

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC160008-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Beschluss und Urteil vom 11. November 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 7. Dezember 2015; Proz. FE110318**

Rechtsbegehren der Klägerin:

(act. 82)

1. Es sei die Ehe der Parteien gemäss dem gemeinsamen Scheidungsbegehren von 4. Juni/ 25. Juli 2011 zu scheiden.
2. Es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung nach Gesetz wie folgt vorzunehmen:
 - 2.1 Es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung unter Zuweisung der Liegenschaft C._____-Strasse ..., D._____, ins Alleineigentum der Klägerin sowie unter Festsetzung einer Ausgleichszahlung im Betrag von Fr. 85'000.00 vorzunehmen.
 - 2.2 Eventuell sei die güterrechtliche Auseinandersetzung unter Beibehaltung der Liegenschaft C._____-Strasse ..., D._____, im je hälftigen Gesamteigentum der Parteien (mit Einsetzung einer neutralen Liegenschaftsverwaltung) unter Verpflichtung des Beklagten zu einer Ausgleichszahlung im Betrag von Fr. 50'000.00 an die Klägerin vorzunehmen.
 - 2.3 Subeventuell sei die güterrechtliche Auseinandersetzung unter vorgängiger Liquidation der einfachen Gesellschaft (Ehegatten-Gesellschaft) C._____-Strasse ..., D._____, vorzunehmen, wobei die Liegenschaft C._____-Strasse ..., D._____, durch einen Freihandverkauf oder durch eine öffentliche Versteigerung zu veräussern sei und der Klägerin im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung aus dem Verkaufserlös mindestens Fr. 361'733.00 - bei einem Verkauf der Liegenschaft zu einem über Fr. 1.4 Mio. liegenden Verkaufspreis entsprechend prozentual mehr - zuzuweisen sei.
3. Es sei auf eine Aufteilung der während der Ehe geäußneten Vorsorgeguthaben der Pensionskassen gemäss Art. 123 Abs. 2 ZGB der Parteien zu verzichten.

Alles unter Kosten - und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten.

Rechtsbegehren des Beklagten:

(act. 90)

1. Die Ehe der Parteien sei zu scheiden;
2. Die im Gesamteigentum der Parteien stehende Liegenschaft an der C._____-Strasse ... in D._____ sei dem Beklagten zu alleinigem Eigentum zuzuweisen;
3. Die güterrechtliche Auseinandersetzung sei nach Gesetz vorzunehmen;
4. Der Vorsorgeausgleich sei gemäss Art. 122 ZGB vorzunehmen;

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, zulasten der Klägerin.

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach:

1. Die Ehe der Gesuchsteller wird geschieden.
2. Es werden gegenseitig keine Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
3. Die BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich, Obstgartenstrasse 21, Postfach, 8090 Zürich, wird angewiesen, mit Rechtskraft des Scheidungsurteils vom Vorsorgekonto der Gesuchstellerin (geb. 14. Februar 1951, whft. ...-Gässli ..., D._____, AHV-Nr. ..., Policen-Nr. ...) Fr. 107'509.35 auf ein auf den Gesuchsteller (geb. 10. Oktober 1956, whft. ...-Str. ..., D._____, AHV-Nr. ... lautendes und von der Freizügigkeitsstiftung der Zürcher Kantonalbank, Postfach, 8010 Zürich, noch zu eröffnendes Freizügigkeitskonto zu überweisen.
4. Das Gemeindeammannamt D._____-..., ... [Adresse], wird angewiesen, nach Rechtskraft des Scheidungsurteils und auf Verlangen eines Gesuchstellers die im Gesamteigentum der Gesuchsteller als einfacher Gesellschaft stehende Liegenschaft in der Gemeinde D._____, C._____-Strasse ..., Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster Nr. ..., unter den Gesuchstellern zu versteigern. Die Versteigerung ist innert drei Monaten nach Eingang des Versteigerungsgesuches eines Gesuchstellers durchzuführen. Das Gemeindeammannamt wird ermächtigt, an der Versteigerung auf das höchste Angebot, das den Wert von Fr. 1'077'500.- übersteigt, den Zuschlag zu erklären. Die übrigen Steigerungsbedingungen werden vom Gemeindeammannamt D._____-... festgesetzt.
Sollte innert drei Monaten die Versteigerung unter den beiden Gesamteigentümern nicht zustande kommen, ist das Gemeindeammannamt D._____-... berechtigt, die Liegenschaft wiederum innert dreier Monate öffentlich zu versteigern. Dabei bestimmt sich das Mindestangebot nach der am Steigerungstag fälligen Grundpfandforderung der Hypothekargläubigerin. Unter diesem Mindestangebot darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Im Übrigen wird auf die vom Gemeindeammannamt D._____-... zu erstellenden Steigerungsbedingungen verwiesen.
5. Das Gemeindeammannamt ist berechtigt, seine eigenen Auslagen nach entsprechender Rechnungsstellung vorweg vom Verwertungserlös abzuziehen und, soweit dies als notwendig erscheint, diese durch tunliche Mittel bereits im Voraus sicherzustellen. Das Amt ist insbesondere berechtigt, einen Kostenvorschuss von den Gesuchstellern zu verlangen. Allfällige Vorschüsse sind von den Gesuchstellern in gleicher Höhe zu leisten. Leistet ein Gesuchsteller keinen oder nur einen ungenügenden Kostenvorschuss, ist dem anderen Gesuchsteller Gelegenheit zu geben, den fehlenden Kostenvor-

schuss nachzubringen. Wird der Kostenvorschuss nicht bezahlt, tritt nach Ablauf der Frist gemäss Ziffer 4 vorstehend die öffentliche Versteigerung in Kraft. Diesfalls sind dem Gemeindeammannamt alle notwendigen Unterlagen (Bankunterlagen betreffend Hypotheken, Liegenschaftenschätzung etc.) und die Liegenschaft C._____-Strasse ..., D._____, für zwei Besichtigungstermine zur Verfügung zu stellen.

6. Der Nettoerlös, d.h. der Erlös nach Abzug der Hypothekarschulden sowie sämtlicher mit der Verwertung zusammenhängender Kosten (Auslagen, Gebühren, Steuern u.ä.) sowie der Eigengutseinlagen der Gesuchsteller, wird den Massen der Gesuchsteller wie folgt zugewiesen:

Eigengut Gesuchsteller:	$(100/169) \times (1/2)$	=	500/1690
Errungenschaft Gesuchsteller:	$(69/169) \times (1/2)$	=	345/1690
Eigengut Gesuchstellerin:	$(4/5) \times (1/2)$	=	676/1690
Errungenschaft Gesuchstellerin:	$(1/5) \times (1/2)$	=	169/1690

Ein allfällig resultierender Verlust ist von den jeweiligen Massen der Gesuchsteller ebenfalls in diesem Verhältnis zu tragen.

7. Die in Zusammenhang mit der Liegenschaft C._____-Strasse ..., D._____, eröffneten Hauskonti (UBS Privatkonto Nr. 1; UBS Sparkonto Nr. 2; UBS Privatkonto Nr. 3; UBS AG Sparkonto Nr. 4) werden per Stichtag Versteigerung saldiert und der Erlös den Gesuchstellern je zur Hälfte der Errungenschaft zugewiesen.

8. Der Vorschlag der Gesuchstellerin berechnet sich wie folgt:

Anteil Hauserlös:	Fr. 100'000 ± 1/2 des Nettoversteigerungserlöses
+ Anteil Hauskonti:	1/2 des Saldos per Versteigerungsdatum
+ Hinzurechnung:	Fr. 85'000.00
+ Persönliche Konti:	Fr. 53'292.93
- Eigengut Haus:	Fr. 80'000 ± 676/1690 des Nettoversteigerungserlöses
- Eigengut per Heirat:	Fr. 32'073.90

9. Der Vorschlag des Gesuchstellers berechnet sich wie folgt:

Anteil Hauserlös:	Fr. 169'000 ± 1/2 des Nettoversteigerungserlöses
+ Anteil Hauskonti:	1/2 des Saldos per Versteigerungsdatum
+ Hinzurechnung:	Fr. 30'000.00
+ Persönliche Konti:	Fr. 104'448.88
- Eigengut Haus:	Fr. 100'000 ± 500/1690 des Nettoversteigerungserlöses
- Eigengut per Heirat:	Fr. 21'800.00
- Eigengut Pax:	Fr. 31'985.00

10. Beiden Gesuchstellern steht die Hälfte des Vorschlags des anderen zu. Die Forderungen werden verrechnet.

11. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
- | | |
|----------------------|--------------------------------|
| Fr. 13'000.--; | die weiteren Auslagen betragen |
| Fr. 3'384.-- | Gutachten/Expertise |
| Fr. 200.-- | Zeugenentschädigung |
| <u>Fr. 16'584.--</u> | |

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten

12. Die Entscheidkosten werden der Gesuchstellerin zu 11/20 und dem Gesuchsteller zu 9/20 auferlegt und mit den von ihnen geleisteten Vorschüssen verrechnet. Der Fehlbetrag wird von der Gesuchstellerin in Höhe von Fr. 2'050.– und vom Gesuchsteller in Höhe von Fr. 3'450.– nachgefordert.

Die Kosten der beiden Verkehrswertschätzungen in Höhe von total Fr. 3'384.– werden beiden Gesuchstellern je zur Hälfte auferlegt.

Die Kosten für die Zeugenentschädigung in Höhe von Fr. 200.– werden der Gesuchstellerin auferlegt.

13. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1'600.– zzgl. 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

14./15. (Mitteilungen und Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers (act. 198):

1. Die Ziffern 3, 4, 5, 6, 7, 8 und 9 sowie 11, 12 und 13 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 7. Dezember 2015 seien aufzuheben;
2. Der Vorsorgeausgleich sei gemäss Art. 122 ZGB vorzunehmen, das heisst, die Vorsorgeeinrichtung der Berufungsbeklagten sei anzuweisen, die Hälfte der für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung der Berufungsbeklagten auf die Freizügigkeitskonto des Berufungsklägers zu überweisen;
3. Das Gesamteigentum der Parteien an der ehelichen Liegenschaft an der C.____-Strasse ... in D.____ sei aufzuheben;
4. Es sei die eheliche Liegenschaft an der C.____-Strasse ... in D.____ dem Berufungskläger zu alleinigem Eigentum zu übertragen, und es sei das Grundbuchamt D.____ anzuweisen, die entsprechende Handänderung im Grundbuch einzutragen;

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer von 8%, zulasten der Berufungsbeklagten.

der Gesuchstellerin (act. 203/198):

1. Es sei Ziff. 7 Dispositiv Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 7. Dezember 2015 2015, Geschäfts-Nr. FE110318-C, aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

[7] Die in Zusammenhang mit der Liegenschaft C._____ -Strasse ..., D._____, eröffneten Hauskonti (UBS Privatkonto Nr. 1; UBS Sparkonto Nr. 2; UBS Privatkonto Nr. 3; UBS AG Sparkonto Nr. 4) werden per Stichtag Versteigerung saldiert und der Erlös den Gesuchstellern je zur Hälfte der Errungenschaft zugewiesen.

Der Errungenschaft der Gesuchstellerin ist zusätzlich ein Betrag von Fr. 31'878.-- (= 46 Monate à Fr. 693.--) sowie eine Summe, die sich aus der Anzahl Monate ab Februar 2016 bis zur Versteigerung multipliziert mit dem nicht bezahlten Mietzins von Fr. 693.-- pro Monat errechnet, zuzuweisen.

2. Es sei Ziff. 8 Dispositiv Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 7. Dezember 2015 2015, Geschäfts-Nr. FE110318-C, aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

[8] Der Vorschlag der Gesuchstellerin berechnet sich wie folgt:

<i>Anteil Hauserlös:</i>	<i>Fr. 100'000 ± 1/2 des Nettoversteigerungserlöses</i>
<i>+ Anteil Hauskonti:</i>	<i>1/2 des Saldos per Versteigerungsdatum</i>
<i>+ Hinzurechnung:</i>	<i>Fr. 55'000.00</i>
<i>+ Persönliche Konti:</i>	<i>Fr. 53'292.93</i>
<i>- Eigengut Haus:</i>	<i>Fr. 80'000 ± 676/1690 des Nettoversteigerungserlöses</i>
<i>- Eigengut per Heirat:</i>	<i>Fr. 32'073.90</i>

3. Es sei Ziff. 9 Dispositiv Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 7. Dezember 2015, Geschäfts-Nr. FE110318-C, aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

[9] *Der Vorschlag des Gesuchstellers berechnet sich wie folgt:*

	<i>Anteil Hauserlös:</i>	<i>Fr. 169'000 ± 1/2 des Nettoversteigerungserlöses</i>
+	<i>Anteil Hauskonti:</i>	<i>1/2 des Saldos per Versteigerungsdatum</i>
+	<i>Hinzurechnung:</i>	<i>Fr. 52'751.20</i>
+	<i>Hinzurechnung:</i>	<i>Fr. 31'878.-- (nicht bezahlte Mietzinse von April 2012 bis Januar 2016) + Summe der nicht bezahlten Mietzinse, welche sich aus der Anzahl Monate von Februar 2016 bis Versteigerungsdatum multipliziert mit dem monatlichen Mietzins von Fr. 693.-- errechnet</i>
+	<i>Persönliche Konti:</i>	<i>Fr. 104'448.88</i>
-	<i>Eigengut Haus:</i>	<i>Fr. 100'000 ± 500/1690 des Nettoversteigerungserlöses</i>
-	<i>Eigengut per Heirat:</i>	<i>Fr. 21'800.00</i>
-	<i>Eigengut Pax:</i>	<i>Fr. 31'985.00</i>

und Anschlussberufung (act. 214):

Es sei Urteilsdispositiv Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 7. Dezember 2015 (Geschäfts-Nr. FE110318-C) aufzuheben, und es sei auf eine Aufteilung des Vorsorgeguthabens der (Zweit-)Berufungsklägerin vollumfänglich zu verzichten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Gesuchstellers und Appellaten.

Erwägungen:

1. Die Parteien heirateten im Jahr 1988 und trennten sich im Jahr 2001. Ihre Kinder sind erwachsen. Der Gesuchsteller¹ ist selbständiger Architekt, die Gesuchstellerin ist Primarlehrerin. Im Scheidungsprozess ist nur Finanzielles streitig.

Gegen das vorstehend wiedergegebene Urteil der Einzelrichterin richteten sich die von beiden Parteien erhobenen Berufungen, welche am 10. Februar 2016 vereinigt wurden (act. 202). Am 4. resp. 10. März 2016 äusserten sich die Parteien aufforderungsgemäss zum Streitwert ihrer Anträge (act. 206 und 207), und die auferlegten Vorschüsse zahlten sie am 24. März 2016 (Frau) resp. am 8. April 2016 (Mann) ein. Mit Verfügung vom 12. April 2016 wurde beiden Parteien Frist zur Beantwortung der Berufung der Gegenpartei angesetzt (act. 212). Die Frau beantragte mit Eingabe vom 14. Mai 2016 die Abweisung der gegnerischen Berufung und erhob Anschlussberufung mit dem Antrag, auf eine Aufteilung des Vorsorgeguthabens sei gänzlich (und nicht nur für die Zeit des Scheidungsprozesses) zu verzichten (act. 214). Der Mann beantwortete die gegnerische Berufung am 17. Mai 2016 mit dem Antrag auf Abweisung (act. 217). Die Scheidung wurde demnach mit Ablauf des 17. Mai 2016 (Frist zur Beantwortung der Berufung und damit zum Erheben einer allfälligen Anschlussberufung im Scheidungspunkt) rechtskräftig. Zur Anschlussberufung nahm der Mann am 22. Juni 2016 mit dem Antrag auf Abweisung Stellung (act. 225). Die vollständigen Berufungsantworten wurden den Parteien am 3. August 2016 zugestellt (act. 230).

Mit Ablauf der Fristen für die Anschlussberufungen wurden die nicht angefochtenen Teile des bezirksgerichtlichen Urteils rechtskräftig. Das betrifft den Scheidungspunkt (Dispositiv Ziffer 1) und den nahehelichen Unterhalt (Dispositiv Ziffer 2). Nicht angefochten ist auch Dispositiv Ziffer 10. Diesbezüglich trifft das angefochtene Urteil eine rechtlich unmögliche und damit von Anfang an unwirk-

¹ Der besseren Lesbarkeit halber wird der Gesuchsteller im Folgenden mit "Mann", die Gesuchstellerin mit "Frau" bezeichnet.

same Anordnung. "Beiden Gesuchstellern steht die Hälfte des Vorschlages des anderen zu" und "Die Forderungen werden verrechnet" gibt die gesetzliche Anweisung an den Richter wieder, die mit einem Urteil eben umgesetzt werden muss. Für sich allein hat sie keine umsetzbare / vollstreckbare Konsequenz. Sie kann rein prozessual als nicht angefochten stehen bleiben, ohne dass das materiell etwas bedeutete.

Am 22. August 2016 fand ein Instruktionstermin mit Vergleichsverhandlung statt. Ein im Anschluss daran den Parteien vereinbarungsgemäss unterbreiteter Vorschlag für eine Einigung wurde nicht angenommen (act. 239).

Mit Eingabe vom 4. Oktober 2016 stellte die Frau den Antrag, den Mann zur Offenlegung bestimmter Bankkonti zu verpflichten (act. 244), und das wurde mit gewissen Einschränkungen so verfügt (act. 245). In einer mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2016 nahmen beide Seiten abschliessend zum Prozessstoff Stellung (Prot. II S. 11 ff., act. 248 und 250; eine Vereinbarung kam auch an diesem Termin nicht zustande).

Ein weiterer Vorschlag für eine gütliche Einigung (act. 251) war ebenfalls nicht erfolgreich (act. 252).

Die Frau stellte den Antrag, das Verfahren bis zum Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen über den Vorsorgeausgleich zu sistieren (act. 214), der Mann wendet sich dagegen (act. 225). Das Recht des Vorsorgeausgleichs ist revidiert worden, und naturgemäss ergeben sich für Betroffene daraus je nach Standpunkt Vor- oder Nachteile. Mit einer Sistierung würde in diese Verhältnisse eingegriffen, was dem Gericht nicht zusteht. Das Verfahren war daher ordentlich weiter zu führen.

2. Im Scheidungsverfahren gilt für die güterrechtliche Auseinandersetzung der Verhandlungsgrundsatz (Art. 277 Abs. 1 ZPO). Damit haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und ihre Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Ergänzende Fragen des Gerichts im Sinne von Art. 56 ZPO kommen bei anwaltlich vertretenen Parteien nur

ganz ausnahmsweise in Frage (*BGer 5A_705/2013* vom 29. Juli 2014). In der Berufung sind neue Vorbringen nur dann zulässig, wenn sie vor erster Instanz trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorgetragen werden konnten und so bald das möglich ist unverzüglich ins Verfahren eingebracht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Kritik am erstinstanzlichen Urteil muss detailliert und präzise sein: "il ne [...] suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. [La] motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose [la] critique." (*BGE 138 III 374*, E. 4.3.1, *BGE 141 III 576*). Ein neuer Antrag im Sinne einer Klageänderung ist ausnahmsweise zulässig, wenn die Voraussetzungen der letzteren (Art. 227 Abs. 1 ZPO) erfüllt sind und sie auf neuen (zu ergänzen: *zulässigen* neuen) Tatsachen und Beweismitteln beruht (Art. 317 Abs. 2 ZPO).

Für die Massnahmen bezüglich berufliche Vorsorge gilt der Untersuchungsgrundsatz (Art. 277 Abs. 3 ZPO), das Gericht muss also den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen und die erforderlichen Beweise von sich aus erheben (Art. 55 Abs. 2 ZPO). Die Einschränkungen bezüglich neuer Vorbringen in der Berufung gelten aber auch hier (*BGer 5A_528/2015* vom 21. Januar 2016, E. 2).

3.1 Die Frau ist bei der kantonalen Beamtenversicherungskasse (BVK) rentenversichert, wogegen der Mann als selbständiger Architekt an keine Einrichtung der beruflichen Vorsorge angeschlossen ist. Die Einzelrichterin hat erwogen, grundsätzlich seien die Deckungskapitalien der beruflichen Vorsorge hälftig zu teilen; nur in ganz besonderen Ausnahmefällen könne davon abgesehen werden, und dass der Mann sich keiner Pensionskasse angeschlossen habe, sei für eine Verweigerung der ordentlichen Teilung kein ausreichender Grund (Urteil S. 9 ff.).

Dem ist jedenfalls unter dem geltenden Recht beizupflichten. Auf den 1. Januar 2017 wird eine Gesetzesrevision in Kraft treten, welche die Verweigerung der hälftigen Teilung etwas anders limitiert: neu soll das "aus wichtigen Gründen" möglich sein, und beispielhaft wird dafür genannt, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung oder die wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung dage-

gen sprechen, oder dass die Vorsorgebedürfnisse unterschiedlich sind, insbesondere unter Berücksichtigung des Altersunterschiedes zwischen den Ehegatten (Art. 124b revZGB). Grundsatz soll die hälftige Teilung bleiben, hingegen wird dem Gericht ein grösserer Spielraum eingeräumt (Botschaft 4901 f.; namentlich übernahm der Bundesrat den Vorschlag des Vorentwurfes nicht, die hälftige Teilung müsste nach wie vor "offensichtlich" unbillig sein). Die neue Fassung ist aber noch nicht in Kraft. Nach dem geltenden Recht besteht kein ausreichender Anlass, im Fall der Parteien von der hälftigen Teilung abzugehen. Die Regelung der beruflichen Vorsorge soll nicht die Aufgabenteilung der Ehegatten nachträglich korrigieren und schon gar nicht indirekt wieder eine Verschuldensprüfung in den Scheidungsprozess einführen. Der Mann ist mit Jahrgang 1956 etwas jünger als die Frau mit Jahrgang 1951, doch ist der Unterschied mit fünf Jahren nicht besonders gross. Die Frau wird in der heutigen Situation des Mangels an erfahrenen Lehrkräften auch die Möglichkeit haben, mindestens vertretungsweise oder in einem Teilpensum weiter erwerbstätig zu bleiben, wenn sie das möchte. Sie hat geltend gemacht, der Mann habe gegenüber seinen Eltern noch eine Erbanwartschaft. Das ist allerdings kein Grund, vom Normalfall der hälftigen Teilung abzurücken. Aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung und den absehbaren wirtschaftlichen Verhältnissen nach der Scheidung ergibt sich kein so aussergewöhnliches Ungleichgewicht, dass die Regelung der beruflichen Vorsorge zu korrigieren wäre.

Die Einzelrichterin hat dem Mann vorgeworfen, er habe auch nach Einleitung des Scheidungsprozesses nichts unternommen, um sich einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge anzuschliessen, und hat ihm gestützt darauf die Partizipation am Deckungskapital der Frau verweigert, so weit dieses nach dem 7. Oktober 2011 geäuftet wurde (Urteil S. 12). Das ist nicht überzeugend. Wenn die Teilung für die Ehedauer vorzunehmen ist, gilt das nach geltendem Recht auch für die Zeit des Prozesses. Ein wichtiger Grund, der die weitere Teilung unbillig erscheinen liesse, liegt nicht vor. Im Ergebnis ist es für die Zeit des Überganges nicht recht befriedigend, dass die neue Regelung der Teilung nur bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens (Art. 122 revZGB) auch für alle Scheidungsverfahren gilt, welche beim Inkrafttreten des neuen Rechts in einer kantonalen In-

stanz hängig sind (Art. 7d revSchlT ZGB). Das wird wohl zu Verzögerungsversuchen interessierter Parteien in den Monaten vor dem Inkrafttreten führen, aber es wäre willkürlich und für die jeweilige Gegenpartei unannehmbar, wenn die Gerichte dem Vorschub leisteten. Die Frage nach dem Stichtag unterliegt keinem Ermessen, und eine Vorwirkung des neuen Rechts im Sinne einer gewissen Anpassung der Praxis (wie es die Kammer bei Art. 301a Abs. 2 ZGB hielt) kommt daher nicht in Frage. Es muss daher heute offen bleiben, ob das Übergangsrecht erlaubt, auch eine bereits rechtskräftig gewordene Scheidung nachträglich für den Bereich des Vorsorgeausgleichs wieder in Frage zu stellen, oder ob Art. 7d revSchlT ZGB nicht (was nahe liegt) nur Verfahren erfasst, in welchen der Scheidungspunkt beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch nicht rechtskräftig ist.

Die Berufung des Mannes ist daher insoweit begründet, als er die Teilung des Austrittsguthabens der Frau bei der BVK auch für die Zeit des Scheidungsprozesses verlangt. Der Scheidungspunkt ist mit Ablauf der Frist für die Berufungsantwort/Anschlussberufung der Frau am 17. Mai 2016 rechtskräftig geworden. Die zu teilende Leistung beträgt nach Mitteilung der BVK Fr. 339'819.25 (act. 229); die Hälfte davon sind Fr. 169'909.60.

Nach Erlass des angefochtenen Urteils ist die Frau nun 65-jährig und als Lehrerin pensioniert worden, und seit dem 1. August 2016 bezieht sie die Altersrente der Vorsorgeeinrichtung (act. 214 S. 6). Damit kann unter geltendem Recht keine Überweisung von der einen Vorsorgeeinrichtung an die andere resp. an die Auffang-Einrichtung mehr erfolgen. In der gegebenen Situation, wo die Scheidung schon vor der Pensionierung rechtskräftig wurde, bedeutet die "angemessene Entschädigung" im Sinne von Art. 124 ZGB freilich ohne Weiteres die Auszahlung des Kapitals durch die Frau (wozu sie in der Lage ist, vgl. nachstehende Erwägungen). Der Mann hat mit seinem entsprechenden Berufungsantrag - noch vor der Pensionierung der Frau - verlangt, die Überweisung habe auf ein Freizügigkeitskonto zu erfolgen. Nachdem nun bei der Frau der Vorsorgefall eingetreten ist, kann die Überweisung nach geltendem Recht nicht (mehr) auf ein Freizügigkeitskonto erfolgen (FamKomm Scheidung-Baumann/Lauterburg, 2. Aufl. 2011, N. 90

zu Art. 122 und N. 68a zu Art. 124 ZGB). Die Interessen der Frau werden dadurch nicht tangiert.

3.2 Die Liegenschaft C._____ -Strasse ... in D._____ (ein Mehrfamilienhaus) wurde von den Parteien während der Ehe erworben und steht in ihrem Gesamteigentum. Dieses wird im Fall der Scheidung nach überwiegender Ansicht wie Miteigentum unter Ehegatten aufgelöst (FamKomm Scheidung-Steck, 2. Aufl. 2011, N. 8 zu Art. 205; BSK ZGB I-Hausheer/Aebi, 5. Aufl. 2014-2015, N. 11 zu Art. 205). Damit wird insbesondere die Auflösung auf die Einleitung des Scheidungsverfahrens zurück bezogen (Art. 204 Abs. 2 ZGB; das ergibt sich auch aus der Überlegung der Einzelrichterin, die Ehegatten-Gesellschaft trete mit Einleiten des Scheidungsverfahrens in Liquidation, Art. 545 OR), und es sind Begehren um ungeteilte Zuweisung möglich (Art. 205 Abs. 2 ZGB). Das Letztere verdrängt gegebenenfalls die subsidiär anzuordnende Versteigerung der Sache (Art. 651 in Verbindung mit Art. 654 Abs. 2 ZGB).

Die Einzelrichterin gestand dem Mann das erforderliche *Interesse an der Übernahme* zu, weil er es als Bestandteil seiner Altersvorsorge erworben habe, im Objekt wohne, und weil ihm als Architekt Verwaltung und Unterhalt besonders nahe lägen. Sie kam seinem Antrag nicht nach, weil er nicht nachgewiesen habe, wie er die Übernahme finanzieren wollte. Gegenüber der Frau erwog die Einzelrichterin, nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens könnte sie den Mann gar nicht abfinden, und zudem sei ihr Beweis gescheitert, dass der Mann dem gemeinsamen Sohn keinen Unterhalt zahle. Als Ergebnis ordnet die Einzelrichterin daher die Versteigerung an (Urteil S. 16 ff.).

In der Berufung hält die Frau den Antrag auf Zuweisung der Liegenschaft an sie nicht aufrecht (act. 203/198 S. 2 f. und act. 214 S. 2 und insbesondere S. 18 vor Ziff. 7. "Die Vorinstanz ... hat ... zu Recht eine private ... Versteigerung ... angeordnet"), und mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in diesem Punkt zu bestätigen, macht sie sinngemäss die Anordnung der Versteigerung unter den Parteien zu ihrem Antrag. In der Antwort auf die Berufung des Mannes beruft sie sich neu darauf, die Credit Suisse würde ihr die Übernahme zu einem Wert von Fr. 1,52 Mio. finanzieren (act. 214 S. 20). Entgegen ihrer Auffassung ist das aller-

dings neu und darum unzulässig. Die Bestätigung der Bank an sich ist angesichts des Datums 29. April 2016 wohl neu, aber die Frage der Übernahme oder Zuweisung der Liegenschaft war im erstinstanzlichen Verfahren durchaus Thema, so dass es für die Frau nahe gelegen hätte und möglich gewesen wäre, sich schon dort um eine mögliche Finanzierung zu kümmern. Der Ausnahmefall von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO ist daher nicht gegeben, und die neue Behauptung muss unberücksichtigt bleiben.

Die Zuweisung der Liegenschaft an den Mann war und ist streitig.

Wie die Frage der Unterhaltszahlungen an den Sohn die Frage der Zuteilung der Liegenschaft beeinflussen kann, leuchtet nicht ganz ein. Selbst wenn die Frau Studium und Lebenshaltung des Sohnes alleine bestritte (was im Beweisverfahren der ersten Instanz widerlegt wurde), fiel ihr das mit der Übernahme der Liegenschaft kaum leichter, da sie diesfalls den Mann auf der Basis des Verkehrswertes abzufinden hätte. Dem gegenüber steht der Umstand, dass der Erwerb der Liegenschaft für den Mann, der sonst keine Altersvorsorge äufnete, einen Bestandteil seiner Altersvorsorge darstellt. Wohl erhält er wie vorstehend erwogen unter dem Titel Altersvorsorge eine "angemessene Entschädigung" im Sinne von Art. 124 ZGB. Diese erhält er aber aus dem freien Vermögen der Frau, und diese muss ihre Rente der Versicherungskasse für das Staatspersonal dafür nicht angreifen. Übernahme sie die Liegenschaft (allenfalls auf dem Weg der Versteigerung), hätte sie gewissermassen eine doppelte Vorsorge und er unter diesem Titel gar nichts. Geht die Liegenschaft an den Mann, hat jede Seite unter dem Titel Vorsorge etwas. Die Frau argumentiert, die Eltern des Mannes seien vermögend und besässen selber eine Rendite-Liegenschaft, welche er dereinst erben werde und deren Erträge seine Bedürfnisse ausreichend abdeckten (act. 248 S. 4, act. 82 S. 23). Eine solche Anwartschaft ist naturgemäss unsicher - wann der Erbgang eintritt, ist offen, das Haus kann an Wert verlieren, die Eltern können gezwungen sein, es für die Bedürfnisse des eigenen Alters zu veräussern - und kann für die heute zu entscheidende Frage der Zuweisung nicht entscheidend sein. Zusätzlich kann der Mann ein legitimes Interesse an der Übernahme daraus ableiten, dass er schon seit mehreren Jahren im Haus wohnt, und dass er als Ar-

chitekt die Verwaltung und den Unterhalt fachmännisch und auch günstig besorgen kann. Die Frau hält dem zwar entgegen, er sei ohne ihr Wissen ins Haus gezogen und habe keinen Zins bezahlt. Das erstere ist aber unerheblich, weil der Mann das Haus verwaltete - darum war er ohne Weiteres befugt zu bestimmen, wer in dem (Rendite-)Objekt wohnen solle; die Frage der Entschädigung wird separat erörtert werden (und zu einer erheblichen Verpflichtung des Mannes gegenüber der einfachen Gesellschaft führen). Unter allen diesen Umständen ist ein überwiegendes Interesse des Mannes an der Übernahme der Liegenschaft zu bejahen.

Die Einzelrichterin sieht von der Zuweisung an den Mann ab, weil er die finanzielle Durchführbarkeit der Übernahme nicht nachgewiesen habe (Urteil S. 23). Er kritisiert das, weil es die Verhandlungsmaxime verletze: dass er zur Übernahme in der Lage sei, habe die Frau gar nicht bestritten (act. 198 S. 11). Richtig ist, dass die übernahmewillige Partei zur Übernahme der Sache finanziell in der Lage sein muss (*BGer* 5C.325/2001 vom 4. März 2002). Die Einzelrichterin stellt wesentlich darauf ab, dass der Mann nicht nachgewiesen habe, wie er die Finanzierung bewerkstelligen wolle. Aus dem Umstand, dass er keine Bestätigung der Bank dazu vorlegte, schliesst sie, es sei nicht möglich (Urteil S. 25 E. 3.1.3.3). Richtig ist wohl, dass nach neuem Prozessrecht keine eigene *Beweisauflage*verfügung (§ 136 ZPO/ZH) mehr erfolgt, gestützt auf welche die Parteien ihre Beweismittel nennen können. Wenn eine Partei auf das Nennen von Beweismitteln in ihrer letzten Rechtsschrift entgegen Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO verzichtet, riskiert sie, dass eine Bestreitung der Gegenseite erfolgreich ist, weil mangels Beweismitteln kein Beweis erhoben wird. Die finanziellen Konsequenzen der Scheidung unter den Ehegatten unterliegt aber mit Ausnahme des Vorsorgeausgleichs der Verhandlungsmaxime (Art. 277 Abs. 1 ZPO), und das bedeutet, dass zu Unbestrittenem kein Beweis erhoben wird. Wenn der Mann den Antrag auf Zuweisung an sich selber stellte, behauptete er damit jedenfalls sinngemäss, er sei dazu auch in der Lage. Die Frau hat das nicht bestritten, sie tut es in der Berufung nicht, und das gewiss zu Recht, nachdem sie dem Mann im Punkt der Vorsorgeteilung vorhält, er habe ein substantielles Erbe in Aussicht. Dass der Mann den Nachweis

der Finanzierbarkeit nicht erbracht habe (act. 214 S. 16 Ziff. 6.6), spielt daher keine Rolle.

Demzufolge ist die Liegenschaft dem Mann ungeteilt zuzuweisen. Dafür muss der Übernahmewert festgelegt werden. Die Einzelrichterin musste das nicht tun, weil sie eine Versteigerung anordnete. Der Mann beantragt, den Übernahme- resp. Anrechnungswert auf Fr. 1'077'500.-- festzusetzen (act. 198 S. 13). Die Frau will den Wert auf "mindestens" Fr. 1,4 Mio. angesetzt haben (act. 214 S. 19 f.) und beruft sich dafür auf ihre Vorbringen in der ersten Instanz. Sie beantragt allerdings nicht, es sei zu den beiden von der Einzelrichterin eingeholten Gutachten ein weiteres Gutachten einzuholen. Es ist demnach zu prüfen, was aus den bereits vorhandenen Beweismitteln für Schlüsse zu ziehen sind. In erster Instanz lagen zwei Gutachten vor, welche Werte von Fr. 1'055'000.-- (act. 38 S. 3) resp. Fr. 1,1 Mio. (act. 129 S.11) schätzen. Die Gutachten scheinen sorgfältig erstellt zu sein und die üblichen Kriterien für eine solche Schätzung zu berücksichtigen. Von der Frau privat eingeholte Auskünfte kommen auf Fr. 1,15 bis Fr. 1,2 Mio. (act. 49/1) resp. Fr. 1,185 Mio. (act. 49/2); sie sind als Parteibehauptungen nicht direkt beweistauglich, bestätigen aber doch die Grössenordnung der von den Gutachten abgegebenen Schätzungen. Die Frau legte verschiedene Inserate der Plattform "*homegate*" ins Recht, welche höhere Preise nennen (act. 83/7). Solche Inserate sind zum Beweis nicht tauglich; sie können durchaus allgemeine Hinweise geben, berücksichtigen aber nicht die Besonderheiten eines zu schätzenden Objektes und reflektieren vor allem, was die Verkaufswilligen zu erhalten hoffen - und nicht, was Käufer zu zahlen bereit sind. Die in der Berufungsantwort neu eingebrachte Finanzierungsbestätigung der Credit Suisse ist wie vorstehend erwo-gen prozessual unzulässig und nicht zu beachten. Wesentlich ist dem gegenüber die konkrete Offerte der E._____ AG, welche für das Objekt Fr. 1,4 Mio. bot (act. 49/3 und 83/11). Das war keine in dem Sinn verbindliche Offerte, dass sie durch blosses Akzept zum Vertragsschluss geführt hätte - dafür fehlte nur schon die öffentliche Beurkundung (Art. 216 OR). Im Unterschied zu Schätzungen, welche immer ein gewisses spekulatives Moment aufweisen, zeigt eine Offerte aber ganz konkret, was der Interessent zu zahlen bereit ist. Im erstinstanzlichen Verfahren wurde denn auch der bei der E._____ AG für Käufe und Verkäufe von Im-

mobilien zuständige F. _____ als Zeuge befragt; er bestätigte, dass die E. _____ AG (die er zusammen mit seinem Bruder halte) das Objekt nach wie vor zu dem Preis kaufen würde, um es zu renovieren und zu halten (Prot. I S. 55 ff.). Es ist daher davon auszugehen, dass die E. _____ AG die Liegenschaft für 1,4 Mio. kaufen würde. Das ist etwas mehr als die referierten Schätzungen, hält sich allerdings durchaus in dem Rahmen, wie ein effektiver Abschluss gegenüber einer (in der Regel eher vorsichtigen) Schätzung liegen kann. Von diesen Fr. 1,4 Mio. ist auszugehen.

3.3 Es ist nun die konkrete Rechnung für die Anteile der Parteien an der Liegenschaft aufzustellen. Dabei sind die Korrektur- und Ausgleichspositionen zu diskutieren, welche sich auf die Liegenschaft selber beziehen. Ferner ist es zweckmässig, die güterrechtlichen Operationen der Beteiligung an der Errungenschaft in diesem Zusammenhang vorzunehmen.

3.3.1 Ausgangspunkt sind die Fr. 1'400'000.-- Anrechnungswert. Die hypothekarische Belastung beträgt per heute Fr. 812'500.--. Am Eigenkapital von bis hierher Fr. 587'500.-- sind die Gütermassen zu folgenden Quoten beteiligt (Urteil S. 34):

Frau	Eigengut	Fr. 80'000.--/ 80	
	Errungenschaft	Fr. 20'000.--/ 20	
Mann	Eigengut	Fr. 100'000.--/100	
	Errungenschaft	Fr. 69'000.--/ 69	(zusammen 269)

Stammen Investitionen für eine Sache überwiegend aus einer Gütermasse, wird für die Liquidierung in der Regel nur diese berücksichtigt, und andere Beiträge werden vorweg abgerechnet, allerdings auch zum aktuellen Wert (Art. 206 ZGB folgend). Hier ist es angemessen und im Ganzen auch einfacher, die Beiträge für alle vier Gütermassen zu berechnen und sie anteilmässig aufzuwerten (BGE 131 III 559, 141 III 53). Berechnet je mit der Operation $\cdot \frac{269}{587,5}$ ergeben sich folgende Zahlen:

Frau	Eigengut	Fr. 174'721.--
	Errungenschaft	Fr. 43'680.--
Mann	Eigengut	Fr. 218'402.--

Errungenschaft Fr. 150'697.-- (= 587'500.--)

Die Anteile "Errungenschaft" sind zu teilen (Art. 215 ZGB). Beide zusammen belaufen sich auf Fr. 194'377.--, die Hälfte ist Fr. 97'188.50. Der Mann hat also neben der Übernahm der Hypotheken der Frau unter dem Titel Errungenschaft Fr. 97'188.50, unter dem Titel Eigengut Fr. 174'721.--, zusammen Fr. 271'909.50 zu bezahlen.

3.3.2 a) Die Einzelrichterin stellt fest, es gebe mehrere Bankkonti, welche mit der gemeinsamen Liegenschaft der Parteien zusammen hängen. Sie ordnet an, dass diese Konti per Datum der Veräusserung zu saldieren sind und die Erlöse je hälftig den Errungenschaften der Parteien gutgeschrieben werden (Dispositiv Ziff. 8 und 9). Die Frau findet das richtig (act. 203/198, Anträge). Der Mann beantragt, die Ziffern 8 und 9 des Dispositivs aufzuheben (act. 198, Anträge); seiner Ansicht nach sind die Konti nach dem Wert bei Beginn des Scheidungsprozesses einzusetzen und in den Wert der Liegenschaft einzurechnen (act. 198 S. 13).

Mit der Einleitung des Scheidungsprozesses trat die Ehegattengesellschaft wohl ins Stadium der Liquidation, wie es die Einzelrichterin zutreffend festhält (Urteil S. 16 f.). Das bedeutet nicht, dass die Konti auf jenen Zeitpunkt zu bewerten und nach jenen Werten zu teilen wären; Veränderungen im Rahmen der Liquidation sind sehr wohl beachtlich. In der Berufung wurden die aktuellen Saldi genannt und belegt, sie belaufen sich auf Fr. 1'839.47 und Fr. 90'636.61, zusammen Fr. 92'476.10 (act. 247/1 und 2).

Diese Konti stehen in einem so engen Zusammenhang mit der Liegenschaft, dass sie nach den nämlichen Grundsätzen aufzuteilen sind wie das im Wert der Liegenschaft enthaltene Eigenkapital. Dafür sind die streitigen Korrekturpositionen zu diskutieren.

Die Einzelrichterin behandelt die von den Parteien diskutierten Bezüge von den Konti unter dem Gesichtspunkt von Art. 208 Ziff. 2 ZGB (Urteil S. 28). Das ist ein möglicher Ansatzpunkt. Bezüge von einem Konto der Liegenschaftengesellschaft haben allerdings nur indirekt die Errungenschaft des betreffenden Gesellschafters geschmälert. In erster Linie gingen sie zu Lasten der gemeinsa-

men Gesellschaft, und sie sind daher auch dieser wieder zu erstatten (Gian Sandro Genna, Auflösung und Liquidation der Ehegattengesellschaft, Diss. Bern 2008, S. 22 und 23). Das hat Auswirkungen auf die Beweislast: der Beziehende kann behaupten und im Bestreitungsfall beweisen, dass der Bezug im Interesse der Gesellschaft erfolgte. Die Frage der Beweislast bleibt allerdings gegenstandslos, wenn die von den Parteien (abschliessend: Art. 221 und 229 ZPO) genannten Beweismittel die Feststellung des relevanten Sachverhalts erlauben. Bei gewissen Beweismitteln kann die Beweislast sodann wesentlich sein: ob eine Partei das zum Gegenbeweis vorsorglich genannte Gutachten bevorschussen will, wird sie davon abhängig machen, für wie stark sie die Hauptbeweismittel einschätzt, und ob man einem sich nur vage ausdrückenden Zeugen Ergänzungsfragen stellt, überlegt man sich taktisch - je nachdem ob man in der Position des Beweisführers oder des Beweisgegners ist. Im vorliegenden Fall scheinen aber keine solchen Gesichtspunkte mitzuspielen, und gegen eine Würdigung der Beweismittel auch unter dem Aspekt der umgekehrten Beweislast wird in der Berufung nichts eingewendet.

Die Bezüge der Frau belaufen sich auf insgesamt Fr. 85'000.-- (Urteil S. 46 f.).

Beim Mann waren und blieben (act. 203/198 S. 16, Ziff. 4.7) zahlreiche Positionen streitig:

- Bei einem Bezug von Fr. 10'694.-- anfangs Januar 2005 kommt die Einzelrichterin zum Schluss, er sei nicht zurückzuerstatten (Urteil S. 39). Die Frau kritisiert das hinsichtlich des Anteils von Fr. 2'624.--, weil der Mann seine Behauptung nicht habe beweisen können, dass es insoweit um Spesen ging. Richtig ist, dass ein Beleg nur für Fr. 1'667.80 existiert, und dass die Erklärung des Mannes in der Befragung, er habe Unkosten beglichen, nicht zum Beweis reicht (Urteil a.a.O.). Auch wenn die Frau den Punkt hätte früher erkennen und beanstanden können (was sie bestreitet), wäre es dem Mann zumutbar und möglich gewesen, die Unterlagen für seine Bezüge zu sichern; eine "Plausibilität" der Mittelverwendung (act. 217 Rz. 28) genügt nicht. Die Differenz von Fr. 956.20 hat der Mann auszugleichen. Der zweite Teilbetrag von Fr. 8'070.-- wurde gemäss den Anga-

ben des Mannes dafür verwendet, den Parteien eine anteilige Verzinsung ihres investierten Kapitals auszuführen. In der Berufung anerkennt die Frau, dass sie unter diesem Titel (und zusätzlich für "SWICA Anteil Kinder") anfangs Januar 2005 eine Vergütung erhalten habe, welche im Anteil von Fr. 3'000.-- der Verzinsung ihres Eigenkapitals diene. Weitere Ausführungen macht sie dazu nicht. Fr. 3'000.-- sind 3% ihrer investierten Fr. 80'000.-- und Fr. 20'000.--. Damit ist anzunehmen, dass sie die Verwendung der Fr. 8'070.-- unter dem Titel Verzinsung des investierten Kapitals pro 2004 nicht nur für sich, sondern auch für den Mann anerkannt hat, und eine weitere Hinzurechnung erfolgt nicht.

- Anfangs 2006 überwies sich der Mann Fr. 8'295.-- (Urteil S. 40), und am 12. Januar 2006 figuriert auf seinem Privatkonto ein Bezug von Fr. 3'000.--, mit den handschriftlichen Vermerken "F. Zins A. _____" und "BARABGABE AN A. _____" (act. 72/13). Die Frau bestätigte die Behauptung nicht, dass sie diese Fr. 3'000.-- in bar erhalten habe; sie erinnerte sich ohne Zeitangabe nur an Zahlungen von einmal Fr. 4'000.-- und einmal Fr. 1'500.-- (Prot. I S. 94). Der Mann erklärte bestimmt, diese Zahlung sei bar erfolgt, die Frau habe das Geld im Schrank gelagert (Prot. I S. 95). Das wäre an sich möglich, und der behauptete Betrag von Fr. 3'000.-- würde mit dem des Vorjahres übereinstimmen. So ganz präzise ist die Übereinstimmung aber auch nicht, denn der konkrete Bezug ist etwas (wenn auch nicht viel) höher als der des Vorjahres. Auch hier reicht eine "glaubhafte Erklärung" (act. 217 Rz. 31) zum Beweis nicht. Konnte der Mann nicht nachweisen, wofür er das Geld verwendet hat, muss er diese Fr. 8'295.-- ersetzen.

- Am 31. Juli 2006 bezog der Mann bar Fr. 5'000.-- (Urteil S. 41). Seine Behauptung, er habe damit Steuern für beide Parteien bezahlt oder allenfalls der Frau Fr. 2'500.-- für ihre Steuern übergeben, konnte er nicht schlüssig beweisen. Allerdings hat die Frau eingeräumt, es sei "möglich", dass der Betrag "für die Steuern" verwendet habe (Prot. I S. 74). Damit hat sie ihre Bestreitung zurückgenommen, und unter dieser Position gibt es nichts auszugleichen. Die Beanstandungen in der Berufung (act. 203/198 S. 13 f.) können das nicht ändern.

- Am 5. Februar 2008 zahlte sich der Mann Fr. 8'500.-- aus, und kurz danach überwies er dem Steueramt D. _____ Fr. 8'261.25. Er erklärt das damit, dass er ursprünglich für gemeinsam geschuldete Steuern die Fr. 8'500.-- geleistet und die dann nach der Bekanntgabe der Trennung wieder bezogen habe (Urteil S. 43). Als Gegenbeweis könnte das eine gewisse Bedeutung haben. Für den Beweis, dass der Betrag für Zwecke der Gesellschaft oder allenfalls mit Zustimmung der Frau erfolgt sei, kann es nicht genügen; der Mann verzichtet denn auch in der Berufungsantwort darauf, zu seinem Beweis zu argumentieren und verweist lediglich darauf, die Frau habe den Nachweis seiner Schädigungsabsicht nicht erbracht (act. 217 Rz. 41 ff.) - worauf es nicht ankommt. Die Fr. 8'500.-- sind zurückzuerstatten.

- Einen weiteren Bezug von Fr. 30'000.-- (vom 11. August 2011) erklärt der Mann damit, dass er das ohne Absprache mit der Frau als "Sicherstellung" bezogen habe (Prot. I S. 99). Die Einzelrichterin hält daher richtig dafür, dass er den Betrag einzuwerfen habe (Urteil S. 45).

- Die Frau will mit ihrer Berufung weitere Fr. 30'000.-- hinzu gerechnet haben: Bezüge des Mannes von zweimal je Fr. 10'000.-- (am 9. April und 21. Juli 2014) und zweimal je Fr. 5'000.-- (am 1. Oktober und 14. November 2014), welche der Mann ausdrücklich anerkannte und als Kompensation von Bezügen der Frau bezeichnete (act. 168). Sie beanstandet, dass das angefochtene Urteil diese Beträge nicht berücksichtige, ihre eigenen Bezüge aber sehr wohl (act. 203/198 S. 16 f.). Der Mann hält die Kritik nicht für gerechtfertigt, denn das angefochtene Urteil rechne beiden Parteien Fr. 30'000.-- hinzu, was richtig sei (act. 217 Rz. 50 f.). Das angefochtene Urteil berücksichtigt aber in der Tat wohl aus Versehen nur einmal Fr. 30'000.--, während es sich um verschiedene Bezüge handelt - einen aus dem Jahr 2011 von Fr. 30'000.-- (im vorstehenden Absatz behandelt) und vier aus dem Jahr 2014 in der Summe von Fr. 30'000.--. Die zweiten Fr. 30'000.-- müssen also zusätzlich berücksichtigt werden.

Zusammengefasst sind dem Posten "Hauskonti" also Bezüge der Frau von Fr. 85'000.-- und solche des Mannes von Fr. 77'751.20 hinzuzurechnen.

Die konkrete Rechnung stellt sich also wie folgt dar: den Kontoguthaben von Fr. 92'476.10 sind die Bezüge hinzuzurechnen (Frau Fr. 85'000.--, Mann Fr. 77'751.20), das gibt ohne Rappen Fr. 255'227.--. Verhältnismässig den beteiligten Gütermassen zugewiesen ergeben sich

Frau	Eigengut	(Fr. 80'000.--)	Fr. 75'904.--
	Errungenschaft	(Fr. 20'000.--)	Fr. 18'976.--
Mann	Eigengut	(Fr. 100'000.--)	Fr. 94'880.--
	Errungenschaft	(Fr. 69'000.--)	Fr. 65'467.-- (= Fr. 255'227.--)

Die Anteile an der Errungenschaft fielen noch vor dem Scheidungsprozess an und sind darum zu teilen (Art. 215 ZGB), also stehen der Frau unter diesem Titel (Fr. 65'467.-- + Fr. 18'976.-- = 84'443.-- \cdot 2 =) Fr. 42'222.-- zu, ferner der Anteil entsprechend ihrem Eigengut von Fr. 75'904.--, das sind Fr. 118'126.--. Unter Berücksichtigung ihrer Bezüge von Fr. 85'000.-- gibt das als Zwischenergebnis einen Saldo zu ihren Gunsten von Fr. 33'126.--.

3.3.2 b) Der Mann wohnt wie erwähnt in der Liegenschaft und zahlt keine Miete. Wäre er ein beliebiger Dritter, der den Mietzins schuldig geblieben ist, wäre die Forderung neben dem aktuellen Wert der Liegenschaft als Guthaben der Gesellschaft zu behandeln und unter die Gesellschafter aufzuteilen. Nicht anders ist hier zu verfahren: wenn ein Anspruch der Gesellschaft besteht, ist er zu den Kontoguthaben hinzuzurechnen.

In der Berufung verlangt die Frau, es seien der Errungenschaft des Mannes Fr. 31'878.-- (nämlich 46 Monate à Fr. 693.--) zuzurechnen sowie für jeden Monat ab Februar 2016 bis zur Versteigerung der Liegenschaft ebenfalls je Fr. 693.-- (act. 203/198 S. 2). Sie begründet das damit, dass die Wohnung bis zum Einzug des Mannes für Fr. 960.-- fremdvermietet war und nie eine Einigung über die unentgeltliche Nutzung getroffen worden sei. Sie sei bereit, die Verwaltung der Liegenschaft mit Fr. 3'200.-- im Jahr einzusetzen und anzurechnen, aber nicht ihre eigenen Bezüge, welche separat berücksichtigt würden (act. 203/198 S. 8 f.). Der Mann anerkennt, dass er keinen Mietzins in Geld leistet, er verweist aber darauf, dass er gemäss einer Vereinbarung mit der Frau ein Entgelt in Form von Verwaltung, Bauführung und technischer Hauswartung erbringe; im Übrigen sei nicht auf

die Fr. 960.-- des Vormieters abzustellen, denn dort sei eine Rendite eingerechnet, welche er sich selber ja nicht zahlen müsse (act. 217 Rz. 10 ff.).

Die Einzelrichterin hat Beweis dazu erhoben, ob der Mann "ungerechtfertigt keinen Mietzins bezahle" (Urteil S. 24). Das verstellt eine Rechtsfrage zum Beweis und ist angesichts der Art. 150 und 57 ZPO nicht zulässig. Abgesehen davon wurde die Beweislast dafür der Frau zugeteilt, und das ist wohl auch nicht richtig. Wenn Ehegatten gemeinsam eine Renditeliegenschaft halten und nur einer von ihnen darin Wohnsitz nimmt, besteht vorweg keine Vermutung der unentgeltlichen Überlassung. Der Mann hat denn auch betont, er wohne nicht gratis, sondern es bestehe eine Übereinkunft, wonach er durch seine Arbeit für das Haus (und damit für die gemeinsame Gesellschaft) eine Nutzungsentschädigung leiste. Eine solche Übereinkunft muss *er* beweisen. Die Einzelrichterin argumentiert im Urteil mit den Befragungen der Parteien (wie sie das im Beweisbeschluss festhielt, act. 143 S. 7), und der Mann macht in der Berufung nicht geltend, er habe weitere Beweismittel genannt. Er erklärte in der Befragung ohne betragsmässige Präzisierung, man habe sich auf "ein Verwaltungshonorar" geeinigt (Prot. I S. 104), und die Frau erklärte, in einem "vernünftigen Rahmen" resp. mit höchstens Fr. 5'000.-- im Jahr wäre sie einverstanden (Prot. I S. 82 und 83 f.). In früheren Jahren hatte sich der Mann nach eigener Darstellung ein Verwaltungshonorar von Fr. 3'200.-- ausbezahlt. In der Berufung erklärt er nun, seine aktuelle Tätigkeit für die Liegenschaft sei ohnehin mehr wert als ein angemessener Mietzins (act. 217 Rz. 11). Schon in der ersten Instanz hatte er diesen Standpunkt vertreten, allerdings ohne jede Präzisierung (act. 103 S. 4). Dazu konnte und kann kein Beweis erhoben werden.

Damit steht zunächst fest, dass die Nutzung der Wohnung als entgeltlich verstanden wurde. Auf einen bestimmten Betrag einigte man sich nicht - aber auch nicht darauf, was für konkrete Tätigkeiten das Entgelt bilden sollten. Damit ist kein Mietvertrag zustande gekommen, da für diesen der bestimmte oder bestimmbare Mietzins (in Geld oder Arbeit) einen "wesentlichen Punkt" im Sinne des Vertragsrechts darstellt. Mit dem Wohnen wurde und wird der Mann aus den Aktiven der Gesellschaft ungerechtfertigt bereichert (Art. 62 Abs. 1 OR), und es ist

daher eine Nutzungs-Entschädigung festzusetzen. Dafür kann auf den unstrittig vom Vormieter bezahlten Zins von Fr. 960.-- im Monat abgestellt werden. Zwar ist der Einwand des Mannes richtig, dass er sich selber keinen Gewinn zahlen muss, der Gesellschaft allerdings sehr wohl - und sein Anteil an dem Gewinn fliesst ja über seine Beteiligung wieder an ihn zurück. Von den Fr. 960.-- ist abzuziehen, was die Frau als aktuelles Entgelt für die Verwaltungstätigkeit anerkennt: Fr. 5'000.-- im Jahr oder Fr. 417.-- im Monat. Es bleiben auszugleichen Fr. 543.-- monatlich. Ab April 2012 und bis und mit November 2016 gerechnet (56 Monate) gibt das insgesamt Fr. 30'408.--.

Der Korrekturposten von Fr. 30'408.-- steht wie erwähnt nicht der Frau zu, sondern der Gesellschaft, sodass der Betrag auf die einzelnen Gütermassen aufzuteilen ist. Die Korrektur für das Wohnen des Mannes betrifft einen Zeitraum nach Beginn des Scheidungsprozesses, und eine Beteiligung an der Errungenschaft ist demnach nicht zu ermitteln (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Die Rechnung stellt sich demnach wie folgt dar:

Frau	Eigengut	(Fr. 80'000.--)	Fr. 9'043.--	
	Errungenschaft	(Fr. 20'000.--)	Fr. 2'261.--	
Mann	Eigengut	(Fr.100'000.--)	Fr. 11'304.--	
	Errungenschaft	(Fr. 69'000.--)	Fr. 7'800.--	(= Fr. 30'408.--)

Die Frau hat unter diesem Titel also (Fr. 9'043.-- und Fr. 2'261.-- =) Fr. 11'304.-- zugut.

3.3.3 Neben der Übernahme der Hypotheken ergeben sich demnach bei der Zuweisung der Liegenschaft an den Mann folgende Ansprüche:

Der Anspruch der Frau als Anteil am Eigenkapital ist Fr. 271'909.50, zuzüglich die Fr. 11'304.-- unter dem Titel Miete sowie des Saldos aus dem Stand der Konti und der diversen Korrekturposten und der bereits erfolgten Vorbezüge von Fr. 33'126.-- ergibt Fr. 316'339.50, welche ihr der Mann bei der Übernahme der Liegenschaft zu zahlen hat.

3.4 Wird die Liegenschaft-Gesellschaft selbständig liquidiert, bleiben die Errungenschaften der Eheleute auszugleichen, soweit sie nicht im Haus investiert sind.

Bei der Frau sind zu berücksichtigen ihre "persönlichen Konti", nach dem angefochtenen Urteil Fr. 53'292.93, abzüglich das Eigengut von Fr. 32'073.90, das ergibt Fr. 21'219.--. Beim Mann sind es Kontoguthaben von Fr. 104'448.88 gegenüber Eingebachtem von Fr. 21'800.-- und Fr. 31'985.--, das ergibt Fr. 50'664.--. Die Summe der Errungenschaften ist Fr. 71'883.--, die Hälfte Fr. 35'941.50. Die Frau hat also vom Mann in Anwendung von Art. 215 ZGB noch Fr. 14'722.50 zu gut.

4. Es bleiben die Kostenfolgen zu regeln.

4.1 Das Bezirksgericht legte seine Entscheidgebühr von Fr. 13'000.-- der Frau zu 11/20 und dem Mann zu 9/20 auf und verrechnete so weit als möglich mit den geleisteten Vorschüssen (Frau Fr. 5'100.--, Mann Fr. 2'400.--). Die Kosten der Verkehrswertschätzungen (Fr. 3'384.--) bürdete es den Parteien je zur Hälfte auf, die Fr. 200.-- für einen Zeugen nur der Frau. Zudem sprach es dem Mann ausgehend von einer vollen Entschädigung von Fr. 16'000.-- (ohne Mehrwertsteuer) den reduzierten Betrag von Fr. 1'600.-- zuzüglich Mehrwertsteuer zu.

Nach dem Ausgang des Berufungsverfahrens haben sich die Gewichte etwas verschoben. Der Mann erhält einen etwas grösseren Anteil unter dem Titel berufliche Vorsorge und kann die Liegenschaft übernehmen, die Frau dringt mit der Anrechnung weiterer Korrekturpositionen beim Aufteilen der Haus-Konti und mit der Anrechnung einer Entschädigung für die Miete durch. Betragsmässig fällt die Zuweisung der Liegenschaft weitaus am stärksten ins Gewicht, allerdings spiegelt das nicht den Bearbeitungsaufwand. Angemessen ist die Kostenverlegung je zur Hälfte. Damit gibt es für die erste Instanz auch keine Parteientschädigung.

4.2 In der Berufung obsiegt der Mann mit seinen Anträgen zur beruflichen Vorsorge, wogegen die Frau hier vollständig unterliegt. Der Mann dringt durch mit seinem Antrag auf Zuweisung der Liegenschaft, nicht aber mit dem Anrechnungswert. Er unterliegt mit Korrekturen bei der Aufteilung der Hauskonti und insbesondere mit der Entschädigung für das Wohnen. Auch hier macht die Zuweisung der Liegenschaft streitwertmässig den weitaus grössten Anteil aus, stimmt

das mit dem Aufwand für Gericht und Gegenpartei aber nicht überein. Angemessen ist die Verlegung der Kosten zu einem Drittel an den Mann, zu zwei Dritteln an die Frau. Die Entscheidgebür ist auf Fr. 24'000.-- festzusetzen.

Dem Mann ist entsprechend eine reduzierte Parteienschädigung (unter Berücksichtigung der mehreren Eingaben und der mündlichen Verhandlungen) von Fr. 9'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Im Berufungsverfahren sind Vorschüsse von Fr. 8'000.-- (Frau), und Fr. 20'000.-- (Mann) geleistet worden.

Es wird beschlossen:

Es wird vorgemerkt, dass die Ziffern 1 und 2 des angefochtenen Urteils nicht angefochten und ab 18. Mai 2016 rechtskräftig sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufungen werden teilweise gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziffern 3 - 9 und 11 - 13 des angefochtenen Urteils werden aufgehoben.
2. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller Fr. 169'909.60 zu bezahlen.
3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin Fr. 14'722.50 zu bezahlen.
4. Die im Gesamteigentum der Gesuchsteller als einfacher Gesellschaft stehende Liegenschaft C.____-Strasse ..., Grundbuch Blatt ..., Liegenschaft, Kataster Nr. ..., in der Gemeinde D.____ wird dem Gesuchsteller mit Wirkung am Tag nach unbenütztem Ablauf der Frist zum Weiterzug dieses Urteils an das Bundesgericht (Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG) zu alleinigem Eigentum zugewiesen.

Die Eintragung dieser Handänderung im Grundbuch hat gemäss den nachstehenden Bestimmungen zu erfolgen:

- 4.1 Das Grundbuchamt hat die Liegenschaft auf Begehren des Gesuchstellers mit Rechten und Pflichten, Schaden und Nutzen als dessen Alleineigentum einzutragen.
- 4.2 Der Anrechnungswert für die Übernahme beträgt Fr. 1,4 Mio. Er wird getilgt durch Übernahme des Namensschuldbriefs über nominal Fr. 955'000.-- (mit einem Maximalzins von 10%, errichtet an erster Pfandstelle am 28. Juli 1965, und der aktuellen Verpflichtung von Fr. 812'500.--) durch den Gesuchsteller, durch Zahlung von Fr. 316'339.50 des Gesuchstellers an die Gesuchstellerin und im Übrigen durch Verrechnung mit dem Anteil des Gesuchstellers an der einfachen Gesellschaft der beiden Gesuchsteller, unter welcher sie die Liegenschaft bisher hielten.
- 4.3 Gleichzeitig mit dem Begehren hat der Gesuchsteller schriftlich nachzuweisen, dass die Gesuchstellerin aus der Haftung für den vorstehend genannten Schuldbrief und für die grundpfändlich gesicherten Schulden von ursprünglich Fr. 700'000.-- zu 2.25% (Festhypothek) resp. Fr. 170'000.-- zu 1,07% (Libor-Hypothek) gegenüber der UBS AG entlassen wird.
- 4.4 Gleichzeitig mit dem Begehren hat der Gesuchsteller ein unbedingtes Zahlungsversprechen einer schweizerischen Bank zu Gunsten der Gesuchstellerin über Fr. 316'339.50 vorzulegen.
Unter anderen Titeln schuldet die Gesuchstellerin dem Gesuchsteller Fr. 169'909.60 resp. der Gesuchsteller der Gesuchstellerin Fr. 14'722.50. Weist der Gesuchsteller schriftlich nach, dass seit Erlass des heutigen Urteils Verrechnung erklärt worden ist, beträgt die vom Zahlungsverprechen zu deckende Summe Fr. 146'429.90 (wenn nur der Gesuchsteller verrechnet) resp. Fr. 161'152.40 (wenn beide Seiten verrechnet).

- 4.5 Die grundbuchamtlichen Kosten sind von den Parteien je hälftig zu begleichen.
5. So weit die Parteien mehr und anderes verlangten, werden die Berufungen abgewiesen.
 6. Die erstinstanzlichen Kosten (Dispositiv-Ziffer 11) werden bestätigt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
 7. Für das Verfahren der ersten Instanz wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
 8. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 24'000.--. Sie wird der Gesuchstellerin zu zwei Dritteln und dem Gesuchsteller zu einem Drittel auferlegt und mit den im Berufungsverfahren geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller Fr. 8'000.-- zu ersetzen.
 9. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 9'720.-- (Mehrwertsteuer eingeschlossen) zu bezahlen.
 10. Schriftliche Mitteilung gegen Empfangsschein an die Parteien und an das Bezirksgericht Bülach, ferner nach Ablauf der in Dispositiv Ziffer 4 genannten Frist und unter Angabe des konkreten Datums im Teilauszug (Dispositiv Ziffer 4) an das Grundbuchamt D._____, mit Formular an das zuständige Zivilstandsamt und an die Obergerichtskasse.

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

11. 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 übersteigt Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung, so weit dieser Entscheid kein Gestaltungsurteil ist (Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG).

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am: