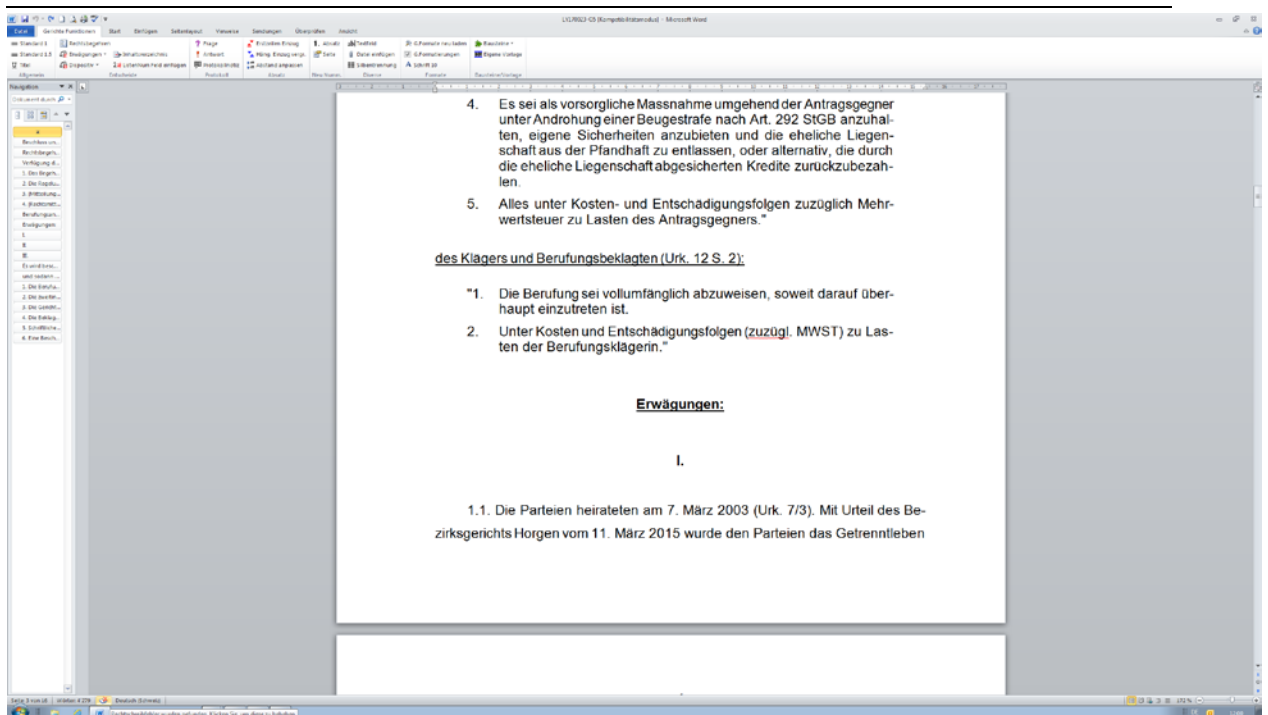


Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Beschluss und Urteil vom 13. Dezember 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,

und / oder

Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 14. Juni 2017 (FE150235-F)

Rechtsbegehren (Urk. 7/78 S. 2 f.):

- "1. Es sei superprovisorisch auf der ehelichen Liegenschaft, dem Grundstück C._____ ..., D._____ (Grundbuchamt D._____, Nr. ..., nachfolgend "eheliche Liegenschaft" genannt) umgehend eine Grundbuchsperre für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu errichten.
2. Es sei superprovisorisch [der] E._____ Kantonalbank, ... [Adresse] ("E._____KB") superprovisorisch, unter Androhung einer Beugstrafe nach StGB 292, zu verbieten, das eheliche Grundstück während der Dauer des Scheidungsverfahrens zu verwerten und den Verwertungserlös auf die Schulden, bzw. das ausstehende Darlehen des Klägers anzurechnen.
3. Es sei superprovisorisch der Kläger unter Androhung einer Beugstrafe nach Art. 292 StGB superprovisorisch anzuhalten, einer von der E._____KB angebotenen Verlängerung seiner ausstehenden Kredite, für welche das eheliche Grundstück als Sicherheit dient, während des Scheidungsverfahrens entweder zuzustimmen, oder alternativ, andere, eigene Sicherheiten anzubieten und die eheliche Liegenschaft aus der Pfandhaft zu entlassen, oder alternativ, die durch die eheliche Liegenschaft abgesicherten Kredite nach Ende ihrer Laufzeit oder vorzeitig zurückzuzahlen.
4. Eventualiter sind die vorgängigen Begehren provisorisch, nach Anhörung der Gegenpartei, auszusprechen.
5. [...]."

**Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen
vom 14. Juni 2017 (Urk. 2 S. 11 f.):**

1. Das Begehren der Beklagten um Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird, soweit darauf eingetreten wird, abgewiesen.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
3. [Mitteilungssatz]
4. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

- "1. „Es sei die Verfügung des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. Juni 2017 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei als vorsorgliche Massnahme umgehend auf der ehelichen Wohnung, dem Grundstück C._____ ..., D._____ (Grundbuchamt D._____, GBI Nr. ..., nachfolgend "Liegenschaft" genannt) eine Grundbuchsperr (Kanzleisperr) für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu errichten.
3. Es sei als vorsorgliche Massnahme umgehend der E._____ Kantonalbank, ... [Adresse] („E._____KB ") unter Androhung eine[r] Beugestrafe nach STGB 292 zu verbieten, die Liegenschaft während der Dauer des Scheidungsverfahrens zu verwerten, bzw. die Betreuung auf Pfandverwertung fortzusetzen und den Verwertungserlös auf die Schulden, bzw. das ausstehende Darlehen des Klägers anzurechnen,
4. Es sei als vorsorgliche Massnahme umgehend der Antragsgegner unter Androhung einer Beugestrafe nach Art. 292 StGB anzuhalten, eigene Sicherheiten anzubieten und die eheliche Liegenschaft aus der Pfandhaft zu entlassen, oder alternativ, die durch die eheliche Liegenschaft abgesicherten Kredite zurückzubezahlen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Antragsgegners."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 12 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist.
2. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWST) zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1.1. Die Parteien heirateten am tt. März 2003 (Urk. 7/3). Mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 11. März 2015 wurde den Parteien das Getrenntleben bewilligt. Die unter Mitwirkung des Gerichts geschlossene Vereinbarung über die Trennungsfolgen wurde genehmigt resp. vorgemerkt (Urk. 7/4/80). Die Parteien vereinbarten unter anderem, dass sie seit dem 2. Dezember 2013 getrennt leben und die Kinder F._____, geboren am tt.mm.2004, und G._____, geboren am tt.mm.2005, unter die Obhut der Mutter zu stellen seien. Hinsichtlich der Unterhaltsverpflichtung des Klägers und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) einigten sich die Parteien auf Unterhaltszahlungen an die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) und die gemeinsamen Kinder von Fr. 22'500.– pro Monat. Sodann verpflichtete sich der Kläger, folgende Kosten weiterhin selbständig zur direkten Bezahlung an den jeweiligen Gläubiger zu übernehmen:

- Schulkosten/Transport/Verpflegung Schule (damals rund Fr. 5'640.–),
- Gemeinde-, Kantons- und Bundessteuern, die der Beklagten in Rechnung gestellt werden (geschätzt rund Fr. 8'000.–),
- Hypothekarzinsen für die Liegenschaft C._____, ..., D._____ (damals rund Fr. 12'318.–).

1.2. Seit dem 2. Dezember 2015 ist die Scheidung bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 7/1). Mit Eingabe vom 21. April 2017 reichte die Beklagte ein Gesuch

um Anordnung von superprovisorischen Massnahmen ein. Sie stellte die eingangs angeführten Anträge (Urk. 7/78 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 25. April 2017 wurde das Begehren der Beklagten um superprovisorische Anordnung der angebotenen vorsorglichen Massnahmen abgewiesen (Urk. 7/81). Betreffend den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 2 S. 3). Mit Verfügung vom 14. Juni 2017 hat die Vorinstanz die Massnahmebegehren abgewiesen, soweit sie darauf eintrat (Urk. 2 S. 11, Dispositivziffer 1).

2. Die Beklagte hat gegen die Verfügung der Vorinstanz fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 1; Urk. 7/102). Sie hat die eingangs erwähnten Anträge gestellt. Die Beklagte hat einen Kostenvorschuss von Fr. 5'500.– geleistet (Urk. 8; Urk. 10). Die Berufungsantwort datiert vom 21. August 2017 (Urk. 12). Sie wurde der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht (Urk. 13).

3. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt 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. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen 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. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtli-

chen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3).

4. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist (BGE 138 III 625 E. 2.2.).

5. Mit der vorliegenden Berufung nicht angefochten wird die Abweisung des Massnahmebegehrens, insoweit die Beklagte beantragte, es sei der Kläger unter Androhung einer Beugestrafe anzuhalten, einer von der E._____ Kantonalbank angebotenen Verlängerung der ausstehenden Kredite zuzustimmen (Urk. 1 S. 2, Antrag 4; Urk. 2 S. 9 f. und S. 11, Dispositivziffer 1; Urk. 7/78 S. 2 f., Antrag 3). Die Abweisung ist in Rechtskraft erwachsen (vgl. Art. 315 Abs. 1 ZPO), was vorzumerken ist. Da es sich um Eheschutzmassnahmen handelt, trat die Rechtskraft mit der Eröffnung des vorinstanzlichen Entscheids ein.

6. Auf die Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig eingegangen.

II.

1. Gemäss unangefochten gebliebener Feststellung der Vorinstanz (vgl. Urk. 2 S. 5 f., E. 4.1.) ist unbestritten, dass die Parteien mit Ehevertrag vom 6. März 2003, d.h. seit Beginn der Ehe, den Güterstand der Gütertrennung vereinbart haben (Urk. 7/55/15). Weiter ist unbestritten, dass die eheliche Liegenschaft "C._____ ..., Grundbuch-Blatt ..., in D._____" mit Kaufvertrag vom 5. Dezember 2005 von der H._____ AG, einer vom Kläger beherrschten Gesellschaft, an die

Beklagte als Alleineigentümerin verkauft wurde (Urk. 7/55/35; Urk. 7/78 S. 4; Urk. 7/85 S. 3). Das Einfamilienhaus befand sich zum damaligen Zeitpunkt noch im Rohbau (Urk. 7/55/35 S. 3). Auf der Liegenschaft lasten zwei mittels Inhaberschuldbriefen gesicherte Grundpfandrechte über Fr. 5,5 Mio. und Fr. 1,4 Mio. Die Inhaberschuldbriefe stehen im Besitz der E._____ Kantonalbank (Urk. 7/80/2). Sie wurden mit Pfandvertrag vom 4. November 2010 (unterzeichnet von der Beklagten als Pfandgeberin) der Bank "zur Sicherung aller Forderungen" gegen den Kläger eingeräumt (Urk. 7/55/36, Ziffern 2 und 15). Konkret werden dadurch (insbesondere) zwei Festhypotheken der E._____ Kantonalbank an den Kläger in der Höhe von Fr. 4'885'250.– per 31. Mai 2017 (per April 2011 Fr. 5'075'000.–, durch Amortisation von Fr. 33'000.– pro Jahr resp. 8'250.– pro Quartal reduziert; Urk. 7/55/12) sowie von Fr. 1'400'000.– gesichert (Urk. 7/80/3; Urk. 7/90/15). Die E._____ Kantonalbank hat die ausstehende Forderung von rund Fr. 6,31 Mio. per 31. Mai 2017 vom Kläger zurückgefordert. Sie drohte den Parteien an, die Forderung auf dem Rechtsweg geltend zu machen, sollte sie nicht valutigerecht beglichen werden (Urk. 7/90/15). Am 2. Juni 2017 ist gegen die Beklagte ein Zahlungsbefehl für "die Betreibung auf Verwertung eines Grundpfandes" ergangen (Urk. 4/28). Die Beklagte hat Rechtsvorschlag gegen die Forderung, "gegen das Pfandrecht, die richtige Betreibungsart, die Vollständigkeit der Pfänder, sowie die fehlende Eintragung des Grundpfandes (bei Faustpfand mit Einziehungsermächtigung)" erhoben (Urk. 4/28 S. 2). Der Kläger hat in der Betreibung keinen Rechtsvorschlag erhoben (Urk. 4/30). Die vormals eheliche Liegenschaft wird nach wie vor von der Beklagten und den gemeinsamen Kindern bewohnt.

2.1. Die Beklagte beantragt betreffend das in ihrem Eigentum stehende Grundstück die Errichtung einer Grundbuchsperr (Kanzleisperr) für die Dauer des Scheidungsverfahrens (Urk. 1 S. 2, Antrag 1). Die Vorinstanz hielt diesbezüglich fest, Art. 178 ZGB sehe unter bestimmten Voraussetzungen eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis eines Ehegatten vor. Seien Grundstücke betroffen, so komme die Grundbuchsperr bzw. Kanzleisperr in Betracht. Die Grundbuchsperr sei ein an den im Grundbuch eingetragenen Eigentümer gerichtetes richterliches Verbot, nicht oder nicht ohne Zustimmung eines Dritten über das Grundstück zu verfügen. Dies habe zur Folge, dass der Grundbuchführer das Haupt-

buchblatt schliesse und keinen vom Eigentümer allein ausgehenden Eintrag mehr vornehme. Damit werde aber keine Gläubigerin an der Zwangsvollstreckung gehindert. Da die Liegenschaft C._____ ... in D._____ im Alleineigentum der Beklagten stehe, verneinte die Vorinstanz ein Rechtsschutzinteresse ihrerseits an der Errichtung einer Grundbuchsperrung, d.h. an einem Verbot, das gegen sie selbst gerichtet wäre. Sie trat auf das Begehren nicht ein (Urk. 2 S. 7 f. m.Hinw.).

2.2. Die Beklagte rügt, die Argumentation der Vorinstanz greife zu kurz (Urk. 1 S. 25). Es sei systemimmanent, dass sich die spezifische Massnahme nach Art. 178 ZGB naturgemäss nur gegen den Ehegatten richte. Bei den vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren stünde dem Richter aber nicht nur das beschränkte Arsenal der möglichen Eheschutzmassnahmen zur Verfügung. Gemäss Art. 262 Abs. 1 ZPO komme dort jede gerichtliche Anordnung in Frage, die geeignet sei, den drohenden Nachteil abzuwenden, insbesondere eine Anweisung an eine Registerbehörde oder eine dritte Person. Gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. b GBV könne eine Grundbuchsperrung auch aufgrund einer vorsorglichen Massnahme im Zivilprozess gestützt auf Art. 262 lit. c ZPO ergriffen werden. Eine solche Grundbuchsperrung bedeute nichts anderes als das vom Gericht an den Grundbuchverwalter gerichtete Verbot, auf einem Grundbuchblatt irgendwelche Einschreibungen vorzunehmen. Dieses Verbot entfalte keine materielle rechtliche Wirkung wie eine Vormerkung nach Art. 960 ZGB, sondern lediglich formelle Wirkung. Sie diene dem Erhalt des status quo und entfalte so nur negative Wirkung, indem sie jede Verfügung über das Grundstück verhindere. Da diese Massnahme sich nicht direkt auf Art. 178 ZGB stütze, sondern generell auf Art. 262 ZPO und Art. 56 GBV, sei sie nicht auf den Grundstückseigentümer beschränkt (Urk. 1 S. 26 f.).

2.3.1 Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht für die Dauer des Scheidungsverfahrens die nötigen vorsorglichen Massnahmen, wobei die Bestimmungen über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 175 ff. ZGB) sinngemäss anwendbar sind. Der Verweis in Art. 276 Abs. 1 ZPO auf die Bestimmungen des Eheschutzes bedeutet keine Einschränkung der möglichen Massnahmen. Es gilt kein numerus clausus (Dolge, DIKE-Komm-ZPO, Art. 276 N 4). Vor-

sorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens zielen darauf ab, die Verhältnisse *innerhalb* der Familie *wo nötig* zu regeln (BK ZPO-Spycher, Art. 276 N 13; *OGer ZH LY140004 vom 19.06.2014, S. 8 f., E. II.3.a*). Die Schranken des richterlichen Ermessensentscheides über die Notwendigkeit einer Massnahme bilden die allgemeinen Werte der Rechtsordnung. Eine dem Gesetz nach Wortlaut oder Auslegung unbekannte oder widersprechende Rechtsvorkehr ist unzulässig (*OGer ZH LY140004 vom 19.06.2014, S. 9, E. II.3.a m.Hinw*; zur Frage der Beziehung der Literatur und Rechtsprechung von Art. 145 aZGB sowie Art. 137 aZGB zur Auslegung von Art. 276 ZPO, vgl. *S. 8 f., E. II.3.a*). Die vorsorglichen Massnahmen müssen sodann geeignet sein und dürfen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht verletzen (BGE 123 III 1 E. 3).

2.3.2 Im Scheidungsprozess steht die Herstellung einer vorläufigen Friedensordnung durch Regelungsmassnahmen für die Prozessdauer im Vordergrund (BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 11). Regelungsmassnahmen bezwecken die Festlegung eines *modus vivendi* bei einem Dauerrechtsverhältnis (BSK ZPO-Sprecher, Art. 262 N 10). Die vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren bezwecken, wie bereits angeführt (vgl. vorne II. E. 2.3.1), die Verhältnisse innerhalb der Familie während der Dauer des Verfahrens, wo nötig, zu regeln. Die Liegenschaft der Beklagten dient als Sicherheit für Kredite des Klägers bei der E._____ Kantonalbank. Durch die Errichtung der von der Beklagten angebehrten Grundbuchsperre würde, wenn dieser die von der Beklagten geltend gemachte Wirkung zukäme, im Ergebnis der E._____ Kantonalbank das Recht verwehrt, die Liegenschaft während der Dauer des Scheidungsverfahrens einer Zwangsverwertung zuzuführen. Dies ist eine Rechtsvorkehr, die das Gesetz zur Schaffung einer Friedensordnung innerhalb der Familie für die Dauer des Scheidungsverfahrens nicht vorsieht. Die zu schaffende Friedensordnung gewährt keinen Schutz davor, dass eine Liegenschaft, welche vor der Trennung von der Familie bewohnt wurde, während der Dauer des Scheidungsverfahrens nicht durch Handlungen von Dritten verlustig geht (vgl. Urk. 1 S. 6 und 8; Urk. 7/78 S. 4 und 15). Ein diesbezüglicher Schutz ist auch dann nicht zu gewähren, wenn ein Ehegatte nach wie vor zusammen mit den gemeinsamen Kindern in der Liegenschaft lebt. Zwar kann gestützt auf Art. 226 im OR ein Ehegatte, der im Mietvertragsverhältnis alleiniger

Mieter ist, die dem anderen Teil zugewiesene Wohnung nicht alleine kündigen und zwar auch dann nicht, wenn die Ehegatten im Sinne von Art 175 ff. ZGB getrennt leben und der Mieter selber die Wohnung nicht mehr bewohnt (BK OR I-Weber, Art. 226 N 3). Am Vertragsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter ändert die Zuteilung der Wohnung im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen aber nichts. Der Massnahmerichter ist nicht befugt, in dieses Vertragsverhältnis einzugreifen (BK-Bühler/Spühler, Art. 145 ZGB N 91). Daher kann der Vermieter die Wohnung während des Scheidungsverfahrens kündigen. Nicht anders verhält es sich, wenn eine im Eigentum eines oder beider Ehegatten stehende Liegenschaft einem Dritten als Sicherheit für gewährte Kredite dient. Die Zuweisung der Liegenschaft an einen Ehegatten bzw. die Tatsache, dass der Eigentümer und die gemeinsamen Kinder während der Dauer des Scheidungsverfahrens in der Liegenschaft verbleiben, ändert an der vertraglichen Beziehung zwischen dem Pfandgeber und der Gläubigerin nichts. Genau so wenig kann mittels vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren ein dem Ehegatteneigentümer dadurch entstehender Schaden, dass das Grundstück zwangsverwertet und allenfalls unter dem Verkehrswert versteigert wird, abgewendet werden (vgl. Urk. 1 S. 8; Urk. 7/78 S. 4, 13, 15 und 17). Das Grundeigentum eines Ehegatten ist während der Dauer des Scheidungsverfahrens nicht gegen Eingriffe von Dritten geschützt bzw. zu schützen (vgl. Urk. 1 S. 6 und 8; Urk. 7/78 S. 4 und 15). Ein solcher Schutz schiene im Übrigen auch nicht angemessen. Die Beklagte hat während des ehelichen Zusammenlebens darin eingewilligt, dass das in ihrem Eigentum stehende Grundstück als Sicherheit für dem Kläger gewährte Kredite dient. Die Liegenschaft war bereits zu diesem Zeitpunkt die Familienwohnung der Parteien. In Kenntnis dieser Tatsache nahm die Beklagte das Risiko auf sich, dass das Grundstück der Zwangsverwertung durch die Bank zugeführt werden könnte, wenn der Kläger nicht mehr willens oder fähig ist, die Kredite zu bedienen.

2.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Scheidungsverfahren eine vorsorgliche Massnahme in der Form einer Grundbuchsperre, welche gegenüber jedermann dahingehende Wirkung entfaltet, dass eine Zwangsverwertung des betroffenen Grundstückes nicht mehr möglich wäre, nicht vorgesehen ist. Die Massnahme ist unzulässig. Das Begehren der Beklagten ist abzuweisen. Entsprechend

kann offen bleiben, ob die Grundbuchsperrung überhaupt gestützt auf Art. 262 lit. c ZPO und Art. 56 Abs. 1 lit. b GBV errichtet werden könnte.

2.5. Wie die Vorinstanz korrekterweise anführt, hindert eine - zumindest auf Art. 178 ZGB abgestützte - Grundbuchsperrung keine Gläubigerin an der Zwangsvollstreckung (Urk. 2 S. 8 m.Hinw. auf die einschlägige Literatur und Rechtsprechung). An der Sache vorbei geht daher die Argumentation der Beklagten, müsse sich die Grundbuchsperrung auf Art. 178 ZGB abstützen, handle es sich "um einen analogen Fall zu Art. 178 ZGB der denselben Schutz verdiene". Zwar verfüge der Kläger nicht direkt über das Grundstück, er bewirke aber durch die bewusste Nichtrückzahlung des Kredites (und die Unterlassung des Rechtsvorschlages), dass dieses Grundstück der Verwertung zugeführt werde. Im wirtschaftlichen Ergebnis entspreche dies der einseitigen Verfügung über ein eigenes Grundstück (Urk. 1 S. 27). Selbst wenn die Grundbuchsperrung errichtet würde, kann die E._____ Kantonalbank während der Dauer des Scheidungsverfahrens die Zwangsverwertung der Liegenschaft anstreben. Damit fehlt es der Beklagten am notwendigen Interesse für die Errichtung der Sperrung (vgl. Urk. 2 S. 8, E. 5.3.). Auf den Antrag wäre nicht einzutreten.

3.1. Weiter beantragt die Beklagte die Aussprechung eines Verbots an die E._____ Kantonalbank, das eheliche Grundstück während des Scheidungsverfahrens zu verwerten, bzw. die Betreuung auf Pfandverwertung fortzusetzen, und den Verwertungserlös auf die Schulden, bzw. das ausstehende Darlehen des Klägers, aufzurechnen (Urk. 1 S. 2, Antrag 3). Die Vorinstanz erwog diesbezüglich im Wesentlichen, eine vorsorgliche Massnahme richte sich immer gegen die Gegenpartei. Eine an sich unbeteiligte private, natürliche oder juristische Drittperson könne in die Verfügung einbezogen werden, sofern deren Rechtsstellung dadurch nicht beeinträchtigt werde. Sie hielt dafür, dass bei Gutheissung des von der Beklagten beantragten Verbots die Rechtsstellung der E._____ Kantonalbank, welche keine Parteistellung habe, ganz offensichtlich beeinträchtigt würde, indem sich die Vollstreckung ihrer Forderung auf unbestimmte Dauer verzögern würde. Entsprechend wies die Vorinstanz den Antrag ab (Urk. 2 S. 8 f.).

3.2. Die Beklagte rügt, der Auffassung, dass bei Einbezug eines Dritten in eine vorsorgliche Massnahme dessen Rechtsstellung nicht beeinträchtigt werden dürfe, könne in dieser Strenge nicht gefolgt werden. Eine rein marginale Beeinträchtigung müsse von einem Dritten hingenommen werden, wenn die Interessen der begehrenden Partei weit gewichtiger seien (Urk. 1 S. 29). In der Folge nimmt die Beklagte eine Interessenabwägung vor. Sie kommt zum Schluss, ihre Interessen würden deutlich überwiegen (Urk. 1 S. 29 f.).

3.3. Es kann vollumfänglich auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. II. E. 2.3.1 ff.). Das angebehrte Verbot ist als vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren nicht vorgesehen. Die Massnahme ist unzulässig. Das Begehren der Beklagten ist abzuweisen.

4.1. Sodann beantragt die Beklagte, der Kläger sei unter Androhung einer Beugestrafe nach Art. 292 StGB anzuhalten, eigene Sicherheiten anzubieten und die eheliche Liegenschaft aus der Pfandhaft zu entlassen, oder alternativ, die durch die eheliche Liegenschaft abgesicherten Kredite zurückzubezahlen (Urk. 1 S. 2, Antrag 4).

4.2. Betreffend das erste Begehren erwog die Vorinstanz, eine Entlassung der Beklagten aus der Pfandhaft wäre nur mit Zustimmung der E._____ Kantonbank als Gläubigerin und Inhaberin der Schuldbriefe möglich. Zu einer solchen könne diese nicht verpflichtet werden. Der Antrag scheitere von vornherein (Urk. 2 S. 10). Die Beklagte führt hierzu nichts Konkretes aus (vgl. Urk. 1 S. 31 ff.), weshalb auf die Berufung insoweit nicht einzutreten ist (vgl. vorne I. E. 3).

4.3.1 Betreffend die Frage der Rückzahlung der Kredite durch den Kläger hielt die Vorinstanz dafür, es sei nicht nachvollziehbar, dass es vorliegend um die Rückzahlung für einen Rahmenkredit über Fr. 15 Mio. gehe. Eine entsprechende Forderung der E._____ Kantonbank sei nicht ausgewiesen. Die E._____ Kantonbank fordere vom Kläger rund Fr. 6,3 Mio. aus Fest- und Rollover-Hypotheken. Davon sei tatsächlich ein beträchtlicher Teil für den Erwerb des Grundstücks mit samt sich im Rohbau befindlichem Einfamilienhaus (ca. Fr. 3,5 Mio.) sowie gemäss eigener Darstellung der Beklagten für den weiteren Ausbau des Hauses

(ca. Fr. 1 Mio.) verwendet worden. Dies gehe aus dem Kaufvertrag und der entsprechenden Zahlung des Kaufpreises hervor. Aufgrund der massgeblichen Aktenlage erscheine es somit weder glaubhaft im Sinne des erforderlichen Beweismasses, dass die Beklagte Anspruch darauf habe, eine unbelastete Liegenschaft zu Eigentum zu erhalten, noch dass der Kläger Geschäftsschulden zurückzuzahlen habe (Urk. S. 10 f.).

4.3.2 Gemäss Rechtsprechung und Literatur kann ein Ehepartner im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren nicht zu Leistungen verpflichtet werden, die über den Familienunterhalt hinausgehen. So ist eine Vorschrift, Vermögen oder Einkommen in einer bestimmten Art und Weise, z.B. zur Schuldentilgung, zu verwenden, nicht statthaft. Hiervon ausgenommen sind nur begründete Sicherungsmassnahmen (vgl. *OGer ZH LY140004 vom 19.06.2014, S. 9, II. E. 3.a. m.Hinw.*). Die Beklagte hat mit der Klageantwort vom 10. Februar 2017 im Hauptverfahren den Antrag gestellt, der Kläger sei zu verpflichten, die ihm von der E._____ Kantonalbank gewährten Kredite, für deren Sicherheit auf ihrer Liegenschaft lastende Schuldbriefe verpfändet worden seien, zu begleichen oder für eine anderweitige Deckung der Kredite besorgt zu sein, so dass sie aus dem Pfandvertrag mit der Bank unter Rückgabe der unbelasteten Schuldbriefe entlassen werde (Urk. 7/67 S. 16, Antrag 6). Die Beklagte beruft sich nun aber explizit darauf, es sei nicht das Ziel der angebehrten Massnahmen, ihr bereits während des Scheidungsverfahrens "ein unbelastetes Grundstück" zu verschaffen und damit allenfalls die Nebenfolgen der Scheidung zu präjudizieren (vgl. Urk. 1 S. 31). Sie begehrt somit die Massnahmen nicht zur Sicherung eines gegen den Kläger behaupteten finanziellen Anspruchs an. Kommt hinzu, dass Gegenstand der vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren insoweit nur die güterrechtlichen Ansprüche sein können (vgl. BK-Bühler/Spühler, Art. 145 ZGB N 314). Wie bereits dargelegt, leben die Parteien seit Beginn der Ehe unter dem Güterstand der Gütertrennung (vgl. vorne II. E. 1.). Entsprechend verlangt die Beklagte auch keine güterrechtliche Ausgleichszahlung (vgl. Urk. 7/67 S. 2 ff.). Den geltend gemachten Anspruch begründet die Beklagte im Wesentlichen damit, die Liegenschaft sei ihr vom Kläger zu unbelastetem Eigentum geschenkt worden (Urk. 7/67 S. 128 f. mit Verweis auf S. 58 ff.). Mit der beantragten Massnahme,

der Kläger sei unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, die durch die Liegenschaft abgesicherten Kredite zurückzubezahlen, strebt die Beklagte somit keine Sicherungsmassnahme an. Vielmehr will sie den Kläger dazu verpflichten, sein Vermögen und Einkommen - unabhängig von den zu leistenden Unterhaltsbeiträgen - in einer bestimmten Art und Weise zu verwenden. Eine solche Anordnung ist selbst dann unzulässig, wenn die Säumnis des Pflichtigen bei der Zahlung der Drittschuld zum Verlust der Familienwohnung führen kann. Fraglich ist, ob dies auch mit Bezug auf Hypothekarschulden gilt. Diesbezüglich verhält es sich insofern anders, als diese Schulden die Familienwohnung und damit direkt die eheliche Gemeinschaft betreffen (vgl. OGer ZH LY140004 vom 19.06.2014, S. 9 f., II. E. 3.a). Es können aber nur die laufenden Hypothekarzinsen (bei den Unterhaltszahlungen) und allenfalls während der Dauer des Scheidungsverfahrens zu zahlende (vertraglich vereinbarte) Amortisationszahlungen berücksichtigt werden (vgl. hierzu BK-Spühler/Bühler, Art. 145 ZGB N 95). Dass der Kläger diesen Zahlungen nicht nachgekommen wäre, wird nicht behauptet. Zu weit ginge es hingegen, einen Ehegatten im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu verpflichten, aus seinem Vermögen oder Einkommen die Kreditschuld zu bezahlen. Eine solche Massnahme erscheint nicht angemessen. Dies vor allem im vorliegenden Fall, wo die Beklagte selbst geltend macht, die von ihr mit den zwei Inhaberschuldbriefen abgesicherten im Jahre 2011 aufgenommenen Kredite seien "nicht in das Haus" geflossen (Urk. 1 S. 9), sondern vom Kläger anderweitig verbraucht worden. Sodann wurde bereits dargelegt, dass die Beklagte ihre Zustimmung zur Hingabe der Schuldbriefe als Sicherheit für die dem Kläger gewährten Kredite gab, als die Liegenschaft noch das Zuhause von beiden Parteien und den Kindern war. Das Massnahmebegehren ist abzuweisen.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Massnahmebegehren der Beklagten abzuweisen sind, soweit darauf eingetreten werden kann (vgl. vorne II. E. 2.6.). Damit ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (vgl. vorne II. E. 4.2.).

III.

Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'500.– festzusetzen. Aufgrund des vollständigen Unterliegens der Beklagten werden ihr die Kosten des Berufungsverfahrens vollständig auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte hat dem Kläger ein volle Parteientschädigung zu bezahlen. Die Entschädigung ist gestützt auf § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 3'000.– zuzüglich Fr. 240.– (8 % Mehrwertsteuer), damit Fr. 3'240.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 14. Juni 2017 in Rechtskraft erwachsen ist, insoweit der Massnähmeantrag der Beklagten, es sei der Kläger unter Androhung einer Beugestrafe anzuhalten, einer von der E._____ Kantonalbank angebotenen Verlängerung der ausstehenden Kredite zuzustimmen, abgewiesen wurde.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

und sodann erkannt:

1. Die Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 14. Juni 2017 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'240.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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 ein 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, 13. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:
mc