

ZH_OBERGERICHT LC110015 vom 17. September 2012

ZH Obergericht, 2012-09-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC110015

FR: ZH_OBERGERICHT LC110015 du 17 septembre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LC110015 del 17 settembre 2012

Erwägungen

E. 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-

- 7 - 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.

E. 2.1

Auf Grund seines Unterliegens im Berufungsverfahren sind diese Prozesskosten vollständig dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei der Bemessung der Entscheidungsbüher und der Parteientschädigung ist von einem Streitwert von rund Fr. 765'000.-- (Fr. 214'860.-- strittige Unterhaltsbeiträge, Fr. 550'000.-- strittiger Sondergutsanspruch) auszugehen.

E. 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 Entscheidungsbüher von Fr. 16'000.-- als angemessen.

E. 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:

E. 3

Der Berufungskläger ficht das vorinstanzliche Urteil nur in einzelnen Punkten an. Soweit das Urteil in den Dispositivziffern 1 (Scheidungs punkt), 3 Absatz 2 (teilweise Abweisung der Anweisung an die Schuldner), 9 (Abgeltungszahlung an die Berufungsbeklagte aus der beruflichen Vorsorge), 10 (Anweisung an die Personalsorgestiftung 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).

- 10 - 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).

- 11 - 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.– Fr. 7'976.50 bis September 2014 Fr. 4'224.– ab Oktober 2014 Vermögen Fr. 462'712.22 Fr. 206'110.75 (nach der güterrechtlichen plus ½ des Liquidationserlöses der C._____ AG plus ½ des Nettoerlöses aus dem Verkauf der Rustici im Tessin der Rustici im Tessin Bedarf Fr. 3'193.80 Fr. 3'619.60 2.

E. 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).

E. 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 Be-

rufungsbeklagte 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 - 15 - 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.

E. 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

- 16 - 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 Berufungsbeklagte 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 Festsetzung der

Unterhaltsbeiträge (vgl. act. 250 S. 13 ff., "3.3.2 Einkommen des Gesuchstellers"). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer 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 erstinstanzlichen 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 also 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 Kurzkomentar, 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 Berufungskläger durchaus möglich gewesen wäre, diesen Sachverhalt der ersten-

- 17 - 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

- 18 - 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-

- 19 - gleichpflichtig und in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zwingend zu berücksichtigen sei. 2.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.