

# FR\_GERICHTE 101 2014 311 vom 24. August 2015

FR Kantonsgericht, 2015-08-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2014\\_311](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2014_311)

FR: FR\_GERICHTE 101 2014 311 du 24 août 2015

IT: FR\_GERICHTE 101 2014 311 del 24 agosto 2015

## Regeste

Entscheid des I. Zivilappellationshofs des Kantonsgerichts | Eheschutzmassnahmen

## Erwägungen

### E. 1

a) Gemäss Art. 308 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 ZPO sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren in vermögensrechtlichen Angelegenheiten mindestens CHF 10'000.- beträgt. Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt. Als Wert wiederkehrender Leistungen gilt der Kapitalwert und bei ungewisser oder unbestimmter Dauer gilt als Kapitalwert der zwanzigfache Betrag der einjährigen Leistung (Art. 91 Abs. 1 und Art. 92 ZPO). Die Berufungsklägerin verlangte vor erster Instanz einen Unterhaltsbeitrag von je CHF 620.- monatlich für die beiden Kinder sowie einen Unterhaltsbeitrag von mindestens CHF 400.- für sich selbst. Strittig war mithin ein Gesamtbetrag von total CHF 14'880.- pro Jahr. Der Streitwert von CHF 10'000.- ist mithin längstens erreicht. Im Übrigen ist auch der Streitwert nach Art. 51 und 74 BGG in Anbetracht der unbestimmten Dauer, für welche die Unterhaltsbeiträge geschuldet sind, erreicht, sodass gegen das vorliegende Urteil die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht. Kantonsgericht KG Seite 6 von 16 b) Gegen einen wie vorliegend im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 Bst. a ZPO) beträgt die Frist zur Einreichung der Berufung zehn Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde der Berufungsklägerin am 2. Dezember 2014 im Dispositiv und am 8. Dezember 2014 vollständig begründet zugestellt. Die am 18. Dezember 2014 eingereichte Berufung erfolgte somit fristgerecht. c) Die Berufung ist schriftlich bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen und muss eine Begründung enthalten (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Das Rechtsbegehren Ziff. 2 wird, was die Aufhebung von Ziff. 2.3, 3 und 4 des angefochtenen Entscheids anbelangt, in keiner Weise begründet, weshalb darauf diesbezüglich nicht eingetreten werden kann (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Ansonsten ist die Berufungsschrift begründet, weshalb auf die restlichen Rechtsbegehren einzutreten ist. d) Das Gericht tritt auf eine Klage oder auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Prozessvoraussetzung ist insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts (Art. 59 Abs. 2 Bst. b ZPO). aa) Die Berufungsklägerin beantragt die Aufhebung von Ziff. 2.4 des angefochtenen Entscheids (Rechtsbegehren Ziff. 2). Sie führt hierzu aus, sie opponiere grundsätzlich nicht gegen die Errichtung einer Beistandschaft, es sei dazu jedoch die Wohnsitzgemeinde der Kinder, nämlich I. \_\_\_\_\_, für zuständig zu erklären (Berufung Art. 11 S. 14). Der Gerichtspräsident hat richtigerweise lediglich über das Prinzip der Errichtung einer Beistandschaft entschieden. Zur Ernennung des Beistandes ist die Kinderschutzbehörde

zuständig (Art. 308 Abs. 1 ZGB). Allfällige fehlende Zuständigkeit hat die Berufungsklägerin somit mit der Ernennungsurkunde des Beistands oder der Beiständin anzufechten. Mangels Zuständigkeit kann auf die Berufung in diesem Punkt nicht eingetreten werden. bb) Die Berufungsklägerin beantragt weiter, der Berufungsbeklagte sei dazu zu verpflichten, ihr einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 600.- zu bezahlen (Rechtsbegehren Ziff. 6). Im erstinstanzlichen Verfahren schloss die Berufungsklägerin in ihrer Stellungnahme zum Eheschutzgesuch auf Bezahlung eines Unterhaltsbeitrages an sie selbst durch den Berufungsbeklagten, jedoch ohne diesen zu beziffern. Im angefochtenen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren wurde darüber mangels Antrag nicht entschieden. Da der Entscheid betreffend Eheschutzmassnahmen noch nicht gefällt wurde, ist vorliegend weiterhin der Gerichtspräsident für die Behandlung des Antrags auf Bezahlung eines Unterhaltsbeitrags zuständig und nicht etwa der hiesige Hof. Mangels Zuständigkeit kann auf die Berufung daher auch in diesem Punkt nicht eingetreten werden. e) Für provisorische Massnahmen ist das summarische Verfahren anwendbar (Art. 248 Bst. d ZPO), wobei das Gericht den Sachverhalt im Verfahren betreffend Eheschutzmassnahmen von Amtes wegen feststellt (Art. 272 ZPO). Die Parteien sind indes verpflichtet, am Verfahren mitzuwirken (BK ZPO-SPYCHER, Art. 296 N 7). Kantonsgericht KG Seite 7 von 16 f) Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gelten die Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). g) Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). h) aa) Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Nach Art. 316 Abs. 3 ZPO entscheidet die Berufungsinstanz zudem frei, ob sie Beweise abnehmen will; so kann sie anordnen, dass bereits vor der ersten Instanz erhobene Beweise vor ihr erneut erhoben werden; sie kann vor der Vorinstanz beantragte, aber nicht erhobene Beweise erheben oder beschliessen, weitere Beweise zu erheben. Diese Bestimmung räumt dem Berufungskläger jedoch kein Recht auf Wiedereröffnung des Beweisverfahrens und auf Erhebung von Beweisen ein. Das Recht auf Beweis wie auch das Recht auf Gegenbeweis ergeben sich aus Art. 8 ZGB oder in gewissen Fällen aus Art. 29 Abs. 2 BV. Diese Bestimmungen schliessen eine antizipierte Beweiswürdigung nicht aus. Die Berufungsinstanz kann folglich von beantragten Beweiserhebungen absehen, wenn das beantragte Beweismittel den erwarteten Beweis nicht zu erbringen vermöchte oder wenn es nicht geeignet wäre, das Ergebnis der bereits erhobenen Beweise zu ändern (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 und 4.3.2). bb) Die Berufungsklägerin beantragt mit Eingabe vom 13. Januar 2015, es seien allenfalls diverse Personen als Zeugen zu befragen. Der Berufungsbeklagte seinerseits beantragt mit Eingabe vom 2. Februar 2015, es seien der Entscheid des Gerichtspräsidenten vom 12. Februar 2015 sowie der Erkundigungsbericht des Jugendamtes vom 26. Januar 2015 zu den Akten zu erkennen. Beide Dokumente wurden bereits von Amtes wegen beigezogen, weshalb dieser Antrag gegenstandslos geworden ist. Weiter beantragt der Berufungsbeklagte, es seien die monatlichen Auszüge sämtlicher Konti der Berufungsklägerin seit dem 28. März 2013 bis heute bei dieser zu edieren. Mit Eingabe vom 11. März 2015 beantragte die Berufungsklägerin wiederum, es seien die Beilagen zum Superprovisorium Gesuch gemäss Art. 268 ZPO zu den Akten zu erkennen. In ihrer Stellungnahme vom 13. Juli 2015 beantragt sie die Anhörung der Kinder durch den Richter. cc) Der Gerichtspräsident hat mehrere Beweise erhoben. Er hat die Parteieingaben zu den Akten genommen und die

Parteien einvernommen. Diese Beweise wurden überzeugend gewürdigt (angefochtener Entscheid E. 4.2). Dieses Beweisergebnis vermöchten die von den Parteien angebehrten Beweiserhebungen nicht zu ändern (vgl. dazu E. 3b hiernach), so dass die Beweisanträge abzuweisen sind. Dies insbesondere auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das Jugendamt mit dem Verfassen eines Erkundigungsberichts beauftragt wurde, welcher ausführlich und nachvollziehbar ausgefallen ist und zu welchem die Parteien Stellung nehmen konnten, und dass das Jugendamt in einem zweiten Erkundigungsbericht zudem über die aktuelle Wohnsituation der Kinder beim Vater Auskunft gegeben hat. Nachdem das Jugendamt für beide Erkundigungsberichte mit den Kindern ein Gespräch geführt hat, erweist sich deshalb namentlich eine erneute Anhörung der Kinder, diesmal durch einen Richter des hiesigen Hofes, als unnötig. dd) Der von der Berufungsklägerin erhobene Vorwurf, die Berichterstattung des Jugendamtes sei sehr einseitig erfolgt, ist überdies unbegründet. Gerade der erste Kantonsgericht KG Seite 8 von 16 Erkundigungsbericht hat die Aussagen beider Elternteile sehr ausführlich wiedergegeben und die Wohnsituation bei beiden Parteien geprüft. Wo der zweite Bericht Lücken aufweist, wurde er durch die Aussagen der Beiständin der Kinder gegenüber dem Friedensgericht des Sensebezirks präzisiert und ergänzt. Die Beweiskraft der beiden Berichte ist damit unvermindert. Die Berufungsklägerin beanstandet des Weiteren, dass das Friedensgericht des Sensebezirks in Bezug auf die Gefährdungsmeldung von Dr. J. \_\_\_\_\_ vom 23. Juli 2015 seine Abklärungen darauf beschränkt habe, mit der Beiständin der Kinder zu sprechen, welche die Kinder zuletzt am

## **E. 2**

a) Die Berufungsklägerin beantragt zunächst die vorsorgliche Zuteilung der Obhut über die gemeinsamen Kinder an sich selbst im Rahmen des vor dem Gerichtspräsidenten hängigen Eheschutzverfahrens. b) Der Gerichtspräsident hat hierzu insbesondere erwogen, der Berufungsbeklagte sei besser in der Lage, die Kinder persönlich zu betreuen, da er sich seine Arbeit als Selbständiger mehr oder weniger frei einteilen könne. Zudem sei davon auszugehen, dass der Berufungsbeklagte in K. \_\_\_\_\_ über ein Beziehungsnetz verfüge, welches es ihm ermögliche, die Kinder durch andere Bezugspersonen betreuen zu lassen. Umgekehrt sei nicht anzunehmen, dass sich die Berufungsklägerin in F. \_\_\_\_\_ oder näherer Umgebung bereits ein Beziehungsnetz aufgebaut habe. Beim Berufungsbeklagten seien die Kinder zudem in ihrer bisherigen Umgebung. Ausserdem sei davon auszugehen, dass der Berufungsbeklagte die persönlichen Kontakte der Kinder zur Berufungsklägerin fördern werde, wogegen es fraglich sei, ob dies umgekehrt auch der Fall wäre. Seit dem Auszug der Berufungsklägerin aus der ehelichen Liegenschaft hätten schliesslich keine persönlichen Kontakte zwischen den Kindern und dem Berufungsbeklagten stattgefunden (angefochtener Entscheid E. 4.2 S. 12). c) Das Eheschutzgericht trifft nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen, wenn die Ehegatten minderjährige Kinder haben (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Nach der Rechtsprechung hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Vorab muss Kantonsgericht KG Seite 9 von 16 die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein.

Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (BGE 136 I 178 E. 5.3; 129 III 250 E. 3.4.2). d) Die Rüge der Berufungsklägerin, wonach der Gerichtspräsident hauptsächlich auf die Parteiaussagen des Berufungsbeklagten abgestellt habe (Berufung Art. 2), ist unbegründet. Vielmehr wurden im angefochtenen Entscheid die Aussagen sämtlicher Verfahrensbeteiligten sehr ausführlich wiedergegeben (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.2). Gemäss der Berufungsklägerin hätte zudem vor einem Entscheid der Bericht des Jugendamtes abgewartet werden sollen (Berufung Art. 4). Die Berufungsklägerin scheint hier zu verkennen, dass es sich beim angefochtenen Entscheid um einen solchen betreffend vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren handelt. Gerade in Konstellationen, wo noch ein Erkundigungsbericht abgewartet werden muss, drängen sich nämlich vorsorgliche Massnahmen auf, da sich unter solchen Umständen selbst ein summarisches Verfahren in die Länge ziehen kann (vgl. KG FR, Urteil 101 2012-214 vom 30. Oktober 2012, in FZR 2012 S. 371). Das Vorgehen des Gerichtspräsidenten ist deshalb nicht zu beanstanden. Weiter macht die Berufungsklägerin geltend, der Berufungsbeklagte habe ihren Auszug mit den Kindern in Kauf genommen, toleriert und sogar gefördert, wodurch er konkludent einem Wohnortswechsel der Kinder zugestimmt habe. Dadurch sei kein Gerichtsentscheid gemäss Art. 301a Abs. 2 Bst. b ZGB notwendig (Berufung Art. 8 S. 7 f.). Die genannte Regelung hat nun aber gerade den Zweck, zu verhindern, dass der nicht wegziehende Elternteil vor ein *fait accompli* gestellt werde (Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Elterliche Sorge] vom 16. November 2011, BBl 2011 9077, 9107). Es kann eindeutig nicht von einer konkludenten Zustimmung des Berufungsbeklagten ausgegangen werden, wenn er einen Tag nach dem Auszug der Berufungsklägerin bereits ein Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen stellte, mit welchem er die Rückführung der Kinder ins eheliche Domizil bezweckte. Auch diese Rüge ist somit unbegründet. Die Berufungsklägerin beanstandet zudem die Begründung des Gerichtspräsidenten, der superprovisorische Entscheid habe zugunsten des Berufungsbeklagten ausgefällt werden müssen, da die Berufungsklägerin nicht allein über den Aufenthaltswechsel der Kinder hätte bestimmen dürfen. Diese als selbstverständlich präsentierte Konsequenz ergebe sich weder aus dem Buchstaben des Gesetzes, noch sei eine solche je vom Gesetzgeber gewollt gewesen (Berufung Art. 8 S. 8 in fine). Der Gerichtspräsident hat sich in seinem Entscheid vom 3. Oktober 2014, mit welchem dem Berufungsbeklagten superprovisorisch die Obhut über die gemeinsamen Kinder zugeteilt und die Berufungsklägerin dazu aufgefordert wurde, die Kinder zurück ins eheliche Domizil zu bringen, auf Art. 301a ZGB gestützt. Art. 301a Abs. 2 Bst. b ZGB untersagt es einem Elternteil, wie bereits ausgeführt, ohne Zustimmung des anderen Elternteils den Aufenthaltsort der Kinder zu wechseln, wenn dies erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und des persönlichen Verkehrs des anderen Elternteils hat. Konsequenterweise muss es gestützt darauf mittels Erlass dringlicher Massnahmen möglich sein, die Kinder zurück an ihren bisherigen Aufenthaltsort zu bringen, wenn die Zustimmung fehlt. Indem in einem solchen Fall zusätzlich die Obhut superprovisorisch dem am bisherigen Domizil verbleibenden Elternteil zugewiesen wird, Kantonsgericht KG Seite 10 von 16 folgt lediglich das Recht den Tatsachen; die Obhut superprovisorisch dem weggezogenen Elternteil zuzusprechen, wäre diesfalls widersinnig. Auch diese Rüge geht

daher fehl. Von einem Vetorecht des Berufungsbeklagten (Berufung Art. 8 S. 9) kann überdies nicht die Rede sein, liegt es doch im Interesse der Kinder, nicht aus ihrem gewohnten Umfeld gerissen und an einen Ort verbracht zu werden, von dem aus sie ihren Vater nicht mehr regelmässig und eigenständig besuchen gehen können. Soweit die Berufungsklägerin behauptet, der Berufungsbeklagte habe ein „gewisses Temperament“, und dies mit Aussagen der Kinder zu belegen versucht (Berufung Art. 9), ist darauf hinzuweisen, dass sich aus den Akten keine Hinweise auf ein aufbrausendes Wesen des Berufungsbeklagten ergeben. Gemäss Aussagen der Kinder seien beide Eltern gleich streng bzw. nett (act. 46 S. 2 und 4). Vielmehr sei gemäss Aussagen der Mediatorin die Berufungsklägerin „deutlich impulsiver“; das Jugendamt beschreibt deren Verhalten gar als destruktiv, bedingungslos egoistisch und affektgetrieben (Bericht des Jugendamts vom 26. Januar 2015 S. 25 und 27). Auch konnte das Jugendamt keinen jähzornigen Charakter beim Berufungsbeklagten feststellen (Bericht des Jugendamts vom 26. Januar 2015 S. 26). D. \_\_\_\_\_s Lehrpersonen haben ebenfalls keine Auffälligkeiten feststellen können und beschreiben die Zusammenarbeit mit dem Vater als konstruktiv und förderlich. Es sei namentlich spürbar, dass D. \_\_\_\_\_ Unterstützung bei den Hausaufgaben erhalte (Bericht des Jugendamts vom 26. Juni 2015 S. 3). Zwar hat D. \_\_\_\_\_ im Gespräch mit dem Jugendamt am 2. Juni 2015 erklärt, sie werde vom Vater geschlagen, woraufhin der Berufungsbeklagte zugab, in gewissen Situationen an die Grenzen geraten zu sein (Bericht des Jugendamts vom 26. Juni 2015 S. 3). Auf die Frage, wo und wie sie vom Vater geschlagen werde, konnte D. \_\_\_\_\_ jedoch keine genauen Angaben machen. Gemäss der Beiständin der Kinder, welche das Gespräch vom 2. Juni 2015 führte, habe D. \_\_\_\_\_ auf den Mund und sämtliche anderen Körperteile gezeigt. Eine solch unpräzise Aussage sei für ein Kind, welches angeblich geschlagen werde, sehr untypisch. D. \_\_\_\_\_ habe schon mehrere Male der Psychologin erzählt, dass sie von ihrem Vater geschlagen werde, jedoch – wie sich herausstellte – immer nur dann, wenn sie von der Mutter zur Psychologin gebracht wurde. Die Berufungsklägerin habe mit den Kindern bereits mehrmals Dr. J. \_\_\_\_\_, welcher die Gefährdungsmeldung verfasste, aufgesucht, und zwar immer dann, wenn die Kinder mehrere Tage bei ihr gewesen seien. Gemäss der Beiständin der Kinder, welche jene im Juni 2015 zuletzt gesehen hat, sind die Kinder in der Obhut des Berufungsbeklagten nicht unmittelbar gefährdet. Letzterer habe ihr gegenüber bereits eingeräumt, dass es vorgekommen sei, dass er den Kindern einen Klaps auf den Hintern oder die Hände gegeben habe. Er habe sie auch schon an den Haaren gezogen. Es sei aber dabei geblieben. Zudem sei sie selbst einmal dabei gewesen, als der Berufungsbeklagte D. \_\_\_\_\_ einen Klaps auf den Hintern gegeben habe, wobei dies aber nur ein leichter Klaps gewesen sei. Auslöser sei gewesen, dass D. \_\_\_\_\_ den Berufungsbeklagten angefurzt habe. Der Berufungsbeklagte halte sich nun daran, dass Gewalt in der Erziehung keinen Platz habe. Sie habe nicht den Eindruck, dass die Kinder vom Berufungsbeklagten geschlagen würden. Auch die Lehrerinnen in K. \_\_\_\_\_ hätten nichts derartiges festgestellt und auch die Psychologin habe nicht den Eindruck, die Kinder würden vom Vater geschlagen. Die Anschuldigungen der Berufungsklägerin seien mehr ein Zeichen für deren Verzweiflung, welche versuche, die Kinder zurück zu bekommen. Sie habe den Eindruck, dass sich D. \_\_\_\_\_ der Mutter gegenüber sehr verpflichtet fühle und entsprechend manipulierbar sei (Telefonnotiz des Friedensgerichts des Sensebezirks vom 28. Juli 2015). Angesichts der äusserst konfliktgeladenen Trennungssituation, der Instabilität, welche die Kinder während der vergangenen Monate erleben mussten, und insbesondere auch ihres Loyalitätskonfliktes, sowie unter Berücksichtigung der

Einschätzung der Situation durch die Kantonsgericht KG Seite 11 von 16 Beiständin der Kinder, die Lehrpersonen sowie die Psychologin ist deshalb davon auszugehen, dass der durch die Berufungsklägerin erhobene Vorwurf der Gewalt unbegründet ist. e) aa) Der Gerichtspräsident hat zu recht darauf verzichtet, im Stadium der vorsorglichen Massnahmen den genauen Arbeitsaufwand des Berufungsbeklagten zu eruieren. Wie der Gerichtspräsident zutreffend festgehalten hat, ist davon auszugehen, dass sich der Berufungsbeklagte seine Arbeitszeit als Selbständiger frei einteilen kann, wodurch er die persönliche Betreuung der Kinder gewährleisten kann. Dies bestätigen übrigens auch die Aussagen der Kinder, gemäss welchen der Vater „halt immer da“ sei bzw. er weniger arbeite (act. 46 S. 2 und 4), sowie die Aussagen der Lehrpersonen der Kinder, gemäss welchen hauptsächliche Ansprechperson der Vater gewesen sei (Bericht des Jugendamts vom 26. Januar 2015 S. 21 f.). Eine detaillierte Analyse der Situation ist im jetzigen Zeitpunkt nicht notwendig, da der Berufungsbeklagte bis anhin offensichtlich dazu in der Lage war, die persönliche Betreuung der Kinder wahrzunehmen. Auch die Berufungsklägerin, welche per Ende März 2015 ihre Arbeitstätigkeit ganz aufgegeben hat, könnte die persönliche Betreuung der Kinder nun in grösserem Umfang selbst gewährleisten (vgl. Beilage 2 zur Stellungnahme vom 11. März 2015 zum Bericht des Jugendamtes). Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung, auf welche sich die Berufungsklägerin beruft und gemäss welcher ihr aufgrund des Alters ihrer Kinder keine Arbeitstätigkeit zugemutet werden könne, ihr vorliegend nicht zum Vorteil gereicht. Besagte Rechtsprechung betrifft den obhutsberechtigten Elternteil, welcher vorliegend momentan der Berufungsbeklagte ist. Schliesslich existiert kein absolutes Recht der Mutter auf Obhutszuteilung. Nichtsdestotrotz wird festgestellt, dass zum heutigen Zeitpunkt beide Parteien die persönliche Betreuung der Kinder gewährleisten können. bb) Gemäss Aussagen der Kinder anlässlich ihrer Anhörung durch das Jugendamt vom

## **E. 5**

a) Schliesslich rügt die Berufungsklägerin die Vorbehaltung der Kosten im angefochtenen Entscheid, führt dazu aber gleichzeitig aus, soweit dies zulässig sei, bestünden dagegen keine Einwände (Berufung Art. 15). b) Gemäss Art. 104 Abs. 3 ZPO kann über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen zusammen mit der Hauptsache entschieden werden. Das Vorgehen des Gerichtspräsidenten ist damit zulässig. Kantonsgericht KG Seite 14 von 16 Soweit auf den Antrag der Berufungsklägerin überhaupt eingetreten werden kann, ist die Berufung somit auch in diesem Punkt abzuweisen.

## **E. 6**

a) Die Berufungsklägerin beantragt, der Berufungsbeklagte sei zu verurteilen, ihr für das Berufungsverfahren einen Parteikostenvorschuss im Betrag von CHF 4'000.- zuzüglich 8% MWSt, ausmachend total CHF 4'320.-, innert 10 Tagen ab richterlichem Entscheid zu bezahlen. b) Bereits der Gerichtspräsident hat den Berufungsbeklagten zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses verurteilt. Dies mit der Begründung, die Berufungsklägerin sei gestützt auf die Gegenüberstellung ihres Einkommens von CHF 4'420.- und ihrer notwendigen Auslagen von CHF 3'503.10 zuzüglich der zu leistenden monatlichen Unterhaltsbeiträge von insgesamt CHF 900.- sowie unter Berücksichtigung ihrer Vermögensverhältnisse (Bankkonto mit Saldo CHF 9'618.- per 31. Dezember 2013 und Konto Säule 3a mit Saldo von CHF 8'745.10 per 25. August 2014) nicht dazu in der Lage, ihre Prozesskosten ohne Beschränkung ihres notwendigen Lebensunterhalts zu leisten (angefochtener Entscheid E. 5). Der Berufungsbeklagte hingegen sei aufgrund seiner

Vermögensverhältnisse dazu in der Lage, der Berufungsklägerin einen Prozesskostenvorschuss von CHF 4'500.- zu leisten. Er verfüge über ein durchschnittliches Jahreseinkommen von CHF 55'000.- und sei Eigentümer der landwirtschaftlichen Liegenschaft in K. \_\_\_\_\_ mit einem Steuerwert von CHF 432'376.-. Das komplette Betriebsvermögen habe per 31. Dezember 2013 CHF 716'300.70, das Fremdkapital CHF 647'472.- und das Eigenkapital CHF 68'828.70 betragen. Zudem verfüge der Berufungsbeklagte über Bauland, welches zum Teil verkauft sei und zum Teil verkauft werden solle. Er vermiete seit dem 8. November 2014 auch eine Wohnung der Liegenschaft zu CHF 1'000.- pro Monat (angefochtener Entscheid E. 5). c) Die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch einen Ehegatten zu Gunsten des anderen Ehegatten setzt grundsätzlich – wie die insoweit subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege – voraus, dass die gesuchstellende Person mittellos ist und ihre Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheinen (BGer, Urteil 5D\_135/2010 vom 9. Februar 2011, E. 3.1). d) Die Berufungsklägerin ist zurzeit ohne Einkommen, da sie ihre Arbeitsstelle per Ende März 2015 gekündigt hat. Ihre Rechtsbegehren erscheinen nicht als aussichtslos. Da jedoch davon auszugehen ist, dass die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten die Unterhaltsbeiträge für die beiden Kinder seit dem 10. März 2015 infolge Aufgabe ihrer Erwerbstätigkeit nicht überwiesen hat, erhöhen sich dessen Auslagen. Bei einem durchschnittlichen monatlichen Einkommen von CHF 5'583.35 ([55'000 / 12] + 1'000), dem Bedarf der beiden Kinder von rund CHF 3'420.- (1'690 [D. \_\_\_\_\_] + 1'730 [E. \_\_\_\_\_]); vgl. durchschnittlicher Unterhaltsbedarf per 1. Januar 2015 gemäss Zürcher Tabellen) sowie eigenen Auslagen von geschätzt rund CHF 2'161.70 (1'350 [Grundbedarf] + 270 [Erweiterung Grundbedarf um 20%] + 350 [Wohnkosten pauschal] + 191.70 [Krankenkasse verbilligt]) ist der Berufungsbeklagte offensichtlich nicht in der Lage, der Berufungsklägerin den verlangten Prozesskostenvorschuss zu leisten. Der Antrag ist deshalb abzuweisen.

## **E. 7**

Die Berufungsklägerin ist mit ihren Anträgen vollumfänglich unterlegen. Es sind ihr deshalb die Prozesskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). a) Die Gerichtskosten werden pauschal auf CHF 2'200.- festgelegt (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 19 JR) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'200.- verrechnet. Kantonsgericht KG Seite 15 von 16 b) In Anbetracht der Art, der Schwierigkeit und des Umfangs des Verfahrens sowie der notwendigen Arbeit von Rechtsanwalt Christian Gerber (insbesondere Verfassen der 16-seitigen Berufungsantwort und Kenntnisnahme von Beweisanträgen sowie der 30- und 4-seitigen Berichte des Jugendamts), des Interesses und der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien wird die Parteientschädigung für den Berufungsbeklagten global auf CHF 3'500.- zuzüglich CHF 280.- MWSt (8% von CHF 3'500.-) festgesetzt (Art. 95 Abs. 3 und 96 ZPO i.V.m. Art. 63 Abs. 2 und 64 Abs. 1 Bst. e JR). (Dispositiv auf nachfolgender Seite) Kantonsgericht KG Seite 16 von 16 Der Hof erkennt: I. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Entscheid des Gerichtspräsidenten des Sensebezirks vom 1. Dezember 2014 wird vollumfänglich bestätigt. II. Der Antrag von A. \_\_\_\_\_ vom 13. Juli 2015 und 14. August 2015 auf Anordnung einer Kindesvertretung wird abgewiesen. III. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden A. \_\_\_\_\_ auferlegt: a) Die Gerichtskosten werden pauschal auf CHF 2'200.- festgelegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'200.- verrechnet. b) Die Parteientschädigung für B. \_\_\_\_\_ wird global auf CHF 3'500.- (inkl. Auslagen) festgelegt, zuzüglich CHF 280.- MWSt. IV. Der Antrag von A. \_\_\_\_\_ auf Verurteilung von B. \_\_\_\_\_ zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen. V. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen

nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 72–77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 24. August 2015/ggu Präsident Gerichtsschreiberin

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