

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130025-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

Beschluss und Urteil vom 19. August 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge), Kosten- und
Entschädigungsfolgen**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 19. November 2012
(EE100005-L)**

**Anlässlich der Hauptverhandlung korrigiertes
Rechtsbegehren des Klägers:**
(Urk. 1, Urk. 14 und Urk. 21)

- " 1. Den Parteien sei das Getrenntleben zu bewilligen;
2. das gemeinsame Kind E._____, geb. tt.mm.2006, sei unter die elterliche Obhut des Klägers zu stellen; der Beklagten sei ein ausge dehntes Besuchsrecht im Sinne der nachfolgenden Ausführungen zuzugestehen;
3. die bisherige eheliche Wohnung an der C._____-Strasse ..., D._____, sei dem Kläger für sich und E._____ zuzusprechen, unter Ansetzung einer angemessenen Frist an die Beklagte zum Auszug aus der vormals ehelichen Wohnung;
4. es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Kläger bereit ist, für die Beklagte und evtl. E._____ angemessene Unterhaltsbeiträge im Sinne der nachfolgenden Ausführungen zu bezahlen;
5. die einstweiligen vorsorglichen Massnahmen seien zu beenden und E._____ sei in die Obhut des Klägers, unter Ansetzung einer entsprechenden Frist mit Blick auf unsere Anträge Ziffern 1 und 2, sowie nach Rücksprache mit der eingesetzten Beistandschaft zu übergeben; evtl. sei eine Begutachtung beider Eltern auf ihre Erziehungsfähigkeit für E._____ anzuordnen;
6. es sei zudem die Gütertrennung per 1. Januar 2010, evtl. ab Eingabedatum, auszusprechen;
7. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen plus 7,6% MwSt. zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Beklagten:
(Urk. 23)

- " 1. Es sei der Beklagten das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Es sei der gemeinsame Sohn E._____, geb. tt.mm.2006, unter die Obhut der Beklagten zu stellen.
3. Es sei dem Kläger nur ein begleitetes Besuchsrecht zu gewähren. Eventuell sei das Besuchsrecht nach den Weisungen der abklärenden Fachperson zu bestimmen.
4. Es sei die eheliche Wohnung an der C._____-Strasse ..., D._____, samt Hausrat und Mobiliar, der Beklagten und dem Sohn zur alleinigen Benützung zuzuweisen.
5. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für sich und E._____ ab 1. Januar 2010 einen angemessenen Unterhaltsbeitrag zuzusprechen, unter Anrechnung der bereits bezahlten Beträge.

6. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 6'000.– zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 19. November 2012 :

1. Das Begehren der Beklagten um Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 10'000.-- wird abgewiesen.
2. Das Begehren der Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind.
4. Die Obhut für das Kind E. _____, geboren am tt.mm.2006, wird der Beklagten zugeteilt.
5. Der Kläger wird mit Vollstreckbarkeit dieses Entscheides für berechtigt erklärt, das Kind im folgenden Umfang auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:
 - während den ersten sechs Wochen jeden zweiten Sonntag unbegleitet von 11.00 Uhr bis 16.30 Uhr mit einer begleiteten Übergabe (nach Möglichkeit im F. _____);
 - während den anschliessenden sechs Wochen jeden zweiten Sonntag unbegleitet von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr;
 - während den anschliessenden 12 Wochen jedes zweite Wochenende von Sonntagmorgen, 10.00 Uhr, bis Montagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. einer Übernachtung; der Kläger bringt das Kind am Montag direkt in die Schule/Hort);

- während den anschliessenden 12 Wochen jedes zweite Wochenende unbegleitet von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Montagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. zwei Übernachtungen; der Kläger bringt das Kind am Montag direkt in die Schule/Hort);
- während den anschliessenden 12 Wochen jedes zweite Wochenende unbegleitet von Freitagnachmittag, Schul-/Hortschluss, bis Montagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. drei Übernachtungen; der Kläger holt das Kind am Freitag in der Schule/Hort ab und bringt das Kind am Montag direkt in die Schule/Hort).

Nach Ablauf dieser letzten Phase ist der Kläger berechtigt, das Kind im folgenden Umfang auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch bzw. in die Ferien zu nehmen:

- jedes zweite Wochenende unbegleitet von Freitagnachmittag, Schul-/Hortschluss, bis Dienstagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. vier Übernachtungen; der Kläger holt das Kind am Freitag in der Schule/Hort ab und bringt das Kind am Dienstag direkt in die Schule/Hort);
 - in geraden Jahren unbegleitet jeweils über die Osterfeiertage von Karfreitag bis und mit Ostermontag sowie über die Weihnachtsfeiertage vom 24. Dezember, 17.00 Uhr, bis und mit 26. Dezember;
 - in ungeraden Jahren unbegleitet von Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag sowie über Silvester/Neujahr vom 31. Dezember, ab 17.00 Uhr, bis und mit dem zweiten Neujahrsfeiertag, d.h. am 2. Januar;
 - für die Dauer von drei Wochen pro Jahr unbegleitet zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen; die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Kläger mindestens drei Monate im Voraus mit der Beklagten (allenfalls unter Mitwirkung der Beiständin) abzusprechen.
6. Die mit Verfügung vom 2. März 2012 für das Kind E._____ angeordnete Besuchs- und Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB i.V.m. Art. 176 Abs. 3 ZGB wird weitergeführt. Die der Beiständin

bereits übertragenen Aufgaben werden teilweise beibehalten resp. ergänzt, nämlich:

- Organisation, Koordination und Umsetzung des Besuchsrechts;
- Beratung und Unterstützung der Eltern sowie des Kindes in sämtlichen Belangen, welche die Erziehung und Ausbildung betreffen;
- die Eltern über wichtige Geschehnisse zu informieren und eine vermittelnde Rolle zwischen ihnen zu übernehmen;

und durch folgende Aufgaben ergänzt:

- Entscheid über die Besuchsmodalitäten unter Einbezug der Beteiligten (evtl. Übergabeort etc.);
- Entscheid über Verschiebung von Besuchstagen resp. Nachholung von ausgefallenen Besuchstagen;
- Entscheid bei Konflikten der Eltern im Hinblick auf die Ausübung des Besuchsrechts.

7. Die Vormundschaftsbehörde der Stadt G._____ wird ersucht, der mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde der Stadt G._____ vom 7. September 2012 neu ernannten Beiständin, Frau H._____, die Aufgaben gemäss Dispositiv Ziffer 6 zu übertragen.
8. Die eheliche Wohnung an der C._____ -Strasse ..., D._____ wird, inkl. Hausrat und Mobiliar, für die Dauer des Getrenntlebens der Beklagten und dem Kind zur alleinigen Benützung zugewiesen.

Es wird davon Vormerk genommen, dass der Kläger bereits ausgezogen ist.

9. Der Kläger wird unter Anrechnung bereits geleisteter Unterhaltsbeiträge verpflichtet, der Beklagten und E._____ folgende monatlichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- rückwirkend ab 1. Januar 2010 bis und mit 31. Juli 2010: Fr. 9'240.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für E. _____ und Fr. 7'140.- für die Beklagte persönlich;
- rückwirkend ab 1. August 2010 bis und mit 31. Dezember 2010: Fr. 8'790.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für E. _____ und Fr. 6'690.- für die Beklagte persönlich;
- rückwirkend ab 1. Januar 2011 bis 31. Oktober 2011: Fr. 6'690.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für E. _____ und Fr. 4'590.- für die Beklagte persönlich;
- rückwirkend ab 1. November 2011 bis 31. August 2012: Fr. 6'820.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für E. _____ und Fr. 4'720.- für die Beklagte persönlich;
- rückwirkend ab 1. September 2012: Fr. 6'240.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für E. _____ und Fr. 4'140.- für die Beklagte persönlich.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

10. Der Kläger wird sodann verpflichtet, der Beklagten als Unterhaltsbeitrag ab 25. März 2010 60% seiner von der I. _____ GmbH, von der J. _____ AG und von der K. _____ GmbH erhaltenen unregelmässigen Gewinn- und Dividendenausschüttungen zu überweisen, wobei davon Vormerk genommen wird, dass die Ausschüttung der J. _____ AG von Fr. 30'000.- als regelmässige Ausschüttung zu betrachten ist.
Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten diesbezügliche Unterlagen un-
aufgefordert zukommen zu lassen.
11. Das Begehren des Klägers, er sei für berechtigt zu erklären, die Unterhalts-
zahlungen durch direkte Zahlung des Mietzinses der Wohnung an der

C._____ -Strasse zu tilgen, so lange er dort in Haftung stehe, wird abgewiesen.

12. Die Gütertrennung wird per 1. Januar 2010 angeordnet.

13. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 7'500.00 ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 10'310.00 Gutachterkosten

Fr. 3'382.50 Barauslagen

Fr. 21'192.50 Total

Wird auf eine Begründung des Entscheids verzichtet, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

14. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

15. Es wird keiner Partei eine Prozessentschädigung zugesprochen.

16. (Mitteilungssatz)

17. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 158 S. 2):

- "1. Es seien Disp. Ziff. 5, 9 sowie Ziff. 13 -15 des rubrizierten Entscheides aufzuheben.
2. Das begleitete Besuchsrecht des Kindes E._____, geb. tt.mm.2006, sei bis auf Weiteres aufrechtzuerhalten.
3. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten persönlich und für E._____ folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats:
Ab 01.01.2010 – 31.07.2010: Fr. 9'240.–
Ab 01.08.2010 – 31.12.2010: Fr. 8'790.–

Ab 01.01.2011 – 31.10.2011: Fr. 8'735.–

Ab 01.11.2011 – 31.08.2012: Fr. 8'839.–

Ab 01.09.2012: Fr. 9'291.–

Diese Beträge verstehen sich inkl. Unterhalt von Fr. 2'100.– an E._____, zuzüglich vertragliche oder gesetzliche Kinderzulagen.

4. Es sei gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO die Vollstreckung bzw. die Vollstreckbarkeit von Disp. Ziff. 5 und Disp. Ziff. 9 des Entscheides der ersten Instanz aufzuschieben.
5. Das Gericht wird gebeten, die umfangreichen Akten beizuziehen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers.

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 164 S. 2):

"Die Berufung der Berufungsklägerin vom 14.03.2013 sei vollständig abzuweisen und die eheschutzrichterliche Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 19.11.2012 (EE10005-L) sei vollumfänglich zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % Mwst. zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 8. Januar 2010 machte der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Nach verschiedenen Begehren um Anordnung bzw. Abänderung vorsorglicher Massnahmen sowie diesbezüglichen Entscheiden, einer erfolglosen Mediation und nach Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens erliess die Vorinstanz am 19. November 2012 den eingangs zitierten, vorerst in unbegründeter Form ergangenen Entscheid (Urk. 151), dessen Begründung (Urk. 156) den Parteien am 4. März 2013 zugestellt wurde.

2. Hiergegen erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) mit Eingabe vom 14. März 2013 (Urk. 158) innert Frist Berufung, wobei sie oben angeführte Anträge stellte. Mit Verfügung vom 25. März 2013 (Urk. 162) wurde der Berufung mit Bezug auf Dispositivziffer 5 der angefochtenen Verfügung die aufschiebende Wirkung erteilt. Im Übrigen wurde das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit abgewiesen. Mit Eingabe vom 25. April 2013 (Urk. 164) erstattete der Kläger die Berufungsantwort mit den oben angeführten Anträgen. Mit Verfügung vom 30. April 2013 (Urk. 167) wurde der Beklagten Frist zur Novenstellungnahme angesetzt, welche diese innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 23. Mai 2013 (Urk. 170) erstattete. Die Novenstellungnahme wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 171).

3. Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 4, 6 bis 8 und 10 bis 12 des vorinstanzlichen Eheschutzentscheides blieben unangefochten. Die Dispositivziffer 9 blieb hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge sowie hinsichtlich der für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2010 zugesprochenen Ehegattenunterhaltsbeiträge ebenfalls unangefochten. Die genannten Ziffern sind damit in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist, Dispositivziffer 9 jedoch nur bezüglich der Unterhaltsbeiträge für E. _____ (Fr. 2'100.– pro Monat) sowie der Ehegattenunterhaltsbeiträge der Beklagten für die Zeitperiode 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2010.

II.

A. Vorbemerkungen

1. Das vorliegende Berufungsverfahren untersteht der Schweizerischen Zivilprozessordnung, da es sich gegen eine erst nach deren Inkrafttreten erlassene Verfügung richtet (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Im Streit liegen der Umfang und die Modalitäten des Besuchsrechts des Klägers, die Ehegattenunterhaltsbeiträge sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens. Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das

Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und nicht an die Parteivorbringen gebunden ist (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 109). Betreffend die Bindung an die Parteianträge gilt für die Belange der Ehegatten untereinander die Dispositionsmaxime (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 105; Art. 58 Abs. 1 ZPO). In Kinderbelangen gelten demgegenüber die Offizial- und die Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO).

3. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, mithin in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilberatung vorgebracht werden können. Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bundesgericht hat indes eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626 f. E 2.2). Entgegen der Beklagten (vgl. Urk. 1 S. 3) ist deshalb auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Allerdings können die Parteien vorbringen, in der ersten Instanz sei die Untersuchungsmaxime verletzt worden, indem gewisse Fakten unberücksichtigt geblieben seien. Falls dies zutrifft, sind die entsprechenden Vorbringen zu berücksichtigen (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414).

B. Besuchsrecht

1. Die Vorinstanz hat den Sohn E._____ unter die Obhut der Beklagten gestellt und dem Kläger ein in sechs Etappen abgestuftes Besuchsrecht zugesprochen.

2. Die Beklagte äusserte vor Vorinstanz erstmals mit Eingabe vom 16. Februar 2010 den Verdacht, dass der Kläger sexuelle Übergriffe auf E._____ begangen habe (Urk. 8). Sie liess in ihrer Eingabe ausführen, dass E._____ sich nach einem

einvernehmlichen Besuch beim Kläger am 2. Februar 2010 aufs Sofa gesetzt habe, sein Höschen heruntergezogen habe und angefangen habe, auf eine bis zu diesem Moment nicht bekannte Art und Weise mit dem Penis zu spielen. Er habe die Beklagte aufgefordert, ihn so zu streicheln, wie dies der Kläger auch mache bzw. die Hand der Beklagten auf seinen Penis gelegt und auf Befragen geschildert, wo und wie der Kläger dies gemacht habe (Urk. 8 S. 3 f. und 25 S. 2 f.; Prot. I . 36 ff.). Der Kläger bestritt die Vorwürfe sexuell motivierter Übergriffe von Anfang an vehement (Urk. 14 S. 2 und 33 S. 3; Prot. I S. 33). Im Rahmen der Obhutszuteilung hat sich die Vorinstanz eingehend und sehr sorgfältig mit den von der Beklagten gegenüber dem Kläger erhobenen Vorwürfe wegen sexuellen Missbrauchs des Sohnes auseinandergesetzt und in diesem Rahmen ein kinderpsychiatrisches Gutachten erstellen lassen. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass es nicht glaubhaft erscheine, dass der Kläger E._____ sexuell missbraucht habe.

3. Die Beklagte hält im Berufungsverfahren an den von ihr vor Vorinstanz erhobenen Missbrauchsvorwürfen fest und beanstandet die von der Vorinstanz getroffene Besuchsrechtsregelung. Konkret macht sie Folgendes geltend: Das von Dr. med. L._____ erstellte Gutachten vom 22. März 2011 (Urk. 78) weise formelle Mängel auf. So habe der Gutachter ohne Ermächtigung Drittpersonen wie die Eltern des Klägers befragt, nicht aber Frau M._____ (die vormalige Beiständin von E._____) und Frau N._____ (die behandelnde Kinderpsychologin von E._____) (Urk. 158 S. 5). Weiter bemängelt sie, dass weder Frau N._____, Frau M._____, Frau O._____ (Elternberatung) noch Frau P._____ (Fachstelle Q._____) zu den von E._____ gemachten Aussagen betreffend die Übergriffsvorwürfe befragt worden seien, obwohl sie mehrmals ein entsprechendes Begehren gestellt habe.

Am 24. Februar 2013 habe E._____ ihr gesagt, er wolle im F._____ nicht mit dem Kläger ins Freie, er wolle mit ihm nicht alleine sein. Diese Aussagen hätten sie sehr beunruhigt und ihr die früheren Aussagen von E._____ wieder in Erinnerung gerufen. Frau N._____, die Kinderpsychologin, habe in den letzten Sitzungen immer wieder erlebt, wie E._____ sich auf die Übergriffe des Klägers bezo-

gen habe. Sie, Frau N._____, sei der Meinung, dass diese Gegebenheiten ernst zu nehmen seien und sei auch gerne bereit, dem Gericht darüber zu berichten. Dieselbe Haltung habe auch die damalige Beiständin von E._____ eingenommen, auch wenn sie nur einmal ausführlich mit E._____ gesprochen habe. Auf S. 28 und S. 44 des angefochtenen Entscheides werde zwar abschliessend festgehalten, dass es nicht als glaubhaft erscheine, dass der Kläger gegenüber E._____ sexuelle Übergriffe begangen habe. Das Gericht habe indes auch nicht belegen können, dass der Kläger die ihm vorgeworfenen sexuellen Missbräuche nicht begangen habe. Gemäss dem Gutachter, Dr. med. L._____, und Frau N._____ sei jedoch auch nicht ausgeschlossen, dass sexuelle Übergriffe stattgefunden hätten (Urk. 158 S. 6).

4. Zur Feststellung, dass der Vorwurf des sexuellen Missbrauchs nicht begründet sei, gelangte die Vorinstanz, nachdem sie sich mit den Vorhaltungen der Beklagten fundiert auseinandergesetzt hatte. Die Vorinstanz stützte sich bei der Beurteilung der Missbrauchsvorwürfe insbesondere auf das von ihr eingeholte gerichtliche Gutachten von Dr. L._____, Facharzt FMH Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie, vom 22. März 2011 (Urk. 78). Weiter stützte sie sich auf die Therapieberichte der Kinderpsychologin von E._____, lic. phil. N._____, vom 6. Januar 2011 (Urk. 89/3 S. 2 ff.), vom 30. Mai 2011 (Urk. 89/3 S. 1) und vom 25. März 2012 (Urk. 141/1), die Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 22. März 2011, mit welchem das durch die Beklagte gegen den Kläger veranlasste Strafverfahren betreffend sexuelle Handlungen mit Kindern eingestellt wurde (Urk. 91/1), auf die von der Beklagten am 7. Februar 2010 mit E._____ durchgeführte und auf das iPhone aufgenommene Befragung (Urk. 19; von der Aufnahme wurde in act. 18 auch eine Abschrift erstellt), auf den Bericht samt Beilagen der vormaligen Beiständin von E._____, Frau M._____, vom 30. Mai 2011 (Urk. 88 und 89/1-4), auf die Telefongespräche vom 9. und vom 19. September 2011 mit der Beiständin (Urk. 94 und 97), auf das Telefongespräch vom 20. September 2011 mit der Hortmitarbeiterin Frau R._____ (Urk. 98) und auf das Telefongespräch mit der Grundstufenlehrerin von E._____, Frau S._____, vom 20. September 2011 (Urk. 99) sowie auf die persönliche Befragung der Parteien und des Gutachters (Prot. S. 32 ff, S. 36 ff. und S. 53 ff., S. 80 ff.).

5. Mit Bezug auf die von der Beklagten geltend gemachte formelle Mangelhaftigkeit des Gutachtens ist festzuhalten, dass es in der Kompetenz des Gutachters liegt, zu entscheiden, welche Personen er zwecks Erstellung seines Gutachtens befragen möchte. Eine Notwendigkeit zur Befragung der Beiständin oder der Kinderpsychologin von E. _____ bestand nicht, zumal der Gutachter über die gesamten Gerichtsakten und damit auch über die Berichte der Kinderpsychologin und der Beiständin verfügte. Die Therapieberichte der Kinderpsychologin von E. _____ haben im Übrigen auch Eingang ins Gutachten gefunden. Ebenso wenig vermag die Beklagte aus dem Vorbringen, wonach sie mehrmals das Begehren gestellt habe, es seien Frau N. _____, Frau M. _____, Frau O. _____ und Frau P. _____ zu den Aussagen von E. _____ betreffend die Übergriffsvorwürfe einzuvernehmen, etwas zu ihren Gunsten abzuleiten. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt mit Bezug auf die Missbrauchsvorwürfe ausreichend erforscht und ihren Entscheid unter Bezugnahme auf zahlreiche Unterlagen und Belege eingehend begründet. Die Abnahme von weiteren Beweismitteln war nicht angezeigt. Alleine die Tatsache, dass das Ergebnis des Gutachtens nicht mit der Ansicht der Beklagten übereinstimmt, vermag keine weiteren Sachverhaltserforschungen zu begründen.

Bevor auf die einzelnen Rügen der Beklagten hinsichtlich der Ausgestaltung des Besuchsrechts eingegangen wird, ist zu prüfen, ob die Vorinstanz nach Würdigung sämtlicher Beweismittel zum Schluss gelangen durfte, dass der Vorwurf des sexuellen Missbrauchs nicht glaubhaft sei.

5.1. Zunächst ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, dass aufgrund des Gutachtens nicht ersichtlich sei, ob sich der Kläger eines sexuellen Übergriffs auf E. _____ schuldig gemacht habe (Urk. 159 S. 24). Dem Gutachten ist zu entnehmen, dass E. _____ im Rahmen der Begutachtung keine Aussagen zu den von der Beklagten in der Eingabe vom 16. Februar 2010 behaupteten Vorwürfen gemacht hat. Gemäss Gutachter stützen sich die von der Beklagten gegenüber dem Kläger erhobenen Vorwürfe von sexuellen Übergriffen gegenüber E. _____ auf eine magere Evidenz. Was E. _____ auf der von der Beklagten angenommenen Tonaufzeichnung äussere, könne nicht als Beweis eines Fehlverhaltens des Klägers gewertet werden. In Bezug auf die Frage der Glaubwürdigkeit

der Aussagen von E._____ hielt der Gutachter fest, dass der Wunsch des Knaben, von der Beklagten sexuell berührt zu werden, durchaus das Motiv gewesen sein könnte, zu sagen, dass der Kläger dies auch so mache. So bestimmten die Wünsche in einem erheblichen Mass die Gedanken von E._____. Er habe nicht den Anspruch, die Wahrhaftigkeit seiner Aussagen mit Beweisen zu stützen. Glaubhaft erscheine beispielsweise der Wunsch, von der Mutter am Penis angefasst zu werden. Wenn E._____ behauptete, der Kläger mache das auch so, könne das ein Ausdruck des Wunsches sein. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten in der Berufungsschrift hat der Gutachter nicht gesagt, dass die behaupteten sexuellen Übergriffe nicht ausgeschlossen seien (vgl. Urk. 158 S. 6). Vielmehr hat er folgendes festgehalten: Die Explorationen hätten keine Hinweise auf eine sexuelle Ausbeutung durch den Kläger ergeben. E._____ und der Kläger hätten zusammen ein angenehm anmutendes, liebevolles Kontaktverhalten gezeigt. Das spreche dagegen, dass E._____ Opfer einer quälerischen sexuellen Ausbeutung gewesen sein könnte. Allfällige sexualisierte Spiele könnten aber aufgrund dessen nicht ausgeschlossen werden. Schliesslich verneinte der Gutachter die dem Kläger vorgeworfenen pädophilen Neigungen klar (Urk. 78 S. 19).

Diese Feststellungen des Gutachters sind schlüssig und werden anschaulich untermauert durch die vom Gutachter vorgenommene Beobachtung des Kindes während der Exploration. E._____ wirke im Kontakt mit dem Kläger zufrieden. Er habe sich beim Kläger angeschmiegt, als dieser sich mit ihm an den Tisch gesetzt habe. Er, der Gutachter, habe anlässlich des Zusammentreffens zwischen dem Kläger und E._____ im Rahmen der Begutachtung den Eindruck gewonnen, dass zwischen den beiden eine gute und unbelastete Beziehung bestehe. Er habe den Umgang des Klägers mit E._____ als kindgerecht und liebevoll wahrgenommen (Urk. 78 S. 19, 23 und 26). Vor diesem Hintergrund erscheint das von der Beklagten in der Berufungsschrift gemachte Vorbringen, wonach E._____ ihr kürzlich gesagt haben soll, dass er nicht mit dem Kläger ins Freie und nicht mit ihm alleine sein möchte (Urk. 158 S. 6), wenig glaubhaft.

5.2. Aus den Therapieberichten der Kinderpsychologin vom 6. Januar 2011, 30. Mai 2011 und vom 25. März 2012 geht hervor, dass E._____ der Therapeutin jeweils berichtet hat, dass der Kläger mit einem Plastikorca an seinem Penis ge-

spielt habe (Urk. 89/3 S. 2, 89/4 S. 1 und 141/2). Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang erwogen, dass die von E. _____ seit der Einstellung des Strafverfahrens vom 22. März 2011 bei der Therapeutin mehrfach gemachten Andeutungen auf einen möglichen sexuellen Missbrauch durch den Kläger nicht per se bedeuten würden, dass der Missbrauch auch tatsächlich vorgefallen sei, zumal aus der Darstellung der Therapeutin hervorgehe, dass E. _____ jeweils vor der Sitzung bei der Therapeutin mit der Beklagten über die angeblichen Übergriffe des Klägers gesprochen habe. Zwar müsse E. _____ gemäss Einschätzung der Therapeutin im Therapiebericht vom 25. März 2012 tatsächlich etwas mit dem Orca erlebt haben, da er ihr schon mehrmals immer in ähnlichen Worten berichtet habe, wie der Kläger mit dem Orca an seinem Penis manipuliert habe. Auch reagiere er immer stark auf den Plastikorca, welchen sie in der Praxis habe (Urk. 141/2). Doch führt auch die Therapeutin an, dass es schwierig sei, zu sagen, was E. _____ tatsächlich erlebt habe (Urk. 89/4). Zwar hat E. _____ der Therapeutin gegenüber den Vorfall mit dem Plastikorca geschildert, doch ist zu beachten, dass E. _____ ihr ebenso mit Bestimmtheit gesagt hat, der Kläger mache "solche Sachen" nicht, als von sexuellen Übergriffen die Rede war und angefügt hat, dass er den Kläger vermisse und ihn wieder sehen möchte (Urk. 89/3 S. 2 f.). In diesem Zusammenhang ist auf die vorinstanzliche Feststellung hinzuweisen, wonach es auffallend sei, dass E. _____ gewisse Details, beispielsweise das Verbot des Klägers, über den angeblichen Übergriff zu sprechen, erst zwei Jahre nach dem angeblichen Missbrauch geschildert habe (Urk. 141/2), obwohl die Beklagte diese Frage bereits anlässlich der iPhone-Aufnahme gestellt hat. Nach dem vorstehend Ausgeführten ergibt sich, dass die von E. _____ gegenüber der Therapeutin gemachten Äusserungen widersprüchlich sind, weshalb mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass aufgrund dieser Äusserungen nicht geschlossen werden kann, dass der Missbrauch auch tatsächlich vorgefallen ist. Daran vermag auch das unsubstantiierte Vorbringen der Beklagten in der Berufungsschrift, wonach E. _____ gegenüber der Kinderpsychologin in den letzten Sitzungen wiederum von Übergriffen des Klägers erzählt habe (Urk. 158 S. 8), nichts zu ändern. Angesichts der Tatsache, dass das Besuchsrecht des Klägers seit zwei Jahren im F. _____ stattfindet und E. _____ damit während den Besuchen mit dem Kläger

nicht alleine ist, kann es sich bei den angeblichen neuerlichen Schilderungen von E._____ betreffend sexuelle Übergriffe des Klägers nur um diejenigen Schilderungen handeln, welche bereits in den Therapieberichten der Kinderpsychologin vom 6. Januar 2011, 30. Mai 2011, 25. März 2012 thematisiert worden waren. Entsprechend erübrigt sich die Einholung eines weiteren Berichts von der Kinderpsychologin.

5.3. Mit Bezug auf die von der Beklagten durchgeführten und auf ihr iPhone aufgenommene Befragung von E._____ hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass die Aufnahme von geringem Beweiswert sei. Sie hat diesbezüglich ausgeführt, dass viele Fragen der Beklagten als suggestiv einzustufen seien, was namentlich bei Kleinkindern zur Folge haben könne, dass die weiteren Aussagen nicht auf realen Begebenheiten, sondern auf Pseudoerinnerungen beruhten (Urk. 159 S. 20). Auch die von der Beklagten in diesem Zusammenhang gemachten Vorbringen, wonach Frau T._____, Mitarbeiterin der Fachstelle Q._____, der Meinung sei, dass die Aussagen von E._____ eindeutig und klar und damit absolut glaubhaft seien (Urk. 23 S. 9), sowie die Aussage von Frau O._____ von der Elternberatung, wonach die Aussagen des Kindes typisch seien für ein Kind, das von sexuellen Handlungen betroffen sei (Urk. 25 S. 2), vermögen an dieser Feststellung nichts zu ändern, da es sich einerseits bei diesen Vorbringen um blosser Behauptungen handelt und weil andererseits die beiden Frauen E._____ nie persönlich getroffen haben, sondern ihre Einschätzungen lediglich aufgrund einer Tonbandaufnahme gemacht haben.

5.4. Die Beklagte begründete ihren Missbrauchsverdacht vor Vorinstanz zusätzlich damit, dass E._____ seit ca. Ostern 2011 (nachdem die Staatsanwaltschaft See/Oberland den Orca zurückgeschickt habe) während der Woche – gerade nach den begleiteten Treffen mit dem Kläger – vereinzelt wieder eingekotet habe (Prot. I S. 83). Die Vorinstanz hat diesbezüglich zutreffend festgehalten, dass einzig die Beklagte das Einkoten bei E._____ bemerkt habe. Weder die Hortmitarbeiterin noch die Grundstufenlehrerin hätten das Einkoten oder den von der Beklagten erwähnten Spitznamen "Gaggi" mitbekommen, ebenso wenig der Kläger anlässlich der Kontakte im F._____. Die Psychologin und die Beiständin hätten da-

von lediglich aus den Schilderungen der Beklagten gewusst (Urk. 159 S. 26). Der Gutachter führte anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 23. September 2011 auf Befragen zu den möglichen Gründen für das Einkoten aus, dass das Kind ein Problem habe, mehr könne er dazu nicht sagen. Einen Zusammenhang zwischen Einkoten und sexuellem Missbrauch sei ihm nicht bekannt. Ihm sei Einkoten lediglich als unmittelbare Reaktion auf einen sexuellen Übergriff bekannt (Prot. I S. 100). Vor diesem Hintergrund ist die Vorinstanz zutreffend zum Schluss gelangt, dass – selbst wenn E._____ nach den Besuchstagen regelmässig in die Hosen mache – daraus nicht geschlossen werden könne, dass durch den Kläger sexuelle Übergriffe stattgefunden hätten (Urk. 159 S. 26).

5.5. Schliesslich ist die Vorinstanz zutreffend zum Ergebnis gelangt, dass auch die von der Beklagten im Zusammenhang mit den Missbrauchsvorwürfen angeführte Verweigerung der Krippenbesuche nicht per se auf einen sexuellen Übergriff durch den Kläger schliessen lassen würden. Das Verhalten von E._____ nach den jeweiligen Übergaben vom Kläger zur Beklagten könne auch Ausdruck eines Besuchsrechtssyndroms sein. Es sei leicht nachvollziehbar, dass ein vier- bzw. fünfjähriges Kind die Spannungen der Eltern übernehme und hierauf reagiere (Urk. 159 S. 27).

5.6. Wenn die Beklagte geltend macht, das Gericht habe nicht belegen können, dass der Kläger die ihm vorgeworfenen sexuellen Missbräuche nicht begangen habe, so ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, den Beweis zu erbringen, dass die behaupteten sexuellen Übergriffe nicht begangen worden sind. Vielmehr muss das Gericht nach Würdigung der vorhandenen Beweismittel beurteilen, ob die behaupteten Übergriffe glaubhaft erscheinen. Zur Glaubhaftmachung einer behaupteten Tatsache genügt es, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht - der Richter braucht von der Richtigkeit nicht restlos überzeugt zu sein (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 110 und N 8 zu § 148 ZPO, BGE 118 II 376, vgl. Kass.-Nr. 98/408, a.a.O.). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz insbesondere aufgrund der Einschätzung des Gutachters zutreffend zum Schluss gelangt ist, dass ein sexueller Missbrauch durch den Kläger

nicht glaubhaft erscheint. Die Beklagte brachte in der Berufung nichts vor, was die Abnahme von weiteren Beweismitteln als notwendig erscheinen liesse. Insbesondere kann auf die Einholung eines weiteren Berichts der Kinderpsychologin verzichtet werden, nachdem sich bereits drei Berichte der Kinderpsychologin bei den Akten befinden.

6. In einem nächsten Schritt ist auf die einzelnen Rügen der Beklagten hinsichtlich der Ausgestaltung des Besuchsrechts einzugehen.

6.1. Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Das Kind braucht zu seiner geistigen und sittlichen Entfaltung und damit es zum selbständigen Menschen aufwachsen kann, den persönlichen Verkehr zu beiden Elternteilen, sofern ein solcher Kontakt für das Kind keine Gefährdung beinhaltet. Nach den Erfahrungen der Sozialwissenschaften hat der positive persönliche Kontakt zu beiden Eltern, insbesondere auch zum nicht obhutsberechtigten Elternteil, für die psychische Entwicklung des Kindes denn auch entscheidende Bedeutung (vgl. BGE 115 II 320; vgl. Hegnauer, Berner Kommentar, N. 14, 18 zu Art. 273 ZGB, S. 88 f.).

6.2. Seit November 2010 sieht der Kläger E._____ lediglich jeden zweiten Sonntag im begleiteten Besuchstreff F._____. Die Vorinstanz hat dem Kläger ab Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides ein unbegleitetes, sich während sechs Etappen sukzessive ausweitendes Besuchsrecht eingeräumt, nachdem sich die Missbrauchsvorwürfe nicht erhärtet haben. Während den ersten sechs Wochen hat sie den Kläger für berechtigt erklärt, den Sohn E._____ jeden zweiten Sonntag unbegleitet von 11.00 Uhr bis 16.30 Uhr mit einer begleiteten Übergabe zu sich auf Besuch zu nehmen. Für die anschliessenden sechs Wochen erfolgt eine Ausweitung des Besuchsrechts bis 18.00 Uhr. In den darauffolgenden 12 Wochen soll ein Besuchsrecht mit Übernachtung hinzukommen, nämlich von Sonntagmorgen, 10.00 Uhr, bis Montagmorgen, Schul-/Hortbeginn. In den darauffolgenden 12 Wochen soll das Besuchsrecht bereits ab Samstagmorgen, 10.00 Uhr, stattfinden. Nach Ablauf der letzten Phase wird das Besuchsrecht auf Freitagnachmittag (Schul/Hortschluss) bis Dienstagmorgen (Schul-/Hortbeginn)

ausgeweitet und dem Kläger ausserdem ein gerichtsbliches Feiertagsbesuchsrecht sowie ein Ferienbesuchsrecht von drei Wochen pro Jahr zugestanden (Dispositivziffer 5 der angefochtenen Verfügung).

6.3. Mit Bezug auf die bisherige Ausübung des Besuchsrechts führt die Beklagte aus, dass dieses bisher gut funktioniert habe. Sie habe dem Kläger Terminvorschläge für die Sommerferien, während welchen das F._____ geschlossen sei, gemacht, damit er den Sohn weiterhin sehen könne (Urk. 158 S. 6). Die Beklagte bringt gegen die von der Vorinstanz getroffene Besuchsrechtsregelung vor, dass der aktuelle Umfang des Besuchsrechts E._____ genüge. Er möchte keine Ausweitung. Er sage, dass er Angst habe. Sie, die Beklagte, könne sich einen Kontakt zwischen dem Kläger und E._____ ausserhalb des F._____s nicht vorstellen. Ein unbegleitetes Besuchsrecht komme nicht in Frage. Die Kinderpsychologin, welche E._____ seit drei Jahren kenne, sei überzeugt, dass eine längere Übergangsregelung notwendig und dass ein unbegleitetes Besuchsrecht nicht zu verantworten sei. Die Kinderpsychologin warne vor einer abrupten Umstellung hin zu einem unbegleiteten Besuchsrecht. Eine Besuchsrechtsregelung im von der Vorinstanz festgesetzten Umfang blende das Kindeswohl vollumfänglich aus. Da nun bereits seit über zwei Jahren ein begleitetes Besuchsrecht bestehe, könne man dieses nicht plötzlich unbegleitet ausgestalten, ohne dass eine Fachperson dies prüfe und für richtig befinde. Es seien weitere Berichte der Kinderpsychologin sowie der früheren Beiständin einzuholen. E._____ müsse vorab vorbereitet und dürfe nicht unbegleitet dem Kläger alleine überlassen werden. Aus Urk. 94 und 97 sei ausserdem ersichtlich, dass die ehemalige Beiständin, Frau M._____, dem Gericht mitgeteilt habe, dass es E._____ im Moment (September 2011) nicht gut gehe und dass das begleitete Besuchsrecht nicht ausgebaut werde (Urk. 158 S. 8).

6.4. Mit Bezug auf das unbegleitete Besuchsrecht hat die Vorinstanz zunächst erwogen, dass einem solchen nichts mehr im Wege stehe, nachdem sich der Verdacht der Beklagten, dass sich der Kläger sexueller Übergriffe schuldig gemacht habe, nicht erhärtet habe (Urk. 159 S. 48).

Wenn die Beklagte ausführt, dass für sie ein unbegleitetes Besuchsrecht nicht in

Frage komme und sie sich einen Kontakt des Klägers mit E._____ ausserhalb des F._____s nicht vorstellen könne, und sie gleichzeitig behauptet, dass E._____ keine Ausweitung des Besuchsrechts möchte und dass er Angst habe, so drängt sich der Schluss auf, dass die Beklagte ihre eigenen negativen Gefühle und Ängste gegenüber dem Kläger auch E._____ zuschreibt. Tatsache ist, dass der Gutachter – als neutrale Person – den Umgang zwischen dem Kläger und E._____ als liebevoll beschrieben hat und E._____ im Beisein mit dem Kläger zufrieden gewirkt hat. Die Beklagte ist darauf hinzuweisen, dass bei allen Kinderbelangen oberste Richtschnur das Kindeswohl ist, nicht hingegen die Wünsche der Eltern. Die Beklagte begegnet dem Kläger offenbar nach wie vor mit grossem Misstrauen. Bereits der Gutachter und die Vorinstanz haben ausgeführt, dass die schlechten Gefühle der Beklagten ernst genommen werden müssten. Der Gutachter hat deshalb eine Mediation bei Herrn U._____ (Befreiung aus der Sackgasse) empfohlen, welche die Parteien dann auch besucht haben, allerdings ohne Erfolg. Der Umstand, dass die Mediation nicht die erhoffte Wirkung gehabt hat, nämlich, dass sich die Eltern wieder ohne Misstrauen begegnen und verständigen können, darf jedoch keinen Einfluss auf die Ausgestaltung des Besuchsrechts haben. Auch kann vor dem Hintergrund, dass der Gutachter anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 23. September 2011 zu Protokoll gegeben hat, dass er nicht einsehe, was dem Kindeswohl abträglich wäre, wenn man sich auf eine andere Regelung als das F._____ verständigen würde, nicht gesagt werden, dass durch die von der Vorinstanz festgesetzte Besuchsrechtsregelung das Kindeswohl vollumfänglich ausgeblendet werde (Urk. 158 S. 8). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass das von der Vorinstanz vorgesehene unbegleitete Besuchsrecht im Einklang mit dem Kindeswohl von E._____ steht, weshalb die Regelung nicht zu beanstanden ist.

6.5. Die Vorinstanz hat das unbegleitete Besuchsrecht ohne Übergangsfrist angeordnet und begründete den Entscheid damit, dass angesichts des Umstandes, dass der Kläger E._____ seit ca. zwei Jahren im Rahmen eines begleiteten Besuchsrechts regelmässig sehe, die erforderliche Nähe zwischen E._____ und dem Kläger vorhanden sei, so dass mit Vollstreckbarkeit des Entscheides zu einem unbegleiteten Kontakt übergegangen werden könne (Urk. 159 S. 48). Die

Vorinstanz stützte ihren Entscheid auf die Empfehlungen des Gutachters anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 23. September 2011. Er gab auf Befragen zu Protokoll, dass das begleitete Besuchsrecht im F. _____ nach Möglichkeit nicht länger als drei bis vier Monate weiterzuführen sei. Durch die Installation eines begleiteten Besuchsrechts werde zwar die Gefahr der Entfremdung weitgehend gebannt. Dauere dieses jedoch ein halbes Jahr oder länger an, stelle sich das Kind die Frage, was wohl mit dem Kläger nicht in Ordnung sei. Das F. _____ sei eine in die Länge gezogene Übergangsregelung, welche nicht fortgesetzt werden müsse (Prot. I S. 105 f.).

6.6. Entgegen der Beklagten kann auf die Einholung von Berichten von der Kinderpsychologin und der Beiständin verzichtet werden. Alleine die Tatsache, dass die Ansicht der Beklagten mit dem Ergebnis des Gutachtens nicht übereinstimmt, vermag keine Notwendigkeit zur weiteren Sachverhaltserforschung zu begründen. Auch kann keine Rede davon sein, dass sich keine Fachperson mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob ein unbegleitetes Besuchsrecht dem Kindeswohl von E. _____ entspreche. Ferner handelt es sich beim Vorbringen, wonach die Kinderpsychologin überzeugt sei, dass eine längere Übergangsregelung notwendig sei, um eine blosser Behauptung. Schliesslich zielt das Vorbringen der Beklagten, wonach Frau M. _____ dem Gericht mitgeteilt habe, dass es E. _____ im Moment nicht gut gehe, ins Leere, wurden diese Aussagen doch im September 2011 gemacht. Vor dem Hintergrund, dass das begleitete Besuchsrecht im F. _____ nun bereits seit mehr als zweieinhalb Jahren besteht, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass zwischen dem Kläger und E. _____ die erforderliche Nähe bereits vorhanden ist, weshalb auf eine Übergangsfrist verzichtet werden kann. Auch kann nicht von einem abrupten Wechsel gesprochen werden. Ein solcher wäre dann zu bejahen, wenn ein unbegleitetes Besuchsrecht angeordnet würde, nachdem zwischen Vater und Sohn über einen längeren Zeitraum gar kein Kontakt stattgefunden hätte. Die Beklagte scheint zu vergessen, dass E. _____ nicht mit einer fremden Person Zeit verbringt, sondern mit seinem Vater, den er kennt und welchen er zu sehen sich freut.

6.7. Mit Bezug auf den Umfang des Besuchsrechts bringt die Beklagte einzig vor, dass sie und die Kinderpsychologin mit der vorgeschlagenen etappenweisen Ausweitung des Besuchsrechts nicht einverstanden seien. Der aktuelle Umfang des Besuchsrechts genüge E. _____. Er möchte keine Ausweitung (Urk. 158 S. 7).

Auch bei der Festlegung des Umfangs des klägerischen Besuchsrechts hat sich die Vorinstanz auf die Empfehlungen im Gutachten bzw. die Aussagen des Gutachters anlässlich dessen Befragung vom 23. September 2011 gestützt. Der Gutachter schlug zwar die gemeinsame Obhut als Ziel vor. Vor dem Hintergrund der mangelnden Kommunikationsfähigkeit zwischen den Parteien sah die Vorinstanz zu Recht von der gemeinsamen Obhut ab und ordnete stattdessen ein ausgedehntes Besuchsrecht des Klägers an.

Mit Bezug auf den Umfang des Besuchsrechts führte der Gutachter aus, dass es wichtig sei, dass E. _____ durch die Übergaben nicht unnötig gestresst werde. Er erachte es deshalb als sinnvoll, längere Zeiträume vergehen zu lassen, bevor wieder ein Wechsel vom Kläger zur Beklagten und umgekehrt erfolge. Ein Wechsel könnte beispielsweise alle zwei Wochen, allenfalls sogar drei Wochen, stattfinden. Bei Wochenendbesuchen sei wichtig, dass diese regelmässig stattfänden und ein guter Modus für die Übergabe gefunden werde (Prot. I S. 99). Die Vorinstanz hat hinsichtlich des Umfangs und der Dauer des Besuchsrechts erwogen, dass die Empfehlung des Gutachters zwar dem seinerzeit von den Parteien vereinbarten Betreuungsplan, gemäss welchem E. _____ am Dienstag- und Freitagnachmittag sowie Samstag beim Kläger war, widerspreche. Damals sei E. _____ allerdings drei Jahre jünger gewesen. Dem heute siebenjährigen Jungen sei es zumutbar, nach einer längeren Übergangsphase längere Zeit beim Kläger zu verbringen, so dass – entsprechend der Empfehlung im Gutachten – einem mehrtägigen unbegleiteten Besuchsrecht inklusive Übernachtung sowie einem Ferienbesuchsrecht nichts im Wege stehe (Urk. 159 S. 49). Bei der Dauer des Besuchsrechts sei zu berücksichtigen, dass sich der Kläger während dem Zusammenleben - trotz starkem beruflichem Engagement - regelmässig um E. _____ gekümmert habe und dass die Parteien, bevor die Vorwürfe betreffend der sexuellen Übergriffe aufgetaucht seien, vereinbart hätten, dass E. _____ tagsüber wö-

chentlich während knapp 16 Stunden durch den Kläger betreut werde, was - auf zwei Wochen aufgerechnet - rund drei Tage ausmache. Dementsprechend sei das dem Kläger zustehende Besuchsrecht über das gerichtsbliche auszuweiten. Weiter sei zu berücksichtigen, dass die Übergaben für sämtliche Beteiligten, insbesondere aber für E._____, möglichst stressfrei zu halten seien. In der vorliegenden Situation biete sich damit der Hort resp. die Schule für Übergaben an. Das Kind solle wenn möglich im Hort resp. in der Schule übergeben werden. Konkret soll das Kind jedes zweite Wochenende von Freitagnachmittag, nach Schul- resp. Hortschluss bis Dienstagmorgen, Schul- resp. Hortbeginn zum Kläger auf Besuch gehen. Weiter rechtfertige sich eine gerichtsbliche Feiertagsregelung. Ferner seien dem Kläger drei Wochen Ferien mit dem Sohn zuzugestehen, welche wie üblich mindestens drei Monate im Voraus mit der Beklagten abzusprechen seien, unter Umständen mit Unterstützung der Beiständin (Urk. 159 S. 49 f.). Nachdem sich der Gutachter auch zum Umfang des Besuchsrechts geäußert hat, konnte sich die Vorinstanz auch diesbezüglich auf eine Expertenmeinung stützen, weshalb das Vorbringen der Beklagten, wonach die Kinderpsychologin die etappenweise Ausweitung nicht gutheisse, ins Leere zielt, zumal es sich dabei ohnehin lediglich um eine Behauptung handelt. Wie erwähnt, besteht auch der Eindruck, dass die Beklagte ihre eigenen Ansichten und Wünsche mit denjenigen von E._____ gleichsetzt.

6.8. Abschliessend ist auf die einzelnen Etappen der von der Vorinstanz vorgesehenen Besuchsrechtsregelung einzugehen. Das in der ersten Etappe vorgesehene Besuchsrecht unterscheidet sich bezüglich des bisherigen Besuchsrechts einzig darin, dass es unbegleitet stattfindet, worauf schon weiter oben eingegangen wurde. Wie erwähnt hat die Vorinstanz den Zeitrahmen in nachvollziehbarer Weise kurz bemessen und begründete dies damit, dass nicht vergessen werden dürfe, dass E._____ nicht mit einer fremden Person Zeit verbringe, sondern mit dem Vater, zu dem er eine gute Beziehung hat. Vor dem Hintergrund, dass seit mehr als zweieinhalb Jahren ein begleitetes Besuchsrecht des Klägers besteht und E._____ damit an Besuche mit dem Kläger gewöhnt ist, erscheint die Bemessung der ersten Etappe angemessen.

Die zweite Etappe unterscheidet sich hinsichtlich der ersten Etappe einerseits da-

rin, dass die Besuchszeit um zwei Stunden verlängert wird andererseits dadurch, dass die Parteien die Übergabe selbst arrangieren müssen, weshalb die Vorinstanz bereits zutreffend festgestellt hat, dass diese Etappe für die Parteien anspruchsvoller ist als für E. _____. Durch die stufenweisen Ausweitung des Besuchsrechts wird E. _____ langsam an die längeren Besuche mit dem Kläger gewöhnt.

In den Etappen drei bis sechs kommen Übernachtungen sowie die unbegleitete Übergabe hinzu. Gemäss zutreffender vorinstanzlicher Erwägung hat die Regelung, wonach der Kläger ab der dritten Etappe den Sohn am Montag jeweils direkt in die Schule bzw. den Hort bringt, den Vorteil, dass sich die Parteien nicht direkt begegnen müssen. Die Vorinstanz hat dieser vergleichsweisen grossen Umstellung dadurch Rechnung getragen, dass die Gewöhnungszeit auf jeweils zwölf Wochen ausgeweitet wird. Angesichts des Umstandes, dass sich der Kläger bereits in der Vergangenheit – vor den Missbrauchsvorwürfen – intensiv um E. _____ gekümmert hat, dass zwischen E. _____ und dem Kläger eine gute Beziehung besteht, und dass E. _____ inzwischen fast sieben... ist, erscheint die Anordnung eines Besuchsrechts mit Übernachtung nach einer Übergangsfrist von zwölf Wochen ab Entscheiddatum angemessen. Gesamthaft gesehen erscheint die über eine Zeitspanne von insgesamt 36 Wochen erfolgende schrittweise Ausweitung des Besuchsrechts von Sonntagmorgen bis Montagmorgen (Etappe drei) auf Freitagnachmittag bis Dienstagmorgen (Etappe sechs) angemessen. Ab der sechsten Etappe kommt ein gerichtsübliches Feiertags- und Ferienbesuchsrecht hinzu. Dannzumal wird E. _____ bereits achtjährig sein.

6.9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Vorinstanz festgesetzte Besuchsrechtsregelung im Interesse des Kindeswohles als die angemessene erscheint, weshalb die vorinstanzliche Regelung zu bestätigen ist.

C. Unterhalt

Die Beklagte beantragt mit der Berufung die Erhöhung der von der Vorinstanz festgesetzten Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 4590.– auf Fr. 6'635.– pro Monat (1. Januar 2011 bis 31. Oktober 2011), von Fr. 4'720.– auf monatlich Fr. 6'739.– (1. November 2011 bis 31. August 2012) und von Fr. 4'140.– auf

Fr. 6'240.– pro Monat (ab 1. September 2012). Die von der Vorinstanz für die Zeit von 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2010 festgesetzten Ehegattenunterhaltsbeiträge blieben wie erwähnt unangefochten.

1. Einkommen des Klägers

1.1. Die Vorinstanz ist beim Kläger von einem Nettoeinkommen (inklusive 13. Monatslohn, ohne Kinderzulagen) von Fr. 15'249.– (Fr. 12'709.– von der J. _____ AG, Lohnbestandteile Kinderkrippe von Fr. 1'900.– und Putzfrau von Fr. 640.–) ausgegangen (Urk. 159 S. 59 ff.).

1.2. Die Beklagte macht geltend, der Umstand, dass die I. _____ GmbH dem Kläger gewisse flexible Lohnbestandteile wie Putzfrauentuschädigung und Kinderkrippenkosten bezahle, lege den Verdacht nahe, dass der Kläger noch weitere Lohnbestandteile – auch von anderen Firmen – beziehe. So sei davon auszugehen, dass die I. _____ GmbH auch die Mietzinskosten des Klägers übernommen habe (Urk. 158 S. 10). Vermutlich liege das Nettoeinkommen höher als Fr. 15'249.–. Weiter bringt die Beklagte vor, dass es zwar zutreffend sei, dass ihr der Nachweis nicht gelungen sei, dass die dem Kläger gehörende Firma V. _____ einen Gewinn erziele sowie dass der Kläger aus dem Verwaltungsratsmandat bei der W. _____ AG eine Entschädigung erhalte. Dies bedeute jedoch nicht, dass er solche Einkünfte nicht erhalte. Sie, die Beklagte, sei beim Kläger von höheren Einkünften ausgegangen, weil das dem Kläger von der Vorinstanz angerechnete Einkommen nicht ausgereicht hätte, um den hohen Lebensstandard der Parteien mit jährlichen teuren Ferien und der Mitgliedschaft im Golfclub etc. zu finanzieren. Mit Bezug auf die Gewinn- und Dividendenausschüttungen der I. _____ GmbH macht die Beklagte geltend, dass sie von der Vorinstanz "vertröstet" worden sei, indem sie den Kläger verpflichtet habe, eine spätere unregelmässige Gewinn- bzw. Dividendenausschüttung zu 60 % der Beklagten als Unterhalt zu bezahlen. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach die beiden Ausschüttungen vom 3. Januar 2011 und 8. Februar 2011 als unregelmässige Ausschüttungen zu qualifizieren seien, welche zu 60 % der Beklagten zukommen sollen, sei völlig willkürlich. Weiter sei die Verpflichtung des Klägers, der Beklagten unaufgefordert die Unterlagen betreffend die von der K. _____ GmbH und der J. _____ enthaltenen

unregelmässigen Gewinn- und Dividendenausschüttungen zukommen zu lassen, ungenügend. Der Kläger müsse zur Herausgabe der Bilanz und Erfolgsrechnung verpflichtet werden, damit ein Minimum an Prüfung möglich sei (Urk. 158 S. 10).

a) Betreffend das Vorbringen der Beklagten, wonach die I._____ GmbH die Mietzinskosten des Klägers übernommen habe, hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass dieses Vorbringen durch Unterlagen widerlegt wird (vgl. Urk. 22B/3.1). Inwiefern der Kläger neben der Entschädigung für die Kinderkrippe und die Putzfrau über zusätzliche variable Lohnbestandteile verfügen soll, tut die Beklagte nicht dar und ist aus den Akten auch nicht ersichtlich. Die Beklagte kommt damit ihrer Rügepflicht nicht nach. Sie ist darauf hinzuweisen, dass das Sammeln des Prozessstoffes auch bei der Untersuchungsmaxime in erster Linie Sache der Parteien bleibt. Wenn die Beklagte geltend macht, dass das Nettoeinkommen vermutlich höher sei als Fr. 15'249.–, so ist sie damit ihrer Substantiierungspflicht nicht nachgekommen. Sie legt nicht dar, über welche zusätzlichen variablen Lohnbestandteile der Kläger verfügen soll.

b) Mit Bezug auf die behaupteten Einnahmen des Klägers aus seiner Tätigkeit bei der V._____ AG und aus dem Verwaltungsratsmandat bei der W._____ AG ist unbestritten, dass die Beklagte diese Einnahmen nicht glaubhaft machen konnte. Wenn die Beklagte geltend macht, dass die Vorinstanz diese Einkünfte nicht habe belegen können, weshalb es unverständlich sei, dass die Vorinstanz ihr die Beweislosigkeit vorhalte, so ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass die Untersuchungsmaxime keine Auswirkungen auf die Beweispflicht und die Beweislastverteilung hat. Die Beklagte ist betreffend der behaupteten Nebeneinkünfte des Klägers beweispflichtig und nicht etwa das Gericht, wie dies die Beklagte implizit geltend macht. Sodann vermag die Beklagte mit ihrem unsubstantiierten Vorbringen, wonach sie aufgrund des hohen Lebensstandards der Parteien von höheren Einkünften des Klägers ausgehe, nichts zu ihren Gunsten abzuleiten und hat nicht ansatzweise glaubhaft gemacht, dass die vorinstanzliche Einkommensberechnung unzutreffend ist.

c) Hinsichtlich der Dividendenausschüttungen der I._____ GmbH, der J._____ AG und der K._____ GmbH hat die Vorinstanz zunächst in nachvollzieh-

barer Weise dargelegt, weshalb seitens der I. _____ GmbH ab dem Jahr 2010 nicht mehr mit Dividendenzahlungen im Umfang der vergangenen Jahre (rund Fr. 76'900.– im Jahre 2009; vgl. Urk. 35 und 36) gerechnet werden könne. Ebenfalls zutreffend ist die Feststellung der Vorinstanz, dass gestützt auf die zwei Zahlungen der I. _____ GmbH vom 3. Januar 2011 und 9. Februar 2011 nicht von einer regelmässigen Vergütung der I. _____ GmbH ausgegangen werden könne. Entsprechend hat sie dem Antrag der Beklagten, wonach die Gewinnausschüttungen bei der Einkommensfestsetzung zu berücksichtigen seien, dahingehend Rechnung getragen, dass sie den Kläger in einer separaten Dispositivziffer verpflichtet hat, der Beklagten 60 % der Gewinnausschüttungen – entsprechend der Aufteilung des Freibetrags – zu überweisen, was vor dem Hintergrund des vorstehend Erwogenen nicht zu beanstanden ist. Mit Bezug auf das Vorbringen, wonach die in Dispositivziffer 10 festgehaltene Verpflichtung zur Herausgabe der Unterlagen betreffend die Gewinn- und Dividendenausschüttungen ungenügend sei, ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass sie in ihren Berufungsanträgen die Aufhebung der Dispositivziffer 10 nicht beantragt hat. Entsprechend ist diese Ziffer in Rechtskraft erwachsen, weshalb es sich erübrigt, auf die diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten einzugehen. Lediglich der Vollständigkeit halber sei jedoch angeführt, dass von der Verpflichtung selbstverständlich auch die Herausgabe der Bilanz und Erfolgsrechnung erfasst wird, da nur mit diesen Unterlagen beurteilt werden kann, wie hoch die fraglichen Ausschüttungen sind.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass beim Kläger in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von einem Nettoeinkommen von Fr. 15'249.– (Fr. 12'709.– von der J. _____ AG, Lohnbestandteile Kinderkrippe von Fr. 1'900.– und Putzfrau von Fr. 640.–) auszugehen ist.

2. Einkommen der Beklagten

2.1. Die Vorinstanz hat der Beklagten im Massnahmeentscheid vom 20. Dezember 2010 ab 1. Januar 2011 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'387.80 bei einem Pensum von 60 % (bis zum möglichen Abschluss ihrer Weiterbildung) und ab 1. September 2012 ein solches von Fr. 5'850.40 bei einem

Pensum von 80 % angerechnet. Daran hat sie im Endentscheid festgehalten (Urk. 159 S. 65 ff.).

2.2. Die Beklage bemängelt einerseits die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens an sich und andererseits die rückwirkende Anrechnung.

a) Mit Bezug auf die von der Vorinstanz vorgenommene rückwirkende Anrechnung des hypothetischen Einkommens macht die Beklagte geltend, dass ein solches Vorgehen willkürlich sei. Ein hypothetisches Einkommen dürfe erst für die Zukunft nach Einräumung einer Übergangsfrist angerechnet werden, was von der Vorinstanz mit Verweis auf BGE 5A_589/2009 E. 4.3. selbst anerkannt werde. Die Übergangsfrist sei bei guten finanziellen Verhältnissen – wie vorliegend – grosszügiger zu bemessen. Weiter macht die Beklagte geltend, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Aufnahme einer Teilzeiterwerbstätigkeit dann zugemutet werden dürfe, wenn das jüngste Kind zehn Jahre alt sei. Die Vorinstanz habe diese Rechtsprechung mit den unzutreffenden Erwägungen hinsichtlich der früheren Rollenverteilung unberücksichtigt gelassen. Die ursprünglichen Pläne der Parteien hinsichtlich ihres Wiedereinstiegs und der Betreuung von E._____ seien unerheblich, nachdem sie als Folge der Trennung ihren Lebensplan habe ändern müssen. Die vor der Trennung vorgesehene Rollenverteilung habe nicht umgesetzt werden können, weil ihr die Obhut über E._____ zugeteilt worden sei. Die Beklagte führt weiter aus, dass die Betreuung und Erziehung von E._____ mehr Zeit erfordere als diejenige eines anderen Kindes. So habe für das Wohlergehen von E._____ eine Beiständin, eine Psychologin und ein Mediator eingeschaltet werden müssen. Weiter werde nicht berücksichtigt, dass sie E._____ zu seinen zahlreichen Hobbies begleite (am Dienstag zum Gitarrenunterricht, am Mittwoch zum Golftraining in BA._____ und am Freitag in den Karateunterricht), was zur Folge habe, dass sie, die Beklagte, im Idealfall eine dem Kind angepasste Arbeitspräsenz von 31 Stunden und 25 Minuten pro Woche bekleiden könne, was einem Pensum von 73,92 % entspreche (Urk. 158 S. 14 f.).

Betreffend ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt führt die Beklagte an, dass die Vorinstanz von völlig falschen Annahmen ausgehe, wenn sie ausführe, die Chancen auf dem Arbeitsmarkt seien für eine Mutter eines kleinen Kindes intakt. Entgegen

der Vorinstanz verfüge sie auch nicht über 16 Jahre Berufserfahrung. Bei den Vorstellungsgesprächen werde ihr vorgehalten, dass sie gar keine Erfahrung mehr habe. Aus den beigelegten Arbeitszeugnissen gehe hervor, dass sie in der Schweiz nur 7 Jahre und 9 Monate gearbeitet habe. Seit dem 1. Januar 2005 arbeite sie nicht mehr. Sie sei bei vielen Bewerbungsgesprächen auf die Unvereinbarkeit ihrer Mutterpflichten mit der in Frage stehenden Arbeit angesprochen und deren Annahme a priori ausgedrückt worden. Sie sei seit mehr als drei Jahren erfolglos auf Stellensuche. Deshalb dürfe ihr kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Die Erzielung des angerechneten Einkommens müsse dem unterhaltsberechtigten Ehegatten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nämlich tatsächlich möglich sein (Urk. 158 S. 16).

Mit Bezug auf die Höhe des von der Vorinstanz angerechneten Einkommens macht die Beklagte geltend, es sei willkürlich, dass die Vorinstanz die Festsetzung des hypothetischen Einkommens gestützt auf eine einzige Arbeitslosenperiode aus dem Jahr 2006, welche sich auf Einkünfte aus dem Jahr 2004 beziehe, vorgenommen habe (Urk. 158 S. 14).

2.3. Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Pflichtigen abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte als er effektiv verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche ausser Betracht bleiben (BGE 117 II 16 S. 17 f. E. 1b). Die Beurteilung der Wiedereinstiegschancen richtet sich zum einen nach der zeitlichen Verfügbarkeit. Hier erhalten vor allem Betreuungspflichten gegenüber unmündigen Kindern ein besonderes Gewicht. Sodann sind die beruflichen Fähigkeiten von Belang. Neben der ursprünglichen Ausbildung und der Berufserfahrung kommt der Dauer eines Erwerbsunterbruchs besonderes Gewicht zu. Letztlich beeinflussen auch "ehfremde" Faktoren wie die Bedürfnisse des Arbeitsmarktes die Erwerbsaussichten wesentlich (Hausheer/Spycher, a.a.O., N 1.56 ff.). Dem Unterhaltspflichtigen ist eine angemessene Frist zur Umstellung einzuräumen, wenn die Pflicht zur Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit grundsätzlich bejaht wird; er muss hinreichend Zeit dafür haben, die rechtlichen Vorgaben

in die Wirklichkeit umzusetzen (BGE 129 III 417 E. 2.2 S. 421 m.H.; BGer 5P.388/2003 vom 7. Januar 2004, E. 1.1 m.H.). Die Übergangsfrist muss ihrem Zweck und den Umständen angemessen sein (BGE 129 III 417 E. 2.2 S. 422 m.H.).

a) Die Beklagte ist diplomierte Architektin. Sie hat vor Vorinstanz selbst ausgeführt, über 16 Jahre Berufserfahrung zu verfügen (vgl. Urk. 23 S. 3). Wenn sie dies nun im Berufungsverfahren bestreitet, verhält sie sich widersprüchlich. Sie war vorwiegend im Bereich Umbauten, Sanierungen und Innenausbauten tätig (Urk. 23 S. 3; Prot. S. 60 f.). Die Beklagte war seit Januar 2005 nicht mehr erwerbstätig. Sie hat im Jahre 2009 an der Hochschule BB._____ den Kurs "Women back to business" besucht, welcher acht Blockkurs à fünf Tagen umfasst hat (Urk. 21 S. 3). Im Jahr 2010 hat die Beklagte ein "Executive MBA" an der BB._____ begonnen. Dieses hat sie jedoch (noch) nicht abgeschlossen. Die Beklagte verfügt damit über eine sehr gute Ausbildung und über erheblich Berufserfahrung.

b) Mit Bezug auf das Kriterium der zeitlichen Verfügbarkeit kann festgehalten werden, dass E._____ in grossem Umfang fremdbetreut wird. Er besucht seit August 2010 den Kindergarten. An den Nachmittagen – ausser am Mittwochnachmittag – wird er durch den Hort betreut (Urk. 164 S. 13). Entsprechend stehen die Mutterpflichten der Beklagten der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht entgegen. Die Argumentation der Beklagten, wonach sie E._____ zu seinen Hobbies begleiten müsse und bis jetzt keine auf die Aktivitäten von E._____ abgestimmte Arbeit habe finden können, zielt ins Leere, nachdem die Vorinstanz der Beklagten in deren Bedarf die Kosten für eine Babysitterin zugestanden und die Berücksichtigung dieser Kosten damit begründet hat, dass E._____ nach dem Hort nicht unbeaufsichtigt gelassen werden könne. Wenn im Bedarf der Beklagten Babysitterkosten berücksichtigt werden, obliegt es der Beklagten, die Unterstützung durch die Babysitterin so zu organisieren, dass diese auch tatsächlich eine Entlastung darstellt. Vor dem Hintergrund, dass E._____ nach der Schule jeweils den Hort besucht, ist nicht erklärbar, wofür eine Babysitterin sonst benötigt werden könnte, wenn nicht, um E._____ zu seinen Hobbies zu begleiten.

Das Vorbringen der Beklagten, wonach die Vorinstanz die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit den unzutreffenden Erwägungen hinsichtlich der früheren Rollenverteilung unberücksichtigt gelassen habe, ist nicht zielführend. Der von der Beklagten zitierte Bundesgerichtsentscheid befasst sich mit der Frage, wann für eine unterhaltsberechtignte Partei, welche Betreuungsaufgaben wahrzunehmen hat, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zumutbar ist. Da E._____ fast vollumfänglich fremdbetreut wird, ist der fragliche Bundesgerichtsentscheid vorliegend nicht einschlägig. An der früheren Rollenverteilung der Parteien und entsprechend an der zeitlichen Verfügbarkeit der Beklagten hat sich seit der Trennung nichts geändert, da E._____ nach wie vor fremdbetreut wird. Inwiefern die Beklagte durch die Trennung ihren Lebensplan ändern musste und die ursprünglich vorgesehene Rollenverteilung nicht umgesetzt werden konnte, ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich. Im Übrigen widerspricht sich die Beklagte selbst, wenn sie einerseits ausführt, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sei ihr nicht zuzumuten und andererseits geltend macht, unter Berücksichtigung ihrer Betreuungspflichten (Begleitung von E._____ zum Gitarrenunterricht, Golftraining und Karateunterricht) sei ihr ein Arbeitspensum von 73.92 % zumutbar. Beim Vorbringen der Beklagten, wonach sie bei vielen Bewerbungsgesprächen auf die Unvereinbarkeit ihrer Mutterpflichten mit der in Frage stehenden Arbeit angesprochen und deren Annahme a priori ausgeredet worden sei, handelt es sich lediglich um eine Behauptung. Es erscheint wenig glaubhaft, dass die Beklagte zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wird, wenn ihr potentieller Arbeitgeber schon von vornherein der Ansicht ist, dass sie als Bewerberin für die fragliche Stelle nicht geeignet sein soll. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagten in zeitlicher Hinsicht ein Arbeitspensum von 80% zumutbar ist.

c) Im Zusammenhang mit ihren Stellensuchbemühungen hat die Beklagte vor Vorinstanz diverse Unterlagen eingereicht (vgl. Urk. 32/5, 47/2, 64/2, 110/5/1-97). Die Vorinstanz hat diesbezüglich zutreffend festgestellt, dass die von der Beklagten eingereichten Unterlagen zu ihren Suchbemühungen wenig aussagekräftig seien, da sie keinen klaren Schluss über den tatsächlichen Umfang bzw. die Geeignetheit der Bemühungen zulassen würden und die Bewerbungsschreiben sowie teilweise die Absagen fehlten. Entsprechend könne aus den von der Be-

klagten dokumentierten Suchbemühungen nicht geschlossen werden, dass die Beklagte nicht vermittelbar sei (Urk. 159 S. 70).

Im Berufungsverfahren hat die Beklagte erneut diverse Unterlagen zur Untermauerung ihrer erfolglosen Stellensuchbemühungen eingereicht (Urk. 161/3). Hinsichtlich der Stellensuchbemühungen fällt zunächst auf, dass die Beklagte ihre Stellensuche seit November 2012 – wohl unter dem Druck des vorliegenden Verfahrens – intensiviert hat. Die Beklagte hat unter anderem sieben Bewerbungsschreiben vom März 2013 sowie drei Bewerbungsschreiben aus dem Jahre 2011 eingereicht. Letztere wurden gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO zu spät ins Verfahren eingebracht, nachdem es der Beklagten ohne Weiteres möglich gewesen wäre, diese schon vor Vorinstanz einzureichen. Hinsichtlich der Bewerbungsschreiben vom März 2013 fällt auf, dass drei davon Stelleninserate vom März 2011, April 2011 und Juli 2011 betreffen. Dieser Umstand lässt den Verdacht aufkommen, dass die Beklagte die Bewerbungen lediglich für das Berufungsverfahren erstellt und sie gar nie abgeschickt hat. Weiter reicht die Beklagte Unterlagen mit dem Vermerk "23 Bewerbungen – pendent ab Januar 2013" ein. Dabei handelt es sich allerdings gar nicht um Bewerbungsschreiben, sondern lediglich um Stelleninserate. Die entsprechenden Bewerbungsschreiben fehlen. Sodann möchte die Beklagte ihre Suchbemühungen mit 79 Absagen untermauern. Nach Durchsicht dieses Dokumentenstapels ergibt sich, dass für den relevanten Zeitraum (ab 19. November 2012 bis 4 März 2013) "nur" 61 Absagen vorliegen, wobei es sich bei 12 davon lediglich um Stelleninserate mit dem handschriftlichen Vermerk "telefonische Absage" handelt. Hinsichtlich der übrigen Absagen ist festzuhalten, dass zwar die entsprechenden Stelleninserate jeweils an die Absage angeheftet wurden, die Bewerbungsschreiben jedoch fehlen, weshalb sich kein klarer Schluss hinsichtlich der Geeignetheit der Bemühungen ziehen lässt.

Soweit Absagen vorliegen, heisst es meistens, dass es vielversprechendere Kandidaten gegeben und die Beklagte nicht habe berücksichtigt werden können, weil andere Bewerber dem Anforderungsprofil besser entsprochen hätten oder dass die Beklagte nicht in die engere Auswahl aufgenommen worden sei (so bei den Bewerbungen auf Stellen bei den folgenden Arbeitgebern: BD. _____ AG,

BE._____, BF._____ AG, Genossenschaft BG._____, BH._____ GmbH, BI._____
AG, BJ._____ AG, BK._____ AG, BL._____ AG, BM._____ AG, BN._____
GmbH, BO._____, BP._____ AG, BQ._____ AG, BR._____ AG, Gemeindever-
waltung BS._____, BT._____ AG, BU._____, BV._____, BW._____ AG,
CA._____ Genossenschaft). Gelegentlich wird angeführt, dass die Beklagte nicht
dem gewünschten Anforderungsprofil entspreche (bei der Bewerbung bei
CB._____ und bei CC._____), insbesondere wegen des Alters [CD._____,
CE._____ AG] oder weil die Beklagte überqualifiziert sei [CF._____]. Einmal wird
angeführt, dass Kandidaten in die engere Auswahl kommen würden, welche salä-
rmässig weit unter den Vorstellungen der Beklagten liegen würden (CG._____
ag). Teilweise fehlt eine Begründung für die Absage (CH._____, CI._____ AG,
CJ._____ AG, CK._____, CL._____, CM._____, CG._____, CO._____ ag,
CP._____ AG, CQ._____ AG, CR._____) und verschiedentlich wird der Beklagten
angeboten, dass ihre Bewerbung für andere mögliche Stellen in der entsprechen-
den Unternehmung zurückbehalten werde (CS._____, CT._____, CU._____ ag,
CG._____ ag).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch die im Berufungsverfahren
eingereichten Unterlagen zu den Suchbemühungen der Beklagten keinen klaren
Schluss hinsichtlich der Geeignetheit ihrer Bemühungen sowie der wahren Grün-
de der Absagen zulassen. Jedenfalls kann aus den Unterlagen – wie bereits die
Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat – nicht geschlossen werden, dass die Be-
klagte nicht vermittelbar ist, zumal auch einige Unternehmen ihre Bewerbung
pendent halten. Jedoch ergibt sich aus den dokumentierten Suchbemühungen,
dass sich die Stellensuche bei der 51-jährigen Beklagten nach mehrjährigem Ar-
beitsunterbruch schwieriger und aufwändiger gestaltet als bei einer jüngeren Ar-
chitektin ohne Erwerbsunterbruch.

Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf diverse im Internet publizierte Umfra-
gen und Artikel (vgl. Urk. 159 S. 71) zutreffend ausgeführt, dass der Arbeitsmarkt
für eine diplomierte Architektin als gut zu qualifizieren sei. Weiter hat sie zutref-
fend erwogen, dass einzig das Alter der Beklagten und der Arbeitsunterbruch seit
2005 ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt erschweren dürften und ihr andererseits

die 16 Jahre Berufserfahrung zugute kommen würden. Inwiefern der Beklagten der Umstand, dass sie "nur" 7 Jahre und 9 Monate in der Schweiz gearbeitet hat, zum Nachteil gereichen soll, ist nicht ersichtlich. Nach dem Gesagten ist der 51-jährigen Beklagten der Wiedereinstieg ins Berufsleben trotz Babypause zumutbar und möglich. Es erscheint angesichts der Ausbildung und der Berufserfahrung der Beklagten sowie des intakten Arbeitsmarktes für Architekten wenig nachvollziehbar, dass die Beklagte seit nunmehr bald drei Jahren – mit dem notwendigen Engagement und Elan – keine angemessene Anstellung gefunden hat. Schliesslich hat die Vorinstanz bereits zutreffend ausgeführt, dass der Beklagten auch die Annahme einer schlechter bezahlten Stelle (statt keiner Anstellung) zuzumuten sei. Insgesamt ist davon auszugehen, dass sich die Klägerin nicht in genügender Weise um eine Anstellung bemüht hat.

Hinsichtlich der Höhe des der Beklagten von der Vorinstanz angerechneten Einkommens ist folgendes festzuhalten: Entgegen der Beklagten hat die Vorinstanz das Einkommen nicht einzig aufgrund der im Jahre 2006 ausbezahlten Arbeitslosentaggelder festgesetzt. Diese bildeten lediglich den Ausgangspunkt für die Berechnung. Gestützt auf die ausbezahlten Taggelder wurde der Lohn der Beklagten für eine volle Anstellung berechnet und auf Fr. 7'313.– beziffert. Der so berechnete Monatslohn wurde einerseits mit dem gemäss Lohnbuch (Ausgabe 2011) für einen projektierenden Architekt im Alter der Beklagten vorgesehenen Bruttolohn von Fr. 7'625.– (zuzgl. 13. ML von Fr. 635.–) verglichen. Andererseits wurden die in der Umfrage von Swiss Engineering (publiziert am 13. September 2011) festgehaltenen Löhne für Architekten als Vergleich herangezogen. Danach starten Studienabgänger mit einem Jahreslohn von rund Fr. 75'000.– (= monatlich Fr. 6'250.–), wobei dieser Lohn bei den 53- bis 57-jährigen Architekten im Lauf der Karriere auf durchschnittlich Fr. 138'000.– (= monatlich Fr. 11'500.–) ansteigt (<http://www.weiterbildung-aktuell.ch/forschung/ingenieure-und-architekten-mit-ausgezeichneten-berufschancen.html>). Die Vorinstanz gelangte vor diesem Hintergrund zutreffend zum Schluss, dass der aufgrund der Auszahlungen der Arbeitslosenkasse berechnete Monatslohn von Fr. 7'313.– bei einer vollen Anstellung in etwa in dem Rahmen liege, was ein projektierender Architekt oder ein Bauleiter verdiene. Die Vorinstanz hat die Höhe des der Beklagten angerechneten

hypothetischen Einkommens sehr sorgfältig ermittelt und dabei auch dem Umstand ausreichend Rechnung getragen, dass die Beklagte seit 2005 nicht mehr erwerbstätig war. Die Einkommensberechnung ist deshalb nicht zu beanstanden. Entsprechend ist bei einer 100%-igen Anstellung von einem Nettoeinkommen von Fr. 7'313.– auszugehen, was bei einer 80%igen Anstellung einem Nettoeinkommen von Fr. 5'850.40 und bei einer 60%igen Anstellung einem solchen 4'387.80 entspricht.

Bei der Frage nach dem Zeitpunkt, ab wann der Beklagten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, gilt es Folgendes zu berücksichtigen: Die Beklagte moniert, dass ihr die Vorinstanz in Verletzung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rückwirkend ein hypothetisches Einkommen angerechnet habe (Urk. 158 S. 13 f.). Die Vorinstanz hat den von der Beklagten zitierten Bundesgerichtsentscheid (BGE vom 24. November 2009, 5A_589/2009, E. 4.3) berücksichtigt. Gemäss diesem Entscheid ist ein hypothetisches Einkommen lediglich für die Zukunft anzurechnen, da es nicht sachgerecht ist, ein tatsächlich nicht vorhandenes Einkommen rückwirkend anzurechnen. Bei der zitierten Rechtsprechung steht die Überlegung dahinter, dass die unterhaltsberechtigende Partei Zeit haben soll, ihre Lebensumstände umzustellen. Die Vorinstanz erachtete den fraglichen Bundesgerichtsentscheid vorliegendenfalls allerdings als nicht einschlägig und begründete dies damit, dass der Beklagten bereits im Massnahmeentscheid vom 20. Dezember 2010 für die Dauer des Eheschutzverfahrens ein hypothetisches Einkommen einberechnet worden sei. Der Beklagten wurde ab 1. Januar 2011 ein Arbeitspensum von 60% mit einem Einkommen von Fr. 4'387.80 und ab 1. September 2012 ein Arbeitspensum von 80% mit einem Einkommen von Fr. 5'850.40 hypothetisch angerechnet (Urk. 74 S. 18). Im Massnahmeentscheid wurde die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei der Beklagten einerseits mit der neuen finanziellen Situation der Parteien begründet, andererseits mit dem Umstand, dass E. _____ bereits während des Zusammenlebens der Parteien an vier Tagen pro Woche die Kinderkrippe besucht habe, wobei die Fremdbetreuung unter anderem deshalb installiert worden sei, um der Beklagten die Aus- und Weiterbildung und den späteren Wiedereinstieg ins Berufsleben zu ermöglichen (Urk. 74 S. 16 f.). Unter diesen Umständen sei es zulässig, der Beklag-

ten im Endentscheid rückwirkend ein hypothetisches Einkommen einzuberechnen (Urk. 159 S. 67). Zwar lagen die beiden Zeitpunkte, ab welchen der Beklagten ein hypothetisches Einkommen einberechnet wurde (1. Januar 2011 und 1. September 2012) bei Erlass des angefochtenen Endentscheids schon in der Vergangenheit. Auch hat die Beklagte noch keine Arbeitsstelle gefunden und das ihr hypothetisch angerechnete Einkommen nicht erzielen können. Dies darf vorliegend jedoch nicht massgeblich sein. Wenn einzig auf das Datum des Endentscheides abgestellt würde und deshalb das zuvor als für die Zukunft angerechnete hypothetische Einkommen als rückwirkend hypothetisches Einkommen zu qualifizieren wäre, hätte das zur Folge, dass die lange Verfahrensdauer – welche diverse Gründe haben kann – erhebliche negative finanzielle Auswirkungen zulasten der unterhaltspflichtigen Partei hätte. Das kann nicht sein. Massgeblich und relevant ist vielmehr, dass die Beklagte seit Erlass des Massnahmeentscheides vom 20. Dezember 2010 wusste, dass sie sich um eine Anstellung bemühen muss, indem ihr bereits ab 1. Januar 2011 ein hypothetisches Einkommen angerechnet wurde. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ab 1. Januar 2011 – rund 10 Tage nach Erlass des Massnahmeentscheides – ist allerdings aus nachfolgenden Gründen nicht sachgerecht. Die Beklagte räumt zwar selbst ein, dass sie bereits an der Verhandlung vom 25. März 2010 darauf hingewiesen worden sei, dass sie sich "raschmöglichst einer Erwerbstätigkeit" zuwenden soll (Urk. 31 S. 9). Ein solcher mündlicher Hinweis an der Verhandlung ist jedoch zu vage. Es hätte eine konkrete Fristansetzung mit dem Massnahmeentscheid erfolgen müssen. Vor dem Hintergrund, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bereits während dem ehelichen Zusammenleben geplant war und E._____ deswegen während vier Tagen pro Woche fremdbetreut wurde, wäre eine Übergangsfrist von rund sechs Monaten zur Umstellung der Lebensumstände angemessen gewesen, zumal der Kläger die Kinderbetreuungskosten von Fr. 1'900.– (bis 31. Juli 2010) bzw. Fr. 970.20 (ab 1. August 2010) bezahlen muss bzw. diese Kosten im Bedarf der Beklagten berücksichtigt wurden (Urk. 74 S. 19 und Urk. 159 S. 77). Es geht nicht an, die Betreuungskosten dem Kläger zu überbinden, wenn die Beklagte nicht arbeiten will. Die Beklagte hätte durch die sechsmo-
natige Übergangsfrist genügend Zeit gehabt, ihre Lebensumstände umzustellen.

Dass ihr das nicht gelungen ist, darf nicht dem Kläger zum Nachteil gereichen. Die Beklagte vermochte nicht glaubhaft zu machen, dass es ihr bei genügenden Anstrengungen und entsprechendem Willen nicht gelungen sei, eine – allenfalls auch schlechter bezahlte – Arbeitsstelle zu finden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, der Beklagten ab 1. Juli 2011 ein hypothetisches Einkommen im Umfang von 60 % bzw. von Fr. 4'387.80 und – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – ab 1. September 2012 ein solches von 80 % bzw. von Fr. 5'850.40 anzurechnen.

3. Bedarf Beklagte / Unterhaltsberechnung

3.1. Die Vorinstanz hat der Unterhaltsberechnung aufgrund der variierenden Einkommensverhältnisse einerseits und der unterschiedlichen Bedarfsverhältnisse andererseits fünf Berechnungsperioden (Periode I: 1. Januar 2010 bis 31. Juli 2010, Periode II: 1. August 2010 bis 31. Dezember 2010, Periode III: 1. Januar 2011 bis 31. Oktober 2011, Periode IV: 1. November 2011 bis 31. August 2012, Periode V: ab 1. September 2012) zu Grunde gelegt (vgl. Urk. 159 S. 76 ff.). Wie erwähnt, hat die Beklagte die von der Vorinstanz für die Periode I und II festgesetzten Unterhaltsbeiträge nicht angefochten.

3.2. Für die Periode III verlangt die Beklagte Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 8'735.– und für die Periode IV solche von Fr. 8'839.– (Urk. 158 S. 18 f.). Dies erklärt sich damit, dass sie bei den Perioden III und IV lediglich von einem Einkommen (des Klägers) von Fr. 15'249.– ausgeht, weil sie das ihr von der Vorinstanz angerechnete hypothetische Einkommen als unzulässig erachtet. Die erstinstanzlich festgesetzten Bedarfswahlen blieben hingegen unangefochten. Nachdem der Beklagten erst ab 1. Juli 2011 – und nicht bereits ab 1. Januar 2011 – ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird, würden für die Zeit vom 1. Januar 2011 bis 30. Juni 2011 wie in der unangefochten gebliebenen Periode II Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 8'790.– resultieren. Die Beklagte verlangt hingegen nur solche von Fr. 8'735.–. Aufgrund der Dispositionsmaxime – die Kinderunterhaltsbeiträge blieben unangefochten – darf nicht über den Antrag der Beklagten hinausgegangen werden, weshalb die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge in der Zeit vom 1. Januar 2011 bis 30. Juni

2011 Fr. 8'735.– pro Monat betragen. Aufgrund des der Beklagten ab 1. Juli 2011 anzurechnenden hypothetischen Einkommens von Fr. 4'387.– ist in der Zeitspanne vom 1. Juli 2011 bis 31. Oktober 2011 von den von der Vorinstanz festgesetzten Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 6'690.– auszugehen. Die vorinstanzlich festgelegten Unterhaltsbeiträge von Fr. 6'820.– für die Zeit vom 1. November 2011 bis 31. August 2012 (Periode IV) bleiben unverändert, nachdem sich am Einkommen der Parteien im Vergleich zum vorinstanzlichen Verfahren nichts geändert hat. Da die Kinderunterhaltsbeiträge wie erwähnt unangefochten geblieben sind, beträgt der Unterhaltsbeitrag für die Beklagte persönlich für die Zeit vom 1. Januar 2011 bis 30. Juni 2011 Fr. 6'635.– pro Monat, für die Zeit vom 1. Juli 2011 bis 31. Oktober 2011 monatlich Fr. 4'590.– und für die Zeit vom 1. November 2011 bis 31. August 2012 Fr. 4'720.– pro Monat.

Auch in der Periode V (ab 1. September 2012) geht die Beklagte von einem Einkommen der Parteien bzw. des Klägers von Fr. 15'249.– aus. Weiter macht sie Änderungen bei ihren Bedarfspositionen geltend. Sie führt diesbezüglich aus, dass sich im Laufe des Prozesses Änderungen bei ihrem Bedarf sowie demjenigen von E._____ ergeben hätten. Ihr enger Notbedarf (inkl. E._____) betrage neu Fr. 7'861.95 und der erweiterte Notbedarf Fr. 3'215.70. Es liege in der Natur der Sache, dass sich die Bedarfszahlen oft verändern würden. Die Beklagte listet die geänderten Bedarfspositionen einzeln auf und führt an, dass die Positionen durch die Urk. 16/1-32 im Prozess FE120757 (dem vor Vorinstanz laufenden Scheidungsverfahren) belegt würden. Gestützt auf die geänderten Bedarfszahlen sowie ausgehend von einem Einkommen von Fr. 15'249.– macht die Beklagte monatliche Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 9'291.95 (Fr. 7'861.95 [enger Notbedarf] + Fr. 1'430.– [reduzierter erweiterter Notbedarf]) geltend (Urk. 158 S. 20).

3.3. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass die von der Vorinstanz festgesetzten Unterhaltsbeiträge zu bestätigen seien. Die Vorinstanz habe der Beklagten zu Recht ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'850.40 angerechnet. Mit Bezug auf die Periode V bestreitet der Kläger, dass sich die Bedarfszahlen der Beklagten in der Zwischenzeit geändert haben. Für den Fall, dass die von der

Beklagten neu geltend gemachten Bedarfszahlen berücksichtigt würden, führt der Kläger aus, dass die Beklagte den Mietzins ihrer Wohnung an der C. _____ - Strasse in D. _____ seit Dezember 2012 nicht mehr bezahlt und inzwischen die Wohnung aufgegeben habe und zu einer Freundin nach CV. _____ gezogen sei (Urk. 164 S. 18 f.).

3.4. Hinsichtlich der geltend gemachten geänderten Bedarfspositionen verweist die Beklagte auf die Akten des inzwischen beim Bezirksgericht Zürich anhängig gemachten Scheidungsverfahrens (Geschäftsnummer FE120757). Durch den Verweis auf die Scheidungsakten hat die Beklagte die behaupteten geänderten Bedarfspositionen nicht glaubhaft gemacht. Auch ist es nicht Sache des Gerichts, diese Akten beizuziehen, zumal die Beklagte keinen entsprechenden Antrag gestellt hat. Sodann hat die Beklagte nicht dargelegt, inwiefern sie die behaupteten Änderungen nicht bereits vor Vorinstanz vorbringen konnte bzw. hat sie nicht dargetan, dass sich die geltend gemachten Änderungen erst nach Abschluss des vorinstanzlichen Eheschutzverfahrens ergeben hätten. Entsprechend kann nicht beurteilt werden, ob es sich bei den behaupteten Änderungen um zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handelt. Wenn die Beklagte in der Novenstellungnahme vom 23. Mai 2013 geltend macht, dass es sich bei den geänderten Bedarfspositionen um zulässige Noven handle, da sie ohne Verzug vorgebracht und belegt worden seien (Urk. 170 S. 5), verkennt sie, dass damit noch nichts über die Voraussetzung gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO gesagt ist, wonach neue Tatsachen und Beweismittel zulässig sind, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Schliesslich bleibt festzuhalten, dass diverse der behaupteten geänderten Bedarfszahlen den Bedarf von E. _____ betreffen (Krankenkasse E. _____, Selbstbehalt/Zahnarzt E. _____, Unfallversicherung E. _____, Schulmaterial E. _____, Golfmaterial E. _____, Musikkurs E. _____, Sportkurs/Ausrüstung E. _____, ZOO-, Bade- und Eislaufabo E. _____). Da der Kinderunterhalt unangefochten geblieben ist, wären diese Änderungen selbst dann nicht zu berücksichtigen, wenn sie belegt worden wären. Nach dem Gesagten ist auf die Bedarfs- und Einkommenszahlen der Vorinstanz abzustellen, weshalb sich an der Unterhaltsberechnung nichts ändert und der Kläger zu verpflichten ist, der Beklagten persönlich für die Zeit ab 1. September

2012 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'140.– (Unterhaltsanspruch von Fr. 6'240.– abzüglich des unangefochten gebliebenen Kinderunterhaltsbeitrags von Fr. 2'100.–) zu bezahlen.

4. Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege

4.1. Die Beklagte beantragt für das Berufungsverfahren die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 8'000.–; eventualiter sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (Urk. 158 S. 3). Die Beklagte begründet ihr Begehren damit, dass sie jeden Monat ein erhebliches Manko zu tragen habe, weshalb sich ihre Schulden laufend erhöhen würden. Aktuell habe sie Rechnungen in der Höhe von Fr. 51'424.45 offen (Steuern Kanton 2011: Fr. 12'605.55, Steuern Kanton 2012: Fr. 12'605.55, Direkte Bundessteuern 2012: Fr. 2'259.–, offene Anwaltsrechnungen betreffend das Strafverfahren: Fr. 1'530.70, offene Anwaltsrechnungen betreffend das vorliegende Eheschutzverfahren: Fr. 3'344.40 [Urk. 16/4], Gerichtskosten vorinstanzlicher Entscheid: Fr. 9'346.25 [Urk. 161/5], Familie CW. _____: Fr. 7'165.–, Autoleasing: Fr. 2'568.–). Eine ratenweise Tilgung dieser Schulden sei nicht möglich (Urk. 158 S. 24).

4.2. Der Kläger widersetzt sich dem Antrag der Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses. Er bestreitet, dass die Beklagte nicht über genügend finanzielle Mittel verfügt, um für die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten selbst aufzukommen. Die Beklagte habe ihre Mittellosigkeit nicht genügend dargelegt, sondern diese lediglich behauptet. Gemäss Steuererklärung 2011 (Urk. 166/10) habe sie Ende 2011 über ein Vermögen von mindestens Fr. 28'000.– verfügt. Obwohl die Beklagte immer wieder geltend gemacht habe, über keinerlei Vermögen zu verfügen, habe sie sich im Jahr 2012 ein neues Auto gekauft. Weiter bringt der Kläger vor, dass die Beklagte seit Dezember 2012 den Mietzins für die von ihr bewohnte Wohnung an der C. _____-Strasse nicht mehr bezahlt habe. Da er und ein Bekannter für die Mietzinse aufgekommen seien, ha-

be die Beklagte den Mietzins von monatlich Fr. 2'870.– und damit in der Zeit von Dezember 2012 bis April 2013 Fr. 14'350.– sparen können (Urk. 164 S. 22 f.).

4.3. In der Novenstellungnahme vom 23. Mai 2013 bringt die Beklagte vor, dass das in der Steuererklärung 2011 ausgewiesene Vermögen von Fr. 28'000.– heute nicht mehr existiere. Dieser Vermögensbetrag sei für normale tägliche Lebensausgaben im Jahr 2012 und 2013 verwendet worden, da die gerichtlich zugesprochenen Unterhaltsbeiträge nicht ausreichend gewesen seien (Urk. 170 S. 6).

4.4. Gemäss konstanter Praxis der Kammer besteht für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Endentscheid kein Raum mehr. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen hat indes die angesprochene Partei der ansprechenden Partei in einem Eheschutzverfahren die Aufwendungen des Verfahrens bzw. für die Rechtsvertretung gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB zu ersetzen. Dabei sind die Grundsätze zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO analog anzuwenden. Wenn die gesuchstellende Partei aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse im Entscheidzeitpunkt in der Lage ist, die bereits aufgelaufenen und die künftig zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensstandards innert nützlicher Frist, gegebenenfalls in Raten zu bezahlen, so besteht kein Anlass, ihr die unentgeltliche Rechtspflege respektive einen Prozesskostenbeitrag zu gewähren. Neben dem Einkommen wird auch das bewegliche und unbewegliche Vermögen der ansprechenden Partei berücksichtigt (ZR 90 Nr. 57; ZR 98 Nr. 35). Bei Entscheiden betreffend unentgeltliche Prozessführung - und damit auch bei Anspruch auf Prozesskostenvorschuss bzw. -beteiligung - kann nur auf das effektive Einkommen abgestellt werden; hypothetisches Einkommen spielt keine Rolle (KUKO ZPO-Jent Sorensen, Art. 117 N 16).

4.5. Nach erfolgter Korrektur des vorinstanzlichen Entscheides erhöht sich der Unterhaltsanspruch der Beklagten für die Monate Januar 2011 bis Juni 2011 um monatlich Fr. 2'045.– (von Fr. 6'690.– auf Fr. 8'735.–), d.h. insgesamt um Fr. 12'270.–. Dem Unterhaltsanspruch von Fr. 8'735.– pro Monat steht ein Notbedarf von Fr. 6'668.40 gegenüber (Urk. 159 S. 77). Es resultiert damit ein Überschuss von rund Fr. 2'067.–. Weil es sich um eine abgeschlossene Periode han-

delt, stehen der Beklagten die erhöhten Unterhaltsbeiträge von Fr. 12'270.– zur Tilgung der Gerichts- und Anwaltskosten mindestens teilweise effektiv zur Verfügung. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte nicht bestritten hat, dass der Kläger bzw. ein Bekannter in der Zeit von Dezember 2012 bis April 2013 den Mietzins von Fr. 2'870.– ihrer Wohnung bezahlt hat. Die eingesparten Wohnkosten von Fr. 14'350.– hätte die Beklagte zur Begleichung der von ihr belegten offenen Gerichts- und Anwaltskosten im Umfang von Fr. 12'690.65 (Rechnung Rechtsvertreterin von Fr. 3'344.40 [Urk. 161/4], Rechnung Obergericht betreffend vorinstanzliche Gerichtskosten von Fr. 9'346.25 [Urk. 161/5]) verwenden können. Zwar kann die Beklagte ihren Notbedarf von Fr. 6'668.40 mit den ihr zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 6'240.– knapp nicht decken, doch ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Beklagte nicht substantiiert dargelegt hat, dass das in der Steuererklärung 2011 ausgewiesene Vermögen von Fr. 28'000.– (Urk. 166/10) heute nicht mehr vorhanden ist. Insgesamt verfügt die Beklagte somit über genügend finanzielle Mittel, um auch die Kosten des Berufungsverfahrens bezahlen zu können.

4.5. Die Beklagte kann vor diesem Hintergrund nicht als mittellos bezeichnet werden, weshalb im Berufungsverfahren kein Anspruch auf einen Prozesskostenbeitrag oder eventualiter auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege besteht.

5. Vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Vorinstanz setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 21'192.50 (Entscheidungsgebühr von Fr. 7'500.–, Gutachterkosten von Fr. 10'310.– und Barauslagen von Fr. 3'382.50) fest (Dispositivziffer 13) und auferlegte die Kosten den Parteien je zur Hälfte (Dispositivziffer 14). Entsprechend der Kostenverteilung wurden keine Parteientschädigungen zugesprochen (Dispositivziffer 15). Die Beklagte beantragt die Aufhebung der Dispositivziffern 13 – 15 des angefochtenen Entscheides (Urk. 158 S. 2), ohne ihren Antrag zu begründen.

5.2. Umstritten waren im erstinstanzlichen Verfahren die Obhut über E._____, der Umfang und die Ausgestaltung des Besuchsrechts, die Zuteilung der eheli-

chen Wohnung, die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge sowie die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages an die Beklagte. Gemäss ständiger Praxis der entscheidenden Kammer sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf die Kinderbelange (mit Ausnahme der Kinderunterhaltsbeiträge) – unabhängig vom Verfahrensausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteient-schädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (vgl. ZR 84 Nr. 41). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge richten sich demgegenüber nach Obsiegen und Unterliegen.

Nach dem Gesagten sind die Parteien mit Bezug auf die Zuteilung der Obhut über E. _____ sowie hinsichtlich des Besuchsrechts je zur Hälfte als obsie-gende Partei zu betrachten. Bezüglich der Zuteilung der ehelichen Wohnung un-terliegt der Kläger. Diesbezüglich ist jedoch zu berücksichtigen, dass dieses Be-gehren mit dem Begehren um Zuteilung der Obhut in engem Zusammenhang steht, weshalb es bei der Kostenverlegung nicht separat zu berücksichtigen ist.

Mit Bezug auf die Unterhaltsbeiträge verlangte die Beklagte im erstinstanzli-chen Verfahren Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 13'275.– (Urk. 31 S. 13). Der Kläger hielt im Falle der Zuteilung der Obhut über E. _____ an die Beklagte Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 2'100.– pro Monat für angezeigt und beantragte, von der Zusprechung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen abzuse-hen (Urk. 33 S. 16). Nach Korrektur des vorinstanzlichen Entscheides erfolgt eine leichte Erhöhung der Unterhaltsverpflichtung des Klägers um Fr. 12'270.–, indem die Unterhaltsbeiträge für die Monate Januar 2011 bis Juni 2011 von Fr. 6'690.– auf Fr. 8'735.– festgesetzt werden. Vor dem Hintergrund, dass Unterhaltsbeiträge rückwirkend ab Januar 2010 zugesprochen werden, ist diese Erhöhung gesamt-haft betrachtet als marginal anzusehen. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte vor Vorinstanz hinsichtlich ihres Begehrens um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 10'000.– unterlegen ist, was von der Vorinstanz bei der Kostenverlegung nicht gesondert berücksichtigt wurde. Es rechtfertigt sich daher, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von einem hälftigen Obsiegen und

Unterliegen der Parteien auszugehen, weshalb die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen ist.

III.

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren zu befinden.
2. Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich für ein summarisches Verfahren als verhältnismässig aufwändig. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich – in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b und 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) – eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 5'500.– festzusetzen.
 - 2.1. Im Berufungsverfahren umstritten waren die Unterhaltsleistungen des Klägers an die Beklagte persönlich, der Umfang des Besuchsrechts des Klägers sowie die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags des Klägers an die Beklagte. Letzterer fällt aufwandmässig kaum ins Gewicht. Hinsichtlich der beiden übrigen Streitpunkte rechtfertigt es sich, diese gleich zu gewichten.
 - 2.2. Nach dem vorstehend Gesagten sind die Parteien mit Bezug auf die Besuchsrechtsregelung je zur Hälfte als obsiegende Partei zu betrachten.

Mit Bezug auf die Ehegattenunterhaltsbeiträge beantragt die Beklagte mit der Berufung die Erhöhung der von der Vorinstanz festgesetzten Ehegattenunterhaltsbeiträge auf Fr. 6'635.– pro Monat in der Zeit vom 1. Januar 2011 bis 31. Oktober 2011, auf monatlich Fr. 6'739.– vom 1. November 2011 bis 31. August 2012 und auf Fr. 7'191.– pro Monat ab 1. September 2012 (Urk. 158 S. 2). Der Kläger hingegen verlangt die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids. Ausgehend von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von einem weiteren Jahr ab Datum des vorliegenden Entscheids verlangt die Beklagte damit Ehegattenunterhaltsbeiträge von insgesamt rund Fr. 306'300.– (10 x Fr. 6'635.– + 10 x Fr. 6'739.– + 24 x Fr. 7'191.–), während der Kläger im Berufungsverfahren die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen von ins-

gesamt Fr. 192'460.– (10 x Fr. 4'590.– + 10 x Fr. 4'720.– + 24 x Fr. 4'140.–, vgl. Urk. 159 S. 103) verlangt. Im Ergebnis erhöht sich die Unterhaltspflicht des Klägers in den Monaten Januar 2011 bis Juni 2011 um Fr. 2'045.– pro Monat und beträgt über die mutmassliche Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahme von einem weiteren Jahr ab Entscheiddatum insgesamt Fr. 204'730.–. Damit obsiegt der Kläger mit Bezug auf die Unterhaltsfrage zu rund 9/10.

3. Vor dem Hintergrund, dass die Beklagte mit Bezug auf ihr Begehren um Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 8'000.– unterliegt, ist gesamthaft betrachtet von einem Obsiegen des Klägers zu drei Vierteln auszugehen. Der Beklagten sind daher drei Viertel und dem Kläger ein Viertel der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen und die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 5'000.– (inkl. 8% MWSt.) festzusetzen und die Beklagte entsprechend zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (inkl. 8% MWSt.) zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 bis 4, 6 bis 8 und 10 bis 12 sowie Dispositivziffer 9 (hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge für E._____ von Fr. 2'100.– pro Monat sowie der Ehegattenunterhaltsbeiträge für die Beklagte betreffend die Zeit vom 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2010) der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung vom 19. November 2012 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch der Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

und erkannt:

1. Der Kläger wird mit Vollstreckbarkeit dieses Entscheides für berechtigt erklärt, das Kind im folgenden Umfang auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:

- während den ersten sechs Wochen jeden zweiten Sonntag unbegleitet von 11.00 Uhr bis 16.30 Uhr mit einer begleiteten Übergabe (nach Möglichkeit im F. _____);
- während den anschliessenden sechs Wochen jeden zweiten Sonntag unbegleitet von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr;
- während den anschliessenden 12 Wochen jedes zweite Wochenende von Sonntagmorgen, 10.00 Uhr, bis Montagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. einer Übernachtung; der Kläger bringt das Kind am Montag direkt in die Schule/Hort);
- während den anschliessenden 12 Wochen jedes zweite Wochenende unbegleitet von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Montagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. zwei Übernachtungen; der Kläger bringt das Kind am Montag direkt in die Schule/Hort);
- während den anschliessenden 12 Wochen jedes zweite Wochenende unbegleitet von Freitagnachmittag, Schul-/Hortschluss, bis Montagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. drei Übernachtungen; der Kläger holt das Kind am Freitag in der Schule/Hort ab und bringt das Kind am Montag direkt in die Schule/Hort).

Nach Ablauf dieser letzten Phase ist der Kläger berechtigt, das Kind im folgenden Umfang auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch bzw. in die Ferien zu nehmen:

- jedes zweite Wochenende unbegleitet von Freitagnachmittag, Schul-/Hortschluss, bis Dienstagmorgen, Schul-/Hortbeginn (inkl. vier Übernachtungen; der Kläger holt das Kind am Freitag in der Schule/Hort ab und bringt das Kind am Dienstag direkt in die Schule/Hort);

- in geraden Jahren unbegleitet jeweils über die Osterfeiertage von Karfreitag bis und mit Ostermontag sowie über die Weihnachtsfeiertage vom 24. Dezember, 17.00 Uhr, bis und mit 26. Dezember;
 - in ungeraden Jahren unbegleitet von Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag sowie über Silvester/Neujahr vom 31. Dezember, ab 17.00 Uhr, bis und mit dem zweiten Neujahrsfeiertag, d.h. am 2. Januar;
 - für die Dauer von drei Wochen pro Jahr unbegleitet zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen; die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Kläger mindestens drei Monate im Voraus mit der Beklagten (allenfalls unter Mitwirkung der Beiständin) abzusprechen.
2. Der Kläger wird unter Anrechnung bereits geleisteter Unterhaltsbeiträge verpflichtet, der Beklagten und E. _____ folgende monatlichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
- rückwirkend ab 1. Januar 2011 bis und mit 30. Juni 2011: Fr. 8'735.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für E. _____ und Fr. 6'635.- für die Beklagte persönlich;
 - rückwirkend ab 1. Juli 2011 bis 31. Oktober 2011: Fr. 6'690.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für E. _____ und Fr. 4'590.- für die Beklagte persönlich;
 - rückwirkend ab 1. November 2011 bis 31. August 2012: Fr. 6'820.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für E. _____ und Fr. 4'720.- für die Beklagte persönlich;
 - rückwirkend ab 1. September 2012: Fr. 6'240.- (zzgl. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kinderzulagen), und zwar Fr. 2'100.- für E. _____ und Fr. 4'140.- für die Beklagte persönlich.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

3. Die erstinstanzliche Entscheidgebür wird festgesetzt auf:

Fr. 7'500.00 ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 10'310.00 Gutachterkosten

Fr. 3'382.50 Barauslagen

Fr. 21'192.50 Total

4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
5. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten zu drei Vierteln und dem Kläger zu einem Viertel auferlegt.
8. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien,
 - das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung,
 - sowie zur Kenntnisnahme an den Kindsvertreter im Scheidungsverfahren FE120757 (Rechtsanwalt lic. iur. Z._____, ... [Adresse]).sowie im Auszug gemäss Dispositiv-Ziffer 1 an:
 - die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt G._____,
 - die Beiständin H._____, ... [Adresse],je gegen Empfangsschein.
10. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. August 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am:
se