

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NE210005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin MLaw S. Meisel

Urteil vom 10. Mai 2022

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1. _____ und/oder

Rechtsanwalt MLaw Y2. _____

betreffend **Lastenbereinigungsklage**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts für SchKG-Klagen am
Bezirksgericht Zürich vom 10. März 2021 (FO190011-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 3 S. 2 f.)

- "1. Es sei in der Betreuung Nr. 1 / Pfändung Nr. 2 des Betreibungsamts Zürich 7 gegen den Schuldner C._____ der Papier-Inhaberschuldbrief dat. 30.10.2015 an der 2. Pfandstelle auf den gepfändeten Grundstücken GBBI 3 (Stockwerkeigentumsanteil am Grundstück GBBI 4, Kataster Nr. 5), GBBI 6 (Miteigentumsanteil am Grundstück GBBI 7) und GBBI 8 (Miteigentumsanteil am Grundstück GBBI 7) (Grundbuchamt D._____) für eine Forderung von CHF 3'500'000.00 nebst Zinsen zu 5% seit dem 30. Oktober 2015 im Lastenverzeichnis zu löschen und bei der Verwertung nicht zu berücksichtigen.
2. Eventualiter sei in der Betreuung Nr. 1 / Pfändung Nr. 2 des Betreibungsamt Zürich 7 gegen den Schuldner C._____ der Papier-Inhaberschuldbrief dat. 30.10.2015 an der 2. Pfandstelle auf den gepfändeten Grundstücken GBBI 3 (Stockwerkeigentumsanteil am Grundstück GBBI 4, Kataster Nr. 5), das Grundstück GBBI 6 (Miteigentumsanteil am Grundstück GBBI 7) und GBBI 8 (Miteigentumsanteil am Grundstück GBBI 7) (Grundbuchamt D._____) für eine Forderung von CHF 3'500'000.00 nebst Zinsen zu 5% seit dem 30. Oktober 2015 im Lastenverzeichnis, bei der Verwertung und der Verteilung nur in Höhe von CHF 0.–, gegebenenfalls in Höhe des Betrags der gesicherten Forderung aus dem Grundverhältnis zwischen der Beklagten und dem Schuldner C._____ zu berücksichtigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten"

Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 10. März 2021:

(Urk. 70 S. 20 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 37'185.–.
3. Die Entscheidgebühr wird dem Kläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 37'620.– zu bezahlen.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 69 S. 2 f.):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Sachen, vom 10. März 2021 (Geschäfts-Nr. FO190011-L/U) sei aufzuheben und es sei in der Betreuung Nr. 1 / Pfändung Nr. 2 des Betreibungsamts Zürich 7 gegen den Schuldner C._____ der Papier-Inhaberschuldbrief dat. 30.10.2015 an der 2. Pfandstelle auf den gepfändeten Grundstücken GBBI 3 (Stockwerkeigentumsanteil am Grundstück GBBI 4, Kataster Nr. 5), GBBI 6 (Miteigentumsanteil am Grundstück GBBI 7) und GBBI 8 (Miteigentumsanteil am Grundstück GBBI 7) (Grundbuchamt D._____) für eine Forderung von CHF 3'500'000.00 nebst Zinsen zu 5% seit dem 30. Oktober 2015 im Lastenverzeichnis zu löschen und bei der Verwertung nicht zu berücksichtigen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Sachen, vom 10. März 2021 (Geschäfts-Nr. FO190011-L/U) aufzuheben und es sei in der Betreuung Nr. 1 / Pfändung Nr. 2 des Betreibungsamt Zürich 7 gegen den Schuldner C._____ der Papier-Inhaberschuldbrief dat. 30.10.2015 an der 2. Pfandstelle auf den gepfändeten Grundstücken GBBI 3 (Stockwerkeigentumsanteil am Grundstück GBBI 4, Kataster Nr. 5), das Grundstück GBBI 6 (Miteigentumsanteil am Grundstück GBBI 7) und GBBI 8 (Miteigentumsanteil am Grundstück GBBI 7) (Grundbuchamt D._____) für eine Forderung von CHF 3'500'000.00 nebst Zinsen zu 5% seit dem 30. Oktober 2015 im Lastenverzeichnis, bei der Verwertung und der Verteilung nur in Höhe von CHF 0.–, gegebenenfalls in Höhe des Betrags der gesicherten Forderung aus dem Grundverhältnis zwischen der Beklagten und dem Schuldner C._____ zu berücksichtigen.
3. Subeventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Sachen, vom 10. März 2021 (Geschäfts-Nr. FO190011-L/U) aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts bzw. zur Durchführung des Beweisverfahrens und zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Sub-subeventualiter seien die Dispositiv-Ziffer 2 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht für SchKG-Sachen, vom 10. März 2021 (Geschäfts-Nr. FO190011-L/U) aufzuheben und es sei die Entscheidgebühr (Dispositiv-Ziff. 2) auf CHF 30'717 und die Parteientschädigung (Dispositiv-Ziff. 4) auf CHF 31'153 festzusetzen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 75 S. 2):

"Die Berufung des Berufungsklägers sei vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

Mit Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 7. Oktober 2015 wurde C._____ (nachfolgend "Schuldner"), der (damalige) Ehemann der Beklagten, als Gesamtschuldner gemeinsam mit der amerikanischen Gesellschaft E._____ LLC verurteilt, dem Kläger EUR 17'627'740.25 nebst Zins zu bezahlen. Dieses Urteil wurde vom Bezirksgericht Maloja mit Verfügung vom 11. Dezember 2015 in der Schweiz anerkannt und für vollstreckbar erklärt. Mit Arrestbefehl des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Februar 2017 wurden die Grundstücke GBBI 3 (Stockwerkeigentumsanteil an GBBI 4, Kat. Nr. 5), GBBI 6 (Miteigentumsanteil an GBBI 7 [Tiefgarage]) und GBBI 8 (Miteigentumsanteil an GBBI 7 [Tiefgarage]) an der F._____ -strasse 1 und 1a / G._____ -strasse 1 und 2 in ... Zürich, welche im Eigentum des Schuldners stehen, arrestiert. In der Folge wurde dem Kläger in der prosequierten Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 7 mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 5. Februar 2018 definitive Rechtsöffnung für Fr. 18'790'289.70 nebst Zins und aufgelaufenen Zinsen erteilt. Nach vollzogener Pfändung der verarrestierten Grundstücke stellte der Kläger am 9. Mai 2019 das Verwertungsbegehren.

Auf der gepfändeten Liegenschaft lastet an 2. Pfandstelle ein Papier-Inhaberschuldbrief über Fr. 3'500'000.–, welcher am 30. Oktober 2015 vom Schuldner als Eigentümerschuldbrief errichtet worden war. Mit Schreiben vom 16. September 2019 teilte die Beklagte dem Betreibungsamt Zürich 7 mit, Inhaberin dieses Schuldbriefs zu sein, wobei die Kapitalforderung noch nicht fällig und nicht gekündigt worden sei. Der Kläger bestritt die Schuldbriefforderung der Beklagten, worauf das Betreibungsamt ihm mit Verfügung vom 24. Oktober 2019 Frist an-

setzte, um eine Lastenbereinigungsklage zu erheben. Diese ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Der Kläger bestreitet die Gültigkeit der Schenkungsvereinbarung zwischen der Beklagten und dem Schuldner, welche der Schuldbriefforderung zu Grunde liegen soll. Weiter macht er geltend, die Beklagte sei nie Besitzerin oder Eigentümerin des Schuldbriefs geworden. Zudem beruft sich der Kläger auf das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 ZGB und die Rechtsfolgen einer Simulation gemäss Art. 18 Abs. 1 OR. Die Beklagte und der Schuldner hätten die Schenkungsvereinbarung und die Sicherungsübereignung einzig abgeschlossen, um die Zwangsverwertung der Grundstücke faktisch zu verhindern. Alle diese Einwände verwarf die Vorinstanz. Sie sprach dem Kläger auch die Aktivlegitimation zur Anfechtungsklage gemäss Art. 288 SchKG ab.

II.

Die Klage ging bei der Vorinstanz am 20. Dezember 2019 ein (Urk. 3). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 70 S. 4). Gegen das Urteil vom 10. März 2021 hat der Kläger mit Eingabe vom 26. April 2021 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 69; Urk. 65). Er hat einen Kostenvorschuss von Fr. 55'750.– geleistet (Urk. 73). Die Berufungsantwort datiert vom 28. Juni 2021 (Urk. 75). Mit Eingabe vom 26. August 2021 nahm der Kläger sein Replikrecht wahr (Urk. 79). Die Beklagte liess sich mit Eingabe vom 21. September 2021 (Urk. 83), der Kläger mit Eingabe vom 11. Oktober 2021 (Urk. 85) nochmals vernehmen. Das Verfahren ist spruchreif.

III.

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., 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 selbständige 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.). 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). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 08. Dezember 2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

2. Wer sich auf neue Tatsachen beruft (Art. 317 Abs. 1 ZPO), hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumut-

barer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 317 N 34).

Der Kläger hat mit seiner freigestellten Replik vom 26. August 2021 zwei Einvernahmeprotokolle vom 6. Mai 2021 eingereicht (Urk. 79 und 81/36-37). Er behauptet zwar, diese Beweismittel ohne Verzug eingereicht zu haben (Urk. 79 S. 3), legt jedoch nicht dar, wann er diese Urkunden erhalten hat. Diese Urkunden und die damit verbundenen Ausführungen sind daher verspätet und nicht zu berücksichtigen, zumal die Frist zur Ausübung des Replikrechts erst mit Verfügung vom 16. Juli 2021 angesetzt worden war und der Kläger daher keinen Anlass hatte, den Fristenablauf abzuwarten (Urk. 78; vgl. Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 47; BGer 5A_790/2016 vom 9. Oktober 2018, E. 3.4).

IV.

1. a) Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob ein gültiger Übertragungsgrund für die Übertragung des Papier-Inhaberschuldbriefs vom Schuldner auf die Beklagte vorhanden sei. Die Beklagte habe als Grundforderung die zwischen ihr und dem Schuldner abgeschlossene Schenkungsvereinbarung vom 15. September 2015 ins Recht gelegt (Urk. 32/2). Nach Darstellung der Beklagten sei diese vor dem Hintergrund abgeschlossen worden, dass sie nach der Trennung vom Schuldner im Jahre 2015 von Dubai zurück nach Europa habe ziehen wollen. Der Schuldner habe ihr daraufhin vorgeschlagen, dass sie mit den gemeinsamen Kindern in seine Liegenschaft an der F. _____-strasse 1 in Zürich ziehen könne, wobei die künftige Übertragung der Liegenschaft auf die Kinder unter dem Vorbehalt einer lebenslänglichen Nutzniessung zu ihren eigenen Gunsten stehen solle. Die öffentliche Beurkundung und Eintragung der Nutzniessung sei zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufgrund des Aufenthalts der Familie in Dubai und aufgrund der Vorschriften des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland ("Lex Koller") jedoch nicht möglich gewesen. Damit die Beklagte bis zur Eintragung der Nutzniessung nicht ohne Sicherheit dastünde, habe sich der Schuldner verpflichtet, der Beklagten Fr. 3'500'000.– unter der aufschiebenden Bedingung zu schenken, dass die Eintragung der Nutzniessung nicht bis zum

30. September 2021 erfolge. Die Absicherung der Zahlungsverpflichtung sei durch die Errichtung des Inhaberschuldbriefes erreicht worden (Urk. 70 S. 7).

Die Formungültigkeit der unentgeltlichen Einräumung der Nutzniessung in Ziff. 1 der Vereinbarung sei, so die Vorinstanz, zwischen den Parteien unbestritten. Vielmehr stelle sich die Frage, ob das Schenkungsversprechen in Ziff. 6 eine gültige Übertragungsvereinbarung darstelle. Das Schenkungsversprechen bedürfe zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form. Seien Grundstücke oder dingliche Rechte an solchen Gegenstand der Schenkung, so sei zu ihrer Gültigkeit die öffentliche Beurkundung erforderlich (Art. 243 OR). Der Schuldner habe sich zur Zahlung von Fr. 3'500'000.– an die Beklagte verpflichtet. Das Schenkungsversprechen sei unter der aufschiebenden Bedingung erfolgt, dass bis zum 30. September 2021 die im selben Vertrag (formungültig) vereinbarte Nutzniessung (Ziff. 1) bzw. eine zu beurkundende Vereinbarung mit identischem Inhalt (Ziff. 3) nicht im Grundbuch eingetragen würde. Demzufolge bilde ein Geldbetrag den Schenkungsgegenstand, während es sich bei der Nichteintragung der Nutzniessung, für welche naturgemäss kein gesetzliches Formerfordernis bestehen könne, um eine mit der Schenkung verbundene Bedingung handle. Das gesetzliche Formerfordernis richte sich denn auch nach dem Schenkungsgegenstand und nicht nach einer allfälligen Schenkungsbedingung. Für die Schenkung eines Geldbetrages sei gesetzlich nicht die öffentliche Beurkundung vorgesehen, sondern es genüge gemäss Art. 243 Abs. 1 OR die Einhaltung der einfachen Schriftform. Diese sei für die wesentlichen Vertragsbestandteile – so auch für die Schenkungsbedingung – eingehalten. Da das Grundgeschäft der Einräumung einer Nutzniessung darüber hinaus kein bedingtes Schenkungsversprechen als Ersatzgeschäft erfordere, könne in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (wonach sich der Formzwang bloss auf Abmachungen im Rahmen des formbedürftigen Grundgeschäfts, grundsätzlich aber nicht auf sonstige Übereinkünfte erstrecke, auch wenn das betroffene Grundgeschäft ohne diese Abreden nicht geschlossen würde) umgekehrt auch nicht geschlossen werden, dass das Schenkungsversprechen als subjektiv wesentliches Vertragselement der Nutzniessung gleichermassen dem Formzwang der öffentlichen Beurkundung i.S.v. Art. 746 Abs. 2 i.V.m. Art. 657 Abs. 1 ZGB unterlegen hätte. Zwischen den Partei-

en sei weiter unbestritten, dass die öffentliche Beurkundung und Eintragung der Nutzniessung zugunsten der Beklagten bisher ausgeblieben sei. Durch den Pfändungsvollzug sei die Eintragung einer Nutzniessung nunmehr ausgeschlossen (Art. 101 Abs. 1 SchKG). Im Falle der Zwangsverwertung der Liegenschaft vor Eintragung der Nutzniessung sehe die Schenkungsvereinbarung vor, dass das Schenkungsversprechen über Fr. 3'500'000.– mit dem Zuschlag vorzeitig fällig werde. Da die Entstehung des Anspruchs vom Zuschlag abhängt, liege eine aufschiebend bedingte Forderung vor, welche ins Lastenverzeichnis aufzunehmen sei (Urk. 70 S. 7 f.).

Die Vorinstanz verwarf den Einwand des Klägers, wonach die aufschiebende Schenkungsbedingung in Ziff. 6 objektiv unmöglich und damit nichtig sei, weil die vereinbarte Nutzniessung wegen ihrer Formungültigkeit gar nie hätte im Grundbuch eingetragen werden können. Die Bedingung bestehe in der Nichteintragung der Nutzniessung, an welche keine Formerfordernisse geknüpft werden könnten. Im Übrigen habe es den Parteien gemäss Ziff. 3 offen gestanden, durch eine mit Ziff. 1 inhaltlich identischen Vereinbarung die Eintragung der Nutzniessung durch öffentliche Beurkundung formgültig nachzuholen, weshalb weder der Eintritt noch der Nichteintritt der Bedingung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sicher gewesen sei (Urk. 70 S. 9 f.).

Gemäss Vorinstanz war demnach zwischen dem Schuldner und der Beklagten ein gültiger Übertragungsvertrag im Umfang der Schuldbriefforderung von Fr. 3'500'000.– zu Stande gekommen und wurde damit auch das eventualiter vorgetragene Rechtsbegehren des Klägers, wonach der Schuldbrief nur in Höhe von Fr. 0.– zu berücksichtigen sei, hinfällig (Urk. 70 S. 10).

b) In seiner Berufung beharrt der Kläger darauf, dass die Schenkungsvereinbarung vom 15. September 2015 in ihrer Gesamtheit formungültig sei. Er wiederholt im Wesentlichen die bereits vor Vorinstanz gemachten Ausführungen, ohne sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen (Urk. 38 S. 8 ff.; Urk. 69 S. 25 f.). Damit genügt er den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht (vorn E. III/1), weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

2. a) Der Kläger hat vor Vorinstanz geltend gemacht, die Schenkungsvereinbarung vom 15. September 2015 sei wegen Simulation unbeachtlich. Die Beklagte und der Schuldner hätten diese Vereinbarung mit dem tatsächlichen Willen abgeschlossen, die Zwangsverwertung der Grundstücke faktisch zu verhindern (Urk. 38 S. 11 et passim). Die angebliche Schenkungsvereinbarung hätte die für die Durchsetzung des (angeblich später errichteten) Schuldbriefes notwendige Grundforderung zwischen der Beklagten und dem Schuldner in der Höhe von Fr. 3,5 Mio. begründen sollen (Urk. 38 S. 12). Auch die Sicherungsübereignung (Urk. 32/4) stelle ein simuliertes Geschäft dar. Eine rechtmässige Sicherungsübereignung (an die Beklagte) habe nicht stattgefunden. Entgegen der Bestätigung in der Sicherungsübereignung sei der Schuldbrief erst am 18. Dezember 2015 vom Grundbuchamt an H._____ ausgegeben worden (Urk. 38 S. 15 f.). Überdies warf der Kläger der Beklagten vor, sie berufe sich rechtsmissbräuchlich auf den Schuldbrief, soweit der strittige Schuldbrief und dessen Übergabe an die Beklagte nicht anfechtbar im Sinne von Art. 288 Abs. 1 SchKG und deshalb unbeachtlich sei (Urk. 3 S. 19 ff. und S. 27; Urk. 38 S. 16 f.; Urk. 70 S. 13).

b) aa) Die Vorinstanz sprach dem Kläger die Aktivlegitimation zur paulianischen Anfechtungsklage gemäss Art. 288 SchKG ab. Zur paulianischen Anfechtung sei jeder Gläubiger berechtigt, der einen provisorischen oder definitiven Pfändungsverlustschein erhalten habe. Der Kläger leite seine Aktivlegitimation aus der Pfändungsurkunde vom 8. Mai 2018 ab, auf welcher vermerkt sei, sie gelte als provisorischer Verlustschein. Gehe die Betreibung auf Pfändung und werde sie am Ort der Arrestlegung durchgeführt, so könnten nur die arrestierten Gegenstände gepfändet werden und zur Verwertung gelangen, und es sei alsdann kein Verlustschein im Sinne von Art. 149 SchKG auszustellen. Komme es zu einer auf die Verwertung von arrestierten Gegenständen beschränkten Betreibung am Betreibungsort des Arrestes, so sei es in keinem Falle zulässig, dem Gläubiger einen Verlustschein auszustellen, der das Ungenügen des gesamten der schweizerischen Vollstreckung unterworfenen Vermögens zur Befriedigung des Gläubigers amtlich bescheinigen würde. In einer solchen Betreibung sei das Betreibungsamt weder verpflichtet noch auch nur berechtigt, alle in der Schweiz gelegenen Vermögensstücke des Schuldners zur Vollstreckung heranzuziehen. Entsprechend

erscheine es unangebracht, beim Fehlen einer in das ganze Schuldnervermögen gerichteten Betreuung dem Gläubiger insbesondere das Recht zur Erhebung einer Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG zuzugestehen. Die Legitimation, die ein provisorischer Verlustschein verleihe, falle insbesondere dahin, wenn sich ergebe, dass in der fraglichen Betreuung ein endgültiger Verlustschein nicht mehr ausgestellt werden könne, was vorliegend der Fall sei. Auf die Vorbringen des Klägers, die Errichtung des strittigen Schuldbriefs und dessen Übergabe an H._____ und die Beklagte würden anfechtbare Handlungen nach Art. 288 SchKG darstellen, die in der Verwertung nicht zu berücksichtigen seien, sei daher nicht weiter einzugehen (Urk. 70 S. 18 f.).

bb) Der Kläger macht zusammengefasst geltend, er sei unbestrittenermassen zur Anhebung der Lastenbereinigungsklage legitimiert. Das Bundesgericht habe klargestellt, dass ein provisorischer Verlustschein zur Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen in einem Widerspruchsverfahren genüge. Die Möglichkeit, einen Anfechtungsanspruch bereits im Rahmen einer Widerspruchs- oder Lastenbereinigungsklage geltend machen zu können, diene dem Schutz des Gläubigers. Dieser müsse nicht bis zum Abschluss der Zwangsvollstreckung warten und ein neues und unabhängiges Verfahren gegen den Dritten einleiten. Vorliegend hätten zudem die Beklagte und der Schuldner jederzeit die Möglichkeit, die Schenkungsvereinbarung wieder einvernehmlich aufzuheben. Dies würde die Geltendmachung der Anfechtungsansprüche des Klägers praktisch verunmöglichen. Die Beklagte habe nicht bestritten, dass das Schenkungsversprechen und die Sicherungsübereignung anfechtbare Handlungen darstellten. Sie habe lediglich geltend gemacht, dass das Betreibungsamt in der Pfändungsurkunde keinen provisorischen Verlustschein hätte ausstellen dürfen, dagegen aber keine Beschwerde erhoben. Die Ausstellung eines Pfändungsverlustscheins sei selbst dann nicht nichtig, wenn die vorangegangene Pfändung nicht vorschriftsgemäss durchgeführt worden wäre (Urk. 69 S. 27 ff.).

cc) Die Anfechtungsklage richtet sich gemäss Art. 290 SchKG gegen diejenige Person, die mit dem Schuldner das anfechtbare Rechtsgeschäft abgeschlossen hat oder durch dasselbe begünstigt worden ist. Der Anfechtungsgegner wird

damit gezwungen, ihm zivilrechtlich zustehende Vermögenswerte wieder den Gläubigern zuzuführen. Dieser Eingriff in die Rechte Dritter rechtfertigt sich nur, wenn das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, um seine Gläubiger zu befriedigen. Insofern ist die paulianische Anfechtung ein subsidiärer Rechtsbehelf, der erst zum Zuge kommt, wenn ein Pfändungsgläubiger zu Verlust geraten ist (BSK SchKG-Staehelin/Bopp, Art. 285 N 10). Im Widerspruchsverfahren kann sich der bestreitende Gläubiger gegenüber dem Dritteigentümer auf den paulianisch anfechtbaren Erwerb des gepfändeten Vermögensstücks vom Schuldner berufen. Erforderlich ist jedoch, dass dem bestreitenden Gläubiger die Aktivlegitimation zur paulianischen Anfechtung nach Art. 285 Abs. 2 SchKG zusteht (BSK SchKG-Staehelin/Strub, Art. 106 N 4). Zur paulianischen Anfechtung in der Betreuung auf Pfändung sind Gläubiger mit einem definitiven Pfändungsverlustschein legitimiert. Die Legitimation, die ein provisorischer Verlustschein verleiht, fällt dahin, wenn sich ergibt, dass in der fraglichen Betreuung ein endgültiger Verlustschein nicht mehr ausgestellt werden kann (BSK SchKG-Staehelin/Bopp, Art. 285 N 30 f., m.w.H.). Kein Verlustschein kann in der Arrestbetreuung ausgestellt werden, die am Arrestort durchgeführt wird (BGer 5A_407/2016 vom 15. September 2016, E. 3.3; KUKO SchKG-Näf, Art. 149 N 1). Der Verlustschein bestätigt, dass das gesamte in der Schweiz belegene und damit der schweizerischen Vollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners herangezogen wurde und zur Befriedigung der betreibenden Gläubiger nicht ausgereicht hat (BSK SchKG-Huber/Sogo, Art. 149 N 4). Der fälschlicherweise auf der Pfändungsurkunde angebrachte Hinweis, diese gelte als provisorischer Verlustschein und legitimiere den Gläubiger zu einer Anfechtung gemäss Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (Urk. 5/23), verschafft dem Kläger selbstverständlich nicht die Aktivlegitimation als materiell-rechtliches Erfordernis für die paulianische Anfechtung. Die Vorinstanz hat daher dem Kläger zu Recht die Berechtigung abgesprochen, sich auf die Tatbestände der paulianischen Anfechtung im Sinne von Art. 285 ff. SchKG zu berufen.

c) Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen eines simulierten Geschäfts und verwarf die vom Kläger vorgetragene Argumente für seinen Standpunkt. Sie führte aus, ein simuliertes Geschäft bzw. ein Scheingeschäft liege vor, wenn Parteien wissentlich und willentlich Erklärungen austauschten, das Erklärte aber nicht

gelten und die entsprechenden Rechtswirkungen nicht eintreten sollten. Ein allfällig identisches Vorgehen des Schuldners in I. _____ zur Übertragung eines Schuldbriefs auf seine neue Lebensgefährtin sowie der Einzug einer Drittperson in die belastete Liegenschaft kurz nach Abschluss der Schenkungsvereinbarung vermöchten den Willen der Beklagten zum Abschluss einer Simulationsabrede nicht nachzuweisen. Im Gegenteil scheine es sich dabei viel eher um Verhaltensweisen des Schuldners zu handeln, welche der Beklagten nicht angerechnet werden könnten, insbesondere da sie aus ihnen keinen Vorteil hätte ableiten können. Gleich verhalte es sich mit der zeitlichen Nähe der Schuldbrieferrichtung zum Urteil des Landgerichtes Frankfurt. Dieses betreffe die Geschäftstätigkeit des Schuldners persönlich und sage an sich nichts über eine allfällige desolante Vermögenslage des offenbar sehr wohlhabenden Schuldners, selbst wenn die Beklagte Kenntnis vom Urteil gehabt haben sollte, was bestritten worden sei. Hingegen vermöge die Beklagte – und dies sei zentral – ihre Beweggründe zum Abschluss der Schenkungsvereinbarung plausibel darzulegen. Dass im Rahmen der Trennung vom Schuldner unter anderem die Wohnsituation neu habe geregelt werden müssen und die Beklagte diese habe sicherstellen wollen, erscheine durchaus nachvollziehbar. Da die Absicherung bereits durch das bedingte Schenkungsversprechen und den Schuldbrief erreicht worden sei und da der Schuldner der Beklagten darüber hinaus, bis zu deren geplantem Umzug nach Zürich, eine Wohnung in J. _____ finanziert habe, sei im Umstand, dass in der Folge die öffentliche Beurkundung und Eintragung der Nutzniessung ausgeblieben sei, kein offener Missbrauch bzw. keine Simulationsabrede zu erblicken. Entsprechend könnten die Gründe für das Ausbleiben der Eintragung und ob eine solche unter den geltenden Vorschriften des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG oder "Lex Koller") aufgrund des jeweiligen Wohnsitzes der Beklagten oder des Schuldners überhaupt möglich gewesen wäre, offengelassen werden. Auch gegen die Beauftragung einer Drittperson zur Vertragsausgestaltung der durchaus komplexen Rechtsgeschäfte sei nichts einzuwenden. Da das Verfügungsgeschäft und die Besitzübertragung separat voneinander erfolgen könnten, sei nicht ohne weiteres auf eine rechtsmissbräuchliche Rückdatierung der beiden Vereinbarungen zu schliessen. Mit seinen Vorbringen

vermöge der Kläger somit keine Zweifel am tatsächlichen Parteiwillen der Beklagten zu erwecken, geschweige denn das qualifizierte Beweismass für ein offenbar rechtsmissbräuchliches Verhalten derselben zu erreichen. Auch die Ausführungen zur angeblichen Weisungsgebundenheit von H._____ sowie zur Wohnsitzverlegung des Schuldners vermöchten die Rechtsmissbräuchlichkeit bzw. eine Simulationsabrede nicht nachzuweisen (Urk. 70 S. 15 ff.).

d) Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe folgende Tatsachelemente aus den Augen verloren: Die komplexen Geschäfte zwischen der Beklagten und dem Schuldner hätten zu keiner Verbesserung ihrer "Wohnsituation" und bis heute zu keiner Zunahme ihrer Aktiven geführt, da die Schenkung nie vollzogen worden sei. Die "Wohnsituation" der Beklagten sei unabhängig vom Inhalt der Schenkungsvereinbarung (Urk. 32/2) sichergestellt worden, indem der Schuldner ihr eine Wohnung in J._____ finanziert habe. Die Beklagte habe nie in der Zürcher Wohnung gewohnt, auf der der strittige Schuldbrief laste; zwei Wochen nach dem angeblichen Datum von Urk. 32/2 habe der Schuldner dort eine andere Person, K._____, einziehen lassen. Urk. 32/2 sei kein Unterhaltsvertrag, sondern ein Schenkungsversprechen unter Ehegatten. Die Berufungsbeklagte gebe selber zu, dass das Schenkungsversprechen nicht als Tilgung der gesetzlichen Unterhaltspflichten des Schuldners zu verstehen sei, sondern dass es angeblich aus "allgemeinen familiären Beistandsüberlegungen" geschlossen worden sei. Ein bedingtes Schenkungsversprechen unter Ehegatten sei der perfekte Weg, eine bedingte Forderung für die Zwecke dieses Lastenbereinigungsverfahrens zu schaffen und diese anschliessend einvernehmlich aufzuheben. Da die Beklagte nach eigenen Angaben nicht arbeitstätig und vollkommen auf die Finanzierung ihres Lebensunterhalts durch den Schuldner angewiesen sei, habe sie ein starkes Eigeninteresse an der Verhinderung der Zwangsvollstreckung am Vermögen ihres Ehemannes. Zwischen der Beklagten und dem Schuldner bestehe eine "enge persönliche und wirtschaftliche Beziehung" und die Beklagte sei als Beschenkte ohne Gegenleistung zu einem wertvollen Vermögensstück des Schuldners (dem strittigen Schuldbrief) auf einem Weg gekommen, der "seltsam und unüblich" und, wegen der massiven Überbelehnung des Grundstücks, "wirtschaftlich sinnlos" sei (mit Hinweis auf BGer 5A_584/2007 vom 13. Februar 2008, E. 5.2). Die Beklagte

habe keinen Grund für die komplexen Geschäfte mit ihrem Ehemann nennen können. Sie habe zugegeben, an der Redaktion der Vereinbarung nicht beteiligt gewesen zu sein, dem Inhalt des Dokuments "keine besondere Beachtung geschenkt" und sich über den Vertrag "keine vertieften Gedanken gemacht" zu haben. Sie habe für das Verständnis der Stipulationen immer auf H._____, einen weisungsgebundenen Beauftragten des Schuldners, der die Verträge entworfen habe, verwiesen. Zudem habe sie zugegeben, eine unwahre Erklärung unterzeichnet zu haben, ohne diese zu prüfen (Urk. 69 S. 12 ff.).

Demgegenüber beharrt die Beklagte darauf, dass sie mit der subsidiären Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung von Fr. 3'500'000.– und die Absicherung dieser Zahlungsverpflichtung durch einen Schuldbrief die notwendige Sicherheit für ihre Wohnsituation und diejenige der gemeinsamen Kinder habe. Solche Unterhaltspflichten wären in den Vereinigten Arabischen Emiraten, wo der Schuldner wohne, kaum durchsetzbar. Die Wohnsitznahme in der Liegenschaft sei deshalb gescheitert, weil der Umzug im Sommer 2016 geplant gewesen sei und der Schuldner die Liegenschaft temporär einer Bekannten zur Verfügung gestellt habe, welche sich weigere auszuziehen. Im Sommer 2017 sei der Umzug aus demselben Grund gescheitert. Die von der Beklagten und dem Schuldner gefundene Lösung entspreche wohl tatsächlich nicht einer Standardregelung zwischen Ehegatten, entspreche aber ihrer spezifischen Situation. Da die öffentliche Beurkundung und Eintragung der Nutzniessung damals nicht möglich gewesen sei, hätten sich die Beklagte und der Schuldner auf dessen subsidiäre Verpflichtung geeinigt, der Beklagten den Barwert der Nutzniessung als Geldbetrag zukommen zu lassen. Tatsächlich sei der Beklagten bei Unterzeichnung der Sicherungsübereignung der Schuldbrief noch nicht übergeben worden. Die Beklagte habe dieser Klausel keine besondere Beachtung geschenkt und gehe davon aus, dass es sich dabei um eine Standardklausel in einer Vorlage für eine Sicherungsübereignung handle. Auch dem Wort "Zwangsverwertung" und der Aufbewahrung des Schuldbriefs im Banksafe habe die Beklagte keine besondere Beachtung geschenkt (Urk. 75 S. 11 ff.).

e) aa) Bei der Simulation wird zwischen der reinen Simulation und der Dissimulation unterschieden. Eine reine Simulation liegt vor, wenn sich der übereinstimmende wirkliche Wille in der durch die Simulationsabrede kundgegebenen Absicht, ein bestimmtes Scheingeschäft vorzunehmen, erschöpft. Es gibt in diesem Fall gar kein wirklich gewolltes Geschäft. Bei der Dissimulation existiert ein dissimuliertes wirklich gewolltes Geschäft, das durch das simulierte Geschäft nach aussen verdeckt werden soll (ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 OR N 112). Ob ein simuliertes Geschäft vorliegt, ist nur zu prüfen, wenn die Übertragung des Schuldbriefs auf die Beklagte nicht ohnehin unwirksam oder nichtig ist (vgl. BGE 129 III 618 E. 5.1; ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 ZGB N 296; vgl. immerhin nachfolgend lit. f).

bb) Gemäss Art. 864 Abs. 1 ZGB bedarf es zur Übertragung der Schuldbriefforderung der Übergabe des Pfandtitels an den Erwerber. Die Übertragung von Papier-Schuldbriefen setzt die Übergabe des Pfandtitels voraus (ZK-Steinauer, Art. 864 ZGB N 57). Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, sind für die Besitzübertragung an einem Inhaberschuldbrief grundsätzlich alle Arten im Sinne der Art. 922 ff. ZGB zulässig. Die Parteien können folglich, abgesehen von der Übergabe des Titels, einen Gesamtbesitz, eine Besitzeswandlung (*brevi manu traditio*) oder eine Besitzeinweisung vorsehen. Hingegen sind der Mitbesitz, die offene Besitzlage (*longa manu traditio*) oder das Besitzeskonstitut – der bisherige selbständige Besitzer wird zum unselbständigen (BSK ZGB-Ernst, Art. 924 N 1) – nicht möglich, da damit der Pfandbesteller die ausschliessliche Gewalt über den Schuldbrief behält (mit Hinweis auf ZK-Steinauer, Art. 864 ZGB N 58 f.). Weiter ist auch eine Übertragung des Schuldbriefs bloss sicherheitshalber zu Eigentum, eine sog. Sicherungsübereignung (fiduziarische Eigentumsübertragung), zulässig (Urk. 70 S. 12). Auch hier darf der Gläubiger nicht die ausschliessliche Gewalt über den Schuldbrief behalten (BSK ZGB-Staehelin, Art. 864 N 7). Das Besitzeskonstitut als Traditionssurrogat ist für die Sicherungsübereignung untauglich. Art. 717 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass ein mit Besitzeskonstitut bewirkter Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam ist, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist (BK-Zobl/Thurnherr, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil, N 1408). Mit

der Benachteiligung von Dritten sind die Gläubiger des Veräusserers gemeint. Die Benachteiligung muss nicht nur vom Veräusserer gewollt sein, sondern sie muss auch dem Erwerber bewusst werden; zum mindesten wird vorausgesetzt, dass er sie bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können. Nicht nötig ist jedoch, dass die Parteien mit ihrem Geschäft überhaupt nichts anderes bezwecken als eine derartige Benachteiligung von Drittpersonen, sondern es genügt, wenn eine solche wenigstens als Nebenzweck mit in Kauf genommen wurde. Dass die Kontrahenten eine Benachteiligungsabsicht verfolgen oder sie zum mindesten nicht ausschliessen wollen, ergibt sich sehr oft aus den Begleitumständen der zwischen ihnen getroffenen Abmachungen (ZK-Scherrer, Art. 717 ZGB N 56 f.).

cc) Die Vorinstanz stellte fest, die Besitzübertragung sei durch Besitzeinweisung erfolgt. Die Beklagte habe ausgeführt, die Sicherungsübereignung vom 15. November 2015 sei von H._____ entworfen worden. Entgegen deren Wortlaut sei der Schuldbrief der Beklagten jedoch erst während ihres Skiurlaubs in I._____ zwischen dem 19. Dezember 2015 und 2. Januar 2016 von H._____ übergeben worden. Da sie den Schuldbrief nicht mit nach Dubai nehmen wollen, habe sie ihn gebeten, diesen für sie aufzubewahren. Dadurch habe sie Eigentum am Schuldbrief erworben, wobei sich der Schuldbrief seither im unmittelbaren Besitz von H._____ befinde. Selbst wenn sie nie im physischen Besitz des Schuldbriefs gewesen wäre, seien sie und der Schuldner sich einig gewesen, dass der Schuldbrief nicht mehr von letzterem gehalten werden sollte, sondern im (mittelbaren oder unmittelbaren) Besitz der Beklagten (sein sollte). Dies wäre, so die Beklagte, als Besitzeinweisungsvertrag mit H._____ als Besitzmittler zu qualifizieren. Die Vorinstanz erwog dazu, der Schuldner habe sich in Ziff. 1 der Sicherungsübereignung vom 15. November 2015 verpflichtet, den Schuldbrief der Beklagten zu fiduziarischem Eigentum zu übergeben. Aus dem vertraglichen Wortlaut lasse sich die Einigung schliessen, dass der Schuldbrief nicht mehr im Besitz des Schuldners zu halten sei, sondern fortan im Besitz der Beklagten. Diese Tatsache reiche für sich allein schon aus, um zumindest von einem konkludent und damit gültig abgeschlossenen Besitzeinweisungsvertrag auszugehen. Dieser Übertragungswille dürfte sodann auch H._____ angezeigt worden sein, zumal dieser zum einen die Sicherungsübereignung vom 15. November 2015 entworfen

haben sollte und zum anderen am 18. Dezember 2015 den Schuldbrief auf Anweisung des Schuldners vom Grundbuchamt entgegengenommen habe. Dadurch sei dieser [gemeint wohl: H._____] zum unmittelbaren Besitzer des Schuldbriefs geworden, und zwar im Wissen darum, dass dieser für die Beklagte als mittelbare Besitzerin zu halten sei. Die Besitzeanweisung sei daher bereits im Dezember 2015 – und damit vor der Arrestierung des Grundstücks – vollzogen worden. Da zur Besitzübertragung bereits die Besitzeanweisung genüge und keine physische Übergabe des Schuldbriefs gefordert sei, könne die Frage, wann und ob die physische Übergabe an die Beklagte erfolgt sei, offengelassen werden (Urk. 70 S. 11 ff.).

dd) Die Vertragsparteien haben in der Schenkungsvereinbarung eine Nutznießung und eine Schenkung unter der aufschiebenden Bedingung vereinbart, dass die Nutznießung nicht bis zum 30. September 2021 ins Grundbuch eingetragen wird (Urk. 32/2 Ziff. 1 und 6). Sie haben in der Sicherungsübereignung weiter vereinbart, dass die Beklagte den zur Sicherstellung der Schenkung errichteten Schuldbrief zu fiduziarischem Eigentum erhalte (Urk. 32/4 S. 1). Es handelt sich um eine Sicherungsfiduzia in der Form einer Sicherungsübereignung (ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 OR N 202).

Unbestritten ist, dass der Schuldbrief nicht beim Schuldner blieb, sondern bei H._____, der ihn vom Grundbuchamt entgegengenommen hatte (Urk. 5/15; Urk. 30 S. 8 Rz 17). Der Kläger hat geltend gemacht, H._____ sei ein weisungsgebundener Angestellter des Schuldners (Urk. 38 S. 18 f. und S. 21; Urk. 69 S. 14). Er sei u.a. Chief Financial Officer der Deutschen L._____ S.A. (M._____), deren Verwaltungsratspräsident und Inhaber der Schuldner sei. Zudem sei H._____ Vertreter mit Einzelunterschrift der N._____ AG sowie Vermögensverwalter des Schuldners und die Kontaktperson der O._____ im Zusammenhang mit den Bankkonten des Schuldners (Urk. 3 S. 11 und 24). Die Beklagte bestritt in diesem Zusammenhang vor Vorinstanz einzig, dass H._____ Vermögensverwalter des Schuldners sei. H._____ sei bis 31. Januar 2016 vollzeitig im Private Banking der O._____ AG tätig gewesen und kenne die Familie B._____/C._____ als langjährige Kundin derselben. Seit Februar 2016 sei er über die P._____ AG als Family

Officer tätig und kümmere sich in dieser Funktion um die administrativen Belange der Familie B._____/C.____ (Urk. 30 S. 15; vgl. auch Urk. 47 S. 26). Daraus und aus den Funktionen H.____s bei der Deutschen L.____ S.A. (M.____) und der N.____ AG kann ohne weiteres geschlossen werden, dass H.____ in den Diensten des Schuldners steht. Die Beklagte bezeichnet H.____ als gemeinsame Vertrauensperson von ihr und dem Schuldner (Urk. 60 S. 2).

Gemäss Sicherungsübereignung hätte die Beklagte den Schuldbrief in einem Banksafe aufbewahren müssen, zu dem allein sie Zugang gehabt hätte (Urk. 32/4 Ziff. 2 Abs. 3). Die Beklagte erklärte die Übergabe des Schuldbriefs an H.____ zur Aufbewahrung damit, dass dieser den Schuldbrief zwischen dem 19. Dezember 2015 und dem 2. Januar 2016 nach I.____ gebracht und sie ihn nicht nach Dubai habe mitnehmen wollen (Urk. 30 S. 8). Weshalb sie ihn nicht vertragsgemäss in einen Banksafe gab, ist nicht ersichtlich. Nicht überzeugend ist die Behauptung der Beklagten, sie habe dieser Vertragsklausel keine besondere Beachtung geschenkt, war sie doch das Kernstück für die behauptete Absicherung der Beklagten. Mit der Aufbewahrung des Schuldbriefs durch H.____ verblieb der Schuldbrief jedoch im Einflussbereich des Schuldners.

Die von der Beklagten angeblich beabsichtigte Sicherstellung ihrer Wohnsituation hing damit vom Verhalten H.____s ab. Dass es der Beklagten um die Sicherstellung ihrer Wohnsituation ging, ist indessen entgegen der Vorinstanz nicht nachvollziehbar. Die Beklagte hat selber ausgeführt, dass sie den Schuldner immer als erfolgreichen und vermögenden Geschäftsmann wahrgenommen habe, der finanziell sehr gut für sie und die gemeinsamen Kinder gesorgt habe. Sie habe sich nie finanzielle Sorgen machen müssen und habe dank der finanziellen Unterstützung durch den Schuldner einen hohen Lebensstandard gelebt (Urk. 30 S. 24). Der Kläger weist zu Recht darauf hin, dass die vertraglich vereinbarte Nutzniessung nicht in das Grundbuch eingetragen wurde und die Beklagte nicht in die Liegenschaft eingezogen ist. Unbestritten ist in diesem Zusammenhang, dass der Schuldner zwei Wochen nach der Unterzeichnung der Schenkungsvereinbarung eine Bekannte in die Wohnung, an welcher die Beklagte die Nutzniessung erhalten sollte, einziehen liess und die Beklagte selber am 10. August 2017 einen

fünfjährigen Mietvertrag für eine Wohnung in J._____ unterzeichnete (Urk. 38 S. 5 f.; Urk. 47 S. 5 f.). Es drängt sich daher der Schluss auf, dass die "durchaus komplexen Rechtsgeschäfte" (Urk. 70 S. 16; Urk. 69 S. 12) nicht die Absicherung der Wohnsituation der Beklagten zum Ziele hatten.

Die rechtskräftige betreibungsamtliche Schätzung der mit dem Schuldbrief belasteten Grundstücke lautet auf Fr. 5'660'000.–. Auf den Grundstücken lastet ein Register-Schuldbrief über Fr. 3'533'000.– und der im Streit liegende Schuldbrief über Fr. 3,5 Mio. (Urk. 5/4). Das Mindestangebot bei der Steigerung beträgt Fr. 6'650'338.45 (Urk. 5/5 S. 3). Gemäss Schenkungsvereinbarung wäre die Schenkung bei einem Verkauf der Liegenschaft an einen Dritten vorzeitig fällig und sofort zahlbar gewesen, wobei als Verkauf auch die Zwangsverwertung gilt (Urk. 32/2 S. 3 Ziff. 6; Urk. 38 S. 13). Damit sind die Grundstücke einer Verwertung zugunsten Dritter und insbesondere des Klägers praktisch entzogen.

Dass die Errichtung des Schuldbriefs wegen massiver Überbelehnung des Grundstücks wirtschaftlich sinnlos war, trifft nicht zu, wie die Beklagte zu Recht einwendet (Urk. 75 S. 14), auch wenn der Schuldbrief bei einer Verwertung bzw. einem Verkauf der Grundstücke allenfalls nicht voll gedeckt wäre. Immerhin müsste sich die Beklagte gefragt haben, worin denn ihre Absicherung bestand, wenn die Nutzniessung nicht ins Grundbuch eingetragen wurde und sie stattdessen eine bedingte Schenkung hat, abgesichert durch einen Schuldbrief auf Grundstücken, die bereits erheblich belastet sind, und den sie nicht in den eigenen Händen hielt. Schenkungen mittels Besitzeskonstitut werden sehr oft zu keinem andern Zweck vorgenommen, als um die Gläubiger des Schenkers zu benachteiligen (ZK-Scherrer, Art. 717 ZGB N 14). Fiduziarische Rechtsgeschäfte werden u.a. zur Benachteiligung der Gläubiger des Fiduzianten verwendet (Wälli, Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft, Diss. Zürich 1969, S. 14; Yung, Simulation, fiducie et fraude à la loi, in: Études et articles, Genève 1971, S. 181). Die Beklagte hat zwar behauptet, sie habe im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 15. September 2015 nicht gewusst, wie hoch die bestehende Belastung der Liegenschaft gewesen sei (Urk. 30 S. 22 f.). Das mag durchaus sein, weil es der Beklagten nach dem Gesagten nicht oder jedenfalls nicht in erster Li-

nie um die Absicherung ihrer Wohnsituation ging. Bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte die Beklagte aber ohne weiteres erkennen können, dass mit der Errichtung des Schuldbriefs die Grundstücke praktisch zu 100 % belastet waren. Aufgrund der getroffenen Abmachungen und geschilderten Umstände ist indessen davon auszugehen, dass eine hohe Belastung der Grundstücke beabsichtigt war, damit Gläubiger des Schuldners nicht auf sie würden greifen können, und dass dies nicht nur die Absicht des Schuldners war, sondern auch der Beklagten bewusst war oder zumindest hätte bewusst sein müssen. Demzufolge liegt eine Umgehung von Art. 717 Abs. 1 ZGB vor. Dies führt dazu, dass der Schuldbrief im Lastenverzeichnis zu streichen ist (vgl. Brunner/Reutter/Schönmann/Talbot, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 3. A., Bern 2019, S. 153).

f) Lediglich ergänzend sei dargelegt, weshalb der Kläger mit seinen Einwänden gegen die von der Vorinstanz verworfene Simulation nicht durchdringen würde:

aa) Der Kläger wirft der Vorinstanz zunächst vor, nicht geprüft zu haben, ob die Beklagte einen Geschäftswillen in Bezug auf die spezifischen Stipulationen im Schenkungsvertrag gehabt habe, nämlich den Abschluss einer Nutzniessung, die Bedingung für die Schenkung und die Anknüpfung der Schenkung an die Zwangsvollstreckung der Wohnung (Urk. 69 S. 12). Dies entspräche jedoch dem objektiven Sinn der Schenkungsvereinbarung. Wenn der Kläger eine Abweichung vom objektivierten Verständnis behauptet, trifft ihn die Beweislast dafür (BK-Walter, Art. 8 ZGB N 497, m.w.H.). Wer sich auf eine Simulation nach Art. 18 Abs. 1 OR beruft, hat den vom Vertragswortlaut abweichenden wirklichen Willen der Parteien zu beweisen (BGE 131 III 49 E. 4.4.4; 112 II 337 E. 4a; BGer 4A_530/2016 vom 20. Januar 2017, E. 7.1; 4A_545/2019 vom 13. Februar 2020, E. 5.1.1). Ein nur mittelbarer (Indizien-)Beweis genügt (ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 OR N 45, m.w.H.). Die Vorinstanz hat sich daher richtigerweise mit den vom Kläger behaupteten Indizien für eine Simulation auseinandergesetzt. Eine positive Überprüfung des Geschäftswillens hatte sie dagegen nicht vorzunehmen.

bb) Wollten die Beklagte und der Schuldner die Zwangsvollstreckung der Grundstücke verhindern, dann würde dies voraussetzen, dass die Schenkung und die Sicherungsübereignung gewollt und nicht bloss simuliert waren. Der Beweggrund zum Vertragsabschluss allein macht den Vertrag aber nicht zum simulierten Geschäft (ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 OR N 106, m.w.H.).

Gemäss Ziff. 6 der Schenkungsvereinbarung stand die Schenkung unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Nutzniessung bis zum 30. September 2021 nicht im Grundbuch eingetragen sein würde. In diesem Fall wäre der geschenkte Betrag am 31. Dezember 2021 zur Zahlung fällig gewesen. Bei einem Verkauf der Liegenschaft an einen Dritten wäre die Schenkung vorzeitig fällig und sofort zahlbar gewesen. Als Verkauf gilt u.a. auch die Zwangsverwertung, wobei der Zuschlag in der Zwangsverwertung den Verkaufszeitpunkt bestimmt. Dies hätte zur Folge, dass bei einer Zwangsvollstreckung die Schenkung als aufschiebend bedingte Forderung ins Lastenverzeichnis aufzunehmen ist, wie dies die Vorinstanz festgehalten hat (Urk. 70 S. 9).

Die Argumente, welche der Kläger für die Annahme einer Simulation ins Feld führt, beweisen diese nicht, mögen aber für das behauptete Motiv sprechen (vgl. ZR 69 Nr. 23 E. 1 S. 73; BK-Kramer, Art. 18 OR N 116 und 142), nämlich dass der Schuldner vor dem Hintergrund der Rechtsstreitigkeiten zwischen ihm und dem Kläger (vgl. die Erwägungen im Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 7. Oktober 2015, Urk. 5/9) die Zwangsverwertung der in der Schweiz gelegenen Grundstücke befürchtete. Wenn die Beklagte auf die Finanzierung ihres Lebensunterhalts durch den Schuldner angewiesen wäre und daher ein starkes Eigeninteresse an der Verhinderung der Zwangsvollstreckung am Vermögen ihres Ehemannes hätte, wäre nicht einzusehen, weshalb es nicht ihrem Willen entsprochen haben sollte, bei einer Zwangsverwertung vom Schuldner eine mittels Schuldbrief gesicherte Schenkung zu erhalten. Ein rechtsgenügender Beweis für die Annahme einer Simulation wäre nicht gegeben (vgl. von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I, 3. A., § 35 III S. 297; ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 OR N 222; Zobl/Thurnherr, a.a.O., N 1303; BGE 71 II 99 E. 3).

3. a) Der Kläger macht im Berufungsverfahren neu geltend, die Übertragung des Schuldbriefs auf die Beklagte sei unwirksam bzw. nichtig, da sie zur Zeit der Übertragung Wohnsitz in Dubai gehabt habe und eine rechtskräftige Bewilligung nach Art. 26 Abs. 1 BewG fehle und auch nicht um die Bewilligung nachgesucht worden sei (Art. 26 Abs. 2 BewG). Der Schuldbrief habe der Beklagten eine eigentümerähnliche Stellung verschafft (Urk. 69 S. 22 f.).

b) Neue rechtliche Ausführungen können im Berufungsverfahren vorgebracht werden, ohne dass Art. 317 Abs. 1 ZPO anwendbar wäre (vgl. statt vieler Retz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 33). Der Kläger macht aber nicht nur neue rechtliche Ausführungen, sondern stellt auch neue Tatsachenbehauptungen auf, nämlich dass eine rechtskräftige Bewilligung fehle und auch nicht um eine solche nachgesucht worden sei. Darauf ist nicht einzutreten.

Im Übrigen hat die Beklagte zu Recht darauf hingewiesen, dass gemäss Art. 7 lit. b BewG der Ehegatte keiner Bewilligung bedarf und sie im Zeitpunkt der behaupteten Übertragung des Schuldbriefs Ende 2015 unbestrittenermassen mit dem Schuldner verheiratet war (Urk. 83 S. 7; Urk. 3 S. 8; Urk. 30 S. 13). Die neue Behauptung des Klägers gestützt auf die neu eingereichte Urkunde 81/36, die Beklagte sei im Zeitpunkt der Übergabe des Schuldbriefs vom Schuldner geschieden gewesen (Urk. 85), ist verspätet (vorn E. III/2). Ein Verstoss gegen das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland ist daher von vornherein nicht dargetan, so dass nicht weiter geprüft werden muss, ob der Schuldbrief der Beklagten eine eigentümerähnliche Stellung verschafft hätte.

V.

Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO; § 4 und § 12 GebV OG; § 4 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Bei der Parteientschädigung ist kein Mehrwertsteuerzuschlag geschuldet, da der Kläger Wohnsitz im Ausland hat

(Art. 8 Abs. 1 MWSTG); entsprechend wurde auch kein Mehrwertsteuerzuschlag beantragt.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Klage wird in der Betreuung Nr. 1 / Pfändung Nr. 2 des Betreibungsamts Zürich 7 gegen den Schuldner C._____ der Papier-Inhaberschuldbrief dat. 30.10.2015 an der 2. Pfandstelle auf den gepfändeten Grundstücken GBBI 3 (Stockwerkeigentumsanteil am Grundstück GBBI 4, Kataster Nr. 5), GBBI 6 (Miteigentumsanteil am Grundstück GBBI 7) und GBBI 8 (Miteigentumsanteil am Grundstück GBBI 7) (Grundbuchamt D._____) für eine Forderung von Fr. 3'500'000.00 nebst Zinsen zu 5% seit dem 30. Oktober 2015 aberkannt und demzufolge wird dieses Recht im Lastenverzeichnis gestrichen und als nicht bestehend vorgemerkt.
2. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 37'185.– festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 55'750.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit den Kostenvorschüssen des Klägers verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die geleisteten Vorschüsse von insgesamt Fr. 92'935.– zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 65'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und im Dispositiv an das Betreibungsamt Zürich 7 sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Fr. 3,5 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. Mai 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

MLaw S. Meisel

versandt am:
Im