

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC110001-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth

Beschluss vom 20. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 8. November 2010 (FE090027)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 11 S. 1 f., Urk. 38 S. 2, Urk. 96 S. 11)

1. Die Ehe der Parteien sei zu scheiden.
2. Die Kinder
 - C._____, geb. tt.mm.1996, und
 - D._____, geb. tt.mm.1998,seien unter die elterliche Sorge der Mutter zu stellen.
3. Der Beklagte sei für berechtigt zu erklären, die Kinder während der Schulferien für die Dauer von sechs Wochen in E._____ zu besuchen oder zu sich in die Ferien nach F._____ zu nehmen.
4. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder C._____ und D._____ monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von je CHF 2'300.– (zuzüglich gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen, auf die er Anspruch hat) zu bezahlen, bis die Kinder eine angemessene Ausbildung abgeschlossen haben (auch über die Mündigkeit hinaus). Der Kinderunterhaltsbeitrag sei nach gerichtsüblicher Formel zu indexieren.
5. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin gestützt auf Art. 125 i.V.m. Art. 126 Abs. 2 ZGB eine einmalige Abfindung von CHF 682'000.– zu bezahlen, zahlbar innerhalb von 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils.
6. Auf die Teilung der Austrittsleistung des Beklagten sei zu verzichten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren, vom 8. November 2010:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Kinderzulagen von CHF 2'300.– pro Kind ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung der Kinder, auch über die Mündigkeit hinaus, zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar an die Klägerin auch über die Mündig-

keit hinaus, solange das Kind in deren Haushalt lebt oder keine eigenen Ansprüche stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

2. Der Beklagte wird sodann verpflichtet, der Klägerin eine einmalige Abfindung in der Höhe von CHF 682'000.– zu bezahlen (Art. 126 Abs. 2 ZGB). Zahlbar innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils.
3. Der Unterhaltsbeitrag gemäss Ziffer 1 basiert auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Oktober 2010 103.9 Punkten (Basis Dezember 2005 = 100 Punkte). Er ist jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Jahres, erstmals per 1. Januar 2012, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

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

4. Die Gerichtsgebühr (Pauschalgebühr; FE060385 und FE090027) wird festgesetzt auf:

Fr. 15'700.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 3'000.00 zweitinstanzliche Gerichtsgebühr

Fr. Barauslagen.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. Die gesamten Verfahrenskosten werden dem Beklagten auferlegt und durch die Kasse des Bezirksgerichts Zürich bezogen.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 25'000.– (Weisungskosten inbegriffen) zu bezahlen.

(7. Mitteilungen)

(8. Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Beklagten, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 141 S. 2 f.):

- "1. Der Beklagte und Appellant sei in Aufhebung von Ziff. 1 des angefochtenen Urteils FE90027 des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2010 zu verpflichten, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder monatlich im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen von CHF 1,750.00 pro Kind bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung der Kinder, mindestens aber bis zum vollendeten 23. Altersjahr zu bezahlen;
2. in Abänderung von Ziff. 2 des angefochtenen Urteils FE90027 des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2010 sei der Beklagte und Appellant zu verpflichten, der Klägerin persönlich im Sinne von Art. 126 Abs. 2 ZGB wie folgt Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
 - CHF 100,000.00 als einmalige Zahlung innert 30 Tagen ab Rechtskraft;
 - CHF 2,000.00 pro Monat, monatlich im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats bis Ende mm.2014 (16. Geburtstag der jüngsten Tochter) ab Rechtskraft des Scheidungsurteils;
3. in Abänderung von Ziff. 4 bis 6 des angefochtenen Urteils FE090027 des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2010 seien die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen neu zu regeln und die Klägerin entsprechend zu verpflichten, dem Beklagten eine substantielle Prozessentschädigung zu bezahlen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST von 8 % zu Lasten der Klägerin und Appellatin."

der Klägerin, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (Urk. 143 S. 2 f.):

- "1. der angefochtene Urteil (FE090027) des Bezirksgerichtes Zürich von 8. November 2010 ist grundsätzlich zu bestätigen oder, als Eventualantrag, zu Gunsten meiner Töchtern und von mir gebührend zu berichtigen (...);
2. zu bestätigen, Eventualantrag nach dem Billigkeitsprinzip zu verbessern, es sind vor allem die monatlichen Kosten und Beiträge für Unterhalt und Erziehung der 2 Kindern, d.h. monatlich CHF 2'300.00 je monatlich, im voraus + Indexierung dieser Beiträge basiert auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Oktober 2010 und dazu mit jährlicher entsprechender Anpassung;

3. in Abänderung von Ziff. 2 des angefochtenen Urteils FE090027 des Bezirksgerichtes von Zürich des 8. November 2010 sei der Beklagte und Appellant zu verpflichten, der Klägerin persönlich eine einmalige Abfindung (Unterhaltsbeitrag) von EUR 639'672 oder CHF 830'000.00 zu bezahlen (Art. 126 Abs. ZGB der Schweiz, = Schätzung des Bezirksgerichtes);
4. Ich bitte die Richterinnen und Richter höflich die Untersuchungsmaxime auch für die Berechnung der Beiträge zu Gunsten der 2 minderjährigen Töchtern, C._____ und D._____, anzuwenden;
5. der Beklagter und Appellant Herr Dr. A._____ ist zu verpflichten alle Kosten- und Entschädigungsfolgen der Prozeduren zu bezahlen;
6. der Beklagter und Appellant sei zu verpflichten, bis zu eine eventuelle neue richterliche Festlegung/Verfügung von revidierten Beiträge, weiterhin und monatlich die heutige von Bezirksgericht festgesetzte Alimente und Unterhaltbeiträge unverändert zu bezahlen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt.mm.1996 in F._____ geheiratet. Die Klägerin ist französische Staatsangehörige, der Beklagte Schweizer. Am tt.mm.1996 kam ihre erste gemeinsame Tochter, C._____, und am tt.mm.1998 ihre zweite gemeinsame Tochter, D._____, zur Welt. Ab anfangs 1998 kam es wiederholt zu Spannungen und Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. Ende 1999 zog die Klägerin nach einem von Tätlichkeiten begleiteten Streit schliesslich aus der ehelichen Wohnung in F._____ aus und reiste nach E._____ [Stadt in Frankreich], wo sie seit diesem Zeitpunkt mit den beiden Töchtern der Parteien lebt.

Mit Verfügung vom 26. Juli 2000 regelte der Eheschutzrichter des Bezirkes Zürich das Getrenntleben der Parteien. Die eheliche Wohnung in F._____ wurde dem Beklagten zur alleinigen Benutzung zugewiesen, die beiden Kinder der Parteien unter die Obhut der Klägerin gestellt, das Besuchsrecht des Beklagten geregelt und der Beklagte verpflichtet, der Klägerin ab Mai 2000 für sich und die Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 5'000.00 zu leisten, wovon CHF 2'400.00 für die Kinder (Urk. 22/3/13 S. 15).

2. Am 24. November 2005 machte die Klägerin die Scheidungsklage beim Friedensrichteramt G. _____ rechtshängig. Nach durchgeführtem Hauptverfahren wurde die Ehe der Parteien mit Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Zürich vom 7. April 2008 unter Regelung der Nebenfolgen der Scheidung, soweit sich die Einzelrichterin dafür als zuständig erachtete, geschieden (Urk. 60). Der Beklagte erklärte gegen dieses Urteil Berufung. Mit Beschluss vom 18. Dezember 2008 nahm das Obergericht des Kantons Zürich davon Vor- merk, dass das erstinstanzliche Urteil am 26. September 2008 in den folgenden Punkten in Rechtskraft erwachsen sei (Urk. 81 S. 32 f.):

- "1. Die Ehe der Parteien wird geschieden.
2. (...)
3. (...)
4. (...)
5. (...)
6. Es wird kein Ausgleich der Vorsorgeguthaben im Sinne von Art. 123 Abs. 1 ZGB durchgeführt.
7. Die Parteien unterstehen dem Güterstand der Gütertrennung. In güterrechtlicher Hin- sicht behält jede Partei, was sie zurzeit besitzt respektive was auf ihren Namen lau- tet."

Mit dem gleichen Beschluss wurde das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich aufgehoben und der Prozess zur Ergänzung des Behauptungsverfahrens, zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vor- instanz zurückgewiesen (Urk. 84 S. 33).

3. Mit Verfügung vom 8. November 2010 trat die Einzelrichterin des Bezirks- gerichtes Zürich auf die Klage betreffend Regelung der elterlichen Sorge und des Besuchsrechts wegen fehlender Zuständigkeit nicht ein (Urk. 134 S. 6 f. und S. 16). Der vom Beklagten gegen diese Verfügung erhobene Rekurs wurde – so- weit auf ihn eingetreten wurde – mit Beschluss des Obergerichts des Kantons Zü- rich vom 12. Juli 2011 abgewiesen (LQ100094). Das Bundesgericht wies die Be-

schwerde gegen diesen Beschluss mit Urteil vom 18. Juli 2012 ab, soweit es auf die Beschwerde eintrat (5A_631/2011).

4. Gegen das von der Vorinstanz am 8. November 2010 gefällte, eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil hat der Beklagte am 8. Dezember 2010 fristgerecht Berufung erklärt (Urk. 135). Die Prozesskaution von CHF 20'000.– hat er rechtzeitig geleistet (Urk. 137 und 138). Die Berufungsbegründung datiert vom 12. April 2011 (Urk. 141). Die Klägerin hat mit der Berufungsantwort vom 25. April 2011 Anschlussberufung erhoben (Urk. 143). Am 20. Juni 2011 erstattete der Beklagte seine Antwort zur Anschlussberufung (Urk. 147). Mit Beschluss vom 1. Juli 2011 wurde vorgemerkt, dass das Urteil der Vorinstanz am 26. April 2011 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als der Beklagte verpflichtet wurde, der Klägerin eine Abfindung in der Höhe von CHF 100'000.– zu bezahlen (Urk. 148). Diesen Betrag hat der Beklagte inzwischen bezahlt (Prot. II S. 8 f.). Die auf den 8. September 2011 angesetzte Berufungsverhandlung musste auf den 20. September 2011 verschoben werden, und auch der neue Termin wurde hinfällig, weil die von der Klägerin neu mandatierte Rechtsvertreterin an diesem Tage verhindert war (Urk. 150-157). Wegen der am Bundesgericht hängigen Zuständigkeitsfrage (Regelung der elterlichen Sorge und des Besuchsrechts) wurde das Verfahren erst fortgeführt, als das Bundesgericht entschieden hatte. Die Berufungsverhandlung wurde am 4. Dezember 2012 durchgeführt. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. 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.

2. a) Umstritten sind im Berufungsverfahren die Höhe der vom Beklagten zu bezahlenden Kinderunterhaltsbeiträge und die Höhe der Abfindung und einer allfälligen Rente, welche der Beklagte an den Unterhalt der Klägerin leisten soll.

b) Bereits im Beschluss vom 18. Dezember 2008 hat das Obergericht festgehalten, dass die örtliche Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte zur Beurteilung des Kinderunterhalts gegeben und französisches Recht anwendbar ist (Urk. 81 S. 13 f.). Davon ist auch die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 8. November 2010 ausgegangen. Im Berufungsverfahren blieben diese Feststellungen unangefochten. Es erübrigen sich dazu weitere Ausführungen.

Unbestritten ist auch, dass für die Frage des persönlichen Unterhalts die Zuständigkeit zu bejahen ist und schweizerisches Recht zur Anwendung kommt (Urk. 134 S. 6 und 10). Allerdings stützt sich die Zuständigkeit auf Art. 2 LugÜ (in der Fassung vom 16. September 1988) und nicht auf das IPRG (vgl. FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, Anh. IPR N 78).

3. a) In seiner Berufung gegen das erste Urteil der Vorinstanz vom 7. April 2008 hatte der Beklagte beantragt, er sei zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen von CHF 1'800.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) je Kind und zu einer Zahlung von CHF 300'000.– an die Klägerin persönlich im Sinne von Art. 126 Abs. 2 ZGB als einmalige Abfindung zu verpflichten (Urk. 72 S. 3 f.). Im Beschluss vom 18. Dezember 2008 hielt das Obergericht fest, dass die Vorderrichterin die Eingabe des Beklagten vom 7. April 2008, worin diese Anträge erstmals gestellt worden waren (Urk. 72 S. 3 f.), hätte berücksichtigen müssen. Im Berufungsverfahren sei ohne Weiteres von diesen Anträgen auszugehen (Urk. 81 S. 11). Im vorliegenden Berufungsverfahren anerkennt nun der Beklagte eine einmalige Zahlung von CHF 100'000.– und erklärt sich bereit, der Klägerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 2'000.– bis Ende August 2014 zu bezahlen.

b) Verlangte die Klägerin vor Vorinstanz noch eine einmalige Abfindung von CHF 682'000.– (Urk. 38 S. 2; Urk. 96 S. 12), so sind es nun im Berufungsverfahren EUR 639'672.– oder CHF 830'000.–.

c) Im Beschluss vom 18. Dezember 2008 hatte das Obergericht zur Frage, wie lange neue Vorbringen zulässig sind, folgendes ausgeführt (Urk. 81 S. 9 f.):

"Hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge ist das Scheidungsverfahren von der Officialmaxime beherrscht. Insoweit entfällt der Novenausschluss von vornherein und ist die Berufungsinstanz so wenig wie die erste Instanz an Parteianträge gebunden. Nach der für die persönlichen Unterhaltsbeiträge eines Ehegatten geltenden Eventualmaxime müssen Rechtsbegehren dagegen so früh wie möglich gestellt und Tatsachenbehauptungen und Beweismittel so früh wie möglich vorgebracht werden. Nachher ist es nur ausnahmsweise möglich, versäumte prozessuale Handlungen nachzuholen. Aus der Eventualmaxime ergibt sich demnach sowohl ein Verbot der Geltendmachung neuer Tatsachen (sog. Novenverbot) als auch ein Verbot, die einmal gestellten Rechtsbegehren zu ändern (sog. Verbot der Klageänderung). Die Eventualmaxime bezweckt, dass der Prozess nicht stetig durch neue Tatsachenbehauptungen, Beweisangebote oder Rechtsbegehren verschleppt wird. Entsprechend sind Parteien gemäss § 114 ZPO unter Vorbehalt der Ausnahmen gemäss § 115 ZPO mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben. Zur Darstellung der Streitverhältnisse dienen dem Beklagten dabei grundsätzlich die Klageantwort und die Duplik (§ 121 Abs. 1 ZPO), eventuell eine umfassende oder auf gewisse Fragen beschränkte Quadruplik (§ 121 Abs. 2 ZPO)."

Zu ergänzen ist, dass in der oberen kantonalen Instanz unter bisherigem Recht neue Tatsachen und Beweismittel in der Berufungsbegründung und -antwort sowie Anschlussberufungsbegründung und -antwort vorgebracht werden konnten; neue Rechtsbegehren mussten nur dann zugelassen werden, wenn sie durch neue Tatsachen oder Beweismittel veranlasst worden waren (Art. 138 Abs. 1 aZGB; § 200 Abs. 2 ZPO/ZH; § 267 Abs. 2 ZPO/ZH).

Die Klägerin begründet nicht weiter, weshalb sie eine um CHF 148'000.– höhere Abfindung beantragt. Dieser Antrag ist daher verspätet.

Der Beklagte hat seine neuen Anträge damit begründet, dass die Klägerin nach ihren Aussagen netto EUR 4'666.– pro Monat (gegenüber EUR 2'700.68 gemäss Vorinstanz) verdiene, was beim gegenwärtigen Umrechnungskurs CHF 6'066.– ergebe. Diese Annahme sei eine neu zu berücksichtigende Tatsache, welche neue Anträge erlaube. Dies umso mehr, als er ständig Unterhaltszahlungen an die Klägerin leiste und entsprechend nicht mehr zu einer gleich grossen

Abfindungssumme verpflichtet werden könne wie noch zu Zeiten des Rückweisungsbeschlusses des Obergerichts (Urk. 141 S. 14 f.).

Die Vorinstanz wird – da das Verfahren ohnehin an sie zurückzuweisen ist – zu prüfen haben, ob das neue Vorbringen und die damit verbundenen neuen Anträge des Beklagten zulässig sind, wobei sie das aktuelle Einkommen der Klägerin auf jeden Fall wird abklären müssen.

IV.

1. a) Für die Grundsätze des französischen Rechts zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge kann auf die Ausführungen des Obergerichts im Beschluss vom 18. Dezember 2008 verwiesen werden (Urk. 81 S. 14).

b) Im Urteil vom 7. April 2008 führte die Vorinstanz aus, die Parteien seien sich hinsichtlich der Höhe der monatlichen Kinderunterhaltsbeiträge von CHF 2'000.– je Kind einig. Bei regelmässigen monatlichen Ausgaben von CHF 2'760.– entspreche der von den Parteien beantragte Kinderunterhaltsbeitrag dem Kindeswohl (Urk. 60 S. 5 f.).

c) Das Obergericht hielt – nachdem sich der Beklagte nicht mehr mit CHF 2'000.– als Kinderunterhaltsbeitrag einverstanden erklärt hatte – im Beschluss vom 18. Dezember 2008 fest, dass der gesamte Barunterhalt der Kinder vom Beklagten aufzubringen sei, der mit einem steuerbaren Vermögen von rund CHF 9,5 Mio. und einem darauf resultierenden steuerbaren Einkommen von CHF 234'000.– im Jahre 2006 dazu finanziell ohne weiteres in der Lage sei. Zum Barbedarf der Kinder führte das Obergericht aus, es sei ein Anteil an den – umstrittenen – tatsächlichen Kosten der 5-Zimmerwohnung aufzunehmen, welche die Klägerin und die Kinder in E. _____ bewohnten. Dieser Anteil sei so zu bemessen, dass der auf die Klägerin persönlich entfallende Anteil ihr die Finanzierung einer Wohnung erlaube, welche ihrem gebührenden Unterhalt entspreche. Die Vorinstanz werde die Parteien auffordern müssen, sich dazu zu äussern, und allenfalls nach Durchführung eines Beweisverfahrens sich begründet darüber auszusprechen haben, welcher Wohnkostenanteil auf die Kinder entfalle (Urk. 81

S. 18). Die Vorinstanz wurde sodann darauf hingewiesen, dass gemäss Art. 143 Ziff. 1 aZGB Einkommen und Vermögen jedes Ehegatten bzw. die Referenzwerte, die der Unterhaltsbemessung zugrunde gelegt wurden, im Urteil anzugeben seien, wenn Unterhaltsbeiträge festgesetzt würden (Urk. 81 S. 18 f.). An diesen Ausführungen ist festzuhalten.

d) aa) Die Vorinstanz berechnete den Barbedarf jedes Kindes im Urteil vom 8. November 2010 wie folgt (Urk. 134 S. 8):

	CHF	EUR
Grundbetrag:	600.00	414.00
öV-Abonnement:	74.70	51.50
Kinderbetreuung (je ½):	751.10	518.00
Freizeitbeschäftigung (je ½):	174.00	120.00
Schulkosten		
Wohnkosten (je 1/3 von 80%):	696.00	480.00

bb) Im Berufungsverfahren anerkennt der Beklagte die Positionen für den Grundbetrag, das öV-Abonnement und die Freizeitbeschäftigung (Urk. 141 S. 12).

cc) Er bestreitet dagegen die Kosten für die Kinderbetreuung. Die entsprechenden Behauptungen stammten aus dem Jahre 2006. Da die Kinder nunmehr 13 und 15 Jahre alt seien, benötigten sie keine umfassende Betreuung mehr, weshalb davon auszugehen sei, dass die entsprechenden Kosten erheblich tiefer seien. Die Klägerin habe dies durch Nachweis der Zahlungen darzutun (Urk. 141 S. 10). Die Vorinstanz habe diese Position im Urteil nirgends begründet (Urk. 141 S. 13). Letzteres ist zutreffend. Die Vorinstanz bezieht sich offensichtlich auf die Ausführungen der Klägerin in der Replik vom 14. Mai 2007, wo die Betreuungskosten mit EUR 1'036.– pro Monat beziffert wurden (Urk. 38 S. 6). Damals waren die Kinder 10 ½ und 8 ¾ Jahre alt. Heute sind sie 16 und 14 ¼ Jahre alt. Dass der Betreuungsaufwand geringer sein dürfte, leuchtet ein. Die Klägerin wird daher den aktuellen Betreuungsaufwand zu beziffern und zu substantiieren haben. Im Berufungsverfahren besteht kein Grund, die Klägerin vorab zu verpflichten, Bele-

ge für die Kinderbetreuungskosten einzureichen, wie dies der Beklagte beantragt hat (Urk. 141 S. 4).

dd) Strittig sind sodann die Wohnkosten der Klägerin. Diese hatte in der Klagebegründung ausgeführt, sie wohne in der Eigentumswohnung ihrer Eltern. Für den Wohnungskauf habe die Mutter des Beklagten eine Hypothek in der Höhe von EUR 687'000.– zur Verfügung gestellt, welche mit 2,25 % zu verzinsen sei. Die Wohnung laute auf den Namen des Vaters der Klägerin. Er bezahle weiterhin die meisten der auf seinen Namen lautenden Rechnungen für die Wohnung. Die Klägerin erstatte ihm diese Kosten quartalsweise, in der Regel EUR 5'400.–. Auf die Geltendmachung der diesen Betrag übersteigenden Kosten verzichte der Vater (Urk. 11 S. 9). Der Beklagte hatte die Wohnkosten in der Klageantwort bestritten mit der Bemerkung, er habe nicht feststellen können, dass die Wohnkosten tatsächlich bezahlt würden (Proz.Nr. FE060385, Prot. S. 4). In der Duplik hielt er an dieser Bestreitung fest (Urk. 47 S. 13). Im vorliegenden Berufungsverfahren macht er geltend, er habe in der Zwischenzeit erfahren, dass die Wohnung den Kindern oder der Klägerin gehöre, so dass keine Kosten mehr anfielen (Urk. 141 S. 9 und 13). Gemäss Darstellung der Klägerin wurde die Wohnung von ihren Eltern verkauft, wobei sie einen neuen Mietvertrag habe abschliessen können (Urk. 163 S. 4). Im Urteil vom 8. November 2010 schreibt die Vorinstanz, sie erachte die in der Replik geltend gemachten Wohnkosten von EUR 1'800.– als ausgewiesen. Dafür, dass der Vater der Klägerin die Quittungen nur zum Schein ausstelle – wie der Beklagte geltend gemacht hatte (Urk. 103 S. 2) –, bestünden keine Anhaltspunkte, weshalb auf weitere Beweiserhebungen verzichtet werden könne (Urk. 134 S. 12).

Das Obergericht hat bereits im Beschluss vom 18. Dezember 2008 unter Hinweis auf § 133 ZPO/ZH dargelegt, dass das Gericht den Parteien Gelegenheit zur Bezeichnung von Haupt- und Gegenbeweismitteln zu geben und die prozessual zulässigen, form- und fristgerecht angebotenen Beweismittel abzunehmen hat, wenn erhebliche Tatsachen streitig sind (Urk. 81 S. 17). Es handelt sich daher um eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung, wenn die Vorinstanz einzig die von der Klägerin ins Recht gelegten Quittungen würdigte und darauf

verzichtete, den Parteien Gelegenheit zur Nennung weiterer Beweismittel anzusetzen. Der Richter muss dann keine weiteren Beweise mehr abnehmen, wenn er den Sachverhalt für genügend geklärt erachtet, d.h. wenn er aufgrund der bestehenden Aktenlage überzeugt ist, dass über die erhebliche Tatsache kein Beweis mehr geführt werden muss (BGE 97 I 219; 134 I 148). Die antizipierte Beweiswürdigung kann frühestens vorgenommen werden, wenn die Parteien ihre Beweismittel abschliessend genannt haben (Leu, Dike-Komm-ZPO, Art. 152 N 66, unter Hinweis auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Ergänzungsband, Zürich 2000, vor § 133 ff. N 1; ZR 95 Nr. 73 E. c). Im Zusammenhang mit den Wohnkosten wird auch abzuklären sein, ob der Vater der Klägerin nach wie vor Eigentümer der Wohnung oder zumindest wirtschaftlich Berechtigter ist, wie der Beklagte behauptet (Prot. II S. 12). Es steht dem Beklagten frei, im Rahmen des Beweisverfahrens seinen prozessualen Antrag, wonach die Klägerin zu verpflichten sei, einen aktuellen Grundbuchauszug betreffend die Wohnung einzureichen, zu wiederholen (Urk. 141 S. 4).

ee) In der Berufungsduplik hat die Klägerin weitere Bedarfspositionen im Kinderunterhalt geltend gemacht (Musik-, Tanz-, Englisch- und Tennisstunden; Kirchenbeitrag, Kantine, Taschengeld, Halbtaxabonnement und Feriencamps; Steuern; Urk. 163 S. 6). Da im Rahmen des Kinderunterhalts der Novenausschluss entfällt, wird die Vorinstanz diese neuen Bedarfspositionen zu beurteilen haben. Die Obergrenze des monatlichen Kindesunterhaltsbeitrags liegt aber bei CHF 2'300.– (zuzüglich Kinderzulagen).

2. a) Bei der Festlegung des nachehelichen Unterhalts ging die Vorinstanz im Urteil vom 7. April 2008 von einem Bedarf der Klägerin und der beiden Kinder von EUR 5'855.– aus, was bei einem aktuellen Umrechnungskurs von 1.58 einem gerundeten Betrag von CHF 9'250.– entspreche. Zusätzlich müsse der Aufbau einer 2. Säule berücksichtigt werden, was einen monatlichen Betrag von CHF 1'500.– rechtfertige. Für das massgebliche Einkommen der Klägerin stützte sich die Vorinstanz auf einen Arbeitsvertrag vom 19. September 2006 und bezifferte es auf EUR 2'882.– bzw. CHF 4'550.–. Es ergebe sich ein Fehlbetrag zur Deckung des gebührenden Unterhalts der Klägerin von CHF 2'200.–. Auf den Bedarf

des Beklagten ging die Vorinstanz nicht näher ein, da er den gebührenden Bedarf der Klägerin ohne weiteres aus seinem Vermögensertrag (im Jahre 2004) von CHF 366'950.– decken könne, ohne dass ihm ein Erwerbseinkommen angerechnet werde. Aufgrund des Mankos der zweiten Säule und der fehlenden Ansprüche aus Güterrecht erachtete die Vorinstanz eine zusätzliche Abfindung von CHF 250'000.–, wie der Beklagte vorgeschlagen hatte, als angemessen (Urk. 60 S. 7 ff.).

b) Im Beschluss vom 18. Dezember 2008 hat das Obergericht festgehalten, dass das Einkommen der Klägerin umstritten und daher darüber ein Beweisverfahren durchzuführen sei (Urk. 81 S. 22 f.). Auch bezüglich der Wohnkosten der Klägerin erachtete das Obergericht ein Beweisverfahren als unumgänglich. Zu berücksichtigen sei dabei auch die neue Behauptung des Beklagten, dass nach dem 30. Juni 2008 kein Darlehenszins mehr zu bezahlen sei (Urk. 81 S. 25 f.). Bei den von der Klägerin geltend gemachten Autokosten wies das Obergericht darauf hin, dass die Kosten zumindest insoweit darzulegen seien, dass der Richter eine Grundlage für eine Schätzung der künftig anfallenden Kosten habe. Tue dies eine Partei wie vorliegend nicht, so habe sie der Richter grundsätzlich in Anwendung von § 55 ZPO/ZH dazu anzuhalten. Würden die (nachträglich) substantiierten Behauptungen durch die Gegenpartei bestritten, sei ein Beweisverfahren durchzuführen, soweit nicht unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung Aussagen gemacht werden könnten, die ein Beweisverfahren erübrigten, wobei festzuhalten sei, dass die allgemeine Lebenserfahrung eines Schweizer Richters sich in der Regel nicht auf Lebensverhältnisse im Ausland beziehe (Urk. 81 S. 27).

Eine weitere strittige Position im Unterhaltsbedarf der Klägerin betrifft deren Vorsorgedefizit. Dazu wurde im Beschluss vom 18. Dezember 2008 ausgeführt (Urk. 81 S. 29 f.):

"Die Klägerin ging vom Zeitpunkt ihrer Heirat am tt.mm.1996 bis zur Trennung vom Beklagten Ende 1999 keiner Erwerbstätigkeit nach, welche es ihr erlaubt hätte, eine Altersvorsorge zu bilden. Danach hatte sie bis September 2006 lediglich verschiedene befristete Anstellungen mit längeren Phasen von Arbeitslosigkeit, welche gemäss ihrer Darstellung per 28. Januar 2006 zu einem Ren-

tenanspruch von monatlich 485.00 Euro führte (Urk. 11 S. 14 unter Hinweis auf Urk. 12/16). Seit 1. Oktober 2006 arbeitet die Klägerin ihrer Ausbildung und ihrem Wunsch entsprechend im Rahmen einer Vollzeitberufstätigkeit als Architektin und äufnet dabei eine dementsprechende Altersvorsorge, welche betragsmässig allerdings nicht bekannt ist. Dass die schwierige berufliche Situation der Klägerin nach der Trennung vom Beklagten ihren Grund zumindest auch ihren Betreuungspflichten gegenüber den zum Zeitpunkt der Trennung erst gut ein- bzw. dreijährigen Kindern der Parteien hatte, ist ohne Weiteres anzunehmen. Im Ergebnis verzögerte sich damit die vollständige Integration der Klägerin in den Arbeitsprozess nach ihrer Heirat mit dem Beklagten verbunden mit ihrem Umzug in die Schweiz und der Geburt der beiden Kinder der Parteien um rund 10 Jahre. Dass diese Verzögerung ein Vorsorgedefizit zur Folge hatte, hat die Klägerin zumindest sinngemäss geltend gemacht. Welches Ausmass dieses Vorsorgedefizit angenommen hat, hat sie dagegen so wenig substantiiert wie allfällige ehebedingte nacheheliche Einbussen hinsichtlich der Altersvorsorge."

"Genügen tatsächliche Vorbringen einer Partei den Anforderungen an eine gehörige Substantiierung aber nicht, darf dies nicht ohne Weiteres die Abweisung bzw. Gutheissung der Klage zur Folge haben. Vielmehr ist es in diesen Fällen Sache des Richters in Anwendung von § 55 ZPO durch geeignete Vorkehren die Ergänzung der ungenügenden Parteivorbringen unter Androhung von prozessualen Nachteilen zu bewirken (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 113 ZPO). In diesem Sinn wird die Klägerin zur Darlegung des Ausmasses des von ihr geltend gemachten Vorsorgedefizits und allfälliger künftiger Nachteile hinsichtlich ihrer Altersvorsorge anzuhalten und das Verfahren in der Folge unter Zugrundelegung dieser Behauptungen fortzuführen sein. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass der Beklagte die im angefochtenen Entscheid als Betrag für die 3. Säule im Bedarf der Klägerin berücksichtigten CHF 530.00 als Ausgleich für die fehlende Altersvorsorge akzeptiert hat. Darüber hinausgehende Beiträge des Beklagten an den Aufbau einer Altersvorsorge der Klägerin dürfen letzterer nur zugesprochen werden, soweit ihnen substantiierte und gegebenenfalls bewiesene Behauptungen der Klägerin zugrunde gelegt werden können. Ob ein Ausgleich dabei über eine Berücksichtigung eine(s) entsprechenden Betrages im Bedarf der Klägerin und damit im Rahmen einer Rente oder Abfindung oder über eine Verlängerung der Dauer der Unterhaltsverpflichtung des Beklagten gegenüber der Klägerin persönlich erfolgt, spielt dabei keine Rolle."

Schliesslich hat das Obergericht es auch für notwendig erachtet, die Klägerin zur Substantiierung des neu geltend gemachten Betrags von CHF 1'500.– unter dem Titel "Betrag zur freien Verfügung" anzuhalten und allenfalls darüber ein Beweisverfahren durchzuführen (Urk. 81 S. 30 f.).

c) aa) Die Vorinstanz stützte sich im angefochtenen Urteil vom 8. November 2010 auf den Lohnausweis 2007 der Klägerin (Urk. 77/1 und 77/2) und ging von

einem monatlichen Nettoeinkommen der Klägerin von EUR 2'700.68 aus (Urk. 134 S. 10).

Im Berufungsverfahren moniert der Beklagte zu Recht, dass die Vorinstanz zum Einkommen der Klägerin weder ein Beweisverfahren durchgeführt noch seinem Antrag, sie zur Edition aktueller Lohnabrechnungen zu verpflichten, nachgekommen sei (Urk. 141 S. 6). Dies ist von der Vorinstanz endlich nachzuholen.

bb) Bezüglich der Wohnkosten kann auf das unter Ziff. IV/1/d/dd Ausgeführte verwiesen werden. Die Klägerin hat erst in der Anschlussberufungsreplik bzw. Berufungsduplik die Kürzung des Mietzinses durch die Vorderrichterin um einen Fünftel beanstandet (Urk. 163 S. 4). Dieser Einwand ist verspätet.

cc) Die monatlichen Autokosten in der Höhe von EUR 500.– sind nach Ansicht der Vorinstanz unbewiesen geblieben. Es seien daher lediglich Kosten in der Höhe von CHF 100.–, wie vom Beklagten anerkannt, und ein Zuschlag von CHF 50.– für die Parkplatzmiete anzurechnen (Urk. 134 S. 12).

In der Berufungsbegründung anerkennt der Beklagte Autokosten in der Höhe von Fr. 100.–. Die Klägerin hat sich im Berufungsverfahren zu den Autokosten nicht geäußert, weshalb vom anerkannten Betrag auszugehen ist. Bezüglich der Parkplatzkosten, deren Höhe von EUR 140.– unbestritten ist (Urk. 81 S. 24), vertritt der Beklagte die Ansicht, dass diese wie die Wohnkosten nicht mehr anfallen (Urk. 141 S. 16). Die Vorinstanz wird dies abzuklären haben.

dd) Zu Recht hat der Beklagte im Berufungsverfahren beanstandet, dass die Vorinstanz Kinderbetreuungskosten sowohl beim Bedarf der Kinder als auch beim Bedarf der Klägerin berücksichtigt hat (Urk. 141 S. 15; Urk. 160 S. 6; Urk. 134 S. 8 und 12). Dies ist zu korrigieren.

ee) a) Vor Vorinstanz machte die Klägerin ein Vorsorgedefizit von EUR 169'221.– während der Ehe und einen monatlichen Betrag von EUR 1'200.– während zehn Jahren für den Aufbau einer angemessenen Vorsorge geltend (Urk. 96 S. 8 f.). Die Vorinstanz führte dazu aus, beim Vorsorgeunterhalt der Klägerin gehe es in erster Linie um den Ausgleich ehebedingter Nachteile. Die Klägerin gehe

seit 2006 einer vollzeitigen Erwerbstätigkeit nach und könne für die Zukunft eine 2. Säule aufbauen. Sodann werde in ihrem Bedarf ein Betrag für den Aufbau einer dritten Säule angerechnet. Für den Vorsorgeunterhalt sei zu berücksichtigen, was der Klägerin im Zeitpunkt ihrer Pensionierung für eine ausreichende Vorsorge fehle. Dabei sei darauf abzustellen, was sie neben der von ihr nunmehr aufgebauten Altersvorsorge für einen gebührenden Unterhalt noch benötige. Es sei bezüglich der tatsächlichen Rente auf die Angaben der Klägerin, welche belegt seien (Urk. 98/11), abzustellen. Für die Tätigkeit in den Jahren 2006 und 2007 habe ihr ein Rentenanspruch von jährlich EUR 1'228.– zugestanden. Nach zwanzigjähriger Arbeitstätigkeit ergäbe dies, bei gleichbleibenden Bedingungen, wovon als Annäherungswert mangels anderer Anhaltspunkte auszugehen sei, ein Rentenanspruch von jährlich EUR 12'280.– Dies entspreche monatlich EUR 1'023.–. Der gebührende Unterhalt, ohne Kinderbetreuungskosten und ohne Betrag für die 3. Säule, belaufe sich auf EUR 3'446.– (CHF 4'652.10, Umrechnungskurs 1.35). Dies ergebe ein Betrag von monatlich EUR 2'423.– (jährlich EUR 29'076.–), welcher der Klägerin nach ihrer Pensionierung zur Deckung des gebührenden Unterhalts fehlen werde. Bei einer geltend gemachten Dauer von 22 Jahren entspreche dies EUR 639'672.–. Dazu sei festzuhalten, dass das Rentenalter in Frankreich derzeit noch bei 60 Jahren liege, der Senat dieses jedoch am 22. Oktober 2010 auf 62 angehoben habe. Der Bedarf dürfte aufgrund der zu erwartenden Teuerung innerhalb der nächsten 20 Jahre (Pensionierung der Klägerin voraussichtlich im Jahr 2030) eher höher sein, dies werde jedoch dadurch ausgeglichen, dass die Klägerin den Betrag anlegen könne und Zinsen erhalte (Urk. 134 S. 13 f.).

β) Der Beklagte wirft der Vorinstanz in der Berufungsbegründung vor, sie habe ihren Entscheid ohne Beweisverfahren und mit Verweis auf "Recht und Billigkeit" getroffen, obschon es an der Klägerin gelegen hätte, die behauptete Vorsorgelücke zunächst substantiiert zu behaupten und nachher auch zu beweisen. Die Vorinstanz habe den vom Beklagten anerkannten Betrag für die Altersvorsorge von CHF 530.– nicht berücksichtigt. Dazu komme ein weiterer Rechnungsfehler: Auch wenn davon auszugehen sei, dass der Klägerin in den Jahren 2006 und 2007 ein Rentenanspruch von jährlich CHF 1'228.– zugestanden habe, könne damit keineswegs extrapoliert werden, dass ihr nach 20-jähriger Tätigkeit ein

Rentenanspruch von nur EUR 12'280.– zustehen würde. Die Klägerin habe erst am 1. Oktober 2006 zu arbeiten begonnen und damit in den Jahren 2006 und 2007 nur 15 Monate gearbeitet. Habe die Klägerin in diesen 15 Monaten einen Rentenanspruch von EUR 1'228.– erwirtschaftet, ergebe dies pro Jahr EUR 982.40 oder für zwei Jahre EUR 1'964.80. Dazu komme, dass die Vorinstanz den Zins- und Zinseszinsseffekt ausser Acht gelassen habe. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Klägerin bei der Heirat bereits über 27 Jahre alt und damals nicht berufstätig gewesen sei. Für diese Vorsorgelücke sei der Beklagte nicht verantwortlich. Er sei der Ansicht, dass die Klägerin an ihrer Situation selber schuld sei, da sie ihn böswillig verlassen und die ungetrennte Ehe nur kurz gedauert habe. Ausserdem habe sie sich trotz der Kinder wieder früh und vollständig in den Arbeitsprozess einzugliedern vermocht. Bei einem vermuteten Lohn von CHF 6'066.– vermöge die Klägerin ihren Lebensunterhalt inklusive Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge selber zu finanzieren. Der Beklagte sei aber bereit, dafür CHF 100'000.– und während vier Jahren Unterhaltbeiträge von CHF 2'000.– zu bezahlen, welche die Klägerin wahlweise für ihren Lebensunterhalt oder für den Ausbau ihrer Altersvorsorge benützen könne (Urk. 141 S. 17 ff.).

y) Dass die Klägerin Anspruch auf Ausgleich des ehelichen und des nachehelichen Vorsorgedefizits hat, wurde im Beschluss des Obergerichts vom 18. Dezember 2008 verbindlich entschieden (Urk. 81 S. 27-30; § 104a Abs. 1 GVG/ZH). Die Klägerin hat die von ihr geltend gemachten Ansprüche substantiiert dargelegt (Urk. 96 S. 5-9). Sie machte vor Vorinstanz geltend, sie habe sich ehebedingt während zehn Jahren (1996-2006) nicht in den Berufsprozess eingliedern und keine berufliche Altersvorsorge aufbauen können. Ihr ehebedingtes Defizit in der Altersrente bestehe (mindestens) in der Differenz zwischen der Altersrente, welche die Klägerin bei ununterbrochener Erwerbstätigkeit hätte erzielen können, und der tatsächlichen, deutlich geringeren Altersrente, welche sie aufgrund des zehnjährigen Beitragsunterbruchs einmal erhalten werde. Die Differenz pro Jahr sei anschliessend auf ihre Restlebenserwartung im Zeitpunkt des Eintritts ins Rentenalter hochzurechnen (Urk. 96 S. 5). Die naheheliche Einbusse bei der Altersvorsorge sieht die Klägerin darin, dass sie statt EUR 39'300.– ein Jahresbruttoeinkommen von EUR 50'000.– bis 60'000.– erzielen würde, wenn sie nicht ei-

nen zehnjährigen ehebedingten Unterbruch gehabt hätte. Die Einbusse wirke sich nicht nur auf den ausbezahlten Nettolohn aus, sondern auch auf die Beiträge an die Altersvorsorge. Als Folge der um zehn Jahre verschobenen Integration in den Arbeitsprozess erleide die Klägerin jeden Monat einen Einkommensverlust von EUR 1'000.– und einen geschätzten Verlust an Sozialversicherungsbeiträgen (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge) von EUR 200.– (Urk. 96 S. 8 f.).

Wenn die Vorinstanz für den Aufbau einer angemessenen Vorsorge EUR 639'672.– berechnet hat, geht sie über den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch weit hinaus: Die Klägerin verlangt EUR 169'221.– für das Vorsorgedefizit während der Ehe und EUR 1'200.– pro Monat während zehn Jahren für die nach der Scheidung entstehende Vorsorgelücke, also EUR 144'000.– und total EUR 313'221.–. Dies ist an sich die Obergrenze für den Vorsorgeausgleich. Allerdings erlaubt es die Dispositionsmaxime, der Klägerin unter dem Titel "nachehelicher Unterhalt" einen Maximalbetrag von Fr. 682'000.– als einmalige Abfindung zuzusprechen (Urk. 81 S. 21). Die Vorinstanz hat sich zum ehelichen Vorsorgedefizit nicht geäußert. Da dies im Berufungsverfahren nicht gerügt worden ist, hat es damit sein Bewenden.

Mit dem Vorsorgeunterhalt wird dem Umstand Rechnung getragen, dass nach der Scheidung die berechtigte Partei beim Aufbau ihrer Vorsorge behindert ist. Die Behinderung besteht darin, dass wegen der Ehe nicht sofort eine volle Erwerbstätigkeit aufgenommen bzw. eine bestehende nicht ausgebaut werden kann und deshalb darauf keine Vorsorge gebildet wird. Gemäss Bundesgericht ist zur Berechnung des Vorsorgeunterhalts vom Verbrauchsunterhalt, d.h. vom gehöhrenden Unterhalt auszugehen. Diese Lebenshaltungskosten werden in ein fiktives Bruttoersatzesinkommen (d.h. Nettoersatzesinkommen zuzüglich vom Arbeitnehmer zu leistende Sozialabgaben) umgerechnet. Vom so ermittelten Bruttoersatzesinkommen ist das tatsächlich erzielte Bruttoeinkommen abzuziehen, weil darauf die Sozialabgaben tatsächlich geleistet werden und insofern keine Vorsorgelücke besteht. Der Vorsorgeunterhalt setzt sich aus den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen für die Altersvorsorge (in der Schweiz: AHV und BVG) auf der Differenz zwischen dem Bruttoersatzesinkommen und dem tatsächlich erzielten

Einkommen zusammen. Der so errechnete Vorsorgeunterhalt ist noch um die bei der unterhaltsberechtigten Person gegebenenfalls anfallende zusätzliche Steuerlast zu erweitern (FamKomm Scheidung/Aeschlimann/Bähler/Freivogel, Anh. UB N 24 ff., und Schwenger, Art. 125 N 9; BGer 5A_210/2008, E. 7). Die Anwendung anderer Methoden zur Berechnung des Vorsorgeunterhalts ist nicht ausgeschlossen (BGer 5A_749/2009, E. 5.2.). In BGE 135 III 158, E. 4.4 betont das Bundesgericht, es gehe bei der unterhaltsrechtlichen Altersvorsorge nicht um eine rein rechnerische Aufgabe, sondern um die Beurteilung der künftigen, allenfalls nur beschränkt vorhersehbaren Entwicklung der Lebensverhältnisse. Vereinfachungen seien notwendig und zulässig. Es bleibe eine Ermessensfrage, die das Sachgericht unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls nach Recht und Billigkeit zu beantworten habe.

Die von der Vorinstanz angewandte Berechnungsmethode zur Ermittlung des Vorsorgeunterhalts findet weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung eine Stütze. Die Vorinstanz schreibt zu Unrecht, es lägen keine konkreten Gerichtsentscheide zum Vorsorgeunterhalt vor (Urk. 134 S. 13), war doch BGE 135 III 158 schon am 14. November 2008 ergangen und der nicht in der amtlichen Sammlung publizierte Teil z.B. im Jahre 2009 in der ZBJV besprochen worden (ZBJV 145/2009 S. 131). Wollte man das Vorsorgedefizit so ermitteln, wie es die Vorinstanz macht, nämlich durch eine Gegenüberstellung der zu erwartenden Rente mit dem gebührenden Bedarf bei Eintritt ins Rentenalter, müsste das Vorsorgedefizit aufgrund der mutmasslichen Lebenserwartung der Klägerin berechnet und – bei einer sofort fälligen Kapitalzahlung – abgezinst werden. Dagegen korrespondiert die Einkommenslücke im Rentenalter selbstverständlich nicht linear mit der Dauer bis zum Eintritt der Klägerin ins Pensionierungsalter. Abzulehnen ist auch die Berechnungsweise, dass auf ein hypothetisches Bruttoeinkommen abgestellt wird, wie die Klägerin vorgetragen hat (FamKomm Scheidung/Schwenger, Art. 125 N 9). Da das aktuelle Erwerbseinkommen der Klägerin nicht bekannt ist und ihr gebührender Bedarf weiterer Abklärung bedarf, ist auch der Vorsorgeanspruch nicht spruchreif. Bei der Berechnung desselben ist die Vorinstanz nochmals darauf hinzuweisen, dass die im Bedarf der Klägerin bereits aufgenommenen CHF 530.– zu berücksichtigen sind. Folgt man der bundesgerichtli-

chen Berechnungsweise, ist es nicht notwendig, dass die Klägerin verpflichtet wird, Unterlagen einzureichen, woraus die Entwicklung und der Stand ihrer beruflichen Vorsorge ablesbar ist, wie der Beklagte beantragt hat (Urk. 141 S. 3). Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Klägerin vorehelichen Vorsorgeaufbau tätigen konnte oder nicht (Urk. 141 S. 18), wie ja auch der Ausgleich während der Ehe nicht in die Berechnung einfließt.

d) Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil einen Fehlbetrag von CHF 2'405.75 zur Deckung des Bedarfs der Klägerin von CHF 6'051.65 errechnet (Urk. 134 S. 12) und ist von einer achtjährigen Unterhaltsdauer, nämlich bis zum 20. Altersjahr der jüngeren Tochter, ausgegangen. Die Vorinstanz begründete die Dauer damit, dass die Klägerin voll erwerbstätig sei, obwohl sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts angesichts des Alters der Töchter (12 und 14 Jahre) nur eine 30 %-Erwerbstätigkeit ausüben müsste. Dies ergebe einen Kapitalbetrag von CHF 230'952.– für den nahehelichen Unterhalt (Urk. 134 S. 15).

Der Beklagte bestreitet – neben der Höhe des Unterhaltsbeitrags – die Dauer der Unterhaltsverpflichtung und ist der Ansicht, dass seine Unterhaltspflicht nach vier Jahren weg falle (Urk. 141 S. 19).

Das Obergericht hatte im Beschluss vom 18. Dezember 2008 zur Rentendauer ausgeführt, es werde unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen sein, ob die Klägerin durch ihre überobligatorische Erwerbstätigkeit trotz der vom Beklagten über die Kinderunterhaltsbeiträge finanzierten Fremdbetreuung der Kinder einer Doppelbelastung ausgesetzt sei, welche einen Ausgleich der in grösserem Umfang von der Klägerin getragenen familiären Lasten über die Dauer der Unterhaltsverpflichtung als angemessen erscheinen lasse (Urk. 81 S. 31). Hier ist einschränkend zu bemerken, dass der Verbrauchsunterhalt für die Finanzierung des laufenden Bedarfs bestimmt ist und unter diesem Titel keine darüber hinausgehenden Ansprüche geltend gemacht werden können; der gebührende Unterhalt bildet die Obergrenze für den angemessenen Unterhaltsbeitrag im Sinne von Art. 125 Abs. 1 ZGB (BGE 132 III 597). Auf der andern Seite ist von einer lebensprägenden Ehe auszugehen, weshalb die Klägerin grundsätzlich Anspruch darauf hat, dass sie den während der Ehe gelebten Lebensstandard beibehalten kann.

Die Dauer der Unterhaltsverpflichtung hat sich somit daran zu orientieren, ab wann die Klägerin voraussichtlich ihren gebührenden Unterhalt vollumfänglich aus eigener Erwerbstätigkeit finanzieren können. Bei einer sofort fälligen Kapitalabfindung ist die Summe der Unterhaltsbeiträge abzuzinsen.

3. Der Beklagte moniert in der Berufungsschrift, die Vermögensverhältnisse der Klägerin, die wesentlich für ihre finanzielle Leistungsfähigkeit seien, seien nicht nachgewiesen. Nebst der bereits erwähnten Frage, ob die von der Klägerin bewohnte Wohnung nun ihr gehöre, bringt der Beklagte vor, er sei von der Klägerin darüber informiert worden, dass die Frage der Entschädigung der Familie B1._____ für die in H._____ [Staat] enteigneten Güter "im Moment besser gehe." Die Klägerin sei deshalb darüber zu befragen, ob hier Vermögensansprüche für sie und ihre Familie realisiert werden konnten oder in Zukunft realisiert werden könnten (Urk. 141 S. 9 f.).

Nur schon im Rahmen der Festsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge sind die Vermögensverhältnisse der Parteien grundsätzlich – wenn auch nicht bis ins letzte Detail – von Amtes wegen abzuklären. Die Vorinstanz wird dies nachzuholen haben.

Die Klägerin hat umfangreiche Editionsbegehren im Hinblick auf die finanziellen Verhältnisse des Beklagten gestellt (Urk. 143 S. 3 f.). Da dessen Leistungsfähigkeit aber unbestritten ist, genügt es z.B., wenn er verpflichtet wird, seine aktuellen Steuerdaten einzureichen.

4. a) Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen bzw. einer Kapitalabfindung spielt der Umrechnungskurs Euro/Franken eine Rolle. Die Vorinstanz ist bei der Festsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge "zum Wohle der Kinder von einem mittleren Umrechnungskurs von 1.45" ausgegangen, da dies ein Mittelwert von der Einleitung der Klage bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung darstelle. Damit solle gewährleistet werden, dass die Kinder keine währungsbedingten Nachteile erlitten (Urk. 134 S. 7 f.). Bei der Umrechnung des klägerischen Einkommens und Bedarfs von Euro in Franken hat die Vorinstanz dagegen den damals aktuellen Umrechnungskurs von 1.35 angewendet (Urk. 134 S. 11).

Der Beklagte macht geltend, die Kinderunterhaltsbeiträge seien von der Vorinstanz ab Rechtskraft des Scheidungsurteils festgelegt worden, was von ihm nicht bestritten werde. Die Kinderunterhaltsbeiträge würden also für die Zukunft zugesprochen, weshalb der aktuelle Umrechnungskurs zur Anwendung gelangen müsse. Sollten sich die Wechselkursverhältnisse dramatisch ändern, stehe es den Parteien frei, entsprechende Abänderungsbegehren zu stellen (Urk. 141 S. 11 f.).

Sollen die Unterhaltszahlungen des Beklagten die aktuellen Bedürfnisse der Kinder abdecken, ist auch der aktuelle Wechselkurs zur Anwendung zu bringen. Zu Recht hat der Beklagte darauf hingewiesen, dass die Entwicklung der Wechselkurse nicht vorausgesagt werden könne (Urk. 141 S. 12). Auch bei der Ermittlung der Kapitalabfindung bzw. des nahehehlichen Unterhalts ist der Wechselkurs im Urteilszeitpunkt massgebend.

b) Die Parteien sind seit 26. September 2008 rechtskräftig geschieden. Die Vorinstanz hat den Kinderunterhalt "ab Rechtskraft des Scheidungsurteils" festgelegt, aber kaum die Rechtskraft der Scheidung gemeint. Ohne besondere Begründung besteht kein Anlass, rückwirkend Kinderunterhaltsbeiträge festzusetzen, so dass diese ab Rechtskraft der Unterhaltsregelung geschuldet sind.

5. Da die Berufungsinstanz keinen neuen Sachentscheid fällen kann, ist das Urteil der Vorinstanz bezüglich der Dispositivziffern 1, 2 (im CHF 100'000.– übersteigenden Betrag) und 3 bis 6 aufzuheben und der Prozess im Sinne der Erwägungen zur Verfahrensergänzung und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

V.

In Anwendung von § 66 Abs. 2 ZPO/ZH sind für das vorliegende Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren, vom 8. November 2010 wird bezüglich der Dispositivziffern 1, 2 (im CHF 100'000.– übersteigenden Betrag) und 3 bis 6 aufgehoben und der Prozess im Sinne der Erwägungen zur Verfahrensergänzung und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, unter Beilage der erst- und zweitinstanzlichen Akten, und an die Obergerichtskasse, je 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.

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, 20. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. B. Demuth

versandt am:
se