

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY210045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech  
und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. H. Lampel

## Urteil vom 21. Oktober 2021

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Fürsprecher Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 7. Oktober 2021 (FE190091-A)**

### **Erwägungen:**

1.1. Die Parteien (fortan Klägerin und Beklagter) stehen sich seit dem 8. November 2019 vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren gegenüber (Urk. 7/1 ff.). Mit Eingabe vom 5. Oktober 2021 reichte die Klägerin das folgende (superprovisorische) vorsorgliche Massnahmebegehren ein (Urk. 7/52 S. 2):

"1. Es sei die Verfügung des Beklagten über seinen Miteigentumsanteil an der Liegenschaft C.\_\_\_\_-gasse .../... in D.\_\_\_\_ insofern zu beschränken, als er darüber nur noch mit Zustimmung der Klägerin verfügen kann, und es sei die entsprechende Verfügungsbeschränkung im Grundbuch anzumerken.

2. Es sei diesem Gesuch gestützt auf Art. 265 ZPO im Sinne einer superprovisorischen Massnahme ohne vorgängige Anhörung des Beklagten stattzugeben."

Mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 wies die Vorinstanz das vorsorgliche Massnahmebegehren ab (Urk. 2 = Urk. 7/54).

1.2. Hiergegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 13. Oktober 2021, eingegangen am 14. Oktober 2021, rechtzeitig (vgl. Urk. 7/55) Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

"1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichtes Affoltern vom 7. Oktober 2021 aufzuheben und in Gutheissung unseres Begehrens um Erlass vorsorglicher Massnahmen die Verfügungsbefugnis des Beklagten über die Liegenschaft C.\_\_\_\_-gasse .../... in D.\_\_\_\_ insofern zu beschränken, als er darüber nur mit Zustimmung der Klägerin verfügen kann; die entsprechende Verfügungsbeschränkung sei im Grundbuch anzumerken.

2. Es sei diesem Gesuch gestützt auf Art. 265 ZPO im Sinne einer superprovisorischen Massnahme ohne vorgängige Anhörung des Beklagten stattzugeben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten des Beklagten."

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 7/1-57). Da sich die Berufung – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – sogleich als offensichtlich

unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache wird das Begehren um Erlass (superprovisorischer) vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Berufungsverfahrens gegenstandslos.

3. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. In der schriftlichen Berufungsbegründung (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 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 138 III 374 = Pra 102 [2013] Nr. 4, E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1).

4. Gemäss Art. 178 Abs. 1 ZGB kann das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Verfügung über bestimmte Vermögenswerte von dessen Zustimmung abhängig machen, soweit es die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Familie oder die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der ehelichen Gemeinschaft erfordert (Art. 178 Abs. 1 ZGB). Dabei trifft das Gericht die geeigneten sichernden Massnahmen (Art. 178 Abs. 2 ZGB). Untersagt es einem Ehegatten, über ein Grundstück zu verfügen, lässt es dies von Amtes wegen im Grundbuch anmerken (Art. 178 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 55 Abs. 1 GBV und Art. 262 lit. c ZPO). Der Zweck von Art. 178 ZGB dient der Sicherung u.a. von güterrechtlichen Ansprüchen, die in schweren Ehekrisen durch Vermögensverschiebungen gerade im Hinblick auf eine Auflösung der Ehe gefährdet werden können (BGE 118 II 378 E. 3b; Botschaft über die Änderung des ZGB vom 11. Juli 1979, BBl. 1979, Bd. II, 1281). Ansprüche aus Güterrecht können schon im Stadium der blossen Anwartschaft gefährdet sein, wenn ihre spätere Erfüllung wegen fehlenden oder ungenügenden Vermögenssubstrats fraglich erscheint. Im Interesse einer korrekten güterrechtlichen Liquidation kann es geboten

sein, durch eine Verfügungsbeschränkung den Vermögensstand in quantitativer und qualitativer Hinsicht zu erhalten (BSK ZGB I-Issenring/Kessler, Art. 178 N 10 m.H.).

5. Die Vorinstanz erwog in der angefochtenen Verfügung nach allgemeinen Ausführungen zu den Voraussetzungen für den Erlass superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 261 ZPO in Verbindung mit Art. 265 ZPO (Urk. 2 Erw. 2), gemäss Grundbuchauszug vom 25. November 2010 (Urk. 7/19/12) betreffend das Grundstück Grundbuch Blatt 1, Liegenschaft, Kataster Nr. 2 in D.\_\_\_\_\_, stehe dieses im Eigentum von B.\_\_\_\_\_ und von E.\_\_\_\_\_ als Gesamteigentümer / einfache Gesellschaft. Entgegen dem klägerischen Antrag befinde sich die Liegenschaft somit nicht im Miteigentum, sondern im Gesamteigentum des Beklagten und von E.\_\_\_\_\_, welche die Liegenschaft als einfache Gesellschaft erworben hätten (Urk. 2 Erw. 3). Unter Hinweis auf Art. 544 Abs. 1 OR, wonach für die einfache Gesellschaft erworbene Sachen den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags gehören, erwog die Vorinstanz weiter, es stehe somit nicht in der Disposition des Beklagten, als Alleineigentümer über die Liegenschaft als eigenes Rechtsobjekt oder einen ausscheidbaren Anteil derselben zu verfügen (vgl. Art. 652 ZGB). Somit entbehre die beantragte, auf einen ausscheidbaren Anteil des Beklagten zielende Verfügungsbeschränkung der alleinigen Verfügungsmacht des Beklagten, womit weder die Passivlegitimation noch eine entsprechende Rechtsgrundlage gegeben seien. Demnach sei das Begehren um vorsorgliche Massnahmen abzuweisen (Urk. 2 Erw.4).

6. Die Klägerin rügt in der Berufungsschrift, die Vorinstanz verkenne, dass eine einfache Gesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit besitze. Sie verkenne ausserdem, dass es sich bei der in Art. 178 ZGB vorgesehenen Verfügungsbeschränkung um eine Sicherungsmassnahme handle, die sich auf alle Vermögenswerte eines Ehegatten beziehen könne, also auch auf Vermögenswerte, über die ein Ehegatte nur im Rahmen von Gesamthandsansprüchen oder indirekt über eine Gesellschaft verfüge (Urk. 1 S. 3). Nachdem der Beklagte an der Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ über einen Gesamthandsanspruch verfüge, der seinem

Vermögen zuzuordnen sei, könne auch eine Verfügungsbeschränkung erlassen werden, sofern die Voraussetzungen von Art. 178 ZGB gegeben seien. Ob der Beklagte an der Liegenschaft über einen Gesamthandsanspruch oder - wie versehentlich im Massnahmebegehren vom 5. Oktober 2021 angenommen - über einen Miteigentumsanteil verfüge, sei hingegen unerheblich. Die Passivlegitimation des Beklagten sei zu bejahen (Urk. 1 S. 3 f.). Die Klägerin erachtet die Voraussetzungen von Art. 178 ZGB vorliegend als erfüllt. Sie habe im Scheidungsverfahren eine Ersatzforderung in Höhe von Fr. 550'000.00 zuzüglich Mehrwertanteil geltend gemacht, weil der Beklagte Mittel aus ihrem Eigengut in die von ihm zusammen mit E.\_\_\_\_\_ erworbene Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ investiert habe. Nachdem der Beklagte diese Sachdarstellung anerkannt habe, sei ein vermögensrechtlicher Anspruch der Klägerin in erheblicher Höhe zumindest glaubhaft gemacht (Urk. 1 S. 4 f.). Die Durchsetzbarkeit des klägerischen Anspruchs erscheine gefährdet. Der Beklagte lasse ausführen, dass sein gesamtes Vermögen in der Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ gebunden sei. Er gedenke nun, diese Liegenschaft zu veräussern, und habe den entsprechenden Verkaufsauftrag auch bereits erteilt. Damit bestehe die naheliegende Gefahr, dass der Anteil des Beklagten am Verkaufserlös im Zeitpunkt der Scheidung nicht mehr vorhanden sein werde und die Klägerin ihren vermögensrechtlichen Anspruch nicht mehr durchsetzen könne, da der Beklagte sich bis dahin ins Ausland abgesetzt oder den Verkaufserlös verbraucht haben könnte (Urk. 1 S. 5 ff.).

7.1. Dem eingereichten Grundbuchauszug vom 25. November 2010 (Urk. 5/2 = Urk. 7/19/12) ist zu entnehmen, dass sich die Liegenschaft Grundbuch Blatt 1, Liegenschaft, Kataster Nr. 2, C.\_\_\_\_\_gasse ... in der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Ausstellung des Auszugs im Gesamteigentum des Beklagten und von E.\_\_\_\_\_ befand. Gemäss Angaben der Klägerin in ihrer Berufungsschrift vom 13. Oktober 2021 sind die Eigentumsverhältnisse an der betreffenden Liegenschaft seither unverändert geblieben (Urk. 1 S. 4). Dies steht in Einklang mit den Ausführungen des Beklagten in der Klageantwort vom 17. Februar 2021 (Urk. 5/4 = Urk. 7/34 Rz. 6 und Rz. 19).

7.2. Der ohne Anführung einer Belegstelle vorgebrachte klägerische Standpunkt, wonach es für die Anmerkung einer Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art. 178 Abs. 3 ZGB unerheblich sei, dass sich die betreffende Liegenschaft im Gesamteigentum befinde (Urk. 1 S. 4), geht fehl. Höchstrichterlich wurde die Frage soweit ersichtlich noch nicht entschieden. Gemäss Lehre und kantonaler Rechtsprechung kann das Grundbuch gestützt auf Art. 178 ZGB nur mit Bezug auf ein Grundstück im Allein- oder Miteigentum des beklagten Ehegatten gesperrt werden, dagegen nicht mit Bezug auf ein Grundstück im Gesamteigentum einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (Entscheid der Obergerichtskommission Obwalden vom 15. Oktober 1999, in: AbR 1998/99 Nr. 6, Erw. 3b; BK ZGB-Spühler/Frei-Maurer, Art. 145 N 376 mit Hinweis auf Art. 178 ZGB). Diese Praxis hinsichtlich von Liegenschaften im Gesamteigentum, etwa einer Erbengemeinschaft oder einer einfachen Gesellschaft, gab es schon vor der Revision der massgebenden Bestimmungen (vgl. ZBGR 64/1983 S. 6; ZR 1940 [39] Nr. 128 Erw. 1). Bereits der mittlerweile aufgehobene Art. 145 ZGB sah den Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens u.a. hinsichtlich der güterrechtlichen Verhältnisse vor. In dieser Hinsicht kommen nun Art. 276 ZPO in Verbindung mit Art. 172 bis 179 ZGB zur Anwendung. Mit dem Erlass von Art. 178 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 55 Abs. 1 GBV betreffend Anmerkung einer Beschränkung der Verfügungsbefugnis im Grundbuch wurde eine bundesrechtliche Grundlage für die früher u.a. im Kanton Zürich gebräuchliche Kanzleisperre geschaffen, welche etwa der Sicherstellung von güterrechtlichen Geldforderungen diene (vgl. dazu BGE 103 II 1 Erw. 3; BK ZGB-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 178 N 3, N 25 und N 25b). Die Änderung des Eherechts hat hinsichtlich der vorliegend relevanten Frage der Anmerkung einer Grundbuch- bzw. Kanzleisperre mit Bezug auf eine Liegenschaft im Gesamteigentum somit nichts geändert (Entscheid der Obergerichtskommission Obwalden vom 15. Oktober 1999, a.a.O. mit Hinweis auf die Botschaft über die Änderung des ZGB vom 11. Juli 1979, BBl. 1979, Bd. II, 1281).

7.3. Der von der Klägerin zitierte Bundesgerichtsentscheid (Urk. 1 S. 3), gemäss welchem mit einem Durchgriff auch Vermögenswerte gesichert werden können, die formell nicht dem Ehegatten gehören, sondern in einem von ihm be-

herrschten Unternehmen oder Trust liegen (BGer 5A\_259/2010 vom 26. April 2012, Erw. 7.3.2.2 ff.; Vetterli, in: FamKomm Scheidung, Art. 178 N 6), erweist sich als nicht einschlägig, geht es doch in jenem Entscheid weder um eine Liegenschaft noch um Gesamteigentum.

7.4. Sodann trifft es gemäss dem klägerischen Hinweis zwar zu, dass die einfache Gesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt (Urk. 1 S. 3). Daraus kann die Klägerin indessen nichts für ihren Standpunkt ableiten. Weil die einfache Gesellschaft nicht rechtsfähig ist, sondern eine Rechtsgemeinschaft ist, gehören ihre Vermögenswerte den Gesellschaftern nach den Grundsätzen der gemeinschaftlichen Berechtigung. Ist vertraglich nichts anderes vorgesehen, so besteht daran eine Berechtigung zur gesamten Hand. Das Recht jedes einzelnen Gesellschafters geht auf die ganze Sache (Art. 544 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 652 ZGB). Verfügungen darüber können demzufolge nur von allen Gesellschaftern gemeinsam vorgenommen werden (BSK OR II-Pestalozzi/Vogt, Art. 544 N 3 m.H.; BSK ZPO-Ruggle, Art. 70 N 8 f.). Entscheidend ist vorliegend, dass es um eine Liegenschaft geht, welche sich im Gesamteigentum der beiden Gesellschafter der einfachen Gesellschaft befindet (Urk. 5/2 = Urk. 7/19/12). Um die Anmerkung einer Verfügungsbeschränkung hinsichtlich dieser Liegenschaft zu erwirken, müsste die Klägerin die beiden Gesamteigentümer bzw. Gesamthänder gemeinsam ins Recht fassen können. Die Anmerkung einer Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 178 Abs. 3 ZGB führt zur Schliessung des Hauptbuchblattes mit der Folge, dass der Eigentümer-Ehegatte nicht mehr allein über sein Grundstück dinglich verfügen kann, sondern dafür das Einverständnis seines Ehepartners oder eine gerichtliche Ermächtigung benötigt (BSK ZGB I-Isenring/Kessler, Art. 178 N 24). Da vorliegend dingliche Rechte der Gesamthänder betroffen sind, wäre über deren Rechtsverhältnis einheitlich zu entscheiden, so dass eine notwendige passive Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 70 ZPO vorliegt (BSK ZPO-Ruggle, Art. 70 N 2 f., N 8 und N 17 f. m.H.; BSK OR II-Pestalozzi/Vogt, Art. 544 N 4a). Der Klägerin fehlt es an einem entsprechenden Anspruch: Gestützt auf Art. 178 Abs. 3 ZGB verfügt sie zwar über eine Anspruchsgrundlage gegen den Beklagten als dem einen der beiden Gesamteigentümer der streitgegenständlichen Liegenschaft, nicht aber gegen E. \_\_\_\_\_ als dem anderen Ge-

samthänder. Zu Recht ging die Vorinstanz daher vorliegend von fehlender Passivlegitimation aus (Urk. 2 Erw. 4).

7.5. Zusammenfassend ist die Abweisung des (superprovisorischen) vorsorglichen Massnahmebegehrens durch die Vorinstanz im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Anmerkung einer Verfügungsbeschränkung aufgrund des Gesamteigentums an der Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ ausser Betracht falle, nicht zu beanstanden. Damit erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

8.1. Die Kosten für das Berufungsverfahren sind in Anwendung von § 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 5 GebV OG auf Fr. 3'000.00 festzusetzen und ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

8.2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und dem Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 7. Oktober 2021 (Geschäfts-Nr. FE190091-A) wird bestätigt.
2. Das Begehren der Klägerin um Erlass superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.00 festgesetzt.
4. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden der Klägerin auferlegt.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 1, Urk. 4 und Urk. 5/2-7, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittefrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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 mehr als Fr. 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. Oktober 2021

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. H. Lampel

versandt am:  
Im