

ZSU.2022.18 / ft
(SF.2021.38)
Art. 56

Entscheid vom 4. Juli 2022

Besetzung Oberrichter Brunner, Präsident
 Oberrichter Lindner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiber Hess

Klägerin **A.**_____,
 [...]
 unentgeltlich vertreten durch Esther Dubach, Legal Partners Zurich,
 Rechtsanwältin, Freigutstrasse 40, Postfach, 8027 Zürich

Beklagter **B.**_____,
 [...]

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Abänderung Eheschutzurteil

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Mit Eheschutzentscheid des Bezirksgerichts L. vom 20. Dezember 2018 war der Beklagte verpflichtet worden, der Klägerin an den Unterhalt der unter ihre Obhut gestellten Kinder C. (tt.mm.jjjj), D. (tt.mm.jjjj) und E. (tt.mm.jjjj) monatlich je Fr. 317.00 zu bezahlen; es wurde festgehalten, dass bei jedem Kind eine Unterdeckung von Fr. 995.00 bestehe (Ziff. 4).

1.2.

Mit Eingabe vom 23. April 2021 reichte der Beklagte beim Bezirksgericht M. die Scheidungsklage ein (OF.2021.67).

2.

2.1.

Mit Klage vom 4. Juni 2021 (im Rahmen der Antwort zur Scheidungsklage) beantragte die Klägerin, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen:

"In Abänderung von Dispositiv-Ziff. 4 des [Eheschutzurteils] sei der [Beklagte] zu verpflichten, der [Klägerin] an [den Kinderunterhalt] [...] ab [...] 4. Juni 2020 [...] monatlich [...] (zzgl. Familienzulagen) [...] zu bezahlen:

Für C. [...]:	CHF 1'217 davon Betreuungsunterhalt CHF 481 Manko CHF 289
Für D. [...]:	CHF 1'017 davon Betreuungsunterhalt CHF 481 Manko CHF 289
Für E. [...]:	CHF 1'020 davon Betreuungsunterhalt CHF 481 Manko CHF 289"

2.2.

Mit Klageantwort vom 15. Juli 2021 beantragte der Beklagte (u.a.) die kostenfällige Klageabweisung.

2.3.

An der Verhandlung vom 11. August 2021 vor dem Gerichtspräsidium M. mit Parteibefragung hielten die Parteien in Replik und Duplik an ihren Anträgen fest.

2.4.

Mit Entscheid vom 7. Dezember 2021 wies das Bezirksgericht M., Präsidium des Familiengerichts, das Abänderungsbegehren ab (Ziff. 1), auferlegte die Gerichtskosten (Fr. 3'604.00) der Klägerin (Ziff. 2) und verpflichtete diese, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beklagten eine Parteientschädigung (inkl. Auslagen und MwSt.) von Fr. 2'773.30 zu bezahlen (Ziff. 3).

3.

3.1.

Mit fristgerechter Berufung vom 21. Januar 2022 gegen den ihr am 14. Januar 2022 in begründeter Ausfertigung zugestellten Entscheid beantragt die Klägerin, "alles" unter Kosten- und Entschädigungsfolgen:

"1.

Der [angefochtene] Entscheid [...] sei aufzuheben und [wie folgt neu zu fassen]:

In Abänderung von Dispositiv-Ziff. 4 des [Eheschutzentscheids] sei der [Beklagte] zu verpflichten, der [Klägerin] [als Kinderunterhalt] für [...] C. [...], D. [...] und E. [...] monatlich [...] (zzgl. Familienzulagen) [...] zu bezahlen:

- CHF 812 pro Kind (davon CHF 195 als Betreuungsunterhalt) [vom] 4. Juni 2020 bis zum 31. Juli 2021;
- CHF 1'030 pro Kind (davon CHF 63 als Betreuungsunterhalt) ab dem 1. August 2021 [...]

2.

Eventualiter sei der [angefochtene] Entscheid [...] aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen."

Zudem beantragt sie, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.00 (zzgl. MwSt.) zu bezahlen; eventuell sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung zu bewilligen.

3.2.

Der Beklagte erstattete keine Berufungsantwort.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Gegen den angefochtenen Präliminarentscheid ist als Rechtsmittel die Berufung gegeben (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), mit welcher beim Obergericht (§ 10 lit. c EG ZPO) die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden können (Art. 310 ZPO).

1.2.

Da sich das zweitinstanzliche Verfahren dadurch auszeichnet, dass bereits eine richterliche Beurteilung des Streits vorliegt, hat der Berufungskläger in der Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse

(substantiiert) aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen der ersten Instanz nicht aufrecht erhalten lassen (BGE 147 III 179 Erw. 4.2.1).

1.3.

Das Obergericht beschränkt sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der Berufung und der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen (BGE 144 III 394 Erw. 4.1.4).

1.4.

Grundsätzlich müssen alle Tatsachen und Beweismittel im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden. Im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime werden in erster Instanz neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigt (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Entscheidet ein Einzelrichter, beginnt die Phase der Entscheidungsfindung im Zeitpunkt, wo sich der Einzelrichter verbindlich mit der Entscheidungsfindung befasst (vgl. MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2014, N. 298), was dieser den Parteien allenfalls klar zu erkennen zu geben hat (vgl. BGE 142 III 413 Erw. 2.2.5 und 2.2.7). Die Einschränkung, dass im Berufungsverfahren das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel nur im Rahmen von Art. 317 Abs. 1 ZPO möglich ist (BGE 138 III 625 Erw. 2.2), gilt bei den der Erforschungs- und der Officialmaxime unterliegenden Kinderbelangen (Art. 296 ZPO) nicht (BGE 144 III 349 Erw. 4.2.1).

2.

2.1.

Eheschutzmassnahmen können im Präliminarverfahren abgeändert werden, wenn sich die massgebenden Verhältnisse verändert haben (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 ZGB).

Nach der Rechtsprechung setzt eine solche Abänderung voraus, dass seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist. Ein Abänderungsgrund liegt auch dann vor, wenn die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zugrunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erweisen oder nicht wie vorhergesehen verwirklichen. Schliesslich kann ein Ehegatte die Änderung verlangen, wenn sich der ursprüngliche Entscheid als nicht gerechtfertigt erweist, weil dem Massnahmerichter wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Massnahmeentscheides einer Abänderung entgegen (BGE 143 III 617 Erw. 3.1).

Ein Abänderungsbegehren kann nicht damit begründet werden, dass die ursprünglichen Umstände in rechtlicher Hinsicht oder - gestützt auf die bereits behaupteten Tatsachen und offerierten Beweise - in tatsächlicher Hinsicht falsch gewürdigt worden seien, da das Abänderungsverfahren nicht

bezweckt, das erste Urteil zu korrigieren, sondern es an veränderte Umstände anzupassen (BGE 5A_501/2018 Erw. 2). Eine Abänderung ist auch ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGE 141 III 378 Erw. 3.3.1); der Abänderungsgrund darf nicht mit Schädigungsabsicht herbeigeführt worden sein (BGE 143 III 233).

2.2.

Liegt eine wesentliche und dauerhafte Veränderung (d.h. ein Abänderungsgrund) vor, so setzt der Richter den Unterhaltsbeitrag in pflichtgemässer Ausübung seines Ermessens neu fest. Hierzu sind auch die übrigen Berechnungselemente, die dem abzuändernden Entscheid zugrunde lagen, auf den neuesten Stand zu bringen; diese Aktualisierung setzt dabei nicht voraus, dass bezüglich dieser Positionen ebenfalls der Tatbestand der Veränderung der Verhältnisse erfüllt ist (BGE 5A_1005/2017 Erw. 3.1.1).

Zu berücksichtigen ist zudem, dass die verschiedenen Parameter, welche die jeweilige Leistungsfähigkeit und den Bedarf der Beteiligten ausmachen, in der Regel miteinander zusammenhängen: Wer beispielsweise infolge Stellenwechsels weniger verdient, muss unter Umständen auch in eine kleinere Wohnung umziehen und kann sich nicht darauf berufen, dass sich an den im früheren Unterhaltsurteil festgesetzten Wohnkosten zwischenzeitlich nichts geändert habe (BGE 5A_506/2011 Erw. 5.3).

Im Zuge einer Neufestsetzung des Unterhalts darf das Abänderungsgericht unter Umständen auch die unverändert gebliebenen Parameter neu festsetzen, sofern dies - aufgrund der Veränderung der Verhältnisse in einem anderen Punkt - als angemessen erscheint (BGE 5A_506/2011 Erw. 5.3; vgl. auch: AESCHLIMANN, in: FamKomm. Scheidung, Band I: ZGB, 4. Aufl., Bern 2022, N. 14 zu Art. 286 ZGB). So ist es auch zulässig, dass (erst) das Abänderungsgericht einem Ehegatten ein hypothetisches Einkommen anrechnet.

2.3.

Der Eintritt eines Abänderungsgrundes allein führt nicht automatisch zu einer Abänderung des Unterhaltsbeitrags. Eine Anpassung rechtfertigt sich nur, wenn sich zwischen dem gestützt auf die veränderten Tatsachen berechneten und dem ursprünglich festgesetzten Betrag eine Differenz von genügendem Ausmass ergibt (BGE 5A_515/2015 Erw. 3).

2.4.

Ob die Verhältnisse sich geändert haben, entscheidet sich grundsätzlich aufgrund der Umstände im Zeitpunkt der Klageeinreichung (BGE 137 III 604 Erw. 4.1.1), d.h. grundsätzlich müssen die Veränderung und mit ihr die Kriterien der Wesentlichkeit und der Dauerhaftigkeit im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Abänderungsverfahrens eingetreten sein. Auf jeden

Fall müssen die Abänderungsvoraussetzungen im Urteilszeitpunkt erfüllt sein (BGE 5A_874/2019 Erw. 3.2).

Da im (allenfalls) anschliessenden Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unter den Voraussetzungen von Art. 317 ZPO berücksichtigt werden dürfen (vgl. Erw. 1 oben), kann nach obergerichtlicher Praxis auch einem erst im Verlauf des (erst- oder zweitinstanzlichen) Abänderungsverfahrens eingetretenen Abänderungsgrund Rechnung getragen werden. Ausnahmsweise können auch Veränderungen geltend gemacht werden, die sich zwar noch nicht verwirklicht haben, deren Eintritt aber feststeht; rein hypothetische und unsichere zukünftige Tatsachen bilden keinen Abänderungsgrund (BGE 5A_874/2019 Erw. 3.2).

Dieselben Grundsätze gelten auch hinsichtlich der zu aktualisierenden Berechnungsparameter (vgl. Erw. 2.2 oben), wobei diesbezüglich nicht auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit, sondern auf jenen abzustellen ist, bis zu welchem im Verfahren noch neue Tatsachen vorgetragen werden dürfen. Unzulässig ist, Berechnungsparameter in der Neuberechnung zu berücksichtigen, die im Zeitpunkt des abzuändernden Urteils bereits bestanden, wenn die Parteien deren Geltendmachung unterlassen haben (BGE 5A_874/2019 Erw. 4.3.1).

2.5.

Glaubhaft zu machen sind neben dem Vorliegen des Abänderungsgrundes (durch den Abänderungskläger) auch (von der jeweiligen Partei) die Veränderungen der zu aktualisierenden Berechnungsparameter.

2.6.

Ein Entscheid über die Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Unterhaltspunkt wirkt grundsätzlich nur für die Zukunft, d.h. ab Eintritt seiner formellen Rechtskraft. Die Änderung kann jedoch auf den Zeitpunkt der Einreichung des entsprechenden Gesuches zurückbezogen werden. Eine weitergehende Rückwirkung ist nur aus ganz besonderen Gründen möglich, namentlich bei unbekanntem Aufenthalt oder Landesabwesenheit der unterhaltspflichtigen Person, bei schwerer Krankheit der unterhaltsberechtigten Person oder treuwidrigem Verhalten einer der Parteien. Die Anordnung einer solchen Rückwirkung liegt im Ermessen des Massnahmegerichts (vgl. BGE 111 II 103 Erw. 4; BGE 5A_263/2020 Erw. 3.3.3).

3.

3.1.

In erster Instanz hatte die *Klägerin* vorgebracht, der Beklagte habe keine zwei Wochen nach Urteilsfällung rund 38 % mehr verdient als im Eheschutzentscheid angenommen (Fr. 4'388.00), was sie erst mit der Zustellung der Scheidungsklage am 27. April 2021 erfahren habe. Er habe sein wahres Einkommen im Eheschutzverfahren verschwiegen, was treuwidrig

sei. Der Eheschutzentscheid erweise sich nachträglich als nicht gerechtfertigt, weshalb er - rückwirkend auf ein Jahr vor Klageeinreichung resp. ab 4. Juni 2020 - anzupassen sei. Der Beklagte habe im Jahr 2019 monatlich netto Fr. 6'068.35 (S. AG) und von Oktober 2020 bis Juli 2021 durchschnittlich Fr. 5'510.00 (Arbeitslosigkeit inkl. Zwischenverdienst) verdient, wobei letzteres zu berücksichtigen sei, weil aufgrund des Nettoeinkommens von Fr. 6'068.35 im Jahre 2019 ein Einkommen von Fr. 5'510.00 auch für den Zeitraum vom 4. Juni 2020 bis September 2020 glaubhaft sei. Es spiele keine Rolle, dass sie schon vor Ablauf der Berufungsfrist von der neuen Anstellung des Beklagten bei der S. AG gewusst habe. Es sei relevant, dass sie nicht gewusst habe, dass er ein solch hohes Einkommen verdiene. Zudem dürfe er nicht auf die Arbeitslosengelder inkl. Kompensationszahlungen verzichten und einen schlecht bezahlten Job annehmen, nur weil er keine Lust mehr auf Stellensuchbemühungen habe. Er habe ihr einige Tage nach der Instruktionsverhandlung im Eheschutzverfahren vom 19. Dezember 2018 gesagt, dass er einen neuen Job habe und ca. Fr. 10'000.00 verdienen werde. Sie wisse nicht, wieso man dies nicht weiterverfolgt habe (vgl. angefochtener Entscheid, Erw. II/2.1.1, II/2.2.1).

3.2.

Die *Vorinstanz* (Urteil, Erw. II/2 f.) verneinte das Vorliegen eines Abänderungsgrundes; damit stelle sich die Frage der Rückwirkung des Abänderungsentscheids ab 4. Juni 2020 ("ein Jahr rückwirkend ab Gesuchseinreichung") nicht, und das angeblich höhere Einkommen des Beklagten im Jahr 2019 sei nicht relevant. Die Klägerin habe vor Ablauf der Rechtsmittelfrist gegen den Eheschutzentscheid von der neuen Anstellung des Beklagten und seinem höheren Einkommen gewusst. Der Beklagte habe seine finanziellen Verhältnisse nicht verschwiegen und sich damit nicht treuwidrig verhalten. Die Klägerin hätte ein höheres Einkommen im Rechtsmittelverfahren rügen müssen. Ihr Einwand, das Gericht habe nicht gewusst, dass der Beklagte von Januar bis September 2019 ein "sehr viel höheres" als das angenommene Einkommen (Fr. 4'388.00) erzielt habe, gehe fehl. Ein höheres Einkommen ab 4. Juni 2020 sei nicht glaubhaft: Selbst wenn die Arbeitslosigkeit des Beklagten ausnahmsweise "die Schwelle zur Dauerhaftigkeit" überschritten hätte, wäre eine "Abänderung zufolge Arbeitslosigkeit" abzuweisen, da der Beklagte von Oktober 2020 bis Juni 2021 monatlich lediglich netto ca. Fr. 4'530.00 (die ausbezahlten Nettobeträge zzgl. der erzielten Zwischenverdienste [wobei es sich bei diesen um Bruttobeträge gehandelt habe, weshalb pauschal 10 % abgezogen worden seien], geteilt durch die Anzahl Monate; die direkt ans Betreibungsamt Wohlen bezahlten Beträge seien nicht zu addieren, "da es sich bei diesen Beträgen [...] um ausstehende Unterhaltszahlungen aus dem Eheschutzverfahren" handle) und damit nur unwesentlich mehr als gemäss Eheschutzentscheid verdient habe. Seit August 2021 verdiene der Be-

klagte brutto Fr. 4'400.00 (angeblich ohne 13. Monatslohn) und somit weniger als gemäss Eheschutzentscheid; selbst wenn ihm ein 13. Monatslohn angerechnet würde, wäre (bei netto Fr. 4'290.00) keine erhebliche Veränderung gegeben. Dem Beklagten könne nicht vorgeworfen werden, die neue Festanstellung angenommen zu haben. Abgesehen davon, dass das während der Arbeitslosigkeit erzielte Einkommen nicht erheblich höher als das im Eheschutzentscheid angenommene gewesen sei und die Inanspruchnahme von Sozialversicherungen nicht den möglichst langen Bezug eines möglichst hohes Einkommen bezwecke, erscheine es aufgrund der bisherigen Berufserfahrung, der fehlenden Ausbildung sowie der mangelhaften Deutschkenntnisse als unwahrscheinlich, dass der Beklagte wieder ein Einkommen in von der Klägerin geltend gemachter Höhe erzielen könnte. Entsprechend sei auch das von ihr genannte, je zuvor vom Beklagten erzielte Maximaleinkommen ("etwas über Fr. 5'000.00 bei T.") wesentlich geringer ausgefallen.

3.3.

Die *Klägerin* hält daran fest, dass ein Abänderungsgrund vorliege (Berufung, S. 5 ff.):

Der Beklagte habe sie erst nach Eröffnung des Eheschutzentscheids im Dispositiv über den am 10. Oktober 2018 abgeschlossenen Arbeitsvertrag orientiert. Auch danach habe er ihr nicht gesagt, dass er netto Fr. 6'068.35 verdienen werde, sondern er habe sie mit der Bemerkung gefoppt, dass er bald mehr als das Doppelte verdienen werde und sie mit den Kindern zum Sozialamt gehen müsse. Es liege auf der Hand, dass sie dies "nicht für bare Münze nehmen konnte". Es gehe nicht darum, ob sie bereits vor Ablauf der Berufungsfrist im Eheschutzverfahren von der neuen Stelle gewusst habe, sondern darum, dass sie nicht gewusst habe, dass der Beklagte wesentlich mehr verdiene. Er habe sie "durch geschickte Manipulation und Unterdrückung der Tatsachen" im Glauben gelassen, er verdiene nicht wesentlich mehr als gemäss Eheschutzentscheid. Entgegen dem Vermerk auf Klageantwortbeilage 9 (E-Mail-Verkehr der Rechtsanwälte der Parteien am 31. Mai 2019) habe er ihr nie Lohnunterlagen vorgelegt.

Die Verbesserung des Einkommens des Beklagten während der Arbeitslosigkeit sei erheblich gewesen. Gemäss Unterlagen seien ihm durchschnittlich Fr. 3'158.00 ausbezahlt worden; zudem habe er "Zusatzverdienste" von durchschnittlich Fr. 1'567.00 netto erhalten. Zwar seien direkt durchschnittlich Fr. 619.00 an das Betreibungsamt abgeführt worden. Die Frage der Schuldentilgung sei aber eine Frage der Bedarfs- und nicht der Einkommensermittlung. Zudem sei eine Berücksichtigung (auch) von Unterhaltsschulden in einem Mankofall unzulässig. Der Beklagte habe so von Oktober 2020 bis Juni 2021 durchschnittlich Fr. 5'344.00 verdient; damit sei glaubhaft, dass er auch bereits ein Jahr vor Klageeinreichung dieses Einkommen erzielt habe.

Seit August 2021 verdiene der Beklagte netto Fr. 4'290.00 inkl. 13. Monatslohn. Es könnten aber Fr. 5'937.00 sein (versicherter Verdienst Fr. 7'000.00 abzgl. Zwischenverdienst brutto Fr. 4'767.00 = Verdienstaufschlag Fr. 2'233.00; x 80 % = Kompensationszahlung Fr. 1'786.00), weil die AVIG-Rahmenfrist für den Leistungsbezug noch bis mindestens 31. Juli 2022 laufe. Der Beklagte verzichte freiwillig auf Kompensationszahlungen, weil er keine Lust auf Stellenbemühungen habe. Es müsse ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Es sei ihm zumutbar, wieder als Türenmonteur im Akkordverhältnis oder in ähnlicher Stellung im Baugewerbe oder verwandten Branchen zu arbeiten; mit einer solchen Tätigkeit könne er wieder Fr. 6'068.00 netto (zzgl. Spesen) verdienen.

4.

4.1.

Neue Vorbringen (vgl. Erw. 1.4 oben), mit denen ein Abänderungsgrund behauptet und belegt wird, sind im Abänderungsverfahren (Art. 179 ZGB) nicht zu berücksichtigen, *wenn* sie bereits mit Berufung gegen den Eheschutzentscheid hätten vorgebracht werden können (vgl. BGE 143 III 42 Erw. 5.3). Anlass zu einer Abänderung können somit grundsätzlich nur Tatsachen und Beweismittel geben, die erst nach dem Zeitpunkt eingetreten oder verfügbar geworden sind, bis zu welchem im Verfahren, das zum nunmehr abzuändernden Unterhaltsurteil geführt hat, noch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden konnten (sog. echte Noven). Den echten Noven gleichgestellt sind Tatsachen, die zwar im früheren Verfahren bereits bestanden haben und der sich darauf berufenden Partei bekannt waren, von dieser aber damals zufolge fehlender Möglichkeit des Beweises nicht geltend gemacht worden sind (BGE 143 III 42 Erw. 5.2). Mit anderen Worten kann eine Abänderungsklage entweder auf Tatsachen gründen, die a) als echte Noven zu qualifizieren sind, oder aber b) auf Tatsachen, die unechte Noven darstellen, sofern die für deren Nachweis notwendigen Beweismittel echte Noven sind (BGE 5A_5A_874/2019 Erw. 4.3.1, 5A_154/2019 Erw. 4.1).

Die *Klägerin* hat unstrittig bereits vor Ablauf der Rechtsmittelfrist im Eheschutzverfahren am 3. Juni 2019 von der neuen Anstellung des Beklagten bei der S. AG gewusst; ihren Angaben zufolge wurde sie vom Beklagten damit gefoppt, dass er an seiner neuen Stelle Fr. 10'000.00 resp. "das Doppelte" verdienen werde. Zwar verfügte die Klägerin im damaligen Zeitpunkt (noch) nicht über die erforderlichen Beweismittel (Gegenteiliges behauptete der Beklagte nicht); zudem mag der Beklagte schon damals eingewendet haben, er verdiene an seiner neuen Stelle "unter dem Strich" nicht mehr als vorher. Der Einwand der Klägerin, sie habe die Lohnunterlagen des Beklagten erst im Rahmen des Scheidungsverfahrens erhalten, verfängt allerdings nichtsdestotrotz nicht, zumal sie im Rahmen eines Berufungsverfahrens gegen den Eheschutzentscheid ihren

Auskunfts- und Editionsanspruch gemäss Art. 170 ZGB (BGE 143 III 113 Erw. 4.3.1) hätte geltend machen können und so die Möglichkeit gehabt hätte, das Einkommen des Beklagten an seiner neuen Stelle in Erfahrung zu bringen. Mit ihrem Vorbringen, der Beklagte habe nach Fällung des Eheschutzentscheids monatlich Fr. 6'068.00 verdient, ist die Klägerin deshalb im (vorliegenden) Abänderungsverfahren nicht mehr zu hören.

4.2.

Als dauerhaft erscheint eine Veränderung bereits dann, wenn ungewiss ist, wie lange sie anhält (vgl. MAIER/VETTERLI, in: FamKomm., a.a.O., N. 3a zu Art. 179 ZGB). Der Bezug von Arbeitslosenentschädigung während mehreren, in der Regel mindestens vier Monaten wird als dauerhafte Veränderung der Einkommensverhältnisse anerkannt (vgl. BGE 143 III 617 Erw. 5.2). Der *Beklagte* war unstrittig vom 1. November 2019 bis 31. Juli 2021 arbeitslos. Diese Zeitspanne ist im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung - entgegen der nicht nachvollziehbaren, gegenteiligen Beurteilung der Vorinstanz - dauerhaft.

Mit Blick auf die vom Beklagten (selektiv) eingereichten Taggeldabrechnungen (vgl. Klageantwortbeilage 15) stellt sich die *Klägerin* sodann zu Recht auf den Standpunkt, dass die Verbesserung des Einkommens des Beklagten während seiner Arbeitslosigkeit (entgegen der Vorinstanz) erheblich gewesen ist. Bei einem versicherten Bruttoverdienst von Fr. 7'000.00 belief sich das Bruttotaggeld des Beklagten auf Fr. 258.05. Daneben erzielte er unstrittig einen Zwischenverdienst, den die Klägerin in der Berufung für den Zeitraum von Oktober 2020 bis Juni 2021 unwidersprochen auf im Monatsdurchschnitt Fr. 1'567.00 netto beziffert hat. Unbestritten blieb auch, dass im Zeitraum von Oktober 2020 bis Juni 2021 vom Taggeldanspruch des Beklagten im Monatsdurchschnitt Fr. 691.00 direkt an das Betreibungsamt abgeführt worden sind. Ein gepfändeter Lohnanteil ist zwar nicht verfügbar und kann grundsätzlich nicht als (hypothetisches) Einkommen angerechnet werden. Es liegt allerdings auf der Hand, dass sich eine - wie unstrittig vorliegend (vgl. act. 96 f., 99) - auf die Nichtbezahlung von rechtskräftig festgesetzten Unterhaltsbeiträgen zurückzuführende Lohnpfändung unterhaltsrechtlich nicht zugunsten des Unterhaltsschuldners auswirken darf. In der Berufung (S. 9) hat die *Klägerin* das Gesamteinkommen (Arbeitslosenentschädigung zzgl. Zwischenverdienst) des Beklagten auf netto Fr. 5'344.00 beziffert, wogegen dieser keine Einwände erhoben hat. Von diesem Betrag, der erheblich höher ist als das dem Beklagten im Eheschutzverfahren angerechnete Einkommen (Fr. 4'388.00), ist während dessen Arbeitslosigkeit auszugehen. Damit liegt entgegen der vorinstanzlichen Auffassung ein Abänderungsgrund vor.

4.3.

Seit dem 1. August 2021 arbeitet der Beklagte in einer Festanstellung als X bei der U. GmbH; er verdient dort deutlich weniger (Erw. 3.2 oben), als

noch während seiner Arbeitslosigkeit (Arbeitslosenentschädigung inkl. Zwischenverdienst; Erw. 4.2 oben).

Macht ein Unterhaltspflichtiger eine Reduktion seines Einkommens geltend, hat er die neue Sachlage aber durch eigenmächtiges Verhalten bzw. eigenmächtiges Unterlassen herbeigeführt, ist die Abänderung des Unterhaltsentscheids ausgeschlossen (BGE 141 III 378 Erw. 3.3.1). Der Unterhaltspflichtige muss alles in seiner Macht Stehende tun und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen, um seiner Unterhaltspflicht weiterhin nachkommen zu können (BGE 5A_253/2020 Erw. 3.1.2). An die Ausnutzung der Erwerbskraft des Unterhaltspflichtigen im Verhältnis zum minderjährigen Kind sind besonders hohe Anforderungen zu stellen und ein freiwilliger Verzicht auf Einkommen hat für die Festsetzung von Unterhaltsleistungen bzw. deren Abänderbarkeit unbeachtlich zu bleiben (BGE 5A_806/2016 Erw. 3.2; BGE 5A_78/2019 Erw. 3.2.2.2; BGE 137 III 118 Erw. 3.1). Begnügt er sich wissentlich mit einer nur ungenügend einträglichen Erwerbstätigkeit, so hat er sich anrechnen zu lassen, was er unter den gegebenen Umständen zu erwirtschaften vermöchte (BGE 5A_341/2011 Erw. 2.5.1). Demzufolge ist in solchen Fällen auch keine Übergangsfrist für die Suche einer Stelle anzusetzen. Dies muss auch für den Fall gelten, dass der Unterhaltspflichtige als Abänderungsklagter sein Einkommen seit Fällung des Eheschutzentscheids bewusst tief hält, obwohl er ein höheres Einkommen erzielen könnte. Gegebenenfalls darf dem Unterhaltspflichtigen ohne Einräumung einer Übergangsfrist ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden (vgl. Erw. 2.2 Abs. 3 oben).

Die Frage des vorinstanzlichen Richters, ob er die Anstellung als X bei der U. GmbH wieder als Zwischenverdienst angeben werde, damit er Ausgleichszahlungen erhalte, quittierte der Beklagte in der Parteibefragung mit: "Nein, ich bin dort nicht mehr gemeldet". Es sei ihm beim RAV gesagt worden, dass er "gelöscht" und nichts mehr erhalten werde, sobald er einen Arbeitsvertrag unterschrieben habe. Er habe nicht freiwillig verzichtet. Er sei vom RAV dazu verpflichtet worden, diesen Job anzunehmen; es habe ihm gesagt, dass ihm diese Stelle finanziell zumutbar sei. Auf Nachfrage, ob das RAV die Arbeitslosigkeit als beendet angeschaut habe, weil er eine finanzielle zumutbare Arbeitsstelle gefunden habe, gab der Beklagte an: "Über diese Sache müsste ich nochmals mit dem RAV sprechen". Er habe keine Verfügung bekommen, dass die Arbeitslosigkeit beendet worden sei. Das sei "nur telefonisch" gewesen. Die Frage, ob er die "Sanktionsverfügung der UNIA" bereits bekommen habe, weil er sich nicht weiter um Stellen bemühe, sondern sich auf seine jetzige Stelle konzentriert habe, antwortete der Beklagte: "Nein. Sie sagten mir einfach, dass ich eine Stelle finden müsse" (act. 97 ff.).

Nach schweizerischem Recht muss der Versicherte zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen (Art. 16 Abs. 1 AVIG). Unzumutbar und somit von der Annahmepflicht ausgenommen ist eine Arbeit, die dem Versicherten einen Lohn einbringt, der geringer ist als 70 % des versicherten Verdienstes, es sei denn, der Versicherte erhalte einen Zwischenverdienst nach Art. 24 AVIG (vgl. Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG). Der Versicherte ist in der Anspruchsberechtigung u.a. dann einzustellen, wenn er eine zumutbare Arbeit nicht annimmt (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG). Die lohnmassige Zumutbarkeit ist durch Vergleich des angebotenen Bruttolohnes mit dem versicherten Verdienst zu ermitteln. Nimmt die versicherte Person eine finanziell zumutbare und mindestens eine ganze Kontrollperiode dauernde Arbeit auf, gilt die Arbeitslosigkeit als beendet und der aus diesem Arbeitsverhältnis resultierende Verdienst darf nicht als Zwischenverdienst angerechnet werden (SECO, AVIG-Praxis ALE C139). Anspruch auf Kompensationszahlungen besteht bei Versicherten mit Unterhaltspflichten gegenüber Kindern unter 25 Jahren bis zum Ende der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (vgl. Art. 24 Abs. 4 AVIG).

Die sich aufgrund der nur vagen und zudem gänzlich unbelegten Ausführungen und Behauptungen des Beklagten (vgl. Erw. 4.3 Abs. 3 oben) im Rahmen der bei Kinderbelangen geltenden Erforschungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) geradezu aufdrängenden Abklärungen zur Frage, ob der Beklagte trotz seiner Anstellung bei der U. GmbH weiterhin Anspruch auf Kompensationszahlungen gehabt hätte, hat die Vorinstanz beim RAV nicht vorgenommen und werden nachzuholen sein (vgl. Erw. 5 unten). Sollte sich herausstellen, dass der Beklagte weiterhin Anspruch auf Kompensationszahlungen gehabt hätte, er aber freiwillig darauf verzichtet hat, um nicht mehr den arbeitslosenversicherungsrechtlichen Kontrollvorschriften unterworfen zu sein, ist dem Beklagten auch ab dem 1. August 2021 (weiterhin) ein Einkommen von Fr. 5'344.00 (vgl. Erw. 4.2 Abs. 2 oben) anzurechnen.

4.4.

Ab 1. August 2022 ist auf das tatsächliche Einkommen des Beklagten bei der U. GmbH abzustellen (vgl. Arbeitsvertrag vom 20. August 2021, Beilage zur Eingabe vom 3. September 2021). Abgesehen davon, dass der Hinweis der Klägerin auf das vom Beklagten bei der S. AG erzielte Einkommen (von dessen Erzielbarkeit sie weiterhin ausgeht) verspätet ist (Erw. 4.1 Abs. 2 oben), hat sich die Klägerin in ihrer Berufung (vgl. Erw. 3.3 Abs. 4 oben) nicht substantiiert damit auseinandergesetzt (vgl. Erw. 1.2 oben), weshalb der Beklagte dieses Einkommen - entgegen den diesbezüglich plausiblen Ausführungen der Vorinstanz (vgl. Erw. 3.2 oben) - wieder sollte erzielen können. Anzuführen ist, dass "ziemlich aussergewöhnliche Arbeitsbedingungen" des Beklagten bei der S. AG (u.a. Pflicht des Arbeitnehmers, ein Auto und sämtliche Werkzeuge zu stellen; vgl. act. 56, 59 f., 95), die sich "unter dem Strich" auf sein verfügbares

Einkommen ausgewirkt haben, als glaubhaft erscheinen, nachdem der Beklagte zumindest den Kaufvertrag für einen Z, der ihm als Geschäftsfahrzeug gedient haben soll, ins Recht gelegt hat (Klageantwortbeilage 6).

5.

Die Rechtsmittelinstanz kann einen angefochtenen Entscheid u.a. dann kassieren und die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Nachdem die Vorinstanz (vgl. Erw. 3.2 oben) das Abänderungsbegehren der Klägerin mangels Vorliegen eines Abänderungsgrunds abgewiesen hat (und so weder die Unterhaltsberechnung aktualisieren noch über die Wesentlichkeit und Dauerhaftigkeit der allenfalls resultierenden betraglichen Veränderung befinden musste [vgl. Erw. 2.2 oben]), sich hinsichtlich der Einkommenssituation des Beklagten zusätzliche Abklärungen (Erw. 4.3 oben) aufdrängen und die Klägerin ohnehin eventualiter die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz beantragt (vgl. Prozessgeschichte Ziff. 3.1 oben), rechtfertigt es sich, das (ungeschriebene) Recht der Parteien auf Wahrung des vollen Instanzenzuges höher zu gewichten als die Prozessökonomie und den verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz (vgl. REETZ/HILBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO-Komm.], 3. Aufl., Zürich 2016, N. 24 zu Art. 318 ZPO). Die ratio legis der Rückweisung besteht gerade darin, dass den Parteien nicht Nachteile entstehen sollen, weil nur die Berufungsinstanz (und nicht auch die erste Instanz) über wichtige Tat- und Rechtsfragen entschieden hat (REETZ/HILBER, a.a.O., N. 29 zu Art. 318 ZPO). Deshalb ist der Entscheid des Bezirksgerichts M., Präsidium des Familiengerichts, vom 7. Dezember 2021 aufzuheben und die Streitsache zur Ergänzung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zur Neuurteilung des Abänderungsbegehrens (inkl. Kostenverlegung) zurückzuweisen (vgl. BGE 5D_8/2011 Erw. 2). Da mit dem Rückweisungsentscheid derjenige Zustand wiederhergestellt wird, welcher vor dem Entscheid der Vorinstanz bestand (SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N. 1519), wird diese auch die Ausführungen der Klägerin im Berufungsverfahren (insbesondere zum Bedarf der Parteien; Berufung, S. 12 ff.) bei der Beurteilung zu berücksichtigen haben, weil mit dem vorliegenden Rückweisungsentscheid das erstinstanzliche Verfahren in den Stand des Beweisverfahrens zurückversetzt wird und, wie vorliegend (Art. 272, 296 Abs. 1 ZPO), im Geltungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes Neuerungen bis zur Urteilsberatung vorgebracht und berücksichtigt werden können (vgl. REETZ/HILBER, a.a.O., N. 41 zu Art. 318 ZPO; SEILER, a.a.O., N. 1542; Art. 272 i.V.m. Art. 229 Abs. 3 ZPO; Erw. 1.4 oben). Bei gegebenen Voraussetzungen (vgl. Erw. 2.4 oben) käme vorliegend sodann eine Abänderung des Eheschutzentscheids erst ab Klageeinreichung am 7. Juni 2021 in Betracht (vgl. Erw. 2.6 oben), da kein ganz besonderer Grund für eine weitergehende Rückwirkung ersichtlich ist (vgl. insb. Erw. 4.1 Abs. 2 oben).

6.

In einer Rückweisungsentscheidung kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; vgl. BGE 4A_523/2013 Erw. 8.1). In einem solchen Fall ist aber die Höhe der Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens festzusetzen (JENNY, in: ZPO-Komm., a.a.O., N. 11 zu Art. 104 ZPO; REETZ/HILBER, a.a.O., N. 61 zu Art. 318 ZPO). Vorliegend ist die ausgangsgemäss (Art. 106 ZPO) zu verteilende Gerichtsgebühr des Rechtsmittelverfahrens auf Fr. 2'000.00 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 3, 8 und 11 Abs. 1 VKD).

7.

7.1.

Die *Klägerin* beantragt für das Berufungsverfahren vom Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.00, eventuell die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Berufung, S. 17 f.). Der Beklagte sei wohl leistungsfähig, zumindest wenn er nicht auf Kompensationszahlungen verzichten würde. Sie sei einkommens- und vermögenslos. Ihr zivilprozessualer Zwangsbedarf inkl. Kinder betrage Fr. 5'510.00 (Grundbeträge Fr. 1'200.00 + Fr. 1'400.00; Zuschläge Fr. 650.00; Miete Fr. 1'460.00; Krankenkasse Fr. 400.00 + Fr. 300.00; laufende Steuern Fr. 100.00). Die Alimente des Beklagten deckten nicht mal den Barbedarf der Kinder.

7.2.

Die prozessuale Bedürftigkeit der Klägerin (vgl. Art. 117 lit. a ZPO) erscheint als glaubhaft. Da der Beklagte mit Blick auf seine offensichtlichen, tatsächlichen Einkommensverhältnisse (vgl. Erw. 3.2 oben) nicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werden kann (es dürfen nur die effektiv vorhandenen und verfügbaren oder wenigstens realisierbaren eigenen Mittel des Ansprechers berücksichtigt werden [BGE 118 Ia 371 Erw. 4b]; jede hypothetische Einkommens- oder Vermögensaufrechnung ist unzulässig), ist der Klägerin für das nicht aussichtslose (vgl. Art. 117 b ZPO) Berufungsverfahren die (in Bezug auf die Prozesskostenvorschusspflicht subsidiäre; BGE 142 III 39 Erw. 2.3) unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und ihre Rechtsvertreterin ist als unentgeltliche Rechtsbeiständin einzusetzen.

Das Obergericht erkennt:

1.

1.1.

In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin wird der Entscheid des Bezirksgerichts M., Präsidium des Familiengerichts, vom 7. Dezember 2021, aufgehoben, und es wird die Streitsache zur Ergänzung des

Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

1.2.

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

2.

Das Prozesskostenvorschussbegehren der Klägerin wird abgewiesen.

3.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.00 festgesetzt. Sie ist von der Vorinstanz entsprechend dem Ausgang des Verfahrens vor Vorinstanz zu verlegen.

4.

Die zweitinstanzlichen Parteikosten sind von der Vorinstanz entsprechend dem Ausgang des Verfahrens vor Vorinstanz zu verlegen.

5.

Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Als unentgeltliche Rechtsvertreterin wird ihr Esther Dubach, Rechtsanwältin, Zürich, eingesetzt.

Zustellung an:
die Klägerin (Vertreterin)
den Beklagten
die Vorinstanz

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 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).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt **über Fr. 30'000.00**.

Aarau, 4. Juli 2022

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 5. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Hess