urk. 115 S. 15 ff.). Der Aufhebungsanspruch könne ohne Weiteres im Scheidungsverfahren geltend gemacht werden, ohne dass dem Kläger daraus ein Nachteil entstehe; er hätte es von Beginn an in der Hand gehabt, durch die Einwilligung zur Scheidung die Behandlung des Auflösungsanspruchs im Rahmen des Scheidungsverfahrens voranzutreiben. Sein Handeln erscheine rechtsmissbräuchlich, weshalb auch aus diesem Grund ein Rechtsschutzinteresse seinerseits an der vorliegenden Klage zu verneinen sei (Urk. 115 S. 16). Schliesslich argumentierte die Vorinstanz, dass die Idee hinter dem Erfordernis des schutzwürdigen Interesses sei, dass die Parteien den Staat nicht mit unnötigen Prozessen belasteten. Während das Scheidungsgericht als Einzelgericht sich ohnehin mit sämtlichen Vorbringen betreffend die eheliche Gemeinschaft der Parteien auseinandersetzen müsse, müsste sich im vorliegenden Verfahren auch das Bezirksgericht als Kollegialgericht eingehend damit befassen, wem die Liegenschaft besser diene, da Art. 251 ZGB auch im vorliegenden Verfahren anzuwenden wäre. Wenn die Vorgehensweise des Klägers zulässig sei, bestehe die Gefahr, dass in jedem Scheidungsverfahren betreffend Parteien, die eine Liegenschaft im Miteigentum besässen, ein separates Verfahren betreffend Auflösung des Miteigentums einge-

leitet werde, was zu einer erheblichen Anzahl zusätzlicher Prozesse führen würde (Urk. 115 S. 15).

3.1. Der Kläger macht im Wesentlichen Folgendes geltend:

3.1.1. Die Vorinstanz verkenne, dass vorliegend zwei Rechtsfragen voneinander klar zu unterscheiden seien: Einerseits die Rechtsfrage, ob er ein schutzwürdiges Interesse an der Klageerhebung habe, andererseits die Rechtsfrage, ob eine Unzeit im Sinne von Art. 650 Abs. 3 ZPO (recte: ZGB) vorliege. Die Frage des Rechtsschutzinteresses beschlage eine Prozessvoraussetzung, die gemäss Art. 60 ZPO von Amtes wegen zu prüfen sei. Demgegenüber betreffe die Frage der Unzeit gemäss Art. 650 Abs. 3 ZGB die materielle Begründetheit der Klage; es handle sich um eine materielle Einrede der beklagten Partei. Die Frage der Unzeit sei keine Prozessvoraussetzung, die im Rahmen von Art. 59 ZPO zu prüfen sei. Indem die Vorinstanz bereits im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen die materiellen Umstände unter dem Blickwinkel von Art. 650 Abs. 3 ZPO (recte: ZGB) prüfe und die Klage als zur Unzeit erhoben erachte, wende sie Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO falsch an und begehe damit eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 310 lit. a ZPO (Urk. 114 S. 14 f.).

3.1.2. Unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes müsse die beklagte Partei sämtliche rechtshemmenden bzw. rechtsaufhebenden Einreden erheben, ansonsten diese vom Gericht nicht berücksichtigt würden. Die Erhebung der Einrede der Unzeit gemäss Art. 650 Abs. 3 ZGB stelle ein prozessuales Verteidigungsmittel der beklagten Partei dar. Dass die Vorinstanz die Frage der Unzeit in E. 5.5. ff. des angefochtenen Urteils unter dem Blickwinkel seines (des Klägers) Rechtsschutzinteresses geprüft habe, sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Einerseits beschlage die Einrede der Unzeit den materiellen Teil der Klage und habe somit nichts mit dem schutzwürdigen Interesse gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO zu tun. Andererseits habe die Vorinstanz die Unzeit geprüft, obwohl die Beklagte zu keiner Zeit in ihren Rechtsschriften die Einrede der Unzeit erhoben habe. Dies stelle eine krasse Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes gemäss Art. 55 ZPO dar. Die Vorinstanz habe gesetzeswidrig von Amtes wegen eine Einrede geprüft, die von der Beklagten nie erhoben worden sei und die sich zudem aufgrund der Be-

schränkung des Prozessthemas auch gar nicht gestellt habe. Ob die vorliegende Klage auf Auflösung des Miteigentums begründet sei, müsse durch Entscheid in der Sache, d.h. mit Guttheissungs- oder Abweisungsentscheid, entschieden werden (Urk. 114 S. 15 ff.).

3.1.3. Die Vorinstanz verletze ferner den Verhandlungsgrundsatz gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO, wenn sie die Frage der Aufhebung des Miteigentums für strittig halte. Die Parteien seien sich über die Aufhebung des Miteigentums per se immer einig gewesen, weshalb das Rechtsschutzinteresse an der Klage schon allein deshalb nicht abgesprochen werden könne und es willkürlich erscheine, wenn die Vorinstanz sich aktenwidrig darüber hinwegsetze (Urk. 114 S. 17).

3.1.4. Zudem stehe die Eheschutzmassnahme der Miteigentumsauflösung nicht entgegen. Es könne nicht angehen, dass eine Massnahme über die Benützung die Auflösung des Eigentums verhindere. Darüber hinaus berücksichtige die Vorinstanz nicht, dass Eheschutzmassnahmen abänderbar seien. Ferner werde dem Schutzbedürfnis des Ehepartners durch die Rechtsprechung ausreichend Rechnung getragen, indem diese die Teilungsoption gemäss Art. 205 i.V.m. Art. 251 ZGB den bereits in Art. 651 ZGB enthaltenen Teilungsoptionen hinzufüge. Ein darüber hinausgehendes Schutzbedürfnis z.B. betreffend im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung allenfalls zu verrechnende Ansprüche bestehe nicht (Urk. 114 S. 118).

3.1.5. Das angefochtene Urteil verletzte sodann Art. 236 Abs. 1 ZPO. Durch die Beschränkung des vorinstanzlichen Verfahrens auf Fragen der Prozessvoraussetzungen sei dieses hinsichtlich materiellen Fragen wie der Frage der Unzeit noch nicht spruchreif im Sinne von Art. 236 Abs. 1 ZPO gewesen; die Vorinstanz hätte darüber zunächst einen Schriftenwechsel anordnen müssen (Urk. 114 S. 18 f.).

3.1.6. Ferner sei sein rechtliches Gehör verletzt worden, weil er die materiellen Argumente der Gegenseite noch nicht habe zur Kenntnis resp. noch nicht dazu habe Stellung nehmen können. Auf Antrag der Beklagten habe die Vorinstanz ihm nämlich den materiellen Teil der Klageantwort vorenthalten und nicht zugestellt (Urk. 114 S. 19).

3.1.7. Darüber hinaus erscheine es widersprüchlich und geradezu willkürlich, wenn die Vorinstanz einerseits das Rechtsschutzinteresse "grundsätzlich" bejahe, andererseits aber durch Heranziehung materieller Voraussetzungen (Unzeit gemäss Art. 650 Abs. 3 ZGB) offenbar im Bestreben, höhere Anforderungen an das Rechtsschutzinteresse zu stellen als gesetzlich vorgesehen, die Klage so am Rechtsschutzinteresse scheitern lasse resp. die Prozessvoraussetzungen als nicht erfüllt betrachte (Urk. 114 S. 19 f.). Ihn auf das pendente Scheidungsverfahren zu verweisen, da sie der Ansicht sei, dass er keinen wichtigen Grund nennen könne, aus dem die Auflösung des Miteigentums im vorliegenden Verfahren erfolgen solle, und zudem nicht ersichtlich sei, dass das Abwarten der Miteigentumsauflösung im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung im pendenten Scheidungsverfahren unzumutbar für ihn sei, sei gesetzeswidrig. Die Vorinstanz übergehe, dass ein schutzwürdiges Interesse insbesondere vorliege, wenn ein persönliches Interesse der Partei gegeben sei. Das sei vor dem Hintergrund, dass beide Parteien mit der Aufhebung des Miteigentums grundsätzlich einverstanden seien, klar der Fall. Die Vorinstanz verkenne, dass es nicht nur bei Leistungsklagen, sondern auch bei Gestaltungsklagen grundsätzlich keiner besonderen Prüfung des Rechtsschutzinteresses bedürfe, da der Ausübung eines Gestaltungsrechts bereits das Interesse, ein Rechtsverhältnis zu begründen, ändern oder aufheben zu wollen, inhärent sei. Stünden einer rechtssuchenden Partei mehrere Wege zur Rechtsverwirklichung offen, sei ihr die Wahl des ihr angemessen oder schneller erscheinenden Rechtsschutzes zu überlassen, sofern sie nicht geradezu rechtsmissbräuchlich handle (mit Verweis auf ZK ZPO-Zürcher, Art. 59 N 12). Insbesondere habe das angerufene Gericht nicht unter dem Titel des Rechtsschutzinteresses eine Zweckmässigkeitsprüfung vorzunehmen (mit Verweis auf KUKO ZPO-Domej, Art. 59 N 24). Gerade dies tue jedoch die Vorinstanz, indem sie ihm vorhalte, er habe keinen wichtigen Grund für die Durchsetzung seines Anspruchs im vorliegenden Verfahren genannt und ein Abwarten der Aufhebung des Miteigentums im güterrechtlichen Verfahren des Scheidungsprozesses sei für ihn nicht unzumutbar. Im Zweifelsfall sollte das Vorliegen des schutzwürdigen Interesses bejaht werden (Urk. 114 S. 20 f. mit Verweis auf BSK ZPO-Gehri, Art. 59 N 7).

3.1.8. Schliesslich liege auch eine formelle Rechtsverweigerung vor, weil die Vorinstanz rechtswidrig sachfremde Kriterien – vorliegend die Voraussetzungen gemäss Art. 650 Abs. 3 ZPO (recte: ZGB) – mitberücksichtigt habe. Er habe gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV einen Anspruch auf Behandlung formgerecht eingereicherter Eingaben (Urk. 114 S. 21 f.).

3.2. Die Beklagte hält dem im Wesentlichen Folgendes entgegen:

3.2.1. Die zweijährige Trennungszeit sei spätestens am 9. Juli 2022 abgelaufen und sie habe einen Scheidungsanspruch. Im Scheidungsverfahren würden sämtliche güter- und vermögensrechtliche Ansprüche zwischen den Parteien entschieden, weshalb die Vorinstanz in E. 5.7.1 zu Recht festgehalten habe, dass die Auflösung des Miteigentums bei einem pendenten Scheidungsverfahren im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung und nicht in einem separaten Verfahren vor einem anderen Gericht stattzufinden habe (Urk. 121 S. 9).

3.2.2. Dass die Nutzungsregelung im Eheschutzverfahren aufgrund ihrer klaren Scheidungsabsicht nicht von langer Dauer sein werde, ändere nichts daran, dass eine Miteigentumsauflösung in einem separaten Verfahren vor einem anderen Gericht als dem Scheidungsgericht zur Unzeit erfolgen würde, da damit nicht nur Art. 205 und Art. 241 (recte: 251) ZGB ausgehebelt würden, sondern das Auseinanderfallen der Prozesse ihr auch verunmögliche, die Entschädigung für die Übernahme der Liegenschaft mit anderen güterrechtlichen Ansprüchen geltend zu machen. Entsprechend zutreffend und zu schützen seien auch die vorinstanzlichen Ausführungen in den E. 5.7.4. - 5.10. des angefochtenen Urteils (Urk. 121 S. 11). Die Vorinstanz habe die Klageeinreichung zur Unzeit bejaht, weil das Miteigentumsauflösungsgericht einzig über das Schicksal der ehelichen Liegenschaft entscheiden könne, nicht jedoch über die weiteren güterrechtlichen Forderungen zwischen den Parteien. Da die weiteren güterrechtlichen Aspekte unberücksichtigt blieben, sei gemäss der Vorinstanz denkbar, dass der Ehegatte mit dem überwiegenden Interesse, dem die Liegenschaft zuzuweisen wäre, sich deren Übernahme im Zeitpunkt der Miteigentumsauflösungsentscheidung nicht leisten könne, obwohl er im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung aufgrund der Berücksichtigung der übrigen Ansprüche die erforderlichen Mittel erhältlich machen

könnte. Mit diesem Argument setze der Kläger sich jedoch überhaupt nicht auseinander, und es sei auch nicht entkräftbar (Urk. 121 S. 12).

3.2.3. Die Vorinstanz habe sehr wohl zwischen dem Rechtsschutzinteresse und der Einreichung der Miteigentumsauflösungsklage zur Unzeit unterschieden, wobei die Klageeinleitung "zur Unzeit" auch wieder auf das Rechtsschutzinteresse durchschlage, und das Rechtsschutzinteresse verneint, weil "zur Unzeit" das Interesse des Klägers an der Auflösung des Miteigentums hinter das Interesse der Beklagten an der Aufrechterhaltung des Miteigentums zurücktrete. Ein schutzwürdiges Interesse sei vorhanden, wenn die Durchsetzung des materiellen Rechts gerichtlichen Rechtsschutz nötig mache. Um den Bestand des schutzwürdigen Interesses zu beurteilen, müsse das Gericht die dem Prozess zugrundeliegenden materiellen Verhältnisse zwangsläufig einer Prüfung unterziehen. Die Rüge des Klägers, wonach die Vorinstanz bereits im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen die materiellen Umstände unter dem Blickwinkel von Art. 650 Abs. 3 ZGB geprüft habe, sei damit unbegründet. Zudem wäre Art. 650 ZGB ohnehin nicht anwendbar, da die Auseinandersetzung über die Liegenschaft unstreitig nach Art. 251 ZGB stattfinden werde (Urk. 121 S. 13). Die Vorinstanz habe das Rechtsschutzinteresse aus zwei Gründen verneint: Einerseits wegen der Verunmöglichung der Übernahme der ehelichen Liegenschaft ohne gleichzeitige Klärung der übrigen güter- und vermögensrechtlichen Ansprüche, womit die Anwendung der *lex specialis* von Art. 205 Abs. 2 und Art. 251 ZGB verunmöglicht werde, und andererseits wegen des "venire contra factum proprium" des Klägers, der die Scheidung und Regelung der Scheidungsfolgen mit allen Mitteln bekämpfe und sich gleichzeitig darüber beschwere, das Miteigentum nicht auflösen zu können (Urk. 121 S. 14 und S. 16 f.).

3.2.4. Auch die Rüge der rechtswidrigen Berücksichtigung der Einrede der Unzeit resp. der Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes sei unbegründet erfolgt. Sie habe die "Unzeit" in diversen Stellen ihrer Rechtsschriften im vorinstanzlichen Verfahren gerügt (Urk. 121 S. 14 mit Verweis auf Urk. 36 Rz. 50, 51, 59 und 63 sowie Urk. 106 Rz. 7 ff. und Rz. 24-46).

3.2.5. Die Argumentation des Klägers, dass das Eheschutzverfahren der Miteigentumsauflösung nicht entgegen stehe, sei rechtlich falsch. Die Lehre bejahe die Unzeit der Miteigentumsauflösungsklage zwischen Ehegatten bereits, wenn die Ehe aufrecht sei und kein triftiger Grund für die Klageeinleitung vorgebracht werden könne (mit Verweis auf BK ZGB-Hausheer/Reusser/Geiser Art. 205 ZGB N 29). Erst recht gelte dies während der Dauer der Trennungszeit. Die Nutzungszuweisung der Liegenschaft durch das Eheschutzgericht wäre toter Buchstabe und die Beklagte würde durch die vorgeschriebene Trennungsdauer von zwei Jahren doppelt bestraft, wenn sie zwar die Miteigentumsauflösungsklage gegen sich gelten lassen müsste, gleichzeitig aber die güterrechtliche Auseinandersetzung wegen der Verweigerung des Klägers zur Scheidung nicht durchsetzen und ihr Nutzungsrecht damit gar nicht ausüben könnte. Den Erwägungen der Vorinstanz in E. 5.7.2 sei zu folgen (Urk. 121 S. 15).

3.2.6. Ferner bestreitet die Beklagte die klägerischen Einwände, dass das Verfahren vor Vorinstanz nicht spruchreif gewesen sei, das rechtliche Gehör des Klägers verletzt worden sei und dass die Vorinstanz sich widersprüchlich verhalten habe (Urk. 121 S. 15 f.). Die Behauptung des Klägers, dass die Parteien mit der Aufhebung des Miteigentums einverstanden seien, erfolge ohne Grundlage. Sie habe ihre Anträge im Scheidungsverfahren entsprechend den dort geltenden Grundsätzen gestellt. Die Aufhebung des Miteigentums habe sie dort nicht verlangt, sondern in entsprechender Anwendung von Art. 251 ZGB die ungeteilte Zuweisung des Alleineigentums gegen entsprechende Ausgleichszahlung (Urk. 121 S. 16). Die Rüge des Klägers betreffend formelle Rechtsverweigerung sei unverständlich und unbegründet; eine materielle Prüfung von Art. 251 ZGB habe nicht stattgefunden (Urk. 121 S. 17).

3.2.7. Sodann habe die Vorinstanz in E. 5.8 das Rechtsschutzinteresse auch mit Blick auf die Prozessökonomie und die Pflicht, die unnötige Belastung des Staates mit Prozessen zu vermeiden, verneint. Dieses Argument entkräfte der Kläger nicht (Urk. 121 S. 12).

4.1. Wie der Kläger zu Recht einwendet, vermischt die Vorinstanz die prozessuale Frage, ob für die Miteigentumsauflösungsklage ein genügendes Rechtsschutz-

zinteresse besteht oder ob dies und mithin das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung zu verneinen ist, mit der materiell-rechtlichen Frage, ob die Miteigentumsauflösungsklage zur Unzeit eingereicht wurde.

4.2.1. Nach Art. 59 Abs. 1 ZPO tritt das Gericht auf eine Klage ein, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. In diesem Zusammenhang ist in casu einzig umstritten, ob das in der (nicht abschliessenden) Aufzählung gemäss Art. 59 Abs. 2 ZPO unter lit. a aufgeführte Rechtsschutzinteresse auf Seiten des Klägers gegeben ist oder nicht. Wie die Beklagte zutreffend darlegt, ist ein Rechtsschutzinteresse zu bejahen, wenn die Durchsetzung des materiellen Rechts gerichtlichen Rechtsschutz nötig macht, und muss das Gericht, um den Bestand des schutzwürdigen Interesses zu beurteilen, die dem Prozess zugrundeliegenden materiellen Verhältnisse einer Prüfung unterziehen (Urk. 121 S. 13). Diese Prüfung ist aber summarischer Natur, denn ob eine Partei am geltend gemachten materiellen Rechtsverhältnis tatsächlich berechtigt ist, muss *im Rahmen der Urteilsfindung* entschieden werden. Im Stadium der Überprüfung des schutzwürdigen Interesses ist der Aufwand des Gerichts daher auf ein Minimum zu beschränken, auf langwierige (doppelte) Schriftenwechsel oder gar Beweisverfahren zu verzichten und im Zweifelsfall das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses zu bejahen (BSK ZPO-Gehri, Art. 59 N 7).

4.2.2. Der Kläger stützt seine Klage auf Art. 650 f. ZGB.

Art. 650 ZGB äussert sich zum Aufhebungsanspruch im Grundsatz und zu den Ausnahmen, unter denen das Prinzip der freien Beendigung des Miteigentums eine Einschränkung erfährt (CHK-Graham-Siegenthaler, Art. 650 ZGB N 5). Nach Art. 650 Abs. 1 ZGB hat grundsätzlich jeder Miteigentümer das Recht, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen. Ausnahmen von diesem Grundsatz sieht das Gesetz in den Absätzen 1-3 dieser Bestimmung vor, wenn (i) ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Aufhebung vereinbart wurde, was jedoch für höchstens 50 Jahre möglich ist (Abs. 1 und 2), (ii) Stockwerkeigentum vorliegt (Abs. 1), (iii) der Auflösungsanspruch infolge dauernder Zweckwidmung fehlt (Abs. 1), oder (iv) die Aufhebung zur Unzeit erfolgen soll (Abs. 3) (CHK-Graham-Siegenthaler,

Art. 650 ZGB N 7). In diesen vier Fällen ist der Aufhebungsanspruch zu verneinen.

Dass eine der in Art. 650 Abs. 1 und 2 ZGB statuierten Ausnahmen vorliegen würde, ist vorliegend weder behauptet noch ersichtlich. Zwischen den Parteien umstritten ist, ob eine Ausnahme im Sinne von Abs. 3 der Bestimmung zu bejahen ist.

4.2.3. Das Recht, die Auflösung des Miteigentums zu verlangen, besteht auch unter Ehegatten (BGer 5A_470/2015 vom 12. Mai 2016, E. 2.1 m.w.H.; BGer 5C.87/2003, E. 4.1; BGE 98 II 341 E. 4 [die Beklagte zitiert in Urk. 121 S. 18 oben aus dem im Bundesgerichtsentscheid wiedergegebenen kantonsgerichtlichen Entscheid anstatt aus den eigenen Erwägungen des Bundesgerichts], vgl. auch E. 5: "Daran vermag der Umstand, dass die Aufhebung des Miteigentums bereits früher als die güterrechtliche Auseinandersetzung hätte verlangt werden können, [...]"; BK ZGB-Graham-Siegenthaler, Art. 650 N 14 m.w.H.). Das ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut, gemäss welchem (ohne Einschränkung) *jedem* Miteigentümer das Recht zusteht, die Auflösung zu verlangen. Die von der Beklagten angeführte, in der Lehre teilweise postulierte Forderung, ein Ehegatte habe für die Miteigentumsaufhebungsklage gegen den anderen Ehegatten einen wichtigen Grund nachzuweisen (vgl. BK ZGB-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 205 N 29), findet im Gesetz und in der Rechtsprechung keine Stütze und erscheint auch nicht sachgerecht: Es ist nicht einzusehen, weshalb die Auflösung von Miteigentum unter Ehegatten von einem wichtigen Grund abhängig sein sollte, während bei anderen Miteigentümern ein solcher Grund nicht vorausgesetzt wird (im Ergebnis gleich: BK ZGB-Graham-Siegenthaler, Art. 650 N 14). Speziell bei Ehegatten als Miteigentümern ist einzig, dass als Auflösungsoption zusätzlich die Regelung gemäss Art. 205 Abs. 2 resp. Art. 251 ZGB – erstere beim Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, letztere beim Güterstand der Gütertrennung – zur Verfügung steht (BGE 138 III 150 E. 5.1.1; BK ZGB-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 205 N 29 f.; BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, Art. 651 N 15; vgl. dazu auch den die Parteien betreffenden Entscheid *OGer ZH PC220011 vom 10.10.2022, S. 12 f.*). Die Argumentation der Beklagten, eine Miteigentumsauflösung in einem separaten

Verfahren vor einem anderen Gericht als dem Scheidungsgericht würde zur Unzeit erfolgen, weil damit Art. 205 und 251 ZGB ausgehebelt würden (Urk. 121 S. 11), ist daher unrichtig. Fehl geht ferner die Bestreitung der Beklagten, dass die Parteien mit der Aufhebung des Miteigentums einverstanden seien; sie habe im Scheidungsverfahren nicht die Aufhebung des Miteigentums verlangt, sondern in entsprechender Anwendung von Art. 251 ZGB die ungeteilte Zuweisung des Alleineigentums gegen entsprechende Ausgleichszahlung (Urk. 121 S. 16; vgl. auch S. 21 f.): Das Vorgehen nach Art. 205 oder Art. 251 ZGB stellt für Ehegatten als Miteigentümer nebst denjenigen gemäss Art. 651 ZGB eine zusätzliche Möglichkeit zur Aufhebung des Miteigentums dar.

4.2.4. Rechtlich geht die Klage aus Art. 650 ZGB (isoliert betrachtet) auf Feststellung der Zulässigkeit der Aufhebung des Miteigentums (BK ZGB-Graham-Siegenthaler, Art. 650 N 77; BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann Art. 650 N 6; BK ZGB-Meier-Hayoz, Art. 650 N 1 f.; vgl. Appellationshof Bern, II. Zivilkammer, Urteil vom 19. Juni 1991, in ZBGR 77/1996 S. 363 E. 1); sie kann resp. wird in der Regel aber mit dem Begehren um Aufhebung des Miteigentums nach Art. 651 resp. Art. 205 oder 251 ZGB verknüpft sein (CHK-Graham-Siegenthaler, Art. 650 ZGB N 4 f.; BK ZGB-Meier-Hayoz, Art. 651 N 11). Die Frage, ob der Aufhebungsanspruch besteht oder nicht, ist somit *materiell-rechtlicher Natur*, und der Entscheid darüber erfolgt im Rahmen eines Sachurteils. Die Vorinstanz hat diese Frage demzufolge zu Unrecht unter dem Aspekt des Rechtsschutzinteresses resp. im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen geprüft (so auch der Appellationshof Bern, II. Zivilkammer, Urteil vom 19. Juni 1991, a.a.O., welcher die Frage der Unzeit nicht unter dem Aspekt des Rechtsschutzinteresses prüfte). Unrichtig ist daher die Argumentation der Beklagten, die Klageeinleitung zur Unzeit schlage auch wieder auf das Rechtsschutzinteresse durch, weil zur Unzeit das Interesse des Klägers an der Auflösung des Miteigentums hinter das Interesse der Beklagten an der Aufrechterhaltung des Miteigentums zurücktrete (vgl. Urk. 121 S. 13), und es handelt sich dabei entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht um eine doppelrelevante Tatsache (vgl. Urk. 121 S. 21). Macht die Gegenpartei Unzeit geltend, findet ein Abwägen der diesbezüglichen Interessen der beiden Parteien nicht bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses statt, sondern im Rahmen der

materiellen Prüfung der Klage. Mit der Begründung, die Miteigentumsaufhebungs-
klage des Klägers sei zur Unzeit im Sinne von Art. 650 Abs. 3 ZGB erfolgt, durfte
daher nicht das Rechtsschutzinteresse des Klägers verneint werden und ebenso
wenig gestützt darauf auf die Klage nicht eingetreten werden.

Sollte die Beklagte mit ihrem Vorbringen, Art. 650 ZGB wäre ohnehin nicht an-
wendbar, weil die Auseinandersetzung über die Liegenschaft nach Art. 251 ZGB
stattfinden werde (Urk. 121 S. 13), die Ansicht vertreten, Art. 650 ZGB sei gene-
rell nicht anwendbar, wenn Art. 251 ZGB zur Anwendung gelange, geht sie fehl.
Im Miteigentumsauflösungsverfahren ist Art. 650 ZGB anwendbar; Art. 251 ZGB
beschlägt einzig die Möglichkeiten der Auflösung des Miteigentums, indem er für
Ehegatten als Miteigentümer neben den Möglichkeiten gemäss Art. 651 ZGB eine
zusätzliche Teilungsart zur Verfügung stellt. Ins Leere gehen schliesslich die Aus-
führungen der Beklagten zur Frage, ob resp. unter welchen Voraussetzungen das
Scheidungsgericht ein mit einer Scheidungsklage erhobenes Begehren um Teil-
ung des Miteigentums unter den Ehegatten in ein besonderes Verfahren verwei-
sen darf (vgl. Urk. 121 S. 19 f. mit Verweis auf BGE 98 II 341). Hier geht es nicht
darum, sondern um eine Miteigentumsteilungsklage, die zeitlich früher eingereicht
wurde als die Scheidungsklage der Gegenpartei.

Zu ergänzen ist, dass das Bundesgericht jedenfalls in BGE 98 II 341 E. 4 die An-
sicht äusserte, bei der Frage, ob die Aufhebung des Miteigentums zur Unzeit er-
folge, könnten bloss Umstände berücksichtigt werden, die mit dem Teilungsobjekt
im Zusammenhang stünden (so auch BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, Art. 650
N 19). Die Befürchtungen der (dortigen) Klägerin, der (dortige) Beklagte könnte
bei einer sofortigen Teilung seinen Teil verschleudern und wäre dann im Zeitpunkt
der güterrechtlichen Auseinandersetzung ausserstande, ihre Ersatzansprüche zu
befriedigen, lasse die sofortige Aufhebung des Miteigentums nicht als unzeitig er-
scheinen. In Lehre und Rechtsprechung wird ergänzt, dass "blosse Inkonvenien-
zen", mit denen eine Aufhebung regelmässig verbunden sein könne, keine
Gründe darstellten, die eine Aufhebung als unzeitig erscheinen liessen (BSK ZGB
II-Brunner/Wichtermann, Art. 650 N 19 m.w.H.). Dazu wird mitunter auch der Um-
stand gezählt, dass ein Miteigentümer, gegen den sich die Miteigentumsaufhe-

bungsklage richtet, im fraglichen Zeitpunkt nicht über genügend finanzielle Mittel verfügt, um das zu teilende Objekt zu übernehmen (Kantonsgericht Wallis, KGE (Zivilgerichtshof I) vom 27. März 2000, S. 264, 268 E. 6.a), besprochen durch Schnyder, Baurecht 2001, S. 81 f.). In den gleichen Themenkreis gehört die Frage, ob die Zuweisung der Nutzung an die Gegenpartei durch das Eheschutzgericht eine Unzeit begründen kann (vgl. dazu die Beklagte: Urk. 121 S. 15). Ob die Aufhebung des Miteigentums im vorliegend zu beurteilenden Fall zur Unzeit erfolgen würde, muss im Berufungsverfahren aber offenbleiben (dazu nachfolgend unter E. III.5.1. f.), weshalb sich eine vertiefere Auseinandersetzung damit resp. mit den entsprechenden Vorbringen der Parteien dazu vorliegend erübrigt.

4.2.5. Auch die weitere Begründung der Vorinstanz, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei, hält einer Prüfung nicht stand. Den Kläger auf das hängige, auf einer Klage der Beklagten beruhende Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB verweisen zu wollen, scheidet bereits daran, dass die Eigentumsauflösungsklage unabhängig von einem allfälligen Scheidungsverfahren zulässig ist (vgl. dazu E. III.4.2.3. oben, insb. den Hinweis auf BGer 5A_470/2015 vom 12. Mai 2016 mit ähnlicher Konstellation). Vom Kläger zu verlangen, sich für die Auflösung des Miteigentums am fraglichen Grundstück auf das hängige Scheidungsverfahren zu konzentrieren, geht abgesehen davon auch nicht an, weil er sich dabei faktisch in Widerspruch zu seinem Widerstand gegen die hängige Scheidungsklage der Beklagten setzen müsste: Der Kläger widersetzt sich dieser und möchte "nur" die Auflösung des Miteigentums am fraglichen Grundstück. Ob es – gerade auch im Hinblick auf die durch das zusätzliche Gerichtsverfahren entstehenden Kosten – für die Parteien *sinnvoll* ist, parallel sowohl ein Verfahren betreffend Miteigentumsauflösung als auch das Scheidungsverfahren zu führen, in dessen Rahmen die Miteigentumsauflösung auch geregelt werden kann, kann dahingestellt bleiben: Eine Prüfung, ob der gewählte und rechtlich grundsätzlich zulässige Weg der Rechtsverwirklichung im Einzelfall zweckmässig ist, ist abzulehnen (KUKO ZPO-Domej, Art. 59 N 24b mit Verweis auf *OGer ZH LB160033 vom 18.08.2016 E. 3.3*). Unter den gegebenen Umständen kann ferner nicht entscheidend sein, dass die Gerichte sich – jedenfalls vorübergehend – gleichzeitig in zwei Verfahren mit der Auflösung des Miteigentums an der fraglichen Liegenschaft zu befassen

haben. Zudem machte der Kläger das vorliegende Verfahren vor der Einreichung der beiden aufeinanderfolgenden Scheidungsklagen der Beklagten anhängig, weshalb ihm insoweit ohnehin kein Vorwurf gemacht werden kann. Das Vorgehen des Klägers mag für die Gegenpartei und die Vorinstanz schwer nachzuvollziehen sein – rechtsmissbräuchlich ist es vor dem aufgezeigten Hintergrund nicht, und es ist nach dem Dargelegten auch nicht geeignet, das Rechtsschutzinteresse des Klägers in Frage zu stellen.

4.2.6. Andere Gründe, aus denen dem Kläger das Rechtsschutzinteresse an der Miteigentumsaufhebungsklage fehlen könnte, nennt die Vorinstanz nicht und sind auch nicht ersichtlich. Demzufolge erfolgte der einzig damit begründete Nichteintretensentscheid der Vorinstanz zu Unrecht.

5.1. Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO weist die Berufungsinstanz die Sache an die erste Instanz zurück, wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. Letzteres ist vorliegend der Fall. Die Vorinstanz beschränkte mit Beschluss vom 30. Januar 2023 das Verfahren einstweilen auf die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, das Rechtsschutzinteresse des Klägers an der Klage nach Art. 650 ff. ZGB sowie die Frage der Zulässigkeit der verbesserten Klage vom 16. März 2021 (Urk. 96; Urk. 115 S. 4). Die Parteivorträge wurden somit bislang nicht vollständig erstattet. Da die Frage, ob der Kläger die Aufhebung des Miteigentums zur Unzeit im Sinne von Art. 650 Abs. 3 ZGB verlangt, nach dem Dargelegten nicht unter dem Aspekt des Rechtsschutzinteresses zu prüfen ist, ist davon auszugehen, dass auch zu dieser Frage bisher nicht abschliessend plädiert werden konnte. Das schliesst ein Befassen der Berufungsinstanz mit dieser Frage im heutigen Prozessstadium aus.

5.2. Es ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, das Verfahren anstelle der ersten Instanz weiterzuführen (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 35 m.w.H.). Vielmehr ist gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Juli 2023 aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Zuzolge der Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Der Entscheid über deren Regelung ist daher mit Ausnahme der Festsetzung der Höhe der Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Demzufolge ist auf den Berufungsantrag des Klägers, die Berufungsinstanz habe zu seinen Gunsten eine angemessene Entschädigung inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer für das erstinstanzliche Verfahren festzusetzen, nicht weiter einzugehen. Dasselbe gilt für die sub- und subsubeventualiter gestellten Berufungsanträge des Klägers zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen und die entsprechenden Erwidernngen der Beklagten (Urk. 114 S. 2 f., Berufungsanträge Ziffern 1, 3 und 4; Urk. 121 S. 23 ff.).
2. Die Höhe der Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf den im Berufungsverfahren unbestritten gebliebenen Streitwert von Fr. 5,4 Mio. gemäss Bezifferung der Vorinstanz (Urk. 115 S. 7 und S. 17) in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 25'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Juli 2023 wird aufgehoben und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 25'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichts Meilen vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 35'000.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, an den Kläger unter Beilage des Doppels von Urk. 134.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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) Art. 82 ff. (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'400'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 26. Juni 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. J. Trachsel

versandt am:

Im