

# NW\_GERICHTE 36463 vom 20. Juni 2024

NW Gerichte, 2024-06-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw\\_gerichte\\_36463](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_36463)

FR: NW\_GERICHTE 36463 du 20 juin 2024

IT: NW\_GERICHTE 36463 del 20 giugno 2024

## Regeste

Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren (ZA 24 2)

## Erwägungen

### E. 1.1

8 ■ 31

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 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). Ist neben der Obhut und dem persönlichen Verkehr von Kindern auch der Kindesunterhalt umstritten, ist insgesamt von einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit auszugehen (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 23 258 vom 31. Januar 2024. Darin wies das Kantonsgericht Nidwalden das Gesuch der Berufungsklägerin um Abänderung der mit Urteil ZE 22 122 vom 27. Juli 2022 angeordneten vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens ab. Mit der Berufung will die Berufungsklägerin 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 abändern und zudem den Berufungsklägerin zur Zahlung von Kindes- und Ehegattenunterhalt verpflichten (vgl. amtl. Bel 1). Es handelt sich somit insgesamt um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit, zu 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 Beschwerde), überdies durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwerde; vgl. PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhrer/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, N. 30 ff. zu den Vorbem. zu Art. 308–318 ZPO).

Die Berufungsklägerin war Partei im vorinstanzlichen Verfahren und ist, nachdem ihr Abänderungsgesuch vollumfänglich abgewiesen worden ist, durch das angefochtene Urteil berührt. Sie ist somit zur Berufung berechtigt.

9 ■ 31

### **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 28. Februar 2024 zugestellt (BK-Bel. 4 f.). Die am 10. März 2024 eingereichte Berufung ist damit rechtzeitig erfolgt. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Berufung ist somit grundsätzlich einzutreten, wobei auf einzelne Rügen nicht eingetreten werden kann (vgl. nachfolgend E. 5.7, 5.8 und 5.11).

### **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 Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. Das bedeutet aber nicht, dass sie gehalten ist, den erstinstanzlichen Entscheid losgelöst von konkreten Anhaltspunkten in der Berufungsbegründung von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen. So dient das Berufungsverfahren nicht etwa der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Die Berufungsinstanz hat sich daher – abgesehen 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 ■ 31

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 um einen Ermessensentscheid, darf sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung eine gewisse Zurückhaltung 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

a.). Die Aspekte waren sowohl der Vorinstanz als auch den Parteien und der Berufungsinstanz bereits vor Erlass des Urteils vom 27. Juli 2022 (ZE 22 122) klar (Auszüge aus ZE 22 122: «Das vorliegende Familiengefüge [...] ist vielschichtig und komplex. Es ist geprägt von Spannungen und gegenseitigen Vorwürfen der Parteien.» [E. 10.3]; «Es bestehen vorliegend gewisse Anhaltspunkte einer Vorinstruktion bzw. Instrumentalisierung der Kinder. Es sind aber auch Gewaltvorwürfe von Seiten der Gesuchsgegnerin gegenüber dem Gesuchsteller im Raum. [...] Das Gericht erachtet deshalb die Erstellung eines interventionsorientierten Gutachtens für die definitive Beurteilung der Frage der Erziehungsfähigkeit der Eltern und der definitiven Zuteilung der Obhut und der konkreten Ausgestaltung des Wohnortes und der Betreuungzeiten als notwendig.» [E. 16]). Im Berufungsurteil vom 9. März 2022 (ZA 22 9) war überdies ausdrücklich von hochstrittigen Verhältnissen die Rede (ZA 22 9 E. 5.2.4). Zudem hatte die Berufungsklägerin bereits in diesem Berufungsverfahren geltend gemacht, die Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Parteien für eine alternierende Obhut sei zweifelhaft (ZA 22 9 E. 6.1). Der Berufungsklägerin kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, die Vorinstanz habe sich auf falsche Tatsachen gestützt, weil sich aus dem kinder- und jugendpsychiatrischen Fachgutachten und der Parteibefragung mit dem Berufungsbeklagten ergebe, dass dieser in zeitlicher Hinsicht nicht in der Lage sei, eine alternierende Obhut sicherzustellen und dass er mit C., D. und E. bereits 1.5 Jahre vor dem Massnahmenentscheid keinen Kontakt

19 ■ 31

mehr gehabt habe (amtl. Bel. 1 Ziff. II.5.1 – 5.5). Die Ausführungen der Gutachter, wonach «der Vater wohl einige Anpassungen betreffend seine beruflichen Präsenztage vornehmen» müsste (BK-Bel. 6 S. 91), beziehen sich nicht auf die mit Urteil vom 27. Juli 2022 vorsorglich angeordneten Massnahmen, sondern auf die von den Gutachtern vorgeschlagenen Änderungen. Sie sagen somit nichts darüber aus, ob der Berufungsbeklagte die am 27. Juli 2022 vorsorglich angeordneten Massnahmen umsetzen könnte, womit aus diesen Ausführungen nicht abgeleitet werden kann, die Vorinstanz sei von falschen Tatsachen ausgegangen. Erst recht kann daraus nicht abgeleitet werden, der Berufungsbeklagte sei grundsätzlich nicht in der Lage, eine alternierende Obhut umzusetzen. Aus seiner Aussage anlässlich der Parteibefragung vom 30. Januar 2024, «diese Geschichte dauert schon drei Jahre» (vgl. vi-B-5, S. 3) kann, entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin, auch nicht abgeleitet werden, der Berufungsbeklagte habe seit Januar 2021 keinen Kontakt zu den drei ältesten Kindern. Es bleibt unklar, was der Berufungsbeklagte mit «diese Geschichte» gemeint hat. Es könnte sein, dass er die Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten gemeint hat oder das Leben in getrennten Wohnungen im selben Haus. Die Interpretation der Berufungsklägerin, damit sei der Kontaktabbruch der Kinder gemeint, ist abwegig. Einerseits hat der Vater zuvor ausgesagt, die Kinder würden «jetzt auf einmal» nicht mehr beim Vater sein wollen. Andererseits führt die Berufungsklägerin in der Berufung selbst aus, seit dieser Parteibefragung sei aktenkundig, dass der Hausseggen bereits seit drei Jahren schief gegangen und die Beziehung des Kindesvaters zu den drei älteren Kindern angespannt gewesen sei, als die Parteien noch in getrennten Wohnungen unter einem Dach gelebt hätten (vgl. amtl. Bel. 1 Ziff. II.5.4, S. 13). Sie interpretiert die Aussagen des Berufungsbeklagten also selbst als Verweis auf die allgemeinen Auseinandersetzungen in der Familie («Hausseggen [...]

schief») respektive auf die angespannte Beziehung zu den Kindern, nicht auf einen Kontaktabbruch. Auch diesbezüglich ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz von falschen Tatsachen ausgegangen sein soll. Die Berufungsklägerin macht weiter geltend, aus dem Gutachten ergebe sich, dass die Voraussetzungen für eine alternierende Obhut nicht gegeben seien. Die Gutachter würden sich dafür aussprechen, C. \_\_, D. \_\_ und E. \_\_ unter die Alleinobhut der Mutter und F. \_\_ unter die alternierende Obhut zu stellen, wobei letzteres dem Koedukationsprinzip widerspreche. Die vorsorgliche Massnahme sei entsprechend abzuändern und der Wohnsitz der Kinder von X. \_\_ nach Y. \_\_ zu verlegen (amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.8 ff.; amtl. Bel. 7 Ziff. 2.2 b.). Es trifft zwar zu, dass die Gutachter eine Alleinzuteilung der Obhut über C. \_\_, D. \_\_ und E. \_\_ an die Mutter, bei F. \_\_ eine alternierende Obhut sowie bei allen gemeinsamen Kindern ein Wohnorts- und Schulwechsel nach Y. \_\_ empfehlen (BK-Bel. 6 S. 83). Daraus folgt aber nicht, dass die

20 ■ 31

Vorinstanz im Urteil vom 27. Juli 2022 die Verhältnisse eindeutig falsch gewürdigt hat, so dass der damals getroffene Entscheid als rechtlich unhaltbar erscheint. Immerhin befürworten die Gutachter für F. \_\_ weiterhin die alternierende Obhut (vgl. BK-Bel. 3, Frage 4.1), woraus zu schliessen ist, dass die Gutachter davon ausgehen, zwischen den Eltern wäre grundsätzlich auch die alternierende Obhut möglich. Aus dem Gutachten (BK-Bel. 6), den Antworten der Gutachter auf die Ergänzungsfragen der Parteien (BK-Bel. 13) und den übrigen Akten ergibt sich auch nicht, dass eine Beibehaltung der am 27. Juli 2022 von der Vorinstanz vorsorglich verfügten Betreuungsregelung bis zum Eheschutzentscheid zu einer ernsthaften Kindeswohlgefährdung führen würde. Die Voraussetzungen für eine Abänderung sind vorliegend somit nicht erfüllt. Dies muss erst recht gelten, wenn man berücksichtigt, dass vorsorglichen Massnahmen im Eheschutz – wenn überhaupt – nur unter restriktiven Voraussetzungen abzuändern sind. Auch die weiteren Argumente, mit welchen die Berufungsklägerin darlegen will, dass die mit Urteil vom 27. Juli 2022 vorsorglich für die Dauer des Eheschutzverfahrens angeordnete alternierende Obhut und die Wohnsitzzuteilung falsch sei und abgeändert werden müsse (amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.18 ff.), vermögen keine Abänderung zu begründen. Die Vorinstanz hat keine wesentlichen Tatsachen unberücksichtigt gelassen und keine der von ihr berücksichtigten wesentlichen Tatsachen haben sich im Nachhinein als falsch herausgestellt. Der gefällte Entscheid ist rechtlich auch nicht unhaltbar.

### **E. 3.1**

In ihrem Gesuch vom 4. Dezember 2023 hielt die Berufungsklägerin im Wesentlichen fest, das Gutachten der Luzerner Psychiatrie vom 24. Oktober 2023 komme zum Schluss, dass die vier

11 ■ 31

gemeinsamen Kinder bei der Kindesmutter Wohnsitz nehmen und in Y. \_\_ zur Schule gehen sollen, wobei sie unter die Obhut und Betreuung der Kindesmutter zu stellen seien und in Bezug auf F. \_\_ auch eine alternierende Betreuung/Obhut möglich sei. Gestützt darauf sei die bisherige Regelung im Sinne der gestellten Anträge anzupassen (vi-A-2). Die Vorinstanz hat das Gesuch abgewiesen. Sie erwog zusammengefasst, eine Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren setze eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse voraus oder dass sich der Entscheid nachträglich als unrichtig erweise, weil Tatsachen nicht bekannt waren oder sich als falsch herausstellen. Die Beru-

fungsklägerin habe keine entsprechenden Veränderungen oder Umstände glaubhaft machen können. Das Gutachten der Luzerner Psychiatrie vom 24. Oktober 2023 könne nicht Grundlage einer Abänderung sein, weil es rechtsstaatlich geboten sei, den Parteien noch die Möglichkeit für eine Erläuterung oder Ergänzungsfragen einzuräumen. Die Berufungsklägerin habe überdies keine neuen Sachumstände darlegen können, die nicht bereits im ursprünglichen Urteil und dem dazugehörigen Berufungsverfahren beurteilt worden seien. Aufgrund des geplanten Umzugs der Berufungsklägerin nach Y.\_\_\_ und des bevorstehenden Schulbeginns habe geregelt werden müssen, ob die Kinder beim Berufungsbeklagten in X.\_\_\_ bleiben oder mit der Berufungsklägerin nach Y.\_\_\_ ziehen. Darüber habe im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Eheschutzverfahrens entschieden werden müssen, weil bis zum Umzug kein Urteil im Eheschutzverfahren möglich gewesen sei und ein interventionsorientiertes Gutachten zu erstellen gewesen sei, was Zeit brauche. Im vorsorglichen Massnahmeverfahren und anschliessenden Berufungsverfahren sei bereits thematisiert worden, dass die Kinder nicht mehr zum Vater gekommen seien und C.\_\_\_, D.\_\_\_ und E.\_\_\_ keine Beziehung zu ihm haben wollten. Ebenso sei die Distanz zwischen Y.\_\_\_ und X.\_\_\_ berücksichtigt worden (vi-A-1 E. 4).

### **E. 3.2**

Die Berufungsklägerin rügt eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts im Sinne von Art. 310 lit. a und b ZPO. In erster Linie rügt sie, dass die Vorinstanz die vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren nicht abgeändert hat und macht eine Verletzung von Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB geltend (amtl. Bel. 1 Ziff. II./4 f. und amtl. Bel. 7 Ziff. 1.4 ff.; nachfolgend E. 4). Überdies rügt sie eine Verletzung von zahlreichen weiteren Bestimmungen (Art. 3 Abs. 1 und 2 [Wohl des Kindes] des Übereinkommens über die Rechte des Kindes [SR 01.107; KRK]; Art. 12 KRK [Recht des Kindes auf Gehör]; Art. 6 Abs. 1 EMRK [Recht auf ein faires Verfahren];

12 ■ 31

Art. 8 Abs. 1 EMRK [Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens]; Art. 5 Abs. 1 BV [Legalitätsprinzip]; Art. 5 Abs. 3 BV [Treu und Glauben]; Art. 8 BV [Rechtsgleichheit]; Art. 9 BV [Willkürverbot]; Art. 10 Abs. 2 BV [Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens]; Art. 11 BV [Schutz der Kinder und Jugendlichen]; Art. 24 BV [Niederlassungsfreiheit]; Art. 29 Abs. 1 BV [Fair-Trail-Garantien; Verbot der Rechtsverzögerung]; Art. 29 Abs. 2 BV [Rechtliches Gehör; Begründungspflicht]; Art. 296 ZPO [Untersuchungs- und Officialgrundsatz]; Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO [Anordnung einer Vertretung des Kindes]; Art. 25 ZGB [Wohnsitz Minderjähriger]; Art. 301a ZGB [Bestimmung des Aufenthaltsortes]; nachfolgend E. 5). Diese Rügen werden in den angegebenen Erwägungen abgehandelt, bevor abschliessend (E. 6) über die Kosten des Verfahrens entschieden wird.

### **E. 4.1**

Die Berufungsklägerin rügt hauptsächlich, die Vorinstanz habe einen Abänderungsgrund verneint und demzufolge Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB verletzt. Sie argumentiert zusammengefasst, aufgrund des umfassenden und schlüssigen kinder- und jugendpsychiatrischen Fachgutachtens dränge sich eine Abänderung des Massnahmeentscheids auf. Der ursprüngliche Entscheid der Vorinstanz habe sich wegen der

gutachterlichen Tatsachenfeststellungen und Schlussfolgerungen als unrichtig erwiesen. Dem Massnahmege- richt seien wesentliche Tatsachen nicht bekannt gewesen, sodass sein Entscheid auf tatsäch- lichen Feststellungen basiere, die sich nachträglich als unrichtig erwiesen, sich nicht wie vor- gesehen verwirklicht hätten und den ursprünglichen Entscheid als nicht gerechtfertigt erschei- nen liessen (amtl. Bel. 1 Ziff. II./4.). Gemäss dem Gutachten sei der Kindesvater in zeitlicher Hinsicht nicht in der Lage, eine alternierende Obhut sicherzustellen, womit sich die gegentei- lige Annahme der Vorinstanz als unrichtig erwiesen habe (amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.1 – 5.3). Aus dem Gutachten ergebe sich zudem, dass der Kindesvater mit C.\_\_, D.\_\_ und E.\_\_ bereits 1.5 Jahre vor dem Massnahmenentscheid keinen Kontakt mehr gehabt habe. Die Vorinstanz habe sich demnach auf falsche Tatsachen gestützt, indem sie davon ausgegangen sei, die Kinder würden ungefähr zu gleichen Teilen von den Eltern betreut (amtl. Bel. 1 Ziff. II.5.4 f.). Aus der gutachterlichen Empfehlung und der Parteibefragung, welche die Zerstrittenheit der Eltern auf- zeige, ergebe sich, dass die Voraussetzungen für eine alternierende Obhut nicht gegeben seien (amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.6 f.). Das Gutachten spreche sich für die Alleinobhut der Kinder C.\_\_, D.\_\_ und E.\_\_ und eine alternierende Obhut von F.\_\_ aus, wobei es zum Schluss komme, dass ein Verbleib der Kinder beim Vater derzeit nicht sinnvoll und die Alleinobhut der

13 ■ 31

Mutter zu befürworte sei. Das Gutachten empfehle zwar, F.\_\_ unter die alternierende Obhut der Eltern zu stellen, was aber aus rechtlicher Sicht nicht zulässig sei, weil diese nicht miteinander kommunizieren könnten und es auch dem Koedukationsprinzip widerspreche. Zudem werde im Gutachten mehrfach ausgeführt, dass eine Wohnsitzverlegung der Kinder von X.\_\_ nach Y.\_\_ sinnvoll und dringend notwendig sei. Die Vorinstanz habe im Massnahmeentscheid eine Wohnsitzverlegung begrüsst, falls das Gutachten zu diesem Schluss komme. Indem die Vorinstanz nun trotz entsprechender gutachterlicher Empfehlung den Wohnsitz nicht verlege, handle sie willkürlich (Art. 9 BV) und treuwidrig (Art. 5 Abs. 3 BV) (amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.8 ff.). Das Gutachten komme überdies zum Schluss, eine aktive und bewusste Entfremdung der Kinder vom Vater durch die Berufungsklägerin sei nicht erstellt. Wenn die Vorinstanz im ange- fochtenen Urteil trotzdem festhalte, der fehlende Kontakt der Kinder zum Vater sei mit grosser Wahrscheinlichkeit auf das Verhalten der Berufungsklägerin zurückzuführen, handle sie willkür- lich (Art. 9 BV) und verletze die fair-trial-Garantien (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK; amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.16 f.). Das vorinstanzliche Argument, die Wohnsitzzuteilung sei zu Guns- ten desjenigen vorzunehmen, der den Kontakt der Kinder zum anderen Elternteil aktiv fördere, gehe nicht auf, nachdem im Gutachten festgehalten werde, es bestünden Verdachtsmomente für Instrumentalisierungs- und Beeinflussungsversuche auch durch den Vater, der den Kontakt zur Berufungsklägerin ebenfalls nicht aktiv fördere (amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.18 ff.). Insgesamt sei zu beachten, dass die Kinder seit der Trennung bei ihrer Mutter leben und sich faktisch in ihrer Alleinobhut befinden würden. Damit habe sich das Betreuungskonzept nicht so verwirklicht, wie im Massnahmeentscheid vorgesehen. Komme hinzu, dass das Gutachten wesentliche neue Tatsachen hervorgebracht habe, die im Urteilszeitpunkt nicht vorgelegen hätten. Aus diesen Gründen sei eine Abänderung des Massnahmeentscheids zwingend erforderlich. Die Weigerung der Vorinstanz, ihren Entscheid anzupassen, verletze das Kindeswohl und stelle dadurch einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil dar (amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.22 ff.; amtl. Bel. 7 Ziff. 1.4 ff.).

## E. 4.2

Zunächst ist zu klären, ob für die Dauer des Eheschutzverfahrens erlassene vorsorgliche Massnahmen überhaupt in einem Abänderungsverfahren geändert werden können. Die Berufungsklägerin geht – allerdings ohne Angaben von Quellen – davon aus, dass solche Entscheide jederzeit aufgehoben oder angepasst werden können, sofern sich die Sach- oder Rechtslage ändert (vi-A-2 Ziff. I./1.; amtl. Bel. 7 Ziff. 2.). Die Vorinstanz führt unter Verweis auf Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB aus, eine Abänderung von vorsorglichen

14 ■ 31

Massnahmen im Eheschutzverfahren setze eine Veränderung der Verhältnisse voraus. Der in diesem Zusammenhang zitierte Bundesgerichtsentscheid (BGE 141 III 376) bezieht sich aber auf die Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren und nicht im Eheschutzverfahren. In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren und vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren nicht vergleichbar sind und keine Analogie- oder Umkehrschlüsse zulassen (SAMUEL ZOGG, «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, FamPra 1/2018, S. 82). Wie die Vorinstanz im Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren vom 27. Juli 2022 (ZE 22 122) korrekt ausgeführt hat, hat das Bundesgericht die Frage, ob eigenständige vorsorgliche Massnahmen während eines Eheschutzverfahrens zulässig sind, noch nicht beantwortet (BK-Bel. 3 E. 5.1). Folglich konnte es auch noch nicht klären, ob solche vorsorglichen Massnahmen in einem Abänderungsverfahren geändert werden können. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass nur rechtskräftige Entscheide abgeändert werden können. Entscheide über vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren, das selbst eine vorsorgliche Massnahme sei, seien eigentlich «vor-vorsorgliche» Massnahmen. Als solche würden sie nicht rechtskräftig werden und damit nicht in einem Abänderungsverfahren abänderbar. Allerdings könnten solche «vor-vorsorglichen» Massnahmen im Endentscheid, also beispielsweise im Eheschutzentscheid, «geändert» werden, ohne dass die Voraussetzungen für eine Abänderung erfüllt sein müssen. Die «Abänderbarkeit» ergebe sich in diesen Konstellationen aus der Neubeurteilung nach Anhörung der Gegenseite oder Abnahme weiterer Beweise und nicht aus veränderten Verhältnissen (ALDO STAUB, Die Abänderung familienrechtlicher Entscheide, 2022, Rz. 146; vgl. auch ZOGG, a.a.O., S. 85 f., der ebenfalls dafürhält, dass im Eheschutzverfahren vorsorglich getroffene Anordnungen im Eheschutzurteil rückwirkend überprüft werden). Die Frage ob und falls ja, inwiefern vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens rechtskräftig werden, braucht vorliegend nicht vertieft geprüft werden. Im Ergebnis überzeugt die in der Lehre vertretene Ansicht, dass vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens nicht in einem Abänderungsverfahren, sondern im Endentscheid, d.h. im Eheschutzurteil, bestätigt oder angepasst werden. Vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens sollten nur zurückhaltend angeordnet werden, um das Eheschutzverfahren, das an sich bereits ein rasches Verfahren sein sollte, nicht unnötig zu verlängern (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A\_870/2013 vom 28. November 2014 E. 5, 5A\_262/2019 vom 30. September 2019 E. 5.2; Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 20. Februar 2019 E. 1.2.2, LGVE 2019 II Nr. 3). Wenn man den Parteien überdies die Möglichkeit

15 ■ 31

einräumt, die Abänderung dieser «vor-vorsorglichen» Massnahmen mittels Gesuch zu verlangen, und den gefällten Entscheid dann noch an die Rechtsmittelinstanzen weiterzuziehen, werden Eheschutzverfahren, in welchen vorsorgliche Massnahmen erlassen wurden, nochmals erheblich verkompliziert: Sie können so ihrer Funktion, möglichst schnell eine erste Regelung zu treffen, kaum mehr nachkommen (vgl. zur Problematik auch: CHRISTIAN STALDER/BEATRICE VAN DE GRAAF, in: Oberhammer/Domej/Hass [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 5c zu Art. 271 ZPO). Der vorliegende Fall illustriert diese Problematik beispielhaft. Vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens können deshalb nicht in einem Abänderungsverfahren abgeändert werden. Nur in Ausnahmefällen (beispielsweise bei einer sehr dringlichen und erheblichen Kindeswohlgefährdung) muss es dem Eheschutzgericht möglich sein, die vorsorglich für die Dauer des Eheschutzverfahrens angeordneten Massnahmen vor Erlass des Eheschutzentscheides von Amtes wegen anzupassen. Ein solcher Fall ist vorliegend nicht gegeben. Die vorliegenden Rügen der Berufungsklägerin sind damit schon deshalb abzuweisen, weil vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren nicht in einem Abänderungsverfahren abgeändert werden können. Selbst wenn aber die vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens wie ein Eheschutzentscheid unter den Voraussetzungen von Art. 179 Abs. 1 ZGB abgeändert werden könnten, hat die Vorinstanz eine Abänderung zu Recht verneint, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

#### **E. 4.3**

Eine Anpassung von Eheschutzmassnahmen setzt nach Art. 179 Abs. 1 ZGB voraus, dass seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist, dass die tatsächlichen Feststellungen, die dem Massnahmeentscheid zugrunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erweisen oder nicht wie vorhergesehen verwirklichen oder dass sich der ursprüngliche Entscheid als nicht gerechtfertigt erweist, weil dem Massnahmengericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren (BGE 143 III 617 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 5A\_120/2021 vom 11. Februar 2022 E. 5.3.1). Lehre und Rechtsprechung bejahen demnach eine wesentliche Veränderung der Entscheidungsgrundlagen, bei (1) einer erheblichen und dauernden Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse seit der Anordnung der Massnahme oder (2) einer aufgrund vertiefter Abklärung der Sachlage gewonnenen Einsicht, dass der frühere Entscheid auf unzutreffenden Voraussetzungen beruhte (BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, in: Basler Kommentar zum ZGB I,

#### **E. 4.4**

Zunächst ist festzuhalten, dass eine Abänderung von vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren – sofern überhaupt zulässig (vgl. vorstehend E. 4.2) – nicht mit der Abänderung eines Eheschutzentscheids oder eines Entscheids über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren vergleichbar ist. In letzteren beiden Fällen wurde bereits ein gerichtliches Verfahren durchgeführt und mit einem Endentscheid abgeschlossen (vgl. BGE 133 III 393 E. 4; Urteile des Bundesgerichts 5A\_928/2016 vom 22. Juni 2017 E. 1.1). Sofern das Verfahren korrekt durchgeführt wurde, konnten die Parteien darin ihre Verfahrensrechte und insbesondere ihr rechtliches Gehör wahrnehmen. Zudem können sie im Abänderungsverfahren ihre Verfahrensrechte vollständig wahrnehmen, bevor über eine allfällige Abänderung des ursprünglichen Entscheids entschieden wird. Im Gegensatz dazu stellt der Erlass vorsorglicher Massnahmen während

des Eheschutzverfahrens kein Endentscheid, sondern ein Zwischenentscheid dar (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A\_212/2012 vom 15. August 2012 E. 1.1 und 5A\_660/2023 vom 15. März 2024 E. 1.1 m.w.V.). Die Beweise wurden noch nicht vollständig abgenommen und die Verfahrensrechte den Parteien nicht vollständig gewährt, andernfalls die Sache spruchreif wäre und direkt ein Eheschutzentscheid und damit ein Endentscheid gefällt werden müsste (vgl. auch ZOGG, a.a.O., S. 83 ff.). Dasselbe gilt in einem allfälligen Abänderungsverfahren, auch dieses basiert auf einer unvollständigen Beweislage und nicht

17 ■ 31

vollständig gewährten Verfahrensrechten (jedenfalls wurde das rechtliche Gehör zu den noch abzunehmenden Beweisen noch nicht gewährt), andernfalls direkt der Eheschutzentscheid zu fällen wäre. Einer Abänderung der vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens würde jedenfalls in den Kinderbelangen, d.h. betreffend elterliche Sorge, Obhut, persönlicher Verkehr oder Betreuungsanteile, in welchen Kontinuität und Stabilität sicherzustellen ist (vgl. STAUB, a.a.O., Rz. 288 ff.), den Eheschutzentscheid präjudizieren. Nach einer Abänderung der vorsorglichen Massnahmen wäre das Eheschutzgericht gehemmt, im eigentlichen Eheschutzentscheid insbesondere die elterliche Sorge und Obhut, aber auch den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile erneut abzuändern, weil es damit den Kriterien der Kontinuität und Stabilität zuwiderhandeln würde. Es ist deshalb problematisch, wenn in Kinderbelangen eine vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Eheschutzverfahrens gestützt auf eine unvollständige Beweislage und ohne vollumfängliche Gewährung der Verfahrensrechte abgeändert wird, weil dieser Entscheid den Eheschutzentscheid präjudiziert. Erst recht kann nicht verlangt werden, dass das Berufungsgericht direkt einen Abänderungsentscheid oder gar einen Eheschutzentscheid fällt, weil neben der bereits geschilderten Problematik die Vorinstanz übergangen würde und die Parteien eine Instanz verlieren würden. Vorsorgliche Massnahmen in Kinderbelangen für die Dauer des Eheschutzverfahrens dürfen deshalb – wenn überhaupt – nur in Ausnahmefällen abgeändert werden und die Abänderungskriterien sind entsprechend restriktiver zu handhaben als bei der Abänderung eines Eheschutzentscheids oder eines Entscheids über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren. Die Berufungsklägerin hat vorliegend nach Erstattung des Gutachtens mittels Gesuch eine Abänderung der vorsorglichen Massnahmen betreffend Kinderbelange verlangt, bevor Ergänzungsfragen an die Gutachter gestellt, die Parteien angehört und ihnen das rechtliche Gehör gewährt worden ist. Die Kriterien für eine Abänderung sind deshalb, wie zuvor dargelegt, restriktiv zu handhaben.

#### **E. 4.5**

Die tatsächlichen Verhältnisse haben sich seit dem Urteil der Vorinstanz vom 27. Juli 2022 (ZE 22 122) nicht erheblich verändert. Die Berufungsklägerin konnte keine entsprechenden Veränderungen dartun (vgl. amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.; amtl. Bel. 7 Ziff. 2.2 a.), und es sind auch keine ersichtlich. Der Umstand, dass das von der Vorinstanz vorsorglich verfügte Betreuungskonzept teilweise (betreffend die Kinder C.\_\_, D.\_\_ und E.\_\_) nicht gelebt wird (vgl. amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.; amtl. Bel. 7 Ziff. 2.2 a.), ist kein Abänderungsgrund. Es ist nicht dargetan, dass die

18 ■ 31

Aufrechterhaltung der vorinstanzlich verfügten Betreuungsregelung bis zum Eheschutzentscheid der Vorinstanz, mit dem in den nächsten Monaten zu rechnen ist, zu einer ernsthaften Kindeswohlgefährdung führen wird. Eine solche ergibt sich weder aus dem kinder- und jugend- psychiatrischen Fachgutachten (BK-Bel. 3) noch aus der Beantwortung der Ergänzungsfragen durch die Gutachter (BK-Bel. 13) oder den übrigen Unterlagen.

#### **E. 4.6**

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz im vom 27. Juli 2022 (ZE 22 122) wesentliche Tatsachen unberücksichtigt liess, die nachträglich bekannt wurden oder wesentliche Tatsachen berücksichtigt hat, die sich nachträglich als falsch herausstellten. Der Entscheid ist zudem nicht eindeutig falsch oder rechtlich unhaltbar. Wenn die Berufungsklägerin geltend macht, es sei mittlerweile (und damit erst nach dem Urteil vom 27. Juli 2022) klar, dass hochstrittige Verhältnisse vorliegen und sich eine alternierende Obhut nicht umsetzen lasse, weil die Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern nicht gegeben sei, kann ihr nicht gefolgt werden (vgl. amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.; amtl. Bel. 7 Ziff.

#### **E. 4.7**

Die Berufungsklägerin rügt in diesem Zusammenhang schliesslich verschiedene Aspekte (vgl. amtl. Bel. 1 Ziff. II./2.3 ff., II./5.5, II./6 und II./9.), die bereits im Berufungsverfahren gegen das Urteil vom 27. Juli 2022 (ZE 22 122), mit dem die Vorinstanz vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens angeordnet hat, abgewiesen worden sind. Es kann nicht an- gehen, im vorliegenden Verfahren diese bereits abgeurteilten Fragen nochmals zu beurteilen. Ein Abänderungsverfahren bezweckt nicht, das erste Urteil zu korrigieren, sondern es an ver- änderte Umstände anzupassen (Urteile des Bundesgerichts 5A\_1018/2015 vom 8. Juli 2016 E. 4; 5A\_555/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 3.1; 5A\_245/2013 vom 24. September 2013 E. 3.1).

#### **E. 4.8**

Die Rügen der Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB verletzt, sind unberechtigt. Vorsorgliche Massnahmen im

21 ■ 31

Eheschutzverfahren können nicht in einem Abänderungsverfahren abgeändert werden. Selbst wenn dies zulässig wäre, wären die Voraussetzungen dafür vorliegend nicht gegeben. Die entsprechenden Rügen sind deshalb abzuweisen.

5.

5.1

Weiter rügt die Berufungsklägerin, vorliegend sei entgegen den vorinstanzlichen Ausführun- gen nicht der soziale Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 272 ZPO, sondern – weil es aus- schliesslich um Kinderbelange gehe – die Official- und Untersuchungsmaxime massgebend. Damit habe die Vorinstanz Art. 296 Abs. 1 ZPO (Untersuchungs- und Officialgrundsatz) und Art. 5 Abs. 2 BV (recte: Art. 5 Abs. 1 BV; Legalitätsprinzip) verletzt (amt. Bel. 1 Ziff. II./3). Vorab ist zu bemerken, dass es im erstinstanzlichen und vorliegenden Verfahren nicht – wie die Berufungsklägerin behauptet – ausschliesslich um Kinderbelange geht. Die Berufungsklä- gerin beantragt vor Vorinstanz und im Berufungsverfahren auch die Zuspreehung von eheli- chem Unterhalt an sich selbst (vi-A-2

Ziff. 9 f. der Anträge; amtl. Bel. 1 Ziff. 5 f. der Anträge). Wer sich auf die Untersuchungsmaxime beruft bzw. eine Verletzung derselben geltend macht, muss zunächst aufzeigen, dass das Gericht den Sachverhalt unvollständig und damit willkürlich festgestellt hat. Ausserdem muss er diejenigen Tatsachen behaupten, die das Gericht festzustellen bzw. abzuklären unterlassen hat. Schliesslich obliegt es ihm darzutun, inwiefern die behaupteten Tatsachen für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Urteile des Bundesgerichts 5A\_312/2022 vom 25. August 2022 E. 1.2.3, 5A\_452/2013, 5A\_453/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 4.2; 5A\_574/2012 vom 17. Dezember 2012 E. 2.2.1). Die Berufungsklägerin erfüllt keine dieser drei Anforderungen. Sie rügt bloss die allgemeinen rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz, zeigt aber nicht auf, inwiefern sie in der konkreten Rechtsanwendung den Untersuchungs- und Officialgrundsatz in Kinderbelangen (Art. 296 ZPO) verletzt haben soll. Inwiefern die Vorinstanz das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) verletzt haben soll, legt sie ebenfalls nicht dar. Ihre diesbezüglichen Rügen sind deshalb abzuweisen. Die Berufungsklägerin wirft der Vorinstanz ein Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 (Treu und Glauben) und Art. 9 BV (Willkürverbot) vor, weil sie das Abänderungsgesuch abgewiesen hat, obwohl sie im Urteil vom 27. Juli 2022 sinngemäss ausgeführt hat, wenn das Gutachten zum Schluss komme, dass eine Wohnsitzverlegung von X. nach Y. mehr dem Kindeswohl

22 ■ 31

entspreche, seien keine Gründe ersichtlich, die gegen eine Festlegung des Wohnortes in Y. sprechen würden (vi-A-1 E. 16) (vgl. amtl. Bel. 1 Ziff. II.5.15 f. und II./8.12). Eine Wohnsitzverletzung der Kinder mittels Abänderung der vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren ist nur geboten, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, was – wie zuvor ausgeführt – vorliegend nicht der Fall ist. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Gutachten hat im Eheschutzentscheid stattzufinden. Entsprechend hat die Vorinstanz korrekt gehandelt und diese Rügen der Berufungsklägerin sind abzuweisen.

5.2

Die Berufungsklägerin wirft der Vorinstanz überdies Willkür (Art. 9 BV) vor, weil sie im angefochtenen Urteil ausgeführt habe, es sei schon im Urteil vom 27. Juli 2022 Thema gewesen, dass die Kinder C., D. und E. keine Beziehung zum Vater wünschten. Sie will darin einen Widerspruch zum Urteil vom 27. Juli 2022 erkennen, in welchem die Vorinstanz sinngemäss festgestellt habe, die Kinder seien von beiden Elternteilen weitgehend zu gleichen Teilen betreut worden (amtl. Bel. 1 Ziff. II./4.2.2). Der behauptete Widerspruch ist nicht ersichtlich. Es ist nicht klar, seit wann dieser Wunsch der Kinder besteht. Überdies hat die Vorinstanz im Urteil vom 27. Juli 2022 eingeräumt, dass die Betreuungszeiten nicht restlos geklärt werden könnten und auch nicht im Detail geklärt werden müssten (vgl. BK-Bel. 3 E. 12.6 und 13). Von Willkür kann damit keine Rede sein, die entsprechende Rüge ist abzuweisen. Das muss erst recht gelten, weil im vorliegenden Verfahren das Urteil vom 27. Juli 2022 nicht nochmals zu überprüfen ist (vgl. vorstehend E. 4.7).

5.3

Die Vorinstanz hat auch nicht willkürlich (Art. 9 BV) gehandelt oder die fair-trial-Garantien (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK) sowie die Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt, indem sie im angefochtenen Urteil ausgeführt hat: «Wenn C., D. und E. heute faktisch bei der Mutter wohnen und

keinen Kontakt zum Vater haben, so ist dies mit grosser Wahrscheinlichkeit auf das Verhalten der [Berufungsklägerin] zurückzuführen, da die Kinder sich ihrer Loyalität anschliessen.» (vi-A-1 E. 4 S. 11). Dieser Satz steht entgegen den Behauptungen der Berufungsklägerin (vgl. amtl. Bel. 1 Ziff. II.5.16 und 8.10) nicht im Widerspruch zum Gutachten oder den Akten. Zwar führen die Gutachter aus, eine aktive bewusste Entfremdung der Kinder durch die Mutter könne nicht mit Sicherheit eruiert werden. Allerdings könne ein entsprechendes mütterliches Entfremdungsverhalten auch nicht ausgeschlossen werden und erscheine denkbar. Die vorliegende Dynamik setze nicht ein absichtsvolles resp. böswilliges

23 ■ 31

mütterliches Entfremdungsverhalten voraus. Aus dem kindlichen Blick reiche ein wiederkehrendes Beobachten aus, dass es «der Mama» als Konsequenz des Konflikts nicht gut gehe, um sich aus Loyalität anzuschliessen und sie mit der Absicht auf Besserung zu unterstützen, wovon vorliegend mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden könne (BK-Bel. 3 S. 66). Die Vorinstanz hat diese gutachterlichen Feststellungen korrekt wiedergegeben. Sie hat weder ausgeführt, es liege mit grosser Wahrscheinlichkeit eine aktive bewusste Entfremdung der Kinder durch die Mutter vor, noch hat sie dieser die Schuld dafür gegeben, dass die drei älteren Kinder den Kontakt zum Vater verweigern, wie dies die Berufungsklägerin fälschlicherweise behauptet (vgl. amtl. Bel. 1 II.5.17). Die Vorinstanz hat damit weder willkürlich gehandelt noch die fair-trial-Garantien verletzt, womit die entsprechenden Rügen abzuweisen sind. Es trifft auch nicht zu, dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid den familiären Konflikt einzig der Berufungsklägerin anlastet, (nur) ihr eine fehlende Bindungstoleranz zuschreibt und sich auf die Seite des Berufungsbeklagten schlägt, wie dies die Berufungsklägerin behauptet (amtl. Bel. 1 Ziff. II./7). Wie zuvor ausgeführt, hat die Vorinstanz bloss die gutachterlichen Feststellungen wiedergegeben und angemerkt, dass diese Thematik bereits im Urteil vom 27. Juli 2022 behandelt worden ist (vi-A-1 E. 4). Folglich hat die Vorinstanz weder Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) noch Art. 8 BV (Rechtsgleichheit) oder Art. 29 Abs. 1 BV (Fair-Trail-Garantien) verletzt und die entsprechenden Rügen sind ebenfalls abzuweisen.

5.4

Die Berufungsklägerin führt weiter aus, es sei willkürlich, dass die Vorinstanz das Gutachten teilweise (mit Blick auf die kindorientierte Elternberatung) umsetze, im angefochtenen Entscheid aber nicht darlege, weshalb nur ein Teil umgesetzt werde (amtl. Bel. 1 Ziff. II./8.4). Sie führe darin überdies nicht aus, weshalb sie vom Gutachten abweiche. Dafür müssten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung triftige Gründe vorliegen, womit sie neben dem Willkürverbot auch die Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV) verletze (amtl. Bel. 1 Ziff. II./8.5 ff.; amtl. Bel. 1 Ziff. II./10.4 f.). Dazu kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden, wonach vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren – wenn überhaupt – nur unter den Voraussetzungen von Art. 179 Abs. 1 ZGB abzuändern sind. Diese Voraussetzungen sind, wie bereits ausgeführt, nicht erfüllt. Aus dem Gutachten (und den übrigen Akten) ergeben sich keine Abänderungsgründe. Dies hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid dargelegt. Folglich liegt weder eine Verletzung des Willkürverbots noch der Begründungspflicht vor und die entsprechenden Rügen sind abzuweisen.

## 5.5

Die Berufungsklägerin rügt weiter als willkürlich, dass der Berufungsbeklagte sämtliche Kinderzulagen erhalte, obwohl drei der vier Kinder bei der Mutter leben würden (amtl. Bel. 1 Ziff. II./8.9). Dazu ist festzuhalten, dass über die Kinderzulagen (und den Unterhalt allgemein; vgl. nachfolgend E. 5.12) nicht im Abänderungsverfahren, sondern im Eheschutzentscheid zu befinden ist. Der angefochtene Entscheid wird dadurch nicht willkürlich, die entsprechende Rüge ist abzuweisen.

## 5.6

Die Berufungsklägerin behauptet überdies, es bestehe zwischen dem von der Vorinstanz aufrechterhaltenen Betreuungskonzept und den tatsächlichen Verhältnissen ein unauflösbarer Widerspruch, was willkürlich sei (amtl. Bel. 1 Ziff. II./8.11). Diesbezüglich ist wiederum darauf zu verweisen, dass eine Abänderung von vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren – wenn überhaupt – nur unter den Voraussetzungen von Art. 179 Abs. 1 ZGB geboten ist, welche vorliegend – wie bereits dargelegt – nicht gegeben sind (vgl. insbesondere vorstehend E. 4.5, wonach der Umstand, dass das vorinstanzlich verfügte Betreuungskonzept nicht gelebt wird, kein Abänderungsgrund darstellt). Es liegt diesbezüglich keine Willkür vor, diese Rüge ist abzuweisen.

## 5.7

Die Berufungsklägerin führt weiter aus, die Vorinstanz sei in Willkür verfallen, weil sie den Kinderwillen nicht beachtet habe. Zudem verletze sie dadurch das Kindeswohl sowie Art. 11 BV und Art. 3 Abs. 1 und 2 KRK, indem sie den Willen der Kinder übergehe, sie dadurch in ihrer Entwicklung und Freiheitsrechte behindere und die Rechtsausübung im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit verhindere (amtl. Bel. 1 Ziff. Ziff. II./6.2 und II.8.13). Vorab ist zu bemerken, dass Art. 3 KRK nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine pro-grammatische Bestimmung und deshalb nicht unmittelbar anwendbar ist (Urteil des Bundesgerichts 5A\_848/2014 vom 4. Mai 2015 E. 2.3.2). Soweit die Berufungsklägerin die Missachtung des Kindeswillen als willkürlich und überdies eine Verletzung von Art. 11 BV und Art. 3 Abs. 2 KRK rügt, ist ihr entgegenzuhalten, dass der Kinderwunsch bei Obhutsfragen weder nach nationalem noch nach internationalem Recht vorrangig zu berücksichtigen ist (BGE 146 III 203 E. 3.3.3; Urteil des Bundesgerichts 5A\_115/2015 vom 1. September 2015 E. 5.4.2). Die

Vorinstanz hat sich im Urteil vom 27. Juli 2022 mit dem Kindeswohl und Kinderwunsch auseinandergesetzt (BK-Bel. 3 E. 14). Im angefochtenen Entscheid hat sie darauf hingewiesen, es sei schon im Urteil vom 27. Juli 2022 thematisiert worden, dass C., D. und E. den Wunsch äussern würden, nicht zum Vater zu wollen (vi-A-1 E. 4). Die Vorinstanz hat das somit das Kindeswohl und den Kinderwunsch berücksichtigt, eine Abänderung der vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens aber zu Recht verneint, weil keine Abänderungsgründe vorliegen. Die vorliegenden Rügen sind damit unbegründet und abzuweisen. Die Berufungsklägerin rügt überdies, die Vorinstanz habe Art. 12 KRK und Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO verletzt, indem sie den Kindern bisher keine Kinderanwälte beigegeben habe, obwohl dies in den Verfahren ZE 21 259 und ZE 22 122 explizit beantragt worden sei. Auf diesen Antrag kann mangels Anfechtungsobjekt

nicht eingetreten werden, da er nicht das vorliegende Verfahren (ZE 23 258), sondern andere Verfahren (ZE 21 259 und ZE 22 122) betrifft (amtl. Bel. 1 Ziff. II./8.14).

5.8

Schliesslich macht die Berufungsklägerin geltend, die Vorinstanz habe ihre Ausführungen anlässlich der Anhörung vom 30. Januar 2024 mit keinem Wort gewürdigt und damit ihr rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt (amtl. Bel. 1 Ziff. II./8.14; amtl. Bel. 1 Ziff. II./10.4 f.). Sie unterlässt es allerdings darzulegen, welche Ausführungen die Vorinstanz hätte berücksichtigen müssen und inwiefern diese erheblich gewesen wären, womit auf die mangelhaft begründete Rüge nicht eingetreten werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_241/2020 vom 9. September 2020 E. 3.6 m.w.V.).

5.9

Die Berufungsklägerin legt erneut die Kriterien für die Festlegung von Obhut und Wohnsitz der Kinder aus ihrer Sicht dar und kommt dabei zum Schluss, insgesamt würden die Kriterien für eine formelle Wohnsitznahme der Kinder sprechen. Weil die Vorinstanz trotzdem eine Abänderung der vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren verweigert habe, sei sie in Willkür verfallen (Art. 9 BV) und habe ferner Art. 301a Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 25 ZGB, Art. 24 BV und Art. 3 Abs. 1 KRK verletzt (amtl. Bel. 1 Ziff. II./6). Auch bei diesen Ausführungen übersieht die Berufungsklägerin, dass eine Abänderung von vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren – wenn überhaupt – nur unter den

26 ■ 31

Voraussetzungen von Art. 179 Abs. 1 ZGB geboten ist, welche vorliegend – wie bereits dargestellt – nicht gegeben sind. Damit ist angefochtene Entscheidung auch nicht willkürlich und die entsprechende Rüge ist abzuweisen. Ebenso ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz Art. 3 Abs. 1 KRK (der nicht direkt anwendbar ist, vgl. vorstehend E. 5.7), Art. 24 BV oder Art. 301a Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 25 ZGB verletzt haben soll. Auch diese Rügen sind unter Verweis auf die bisherigen Ausführungen abzuweisen.

5.10

Die Berufungsklägerin macht weiter geltend, indem die Vorinstanz am Entscheid festhalte, der ihr unter Strafandrohung verbiete, den Wohnsitz ihrer Kinder nach Y.\_\_\_ zu verlegen und ihre Kinder in Y.\_\_\_ beschulen zu lassen, verletzte sie ihre Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit (Art. 24 BV) sowie ihr Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 10 Abs. 2 BV), weil ihr faktisch ein legales Zusammenleben mit ihren Kindern verboten werde. Auch die Niederlassungsfreiheit der Kinder werde tangiert (amtl. Bel. 1 Ziff. II./9). Dieses Verbot wurde im vorinstanzlichen Urteil ZE 22 122 vom 27. Juli 2022 erlassen (BK-Bel. 3) und im dagegen erhobenen Berufungsverfahren (ZA 22 9) überprüft. Es kann im Abänderungsverfahren nicht nochmals überprüft werden (Urteile des Bundesgerichts 5A\_1018/2015 vom 8. Juli 2016 E. 4; 5A\_555/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 3.1; 5A\_245/2013 vom 24. September 2013 E. 3.1 je m.w.V.). Die entsprechenden Rügen sind somit abzuweisen.

5.11

Die Berufungsklägerin führt überdies aus, Sinn und Zweck von Eheschutzmassnahmen sei es, dass die bisher gelebten Umstände in einer ersten Phase beibehalten würden und ein

bloss vorübergehenden Entscheid, u.a. über die Kinderbelange und den Unterhalt, getroffen werde. Nach fast 2.5 Jahren liege immer noch kein Eheschutzentscheid vor, womit das Eheschutzverfahren nicht mehr innerhalb einer angemessenen Frist verlaufe und das Verbot der Rechtsverzögerung nach 6 Abs. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV tangiert sei. Zunächst ist festzuhalten, dass die anwaltlich vertretene Berufungsklägerin keine Anträge betreffend Rechtsverzögerung gestellt hat. Eine Berufung muss aber einen Antrag enthalten, ansonsten Nichteintreten erfolgt (SPÜHLER, a.a.O., N. 3 zu Art. 311 ZPO). Auf diese Rüge kann somit nicht eingetreten werden.

27 ■ 31

Selbst wenn auf die Rüge einzutreten wäre, müsste berücksichtigt werden, dass eine Rechtsverzögerung nicht allein deshalb zu bejahen ist, weil ein Verfahren längere Zeit in Anspruch genommen hat. Massgebend ist vielmehr, ob das Verfahren in Anbetracht der auf dem Spiel stehenden Interessen zügig durchgeführt worden ist und die Gerichtsbehörden insbesondere keine unnütze Zeit haben verstreichen lassen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_339/2016 vom 27. Januar 2017 E. 2.2; BGE 127 III 385 E. 3a). Dem Gericht ist eine Rechtsverzögerung dann vorzuwerfen, wenn es ohne ersichtlichen Grund und ohne ausgleichende Aktivität während längerer Perioden untätig geblieben ist (Urteil des Bundesgerichts 5A\_207/2018 vom 26. Juni 2018 E. 2.1.2). Gründe für eine zeitweise Untätigkeit des Gerichts können etwa darin liegen, dass gegen einen während des Verfahrens ergangenen Entscheid ein Rechtsmittel ergriffen wurde und dem Gericht folglich auch die Akten nicht mehr vorliegen. Ebenso kann eine dem Gericht nicht vorwerfbare Verzögerung des Hauptverfahrens daraus resultieren, dass in dessen Rahmen zusätzliche Prozessschritte wie etwa ein Massnahmeverfahren, ein Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege oder dergleichen vorgenommen werden müssen (vgl. Urteil ZH PC190004 des Obergericht Zürich vom 29. März 2019 E. 2.4 ff.; Urteil ZH LB190023 des Obergericht Zürich vom 18. Juli 2019 E. 3.3.2). Folglich ist zu berücksichtigen, dass allein schon die Erstattung des kinder- und fachpsychiatrischen Gutachtens hat knapp ein Jahr gedauert (Gutachtensauftrag: 5. Dezember 2022; Eingang Gutachten beim Gericht: 9. November 2023; vgl. BK-Bel. 6). Bis die von den Gutachtern beantworteten Ergänzungsfragen der Parteien vorlagen, vergingen nochmals knapp vier Monate (Eingang Ergänzungsfragen beim Gericht: 4. März 2024). Die Berufungsklägerin hat zudem im Zusammenhang mit der vorliegenden Eheschutzsache vier Rechtsmittel ans Obergericht Nidwalden ergriffen. So hat sie Berufung gegen die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren erhoben (ZA 22 9; ausser in einem nebensächlichen Punkt abgewiesen), ein Ausstandsgesuch gegen den zuständigen Eheschutzrichter gestellt (ZA 22 12; Nichteintreten), Berufung gegen die Verweigerung der Abänderung der vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren erhoben (ZA 24 2, vorliegendes Verfahren; Abweisung soweit eingetreten wird) und Berufung gegen eine Verfügung betreffend kinderorientierte Elternberatung erhoben (ZA 24 3; noch offen). Es erschliesst sich von selbst, dass diese von der Berufungsklägerin sehr aufwendig geführten aber (soweit bereits abgeschlossen) grösstenteils erfolglosen Rechtsmittel zu einer massgeblichen Verzögerung des Eheschutzverfahrens geführt haben, die nicht der Vorinstanz anzulasten ist. In diesem Zusammenhang muss sich die Berufungsklägerin auch fragen, ob es mit Blick auf einen offenbar gewünschten schnellen Abschluss des Eheschutzverfahrens sinnvoll war, mittels eines Abänderungsgesuchs zu

28 ■ 31

versuchen, die umgehende Umsetzung des Gutachtens (bevor den Parteien das rechtliche Gehör und die übrigen Verfahrensrechte gewährt werden konnten) zu erwirken, und den vorinstanzlichen Abweisungsentscheid mittels Berufung weiterzuziehen. Immerhin hat die Vorinstanz im Urteil vom 27. Juli 2022 angekündigt, sobald das Gutachten fertiggestellt sei, werde erneut zur Hauptverhandlung inkl. Parteibefragung vorgeladen und danach schnellstmöglich ein Eheschutzentscheid gefällt (BK-Bel. 3 E. 16). Das Gutachten ging am 9. November 2023 beim Gericht ein (BK-Bel. 6) und weniger als einen Monat später, am 4. Dezember 2023, stellte die Berufungsklägerin ein Abänderungsgesuch (vi-A-2). Zweifellos hat auch dieses Vorgehen zu einer weiteren Verfahrensverzögerung geführt, andernfalls eventuell inzwischen bereits ein Endentscheid im Eheschutzverfahren hätte gefällt werden können. Jedenfalls ist nicht ersichtlich und wird von der Berufungsklägerin auch nicht konkret dargetan, dass die Vorinstanz im vorliegenden Eheschutzverfahren ohne ersichtlichen Grund untätig geblieben ist. Demnach wäre diese Rüge selbst dann abzuweisen, wenn darauf eingetreten werden könnte.

#### 5.12

Die Berufungsklägerin führt schliesslich aus, weil sich eine Abänderung des vorsorglichen Massnahmenentscheids aufdränge, sei zwingend auch die Unterhaltsfrage zu klären. Es sei zumindest festzuhalten, dass die Unterhaltsfrage im Hauptverfahren von der Vorinstanz zu entscheiden sei. Die Vorinstanz habe sich nicht zur Unterhaltsregelung geäussert, offenbar weil sie von einer Abänderung abgesehen habe und damit aus ihrer Sicht auch die Unterhaltsregelung obsolet geworden sei. Das sei eine formelle Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV; amtl. Bel. 1 Ziff. II./10.4f. und II./11). Selbst die Berufungsklägerin hält fest, die Unterhaltsfrage sei nur zu klären, wenn die vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens abgeändert werden. Nachdem die Vorinstanz zu Recht davon abgesehen hat, konnte auch eine Regelung des Unterhalts unterbleiben. Aus dem gleichen Grund ist im angefochtenen Entscheid auch nicht festzuhalten, die Unterhaltsfrage werde im Hauptverfahren entschieden, zumal sich dies – einen entsprechenden Antrag einer Partei vorausgesetzt – bereits aus dem Gesetz ergibt (vgl. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Aus den Ausführungen der Berufungsklägerin erschliesst sich überdies, dass es für die Parteien offenkundig war, weshalb sich die Vorinstanz nicht zur Unterhaltsregelung geäussert hat. Eine formelle Rechtsverweigerung ist schon aus diesem Grund zu verneinen. Im Ergebnis sind auch diese Rügen abzuweisen.

#### 29 ■ 31

#### 5.13

Nachdem sämtliche Rügen, auf welche eingetreten werden kann, abzuweisen sind, ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Abschliessend ist über die Prozesskosten zu befinden.

#### 6.

#### 6.1

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). Die Berufung wird vollumfänglich abgewiesen, womit die Berufungsklägerin sämtliche Prozesskosten zu tragen hat.

## 6.2

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]). Die Gerichtskosten werden auf Fr. 1'000.– (inkl. Auslagen) festgesetzt (Art. 7 Abs. 3 Ziff. 5 PKoG) und ausgangsgemäss der Berufungsklägerin auferlegt. Sie werden mit ihrem Kosten- vorschuss in gleicher Höhe (amtl. Bel. 2 f.) verrechnet und sind bezahlt. 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 Mehrwert- steuer (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

### 30 ■ 31

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 21. Mai 2024 (amtl. Bel. 15) eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren von Fr. 3'305.25 (Honorar Fr. 2'937.50 [11.75 Stunden à Fr. 250.–]; Auslagen Fr. 120.10 und 8.1 % MWST Fr. 247.65) geltend. Das geltend gemachte Honorar liegt im Kostenrahmen und ist angemessen, weshalb die beantragte Parteientschädigung genehmigt wird. Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten ausgangsgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 3'305.25 zu bezahlen.

### 31 ■ 31

Demnach erkennt das Obergericht:

#### **E. 7**

Aufl. 2022, N. 3 f. zu Art. 179 ZGB m.w.V.).

### 16 ■ 31

Bei der ersten Variante muss eine Veränderung wesentlich sein. In Verfahren betreffend Kinderbelange ohne Unterhalt sollen damit Kontinuität und Stabilität sichergestellt werden. Bei der Abänderung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile wird vorausgesetzt, dass die Beibehaltung der bisherigen Regelung zu einer ernsthaften Kindeswohlgefährdung führen würde. Insbesondere bei der Abänderung der Obhut darf eine blosser Unangemessenheit noch nicht reichen. Wichtig ist bei der Abänderung von Obhut, persönlichem Verkehr oder Betreuungsanteilen das Kriterium der Dauerhaftigkeit (STAUB, a.a.O., Rz. 280 und 288 ff.). Überdies berechtigen nur Veränderungen, die im Ursprungsentscheid nicht berücksichtigt worden sind, zu einer Abänderung (STAUB, a.a.O., Rz. 299 ff.). Bei der zweiten Variante muss eine gründlichere Abklärung der

Sachlage ergeben, dass der Eheschutzrichter von unrichtigen Prämissen ausgegangen war, etwa weil er wesentliche Tatsachen nicht gekannt hat oder von einer Partei getäuscht worden ist. Eine Abänderung ist wohl auch dann zulässig, wenn er die Verhältnisse eindeutig falsch gewürdigt hat, so dass nach umfassender Abklärung der Gesamtsituation sein Entscheid als rechtlich nicht haltbar erscheint (ISENRING/KESSLER, a.a.O., N. 4 zu Art. 179 ZGB m.w.V).

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