

# **AG\_ZIVILGERICHT ZSU.2022.116 vom 18. November 2022**

Ag Zivilgericht, 2022-11-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_zivilgericht\\_ZSU.2022.116](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_zivilgericht_ZSU.2022.116)

FR: AG\_ZIVILGERICHT ZSU.2022.116 du 18 novembre 2022

IT: AG\_ZIVILGERICHT ZSU.2022.116 del 18 novembre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die verheirateten Parteien leben seit Mai 2019 getrennt. Aus der Ehe ist die Tochter C., geboren am tt.mm. 2015, hervorgegangen. Seit dem 19. Mai 2020 ist das Scheidungsverfahren hängig.

### **E. 2**

Der Gesuchsgegner sei zu berechtigen und zu verpflichten, C. jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend zu sich oder mit sich auf Besuch sowie während drei Wochen pro Jahr zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, jeweils auf eigene Kosten.

#### **E. 2.1**

Gegen den angefochtenen Entscheid ist als Rechtsmittel die Berufung gegeben (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufungsfrist beträgt zehn Tage (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 248 lit. d ZPO) ab der Zustellung des begründeten Entscheids bzw. der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung einer eingeschriebenen Postsendung, die (bis dahin) nicht abgeholt worden ist, gilt am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (sog. Zustellfiktion; Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; STAEHELIN, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 8 f. zu Art. 138 ZPO). Die Verlängerung der Abholfrist ist grundsätzlich unbeachtlich (BGE 5D\_149/2018 E. 3). Fristen, die durch eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses ausgelöst werden, beginnen am folgenden Tag zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben werden (Art. 143 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 2.2**

Eine Partei kann sich im Verfahren durch einen oder mehrere Vertreter vertreten lassen (Art. 68 ZPO; TENCHIO, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Basel 2017 [zit. BSK ZPO], N. 1a zu Art. 68 ZPO). Die gerichtliche Zustellung hat in diesem Fall an die Vertretung zu erfolgen (Art. 137 ZPO). Die Zustellung an die Parteivertretung ist Gültigkeitserfordernis für die Zustellung (BGE 143 III 28 E. 2.2.1, m.w.H.). Die Berufung auf den Formmangel findet ihre Grenze jedoch im Grundsatz von Treu und Glauben und es ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu prüfen, ob die Partei durch den Mangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist (BGE 4A\_367/2007 E. 3.2; SUTTER-SOMM/SEILER, in: Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 1-408 ZPO, N. 5 zu Art. 137 ZPO; GSCHWEND, BSK ZPO, N. 27 zu Art. 138 ZPO). 3.

### **E. 2.3**

sei neu wie folgt zu formulieren: Die Berufungsbeklagte sei berechtigt und verpflichtet zu erklären, mit C. zwei Wochen Ferien pro Jahr auf eigene Kosten zu verbringen. 3. Ziff. 5 und 6 des Entscheid seien wie folgt abzuändern:

### **E. 2.4**

Es wird festgestellt, dass die Parteien für die Fremdbetreuungsorganisation ihrer Tochter C. verantwortlich sind, sollten sie an einem ihnen

- 5 - zugewiesenen Betreuungstag die persönliche Betreuung von C. nicht selber sicherstellen können. 3.

### **E. 2.5**

Mit Entscheid vom 15. Februar 2022 erkannte das Bezirksgericht Muri, Präsidium des Familiengerichts: " 1. Es wird festgestellt, dass die Parteien seit Mai 2019 getrennt leben. 2.

### **E. 3**

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin an den Unterhalt von C. monatlich vorschüssig rückwirkend ab Januar 2020 einen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'345.00 zu bezahlen (davon Betreuungsunterhalt CHF 930.00).

### **E. 3.1**

Der begründete Entscheid vom 15. Februar 2022 wurde am 25. April 2022 versandt (vgl. Schreiben der Vorinstanz vom 10. Mai 2022, act. 237 und Sendungsverfolgung, act. 235 und 236). Die Sendung für den Beklagten wurde am 26. April 2022 zur Abholung gemeldet (mit Frist bis zum 3. Mai 2022; act. 236). Tatsächlich abgeholt wurde die Sendung aber erst am 4. Mai 2022. Der Beklagte macht in seiner Berufung keine Ausführungen

- 10 - dazu, dass ihm die Abholeinladung nicht ordnungsgemäss zugestellt worden sei oder dass er nicht mit einer Zustellung habe rechnen müssen (vgl. oben E. 2.1). Von Letzterem wäre auch sonst nicht auszugehen, hatte der Beklagte doch am 31. März 2022 um Zustellung des begründeten Entscheids ersucht (Eingabe des Beklagten vom 31. März 2022, act. 207). Der Beklagte macht nicht geltend, dass ihm aus der anfänglich lediglich an lic. iur. E. erfolgten Zustellung ein prozessualer Nachteil erwachsen sei. So stützt er sich in seiner Berufung selbst auf die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die massgebliche Berufungsfrist am 16. Mai 2022 ende, nachdem sie durch Zustellung an lic. iur. E. ausgelöst worden sei (Berufung S. 4). Die Berufungsfrist wurde demnach am 3. Mai 2022 ausgelöst. Dabei ist unerheblich, ob in der anfänglich unterbliebenen Zustellung an lic. iur. Emmenegger ein Eröffnungsmangel liegt, da dem Beklagten daraus kein Nachteil erwachsen ist (vgl. oben E. 2.2).

### **E. 3.2**

Nach dem Gesagten ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Berufungsfrist am 4. Mai 2022 zu laufen begann. Die Berufung hätte demnach bis zum 13. Mai 2022 der Post übergeben werden müssen (vgl. oben E. 2.1; vgl. auch den zutreffenden Hinweis in der Berufungsantwort, N. 3). Die Übergabe fand jedoch erst am 16. Mai 2022 statt (vgl. Poststempel und Datierung der Berufung). Zu prüfen ist, ob der Beklagte allenfalls auf die Ausführungen der Vorinstanz vertrauen durfte, wonach die Berufungsfrist am 16. Mai 2022 ablaufe (oben E. 1). Wie bei einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung stellt sich hier also die Frage, ob die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind (vgl. BGE 135 III

374 E. 1.2.2). Diesen Schutz kann eine Prozesspartei nur dann beanspruchen, wenn sie sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Auskunft verlassen durfte. Wer die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, kann sich nicht darauf berufen, wobei allerdings eine grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei oder ihres Anwalts vorliegen muss. Der Vertrauensschutz versagt zudem nur dann, wenn die Mangelhaftigkeit der Auskunft für den Rechtsuchenden bzw. seinen Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmungen ersichtlich gewesen wäre (vgl. BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1). Nichts Anderes kann gelten, wenn es sich nicht um eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung, sondern die unzutreffende Angabe des Ablaufdatums einer Rechtsmittelfrist in einem separaten Schreiben an die Parteien handelt. Nachdem der Entscheid vom 15. Februar 2022 – im Übrigen mit einer korrekten Rechtsmittelbelehrung versehen – am 3. Mai 2022 als zugestellt galt (oben E. 3.1), wäre es dem Beklagten ohne weiteres möglich und auch von ihm bzw. seinem Rechtsvertreter zu erwarten gewesen, den Beginn und das Ende der zehntägigen Berufungsfrist zu eruieren. Dass er die Frist vorliegend offenbar nicht nachgerechnet, sondern auf die falsche Rechtsauskunft der vorinstanzlichen Gerichtspräsidentin vertraut hat, ist ihm als grobe prozessuale Unsorgfalt anzulasten. Er ist in

- 11 - seinem Vertrauen auf die fehlerhafte Auskunft daher nicht zu schützen. Dies zumal der Beklagte trotz Hinweis in der Berufungsantwort nicht geltend macht, dass er diese Frist nicht selbst habe ausrechnen können.

### **E. 3.3**

Auf die Berufung ist nicht einzutreten. 4. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten sind auf Fr. 500.00 festzusetzen (§ 8 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 VKD). Der Beklagte hat der Klägerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen. Ausgehend von einer Grundentschädigung für ein durchschnittliches Massnahmeverfahren von Fr. 2'500.00 (§ 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AnwT), Abzügen von 20% wegen fehlender Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT) und einem Rechtsmittelabzug von 25% (§ 8 AnwT), einem Zuschlag von 5% für die Eingabe vom 20. Juni 2022 (§ 6 Abs. 3 AnwT), Auslagen von pauschal Fr. 70.00 sowie 7.7% Mehrwertsteuer ist die Entschädigung für das Berufungsverfahren auf gerundet Fr. 1'792.00 festzusetzen. Das Obergericht erkennt: 1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten. 2. Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 500.00 wird dem Beklagten auferlegt und in dieser Höhe mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). 3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die gerichtlich auf Fr. 1'792.00 festgesetzten Parteikosten (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Zustellung an: [...] Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In

- 12 - vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim

Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Aarau, 18. November 2022  
Obergericht des Kantons Aargau Zivilgericht, 5. Kammer Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Brunner Schifferle

### **E. 3.4**

Am 20. Juni 2022 nahm die Klägerin nochmals Stellung. Das Obergericht zieht in Erwägung: 1. Im vorinstanzlichen Verfahren wurde mit Verfügung vom 17. Dezember 2020 (act. 85) der vom Beklagten am 11. August 2020 bevollmächtigte (Beilage 1 zur Eingabe des Beklagten vom 2. Dezember 2020) lic. iur. E. als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Beklagten eingesetzt. Am 31. März 2022 teilte lic. iur. Carmen Emmenegger dem Bezirksgericht mit, dass der Beklagte sie mit der Vertretung seiner Interessen betraut habe (act. 207). Rechtsanwältin Emmenegger wurde im Rubrum des begründeten Entscheids neben Rechtsanwalt E. als Vertreterin des Beklagten aufgeführt, der begründete Entscheid jedoch nur Rechtsanwalt E., nicht aber Rechtsanwältin Emmenegger zugestellt. Mit Schreiben an die Parteien vom 10. Mai 2022 holte die Vorinstanz diese Zustellung nach (Zustellung erfolgt am 18. Mai 2022; act. 240) und kam gleichzeitig zum Schluss, dass dies keine neue Rechtsmittelfrist auslöse, sondern davon auszugehen sei, dass die Zustellung an lic. iur. E. massgeblich sei. Die Vorinstanz führte dazu weiter aus, dass diese Rechtsmittelfrist am 16. Mai 2022 ende (act. 237 ff.). Mit Bezugnahme auf diese Auskunft

- 9 - scheint der Beklagte davon auszugehen, dass er die Berufungsfrist mit Eingabe vom 16. Mai 2022 (Datum der Postaufgabe) eingehalten habe (vgl. Berufung S. 4). 2.

### **E. 4**

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin an ihren persönlichen Unterhalt rückwirkend ab Januar 2020 einen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'000.00 zu bezahlen.

### **E. 5**

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Ehescheidungsverfahren vor Bezirksgericht Muri OF.2020.24 einen Prozesskostenvorschuss von CHF 5'000.00 zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen. Eventualiter sei der Gesuchstellerin im Ehescheidungsverfahren OF.2020.24 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und die unterzeichnende Rechtsanwältin als ihre Rechtsvertreterin einzusetzen.

### **E. 5.1**

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt der gemeinsamen Tochter C. monatlich vorschüssig folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:  
■ ab 1. Januar 2020 bis 30. April 2020: Fr. 1'153.00 (davon Fr. 778.00 als Betreuungsunterhalt) zuzüglich allfällig bezogener Kinder- bzw. Ausbildungszulagen ■ ab 1. Mai 2020 bis 31. Dezember 2021: Fr. 1'356.00 (davon Fr. 952.00 als

Betreuungsunterhalt) zuzüglich die Hälfte der allfällig bezogenen Kinder- bzw. Ausbildungszulagen ■ ab 1. Januar 2022: Fr. 835.00 (davon Fr. 385.00 als Betreuungsunterhalt) zuzüglich die Hälfte der allfällig bezogenen Kinder- bzw. Ausbildungszulagen

#### **E. 5.2**

Mit den Unterhaltsbeiträgen gemäss Ziff. 5.1. ist der gebührende Unterhalt von C. gedeckt. 6. Für die Unterhaltspflicht gemäss Ziffer 5 bereits nachweislich erbrachte Unterhaltsleistungen können zur Verrechnung gebracht werden.

#### **E. 6**

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das vorliegende Verfahren um vorsorgliche Massnahmen einen Prozesskostenvorschuss von CHF 3'000.00 zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen. Eventualiter sei der Gesuchstellerin für das Verfahren um vorsorgliche Massnahmen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und die unterzeichnende Anwältin als unentgeltliche Rechtsvertreterin einzusetzen.

- 3 -

#### **E. 7**

- 6 - Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge wurde von folgenden monatlichen Nettoeinkommen ausgegangen: Gesuchstellerin: ■ Phase 1, 50% (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Familienzulagen): Fr. 2'090.00 ■ Phase 2, 50% (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen): Fr. 2'135.00 ■ Phase 3, hypothetisch 75% (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen): Fr. 3'203.00 Gesuchsgegner: ■ Phase 1, 100% (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Familienzulagen): Fr. 3'180.00 ■ Phase 2, 80% (Umschulung, exkl. Kinderzulagen): Fr. 4'200.00 ■ Phase 3, hypothetisch 75% (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen): Fr. 4'875.00 C. ■ Kinderzulagen: Fr. 300.00

#### **E. 8.1**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

#### **E. 8.2**

Die Entscheidgebühr von Fr. 3'000.00 wird den Parteien je zur Hälfte mit Fr. 1'500.00 auferlegt. Da beiden Parteien mit separaten Entscheiden die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, werden deren Kostenanteile unter dem Vorbehalt späterer Rückforderung einstweilen als unentgeltlich vorgemerkt." 3.

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