

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC110015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Beschluss und Urteil vom 17. September 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des
Bezirktes Bülach vom 29. Dezember 2010; Proz. FE040172**

Rechtsbegehren:

Es sei die Ehe der Parteien auf gemeinsames Begehren hin gemäss Art. 112 ZGB zu scheiden unter gerichtlicher Regelung der Nebenfolgen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchstellers.

(act. 1 S. 2)

Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirks Bülach vom 29. Dezember 2010:

1. Die Ehe der Parteien wird gestützt auf Art. 112 ZGB geschieden.
2. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin in Abgeltung ihres Anspruchs auf persönliche Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB eine Abfindung von Fr. 214'860.– zu bezahlen.
3. Die C._____ AG in Liquidation wird unter Androhung der doppelten Zahlungspflicht im Widerhandlungsfall angewiesen, vom dem Gesuchsteller nach Abschluss der Liquidation zustehenden Liquidationserlös den Betrag von Fr. 214'860.– der Gesuchstellerin auf ein von dieser zu bezeichnendes Konto zu überweisen, soweit der dem Gesuchsteller zustehende Liquidationserlös diesen Betrag erreicht.

Im Übrigen wird der Antrag der Gesuchstellerin auf Anweisung an die Schuldner abgewiesen.

4. Der Berechnung der Unterhaltsbeiträge liegen folgende finanziellen Verhältnisse der Parteien zugrunde:

	Gesuchstellerin:	Gesuchsteller:
Einkommen	Fr. 0.– bis September 2014	Fr. 7'976.50

	Fr. 4'224.– ab Oktober 2014	
Vermögen (nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung)	Fr. 462'712.22 plus ½ des Liquidationserlöses der C._____ AG plus ½ des Nettoerlöses aus dem Verkauf der Rustici im Tessin	Fr. 206'110.75 plus ½ des Liquidationserlöses der C._____ AG plus ½ des Nettoerlöses aus dem Verkauf der Rustici im Tessin
Bedarf	Fr. 3'193.80	Fr. 3'619.60

5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller unter güterrechtlichen Titeln als Ausgleichszahlung Fr. 76'255.– zu bezahlen.
6. Die heute auf den Namen des Gesuchstellers als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragene Liegenschaft an der Adresse ...strasse ... in D._____, Grundregister Blatt ..., Kataster Nr. ..., Plan Nr. ..., geht mit Rechtskraft des Scheidungsurteils ins Alleineigentum der Gesuchstellerin über.

Die Gesuchstellerin übernimmt per Antrittstag die nachstehend aufgeführten Grundpfandschulden zur alleinigen Verzinsung und Bezahlung, mit Zinspflicht gegenüber den Gläubigern soweit ausstehend, unter gänzlicher Entlastung des Gesuchstellers von jeder Schuldpflicht:

Fr. 500'000.– Namensschuldbrief, dat. 12.7.1985, 1. Pfandstelle, Beleg 1985/102, Maximalzinsfuss 8%

Fr. 300'000.– Namensschuldbrief, dat. 2.9.1991, 2. Pfandstelle, Beleg 1991/56, Maximalzinsfuss 10%, Vormerkung: Nachrückungsrecht

Fr. 240'000.– Namensschuldbrief, dat. 23.6.1993, 3. Pfandstelle, Beleg 1993/100, Maximalzinsfuss 10%, Vormerkung: Nachrückungsrecht

Die Gesuchstellerin übernimmt die bei der E._____ bestehende Festhypothek von insgesamt Fr. 800'000.– (Konto-Nr. ...). Gegenüber dem Nominalbetrag beläuft sich die tatsächliche Kapitalschuld noch auf insgesamt Fr. 746'000.–.

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, für die Entlassung des Gesuchstellers aus der Schuldpflicht besorgt zu sein.

Das Grundbuchamt F._____ wird angewiesen, B._____, geboren tt.mm.1950, von G._____ und D._____, wohnhaft ...strasse ..., D._____, als Alleineigentümerin des erwähnten Grundstückes im Grundbuch einzutragen.

7. Es wird festgestellt, dass der Liquidationserlös der C._____ AG in Liquidation je hälftig zwischen den Parteien zu teilen ist.
8. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin die Hälfte des Nettoerlöses (nach Abzug allfälliger Steuern und Gebühren) aus dem Verkauf der Rustici im Tessin zu bezahlen.
9. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin in Abgeltung ihres Anspruchs aus der beruflichen Vorsorge eine angemessene Entschädigung im Betrag von Fr. 264'853.– zu bezahlen.
10. Die H._____ Personalvorsorgestiftung wird angewiesen, mit Rechtskraft des Scheidungsurteils vom Freizügigkeitskonto des Gesuchstellers A._____, AHV-Nr. ..., geb. tt.mm.1952, wohnhaft ... [Adresse], Fr. 264'853.– auf ein von der Gesuchstellerin B._____, geb. tt.mm.1950, wohnhaft ...strasse ..., D._____, noch zu bezeichnendes Freizügigkeitskonto zu überweisen.
11. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	24'000.00	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	2'690.00	Gutachten / Expertise
Fr.	44.00	Grundbuchkosten
Fr.	86.65	Diverse Kosten
Fr.	<u>26'820.65</u>	

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

12. Die Kosten werden der Gesuchstellerin zu 35% und dem Gesuchsteller zu 65% auferlegt.
13. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 9'000.– plus Fr. 684.– Mehrwertsteuer zu bezahlen.
- 14./15. Mitteilungen / Rechtsmittel

(act. 250 S. 58 ff.)

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (act. 245 S. 2 f.):

1. In Gutheissung der Berufung sei die Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2010; Geschäfts-Nr.: FE040172/U aufzuheben bezüglich der folgenden Ziffern des Dispositivs:
 - Ziffer 3 lit. a); (Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2010, S. 56); es sei das Verbot gegenüber dem Kläger aufzuheben, ohne notariell beglaubigte schriftliche Zustimmung der Beklagten Bezüge aus seiner beruflichen Vorsorge zu tätigen, soweit damit in den der Beklagten zustehenden Betrag von Fr. 264'853.- eingegriffen wird;
 - Ziffer 3 lit. b); (Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2010, S. 56); es sei das Verbot gegenüber der Personalausstattungs-AG, ... [Adresse], aufzuheben, welches ihr unter Androhung der doppelten Zahlungspflicht im Widerhandlungsfall verbietet, ohne notariell beglaubigte schriftliche Zustimmung der Gesuchstellerin Kapitalauszahlungen und/oder Rentenzahlungen an den Gesuchsteller vorzunehmen, soweit damit in den der Klägerin zustehenden Betrag von Fr. 264'853.- eingegriffen wird.

- Ziffer 3 lit. b); (Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2010, S. 56);
 - Ziffer 2; (Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2010, S. 58); die Unterhaltsbeiträge an die Beklagte seien aufzuheben;
 - Ziffer 3; (Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2010, S. 58); Es sei die Zahlungsanweisung an die C. _____ AG in Liquidation gemäss Ziffer 3 des Dispositivs (Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2010, S. 58); aufzuheben;
 - Ziffer 4; (Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2010, S. 58/59); es seien [recte: seien] die Berechnungsgrundlagen zu berichtigen;
 - Ziffer 5; (Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 29. Dezember 2010, S. 58/59); es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung durchzuführen;
2. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten.

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (act. 258 S. 2):

Es sei die Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchstellers und Berufungsklägers abzuweisen.

Erwägungen:

I.

1.

Die Parteien heirateten am tt.mm.1982. Die aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Söhne I. _____ und J. _____ sind mündig; sie haben ihre Ausbildung abgeschlossen.

Der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan nur: der Berufungskläger) ist Apotheker. Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan nur: die Berufungsbe-

klagte) hat eine kaufmännische Ausbildung; nach der Heirat bis zu Beginn der Neunzigerjahre führte sie den gemeinsamen Haushalt der Parteien und betreute die Kinder.

Im Jahre 1991 gründeten die Parteien gemeinsam die Firma C._____ AG, welche die ...-Apotheke an der ...strasse in F._____ und die ...-Apotheke in K._____ betrieb. Diese Gesellschaft befindet sich seit Juli 2010 in Liquidation (act. 259/2). Die Berufungsbeklagte war Geschäftsführerin der ...-Apotheke, der Berufungskläger leitete die ...-Apotheke.

Die Parteien leben seit März 2002 – mithin seit mehr als zehn Jahren – getrennt. Mit Verfügung vom 9. Oktober 2002 (act. 24/6/24) regelte der Eheschutzrichter des Bezirks Bülach das Getrenntleben der Parteien. Diese Regelung wurde mit Verfügung der Eheschutzrichterin des Bezirks Bülach vom 28. Juni 2004 (act. 24/45) abgeändert.

2.

2.1 Mit Eingabe vom 28. Mai 2004 (act. 1) leitete der Gesuchsteller bei der Vorinstanz das Scheidungsverfahren ein mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren. Nach Durchführung des Haupt- und Beweisverfahrens, in welcher Zeit die Parteien 13 Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen stellten, sieben Noveneingaben einreichten und zwei Mal im Hinblick auf Konventionsverhandlungen den Prozess sistieren liessen, fällte die Einzelrichterin am 29. Dezember 2010 das oben aufgeführte Urteil und entschied über diverse Begehren der Parteien betreffend den Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 250 S. 58 ff.). Zum Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens im Einzelnen wird auf die Darstellung der Prozessgeschichte im angefochtenen Urteil verwiesen (act. 250 S. 2 f.).

2.2.1 Der Berufungskläger ficht dieses Urteil mit seiner Berufung vom 4. März 2011 (act. 245) an, wobei er die eingangs zitierten Anträge stellt (act. 245 S. 2). Mit der Berufungsantwort vom 11. Mai 2011 beantragt die Berufungsbeklagte, es sei die Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers abzuweisen (act. 258 S. 2). Am 7. Juli 2011 reichte der Berufungs-

kläger eine Noveneingabe ein, mit welcher er erneut beantragt, seine Verpflichtung, der Berufungsbeklagten Unterhaltsbeiträge zu leisten bzw. eine Abfindung im Betrag von Fr. 214'860.-- zu bezahlen, sei aufzuheben (act. 270 S. 2). Die Berufungsbeklagte nahm hierzu schriftlich am 9. September 2011 Stellung; sie beantragt die Berufung diesbezüglich abzuweisen (act. 278 S. 2). Eine weitere Noveneingabe des Berufungsklägers datiert vom 1. März 2012 (act. 297). Damit beantragt er wiederum, seine Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen aufzuheben. Neu stellt er den Eventualantrag, die Unterhaltsbeiträge angemessen zu reduzieren (act. 297 S. 1). Die Berufungsbeklagte stellt in ihrer Eingabe vom 27. März 2012 den Antrag, auf diese Noven nicht einzutreten und die Berufung vollumfänglich abzuweisen (act. 301 S. 2). Zwei weitere Noveneingaben des Berufungsklägers, mit welchen er ärztliche Zeugnisse einreichte, datieren vom 26. Juni 2012 (act. 304) bzw. 28. August 2012 (act. 309). In ihrer Stellungnahme vom 3. Juli 2012 (act. 308) beantragt die Berufungsbeklagte, auf die Noven nicht einzutreten bzw. die Berufung abzuweisen.

2.2.2 Mit der Berufungsantwort stellte die Berufungsbeklagte ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 258 S. 2 f.). Das Gesuch betreffend Verbot von Auszahlungen der C. _____ AG in Liquidation an den Berufungskläger hiess die Kammer mit Beschluss vom 23. Mai 2011 antragsgemäss ohne Anhörung des Berufungsklägers gut (act. 260 S. 6 f.). Dieser verzichtete in der Folge auf eine Stellungnahme zur Anordnung dieser Massnahme (act. 269). Auf die weiteren Anträge zur Weitergeltung der Verfügungsbeschränkungen betreffend die Ansprüche des Berufungsklägers gegenüber seiner Personalvorsorgeeinrichtung und der Grundstücke in L. _____ wurde mit dem gleichen Beschluss nicht eingetreten (act. 260 S. 7).

Mit Eingabe vom 29. Juli 2011 beantragte der Berufungskläger im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, seine Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Berufungsbeklagte mit sofortiger Wirkung aufzuheben und diese zu verpflichten, ihm angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (act. 272 S. 2). Die Berufungsbeklagte stellte in ihrer Stellungnahme vom 9. September 2011 den Antrag, diese Begehren abzuweisen (act. 278). Die Kammer beschloss am

30. September 2011 beide Massnahmebegehren des Berufungsklägers abzuweisen (act. 281 S. 6).

Am 7. November 2011 folgte das nächste Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen; die Berufungsbeklagte beantragte, es sei das Einfamilienhaus ...strasse ... in D._____ ihr zur alleinigen Benützung zuzuweisen (unter Übernahme der Hypothekarzinsen und der weiteren Liegenschaftskosten) und es sei dem Berufungskläger zu verbieten, diese Liegenschaft ohne ihre Zustimmung zu veräussern und zu belasten, wobei eine entsprechende Verfügungssperre im Grundbuch einzutragen sei (act. 283 S. 2). Mit Beschluss der Kammer vom 8. November 2011 wurde auf den Antrag betreffend Zuweisung des Benutzungsrechts nicht eingetreten, die beiden andern Anträge wurden jedoch – als superprovisorische Massnahme – gutgeheissen (act. 285 S. 5). Nach Eingang der Stellungnahme des Berufungsklägers vom 2. Januar 2012 bestätigte die Kammer entgegen dessen Antrag mit Beschluss vom 24. Januar 2012 die Verfügungsbeschränkung bezüglich des genannten Einfamilienhauses (act. 293 S. 5).

3.

Der Berufungskläger ficht das vorinstanzliche Urteil nur in einzelnen Punkten an. Soweit das Urteil in den Dispositivziffern 1 (Scheidungspunkt), 3 Absatz 2 (teilweise Abweisung der Anweisung an die Schuldner), 9 (Abgeltungszahlung an die Berufungsbeklagte aus der beruflichen Vorsorge), 10 (Anweisung an die Personalvorsorgestiftung betreffend Freizügigkeitsleistung) unangefochten blieb, wurde die entsprechende Rechtskraft des angefochtenen Entscheids mit Beschluss vom 23. Mai 2011 bereits vorgemerkt (act. 260 S. 6). Soweit sich die Berufung gegen die Ziffern 3 lit. a und b der Verfügung der Einzelrichterin vom 29. Dezember 2010 richtete (act. 245 S. 2), wurde darauf mit Beschluss vom 24. März 2011 nicht eingetreten (act. 251 S. 4).

Strittig sind somit im Berufungsverfahren noch die folgenden Punkte: Verpflichtung des Berufungsklägers zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Berufungsbeklagte (Dispositivziffern 2 und 4), Anweisung betreffend Liquidationserlös an die C._____ AG in Liquidation (Dispositivziffer 3 Absatz 1), die güterrechtliche Ausgleichszahlung (Dispositivziffer 5) sowie die güterrechtliche Auseinandersetzung allgemein und damit die Übertragung der Liegenschaft ...strasse ..., D._____ ins Alleineigentum der Berufungsbeklagten (Dispositivziffer 6), die Aufteilung des Liquidationserlöses der C._____ AG in Liquidation (Dispositivziffer 7) sowie die Zahlung des Erlöses aus dem Verkauf der Rustici im Tessin (Dispositivziffer 8).

II.

A. Unterhaltsbeiträge

1.

Die Vorinstanz verpflichtete gestützt auf Art. 125 ZGB den Berufungskläger, der Berufungsbeklagten ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis September 2014 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'685.-- sowie ab Oktober 2014 bis zum Erreichen seines ordentlichen Pensionsalters im Mai 2017 einen solchen Beitrag von Fr. 1'660.-- zu bezahlen (act. 250 S. 21). Auf Antrag der Berufungsbeklagten verpflichtete sie sodann den Berufungskläger in Anwendung von Art. 126 Abs. 2 ZGB, diesen Unterhaltsbeitrag als Kapitalabfindung in der Höhe von Fr. 214'860.-- zu bezahlen (act. 250 S. 23 und S. 58). Um diese Zahlung sicherzustellen, wurde die C._____ AG in Liquidation gemäss Art. 132 Abs. 1 ZGB angewiesen, von dem dem Berufungskläger nach Abschluss der Liquidation zustehenden Liquidationserlös den Betrag von Fr. 214'860.-- auf ein von der Berufungsbeklagten zu bezeichnendes Konto zu überweisen (act. 250 S. 23 f. und S. 58).

Der vorinstanzlichen Berechnung der Unterhaltsbeiträge lagen folgende finanziellen Verhältnisse der Parteien zugrunde (act. 250 S. 7 ff. und S. 58 f.):

	Gesuchstellerin:	Gesuchsteller:
Einkommen	Fr. 0.– bis September 2014 Fr. 4'224.– ab Oktober 2014	Fr. 7'976.50
Vermögen (nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung)	Fr. 462'712.22 plus ½ des Liquidationserlöses der C._____ AG plus ½ des Nettoerlöses aus dem Verkauf der Rustici im Tessin	Fr. 206'110.75 plus ½ des Liquidationserlöses der C._____ AG plus ½ des Nettoerlöses aus dem Verkauf der Rustici im Tessin
Bedarf	Fr. 3'193.80	Fr. 3'619.60

2.

2.1 Der Berufungskläger verlangt mit seiner Berufung die Aufhebung dieser Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Berufungsbeklagten und der entsprechenden Zahlungsanweisung an die C._____ (act. 245 S. 2, act. 270 S. 2); eventualiter beantragt er, seine Verpflichtung, an die Berufungsbeklagte Unterhaltsbeiträge zu leisten bzw. eine Abfindung von Fr. 214'860.-- zu bezahlen, angemessen zu reduzieren (act. 297 S. 2).

Er begründet dies im Wesentlichen damit, dass die Berufungsbeklagte jahrelang als Geschäftsführerin von zwei Apotheken tätig gewesen sei, weshalb von einer klassischen Rollenteilung keine Rede sein könne. Beide Ehegatten seien für den

finanziellen Aufwand der Familie gemeinsam aufgekommen. Die Berufungsbe-
klagte habe seit 2005 keine Anstrengungen unternommen, wirtschaftlich selb-
ständig zu werden bzw. ihre Lebenshaltungskosten zu senken. Seit Februar 2005
habe sie sich nicht mehr um eine Stelle beworben. Sie habe es aus bösem Willen
sowie aus Bequemlichkeit unterlassen, ein für den Lebensunterhalt ausreichen-
des Einkommen zu erzielen. Aus diesem Grunde sei ihr ein hypothetisches Ein-
kommen in der Höhe ihres Bedarfs anzurechnen. Denn es wäre ihr problemlos
möglich, eine adäquate Anstellung – beispielsweise im Pflege- oder Gastrobe-
reich – zu finden. Da die Berufungsbeklagte während Jahren keine Betreuungs-
pflichten gegenüber Kindern wahrzunehmen gehabt habe, sie rüstig sei und keine
gesundheitlichen Probleme habe, könne sie ohne weiteres ihren eigenen, gebüh-
renden Bedarf selber decken. Somit sei er nicht zur Leistung von nachehelichen
Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten (act. 245 S. 8 f.).

Des Weiteren macht der Berufungskläger geltend, dass sein Gesundheitszustand
eine Erwerbstätigkeit nicht zulasse. Er sei wegen eines fortgeschrittenen, unheil-
baren Prostatakarzinoms seit Ende 2010 vollständig arbeitsunfähig. Es sei ihm
daher weder möglich noch zumutbar, ein Einkommen zu erzielen, noch sei ihm
ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Er beziehe zur Zeit nur eine Pen-
sionsrente von rund Fr. 2'000.--, mit welcher er sein aktuelles Existenzminimum
von rund Fr. 3'000.-- nicht decken könne (act. 245 S. 9, act. 270, act. 297,
act. 304).

Aus all diesen Gründen sei seine Verpflichtung, der Berufungsbeklagten eine
Abfindung von Fr. 214'860.-- für Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, aufzuheben.

2.2 Diesen Ausführungen hält die Berufungsbeklagte zur Hauptsache entgegen,
dass sie nicht leistungsfähig sei, um ihren eigenen Bedarf zu decken. Sie sei
heute 61-jährig und habe angesichts ihres Alters und der gesamten Umstände
keine Chance, noch eine Stelle zu finden. Sie sei seit 1983 nicht mehr im freien
Arbeitsmarkt tätig gewesen, sondern seit Beginn der 90er-Jahre nur teilzeitlich in
einer besonderen, d.h. geschützten Stellung im vom Berufungskläger geführten
Geschäft. Nach der Entlassung aus dieser Stelle im Jahre 2003 durch den Kläger
habe sie (damals im Alter von 53 Jahren) sehr intensiv, aber ohne Erfolg eine

neue Stelle gesucht. Sie habe daher höhere Unterhaltsbeiträge beantragt, was ihr von der Vorinstanz bewilligt worden sei, da diese anerkannt habe, dass die Berufungsbeklagte kein Erwerbseinkommen erzielen könne. Der Berufungskläger habe diesen Entscheid vom 14. Juli 2005 wie auch denjenigen vom 17. Mai 2010, mit welchem ihr wiederum kein hypothetisches Einkommen angerechnet worden sei, nicht angefochten. Der Vorwurf, sie habe sein Angebot, die ...-Apotheke zu übernehmen, nicht gewürdigt, sei absurd. Es sei er selber gewesen, welcher die Verhandlungen abgebrochen habe. Im Übrigen wirke sich die Tatsache, dass sie noch immer im ehelichen Haus wohne, auf den nahehelichen Bedarf nicht aus, da ihr im Bedarf nur bescheidene Wohnkosten von Fr. 1'400.-- eingesetzt worden seien.

Die Vorbringen bezüglich der behaupteten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit seien verspätet erfolgt. So habe er seine Erkrankung erst im März 2011 geltend gemacht, obwohl sie ihm spätestens im November 2010 bekannt gewesen sei. Zudem habe er nicht begründet, weshalb er das Novum erst im März 2011 geltend gemacht habe. Dasselbe gelte für die Eingabe vom 7. Juli 2011 (act. 270) und die Eingabe vom 26. Juni 2012 (act. 304), worin er zum dritten Mal seine Erkrankung geltend mache, was überhaupt nicht neu sei. Wenn er nun behaupte, er sei auf Grund von Nebenwirkungen eines Medikaments arbeitsunfähig, so seien diese Angaben verspätet, da sie ihm bereits im Juni 2011 bekannt gewesen seien. Der Bericht der Hausärztin (act. 298/1) basiere im Wesentlichen auf der Darstellung des Berufungsklägers und nicht auf objektivierbaren Merkmalen und könne daher nicht eine länger dauernde Arbeitsunfähigkeit beweisen. Im Übrigen seien die Nebenwirkungen der Hormonbehandlung des Berufungsklägers nicht geeignet, eine Arbeitsunfähigkeit als Apotheker zu verursachen. Die vom Berufungskläger eventualiter beantragte Reduktion der Unterhaltsbeiträge sei zum Vorneherein abzuweisen, da dieser Antrag nicht beziffert sei. Schliesslich sei festzuhalten, dass der Berufungskläger, sollte er sich tatsächlich in finanzieller Not befinden, diese allein herbei geführt hätte. Hätte er nicht ohne zwingende Gründe auf eine volle Anstellung als Apotheker verzichtet und sich vollständig aus dem Erwerbsleben zurückgezogen, so käme er – wäre er tatsächlich arbeitsunfä-

hig – in den Genuss von Sozialversicherungsleistungen, welche 80% seines Bruttolohnes decken würden (act. 301).

3.

3.1 Der Berufungskläger verlangt mit seinem Hauptantrag die vollständige Aufhebung der nahehelichen Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Berufungsbeklagten. Dies ist nachfolgend zu prüfen. Hingegen ist auf die Berufung insofern nicht einzutreten, als er damit eventualiter eine angemessene Reduktion der Unterhaltsbeiträge verlangt (act. 297 S. 2). Denn er stellt damit keinen bezifferten Antrag und ein solcher ergibt sich auch nicht etwa aus der Begründung. Somit genügt die Berufungsschrift in dieser Beziehung nicht den Anforderungen von Art. 311 Abs. 1 ZPO, weshalb diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten ist (BGE 137 III 617). Abgesehen davon hätte er diesen Antrag bereits in der Berufungsbegründungsschrift stellen müssen (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

3.2 Der Berufungskläger verlangt die Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtung zunächst mit der Begründung, dass die Berufungsbeklagte ihren Bedarf durch ein eigenes Einkommen decken könne (act. 245 S. 8 f.), was von dieser bestritten wird (act. 258 S. 7 f.).

Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid davon ausgegangen, dass die Berufungsbeklagte bis zum September 2014 über kein Einkommen verfüge (act. 250 S. 12). Dies lässt der Berufungskläger unbestritten, er macht jedoch geltend, die Berufungsbeklagte habe es aus bösem Willen sowie aus Bequemlichkeit unterlassen, ein für den Lebensunterhalt ausreichendes Einkommen zu erzielen, weshalb ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei (act. 245 S. 8).

Die Vorinstanz hat der Berufungsbeklagten kein hypothetisches Einkommen angerechnet, da sie es als nachgewiesen erachtete, dass es dieser angesichts der grossen Zahl von erfolglosen Bewerbungen, ihres Alters von 60 Jahren und der achtjährigen Nicht-Erwerbstätigkeit nicht möglich sei, auf dem freien Arbeitsmarkt eine Stelle zu finden. Diese Beurteilung ist nicht zu beanstanden und sie gilt auch noch heute, zumal die Berufungsbeklagte zwischenzeitlich bereits das Alter von

fast 62 Jahren erreicht hat und sie seit rund zehn Jahren erwerbslos ist. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers (act. 245 S. 8) kann der Berufungsbeklagten nicht vorgeworfen werden, dass sie seit 2005 keine Stelle mehr gesucht hat. Denn bereits mit der vorinstanzlichen Verfügung vom 14. Juli 2005 betreffend vorsorgliche Massnahmen wurde anerkannt, dass sie kein Erwerbseinkommen erzielen könne (act. 25 S.9). Auch im Massnahme-Entscheid vom 17. Mai 2010 wurde ihr kein hypothetisches Einkommen angerechnet (act. 197 S. 12 f.). Der Berufungskläger hat diese beiden Entscheide akzeptiert. Die Berufungsbeklagte durfte damit in guten Treuen annehmen, dass sie – nachdem sie nachgewiesen hatte, dass sie trotz intensiver Suche keine neue Stelle finden konnte – nicht mehr erneute Anstrengungen zur Erzielung eines Erwerbseinkommens unternehmen musste. Nicht angelastet werden kann der Berufungsbeklagten sodann, dass sie das Angebot des Berufungsklägers, ihr die ...-Apotheke zu übertragen, damit sie ein Einkommen generieren könne, abgelehnt habe (act. 245 S. 8), war es doch nach der unbestrittenen Darstellung der Berufungsbeklagten (act. 258 S. 9) der Berufungskläger selber, welcher die entsprechenden Übernahmeverhandlungen abbrach.

Zusammengefasst ergibt sich aus diesen Erwägungen, dass nicht davon auszugehen ist, dass die Berufungsbeklagte für ihren Lebensbedarf auf Grund eines (hypothetischen) Erwerbseinkommens selber aufkommen könnte. Somit besteht kein Anlass, aus diesem Grund den Berufungskläger von der vorinstanzlich festgelegten Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Berufungsbeklagten zu entbinden.

3.3 Der Berufungskläger macht geltend, er leide an einer fortschreitenden, chronischen Krebserkrankung (metastasierendes Prostatakarzinom), welche nicht mehr gestoppt, sondern nur mit einer Hormonbehandlung verlangsamt werden könne. Deshalb sei er zu 100% arbeitsunfähig. Unter diesen Voraussetzungen sei es ihm weder möglich noch zumutbar, ein Einkommen bzw. ein hypothetisches Einkommen zu erzielen. Dieser Gesundheitszustand lasse eine Erwerbstätigkeit nicht zu, weshalb seine Verpflichtung, der Berufungsbeklagten Unterhaltsbeiträge zahlen

zu müssen bzw. eine Abfindung zu bezahlen, aufzuheben sei (act. 245 S. 9, act. 270 S. 2 f., act. 297 S. 5, act. 304, act. 309 S. 2).

Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei dieser Sachdarstellung um neue Tatsachen handelt und diese gegebenenfalls nicht zulässig sind, wie dies die Berufungsbe-
klagte behauptet (act. 258 S. 10, act. 278 S. 2, act. 278 S. 2 ff.).

Es ist unbestritten, dass der Berufungskläger diese Erkrankung und die daraus folgende Arbeitsunfähigkeit im vorinstanzlichen Verfahren noch nicht erwähnt hat. Diese Frage der auf Grund des gesundheitlichen Zustands des Berufungsklägers aufgehobenen Erwerbsfähigkeit war demzufolge auch kein Thema bei der Fest-
setzung der Unterhaltsbeiträge (vgl. act. 250 S. 13 ff., "3.3.2 Einkommen des Ge-
suchstellers").

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zu-
mutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

Der Berufungskläger belegt die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit mit einem
Arztzeugnis vom 27. November 2010, worin ein Prostatakarzinom diagnostiziert
und eine Arbeitsunfähigkeit festgestellt wird (act. 247/3). Der fragliche Sachverhalt
stand damit bereits vor dem am 29. Dezember 2010 ergangenen erstinstanzli-
chen Urteil fest. Es handelt sich somit um ein sogenanntes unechtes Novum. Dies
könnte nur berücksichtigt werden, wenn er dieses trotz zumutbarer Sorgfalt nicht
schon vor der ersten Instanz hätte vorbringen können. Die Partei, welche unechte
Noven einreicht, trägt die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss al-
so Behauptungen und Beweismittel benennen, aus welchen sich ergibt, dass sie
umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, sie aber dennoch keine frühere Kenntnis
von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen hatte (DIKE-
Kommentar ZPO, Peter Volkart, N. 15 zu Art. 317, Gasser/Rickli, ZPO Kurzkom-
mentar, Art. 317 N. 3). Der Berufungskläger macht dazu keine Ausführungen. Nur
schon aus diesem Grunde kann dieser neue Sachverhalt nicht berücksichtigt
werden. Im Übrigen ist festzuhalten, dass es bei zumutbarer Sorgfalt für den Be-
rufungskläger durchaus möglich gewesen wäre, diesen Sachverhalt der erstin-

stanzlichen RichterIn noch vor der Urteilsfällung zu unterbreiten. So erfolgte diese erst einen Monat nach Erhalt dieses Arztzeugnisses, in welchem zudem erwähnt wird, dass die ersten Krankheitssymptome erstmals im Juli 2010 aufgetreten seien. Im Arztzeugnis vom 9. Januar 2011 wird für das Auftreten der ersten Anzeichen der Krankheit als Zeitpunkt sogar bereits "nearly 1 year before", also anfangs 2010, angegeben (act. 247/3). Ein Vorbringen in jenem Zeitpunkt wäre gemäss § 115 Ziff. 3 ZPO/ZH ohne weiteres zulässig gewesen und hätte von der Vorinstanz auch noch berücksichtigt werden müssen (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Vorinstanz hätte sogar auf diese Noven noch vor der Eröffnung des schriftlichen Urteils am 26. Januar 2011 (act. 250 S. 62) eintreten können (Frank/ Sträuli/ Messmer, N. 3 zu § 190 ZPO/ZH). Somit hätte der Berufungskläger diesen neuen Sachverhalt der Vorinstanz auch noch im Januar 2011 unterbreiten können. Warum er dies unterlassen hat, tut er – wie erwähnt – nicht dar. Mit den weiteren Eingaben (act. 270, act. 297, act. 304, act. 309) macht der Berufungskläger keine echten Noven geltend, sondern wiederholt nur seine ursprüngliche Darstellung, dass er an einer fortschreitenden Krebserkrankung leide, welche nicht mehr gestoppt werden könne und welche seine Arbeitsunfähigkeit zur Folge habe. Zwar reicht er dazu neue ärztliche Berichte als Beweise für seine Sachdarstellung ein. Das Vorliegen solcher neuer Beweismittel für einen verspätet vorgebrachten Sachverhalt kann aber nicht dazu führen, dass dieser trotz dieser Verspätung noch zu berücksichtigen wäre.

Somit ist davon auszugehen, dass der vom Berufungskläger erstmals im Berufungsverfahren geltend gemachte Sachverhalt, wonach er auf Grund seiner Erkrankung an Krebs nicht mehr arbeitsfähig sei, infolge verspätetem Vorbringen nicht berücksichtigt werden kann. Demzufolge ist im Sinne der vorinstanzlichen Erwägungen (act. 250 S. 13 ff. E. 3.2.2) dem Berufungskläger weiterhin ein hypothetisches Einkommen von Fr. 7'976.50 anzurechnen. Unter diesen Umständen besteht kein Grund, die Unterhaltsverpflichtung des Berufungsklägers, wie von diesem beantragt, aufzuheben. Andere Gründe für eine Befreiung von seiner Zahlungspflicht für Unterhaltsbeiträge gegenüber seiner Ehefrau als der fragliche Sachverhalt seiner Arbeitsunfähigkeit bzw. der Eigenversorgungskapazität der Berufungsbeklagten macht der Berufungskläger nicht geltend. Die Berufung ist

somit in diesem Punkt abzuweisen und die Dispositivziffern 2 und 3 des angefochtenen Urteils sind zu bestätigen.

Ergänzend ist zu bemerken, dass selbst wenn das geltend gemachte Novum zu berücksichtigen wäre, dies nicht dazu führen könnte, dass dem Berufungskläger kein hypothetisches Einkommen anzurechnen wäre. Er hätte es nämlich selber zu vertreten, dass er über kein Ersatzeinkommen für den Fall einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verfügt. Denn hätte er sich nicht bereits mit 58 Jahren freiwillig und ohne zwingende Gründe vorzeitig pensionieren lassen und auf eine volle Anstellung im angestammten Beruf als Apotheker verzichtet, so könnte er heute mit Sozialversicherungsleistungen (Pensionskasse und IV) rechnen, die zumindest einen erheblichen Teil seines bisherigen Einkommens decken würden.

B. Güterrecht

1.

Der Berufungskläger beantragt, es sei Dispositivziffer 5 des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung durchzuführen (act. 245 S. 3).

Er begründet diesen Antrag damit, dass seine Mutter ihm ein Darlehen von Fr. 550'000.-- gewährt habe. Davon seien Fr. 400'000.-- in das Einfamilienhaus in D._____ investiert und Fr. 150'000.-- für die Gründung der Firma C._____ AG verwendet worden. Diese Investitionen hätten das wirtschaftliche und private Fundament der Familie A._____/B._____ dargestellt. In der Duplik vom 3. Oktober 2005 habe er sich bereit erklärt, dieses Darlehen, das mit einer Rückzahlungspflicht belegt gewesen sei, güterrechtlich nicht als Passivum zu berücksichtigen. Mehr als zwei Jahre später sei das Darlehen von seiner Mutter in einen Erbvorbezug umgewandelt worden und seinem Sondergut zugewiesen worden. Der Erbvorbezug von Fr. 550'000.-- sei seinem Sondergut zuzurechnen. Somit sei ein Ersatzanspruch zwischen den beiden Gütermassen entstanden, welcher aus-

gleichspflichtig und in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zwingend zu berücksichtigen sei.

2.

2.1 Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Wie bereits die Eingabe an die erste Instanz muss auch die Berufungseingabe Rechtsbegehren enthalten. Ein Rechtsbegehren muss demnach so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Im Falle von Geldforderungen sind die Anträge zu beziffern. Genügt eine Berufungsschrift diesen Anforderungen nicht, ist auf die Berufung ohne Ansetzung einer Nachfrist nicht einzutreten (BGE 137 III 617).

Der obgenannte Berufungsantrag genügt diesen Anforderungen offensichtlich nicht. Der Berufungskläger ficht damit Urteilsdispositiv-Ziffer 5 an, womit die Berufungsbeklagte zur Zahlung des bestimmten Geldbetrages von Fr. 76'255.-- verpflichtet wird, ohne zu beantragen, wie diese Bestimmung abzuändern ist bzw. welche Leistung in welcher Höhe die Berufungsbeklagte zu erbringen habe. Er beantragt einfach ganz allgemein, "es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen". Somit ist auf die Berufung in diesem Punkt wegen Fehlens eines genügenden Antrags nicht einzutreten.

Die Rechtsfolge des Nichteintretens auf unbezifferte Begehren steht jedoch unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV). Daraus folgt, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls mit dem angefochtenen Entscheid ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2).

Aus der oben dargestellten Berufungsbegründung lässt sich zwar ersehen, dass der Berufungskläger den ihm ursprünglich als Darlehen gewährten Betrag von

Fr. 550'000.-- als Sondergut berücksichtigt haben will. Er erwähnt aber nicht, wie die güterrechtliche Auseinandersetzung demzufolge konkret vorzunehmen sei bzw. welche konkrete Ausgleichszahlung unter dem Titel Güterrecht die Berufungsbeklagte unter Berücksichtigung dieses Sonderguts zu leisten hätte. Unter diesen Umständen ist ein Nichteintreten auf diesen unbezifferten Berufungsantrag nicht überspitzt formalistisch. Damit kann auf die Berufung auch unter Berücksichtigung der entsprechenden Begründung des Antrags betreffend Dispositivziffer 5 des erstinstanzlichen Urteils nicht eingetreten werden. Dieses Nichteintreten gilt auch für die Berufung gegen die Dispositivziffern 6 - 8, die sich auch auf die güterrechtliche Auseinandersetzung beziehen, da diese Entscheidungspunkte – obwohl in den Anträgen nicht ausdrücklich erwähnt (act. 250 S. 3) – durch den Antrag "es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen" sinngemäss mitangefochten wurden.

2.2 Wäre auf die Berufung in diesem Punkt einzutreten, so wäre diese abzuweisen. Es ist auf die diesbezüglichen zutreffenden Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil zu verweisen (act. 250 S. 39 E. III / 4.2.5.5). Zutreffend hat die Einzelrichterin dort festgehalten, dass der Berufungskläger in der Duplik vom 3. Oktober 2005 vorbehaltlos auf die Berücksichtigung des Darlehens seiner Mutter von Fr. 550'000.-- in der güterrechtlichen Auseinandersetzung verzichtet hat (act. 33 S. 24, Prot. I S. 52). Auf diesen Verzicht könne er nicht mehr zurückkommen. Er habe denn auch nicht ausgeführt, weshalb dies zulässig sein soll. Dies unterlässt er auch in der Berufungsschrift. Die Vorinstanz ist daher zu Recht zum Schluss gekommen, dass der Erbvorbezug von Fr. 550'000.-- bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung der Parteien nicht als Sondergutsforderung berücksichtigt werden könne.

III.

1.

Der Berufungskläger unterliegt mit seiner Berufung vollständig. Somit bleibt es beim vorinstanzlichen Entscheid. Demzufolge sind auch dessen Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss den Dispositivziffern 11 bis 13 (act. 250 S. 61), die als solche nicht angefochten wurden, zu bestätigen.

2.

2.1 Auf Grund seines Unterliegens im Berufungsverfahren sind diese Prozesskosten vollständig dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Bei der Bemessung der Entscheidgebühr und der Parteientschädigung ist von einem Streitwert von rund Fr. 765'000.-- (Fr. 214'860.-- strittige Unterhaltsbeiträge, Fr. 550'000.-- strittiger Sondergutsanspruch) auszugehen.

2.2 In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 2, § 4 Abs. 1 und 2, § 10 Abs. 1 GebV OG erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 16'000.-- als angemessen.

2.3 Die Parteientschädigung ist gestützt auf Art. 105 Abs. 2 ZPO sowie § 13 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 2, § 4 Abs. 1 und 2 AnwGeb V auf Fr. 15'000.-- festzusetzen. Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer wurde nicht beantragt.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird, soweit sie sich gegen die Dispositivziffern 5 - 8 richtet, sowie bezüglich des Eventualantrags auf angemessene Reduktion der Verpflichtung des Berufungsklägers, der Berufungsbeklagten in Abfindung ihres Anspruchs auf persönliche Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB eine Abfindung von Fr. 214'860.-- zu bezahlen, nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss dem nachfolgenden Urteil.

Sodann wird erkannt:

1. Dispositivziffern 2, 3 Abs. 1 und 4 des angefochtenen Urteils werden bestätigt.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 11 - 13) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 16'000.-- festgesetzt. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Berufungskläger wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 309, an das Einzelgericht des Bezirks Bülach, an die C._____ AG in Liquidation (z.H. Liquidator M._____) im Dispositivauszug Ziffer 3 Abs. 1 des vorinstanzlichen Urteils, an das Grundbuchamt F._____ im Dispositivauszug Ziffer 6 des vorinstanzlichen Urteils, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine zivilrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim 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
rund Fr. 760'000.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: