

NW_GERICHTE 31613 vom 9. Dezember 2022

NW Gerichte, 2022-12-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_31613

FR: NW_GERICHTE 31613 du 9 décembre 2022

IT: NW_GERICHTE 31613 del 9 dicembre 2022

Regeste

Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren (ZA 22 9)

Erwägungen

E. 1.1

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Bei nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten kommt keine Streitwertgrenze zur Anwendung (Art. 308 Abs. 2 ZPO e contrario; KARL SPÜHLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 8 zu Art. 308 ZPO). Die Obhut und der persönlichen Verkehr von Kindern sind nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten (Urteile des Bundesgerichts 5A_1025/2020 vom 30. August 2021 E. 1.3, 5A_100/2021 vom 25. August 2021 E. 1.1 m.w.V.).

Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden als Einzelgericht ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 Abs. 1 GerG [NG 261.1]), das in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 22 Abs. 1 Ziff. 2 GerG). Mit Berufung angefochten ist das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, ZE 22 122 vom 27. Juli 2022. In der Berufung wird die erstinstanzlich getroffene vorsorgliche Regelung über den Aufenthaltsort, die Obhut sowie die Betreuung und den persönlichen Verkehr der gemeinsamen Kinder für die Dauer des Eheschutzverfahrens angefochten. Es handelt sich somit um eine Berufung in einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit, für deren Beurteilung das Obergericht Nidwalden örtlich und sachlich zuständig ist.

E. 1.2

Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwer), überdies durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwer; vgl. PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, N. 30 ff. zu den Vorbem. zu Art. 308–318 ZPO). Die Berufungsklägerin war am vorinstanzlichen Verfahren als Gesuchsgegnerin beteiligt und ist durch das angefochtene Urteil berührt, nachdem das Gesuch – entgegen ihren Anträgen – im Wesentlichen gutgeheissen worden ist. Sie ist somit zur Berufung berechtigt.

9■45

E. 1.3

Die Berufung ist innert zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Der Fristenstillstand

gilt nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde der Berufungsklägerin am 2. August 2022 zugestellt (vi- ZE 22 122 act. 9, Sendungsverfolgung vom 4. August 2022). Die am 10. August 2022 einge- reichte Berufung ist damit rechtzeitig erfolgt. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beru- fung ist somit einzutreten.

E. 2.1

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und/oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt demnach über eine vollumfängliche Überprüfungsbezugnis der Streitsache, mithin über unbe- schränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. Das bedeutet aber nicht, dass sie ge- halten ist, den erstinstanzlichen Entscheid losgelöst von konkreten Anhaltspunkten in der Be- rufungsbegründung von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen. So dient das Berufungsverfahren nicht etwa der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, son- dern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte kon- kret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Die Berufungsinstanz hat sich daher – abgese- hen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung jener Beanstandungen zu beschränken, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen den erstinstanzlichen Entscheid erheben (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; Urteile des Bundesgerichts 4A_184/2017 vom 16. Mai 2017 E. 4.2.1; 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1; 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Entsprechend hat die Berufung führende Partei im Rahmen ihrer Berufungsbegründung im Einzelnen darzulegen, auf welche Berufungsgründe sie sich beruft und an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen, zumindest sofern ein Mangel nicht

10■45

geradezu offensichtlich ist (Urteile des Bundesgerichts 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 5). Handelt es sich aber um einen Ermes- sensentscheid, darf sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung eine gewisse Zurückhal- tung auferlegen (Urteil des Bundesgerichts 5A_265/2012 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.2; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 469 ff. S. 202 ff.) und es wird nicht ohne Not sein eigenes Ermessen an dasjenige der Vorinstanz zu setzen haben (MARTIN H. STERCHI, Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, 2012, N 8 f. zu Art. 310 ZPO).

E. 2.2

In Verfahren betreffend Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt der unein- geschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Dieser verpflichtet das Gericht, den Sachverhalt von Amtes wegen zu erheben und kennzeichnet sich dadurch, dass das Ge- richt die prozessrelevanten Akten von Amtes wegen beschaffen muss sowie für den Beweis zu sorgen hat; dies ohne dass der Zivilrichter eine mit den Strafbehörden vergleichbare Unter- suchungstätigkeit zu entwickeln hat (MYRIAM A. GEHRI, in: Basler Kommentar zur Zivilprozess- ordnung, 3. Aufl. 2017, N 16 f. zu Art. 55 ZPO). Die Behörde ist aber nicht zu endlosen Be- weiserhebungen und Abklärungen verpflichtet. Zum einen

kann es immer nur um die Abklärung des für den Ausgang des Verfahrens wesentlichen Sachverhalts gehen. Soweit ein bestimmter Sachverhalt für das Urteil nicht entscheidend ist, kann er offenbleiben, auch wenn die eine oder andere Partei in anderem Zusammenhang ein Interesse an der Klärung haben könnte. Weitere Erhebungen sind auch dann nicht notwendig, wenn ein bestimmter Sachverhalt bereits feststeht. Die Untersuchungsmaxime schliesst eine vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus. Verfügt das Gericht über genügende Grundlagen für eine sachgerechte Entscheidung, kann es auf weitere Beweiserhebungen verzichten (Urteil des Bundesgerichts 5A_922/2017 vom 2. August 2018 E. 5.2). Ebenso gilt die Officialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Diese – als Gegenstück zur Dispositivmaxime – zeichnet sich durch eine fehlende Bindung des Gerichts an die Parteianträge aus; die Gewährung des Rechtsschutzes erfolgt unabhängig von den Streit Beteiligten (Art. 58 Abs. 2 ZPO; GEHRI, a.a.O., N 10 ff. zu Art. 58 ZPO).

11■45

E. 2.3

Zunächst rügt die Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör in mehrfacher Hinsicht verletzt (vgl. nachfolgend E. 3). Weiter rügt sie mehrere Verletzungen des Rechts auf ein faires Verfahren, der Begründungspflicht, des Handelns nach Treu und Glauben, des Willkürverbots sowie des Untersuchungsgrundsatzes in Kinderbelangen in familienrechtlichen Anlässen (vgl. nachfolgend E. 4). Die Berufungsklägerin rügt überdies das Vorgehen und die Schlussfolgerungen der Vorinstanz bei der Festlegung des Wohnsitzes der gemeinsamen Kinder der Parteien (E. 5) und bringt diverse Rügen gegen die vorinstanzliche Betreuungsergebnisse vor (E. 6). Schliesslich ersucht sie darum, die Abweisung der aufschiebenden Wirkung in Wiedererwägung zu ziehen (E. 7).

E. 3.1

Die Gesuchstellerin rügt, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör in mehrfacher Hinsicht verletzt (amtl. Bel. 1 Rz. 4; amtl. Bel. 7 Rz. 27).

E. 3.2.1

Die Vorinstanz habe je ein Schreiben der Ex-Partnerin des Berufungsbeklagten und der gemeinsamen Tochter G. __ an den Gerichtspräsidenten vom 27. Juni 2022 erst am 25. Juli 2022 zugestellt (Posteingang bei RA der Berufungsklägerin). Sodann habe sie das Schreiben der Rechtsanwältin des Berufungsbeklagten vom 7. Juli 2022 erst am 22. Juli 2022 (Posteingang bei RA der Berufungsklägerin) zugestellt. Indem die Vorinstanz am 27. Juli 2022 ein Urteil gefällt habe, habe sie das Replikrecht und damit das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt (amtl. Bel. 1 Rz. 4.1 – 4.4; amtl. Bel. 7 Rz. 18). Zudem habe sie am 7. Juli 2022 von der Gesundheits- und Sozialdirektion die Akten der Schulsozialarbeit betreffend C. __ und D. __ erhalten, diese den Parteien aber nicht zugestellt, womit sie ebenfalls das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt habe (amtl. Bel. 1 Rz. 4.10).

12■45

E. 3.2.2

Gemäss Art. 29 BV und Art. 6 EMRK haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch umfasst unter anderem das Recht einer Partei, von allen dem Gericht eingebrachten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich soweit erforderlich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob sie neue tatsächliche oder rechtliche Vorbringen

enthalten, die im konkreten Fall Einfluss auf das zu fällende Urteil haben können (BGE 142 III 48 E. 4.1.1 m.w.V., in: Pra 106 Nr. 4; BGE 139 I 189 E. 3.2 m.w.V., in: Pra 102 Nr. 112). Dieses sogenannte Replikrecht hat in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen, das sich durch eine gewisse Dringlichkeit und Beschleunigung auszeichnet, nicht die gleiche Tragweite wie in einem ordentlichen Verfahren auf Erlass eines Sachurteils. Bei vorsorglichen Massnahmen lässt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör kein absolutes Replikrecht ableiten. Handelt es sich nur um vorläufige Massnahmen für die Dauer des Hauptverfahrens, darf das Gericht – besondere Umstände vorbehalten – auf eine einlässliche Anhörung der Parteien und einen zweiten Schriftenwechsel verzichten. Gleichwohl ist das Replikrecht zu gewähren, wenn Eingaben gemacht werden und das Gericht darin enthaltene neue Vorbringen im Entscheid zu berücksichtigen gedenkt (BGE 139 I 189 E. 3.3 ff., Pra 102 Nr. 112; Urteil 5D_8/2016 vom 6. Juni 2016 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 5A_814/2014 vom 12. Dezember 2014 E. 3.2). Bei besonderer Dringlichkeit kann das Replikrecht ausnahmsweise ganz ausgeschlossen werden, oder die Frist zur Ausübung des Replikrechts kann kürzer sein als die allgemein übliche Minimalfrist von zehn Tagen, nach welcher das Gericht von einem Verzicht ausgehen kann. In Verfahren über vorsorgliche Massnahmen, die im summarischen Verfahren behandelt werden, kann unter Umständen eine Stellungnahme innert drei bzw. fünf Tagen geboten sein, um noch als rechtzeitig zu gelten (BGE 139 I 189 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 5A_814/2014 vom 12. Dezember 2014 E. 3.2). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 135 I 187 E. 2.2). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann allerdings ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei prüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der

13■45

Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; 137 I 195 E. 2.3.2; Urteil des Bundesgerichts 5D_8/2016 vom 3. Juni 2016 E. 2.3). Auch die Wahrung des rechtlichen Gehörs stellt keinen Selbstzweck dar. Es besteht dann kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, wenn nicht bestritten ist, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang gehabt hätte. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz allein wegen der festgestellten Gehörsverletzung zu einem Leerlauf und einer unnötigen Verzögerung führt. Es wird deshalb für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich vorausgesetzt, dass die beschwerdeführende Partei in der Begründung des Rechtsmittels angibt, welche Vorbringen sie bei Gewährung des rechtlichen Gehörs eingebracht hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (Urteile des Bundesgerichts 4A_122/2021 vom 14. September 2021 E. 3.4.1 und 5A_561/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.3 je m.w.V.).

E. 3.2.3

Die Berufungsklägerin rügt zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil sie je ein Schreiben der Ex-Partnerin des Berufungsbeklagten und deren gemeinsamer Tochter vom

E. 3.2.4

Weiter moniert die Berufungsklägerin, sie habe zu einem Schreiben der Rechtsvertreterin des Berufungsbeklagten vom 7. Juli 2022 nicht Stellung nehmen können (vi-ZE 22 122 act. 6, Schreiben RA Niedrist vom 7. Juli 2022). Im Schreiben vom 7. Juli 2022 teilt die Rechtsvertreterin des Berufungsbeklagten im Wesentlichen mit, dass zur Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 21. Juni 2022 keine weitere Stellungnahme eingereicht werde, um eine weitere Verzögerung des Verfahrens zu vermeiden, und dass an den eigenen Anträgen und Ausführungen festgehalten werde. Inhaltlich nahm sie einzig in fünf Sätzen zur Behauptung der Gegenseite Stellung, die Kinder hätten nie beim Berufungsbeklagten übernachtet und dieser habe sie nur sporadisch betreut. Das entsprechende Schreiben ist – nach eigenen Angaben – am 22. Juli 2022 beim Rechtsvertreter der Berufungsklägerin eingegangen (vgl. amtl. Bel. 1 Rz. 4.4). Somit verblieben dem Rechtsvertreter der Berufungsklägerin noch fünf Tage, um vor dem angefochtenen Urteil Stellung zu nehmen. Angesichts der Dringlichkeit und der Tatsache, dass das Schreiben vom

E. 3.2.5

Wenn die Berufungsklägerin überdies rügt, die Akten der Schulsozialarbeit betreffend C.____ und D.____ hätten ihr zugestellt werden müssen, verkennt sie Folgendes: Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 8. Juni 2022 entschieden, dass die betreffenden Schulsozialarbeiterinnen ein Mitwirkungsverweigerungsrecht im Verfahren haben. Entsprechend hat die Vorinstanz die Akten wieder retourniert, womit sie sich – entgegen den Behauptungen der Berufungsklägerin – nicht in den Akten befinden (vgl. vi-ZE 21 259 act. 7, Prozessleitende Verfügung vom 8. Juni 2022). Die Berufungsklägerin hat diese Verfügung nicht angefochten. Die Vorinstanz hat folglich diese Akten zu Recht nicht den Parteien zugestellt, andernfalls das Mitwirkungsverweigerungsrecht der Schulsozialarbeiterinnen unterlaufen worden wäre. Die Vorinstanz hat konsequenterweise auch nicht auf diese Akten der Schulsozialarbeit abgestellt. Es bestand deshalb weder ein Recht auf Kenntnis- noch auf Stellungnahme.

E. 3.3.1

Die Berufungsklägerin rügt weiter, die Vorinstanz habe trotz entsprechendem Beweisantrag auf die Durchführung einer Parteibefragung / Beweisaussage / Anhörung der Berufungsklägerin verzichtet und keine mündliche Verhandlung durchgeführt. Sie habe damit das rechtliche Gehör, den Untersuchungsgrundsatz in Kinderbelangen und – im Eheschutzverfahren – auch das Beschleunigungsgebot verletzt (amtl. Bel. 1 Rz. 4.5 – 4.8).

E. 3.3.2

Das Recht auf vorgängige Anhörung kann mit den Erfordernissen eines geordneten Verfahrens (Praktikabilität), der Prozessökonomie oder anderen schutzwürdigen Interessen kollidieren. Die Frage, ob und wie das Recht auf vorgängige Anhörung im konkreten Fall zu gewährleisten ist, ist daher im Rahmen einer Interessenabwägung zu ermitteln. Das Gehörsinteresse

16■45

ist abzuwägen mit den Interessen an einer raschen Erledigung des Falles und der Erreichung des Zwecks der Anordnung, öffentlichen und/oder privaten Geheimhaltungsinteressen

sowie weiteren schutzwürdigen Interessen. Ein Verweigerungsgrund kann z.B. sein, dass die Gefahr der Vereitelung einer geplanten Massnahme besteht oder eine hohe zeitliche Dringlichkeit vorliegt (RENÉ WIEDERKEHR/CHRISTIAN MEYER, SCHRANKEN, Ausnahmen und Relativierungen des rechtlichen Gehörs, AJP 10/2022 S. 1095 m.w.V.). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass das vorliegende Verfahren nicht ein Eheschutzverfahren gemäss Art. 172 – 179 ZGB und Art. 271 lit. a ZPO ist, sondern ein Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens (vgl. dazu E. 5 des angefochtenen Urteils und die Urteile des Bundesgerichts 5A_212/2012 vom 15. August 2012 E. 2.2.2 und 5A_870/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 5, in welchen das Bundesgericht offen gelassen hat, ob vorsorgliche Massnahmen während des Eheschutzverfahrens zulässig sind). Das Eheschutzverfahren ist bereits ein summarisches und damit – zumindest theoretisch – schnelles Verfahren. Damit in einem weiteren summarischen Verfahren vorsorgliche Massnahmen für die Dauer dieses Eheschutzverfahrens erlassen werden können, muss eine vorläufige Regelung nötig sein, mit der nicht bis zum Abschluss des Eheschutzverfahrens zugewartet werden kann, ohne dass ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil entstünde (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO und STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2016, N. 13 ff. zu Art. 273 ZPO m.w.V.). Es muss somit Dringlichkeit bestehen. Die vorsorglichen Massnahmen während des Eheschutzverfahrens können ihre Funktion deshalb nur erfüllen, wenn sie schneller als das Eheschutzverfahren abgeschlossen werden können. Daraus folgt, dass bei vorsorglichen Massnahmen während des Eheschutzverfahrens nicht die gleichen Voraussetzungen hinsichtlich Anhörung und Durchführung einer Verhandlung erforderlich sein können, wie beim Eheschutzverfahren. Andernfalls würde ein solches Verfahren seines Vorteils beraubt. Daraus erschliesst sich, dass Art. 273 Abs. 1 ZPO und Art. 297 Abs. 1 ZPO zwar im Eheschutzverfahren, nicht aber im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens anwendbar sind. Vorliegend bestand Dringlichkeit, nachdem die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten und dem Gericht sehr kurzfristig ihren Umzug nach Y.___ und die Absicht bekanntgab, die gemeinsamen Kinder nach Y.___ mitzunehmen und dort einzuschulen. Wäre eine (weitere) Verhandlung und eine Anhörung der Berufungsklägerin nötig gewesen, hätte ein entsprechender Entscheid nicht mehr rechtzeitig, nämlich vor dem Beginn des neuen Schuljahres, erlassen werden können und es wäre der Berufungsklägerin möglich gewesen, Fakten zu schaffen, ohne dass der Berufungskläger dies mittels Anrufung des Gerichts hätte verhindern können.

17■45

Die Vorinstanz war somit nicht verpflichtet, vor dem Entscheid über das vorsorgliche Massnahmengesuch eine (weitere) Verhandlung und eine Parteibefragung/persönliche Anhörung mit der Berufungsklägerin durchzuführen. Kommt hinzu, dass die Vorinstanz bereits eine Eheschutzverhandlung mit den Parteien und ihren Rechtsvertretern abgehalten hat, in welcher während über zweieinhalb Stunden Vergleichsgespräche geführt worden sind (vgl. vi-act. ZE 21 259 act. 6, Verhandlungsprotokoll vom 23. Mai 2022). Auch wenn keine formale Anhörung mit der Berufungsklägerin stattgefunden hat, ist davon auszugehen, dass sie ihren Standpunkt in den Vergleichsgesprächen auch persönlich darlegen konnte. Zudem hat die Berufungsklägerin in ihrer Stellungnahme zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ausgeführt, es könne «in casu [...] aufgrund der Akten ein Endentscheid gefällt werden» (vgl. vi-ZE 22 122 act. 4, Stellungnahme von RA Horvath

vom 21. Juni 2022). In der Berufung wird nicht schlüssig dargelegt, weshalb dies nun nicht mehr gelten soll (amtl. Bel. 1 Rz. 5). Vielmehr durfte die Vorinstanz von einem Verzicht auf eine persönliche Anhörung / Parteibefragung und auf eine (weitere) Verhandlung ausgehen. Die Vorinstanz hat somit weder das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin noch den Untersuchungssatz in Kinderbelangen verletzt, indem sie keine formelle Anhörung / Parteibefragung mit der Berufungsklägerin und keine (weitere) Verhandlung durchgeführt hat. Wenn die Berufungsklägerin schliesslich eine Verletzung des Beschleunigungsgebots im Eheschutzverfahren rügt, ist darauf in der vorliegenden Berufung, die sich gegen das Urteil betreffend vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren richtet, nicht einzutreten. Es erscheint überdies widersprüchlich, wenn die Berufungsklägerin der Vorinstanz einerseits eine unzureichende Verfahrensbeschleunigung vorwirft und andererseits darauf pocht, es hätte eine (weitere) Verhandlung und eine Parteibefragung/persönliche Anhörung mit ihr durchgeführt werden müssen.

E. 3.4.1

Die Berufungsklägerin rügt überdies, sie habe mit Eingabe vom 1. Juli 2022 in den Verfahren ZE 22 122 und ZE 21 259 Ausführungen zur häuslichen Gewalt gemacht und die Einsetzung von Kinderanwälten/Kinderanwältinnen für die vier gemeinsamen Kinder beantragt. Indem die Vorinstanz nicht auf diese Stellungnahme eingegangen sei, habe sie ihre Begründungspflicht und das rechtliche Gehör verletzt (amtl. Bel. 1 Rz. 4.9).

18■45

E. 3.4.2

Der in Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt (BGE 124 I 49 E. 3a). Die Begründungspflicht und der Anspruch auf Begründung sind aber nicht bereits dadurch verletzt, dass sich die urteilende Behörde nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 124 I 49 E. 3a; BGE 126 I 97 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 5A_303/2012 vom 30. August 2012 E. 3.1).

E. 3.4.3

Es trifft nicht zu, dass sich die Vorinstanz nicht mit den Vorwürfen der Berufungsklägerin gegen den Berufungsbeklagten wegen häuslicher Gewalt auseinandergesetzt hat. Die Vorinstanz setzt sich in E. 10 (Erziehungsfähigkeit) und E. 14.2 (Kinderwünsche) des angefochtenen Entscheids mit den Gewaltvorwürfen auseinander. Zudem muss sich ein Gericht nicht mit jedem einzelnen Vorbringen auseinandersetzen und dieses widerlegen, es kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Vorinstanz hat die Begründungspflicht und das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin auch diesbezüglich nicht verletzt. Die Berufungsklägerin verkennt überdies, dass es im Ermessen des Gerichts liegt, ob es für ein Kind eine Vertretung anordnet. Das Gericht ist auch in den Fällen von Art. 299 Abs. 2 ZPO und damit auch dann, wenn ein Elternteil eine Vertretung beantragt (vgl. Art. 299 Abs. 2 lit. b ZPO) nicht verpflichtet, automatisch einen Beistand zu bezeichnen oder hierüber eine formelle Entscheidung zu treffen (Urteile des Bundesgerichts 5A_465/2012 vom 18. September 2012 E. 4.1.2; 5A_744/2013 vom 31. Januar 2014 E. 3.2.3; 5A_976/2014 vom 30. Juli 2015 E. 2.5.2.3; 5A_400/2015 vom 25. Februar 2016 E.

2.3; 5A_232/2016 vom 6. Juni 2016 E. 4; anders verhält es sich, wenn das urteilsfähige Kind einen Antrag auf Vertretung stellt, vgl. Art. 299 Abs. 3 ZPO). Überdies wäre ein solcher Entscheid nicht im vorliegenden vorsorglichen Massnahmeverfahren, sondern im Eheschutzverfahren zu treffen, womit auf die entsprechende Rüge sowieso nicht eingetreten werden kann.

19■45

E. 3.5

Die Vorinstanz hat weder das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin noch den Untersuchungsgrundsatz in Kinderbelangen verletzt. Die Berufung ist diesbezüglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Auf die Rüge der Verletzung des Beschleunigungsgebots im Eheschutzverfahren ist nicht einzutreten.

4.

4.1

Die Berufungsklägerin rügt weiter, die Vorinstanz habe in mehrfacher Hinsicht ihr Recht auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) verletzt. Zudem rügt sie (teilweise implizit) eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK), des Handelns nach Treu und Glauben und des Willkürverbots (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV) sowie des Untersuchungsgrundsatzes bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 296 Abs. 1 ZPO) durch die Vorinstanz (amtl. Bel. 1 Rz. 7).

4.2

4.2.1

Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Im Anspruch auf «gleiche und gerechte Behandlung» ist das allgemeine Gebot eines fairen Verfahrens enthalten (BGE 133 I 1 E. 5.3.1 m.w.V.; BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2015, N. 16 zu Art. 29 BV m.w.V.). Dieses prozessuale Fairnessgebot wird einerseits in nicht abschliessender Weise in der Verfassung (Art. 29 – 32 BV) verdeutlicht und teilweise in der Prozessgesetzgebung konkretisiert. Darüber hinaus übernimmt es die Funktion eines Auffanggrundrechts zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens (WALDMANN, a.a.O., N. 16 zu Art. 29 BV m.w.V.). Unmittelbar aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitet werden der Anspruch auf gleiche Behandlung (Recht auf Waffengleichheit), das Verbot der formellen Rechtsverweigerung (Rechtsverweigerung i.e.S., Verbot der Rechtsverzögerung, Verbot des überspitzten Formalismus), der Anspruch auf rechtmässige Zusammensetzung und Unparteilichkeit der Behörde, ein Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Beweise und prozessuale Treue- und Aufklärungspflichten (WALDMANN, a.a.O., N. 18 ff. zu Art. 29 BV m.w.H.).

20■45

4.2.2

Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV, vgl. auch den 2. Satzteil von Art. 9 BV). Inhaltlich besagt dieser allgemeine Rechtsgrundsatz im

Verfassungsrang, dass ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr grundlegend ist. Ganz allgemein läuft es dem Grundsatz von Treu und Glauben zuwider, sich widersprüchlich zu verhalten. Auch wenn die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben eher rückläufig ist, weil ihm zuzurechnende spezifische Vorgaben zunehmend auf Verfassungs- oder Gesetzesebene speziell normiert werden, ist er nach wie vor insofern von Bedeutung, als er eine Generalklausel darstellt und in all denjenigen Konstellationen zum Zuge kommen kann, in denen loyales und vertrauenswürdiges Verhalten zur Debatte steht und keine spezifischen Vorgaben existieren (zum Ganzen: ASTRID EPINEY, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2015, N. 72 ff. zu Art. 5 BV m.w.V.). Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden (Art. 9 BV). Das Willkürverbot ist ein Auffanggrundrecht, das für Verhaltensweisen zur Anwendung kommt, die sonst in keinen Schutzbereich fallen. Bei einem Rechtsanwendungsakt liegt die Willkür typischerweise darin, dass der Entscheid in offenem Widerspruch zur Rechtsnorm oder zum Sachverhalt steht (AXEL TSCHENTSCHER, in: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2015, N. 3 und 7 zu Art. 9 BV m.w.V.).

4.2.3

Im Bereich der Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen und entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Damit gilt diesbezüglich die (uneingeschränkte) Untersuchungs- und die Officialmaxime (STEPHAN MAZAN/DANIEL STECK, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 1 f. und 6 zu Art. 296 ZPO m.w.H.). Unter der Herrschaft der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime ist das Gericht ohne Rücksicht auf Kostenüberlegungen oder auf die Geschäftslast verpflichtet, alle notwendigen und geeigneten Abklärungen vorzunehmen, um den rechtlich relevanten Sachverhalt zu ermitteln (MAZAN/STECK, a.a.O., N. 12 zu Art. 296 ZPO m.w.H.). Die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime verlangt, dass die Beweise von Amtes wegen zu erheben und nach freier Überzeugung zu würdigen sind. Das Gericht würdigt die ihm bedeutsam erscheinenden Gegebenheiten frei (MAZAN/STECK, a.a.O., N. 15 zu Art. 296 ZPO m.w.V. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

21■45

Die Pflicht des Gerichts zur Beweisabnahme von Amtes wegen ist indessen nicht schrankenlos. Dem Gericht steht dabei ein weites Ermessen zu. Entscheidend ist, ob das Wohl des Kindes weitere Abklärungen erfordert. Eine willkürfreie antizipierte Beweiswürdigung ist nicht ausgeschlossen. Das Gericht kann deshalb auf die Aufnahme weiterer Beweise verzichten, wenn es über genügend Grundlagen für eine sachgerechte Entscheidung verfügt (MAZAN/STECK, a.a.O., N. 17 zu Art. 296 ZPO m.w.V. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Der Untersuchungsgrundsatz ändert nichts daran, dass Beweislosigkeit möglich bleibt. In diesem Fall muss nach den Regeln der Beweislast zum Nachteil einer der Parteien entschieden werden. Ob Beweislosigkeit vorliegt, ergibt sich aus der vom Gericht gewonnenen Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (MAZAN/STECK, a.a.O., N. 17 zu Art. 296 ZPO m.w.V. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

4.3

4.3.1

Zunächst moniert die Berufungsklägerin nochmals, die Vorinstanz habe die Parteien nicht angehört, keine Verhandlung durchgeführt und den Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist verletzt. Zudem habe sie vollumfänglich auf die Ausführungen des Berufungsbeklagten abgestellt und die Ausführungen der Berufungsklägerin nicht berücksichtigt, ohne dies schlüssig und substantiiert zu begründen, und damit einseitig und parteiisch argumentiert. Darin will sie – neben einer Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Begründungspflicht – auch eine Verletzung ihres Anspruchs auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV) erblicken (amtl. Bel. 1 Rz. 7.1).

4.3.2

Es kann auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden (vgl. E. 3.3). Indem die Vorinstanz keine (zusätzliche) Verhandlung durchgeführt und die Berufungsklägerin vor dem angefochtenen Entscheid nicht formell angehört hat, hat sie weder das rechtliche Gehör noch den Anspruch auf ein faires Verfahren der Berufungsklägerin verletzt. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Berufungsklägerin auch nicht aufgezeigt, wodurch und inwiefern – neben der bereits behandelten angeblichen Verletzung des rechtlichen Gehörs – zusätzlich der Anspruch der Berufungsklägerin auf ein faires Verfahren verletzt worden sein soll. Soweit die Berufungsklägerin abermals eine Verletzung des Beschleunigungsgebots im vorinstanzlich hängigen Eheschutzverfahren (ZE 21 259) rügt, kann darauf – wie bereits ausgeführt (E. 3.3.2) – nicht eingetreten werden.

22■45

Wenn die Berufungsklägerin geltend macht, die Vorinstanz habe ihre Ausführungen nicht berücksichtigt, rügt sie implizit erneut eine Verletzung der Begründungspflicht und damit einen Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Auch diesbezüglich kann auf die bereits gemachten Ausführungen (E. 3.4.2 f.) verwiesen werden. Die Vorinstanz hat sich in rechtsgenügender Weise mit den Ausführungen der Berufungsklägerin auseinandergesetzt.

4.4

4.4.1

Die Berufungsklägerin rügt zudem die Ausführungen der Vorinstanz zur bisherigen Handhabung der Kinderbetreuung und die diesbezügliche zukünftige Verfügbarkeit der Eltern (amtl. Bel. 1 Rz. 7.2 und 7.12), zu den Kinderzeichnungen und den Schlussfolgerungen zum Einfluss der Berufungsklägerin auf die Kinder (amtl. Bel. 1 Rz. 7.3), zum behaupteten Pornographiekonsum des Berufungsbeklagten (amtl. Bel. 7.4), zur Bindungstoleranz der Berufungsklägerin (amtl. Bel. 1 Rz. 7.5), zu allfälligen Vorinstruktionen/Instrumentalisierungen/Beeinflussungen der Kinder durch die Berufungsklägerin (amtl. Bel. 1 Rz. 7.6 und 7.10), zum Wohnungswechsel der Berufungsklägerin und dessen Bewertung mit Blick auf das Kindeswohl (amtl. Bel. 1 Rz. 7.7 und 7.11), zur Information der Berufungsklägerin über den Umzug (amtl. Bel. 1 Rz. 7.8) und zum Zeitpunkt der Gewaltvorwürfe gegen den Berufungsbeklagten durch die Berufungsklägerin (amtl. Bel. 1 Rz. 7.9). Sie will daraus eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK), des Handelns nach Treu und Glauben und des Willkürverbots (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV) sowie implizit auch der Untersuchungsmaxime im Bereich der Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 296 Abs. 1 ZPO) ableiten.

4.4.2

Auf die inhaltlichen Beanstandungen der Berufungsklägerin wird – sofern entscheiderelevant und erforderlich – bei der Prüfung der Rügen zur vorinstanzlichen Festlegung des Wohnsitzes der Kinder (nachfolgend E. 5) und der vorinstanzlichen Betreuungsregelung (nachfolgend E. 6) eingegangen. Soweit die Berufungsklägerin geltend macht, die Vorinstanz habe durch die vorgenannten Ausführungen den Anspruch auf ein faires Verfahren verletzt, kann ihr nicht gefolgt werden. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Berufungsklägerin auch nicht dargetan, inwiefern die Vorinstanz der Berufungsklägerin kein faires Verfahren geboten hat. Nur weil die Berufungsklägerin mit der Begründung und dem Ergebnis des vorinstanzlichen Entscheids nicht

23■45

einverstanden ist, liegt keine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren vor. Die Vorinstanz hat die Waffengleichheit nicht verletzt und die Parteien nicht in verfassungs- oder gesetzeswidriger Weise ungleich behandelt. Ebenso hat die Vorinstanz im vorliegenden Verfahren weder eine Rechtsverweigerung noch eine Rechtsverzögerung begangen. Auf diesbezügliche Rügen zum vorinstanzlich hängigen Eheschutzverfahren ZE 21 259 ist im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten (vgl. vorstehend E. 3.3.2 und E. 4.3.2). Auch eine Verletzung der Unparteilichkeit der Vorinstanz ist weder ersichtlich noch dargetan (ein entsprechendes Ausstandsgesuch der Berufungsklägerin gegen den vorinstanzlichen Gerichtspräsidenten wurde rechtskräftig abgewiesen, vgl. Urteil des Obergerichts Nidwalden ZA 2022 12 vom 19. September 2022). Schliesslich steht auch ein Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Beweise und eine Verletzung der prozessualen Treue- und Aufklärungspflichten nicht zur Debatte. Ebenso wenig ist eine Verletzung des Gebots von Treu und Glauben oder des Willkürverbots (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV) dargetan und ersichtlich. Die Vorinstanz hat sich weder widersprüchlich noch missbräuchlich verhalten. Auch ein willkürliches Verhalten ist nicht ersichtlich, der vorinstanzliche Entscheid steht in keinem offenen Widerspruch zu einer Rechtsnorm oder zum massgebenden Sachverhalt. Die Vorinstanz hat schliesslich auch die in Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten geltende unbeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) nicht verletzt. Einerseits ist – wie zuvor aufgezeigt – auch die unbeschränkte Untersuchungsmaxime nicht schrankenlos. Dem (erstinstanzlichen) Gericht steht ein weites Ermessen zu und es kann auf die Abnahme weiterer Beweise verzichten, wenn es über genügend Grundlagen für eine sachgerechte Entscheidung verfügt. Zudem ist vorliegend zu berücksichtigen, dass im angefochtenen Entscheid nicht abschliessend über die Obhut und den Wohnsitz der gemeinsamen Kinder entschieden wurde. Es wurde kein verfahrensabschliessendes Eheschutzurteil und schon gar kein Scheidungsurteil gefällt. Vielmehr handelt es sich beim angefochtenen Entscheid um einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens. Dieses Verfahren wurde aufgrund des kurzfristig bekanntgegebenen Umzugs der Berufungsklägerin nötig und es bestand aufgrund anstehenden Schuljahresbeginns eine gewisse Dringlichkeit. Unter diesen Umständen können an die Untersuchungsmaxime nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden wie bei einem verfahrensabschliessenden Entscheid, ansonsten der Verfahrenszweck des vorsorglichen Massnahmeverfahrens vereitelt worden wäre (vgl. vorstehend E. 3.3.2). Die Vorinstanz konnte im Rahmen ihres Ermessens und gestützt auf die vorliegenden Informationen einen Entscheid im vorsorglichen Massnahmeverfahren fällen, ohne

den Untersuchungsgrundsatz zu verletzen, zumal sie die Kinder bereits angehört und im Eheschutzverfahren eine Verhandlung durchgeführt hat. Überdies erscheint es widersprüchlich, wenn die Berufungsklägerin nun implizit eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes rügt, nachdem sie in ihrer Stellungnahme zum vorsorglichen Massnahmengesuch noch behauptet hat, dieses Verfahren sei gar nicht nötig, weil im Eheschutzverfahren gestützt auf die Akten direkt ein Endentscheid gefällt werden könne (vgl. vi-ZE 22 122 act. 4, Stellungnahme von RA Horvath vom 21. Juni 2022). Das nicht direkt ein Endentscheid gefällt werden kann, liegt daran, dass aufgrund der komplexen Umstände und dem schwierigen Verhältnis zwischen den Parteien ein interventionsorientiertes Gutachten zu erstellen ist, was seine Zeit dauert.

4.5

Die Vorinstanz hat weder das Recht auf ein faires Verfahren, die Begründungspflicht, den Grundsatz von Treu und Glauben, das Willkürverbot noch den Untersuchungsgrundsatz bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten verletzt. Die Berufung ist diesbezüglich abzuweisen. Soweit die Beschwerdeführerin abermals eine Verletzung des Beschleunigungsgebots im Eheschutzverfahren rügt, ist darauf nicht einzutreten.

5.

5.1

Die Berufungsklägerin rügt weiter das Vorgehen und die Schlussfolgerungen der Vorinstanz bei der Festlegung des Wohnsitzes der gemeinsamen Kinder der Parteien. Im Wesentlichen beanstandet sie einerseits, die Vorinstanz habe sich nicht ausreichend mit den (angeblichen) Gewalthandlungen des Berufungsbeklagten auseinandergesetzt (amtl. Bel. 1 Rz. 6.2; amtl. Bel. 7 Rz. 6 - 13; amtl. Bel. 15; nachfolgend E. 5.2) und andererseits, die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, die gemeinsamen Kinder seien von den Parteien ungefähr zu gleichen Teilen betreut worden (amtl. Bel. 1 Rz. 6.6; amtl. Bel. 7 Rz. 14 – 18, vgl. nachfolgend: E. 5.3). Zudem macht sie geltend, die Vorinstanz habe den Kinderwillen nicht berücksichtigt (amtl. Bel. 1 Rz. 8, nachfolgend: E. 5.4).

5.2

5.2.1

Zunächst ist auf die Rüge der Berufungsklägerin einzugehen, die Vorinstanz habe sich nicht ausreichend mit den Gewaltvorwürfen gegen den Berufungsbeklagten auseinandergesetzt

(amtl. Bel. 1 Rz. 6.2; amtl. Bel. 7 Rz. 6 - 13; amtl. Bel. 15). Die Berufungsklägerin bringt diesbezüglich zusammengefasst vor, die Vorinstanz habe es unterlassen, die von den Kindern geschilderten Vorfälle physischer und psychischer Natur fundiert abzuklären. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz habe die Berufungsklägerin Beweise für die häusliche Gewalt offeriert. Sie habe insbesondere bereits vor Zustellung des Eheschutzgesuches diesbezüglich Unterstützung und Lösungen bei der Kriminalpolizei Nidwalden, bei der Opferberatungsstelle, bei der Frauenzentrale und bei ihrer Hausärztin gesucht. Damit sei erstellt, dass die häuslichen Gewaltvorfälle in Form von Drohungen, Drohgebärden, Druckausübung, Beschimpfungen, etc. die Berufungsklägerin seit längerer Zeit stark belastet hätten. Aus den Anhörungsprotokollen gehe zudem hervor, dass die

Kinder von Gewalt des Berufungsbeklagten gegen die Berufungsklägerin und die Kinder berichtet hätten. Dies spreche einstweilen gegen die Anordnung einer alternierenden Obhut und gegen eine Wohnsitznahme/einen Verbleib der Kinder beim Berufungsbeklagten (amtl. Bel. 1 Rz. 6.2; amtl. Bel. 7 Rz. 6 – 13). Dagegen spreche auch die Gefährdungsmeldung vom 18. Oktober 2022 von L.____ (amtl. Bel. 15).

5.2.2

Die Vorinstanz hat korrekt festgehalten, dass für die Frage, ob es für die Kinder besser ist, mit dem wegzugswilligen Elternteil mitzugehen oder beim anderen Elternteil zurückzubleiben, die bundesgerichtlichen Kriterien bei der Obhutzuteilung im Trennungs- bzw. Scheidungsfall massgebend sind. Diesbezüglich kann auf die vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (E. 9.1 ff. des angefochtenen Entscheids). In kindesschutzrechtlichen Zusammenhängen müssen grundsätzlich nicht die Gewaltvorfälle nachgewiesen werden, sondern die daraus resultierende Kindeswohlgefährdung, also die Folgen der Gewalt. Es ist zwar zulässig, den persönlichen Verkehr bereits aufgrund eines ernsthaften Verdachts auf eine Kindeswohlgefährdung durch häusliche Gewalt einzuschränken, bis der Verdacht abgeklärt ist. Im Ermessen der zuständigen Behörde oder des Gerichts liegt die Entscheidung, ob der Verdacht sich soweit begründen lässt, dass sich der Eingriff in den persönlichen Verkehr rechtfertigen lässt (ANDREA BÜCHLER/MARGOT MICHEL, Besuchsrecht und häusliche Gewalt, FamPra.ch 2011, S. 539 m.w.V). Als Beweismittel für die Gewalttätigkeit kommen die polizeiliche bzw. gerichtliche Wegweisungsverfügung, hafttrichterliche Genehmigungsentscheide, Strafanzeigen, Strafurteile, Polizeirapporte, Arztzeugnisse, Fotos von Verletzungen und Drohbriefe, aber auch Auskünfte von Beratungsstellen oder dem Frauenhaus in Betracht (MYRJAM CABERNARD/ROLF VETTERLI, Die Anrufung des Zivilgerichts bei häuslicher Gewalt, FamPra.ch 2003, S. 604 f.). Die Obhutzuteilung ist auch bei laufenden

26■45

Strafuntersuchungen anhand der zurzeit bekannten Elemente vorzunehmen. Das Gericht kann – muss aber nicht – im Eheschutzverfahren bei den von der Officialmaxime beherrschten Kinderbelangen ein kinderpsychologisches Gutachten anordnen; der Entscheid darüber liegt in seinem pflichtgemässen Ermessen. In Eheschutzverfahren ist bezüglich der Einholung von kinderpsychologischen Gutachten grundsätzlich Zurückhaltung angebracht, weil im Gegensatz zur Scheidung beim Eheschutz nicht eine definitive und dauerhafte Lösung der Kinderbelange im Vordergrund steht, sondern es darum geht, möglichst schnell eine optimale Situation für die Kinder zu schaffen (Urteile des Bundesgerichts 5A_160/2009 vom 13. Mai 2009 E. 3.2 m.w.V. und 5P.157/2003 vom 30. Juni 2003 E. 4.4).

5.2.3

Die Vorinstanz ist im angefochtenen Urteil auf die Gewaltvorwürfe eingegangen. Sie hat sie bei der Frage der Erziehungsfähigkeit der Eltern (E. 10 des angefochtenen Entscheids), bei den Kinderwünschen (E. 14.2 des angefochtenen Entscheids) und bei den Ausführungen zum Gutachten (E. 16 des angefochtenen Entscheids) thematisiert. Sie ist dabei zusammengefasst zum Ergebnis gekommen, die von der Berufungsklägerin und teilweise den Kindern geschilderten Vorfälle seien zeitlich nicht genau verortbar, es fehle der genaue Kontext und die Berufungsklägerin habe diesbezüglich keine Beweise (wie nachgewiesene Interventionen von Polizei oder KESB) offeriert, welche die von ihr

vorgeworfenen Gewaltvorfälle stützen würden. Auch den Aussagen von C. __, der Vater habe die Mutter geschlagen, und der von D. __, der Vater habe sie die Treppe heruntergestossen und ihr gesagt, sie sei psychisch krank, fehle der genaue Kontext und ein zeitlicher Rahmen und dieses Geschehnis sei in den Rechtschriften nicht (konkret) thematisiert worden. Die Gewaltvorwürfe seien zudem erstaunlicherweise erst nach dem ersten Rechtschriftenwechsel erhoben worden. Es bestünden gewisse Anhaltspunkte einer Vorinstruktion bzw. Instrumentalisierung der Kinder. Die Gewaltvorwürfe seien deshalb nicht geeignet, die Erziehungsfähigkeit des Berufungsbeklagten in ersthafte Zweifel zu ziehen. Im interventionsorientierten Gutachten seien die geschilderten Vorwürfe und die Erziehungsfähigkeit der Eltern einer genaueren Prüfung zu unterziehen.

27■45

5.2.4

Die vorinstanzlichen Ausführungen und Schlussfolgerungen zu den Gewaltvorwürfen gegen den Berufungsbeklagten sind nicht zu beanstanden. Die von der Berufungsklägerin (und teilweise den Kindern) an den Berufungsbeklagten adressierten psychischen und physischen Gewaltvorwürfe finden in den Akten keine fundierte Stütze und bleiben im Wesentlichen unsubstantiiert. Was die Vorwürfe der Gewalt gegen die Kinder betrifft, lassen sich den Akten keine Belege entnehmen und die Aussagen der Kinder bleiben sehr vage und unspezifisch. Es wird weder behauptet noch belegt, dass deswegen Behörden involviert oder gar ein Strafverfahren eingeleitet worden ist. Auch die Berufungsklägerin hat in ihren Gesprächen mit der Opferberatungsstelle, der Frauenzentrale und ihrer Hausärztin – soweit aktenkundig – nicht erwähnt (vgl. BK-Bel. 12-14), der Berufungsbeklagte sei gegenüber den Kindern gewalttätig, was aber zu erwarten wäre, sollte der Berufungsbeklagte gegen die Kinder ebenfalls gewalttätig gewesen sein. Auch aus der Gefährdungsmeldung vom 18. Oktober 2022 gehen keine eigentlichen Gewaltvorwürfe hervor (vgl. BK-Bel. 15). Die Aussagen der Kinder sind zudem mit Vorsicht zu würdigen, nachdem bei hochstrittigen Verhältnissen wie den vorliegenden die Kinder regelmäßig von den Eltern beeinflusst werden. Es fehlt damit im aktuellen Verfahrensstadium an Beweisen, und damit an einem ernsthaften Verdacht für eine diesbezügliche Kindeswohlgefährdung. In diesem Zusammenhang ist zudem festzuhalten, dass es sich bei den von den Kindern angesprochenen Vorfällen um Einzelfälle, die schon länger zurückzuliegen scheinen handelt und – ohne damit Gewalt gegen Kinder in irgendeiner Form zu legitimieren – wenn überhaupt im Tätlichkeitsbereich anzusiedeln wären. Weder die Berufungsklägerin noch die Kinder behaupten, der Berufungsbeklagte sei regelmässig und in massiver Weise (Körperverletzungen) gegen die Kinder gewalttätig gewesen. Die physische und psychische Gewalt, welche der Berufungsbeklagte angeblich gegen die Berufungsklägerin ausgeübt haben soll, ist im vorliegenden Verfahren nur relevant, falls dadurch das Kindeswohl beeinträchtigt und damit die Festlegung der Obhut und des Wohnsitzes der Kindern beeinflusst wird. Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern das von der Berufungsklägerin geschilderte Verhalten das Kindeswohl der Kinder gefährden sollte und inwiefern diese Vorfälle gegen die von der Vorinstanz angeordnete Obhuts- und Betreuungsregelung sprechen. Auch bei der von der Berufungsklägerin in der Berufung im Haupt- und Eventualantrag beantragten Regelung müssten die Parteien weiterhin Kontakt haben, um das Besuchsrecht des Berufungsbeklagten zu organisieren. Die Vorinstanz ist überdies richtigerweise davon ausgegangen, dass die Vorwürfe der Berufungsklägerin wenig konkret sind und vage

bleiben und zudem keine Beweise vorliegen, welche die Behauptungen der Berufungsklägerin stützen. Daran ändern auch die Ausführungen der Berufungsklägerin in der Berufung und Replik nichts. Bei sämtlichen Belegen, die die Berufungsklägerin einreicht, handelt es sich einzig um Aufzeichnungen der Aussagen der Berufungsklägerin und nicht um die Wahrnehmung von Dritten. Gleich verhält es sich bei der Meldung bei der Kantonspolizei, deren Edition die Berufungsklägerin beantragt, weshalb auf die Edition der entsprechenden schriftlichen Unterlagen – sofern solche überhaupt existieren – verzichtet werden kann. Die Berufungsklägerin beantragt zudem im Berufungsverfahren ihre Parteibefragung/Beweisaussage zu den Gewaltvorwürfen. Auch darauf kann – mangels Relevanz der konkreten Gewaltvorwürfe im vorliegenden Verfahren und weil eine Bestätigung der Vorwürfe durch die Berufungsklägerin an der zuvor geäußerten Einschätzung nichts zu ändern vermöchte – verzichtet werden. Wenn die Berufungsklägerin schliesslich ausführt, sie habe die Gewaltvorwürfe erst im zweiten Rechtschriftenwechsel vorgebracht, um den Berufungsbeklagten zu schonen (vgl. amtl. Bel. 7 Rz. 16 und amtl. Bel. 1 Rz. 7.9), erscheint das in den vorliegenden, hochstrittigen Verhältnissen und nach dem bisherigen Prozessverhalten der Berufungsklägerin wenig glaubhaft.

5.2.5

Die Vorinstanz hat die Gewaltvorwürfe berücksichtigt und eingeordnet. Aufgrund dieser Einschätzung, der Dringlichkeit und dem Umstand, dass im vorliegenden Verfahren nur eine vorläufige Lösung für die Dauer des Eheschutzverfahrens zu treffen ist, musste die Vorinstanz auch keine vertieften Abklärungen vornehmen. Die Gewaltvorwürfe werden Teil des interventionsorientierten Gutachtens sein und in diesem Rahmen mit Blick auf das Kindeswohl und eine tragfähige Regelung geprüft.

5.2.6

In diesem Zusammenhang ist noch auf die Rüge der Berufungsklägerin einzugehen, die Vorinstanz habe am Pornographie-Konsum des Berufungsbeklagten gezweifelt und sich nicht substantiiert damit auseinandergesetzt, wobei die Berufungsklägerin – zumindest implizit – aus dem angeblichen Pornographie-Konsum eine Beeinträchtigung des Kindeswohls und der Erziehungsfähigkeit des Berufungsbeklagten ableiten will (amtl. Bel. 1 Rz. 7.4). Die Berufungsklägerin verkennt, dass sich die Vorinstanz mit dem angeblichen Pornographie-Konsum des Berufungsbeklagten auseinandergesetzt hat (vgl. E. 10.3 des angefochtenen Entscheids). Entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin hat sie nicht am Pornographie-Konsum des Berufungsbeklagten gezweifelt. Vielmehr hat sie diesen nicht geprüft, weil legaler

Pornographie-Konsum der gesellschaftlichen Norm entspreche und für die Erziehungsfähigkeit irrelevant sei, solange unter 16-jährige keinen Zugang zu pornographischem Material hätten, wobei das Gericht diesen Vorwurf nicht für erstellt erachtete. Die Schlussfolgerungen der Vorinstanz sind richtig und nicht zu beanstanden. Der Konsum von legaler Pornographie ist weit verbreitet, in einer aktuellen Schweizer Umfrage gaben 79 % der in Paarbeziehungen lebenden Teilnehmenden an, in den letzten zwölf Monaten mindestens einmal alleine Pornographie konsumiert zu haben (Männer 93 %, Frauen 57 %; vgl. Ursina Brun del Re, Die Rolle von Pornographiekonsum bei Paaren,

Dissertation an der Philosophischen Fakultät der Universität Zürich E. 5.2 S. 91, abrufbar unter https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/219520/1/Brun_del_Re_Ursina_Dissertation.pdf). Aus einem legalen Pornographie-Konsum ist keine Beeinträchtigung der Erziehungsfähigkeit abzuleiten. Die Vorinstanz brauchte sich somit mangels Relevanz nicht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Berufungsbeklagte legale Pornographie konsumiert. Ebenso ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zum Schluss kam, es sei nicht erstellt, dass der Berufungsbeklagte seinen Kindern Zugang zu pornographischem Material verschaffe. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz überzeugen und die Berufungsklägerin bringt in der Berufung keine Argumente vor, welche diese Schlussfolgerung in Zweifel zu ziehen vermöchten.

5.2.7

Demnach ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz aufgrund der bis anhin vorliegenden Informationen die Erziehungsfähigkeit beider Eltern und damit auch des Berufungsbeklagten bejaht hat.

5.3

5.3.1

Die Berufungsklägerin rügt weiter, die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, die Parteien hätten die Kinder bisher zu ungefähr gleichen Teilen betreut. Sie argumentiert zusammengefasst, gemäss dem vom Berufungsbeklagten im Eheschutzgesuch behaupteten bisherigen Betreuungsmodell – das nicht der bisherigen Betreuung entspreche – würde der Betreuungsanteil des Berufungsbeklagten 44% und der Berufungsklägerin 56% betragen. Die Vorinstanz habe überdies nicht beachtet, dass die Kinder bis anhin hauptsächlich bei der Berufungsklägerin übernachtet hätten. Daraus erschliesse sich, dass die Kinder bisher

30■45

hauptsächlich von der Berufungsklägerin betreut worden seien. Die Behauptung des Berufungsbeklagten, er habe die Kinder jeweils am Dienstagmittag betreut, sei unwahr, was sich aus den Schreiben von I. und J. sowie aus dem Betreuungsvertrag mit dem Verein K. ergebe. Auch das Protokoll der Mediationssitzung vom 17. Juni 2021 zeige, dass die bisherigen Betreuungsanteile der Parteien nicht annähernd gleich gewesen seien. Weil die Berufungsklägerin bisher die Hauptbezugs- und Hauptbetreuungsperson gewesen sei, wäre der Umzug nach Y. nicht einmal zu bewilligen gewesen und hätte erst recht nicht verboten werden dürfen (amtl. Bel. 1 Rz. 6.6; amtl. Bel. 7 Rz. 6 – 13). Zudem habe die Vorinstanz für das gelebte Betreuungsmodell einzig auf die Aussagen des jüngsten Sohnes F. abgestützt. Wenn sie aus den Kinderaussagen auf das gelebte Betreuungsmodell schliessen wolle, hätte sie alle Kinder dazu befragen müssen (amtl. Bel. 1 Rz. 7.12). Die Vorinstanz hätte auch die bis vor vier Jahren gelebte Betreuung einbeziehen müssen. Sie habe überdies zugegeben, dass die Betreuungszeiten der Parteien nicht restlos geklärt werden könnten, womit sie zugebe, dass sie den Sachverhalt nicht genügend abgeklärt habe (amtl. Bel. 1 Rz. 7.13).

5.3.2

Die Vorinstanz hat zum bisherigen Betreuungsmodell zusammengefasst ausgeführt, es würden konkrete Beweise fehlen, welches Kind an welchen Tagen und Zeiten bei welchem Eltern teil gegessen und übernachtet habe. Beide Parteien stützten sich auf

Parteibehauptungen, wobei es auf eine Befragung der Parteien aus Zeitgründen und weil keine über die Rechtschriften hinausgehenden Erkenntnisse zu erwarten seien, verzichtet habe. Die vorliegende Situation gestalte sich speziell, weil die Parteien trotz einer gewissen räumlichen Trennung unter einem Dach leben würden und die effektive räumliche Trennung erst am 15. Juni 2022 eingetreten sei. Der Berufungsbeklagte habe zuvor während rund fünf Jahren im oberen Stock in der 3 ½-Zimmerwohnung gewohnt, während die Berufungsklägerin bis zu diesem Zeitpunkt in der unteren 8 ½-Zimmerwohnung gelebt habe. Die vorliegende Konstellation gleiche nicht der klassischen Trennungssituation. Es erscheine nachvollziehbar und natürlich, dass die Kinder für die Übernachtung in ihre Schlafzimmer zurückkehren würden. Der Umstand, dass der Berufungsbeklagte in die 3 ½-Zimmerwohnung umgezogen sei und sich eine Küche habe einrichten lassen, spreche eher dafür, dass er zwar eine gewisse räumliche Trennung innerhalb des Hauses habe garantieren wollen, es aber als notwendig erachtet habe, trotzdem am selben Ort wohnhaft zu sein, um seine Betreuungspflichten gegenüber den gemeinsamen Kindern wahrnehmen zu können. Die Betreuungszeiten der Parteien seien strittig und könnten nicht restlos geklärt werden. Aufgrund der Gesamtumstände erachte das Gericht es als glaubhaft, dass beide Eltern die Kinder betreut haben. Es würden Anhaltspunkte für eine

31■45

gegenteilige Annahme fehlen und es müsse nicht im Detail geklärt werden, wer und wann in welchem Umfang die Kinder während der Zeit der Trennung betreut habe. Übers Ganze gesehen hätten beide Elternteile die Kinder in ähnlichem Umfang betreut (geteilte bzw. alternierende Obhut), weshalb die Ausgangslage neutral sei (E. 12.5 – 13 des angefochtenen Entscheids).

5.3.3

Die Ausführungen der Parteien zur bisherigen Betreuung gehen auseinander. Es liegen keine objektiven Beweise dafür vor, in welchem Umfang die Parteien die Kinder vor dem Auszug der Berufungsklägerin betreut haben. Dies dürfte auch in der Natur der Sache liegen: Die Parteien haben – wenn auch in eigens abgetrennten Wohnungen – unter einem Dach gelebt, womit die Betreuung fließend gewesen sein dürften und im Laufe der Zeit auch wiederholt geändert/angepasst worden sein dürfte. Es ist deshalb von vorherein sehr schwierig, sich hierüber ein klares Bild zu machen. Die Urkunden, welche die Berufungsklägerin im Berufungsverfahren eingereicht hat, sind nicht geeignet, eine vorbestehende Betreuungsregelung zu beweisen. Die eingereichten Bestätigungen der Betreuerinnen (BK-Bel. 6 und 7) sowie der Betreuungsvertrag (BK-Bel. 8) belegen einzig, dass die Kinder respektive F. __ während einer gewissen Zeit am Dienstagmittag fremdbetreut waren. Daraus kann die Berufungsklägerin nicht ableiten, sie sei die Hauptbetreuerin gewesen, hat sie doch die Kinder am Dienstagmittag folglich auch nicht selbst betreut. Auch die Notizen zur Mediationssitzung (BK-Bel. 11) sind nicht beweistauglich. Nach Art. 216 ZPO ist die Mediation vertraulich und Aussagen der Parteien dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden. In der Lehre ist umstritten, ob die Vertraulichkeit und das Verwertungsverbot nur für Mediationen, die nach den Regeln von Art. 213 f. ZPO eingeleitet wurden, oder für alle Mediationen anwendbar sein soll (Anwendung auf alle Mediationen: PETER LIATOWITSCH/CLAUDIA MORDASINI, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, N. 10 zu Art. 216 ZPO, JAMES T. PETER, Berner Kommentar zur ZPO, 2012, N. 10 zu Art. 216 ZPO; FRANÇOIS BOHNET, in: Bohnet/Haldy/Jean-din/Schweizer/Tappy [Hrsg.],

Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl. 2018, N. 2 zu Art. 216 ZPO; nur auf Mediationen nach Art. 213 f. ZPO, wobei vorprozessuale Mediationen die Vertraulichkeit anderweitig absichern müssten: PETER RUGGLE, Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 2 zu Art. 216 ZPO). Diese Frage kann aber offenbleiben, nachdem die Parteien zwar unbestrittenermassen eine vorprozessuale Mediation durchgeführt, dabei aber Vertraulichkeit vereinbart haben (vgl. BK-Bel. 11 S. 1). Demnach sind die Unterlagen aus der

32■45

Mediation im Gerichtsverfahren so oder so nicht verwertbar. Selbst wenn sie verwertbar wären, würden sie keinen Beleg für das bisherige Betreuungsverhältnis darstellen. Dem Notizblatt mit dem Titel «Betreuung aktuell» (BK-Bel. 11 S. 4) lässt sich nicht entnehmen, ob es sich dabei um die bisher gelebte Betreuung oder um eine Vereinbarung für die Monate Juni/Juli/August 2021 handelt. Der entsprechende Untertitel und die Tatsache, dass die entsprechende Sitzung offenbar am 17. Juni 2021 stattfand, deuten auf letzteres hin. Die diesbezüglichen Behauptungen der Parteien gehen auseinander. Die Vorinstanz war auch nicht gehalten, die Kinder zu dieser Thematik vertieft zu befragen, nachdem sie eine gewisse Beeinflussung der Kinder zurecht nicht ausschliessen konnte und eine Befragung der Kinder auch kaum geeignet gewesen wäre, ein klares Bild von den bisherigen Betreuungsverhältnissen zu erhalten. Auch aus den Parteibefragungen wären keine neuen, über die Rechtsschriften hinausgehenden Erkenntnisse zu erwarten gewesen, weshalb deshalb und aufgrund der Dringlichkeit darauf verzichtet werden konnte. Analoges gilt im Berufungsverfahren. Überdies lässt sich aus dem vom Berufungsbeklagten im Eheschutzgesuch beantragten Betreuungsmodell nicht auf die bisherige Betreuung schliessen, da er schon in den Rechtsschriften klargestellt hat, dass dieses Modell nicht dem bisher gelebten Modell entspricht. Die Vorinstanz durfte, nachdem keine objektiven Beweise vorliegen und die Behauptungen der Eltern diesbezüglich stark auseinandergehen, davon ausgehen, dass die Eltern ihre Kinder in ähnlichem Umfang betreut haben. Diese Einschätzung ist auch plausibel: Es versteht sich von selbst, dass die Berufungsklägerin mit einem 80%-Pensum als Lehrerin und ihrem hohen zeitlichen Einsatz im Sport nicht allein für die Betreuung ihrer neun Kindern sowie der Familieneuankommen konnte. Die Ausführungen des Berufungsbeklagten, wonach er die letzten Jahre stets die Kinder auch unter der Woche zeitweise betreute, insbesondere auch Fahrdienste in die diversen Sport- und Freizeitvereine machte, in welchen alle Kinder engagiert sind, erscheinen nachvollziehbar. Dies erst recht unter Berücksichtigung des Umstandes, dass auch der Berufungsbeklagte aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit in zeitlicher Hinsicht über eine gewisse Flexibilität verfügt. Zudem verkennt die Berufungsklägerin, dass die Schlussfolgerung, die Eltern hätten bisher die alternierende Obhut ausgeübt, keine Übernahme der Betreuungsaufgaben von exakt 50 % voraussetzt. Die alternierende Obhut bedeutet, dass die Kinder abwechselnd für mehr oder weniger gleiche Zeiträume betreut werden («[...] prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales.»; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_46/2015 vom 26. Mai 2015 E. 4.4.3 m.w.V). Die Schlussfolgerung, wonach die Kinder von beiden

33■45

Elternteilen weitgehend zu gleichen Teilen betreut worden seien, und die Parteien somit vor der Trennung eine geteilte bzw. alternierende Obhut gelebt hätten, ist somit nicht zu beanstanden. Dabei gilt es auch zu bedenken, dass es sich beim vorliegenden Verfahren

um ein summarisches Verfahren, nämlich ein vorsorgliches Massnahmeverfahren für die Dauer des Eheschutzes – ebenfalls ein summarisches Verfahren – handelt und dass aufgrund des kurzfristigen Wegzugs der Berufungsklägerin erhöhte Dringlichkeit bestand. Vor diesem Hintergrund ist es erst recht nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz weitere zeitaufwändige Beweiserhebungen und Nachforschungen unterlassen hat, zumal ein Nachweis der exakten bisherigen Betreuung sowieso sehr schwierig bis unmöglich gewesen wäre.

5.3.4

Die Vorinstanz ist somit richtigerweise zum Schluss gekommen, dass die Kinder bislang von beiden Elternteilen weitgehend zu gleichen Teilen betreut worden sind (geteilte bzw. alternierende Obhut) und dass beide Elternteile weiterhin willens und in der Lage sind, für das Wohl der Kinder zu sorgen. Sie hat diese Ausgangslage korrekterweise als neutral gewertet und anhand weiterer Kriterien (z.B. familiäres und wirtschaftliches Umfeld, Stabilität der Verhältnisse, Sprache und Beschulung, gesundheitliche Bedürfnisse, Meinungsäusserungen älterer Kinder) zu eruieren versucht, welche Lösung im besten Interesse der Kinder liegt (vgl. angefochtener Entscheid E. 13 und BGE 142 III 481 E. 2.7).

5.4

5.4.1

Die Berufungsklägerin moniert schliesslich, die Vorinstanz habe den Kinderwillen missachtet, indem sie den unabhängig voneinander geäusserten Wunsch der Kinder übergangen habe, nach Y. zu ziehen (amtl. Bel. 1 Rz. 8.1). Sie führt zusammengefasst und sinngemäss aus, C., D. und E. hätten in den Kinderbefragungen unabhängig voneinander klargemacht, dass sie lieber in Y. respektive bei der Berufungsklägerin leben würden. Auf die Ausführungen von F., der erst sieben Jahre alt sei, könne hingegen nicht abgestellt werden. Die Vorinstanz habe die Ausführungen der Kinder unzutreffend gewürdigt und fälschlicherweise eine Einflussnahme der Berufungsklägerin impliziert. Sie habe übergangen, dass die Kinder hauptsächlich von der Berufungsklägerin betreut worden seien und die Zeit seit der Unterzeichnung des Mietvertrages mehrheitlich in Y. verbracht hätten. Sie hätten bereits begonnen, sich in Y. einzuleben und dort ihre eigenen Erfahrungen gemacht, wobei sie nicht von der Mutter beeinflusst worden seien. Selbst wenn

34■45

man fälschlicherweise von einem induzierten Kindeswillen ausgehe, müsse dieser berücksichtigt werden (amtl. Bel. 1 Ziff. 8.2 – 8.6 und 8.8 – 8.9). Die Vorinstanz habe bisher weder ein Gutachten anfertigen lassen noch mit der Kindermutter eine Anhörung durchgeführt, womit sie keine juristische oder psychologische Grundlage habe, um zum Schluss zu kommen, die Mutter habe die Kinder beeinflusst und deshalb seien die Kinderwünsche nicht zu berücksichtigen. Auch der Vorwurf der Vorinstanz, der Berufungsklägerin fehle es an Bindungstoleranz, entbehre jeglicher Grundlage, nachdem kein Gutachten vorliege und die Berufungsklägerin nicht angehört worden sei. Ebenso verkenne die Vorinstanz, dass der Wunsch der Kinder, nach Y. zu ziehen, nicht das Ergebnis von Vorinstruktion, Instrumentalisierung oder eines Vorspurens sei, sondern eine Folge davon, dass die Kinder in natürlicher Weise stärker an die Mutter gebunden seien. Auch der Vorwurf, die Berufungsklägerin habe wenig Verständnis für die

Bedürfnisse der gemeinsamen Kinder bewiesen, seien nicht haltbar, erst recht nicht ohne Gutachten und Anhörung (amtl. Bel. 1 Rz. 7.3, 7.5, 7.6, 7.10, 7.11). Die Berufungsklägerin sei zudem nicht freiwillig von Z.__ nach Y.__ gezogen. Während sich der Berufungsbeklagte geweigert habe, aus dem gemeinsamen Haus auszuziehen, sei es für die Berufungsklägerin aus nachvollziehbaren Gründen undenkbar gewesen, gemeinsam unter einem Dach zu verbleiben, weil sie tägliche Beleidigungen und Beschimpfungen hätte erleiden müssen. Sie habe deshalb die Gelegenheit ergreifen müssen, als sie eine 8 1/2-Zimmerwohnung für Fr. 2'545.– in Y.__, unweit von Z.__ in unmittelbarer Nähe zu ihrem Arbeitsplatz, gefunden habe. Die Vorinstanz ergreife überdies Partei gegen die Berufungsklägerin, wenn sie ausführe, diese habe das Gericht über ihren Wegzug bewusst im Dunkeln tappen lassen und eine Lösungsfindung in einer unnötigen Weise erschwert. Die Berufungsklägerin habe befürchtet, dass der Gesuchsgegner ausrastet, wenn er vom Umzug erfährt, zudem habe sie das Gericht nicht früher informieren können und familienrechtliche Verfahren seien von Natur aus dynamisch (amtl. Bel. 1 Rz. 7.7 und 7.8). Aus den Kinderzeichnungen will die Berufungsklägerin hauptsächlich ableiten, dass die Halbgeschwister für die gemeinsamen Kinder der Parteien von grosser Bedeutung sind. Mit einer Wohnsitznahme beim Vater werde das Koedukationsprinzip verletzt, was eine Verletzung des Kindeswohls darstelle, und die Familie werde auseinandergerissen (amtl. Bel. 1 Ziff. 8.7; amtl. Bel. 7 Rz. 22).

35■45

5.4.2

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil die Kinderanhörungen ausführlich dargelegt und gewürdigt. Sie ging auf die einzelnen Ausführungen der Kinder ein, hat diese eingeordnet und vor dem Hintergrund des elterlichen Konflikts bewertet. Aus den Kinderanhörungen folgerte sie im Wesentlichen einerseits, dass alle Kinder von der Berufungsklägerin nach Y.__ an den (damals noch zukünftigen) Wohnort gebracht worden sind und gefragt wurden, ob sie dort wohnen wollen, wobei der Berufungsbeklagte über den Wegzug und die Involvierung der Kinder nicht informiert gewesen sei. Andererseits hätten ausser F.__ alle Kinder gezielt negative Aspekte über den Vater genannt, die nicht den Eindruck von Spontanäusserungen erweckt hätten und zum Teil nicht in kindergerechter Sprache formuliert worden seien, und den Vater in den Kinderzeichnungen komplett weggelassen. Daraus schloss die Vorinstanz wiederum auf eine «gewisse Taktik» und Einflussnahme auf die Kinder. In Anbetracht des erweckten Eindrucks der mangelnden freien Willensbildung entschied die Vorinstanz, dass die von den Kindern zum Teil geäusserten Wünsche, lieber in Y.__ wohnen zu wollen, in den Hintergrund treten müssten (E. 14.1.6 f. und E. 14.2 des angefochtenen Entscheids).

5.4.3

Die Ausführungen der Vorinstanz zu den Kinderanhörungen und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen basieren auf unmittelbaren Wahrnehmungen, sind sorgfältig begründet und im Ergebnis nachvollziehbar. Daran vermögen die von der Berufungsklägerin vorgebrachten Rügen nichts zu ändern. Wenn die Berufungsklägerin sinngemäss moniert, die Vorinstanz habe ohne Gutachten und Anhörung geschlussfolgert, die Kinder seien von ihr beeinflusst worden, und gestützt darauf einen Entscheid gefällt, verkennt sie die Ausgangslage vor dem angefochtenen Entscheid und die Natur von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens. Aufgrund des Umzugs der

Berufungsklägerin und des bevorstehenden Schuljahresbeginns war die Vorinstanz gezwungen, vorsorglich – nämlich bis gestützt auf ein interventionsorientiertes Gutachten ein Eheschutzentscheid gefällt werden kann – den Wohnsitz der Kinder festlegen und die Betreuung regeln. Sie durfte nicht nur, sondern war sogar gehalten, die Kinderanhörungen kritisch zu würdigen, auch vor dem Hintergrund des akuten elterlichen Konflikts. Dass sie sich dabei nicht auf ein Gutachten abstützen kann, liegt in der Natur der Sache, dient der angefochtene Entscheid doch gerade dazu, die Zeit bis zum Vorliegen eines solchen zu überbrücken. Dass sie sich – auch wenn noch kein Gutachten vorliegt – zur Bindungstoleranz der Berufungsklägerin äussert, ist ebenfalls nicht zu beanstanden, bildet doch die

36■45

Bindungstoleranz ein wichtiges Kriterium für die Obhutszuteilung (vgl. BGE 142 III 481 E. 2.7; Urteile des Bundesgerichts 5A_729/2020 vom 4. Februar 2021 E. 3.3.5.1; 5A_616/2020 vom 23. November 2020 E. 2.1.1). Wenn die Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang sinngemäss rügt, die Vorinstanz habe die Gründe für ihren Umzug zu wenig beachtet und daraus falsche Schlüsse gezogen, bleibt festzuhalten, dass die Berufungsklägerin in ihren Ausführungen nicht schlüssig darlegt, weshalb sie ausgerechnet kurz vor der Eheschutzverhandlung umgezogen ist, nachdem ein Wegzug auch schon früher hätte vollzogen werden können. Wenn die Vorinstanz bei der Würdigung der Kinderanhörungen zum Schluss gekommen ist, es entstehe der Eindruck, die Kinder seien von der Berufungsklägerin beeinflusst, ist dies nicht zu beanstanden. Auch wenn die Berufungsklägerin bestreitet, die Kinder beeinflusst zu haben, räumt sie in den Rechtschriften selbst ein, die Kinder hätten seit dem 9. Mai 2022 viel Zeit in Y. verbracht, hätten der Berufungsklägerin beim Streichen der Wohnung geholfen und hätten bereits vor der Kinderanhörung Tage und Nächte in Y. verbracht (vgl. amtl. Bel. 1 Rz. 8.8.1). Die Kinder haben somit schon vor der Verhandlung vom 23. Mai 2022, an der der Berufungsbeklagte vom Umzug der Berufungsklägerin erfuhr, viel Zeit in Y. verbracht. Nachdem die Berufungsklägerin trotz der gerichtlichen Auseinandersetzung, den anstehenden Kinderanhörungen und ohne Wissen des Berufungsbeklagten die Kinder nach Y. nahm, liegt der Schluss nahe, dass eine diesbezügliche Beeinflussung der Kinder stattgefunden hat. Bei ihren Ausführungen zu den Kinderanhörungen lässt die Berufungsklägerin ausser Acht, dass sich die Vorinstanz – trotz der zeitlichen Dringlichkeit – im Rahmen der Kinderanhörung einen persönlichen Eindruck der Kinder verschafft hat. Die Protokolle der Kinderanhörung stellen eine Zusammenfassung dieser Gespräche dar, sind aber nicht vollständig, weil sie einerseits keine Wortprotokolle sind und andererseits nonverbale Aspekte nicht abgebildet werden. Eine isolierte Auslegung von einzelnen Passagen der Kinderanhörungsprotokolle ist deshalb nicht zielführend, vielmehr ist der Gesamteindruck entscheidend, den die Vorinstanz aufgrund der persönlichen Anhörung gewonnen und im angefochtenen Entscheid nachvollziehbar dargestellt hat. Deshalb ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz aufgrund ihrer gesamten Wahrnehmungen den Eindruck hatte, die Kinder seien gewissen Beeinflussungen ausgesetzt. Auch der daraus gezogene Schluss, wonach die teilweise geäusserten Kinderwünsche in den Hintergrund zu treten hätten, ist nicht zu beanstanden. Das Bundesgericht hat einen Entscheid geschützt, bei welchem die Vorinstanz (unter anderem) nicht auf den Willen der Tochter stellte, weil sie als zumindest teilweise von der Mutter induziert erachtete (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_343/2021 vom 21. Oktober 2021, E. 5.3). Im Rahmen des

interventionsorientierten Gutachtens sind auch die Kinderwünsche und deren Beeinflussung durch die Eltern zu prüfen. Wenn die Berufungsklägerin schliesslich eine Verletzung des Koedukationsprinzip bezüglich der Halbgeschwister rügt, ist dazu Folgendes zu bemerken: Der Grundsatz, wonach Geschwister nach Möglichkeit nicht getrennt werden sollen, bezweckt für (volle) Geschwister unterschiedliche Obhutsregelungen möglichst zu vermeiden. Bei Halbgeschwistern liegt es in der Natur der Sache, dass verschiedene Obhutsregelungen unter Umständen unvermeidbar sind (Urteil des Bundesgerichts 5A_629/2019 vom 13. November 2020, E. 8.8). Der Umstand allein, dass die Berufungsklägerin das bisherige Familienhaus verlassen und einen Teil ihrer vorehelichen Kinder mit sich genommen hat, hat daher keinen zwingenden Einfluss auf die Frage nach dem Wohnsitz der gemeinsamen Kinder. Ein lebendiger geschwisterlicher Kontakt zwischen den vorehelichen Kindern der Berufungsklägerin und der gemeinsamen Kinder der Parteien kann auch gelebt werden, wenn die gemeinsamen Kinder ihren Wohnsitz in Z.___ haben, nachdem sie – gemäss dem vorinstanzlichen Betreuungsmodell – in etwa die Hälfte der Woche und jedes zweite Wochenende in Y.___ verbringen.

5.5

Die Vorinstanz ist somit richtigerweise zum Schluss gekommen, dass die Kinderwünsche teilweise in den Hintergrund zu treten haben, weil eine Beeinflussung naheliegt. Sie hat nachvollziehbar dargelegt, dass die Stabilität der Verhältnisse und das soziale Gefüge für einen Verbleib der Kinder in Z.___ sprechen (E. 14.1.1 – 14.1.6 des angefochtenen Entscheids), dass die Beziehung zu den Halbgeschwistern (E. 14.1.7 des angefochtenen Entscheids) und die Wünsche der Kinder (E. 14.2 des angefochtenen Entscheids) diesen Umstand nicht aufwiegen vermögen und dass allfällige geografische und zeitliche Vorteile des neuen Wohnortes vorliegend nicht ins Gewicht fallen (E. 14.3 des angefochtenen Entscheids). Der Entscheid der Vorinstanz, den Wohnsitz der Kinder für die Dauer des Eheschutzverfahrens in Z.___ festzulegen, ist damit richtig und nicht zu beanstanden. Soweit die Berufungsklägerin wiederum mit einem kürzeren Schulweg, einem späteren Schulbeginn, angeblichen Vorteilen für die Freizeitgestaltung der Kinder und finanziellen Nachteilen bei einem Verbleib in Z.___ argumentiert, ist sie damit nicht zu hören. Wie die Vorinstanz richtig dargelegt hat, können diese Faktoren nur dann relevant sein, wenn sich die übrigen Faktoren in etwa die Waage halten (E. 14.3.1 des angefochtenen Entscheids). Hingegen wäre mit einem Wohnsitz- und Schulwechsel der gemeinsamen Kinder nach Y.___ eine präjudizierende Wirkung im Hinblick auf den Eheschutzentscheid verbunden, die es zu verhindern gilt.

5.6

Die Berufungsklägerin rügt in diesem Zusammenhang zudem, die Vorinstanz habe einen Wegzug nicht verbieten, sondern unter bestimmten Voraussetzungen – die vorliegend nicht erfüllt seien – einer Zustimmungs- oder Bewilligungspflicht unterstellen können (amtl. Bel. 1 Rz. 6.7). Sie verkennt dabei, dass die Vorinstanz der Berufungsklägerin nicht verboten hat, den Wohnsitz zu wechseln, allerdings hat sie ihr untersagt, für die gemeinsamen Kinder einen Wohnsitz- und Schulwechsel vorzunehmen. Wenn die Eltern – wie vorliegend – die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, bedarf der Wechsel des Aufenthaltsortes eines Kindes unter anderem dann der Zustimmung, wenn damit erhebliche

Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den anderen Elternteil verbunden sind. Für die Frage, ob erhebliche Auswirkungen vorliegen, ist massgeblich, ob das Betreuungskonzept aufrechterhalten werden kann (vgl. BGE 142 III 502 E. 2.3 f. m.w.H). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, womit der Wechsel des Aufenthaltsortes der gemeinsamen Kinder der Parteien zustimmungsbedürftig ist.

5.7

Die Berufungsklägerin bringt schliesslich vor, das angefochtene Urteil sei gar nicht vollstreckbar, weil sie die gemeinsamen Kinder bereits in Y.___ angemeldet habe und sie damit seit dem 30. Juni 2022 in Y.___ Wohnsitz hätten (amtl. Bel. 1 Rz. 10.1 und 11). Aus der Wohnsitzbestätigung vom 18. August 2022 (BB-Bel. 2) geht hervor, dass die gemeinsamen Kinder der Parteien nach wie vor Wohnsitz in Z.___ haben. Bei der von der Berufungsklägerin aufgelegten Urkunde (BK-Bel. 10) handelt es sich um einen Niederlassungs- bzw. Aufenthaltsausweis, der für Wochenaufenthalter ausgestellt wird und für den (melderechtlichen) Wohnsitz irrelevant ist. Den entsprechenden Einwänden ist damit die Grundlage entzogen.

39■45

6.

6.1

Die Berufungsklägerin bringt schliesslich diverse Rügen gegen die vorinstanzliche Betreuungsregelung vor. Sie argumentiert, dass eine Wohnsitznahme in Y.___ bereits wegen des kürzeren Schulwegs und des späteren Schulbeginns viel besser mit der alternierenden Betreuung vereinbar sei, was die Vorinstanz übersehen habe (amtl. Bel. 1 Ziff. 9.1). Weiter bestreitet sie zusammengefasst und sinngemäss die Verfügbarkeit des Berufungsbeklagten für die Kinderbetreuung (amtl. Bel. 1 Ziff. 9.2), bringt vor, eine Wohnsitznahme in Z.___ sei nicht mit dem Kindeswohl vereinbar und schüre familiäre Konflikte (amtl. Bel. 1 Ziff. 9.3), die Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Parteien für eine alternierende Obhut sei zweifelhaft und es treffe nicht zu, dass sich keines der Kinder gegen eine alternierende Obhut ausgesprochen habe (amtl. Bel. 1 Rz. 9.4 f.; amtl. Bel. 7 Rz. 26), das Betreuungsmodell sei nicht praktikabel, mache keinen Sinn und widerspreche dem Kindeswohl (amtl. Bel. 1 Rz. 10.3; amtl. Bel. 7 Rz. 19 – 21 und 25).

6.2

Die Vorinstanz hat sich mit der Thematik des Schulwegs auseinandergesetzt (E. 14.3.1 des angefochtenen Entscheids), diese aber – richtigerweise – im Verhältnis zu den übrigen Faktoren, insbesondere der Aufrechterhaltung der Stabilität in den bisherigen Verhältnissen, kein Gewicht zugemessen. Sofern die Berufungsklägerin die Verfügbarkeit des Berufungsbeklagten für die Kinderbetreuung ohne Beweisanträge und damit mit reinen Behauptungen bestreitet, ist sie nicht zu hören. Die weiteren Ausführungen des Berufungsbeklagten zum Betreuungskonzept enthalten keine substantiierten Rügen, weswegen darauf nicht weiter einzugehen ist.

6.3

Die Berufungsklägerin moniert, Ziffer 2.1 des vorinstanzlichen Rechtspruchs, in welchem die Betreuung der Kinder geregelt werde, sei lückenhaft, indem der Berufungsbeklagte die

Kinder bis Dienstagnachmittag vor der Schule betreue, während die Betreuung durch die Berufungs- klägerin erst am Dienstagnachmittag nach der Schule übernommen werde. Normalerweise seien die Kinder in dieser Zeit in der Schule, aber ausnahmsweise könne eine Betreuung nötig werden (Krankheit/Unfall, Schulausfall,...). Sie schlägt allerdings keine Lösung vor (amtl. Bel. 1 Rz. 10.2).

40■45

Der Berufungsbeklagte räumt ein, dass die Regelung diesbezüglich lückenhaft sei und bietet an, für den Dienstagnachmittag die Verantwortung zu übernehmen (amtl. Bel. 4 zu Ziff. 10.2). Die Berufungsklägerin hat sich zu diesem Vorschlag in der Replik nicht mehr geäußert. Da die Betreuungsregelung diesbezüglich tatsächlich unklar und lückenhaft ist, womit eine Kindeswohlbeeinträchtigung einhergehen könnte, ist das vorinstanzliche Dispositiv diesbezüg- lich anzupassen. Nachdem der Berufungsbeklagte angeboten hat, für den Dienstagnachmittag die Verantwortung zu übernehmen, wird das Dispositiv des angefochtenen Entscheids ent- sprechend angepasst, dass die Verantwortung für die Kinder bis Dienstagnachmittag nach der Schule beim Berufungsbeklagten liegt. Dies entspricht auch dem Betreuungskonzept des Berufungsbeklagten, auf das die Vorinstanz abgestellt hat (vgl. E. 11.4 und 19.1 des vorinstanzlichen Entscheids). Die Berufung wird somit diesbezüglich teilweise gutgeheissen und die Dispositivziffer 2.1 des angefochtenen Entscheids folgendermassen angepasst (Änderung fett markiert): « 2.1 Der Gesuchsteller wird berechtigt und verpflichtet, die gemeinsamen Kinder C. __, geb. __ 2010, D. __, geb. __ 2011, E. __, geb. __ 2012 und F. __, geb. __ 2015, wie folgt zu betreuen:

- von Sonntagabend, 19:30 Uhr, bis Dienstagnachmittag (nach der Schule);

- von Donnerstagabend (nach der Schule) bis Freitagabend nach den Trainings der Kinder (inklusive Abendessen).»

E. 7

Juli 2022 nur eine ganz kurze inhaltliche Aussage machte, wäre es der Berufungsklägerin – hätte sie dazu nochmals Stellung nehmen wollen, obwohl sie zum Gesuch des Berufungsbeklagten bereits eine 25-seitige Stellungnahme eingereicht hatte – innert der verbleibenden fünf Tage zumutbar gewesen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_814/2014 vom 12. Dezember 2014 E. 3.2).

15■45

Die Berufungsklägerin hat zudem im Berufungsverfahren nicht ausgeführt, was sie dem Schreiben vom 7. Juli 2022 hätte entgegen wollen. Dies wäre aber erforderlich gewesen, damit die Wahrung des rechtlichen Gehörs nicht zum reinen Selbstzweck erfolgt und eine ent- sprechende Rüge gutgeheissen werden könnte (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_561/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.3 und 4A_122/2021 vom 14. September 2021 E. 3.4.1 je m.w.V.). Schliesslich würde es sich sowieso nicht um eine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs handeln, die im Berufungsverfahren geheilt werden könnte (vgl. vorstehend E. 3.2.3).

E. 7.1

Mit Verfügung vom 30. August 2022 (P 22 15) wies die Prozessleitung das Gesuch der Beru- fungsklägerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung ab (amtl. Bel. 6). In der Replik ersuchte die Berufungsklägerin um Wiedererwägung dieser Verfügung.

Zur Begründung verwies sie auf die in der Replik vorgebrachten Argumente, insbesondere auf die angelegten Gewaltvorfälle, der angeblichen Belastung für die Kinder und einer Verletzung des Kontinuitäts- und Koedukationsprinzips (amtl. Bel. 7 Rz. 5 und 23).

E. 7.2

Auf die Beurteilung eines Wiedererwägungsgesuch besteht im Geltungsbereich der ZPO kein Anspruch. Ein solcher Anspruch besteht einzig, wenn unechte Noven vorliegen (statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 5D_112/2015 vom 28. September 2015 E. 4.4.2 m.w.V.).

E. 7.3

41■45

Die Berufungsklägerin legt nicht dar, dass ihr Wiedererwägungsgesuch auf unechten Noven basiert. Deshalb ist auf das Wiedererwägungsgesuch nicht einzutreten. Sowieso wäre das Wiedererwägungsgesuch abzuweisen, nachdem die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung in der Verfügung vom 30. August 2022 (P 22 15) ausführlich begründet wurde und die Argumente der Berufungsklägerin, wie vorstehend dargelegt, nicht verfangen.

E. 8

Die Berufung ist – mit Ausnahme der Anpassung von Dispositivziffer 2.1 des vorinstanzlichen Entscheids (Dienstagnachmittag nach der Schule statt Dienstagnachmittag vor der Schule) – vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Auf das Wiedererwägungsgesuch betreffend die Verfügung vom 30. August 2022 (P 22 15) ist nicht einzutreten, und falls darauf einzutreten wäre, wäre es abzuweisen.

E. 9.1

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ein geringfügiges Unterliegen oder Obsiegen im Umfang von einigen Prozenten wird in der Regel nicht berücksichtigt (Urteile des Bundesgerichts 4A_266/2021 vom 16. September 2021 E. 3.3; Urteil 5A_80/2020 E. 4.3; Urteil 4A_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1 m.w.H.; zum Ganzen Urteil 4A_171/2021 vom 27. April 2021 E. 5.2). Die Berufungsklägerin obsiegt vorliegend einzig in einem kleinen Nebenpunkt, und unterliegt ansonsten sowohl im Verfahren um aufschiebende Wirkung als auch in der Hauptsache in sämtlichen Punkten. Es rechtfertigt sich deshalb, ihr die Gerichtskosten und die Parteientschädigung an den Berufungsbeklagten vollumfänglich aufzuerlegen.

42■45

E. 9.2

Die Gerichtskosten vor Obergericht als Berufungsinstanz richten sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht massgebenden Tarif; sie werden um einen Drittel reduziert, betragen jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG [NG 261.2]). Bei besonders umfangreichen oder schwierigen Fällen kann die Gebühr angemessen erhöht werden (Art. 3 Abs. 1 PKoG). In anderen familienrechtlichen Streitigkeiten beträgt die Entscheidegebühr des Kantonsgerichts Fr. 400.– bis Fr. 2'000.– (Art. 7 Abs. 3 Ziff. 5 PKoG). Der Höchstansatz würde somit Fr. 1'333.33 betragen (vgl. Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG). Da die vorliegende Sache für eine andere familienrechtliche Streitigkeit

ausserordentlich umfangreich war (umfangreiche Rechtschriften und Beilagen, Noveneingabe) und weil auch noch ein Gesuch um aufschiebende Wirkung (und ein Gesuch um Wiedererwägung) zu beurteilen war, dessen Kostenfolgen im vorliegenden Verfahren festzusetzen sind, rechtfertigt es sich, den Kostenrahmen vorliegend angemessen zu erhöhen, weshalb die Entscheidgebühr für das vorliegende Verfahren (inkl. Gesuch um aufschiebende Wirkung und Gesuch um Wiedererwägung) auf Fr. 2'500.– (inkl. Auslagen) festgesetzt wird. Die Gerichtskosten werden ausgangsgemäss der Berufungsklägerin auferlegt, mit ihrem Kostenvorschuss von Fr. 1'500.■ (amtl. Bel. 2 f.) verrechnet und sind in diesem Umfang bezahlt. Die Berufungsklägerin wird angewiesen, die restlichen Gerichtskosten von Fr. 1'000.– innert 30 Tagen seit Rechtskraft dieses Urteils an die Gerichtskasse Nidwalden zu überweisen.

E. 9.3

Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach Tarifen zu (Art. 96 ZPO). Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Sie bemessen sich gegenüber der kostenpflichtigen Gegenpartei nach den Vorschriften des PKoG (Art. 31 Abs. 2 PKoG). Im Berufungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten beträgt das Honorar für das Verfahren vor erster Instanz zwischen Fr. 300.– bis Fr. 10'000.– (Art. 42 Abs. 1 Ziff. 5 PKoG). Somit liegt der Kostenrahmen für das Honorar des vorliegenden Berufungsverfahrens zwischen Fr. 500.– bis Fr. 6'000.–. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und

43■45

wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 PKoG). Die Rechtsvertreterin des Berufungsbeklagten machte mit Kostennote vom 26. September 2022 (amtl. Bel. 11) eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren von Fr. 5'780.35 (Honorar Fr. 5'187.50 [20.75 Stunden à Fr. 250.–]; Auslagen Fr. 179.60 und 7.7 % MWST Fr. 413.25) geltend. Das geltend gemachte Honorar liegt innerhalb des Kostenrahmens und ist angemessen, weshalb die Parteientschädigung genehmigt wird. Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten ausgangsgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 5'780.35 zu bezahlen.

44■45

Demnach erkennt das Obergericht: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird die Dispositivziffer 2.1 des Urteils ZE 22 122 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 27. Juli 2022 aufgehoben und lautet neu (Änderung fett markiert): « 2.1 Der Gesuchsteller wird berechtigt und verpflichtet, die gemeinsamen Kinder C., geb. __ 2010, D., geb. __ 2011, E., geb. __ 2012 und F., geb. __ 2015, wie folgt zu betreuen:

- von Sonntagabend, 19:30 Uhr, bis Dienstagnachmittag (nach der Schule);
- von Donnerstagabend (nach der Schule) bis Freitagabend nach den Trainings der Kinder (inklusive Abendessen).»

2. Im Übrigen werden die Berufung und das Gesuch um Wiedererwägung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden auf Fr. 2'500.■ festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss über Fr. 1'500.– verrechnet und sind in diesem Umfang bezahlt. Die Berufungsklägerin wird angewiesen, die restlichen Gerichtskosten von Fr. 1'000.– innert 30 Tagen seit Rechtskraft dieses Urteils an die Gerichtskasse Nidwalden zu überweisen.

4. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'780.35 zu bezahlen.

5. [Zustellung].

45■45

Stans, 9. Dezember 2022 OBERGERICHT NIDWALDEN Zivilabteilung Die
Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann Der Gerichtsschreiber

MLaw Reto Rickenbacher

Versand:

Rechtmittelbelehrung: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. BGG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG.

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