

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY180056-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Urteil vom 1. April 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Klägerin, Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 11. Dezember 2018 (FE160192-G)**

**Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen
der Klägerin / Gesuchstellerin:
(Urk. 6/114 S. 2)**

- "1. Es sei der Klägerin gerichtlich zu bewilligen, das eheliche Haus der Parteien an der ...-Strasse ..., ... [Ort], ohne Zustimmung des Beklagten bestmöglichst zu verkaufen und den Verkaufserlös nach Abzug der auf der Liegenschaft per Handänderung lastenden Grundpfandschulden, Zinsen und Verkaufskosten (namentlich; Hypothekarkredit, Zinsen, fällige Amortisationszahlungen, Vorfälligkeitsentschädigung, Nebenkosten und Abgaben, Steuern etc.) auf einem auf beide Parteien lautenden Sperrkonto zu deponieren;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer von 7,7%, zulasten des Beklagten."

**Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht
Meilen vom 11. Dezember 2018:
(Urk. 2 S. 9 f.)**

- "1. Die Klägerin / Gesuchstellerin wird gerichtlich ermächtigt, das eheliche Haus der Parteien an der ...-Strasse ..., ... [Ort], ohne Zustimmung des Beklagten / Gesuchsgegners bestmöglichst zu verkaufen und den Verkaufserlös nach Abzug der auf der Liegenschaft per Handänderung lastenden Grundpfandschulden, Zinsen und Verkaufskosten (namentlich; Hypothekarkredit, Zinsen, fällige Amortisationszahlungen, Vorfälligkeitsentschädigung, Nebenkosten und Abgaben, Steuern etc.) auf einem auf beide Parteien lautenden Sperrkonto zu deponieren.
2. Die Kosten dieses Entscheids bleiben dem Endentscheid vorbehalten.
3. (Schriftliche Mitteilung)
4. (Berufung)"

Berufungsanträge:

des Beklagten, Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 11. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr. FE160192) sei in deren Dispositiv Ziff. 1 aufzuheben und wie folgt zu ändern:
 1. Das Gesuch der Klägerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen vom 27. September 2018 wird abgewiesen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7,7 % MwSt) zulasten der Berufungsbeklagten."

der Klägerin, Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 14 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer, zulasten des Beklagten, Gesuchsgegners und Berufungsklägers."

Erwägungen:

A. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1. Gemäss Eheschutzentscheid vom 23. Juni 2014 wurde das Getrenntleben der Parteien (vereinbarungsgemäss) geregelt. Dabei wurde die eheliche Liegenschaft an der ...-Str. ... in ... [Ort] der Klägerin, Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benutzung zugewiesen, wobei sie die Hypothekarzinsen, die Amortisationen sowie die aus dem üblichen Gebrauch entstehenden Kosten zu übernehmen hatte. Ferner wurde der Beklagte, Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Beklagter) zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen für die Klägerin und die drei gemeinsamen Kinder in der Höhe von insgesamt Fr. 5'740.– (Fr. 3'340.– Ehegattenunterhaltsbeiträge und je Fr. 800.– Unterhaltsbeiträge für die drei Kinder) verpflichtet (Urk. 6/3/82 S. 3 f.). Seit dem 23. November 2016 ist zwischen den Parteien bei der Vorinstanz ein Scheidungsverfahren hängig (Urk. 6/1). Der genaue Prozessverlauf kann den vorinstanzlichen Ausführungen im angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 2 S. 2). Ein vorsorgliches Abänderungsbegehren des Beklagten betreffend angemessene Herabsetzung der eheschutzrichterlich festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge sowie Aufhebung der der Klägerin persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge wies die Vorinstanz mittels Verfügung vom 4. Juli 2018 ab (Urk. 6/107 S. 2, 29). Dagegen erhob der Beklagte Berufung. Mit Entscheid der Kammer vom 8. März 2019 wurden die der Klägerin persönlich geschuldeten Un-

terhaltsbeiträge ab 1. Februar 2019 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens auf Fr. 2'958.– herabgesetzt (vgl. Prozess-Nr. LY180038/U). Mit Eingabe vom 27. September 2018 liess die Klägerin vorsorgliche Massnahmen in Bezug auf die eheliche Liegenschaft in ... [Ort] beantragen, wonach ihr gerichtlich zu bewilligen sei, dieses Haus ohne Zustimmung des Beklagten bestmöglichst zu verkaufen und den Verkaufserlös nach Abzug der auf der Liegenschaft per Handänderung lastenden Grundpfandschulden, Zinsen und Verkaufskosten auf einem auf beide Parteien lautenden Sperrkonto zu deponieren (Urk. 6/114 S. 2). Die Stellungnahme des Beklagten datiert vom 15. Oktober 2018. Darin schloss er auf Abweisung des Massnahmebegehrens, sofern darauf einzutreten sei (Urk. 6/118). In der Folge bezog die Klägerin fristwährend (Urk. 6/122) mittels Eingabe vom 5. November 2018 (Urk. 6/124) Stellung zu den gegnerischen Noven (Urk. 6/124). Darauf replizierte der Beklagte rechtzeitig (Urk. 6/126/1) mittels Zuschrift vom 23. November 2018 (Urk. 6/127). Mit Verfügung vom 11. Dezember 2018 ermächtigte die Vorinstanz die Klägerin antragsgemäss, das eheliche Haus der Parteien in ... [Ort] ohne Zustimmung des Beklagten bestmöglichst zu verkaufen und den Verkaufserlös nach Abzug der auf der Liegenschaft per Handänderung lastenden Grundpfandschulden, Zinsen und Verkaufskosten auf einem auf beide Parteien lautenden Sperrkonto zu deponieren. Ferner stellte sie der Klägerin die letzte Eingabe des Beklagten samt Beilagen zu (Urk. 6/129 S. 9 = Urk. 2 S. 9).

2. Dagegen liess der Beklagte rechtzeitig (vgl. Urk. 6/130/1) mit Eingabe vom 21. Dezember 2018 Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen erheben (Urk. 1 S. 2). In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Aufschub der Vollstreckbarkeit der vorsorglichen Massnahmen (Urk. 1 S. 2). Mittels Präsidialverfügung vom 31. Dezember 2018 wurde der Klägerin Frist anberaumt, um zu diesem Gesuch Stellung zu beziehen. Ferner wurde dem Beklagten Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses für das Berufungsverfahren in der Höhe von Fr. 3'000.– angesetzt (Urk. 5). Mit Eingabe vom 9. Januar 2019 liess die Klägerin rechtzeitig auf Abweisung des Begehrens um Aufschub der Vollstreckbarkeit Antrag stellen (Urk. 7 S. 2). Mittels Präsidialverfügung vom 10. Januar 2019 wurde der Berufung gegen Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 10). Mit Eingabe vom 11. Januar 2019 liess der Be-

klagte beantragen, er sei von der Vorschussleistung zu befreien (Urk. 11 S. 2). Mittels Präsidialverfügung vom 14. Januar 2019 wurde dem Beklagten die mittels Verfügung vom 31. Dezember 2018 angesetzte Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses einstweilen abgenommen und der Klägerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort anberaumt (Urk. 13). Mit Zuschrift vom 21. Januar 2019 liess die Klägerin die Berufung fristgerecht beantworten und die eingangs zitierten Anträge stellen (Urk. 14). Mit Zuschrift vom 25. Januar 2018 lancierte der Beklagte eine Noveneingabe samt Beilagen (Urk. 15 und Urk. 17/1-2). Mittels Präsidialverfügung vom 6. Februar 2019 wurde dem Beklagten Frist anberaumt, um sich zu den neuen Vorbringen und Beilagen (Urk. 9/1-2) der Berufungsantwort zu äussern. Weiter wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zur beklagischen Noveneingabe samt Beilagen Stellung zu beziehen (Urk. 18). Die rechtzeitige Stellungnahme der Klägerin datiert vom 14. Februar 2019 (Urk. 19). Der Beklagte erstattete seine Stellungnahme nach gewährter Fristerstreckung (Urk. 20) fristwährend mittels Eingabe vom 4. März 2019 samt Beilagen (Urk. 21 und Urk. 23/1-10). Mit Zuschrift vom 7. März 2019 liess der Beklagte eine Noveneingabe samt Beilagen einreichen (Urk. 24, Urk. 25 und Urk. 26/1-4). Mittels Präsidialverfügung vom 11. März 2019 wurde die Stellungnahme der Klägerin dem Beklagten und wurden die Stellungnahme und die Noveneingabe des Beklagten je samt Beilagen der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Gleichzeitig wurde den Parteien der Eintritt der Urteilsberatungsphase angezeigt (Urk. 17). Mittels Zuschrift vom 25. März 2019 machte die Klägerin von ihrem Replikrecht Gebrauch (Urk. 28). Weil die Berufung des Beklagten gutzuheissen sein wird (vgl. nachstehende Erwägungen), ist dieser durch die Verweigerung seines Replikrechts nicht beschwert. Die letzte klägerische Eingabe kann ihm daher mit dem vorliegenden Endentscheid zugestellt werden. Das Verfahren ist mithin spruchreif.

B. Prozessuales

1. Während des Scheidungsverfahrens trifft das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar. Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet hat, dauern weiter. Für die Aufhebung oder Änderung ist das Scheidungsgericht zuständig (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZPO). Das Verfahren ist summarischer Natur (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO). Es genügt somit die blosser Glaubhaftmachung der tatsächlichen Verhältnisse.

2. Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbstständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.).

Die Anforderungen an die Begründung einer Berufung (BGE 138 III 374 E. 4.3.1, S. 375) gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGer 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.4; vgl. auch BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; so in Bezug auf die Beschwerdeantwort im bundesgerichtlichen Verfahren auch BGE 140 III 115, E. 2 S. 116). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren betreffend die der eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterliegenden Belange nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Neue rechtliche Ausführungen stellen keine Noven dar.

4. Indem die Vorinstanz der Klägerin die letzte Eingabe des Beklagten vom 23. November 2018 samt Beilagen (Urk. 6/127 und Urk. 6/128/1-8) erst mit ihrem Entscheid vom 11. Dezember 2018 zukommen liess (vgl. Urk. 2 S. 9, Dispositivziffer 3), verletzte sie zwar das Replikrecht der Klägerin und damit deren rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO). Solches wurde seitens der Klägerin allerdings nicht gerügt (vgl. Urk. 14). Zudem war sie durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert. Und schliesslich kann diese Gehörsverletzung im Rahmen des Berufungsverfahrens mit Blick auf die volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen (Art. 310 ZPO) geheilt werden.

C. Verkaufsermächtigung der Klägerin

1. Die Vorinstanz erwog, die Parteien seien je zur Hälfte Miteigentümer der Liegenschaft an der ...-Str. ... in ... [Ort]. Es handle sich bei der Liegenschaft unbestrittenermassen um die Familienwohnung. Die geplante Veräusserung dieser Familienwohnung falle unter die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte nach Art. 169 Abs. 1 ZGB. Im Rahmen des Eheschutzentscheides vom 23. Juni 2014 sei die Liegenschaft der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zugewiesen worden, wobei sie sich zur Übernahme der Hypothekarzinsen, der Amortisationen sowie der aus dem üblichen Gebrauch entstehenden Kosten verpflichtet habe. Der Beklagte sei zur Bezahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen von je Fr. 800.– für die drei Kinder und Fr. 3'340.– für die Klägerin persönlich verpflichtet worden. Das von der Klägerin erzielte Mehreinkommen von Fr. 1'200.– pro Monat könne vorliegend keine Berücksichtigung finden, weil die Klägerin zu diesem Mehrverdienst nicht verpflichtet und zudem auch nicht klar sei, ob er von Dauer sei. Die Klägerin sei fraglos darauf angewiesen, dass der Beklagte ihr die Unterhaltsbeiträge regelmässig leiste, um die Hypothekarzinsen, neben allen laufenden Kosten, bezahlen zu können. Ab 1. April 2018 habe die Klägerin jedoch das Amt für Jugend und Berufsberatung (Alimentenhilfe) mit dem Inkasso der Unterhaltsbeiträge beauftragt und den Beklagten auch betrieben. Für die Monate April und Mai 2018 habe der Beklagte statt monatlich Fr. 5'740.– je nur Fr. 1'985.– bezahlt. Der Beklagte bemühe sich zwar offenbar, die ausstehenden Unterhaltsbeiträge nachzuzahlen. Damit stehe aber fest, dass die Klägerin ungenügende Unterhaltszahlungen zur Begleichung der Hypothekarzinsen erhalte. Es gehe vorliegend nicht darum, dass momentan seitens der kreditgebenden Bank "nichts passiere". Es stimme zwar, dass der Zwangsverwertung einige Schritte wie Kündigung und Betreibung vorausgehen würden, relevant sei aber, dass die ZKB zur Zwangsverwertung der ehelichen Liegenschaft schreiten werde, sofern die Hypothekarzinsen weiterhin nicht bezahlt würden. Es sei sodann gerichtsnotorisch, dass bei einer Zwangsverwertung der erzielte Verkaufserlös viel tiefer liege als beim Freihandverkauf, weshalb sich aus wirtschaftlicher Sicht der Familie ein Freihandverkauf aufdränge. Das gelte auch in Bezug auf die Vorfällig-

keitsentschädigung. Es sei wirtschaftlicher, die Vorfälligkeitsentschädigung zu bezahlen, als auf die Zwangsverwertung zu warten. Zwar fielen höchstwahrscheinlich bei der Klägerin höhere Mietkosten als die derzeitigen Hypothekarzinsen an, allerdings drohe die Zwangsverwertung. Die Klägerin könne und wolle die eheliche Liegenschaft güterrechtlich nicht übernehmen, weshalb sie und die Kinder ohnehin auszuziehen hätten. Beide Parteien brächten sodann keine Gründe vor, weshalb ein Auszug gegen das Kindeswohl spräche. Solche seien vorliegend auch nicht ersichtlich. Der Einzug des Beklagten in die eheliche Liegenschaft, nachdem diesem seine Wohnung mit Schreiben vom 30. September 2018 gekündigt worden sei, wäre zwar eine mögliche Übergangslösung, sofern die Klägerin dann ausgezogen und der Verkauf noch nicht abgeschlossen wäre. Dieser hätte aber nichts damit zu tun, dass Schritte zum Verkauf der ehelichen Liegenschaft bereits heute eingeleitet werden müssten, ansonsten die Zwangsverwertung drohe. Die Klägerin, welche in der Familienwohnung lebe, könne Art. 169 Abs. 2 ZGB anrufen. Dies stehe der ratio legis von Art. 169 Abs. 2 ZGB nicht entgegen, nämlich dass Rechtsgeschäfte betreffend die Familienwohnung bei Verweigerung der Zustimmung des anderen Ehegatten möglich blieben, wenn eine Abwägung der gesamten Interessen der Familie stattfinde. Art. 169 Abs. 2 ZGB bezwecke eben gerade einen Eingriff in die Eigentumsrechte, weshalb nicht leichthin über ein solches Gesuch entschieden werden solle. Wenn aber der Beklagte die festgesetzten Unterhaltsbeiträge an die Klägerin nicht bezahle und damit die Zwangsverwertung der ehelichen Liegenschaft verursache, was offensichtlich nicht im Interesse der Familie sei, so sei die Klägerin zu ermächtigen, im Interesse der Familie alleine zu handeln. Damit werde in Bezug auf das Güterrecht nur darüber entschieden, dass die Klägerin die Liegenschaft verkaufen könne, nicht aber über die güterrechtliche Auseinandersetzung an sich. Im Ergebnis überwiege das familiäre Interesse am Verkauf gegenüber dem Interesse an der Beibehaltung der ehelichen Liegenschaft. Der Beklagte bringe keinen triftigen Grund vor, aufgrund dessen er seine Zustimmung zur Veräußerung der ehelichen Liegenschaft verweigern könnte, vielmehr noch habe er mit seinem eigenmächtigen Handeln die Klägerin gezwungen, das vorliegende Gesuch überhaupt zu stellen (Urk. 2 S. 4 ff. m.w.H.).

2. Der Beklagte stellt sich mit seiner Berufung gegen einen sofortigen Freihandverkauf der Liegenschaft ohne seine Zustimmung durch die Klägerin, während diese am angefochtenen Entscheid festhalten will (Urk. 1; Urk. 14).

3. Nach Art. 169 Abs. 1 ZGB kann ein Ehegatte nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des anderen einen Mietvertrag kündigen, das Haus oder die Wohnung der Familie veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an der Wohnung der Familie einschränken. Gemäss Art. 169 Abs. 2 ZGB kann der Ehegatte, dem diese Zustimmung ohne triftigen Grund verweigert wird, das Gericht anrufen. Auf diese Bestimmung beruft sich die Klägerin (Urk. 6/114 S. 7; vgl. auch Urk. 28 S. 2).

Art. 169 ZGB will jenen Ehegatten schützen, dem keine Verfügungsmacht über die Familienwohnung zusteht, sei es, dass nur sein Ehepartner den Mietvertrag abgeschlossen hat, sei es, dass die Liegenschaft in dessen Alleineigentum steht. Der allein berechnigte Ehegatte soll nicht ohne Rücksprache mit dem anderen über das Schicksal der ehelichen Wohnung oder Liegenschaft verfügen können (BGE 114 II 396 E.5a; bestätigt in BGE 142 III 720 E. 4.2.2; BSK ZGB-Schwander, Art. 169 N 1). Steht die Familienwohnung im Miteigentum der Ehegatten, bleibt für eine Anwendung von Art. 169 ZGB nur noch ausnahmsweise Raum, zumal die Sondervorschrift von Art. 201 Abs. 2 ZGB der einseitigen Verfügung über den Miteigentumsanteil eines Gatten grundsätzlich entgegensteht (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 169 ZGB N 38). Bei Mit- oder Gesamteigentum kann die gerichtliche Aufhebung des Gemeinschaftsverhältnisses verlangt werden. Die Zustimmung zum Verkauf durch den anderen Ehegatten kann aber nicht durch Ermächtigung des Gerichts nach Art. 169 Abs. 2 ZGB ersetzt werden. Art. 169 ZGB kann keine dingliche Berechnigung des die Zustimmung verweigernden Ehegatten aufheben (ZR 103/2004 Nr. 64, S. 255).

Vorliegend steht die eheliche Liegenschaft, wie erwähnt, im hälftigen Miteigentum beider Parteien. Die Klägerin will zur freihändigen Veräusserung der gesamten Liegenschaft und damit auch des Miteigentumsanteils des Beklagten berechnigt werden. Dies würde mit anderen Worten bedeuten, dass die dem Beklagten gestützt auf Art. 646 Abs. 3 ZGB zustehende Berechnigung zur Verfügung über sei-

nen Miteigentumsanteil bzw. seine Berechtigung, auf eine solche Verfügung zu verzichten, aufgehoben würde. Dies sprengt jedoch den Anwendungsbereich von Art. 169 Abs. 2 ZGB, gestützt auf welchen weder die dingliche Berechtigung des die Zustimmung verweigernden Ehegatten aufgehoben (ZR 103/2004 Nr. 64, S. 255; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 26 zu Art. 169 ZGB) noch dieser gegen seinen Willen schuldrechtlich verpflichtet werden kann. Eine rechtliche Grundlage, um der Klägerin das von ihr Begehrte zuzusprechen, ist damit mit Art. 169 Abs. 2 ZGB nicht gegeben.

Der durch Art. 169 ZGB gewährte Wohnungsschutz setzt zudem ein Bedürfnis an der Beibehaltung der bisher bewohnten Räumlichkeiten voraus, somit ein mit dem Zweck des Art. 169 ZGB umschriebenes Rechtsschutzbedürfnis. Die Klägerin will hingegen die eheliche Liegenschaft veräussern und gedenkt, mit den Kindern in eine Wohnung zu ziehen. Sie verzichtet damit konkludent auf den Schutz dieser Liegenschaft als Familienwohnung im Sinne von Art. 169 Abs. 1 ZGB. Dass die Klägerin ihren Antrag betreffend alleinige Verkaufsermächtigung aus finanziellen Überlegungen stellt, nämlich mit Blick auf die drohende Zwangsverwertung der Liegenschaft (vgl. Urk. 9/2), ändert nichts. So oder anders entfällt der Wohnungsschutz. Zwar kann sich ein Ehegatte auch während des Scheidungsprozesses auf Art. 169 ZGB berufen, doch verliert der von dieser Bestimmung gewährte Schutz seine Berechtigung, wenn der Ehegatte die Familienwohnung endgültig verlassen hat oder verlassen muss und wenn keine Aussicht mehr besteht, dass die Ehegatten in der vormaligen Familienwohnung das Zusammenleben wieder aufnehmen werden (BGE 114 II 396 Regeste 2).

Der Beklagte ist aus der ehelichen Liegenschaft längst ausgezogen. Er bekundete zwar die Absicht, nachdem ihm seine Wohnung im September 2018 gekündigt worden ist, bis zum Auslauf der Hypothek im Jahr 2021 wieder in der ehelichen Liegenschaft wohnen zu wollen (Urk. 2 S. 3; Urk. 6/118 S. 6 Rz. 10; vgl. auch den Eventualantrag S. 5). Allerdings hat er nunmehr per Februar 2019 eine neue Wohnung zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'790.– in ... [Ort] mieten können (Urk. 17/1). Der Mietvertrag ist auf ein Jahr befristet und nicht kündbar. Der Beklagte ist daher zurzeit nicht mehr auf die eheliche Liegenschaft zu Wohnzwe-

cken angewiesen. Zudem macht er auch nicht geltend, ein (berechtigtes) Interesse am dauerhaften Bewohnen der ehelichen Liegenschaft zu haben, sondern lehnt die (umgehende) freihändige Veräusserung der Liegenschaft letztlich einzig aus finanziellen Überlegungen ab (vgl. auch den Eventualantrag, wonach er den Verkauf der Liegenschaft bis spätestens Ende 2021 alleine abwickeln möchte (Urk. 6/118 S. 5)). Es geht vorliegend mithin nicht um den Schutz der Familienwohnung (zu Wohnzwecken), sondern gerade um das Gegenteil, nämlich den Verkauf derselben aus finanziellen Überlegungen. Ein freihändiger Verkauf der ehelichen Liegenschaft mag angesichts der drohenden Zwangsverwertung (vgl. Urk. 9/2 i.V.m. Art. 317 Abs. 1 ZPO) wirtschaftlich besser erscheinen (vgl. Urk. 6/119/2 [E-Mail der Bankerin vom 31. Juli 2018]) und läge damit im finanziellen Interesse der Familie. Der Sicherung allfälliger finanzieller Ansprüche dient indes die Bestimmung von Art. 169 ZGB gerade nicht. Vielmehr hätte die Klägerin sachen- und/oder ehedüterrechtlich vorzugehen, wenn sie das hälftige Miteigentum an der ehelichen Liegenschaft (vorzeitig) aufheben lassen will (vgl. Art. 650 ZGB).

Auch dass die Parteien zur Bezahlung ihrer Prozesskosten offenbar auf die Veräusserung der ehelichen Liegenschaft (und auch der weiteren Ferienliegenschaft im ... [Kanton], vgl. Urk. 6/114 S. 3 unten) angewiesen sind (Urk. 14 S. 3), ändert nichts daran, dass der klägerische Antrag sich nicht auf den angerufenen Art. 169 ZGB stützen lässt.

Selbst die Vorinstanz räumte ein, dass die vorliegende Konstellation eine andere sei als die, welche man üblicherweise vor Augen habe. Hier rufe die Klägerin, welche mit den Kindern in der Familienwohnung lebe, Art. 169 ZGB für einen Verkauf und nicht für einen Verbleib an. Das sei aufgrund von Art. 169 Abs. 2 ZGB möglich und stehe dessen ratio legis nicht entgegen, nämlich dass Rechtsgeschäfte betreffend die Familienwohnung bei Unmöglichkeit bzw. Verweigerung der Zustimmung des anderen Ehegatten möglich blieben, wenn eine Abwägung der gesamten Interessen der Familie stattfände. Art. 169 Abs. 2 ZGB bezwecke denn auch gerade einen Eingriff in die Eigentumsrechte, weshalb nicht leichtfertig über ein solches Gesuch entschieden werden soll (Urk. 2 S. 8). Dieser Meinung,

welche die Vorinstanz im Übrigen weder auf die Praxis noch die Lehre zu stützen vermag (Urk. 2 S. 8), ist nach dem Gesagten jedoch nicht zu folgen. Solches würde zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Überdehnung von Art. 169 ZGB führen, dessen Schutzgedanke, wie dargetan, einzig darin besteht, zu verhindern, dass ein Ehegatte (ohne triftige Gründe) der lebenswichtigen Familienwohnung verlustig geht.

Dass der Beklagte die Rechtsauffassung der Vorinstanz im Rahmen seiner Berufung nicht mehr kritisiert hat (vgl. Urk. 1 S. 2 ff.; demgegenüber: Urk. 6/118 S. 5 f.; Urk. 2 S. 7 f.), ändert sodann nichts, zumal das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO). Die vorliegende Rechtsanwendung kommt denn auch nicht etwa überraschend, nachdem Art. 169 ZGB, worauf die Klägerin ihren vorsorglichen Antrag stützt (Urk. 6/114 S. 7), vor Vorinstanz Thema war und von dieser denn auch abgehandelt wurde (Urk. 2 S. 4 f., 7 f.).

Zu ergänzen ist, dass im Massnahmeverfahren nicht die güterrechtliche Auseinandersetzung bzw. der Entscheid über die Art der Teilung des Miteigentums (Art. 651 ZGB) vorweggenommen werden soll (vgl. auch Urk. 6/118 S. 6 f.), zumal die Zuweisung der Liegenschaft an den Beklagten zumindest nicht abwegig erscheint (Urk. 6/118 S. 7 Rz. 13; vgl. auch Urk. 21 S. 4 und Urk. 23/4). Dabei spielt auch keine Rolle, dass sich die Parteien bislang über den Verkauf der Liegenschaft an sich offenbar einig waren (Urk. 14 S. 5 f.; Urk. 19 S. 3).

Weil die Berufung aus rechtlichen Überlegungen gutzuheissen ist, erübrigt es sich, auf die diversen tatsächlichen Vorbringen der Parteien hinsichtlich der weiteren Finanzierung der ehelichen Liegenschaft näher einzugehen. Insbesondere muss nicht geprüft werden, ob die Klägerin in der Lage wäre, die Hypothekarzinsen und die (allerdings nunmehr sistierten) Amortisationen [vgl. Urk. 23/6] zu bezahlen bzw. nachzuzahlen (vgl. Urk. 1 S. 9; Urk. 21 S. 3). Es ist auch nicht von Belang, ob ihre Betreibung schikanös erscheint, wie der Beklagte meint (vgl. Urk. 24 und Urk. 26/1-4). Und schliesslich braucht nach dem Gesagten nicht geprüft zu werden, ob mit Blick auf die Zahlungsausstände die Zwangsverwertung der Liegenschaft bzw. zunächst die Kündigung der Hypothek durch die ZKB nun-

mehr tatsächlich unmittelbar droht (vgl. Urk. 14 S. 5; Urk. 9/2; Urk. 21 S. 2 ff.; Urk. 23/1-3, /6; Urk. 28 S. 3 f.),

D. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Vorinstanz behielt die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vor (Urk. 2 S. 9; Art. 104 Abs. 3 ZPO).

2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich der unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Sodann ist die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 95 Abs. 1 und 3 ZPO). Diese ist auf Fr. 4'000.– (einschliesslich 7.7 % MwSt. [vgl. Urk. 1 S. 2]) festzusetzen (vgl. Art. 96 ZPO i.V.m. § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1-3 und § 13 Abs. 1 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung des Beklagten wird die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 11. Dezember 2018 aufgehoben, und das Gesuch der Klägerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (gerichtliche Verkaufsermächtigung) wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von Urk. 28, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen 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) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 1. April 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
sf