

ZA 23 19

Urteil vom 22. Februar 2024
Zivilabteilung

Besetzung

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,
Oberrichter Franz Odermatt,
Oberrichterin Franziska Ledergerber,
Gerichtsschreiber Silvan Zwysig.

Verfahrensbeteiligte

A.____,

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

Berufungskläger,

gegen

B.____,

vertreten durch lic. iur. Sibylle Würsch-Müller, Rechtsanwältin,
Dorfplatz 9, Postfach, 6371 Stans,

Berufungsbeklagte.

Gegenstand

Abänderung Eheschutzmassnahmen

Berufung gegen den Teilentscheid des Kantonsgerichts
Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht vom 30. August 2023
(ZE 20 231).

Sachverhalt:

A.

A.____ («Berufungskläger») und B.____ («Berufungsbeklagte») sind verheiratet und gemeinsame Eltern von C.____, geb. [____], und D.____, geb. [____]. Am 7. Mai 2020 ordnete das Kantonsgericht Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht – in Übernahme eines am 5. Dezember 2019 zwischen den Parteien geschlossenen, gerichtlichen Teilvergleichs betreffend die elterliche Sorge/Obhut sowie Genehmigung eines aussergerichtlichen Teilvergleichs vom 20./24. April 2020 betreffend Unterhalt – mit Entscheid ZE 19 169 Eheschutzmassnahmen an. In diesem Zusammenhang wurden die gemeinsamen Kinder unter die alternierende Obhut beider Eltern gestellt. Mit Eingabe vom 19. November 2020 ersuchte die Berufungsbeklagte das Kantonsgericht Nidwalden um Abänderung des Eheschutzentscheids. Mit Teilentscheid ZE 20 231 vom 30. August 2023 hiess die Vorinstanz das Abänderungsgesuch dahingehend gut, dass es die gemeinsamen Kinder per 6. November 2023 unter die alleinige Obhut der Berufungsbeklagten stellte und das Besuchsrecht des Berufungsklägers regelt. Ferner regelte sie die Kostenfolgen. Im Übrigen wird für die Prozessgeschichte bis zum angefochtenen Entscheid auf die diesbezügliche Darstellung in diesem verwiesen (Bst. A-AB S. 2-8).

B.

Hiergegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 31. Oktober 2023 Berufung beim Obergericht Nidwalden, wobei er die folgenden Anträge stellte:

« 1.

1.1

Der Teilentscheid des Kantonsgerichtes Nidwalden vom 30. August 2023 (ZE 20 231) sei vollumfänglich aufzuheben.

1.2

Das Gesuch vom 19. November 2020 betr. Abänderung des Urteils von Eheschutzmassnahmen des Kantonsgerichts Nidwalden Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 7. Mai 2020 (ZE 19 169), sei vollumfänglich abzuweisen.

1.3

Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2.

Der vorliegenden Berufung sei die **aufschiebende Wirkung** zu erteilen.

3.

Dem Berufungskläger sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und die unterzeichnende Rechtsanwältin als unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten.»

C.

Mit Verfügung vom 6. November 2023 wurde die aufschiebende Wirkung einstweilen bewilligt; das Gesuch werde nach Eingang der Berufungsantwort beurteilt.

D.

Die Berufungsbeklagte beantragte mit Berufungsantwort vom 15. November 2023 die kostenfällige Abweisung der Berufung. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen und der Berufung die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Ferner ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

E.

Mit Verfügung P 23 14 vom 23. November 2023 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung abgewiesen.

Das hiergegen beim Bundesgericht angestrebte Rechtsmittel (Verfahrens-Nr. 5A_964/2023) ist im Zeitpunkt dieses Hauptsachenentscheids pendent. Erbetenerweise wird das Bundesgericht über diesen in Kenntnis gesetzt.

F.

Am 27. November 2023 wurde den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege mit Verfügung P 23 15 (Berufungskläger) bzw. P 23 16 (Berufungsbeklagte) bewilligt und die beiden Rechtsvertreterinnen als unentgeltliche Rechtsbeistände eingesetzt.

G.

Es wurde kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Art. 316 Abs. 2 ZPO e contrario). Die Parteien reichten aufforderungsgemäss die Kostennoten ein.

H.

Die Berufungsbeklagte machte am 16. Februar 2024 eine Noveneingabe.

I.

Die Akten der Eheschutzverfahren ZE 19 169 und ZE 20 231 wurden praxisgemäss beigezogen. Die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden hat die vorliegende Streitsache anlässlich seiner Sitzung vom 22. Februar 2024 abschliessend beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

J.

Im Nachgang an die Urteilsberatung ging am 26. Februar 2024 die Stellungnahme des Berufungsklägers zur Noveneingabe vom 16. Februar 2024 ein. Mit Blick auf den Verfahrensausgang bleibt die Stellungnahme unberücksichtigt.

Erwägungen:**1.****1.1**

Angefochten ist der Teilentscheid ZE 20 231 betreffend Abänderung von Eheschutzmassnahmen (Obhut/Besuchsrecht). Als Teilentscheid stellt dieser einen (erstinstanzlichen) Endentscheid im Sinne von Art. 236 ZPO dar (Urteil des Bundesgerichts 5A_844/2021 vom 25. Mai 2022 E. 4.3; MIGUEL SOGO/GEORG NAEGELI, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. A., 2021, N 5, 5a zu Art. 236 ZPO). Erstinstanzliche Endentscheide sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs 1 lit. a ZPO). Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden, Einzelgericht, ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 GerG [NG 261.1]), das in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 2 GerG). 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 [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N 30 ff. zu Vor Art. 308–318 ZPO). Der Berufungskläger hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch den angefochtenen Teilentscheid unmittelbar betroffen, mithin zur Berufung berechtigt. Die Berufung ist innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Nachdem ein gültiges

Anfechtungsobjekt vorliegt, die Berufung innert Frist eingereicht wurde sowie die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

1.2

Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist und deshalb abgeändert werden müsste. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (BGE 141 III 569 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden. In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen insofern einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind.

Zu beachten bleibt, dass sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden eine gewisse Zurückhaltung auferlegt und nicht ohne Not ihr eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der Vorinstanz setzt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_265/2012 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.2; Entscheid des Obergerichts Nidwalden ZA 22 3 vom 21. Juli 2022 E. 1.2; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 469 ff. S. 202 ff.; MARTIN H. STERCHI, in: Alvarez et al. [Hrsg.], BK-ZPO, 2012, N 8 f. zu Art. 310 ZPO).

1.3

Beim Teilentscheid handelt es sich um eine Variante eines Endentscheids, mit welchem im Rahmen einer objektiven oder subjektiven Klagehäufung über eines oder einige von mehreren Rechtsbegehren abschliessend befunden wird (Urteil des Bundesgerichts 5A_844/2021 vom 25. Mai 2022 E. 4.3). Vorliegend beurteilte die Vorinstanz mit dem angefochtenen Teilentscheid die Obhutsfrage bzw. das Besuchsrecht (neu). Zugleich ist auch der Prozessgegenstand dieses Rechtsmittelverfahrens auf die beiden genannten Aspekte beschränkt.

Soweit der Berufungskläger in der Sache mit Antrags-Ziff. 1.2 die *vollumfängliche* Abweisung des Gesuchs vom 19. November 2020 betreffend Abänderung des Urteils von

Eheschutzmassnahmen des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 7. Mai 2020 (ZE 19 169) verlangt, geht er unzulässigerweise über den Gegenstand des Teilentscheids und des Berufungsverfahrens hinaus. Darauf ist nicht einzutreten.

2.

2.1

Im angefochtenen Teilentscheid erwog die Vorinstanz nach ausführlicher Darlegung der Akten- bzw. Beweislage (E. 5-9, S. 17-24), für eine Obhutsumteilung zu einer alleinigen Obhut der Berufungsbeklagten spreche insbesondere die Erkenntnisse der Hauptverhandlung vom 1. Mai 2023. Der Gutachter habe sich im Rahmen der mündlichen Erstattung seines Gutachtens und unter umfassender Berücksichtigung der seit der Begutachtung eingetretenen Tatsachen ebenfalls für die alleinige Obhut der Berufungsbeklagten ausgesprochen. Es sei für das Kindeswohl zentral, dass der Loyalitätskonflikt der Kinder gemindert werde. Unter Würdigung sämtlicher Umstände sei davon auszugehen, dass die Zuteilung der alleinigen Obhut an die Berufungsbeklagte mit gleichzeitiger Einräumung eines Besuchsrechts des Berufungsklägers diesen Konflikt vermindern könne und zur Stabilisierung der Gesamtsituation beitrage. Die regelmässigen und für die Kinder stressigen sowie belastenden Übergabesituationen würden dadurch reduziert. Zudem gehe aus den Ausführungen des Gutachters hervor, dass er sich in seinem Gutachten vom 7. Juli 2022 unter der Bedingung der Veränderung der Gesamtsituation für die alternierende Obhut ausgesprochen habe. Dass sich die Gesamtsituation seit der Erstattung des Gutachtens nicht wesentlich verändert habe, könne beispielsweise aus der Tatsache abgeleitet werden, dass der Berufungskläger trotz mehrmaligen Bemühungen und Aufforderungen des Gerichts und der Schule offenbar nicht aufgehört habe, in der Wohnung zu rauchen. Zu diesem Punkt seien mehrere Vorfälle aktenkundig. Hinzu komme, dass sich der Berufungskläger sämtlichen Bemühungen von aussen, sowohl des Beistandes als auch der sozialpädagogischen Familienberatung, verschliesse, was auf eine mangelnde Kooperationsfähigkeit des Berufungsklägers hinweise. Mithin sei davon auszugehen, dass auf Seiten der Berufungsbeklagten ein stabileres Umfeld bestehe. Durch die Alleinzuteilung der Obhut entfalle für die Kinder der ständige Wechsel des Aufenthaltsortes unter der Woche (E. 12.3.1, S. 27).

Was der Berufungskläger dagegen vorbringe, verfange nicht. Es sei nicht erstellt, dass der Beistand der Kinder unprofessionell und parteiisch arbeite. Dieser nehme sein Mandat engagiert wahr, was auch seine zahlreichen Bemühungen und Eingaben an das Gericht unterstreiche. Es treffe zwar zu, dass der Beistand seit 1.5 Jahren keinen Kontakt mehr mit dem

Berufungskläger gehabt habe. Allerdings könne dies aufgrund der festgefahrenen Gesamtsituation dem Beistand nicht zum Vorwurf gemacht werden. Entgegen dem Vorbringen des Berufungsklägers handle es sich beim Beistand und den Betreuungspersonen in der Schule aufgrund ihrer Erfahrungen und Ausbildungen um Fachpersonen, was das Wohlergehen der Kinder anbelange. Zudem sei aktenkundig, dass D.___ an den Betreuungstagen des Berufungsklägers regelmässig verspätet und ungenügend gekleidet zur Schule gekommen sei. Es könne aufgrund der sich häufenden Vorfälle, welche von der Schule zurückgemeldet worden seien, nicht mehr von Einzelfällen gesprochen werden. Ebenso gehe es nicht an, die morgendliche Betreuung von D.___ der zwar älteren, jedoch erst 12-jährigen Schwester zu überlassen. Auch die Berücksichtigung der sich stabilisierenden Situation des Berufungsklägers mit der Aufnahme einer geregelten Erwerbstätigkeit rechtfertige die Beibehaltung der alternierenden Obhut nicht (E. 12.3.2, S. 27 f.).

Die Berücksichtigung der Wünsche der Kinder sprächen nicht gegen eine Alleinzuteilung der Obhut an die Berufungsbeklagte. Beide Kinder hätten erwähnt, dass sie es gut fänden, beide Elternteile regelmässig zu sehen, was auch durch ein Besuchsrecht gewährleistet werden könne (E. 12.3.3, S. 28).

Aufgrund der Aktenlage und sämtlichen in Betracht fallenden Beweismittel sei erstellt, dass sich die Verhältnisse seit dem Erlass des Eheschutzentscheides am 7. Mai 2020 verändert hätten. Die Voraussetzungen für die Abänderung des Eheschutzurteiles seien erfüllt. Aus dem vorher Gesagten ergebe sich, dass die gemeinsamen Kinder C.___ und D.___ unter die alleinige Obhut der Berufungsbeklagten zu stellen seien. Aufgrund der Zuteilung der alleinigen Obhut an die Berufungsbeklagte sei der persönliche Verkehr zwischen dem Berufungskläger und den gemeinsamen Kindern neu zu regeln (E. 13, S. 28 f.).

2.2

Der Berufungskläger bringt unter anderem vor, die formelle Rechtskraft eines Eheschutz- oder massnahmerechtlichen Entscheids stehe einer Abänderung grundsätzlich entgegen. Die Vorinstanz habe sich nicht damit auseinandergesetzt, ob die Voraussetzungen für eine Abänderung, eine wesentliche und dauerhafte Veränderung, vorliegend erfüllt seien.

2.3

2.3.1

Erfüllt ein Ehegatte seine Pflichten gegenüber der Familie nicht oder sind die Ehegatten in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit uneinig, so können sie gemeinsam oder einzeln das Gericht um Vermittlung anrufen. Wenn nötig, trifft das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen (Art. 172 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 ZGB). Die Anordnungen werden in einem summarischen Verfahren getroffen (Art. 271 lit. a-d ZPO), wobei das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (Art. 272 ZPO) und in der Regel eine mündliche Verhandlung durchführt, in welcher es versucht, zwischen den persönlich erscheinenden Parteien eine Einigung herbeizuführen (Art. 273 Abs. 1-3 ZPO).

2.3.2

Ein Prozess wird regelmässig durch einen Entscheid beendet. Als Ausfluss der Dispositionsmaxime können die Parteien jedoch grundsätzlich das Verfahren durch Prozesshandlungen (Entscheidungsurrogate) wie Klageanerkennung, Klagerückzug oder gerichtlichen Vergleich beenden (ROMAN RICHERS/GEORG NAEGELI, in: Oberhammer/Domej/Haas, a.a.O., N 1 zu Art. 241 ZPO). Ein Vergleich hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids. Das Gericht schreibt das Verfahren diesfalls ab (Art. 241 Abs. 2-3 ZPO).

Wie über die Scheidungsfolgen eine genehmigungsbedürftige Konvention geschlossen werden kann (Art. 279 ZPO), können auch die Unterhaltsregelungen im Eheschutzverfahren (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) auf Vereinbarung beruhen, wobei auch in diesem Fall eine gerichtliche Genehmigung vorausgesetzt ist. Folglich genehmigt das Gericht eine im Eheschutzverfahren geschlossene Unterhaltsvereinbarung, wenn es sich davon überzeugt hat, dass die Ehegatten sie aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben und sie klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist (vgl. Art. 279 Abs. 1 erster Halbsatz ZPO [analog]). Diejenigen Materien, über welche die Parteien nicht verfügen können, unterliegen dieser Regelung jedoch nicht. So die Kinderbelange: Über diese entscheidet das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge (Offizialgrundsatz; Art. 296 Abs. 3 ZPO). Eine Übereinkunft der Eheleute in diesem Bereich verpflichtet das Gericht daher nicht. Ihr kommt der Charakter eines gemeinsamen Antrags zu, den das Gericht in seine Entscheidung einfließen lässt (Urteil des Bundesgerichts 5A_1031/2019 vom 26. Juni 2020 E. 2.2 m.w.H.).

2.3.3

Ändern sich die Verhältnisse, so passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Massnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist. Die Bestimmungen über die Änderung der Verhältnisse bei Scheidung gelten sinngemäss (Art. 179 Abs. 1 ZGB). Gegenstand einer Abänderung ist ein rechtskräftiger Entscheid, etwa ein Eheschutzentscheid. Auch Entscheide, die auf Parteivereinbarung oder übereinstimmenden Anträgen basieren, nämlich indem die Vereinbarung oder Anträge genehmigt werden, sind der Abänderung zugänglich (ALDO STAUB, Die Abänderung familienrechtlicher Entscheide, 2022, N 146, 148).

Dabei gilt zu beachten, dass Eheschutzmassnahmen von ihrem Zweck her nicht auf Dauer ausgelegt sind. Sie besitzen nur beschränkte materielle Rechtskraft. Zwar kann der Richter bei gleichbleibenden Umständen nicht ohne weiteres auf sie zurückkommen, doch rechtfertigt sich bei einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse die Vornahme einer Anpassung (BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], BSK-ZGB I, 7. A., 2022, N 1 zu Art. 179 ZGB). Vorausgesetzt ist eine erhebliche und dauernde Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse seit der Anordnung der Massnahme oder aber einer aufgrund vertiefter Abklärung der Sachlage gewonnenen Einsicht, dass der frühere Entscheid auf unzutreffenden Voraussetzungen beruhte (ISENRING/KESSLER, a.a.O., N 3 f. zu Art. 179 ZGB; ROLAND FANKHAUSER, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], Kurzkommentar ZGB, 2. A., 2018, N 3 zu Art. 179 ZGB jeweils m.w.H.; ausführlich: STAUB, a.a.O., N 229 ff.).

2.3.4

Der Entscheid enthält – soweit er nach Art. 239 ZPO zu begründen ist – die Entscheidungsgründe (Art. 238 lit. g ZPO). Diese umfassen sowohl die Angabe der relevanten rechtlichen Erwägungen als auch der massgebenden tatsächlichen Feststellungen (SOGO/NAEGELI, a.a.O., N 22 zu Art. 238 ZPO). Die Begründungspflicht folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 53 Abs. 1 ZPO). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 143 III 65 E. 5.2).

2.4

Es ist unbestritten, dass die Vorinstanz mit Entscheid ZE 19 169 vom 7. Mai 2020 erstmals autoritativ Eheschutzmassnahmen zwischen den Parteien angeordnet hat, indem es einerseits deren übereinstimmenden Anträgen zur elterlichen Sorgen/Obhut gemäss dem gerichtlichem Teilvergleich vom 5. Dezember 2019 folgte sowie andererseits den aussergerichtlichen Teilvergleich vom 20./24. April 2020 betreffend Unterhaltsfragen genehmigte. Bereits am 19. November 2020 ist die Berufungsbeklagte erneut an die Vorinstanz gelangt, mit Gesuch um Abänderung der Eheschutzmassnahmen.

Zurecht erkannte die Vorinstanz – und macht der Berufungskläger geltend – dass eine Abänderung der mit Entscheid ZE 19 169 vom 7. Mai 2020 angeordneten Massnahmen nur in Frage kommt, sofern sich die Verhältnisse wesentlich verändert (s. vorne E. 2.3.3) haben. Diese Voraussetzung ist – wie auch die sich in diesen Zusammenhang stellenden Sach- und Rechtsfragen – entscheid- und damit begründungswesentlich. Mit der pauschal gehaltenen Wendung, wonach «[a]ufgrund der Aktenlage und sämtlichen in Betracht fallenden Beweismitteln [erstellt sei], dass sich die Verhältnisse seit dem Erlass des Eheschutzentscheides am 7. Mai 2020 verändert haben» (angefochtener Teilentscheid E. 13, S. 28 f.), kommt die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht nicht nach. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz konkret annahm, es liege ein Abänderungsgrund vor. Eine Darlegung der Parteistandpunkte (angefochtener Teilentscheid E. 4, S. 13-17) und eine zwar ausführliche, aber bloss deskriptive Wiedergabe der Beweislage (angefochtener Teilentscheid E. 5-9, S. 17-24) vermag eine Würdigung der konkreten Sach- und Rechtslage nicht zu ersetzen. Es fehlt diesbezüglich an einer überprüfbaren Begründung. Der angefochtene Entscheid ist insofern mangelbehaftet und aufzuheben.

Es blieb damit ein wesentlicher Aspekt der Streitsache unbeurteilt, womit eine berufungsgerichtliche Heilung dieses Mangels mittels reformatorischen Entscheids (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) ausser Betracht fällt. Würde das Berufungsgericht die Frage, ob eine wesentliche Veränderung zu bejahen ist, erstmals beurteilen, gingen die Parteien diesbezüglich einer Instanz (mit voller Kognition) verlustig. Die Ermittlung der wesentlichen Entscheidungsgrundlagen sowie Beurteilung einer Streitsache ist und bleibt Sache des (erstinstanzlichen) Eheschutzgerichts, wohingegen dem Berufungsgericht als Zweitinstanz in erster Linie eine überprüfende Funktion zukommt (vorne E. 1.2). Es ist nicht die Aufgabe des Berufungsgerichts, in den Akten und Beweisen nach allfälligen Abänderungsgründen zu suchen, zumal solche vorliegend auch nicht offensichtlich sind. Schliesslich lagen hier zwischen dem erstmaligen Entscheid und der Einreichung des Gesuchs um Abänderung nur wenige Monate. An dieser Aufgabenteilung

vermögen weder der (anwendbare) Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO) noch die Pflicht zur beförderlichen Behandlung von Eheschutzmassnahmenverfahren (CHRISTIAN STALDER/BEATRICE VAN DE GRAAF, in: Oberhammer/Domej/Haas, a.a.O., N 5c zu Art. 271 ZPO) oder das Primat des Kindeswohls (BGE 146 I 20 E. 5.2.2) etwas zu ändern.

Im Rahmen der Neuurteilung wird die Vorinstanz vorab prüfen und begründen müssen, ob die Tatbestandsvoraussetzung einer wesentlichen, dauerhaften Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB erfüllt ist. Dabei bleibt es ihrem Ermessen überlassen, ob ein nochmaliger Teilentscheid angezeigt ist oder es – mit Blick auf die bisherige Verfahrensdauer – sinnvoller wäre, die Sache abschliessend und insgesamt zu beurteilen, mithin inklusive Obhuts- und Unterhaltsfragen. Jedenfalls bleibt zu bemerken, dass vom Institut der Verfahrensbeschränkung (bzw. des Teilentscheids) in Summarverfahren aufgrund des prozessualen Beschleunigungsgebots grundsätzlich sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht werden sollte (MARTIN KAUFMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO-Kommentar, 2. A., 2016, N 7 zu Art. 125 ZPO), insbesondere in Abänderungsverfahren (STAUB, a.a.O., N 140).

3.

Die Berufung vom 31. Oktober 2023 ist begründet und gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der angefochtene Teilentscheid ZE 20 231 vom 30. August 2023 ist aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.

4.1

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieser Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip gilt auch im Rechtsmittelverfahren (BGE 145 III 153 E. 3.3.1). Der Erfolg des Rechtsmittels misst sich daran, ob und in welchem Umfang als Folge des Rechtsmittelbegehrens zulasten der Gegenpartei eine Änderung des vorinstanzlichen Entscheids bewirkt wird (VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK-ZPO, 3. A., 2017, N 5 zu Art. 106 ZPO).

4.2

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]). In Eheschutzverfahren betragen die Entscheidungsgebühren des Kantonsgerichts Fr. 400.– bis Fr. 3'500.– (Art. 7 Abs. 3 Ziff. 4 PKoG), vor Obergericht dementsprechend Fr. 500.– bis Fr. 2'350.–. Die Gebühren sind 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 für das Berufungsverfahren werden in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 PKoG ermessensweise, innerhalb des Gebührenrahmens auf Fr. 1'500.– festgesetzt. Die Gerichtskosten werden ausgangsgemäss der unterliegenden Berufungsbeklagten auferlegt. Zuzugewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (P 23 16) werden die Gerichtskosten einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Berufungsbeklagte ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 Abs. 1 ZPO). Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens (Art. 123 Abs. 2 ZPO).

4.3

4.3.1

Das Gericht spricht Parteientschädigungen nach den Tarifen gemäss Art. 42 ff. PKoG zu. Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 96 ZPO). 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). Praxisgemäss werden eheschutzrechtliche Prozesse vor Kantonsgericht unter Art. 42 Abs. 4 PKoG subsumiert, womit das ordentliche Honorar vor erster Instanz Fr. 1'000.– bis Fr. 6'000.– beträgt. Somit der Honorarrahmen im Berufungsverfahren zwischen Fr. 500.– bis Fr. 3'600.–. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der im Prozesskostengesetz vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 PKoG). Das Honorar des unentgeltlichen Rechtsbeistands beträgt je Stunde Fr. 220.– (Art. 38 Abs. 2 PKoG).

4.3.2

Die unentgeltliche Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Unterliegt die unentgeltlich prozessführende Partei, so hat sie der Gegenpartei die Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO).

Die unentgeltliche Rechtsbeiständin des Berufungsklägers macht mit Kostennote vom 1. Dezember 2023 eine Parteientschädigung von Fr. 2'858.35 (Honorar Fr. 2'475.– [11.25 Std. à Fr. 220.–]; Auslagen Fr. 179.–; MwSt. Fr. 204.35 [7.7%]) geltend. Das geltend gemachte Honorar liegt innerhalb des gesetzlichen Honorarrahmens und ist der Sache angemessen (s. Art. 33 PKoG). Nicht ansatzweise nachvollziehbar sind die geltend gemachten Kopierkosten von Fr. 159.60, weshalb die Auslagen ermessensweise pauschal festgesetzt werden. Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertreterin wird im Umfang von Fr. 2'745.55 (Honorar Fr. 2'475.– [11.25 Std. à Fr. 220.–]; Auslagen Fr. 74.25 [pauschal 3% auf Fr. 2'475.–]; MwSt. Fr. 196.30 [7.7%]) genehmigt (Art. 41 Abs. 4 PKoG). Die unterliegende Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem obsiegenden Berufungskläger eine Parteientschädigung von Fr. 2'745.55 zu bezahlen.

Weil auch der obsiegende Berufungskläger mit unentgeltlicher Rechtspflege prozessiert (P 23 15) und die Parteientschädigung bei der unterliegenden Berufungsbeklagten (voraussichtlich) nicht einbringlich ist, ist die berufungsklägerische Rechtsbeiständin einstweilen vom Kanton zu entschädigen. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über und die Nachzahlungspflicht der Berufungsbeklagten innert zehn Jahren seit Abschluss des Verfahrens bleibt vorbehalten (Art. 122 Abs. 2 und Art. 123 ZPO). Die Gerichtskasse Nidwalden ist anzuweisen, Rechtsanwältin Niedrist mit Fr. 2'745.55 (Auslagen und Mehrwertsteuer inkludiert) zu entschädigen.

4.3.3

Unterliegt die unentgeltlich prozessführende Partei, wird der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO; Art. 38 PKoG).

Die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Berufungsbeklagten macht mit Kostennote vom 5. Dezember 2023 eine Parteientschädigung von Fr. 2'864.80 (Honorar Fr. 2'640.– [12 Std. à Fr. 220.–]; Auslagen Fr. 20.–; MwSt. Fr. 204.80 [7.7%]) geltend. Das geltend gemachte Honorar liegt innerhalb des gesetzlichen Honorarrahmens und ist der Sache angemessen (s. Art. 33 PKoG). Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertreterin wird im beantragten Umfang genehmigt (Art. 41 Abs. 4 PKoG).

Die Entschädigung wird zufolge gewährter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO), unter Vorbehalt der Rückforderung innert zehn Jahren (Art. 123 ZPO). Die Gerichtskasse Nidwalden ist anzuweisen, Rechtsanwältin Würsch-Müller mit Fr. 2'864.80 (Auslagen und Mehrwertsteuer inkludiert) zu entschädigen.

Demgemäss erkennt das Obergericht:

1. Die Berufung vom 31. Oktober 2023 wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Der angefochtene Teilentscheid ZE 20 231 vom 30. August 2023 wird aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren betragen Fr. 1'500.– und werden der Berufungsbeklagten auferlegt. Die Gerichtskosten werden einstweilen auf die Staatskasse genommen.

Die Berufungsbeklagte ist zur Nachzahlung der Gerichtskosten verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahren nach Abschluss des Verfahrens.

3. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger eine Parteientschädigung von Fr. 2'745.55 zu bezahlen. Die Parteientschädigung wird einstweilen auf die Staatskasse genommen. Der Anspruch auf Zahlung geht auf den Kanton Nidwalden über.

Die Gerichtskasse Nidwalden wird angewiesen, Rechtsanwältin Niedrist mit Fr. 2'745.55 (Auslagen und Mehrwertsteuer inkludiert) zu entschädigen.

Die Berufungsbeklagte ist zur Nachzahlung der Parteientschädigung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahren nach Abschluss des Verfahrens.

4. Die Kosten für die Rechtsvertretung der Berufungsbeklagten in der Höhe von Fr. 2'864.80 werden einstweilen auf die Staatskasse genommen.

Die Gerichtskasse Nidwalden wird angewiesen, Rechtsanwältin Würsch-Müller mit Fr. 2'864.80 (Auslagen und Mehrwertsteuer inkludiert) zu entschädigen.

Die Berufungsbeklagte ist zur Nachzahlung der Kosten für ihre Rechtsvertretung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahren nach Abschluss des Verfahrens.

5. [Zustellung].

Stans, 22. Februar 2024

OBERGERICHT NIDWALDEN

Zivilabteilung

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Der Gerichtsschreiber

MLaw Silvan Zwysig

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). 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. Es handelt sich um eine nicht-vermögensrechtliche Streitigkeit.