

**ZSU.2023.152**  
(SF.2022.43)  
Art. 66

**Entscheid vom 20. September 2023**

Besetzung      Oberrichter Brunner, Präsident  
                     Oberrichter Lindner  
                     Oberrichter Holliger  
                     Gerichtsschreiber Hess

Kläger            **A.**\_\_\_\_\_,  
                     [...]   
                     vertreten durch lic. iur. André Keller, Rechtsanwalt,  
                     Hintere Bahnhofstrasse 11A, Postfach, 5080 Laufenburg

Beklagte        **B.**\_\_\_\_\_,  
                     [...]   
                     vertreten durch lic. iur. Annalisa Landi, Advokatin,  
                     Oberwilerstrasse 3, Postfach 82, 4123 Allschwil 2

Gegenstand    Summarisches Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen  
                     (Abänderung Präliminar)

---

## **Das Obergericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

Die Parteien heirateten am 24. August 2008 und leben seit dem 13. Oktober 2018 getrennt. Aus ihrer Ehe gingen die Kinder C.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm. 2010) und D.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm. 2012) hervor. Seit dem 26. Oktober 2020 ist das Ehescheidungsverfahren OF.2020.81 der Parteien vor dem Gerichtspräsidium Q.\_\_\_\_\_ hängig.

### **2.**

Die Parteien einigten sich am 30. März 2021 vor dem Gerichtspräsidium Q.\_\_\_\_\_ im vorsorgliche Massnahmenverfahren SF.2020.42 über die Regelung der Trennungsfolgen. Am 8. April 2021 erging folgender Entscheid:

#### **"1.**

Es wird festgestellt, dass die Parteien zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigt sind und seit dem 13. Oktober 2018 getrennt leben.

#### **1.**

Die Kinder C.\_\_\_\_\_ [...] und D.\_\_\_\_\_ [...] werden unter die Obhut der Mutter gestellt.

#### **2.**

Der Vater verbringt während der Dauer der Mediation mit den Kindern mindestens zwei Mal pro Woche einige Stunden. Die Mutter motiviert die Kinder zu diesen Kurzbesuchen.

#### **3.**

##### **3.1.**

Der Vater wird verpflichtet, der Mutter an den Unterhalt der Kinder monatlich vorschüssig je Fr. 500.00 zuzüglich Kinder- bzw. Ausbildungszulagen zu bezahlen.

##### **3.2.**

Diese Unterhaltsregelung gilt nur für die Dauer des vorsorglichen Massnahmenverfahrens und präjudiziert die Unterhaltsregelung für das Scheidungsverfahren nicht. Die Eltern streben bei der Scheidung an, dass sie beide in einem gleich grossen Arbeitspensum arbeiten. Sie halten pro memoria fest, dass der Vater zurzeit einen Beschäftigungsgrad von 85 % hat und Mutter einen solchen von 100 %.

#### **4.**

Im Übrigen wird die Teilvereinbarung vom 30. März 2021 in folgenden Punkten richterlich genehmigt:

[...]

##### **2.1.**

Die Eltern vereinbaren eine Mediation. Auch die Kinder sollen nach Möglichkeit in die Mediation einbezogen werden.

2.2. [Mediatorin]

2.3. [Gegenstand der Mediation in einer ersten Phase]

2.4. [Gegenstand der Mediation in einer ersten Phase]

2.5.

Schliessen die Eltern die Mediation erfolgreich mit einer Vereinbarung bis zum 31. August 2021 ab, so unterbreiten sie diese anschliessend dem Gericht zur [...] Genehmigung im Rahmen des Scheidungsverfahrens.

2.6. [hälftige Tragung der Mediationskosten]

3.-5. [...]

6.

Die Parteien beantragen die Sistierung des Scheidungsverfahrens bis auf Widerruf durch eine Partei. Widerruft einer Partei die Sistierung, wird das Scheidungsverfahren fortgesetzt. Es bleibt jeder Partei unbenommen, sofern nötig, ein weiteres Präliminarverfahren einzuleiten.

7. [Gerichtskosten / hälftig]

8. [Parteikosten / wettschlagen]

5.

[Gerichtskosten / halbiert]

6.

[Parteikosten / wettgeschlagen]"

### **3.**

Am 22. März 2022 reichte der Kläger beim Gerichtspräsidium Q.\_\_\_\_\_ ein Prozesskostenvorschussbegehren für das Scheidungsverfahren, eventualiter ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ein (SF.2022.10). Mit Entscheid vom 19. Juni 2023 wurde das Prozesskostenvorschussbegehren des Klägers abgewiesen. Der Kläger sei zwar mittellos i.S.v. Art. 117 lit. a ZPO; die Beklagte sei aber nicht leistungsfähig.

### **4.**

#### **4.1.**

Mit Klage vom 23. Dezember 2022 beantragte der Kläger beim Gerichtspräsidium Q.\_\_\_\_\_, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen:

"1.

Es sei festzustellen, dass der Gesuchsteller seit dem 08.04.2021 nicht mehr verpflichtet ist, Kinderunterhaltszahlungen an die Gesuchsgegnerin zu leisten.

2.

Eventualiter sei der Entscheid vom 08.04.2021 [...] insofern abzuändern, als dass ein allfälliger geschuldeter monatlicher Kinderunterhaltsbeitrag mit Wirkung ab 23.12.2022 auf CHF 0.00 zu reduzieren sei."

**4.2.**

An der Verhandlung vom 4. April 2023 vor dem Gerichtspräsidium Q. \_\_\_\_\_ – zusammen mit den Verfahren OF.2020.81 (Scheidungsverfahren) und SF.2022.10 (Prozesskostenvorschuss) – wurden diverse Zeugen befragt. In ihrer mündlich erstatteten Klageantwort beantragte die Beklagte die kostenfällige Klageabweisung. Nach Erstattung einer Replik durch den Kläger wurden die Parteien befragt. Vergleichsbemühungen scheiterten.

**4.3.**

Mit Entscheid vom 19. Juni 2023 erkannte das Bezirksgericht Q. \_\_\_\_\_, Präsidium des Familiengerichts:

"1.

Das Gesuch des Gesuchstellers vom 23. Dezember 2023 wird vollumfänglich abgewiesen.

2. [Bewilligung URP]

3.

3.1.

Die Gerichtskosten [von Fr. 1'000.00] werden dem Gesuchsteller auferlegt.

3.2.

Die Gerichtskosten gehen infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen zu Lasten des Kantons. Der Gesuchsteller ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

4.

4.1.

Der Gesuchsteller hat der Gesuchsgegnerin eine richterlich genehmigte Parteientschädigung von Fr. 2'907.90 (inkl. Mehrwertsteuer von Fr. 207.90) zu bezahlen.

4.2.

Der Gesuchsteller hat seine eigenen Parteikosten selber zu tragen. Die Festsetzung seiner Parteikosten im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege erfolgt mit Abschluss des Hauptverfahrens OF.2020.81 vor Gerichtspräsidium Q. \_\_\_\_\_."

**5.**

**5.1.**

Gegen den ihm am 22. Juni 2023 zugestellten Entscheid erhob der Kläger am 3. Juli 2023 fristgerecht Berufung mit den Begehren:

"1.

Die Dispositivziffern 1., 3. und 4. des [angefochtenen Entscheids] seien aufzuheben.

2.

2.1.

Es sei festzustellen, dass der Gesuchsteller seit dem 08.04.2021 nicht mehr verpflichtet ist, Kinderunterhaltszahlungen an die Gesuchsgegnerin zu leisten.

2.2.

Eventualiter sei der Entscheid vom 08.04.2021 [...] insofern abzuändern, als dass ein allfälliger geschuldeter [...] Kinderunterhaltsbeitrag [...] ab 23.12.2022 auf CHF 0.00 zu reduzieren sei.

3.

[Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege / Rechtsverteidigung]

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Eventualiter sei der unentgeltliche Rechtsvertreter des Gesuchstellers im erstinstanzlichen Verfahren mit CHF 2'995.15 aus der Staatskasse zu entschädigen."

## 5.2.

In ihrer Berufungsantwort vom 26. Juli 2023 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Berufung.

---

## Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Mit der vorliegend zulässigen Berufung (Art. 308 ZPO) können beim Obergericht als Rechtsmittelinstanz (§ 10 lit. c EG ZPO) die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsbegründung hat sich der Berufungskläger mit der Begründung im erstinstanzlichen Entscheid im Einzelnen und sachbezogen auseinander zu setzen (REETZ/THEILER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO-Komm.], 3. Aufl., Zürich 2016, N. 36 zu Art. 311 ZPO; vgl. auch BGE 147 III 179 Erw. 4.2.1). Mit blossen Wiederholungen der eigenen Vorbringen vor erster Instanz, die von dieser bereits abgehandelt wurden, wird dem Begründungserfordernis nicht Genüge getan (HUNGERBÜHLER/BUCHER, in: DIKE-Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N. 27 ff. zu Art. 311 ZPO). Der Berufungsbeklagte kann in der Berufungsantwort zur Berufung Stellung nehmen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Ihm ist zudem erlaubt, Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz zu üben. Entsprechend kann der Berufungsbeklagte sämtliche Berufungsgründe tatsächlicher und rechtlicher Natur in der Berufungsantwort geltend machen, um allfällige Fehler des erstinstanzlichen Entscheids zu rügen, welche ihm im Falle einer abweichenden Beurteilung der Sache durch die Berufungsinstanz nachteilig sein könnten (REETZ/THEILER, a.a.O., N. 12 zu Art. 312 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz ist nicht gehalten,

von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Das Obergericht kann sich grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken (vgl. BGE 142 III 413 Erw. 2.2.4). Das Berufungsgericht ist aber inhaltlich weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb es die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 Erw. 4.1.4; BGE 4A\_397/2016 Erw. 3.1).

## 2.

Streitgegenstand des Berufungsverfahrens ist der Unterhaltsbeitrag des Klägers für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_. Hinsichtlich der Kinderbelange gelten der Untersuchungs- und der Oficialgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Trotz Geltung des Untersuchungsgrundsatzes liegt es aber an den Parteien, die erforderlichen tatsächlichen Grundlagen für die geltend gemachten Ansprüche darzutun und die Beweise für die vorgebrachten Tatsachen vorzulegen resp. zu beantragen (BGE 128 III 411 Erw. 3.2.1, 133 III 507 Erw. 5.4). Im Berufungsverfahren ist das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich nur im Rahmen von Art. 317 Abs. 1 ZPO möglich (BGE 138 III 625 Erw. 2.2). Diese Novenschränke gilt indes bei Kinderbelangen (vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO) nicht (BGE 144 III 349 Erw. 4.2.1). In diesem Fall sind Noven bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (vgl. Art. 229 Abs. 3 ZPO; BGE 142 III 413 Erw. 2.3.6).

## 3.

Die Voraussetzungen, unter welchen vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 ZGB abgeändert werden können, und dass die Möglichkeiten, eine auf einer Vereinbarung beruhende Eheschutzmassnahme oder (wie vorliegend) vorsorgliche Massnahme abzuändern, eingeschränkt sind (vgl. BGE 142 III 518 Erw. 2.5 [wenn mit der gütlichen Einigung eine vollständige Beurteilung der Tatsachen und ihrer rechtlichen Tragweite vermieden werden sollte]), hat die *Vorinstanz* (Urteil, Erw. 3.1) zutreffend dargelegt. Es kann darauf verwiesen werden. Anzuführen ist, dass das Abänderungsverfahren nicht bezweckt, das erste Urteil zu korrigieren, sondern es an veränderte Umstände anzupassen (BGE 5A\_501/2018 Erw. 2). Im summarischen Abänderungsverfahren (Art. 271 lit. a ZPO i.V.m. Art. 276 Abs. 1 ZPO) ist der Sachverhalt glaubhaft zu machen (vgl. BGE 5A\_297/2016 Erw. 2.2). Glaubhaftmachen

bedeutet mehr als Behaupten (BGE 120 II 398). Der Abänderungsgrund ist vom Kläger glaubhaft zu machen (BGE 5A\_299/2012 Erw. 3.1.2).

#### 4.

##### 4.1.

In erster Instanz hatte der *Kläger* vorgebracht: Das Verfahren SF.2020.42 habe nur die Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs und eine Beistandschaft zum Gegenstand gehabt. Er habe mit jenem Verfahren auf die Normalisierung seines Kontakts und seiner Beziehung zu seinen Kindern abgezielt, weshalb an der Verhandlung vom 30. März 2021 vorgeschlagen worden sei, mit Hilfe einer Mediatorin ein konkretes, schrittweise auszubauendes Besuchsrecht zu erarbeiten. Die Beklagte sei dazu nur bereit gewesen, wenn er Kinderunterhalt von je Fr. 500.00 bezahle, obwohl schon an der Verhandlung vom 30. März 2021 klar gewesen sei, dass seine wirtschaftlichen Verhältnisse eine solche Unterhaltszahlung gar nicht zuliesen. Damit die Verhandlung nicht ergebnislos geendet habe und in der Hoffnung, dass die Beklagte es ernst meine, habe er den Unterhaltsforderungen nachgegeben. Er habe jedoch festgehalten, dass die Zahlungen nur für die Dauer des Mediations- bzw. des vorsorglichen Massnahmeverfahrens gelten. Diese Bedingung sei in die Vereinbarung eingeflossen. Die Parteien seien davon ausgegangen, dass die Mediation vollständig im vorsorglichen Massnahmeverfahren durchgeführt werde. Es sei vereinbart worden, dass das Scheidungsverfahren sistiert werde. Erstaunt sei der Entscheid vom 8. April 2021 zu Kenntnis genommen worden, mit dem das Verfahren SF.2020.42 abgeschlossen worden sei. Er wäre also ab dann nicht mehr verpflichtet gewesen, Kinderunterhalt zu zahlen. In der Hoffnung auf ein erfolgreiches Mediationsverfahren habe er weiterbezahlt. Als im Herbst 2021 festgestanden habe, dass die Beklagte das Mediationsverfahren nicht weiterführen wolle, habe er die Zahlungen eingestellt. Es sei festzustellen, dass er nicht mehr verpflichtet sei, Unterhaltszahlungen zu leisten, da die Unterhaltsregelung nur für die Dauer des vorsorglichen Massnahmeverfahrens SF.2020.42 gelte (act. 3 bis 7).

Die *Vorinstanz* erwog: Die Parteien hätten sich im Verfahren SF.2020.42 mit Vereinbarung vom 30. März 2021 über diverse Punkte geeinigt. Ob in den Rechtschriften Kinderunterhalt beantragt worden sei oder nicht, spiele dabei keine Rolle. Die Parteien hätten eine Kinderunterhaltsregelung in die Vereinbarung (Ziff. 5.1) aufgenommen, die in Ziff. 3.1 des Präliminarentscheids zum Urteil erhoben worden sei und wonach sich der Kläger verpflichte, monatliche Kinderalimente von je Fr. 500.00 zzgl. Kinderzulagen zu bezahlen. Wenn die in Ziff. 3.2 des Entscheids zum Urteil erhobene Ziff. 5.2 der Vereinbarung ergänze, dass diese Unterhaltsregelung nur für die Dauer des vorsorglichen Massnahmeverfahrens gelte und keine Unterhaltsregelung im Scheidungsverfahren präjudiziere, heisse dies nichts anderes, als dass die Regelung so lange dauere, wie der Präliminarentscheid vom 8. April 2021 Gültigkeit habe. Dass die Unterhaltsregelung gemäss

Vereinbarung vom 30. März 2021 nur bis 8. April 2021 gelten sollte, würde Sinn und Zweck eines Präliminarverfahrens widersprechen. Auch aus dem Vereinbarungstext gehe nicht hervor, dass das Verfahren SF.2020.42 bis zum Abschluss der Mediation sistiert werden sollte, wie es der Kläger behaupte. Einerseits hielten die Parteien in Ziff. 2.5 der Vereinbarung fest, dass die Mediationsvereinbarung im Rahmen des Scheidungsverfahrens zu genehmigen sei. Andererseits nähmen die Parteien auch in Ziff. 5.2 der Vereinbarung bzw. Ziff. 3.1 des Entscheids nur Bezug auf das Scheidungsverfahren und nicht auf die Dauer bis zur Rechtskraft des Präliminarverfahrens oder Abschluss des Mediationsverfahrens. Für die Interpretation des Klägers, dass die Unterhaltsregelung gemäss Präliminarentscheid vom 8. April 2021 nur bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens gegolten haben soll, bleibe kein Raum.

Der *Kläger* beharrt auf der Feststellung, dass er seit dem 8. April 2021 keinen Kinderunterhalt mehr bezahlen müsse, weil die Unterhaltsregelung klar bis dahin befristet sei (was sich auch aus "deutlichen Indizien" ergebe [er habe sich vergleichsweise zu einer Unterhaltszahlung verpflichtet, obwohl der Unterhalt nicht Prozessgegenstand gewesen sei und seine finanziellen Verhältnisse Unterhalt gar nicht zugelassen hätten]), weil gemäss Ziff. 5.2 der Vereinbarung die Unterhaltsregelung "nur für die Dauer des vorsorglichen Massnahmeverfahrens" gelte und dieses (was ein von ihm nicht zu vertretender Fehler der Vorinstanz gewesen sei und worauf er diese nicht habe hinweisen müssen) mit Entscheid vom 8. April 2021 abgeschlossen worden sei (Berufung, S. 3 ff.).

#### **4.2.**

Soweit der Kläger wortwörtlich oder jedenfalls sinngemäss seine Ausführungen vor Vorinstanz wiederholt (Berufung, S. 3 bis 9), mit welchen sich der vorinstanzliche Richter bereits im Detail und nachvollziehbar auseinandergesetzt hat und worauf verwiesen werden kann (vgl. Erw. 4.1 Abs. 2 oben), stellen diese Wiederholungen zum Vornherein keine substantiierte Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen dar. Dasselbe gilt für die weiteren Einwendungen des Klägers, wonach a) die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgehe, dass die Regelung während der ganzen "Dauer des Präliminarentscheids" gültig sei und ein Präliminarentscheid nicht befristet sein könne, b) ihm nicht angelastet werden könne, dass aus dem Vereinbarungstext nicht explizit hervorgehe, dass das Präliminarverfahren SF.2020.42 bis zum Abschluss der Mediation hätte sistiert werden sollen und c) er an der Verhandlung vom 30. März 2021 "zum Ausdruck gebracht" habe, dass er nur unpräjudiziell und befristet während der Dauer des vorsorglichen Massnahmeverfahrens bzw. während der Dauer der Mediation zu Unterhaltszahlungen bereit sei (Berufung, S. 9 ff.). Dem Kläger ist zwar beizupflichten, dass der Wortlaut der "zum Urteil erhobenen" Ziff. 5.1 der Vereinbarung, wonach die Unterhaltsregelung "nur für die Dauer des vorsorglichen Massnahmeverfahrens" gelte, so verstanden werden könnte,



dass seine Unterhaltspflicht mit Fällung des Entscheids entfallen sollte. Wie jedoch schon der vorinstanzliche Richter – unter dessen Ägide die Vereinbarung vom 30. März 2021 ausgearbeitet worden ist – zutreffend bemerkt hat, würde eine solche Regelung keinerlei Sinn machen. Es gibt keinen Grund zur Annahme, dass das Gericht am 8. April 2021 mit dem von ihm entsprechend der Officialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO) unter Berücksichtigung der eine blosser Anregung darstellenden Vereinbarung (BGE 143 III 361 Erw. 7.3.1) getroffenen Entscheid eine im Lichte des Kindeswohls nicht begründbare befristete Unterhaltsregelung treffen wollte. Überdies bringt die *Beklagte* in ihrer Berufungsantwort (S. 2 ff.) zu Recht vor, dass sich aus dem Entscheid vom 8. April 2021 kein Zusammenhang zwischen dem Gelingen oder Scheitern der Mediation und der Kinderunterhaltspflicht ergibt. Dispositiv-Ziff. 3.2 hält lediglich (deklaratorisch) die Selbstverständlichkeit fest, dass die vorsorgliche Unterhaltsregelung die Alimente "für das" Scheidungsverfahren nicht präjudiziert. Einen nachvollziehbaren Grund, weshalb seine Unterhaltspflicht gleichzeitig mit dem ihn (erst) zu Unterhalt verpflichtenden Entscheid vom 8. April 2021 gerade wieder entfallen sein soll, vermag der Kläger nicht zu plausibilisieren. Eine Vereinbarung fällt nicht mit deren Genehmigung resp. (bezüglich Kinderunterhalt) deren "Erhebung zum Urteil" dahin. Weshalb es zudem im Belieben des Gerichts hätte stehen sollen, den Zeitpunkt der Urteilsfällung und damit den Wegfall der Unterhaltspflicht zu wählen (Berufung, S. 12, Ziff. 5.2.4, Abs. 2), ist nicht nachvollziehbar. Rechtskräftige vorsorgliche Massnahmen können nur – bei Vorliegen der dafür erforderlichen Voraussetzungen gemäss Art. 179 ZGB - durch neue vorsorgliche Massnahmen abgeändert werden. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Dispositiv-Ziffer 3.1 waren offensichtlich nicht bis zum Abschluss der Mediation und auch nicht anderweitig zum Vornherein befristet. Die Parteien hatten eine Sistierung des Scheidungs- und nicht des vorsorglichen Massnahmeverfahrens beantragt, weshalb nichts gegen den Abschluss des letzteren mit Entscheid vom 8. April 2021 gesprochen hat. Dies führt zur Abweisung des Hauptbegehrens des Klägers. Die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob vorliegend in Bezug auf die Unterhaltspflicht des Klägers überhaupt ein Feststellungsbegehren zulässig ist, braucht nicht vertieft zu werden.

## 5.

### 5.1.

Eventuell beantragte der *Kläger* im erstinstanzlichen Verfahren eine Reduktion des Kinderunterhalts per 23. Dezember 2022 auf Fr. 0.00 (act. 8 ff.). Die *Vorinstanz* (Urteil, Erw. 3.5) verneinte eine wesentliche und dauerhafte Änderung der Verhältnisse. Zwar habe sich das Einkommen des Klägers um Fr. 100.00 reduziert (von Fr. 5'068.00 im Jahr 2020 [act. 9] auf Fr. 4'962.00), dafür seien aber auch seine Wohnkosten per 1. Februar 2023 um Fr. 270.00 gesunken. Damit stehe einem Nettoeinkommen von Fr. 4'960.00 ein (zu wahrendes) betriebsrechtliches Existenzminimum von Fr. 3'460.20 (Grundbetrag Fr. 1'200.00, Wohnkosten Fr. 1'500.00,

Krankenkasse Fr. 360.20, Berufsauslagen Fr. 400.00) gegenüber; das familienrechtliche Existenzminimum (inkl. Steuern Fr. 260.00 sowie Kommunikations- und Versicherungspauschale Fr. 100.00) betrage Fr. 3'820.00. Der Kläger könne die Kinderalimente (Fr. 1'000.00) ohne Eingriff in sein betriebsrechtliches Existenzminimum bezahlen. Der Grundsatz, dass bei alleiniger Obhut eines Elternteils der andere den auf ihn entfallenden Unterhaltsanteil durch Unterhaltsbeiträge leisten müsse, habe beim Präliminarentscheid vom 8. April 2021 gegolten und gelte auch für den vorliegenden Entscheid.

## **5.2.**

Der *Kläger* hält in seiner Berufung (S. 17 ff.) eventuell an der Aufhebung seiner Unterhaltspflicht für die Kinder per 23. Dezember 2022 fest. Er sei (entgegen der Vorinstanz) nicht in der Lage, Kinderalimente von monatlich Fr. 1'000.00 zu bezahlen. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

### **5.2.1.**

Soweit der *Kläger* allgemein rügt, im Entscheid vom 19. Juni 2023 im Verfahren SF.2022.10 sei die Vorinstanz bei ihm von einem Manko ausgegangen und es seien die dortigen Bedarfszahlen (Wohnkosten, Steuern) einzusetzen (vgl. Berufung, S. 17 ff.), ist er damit nicht zu hören. An die Beurteilung der zivilprozessualen Bedürftigkeit des Klägers im Verfahren betreffend Prozesskostenvorschuss resp. Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Scheidungsverfahren ist das Gericht im vorsorglichen Massnahmeverfahren betreffend Unterhalt nicht gebunden.

### **5.2.2.**

Während der *Kläger* die Feststellungen der *Vorinstanz* (Urteil, Erw. 3.5.1) zu seinem Einkommen nicht rügt, bringt die *Beklagte* (was grundsätzlich zulässig ist; vgl. Erw. 1 oben) vor, dem Kläger müsste ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, da er spätestens seit Abschluss der Mediation wisse, dass er die Kinder nicht zur Betreuung übernehmen werde (Berufungsantwort, S. 10). Das Abänderungsgericht darf im Zuge einer Neufestsetzung des Unterhalts 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: FamKommentar Scheidung [FamKomm.], 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 (vgl. Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 29. April 2021 [ZSU.2020.219], Erw. 4.2). Ein solcher Punkt, dessen Veränderung die Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens beim Kläger als Ausgleich rechtfertigen würde, ist vorliegend aber nicht ersichtlich und wird auch von der Beklagten nicht geltend gemacht. Es ist mit der Vorinstanz von einem Einkommen des Klägers von Fr. 4'960.00 auszugehen (vgl. Erw. 5.1 oben).

### 5.2.3.

Bezüglich seiner Wohnkosten rügt der *Kläger*, die Vorinstanz habe sein Existenzminimum erst ab 1. Februar 2022 berechnet, als er in eine um Fr. 270.00 günstigere Wohnung umgezogen sei. Er habe aber das Abänderungsgesuch am 23. Dezember 2023 gestellt; deshalb seien für die Phase Dezember 2022 und Januar 2023 Wohnkosten von Fr. 1'770.00 zu berücksichtigen. Diese Argumentation verfängt nicht. Die *Beklagte* weist zu Recht darauf hin, dass im Zeitpunkt der Klageeinreichung am 23. Dezember 2022 (Prozessgeschichte Ziff. 4.1 oben) der (monatlich im Voraus zu leistende [Prozessgeschichte Ziff. 2 / 5.1 oben]) Unterhalt für Dezember 2022 bereits fällig gewesen war, und dass eine Zeitdauer von nur einem Monat (Januar 2023) keine i.S.v. Art. 179 ZGB dauerhafte Veränderung darstellt (Berufungsantwort, S. 11). Im Übrigen änderte auch die Berücksichtigung der für Dezember 2022 und Januar 2023 geltend gemachten, um Fr. 270.00 höheren Wohnkosten im Ergebnis nichts zu Gunsten des Klägers (vgl. Erw. 5.2.6 unten).

### 5.2.4.

Die *Vorinstanz* ermittelte für den Kläger die Arbeitswegkosten wie folgt: Bei einer jährlichen Fahrstrecke von 12'880 km (46 Wochen à 5 Tage x 2 x 28 km) und einem Wagenneupreis von Fr. 15'000.00 ergäben sich gemäss Kilometerkostenberechnung des Touring Clubs Schweiz (TCS) Gesamtkosten von Fr. 6'615.00 pro Jahr. Hiervon seien die im Notbedarf nicht zu berücksichtigenden Kosten für die Amortisation (10 % des Neuwerts), die Kapitalverzinsung (0.75 % des halben Neuwerts), die Garagierungskosten und die Wertverminderung (2 % des Neuwerts pro 10'000 gefahrene Kilometer) in Abzug zu bringen, so dass jährliche Fahrzeugkosten von rund Fr. 4'700.00 bzw. rund Fr. 400.00 im Monat verblieben. Der *Kläger* hält diese Berechnung für falsch. Der schnellste Arbeitsweg über die Autobahn sei 34 km (27 Minuten). Sein Opel XY koste neu Fr. 25'390.00 und es sei mit einer Kilometerentschädigung von Fr. 0.70 zu rechnen. Damit ergäben sich monatliche Arbeitswegkosten von Fr. 912.00 (46 x 5 x 2 x 34 km x Fr. 0.70 / 12) (Berufung, S. 19). Die *Beklagte* bringt vor, der Kläger erhalte Spesen; es sei eine Erkundigung beim Arbeitgeber einzuholen. Die Bestätigung, wonach der Kläger sein Privatauto benötige, genüge nicht. Er könne mit dem ÖV für Fr. 205.00 pro Monat zur Arbeit fahren. Für Geschäftsfahrten stünden Geschäftsfahrzeuge bereit. Der Kläger habe nicht Anspruch auf den bequemsten Arbeitsweg. Er habe den kostengünstigsten zu wählen. Sein Fahrzeugtyp werde für Fr. 15'000.00 verkauft (Berufungsantwort, S. 11 ff.). Gemäss Ziff. II.4 der obergerichtlichen Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG (SchKG-Richtlinien; KKS.2005.7) sind im Notbedarf mit Bezug auf Fahrten zum Arbeitsplatz die Autokosten (nur) zu berücksichtigen, wenn ein Ehegatte wegen des Arbeitswegs, der Arbeitszeit oder andern speziellen Umständen auf ein Fahrzeug angewiesen ist. Mit Beilage 8 zur Eingabe vom

30. Januar 2023 reichte der Kläger eine "Bestätigung Notwendigkeit des Privatfahrzeugs" seines Arbeitgebers (E.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_) vom 12. Januar 2023 ein. Darin ist vermerkt, dass der Kläger "aufgrund seiner Funktion als [...] und der damit verbundenen unregelmässigen und z.T. kurzfristig angeordneten Arbeitseinsätze (Schichtdienst) auf den Gebrauch seines Privatfahrzeugs angewiesen" sei; er benötige dieses, "um seine Tätigkeit an den Standorten der E.\_\_\_\_\_ in S.\_\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_\_ auszuführen". Der *Beklagten* ist nun aber darin beizupflichten, dass sich die Bestätigung des Arbeitgebers mit keinem Wort dazu äussert, wann dieser Schichtdienst endet resp. beginnt. Dass es ihm nicht möglich wäre, mit dem öffentlichen Verkehrsmittel an seinen Arbeitsort (R.\_\_\_\_\_/S.\_\_\_\_\_) an- und von diesem wieder an seinen Wohnort (T.\_\_\_\_\_) zurückzureisen, vermochte der Kläger - eine Unzumutbarkeit macht er nicht geltend - damit nicht glaubhaft zu machen. Die Standorte des Arbeitgebers ([...]; vgl. [www.aaa.ch](http://www.aaa.ch)) kann der Kläger problemlos innert wenigen Minuten zu Fuss wechseln (vgl. [www.google.ch/maps](http://www.google.ch/maps)); er ist dafür auf kein Auto angewiesen. Im Übrigen blieb unbestritten, dass sein Arbeitgeber über Geschäftsfahrzeuge verfügt. Da der Kläger den Kompetenzcharakter seines Privatautos somit nicht glaubhaft machen konnte, sind ihm lediglich, wie von der *Beklagten* zugestanden, Fr. 205.00 für das öffentliche Verkehrsmittel im Bedarf einzusetzen. Seine Ausführungen zur Höhe der Kosten mit dem Auto sind nicht zu vertiefen. Ebenso wenig drängen sich irgendwelche Abklärungen bei seinem Arbeitgeber auf.

#### 5.2.5.

Der *Kläger* bringt in der Berufung (S. 20) vor, die monatlichen Tilgungsraten (Fr. 163.30; Berufsbeilage 10) des von ihm aufgenommenen Privatkredits seien - entgegen der Vorinstanz (Urteil, S. 14 oben) - in seinem Bedarf zu berücksichtigen. Er habe den Privatkredit von Fr. 7'000.00 aufnehmen müssen, um überhaupt das Mietzinsdepot von Fr. 3'000.00 bezahlen zu können. Ohne Mietzinsdepot hätte er per 1. Februar 2023 nicht in die um Fr. 270.00 günstigere Wohnung ziehen können. Mit dem Restbetrag des Darlehens habe er "insbesondere" die Mediation und die Kosten des Umzugs in die günstigere Wohnung bezahlt. Die *Beklagte* wendet ein, Drittschulden gingen dem Kinderunterhalt nach. Zum anderen hätte der Kläger eine Mietkautionsversicherung abschliessen können. Und schliesslich sei mit grosser Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass eine Kautionszahlung aus der früheren Wohnung geflossen sei, die er hätte verwenden können. Es sei auch nicht nachvollziehbar, warum der Kläger ein Darlehen von Fr. 7'000.00 aufnehme, wenn nur Fr. 3'000.00 auf die Kautionsentfielen (Berufungsantwort, S. 13). Die für eine Mietwohnung zu leistende Kautionszahlung kann praxisgemäss zwar mit zeitweiligen Notbedarfszuschlägen berücksichtigt werden, sofern der Ansprecher dafür nicht auf allfälliges Vermögen zurückgreifen kann (vgl. Entscheide des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 27. August 2012 [ZSU.2012.164], Erw. 6.3 resp. vom 2. September 2013

[ZSU.2013.155], Erw. 6.3). Aus dem Privatkreditvertrag vom 16./19. Januar 2023 (vgl. Beilage 6 zur Eingabe des Klägers vom 30. Januar 2023) oder anderen Belegen ergibt sich nun aber nicht, dass das Darlehen - wie vom Kläger behauptet - für die Leistung der Mietzinskaution von Fr. 3'000.00 (vgl. Beilage 7 zur Eingabe des Klägers vom 30. Januar 2023) aufgenommen worden wäre. Umzugskosten, für welche der Kläger einen Teil des Darlehens verwendet haben will, könnten grundsätzlich ebenfalls im Notbedarf berücksichtigt werden (Ziff. II.8. der SchKG-Richtlinien); solche Auslagen hat der Kläger allerdings auch nur behauptet und durch nichts belegt. Soweit der Kläger schliesslich vorbringt, der Privatkredit habe ihm auch zur Tilgung der (ihm hälftig auferlegten; vgl. Prozessgeschichte Ziff. 2/2.6 oben) Mediationskosten gedient, vermochte er eine solche Verwendung mit seinen diesbezüglich schlichten Behauptungen einmal mehr nicht glaubhaft zu machen. Damit kann offenbleiben, ob der vom Kläger erst nach der Trennung der Parteien zur Tilgung eigener Schulden aufgenommene Kredit überhaupt berücksichtigt werden könnte (vgl. SCHWENZER/RAVEANE, in: FamKomm., a.a.O., N. 104b zu Art. 125 ZGB; SPYCHER/MAIER, in: Handbuch des Unterhaltsrechts, 3. Aufl., Bern 2023, Kap. 2 Rz. 58).

#### 5.2.6.

Zu den Steuern erwog die *Vorinstanz*: In der Steuererklärung 2019 sei der Kläger von einem steuerbaren "Vermögen" von Fr. 45'720.00 und einem steuerbaren Vermögen von Fr. 0.00 ausgegangen. Unter Berücksichtigung des Abzugs für Unterhaltsbeiträge für minderjährige Kinder von monatlich Fr. 1'000.00 sei für das Jahr 2023 von einem steuerbaren Einkommen von Fr. 34'000.00 auszugehen. Das ergäbe gemäss Steuerrechner einen monatlichen Steuerbetrag (*inkl.* Bundessteuer) von approximativ Fr. 260.00. Der *Kläger* unterstellt der Vorinstanz, sie habe die direkte Bundessteuer nicht "inkludiert". Gemäss individuellem Steuer-Kontoauszug 2021 habe die definitive Rechnung für die Kantons- und Gemeindesteuer 2021 im Monatsdurchschnitt rund Fr. 290.00 betragen, so dass unter Einbezug der Bundessteuer der von der Vorinstanz im Verfahren SF.2022.10 berücksichtigte Steuerbetrag von Fr. 375.00 sachgerecht erscheine (Berufung, S. 20). Die *Beklagte* bestreitet die Ausführungen des Klägers, auf den überalterten und provisorischen Steuer-Kontoauszug könne nicht abgestellt werden. Aus der definitiven Steuerveranlagung 2020 sei eine totale Steuerlast von Fr. 3'001.20 zu entnehmen. Damals habe er schon keine Kinderalimente bezahlt. Deshalb sei vom dortigen steuerbaren Einkommen von Fr. 48'000.00 der Jahreskinderunterhalt von Fr. 12'000.00 abzuziehen, um seine tatsächliche Steuerlast zu bestimmen (Berufungsantwort, S. 14). Vorliegend drängt es sich nun allerdings nicht auf, die vorstehenden Ausführungen der Parteien zu vertiefen. Denn selbst unter Berücksichtigung der von ihm auf Fr. 375.00 bezifferten Steuern ist der Kläger mit einem Einkommen von Fr. 4'960.00 (vgl. Erw. 5.2.2 oben) – entgegen seiner eigenen

Berechnung (Berufung, S. 21 f.) – ohne Weiteres in der Lage, der Beklagten unter Wahrung (sogar) seines familienrechtlichen Existenzminimums in Höhe von (rund) Fr. 3'740.00 (Grundbetrag Fr. 1'200.00, Wohnkosten Fr. 1'500.00, Krankenkasse 360.20, Berufsauslagen Fr. 205.00, Steuern Fr. 375.00, Kommunikations- und Versicherungspauschale Fr. 100.00) die Kinderalimente von insgesamt Fr. 1'000.00 gemäss Präliminarentscheid vom 8. April 2021 zu bezahlen. Ihm verbleibt sogar noch ein Überschuss von monatlich Fr. 220.00.

#### **5.2.7.**

Grundsätzlich sorgen beide Elternteile, ein jeder nach seinen Kräften, für den in Form von Pflege, Erziehung und Geld zu erbringenden Unterhalt (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB). Dies gilt an sich auch für den gesamten Geldunterhalt (gemäss Art. 285 Abs. 1 und 2 ZGB). Soweit die Eltern getrennt leben, wird praktisch relevant, wer an wen welchen Geldbetrag zu entrichten hat. Im Streitfall gilt bei alleiniger Obhut eines Elternteils der Grundsatz, dass der Geldunterhalt vor dem Hintergrund der Gleichwertigkeit von Geld- und Naturalunterhalt und weil der Inhaber der Obhut seinen Unterhaltsbeitrag vollständig mittels Naturalunterhalt leistet, indem er dem Kind Pflege und Erziehung erweist, grundsätzlich vollständig dem anderen Elternteil anheimfällt, weil dieser weitestgehend von den mit dem Naturalunterhalt erfüllten Aufgaben entbunden ist. Von diesem Grundsatz kann das Gericht ermessensweise zwar abweichen, wenn der hauptbetreuende Elternteil leistungsfähiger ist als der andere (vgl. BGE 5A\_727/2018 Erw. 4.3.2.2). Vorliegend hat der Kläger entsprechendes aber nicht (substantiiert) behauptet und ergibt sich auch nicht aus den Akten. Insbesondere hat der Kläger eine im Vergleich mit der Situation zur Zeit des Entscheids vom April 2021 eingetretene Veränderung der Leistungsfähigkeit der Beklagten, aufgrund derer entgegen der Vorinstanz eine Reduktion seines (im Lichte des Bedarfs der 11- und 13-jährigen Kinder anteiligen) Kinderunterhalts angezeigt wäre, nicht geltend gemacht.

#### **5.3.**

Da eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder eine falsche Rechtsanwendung (vgl. Art. 310 ZPO) durch die Vorinstanz nicht auszumachen ist, ist die Berufung des Klägers auch im Eventualstandpunkt abzuweisen.

### **6.**

#### **6.1.**

In Dispositiv-Ziffer 4.2 verfügte die *Vorinstanz*, dass die Festsetzung der Parteikosten des Klägers für das Verfahren SF.2022.43 im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege *erst* mit Abschluss des Scheidungsverfahrens OF.2020.81 erfolge. Der *Kläger* rügt in der Berufung (S. 22 f.), dass (im Gegensatz dazu) die Entschädigung der Beklagten in Dispositiv-Ziffer 4.1 gestützt auf die von ihr eingereichte Kostennote (Fr. 2'907.90) genehmigt worden sei. Er habe auch eine Kostennote (Fr. 2'995.15) eingereicht.

Es gebe keine Rechtsgrundlage, *sein* Honorar erst bei Abschluss des Hauptverfahrens OF.2020.81 festzusetzen.

## 6.2.

Das Gericht entscheidet über die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung [Art. 95 Abs. 1 ZPO]) in der Regel im Endentscheid (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Sie werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Dabei werden die Parteikosten beider Parteien als Ganzes genommen und die Bruchteile des Obsiegens bzw. Unterliegens der Parteien vorab gegeneinander aufgerechnet bzw. verrechnet. Alsdann wird die mehrheitlich unterliegende Partei verpflichtet, dem obsiegenden Prozessgegner dessen Parteikosten in einem der Differenz zwischen den beiden Bruchteilen entsprechenden Verhältnis zu ersetzen. Es werden somit nicht für beide Parteien betragsmässig bestimmte Prozessentschädigungen ermittelt, die dann miteinander zu verrechnen wären, sondern die Verrechnung findet bereits statt zwischen den Anteilen, mit denen jede Partei an der Kostentragung beteiligt ist. Nur der allfällig überschüssende Anteil einer Partei wird anschliessend in eine entsprechende Summe als Entschädigung umgerechnet (AGVE 2000 S. 51 f.). Es gibt somit keinen Grund, im Endentscheid eine Parteientschädigung für die überwiegend oder ganz unterliegende Partei festzusetzen, prozessiere diese in unentgeltlicher Rechtspflege oder nicht. Vom Entscheid über die Tragung der Prozesskosten unterscheidet die ZPO die Liquidation der Prozesskosten im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege. Gemäss Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO wird die unentgeltliche Rechtsbeistandin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt. Dieser Entschädigungsanspruch steht dem beigezogenen Anwalt persönlich und nicht der bedürftigen Partei zu, welche - im Gegensatz zum Anwalt - Partei des mit dem Endentscheid abgeschlossenen Verfahrens ist (WUFFLI/FUHRER, Handbuch der unentgeltlichen Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 646). Gestützt auf § 12 Abs. 1 AnwT setzt in Zivilverfahren denn auch jede urteilende Instanz, bei Kollegialbehörden deren Präsidentin oder Präsident die der unentgeltlichen Rechtsvertretung aus der Gerichts- oder Staatskasse auszurichtende Entschädigung fest. Nach ständiger obergerichtlicher Praxis erfolgt diese Festsetzung der Entschädigung auch durch den Vorsitzenden oder die Vorsitzende des jeweiligen Spruchkörpers in einem separaten Entscheid. Nach der bis Ende 2020 in Kraft stehenden Fassung von § 12 Abs. 1 AnwT setzte gar die *als letzte* urteilende kantonale Instanz, bei Kollegialbehörden deren Präsidentin oder Präsident, die Entschädigung fest, was somit für das erstinstanzliche Verfahren gar nicht anders als in einem separaten Entscheid erfolgen konnte. Vorliegend ist damit zum Vornherein nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Honorar des unentgeltlichen Rechtsvertreters des Klägers nicht im Urteilsdispositiv festgelegt hat, nachdem der Kläger - was mit dem vorliegenden Entscheid bestätigt

wird (vgl. Erw. 4.2 und Erw. 5.3 oben) - mit seiner Klage vollumfänglich unterlegen ist. Die Vorinstanz begründete sodann zwar nicht, warum es sich vorliegend geradezu aufdrängen sollte, die Festsetzung der Parteientschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters des Klägers für das erstinstanzliche vorsorgliche Massnahmeverfahren bis zum Abschluss des Scheidungsverfahrens vor dem Gerichtspräsidium Q.\_\_\_\_\_ aufzuschieben. Wie durch die Festsetzung der *Höhe* der staatlichen Entschädigung (vgl. BÜHLER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [BK-ZPO], Bern 2012, N. 46 zu Art. 122 ZPO mit Hinweisen) wird aber auch durch die Festlegung des *Zeitpunkts* der Genehmigung resp. *Festsetzung* des Honorars des unentgeltlichen Rechtsvertreters überhaupt nur das Rechtsschutzinteresse des unentgeltlichen Rechtsbeistands selbst tangiert, weshalb *nur dieser* legitimiert ist, den vorinstanzlichen Entscheid diesbezüglich anzufechten. Auf die Berufung des *Klägers* ist deshalb nicht einzutreten, soweit er die Dispositiv-Ziffer 4.2 anfiicht und die Festlegung des Honorars seines (in erster Instanz) unentgeltlichen Rechtsvertreters verlangt.

## **7.**

### **7.1.**

Der *Kläger* beantragt (auch) für das Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung. Ihm sei sie in allen bisherigen Verfahren gewährt worden (Berufung, S. 23 bis 25).

## **7.2.**

### **7.2.1.**

Die unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär zum Anspruch auf Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehegatten (BGE 142 III 39 Erw. 2.3). Die Prozesskostenvorschusspflicht des Ehegatten besteht unabhängig vom Güterstand sowie davon, ob das Einkommen und/oder Vermögen des pflichtigen Ehegatten güterrechtlich seinem Eigengut, seiner Errungenschaft oder dem Gesamtgut zuzuordnen ist (BÜHLER, a.a.O., N. 34 zu Art. 117 ZPO, unter Hinweis auf BGE 85 I 4 f. Erw. 3; vgl. auch BGE 146 III 212 f. Erw. 6.3). Dem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege kann nur entsprochen werden, wenn erstellt ist, dass der Gesuchsteller vom Ehegatten keinen Prozesskostenvorschuss erhältlich machen kann (BGE 4A\_412/2008 Erw. 4.1). Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt voraus, dass der Ehegatte, der ihn verlangt, für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des anderen angewiesen ist. Zur Beurteilung dieser Frage werden die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geltenden Grundsätze herangezogen.

### **7.2.2.**

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b).



Für die Beurteilung der Mittellosigkeit sind sowohl die Einkommens- als auch die Vermögensverhältnisse des Gesuchstellers zu prüfen (RÜEGG, in: BSK-ZPO, a.a.O., N. 7 zu Art. 117 ZPO). Massgebend ist der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (BGE 135 I 221 Erw. 5.1), wobei bis zur Gesuchsentcheidung eingetretene Veränderungen jedenfalls für die Zukunft berücksichtigt werden können (AGVE 2006 S. 37 ff.). Die Einkommens- und Vermögenssituation des Gesuchstellers ist in Beziehung zur Höhe der mutmasslich anfallenden Prozesskosten zu setzen und es ist zu prüfen, ob er in der Lage ist, die zu erwartenden Prozesskosten aus seinem Vermögen oder seinem den zivilprozessualen Zwangsbedarf übersteigenden Einkommensüberschuss innert absehbarer Zeit, bei weniger aufwändigen Prozessen innert Jahresfrist, bei anderen innert zweier Jahre, zu tilgen (BGE 135 I 223 Erw. 5.1). Nach der Praxis des Obergerichts setzt sich der sogenannte zivilprozessuale Zwangsbedarf aus dem gemäss den SchKG-Richtlinien errechneten betriebsrechtlichen Notbedarf, einem Zuschlag von 25 % auf dem betriebsrechtlichen Grundbetrag (AGVE 2002, S. 65 ff.) sowie den laufenden Schuld- und Steuerverpflichtungen - sofern deren regelmässige Tilgung nachgewiesen ist - zusammen. Schulden gegenüber Dritten (unter Vorbehalt von Steuerschulden [BGE 135 I 225 Erw. 5.2.1]) werden aber nur berücksichtigt, wenn diese in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Grundbedarf (z.B. Abzahlung von Kompetenzgütern) oder der Aufrechterhaltung der Erwerbsfähigkeit stehen (BGE 5A\_707/2009 Erw. 2.1). Zukünftige Unterhaltsbeiträge werden im Bedarf nicht berücksichtigt, wenn sie schon bisher nicht bezahlt wurden (BÜHLER, a.a.O., N. 164 zu Art. 117 ZPO). Was die Vermögensverhältnisse betrifft, darf von einem Grundeigentümer verlangt werden, zur Bestreitung des Prozessaufwands einen Kredit auf das Grundstück aufzunehmen, soweit dieses noch belastet werden kann. Ist keine höhere Belastung möglich, stellt sich die Frage der Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Veräusserung (BGE 119 Ia 12 f. Erw. 5; BGE 4D\_41/2009 Erw. 3).

Als aussichtslos gelten Prozessbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 138 III 217 Erw. 2.2.4).

### **7.2.3.**

Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, was den Gesuchsteller aber nicht davon entbindet, seine finanzielle Situation vollumfänglich offenzulegen (BGE 4A\_466/2009 Erw. 2.3). Dem Gesuchsteller

darf demnach die Behauptungs- und Beweislast für sein Einkommen und Vermögen und damit für seine Bedürftigkeit auferlegt werden (vgl. BGE 120 Ia 179 Erw. 3a; ferner BGE 125 IV 161 Erw. 4a). Ein Gesuchsteller ist in Beachtung dieser Pflichten somit gehalten, bereits im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege die entsprechenden Tatsachen und Beweismittel beizubringen (BGE 5A\_580/2014 Erw. 3.2). Ein anwaltlich vertretener Gesuchsteller hat für alle seine Behauptungen Belege unaufgefordert einzureichen. Unterlässt er dies, ist ihm keine Nachfrist anzusetzen (AGVE 2002 S. 68 f.; BGE 5A\_311/2023 Erw. 3.2). Soweit er seiner Beweisführungspflicht hinreichend nachgekommen ist, genügt Glaubhaftmachung der Mittellosigkeit (BGE 104 Ia 323 Erw. 2b). Wenn er seinen Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt, kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeit abgewiesen werden (vgl. BGE 5A\_1012/2020 Erw. 3.2.3).

### 7.3.

In Bezug auf die eheliche Liegenschaft, welche die Beklagte im hängigen Scheidungsverfahren güterrechtlich als ihr Eigengut beansprucht (vgl. Klagebeilage 31 [Definitive Steuerveranlagung 2020 der Beklagten, S. 3; Beilagen 66 [Auflistung Eigengut], 69 bis 71 [Bestätigung Erbvorbezüge], 74 zur Eingabe der Beklagten vom 13. Januar 2023; vgl. act. 42 [Beweismittelverzeichnis]), was bezüglich der Frage ihrer Prozesskostenvorschusspflicht aber irrelevant ist (vgl. Erw. 7.2.1 oben), brachte die Beklagte lediglich vor, dass ihr der Verkauf der Liegenschaft für den Kläger "schlicht nicht zuzumuten" sei (act. 94). Eine Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit, zur Finanzierung der Prozesskosten die Hypothek zu erhöhen, hat die Beklagte hingegen weder behauptet geschweige denn irgendwie belegt. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht glaubhaft, dass der Kläger bei der Beklagten - beim erstinstanzlichen Eheschutz- resp. Präliminargericht (vgl. statt vieler: Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 1. Mai 2023 [ZSU.2023.33 / 86], Erw. 2.3.1) - keinen Prozesskostenvorschuss erhältlich machen könnte. Die *Beklagte* bringt nun aber zurecht vor, dass - wie die vorstehenden Erwägungen 4, 5 und 6 zeigen - das vom Kläger angestrebte Berufungsverfahren zum vornherein aussichtslos gewesen ist. Ebenso wenig wie die Staatskasse hat auch der Ehegatte aussichtslose Prozesse des anderen Ehegatten zu finanzieren. Dazu kommt, dass der Kläger eine zivilprozessuale Bedürftigkeit ohnehin nicht glaubhaft machen konnte. Er verfügt im vorliegend für das Berufungsverfahren relevanten Zeitraum (ab Juli 2023) über einen monatlichen Überschuss von fast Fr. 1'400.00. Sein Einkommen beträgt Fr. 4'960.00 (vgl. Erw. 5.2.2 oben) und sein zivilprozessualer Zwangsbedarf ist unter Berücksichtigung der vorstehend für ihn ermittelten Bedarfspositionen (vgl. Erw. 5.2.6 oben) auf Fr. 3'565.00 zu veranschlagen (Grundbetrag Fr. 1'200.00, 25 %-Zuschlag Fr. 300.00, Wohnkosten Fr. 1'500.00, Krankenkasse 360.20, Berufsauslagen Fr. 205.00); ein Zuschlag für Steuern kann nicht berücksichtigt werden,

da deren regelmässige Tilgung nicht belegt ist, und auch die Kinderalimente sind nicht einzusetzen, nachdem der Kläger die Zahlungen unstrittig im Herbst 2021 eingestellt hat (vgl. Erw. 4.1 Abs. 1 oben). Mit einem Gesamtüberschuss von fast Fr. 17'000.00 binnen eines Jahres ist der Kläger ohne Weiteres in der Lage, für die auf ihn entfallenden Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens in der Grössenordnung von Fr. 4'000.00 (vgl. Erw. 8 unten) aufzukommen. Anzumerken ist weiter, dass der Kläger unstrittig über eine Lebensversicherung verfügt hat, die er zwischenzeitlich zurückgekauft hat. Aus Klagebeilage 21 (Standmitteilung der F.\_\_\_\_\_ per 1. Januar 2021, S. 3) ergibt sich ein Rückkaufswert von Euro 13'553.13, wobei der Kläger seine Behauptung, er hätte die Rückkaufszahlung zur Finanzierung seines betriebsrechtlichen Existenzminimums verwendet, nicht glaubhaft machen konnte. Da der Betrag zudem einen unter den gegebenen (knappen finanziellen Verhältnissen) Umständen angemessenen Notgroschen übersteigt, hat ihn der Kläger zur Finanzierung des Berufungsprozesses zu verwenden (vgl. WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich/St.Gallen 2019, N. 204 unter Hinweis auf BGE 4A\_362/2018 Erw. 4.2.4). Dies führt zur Abweisung des Gesuchs des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren.

#### 8.

Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 2'000.00 (Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO, Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 8 und 11 Abs. 1 VKD) wird ausgangsgemäss dem Kläger auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zudem hat er der Beklagten ihre zweitinstanzlichen Anwaltskosten zu ersetzen, welche gerichtlich auf (gerundet) Fr. 1'842.00 festgesetzt (Art. 105 Abs. 2 ZPO) werden (Grundentschädigung für ein Abänderungsverfahren Fr. 2'700.00 [§ 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AnwT; Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 9. Januar 2023 [ZSU.2022.250], Erw. 6]; Verhandlungsabzug 20 % [§ 6 Abs. 1 und 2 AnwT]; Rechtsmittelabzug 25 % [§ 8 AnwT]; Auslagenpauschale Fr. 90.00 [§ 13 AnwT]; 7.7 % MwSt.). Das mit Kostennote vom 26. Juli 2023 (Berufungsantwortbeilage) geltend gemachte Honorar (Fr. 3'327.95 [10 Stunden à Fr. 300.00; Auslagenpauschale 3 % = Fr. 90.00; 7.7 % Mehrwertsteuern Fr. 237.95]) ist nicht (pauschal-)tarifgemäss und kann daher nicht genehmigt werden. Die Rechtsvertreterin der Beklagten macht keinerlei *substantiierten* Ausführungen dazu, inwiefern - abweichend zum üblicherweise für ein Verfahren der vorliegenden Art - zur gehörigen Erledigung des pauschal zu entschädigenden Abänderungsverfahrens zweiter Instanz ein Aufwand in von ihr geltend gemachter Höhe *geradezu erforderlich* gewesen wäre; ihrer diesbezüglichen Substantiierungspflicht genügt sie nicht (vgl. BGE 146 IV 453; BGE 5A\_157/2015 Erw. 3.3.3; BGE 5D\_213/2015 Erw. 7.1.5, 5D\_62/2016 Erw. 4.2). Es reicht nicht, wenn der betriebene Aufwand bloss vertretbar erscheint (vgl. BGE 5D\_213/2015 Erw. 7.1.1).

---

### Das Obergericht erkennt:

**1.**

Die Berufung des Klägers wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 2'000.00 wird dem Kläger auferlegt.

**3.**

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in gerichtlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'842.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuern) zu bezahlen.

**4.**

Das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

---

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 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, 20. September 2023

**Obergericht des Kantons Aargau**

Zivilgericht, 5. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Hess