

# **BGer 5A 536/2011 vom 12. Dezember 2011**

Bundesgericht, 2011-12-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_536\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_536_2011)

FR: TF 5A 536/2011 du 12 décembre 2011

IT: TF 5A 536/2011 del 12 dicembre 2011

## **Regeste**

Ehescheidung (unrichtige Rechtsmittelbelehrung) | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein kantonaler letztinstanzlicher Endentscheid ( Art. 75 und Art. 90 BGG ) über naheheliche Unterhaltsbeiträge ( Art. 125 ZGB ). Er betrifft damit eine Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit ( BGE 116 II 493 E. 2b S. 495 ). Die Beschwerde in Zivilsachen ist nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.-- beträgt oder sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt ( Art. 74 BGG ).

### **E. 1.2**

Der Streitwert bestimmt sich nach den Begehren, die vor dem Obergericht streitig geblieben sind ( Art. 51 Abs. 1 BGG ; vgl. BGE 137 III 47 E. 1.2.2 S. 48; 121 III 214 E. 1 S. 215 ). Als Wert wiederkehrender Leistungen von beschränkter Dauer gilt der Kapitalwert ( Art. 51 Abs. 4 BGG ). Zur Vereinfachung kann das Bundesgericht in solchen Fällen die einzelnen Beträge addieren (Urteil 5A\_99/2011 vom 26. September 2011 E. 1). Da der Beschwerdeführer neben der Reduktion des Unterhaltsbeitrags ebenfalls dessen vollumfängliche Sistierung verlangt hatte, blieb vor Obergericht der ganze Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'200.-- pro Monat strittig. Das bezirksgerichtliche Urteil trat im Scheidungspunkt im Verlaufe des Monats Juni 2011 in Rechtskraft. Die Unterhaltspflicht ist bis und mit Juli 2013 befristet. Entsprechend ist der monatliche Betrag von Fr. 1'200.-- während etwas mehr als 25 Monaten zu berücksichtigen, womit die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- erreicht ist ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig. Die in der gleichen Rechtsschrift erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird hinfällig ( Art. 113 BGG ; BGE 135 III 397 E. 1.2 S. 400 ).

### **E. 1.3**

Der obergerichtliche Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung bildet gleichermassen ein taugliches Anfechtungsobjekt (5A\_396/2009 vom 5. August 2009 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 135 I 288 ; zur Veröffentlichung bestimmtes Urteil 5A\_320/2011 vom 8. August 2011 E. 2.2).

### **E. 2.1**

Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheids in Kraft ist ( Art. 405 Abs. 1 ZPO ). Bei der "Eröffnung" des Entscheids handelt es sich um einen autonomen Begriff des Bundesrechts. Weder besteht ein Verweis noch eine Bezugnahme auf kantonales Recht. Die Eröffnung des Entscheids kann durch Übergabe des Dispositivs

anlässlich der Hauptverhandlung ( Art. 239 Abs. 1 lit. a ZPO ), Zustellung des Dispositivs ( Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO ) oder mit der schriftlichen Urteilsbegründung, die ebenfalls das Dispositiv enthält, erfolgen. Jede dieser Möglichkeiten bedeutet "Eröffnung" im Sinne von Art. 405 Abs. 1 ZPO . Wird ein Dispositiv übergeben oder zugestellt, ist dies bereits die Eröffnung gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO , und es findet kein Aufschub auf den Zeitpunkt der schriftlichen Begründung statt, die später nachgeliefert wird (vgl. zum Ganzen: BGE 137 III 127 E. 2 S. 129 f.). Massgebender Zeitpunkt für die Eröffnung ist das Datum des Versands durch das Gericht und nicht dasjenige der Zustellung an die Parteien ( BGE 137 III 130 E. 2 S. 131 f.).

## **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer erhebt ausdrücklich keine Sachverhaltsrügen und bestätigt die vom Obergericht festgestellten Daten des Versands des bezirksgerichtlichen Urteilsdispositivs (20. Dezember 2010), der Zustellung dieses Urteilsdispositivs (21. Dezember 2010), der Zustellung der schriftlichen Urteilsbegründung (13. Mai 2011) und der Postaufgabe seiner als Berufung bezeichneten Eingabe (9. Juni 2011).

## **E. 3.1**

Das Bezirksgericht verweist in seiner Rechtsmittelbelehrung in der Urteilsbegründung auf die Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO . Es begründet zudem in seinen Urteilserwägungen, warum gegen sein Urteil die neurechtliche Berufung zu ergreifen sei (Ziff. 1/1.2 S. 5 des bezirksgerichtlichen Urteils): Die Parteien hätten das Urteilsdispositiv am 21. Dezember 2010 in Empfang genommen, also während der bis am 10. Januar 2011 dauernden Gerichtsferien des Zivilrechtspflegegesetzes des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984 (ZPO; SAR 221.100; in Kraft bis 31. Dezember 2010). In Anwendung von § 90 Abs. 1 ZPO /AG gelte demnach die während den Gerichtsferien erfolgte Zustellung am ersten Tag nach deren Ablauf als vollzogen, vorliegend somit erst im Jahr 2011. Die "rechtsgültige Zustellung" des Urteilsdispositivs sei damit unter der Herrschaft der neuen eidgenössischen ZPO erfolgt. Angesichts der erreichten Streitwertgrenze sei demnach die Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO zu ergreifen und gelte die Berufungsfrist von 30 Tagen.

## **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer anerkennt vor Bundesgericht zurecht, dass für das Rechtsmittel gegen das bezirksgerichtliche Urteil - wie vom Obergericht festgehalten - gestützt auf Art. 405 Abs. 1 ZPO das alte (kantonale) Recht massgebend und demnach die vom Bezirksgericht angebrachte Rechtsmittelbelehrung unzutreffend gewesen wäre (vgl. E. 2.1 oben). Ebenso räumt er nunmehr ein, dass folglich bei richtiger Anwendung von Art. 405 Abs. 1 ZPO seine Rechtsmitteleingabe vom 9. Juni 2011 nach Ablauf der Appellationsfrist von 20 Tagen und damit als verspätet zu betrachten ist. Jedoch rügt er eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, weil das Obergericht sein Vertrauen beziehungsweise dasjenige seiner Rechtsvertreterin in die unrichtige Rechtsmittelbelehrung des Bezirksgerichts nicht geschützt habe und deshalb zu Unrecht auf sein Rechtsmittel nicht eingetreten sei.

## **E. 4.1**

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ( Art. 9 und Art. 5 Abs. 3 BV ) ergibt sich, dass einer Partei aus einer falschen Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich kein Nachteil erwachsen darf. Dies gilt allerdings unter dem Vorbehalt, dass sich nur derjenige nach Treu und Glauben auf eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen darf, der deren

Unrichtigkeit nicht kannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte erkennen können. Jedoch vermag nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei oder ihrer Anwältin eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Wann der Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen. Der Vertrauensschutz versagt insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien, wenn der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung bereits aus der massgebenden Verfahrensbestimmung ersichtlich gewesen wäre. Nicht verlangt wird hingegen, dass neben den Gesetzestexten auch noch die einschlägige Rechtsprechung oder Literatur nachgeschlagen wird (vgl. jeweils mit Hinweisen: BGE 135 III 374 E. 1.2.2 S. 376 f. ; 134 I 199 E. 1.3.1 S. 202 f.; 127 II 198 E. 2c S. 205).

#### **E. 4.2**

Zu prüfen ist vorliegend, ob der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers eine grobe prozessuale Unsorgfalt vorzuwerfen ist.

#### **E. 4.3.1**

Massgebender Begriff der Bestimmung von Art. 405 Abs. 1 ZPO ist wie erwähnt (vgl. E. 2.1 oben) die "Eröffnung" des Entscheids.

#### **E. 4.3.2**

Die Rechtsvertreterin bringt insoweit vor, es ergebe sich aus dem kantonalen Recht, was unter "Eröffnung" zu verstehen sei. Das bundesgerichtliche Urteil, das für den Begriff der Eröffnung Bundesrecht ( Art. 239 ZPO ) als massgebend erklärt habe, sei im Zeitpunkt der Einreichung der Rechtsmitteleingabe nur auf dem Internet, jedoch noch nicht amtlich publiziert gewesen. Zudem hätten zu jenem Zeitpunkt Lehrmeinungen bestanden, nach denen die Eröffnung des Entscheids nach kantonalem Recht zu beurteilen sei (vgl. beispielsweise die in BGE 137 III 130 E. 2 S. 131 angegebene Lehrmeinung). Wie das Bezirksgericht ausführlich begründet habe, sei der Entscheid am 21. Dezember 2010 eröffnet worden. Da die Eröffnung jedoch während der Gerichtsferien ( § 89 Abs. 1 lit. c ZPO /AG) erfolgt sei, gelte die Zustellung als am ersten Tag nach deren Ablauf als vollzogen ( § 90 Abs. 1 ZPO /AG). Weil das Bezirksgericht in seiner Urteilsbegründung die Bestimmung von § 90 Abs. 1 ZPO /AG explizit als anwendbar erklärt habe, sei für sie nicht ohne weiteres erkennbar gewesen, warum Gegenteiliges der Fall sein sollte.

#### **E. 4.3.3**

Soweit die Rechtsvertreterin auf die bundesgerichtliche Praxis verweist, ist dies nicht von Bedeutung, da für die prozessuale Sorgfalt im Zusammenhang mit falschen Rechtsmittelbelehrungen von vornherein nicht erforderlich ist, dass auch die Rechtsprechung konsultiert wird (vgl. E. 4.1 oben). Sodann spielt es vorliegend keine Rolle, ob die Rechtsvertreterin hätte bemerken müssen, dass sich die Eröffnung des Entscheids nach Bundesrecht und nicht nach kantonalem Recht beurteilt. Sowohl die ZPO wie auch die ZPO/AG enthalten für die Eröffnung des Entscheids (vgl. Art. 239 ZPO sowie § 275 ff. ZPO /AG) wie auch für die Zustellung und die Gerichtsferien ( Art. 145 Abs. 1 lit. c und Art. 146 Abs. 1 ZPO sowie § 89 und § 90 ZPO /AG) Bestimmungen, die mit der (unrichtigen) bezirksgerichtliche Herleitung zum selben (falschen) Ergebnis geführt hätten.

#### **E. 4.3.4**

Vielmehr geht es einzig um die Frage, ob die Rechtsvertreterin bei gebührender Aufmerksamkeit mit Blick auf Art. 405 Abs. 1 ZPO hätte bemerken müssen, dass einzig und allein die Normen über die Eröffnung massgebend sind. Denn die Frage, wann ein Urteil - gerade auch während den Gerichtsferien - als zugestellt zu gelten hat, ist entscheidend für die Berechnung der Rechtsmittelfrist. Diese spielt aber für die Bestimmung des Rechtsmittels gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO keine Rolle.

#### **E. 4.3.5**

Die grobe Unsorgfalt beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ( BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2 S. 376 f.). Abgesehen davon, dass die Konsultierung von Art. 405 Abs. 1 ZPO für sich allein noch nicht ausreicht, sondern diese Bestimmung in Verbindung mit Art. 239 ZPO zu lesen ist, kommt vorliegend als ausschlaggebend hinzu, dass das Bezirksgericht seine Rechtsmittelbelehrung ausführlich und klar begründet hat. Bei der falschen Rechtsmittelbelehrung handelt es sich nicht um ein Versehen des Bezirksgerichts, sondern dieses hat diese Belehrung begründet mit der Überzeugung, dass diese der gesetzlichen Ordnung entspricht. Der Fehler, den das Bezirksgericht begangen hat und dessen Unrichtigkeit die Rechtsvertreterin in der Folge übernommen hatte, ist nicht geradezu offensichtlich, selbst wenn es nicht als naheliegend erscheinen mag, eine Bestimmung über die Eröffnung eines Entscheids mit den Regeln über den Fristenlauf auszulegen. Unter diesen Umständen kann dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, er habe prozessual grob unsorgfältig gehandelt. Vielmehr ist sein Vertrauen in die falsche Rechtsmittelbelehrung und deren ausführliche Begründung durch das Bezirksgericht zu schützen und es darf ihm daraus kein Nachteil erwachsen.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerde gegen den obergerichtlichen Nichteintretensentscheid erweist sich als begründet und es gilt für den Beschwerdeführer die längere Rechtsmittelfrist gemäss der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung. Das Obergericht wird deshalb das Rechtsmittel wie beantragt als rechtzeitige Appellation entgegenzunehmen haben. Zudem wird es das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung neu zu beurteilen haben.

#### **E. 5**

Die Beschwerde in Zivilsachen ist nach dem Gesagten gutzuheissen. und die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Die unterliegende Beschwerdegegnerin wird kosten- und entschädigungspflichtig ( BGE 123 V 156 E. 3b S. 158; 123 V 159 E. 4b S. 159), zumal der obergerichtliche Nichteintretensentscheid nicht als qualifizierter Verfahrensfehler eingestuft werden kann (Urteil 9C\_251/2009 vom 15. Mai 2009 E. 2.1).

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