

ZA 24 3

Urteil vom 20. Juni 2024
Zivilabteilung

Besetzung

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,
Oberrichterin Franziska Ledergerber,
Oberrichter Franz Odermatt,
Gerichtsschreiber Reto Rickenbacher.

Verfahrensbeteiligte

A.___,

vertreten durch Rechtsanwalt Sandor Horvath,
Horvath Rechtsanwälte AG, Stadthausstrasse 4,
6003 Luzern,

Berufungsklägerin/Gesuchsgegnerin,

gegen

B.___,

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

Berufungsbeklagter/Gesuchsteller.

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren

Berufung gegen die Verfügung des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 21. Februar 2024 (ZE 24 39).

Sachverhalt:**A.****Aa.**

A.___ (nachfolgend: Berufungsklägerin) und B.___ (nachfolgend: Berufungsbeklagter) haben am 28. Mai 2010 geheiratet und sind Eltern von vier gemeinsamen Kindern. Die Berufungsklägerin hat fünf voreheliche Kinder und der Berufungsbeklagte eins.

Ab.

Mit Gesuch vom 30. September 2021 hat der Berufungsbeklagte am Kantonsgericht Nidwalden ein Eheschutzverfahren eingeleitet (Verfahren ZE 21 259). In diesem Verfahren ist unter anderem die Obhut über die gemeinsamen Kinder strittig.

Bis Juni 2022 lebten die Parteien mit den gemeinsamen und einem Teil der vorehelichen Kinder in je separaten Wohnungen/Räumlichkeiten im selben Haus in X.___. An der im Eheschutzverfahren durchgeführten Hauptverhandlung vom 23. Mai 2022 gab die Berufungsklägerin bekannt, sie werde per Mitte Juni 2022 in eine Wohnung nach Y.___ ziehen.

Ac.

Auf ein entsprechendes Gesuch des Berufungsbeklagten ordnete das Kantonsgericht Nidwalden mit Urteil vom 27. Juli 2022 vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens an (Verfahren ZE 22 122). Es stellte die gemeinsamen Kinder für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die alternierende Obhut der Parteien, legte eine Betreuungsregelung fest und verbot der Berufungsklägerin unter Strafandrohung, den Aufenthalts- und Schulwechsel der gemeinsamen Kinder von X.___ nach Y.___ vorzunehmen. Eine dagegen erhobene Berufung wies das Obergericht Nidwalden mit Urteil ZA 22 9 vom 9. Dezember 2023 teilweise gut (betreffend eine Detailfrage der Betreuungsregelung), ansonsten ab.

Ad.

Am 5. Dezember 2022 gab das Kantonsgericht Nidwalden bei der Luzerner Psychiatrie ein kinder- und fachpsychiatrisches Gutachten in Auftrag, das am 9. November 2023 erstattet wurde.

Ae.

Die Berufungsklägerin ersuchte am 4. Dezember 2023 um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens (Verfahren ZE 23 258). Der Berufungsbeklagte beantragte in seiner Stellungnahme, es sei – wie im Gutachten vorgeschlagen – umgehend eine Besuchsbeistandschaft und eine kinderorientierte Elternberatung anzuordnen. Die Berufungsklägerin beantragte dies an der anschliessenden Verhandlung vom 30. Januar 2024 ebenfalls.

Af.

Das Kantonsgericht Nidwalden erliess am 21. Februar 2024 folgende Verfügung (Verfahren ZE 24 39):

- « 1. [Errichtung und Umsetzung einer Beistandschaft für die gemeinsamen Kinder]
- 2.1 Es wird C.__, Praxis __, E-Mail: __, Telefon: __, www.__ mit der Durchführung einer kinderorientierten Elternberatung bei Trennung und Scheidung beauftragt.
- [Die Berufungsklägerin] sowie [der Berufungsbeklagte] werden zum Besuch der kinderorientierten Elternberatung bei Trennung und Scheidung bei C.__ verpflichtet.
- Für eine erfolgreiche kinderorientierte Elternberatung zugunsten von D.__, geb. 2010, E.__, geb. 2011, F.__, geb. 2012 und G.__, geb. 2015, ersucht Frau C.__ die Eltern, während der Dauer des Beratungsprozesses auf rechtliche Schritte zu verzichten.
- 2.2 [Der Berufungsklägerin] und [dem Berufungsbeklagten] werden im Rahmen, der in Ziffer 2.1 angeordneten kinderorientierten Elternberatung die folgenden Weisungen erteilt:
- a) Die angeordnete kinderorientierte Elternberatung bei C.__ in Anspruch zu nehmen und aktiv und verbindlich teilzunehmen;
- b) Die kinderorientierte Elternberatung dauert so lange, bis die Eltern den kinderschädigenden Konflikt mittels einvernehmlich gefundener Lösung, die den Bedürfnissen und Interessen der Kinder entsprechen, beendet haben.
- c) Die erste Sitzung findet am Dienstag, 5. März 2024 um 10:00 Uhr und die zweite Sitzung findet am Montag, 18. März 2024, um 17:00 Uhr, bei C.__, Praxis __, statt.
- Wird die kinderorientierte Elternberatung von einem Elternteil verweigert, abgebrochen oder verzögert, so macht sich dieser Elternteil gemäss Art. 292 StGB wegen Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen strafbar. Art. 292 StGB lautet: 'Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassene Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.'
- 2.3 C.__ wird ersucht, insbesondere folgende Aspekte zum Gegenstand der Elternberatung zu erheben:
- a) Förderung der Kommunikation und Kooperation der Kindeseltern;

- b) Minimierung des elterlichen Konfliktes im Allgemeinen;
- c) Klärung offener Fragen hinsichtlich der Regelung der Obhut und des persönlichen Verkehrs / der Betreuung der Kinder;
- d) Umsetzung der Betreuungsordnung;
- e) Erzielung einer Vereinbarung, wie die Kindeseltern künftig Fragen und Entscheidungen im Zusammenhang mit den Kindern einvernehmlich regeln wollen.

2.4 C.___ wird aufgefordert:

- a) Das Gericht umgehend zu benachrichtigen, wenn vereinbarte Termine nicht eingehalten worden sind;
- b) Das Gericht umgehend zu benachrichtigen, sollte die kinderorientierte Elternberatung abgebrochen werden;
- c) Nach sechs Monaten und nach Abschluss der kinderorientierten Elternberatung einen schriftlichen Bericht über das Ergebnis der kinderorientierten Elternberatung an das Kantonsgericht Nidwalden, Rathausplatz 1, Postfach 1244, 6371 Stans, zuzustellen.

3. Über die Prozesskosten wird zusammen mit der Hauptsache entschieden werden.

4. [Zustellung]»

Am 1. März 2024 ersuchte die Berufungsklägerin das Gericht, die Ziffern 2.2 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 dieser Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen, eventualiter zu berichtigen. Mit Verfügung vom 14. März 2024 (ZE 24 76) trat die Vorinstanz nicht auf dieses Gesuch ein (BB-Bel. 2).

B.

Gegen die Verfügung (ZE 24 39) erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 10. März 2024 Berufung mit den Anträgen (amtl. Bel. 1):

- « 1. Die Berufung gegen die Verfügung vom 21. Februar 2024 des Kantonsgerichts Nidwalden (ZE 24 39) sei im Sinne der nachstehenden Anträge gutzuheissen.
- 2. Rechtsspruch Ziff. 2.2. Abs. 1 Bst. b der Verfügung vom 21. Februar 2024 des Kantonsgerichts Nidwalden (ZE 24 39) sei aufzuheben und das Obergericht habe wie folgt zu entscheiden bzw. Rechtsspruch Ziff. 2.2 Abs. 1 lit. b sei wie folgt anzupassen:

«Die kinderorientierte Elternberatung wird vorerst bis zum 5. Juli 2024 befristet. Gestützt auf einen durch C.___ verfassten Zwischenbericht erfolgt vor den Sommerferien eine Neubeurteilung der Situation. Wird die kinderorientierte Elternberatung als zielführend erachtet, d.h. trägt sie dazu bei, eine einvernehmliche Lösung zu finden, die den Bedürfnissen der Kinder entsprechen, wird die kinderorientierte Elternberatung vorerst für 3 Monate bis zu den Herbstferien 2024 fortgesetzt.»

Eventualiter: Rechtsspruch Ziff. 2.2. Abs. 1 Bst. b der Verfügung vom 21. Februar 2024 des Kantonsgerichts Nidwalden (ZE 24 39) sei aufzuheben und zwecks Anpassung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die

Vorinstanz sei anzuweisen, Rechtsspruch Ziff. 2.2. Abs. 1 Bst. b der Verfügung vom 21. Februar 2024 (ZE 24 39) im Sinne der vorstehenden Formulierung anzupassen.

3. Rechtsspruch Ziff. 2.2. Abs. 2 der Verfügung vom 21. Februar 2024 des Kantonsgerichts Nidwalden (ZE 24 39) sei ersatzlos aufzuheben.

Eventualiter: Rechtsspruch Ziff. 2.2. Abs. 2 der Verfügung vom 21. Februar 2024 des Kantonsgerichts Nidwalden sei aufzuheben und Ziff. 2.2. Abs. 2 wie folgt anzupassen:

«Wird die kinderorientierte Elternberatung von einem Elternteil verweigert, oder ohne triftigen Grund vor dem 5. Juli 2024 abgebrochen oder verzögert, kann dieser Elternteil gestützt auf Art. 292 StGB wegen ungehorsam gegen amtliche Verfügung bestraft werden. Art. 292 StGB lautet wie folgt: Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.»

Sub-Eventualiter: Rechtsspruch Ziff. 2.2. Abs. 2 der Verfügung vom 21. Februar 2024 des Kantonsgerichts Nidwalden (ZE 24 39) sei aufzuheben und zwecks Anpassung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz sei anzuweisen, Rechtsspruch Ziff. 2.2. Abs. 2 der Verfügung vom 21. Februar 2024 (ZE 24 39) im Sinne der vorstehenden Formulierung anzupassen.

4. Der Berufungsklägerin (...) sei die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege, **eventualiter** Vorschuss-UR zu gewähren. Rechtsanwalt Sandor Horvath sei ihr als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (unter Einschluss der MWST.) zu Lasten des Berufungsbeklagten (...).

C.

Mit Verfügung vom 20. März 2024 (P 24 4) wurde das Gesuch der Berufungsklägerin um unentgeltliche Rechtspflege mangels ausreichender Substantiierung bzw. Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen. Den daraufhin eingeforderten Kostenvorschuss von Fr. 500.– bezahlte die Berufungsklägerin fristgerecht (amtl. Bel. 2 f.).

D.

Mit Berufungsantwort vom 12. April 2024 beantragte der Berufungsbeklagte die kostenfällige Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei, und die Bestätigung der Verfügung ZE 24 39 des Kantonsgerichts Nidwalden vom 21. Februar 2024 (amtl. Bel. 4).

E.

Die Berufungsklägerin replizierte mit Eingabe vom 25. April 2024 (amtl. Bel. 6) und der Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 13. Mai 2024 (amtl. Bel. 8), wobei die Parteien an ihren jeweiligen Anträgen festhielten. Damit war der Rechtsschriftenwechsel abgeschlossen.

F.

Die Rechtsvertreter der Parteien reichten am 21. Mai 2024 (Berufungsbeklagter; amtl. Bel. 10) und 27. Mai 2024 (Berufungsklägerin; amtl. Bel. 11) ihre Kostennoten ein.

G.

Die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden hat die vorliegende Streitsache anlässlich ihrer Sitzung vom 20. Juni 2024 in Abwesenheit der Parteien abschliessend beraten und beurteilt. Auf die Vorbringen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:**1.****1.1**

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. zu vorsorglichen Kindesschutzmassnahmen durch den Ehe-schutzrichter NOÉMIE HELLE, in: Bohnet/Guillod [Hrsg.], Commentaire Pratique, Droit matrimonial, 2016, N. 43 zu Art. 315a ZGB). 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). 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 die Verfügung ZE 24 39 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 21. Februar 2024. Darin hat das Kantonsgericht vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens (ZE 21 259) angeordnet. Sie hat einerseits eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für die gemeinsamen Kinder der Parteien errichtet, mit der die Modalitäten des persönlichen Verkehrs zwischen dem Vater und den Kindern geregelt und überwacht werden sollen. Andererseits wurden die Parteien zum Besuch einer kinderorientierten Elternberatung bei Trennung und Scheidung verpflichtet. Die Berufungsklägerin ist mit der Regelung zur Dauer und zu den Folgen bei einem allfälligen Abbruch der kinderorientierten Elternberatung nicht einverstanden und verlangt mit der Berufung die Anpassung respektive Aufhebung dieser vorinstanzlichen Weisungen. Es handelt sich somit um eine vorsorgliche Massnahme in einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit, zu deren Beurteilung das Obergericht Nidwalden örtlich und sachlich zuständig ist.

1.2

Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwer), überdies durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwer; vgl. PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, N. 30 ff. zu den Vorbem. zu Art. 308–318 ZPO).

Die Berufungsklägerin war Partei im vorinstanzlichen Verfahren und ist durch die angefochtene Verfügung berührt, indem sie unter anderem zum Besuch einer kinderorientierten Elternberatung bei Trennung und Scheidung verpflichtet wird. Sie ist somit zur Berufung berechtigt.

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. 3 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 eine Rüge nicht eingetreten werden kann (vgl. nachfolgend E. 4).

2.

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 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).

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 Dispositivmaxime – 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.

3.1

Die Berufungsklägerin rügt zunächst eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts im Sinne von Art. 310 Bst. a und b ZPO sowie die Verletzung von Art. 5 Abs. 1 und 2 BV (Legalitätsprinzip und Grundsatz der Verhältnismässigkeit), Art. 9 BV (Willkürverbot) sowie Art. 10 Abs. 2 BV (persönliche Freiheit).

Zur Begründung führt sie zusammengefasst aus, Dispositivziffer 2.2 der angefochtenen Verfügung sei nicht justiziabel und rechtlich nicht zulässig. Ziff. 2.2 Abs. 1 Bst. b könne bedeuten, dass beide Parteien so lange zu einer kinderorientierten Elternberatung verpflichtet seien, bis das jüngste Kind G.____ volljährig werde, d.h. bis 3. März 2033. Diese unbefristete und folglich übermässige Bindung der Eltern an eine Beratung unter einem Strafautomatismus (Abbruch = Strafe) sei willkürlich und unverhältnismässig. Unverhältnismässig auch deshalb, weil die Parteien freiwillig in die kinderorientierte Elternberatung eingewilligt hätten und deshalb keine Gefahr bestehe, dass sie den Anordnungen in der angefochtenen Verfügung nicht nachkämen. Kein Elternteil könne unter Strafandrohung zu einer langjährigen Beratung verpflichtet werden, sondern müsse das Recht haben, eine Beratung ohne strafrechtliche

Konsequenzen abzurechnen. Dies verunmögliche Ziff. 2.2 Abs. 2 den Parteien, weil sie sich bei einem Abbruch automatisch strafbar machen würden. Würden die zu Beginn der Beratung vereinbarten Regeln verletzt, müsse die verletzte Person die Möglichkeit haben, die Beratung abubrechen. Eine Bestrafung könne sodann nicht automatisch erfolgen, wie aus der Formulierung «macht sich strafbar» zu folgern sei, sondern erst nach Durchführung eines Strafverfahrens. Der vorinstanzliche Zivilrichter könne nicht gleichzeitig als Strafrichter agieren. Die Unmöglichkeit, die Beratung aus gerechtfertigten Gründen abubrechen, stelle auch einen unzulässigen Eingriff in die persönliche Freiheit dar und verletze mangels gesetzlicher Grundlage das Legalitätsprinzip. Einzig die Vorinstanz oder die eingesetzte Beraterin könnten die elternorientierte Beratung abbrechen. Dies würden Berater in der Regel nicht vorzeitig machen, weil sie vom Gericht eingesetzt und ein wirtschaftliches Interesse an der Fortsetzung der Beratung hätten. Eine Überprüfung erst nach 6 Monaten erscheine zu lange, weil diese Frist ins nächste Schuljahr reiche und sich bereits nach zwei bis drei Monaten zeige, ob eine elternorientierte Beratung funktioniere. Schliesslich sei auch unklar, wann der Konflikt als beendet gelte, weil nicht klar sei, wann der Erfolg eintrete (amtl. Bel. 1 Ziff. II./4.; amtl. Bel. 6 Ziff. 1 ff.).

3.2

Hat das Gericht, das für die Ehescheidung oder den Schutz der ehelichen Gemeinschaft zuständig ist, die Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten, so trifft es auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die Kindesschutzbehörde mit dem Vollzug (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Möglich sind unter anderem Anordnungen nach Art. 307, 308, 310, 311 und 312 Ziff. 1 ZGB, wobei für das Gericht die jeweiligen Voraussetzungen und die Anforderungen an die Ausgestaltung der Massnahme in gleicher Weise wie bei Anordnungen der Kindesschutzbehörde gelten (PETER BREITSCHMID, in: Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl. 2022, N. 4 zu Art. 315 – 315b ZGB m.w.V.).

Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Kindesschutzbehörde (oder eben das Scheidungs- oder Eheschutzgericht gemäss Art. 315a Abs. 1 ZGB) die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Sie (resp. es) kann insbesondere die Eltern, die Pflegeeltern oder das Kind ermahnen, ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilen und eine geeignete Person oder Stelle bestimmen, der Einblick und Auskunft zu geben ist (Art. 307 Abs. 3 ZGB). Art. 307 Abs. 3 ZGB bildet eine rechtsgenügende Grundlage, um die Eltern zu einer Beratung, Mediation oder Therapie zu verpflichten. Eine Massnahme nach Art. 307 ZGB kann das Gericht nur anordnen, wenn (1) das Wohl des

Kindes gefährdet ist und (2) die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen bzw. dazu ausserstande sind. Zudem muss die Massnahme zum Schutze des Kindes geeignet sein. Mit ihr muss (3) das Kind tatsächlich geschützt werden können; zu beachten ist schliesslich (4) die Verhältnismässigkeit. Von den erfolgversprechenden Massnahmen ist jene zu wählen, welche für die Eltern am wenigsten belastend ist. Diese Bestimmung räumt dem Richter einen grossen Ermessensspielraum ein (BGE 142 III 197 E. 3.7; Urteile des Bundesgerichts 5A_457/ 2009 vom 9. Dezember 2009 E. 4; 5A_411/2014 vom 3. Februar 2015 E. 3.3.2; 5A_65/2017 vom 24. Mai 2017 E. 2 f.; 5A_522/2017 vom 22. November 2017 E. 4.7.3.2). Die Einhaltung einer solchen Weisung kann mit strafrechtlichen Mitteln erzwungen werden und es ist zulässig, mit dem Entscheid über die Kindeschutzmassnahme die Anordnung der Strafe gemäss Art. 292 StGB als Vollstreckungsmassnahme ins Urteil aufzunehmen (Art. 236 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), und zwar auch ohne Antrag seitens der Parteien (Urteile des Bundesgerichts 5A_65/2017 vom 24. Mai 2017 E. 2.2; 5A_522/2017 vom 22. November 2017 E. 4.7.3.2 m.w.V.).

Die Dauer der Massnahme wird durch das Gebot der Verhältnismässigkeit bestimmt; wo Anordnungen nur für eine absehbare Periode zu treffen sind, ist die Massnahme zu befristen, andernfalls anzupassen (BREITSCHMID, a.a.O., N. 8 zu Art. 307 ZGB). Verändern sich die Verhältnisse, so sind die Massnahmen zum Schutz des Kindes der neuen Lage anzupassen (Art. 313 Abs. 1 ZGB). Mit der laufenden Anpassung an die Verhältnisse beantwortet sich zugleich die Frage nach der Dauer von Kindeschutzmassnahmen. Diese lässt sich nur ausnahmsweise bereits im Zeitpunkt der Anordnung verbindlich festlegen, weshalb in der Regel Berichterstattung (periodisch oder bei aktuellen Ereignissen) durch den Beistand oder weitere Kontaktpersonen anzuordnen ist, wobei für Kindeschutzmassnahmen in der Regel deutlich kürzere Berichterstattungsintervalle als der Zweijahresturnus vorzusehen sind. Wenn keine «feste Laufzeit» bestimmt wurde, bedeutet dies aber nicht zwangsläufiges Fortdauern bis zur Volljährigkeit, sondern lediglich bis zum Vorliegen eines Abänderungsgrundes. Andererseits hindert die Festlegung einer bestimmten Dauer oder eines Prüfintervalls nicht die jederzeitige Anpassung bzw. Erneuerung oder Fortsetzung der Massnahme und – bei unvorhergesehenen günstigen Entwicklungen – auch deren frühere Aufhebung, soweit nicht eine Destabilisierung des Kindes zu befürchten ist. Der Prognosehorizont hängt von vielfachen Variablen ab und ist naturgemäss unbestimmt (BREITSCHMID, a.a.O., N. 4 zu Art. 313 ZGB; PHILIPPE MEIER, in: *Commentaire romand, Code civil I*, 2. Aufl. 2023, N. 1 ff. zu Art. 313 ZGB).

3.3

Die Berufungsklägerin akzeptiert die Anordnung einer kinderorientierten Elternberatung. Sie stört sich allerdings daran, dass die Elternberatung nicht befristet wurde (vgl. Dispositiv-Ziffer 2.2 Abs. 1 Bst. b der angefochtenen Verfügung: «*Die kinderorientierte Elternberatung dauert so lange, bis die Eltern den kinderschädigenden Konflikt mittels einvernehmlich gefundener Lösung, die den Bedürfnissen und Interessen der Kinder entsprechen, beendet haben.*»).

Wie sich den vorstehenden rechtlichen Ausführungen entnehmen lässt, stellt die unbefristete Kindesschutzmassnahme die Regel dar, weil sich ihre Dauer nur ausnahmsweise bereits im Zeitpunkt der Anordnung festlegen lässt (vgl. BREITSCHMID, a.a.O., N. 4 zu Art. 313 ZGB; MEIER, a.a.O., N. 1 zu Art. 313 ZGB). Wie lange die Massnahme zu dauern hat, war vorliegend weder im Zeitpunkt der Anordnung der Massnahme noch bis heute abzuschätzen. Entsprechend hat die Vorinstanz die kinderorientierte Elternberatung richtigerweise nicht befristet.

Entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin bedeutet dies aber nicht, dass die Massnahme – falls der Konflikt nicht vorher beendet wurde – bis zur Volljährigkeit des jüngsten Kindes der Parteien andauert. Vielmehr ist die Massnahme bei veränderten Verhältnissen durch das Gericht anzupassen (Art. 313 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 315b ZGB). Aus diesem Grund hat die Vorinstanz die eingesetzte Beraterin aufgefordert, das Gericht umgehend zu benachrichtigen, wenn die kinderorientierte Elternberatung abgebrochen werden soll, sowie dem Gericht nach sechs Monaten sowie nach Abschluss einen schriftlichen Bericht über die Ergebnisse zuzustellen (vgl. Dispositivziffer 2.4 des angefochtenen Entscheids). Sollte sich aus einer Benachrichtigung der Beraterin oder der Parteien ergeben, dass eine Fortführung der kinderorientierten Elternberatung nicht mehr geboten ist, weil keine Kindeswohlgefährdung mehr vorliegt, sie nicht mehr geeignet ist, um die Kindeswohlgefährdung zu minimieren oder sie nicht mehr verhältnismässig ist, ist die Kindesschutzmassnahme anzupassen oder aufzuheben.

3.4

Die Berufungsklägerin rügt weiter, dass die Verweigerung, der Abbruch oder die Verzögerung der Elternberatung mit einer Strafdrohung versehen wurde (vgl. Dispositiv-Ziffer 2.2 Abs. 2 der angefochtenen Verfügung: «*Wird die kinderorientierte Elternberatung von einem Elternteil verweigert, abgebrochen oder verzögert, so macht sich dieser Elternteil gemäss Art. 292 StGB wegen Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen strafbar.*»).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es zulässig, mit dem Entscheid über eine Kindesschutzmassnahme die Anordnung der Strafe gemäss Art. 292 StGB als Vollstreckungsmassnahme ins Urteil aufzunehmen (Urteile des Bundesgerichts 5A_65/2017 vom 24. Mai 2017 E. 2.2; 5A_522/2017 vom 22. November 2017 E. 4.7.3.2 m.w.V.). Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz angeordnete, wenn ein Elternteil die kinderorientierte Elternberatung verweigere, abbreche oder verzögere, mache sie sich gemäss Art. 292 StGB wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen strafbar.

Die Anordnung einer Strafe gemäss Art. 292 StGB als Vollstreckungsmassnahme ist auch nicht unverhältnismässig. Wenn – wie vorliegend – die Vollstreckungsbeklagten zu einem persönlichen Tun verpflichtet sind, das nicht auch von einem Dritten erfüllt werden kann, steht als Vollstreckungsmittel lediglich indirekter Zwang zur Verfügung, nämlich die Strafdrohung nach Art 292 StGB, die Ordnungsbusse und die Tagesbusse (GIAN RETO ZINSLI, in: Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 9 f. zu Art. 343 ZPO). Die Wahl der Massnahme liegt im Ermessen der Vorinstanz und ist nicht zu beanstanden (vgl. ZINSLI, a.a.O., N. 4 zu Art. 343 ZPO). Eine Vollstreckungsmassnahme ist vorliegend erforderlich, weil ansonsten jegliches Mittel fehlt, um die angeordnete kindesorientierte Elternberatung (indirekt) zu vollstrecken. Auch wenn die Parteien ursprünglich in die Beratung eingewilligt haben, braucht es trotzdem eine Vollstreckungsmassnahme, weil sie ihre Meinung jederzeit ändern können (vgl. dazu auch BB-Bel. 4).

Es trifft überdies nicht zu, dass eine Bestrafung «automatisch» erfolgt und der Zivilrichter zum Strafrichter wird, wie die Berufungsklägerin behauptet. Der Vollstreckungsrichter, d.h. vorliegend der Eheschutzrichter, droht die Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB nur an. Die Festsetzung der Strafe obliegt dem Strafrichter (ZINSLI, a.a.O., N. 16 zu Art. 343 ZPO).

3.5

Es war demnach zulässig, dass die Vorinstanz die kinderorientierte Elternberatung nicht befristet und die Verweigerung, den Abbruch oder die Verzögerung mit Art. 292 StGB bedroht hat. Sie hat weder das Recht unrichtig angewendet noch den Sachverhalt falsch festgestellt (Art. 310 Bst. a und b ZPO) und schon gar nicht willkürlich geurteilt (Art. 9 BV). Die entsprechenden Rügen der Berufungsklägerin sind abzuweisen.

Es besteht mit Art. 307 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 315a Abs. 1 ZGB eine gesetzliche Grundlage, die das Eheschutzgericht berechtigt, die Eltern zu einer kinderorientierten Elternberatung zu verpflichten. Ebenso ist der Eheschutzrichter gestützt auf Art. 236 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO berechtigt, diese Kindesschutzmassnahme mit der Strafdrohung nach

Art. 292 StGB zu versehen. Es liegt somit, entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin, keine Verletzung des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) vor und die entsprechenden Rügen sind abzuweisen.

Auch das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) und die persönliche Freiheit der Berufungsklägerin (Art. 10 Abs. 2 BV) wurden nicht verletzt. Die unbefristet angeordnete kinderorientierte Elternberatung ist zum Schutz des Kindeswohls geboten und verhältnismässig, zumal sie an eine allfällige Veränderung der Verhältnisse anzupassen wäre (Art. 313 Abs. 1 ZGB). Dies muss umso mehr angesichts der Tatsache gelten, dass die von der Vorinstanz angeordnete kinderorientierte Elternberatung innerhalb der nach Art. 307 Abs. 3 ZGB möglichen Weisungen die am wenigsten eingreifende darstellt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_65/2017 vom 24. Mai 2017 E. 2.4). Auch diese Rügen der Berufungsklägerin sind demnach abzuweisen.

4.

4.1

Die Berufungsklägerin wirft weiter die Frage auf, ob die erlassene Verfügung und die Formulierung «bis die Eltern den kindesschädigenden Konflikt mittels einvernehmlich gefundener Lösung (...) beendet haben» eine Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV (recte: Art. 29 Abs. 1 BV) darstellt. Das Eheschutzverfahren sei schon seit 2.5 Jahren am Kantonsgericht Nidwalden hängig. Anstatt die Fakten zu beachten und die Wohnsitznahme und Beschulung in Sarnen zu erlauben, ordne die Vorinstanz eine unbefristete Beratung an, die so lange dauern soll, bis die Parteien eine Lösung gefunden hätten. Damit stelle die Vorinstanz klar, dass sie keinen Entscheid fällen werde und die Eltern eine Lösung finden sollen und verletze den Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist (amtl. Bel. 1 Ziff. II./5.).

4.2

Zunächst ist festzuhalten, dass die anwaltlich vertretene Berufungsklägerin keine Anträge betreffend Rechtsverweigerung/-verzögerung 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.

4.3

Selbst wenn auf die Rüge einzutreten wäre, wäre sie abzuweisen. Aus dem Umstand, dass die kinderorientierte Elternberatung so lange dauern soll, bis die Eltern den kinderschädigenden Konflikt mittels einvernehmlich gefundener Lösung beendet haben, kann selbstredend nicht gefolgert werden, dass die Vorinstanz keinen Eheschutzentscheid fällen wird. Vielmehr hat sie im Urteil ZE 22 122 vom 27. Juli 2022 angekündigt, sobald das Gutachten fertiggestellt sei, werde erneut zur Hauptverhandlung inkl. Parteibefragung vorgeladen und danach schnellstmöglich ein Eheschutzentscheid gefällt (vgl. E. 16). Es ist auch nicht ersichtlich und wird von der Berufungsklägerin auch nicht konkret dargetan, dass die Vorinstanz im vorliegenden Eheschutzverfahren ohne ersichtlichen Grund untätig geblieben ist. Zur Begründung kann auf die entsprechenden Erwägungen im Berufungsverfahren zwischen den Parteien betreffend Abänderung der vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren verwiesen werden (vgl. Urteil des Obergerichts Nidwalden ZA 24 2 vom 20. Juni 2024 E. 5.11).

4.4

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.

5.

5.1

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, soweit darauf einzutreten ist, womit die Berufungsklägerin sämtliche Prozesskosten zu tragen hat.

5.2

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. 500.– (inkl. Auslagen) festgesetzt (Art. 7 Abs. 3 Ziff. 5 PKoG) und ausgangsgemäss der Berufungsklägerin auferlegt. Sie werden mit ihrem Kostenvorschuss in gleicher Höhe (amtl. Bel. 2 f.) verrechnet und sind bezahlt.

5.3

Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach Tarifen zu (Art. 96 ZPO). Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Sie bemessen sich gegenüber der kostenpflichtigen Gegenpartei nach den Vorschriften des PKoG (Art. 31 Abs. 2 PKoG). Im Berufungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten beträgt das Honorar für das Verfahren vor erster Instanz zwischen Fr. 300.– bis Fr. 10'000.– (Art. 42 Abs. 1 Ziff. 5 PKoG). Somit liegt der Kostenrahmen für das Honorar des vorliegenden Berufungsverfahrens zwischen Fr. 500.– bis Fr. 6'000.–. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und 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. 10) eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren von Fr. 1'423.35 (Honorar Fr. 1'250.– [5 Stunden à Fr. 250.–]; Auslagen Fr. 66.70 und 8.1 % MWST Fr. 106.65) 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. 1'423.35 zu bezahlen.

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden auf Fr. 500.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet und sind bezahlt.
3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'423.35 zu bezahlen.
4. [Zustellung].

Stans, 20. Juni 2024

OBERGERICHT NIDWALDEN

Zivilabteilung

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Der Gerichtsschreiber

MLaw Reto Rickenbacher

Versand: _____

Rechtmittelbelehrung:

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