

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB240004-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Ersatzoberrichter lic. iur. T. Engler
sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Beschluss vom 2. Juli 2024

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **gemeinschaftliches Eigentum**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung,
im ordentlichen Verfahren vom 13. Dezember 2023 (CG230047-L)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind Miteigentümer je zur Hälfte der Liegenschaft GB-Blatt 1, Kataster Nr. 2, C._____, D._____-strasse 3, in ... Zürich (fortan: Liegenschaft). Bei der Liegenschaft handelt es sich um ein 6 ½-Zimmer-Einfamilienhaus mit Doppelgarage mit einer Grundstücksfläche von 766 m² (Urk. 15/2, Urk. 4/5+6). Der Beklagte klagte im Jahre 2019 vor Bezirksgericht Zürich gegen die Klägerin auf Auflösung des Miteigentums. Mit Beschluss vom 21. Januar 2021 schrieb das Bezirksgericht das Verfahren als durch Vergleich erledigt ab. Dieser lautet wie folgt (Urk. 4/1):

- "1. Die Parteien vereinbaren, das Miteigentum an der Liegenschaft D._____-strasse 3 in ... Zürich per 30. Juni 2023 aufzuheben. Die Beklagte verpflichtet sich, per 30. Juni 2023 aus der Liegenschaft ausziehen und ihren Miteigentumsanteil zum Schätzwert gemäss Ziff. 4 und 5.1 auf den Kläger zu übertragen, der damit Alleineigentümer wird. Vorbehalten bleibt die Übernahme der Liegenschaft durch die Beklagte gemäss Ziff. 2. Der Kläger ist berechtigt, das Lager und die Werkstatt im Keller der Liegenschaft, nach Voranmeldung, ein Mal pro Woche weiterhin zu benützen. Der Kläger bemüht sich, die Anlieferungen auf möglichst wenige Tage zu beschränken.
2. Sollte der Kläger die Liegenschaft nicht zu Alleineigentum übernehmen wollen, so ist die Beklagte berechtigt, die Liegenschaft per 30. Juni 2023 zu Alleineigentum zu übernehmen, sofern sie mindestens den Schätzwert gemäss Ziff. 4 und 5.2 bezahlt.
3. Will keine Parteien die Liegenschaft übernehmen, so wird sie bestmöglich verkauft.
4. Als Schätzwert gilt der Durchschnitt von zwei Schätzungen. Die Parteien beauftragen mit diesen Schätzungen gemeinsam den E._____ und das F._____ bis spätestens Ende 2021. Die Kosten der Schätzungen übernehmen die Parteien je zur Hälfte.
5. Abgeltung
- 5.1. Bei Übernahme durch den Kläger: Der Kläger schuldet der Beklagten ihr Eigenkapital von CHF 905'000.– sowie die Hälfte der Differenz zwischen dem Schätzwert und dem ursprünglichen Kaufpreis von CHF 4 Mio. Fallen zwischen 1. Januar 2021 und 30. Juni 2023 ausserordentliche Unterhaltskosten an (Heizungersatz, Sanierung Flachdach, Ersatz grössere Haushaltsgeräte etc.), so kann die Hälfte dieser Kosten ebenfalls abgezogen werden. Der Kläger verpflichtet sich zusätzlich, die Hypothekarschuld von CHF 1.7 Mio. bei der BEKB zur alleinigen Zahlung zu übernehmen und für die Haftungsentlassung der Beklagten besorgt zu sein.

Der Kläger übernimmt die Hälfte der aufgeschobenen Grundstückgewinnsteuer der Beklagten für die Liegenschaft an der G.____-strasse 4 in ... Zürich, welche die Beklagte infolge des Verkaufs ihres Anteils an der Liegenschaft an der D.____-strasse 3 in ... Zürich begleichen muss.

Allfällige Kosten im Zusammenhang mit der Übertragung des Miteigentumsanteils und der Handänderung übernehmen die Parteien je zur Hälfte.

- 5.2. Bei Übernahme durch die Beklagte: Die Beklagte schuldet dem Kläger sein Eigenkapital von CHF 1'395'000.– sowie die Hälfte der Differenz zwischen dem Schätzwert und dem ursprünglichen Kaufpreis von CHF 4 Mio. Fallen zwischen 1. Januar 2021 und 30. Juni 2023 ausserordentliche Unterhaltskosten an (Heizungsersatz, Sanierung Flachdach, Ersatz grössere Haushaltsgeräte etc.), so hat die Beklagte dem Kläger die Hälfte dieser Kosten zu ersetzen. Die Beklagte verpflichtet sich zusätzlich, die Hypothekarschuld von CHF 1.7 Mio. bei der BEKB zur alleinigen Zahlung zu übernehmen und für die Haftungsentlassung des Klägers besorgt zu sein.

Der Beklagte übernimmt die Hälfte der aufgeschobenen Grundstückgewinnsteuer des Klägers für die Liegenschaft an der G.____-strasse 4 in ... Zürich, welche der Kläger infolge des Verkaufs seines Anteils an der Liegenschaft an der D.____-strasse 3 in ... Zürich begleichen muss.

Allfällige Kosten im Zusammenhang mit der Übertragung des Miteigentumsanteils und der Handänderung übernehmen die Parteien je zur Hälfte.

- 5.3. Bei Übernahme durch Dritte: Mit dem Verkaufserlös werden bezahlt: die Hypothekarschuld, die auf der Liegenschaft lastende Grundstückgewinnsteuer und die aufgeschobenen Grundstückgewinnsteuern aus dem Verkauf der Liegenschaft an der G.____-strasse 4 in ... Zürich, die mit dem Verkauf verbundenen Kosten (Makler, Insertion, Handänderung etc.). Fallen zwischen 1. Januar 2021 und 30. Juni 2023 ausserordentliche Unterhaltskosten an (Heizungsersatz, Sanierung Flachdach, Ersatz grössere Haushaltsgeräte etc.), so sind diese ebenfalls noch abzuziehen und der Partei, die sie bezahlt hat, zu erstatten. Vom danach verbleibenden Nettoerlös erhält der Kläger vorab CHF 1'395'000.– und die Beklagte CHF 905'000.–; der Mehrbetrag wird hälftig zwischen den Parteien geteilt.
6. Mit Vollzug dieser Vereinbarung ist die Darlehensforderung des Klägers gegenüber der Beklagten von CHF 245'000.– getilgt.
7. Die Parteien übernehmen die Verfahrenskosten je zur Hälfte.
8. Die Parteien verzichten gegenseitig auf Prozessentschädigung."

2. In der Folge ermittelte der E.____ per 30. Juni 2022 für die Liegenschaft einen Marktwert von CHF 4'205'000.– (Urk. 4/6). Die H.____ AG schätzte im Auftrag der F.____ den Verkehrswert am 5. August 2022 auf CHF 4'470'000.– (Urk. 4/5). Der Durchschnitt der beiden Schätzungen im Sinne von Ziffer 4 des Vergleichs

betrug demnach CHF 4'337'500.–. Der Beklagte erklärte sich bereit, die Liegenschaft gemäss Ziffer 5.1 des Vergleichs für CHF 1'073'750.– (CHF 905'000.– zuzüglich CHF 168'750.– [CHF 337'500.– geteilt durch 2]) mit der darauf lastenden Hypothek und gegen Bezahlung der hälftigen Grundstückgewinnsteuer für die Liegenschaft G.____-strasse 4 zu übernehmen (Urk. 15/7). Die Klägerin betrachtete "die beiden Schätzungen als nicht bindend" (Urk. 15/11).

3. Am 29. Juni 2023 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz Klageschrift und Klagebewilligung mit folgendem Rechtsbegehren ein (Urk. 1, Urk. 2):

- "1. Es sei festzustellen, dass die nachfolgenden Schätzungen, welche von den Parteien gemäss der Vereinbarung über die Einholung eines Schiedsgutachtens vom 7. Dezember 2020 (Ziff. 4 des gerichtlichen Vergleichs vom 7. Dezember 2020, Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 21. Januar 2021 [Geschäfts-Nr. CG190108]) eingeholt wurden:
 - Verkehrswertschätzung H.____ AG vom 5. August 2022
 - Marktwertgutachten des E.____ vom 6. Juli 2022nicht bindend sind.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass der Beklagte nicht berechtigt ist, die nachfolgenden Schätzungen, welche von den Parteien gemäss der Vereinbarung über die Einholung eines Schiedsgutachtens vom 7. Dezember 2020 (Ziff. 4 des gerichtlichen Vergleichs vom 7. Dezember 2020, Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 21. Januar 2021 [Geschäfts-Nr. CG190108]) eingeholt wurden:
 - Verkehrswertschätzung H.____ AG vom 5. August 2022
 - Marktwertgutachten des E.____ vom 6. Juli 2022als Schiedsgutachten zu verwenden.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt. und Kosten des Friedensrichteramtes Zürich 7+8 von CHF 950.00) zu Lasten des Beklagten."

Zur Begründung trug sie im Wesentlichen vor, die Parteien hätten im Vergleich vereinbart, ein Schiedsgutachten im Sinne von Art. 189 Abs. 1 ZPO einzuholen, ohne eine Schätzungsmethode anzugeben. In beiden Gutachten seien falsche Schätzungsmethoden verwendet, das Ausbau- bzw. Erweiterungspotential nicht berücksichtigt und so ein massiv zu tiefer Wert ermittelt worden. Die von ihr eingeholten Schätzungen (Kurzbewertung der I.____ AG und Gutachten der J.____ AG) würden anhand der Vergleichswertmethode weit höhere Verkehrswerte ergeben. Daraus folge, dass die Schätzungen des E.____ und der H.____

AG offensichtlich unrichtig und nicht bindend seien. Die Schätzungen müssten gegebenenfalls wiederholt werden. Sie habe ein dringendes, schutzwürdiges Interesse an der verlangten Feststellung, widrigenfalls sie dem Beklagten ihren Miteigentumsanteil zu einem zu tiefen Preis übertragen müsste. Es könne ihr nicht zugemutet werden, eine Prozesseinleitung der Gegenseite abzuwarten. Zudem stehe ihr keine Leistungsklage zur Verfügung (Urk. 2 S. 11 ff.).

4. Der Beklagte erstattete die Klageantwort mit Eingabe vom 3. Oktober 2023 (Urk. 14). Er verneinte das Vorliegen eines Schiedsgutachtens, machte aber primär geltend, auf die Klage sei mangels eines Rechtsschutz- bzw. Feststellungsinteresses nicht einzutreten (Urk. 14 S. 8 f.). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2023 beschränkte die Vorinstanz das Verfahren antragsgemäss einstweilen auf die Frage des Vorliegens der Eintretensvoraussetzungen (Urk. 17). Mit Eingabe vom 22. Dezember 2023 nahm die Klägerin dazu Stellung (Urk. 20). Mit Beschluss vom 13. Dezember 2023 verneinte die Vorinstanz ein Feststellungsinteresse der Klägerin und trat auf die Klage nicht ein (Urk. 22 = Urk. 28).

5. Gegen den ihr am 5. Januar 2024 zugestellten Beschluss (Urk. 24) erhob die Klägerin mit Eingabe vom 5. Februar 2024, gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 6. Februar 2024, Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 27 S. 2):

- "1. Es sei in Gutheissung der Berufung der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 13. Dezember 2023 (Geschäfts-Nr. CG230047; Dispositivziffer 1 bis 4) aufzuheben und das Bezirksgericht Zürich anzuweisen, auf die Klage der Berufungsklägerin vom 29. Juni 2023 einzutreten und das Verfahren fortzuführen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) sowohl des erstinstanzlichen Verfahrens wie auch des Berufungsverfahrens zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Der Beklagte beantragte in seiner Berufungsantwort vom 25. April 2024 die vollumfängliche Abweisung der Berufung (Urk. 37). Mit Eingabe vom 17. Mai 2024 erstattete die Klägerin unaufgefordert eine Replik (Urk. 40), die dem Beklagten am 27. Mai 2024 zugestellt wurde (Urk. 41). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

II.

Die Vorinstanz erläuterte unter Hinweis auf die gesetzliche Regelung (Art. 189 ZPO) den Zweck, die Wirkungen und die Anfechtbarkeit des Schiedsgutachtens, liess aber letztlich offen, ob die Parteien im Vergleich vom 7. Dezember 2020 eine dahingehende Vereinbarung getroffen haben. Sie erwog zusammengefasst, da die Gutachten erst nach Vergleichsabschluss zu erstellen gewesen seien, werde ihr Inhalt bzw. der gemäss Ziffer 4 des Vergleichs errechnete Betrag von der Rechtskraftwirkung nicht erfasst. Im Rahmen einer Leistungsklage wären die Rechtswirkungen von Ziffer 4 des Vergleichs umfassend zu überprüfen, weshalb auch offen bleiben könne, ob die Einreden gemäss Art. 189 Abs. 3 ZPO wirksam beschränkt worden seien und die erstatteten Gutachten den Anforderungen von Art. 189 Abs. 3 lit. b und c ZPO genügten. Es treffe nicht zu, dass der Klägerin zwecks Klärung dieser Fragen eine Leistungsklage nicht zur Verfügung stehe und es sich beim für die Liegenschaft zu entrichtenden Betrag um eine *res iudicata* handle. Entsprechend habe die Klägerin auch keine Vollstreckung zu gewärtigen, zumal dafür vom Beklagten der effektiv geschuldete bzw. rechtskräftig festgesetzte Geldbetrag anzubieten wäre und sich das vom Beklagten eingeleitete Vollstreckungsverfahren kaum eigne, um die gegen die Gutachten erhobenen Einwände zu prüfen (Urk. 28 S. 7 bis S. 10).

Eine Durchführung des vorliegenden Verfahrens sei – so die Vorinstanz weiter – angesichts der Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage indes nicht angezeigt. Weder die Gutheissung der Feststellungsklage noch deren Abweisung würde zu einem vollstreckbaren, betragsmässig bestimmten Entscheid (Übertragung der Liegenschaft gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme) führen, womit die Einleitung eines zusätzlichen Verfahrens unumgänglich wäre. Die Erhebung einer Leistungsklage hätte bei Verbindlichkeit der Gutachten eine vollstreckbare Verpflichtung der Parteien (im Sinne einer Leistung Zug um Zug) zur Folge. Im Falle einer Unwirksamkeit der Gutachten (Art. 189 Abs. 3 ZPO) würde das Verfahren, wenn sich die Gutachtensabrede objektiv nicht mehr durchführen liesse, in den Stand vor der Gutachtensabrede zurückversetzt und die Wertermittlung wäre, wenn sich die Parteien nicht auf eine Wiederholung der Begutach-

tung (durch andere Gutachter) einigen könnten, gerichtlich vorzunehmen. Die vorliegende Konstellation unterscheide sich angesichts dessen, dass ein Entscheid im Feststellungsverfahren keinen endgültigen Charakter hätte, erheblich von Konstellationen, in denen auf die Erhebung einer Betreibung durch Erhebung einer (negativen) Feststellungsklage reagiert werde. Die Klägerin sei im Übrigen nicht verpflichtet, die Unwirksamkeit der (Schieds-)Gutachten innert einer bestimmten Frist geltend zu machen, weshalb ihr das Abwarten einer ordentlichen Leistungsklage des Beklagten und die damit verbundene Ungewissheit grundsätzlich zuzumuten sei. Die Klägerin, welche die Liegenschaft per 30. Juni 2023 habe verlassen müssen, mache keine besondere Umstände geltend, die eine Unzumutbarkeit eines Zuwartens nahelegen würden (Urk. 28 S. 10 f.).

III.

1. Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Entscheid. Die Klägerin hat den ihr auferlegten Kostenvorschuss von CHF 7'000.– rechtzeitig geleistet (Urk. 34, Urk. 35). Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 Abs. 1 und Art. 311 ZPO).

2. Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe Art. 88 und Art. 189 ZPO falsch angewendet, indem sie dafürgehalten habe, es läge kein Rechtsschutz- bzw. Feststellungsinteresse vor und die Voraussetzungen der Feststellungsklage seien nicht erfüllt (Urk. 27 Rz 12). Im Einzelnen:

2.1.1 Die Klägerin weist zunächst darauf hin, dass die Unverbindlichkeit eines Schiedsgutachtens mittels Klage oder Einrede geltend zu machen sei. Eine Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO sei dabei grundsätzlich zulässig. Die Feststellungsklage gehe nicht schlechthin der Leistungs- oder Gestaltungsklage nach. In aussergewöhnlichen Umständen könne sich auch bei Möglichkeit einer Leistungs- oder Gestaltungsklage ein selbständiges Interesse an einer gerichtlichen Feststellung ergeben. Ein solches werde u.a. bejaht, wenn die Parteien nur in der grundsätzlichen Frage des Bestehens einer Verpflichtung uneinig sind, aber die Erfüllung

der Leistung auf blosser Feststellung hin zweifelsfrei gesichert sei, oder wenn die Erfüllung der Leistung nach der Feststellung des Rechts garantiert werde (Urk. 27 Rz 14 ff., unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung; Urk. 27 Rz 48).

2.1.2 In der von der Klägerin angegebenen Literaturstelle wird zwar ausgeführt, eine Klage auf Feststellung auf Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens sei grundsätzlich zulässig. Wie der Beklagte zu Recht einwendet (Urk. 37 Rz 15), wird dabei aber ebenso darauf hingewiesen, dass es regelmässig am besonderen Feststellungsinteresse fehlen wird und die Partei, die sich auf die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens beruft, dies im Prozess über den Hauptanspruch geltend machen wird, sei es, dass sie als klagende Gläubigerin mehr verlangt, als ihr gemäss Schiedsgutachten zusteht, sei es, dass sie als beklagte Schuldnerin weniger anerkennt, als sie nach dem Schiedsgutachten müsste (Göksü, Schiedsgerichtsbarkeit, 2014, N 121 f.). Vorliegend steht auch kein Sachverhalt zur Beurteilung, in dem die Erfüllung der Leistung auf blosser Feststellung hin zweifelsfrei gesichert bzw. garantiert wäre. Eine Gutheissung der Feststellungsklage führte lediglich zur Unverbindlichkeit der gestützt auf den Vergleich vom 7. Dezember 2020 eingeholten Schätzungen. Der Wert der Liegenschaft und die gestützt darauf vom Beklagten geschuldete Gegenleistung wären nicht abschliessend bestimmt und die Erfüllung der Leistung wäre demzufolge keineswegs zweifelsfrei gesichert (vgl. dazu auch E. III/2.2.7). Dies anerkennt letztlich auch die Klägerin, wenn sie ausführt, in diesem Fall müssten neue Gutachten in Auftrag gegeben und gestützt darauf die zu leistende Summe festgelegt werden (Urk. 27 Rz 22, Rz 27). Daran ändert nichts, dass die Parteien bei Abweisung der Feststellungsklage an die "Gutachten und die darin festgelegte Summe gebunden" wären (Urk. 27 Rz 21). Es ist irrelevant bzw. nicht ausreichend, dass die *Abweisung* der Feststellungsklage auf weitere Verfahren präjudiziell wirken würde und die Frage der Unverbindlichkeit mit einem Entscheid im Feststellungsverfahren endgültig beurteilt wäre (Urk. 27 Rz 23). Da die Höhe der Abgeltung umstritten ist, genügt es auch nicht, dass weder die Klägerin noch der Beklagte ihre grundsätzlichen Leistungspflichten bestreiten (Urk. 27 Rz 24, Rz 51). Dass andere aussergewöhnliche Umstände vorliegen würden, die gemäss Rechtsprechung ein selbständiges Interesse an einer gerichtlichen Feststellung begründen (vgl. BGer 4A_464/2019 vom 30. April 2020, E. 1.4), tut die Klägerin nicht dar.

2.2.1 Weiter erachtet die Klägerin die Erhebung einer Leistungsklage als unmöglich bzw. als unzumutbar, da eine solche kaum erfolgreich oder zumindest mit zahlreichen Hindernissen verbunden wäre. Zwar sei die Höhe des für die Übertragung des Miteigentumsanteils zu bezahlenden Betrags – im Gegensatz zur Leistungspflicht der Parteien bzw. zum Leistungsanspruch der Klägerin an sich – nicht rechtskräftig festgelegt worden. Da der Inhalt der Gutachten nicht an der Rechtskraft des Vergleichs teilnehme, bestehe diesbezüglich keine *res iudicata* (Urk. 27 Rz 25 ff., Rz 47). Allerdings sei eine Leistungsklage aus zivilprozessualer und prozessökonomischer Sicht aus verschiedenen Gründen "wenig sinnvoll" (Urk. 27 Rz 29):

- Ihre Forderung, die Verpflichtung des Beklagten zur Geldleistung Zug um Zug gegen die Übertragung des Miteigentumsanteils, sei zurzeit weder bestimmt noch bestimmbar. Da sie die Gutachten als unverbindlich erachte, jedoch gleichzeitig an die Schiedsvereinbarung gebunden sei, könne sie die Forderung erst gestützt auf die (neuen) Gutachten beziffern. Ein Beweisverfahren zur Wertermittlung sei im Rahmen der Leistungsklage nicht möglich. Über Tatfragen, die mittels Schiedsgutachten festgestellt und beurteilt worden seien, sei kein Beweisverfahren mehr durchzuführen, es sei denn, das Schiedsgutachten würde im Sinne von Art. 189 Abs. 3 lit. a-c ZPO entkräftet. Zur Bezifferung ihrer Forderung könne sie einzig auf die Gutachten gemäss Schiedsvereinbarung abstellen. Deshalb müsste auch im Rahmen eines Leistungsprozesses als Vorfrage die Verbindlichkeit der Gutachten geklärt werden. Käme das Gericht nach Durchführung des Beweisverfahrens zum Schluss, die Gutachten seien unverbindlich, würde es auf die Klage nicht eintreten, da diese nicht bezifferbar wäre, und die Klägerin würde in diesem Prozess unterliegen (Urk. 27 Rz 30 ff.).
- Entgegen der Vorinstanz könnte das für die Leistungsklage zuständige Gericht die Wertermittlung der Liegenschaft nicht selbst vornehmen, da dieses an die Schiedsabrede im Vergleich vom 7. Dezember 2020 gebunden wäre. Werde die Wertermittlung gemäss Schiedsabrede aber unmöglich (weil z.B. die Gutachter sich nicht bereit erklären würden, die Gutachten zu wiederho-

- len) und könnten sich die Parteien nicht gemeinsam auf eine neue Wertermittlung einigen, müsste das Verfahren, in welchem der Vergleich vom 7. Dezember 2020 geschlossen worden sei, gestützt auf Art. 328 ff. ZPO in Revision gezogen werden. Wie es in diesem Fall mit der Leistungsklage weitergehen würde, sei "alles andere als klar" (Urk. 27 Rz 35 ff., Rz 42).
- Das Gericht urteile grundsätzlich über Vorfragen erst im Endentscheid. Demnach müsste im Rahmen der Leistungsklage der Antrag gestellt werden, über die Vorfrage der Verbindlichkeit bzw. Unverbindlichkeit der Gutachten einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO zu fällen, wobei aber fraglich sei, ob einem solchen Antrag stattgegeben würde, da kein fester Anspruch darauf bestehe und im Falle der Feststellung der Unverbindlichkeit der Gutachten "gestützt darauf" nicht sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden könnte. Hinzu komme, dass die Gutachten wiederholt werden müssten, falls tatsächlich ihre Unverbindlichkeit in einem Zwischenentscheid festgestellt werden würde. Die Wiederholung der Gutachten sei aber nicht Teil des Beweisverfahrens des Leistungsverfahrens, weshalb letzteres sistiert werden müsste. Darauf hätten die Parteien aber keinen Anspruch und es sei unklar, ob einem entsprechenden Sistierungsantrag entsprochen würde (Urk. 27 Rz 38 ff.).
 - Zu berücksichtigen sei ferner, dass die Klägerin im Falle einer Weigerung des Beklagten, die Gutachteraufträge nochmals zu erteilen, zunächst den Vergleich vom 7. Dezember 2020 vollstrecken lassen müsste. Zudem habe es der Beklagte aufgrund seiner Wahlmöglichkeit in der Hand, die Leistungsklage zu Fall zu bringen, indem er auf die Möglichkeit verzichte, die Liegenschaft zu übernehmen. Schliesslich hätte eine Leistungsklage für sie erhebliche finanzielle Konsequenzen, wenn das Gericht vorfrageweise die Verbindlichkeit der Gutachten feststellen würde, da der Beklagte ohne weiteres nachweisen könnte, dass er ihr die gehörige Leistung angeboten habe, womit sie wohl gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO auf Basis des gesamten Streitwertes die Prozesskosten zu tragen hätte (Urk. 27 Rz 43 ff.).

2.2.2 Der Beklagte hält daran fest, dass es sich bei den eingeholten Schätzungen nicht um Schiedsgutachten handelt, die Klägerin aber selbst bei der Annahme von Schiedsgutachten von ihm jederzeit den ihr ihres Erachtens zustehenden Betrag mittels einer Leistungsklage verlangen könnte, womit es am erforderlichen Feststellungsinteresse fehle (Urk. 37 Rz 11, Rz 18 ff.). Er teilt die Auffassung, dass die gestützt auf die Gutachten gemäss Ziffer 4 des Vergleichs betragsmässig errechnete Summe von der Rechtskraftwirkung nicht erfasst wird (Urk. 37 Rz 16). Die von der Klägerin gegen die Leistungsklage vorgetragene Einwände hält er für nicht stichhaltig. Das mit einer Leistungsklage verbundene Prozess- bzw. Kostenrisiko rechtfertige die Erhebung einer Feststellungsklage nicht (Urk. 37 Rz 27, Rz 35). Ob erneut Gutachten beim F. _____ und E. _____ einzuholen wären, könne offengelassen werden. In einem solchen Fall würde das Leistungsklageverfahren aber zweifellos sistiert werden. Sollte sich die Einholung neuer Gutachten als nicht möglich erweisen, könnte jedenfalls ein gerichtliches Gutachten eingeholt werden. Eine Revision werde weder nötig noch möglich sein (Urk. 37 Rz 28, Rz 30). Da er sein Wahlrecht ausgeübt habe, könne kein Zweifel darüber bestehen, dass er die Liegenschaft übernehmen wolle. Er habe sich auch sonst nie treuwidrig verhalten; im Übrigen könnte im Weigerungsfall seine fehlende Zustimmung zur Einholung eines Gutachtens durch das Gericht ersetzt werden (Urk. 37 Rz 31 f.).

2.2.3 Mit der Feststellungsklage kann die klagende Partei die gerichtliche Feststellung verlangen, dass ein Recht oder ein Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht (Art. 88 ZPO). Über den Wortlaut von Art. 88 ZPO hinaus setzt die Erhebung einer Feststellungsklage ein Feststellungsinteresse voraus, das sich letztlich aus Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ergibt. Ein Feststellungsinteresse wird von der Rechtsprechung bejaht, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung behoben werden kann. Dabei genügt nicht jede Ungewissheit; erforderlich ist, dass ihre Fortdauer dem Kläger nicht mehr zugemutet werden darf, weil sie ihn in seiner Bewegungsfreiheit behindert. Ein Feststellungsinteresse wird in der Regel verneint, wenn dem Inhaber eines Rechts eine Leistungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung steht, die sofort eingereicht werden kann und die es ihm erlauben würde, direkt die Beachtung seines Rechtes oder die Erfüllung der Forderung zu erwirken. Die Feststellungsklage ist

im Verhältnis zur Leistungs- oder Gestaltungsklage subsidiär. Dabei müssen die Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität restriktiv ausgelegt werden, ansonsten eine Ungewissheit über den einzuschlagenden Rechtsweg geschaffen würde (BGer 4A_464/2019 vom 30. April 2020, E. 1.2, 1.3 und 1.5; BGE 135 III 378 E. 2.2 S. 380). Vorliegend hat die Vorinstanz die Erhebung einer Leistungsklage als möglich erachtet und ein Feststellungsinteresse verneint.

2.2.4 Der Beklagte spricht den eingeholten Schätzungen die Qualität von Schiedsgutachten im Sinne von Art. 189 ZPO ab mit dem Argument, das Schiedsgutachten gehöre zum Erkenntnisverfahren, das vorliegend aber bereits mit dem Vergleich vom 7. Dezember 2020 abgeschlossen worden sei (Urk. 37 Rz 11). Sinn gemäss macht er geltend, dass eine sog. Kaufpreisbestimmung durch einen Dritten vorliegt (Urk. 37 Rz 12). Während ein Schiedsgutachten die strittige Tatsache nicht nur zwischen den Parteien, sondern auch für ein allfälliges Gericht verbindlich regelt bzw. "ausser Streit stellt" und insofern feststellender Natur ist, wird der Drittleistungsbestimmung vertragsergänzender bzw. rechtsgestaltender Charakter und (lediglich) materiell-rechtliche Wirkung zugeschrieben (vgl. zum Ganzen: Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., 2016, Art. 189 N 7 f., N 19; BSK ZPO-Dolge, Art. 189 N 1, N 6 und N 43; BK ZPO-Berger, Art. 189 N 2; KUKO ZPO-Schmid/ Baumgartner, Art. 189 N 5d; Brosi, Das Schiedsgutachten gemäss Art. 189 ZPO, 2023, N 635 ff.). Dass die gestützt auf Ziffer 4 des Vergleichs eingeholten Schätzungen nur für die Parteien, nicht aber für das Gericht verbindlich sind, behauptet selbst der Beklagte nicht. Vielmehr hat er gegen die Klägerin ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet, das einen rechtskräftigen Entscheid voraussetzt (Art. 336 Abs. 1 lit. a ZPO). Von einem gerichtlichen Vergleich, dem die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides zukommt (Art. 241 Abs. 1 ZPO), lässt sich aber nur sprechen, wenn auch das Gericht daran gebunden ist. Der Beklagte übersieht weiter, dass der Übernahmepreis im Vergleich vom 7. Dezember 2020 gerade nicht fixiert wurde und die Parteien eines Rechtsverhältnisses mittels Schiedsgutachten bestimmte Tatsachen nicht nur für einen bereits hängigen, sondern auch für einen (allfälligen) künftigen Prozess ausser Streit stellen können (BSK ZPO-Dolge, Art. 189 N 1; Botschaft ZPO, S. 7325, mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Die ganze Kontroverse

um die richtige Einordnung der Preisfestsetzung wird allerdings dadurch entschärft, als die Bestimmung von Art. 189 Abs. 3 ZPO bei der (mangelhaften) Drittleistungsbestimmung analog herangezogen werden kann (Müller, a.a.O.; Brosi, a.a.O., N 645, N 693). Die Vorinstanz liess die Frage letztlich offen und legte ihren Ausführungen die Annahme zugrunde, dass es sich bei den Schätzungen um Schiedsgutachten im Sinne von Art. 189 ZPO handelt, weshalb auch im Berufungsverfahren nicht weiter darauf eingegangen werden muss.

2.2.5 Die Klägerin vermag nicht darzutun, dass auf eine Leistungsklage infolge fehlender Bezifferbarkeit nicht einzutreten wäre. Zwar kann von einer klagenden Partei nicht verlangt werden, dass sie mit Blick auf die Bezifferung ihrer Klage vorprozessual Gutachten einholt, Massnahmen der vorsorglichen Beweisführung ergreift oder vorab Informationsansprüche geltend macht (KUKO ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 85 N 5, mit weiteren Hinweisen). Vorliegend hat die Klägerin zur Ermittlung des tatsächlichen Marktwerts allerdings Fachmeinungen eingeholt, nämlich eine hedonische Schätzung des E._____ vom 25. November 2022, eine Kurzbewertung der I._____ AG vom 14. Februar 2023 und ein Gutachten der J._____ AG vom 26. Mai 2023 (Urk. 2 Rz 58, Urk. 27 Rz 8). Von da her erscheint fraglich, ob für die Klägerin eine Bezifferung ihres Anspruchs tatsächlich unmöglich oder unzumutbar ist. Jedenfalls aber ist die Klägerin der Auffassung, sie könne die Forderung gestützt auf ein neues Gutachten beziffern (Urk. 27 Rz 30). Nach der Rechtsprechung ist ein Kläger davon befreit, sein Rechtsbegehren zu beziffern, wo erst das Beweisverfahren die Grundlage der Bezifferung der Forderung abgibt. In einer solchen Konstellation ist es dem Kläger gestützt auf Art. 85 ZPO gestattet, die Bezifferung nach Abschluss des Beweisverfahrens vorzunehmen (BGE 140 III 409 E. 4.3.1 S. 416). Ob sich die Möglichkeit der Bezifferung aufgrund eines gerichtlichen Gutachtens (Art. 183 ZPO) oder aber aufgrund einer "Wiederholung" der gestützt auf den Vergleich vom 7. Dezember 2020 eingeholten Gutachten ergibt (Urk. 27 Rz 41), kann dabei keine entscheidende Rolle spielen. Denn mit Blick auf die Zulässigkeit einer unbezifferten Forderungsklage und die Eintretensfrage müsste auch ein (neues) Schiedsgutachten als Teil des Beweisverfahrens im Sinne von Art. 85 Abs. 2 ZPO gelten, obwohl das Schiedsgutachten weder ein Gutachten im Sinne von Art. 183 ZPO noch ein Beweismittel im Sinne von Art. 168 ZPO darstellt

(BK ZPO-Berger, Art. 189 N 2). Allerdings wird – wie noch zu zeigen sein wird – vorliegend einzig ein *gerichtliches* Gutachten den Anforderungen gerecht, falls sich die Schätzung der H. _____ AG vom 5. August 2022 (Urk. 4/5) und das Marktwertgutachten des E. _____ vom 6. Juli 2022 (Urk. 4/6) als unverbindlich erweisen würden.

2.2.6 Wie die Klägerin richtig bemerkt (Urk. 2 Rz 64), ist zum Nachweis der offensichtlichen Unrichtigkeit eines Schiedsgutachtens vom Sachgericht in aller Regel im Rahmen des Beweisverfahrens ein Gutachten einzuholen (Müller, a.a.O., Art. 189 N 64; BSK ZPO-Dolge, Art. 189 N 54; Göksu, a.a.O., N 129). Da sich die zu klärende Frage auf die offensichtliche Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens beschränkt und die Parteien nach wie vor an die Schiedsgutachtervereinbarung gebunden bleiben, stellt sich die Frage, ob im Falle der offensichtlichen Unrichtigkeit des (ersten) Schiedsgutachtens von den Parteien die Erstellung eines (zweiten) Schiedsgutachtens in Auftrag zu geben wäre, wobei das Gericht das Verfahren zu sistieren hätte (Art. 126 ZPO), bis ein verfahrensmässig und inhaltlich mangelfreies neues Schiedsgutachten vorliegt (vgl. Göksu, a.a.O., N 131; Angstmann, Das Schiedsgutachten im schweizerischen Recht, 2020, N 324 ff.; die Frage verneinend Müller, a.a.O., Art. 189 ZPO N 49 a.E., der sich dafür ausspricht, die Tatsachen, die durch das Schiedsgutachten hätten festgestellt werden sollen, auf dem Wege des Beweisverfahrens festzustellen). Ein solches Vorgehen würde im vorliegenden Fall jedoch nicht zu einer befriedigenden Lösung führen. Zunächst gilt es zu bedenken, dass bereits durch das zum Nachweis der offensichtlichen Unrichtigkeit einzuholende gerichtliche Gutachten die strittige Tatsache (hier: der tatsächliche Verkehrswert der Liegenschaft) festgestellt und die umstrittene Beweisfrage geklärt würde. So hat die Klägerin vor Vorinstanz ausdrücklich die Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens über den Wert der Liegenschaft verlangt, um die Unrichtigkeit der beiden eingeholten Schätzungen nachzuweisen (Urk. 2 S. 3, S. 18 Rz 65). Als dann kann das Urteil gestützt auf die Feststellungen des gerichtlich eingeholten Gutachtens gefällt werden (Göksu, a.a.O., N 131 Fn 290). Vorliegend kommt hinzu, dass die Parteien im Vergleich vom 7. Dezember 2020 nicht nur vereinbart haben, für die Ermittlung des Werts der Liegenschaft zwei Schätzungen einzuholen. Vielmehr legten sie auch gleich fest, dass mit den Schätzungen bis spätestens Ende

2021 der "E._____" und das "F._____" zu beauftragen sind. Es ist unstrittig, dass beide Parteien ihre Verpflichtung zur Beauftragung der genannten Schätzer erfüllt haben. Es erscheint von vornherein ausgeschlossen, den E._____ und das F._____ bzw. die H._____ AG mit einer nochmaligen bzw. neuen Wertermittlung der Liegenschaft zu betrauen. Dies gilt bereits deshalb, weil bei qualifizierten Inhaltsmängeln, die ein Gutachten unbrauchbar machen, ein neues Gutachten bei einer *anderen* sachverständigen Person einzuholen ist. Diese für das gerichtliche Gutachten aufgestellte Regel (Art. 188 Abs. 2 ZPO) muss aus naheliegenden Gründen auch für ein fehlerhaftes Schiedsgutachten beachtet werden. Denn krasse inhaltliche Mängel lassen Zweifel an der fachlichen Kompetenz der sachverständigen Person aufkommen (BK ZPO-Rüetschi, Art. 188 N 12; Müller, a.a.O., Art. 188 N 18, mit Verweis auf BGer 5A_478/2013 vom 6. November 2013, E. 4.2). Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Klägerin die Auffassung vertritt, den beiden Schätzungen liege ein komplett falscher Methodenansatz zugrunde (Urk. 2 Rz 64), und die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens über den Wert der Liegenschaft mittels der Vergleichswertmethode und unter Berücksichtigung des Ausbau-/Erweiterungspotentials verlangte (Urk. 2 S. 3). Mit einer von den bisherigen Ergebnissen abweichenden Bewertung würden sich die von den Parteien beauftragten Schätzer unglaubwürdig machen und dem Vorwurf der mangelnden Eignung und der Parteilichkeit aussetzen. Im Falle einer offensichtlichen Unrichtigkeit der beiden im Recht liegenden Schätzungen würde sich die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens folglich als der einzig gangbare Weg erweisen. Die Verpflichtung der Parteien zur Mitwirkung bei der Erstellung der Schätzungen gemäss Vergleich vom 7. Dezember 2020 gälte damit gleichsam als konsumiert (vgl. auch Haas/Brosi, in: FHB Zivilprozessrecht, N 20.221; Brosi, a.a.O., Rz 555, für den Fall der einredeweisen Geltendmachung der Unverbindlichkeit). Bei dieser Sachlage kann offen gelassen werden, wie im Falle einer Weigerung der Schätzer oder des Beklagten, bei der Erstellung von neuen Schätzungen mitzuwirken, vorzugehen wäre. Entgegen der Auffassung der Klägerin muss der Vergleich vom 7. Dezember 2020 auch nicht mit Revision angefochten werden. Sie tut denn auch nicht dar, welcher Revisionsgrund im Sinne von Art. 328 ZPO vorliegend zur Anwendung kommen könnte.

2.2.7 Das mit einer Leistungsklage der Klägerin befasste Gericht hätte – auch ohne entsprechenden Antrag der Klägerin (Urk. 27 Rz 39) – vorfrageweise über die Verbindlichkeit der beiden eingeholten Schätzungen zu befinden. Zur Beantwortung dieser Vorfrage ist weder Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO noch eine Verfahrenssistierung (Art. 126 ZPO) angezeigt, sondern – wie bereits ausgeführt – ein gerichtliches Gutachten einzuholen, das sich über die Abweichung zwischen den Schätzungswerten und dem objektiven Wert zu äussern hat. Aber selbst wenn sich die Parteien ausserhalb eines Beweisverfahrens auf die Einholung neuer Schätzungen verständigen würden, würde dies der Erhebung einer Leistungsklage nicht entgegenstehen, da in diesem Fall der Hauptprozess über die Leistungsklage einstweilen zu sistieren wäre (Göksu, a.a.O., N 131; Angstmann, a.a.O., N 324). Bei den von der Klägerin erwähnten Kostenfolgen, die sie bei Erhebung einer Leistungsklage im Falle der "Verbindlichkeit der Gutachten" gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO treffen könnten (Urk. 27 Rz 45), handelt es sich um reine Spekulation ("würde das Gericht wohl davon ausgehen [...]"). Überdies würden der Klägerin auch bei der vorliegenden Feststellungsklage basierend auf einem Streitwert von CHF 750'000.– (Urk. 2 Rz 7) im Falle einer Klageabweisung erhebliche Kosten erwachsen. Zwar wird der Streitwert grundsätzlich durch das Rechtsbegehren bestimmt und hätte die Klägerin mit einer Leistungsklage nicht nur die unumstrittene Abgeltung von CHF 1'073'750.–, sondern auch die geforderte Mehrabgeltung einzuklagen. Es lässt sich jedoch nicht voraussehen, wie das mit einer Leistungsklage befasste Gericht dem Umstand Rechnung tragen würde, dass zwischen den Parteien lediglich die (CHF 1'073'750.– übersteigende) Mehrabgeltung strittig ist und der Beklagte im Falle der Verbindlichkeit der Gutachten die gehörige Leistung angeboten hat. Ziel von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO ist es gerade, eine unbillige Verteilung der Prozesskosten zu vermeiden. Zudem stünde der Klägerin zur Verminderung des Kostenrisikos die unbezifferte Forderungsklage zur Verfügung. Schliesslich übersieht die Klägerin, dass mit der Feststellung der Unverbindlichkeit der Gutachten der Streit unter den Parteien noch nicht beigelegt wäre. Vielmehr hätte die Klägerin in einem zweiten Prozess die von ihr geforderte Mehrabgeltung durchzusetzen, was mit einem vergleichbaren Kostenrisiko verbunden wäre, zumal der im Feststellungsprozess eruierte tatsächliche Verkehrswert der Liegenschaft keinen Eingang

ins Dispositiv finden und an der Rechtskraft des Feststellungsurteils nicht teilnehmen würde.

2.2.8 Die Klägerin weist schliesslich darauf hin, dass es der Beklagte aufgrund seiner Wahlmöglichkeit in der Hand habe, ihre Leistungsklage zu Fall zu bringen, indem er auf die Möglichkeit verzichte, die Liegenschaft zu übernehmen. Im vorliegenden Verfahren gehen die Parteien indes übereinstimmend davon aus, dass die Übernahme der Liegenschaft durch den Beklagten erfolgt und er die Klägerin für ihren Miteigentumsanteil zu entschädigen hat. Nur für diesen Fall macht die Klage der Klägerin, die einen höheren Verkehrswert der Liegenschaft und eine höhere Abgeltung für sich (und nicht für den Beklagten) durchsetzen will, überhaupt Sinn. Der Beklagte hält seine Wahl sogar für unwiderruflich, da er ein Gestaltungsrecht ausgeübt und ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet habe (Urk. 37 Rz 32). Von dieser Situation ist auch mit Blick auf die Möglichkeit einer Leistungsklage im heutigen Zeitpunkt auszugehen. Ob der Beklagte auf seinen Entscheid zurückkommen kann, wie ein solcher Sinneswandel zu werten wäre und welche Folgen er nach sich zöge, ist nicht von Bedeutung. Mit Blick auf die Subsidiarität der Feststellungsklage ist einzig relevant, wie sich die Lage aus heutiger Sicht präsentiert, weshalb dem Einwand der Klägerin keine Bedeutung zukommen kann.

2.3 Die Klägerin kritisiert schliesslich die Erwägung der Vorinstanz, wonach ihr das Abwarten einer ordentlichen Leistungsklage des Beklagten zugemutet werden könne, nachdem sie nicht verpflichtet sei, die Unwirksamkeit der (Schieds-) Gutachten innert einer bestimmten Frist geltend zu machen. Eine Leistungsklage des Beklagten auf Übertragung des Miteigentumsanteils sei – so die Klägerin – aufgrund der "res iudicata"-Wirkung des abgeschlossenen Vergleichs vom 7. Dezember 2020 aber gar nicht möglich; zudem sei sie mit der Übertragung des Miteigentumsanteils einverstanden (Urk. 27 Rz 53 ff. mit Verweis auf Urk. 28 S. 11 E. 2.4.5). Die Erwägung der Vorinstanz ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich die Klägerin selbst darauf berief, ihr könne nicht zugemutet werden, eine allfällige Prozesseinleitung der Gegenseite abzuwarten (Urk. 2 Rz 63). Wie der Beklagte zu Recht ausführt, ist vorliegend nicht relevant, ob er selbst eine Leistungsklage erheben kann oder nicht (Urk. 37 Rz 22), da es die Klägerin selbst in der Hand hat, mit

einer Leistungsklage Klarheit zu schaffen. Sollte die Klägerin in dem vom Beklagten angestrebten Vollstreckungsverfahren obsiegen (vgl. Urk. 20 Rz 18, Urk. 27 Rz 57 f.; Urk. 14 Rz 76, Urk. 37 Rz 22, Rz 32), wäre allerdings nicht ersichtlich, welcher andere Weg als eine Leistungsklage (ordentlicher Zivilprozess) dem Beklagten zur Verfügung stünde, um die Übertragung des Miteigentumsanteils zu bewerkstelligen. Daran ändert nichts, dass die Klägerin mit ihrer Leistungspflicht, der Übertragung des Miteigentumsanteils auf den Beklagten, einverstanden ist (Urk. 27 Rz 56).

2.4 Nach dem Gesagten dringt die Klägerin mit ihren Beanstandungen nicht durch. In der vorliegenden Situation ist die Möglichkeit der Klägerin, eine Leistungsklage zu erheben, zu bejahen. Dass eine solche Klage auf Leistung der Entschädigung (Zug um Zug gegen Übertragung ihres Miteigentumsanteils an der Liegenschaft auf den Beklagten gemäss Ziffer 1 des Vergleichs vom 7. Dezember 2020) "keinerlei Erfolgsaussichten" hätte, unabhängig davon, ob die Verbindlichkeit der Gutachten bejaht würde oder nicht (Urk. 27 Rz 50), trifft nicht zu. Damit hat die Vorinstanz zu Recht das Feststellungsinteresse verneint und ist mangels Rechtsschutzinteresse auf die Klage nicht eingetreten.

3. Der Vollständigkeit halber ist Folgendes zu bemerken: Das Miteigentum an der Liegenschaft ist nach wie vor ungeteilt. Die Klage des Beklagten auf Auflösung des Miteigentums, eine Gestaltungsklage in Form einer doppelseitigen Klage, mündete in den Vergleich vom 7. Dezember 2020 mit den darin enthaltenen Leistungspflichten (Urk. 7), nicht aber in eine Realteilung der Sache oder eine Versteigerung derselben (Art. 651 Abs. 2 ZGB; BK-Graham-Siegenthaler, Art. 651 ZGB N 34 ff.; BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, Art. 651 N 12). Die Klägerin anerkennt, dass die Höhe der für die Übertragung des Miteigentumsanteils zu bezahlenden Summe von der Rechtskraft des Vergleichs nicht erfasst wird (Urk. 28 Rz 25 und Rz 28). Der Beklagte teilt diese Auffassung (Urk. 37 Rz 16). In der vorliegenden Konstellation erscheint eine neuerliche Auflösungsklage nicht undenkbar, zumal das Teilungsgericht allfällige Vereinbarungen der Miteigentümer zu beachten hat. Haben sich die Parteien z.B. im Prinzip auf einen Auskauf geeinigt und streiten sie nur darüber, wem die Sache zuzusprechen sei, so darf das Gericht davon nicht abweichen (BK-Meier-Hayoz, Art. 651 ZGB N 21; BK-Graham-Siegenthaler, Art. 651 ZGB

N 40 f.). Folglich hätte ein (neuerlich angerufenes) Teilungsgericht den Vergleich vom 7. Dezember 2020 zu beachten und – da vorliegend die Übernahme der Liegenschaft durch den Beklagten feststeht – nur noch die Zuweisung des Grundeigentums an den Beklagten vorzunehmen und über die Höhe der Entschädigung der Klägerin zu befinden. Aus der Möglichkeit einer Gestaltungsklage (Art. 87 ZPO) kann die Klägerin aber nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, da die Feststellungsklage auch gegenüber der Gestaltungsklage subsidiär ist (BGE 135 III 378 E. 2.2).

4. Im Ergebnis ist die Berufung abzuweisen und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 13. Dezember 2023 zu bestätigen.

IV.

Ausgangsgemäss wird die Klägerin auch für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz ist aufgrund der unwidersprochen gebliebenen Angaben der Klägerin von einem Streitwert von CHF 750'000.– ausgegangen (Urk. 28 S. 12, Urk. 2 Rz 7, Urk. 14 Rz 21). Dieser Streitwert wurde nicht beanstandet. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG auf CHF 9'000.– festzusetzen. Sie ist mit dem Kostenvorschuss von CHF 7'000.– (Urk. 35) zu verrechnen; im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Auch das zweitinstanzliche Verfahren drehte sich um die Eintretensvoraussetzungen (Feststellungsinteresse) und nicht um die materielle Begründetheit der Klage, was für die Parteientschädigung eine Reduktion der Grundgebühr nach sich zieht (§ 4 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 1 AnwGebV e contrario). Eine weitere Reduktion ergibt sich aufgrund des Berufungsverfahrens (§ 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Die Parteientschädigung ist auf CHF 6'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung wird abgewiesen und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 13. Dezember 2023 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 9'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 750'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. Juli 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
st