

## **BGer 5A\_85/2022 vom 3. Juni 2022**

Bundesgericht, 2022-06-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_85\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_85_2022)

FR: TF 5A\_85/2022 du 3 juin 2022

IT: TF 5A\_85/2022 del 3 giugno 2022

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Angefochten ist der Endentscheid ( Art. 90 BGG ) eines oberen kantonalen Gerichts, das auf Rechtsmittel hin ( Art. 75 BGG ) betreffend den Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Obhut und Besuchsrecht sowie Unterhaltsbeiträge) und damit betreffend eine insgesamt nicht vermögensrechtliche Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) entschieden hat. Die vom legitimierten ( Art. 76 Abs. 1 BGG ) Beschwerdeführer rechtzeitig ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) eingereichte Beschwerde erweist sich als zulässig. Auf die nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereichte Korrektur zur Beschwerdeschrift wäre grundsätzlich nicht einzutreten. Allerdings betrifft diese ohnehin nur das Rubrum.

#### **E. 1.2.1**

Eheschutzentscheide gelten als Entscheide über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG ( BGE 134 III 667 E. 1.1; 133 III 393 E. 5.2). Daher kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( BGE 133 III 585 E. 4.1). In Verfahren nach Art. 98 BGG kommt eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen nur in Frage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat. Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; Rügeprinzip). Es prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen, während es auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt ( BGE 144 II 313 E. 5.1; 142 III 364 E. 2.4; 140 III 264 E. 2.3). Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, reicht es sodann nicht aus, die Lage aus der eigenen Sicht darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen. Es ist im Einzelnen darzutun, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb auch im Ergebnis an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 140 III 16 E. 2.1 ; 136 I 49 E. 1.4.1; 134 II 244 E. 2.2). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ), was in der Beschwerde darzulegen ist ( BGE 143 I 344 E. 3). Nach Erlass des angefochtenen Entscheids entstandene (sog. echte) Noven sind vor Bundesgericht unzulässig ( BGE 143 V 19 E. 1.2 mit Hinweisen).

#### **E. 1.2.2**

Der Beschwerdeführer macht zu Beginn seiner Beschwerde eigene Ausführungen zum Sachverhalt, ohne jedoch Willkürrügen zu erheben. Soweit seine Ausführungen vom vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ab weichen bzw. diesen ergänzen (insb. in Bezug auf die Hintergründe des Umzugs von U. \_\_\_\_\_ nach V. \_\_\_\_\_), sind sie daher

unbeachtlich.

### **E. 1.3**

Gegenstand des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens ist ausschliesslich der angefochtene Entscheid der Vorinstanz. Dieser ersetzt den erstinstanzlichen Entscheid (Devolutiveffekt; BGE 146 II 335 E. 1.1.2 mit Hinweisen). Soweit der Beschwerdeführer den erstinstanzlichen Entscheid kritisiert bzw. diesen aufgehoben sehen will, ist die Beschwerde unzulässig und auf die entsprechenden Ausführungen nicht einzugehen.

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer bestreitet vorab die schweizerische Zuständigkeit der Vorinstanzen.

#### **E. 2.1**

Er macht geltend, der gemeinsame Sohn habe sowohl im Zeitpunkt des erstinstanzlichen als auch im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich bzw. V.\_\_\_\_\_ gehabt. Insbesondere zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids habe der Sohn gewöhnlichen Aufenthalt in V.\_\_\_\_\_ gehabt. Diesen habe er bis zum Entscheid der Vorinstanz beibehalten. Die Vorinstanzen seien in Willkür verfallen, indem sie die einschlägigen Bestimmungen zur internationalen und örtlichen Zuständigkeit falsch bzw. überhaupt nicht angewendet hätten. Bei der fehlenden Zuständigkeit des erstinstanzlichen Eheschutzurteils handle es sich um einen derart schwerwiegenden Mangel, dass dieses aufzuheben sei, soweit nicht ohnehin Nichtigkeit vorliege. Damit müsse auch der bestätigende Entscheid der Vorinstanz aufgehoben werden bzw. sei er gegenstandslos geworden, soweit es sich um Kindesschutz im Sinne des Haager Kindesschutzübereinkommens handle.

#### **E. 2.2**

Wie der Beschwerdeführer selbst angibt, war dieses Vorbringen bzw. die Frage des gewöhnlichen Aufenthalts des Sohnes nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens. Die Ausführungen bzw. damit im Zusammenhang stehenden Tatsachenbehauptungen des Beschwerdeführers sind neu und damit gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG unzulässig (siehe auch Urteil 5A\_880/2021 vom 26. Oktober 2021 E. 5). Im Übrigen müsste sich der Beschwerdeführer zur Bestreitung der Zuständigkeit der Vorinstanz nicht nur mit den einschlägigen Normen des Haager Kindesschutzübereinkommens betreffend die Zuständigkeit in Kindesschutzsachen auseinandersetzen, sondern mit einer substantiierten Darlegung aufzeigen, inwiefern diese willkürlich oder in Verletzung eines anderen verfassungsmässigen Rechts angewandt worden sein sollen, indem die Vorinstanzen in unhaltbarer Weise verkannt hätten, dass das Kind in Frankreich gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat. Zwar bezeichnet er die Vorgehensweise der Vorinstanzen als willkürlich. Seine Ausführungen genügen den Anforderungen an das Rügeprinzip jedoch nicht. Der Beschwerdeführer irrt, wenn er meint, das Bundesgericht könne den Sachverhalt in Anwendung von Art. 105 Abs. 2 BGG ergänzen. Wie sich aus dem oben Ausgeführten ergibt, gilt vorliegend das Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG und die Beschränkung auf die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Art. 105 Abs. 2 BGG kommt daher nicht zur Anwendung (Urteil 5A\_849/2008 vom 9. Februar 2009 E. 1.2), für eine Ergänzung des Sachverhalts durch das Bundesgericht gilt oben Ausgeführtes (E. 1.2.1). Nichtigkeit ist überdies nicht ersichtlich. Was die internationale Zuständigkeit des Bundesgerichts betrifft, so hat der Sohn seinen gewöhnlichen Aufenthalt zum jetzigen Zeitpunkt unbestrittenermassen in U.\_\_\_\_\_, weshalb das Bundesgericht zuständig ist

(Art. 5 Abs. 1 Haager Kindesschutzübereinkommen, SR 0.211.231.011).

### **E. 3**

Inhaltlich wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Obhutszuteilung an die Beschwerdegegnerin.

#### **E. 3.1.1**

Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen übrigen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Vorab ist deren Erziehungsfähigkeit zu klären. Ist sie bei beiden Elternteilen gegeben, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist - je nach Alter des Kindes - seinem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, so die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem andern in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge und Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (Urteil 5A\_157/2021 vom 24. Februar 2022 E. 3.2.1; vgl. BGE 142 III 617 E. 3.2.3 ; 136 I 178 E. 5.3).

#### **E. 3.1.2**

Beim Entscheid über die Obhut ist der Sachrichter in vielfacher Hinsicht auf sein Ermessen verwiesen ( Art. 4 ZGB , BGE 142 III 612 E. 4.5 mit Hinweisen; Urteil 5A\_343/2021 vom 21. Oktober 2021 E. 5.2). Im Eheschutzverfahren bleibt der Willkürmassstab entscheidend. Das Bundesgericht schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz den Ermessensspielraum über- oder unterschritten oder das Ermessen missbraucht hat und damit zu einem offensichtlich unbilligen, in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken widersprechenden Ergebnis gelangt ist ( BGE 143 III 140 E. 4.1.3 mit Hinweis).

### **E. 3.2**

Sinngemäss rügt der Beschwerdeführer verschiedentlich eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör im Teilgehalt der Begründungspflicht ( Art. 29 Abs. 2 BV ). Diese Rüge ist vorab zu prüfen.

#### **E. 3.2.1**

So bringt er vor, die Vorinstanz habe seine Vorbringen betreffend die Stabilität der familiären Verhältnisse ignoriert und sein Vorbringen nicht gehört, wonach die Beschwerdegegnerin den Sohn in dessen gewohntem Umfeld ausserhalb der Kriseninterventionsstelle habe lassen können, auch wenn sie selbst ein Schutzbedürfnis für sich geltend machte. Auch habe die Vorinstanz sich mit seinen Ausführungen in Bezug auf die Ausnahmesituation aufgrund Corona nicht auseinandergesetzt.

#### **E. 3.2.2**

Aus dem Anspruch auf Begründung gemäss Art. 29 Abs. 2 BV folgt nicht, dass auf jedes einzelne Vorbringen eingegangen werden muss. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Ob diese Anforderungen erfüllt sind, beurteilt sich anhand des Ergebnisses des Entscheides, 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 (zum Ganzen BGE 146 II 335 E. 5.1; 145 III 324 E. 6.1; 143 III 65 E. 5.2).

### **E. 3.2.3**

Diesen Anforderungen wird der angefochtene Entscheid gerecht. So setzt er sich insbesondere ausführlich mit den einzelnen Vorbringen des Beschwerdeführers auseinander, kommt hingegen zu gegenteiligen Schlüssen. Dies betrifft nicht das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers. Dessen Kritik richtet sich denn auch vielmehr gegen die vorinstanzliche Würdigung bzw. den eigentlichen Inhalt des Entscheids.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer wendet sich inhaltlich zunächst gegen die Einschätzung der Vorinstanz betreffend die Stabilität der familiären und örtlichen Verhältnisse. Er macht geltend, die Vorinstanz sei bei der Beurteilung dieses Kriteriums für die Obhutszuteilung in Willkür verfallen.

#### **E. 3.3.1**

Die Vorinstanz führt aus, der Beschwerdeführer habe sich zu vergegenwärtigen, dass der Sohn an zwei Orten zu Hause sei und sich an zwei Hauptbetreuerpersonen gewöhnt habe. Ob der Sohn nun seine Verwandten in Frankreich mit dem Beschwerdeführer regelmässig besuche oder diejenigen in der dominikanischen Republik kaum kenne, dürfe für den Sohn weniger relevant sein, als dass er sowohl in V. \_\_\_\_\_ als auch in U. \_\_\_\_\_ nebst seinen Eltern über ein Umfeld verfüge, seien es nun Verwandte, Bekannte oder Spielkameraden, in dem er sich wohl fühle. Entgegen der Befürchtung des Beschwerdeführers habe der Sohn nicht nur in der Vorschule in V. \_\_\_\_\_ Kameraden und Bezugs (lehr) personen, sondern auch in der Krippe in U. \_\_\_\_\_. Ebenso habe er an beiden Orten einen strukturierten Alltag. Nicht glaubhaft sei die Behauptung des Beschwerdeführers, der Sohn könnte bei einer Beschulung in U. \_\_\_\_\_ die französische Sprache derart verlernen, dass seine spätere Integration in Frankreich beeinträchtigt werde. Umgekehrt könne eine Obhutszuteilung an den Beschwerdeführer aber zur Folge haben, dass der Sohn die deutsche Sprache verlere und bei Besuchen in U. \_\_\_\_\_ nur noch erschwert mit Gleichaltrigen kommunizieren könne. Der Sohn besuche zwar bereits eine Vorschule in V. \_\_\_\_\_. Diese Vorschule sei von der Erstinstanz indes mit dem Kindergarten in der Schweiz verglichen worden und diese habe weiter ausgeführt, dass in Frankreich die Vorschule früher starte als der schweizerische Kindergarten. Natürlich würde der Sohn die (Vor-) Schule in V. \_\_\_\_\_ schon kennen. Dies führe im Umkehrschluss aber nicht dazu, dass der Sohn bei einer Obhutszuteilung an die Beschwerdeführerin den Nachteilen eines Schulwechsels ausgesetzt wäre. Vielmehr könne er im Sommer 2021 ganz regulär in den Kindergarten eintreten. Insgesamt änderten die Einwände des Beschwerdeführers nichts am zutreffenden Schluss der Erstinstanz, eine Beschulung des Sohns sei sowohl auf Französisch und damit in Frankreich als auch in U. \_\_\_\_\_ auf Deutsch mit Vor- und Nachteilen verbunden. Dementsprechend vermöge der Beschwerdeführer die Erwägung der Erstinstanz nicht umzustossen, wonach die Stabilität der familiären und örtlichen Verhältnisse und damit verbunden die Schulsprache des Sohnes weder zu Gunsten des einen noch des anderen Elternteils den Ausschlag gebe.

#### **E. 3.3.2**

Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen, die Vorinstanz ver falle in Willkür, wenn sie zum unhaltbaren Schluss gelange, dass das Kriterium der Stabilität der familiären und örtlichen Verhältnisse sich weder zugunsten des einen noch zugunsten des anderen Elternteils auswirke. Sie verkenne, dass es im Zusammenhang mit den familiären

Verhältnissen sehr wohl auf die Nähe und Beziehung zu Verwandten ankomme. Das sei es genau, was der Verbindung eines Kindes zu einem Ort und einem Land Stabilität verleihe. Noch viel stossender sei allerdings die Erwägung, der Besuch der Vorschule in V. \_\_\_\_\_ sei hinsichtlich der Beziehungen des Sohnes mit der Krippe in U. \_\_\_\_\_ vergleichbar. Dieser Vergleich sei unhaltbar. Eine Vorschule unterscheide sich massgeblich von einer Krippe, da nur in der Vorschule ein eigentlicher, beständiger Klassenverbund gegeben sei. Es liege in der Natur der Kinderkrippe, dass die Kinder allein schon deshalb immer wieder auf unterschiedliche Kinder treffen würden, weil nicht alle an den gleichen Wochentagen fremdbetreut würden. Zudem bleibe man in der Schule in der Regel über viele Jahre hinweg mit den gleichen Kindern in einer Klasse, während die Kindergruppen in den Krippen häufigen Wechseln ausgesetzt seien. Die lapidare Feststellung, der Sohn habe auch in der Krippe in U. \_\_\_\_\_ Kameraden und Bezugs (lehr) personen, verkenne das Gewicht der Einschulung eines Kindes und die Integration in einer Vorschulklasse. Es werde zudem unterschlagen, dass der Sohn sich dennoch in einem neuen Umfeld, in einer neuen Klasse, eingewöhnen und sozialisieren müsse, was immer mit Anpassungsleistungen für ein Kind verbunden sei. Diese Belastung bliebe ihm in V. \_\_\_\_\_ hingegen erspart. Das Aufrechterhalten einer solchen Integration sei einem Wechsel in eine neue Schule bzw. Kindergarten in jedem Fall vorzuziehen.

Schliesslich sei zu beachten, dass der Sohn selbst sich in U. \_\_\_\_\_ offensichtlich deutlich weniger gut integriert fühle als in V. \_\_\_\_\_. Er verfüge über keine stabilen Freundschaften zu anderen Kindern. Die Kinder von der Krippe seien in einem anderen Kindergarten eingeteilt worden. Er fühle sich in U. \_\_\_\_\_ isoliert, was mutmasslich auch mit seiner Sprachbarriere zu tun habe. Die Vorinstanz habe es verpasst, die Vorbringen und die Aktenlage bezüglich der Sprache angemessen zu würdigen und verkenne, dass sie dem Sohn damit eine nicht unerhebliche Zusatzbelastung in seinem schulischen und sozialen Weg aufbürden würde. Die Nichtbeachtung dieses Kriteriums sei unhaltbar und im Ergebnis willkürlich. Im Übrigen könne der Sohn auch in V. \_\_\_\_\_ eine bilinguale Klasse besuchen. Insgesamt sei der Sohn mit dem Wohnort des Vaters eindeutig enger verbunden.

### **E. 3.3.3**

Die Ausführungen des Beschwerdeführers sind vorwiegend appellatorischer Natur und richten sich teilweise (implizit) gegen die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung, teilweise gegen die darauf basierende Beweiswürdigung. So bringt der Beschwerdeführer (unsubstanziert) vor, der Sohn fühle sich in U. \_\_\_\_\_ isoliert und er verfüge über keine stabilen Freundschaften zu anderen Kindern. Er vermag damit - sofern er dies überhaupt rügt - die vorinstanzliche Feststellung, der Sohn sei an zwei Orten zu Hause, verfüge über zwei Hauptbetreuungspersonen und auch in U. \_\_\_\_\_ nebst seiner Mutter über ein Umfeld und insbesondere Kameraden, nicht als willkürlich auszuweisen. Wenn er behauptet, dass die Kinder von der Krippe in der Zwischenzeit in einem anderen Kindergarten eingeteilt worden seien und der Sohn auch in V. \_\_\_\_\_ eine bilinguale Klasse besuchen könne, so zeigt er nicht auf, wo er entsprechende Sachverhaltsvorbringen bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingebracht hat. Die Vorbringen sind neu und damit unbeachtlich ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Was schliesslich die Einschulung in die Vorschulklasse anbelangt, so ist zunächst festzustellen, dass die Vorinstanz diese nicht mit der Krippe, sondern mit dem Kindergarten verglichen hat. Inwiefern die Einschulung in eine Vorschulklasse im Rahmen der Betreuungslösung im Sinne der alternierenden Obhut

gegenüber der tageweisen Betreuung in der Krippe in Bezug auf die geknüpften Beziehungen die Feststellung als willkürlich erscheinen liesse, der Sohn verfüge auch in U.\_\_\_\_\_ in der Krippe über Bezugs (lehr) personen und Kameraden, erschliesst sich nicht. Auch wenn aus Sicht des Beschwerdeführers verständlich ist, dass dieser der französischen Vorschulklasse eine höhere Bedeutung beimisst als der Integration in der Krippe in U.\_\_\_\_\_, so vermag er dennoch keine Willkür in der vorinstanzlichen Würdigung zu belegen, sondern begnügt sich mit der Schilderung des aus seiner Sicht massgebenden Sachverhalts und will die Würdigung der Vorinstanz durch seine eigene ersetzt wissen. So schildert er beispielsweise, man bleibe in der Schule in der Regel über viele Jahre hinweg mit den gleichen Kindern in einer Klasse, während die Kindergruppen in den Krippen häufigen Wechseln ausgesetzt seien. Er zeigt aber nicht auf, inwiefern dies die Feststellung der Vorinstanz, der Sohn verfüge auch in U.\_\_\_\_\_ über Kameraden, willkürlich erscheinen liesse. Schliesslich ist nicht allein die Integration in eine Schule oder Krippe entscheidend, sondern, wie dies die Vorinstanz gemacht hat, die gesamthafte Beurteilung des Kriteriums der Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse.

Insgesamt bleibt es daher bei der vorinstanzlichen Würdigung, dass das Kriterium der Stabilität der familiären und örtlichen Verhältnisse weder für noch gegen den Beschwerdeführer oder die Beschwerdegegnerin spricht.

#### **E. 3.4**

Ferner rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz sei in Bezug auf die Beurteilung der Bindungstoleranz in Willkür verfallen.

##### **E. 3.4.1**

Die Vorinstanz ist insgesamt zum Schluss gekommen, der Beschwerdeführer habe die von der Erstinstanz getroffene Einschätzung, die Bindungstoleranz der Beschwerdegegnerin sei höher einzuschätzen als seine eigene, nicht zu entkräften vermocht. Auch im vorinstanzlichen Verfahren habe sich gezeigt, dass der Beschwerdeführer ein fürsorglicher Vater sei, der mit Sicherheit nur das Beste für seinen Sohn wolle, gleichzeitig aber der Beschwerdegegnerin nicht zutraue, sich ebenso wie er um den Sohn kümmern zu können, wobei seine Zweifel auf keiner hinreichend glaubhaft gemachten Grundlage beruhen würden.

##### **E. 3.4.2**

Im Ergebnis will der Beschwerdeführer das Kriterium der Bindungstoleranz neutral bewertet wissen. Da sich damit letztlich nur das Kriterium der Stabilität in den familiären und örtlichen Verhältnissen einseitig, nämlich zu seinen Gunsten, auswirke, sei der angefochtene Entscheid im Ergebnis unhaltbar und ihm die Obhut zuzuteilen.

##### **E. 3.4.3**

Nachdem bereits aufgezeigt wurde, dass die Vorinstanz das Kriterium der Stabilität der familiären und örtlichen Verhältnisse willkürfrei - als neutral - gewichtet hat, erübrigt sich eine weitere Prüfung der Bindungstoleranz. Denn selbst wenn dieses Kriterium (ebenfalls) als neutral zu gelten hätte, wie dies der Beschwerdeführer anstrebt, vermöchte sich dies auf den angefochtenen Entscheid nicht in dem Sinne auszuwirken, als dass dieser bei Neutralität aller Beurteilungskriterien für die Obhutzuteilung als willkürlich zu qualifizieren wäre bzw. wäre keine Willkür in der Ermessensausübung dargetan.

##### **E. 3.4.4**

Im Übrigen sind die Ausführungen des Beschwerdeführers betreffend die Bindungstoleranz rein appellatorisch, mit denen Willkür in der Ermessensausübung nicht zu belegen ist. So führt er aus, bei den Beispielen, die an der Bindungstoleranz des Beschwerdeführers zweifeln liessen, handle es sich um lediglich vier Vorwürfe und harmlose Beispiele, die nicht dazu taugen würden, die Bindungstoleranz zu beurteilen. Die Vorinstanz ignoriere, dass die Beschwerdegegnerin den Sohn mit dem Wechsel in die Kriseninterventionsstelle letztlich grundlos aus dessen gewohntem Umfeld gerissen habe; auch der Beschwerdeführer habe der alternierenden Obhut zugestimmt und eine solche beantragt; in stossender Weise sei er im Zusammenhang mit den Auseinandersetzungen betreffend die Ausnahmeregelung für die während Corona geltenden Reisebeschränkungen beschuldigt worden, mangelnde Bindungstoleranz gezeigt zu haben; aus der Tatsache, sein damaliger Rechtsvertreter sei offenbar der Ansicht gewesen, er werde zu wenig rasch durch den Beschwerdeführer instruiert, sei von der Vorinstanz in absurder Weise abgeleitet worden, er habe bewusst zu seinen Gunsten Kommunikationsbarrieren geschaffen; dass er sich nicht für den Krippenbesuch interessiert habe, gehe ins Leere, da er davon gar nichts gewusst habe; seine Kompromissbereitschaft betreffend Ferien sei nicht relevant im Zusammenhang mit der Bindungstoleranz und das Abstellen auf irrelevante und sachfremde, subjektive Wahrnehmungen der Kindesvertreterin, wonach der Sohn bei der Beschwerdegegnerin viel mehr seine eigene Meinung entwickeln könne, sei unhaltbar und willkürlich. Damit wiederholt der Beschwerdeführer mehrheitlich seine vorinstanzlichen Vorbringen und erachtet seine eigene Würdigung des Sachverhalts als massgebend, ohne jedoch die Beurteilung seiner erhobenen Rügen durch die Vorinstanz und die darauf gestützt vorgenommene Würdigung des Sachverhalts als willkürlich auszuweisen. Die Vorinstanz hat sich ausführlich mit der Bindungstoleranz und den einzelnen Rügen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt. Dabei ist sie insgesamt willkürfrei zum Schluss gekommen, die Einschätzung der Erstinstanz, die Bindungstoleranz der Beschwerdegegnerin sei höher einzuschätzen, habe vom Beschwerdeführer nicht entkräftet werden können. Die Vorinstanz hat im Übrigen nicht isoliert auf die Ausführungen der Kindesvertreterin abgestellt, sondern die Bindungstoleranz in einer umfassenden Gesamtwürdigung willkürfrei beurteilt.

### **E. 3.5**

Willkür in der Ermessensausübung ist daher nicht dargetan, womit es bei der Obhutzuteilung an die Beschwerdegegnerin bleibt. Bei diesem Ergebnis ist die Anpassung des Besuchs- und Ferienrechts und der finanziellen Folgen, die der Beschwerdeführer nur in Verbindung mit der Obhutzuteilung fordert bzw. nicht unabhängig davon begründet, nicht weiter zu prüfen.

### **E. 4**

Strittig ist im Übrigen der Anspruch des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung im vorinstanzlichen Verfahren.

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz verneinte die Prozessarmut des Beschwerdeführers. Sie führte im Wesentlichen aus, dieser sei Eigentümer einer Wohnung in Frankreich, von der auszugehen sei, dass sie nicht belehnt ist. Dem Beschwerdeführer sei entsprechend entgegenzuhalten, dass ihm sämtliche Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung oder durch Aufnahme eines

zusätzlichen Hypothekarkredits grundsätzlich zuzumuten seien. Erst wenn der Nachweis erbracht werde, dass eine weitere Belehnung nicht möglich sei, gelte die Mittellosigkeit als erstellt. Einen Grund, weshalb es dem Beschwerdeführer nicht möglich sei, eine Hypothek für seine Wohnung aufzunehmen, bringe er nicht vor, weshalb er nicht hinreichend dazulegen vermöge, sämtliche eigenen Mittel zur Finanzierung des Verfahrens ausgeschöpft zu haben.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Wohnung sei zu 100 % mit Pensionskassengeldern finanziert worden, was sich aus den Akten ergebe. Die Veräusserung der Wohnung würde aufgrund der Rückerstattungspflicht daher zu keinen freien Mitteln führen. Zudem könne die Aufnahme einer Hypothek nicht verlangt werden, da damit die Rückzahlungspflicht umgangen würde und Vorsorgegelder für die Prozessfinanzierung verwendet werden müssten. Der Beschwerdeführer werde bereits 60 Jahre alt, weswegen es unverhältnismässig sei, von ihm eine Verwendung von Vorsorgegeldern für die Prozessfinanzierung zu erwarten. Würde sich die Immobilie zudem in der Schweiz befinden, wäre sie ohnehin mit einer entsprechenden Anmerkung im Grundbuch versehen worden, so dass eine Hypothek gar nicht in Frage käme.

#### **E. 4.3.1**

Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand. Hierbei handelt es sich um eine verfassungsrechtliche Minimalgarantie, deren Einhaltung das Bundesgericht bei genügender Rüge trotz seiner grundsätzlich beschränkten Kognition in rechtlicher Hinsicht frei prüft ( BGE 142 III 131 E. 4.1). Als bedürftig gilt eine Person dann, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation der rechtsuchenden Person im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs ( BGE 141 III 369 E. 4.1 ; 135 I 221 E. 5.1 ; 128 I 225 E. 2.5.1; je mit Hinweisen).

#### **E. 4.3.2**

Die gesuchstellende Person hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern. Es trifft sie eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit ( BGE 125 IV 161 E. 4a; Urteil 5A\_456/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 5.1.2 mit Hinweis). Insofern gilt im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ein durch die Mitwirkungspflicht eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz (Urteil 5A\_716/2021 vom 7. März 2022 E. 3). Die Mitwirkungsobliegenheit verpflichtet auch zur Darstellung der Möglichkeit einer Kreditaufnahme ( BGE 120 Ia 179 E. 3a). An die klare und gründliche Darstellung der finanziellen Situation durch die gesuchstellende Person selbst dürfen umso höhere Anforderungen gestellt werden, je komplexer die Verhältnisse sind ( BGE 125 IV 161 E. 4a; 120 Ia 179 E. 3a). Das Gericht hat den Sachverhalt aber immerhin dort weiter abzuklären, wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 97 ZPO hingegen nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein

unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern. Kommt der anwaltlich vertretene Gesuchsteller seinen Obliegenheiten nicht (genügend) nach, kann das Gesuch mangels ausreichender Substanziierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (Urteil 5A\_716/2021 vom 7. März 2022 E. 3 mit Hinweisen).

#### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer erhebt keine Verfassungsfragen, sondern macht schlicht geltend, die vorinstanzlichen Feststellungen widersprüchen den Akten und sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei zu Unrecht abgewiesen worden. Soweit auf seine Rüge daher überhaupt einzutreten wäre (E. 1.2.1 oben, siehe dazu immerhin Urteil 4A\_384/2015 vom 24. September 2015 E. 3, wonach es genügt, im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde eine Verletzung von Art. 117 ZPO zu rügen, da eine Verletzung von Art. 117 ZPO zugleich eine Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV darstellt; vgl. ausserdem BGE 142 III 131 E. 4.1: die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. ZPO stimmen mit denjenigen der Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV überein), ist sie jedenfalls unbegründet: Der Beschwerdeführer behauptet nicht, entgegen den vorinstanzlichen Feststellungen Angaben zur (Un-) Möglichkeit der Aufnahme einer Hypothek gemacht zu haben. Seine Ausführungen in Bezug auf eine Veräusserung der Wohnung zielen insofern ins Leere, als die Vorinstanz nicht ausgeführt hat, er habe seine Wohnung zu veräussern bzw. aus einer Veräusserung seien freie Mittel zu erzielen, sondern, dass er keinen Grund genannt habe, weshalb er keine Hypothek aufnehmen könne. Dazu hätte aber gemäss oben dargelegter Rechtslage (E. 4.3.2) Veranlassung bestanden. Die entsprechenden Vorbringen sind im bundesgerichtlichen Verfahren verspätet ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Die Vorinstanz durfte daher das Gesuch des Beschwerdeführers mangels Bedürftigkeitsnachweises verfassungskonform abweisen.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerde ist abzuweisen. Der Beschwerdeführer unterliegt und wird kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Eine Parteientschädigung ist dagegen nicht geschuldet, zumal der Beschwerdegegnerin kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

#### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer stellt einen Antrag auf Prozesskostenbeitrag bzw. Prozesskostenvorschuss zu Lasten der Beschwerdegegnerin. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass das Bundesgericht zu dessen Beurteilung unzuständig ist ( BGE 143 III 617 E. 7). Ob sein eventualiter gestelltes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung bereits mangels Nachweis der Bedürftigkeit abzuweisen wäre, kann offen gelassen werden. Denn wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, war die Beschwerde von vornherein aussichtslos. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren ist daher abzuweisen (vgl. Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ).

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