

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC090071-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Präsident, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Urteil und Beschlüsse vom 15. September 2011

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Meilen vom 2. November 2009 (FE070183)**

Rechtsbegehren:

des Gesuchstellers und Appellanten (Urk. 73 S. 1):

1. Die Ehe der Parteien sei zu scheiden.
2. Die elterliche Sorge über die Kinder C._____, geb. 1981 [recte: 1991], und D._____, 1993, sei dem Beklagten zuzuteilen.
3. Es sei vorzumerken, dass die Kinder die Klägerin nach eigenem Gutdünken besuchen und es sei angesichts des Alters der Kinder auf eine formelle Regelung des Besuchsrechts zu verzichten.
4. Die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten an den Unterhalt der Kinder ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung für jedes Kind Fr. 7'500.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen.
5. Die Klägerin sei zu verpflichten, sämtliche Schulkosten der Kinder inklusive Schulmaterial, Exkursionen und Mittagsverpflegung sowie sämtliche Kosten für den Musikunterricht unter vollständiger Entlastung des Beklagten den Leistungserbringern direkt zu bezahlen.
6. Die Klägerin sei zu verpflichten, ab Rechtskraft des Scheidungsurteils dem Beklagten lebenslänglich einen monatlich im Voraus zahlbaren, nachehelichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 20'000.– zu bezahlen.
7. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 4 und 6 seien zu indexieren.
8. Die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten den Betrag von Fr. 5'000'000.– zuzüglich 5 % Zins ab 11. September 2008 zu bezahlen.
9. Allfällige während der Ehe geäußerten Freizügigkeitsleistungen seien je hälftig zu teilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt) zu Lasten der Klägerin.

der Gesuchstellerin und Appellatin (Urk. 71 S. 1 f.):

1. Die Ehe der Parteien sei gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.
2. Die Kinder
 - C._____, geb. 1991, und
 - D._____, geb. 1993,seien unter die elterliche Sorge des Beklagten zu stellen.
3. Angesichts des Alters der Kinder C._____ und D._____ sei auf eine formelle Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen den Kindern und der Mutter zu verzichten.

4. Die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten für die Kinder C._____ und D._____ monatliche, jeweiligen monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von CHF 1'000.00 je Kind zuzüglich allfällige Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zur Mündigkeit jedes Kindes.

Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin verpflichtet, die Unterhaltsbeiträge für die Kinder über die Mündigkeit hinaus bis zum Abschluss der Matura eines jeden Kindes zu bezahlen, sofern diese ohne Unterbruch des Gymnasiums ... erlangt wird.

Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin verpflichtet, für C._____ und D._____ bis zu ihrer Mündigkeit bzw. bis zum Abschluss der Matura bei lückenlosem Gymnasiumsbesuch die Schulkosten, Auslagen für Mittagsverpflegung bis zum monatlichen Betrag von Fr. 195.- je Kind sowie vom jeweiligen Lehrpersonal angeordnete Nachhilfestunden sowie Musikunterrichtsstunden zu bezahlen, sofern und solange ihr von den Leistungserbringern direkt Rechnung gestellt wird.

5. Die Klägerin erklärt sich bereit, dem Beklagten bis und mit Februar 2009 angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge im Sinne der nachfolgenden Ausführungen zu bezahlen.
6. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 20'000.- zu bezahlen.
7. Das während der Dauer der Ehe erworbene Freizügigkeitsguthaben der Klägerin sei gemäss Art. 122 ZGB zu teilen, und die Pensionskasse E._____ sei anzuweisen, den Betrag von Fr. 65'862.- auf ein vom Beklagten noch zu bezeichnendes Freizügigkeitskonto zu überweisen.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 2. November 2009:

1. Die Ehe der Parteien wird geschieden.
2. Das Kind D._____, geboren 1993, wird unter die elterliche Sorge des Gesuchstellers gestellt.
3. Auf eine ausdrückliche Regelung des Besuchsrechts der Gesuchstellerin wird angesichts des Alters des Kindes D._____ verzichtet.
4. a) Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder C._____ und D._____ monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Kinderzulagen von je

Fr. 1'600.– ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung auch über die Mündigkeit hinaus, zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar an den Gesuchsteller auch über die Mündigkeit hinaus, solange das Kind in dessen Haushalt lebt oder keine eigenen Ansprüche stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

- b) Die Gesuchstellerin wird (zusätzlich zu Ziff. 4 lit. a) verpflichtet, folgende Kosten ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung auch über die Mündigkeit hinaus, längstens aber bis zum Wegfall einer der nachgenannten Bedingungen zu übernehmen und direkt an die jeweiligen Leistungserbringer zu bezahlen:
- aa) Die tatsächlich anfallenden Kosten für die Musikstunden der beiden Söhne, sofern die Rechnungsstellung direkt an die Gesuchstellerin erfolgt, maximal jedoch:
monatlich Fr. 450.– für D. _____; sowie
monatlich Fr. 550.– für C. _____.
Diese Leistungen sind zahlbar bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung auch über die Mündigkeit hinaus.
 - bb) Die tatsächlich anfallenden Schulkosten der beiden Söhne, auch über die Mündigkeit hinaus, sofern die Rechnungsstellung der Schule direkt an die Gesuchstellerin erfolgt, maximal jedoch Fr. 2'500.– pro Kind und Monat.
 - cc) Die tatsächlich anfallenden Kosten für Nachhilfestunden der beiden Söhne, auch über die Mündigkeit hinaus, soweit die Nachhilfestunden durch das jeweilige Lehrpersonal angeordnet werden und die Rechnungsstellung von der Schule direkt an die Gesuchstellerin erfolgt, maximal jedoch Fr. 350.– pro Kind und Monat.
 - dd) Die tatsächlich anfallenden Kosten für die Mittagsverpflegung der beiden Söhne, sofern die Rechnungsstellung direkt an die Gesuchstellerin erfolgt, maximal jedoch Fr. 195.– pro Kind und Monat.
Diese Leistungen sind zahlbar bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung auch über die Mündigkeit hinaus.
- c) Nach dem Wegfall der Leistungspflicht der Gesuchstellerin gemäss Ziff. 4 b)bb) wird die Gesuchstellerin verpflichtet, die ausgewiesenen Kosten für die Ausbildung der beiden Söhne bis zum ordentlichen Ab-

schluss einer angemessenen Erstausbildung bis zum Betrag von monatlich Fr. 2'500.– zu übernehmen.

Die Kosten sind zahlbar direkt an den Leistungserbringer oder gegen Beleg an den Gesuchsteller auch über die Mündigkeit hinaus, solange das Kind in dessen Haushalt lebt oder keine eigenen Ansprüche stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB wie folgt zu bezahlen:
- a) Fr. 6'600.– während 6 Monaten ab Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils; danach
 - b) Fr. 5'000.– während 12 Monaten; danach
 - c) Fr. 3'400.– bis zum Auszug der Kinder aus der gemeinsamen Wohnung; danach
 - d) Fr. 2'400.– bis zum Eintritt des Gesuchstellers ins ordentliche AHV-Alter.
 - e) Erzielt der Gesuchsteller ein Fr. 44'000.– übersteigendes Jahreseinkommen, so reduzieren sich die gemäss Ziff. 5 lit. a) bis c) geschuldeten Unterhaltsbeiträge um die Hälfte des Fr. 44'000.– übersteigenden Betrages. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin jeweils bis Ende Februar eines jeden Jahres über sein Einkommen des vorangegangenen Jahres schriftlich Auskunft zu erteilen.

Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den ersten jedes Monats.

6. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 4 und 5 hievor basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende September 2009 mit 103.1 Punkten (Basis Dezember 2005 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Jahres, erstmals per 1. Januar 2011 dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{alter Index}}$$

Weist die zu Unterhaltsleistungen verpflichtete Partei nach, dass sich ihr Einkommen nicht im Umfange der Teuerung erhöht, so erhöhen sich die persönlichen Unterhaltsbeiträge an die unterhaltsberechtigte Partei gemäss Ziffer 5 hievor nur im Verhältnis der tatsächlich eingetretenen Einkommenserhöhung.

7. Ansprüche aus Güterrecht bestehen keine.
8. Die Forderungen des Gesuchstellers gemäss Rechtsbegehren Ziff. 8 werden abgewiesen.
9. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller von ihrer während der Ehe geäußerten Austrittsleistung bei der Pensionskasse E. _____ den Betrag von Fr. 72'969.30 auf ein vom Gesuchsteller noch zu bezeichnendes Freizügigkeitskonto zu übertragen.

Die Pensionskasse E. _____ der Gesuchstellerin wird angewiesen, vom Vorsorgekonto der Gesuchstellerin Fr. 72'969.30 auf ein vom Gesuchsteller noch zu bezeichnendes Freizügigkeitskonto zu überweisen.

10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 20'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 10'260.00 Vorladungsgebühren

Fr. 30'260.00 Total

11. Die Kosten des Verfahrens werden dem Gesuchsteller zu zwei Dritteln und der Gesuchstellerin zu einem Drittel auferlegt.
12. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 8'000.- (inkl. MwSt) zu bezahlen.
13. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin die Prozesskostenvorschüsse von Fr. 20'000.- zurückzuerstatten.

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers und Appellanten (Urk. 222 S. 2 f.):

- "1. Disp.-Ziff. 4. a) bis c), 5. a) bis e), 8., 11., 12. und 13. des Urteils vom 2. November 2009 des Einzelrichters am Bezirksgericht Meilen seien aufzuheben und wie folgt neu zu entscheiden:
 - 1.1 (anstelle 4.) Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung der Kinder C. _____ und D. _____ monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen von je Fr. 7'500.- ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung auch über die Mündigkeit hinaus, zu bezahlen.

- 1.2 (anstelle 5.) Eventualiter zu 1.3., falls keine oder eine geringere Kapitalzahlung zugesprochen wird: Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller persönlich monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge ab Rechtskraft des Scheidungsurteils lebenslänglich von Fr. 20'000.– bzw. allenfalls durch eine Kapitalzahlung gemäss nachfolgend Ziff. 1.3 reduzierter Betrag pro Monat zu bezahlen.
- 1.3 (anstelle 8.) Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller den Betrag von Fr. 5'000'000.– zuzüglich 5 % Zins seit dem 11. September 2008 zu bezahlen.
- 1.4 (anstelle 11.) Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien der Gesuchstellerin aufzuerlegen.
- 1.5 (anstelle 12.) Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine angemessene Prozessentschädigung unter Anrechnung des geleisteten Prozesskostenvorschusses zu bezahlen.
- 1.6 (anstelle 13.) Eventualiter zu 1.5 sei in jedem Falle von einer Rückerstattungspflicht des Prozesskostenvorschusses abzusehen.

Eventualiter:

2. Disp.-Ziff. 4.a) bis c), 5.a) bis e), 8., 11., 12. und 13., seien aufzuheben und das Verfahren sei zur Neuurteilung (Beendigung des Behauptungs- und Durchführung des Beweisverfahrens) an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt) unter Anrechnung des geleisteten Prozesskostenvorschusses von Fr. 20'000.– zu Lasten der Gesuchstellerin."

der Gesuchstellerin und Appellatin (Urk. 226 S. 2):

- "1. Die Berufungsanträge 1 (1.1-1.6) und 2 (Rückweisung an Vorinstanz) seien abzuweisen, und das erstinstanzliche Urteil vom 2. November 2009 sei zu bestätigen.
2. Der Appellant sei zu verpflichten, der Appellatin den Prozesskostenvorschuss von Fr. 20'000.– zurückzuerstatten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Appellanten."

Erwägungen:

I.

Die Parteien haben am 19. Juni 1989 in F. _____ (Staat in Europa) geheiratet. Vor der Eheschliessung hatten sie am 9. Juni 1989 den Güterstand der Gütertrennung vereinbart (Urk. 12/29). Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, C. _____, geboren 1991, und D. _____, geboren 1993. Sie sind heute beide mündig, wobei D. _____ noch beim Gesuchsteller lebt. Die Gesuchstellerin ist Musikerin, der Gesuchsteller Bauingenieur ETH mit Spezialgebiet Verkehrsplaner. Die Haupteinkommensquelle der Parteien bildet der Vermögensertrag der Gesuchstellerin. Der Gesuchsteller ist seit Jahren nicht erwerbstätig.

Die Parteien haben sich im August 2005 getrennt, wobei das Getrenntleben eheschutzrichterlich geregelt wurde. Für eine Übersicht über die zahlreichen seitherigen Verfahren zwischen den Parteien betreffend Eheschutz und vorsorgliche Massnahmen kann auf das Urteil des Bundesgerichts vom 16. August 1010 verwiesen werden (5A_455/2010). Im Berufungsverfahren sind im Wesentlichen der Kinderunterhalt für D. _____, der nacheheliche Unterhalt für den Gesuchsteller und von diesem geltend gemachte Ansprüche aus Arbeiten für Liegenschaften der Gesuchstellerin streitig.

II.

1. Am 2. November 2009 erliess die Vorinstanz das angefochtene Urteil (Urk. 196). Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsteller rechtzeitig Berufung (Urk. 197). Mit Beschluss vom 27. April 2010 wurde dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und die Gesuchstellerin verpflichtet, dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers, Rechtsanwalt Y. _____, einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 20'000.– zu bezahlen (Prot. II S. 6). Die Berufungsbegründung ging am 6. Juli 2010 und die Berufungsantwort am 9. September 2010 hierorts ein (Urk. 222 und 226). Mit Beschluss vom 16. Sep-

tember 2010 wurde vorgemerkt, dass das vorinstanzliche Urteil bezüglich der Dispositivziffern 1-3, 7, 9 und 10 (Scheidung, elterliche Sorge und Besuchsrecht gegenüber D._____, Güterrecht, Vorsorgeausgleich und erstinstanzliche Kostenfestsetzung) am 9. September 2010 in Rechtskraft erwachsen ist (Prot. II S. 12). In der Replik vom 8. November 2010 beantragte der Gesuchsteller nur noch Kinderunterhaltsbeiträge für D._____, aber nicht mehr für C._____, da dieser beim Gesuchsteller ausgezogen sei und mit der Gesuchstellerin eine Unterhaltsvereinbarung geschlossen habe (Urk. 234 S. 2 und 25). Die Berufungsduplik ging am 11. Januar 2011 ein (Urk. 241). Da D._____ am 9. Februar 2011 mündig geworden war, wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 7. Juli 2011 Frist angesetzt, um eine von D._____ unterzeichnete Erklärung einzureichen, wonach der Gesuchsteller bevollmächtigt wird, im vorliegenden Verfahren Kinderunterhaltsbeiträge für D._____ von Fr. 7'500.– pro Monat bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung geltend zu machen (Urk. 252). Die entsprechende Erklärung ging am 25. Juli 2011 hierorts ein (Urk. 253). Die parteiöffentliche Urteilsberatung und –eröffnung fand am 15. September 2011 statt (Prot. II S. 20).

2. Mit Eingabe vom 14. Januar 2011 hat die Gesuchstellerin ein Begehren um Abänderung vorsorglicher Massnahmen und folgenden Antrag gestellt (Urk. 245 S. 2):

"Der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich I. Zivilkammer, vom 16. Juli 2007, Dispositiv Ziff. 4., 1.e) sei rückwirkend per 1. November 2010 dahingehend abzuändern, als die Verpflichtung der Appellatin, dem Kläger für C._____ Unterhaltsbeiträge zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen, aufzuheben sei.

Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu lasten des Appellanten."

Zur Begründung führte die Gesuchstellerin aus, C._____ sei aus dem Haushalt des Gesuchstellers ausgezogen und habe mit der Gesuchstellerin eine eigene Unterhaltsvereinbarung getroffen.

Der Gesuchsteller ist mit dem Antrag der Gesuchstellerin einverstanden (Urk. 248). Dispositivziffer 4/1 lit. e Abs. 1 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Juli 2007 (Urk. 12/30) ist daher durch

folgende Fassung zu ersetzen: "Sodann wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger ab dem 1. November 2010 für die weitere Dauer des Getrenntlebens für D._____ Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– pro Monat, zuzüglich allfällige Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar vorab jeweils auf den Ersten eines jeden Monats."

3. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH sowie die Verfahrensbestimmungen von Art. 135-149 aZGB anzuwenden.

III.

1. a) Der Gesuchsteller hat beantragt, die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, ihm Fr. 5'000'000.– zuzüglich 5 % Zins ab 11. September 2008 zu bezahlen. Es geht vorab um einen Betrag von Fr. 4'884'755.–, den der Gesuchsteller als Honorar für Leistungen beansprucht, die er für die Liegenschaft "G._____" an der ...-Strasse als Bauleiter, Planer und Verwalter erbracht haben will. In der Klagebegründung führte er aus, die Parteien hätten beabsichtigt, mit dem Erwerb dieser Liegenschaft, welche er total umgebaut habe, einen Ertrag zu erwirtschaften, von welchem die Familie bis in alle Ewigkeit leben könne. Der Umbau sei in einer Qualität durchgeführt worden, welche die Massstäbe der SIA-Normen übertreffe, damit das Gebäude über mehrere Jahrhunderte bestehen bleibe. Kurz vor der Vollendung habe die Gesuchstellerin den Gesuchsteller aus dem gemeinsamen Projekt "entlassen" und beanspruche seither das ganze gemeinsam erwirtschaftete Vermögen und deren Erträge für sich. Dies sei möglich, weil die Parteien vor-ehehlich den Güterstand der Gütertrennung vereinbart hätten und das gemeinsam erworbene Grundeigentum als Alleineigentum der Gesuchstellerin eingetragen worden sei (Urk. 73 S. 4 f. und S. 33). Die Gesuchstellerin habe den Gesuchstel-

ler zudem für einen angemessenen Mehrwert seiner Investition in die Liegenschaft zu entschädigen. Das in den letzten Jahren erwirtschaftete Vermögen des Gesuchstellers stecke in Form seiner geleisteten Arbeit im Haus der Gesuchstellerin. Neben den Leistungen für die "G._____" habe er Arbeiten für das Mehrfamilienhaus J._____, das Geschäftshaus K._____, für Liegenschaften an der L._____-Gasse und eine Liegenschaft an der M._____-Strasse erbracht, wofür ihm eine Entschädigung von Fr. 248'000.– zustehende (Urk. 73 S. 34 f.). Nach der Heirat habe er die O._____ AG gegründet. In den Jahren 1990 bis 1995 seien Fr. 500'000.–, welche er mit dieser Firma verdient habe, auf ein Kontokorrent der Gesuchstellerin bei der ... AG einbezahlt worden. Die Gesuchstellerin habe diesen Betrag zurückzuerstatten. Insgesamt errechnet der Gesuchsteller Ansprüche von Fr. 5'632'755.– zuzüglich Mehrwertanteil der Liegenschaft "G._____", wobei er aber nur Fr. 5 Mio. zugesprochen haben will (Urk. 73 S. 28 und 35).

b) Nach Darstellung der Gesuchstellerin hat der Gesuchsteller seit 1989 sein eigenes Büro geführt. Über seine Firma O._____ AG habe er seine Aufträge abgewickelt (Forschungsaufträge Q1._____, Verkehrsplanung Q2._____, Q3._____, Wettbewerb Q4._____, Umbau Geschäftsliegenschaft der Q5._____ an der ...-Strasse ... in ..., Arbeit im Unterakkord bei der Firma S._____ AG, usw.). Ab 1994/95 habe er relativ glücklos in die Restauration gewechselt. Er habe mit seiner zweiten Firma, der T._____ AG, von 1995 bis 1999 das Restaurant G._____ in der Liegenschaft der Gesuchstellerin geführt. Die T._____ AG hätte auch die Verwaltung über die ganze Liegenschaft führen sollen und habe sie zu diesem Zweck für einen Jahresmietzins von Fr. 390'000.– von der Gesuchstellerin gemietet, doch sei nie Miete bezahlt worden. Im Jahre 2000 sei über die T._____ AG, deren Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat der Gesuchsteller gewesen sei, der Konkurs eröffnet worden. Dabei habe die Gesuchstellerin einen Verlust von Fr. 1'253'427.70 erlitten, welcher allfälligen Ansprüchen des Gesuchstellers verrechnungsweise entgegeng gehalten würde. Die O._____ AG habe während der folgenden zwei Jahre den Umbau der Liegenschaft der Gesuchstellerin an der G._____ übernommen. Der Gesuchsteller sei aber im Jahre 2001 erkrankt und habe sich seither nicht mehr bemüht, eine Erwerbstätigkeit auszuüben (Urk. 71 S. 10 f. und 25 f.).

Die Gesuchstellerin will die Liegenschaft G._____ von ihren Eltern erhalten haben, um ihre finanzielle Unabhängigkeit und Sicherheit sicherzustellen. Ursprünglich sei die Liegenschaft von den Eltern mit einem Lombardkredit und einer Hypothek der Bank ... finanziert worden. Die Hypothekarzinsen seien von 1994 bis 2003 von den Eltern bezahlt worden. Diese Kosten habe die Gesuchstellerin erst zurückzahlen können, als sie die Hypothek von drei auf acht Mio. Franken erhöht habe. Auch die Kosten für den Umbau der Liegenschaft seien vollumfänglich von den Eltern der Gesuchstellerin bezahlt und mit der neuen Hypothek zurückbezahlt worden. Der Einsatz des Gesuchstellers für den Umbau der Liegenschaft sei limitiert gewesen. Zeitweise habe er zusätzlich einen Ingenieur angestellt und ab 1. Oktober 2001 bis 31. März 2003 habe ein Architekt beigezogen werden müssen, da der Gesuchsteller die Arbeit nicht fortgeführt habe. Die Löhne seien durch die B2._____ AG, eine Liegenschafts-AG der Geschwister B._____, bezahlt worden (Urk. 71 S. 26 f.). Als die Gesuchstellerin den Gesuchsteller für die Ingenieurleistung im Zusammenhang mit dem Umbau G._____ habe angemessen entschädigen wollen, habe er jegliche Zahlung abgelehnt. Auch eine Zahlung seitens der Eltern der Gesuchstellerin habe er abgelehnt, zum einen aus Stolz, zum andern wohl deshalb, weil er keine finanziellen Beiträge an die Familie geleistet habe. Dass er daraus nun einen Anspruch auf unendliche Versorgung konstruiere, sei rechtsmissbräuchlich und widerspreche Treu und Glauben. Dass er mit der gleichen Begründung Anspruch auf mehr als das gesamte Vermögen der Gesuchstellerin erhebe, zeige seinen wahren Charakter (Urk. 95 S. 47). Das Haus G._____ sei über mehr als zehn Jahre für die Gesuchstellerin unrentabel gewesen, nämlich als die T._____ AG keine Mietzinsen bezahlt habe sowie während der Umbauzeit und dem späteren Ausfall der Mietzinsen V._____. Der Umbau ab dem Jahre 2000 habe sich wegen des Verhaltens des Gesuchstellers verzögert. Die massgeblichen Umbauleistungen seien von N1._____ und N2._____ geleistet worden. Die behaupteten Leistungen des Gesuchstellers würden bestritten und seien nicht im Scheidungsverfahren zu entschädigen (Urk. 95 S. 49). Die Räumlichkeiten seien 1995 an die T._____ AG übergeben worden, welche die Firma des Gesuchstellers gewesen sei. Die Tätigkeiten innerhalb dieser Firma – Führen des Restaurants, Verwaltung der Liegenschaft – hätten die Arbeit des Ge-

suchstellers gebildet, welche er hätte ertragsabwerfend gestalten können. Er habe aber mit seinen Einnahmen nicht zur Finanzierung der Familienauslagen beigetragen und die Gesuchstellerin alle familiären Lasten alleine tragen lassen. Arbeit für die Liegenschaft als solche ausserhalb der T. _____ AG habe der Gesuchsteller nicht geleistet (Urk. 95 S. 51 f. und S. 57).

Die Gesuchstellerin anerkennt, dass der Gesuchsteller im Jahre 1999 von ihr und ihren Eltern den Auftrag zum Umbau der Liegenschaft erhalten habe. Er habe den Auftrag aber nicht erfüllt; dieser habe grösstenteils durch Drittpersonen erledigt werden müssen. Eine allfällige Entschädigung an den Gesuchsteller, soweit sie trotz Schlechterfüllung geschuldet wäre, könnte sogleich mit Schadenersatzforderungen der Gesuchstellerin für vom Gesuchsteller verursachte Bauverzögerungskosten (Fr. 573'578.–) und nicht bezahlte Mietzinsen verrechnet werden (Urk. 95 S. 53 f.).

c) Nach schriftlicher Erstattung von Replik und Duplik erliess der Vorderrichter am 27. Mai 2009 an beide Parteien detaillierte Substantiierungsaufforderungen (Prot. I S. 75 ff.). Während sich die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 24. Juli 2009 vernehmen liess (Urk. 164), kam der Gesuchsteller der Aufforderung zur Substantiierung innert Frist nicht nach.

d) Die Vorinstanz hat die vom Gesuchsteller erhobenen Forderungen abgewiesen mit der Begründung, sie seien ungenügend substantiiert worden und daher einem Beweisverfahren nicht zugänglich; es bestünden auch keine Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (Urk. 196 S. 19-30 und S. 33-41). Bezüglich des geltend gemachten Anspruchs aus dem Mehrwert der Liegenschaft "G. _____" verneinte die Vorinstanz eine Mehrwertbeteiligung im Sinne von Art. 206 ZGB beim Güterstand der Gütertrennung. Eine vertragliche Vereinbarung sei nicht behauptet worden. Ebenso schloss die Vorinstanz Art. 165 Abs. 1 ZGB als Anspruchsgrundlage aus (Urk. 196 S. 30-32).

e) In der Berufungsbegründung rügt der Gesuchsteller, der Vorderrichter habe von ihm mit der Aufforderung, detailliertere Behauptungen aufzustellen, Unmögliches verlangt. Ausgangspunkt seiner Leistungen sei der Entschluss bei-

der Ehegatten gewesen, dass die Gesuchstellerin ausschliesslich mit Fremdkapital die Liegenschaft "G._____" im Jahre 1995 erwerbe, diese unter der Leitung des Gesuchstellers renoviert werden sollte und die Parteien von den Erträgen der Liegenschaft ihren Lebensunterhalt für die ganze Familie bestreiten sollten. Der Gesuchsteller habe sehr viel für diesen Umbau gearbeitet, über Jahre (1994-2005) seine ganze Energie und Kraft in den Umbau gesteckt, um die Familie finanziell von seiner Arbeit unabhängig zu machen, was die Gesuchstellerin mit Email vom 11. Juni 2005 gegenüber der Schwester des Gesuchstellers bestätigt habe (Urk. 74/6). Er habe zu Gunsten des "Familienunternehmens G._____" auf eine eigene berufliche Karriere verzichtet. Sein Anstellungsverhältnis bei der O.____ AG habe nur auf dem Papier zwecks Fortführung der Minimalleistungen an die AHV bestanden. Die Gesuchstellerin habe bestätigt, dass sie den Gesuchsteller mit dem Umbau der Liegenschaft "G._____" beauftragt habe, was der Vorderrichter in keiner Art und Weise berücksichtigt habe. In der Klageantwort habe der Gesuchsteller die von ihm erbrachten Bemühungen, soweit es ihm möglich gewesen sei, dargelegt. Dass die Bemühungen heute nicht mehr bis ins letzte Detail rekonstruiert werden könnten, habe folgende Gründe: Erstens habe der Gesuchsteller für die Liegenschaft der Gesuchstellerin einfach rund um die Uhr gearbeitet, so wie Arbeiten angefallen seien. Die Liegenschaften, welche formell im Eigentum der Gesuchstellerin stünden, bildeten die wirtschaftliche Basis der Familie. Die Gesuchstellerin habe rein gar nichts mit ihren Liegenschaften zu tun gehabt. Der Gesuchsteller habe daher nicht Buch über seine Arbeiten geführt wie ein extern beauftragter Ingenieur, Architekt oder Liegenschaftenmanager, sondern habe einfach fortlaufend alle Arbeiten erledigt, welche im Zusammenhang mit dem Umbau und der Verwaltung der G.____ bzw. dem Unterhalt, der Renovation und der Verwaltung der Liegenschaft an der L.____-Gasse angefallen seien. Zweitens seien sämtliche Unterlagen, welche den Umbau der "G._____" betroffen hätten, im früher von der Gesuchstellerin bewohnten Haus an der ...strasse ... in I.____ geblieben, aus welchem der Gesuchsteller ausgewiesen worden sei. Eine detaillierte Darlegung der einzelnen Arbeiten wäre dem Gesuchsteller leichter möglich, wenn er Zugang zu diesen Akten hätte. Wo diese heute – nach dem Umzug der Gesuchstellerin an die ...strasse ... – seien, wisse der Ge-

suchsteller nicht. Allenfalls würden sie sich nach wie vor bei der Gesuchstellerin oder eventuell beim Architekten N2. _____ befinden, der nach der Trennung der Parteien noch gewisse Unterhaltsarbeiten ab dem Jahre 2005 für die Gesuchstellerin besorgt habe. Um seiner Substantiierungspflicht trotzdem nachzukommen, lege der Gesuchsteller nochmals einen Bericht über den Umbau vor. Einen solch detaillierten Bericht über den Umbau und die involvierten Personen könnte er gar nicht aus seinem Gedächtnis erstellen, wenn er nicht in leitender Funktion den Umbau betreut hätte. Es wäre dem Vorderrichter ohne weiteres möglich gewesen, über die aufgestellten Behauptungen in Urk. 73 S. 31 f., nämlich über die jährlich erbrachten Leistungen, Beweis (Zeugenbefragungen, Gutachten) abzunehmen. Er habe es aber nicht einmal nötig gefunden, die Parteien persönlich zu befragen. Nur der Umstand, dass die Gesuchstellerin – seltsamerweise nach ihrer Bestätigung (Urk. 74/6) – die ganze Leistung des Gesuchstellers bestritten habe, heisse nun nicht, dass sie in der persönlichen Befragung nicht etwas anderes, nämlich das Zutreffende in Übereinstimmung mit ihren früheren Angaben sage (Urk. 222 S. 3 ff.).

Der Verkehrswert der Liegenschaft "G. _____" betrage mindestens Fr. 18,75 Mio., wenn nicht Fr. 25 Mio. Die Liegenschaft sei aktuell offenbar mit zwei Hypotheken über Fr. 2'296'000.– und Fr. 2'200'000.– belastet und habe einen Nettowert von mindestens Fr. 14,25 Mio., wahrscheinlicher aber einen solchen von Fr. 20,5 Mio. Unbestritten sei, dass der Gesuchsteller von der Gesuchstellerin für seine Arbeiten nie entschädigt worden sei. Das heisse, sein ganzes Erwerbseinkommen der Jahre 1994 bis 2005 stecke in den Liegenschaften der Gesuchstellerin, die dadurch Kosten für Umbau und Verwaltung eingespart und somit mehr Vermögen gebildet habe. Wenn der Gesuchsteller heute die Hälfte des Verkehrswertes der Liegenschaft für die von ihm geleisteten Dienste fordere, sei dies das, was ihm zustehe und den Verhältnissen des vorliegenden Falles angemessen. Darin eingeschlossen sei auch die Wertvermehrung seines Eigengutes, welches anstelle seiner Anlage bei der Bank oder in einer eigenen Liegenschaft nun im Vermögen der Gesuchstellerin gebunden sei. Der Gesuchsteller stütze seine Forderung nicht direkt auf Art. 206 ZGB, sondern auf den Umstand, dass das von ihm erwirtschaftete Eigengut (Entschädigungen für Ingenieurs-, Architektur- und

Verwaltungsleistungen) im Vermögen der Gesuchstellerin angespart sei und selbst eine Wertsteigerung erlebt habe. Das ZGB regle die Mehrwertbeteiligung bei Investitionen vom Eigengut des einen Ehegatten in das Eigengut des andern Ehegatten im Falle der Gütertrennung nicht. Die analoge Anwendung von Art. 206 ZGB schliesse diese Gesetzeslücke am sachgerechtesten. Trennten die Ehegatten ihre Vermögenswerte nicht vollständig, so würden sie eine Wirtschaftsgemeinschaft bilden, die zum Ziele habe, jedem sein Eigengut innerhalb eines gemeinsamen Vermögens zu bilden und zu vermehren oder mindestens zu erhalten. Zum gleichen Ergebnis gelange man, wenn man die Regeln über die einfache Gesellschaft anwenden würde. Indem die Parteien sich gemeinsam entschieden hätten, die Liegenschaft "G. _____" zwecks Bestreitung des Lebensunterhaltes zu erwerben, sei bezüglich der geleisteten Beiträge von einer einfachen Gesellschaft auszugehen, auch wenn die Liegenschaft nur ins Eigentum der Gesuchstellerin überführt worden sei. Bezüglich des Zwecks des Erwerbs und der Renovation durch den Gesuchsteller, nämlich die künftige Bestreitung des familiären Lebensunterhaltes, hätten die Parteien eine *affectio societatis* gebildet. Der Beitrag der Gesuchstellerin sei gewesen, dass die Sicherstellung des Fremdkapitals durch das Vermögen ihres Vaters erfolge; ein relativ kleiner Beitrag. Der Beitrag des Gesuchstellers sei die Vorbereitung des Kaufs, die Leitung der Renovation und die Verwaltung gewesen. Er habe seinen Anteil, d.h. die Hälfte des tatsächlichen Werts der Liegenschaft zugute, begnüge sich aber mit einer Zahlung von Fr. 5 Mio. (Urk. 222 S. 6 ff.).

2. a) Die Gesuchstellerin hat vor Vorinstanz ausgeführt, die behaupteten Leistungen des Gesuchstellers seien nicht im Scheidungsverfahren zu entschädigen (Urk. 95 S. 49). Es ist vorab zu prüfen, ob die Zuständigkeit des Scheidungsrichters gegeben ist.

Für die Auflösung der Errungenschaftsbeteiligung bestimmt Art. 205 Abs. 3 ZGB, dass die Ehegatten ihre gegenseitigen Schulden regeln. Klagen, die damit zusammenhängen, können grundsätzlich von Bundesrechts wegen im Prozess um die güterrechtliche Auseinandersetzung geltend gemacht werden (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 205 ZGB). Nichts anderes

gilt im Rahmen der Gütertrennung, zumal wenn wie vorliegend von der Beurteilung der vom Gesuchsteller geltend gemachten Ansprüche auch die Höhe eines allfälligen Unterhaltsanspruchs abhängt (vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 8 zu Art. 205 ZGB; BGE 111 II 401).

b) Die Parteien sind sich einig, dass der Gesuchsteller den Auftrag erhielt, die Liegenschaft "G._____" umzubauen, und zwar gemäss Darstellung der Gesuchstellerin von ihr und ihren Eltern, nach Auffassung des Gesuchstellers nur von der Gesuchstellerin (Urk. 95 S. 53; Urk. 125 S. 49 und 61). In Urk. 164 S. 5 präzierte letztere, dass die Auftragserteilung im Frühjahr 1998 in P._____ im Einverständnis mit ihren Eltern an "den Beklagten mit seiner O._____ AG" erteilt worden sei, was seitens des Gesuchstellers zufolge Säumnis unbestritten blieb. Davon ist auszugehen.

c) Haben die Parteien bezüglich der Liegenschaft "G._____" eine einfache Gesellschaft gebildet und stellen die vom Gesuchsteller behaupteten Leistungen für diese Liegenschaft seinen Gesellschafterbeitrag dar, so hat er anstelle eines Honorars Anspruch auf einen Anteil am Liquidationserlös der einfachen Gesellschaft. Ehegatten können im Rahmen der Gütertrennung eine Ehegattengesellschaft eingehen (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 6 zu Art. 247 ZGB). Der Gesellschaftsvertrag kann formlos, auch durch konkludentes Verhalten (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. A., Bern 2004, § 12 N 74) geschlossen werden. Für den Gesellschaftsvertrag bedarf es sodann des übereinstimmenden Willens der Ehegatten, zu einem von der ehelichen Gemeinschaft als solche nicht direkt erfassten gemeinsamen Zweck eine Gesellschaft zu begründen, d.h. insbesondere auch – mangels anderer Vereinbarung im Sinne von Art. 533 Abs. 1 OR ohne Rücksicht auf Art und Umfang der beidseitigen Beiträge – Gewinn und Verlust gleichmässig aufzuteilen (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., Vorb. vor Art. 221 ff., N 41). Dabei besteht die Möglichkeit zu vereinbaren, dass ein Gesellschafter eine Sache *quoad sortem* einbringt, d.h. der Gesellschaft ohne formelle Übereignung den vollen wirtschaftlichen Wert der Sache zur Verfügung stellt. Grundstücke können so ohne öffentliche Beurkundung in die Gesellschaft eingebracht werden. Im Zuge der Liquidation sind solche Vermögenswerte

dem Gesellschafter, der sie eingebracht hat, zurückzugeben (Handschin/Vonzun, Zürcher Kommentar, N 86 ff. zu Art. 531 OR; BGE 105 II 204). Beim Auftrag sind die Interessen der Parteien am Geschäft nicht gleicher Art. Der Beauftragte wird vielmehr für einen Zweck tätig, welchen der Auftraggeber bestimmt. Durch die Besorgung des Auftrags erlangt er nur mittelbar einen Vorteil, wenn ein vom Erfolg unabhängiges Entgelt versprochen oder üblich ist. Bei der einfachen Gesellschaft sind die Interessen mithin gemeinschaftlich, beim Auftrag, selbst wenn die Geschäftsabwicklung beidseitig gewünscht ist, je parteispezifisch: Honorar für den Beauftragten, Arbeitsresultat für den Auftraggeber. Eine einfache Gesellschaft liegt vor, wenn die Beschlussfassung gemeinsam erfolgt. Beim Auftrag bleibt demgegenüber der Auftraggeber Herr des Geschäfts: Er verfügt allein über seine Angelegenheiten und kann einseitig Weisungen erteilen. Bei der Gesellschaft sind die Verfügungen durch Beschlüsse zu treffen, für einseitige Weisungen ist kein Raum (Fellmann, Berner Kommentar, N 347 f. zu Art. 394 OR, m.w.H.). Die Weisungsbefugnis schafft beim einfachen Auftrag im Ergebnis eine dem Subordinationsverhältnis im Arbeitsvertragsrecht ähnliche Unterordnung des Beauftragten, die dem Gesellschaftsrecht fremd ist (Fellmann/Müller, Berner Kommentar, N 104 zu Art. 530 OR).

Der Gesuchsteller behauptet nicht, die Parteien hätten ausdrücklich eine einfache Gesellschaft gegründet. In Frage kommt daher nur ein Vertragsabschluss durch konkludentes Handeln. Vorliegend wurde der Gesuchsteller im Rahmen eines ihm von der Gesuchstellerin erteilten Auftrags tätig ("von der Klägerin persönlich beauftragter Hauptverantwortlicher für den Umbau der Liegenschaft"; Urk. 125 S. 49), für dessen Erfüllung er von dieser ein Honorar verlangt. Dies schliesst nun aber aus, dass er seine Leistungen als Beitrag für die von ihm behauptete einfache Gesellschaft erbrachte. Wiederholt erwähnt der Gesuchsteller, dass er im Auftrag der Gesuchstellerin einzelne Aufgaben erfüllte, es sich also nicht um Gesellschaftsbeschlüsse handeln konnte (z.B. Bodenkonzept für die V._____ SA, Verhandlungen mit der ...-Foundation; Urk. 125 S. 63 f.). Der Gesuchsteller geht zudem davon aus, dass die Gesuchstellerin ihm den Auftrag hätte entziehen können (Urk. 125 S. 61). Wie gesehen ist es zwar möglich, im Rahmen einer einfachen Gesellschaft ein Grundstück zur Nutzung einzubringen, ohne

dass der Einbringende das Alleineigentum am Grundstück aufgibt. Indem die Gesuchstellerin die Liegenschaft zu Alleineigentum erwarb, behielt sie aber sämtliche Entscheidungsbefugnisse über die Liegenschaft; eine davon abweichende Parteienvereinbarung behauptet auch der Gesuchsteller nicht. All dies spricht gegen das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft. Selbst wenn also die Parteien das Ziel gehabt hätten, mittels Erträgen aus der Liegenschaft "G._____" ihren Lebensunterhalt zu finanzieren, so bildete nicht ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis die Grundlage.

d) Zu prüfen ist, ob der Gesuchsteller einen Honoraranspruch aus Auftrag oder Werkvertrag zugute hat.

aa) Die Vorinstanz hat ausgeführt, der Gesuchsteller sei in der Substantiierungsaufgabe auf die Notwendigkeit hingewiesen worden, die jeweiligen Vertragsparteien der einzelnen Vereinbarungen genau zu bezeichnen, wobei er beispielhaft aufgefordert worden sei darzulegen, ob er persönlich oder eine seiner Aktiengesellschaften – O.____ AG bzw. T.____ AG – Vertragspartei gewesen sei. Dieser Hinweis sei einerseits deshalb erfolgt, weil die Gesuchstellerin bezüglich diverser Forderungen vorgebracht habe, dass sie die T.____ AG bzw. die O.____ AG, nicht aber den Gesuchsteller persönlich beauftragt habe. Andererseits ergebe sich aus den Steuererklärungen der Parteien sowie aus deren Angaben, dass der Gesuchsteller einen jährlichen Lohn von der O.____ AG bezogen habe und dass ausserdem gewisse Auslagen der Parteien über die O.____ AG getätigt worden seien. Da anzunehmen sei, dass die O.____ AG nicht nur Auslagen, sondern auch Einnahmen gehabt habe, die Parteien jedoch grundsätzlich übereinstimmend erklärt hätten, dass der Gesuchsteller (und mit ihm die O.____ AG) mit der Zeit keine externen Aufträge mehr erledigt habe, erscheine es als naheliegend, dass zumindest einige Vereinbarungen mit der O.____ AG geschlossen worden seien, für welche diese sodann entschädigt worden sei. Dies sollte mit dem genannten Hinweis geklärt werden (Urk. 196 S. 18).

Der Gesuchsteller hat in der Duplik vor Vorinstanz ausgeführt, er habe zwar von der O.____ AG in den Jahren 1989 bis 2004 Lohn deklariert, diesen aber nicht wirklich bezogen. Die Löhne hätten die Grundlage für die Abgaben an die

Sozialversicherung und andere Versicherungen gebildet. Er habe nicht als Angestellter der O._____ AG für die Gesuchstellerin gearbeitet, sondern als persönlich beauftragter Ehemann (Urk. 125 S. 43 f.). Da der Gesuchsteller das Klagefundament darzulegen hat, scheidet somit aus seiner Sicht die Möglichkeit aus, dass gewisse Aufträge an die O._____ AG erteilt worden sind und er als deren Angestellter tätig geworden ist. Wenn die Gesuchstellerin etwas anderes behauptet, wäre dies Thema ihres Gegenbeweises. Der Gesuchsteller behauptet, sein Lohn bei der O._____ AG sei fiktiv gewesen. Die Steuererklärungen liefern nicht den Beweis, dass dem nicht so war. Daher kann aus den Steuererklärungen auch nicht zwingend geschlossen werden, dass der Gesuchsteller teilweise als Angestellter der O._____ AG arbeitete. Die Mutmassung der Vorinstanz, wonach die O._____ AG teilweise Vertragspartnerin gewesen sei, ist nicht relevant: Der Gesuchsteller hat klar behauptet, er habe nur im Auftrag der Gesuchstellerin gearbeitet; damit hat er die Vertragsparteien genau bezeichnet und durfte diesbezüglich nicht zu einer weitergehenden Substantiierung aufgefordert werden.

bb) Die Vorinstanz erwog weiter, der Gesuchsteller habe die von ihm geleisteten Stunden – 22'720 Stunden in den Jahren 1992 bis 2005 – detailliert darzulegen und diesen einzelne Arbeiten zuzuordnen. Aufgrund der Bestreitung der Leistungen durch die Gesuchstellerin und deren Hinweis darauf, dass keine datierten, detaillierten und überprüfbaren Stundenaufwendungen mit exaktem Beschrieb der Tätigkeit vorliegen würden (act. 95 S. 50 f.), habe sich für den Gesuchsteller zur genügenden Substantiierung überdies die Notwendigkeit ergeben, seine Tätigkeiten und Aufwendungen so detailliert darzulegen, dass der Gesuchstellerin die Möglichkeit offen stehen würde, zu einzelnen Leistungen konkret Stellung zu nehmen. Darauf sei der Gesuchsteller denn auch mit Verfügung vom 27. Mai 2009 aufmerksam gemacht worden. Mit dieser Verfügung sei ihm bezüglich jeder einzelnen geltend gemachten Forderung aufgezeigt worden, welche Angaben er genau zu machen habe – dies unter der Androhung, dass im Säumnisfall auf die bisherigen (unvollständigen) Parteibehauptungen abgestellt werde (Urk. 196 S. 17 f.).

Zur Substantiierungspflicht im Allgemeinen hat sich die Vorinstanz zutreffend geäußert; es kann vorab darauf verwiesen werden (Urk. 196 S.15 ff.; § 161 GVG/ZH). Zu ergänzen ist, dass Behauptungen so konkret aufzustellen sind, dass sie als Beweissatz in die Beweisaufgabe aufgenommen werden können. Dabei gilt zu beachten, dass unbestimmte Beweissätze nicht zulässig sind. Eine Partei kann sich insbesondere nicht mit einer allgemeinen Behauptung begnügen in der Meinung, die Begründung ihres Prozesstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Die Durchführung des Beweisverfahrens setzt vielmehr entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus (ZR 67 Nr. 36 E. 5; BGE 4P.241/2004 E. 4). Auch die persönliche Befragung der Parteien vermag eine genügende Substantiierung nicht zu ersetzen.

Die Vorinstanz hat die Anforderungen an die Substantiierungspflicht in ihrer Verfügung vom 27. Mai 2009 wie folgt umschrieben:

"Im Zusammenhang mit den Umbaubauten des Beklagten in der Liegenschaft 'G. _____' hat der Beklagten konkret anzugeben, zu welchem Zeitpunkt (Datum) er welche Leistungen (genaue Umschreibung der Tätigkeit) mit welchem Zeitaufwand (Stundenanzahl) erbracht hat. Namentlich betrifft dies (vgl. act. 73 S. 31 f.): ..."

Dieser Aufforderung ist der Gesuchsteller im vorinstanzlichen Verfahren nicht nachgekommen. Mit der Berufungsbegründung hat er einen Bericht über den Umbau der Liegenschaft eingereicht, der zwar zahlreiche Verrichtungen auflistet, welche der Gesuchsteller erbracht haben will, ohne diese Leistungen zeitlich zu erfassen (Urk. 224/1). Hinzu kommt, dass auch diese Auflistung in ihrem Detaillierungsgrad völlig ungenügend ist. So heisst es beispielsweise unter "Planungsarbeiten": "Besorgen von Plänen [welchen?] aus dem Stadtarchiv und anderen Quellen [welchen?]; "Erarbeitung und Einreichung einer Baubewilligungen, mehrmals, z.T. Herr N2. _____ (2002)" [welche, von wem, mit welchem Aufwand?]. Unter Roharbeiten führt der Gesuchsteller Arbeitsschritte auf, wobei die Abbrüche und der Aushub mehrheitlich von R1. _____, R2. _____ und R3. _____ "gemacht/geleitet" worden seien, die Stahlbauarbeiten durch R4. _____ Sr. und Jr. sowie die Beton- und Maurerarbeiten durch R5. _____. In der Folge listet der Gesuchsteller zahlreiche handwerkliche Arbeiten auf, wobei sein Beitrag an diesen Arbeiten offen bleibt bzw. nicht spezifiziert wird. Unter der Überschrift "Ausbauar-

beiten" behauptet der Gesuchsteller, diese Arbeiten seien weitestgehend von ihm gemacht worden, ausgenommen die von den Mietern zu erbringenden Arbeiten. Auch hier fehlen nähere Beschreibungen, geschweige denn Zeitangaben (vgl. auch ZR 100 Nr. 27).

Mit der Berufungsreplik hat der Gesuchsteller folgenden Antrag gestellt (Urk. 234 S. 2):

"Sofern das Gericht für den Entscheid über die Forderung des Gesuchstellers gemäss Berufungsantrag 1.3 eine detaillierte Aufstellung über die einzelnen Arbeiten als notwendig erachtet, sei dem Gesuchsteller nach Vorlage der Pläne, Werkverträge, Protokolle, Fotodokumentation und Rapporte über den Umbau der Liegenschaft G._____, eine angemessene Frist zur Erstellung dieser Aufstellung anzusetzen."

Dieser Antrag ist verspätet, da in der Berufungsreplik auch in Scheidungsprozessen neues Vorbringen nur noch unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 ZPO/ZH zulässig ist (§ 267 ZPO/ZH). Hinzu kommt, dass die Vorinstanz die Substantiierung durch den Gesuchsteller als ungenügend erachtete und ihn darauf hinwies, womit der richterlichen Fragepflicht Genüge getan ist. Der Gesuchsteller hätte die Substantiierung mit der Berufungsbegründung nachholen müssen (ZR 100 Nr. 27 S. 88). Ein nochmaliger Substantiierungshinweis – darauf läuft der Antrag des Gesuchstellers hinaus – ist nach Lehre und Rechtsprechung nicht vorgesehen. Der Gesuchsteller räumt ein, dass die Herausgabe der verlangten Projektdokumentationen und Pläne bereits vom Eheschutzrichter mit Verfügung vom 12. Oktober 2006 angeordnet worden war (Urk. 234 S. 3). Die Gesuchstellerin hat geltend gemacht, der Gesuchsteller habe diese Unterlagen erhalten, sie jedoch umgehend wieder vor der Garagentüre der Gesuchstellerin deponiert mit der Bemerkung, sie würden ihm nur Platz wegnehmen (Urk. 226 S. 7). Zwar hat der Gesuchsteller diese Sachdarstellung bestritten (Urk. 234 S. 12); er macht aber jedenfalls nicht geltend, erfolglos versucht zu haben, die Vollstreckung der eheschutzrichterlichen Anordnung zu erreichen. Daher ist er mit seinem Vorbringen nicht zu hören, ohne diese Unterlagen sei er nicht in der Lage, einen detaillierten Arbeitsrapport über seine Leistungen für die Liegenschaft "G._____" zu erstellen (Urk. 234 S. 3).

Somit bleibt es dabei, dass die Leistungen, welche der Gesuchsteller für die Liegenschaft "G._____" erbracht haben will, ungenügend substantiiert sind, was mit der Vorinstanz zur Abweisung der entsprechenden Forderungen des Gesuchstellers führt (Urk. 196 S. 17-30).

e) Die Vorinstanz hat einen Anspruch des Gesuchstellers auf Entschädigung für den Mehrwert der Liegenschaft "G._____", welchen diese inzwischen habe, abgelehnt, weil (1) unter dem Güterstand der Gütertrennung keine Mehrwertbeteiligung vorgesehen sei, (2) der Gesuchsteller keine vertragliche Vereinbarung einer Mehrwertbeteiligung behauptete, und (3) ein Anspruch gestützt auf Art. 165 ZGB deshalb nicht in Frage komme, weil der Gesuchsteller seine Arbeiten aufgrund eines Auftrags erbracht haben wolle (Art. 165 Abs. 3 ZGB), die Arbeiten nicht im Beruf oder Gewerbe der Gesuchstellerin erbracht und überdies ungenügend substantiiert worden seien (Urk. 196 S. 30-33).

Der Gesuchsteller anerkennt im Berufungsverfahren, dass das ZGB die Mehrwertbeteiligung bei der Gütertrennung nicht regelt, und plädiert, wie gesehen (III/1/e), für eine analoge Anwendung von Art. 206 ZGB (Urk. 222 S. 7). Indessen scheidet eine Mehrwertbeteiligung schon daran, dass ein Ehegatte auch nach Art. 206 ZGB nur dann Anspruch auf einen Mehrwertanteil hat, wenn er ohne Schenkungsabsicht oder Gegenleistung zum Erwerb, zur Verbesserung oder zur Erhaltung von Vermögensgegenständen des andern beigetragen hat (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 7 a.E. und N 9 zu Art. 206 ZGB). Der Gesuchsteller behauptet jedoch, finanzielle Ansprüche, also eine Gegenleistung, für seine Arbeit zu haben. Wenn diesen Ansprüchen mangels rechtsgenügender Substantiierung der Anspruchsgrundlagen nicht stattgegeben werden kann, steht nicht Art. 206 ZGB quasi subsidiär als Anspruchsgrundlage zur Verfügung. Im Übrigen kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (§ 161 GVG/ZH).

3. Der Gesuchsteller hat gegen die Gesuchstellerin weitere Forderungen erhoben, nämlich im Zusammenhang mit einem Mehrfamilienhaus in J._____, das B3._____ gehört, mit einem Geschäftshaus am K._____, mit einer Gasheizung in "der" Liegenschaft L._____-Gasse, mit einem Projekt "Zusammenschluss mit

L._____-Gasse 1 um das Treppenhaus von L._____-Gasse 3 zu liquidieren und so Nutzfläche zu gewinnen", mit einem Projekt "Zusammenschluss mit L._____-Gasse 5", mit der Liegenschaft , M._____-Strasse, mit der Verwaltung der L._____-Gasse von 1989 bis 1995 und mit der angeblichen Überweisung von Geldern auf ein Kontokorrentkonto der Gesuchstellerin bei der ... AG (Urk. 73 S. 34 f.). Die Vorinstanz hat diese Forderungen allesamt im Wesentlichen mangels rechtsgenügender Substantiierung abgewiesen (Urk. 196 S. 33-41). Der Gesuchsteller setzt sich im Berufungsverfahren mit diesen Forderungen nicht auseinander und geht auch nicht auf die vorinstanzlichen Ausführungen ein. Diesen ist nichts beizufügen und die Ansprüche des Gesuchstellers sind abzuweisen (§ 161 GVG/ZH).

4. Die Verrechnungsforderungen der Gesuchstellerin sind unter diesen Umständen mit der Vorinstanz nicht zu prüfen (Urk. 196 S. 41, Ziff. 4.1).

IV.

1. a) Die Vorinstanz hat dem Gesuchsteller abgestufte Unterhaltsbeiträge zwischen Fr. 6'600.– und Fr. 2'400.– bis zu seinem Eintritt ins ordentliche AHV-Alter zugesprochen. Im Berufungsverfahren verlangt der Gesuchsteller lebenslanglich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 20'000.–.

b) Die Vorinstanz ging bei der Bemessung des nahehelichen Unterhalts dreistufig vor (BGE 134 III 146), indem sie den gebührenden Bedarf des Gesuchstellers und der beiden Kinder ermittelte, die Möglichkeit der Eigenversorgung des Gesuchstellers prüfte und sich schliesslich zur Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin äusserte.

c) Vor Vorinstanz machte der Gesuchsteller für sich einen gebührenden Bedarf von Fr. 5'870.– zuzüglich "Wohnkosten" von Fr. 11'463.– (worin allerdings auch Zugbilletts und Autokosten enthalten sind) und Steuern von Fr. 11'944.– geltend (Urk. 73 S. 24 i.V.m. Urk. 72/9). Den Bedarf von C.____ und D.____ gab der Gesuchsteller mit Fr. 6'853.20 bzw. 7'111.60 (ohne Wohnkosten) an (Urk.

72/9). In der Klageantwort bezifferte der Gesuchsteller das jährliche Einkommen der Gesuchstellerin auf Fr. 1 Mio. und wies darauf hin, dass deren Treuhänder U._____ am 6. Februar 2006 von einem jährlichen Einkommen von Fr. 907'000.– ausgegangen sei (Urk. 73 S. 24 und 27). Aufgrund der vom Gesuchsteller in der Duplik aufgeführten Zahlen errechnete die Vorinstanz ein (behauptetes) Jahreseinkommen der Gesuchstellerin von Fr. 1'206'119.60 (Urk. 196 S. 47).

Da die Gesuchstellerin vorgebracht hatte, die Parteien hätten den vom Gesuchsteller behaupteten luxuriösen Lebensstil während der Ehe gar nicht finanzieren können, prüfte die Vorinstanz die finanzielle Situation der Parteien für die Jahre 1990 bis 2004 auf Grund der im Recht liegenden Steuererklärungen der Parteien und kam zum Schluss, dass diese gemäss den Steuererklärungen in keinem Jahr ein Einkommen erreicht hätten, das den behaupteten Bedarf des Gesuchstellers und der beiden Kinder – ohne denjenigen der Gesuchstellerin – auch nur annähernd hätte decken können. Da nicht davon auszugehen sei, dass die Parteien ihre Steuererklärungen nicht wahrheitsgemäss ausgefüllt hätten, müssten die Ausgaben für die Lebensführung der Parteien, soweit die Einkünfte der Parteien dafür nicht ausreichten, wohl aus dem Vermögen der Gesuchstellerin bzw. deren Familie beglichen worden sein. Dies werde denn auch durch den Gesuchsteller bestätigt. Eine andere Erklärung für die von den tatsächlichen finanziellen Verhältnissen divergierenden Angaben des Gesuchstellers zu den Ausgaben der Parteien sei nicht ersichtlich. Die Parteien hätten damit – soweit die Darstellung des Gesuchstellers zutreffe – während ihrer Ehe über ihren Verhältnissen gelebt. Der Unterhaltsbeitrag könne daher nicht gemäss dem behaupteten ehelichen Standard festgesetzt werden, sondern sei angemessen zu reduzieren. Als angemessener Richtwert für den Bedarf der Parteien sei in diesem Fall ausnahmsweise der Bedarf der Parteien nach erfolgter Trennung zu erachten (Urk. 196 S. 48 f.). Die Vorinstanz bezifferte den monatlichen Bedarf des Gesuchstellers und der beiden Kinder nach der Trennung auf Fr. 9'816.–. Hinzu kamen Direktzahlungen der Gesuchstellerin für die beiden Kinder in der Höhe von maximal Fr. 3'495.– bzw. 3'595.– pro Monat (Urk. 196 S. 55 f.). Angesichts der sehr guten finanziellen Verhältnisse ermittelte die Vorinstanz den Bedarf der Gesuchstellerin nicht und ging auch nicht weiter auf das Vorbringen des Gesuchstellers ein, wonach diese

ein viel höheres Einkommen erziele, als sich aus den Steuererklärungen ergebe (Urk. 196 S. 56 und 63).

d) Im Berufungsverfahren macht der Gesuchsteller geltend, es sei vom während der Ehe gelebten Lebensstandard und nicht vom Bedarf nach der Trennung auszugehen. Die Vorinstanz habe zu den massgeblichen Tatsachen keine Beweise abgenommen. Die Parteien hätten in einer 11-Zimmer-Villa in I._____ gelebt, Hauspersonal beschäftigt, regelmässig auswärts getafelt, immer über zwei Autos verfügt, wovon eines ein luxuriöser Familienwagen, hätten sich schick und teuer eingekleidet, die Kinder hätten kostspieligen Hobbys nachgehen können und die Familie habe regelmässig teure Ferien im In- und Ausland verbracht. Die Steuererklärungen hätten nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien, insbesondere jene der Gesuchstellerin, wiedergegeben. Die Steuererklärungen seien immer optimiert ausgefüllt worden. Soweit sich der Gesuchsteller erinnere, seien sämtliche Lebenshaltungskosten als Aufwand verbucht worden, weshalb schliesslich kein oder fast kein steuerbares Einkommen resultiert habe. Die Erträge aus der Erbschaft des Vaters der Gesuchstellerin, die über Firmen generiert würden, an denen diese beteiligt sei, nämlich W1._____ AG, B2._____ AG, W2._____ AG, W3._____ AG, W4._____ GmbH, W5._____, W6._____ GmbH und W7._____ AG, seien in der Steuererklärung der Gesuchstellerin nicht erfasst. Seinen gebührenden Unterhalt, den er mangels Erwerbsfähigkeit nicht finanzieren könne, beziffert der Gesuchsteller nunmehr mit Fr. 20'000.– pro Monat (Urk. 222 S. 8 ff. und S. 13). In der Berufungsreplik machte der Gesuchsteller geltend, dass die Familie in den Jahren 2003 bis 2005, den letzten des ehelichen Zusammenlebens, monatlich mindestens Fr. 40'000.– verbraucht habe (Urk. 234 S. 27 f.).

2. a) Für die rechtlichen Grundlagen und die Grundsätze des nahehelichen Unterhalts kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 196 S. 43 ff.; § 161 GVG/ZH). Die Vorinstanz hat richtig erwogen, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei lebensprägender Ehe die vor der Trennung gelebte Lebenshaltung zuzüglich scheidungsbedingter Mehrkosten massgebend ist, um den gebührenden Bedarf der Parteien zu ermitteln (vgl. auch BGE 5A_220/2010 E. 2.1). Die Parteien haben sich im August

2005 getrennt, weshalb nach diesem Grundsatz die Lebenshaltung im Zeitraum 2004/2005 massgeblich ist. Erlauben es die finanziellen Mittel der Parteien, dass nebst angemessenen Kinderalimenten im Sinne von Art. 285 ZGB auch der gebührende Unterhalt auf beiden Seiten abgedeckt werden kann, darf dieser auf Seiten des ansprechenden Ehegatten nicht geschmälert und damit das Prinzip gebeugt werden, wonach bei lebensprägenden Ehen grundsätzlich beide Teile Anspruch auf Fortführung des angestammten Lebensstandards haben (BGE 132 III 595).

Der Gesuchsteller macht geltend, dass die Parteien von 2003 bis 2005 eine luxuriöse Villa mit elf Zimmern an der ...strasse ... in I._____ bewohnt hätten. Die Miete habe Fr. 6'500.– zuzüglich Fr. 1'000.– Nebenkosten pro Monat betragen. Die Parteien hätten über eine Haushalthilfe verfügt, welche Fr. 3'000.– pro Monat gekostet habe. Zwei Autos hätten Kosten von Fr. 2'400.– pro Monat verursacht. Die Familie sei zirka dreimal pro Woche auswärts zum Abendessen gegangen, was zusammen mit Bestellungen von Take Aways und dem Mittagessen der Kinder mindestens Fr. 800.– pro Monat und Person (mithin Fr. 3'200.–) gekostet habe. Für Konzerte und Kulturelles sowie für Museen und Ausflüge seien je Fr. 400.– monatlich aufgewendet worden. Für Kleider habe der Gesuchsteller Fr. 1'000.– pro Monat ausgegeben. Er listet sodann Ferien der Familie im Jahre 2004 für insgesamt Fr. 62'000.– auf. Sein Gesundheits-Check up im Januar 2004 habe Fr. 1'800.– gekostet. Die Kosten der Geburtstagspartys für D._____, C._____ und die Gesuchstellerin beziffert der Gesuchsteller auf Fr. 1'800.– (Fr. 800.– und zweimal Fr. 500.–) und diejenigen für sein eigenes Geburtstagsfest auf Fr. 10'000.–. Der Pfingstausflug soll Fr. 1'800.– (drei Personen) gekostet haben, eine Einladung des ...-Clubs zum Apéro Fr. 1'000.–, ein Ausflug an Fronleichnam Fr. 800.– und ein Familienbesuch aus USA und England Fr. 2'000.–. Für die beiden Kinder listet der Gesuchsteller Musikkosten von je Fr. 750.–, Ausgaben für Sport von je Fr. 4'850.– und für Kleider von je Fr. 300.– monatlich auf (Urk. 73 S. 5 ff.). Zusammen ergibt dies eine Summe von Fr. 434'000.– für das Jahr 2004.

Die Gesuchstellerin hat die Monatsmiete des Hauses vor Vorinstanz nicht bestritten, jedoch die Höhe der Nebenkosten (vgl. dagegen im Berufungsverfahren

ren Urk. 226 S. 25: reine Wohnkosten ohne Arbeitsplätze ca. Fr. 5'000.–). Die Kosten für Hauspersonal wurden bestritten. Die Gesuchstellerin räumte ein, dass der Gesuchsteller im Jahre 2004 für die O._____ AG einen Occasions-... (Automarke) für ca. Fr. 50'000.– erworben habe. Sie selber habe ein kleines Fahrzeug gehabt. Die Kosten von Fr. 2'400.– pro Monat wurden bestritten. Die vom Gesuchsteller geltend gemachten Kosten für auswärtige Essen, Konzerte und Kulturelles, Museen, Ausflüge, Musikunterricht, Sport, Kleider, Ferien und Freizeit hat die Gesuchstellerin allesamt bestritten (Urk. 95 S. 10 ff.).

In der Steuererklärung 2004 deklarierten die Parteien Jahresnettoeinkünfte von insgesamt Fr. 620'417.–. Die Schuldzinsen betragen Fr. 304'755.–, das Nettovermögen Fr. 6'306'025.– (Urk. 12/2). Der Gesuchsteller hat geltend gemacht, dass das für ihn deklarierte Einkommen (Fr. 15'399.– im Jahre 2004) nie ausbezahlt worden sei (Urk. 222 S. 10). Es ergäbe sich somit ein Einkommen von Fr. 300'263.–. Dass damit der vom Gesuchsteller behauptete Lebensstandard nicht finanziert werden konnte, erhellt ohne weiteres. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz steht damit aber nicht fest, dass die Parteien über ihren Verhältnissen lebten, weshalb auf den Bedarf der Parteien nach der Trennung abgestellt werden könnte. Der Gesuchsteller hat nämlich schon vor Vorinstanz geltend gemacht, dass die Gesuchstellerin über zusätzliche Mittel verfügt habe. Die Parteien hätten pro Jahr ohne weiteres Fr. 420'000.– verbraucht. Neben dem steuerlich deklarierten und optimierten Einkommen habe die Gesuchstellerin Beträge aus der Erbschaft ihres Vaters von ihrer Mutter sowie von der W3._____ AG und der B2._____ AG ausbezahlt erhalten (Urk. 125 S. 29). Wie gesehen hat der Gesuchsteller in der Berufungsbegründung weitere Einkommensquellen der Gesuchstellerin bezeichnet. Daher kann nicht ohne weitere Abklärungen argumentiert werden, der vom Gesuchsteller geltend gemachte Bedarf (Urk. 222 S. 13) sei nicht massgebend, weil die Parteien über ihren Verhältnissen gelebt hätten. Wenn die Behauptung des Gesuchstellers zutrifft, dass die Parteien dank den Zuschüssen von den Eltern der Gesuchstellerin einen gehobenen Lebensstandard führen konnten (Urk. 125 S. 42), so ist das nicht gleichbedeutend mit einem "Leben über den Verhältnissen". Diese Zuschüsse hätten dann gerade einen gehobenen Lebensstandard erlaubt, ohne dass die Parteien sich verschulden mussten. Ist die-

ser Lebensstandard nach der Scheidung aus Einkommen der Parteien finanzierbar, so bildet er die Obergrenze für den gebührenden Bedarf des Gesuchstellers. Dagegen fallen nunmehr allfällige Zuschüsse von der Mutter bzw. Mittel aus deren Familie, auf welche die Gesuchstellerin keinen Rechtsanspruch hat, bei der Ermittlung von deren Leistungsfähigkeit ausser Betracht, da die Familie der Gesuchstellerin nicht verpflichtet werden kann, nach der Scheidung zum Unterhalt des Gesuchstellers beizutragen.

Die Vorinstanz wird demnach dem Gesuchsteller Gelegenheit geben müssen, um den von ihm behaupteten Lebensstandard in den Jahren 2004 bis Mitte 2005 und dessen Finanzierung zu beweisen. Zu prüfen ist sodann, ob der bewiesene Lebensstandard zuzüglich trennungsbedingte Mehrkosten nach der Scheidung durch die finanziellen Mittel der Parteien finanziert werden kann.

b) aa) Die Eigenversorgungsmöglichkeit des Gesuchstellers ist strittig. Die Vorinstanz ging insbesondere gestützt auf das psychiatrische Gutachten von Dr. med. X._____ über die Arbeitsfähigkeit des Gesuchstellers (Urk. 161) davon aus, dass dieser voll arbeitsfähig sei. Er habe – so die Vorinstanz – in den Jahren seit der Trennung kein Einkommen mehr erzielt. Sie rechnete ihm daher nach einer Übergangsfrist von sechs Monaten ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von Fr. 1'600.– (50 %-Pensum) für ein Jahr und danach ein solches von Fr. 3'200.– (100 %-Pensum) an (Urk. 196 S. 62).

bb) Der Gesuchsteller kritisiert, dass sich die Gutachterin nicht aufgrund eigener Wahrnehmungen oder objektiver Fakten eine Meinung gebildet habe, sondern aufgrund einer Meinung, die sie gefasst habe, bevor sie den Gesuchsteller ein erstes Mal persönlich gesehen habe. Völlig unverständlich sei, warum der Vorderrichter die Gerichtsakten, welche für eine medizinisch/psychiatrische Beurteilung in keiner Art und Weise benötigt würden, der Gutachterin zugestellt habe. Diese zitiere denn auch aus Rechtsschriften der Gesuchstellerin und nehme diese Parteibehauptungen als gegebene Tatsache. Die Gutachterin sei offenbar dermassen voreingenommen gewesen, dass sie den Angaben der Gesuchstellerin unbesehen vollen Glauben geschenkt habe, während sie den Gesuchsteller als vermeintlichen Hochstapler betrachtet habe. So habe sie ihm nicht einmal ge-

glaubt, dass er erfolgreich ein Studium an der ETH absolviert habe. Mit den Einflüssen der Kopfschmerzattacken und Schlafanfällen setze sich die Gutachterin nicht auseinander, sondern nehme ohne nähere Prüfung an, dass es für diese keine medizinische Erklärung gäbe. Sie habe aber immerhin festgestellt, dass die Kopfschmerzattacken bisher unzureichend hätten behandelt werden können. Auf dieses Gutachten, dass voreingenommen, tendenziös und unvollständig verfasst worden sei, könne nicht abgestellt werden. Der Gesuchsteller habe eine Gehirntumoroperation hinter sich und leide an Schlafanfällen, Konzentrationsstörungen und erheblichen Kopfschmerzen. Sofern Zweifel an seiner Arbeitsfähigkeit bestünden, sei ein neues Gutachten in Auftrag zu geben, wobei ein Gutachter nur mit den medizinischen Akten und keinen Gerichtsakten versorgt werden dürfe. Zudem seien die ihn behandelnden Ärzte, Psychiater Dr. ... und Neurologe Dr. ..., als Zeugen anzuhören (Urk. 222 S. 14).

cc) Gemäss § 175 Abs. 3 aZPO/ZH werden dem Sachverständigen die zur Erfüllung seines Auftrags notwendigen Akten zur Verfügung gestellt (ebenso § 185 Abs. 3 ZPO). Dabei liegt es im Ermessen des Gerichts, in welchem Umfang dem Gutachter Einsicht in die Prozessakten gewährt wird (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 175 N 2; Th. Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 185 N 13). Gemäss Guldener ist dem Sachverständigen von den Parteistandpunkten Kenntnis zu geben. Es sei ihm daher im Allgemeinen Einsicht in die Prozessakten zu gewähren (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 350). Im Dike-Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung wird vertreten, die Vorlage der Rechtsschriften der Parteien sei nicht notwendig; namentlich vermöchten die rechtlichen Erörterungen der Parteien die sachverständige Person kaum zu interessieren (Heinrich Andreas Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 185 N 23). Nach dem Gesagten ist es jedenfalls ohne weiteres zulässig, dem Sachverständigen Einsicht in die Rechtsschriften der Parteien und weitere Prozessakten zu gewähren. Es versteht sich von selbst, dass der gerichtlich bestellte Gutachter sich nicht durch Parteistandpunkte beeinflussen lassen darf.

dd) Aktenkundig ist ein Schreiben der Gutachterin an den Vorderrichter, worin sich diese nach dem beruflichen Werdegang des Gesuchstellers erkundigt: Es beständen – so die Gutachterin – grosse Zweifel, ob dessen Angaben dazu zuträfen. Er falle durch phantastisch anmutende Äusserungen u.a. zu seinen herausragenden beruflichen Fähigkeiten auf. Diese seien nicht in Übereinstimmung zu bringen mit den Angaben des Architekten N2._____ und des dipl. Ing. N1._____ (Urk. 143). Sollte sich der Gesuchsteller bei seiner Behauptung, die Gutachterin habe sich bereits eine Meinung gefasst, bevor sie ihn ein erstes Mal persönlich gesehen habe, auf dieses Schreiben beziehen, so ist dem entgegenzuhalten, dass zuvor bereits drei Explorationsgespräche stattgefunden hatten (Urk. 161 S. 1).

Die Gutachterin nimmt im Gutachten einleitend unter "Aktenübersicht" Bezug auf Äusserungen von N2._____ und N1._____ und zitiert auch die erstinstanzliche Repliksschrift (Urk. 95; Urk. 161 S. 2 f.). In der "Beurteilung" heisst es dann: "Der Expl. fiel in seinen Äusserungen zu seiner Herkunft, Leistungsfähigkeit und seinen Beschwerden durch z.T. grandios anmutende Schilderungen auf, die als Übertreibungen imponieren. An der Glaubhaftigkeit seiner Angaben bestehen Zweifel, auch weil in den Akten keine Belege für eine ausserordentliche Leistungsfähigkeit vorliegen, stattdessen Zweifel an seinen beruflichen Fähigkeiten geäussert werden. Diese Aspekte sind bei der Beurteilung zu berücksichtigen." (Urk. 161 S. 16). Die Gutachterin hat also nicht auf diese Äusserungen abgestellt, sondern fühlte sich durch sie lediglich in ihrer Auffassung bestärkt, dass die nicht objektivierbare Leistungsfähigkeit – nebst Angaben zu Herkunft und Beschwerden – übertrieben werde. Ihre Zweifel begründet die Gutachterin aufgrund verschiedener Faktoren: Nach landesweit bester Matura habe der Gesuchsteller fünf Jahre als Aushilfslehrer und als "Mädchen für alles" gearbeitet; der Grund für die Aufgabe des erfolgreich betriebenen Ingenieurbüros sei unklar; der angeblich erfolgreichen Renovation und Verwaltung von zwei Liegenschaften widersprächen die Meinungen eines Bauingenieurs und eines Architekten. Es stelle sich also die Frage, wann und wo und in welchem Ausmass der Gesuchsteller – abgesehen von einer nicht genau dokumentierten Arbeit an der ETH bis 1986 oder 1988 – eine ausbildungsbezogene oder andere Arbeit verrichtet habe. Die Gutachterin

schloss, sie könne diese Frage nicht beantworten, da sachdienliche Informationen dazu nicht vorlägen (Urk. 161 S. 16 f.). Damit hat sie sich sachlich zu ihren Erkenntnissen geäußert, und es ist nicht ersichtlich, weshalb ihre Auffassung "tendenziös" sein soll. Unter "Psychiatrische Diagnosen" nimmt die Gutachterin das Thema nochmals auf und schreibt, für eine durchschnittliche oder ausserordentliche Leistungsfähigkeit lägen für die Zeit nach 1988 keine Belege vor, stattdessen Auskünfte (Bauingenieur und Architekt), die an der beruflichen Leistung Zweifel aufkommen liessen und vom Gesuchsteller als nicht zutreffend bezeichnet worden seien (Urk. 161 S. 19). Auch dies ist eine sachliche Beurteilung. Bezüglich der Kopfschmerzen und Schlafanfällen wies die Gutachterin darauf hin, dass für beides keine hinreichende medizinische Erklärungen resp. Diagnosen vorlägen. Die Schlafanfälle seien zweimal schlafmedizinisch abgeklärt worden, was keine Schlafstörung im Sinne einer leistungsmindernden Erkrankung erbracht habe. Für die Kopfschmerzen fehle eine sichere neurologische Diagnose und es entstehe nicht der Eindruck, dass (die) Behandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft worden seien. Deshalb sei eine klärende neurologische Untersuchung und Beurteilung der Kopfschmerzen angezeigt mit Stellungnahme zu Behandlungsmöglichkeiten. Dabei sei dem Gesuchsteller eine – bisher fehlende (Bericht ...) – Mitarbeit zur Klärung und zur angemessenen Behandlung zuzumuten (Urk. 161 S. 21). Die Kritik des Gesuchstellers, die Gutachterin habe sich nicht mit den Einflüssen der Kopfschmerzattacken und Schlafanfällen auseinandergesetzt und ohne nähere Prüfung angenommen, dass es für diese keine medizinische Erklärung gebe, stösst damit ins Leere. Der Gesuchsteller zeigt nicht auf, woraus sich die medizinische Erklärung ergeben soll. Die Gutachterin, welche den Auftrag hatte, ein psychiatrisches Gutachten zu erstellen, hat zu Recht eine neurologische Untersuchung und Beurteilung empfohlen.

ee) Der Gesuchsteller hatte in seiner Stellungnahme zum Gutachten vom 10. September 2009 dieses abgelehnt und "das Gericht, der Herr RA Y. _____ und sogar die Klägerin" als Zeugen angerufen (Urk. 186 S. 3 und 6). Weitere Beweiserhebungen zur Arbeitsfähigkeit des Gesuchstellers fanden indessen nicht statt, weil der Gesuchsteller den ihm mit Verfügung vom 15. September 2009 auferlegten Barvorschuss nicht geleistet hatte (Urk. 188). Der Gesuchsteller wirft

dem Vorderrichter vor, er habe gewusst, dass der Gesuchsteller hoch verschuldet und mittellos sei. Damit sei ihm das Recht auf Beweis verweigert worden (Urk. 222 S. 15). Die Vorinstanz hatte erwogen, dass der Gesuchsteller bereits mehrfach zur Darlegung seiner aktuellen finanziellen Situation aufgefordert worden sei, wobei er mindestens auf die seit der Trennung entstandenen Unterlagen Zugriff gehabt haben müsse (Urk. 188 S. 2).

Gemäss § 133 ZPO/ZH wird Beweis erhoben über erhebliche streitige Tatsachen, über Gewohnheitsrecht sowie über Handelsübungen und Ortsgebräuche. Das Beweisverfahren wird nach dem Hauptverfahren durchgeführt, doch kann das Gericht schon während des Hauptverfahrens Beweise erheben, wenn sich damit das Verfahren vereinfachen lässt (§ 134 Abs. 1 ZPO/ZH). Das Beweisverfahren wird unter Vorbehalt von § 141 ZPO/ZH (direkter Beweisabnahmebeschluss) durch den Beweisaufnahmebeschluss eröffnet (§ 136 ZPO/ZH). Diese Vorschrift ist zwingend (ZR 95 Nr. 73 S. 226). Auch wenn sich die Parteien vorliegend nach Erstattung von Klagebegründung und Klageantwort damit einverstanden erklärt haben, dass ein psychiatrisches Gutachten zur Frage der Arbeitsfähigkeit des Gesuchstellers eingeholt werde (Prot. I S. 47), haben sie damit nicht auf weitere Beweismittel zu dieser Frage verzichtet. Ebenso wenig haben sie erklärt, dass sie zu diesem Beweisthema sämtliche Beweismittel bezeichnet haben, so dass das Gericht eine direkte Beweisabnahmeverfügung im Sinne von § 141 ZPO/ZH hätte erlassen können. Die Vorinstanz hätte daher den Parteien nach Abschluss des Hauptverfahrens Frist ansetzen müssen, um ihre Beweismittel zur – trotz Einholung eines Gutachtens strittig gebliebenen – Frage der Arbeitsfähigkeit des Gesuchstellers zu bezeichnen. Auch eine antizipierte Beweiswürdigung ohne Abnahme weiterer Beweise wäre gestützt auf das Gutachten von Dr. med. X._____ nicht in Frage gekommen, da diese eine neurologische Untersuchung und Beurteilung empfahl und abhängig von diesen Ergebnissen dem Gesuchsteller die Mitwirkung an einer beruflichen Wiedereingliederung als zumutbar erachtete. Die – entscheidende – Frage, ob der Gesuchsteller in der Lage sei, in den nächsten Monaten und Jahren einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, konnte die Gutachterin nicht beantworten; die Beantwortung dieser Frage könne – so die Gutachterin – nur mit Hilfe einer neurologischen Abklärung hinsichtlich der Kopf-

schmerzen erfolgen (Urk. 161 S. 21 und 22). Selbst wenn die Vorinstanz zunächst auf den Erlass einer Beweisaufanlageverfügung hätte verzichten wollen, hätte sie jedenfalls eine ergänzende neurologische Untersuchung und Beurteilung veranlassen müssen. Da die Vorinstanz für das psychiatrische Gutachten auf die Erhebung von Barvorschüssen verzichtete, wäre es nur folgerichtig gewesen, dass diese Ergänzung ebenfalls nicht von der Leistung eines Barvorschusses abhängig gemacht worden wäre. Im Übrigen wäre die Einholung eines neuen Gutachtens ohnehin nur angezeigt gewesen, wenn die Vorinstanz das Gutachten von Dr. med. X. _____ als nicht verwertbar oder fachlich so ungenügend erachtet hätte, dass auch keine Ergänzung des Gutachtens in Betracht gekommen wäre (§ 181 ZPO/ZH). Mit diesen Fragen setzt sich die Vorinstanz aber weder in der Verfügung vom 15. September 2009 noch im Urteil vom 2. November 2009 auseinander (Urk. 196 S. 60 f.).

Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat nach Art. 8 ZGB derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Mithin hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die nach der anwendbaren Norm massgebenden rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach diesen Grundregeln von Art. 8 ZGB (vgl. dazu BGE 130 III 323) hat der Gesuchsteller zu beweisen, dass die Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch erfüllt sind. Er ist beweispflichtig, dass es ihm nicht zumutbar bzw. nicht möglich ist, selbst für seinen gebührenden Unterhalt aufzukommen (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 121 zu Art. 125). Die Vorinstanz wird daher dem Gesuchsteller die entsprechenden Beweise auferlegen müssen. Sollte der Gesuchsteller erwerbsunfähig sein, wäre auch zu prüfen, ob ihm allenfalls ein Ersatzeinkommen anzurechnen wäre (Urk. 226 S. 27).

ff) Zur Vermögenssituation des Gesuchstellers führte die Gesuchstellerin vor Vorinstanz am 10. September 2008 aus, dieser sei Mitglied einer Erbengemeinschaft im Ausland und habe Vermögen, welches er noch nie einlässlich beziffert

habe. Er weise viele Schulden aus (Urk. 71 S. 18). Er sei zu verpflichten, über sein Vermögen im Ausland detailliert Auskunft zu erteilen und es zu belegen (Urk. 95 S. 60). Nach Darstellung des Gesuchstellers sind seine Eltern in den Jahren 1986 bzw. 1992 gestorben. Es sei anzunehmen, dass sein Anteil – er habe elf Geschwister – kaum einen Wert habe. Die Liegenschaft in ... sei aus Holz und "halb am verfallen" (Urk. 125 S. 45). Der Gesuchsteller verwies überdies auf sein Schreiben an das Bezirksgericht Zürich vom 19. Juni 2006, wonach der Grundbesitz der Eltern immer noch von Familienangehörigen oder nahen Verwandten bewohnt und benutzt werde. Er verfüge über keine Urkunden zu diesem Grundbesitz. Ein Vermögen, welches liquid zur Verfügung stehe, gebe es nicht (Urk. 126/4). Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass der Gesuchsteller über kein Vermögen verfüge (Urk. 196 S. 51). Im Berufungsverfahren hielt die Gesuchstellerin daran fest, dass der Gesuchsteller keine Belege zu seinem Grundbesitz im Ausland eingereicht habe (Urk. 226 S. 27). Sie behauptet indessen nicht, dass er daraus irgendwelche Einkünfte erziele. Hinzu kommt, dass der Gesuchsteller Schulden von über Fr. 100'000.– hat, für welche ein Teil seiner Einkünfte gepfändet wurden (Urk. 212/1). Wie gesehen geht auch die Gesuchstellerin davon aus, dass der Gesuchsteller verschuldet ist. Es ist daher davon auszugehen, dass kein für die Festlegung der Unterhaltsbeiträge relevantes Vermögen auf Seiten des Gesuchstellers vorhanden ist.

gg) Die Ziffern 5 und 6 wie auch 4 (vgl. Art. 148 Abs. 1 aZGB und nachfolgend Ziff. V) des vorinstanzlichen Urteils sind somit aufzuheben und das Verfahren ist diesbezüglich an die Vorinstanz zurückzuweisen, um die notwendigen Beweiserhebungen durchzuführen.

Bei der Festlegung von Unterhaltsbeiträgen wird die Vorinstanz die Angaben gemäss Art. 143 Ziff. 1 aZGB ins Urteilsdispositiv aufzunehmen haben.

V.

1. Die Vorinstanz hat die Gesuchstellerin verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Sohnes D._____ monatliche Unterhaltsbeiträge

von Fr. 1'600.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar an den Gesuchsteller auch über die Mündigkeit hinaus bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung, solange das Kind in dessen Haushalt lebt oder keine eigenen Ansprüche stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet. Zusätzlich wurde die Gesuchstellerin zu Direktzahlungen für Musikkosten, Schulkosten, Kosten für Nachhilfestunden und für die Mittagsverpflegung verpflichtet.

Im Berufungsverfahren beantragt der Gesuchsteller einen (gesamthaften) Unterhaltsbeitrag von Fr. 7'500.– pro Monat. Die Gesuchstellerin sei bereits verpflichtet worden, Fr. 3'495.– direkt gebundener Kosten zu begleichen. Diese Regelung habe aber immer wieder zu Friktionen geführt. Idealerweise bezahle die Gesuchstellerin dem Gesuchsteller sämtliche anfallenden Kinderkosten in Form von Kinderunterhaltsbeiträgen, und der Gesuchsteller bezahle sämtliche Kinderkosten an die Leistungserbringer. Der vom Vorderrichter festgelegte Betrag von Fr. 1'600.– für den allgemeinen Lebensunterhalt entspreche in keiner Art und Weise dem einmal als Familie gelebten Lebensstandard. Dieser Betrag decke den Notbedarf, nicht aber denjenigen einer wohlhabenden Familie. Er erlaube den Kindern nicht, die früher betriebenen Hobbys wie Kartfahren, Tennis- und Golfspielen, Skifahren und Segeln fortzuführen, obwohl die Eltern ihnen dies bis 2005 ermöglicht hätten (Urk. 222 S. 12). Der Gesuchsteller verwies überdies auf seine vorinstanzlichen Ausführungen (Urk. 234 S. 26). Vor Vorinstanz hatte er den Bedarf von D._____ mit Fr. 7'111.60 beziffert, nebst Fr. 4'010.–, welche die Gesuchstellerin direkt an Leistungserbringer zu bezahlen habe (Urk.74/9).

Die Vorinstanz hatte – wie gesehen (vorn IV/1/c) – den monatlichen Bedarf des Gesuchstellers und der beiden Söhne ohne die Direktzahlungen der Gesuchstellerin auf Fr. 9'816.– berechnet und den Bedarf für die Söhne auf je rund Fr. 1'600.– festgelegt, bestehend aus Grundbetrag, Krankenkasse, ZVV-Abonnement, Anteil Miete, Anteil Freizeit, Anteil Telefonkosten (Urk. 196 S. 56 und 64).

2. a) Der Scheidungsrichter ist nicht zuständig zur Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen des einen Ehegatten an den andern für mündige Kinder (ZR 100

[2001] Nr. 49). Doch kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung derjenige Elternteil, dem im Scheidungsprozess die elterliche Sorge zuerkannt worden ist, auch Kindesunterhaltsbeiträge für ein während des Verfahrens mündig gewordenes Kind geltend machen, sofern das mündige Kind den für die Zeit nach seiner Volljährigkeit geltend gemachten Forderungen zustimmt (BGE 129 III 55 ff. = Pra 92 [2003] Nr. 101). Diese Zustimmung liegt seitens von D._____ vor (Urk. 253), weshalb der Gesuchsteller im vorliegenden Verfahren Unterhaltsbeiträge für D._____ geltend machen kann.

b) Für die gesetzlichen Grundlagen des Kinderunterhalts kann auf die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 196 S. 43). Die Höhe der Unterhaltsbeiträge ist nicht abstrakt, ohne Berücksichtigung der konkreten Situation zu berechnen. Die Kinder haben Anspruch auf eine Erziehung und eine Lebenshaltung, welche der Situation ihrer Eltern entspricht (BGE 5A_220/2010, E. 2.1). Hat das mündige Kind noch keine angemessene Ausbildung, so haben die Eltern, soweit es ihnen nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf, für seinen Unterhalt aufzukommen, bis eine entsprechende Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann (Art. 277 Abs. 2 ZGB). Ist Mündigenunterhalt geschuldet, so richtet sich dessen Inhalt nach Art. 276 ZGB. Zum Unterhalt des Kindes gehören die existentiellen Grundbedürfnisse, aber auch je nach den Verhältnissen z.B. Beiträge an kulturelle und sportliche Betätigungen, ergänzende/vertiefende Ausbildung, Erholung, Unterhaltung und ein altersgerechtes Taschengeld (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 277 N 8 a.E., Art. 276 N 22). Lebt das mündige Kind in der Hausgemeinschaft der Eltern, so leisten sie den Unterhalt in natura und stellen dem Kind für die auswärts zu deckenden Bedürfnisse die nötigen Barmittel zur Verfügung. Führen die Eltern keinen gemeinsamen Haushalt und lebt das Kind bei einem von ihnen, so hat der andere einen Unterhaltsbeitrag zu zahlen. Art. 276 Abs. 2 ZGB, wonach der Unterhalt seitens des nicht Obhutsberechtigten durch Geldzahlung zu leisten ist, gilt sinngemäss (Hegnauer, Berner Kommentar zu Art. 276-295 ZGB, Art. 276 N 92 und Art. 277 N 142; Rumo-Jungo, Unterhalt für mündige Kinder: Aktuelle Fragen, in: recht 2010, S. 71; BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 276 N 26). Die Gesuchstellerin ist daher zu

verpflichten, den ganzen geschuldeten Unterhaltsbeitrag an D. _____ zu bezahlen.

c) Bei der Festlegung der Höhe des monatlichen Unterhaltsbeitrags wird die Vorinstanz nebst dem Grundbetrag von Fr. 600.– (vgl. Ziff. II/4 der Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, erlassen von der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich) die Kosten für Ausbildung, Krankenkasse, ZVV-Abonnement, Telefon und Anteil Miete sowie einen angemessenen Zuschlag für Freizeit (Taschengeld) und Ferien zu berücksichtigen haben. Da der Gesuchsteller die geltend gemachten Zahnarztkosten von Fr. 300.– und Auslagen für Sport in der Höhe von Fr. 4'000.– im Monat bislang nicht hinreichend substantiiert hat, wird er diesbezüglich zur Substantiierung aufzufordern sein.

VI.

Die Gesuchstellerin hatte sich am 22. Januar 2008 verpflichtet, dem Gesuchsteller akonto Güterrecht einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 20'000.– zu bezahlen (Urk. 44 S. 5). Die Vorinstanz hat den Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchstellerin diesen Prozesskostenvorschuss zurückzuerstatten, mit der Begründung, die zu zwei Drittel obsiegende Gesuchstellerin schulde dem Gesuchsteller keine Prozessentschädigung (Urk. 196 S. 70).

Der Gesuchsteller hat im Berufungsverfahren beantragt, die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, ihm eine angemessene Prozessentschädigung unter Anrechnung des geleisteten Prozesskostenvorschusses zu bezahlen, und es sei in jedem Falle von einer Rückerstattungspflicht abzusehen (Urk. 222 S. 2). Die Gesuchstellerin habe den Vorschuss in Ausübung ihrer ehelichen Beistandspflicht leisten müssen. Der Betrag sei aufgebraucht und der Gesuchsteller habe im Moment keine Mittel, ihn zurückzuerstatten. Eine anteilmässige Rückerstattung könnte höchstens in Erwägung gezogen werden, wenn entweder die Kapitalzahlung oder die Höhe der Unterhaltsbeiträge eine solche erlaubten. In diesem Fall

könnte eine Verrechnung stattfinden, weshalb in keinem Fall eine Verpflichtung zur Rückzahlung angeordnet werden müsse (Urk. 222 S. 16).

Die Gesuchstellerin ist der Auffassung, der Vorschuss sei, wie der Begriff sage, zurückzuzahlen. Der Gesuchsteller verfüge über einen monatlichen Freibetrag von Fr. 2'000.–. Hinzu komme, dass ihm zuzumuten sei, mindestens im Umfang von 50 % erwerbstätig zu sein und damit ein Mindesteinkommen von Fr. 1'600.– zu erzielen (Urk. 226 S. 28 f.).

Beim Prozesskostenvorschuss eines Ehegatten an den anderen handelt es sich um eine vorläufige Leistung. Die definitive Regelung, welche Partei die Kosten tragen soll, hat im Urteil nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts zu erfolgen, und der Ehegatte, der den Vorschuss geleistet hat, besitzt grundsätzlich Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten oder dessen Anrechnung auf güterrechtliche und/oder zivilprozessuale Gegenforderungen des anderen Teils (BGE 5P.419/2001, E. 1; Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 14. November 2005, RBOG 2005 S. 83). Die erstinstanzliche Anordnung ist daher nicht zu beanstanden, sofern sich im neu zu fällenden Entscheid nicht ergibt, dass die Gesuchstellerin dem Gesuchsteller eine Prozessentschädigung schuldet.

VII.

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 sowie § 5 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 3 und 4 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 auf Fr. 16'000.– festzusetzen. Der Gesuchsteller unterliegt mit seinem Antrag, die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, ihm Fr. 5 Mio. zu bezahlen. Es rechtfertigt sich daher, die Hälfte der zweitinstanzlichen Kosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen, doch sind diese Kosten zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Zudem sind dem Gesuchsteller Fr. 10'000.– der erstinstanzlichen Kosten aufzuerlegen. Der Entscheid über die weiteren Kostenfolgen und über die Entschädigungsfolgen (inklusive allfällige Rückerstattungspflicht des Gesuchstellers hinsichtlich des im Berufungsverfahren

von der Gesuchstellerin bezahlten Prozesskostenvorschusses) bleibt der Vorinstanz vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Dispositivziffer 4/1 lit. e Abs. 1 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Juli 2007 wird durch folgende Fassung ersetzt: "Sodann wird die Gesuchstellerin verpflichtet, dem Gesuchsteller ab dem 1. November 2010 für die weitere Dauer des Getrenntlebens für D._____ Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– pro Monat, zuzüglich allfällige Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar vorab jeweils auf den Ersten eines jeden Monats."
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis und Beschluss.
3. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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.

und erkannt:

1. Rechtsbegehren Ziff. 8 des Gesuchstellers wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt.

3. Fr. 10'000.– der erstinstanzlichen Kosten und die zweitinstanzlichen Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt, die zweitinstanzlichen Kosten werden jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Diesbezüglich bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO/ZH vorbehalten.
4. Der Entscheid über die Entschädigungsfolgen bleibt der Vorinstanz vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Beschluss.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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. 5 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

und weiter beschlossen:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Gesuchstellers werden die Ziffern 4-6 und 11-13 des vorinstanzlichen Urteils aufgehoben, und das Verfahren wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 8'000.–.
3. Der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt der Vorinstanz vorbehalten.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je als Gerichtsurkunde sowie an das Bezirksgericht Meilen unter Beilage sämtlicher Akten gegen Empfangsschein.
5. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG. im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 15. September 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. R. Klopfer

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:

ss