

ZA 24 1

Urteil vom 20. Juni 2024
Zivilabteilung

Besetzung

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,
Oberrichter Franz Odermatt,
Oberrichterin Franziska Ledergerber,
Gerichtsschreiberin Sarah Huber.

Verfahrensbeteiligte

A.__,

vertreten durch MLaw Larissa Morard, Rechtsanwältin,
Costa Rechtsanwälte AG, Hirschmattstrasse 25,
6003 Luzern,

Berufungsklägerin/Gesuchsgegnerin,

gegen

B.__,

vertreten durch MLaw Myrjana Niedrist, Rechtsanwältin,
Dorfplatz 12, Postfach, 6371 Stans,

Berufungsbeklagter/Gesuchsteller.

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren

Berufung gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 19. Dezember 2023, ZE 23 231.

Sachverhalt:

A.

Die Parteien haben am 4. Februar 2006 geheiratet (GG 37). Sie sind Eltern von C.___, geb. 2009, und D.___, geb. 2017. Mit Eingabe vom 27. Oktober 2023 leitete der Berufungsbeklagte beim Kantonsgericht Nidwalden ein Eheschutzverfahren ZE 23 231 ein und stellte folgende Anträge:

- « 1. Den Parteien sei per sofort das Getrenntleben zu bewilligen.
- 2.
- 2.1 Die eheliche Wohnung an der X.___, sei samt Inventar und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsteller und den gemeinsamen beiden Töchtern zu Nutzen und Gebrauch zuzuweisen.
- 2.2 Die Zuteilung der Familienwohnung und die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Abgabe der Schlüssel habe **superprovisorisch** zu erfolgen, wobei mit der KESB allfällige Massnahmen hierfür abzusprechen seien. Es sei die Kantonspolizei Nidwalden mit dem Vollzug (Schlüsselabgabe, Ausweisung aus der Wohnung) zu beauftragen, sollte die Übergabe nicht freiwillig erfolgen.
- 3.
- 3.1 Die gemeinsamen Töchter C.___ und D.___, seien unter die alleinige elterliche Obhut des Gesuchstellers zu stellen. Der gesetzliche Wohnsitz der Kinder (Art. 25 Abs. 1 ZGB) sei am jeweiligen Wohnsitz des Gesuchstellers festzulegen.
- 3.2 Die Obhut zuteilung an den Gesuchsteller und die Festlegung des Wohnsitzes der Kinder habe **superprovisorisch** zu erfolgen.
- 3.3 Der Gesuchsgegnerin sei — unter Strafandrohung (Art. 292 StGB) — **superprovisorisch** zu verbieten, die gemeinsamen Töchter aus dem Kindergarten in X.___ bzw. aus dem Y.___ zu nehmen und am neuen Wohnort der Gesuchsgegnerin anzumelden und dort einzuschulen.
- 4.
- 4.1 Der Gesuchsgegnerin sei ein begleitetes Besuchsrecht zu gewähren.
- 4.2 Für die beiden gemeinsamen Töchter sei eine Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zu errichten. Der KESB Nidwalden sei der Auftrag zu erteilen, ein begleitetes Besuchsrecht, welches stufenweise aufgebaut werden soll, zu installieren und zu überwachen.
- 4.3 Das begleitete Besuchsrecht und die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft seien - entsprechend der **superprovisorischen** Obhut zuteilung - ebenfalls superprovisorisch anzuordnen.
- 5. Betreffend die Gesuchsgegnerin sei ein Erziehungsgutachten in Auftrag zu geben.
- 6.
- 6.1 Die Gesuchsgegnerin habe gemäss Art. 170 ZGB Auskunft über ihr Einkommen, Vermögen und ihre Schulden zu erteilen.
- 6.2 Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, an den Unterhalt von C.___ und D.___ rückwirkend ab 1. November 2023 monatliche, jeweils auf den Ersten des Monats zahlbare und bei Verfall zu 5% verzinsliche Unterhaltsbeiträge in noch zu beziffernder Höhe an den Gesuchsteller zu bezahlen.
- 6.3 Dem Gesuchsteller sei nach Vorliegen des Beweisergebnisses die Gelegenheit einzuräumen, die Höhe der beantragten Unterhaltsbeiträge zu beziffern.

- 6.4 Die Kosten für ausserordentliche Bedürfnisse (Art. 286 Abs. 3 ZGB) von C.___ und D.___ seien von den Eltern je zur Hälfte zu tragen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.»

B.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 30. Oktober 2023 wies das Kantonsgericht Nidwalden dem Berufungsbeklagten und den Töchtern superprovisorisch für die Dauer des Getrenntlebens die eheliche Wohnung samt Inventar und Mobiliar zu alleinigem Nutzen und Gebrauch zu. Die Berufungsklägerin wurde verpflichtet, die Wohnung zu verlassen und dem Berufungsbeklagten sämtliche Schlüssel auszuhändigen. Sie wurde zudem berechtigt, innert Frist ihre persönlichen Effekten in der ehelichen Wohnung abzuholen. Für den Fall, dass die Berufungsklägerin die Schlüssel nicht rechtzeitig aushändigt, wurde der Berufungsbeklagte berechtigt, polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen (Dispositiv-Ziff. 1). Die gemeinsamen Töchter wurden für die Dauer des Getrenntlebens superprovisorisch unter die elterliche Obhut des Berufungsbeklagten gestellt und ihm für diese Zeit zur Pflege und Erziehung zugewiesen. Der Wohnsitz der gemeinsamen Töchter wurde superprovisorisch am Wohnsitz des Berufungsbeklagten festgemacht (Dispositiv-Ziffer 2). Die Berufungsklägerin wurde – unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle – superprovisorisch verboten, die gemeinsamen Töchter an einem neuen Wohnort anzumelden und einzuschulen (Dispositiv-Ziffer 3). Ferner wurde für die Dauer des Getrenntlebens superprovisorisch eine Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet, mit deren Vollzug die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Nidwalden beauftragt wurde (Dispositiv-Ziffer 5).

Mit Entscheid vom 19. Dezember 2023 bestätigte die Vorinstanz die bereits superprovisorisch verfügten Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens.

C.

Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 5. Januar 2024 Berufung mit den Rechtsbegehren (amtl. Bel. 1):

- «1. Die Berufung gegen den Entscheid ZE 23 231 des Kantonsgerichts Nidwalden vom 19. Dezember 2023 sei gutzuheissen.
2. Rechtsspruch Ziff. 1. des Entscheides ZE 23 231 des Kantonsgerichts Nidwalden vom 19. Dezember 2023 sei aufzuheben.
3. Das Obergericht habe wie folgt neu zu entscheiden:
 - 3.1. Die eheliche Wohnung X.___, sei der Berufungsklägerin samt Mobiliar und Inventar für die Dauer des Eheschutzverfahrens zuzuweisen.

Der Berufungsbeklagte habe die eheliche Wohnung ab Zustellung des Urteils des Obergerichts zu verlassen. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, sämtliche Wohnungsschlüssel, Kellerschlüssel, Briefkastenschlüssel und alle weiteren, die Wohnung X.__, betreffenden Schlüssel an die Berufungsklägerin auszuhändigen. Der Berufungsbeklagte sei zu berechtigen, seine persönlichen Effekten in der ehelichen Wohnung X.__, unter Vorankündigung und in Anwesenheit der Berufungsklägerin innert 5 Tagen ab Zustellung des Urteils des Obergerichts abzuholen.

- 3.2. Die gemeinsamen Töchter seien für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die elterliche Obhut der Berufungsklägerin zu stellen und ihr für diese Zeit zur Pflege und Erziehung zuzuweisen.
- 3.3. **Eventualiter** sei Tochter C.__, geb. 2009 für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die elterliche Obhut des Berufungsklägers zu stellen und für diese Zeit ihm zur Pflege und Erziehung zuzuweisen. Tochter D.__, geb. 2017, sei für die Dauer des Getrenntlebens unter die elterliche Obhut der Berufungsklägerin zu stellen und ihr für diese Zeit zur Pflege und Erziehung zuzuweisen.
- 3.4. Für den Fall, dass Tochter C.__ für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die elterliche Obhut des Berufungsklägers gestellt werden sollte, sei ihm die eheliche Wohnung X.__ für die Dauer des Eheschutzverfahrens zu Nutzen und Gebrauch zuzuweisen.
- 3.5. Die Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB sei zu bestätigen.
- 3.6. Der Beiständin seien folgende Aufgaben zu übertragen:
 - 3.6.1. Die Beiständin habe den Eltern verbindliche Weisungen über das Besuchs- und Kontaktrecht zu erteilen, falls diese sich nicht darüber einigen können.
 - 3.6.2. Die Beiständin habe in umfassender Weise diejenigen Massnahmen und Anordnungen zu treffen, welche für das geistige, seelische und körperliche Wohl von C.__ und D.__ notwendig sind, soweit die Eltern nicht selber das Nötige vorkehren. Für die Erfüllung ihres kann die Beiständin mit allen für C.__ und D.__ zuständigen Betreuungspersonen zusammenarbeiten und ist insbesondere berechtigt bei den Ärzten oder anderen involvierten Fachpersonen die notwendigen Informationen einzuholen.
 - 3.6.3. Die Beiständin habe dem Gericht Bericht zu erstatten und Antrag zu stellen, wenn sich aus der Sicht des Kindeswohls weitergehende Kindesschutzmassnahmen aufdrängen.
4. Anders lautende Anträge des Berufungsbeklagten seien abzuweisen.
5. Weitere Anträge der Berufungsklägerin seien vorzubehalten.
6. Der Berufungsklägerin sei nach Abschluss des Beweisverfahrens die Möglichkeit zu geben, ihre Anträge anzupassen.
7. Alles unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Gesuchstellers/Berufungsbeklagten.»

Der eingeforderte Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– wurde fristgerecht bezahlt (amtl. Bel. 2 f.).

D.

Mit Berufungsantwort vom 2. Februar 2024 liess der Berufungsbeklagte die Abweisung der Berufung und vollumfängliche Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Nidwalden vom 19. Dezember 2023, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin, beantragen.

E.

Es wurde kein zweiter Rechtsschriftenwechsel angeordnet (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Innert freigestellter Replikfrist erfolgten keine weiteren Eingaben. Damit war der Rechtsschriftenwechsel abgeschlossen. Die vorinstanzlichen Akten wurden praxisgemäss beigezogen.

F.

Die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden hat die vorliegende Streitsache an ihrer Sitzung vom 20. Juni 2024 in Abwesenheit der Parteien abschliessend beraten und beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften wird – sofern sinnvoll und erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:**1.****1.1**

Angefochten ist der Entscheid ZE 23 231 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 19. Dezember 2023 betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Verfahren betreffend Eheschutzmassnahmen. 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.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Bei nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten, wie im vorliegenden Fall, 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). Berufungsinstanz ist die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden, welche in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 27 GerG i.V.m. Art. 22 Ziff. 3 GerG [NG 261.1]). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Obergerichts ist demnach gegeben.

1.2

Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwer), und 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, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016,

N 30 ff. zu den Vorbem. zu Art. 308-318 ZPO). Die Berufungsklägerin nahm am vorinstanzlichen Verfahren teil, ist durch den angefochtenen Entscheid hinlänglich berührt und somit zur Berufung berechtigt.

1.3

Die Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid ist innert zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 ZPO i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Das angefochtene Urteil wurde am 20. Dezember 2023 versandt und wurde der berufungsklägerischen Rechtsvertreterin am 27. Dezember 2023 zugestellt. Die mit Eingabe vom 5. Januar 2024 erhobene Berufung erfolgte fristgerecht und entspricht überdies den an sie gestellten Formerfordernissen. Auf die Berufung ist somit einzutreten.

2.

2.1

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 m. H.; CHRISTOPH HURNI, Der Rechtsmittelprozess der ZPO, in: ZBJV 2020, S. 71, 74). Entsprechend ist die Berufung gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO zu begründen. Die berufungsklägerische Partei muss aufzeigen, inwiefern sie den angefochtenen Entscheid nach Massgabe von Art. 310 lit. a und b ZPO in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht als fehlerhaft erachtet. 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). 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).

2.2

In Verfahren betreffend Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Dieser verpflichtet das Gericht, den Sachverhalt von Amtes wegen zu erheben und kennzeichnet sich dadurch, dass das Gericht 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 Untersuchungstätigkeit zu entwickeln hat (MYRIAM A. GEHRI, in: Basler Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N 16 f. zu Art. 55 ZPO). Die Behörde ist aber nicht zu endlosen Beweiserhebungen 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 Oficialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Diese – als Gegenstück zur Dispositionsmaxime – zeichnet sich durch eine fehlende Bindung des Gerichts an die Parteianträge aus; die Gewährung des Rechtsschutzes erfolgt unabhängig den am Streit Beteiligten (Art. 58 Abs. 2 ZPO; GEHRI, a.a.O., N 10 ff. zu Art. 58 ZPO).

3.

Die Berufungsklägerin verlangt eine Änderung der Obhutsregelung und die Zuteilung der ehelichen Wohnung. Sie rügt die unrichtige Feststellung des Sachverhalts und die Verletzung zahlreicher Rechtsvorschriften (Art. 29 Abs. 2 BV [Rechtliches Gehör; vgl. E. 4], Art. 5 Abs. 1 BV [Legalitätsprinzip], Art. 273 Abs. 1 ZPO [Pflicht zur Durchführung einer Verhandlung], Art. 296 Abs. 1 ZPO [Uneingeschränkte Untersuchungsmaxime], Art. 297 Abs. 1 ZPO [Pflicht zur Anhörung der Eltern; vgl. E. 5], Art. 8 BV [Rechtsgleichheit], Art. 9 BV [Willkürverbot; vgl. E. 6.4]) und Art. 55 Abs. 2 ZPO [Untersuchungsgrundsatz; vgl. E. 6.8]. Diese Rügen werden in den angegebenen Erwägungen abgehandelt, bevor abschliessend (E. 7) über die

Kosten des Verfahrens entschieden wird. Zu den ebenfalls als verletzt gerügten Art. 5 Abs. 3 BV [Treu und Glauben] sowie Art. 57 ZPO [Rechtsanwendung von Amtes wegen] äussert sich die Berufungsklägerin nicht. Darauf wird nicht näher einzugehen sein.

4.

4.1

Die Berufungsklägerin rügt eine mehrfache Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. So stütze sich die Vorinstanz bei der Obhutszuteilung primär auf die Aussagen der Kinder. Die als Entscheidungsgrundlage dienenden Anhörungsprotokolle seien ihr nicht zur Stellungnahme übermittelt worden (Berufung, Ziff. 4.1, S. 10). Im Weiteren verweise die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid bezüglich der Parteivorbringen des Gesuchstellers auf das Gesuch vom 27. Oktober 2023 und die superprovisorische Verfügung vom 30. Oktober 2023. Der Verweis auf andere, mehrere Seiten umfassende Prozessakten sei nicht zulässig und verletze die Begründungspflicht. Sodann bleibe unklar, welche «konkreten Anhaltspunkte» die Beibehaltung der Besuchsrechtsbeistandschaft zwingend nötig erscheinen lassen, weshalb sie den Entscheid nicht sachgerecht anfechten könne (Berufung, Ziff. 4.4, S. 11). Schliesslich liege auch eine Gehörsverletzung vor, weil die Vorinstanz vollumfänglich auf die Ausführungen des Berufungsbeklagten abstelle und die Ausführungen der Berufungsklägerin nicht berücksichtige und sie auch dazu nicht angehört habe. Dadurch argumentiere die Vorinstanz einseitig und folglich ungleich und parteiisch, indem sie die Ausführungen des Berufungsbeklagten höher gewichte als jene der Berufungsklägerin. Die Vorinstanz erachte die Ausführungen des Berufungsbeklagten als glaubhaft und stelle vollumfänglich darauf ab. Folglich erachte die Vorinstanz die Ausführungen der Berufungsklägerin als wenig glaubhaft, ohne dies schlüssig und substantiiert zu begründen (Berufung, Ziff. 9, S. 29).

4.2

Nach Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Einen vergleichbaren Anspruch gewährt auch Art. 6 Abs. 1 EMRK (SR 0.101). Der Anspruch ist formeller Natur, sodass eine Verletzung grundsätzlich, ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels, zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt. 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 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). Die entsprechende Rüge ist daher vorab zu behandeln (BGE 142 II 218 E. 2.8.1, 137 I 195 E. 2.2, je mit Hinweisen).

4.3

4.3.1

Der Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 143 V 71 E. 4.1).

4.3.2

Art. 29 BV hat jedoch im Rahmen eines Verfahrens über vorsorgliche Massnahmen nicht die gleiche Tragweite wie im Hauptverfahren. Sowohl in der Rechtsprechung des Bundesgerichts als auch in derjenigen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte wird anerkannt, dass die Garantien, die sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergeben, zwar in einem Hauptverfahren eine grosse Tragweite haben, dass jedoch im Falle eines Verfahrens über vorsorgliche Massnahmen gewisse Einschränkungen möglich sind. Der dringliche Charakter der vorsorglichen Massnahmen bedeutet, dass das Gericht ohne Verzug entscheiden sollte (BGE 139 I 189 E. 3.3 und 3.5).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör der Eltern ist auch in Bezug auf die Ergebnisse der Kinderanhörungen eingeschränkt. Der Anspruch der Eltern auf rechtliches Gehör ist gewahrt, wenn sie vor dem Endentscheid zum Ergebnis der Anhörung Stellung nehmen können, auch ohne die Einzelheiten des Gesprächs zu kennen. Die Einschränkung des rechtlichen Gehörs auf entscheidungsrelevante Anhörungsergebnisse ist Ausfluss des Kindeswohls (MARGOT MICHEL/DANIEL STECK, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische

Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N 49 zu Art. 298 ZPO; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_88/2015 vom 5. Juni 2015 E. 3.3.1; vgl. BGE 122 I 53 E. 4a S. 55).

4.3.3

Im Lichte der dargelegten Lehre und Rechtsprechung sind Einschränkungen des rechtlichen Gehörs aufgrund des dringlichen Charakters auch im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren zulässig. Vorliegend wurde superprovisorisch eine (vorläufige) Obhutsregelung getroffen. Da dagegen kein Rechtsmittel besteht, war die Vorinstanz gehalten, nach Eingang der gesuchsgegnerischen Stellungnahme und Durchführung der Kinderanhörung unverzüglich einen selbständig anfechtbaren Entscheid zu erlassen. Bereits deshalb ist nicht zu beanstanden, dass sie vor Erlass des angefochtenen Entscheids nicht noch (verfahrensverzögernde) Stellungnahmen zum Kinderanhörungsprotokoll einholte. Kommt hinzu, dass die Eltern nach der Rechtsprechung erst vor dem Endentscheid Gelegenheit erhalten müssen, zum Ergebnis der Anhörung Stellung zu nehmen. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich überdies «erst» um einen Zwischenentscheid (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_268/2023 vom 19. September 2023 E. 1.2); die Berufungsklägerin wird im Rahmen des hängigen Eheschutzverfahrens noch Gelegenheit haben, sich zum Kinderanhörungsprotokoll zu äussern. Folglich ist keine Gehörsverletzung auszumachen. Selbst wenn eine Gehörsverletzung vorläge, wäre diese als leicht und aufgrund der umfassenden Äusserungsmöglichkeit vor Obergericht als geheilt zu betrachten.

4.4

4.4.1

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt überdies, dass die verfügende oder urteilende Behörde ihren Entscheid begründet, damit sich die betroffenen Parteien ein Bild über die Erwägungen der Behörde machen und in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Dabei ist nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheids, das im Urteilsspruch zum Ausdruck kommt und das allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Die Begründung ist also nicht an sich selbst, sondern am Rechtsspruch zu messen (BGE 150 III 1 E. 4.5).

4.4.2

Entgegen der Berufungsklägerin hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die «konkreten Anhaltspunkte», welche für die Beibehaltung der Besuchsrechtsbeistandschaft sprechen, aufgeführt. So etwa der elterliche Konflikt, das angespannte Verhältnis zu den Töchtern und der Beratungs- und Unterstützungsbedarf zur Ermöglichung eines konfliktfreien Kontakts. Da selbst die Rechtsmittelinstanz auf die Begründung des erstinstanzlichen Entscheids verweisen darf (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_477/2018 E. 3.2.1; 5A_369/2016 E. 3.1), muss folglich auch dem Massnahmengericht möglich sein, in seinem Bestätigungsentscheid (Art. 265 Abs. 2 ZPO) auf den vorausgegangenen Entscheid über das Superprovisorium (Art. 265 Abs. 1 ZPO) zu verweisen. Davon abgesehen zeigt die Berufungsklägerin nicht auf und es lässt sich nicht erkennen, welchen Nachteil sie dadurch oder durch den Verweis auf die Parteivorbringen des Berufungsbeklagten erlitten hat. Im Übrigen beantragt die Berufungsklägerin die Beibehaltung der Besuchsrechtsbeistandschaft, so dass ihr diesbezüglicher Einwand unverständlich bleibt. Der Berufungsklägerin, welche über sämtliche Verfahrensakte verfügt, war es mithin möglich, den angefochtenen Entscheid sachgerecht anzufechten. Im Ergebnis ist die behauptete Verletzung der Begründungspflicht haltlos. Soweit die Berufungsklägerin sinngemäss rügt, die Vorinstanz folge nicht ihrer Argumentation, sondern jener des Berufungsbeklagten, liegt ebenfalls keine Gehörsverletzung vor (vgl. dazu auch E. 6.8).

5.

5.1

Die Berufungsklägerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe keine mündliche Verhandlung durchgeführt, obwohl in familienrechtlichen Verfahren die Spezialbestimmungen von Art. 271 ff. ZPO und Art. 297 Abs. 1 ZPO anzuwenden seien und Art. 256 Abs. 1 ZPO nicht greife. Sie habe somit das Legalitätsprinzip im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV verletzt. Demzufolge sei das angefochtene Urteil mit einem formellen Fehler behaftet, was zu seiner Aufhebung führen müsse. Auch habe die Vorinstanz dadurch den Untersuchungsgrundsatz in Kinderbelangen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO und Art. 55 Abs. 2 ZPO verletzt, mithin den Sachverhalt nicht bzw. unvollständig abgeklärt (Berufung, Ziff. 2.2, S. 7 und Ziff. 4.5 f., S. 12 f.).

5.2

Die Berufungsklägerin scheint zu übersehen, dass es sich vorliegend nicht um ein Eheschutzverfahren gemäss Art. 172 – 179 ZGB und Art. 271 lit. a ZPO handelt, sondern ein Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens,

gewissermassen um «vor-vorsorgliche Massnahmen» (vgl. 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 offengelassen hat, ob vorsorgliche Massnahmen während des Eheschutzverfahrens überhaupt 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. Nach dem Gesagten gehen die Ausführungen der Berufungsklägerin bezüglich der unterlassenen mündlichen Verhandlung und der Anhörung der Eltern fehl. Beides wird die Vorinstanz im hängigen Eheschutzverfahren hinreichend umzusetzen haben.

6.

6.1

Die Berufungsklägerin beantragt, die beiden Kinder seien unter ihre Obhut zu stellen, eventualiter sei zumindest Tochter D.___ unter ihre Obhut zu stellen. Die Berufungsklägerin bringt im Wesentlichen erneut die bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Argumente und Sichtweisen vor.

6.2

Die Vorinstanz hat die Obhut über die Kinder C.___ und D.___ vorsorglich dem Berufungsbeklagten zugewiesen. Sie hat sich mit den Ausführungen der Parteien, der Kinderanhörung beider Töchter und dem Abschlussbericht der Psychologin betreffend Tochter C.___

auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gekommen, dass es in Anbetracht sämtlicher Umstände angezeigt sei, die Kinder vorsorglich der Obhut des Berufungsbeklagten zuzuweisen.

6.3

Das Wohl des Kindes hat für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Vorab ist deren Erziehungsfähigkeit zu klären. Dazu gehört die Fähigkeit des Elternteils, den Kontakt zwischen dem Kind und dem andern Elternteil zu fördern (sog. Bindungstoleranz). Ist die Erziehungsfähigkeit bei beiden Elternteilen gegeben, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Diesen Kriterien lassen sich weitere Gesichtspunkte zuordnen, so die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem andern in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte. Wesentlich kann ferner der Grundsatz sein, Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen. Ist aber bei Geschwistern, zum Beispiel aufgrund eines Altersunterschiedes, von unterschiedlichen Bedürfnissen und insbesondere von verschiedenen emotionalen Bindungen und Wünschen auszugehen, steht einer Trennung der Kinder nichts entgegen. Die Möglichkeit der Eltern, die Kinder persönlich zu betreuen, spielt hauptsächlich dann eine Rolle, wenn spezifische Bedürfnisse der Kinder eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil auch in den Randzeiten (morgens, abends und an den Wochenenden) nicht bzw. kaum zur Verfügung stünde; ansonsten ist von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen. Auch dem Wunsch des Kindes ist Beachtung zu schenken, selbst wenn es bezüglich der Frage der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_361/2023 vom 24. November 2023 E. 4.1.1 mit weiteren Hinweisen). Während bei älteren Kindern zunehmend die Wohn- und Schulumgebung sowie der sich ausbildende Freundeskreis wichtig werden, sind kleinere Kinder noch stärker personenorientiert. Entsprechend können im Zusammenhang mit dem wichtigen Kriterium der Stabilität und Kontinuität die Beurteilungsfelder je nach Lebensalter des Kindes variieren (Urteil des Bundesgerichts 5A_363/2023 vom 8. November 2023 E. 3.3.1).

6.4

6.4.1

Die Berufungsklägerin bringt verschiedene Einwände vor. So macht sie geltend, der Berufungskläger sei gewalttätig. Es sei aktenkundig, dass der Berufungsbeklagte in der Vergangenheit gegenüber der Berufungsklägerin gewalttätig geworden sei. Die Berufungsklägerin

habe gegen den Berufungsbeklagten am 29. September 2023 auch eine Anzeige wegen häuslicher Gewalt eingereicht, weil der Berufungsbeklagte sie mit einem Kissen versucht habe zu ersticken. Dazu legt die Berufungsklägerin einen Arztbericht von Dr. med. E.____ vom 7. Juni 2023 vor (amtl. Bel. KB 7). Sie bringt weiter vor, die Vorinstanz habe es widerrechtlich unterlassen, die eingereichten Tonaufnahmen vom 24. und 25. September 2023 zu würdigen. Darauf führe der Berufungsbeklagte aus, wenn er die Berufungsklägerin richtig schlagen würde, stehe sie nicht mehr auf. Auch habe er Tochter C.____ geschlagen. Die Berufungsklägerin habe infolge häuslicher Gewalt die Notfallstation und bereits zwei Mal das Frauenhaus aufgesucht. Sie sei in ihrer körperlichen und psychischen Integrität bedroht gewesen. Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz sei hingegen nicht erstellt, dass die Berufungsklägerin gegenüber den zwei Kindern je gewalttätig geworden sein solle. Unbeachtet lasse die Vorinstanz auch, dass die Berufungsklägerin bereits in der Vergangenheit bei der KESB, der LUPS und Dr. F.____ Hilfe in Anspruch genommen habe. Der Entscheid der Vorinstanz entziehe sich jeglicher Grundlage und sei willkürlich (Berufung, Ziff. 2.3, S. 8; Ziff. 5.9, S. 20; Ziff. 5.10, S. 21; Ziff. 7.2, S. 26). Die Vorinstanz gehe fälschlicherweise davon aus, seitens des Berufungsbeklagten müsse nicht von Gewalt ausgegangen werden. Tochter C.____ habe aber gegenüber der Lehrperson angegeben, sie werde geschlagen, was die Vorinstanz zu Unrecht ausser Acht lasse. Sie ziehe falsche Schlüsse und erhebe den rechtserheblichen Sachverhalt falsch und unvollständig (Berufung, Ziff. 5.13, S. 23). Die Vorinstanz verkenne ausserdem, dass die Parteien nicht gestritten hätten, sondern die Berufungsklägerin vom Berufungsbeklagten angeschrien, beleidigt und erniedrigt worden sei. Als Beweis legt sie schriftliche Auskünfte von Nachbarn auf. Weiter offeriert sie die Einholung von schriftlichen Auskünften weiterer Nachbarn und des Kinderarztes sowie eines Berichts der Kita und zwei Sozialpädagoginnen, welche C.____ über einen längeren Zeitraum betreut hätten. Sie rügt, die Vorinstanz spreche den von der Berufungsklägerin eingereichten Schreiben der Nachbarn widerrechtlich jeglichen Beweiswert ab. Aufgrund der vorhandenen Beweisurkunden lägen Indizien für psychische und/oder physische Gewalthandlungen des Berufungsbeklagten vor (Berufung, Ziff. 5.1 ff., S. 13 ff.). Die Vorinstanz wende ungleiche Massstäbe an, indem sie beim Berufungsbeklagten zu Unrecht die Unschuldsvermutung berücksichtigt habe, für sie indes nicht. Es gebe keine Beweise dafür, dass sie die Kinder schlagen würde. Einzig die Anschuldigung von Tochter C.____ bilde die Grundlage für den angefochtenen Entscheid. Der Entscheid beruhe auf blossen Mutmassungen, verstosse gegen die Rechtsgleichheit und sei offensichtlich willkürlich (Berufung, Ziff. 5.12, S. 22).

6.4.2

Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ergeben sich aus den Akten Hinweise, dass die Beziehung der Parteien in der Vergangenheit von Gewalt geprägt war. Diese ging aber nicht ausschliesslich vom Berufungskläger aus, sondern von beiden Elternteilen und war offensichtlich in der konfliktbehafteten Paarbeziehung, die mittlerweile aufgelöst wurde, begründet (vgl. z.B. vi-GS 4). Anlässlich des Aufenthalts im Frauenhaus (Oktober 2023) äusserte D.___, sie werde von ihrem Papa nie geschlagen. Von ihrer Mama sei sie drei Mal geschlagen worden (vi-GS 5). C.___ gab an der Anhörung vor der KESB am 11. Oktober 2023 zu Protokoll, wenn man die Mutter auffordere, zu Hause etwas zu helfen, werde sie extrem aggressiv. Sie beginne zu schreien und schlage wild um sich. Wer bei ihren Ausrastern gerade in der Nähe sei, kriege eins von der Mutter ab. Dies könne durch Tritte oder Schläge sein. Die Mutter habe sogar D.___ ins Gesicht geschlagen, obwohl sie D.___ als nur ihr Kind betrachte. Manchmal gehe die Mutter auf den Vater los und schlage auf ihn ein. Der Vater habe dann früher auch mal zurückgeschlagen (vi-GS 15; vgl. auch vi-GS 3). Der von der Berufungsklägerin aufgelegte Arztbericht basiert auf ihren eigenen Angaben und findet in den übrigen Akten keine Stütze. Aus den Akten und Angaben der gemeinsamen Kinder ergibt sich vielmehr, dass in jüngster Vergangenheit Gewalt von Seiten der Kindsmutter und nicht vom Kindsvater ausging. Soweit sich die Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang auf Art. 8 BV und Art. 9 BV beruft, weil die Vorinstanz bei ihr, anders als beim Berufungsbeklagten, die Unschuldsvermutung nicht berücksichtigt habe, übersieht sie, dass bei der Obhutszuteilung die gegenseitigen Gewaltvorwürfe nicht thematisiert wurden.

6.5

6.5.1

Die Berufungsklägerin rügt weiter, die Obhutsurteilung sei einzig aufgrund der Aussage von C.___ erfolgt, obwohl aktenkundig sei, dass die Beziehung zwischen der Berufungsklägerin und Tochter C.___ seit längerem schwierig sei. Die Vorinstanz verkenne, dass nicht ohne weiteres auf die aktuellen Aussagen von Tochter C.___ abgestellt werden könne. Die Tochter C.___ werde seit Jahren vom Berufungsbeklagten manipuliert und leide an einem Parental-Alienation-Syndrom (PAS), eine spezielle Form der Eltern-Kind-Entfremdung, weshalb sie ein ablehnendes Verhalten der Kindsmutter gegenüber zeige. Im Telefongespräch mit der Berufungsklägerin habe C.___ bestätigt, dass sie vom Berufungsbeklagten geohrfeigt worden sei. Dazu reicht die Berufungsklägerin eine Tonaufnahme und ein Transkript ein. Falsch sei somit die

Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die Ausführungen der Berufungsklägerin, die Tochter C.____ werde manipuliert, unbehelflich seien (Berufung, Ziff. 2.3, S. 8 f.; Ziff. 5.7, S. 18 f.).

6.5.2

Soweit die Berufungsklägerin in den Raum stellt, der Berufungsbeklagten manipulierte C.____ und sie leide an einem Parental-Alienation-Syndrom (PAS), ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass diese Einwände in den Akten bzw. dem psychologischen Bericht betreffend C.____ keine Grundlage finden. Im Gegenteil vermitteln die von der Berufungsklägerin eingereichten Tonaufnahmen, dass sie sich selbst manipulativ verhält. Die Berufungsklägerin drängt darauf den Berufungsbeklagten mehrfach, Aussagen dahingehend zu machen, sie in der Vergangenheit geschlagen zu haben. Ausserdem übt sie Druck auf D.____ aus und drängt sie, ihre Aussage über das Schlagen der Kindsmutter zu revidieren. Es macht somit den Anschein, als ob die allesamt mit 24. und 25. Dezember 2023 datierten Aufnahmen zwecks Beweismittelbeschaffung für das Eheschutzverfahren gemacht wurden.

6.6

6.6.1

Die Berufungsklägerin argumentiert, die Vorinstanz unterstelle ihr zu Unrecht, sie würde mit der Anzeige gegen den Berufungsbeklagten ihrer eigenen Position Vorschub leisten wollen. Die Berufungsklägerin befürchte subjektiv aber tatsächlich, dass der Berufungsbeklagte pädophile Neigungen haben könnte. Den Verdacht stütze sie u.a. auf ihre Beobachtungen, wonach der Berufungsbeklagte D.____ auf die Lippen küsse, sie an Armen, Beinen und Rücken streichle, sie im Intimbereich wasche, ihr sein Glied zeige und von ihr Nacktaufnahmen mache. Die Berufungsklägerin habe die Bilder, welche der Berufungsbeklagte von Tochter D.____ gemacht habe, auch im vorinstanzlichen Verfahren aufgelegt (Berufung, Ziff. 5.8, S. 19). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz, sei es nicht seltsam, dass die Berufungsklägerin nicht mehr wisse, ob Tochter C.____ vom Berufungsbeklagten missbraucht worden sei. Die Berufungsklägerin habe mehrfach ausgeführt, dass der Berufungsbeklagte mit den Kindern alleine in die Ferien gefahren sei. «Was in den Ferien vorgefallen» sei, könne sie «schlicht nicht wissen, weil sie nicht dabei» gewesen sei (Berufung, Ziff. 5.11, S. 21).

6.6.2

Die gegen den Berufungsbeklagten erhobenen Missbrauchsvorwürfe vermitteln ein ähnliches Bild wie die soeben erörterten Anschuldigungen betreffend die Manipulation von C.____. Die

Berufungsklägerin gab an, sie wisse nicht mehr, ob C.____ vom Berufungsbeklagten missbraucht worden sei. Mit der Vorinstanz erscheint in der Tat seltsam, dass die Berufungsklägerin nicht mehr weiss, ob die Tochter missbraucht worden ist, zumal es sich dabei um erhebliche Vorwürfe gegen den Berufungsbeklagten handelt. Für die Anschuldigungen liegen keine objektiven Beweise vor. Die Mutmassungen der Berufungsklägerin finden in den Akten keine Stütze. Soweit sie ihre Vorbringen mit den aufgelegten Nacktaufnahmen von Tochter D.____ belegen will, läuft sie damit ins Leere. Zum einen weisen die Bilder keinen sexuell motivierten Bezug auf und zum anderen ist nicht erstellt, wer diese aufgenommen hat. Mit der Vorinstanz kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass die am Tag der Eröffnung der superprovisorischen Verfügung aufgegebene Strafanzeige der Berufungsklägerin gegen den Berufungsbeklagten rein prozessmotiviert erfolgte.

6.7

6.7.1

Die Berufungsklägerin argumentiert, für die Zuteilung der Obhut an sie sprächen Kriterien wie Stabilität und Kontinuität. Die Kinder seien bisher von ihr betreut worden. Der Berufungsbeklagte hingegen sei in einem 100% Pensum erwerbstätig. Er arbeite von Montag bis Freitag ausser Haus. Er komme jeweils spät abends nach Hause. Die Berufungsklägerin habe für die Kinder jeweils gekocht und mit ihnen gelernt und gespielt. Sie sei bisher die Hauptbezugs- und Betreuungsperson gewesen. Ihr sei die Obhut entzogen worden, ohne dass hierfür die Voraussetzungen erfüllt gewesen wären (Berufung, Ziff. 2.2, S. 7; Ziff. 8.4, S. 29). Die Berufungsklägerin beantragt eventualiter, zumindest D.____ unter die Obhut der Berufungsklägerin zu stellen. Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz sei es möglich, D.____ unter die Obhut der Kindsmutter zu stellen und C.____ beim Berufungsbeklagten zu belassen. Auf der Zeichnung von D.____ im Rahmen der Kinderanhörung habe D.____ alle Familienmitglieder gezeichnet, d.h. auch die Kindsmutter. Ferner habe C.____ ausgesagt, dass D.____ die Mama vermisse. D.____ sei bisher von der Kindsmutter betreut worden. Sie sei ihre Hauptbezugsperson. Aus den Fotos von D.____ während dem Aufenthalt im Frauenhaus gehe hervor, dass sich D.____ mit der Berufungsklägerin wohl fühle. Es sei falsch, dass die Berufungsklägerin Tochter D.____ zu Aussagen gedrängt haben soll. Auf der Tonaufnahme sei gut hörbar, dass es sich um ein vertrautes Gespräch zwischen Mutter und Tochter handle. Der Altersunterschied zwischen D.____ und C.____ betrage 8 Jahre. C.____ besuche das Gymnasium und sei aufgrund der hohen schulischen Auslastung und ihren zahlreichen Hobbies kaum mehr zu Hause. D.____ habe andere Bedürfnisse als C.____. Der Berufungsbeklagte habe sich bisher nicht um die Kinder gekümmert. «Erst als die

Berufungsklägerin am 29. September 2023 gegen ihn eine Anzeige eingereicht» habe, habe sich «der Berufungsbeklagte bei der KESB» gemeldet und «das Eheschutzverfahren» eingeleitet. Er habe «erkannt, dass sich die Berufungsklägerin nun doch definitiv von ihm trennen» werde. Die Berufungsklägerin vermute, «dass sich der Berufungsbeklagte mit seinem Vorgehen den zu leistenden Kinderunterhaltsbeiträgen entziehen» wolle (Berufung, Ziff. 5.14 f., S. 23 f.).

6.7.2

Laut den Angaben des Berufungsbeklagten gegenüber der KESB und der Aussagen von D.____ anlässlich der Kinderanhörung arbeitet der Berufungsbeklagte oft im Homeoffice (vi-GS 3; vi-GS 12). Im Gegensatz dazu ist die Berufungsklägerin als Deutschlehrerin in einem 90%-Pensum ausser Haus tätig (vi-GG 5, 6, 8; vi-GS 17, 20). Demnach kann der Berufungsbeklagte die Kinder im Unterschied zur Berufungsklägerin eher persönlich betreuen. Die Möglichkeit der Eltern, die Kinder persönlich zu betreuen, spielt aber hauptsächlich dann eine Rolle, wenn spezifische Bedürfnisse der Kinder eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil auch in den Randzeiten nicht bzw. kaum zur Verfügung stünde. Vorliegend ist das nicht der Fall. C.____ besucht die 3. Klasse im Kollegium und verbringt die meiste Zeit dort. D.____ wird im August dieses Jahres in die Primarschule eingeschult. Vorliegend steht deshalb eine umfassende persönliche Betreuung nicht mehr im Vordergrund.

Die beiden Kinder C.____ und D.____ leben seit Erlass der superprovisorischen Verfügung am 30. Oktober 2023 in der Familienwohnung beim Berufungsbeklagten. Die Berufungsklägerin musste die Wohnung verlassen. Beide Kinder beschreiben anlässlich der Kinderanhörung vom 13. Dezember 2023, die Streitereien der Eltern seien belastend gewesen, nun sei Ruhe eingeleitet und es gehe ihnen gut. Insofern ist von örtlich- und familiär stabilen Strukturen auszugehen. Beide Kinder schildern zudem eine enge Bindung zum Berufungsbeklagten. Dagegen ist ihre Haltung gegenüber der Berufungsklägerin ablehnend. Beide Kinder äussern den klaren Wunsch, beim Vater zu leben (vgl. Kinderanhörungsprotokoll). Es ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach an der Erziehungsfähigkeit des Berufungsbeklagten zu zweifeln oder das Wohl der Kinder in seiner Obhut nicht gewährleistet wäre. Dagegen lassen sich aus dem Informationsaustausch zwischen der KESB und dem Frauenhaus im Oktober 2023 Hinweise für eine mögliche Beeinträchtigung der Erziehungsfähigkeit der Berufungsklägerin entnehmen. So teilte die im Frauenhaus für D.____ zuständige Person mit, die Berufungsklägerin sei nicht in der Lage, sich in die Sicht ihrer Töchter einzufühlen und auf deren Bedürfnisse und Wünsche einzugehen (vi-GS 5). Im ergänzenden Bericht der Sozialpädagogin und Sozialarbeiterin

wurde zudem festgestellt, dass die Berufungsklägerin vor ihrer Tochter D.___ schlecht über den Kindsvater gesprochen und D.___ ihn dann verteidigt habe (vi-GS 16). Wie es sich mit der Erziehungsfähigkeit der Kindsmutter konkret verhält, dürfte Thema des Eheschutzverfahrens sein.

6.8

Aufgrund des Gesagten ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat die Akten umfassend geprüft und eine sorgfältige Beweiswürdigung vorgenommen. Soweit die Berufungsklägerin vorbringt, die Vorinstanz habe die Aussagen der Kinder weder hinterfragt noch überprüft und dadurch den Untersuchungsgrundsatz verletzt, kann ihr angesichts der umfassenden Beweiswürdigung nicht gefolgt werden. Ebenso wenig verfährt der Vorwurf, die Vorinstanz setze sich nicht hinreichend mit den Parteivorbringen auseinander. Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO gilt der «Wahrscheinlichkeitsbeweis» des Glaubhaftmachens. Das Gericht würdigt die Glaubhaftmachungsmittel frei. Es verfügt bei der Prüfung des Gesuchs und der Frage, ob die Voraussetzungen glaubhaft gemacht worden sind, über einen grossen Ermessensspielraum (Art. 157 ZPO; THOMAS SPRECHER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], a.a.O., N 77 zu Art. 261). Nichts Anderes kann beim Erlass von «vor-vorsorglichen» Massnahmen gelten. Gemäss Aktenlage hat sich an den von der Vorinstanz berücksichtigten Umständen nichts geändert: Es sind keine Gründe ersichtlich, die vor dem definitiven Eheschutzentscheid und gegen den Willen der Kinder zu einer Änderung an der vorsorglichen Obhutszuteilung veranlassen würden. Daran vermögen auch die von der Berufungsklägerin aufgelegten Schreiben von Freunden und Nachbarn nichts zu ändern. Sie vermögen die persönlichen Beziehungen zwischen den Kindern und ihren Elternteilen nicht aufzuwiegen. Entsprechend sind weitere Befragungen von Freunden und Nachbarn im vorliegenden Fall wenig zielführend. Ausserdem sind Beweise im Summarverfahren grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen; Zeugen sind grundsätzlich nicht anzuhören. Die entsprechenden Beweisanträge der Berufungsklägerin sind deshalb abzuweisen. Gleiches gilt, soweit die Einholung eines Berichts beim Kinderarzt verlangt wird, um zu bestätigen, dass die Berufungsklägerin die Kinder nicht schlage. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Kinderarzt hierzu zweckdienliche Erkenntnisse liefern könnte. Nicht anders verhält es sich, soweit die Berufungsklägerin hierzu eine Berichterstattung der Kita verlangt. Weiter kann auch dem Antrag der Berufungsklägerin, eine psychologische Abklärung darüber vorzunehmen, «weshalb die Kinder nicht die Wahrheit erzählen», nicht gefolgt werden. Die Luzerner Psychiatrie hatte bereits mit Bericht vom 22. Oktober 2020 bestätigt, dass C.___ die elterliche Situation realistisch wahrnimmt und schildert (vi-GS 8). Weitere in diese Richtung weisende Abklärungen sind somit

aktuell nicht erforderlich und sprengen den Rahmen des Verfahrens um «vor-vorsorgliche» Massnahmen.

Insgesamt erweisen sich die Einschätzung und Schlussfolgerungen der Vorinstanz als zutreffend. An der massgebenden Situation hat sich vorliegend nichts geändert. Die Rügen der Berufungsklägerin sind demnach unbegründet und die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen. Gleiches gilt für die beantragte Zuweisung (einzig) der Tochter D.___ an die Berufungsklägerin. Die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden. Nach der Rechtsprechung gilt der Grundsatz, Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen. Das gilt umso mehr im vorliegenden Fall, wo die beiden Schwestern eine starke Bindung zueinander haben und den ausdrücklichen Wunsch äussern, nicht voneinander getrennt zu werden (vgl. Kinderanhörungsprotokoll; vi-GS 3; vi-GS 15). Daran vermag auch der Altersunterschied zwischen den Mädchen nichts zu ändern.

6.9

Vor diesem Hintergrund ist auch an der vorinstanzlichen Wohnungszuteilung (samt Mobiliar und Inventar) keine Änderung vorzunehmen. Sie verbleibt in Nutzen und Gebrauch des Berufungsbeklagten als obhutsberechtigter Elternteil, damit die Kinder in ihrer vertrauten Umgebung bleiben können. Mit der Vorinstanz ist sodann einig zu gehen, dass vorderhand das unter Strafan drohung im Widerhandlungsfalle verfügte Verbot, die gemeinsamen Töchter an einem neuen Wohnort anzumelden und einzuschulen aufrechterhalten bleibt. Nachdem die Berufungsklägerin Tochter D:___ in der jüngsten Vergangenheit aus dem Kindergarten mit ins Frauenhaus genommen hat, kann auch für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden, dass sie sich erneut mit den Töchtern in eine geschützte Institution begibt, von wo aus sie den Versuch unternehmen könnte, ihre Töchter an einem neuen Wohnort anzumelden und einzuschulen.

7.

7.1

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

7.2

Die Entscheidgebühr vor Obergericht als Berufungsinstanz richtet sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht als erster Instanz massgebenden Tarif, wird um einen Drittel reduziert, beträgt jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG). Die Entscheidgebühren

betragen in anderen familienrechtlichen Streitigkeiten sowie anderen Streitigkeiten betreffend eingetragener Partnerschaften Fr. 400.– bis Fr. 2'000.– (Art. 7 Abs. 3 Ziff. 5 PKoG). Damit beträgt der ordentliche Gebührenrahmen vor Obergericht Fr. 500.– bis Fr. 1'333.–. Die Gebühren sind grundsätzlich innerhalb des vorgegebenen Rahmens festzusetzen und bemessen sich nach der persönlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Partei, der Schwierigkeit der Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG). Die Gerichtskosten im Berufungsverfahren werden auf Fr. 1'000.– festgesetzt und ausgangsgemäss der unterliegenden Berufungsklägerin auferlegt. Sie werden dem Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen und sind bezahlt (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

7.3

Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach den Tarifen gemäss Art. 42 ff. PKoG zu; die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 96 ZPO). Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Das ordentliche Honorar eines Rechtsbeistands beträgt im Berufungsverfahren 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Wert, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). In nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten beträgt der Rahmen des ordentlichen Honorars vor der ersten Instanz Fr. 300.– bis Fr. 10'000.– (Art. 42 Abs. 2 PKoG), womit der Rahmen vor Obergericht zwischen Fr. 500.– und Fr. 6'000.– beträgt.

Die Rechtsvertreterin des Berufungsbeklagten legt eine Honorarnote über Fr. 2'776.65 ins Recht (Honorar Fr. 2'500.– [10 Std. à Fr. 250.–], Auslagen Fr. 68.60, 8.1 % Mehrwertsteuer auf Fr. 2'568.60 = Fr. 208.05). Die Honorarnote liegt im vorgegebenen Rahmen, erscheint der Sache angemessen und wird bewilligt. Die Berufungsklägerin wird somit verpflichtet, den Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'776.65 zu entschädigen (inkl. Auslagen und MWST).

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten werden auf Fr. 1'000.– festgesetzt und ausgangsgemäss der unterliegenden Berufungsklägerin auferlegt. Sie werden dem Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen und sind bezahlt
3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'776.65 zu bezahlen.
4. [Zustellung].

Stans, 20. Juni 2024

OBERGERICHT NIDWALDEN
Zivilabteilung

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Die Gerichtsschreiberin

MLaw Sarah Huber

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. i.V.m. Art. 90 ff. BGG [SR 173.110]). 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.