

Modification des mesures protectrices ou provisionnelles (art. 179 al. 1 CC ; art. 276 CPC) – rappel des principes. Une modification des mesures protectrices de l'union conjugale suppose un changement notable et durable des circonstances depuis l'entrée en force de la décision. Il y a un motif de modification lorsque les constatations de fait qui ont justifié la première décision se sont révélées fausses par la suite ou ne se sont pas réalisées comme prévu, ou lorsque la décision s'avère injustifiée car des faits déterminants n'étaient pas connus du juge (consid. 3.1).

Caractère durable des modifications de circonstances relatives au revenu d'un indépendant. Le revenu de l'activité indépendante est constitué par le bénéfice net qui correspond soit à l'augmentation de la fortune commerciale (différence entre le capital propre à la fin de l'exercice courant et à la fin de l'exercice précédent) soit au bénéfice dans le compte de profits et pertes régulièrement tenu. Pour déterminer la capacité de gain d'un indépendant en tenant compte des variations de revenu, il faut se baser sur le revenu net moyen de plusieurs années, en général des trois dernières. Selon les circonstances, il est possible de ne pas tenir compte de clôtures des comptes exceptionnelles, *i.e.* particulièrement bonnes ou particulièrement mauvaises. Toutefois, lorsque les revenus diminuent ou augmentent de manière constante, le gain de l'année précédente est considéré comme le revenu décisif, qu'il convient de corriger en prenant en considération les amortissements extraordinaires, les réserves injustifiées et les achats privés. En principe, l'époux indépendant peut prouver un changement durable de revenus justifiant une modification des mesures protectrices de l'union conjugale uniquement au moyen de plusieurs clôtures annuelles des comptes qui montrent une diminution constante de ses revenus. Une seule clôture particulièrement bonne ou mauvaise ne permet pas de retenir une modification durable des circonstances (consid. 5.1).

Caractère durable des modifications de circonstances en cas de chômage. Une période de chômage de plusieurs mois, en principe de quatre mois minimum, peut être considérée comme un changement durable des circonstances. La jurisprudence se base sur les dispositions de la LACI et de l'OACI (notamment : art. 8 al. 1 let. a LACI en lien avec l'art. 10 LACI ; art. 30 al. 1 let. a LACI ; art. 17 al. 1 LACI et 26 OACI en lien avec l'art. 30 al. 1 let. c LACI). Bien que le juge des mesures dans le cadre de la procédure de modification ne soit pas lié par les décisions des autorités administratives, il peut apprécier le fait qu'une indemnité de chômage a été octroyée et prévue pour plusieurs mois de manière continue, à tout le moins, comme un indice montrant que la personne concernée est effectivement et involontairement au chômage et qu'elle cherche personnellement du travail (consid. 5.2).

Perte de travail involontaire et début d'une activité lucrative indépendante. Lorsque, durant la séparation, un époux perd de façon involontaire sa place de travail et commence une activité lucrative indépendante (au lieu de recourir aux indemnités de chômage), il ne peut pas être retenu, de manière systématique, que le changement de circonstances n'est rendu vraisemblable que lorsqu'il peut se baser sur plusieurs clôtures annuelles des comptes. Une telle solution reviendrait à punir l'esprit d'initiative et à ne pas traiter de manière identique des situations pourtant semblables. Ainsi, il faut, au contraire, trancher la question en tenant compte de l'ensemble des circonstances concrètes du cas d'espèce (consid. 5.3).

Premièrement, il faut examiner si l'époux a abandonné son travail volontairement, voire dans l'intention de nuire, et ce nonobstant l'existence d'une lettre formelle de licenciement. Même si, à ce stade, une perte involontaire de la place de travail est admise, il faut examiner ensuite si l'époux a tout entrepris pour trouver un travail lui permettant de réaliser un revenu équivalent à celui de son ancienne activité (consid. 5.4.1).

Deuxièmement, il faut apprécier les pièces justificatives concernant le revenu issu de la nouvelle activité indépendante. A tout le moins, il faut produire un bilan intermédiaire qui couvre une période de plusieurs mois. Dans le cadre de l'appréciation, se posent en particulier les questions suivantes : (1) Faut-il déduire des amortissements ou des réserves (qui conduisent dans les faits à des économies ou à des bénéfices cachés) ? 2) Existe-t-il des indices montrant que le revenu indiqué ne correspond pas au revenu effectif et que, dès lors, le revenu ne peut pas être déterminé sur la base du bilan intermédiaire mais plutôt, par exemple, au moyen des achats privés ? Au

besoin, la pertinence du bilan intermédiaire peut être examinée au moyen des enquêtes sur la structure des salaires (consid. 5.4.2).

Finalement, il faut tenir compte du fait qu'il faut en principe attendre deux à trois ans, après le début de l'activité comme indépendant, avant qu'un revenu complet puisse être réalisé. Ce fait d'expérience ne réfute pas le caractère durable d'une modification de revenu, mais uniquement son ampleur. Il est possible d'en tenir compte au moyen d'une clause; les clauses de rétablissement ou de réévaluation à la hausse sont admissibles dans les jugements de modification. L'époux créancier d'entretien n'est pas laissé sans protection face aux éventuelles tentatives de l'époux débiteur visant à dissimuler comptablement l'amélioration de sa capacité contributive et à échapper à la réévaluation à la hausse qui a été réservée. En effet, les contributions d'entretien fixées dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles peuvent être augmentées ultérieurement par le biais d'une demande de modification, sans que s'appliquent les restrictions prévues en cas de modification de l'entretien après le divorce (art. 129 al. 3 CC) (consid. 5.4.3).

Provisio ad litem et assistance judiciaire. Le droit à l'assistance judiciaire est subsidiaire à la prétention matérielle en versement d'une *provisio ad litem*. Il faut faire valoir cette dernière prétention devant le juge du fond compétent dans la procédure cantonale. La demande ne peut pas être faite par le biais d'une requête en mesures provisionnelles devant le Tribunal fédéral (art. 104 LTF) et n'est pas admise dans le cadre de la procédure devant le Tribunal fédéral (consid. 7).

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber von Roten.

Verfahrensbeteiligte

A.,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christoph Blöchlinger,
Beschwerdeführer,

gegen

B.,
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Gesine Wirth-Schuhmacher,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

vorsorgliche Massnahmen (Ehescheidung),

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, vom 26. September 2016 (ZSU.2016.112).

Sachverhalt:

A.

A.a. A., Jahrgang 1963, und B., Jahrgang 1965, haben 2001 geheiratet. Sie sind die Eltern der C. (geb. 2000) und des D. (geb. 2006). Im August 2011 haben die Eheleute den gemeinsamen Haushalt aufgehoben; das Getrenntleben musste eheschutzrichterlich geregelt werden. Mit Entscheid des Gerichtspräsidiums Baden vom 6. Oktober 2011 wurden die beiden Kinder unter die Obhut der Mutter

gestellt und wurde A. verpflichtet, nebst Kinderunterhalt von Fr. 1'800.-- (zzgl. Kinderzulagen) für C. und Fr. 1'200.-- (zzgl. Kinderzulagen) für D. der Ehefrau einen Beitrag von Fr. 4'300.-- an deren Unterhalt zu bezahlen. Diese Beiträge basierten auf dem Einkommen des Ehemannes aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit in der Höhe von monatlich Fr. 14'450.-- (netto). A. war damals in der Rechtsabteilung eines Grossunternehmens angestellt und befasste sich mit immaterialgüterrechtlichen Fragen, während seine Ehefrau den Haushalt besorgte und die Kinder betreute.

A.b. Zwischen den Ehegatten ist seit dem 31. Juli 2013 ein Scheidungsverfahren hängig.

A.c. A. wurde am 15. April 2014 per Ende Oktober 2014 von seinem Arbeitgeber gekündigt. Nach erfolgloser Stellensuche machte er sich selbstständig und eröffnete im November 2014 ein Patentanwaltsbüro.

A.d. Mit Entscheid vom 22. Januar 2015 stellte das Gerichtspräsidium Baden die Tochter C. vorläufig unter die Obhut des Vaters und hielt im Übrigen fest, dass die Kinderunterhaltsbeiträge für C. ruhen, solange diese beim Vater lebe. Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt zog C. zurück zur Mutter.

A.e. Am 17. September 2015 beantragte A. beim Bezirksgericht Baden eine Abänderung der beiden bisherigen Eheschutzurteile. Mit Entscheid vom 8. Dezember 2015 setzte die Gerichtspräsidentin die Unterhaltsbeiträge wie folgt fest: für die Tochter Fr. 1'400.-- (zzgl. Kinderzulagen), für den Sohn Fr. 1'200.-- (zzgl. Kinderzulagen) und für die Ehefrau Fr. 2'440.-- für die Zeit ab 1. Oktober 2015 bis 31. Januar 2016, Fr. 2'500.-- ab Februar 2016 bis 30. Juni 2016 und Fr. 2'150.-- ab Juli 2016. Ausserdem verpflichtete die Gerichtspräsidentin A., seiner Ehefrau jährlich seine Bilanz und Erfolgsrechnung bis spätestens Ende Mai des Folgejahres zukommen zu lassen und die Hälfte des Fr. 122'000.-- gegebenenfalls übersteigenden Reingewinns zu überweisen, maximal jedoch Fr. 49'200.-- pro Jahr.

B.

Die von B. dagegen ergriffene Berufung hiess das Obergericht des Kantons Aargau teilweise gut. Es bestätigte die erstinstanzlich festgelegten Kinderunterhaltsbeiträge, wies hingegen das Abänderungsgesuch mit Bezug auf den Ehegattenunterhalt ab, womit A. weiterhin monatlich Fr. 4'300.-- schuldet (Entscheid vom 26. September 2016).

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 10. November 2016 beantragt A. (Beschwerdeführer) dem Bundesgericht, die Unterhaltsbeiträge an B. (Beschwerdegegnerin) wie folgt festzusetzen: Fr. 2'440.-- für die Zeit ab 1. Oktober 2015 bis 31. Januar 2016, Fr. 2'500.-- ab 1. Februar 2016 bis 31. Dezember 2016 und Fr. 2'066.75 ab 1. Januar 2017. Ausserdem sei er zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin jährlich seine Bilanz und Erfolgsrechnung bis spätestens Ende Mai des Folgejahres zukommen zu lassen und die Hälfte des Fr. 122'000.-- gegebenenfalls übersteigenden Reingewinns zu überweisen, maximal jedoch Fr. 49'200.-- pro Jahr. Weitere Begehren betreffen die Kinderbelange, die dem obergerichtlich Entschiedenem entsprechen.

Auf Gesuch des Beschwerdeführers und entgegen dem Antrag der Beschwerdegegnerin hat der Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde für die bis und mit Oktober 2016 geschuldeten Unterhaltsbeiträge die aufschiebende Wirkung zuerkannt (Verfügung vom 29. November 2016).

Die Beschwerdegegnerin schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 22. September 2017 auf Abweisung der Beschwerde und erneuert ihre schon in der Gesuchsantwort gestellten Begehren um Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses von mindestens Fr. 5'000.--, eventuell um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Obergericht hat wie zuvor im Gesuchsverfahren auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die Parteien haben sich in Replik und Duplik nochmals geäussert.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz (Art. 75 Abs. 1 BGG) über die Abänderung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren (Art. 179 ZGB i.V.m. Art. 276 ZPO). Diese Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) ist vermögensrechtlicher Natur. Die Streitwertgrenze ist erreicht (Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 4; Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG). Auf die rechtzeitig (Art. 100 Abs. 1 BGG) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.2. Der Beschwerdeführer beantragt, für die Zeit nach dem 1. Januar 2017 Fr. 2'066.75 und damit weniger bezahlen zu müssen, als er gestützt auf den bezirksgerichtlichen Entscheid verpflichtet wurde (Fr. 2'150.--). Da er diesen weder selber angefochten noch Anschlussberufung erhoben hat, erweist sich das Begehren im erwähnten Umfang als neu und daher unzulässig (Art. 99 Abs. 2 BGG). Zulässig ist das Begehren, soweit der Beschwerdeführer für die Zeitspanne vom 1. Juli 2016 bis 31. Dezember 2016 mehr zu bezahlen bereit ist, als ihn das Bezirksgericht verpflichtet hat.

Unzulässig sind die Begehren betreffend den Kinderunterhalt, denn diese sind identisch mit dem Dispositiv des Obergerichts, das im Übrigen mit jenem des Bezirksgerichts übereinstimmt. Soweit damit die Bestätigung der vorinstanzlichen Regelung verlangt wird, besteht hiefür kein geschütztes Interesse (Art. 76 Abs. 1 BGG).

2.

Vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens unterstehen Art. 98 BGG ([BGE 133 III 393](#) E. 5). Dasselbe gilt für Entscheide betreffend ihre Abänderung. Daher kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Auch die Anwendung von Bundesgesetzen prüft das Bundesgericht im Rahmen von Art. 98 BGG nur auf die Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) hin (vgl. Urteil 5A_1018/2015 vom 8. Juli 2016 E. 2; zum Begriff der Willkür: [BGE 141 I 49](#) E. 3.4).

Für die Geltendmachung der Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt das strenge Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen prüft. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ([BGE 134 II 244](#) E. 2.2; [133 II 396](#) E. 3.1). Auch eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen kommt nur in Frage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat ([BGE 133 III 585](#) E. 4.1). Wer sich auf eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) beruft, kann sich demnach nicht darauf beschränken, den vorinstanzlichen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen. Vielmehr ist anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darzutun, inwiefern der angefochtene Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ([BGE 134 II 244](#) E. 2.2; [130 I 258](#) E. 1.3). Willkür liegt zudem nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheids, sondern auch das Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist ([BGE 134 I 140](#) E. 5.4; [133 I 149](#) E. 3.1; [132 III 209](#) E. 2.1; je mit Hinweisen).

3.

3.1. Ändern sich die Verhältnisse, so passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Massnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist. Die Bestimmungen über die Änderung der Verhältnisse bei Scheidung gelten sinngemäss (Art. 179 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 276 ZPO). Eine Abänderung von Eheschutzmassnahmen setzt voraus, dass seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist. Ein Abänderungsgrund liegt auch dann vor, wenn die tatsächlichen Feststellungen, 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 Massnahmengericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren (Urteil 5A_136/2014 vom 5. November 2014 E. 3.2; vgl. [BGE 141 III 376](#) E. 3.3.1; Urteil 5A_235/2016 vom 15. August 2016 E. 3.1).

3.2. Das Obergericht erwog zusammengefasst, was folgt: Der Beschwerdeführer habe einen Jahresabschluss vom 1. Dezember 2014 bis zum 31. Dezember 2015 eingereicht und darin einen Unternehmensgewinn von Fr. 133'813.76 ausgewiesen. Im Scheidungsverfahren habe er allerdings geltend gemacht, die Patentanwaltskanzlei habe erst am 22. Januar 2015 geöffnet und es sei frühestens ab Februar 2015 mit ersten Einkünften zu rechnen. Somit habe der Beschwerdeführer bereits in den ersten elf Monaten seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit (Februar bis Dezember 2015) einen monatlichen Gewinn von mindestens ca. Fr. 12'000.-- erwirtschaftet. Zu berücksichtigen sei zudem, was bereits das Bezirksgericht festgestellt habe und vom Beschwerdeführer unbeanstandet geblieben sei, dass die Zwischenbilanz per 31. Mai 2015 und damit auch der Jahresabschluss gewisse Aufwandpositionen enthalte, die in der Anfangsphase der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in erhöhtem Masse anfallen und die sich in den Folgejahren verringern. Selbst wenn für das Jahr 2015 bzw. von Februar bis Dezember 2015 unter Offenlassung, ob in der Jahresrechnung gewisse Aufrechnungen vorzunehmen wären, von einem monatlichen Einkommen von rund Fr. 12'000.-- ausgegangen werden müsste, habe der Beschwerdeführer nicht glaubhaft machen können, dass sich sein Einkommen im vorliegend relevanten Zeitraum ab Einreichung der Abänderungsklage im Vergleich zum Einkommen im Zeitpunkt des abzuändernden Entscheides wesentlich und dauerhaft verringert habe. In Bezug auf die mit dem Jahresabschluss 2015 untermauerte Einkommenseinbusse in der Zeit von Oktober bis Dezember 2015 fehle es an der Dauerhaftigkeit der Veränderung und für die Zeit ab Januar 2016 sei allein mit dem Jahresabschluss 2015 eine wesentliche Einkommenseinbusse bzw. die Unmöglichkeit wieder ein Einkommen wie an seiner letzten Stelle zu erzielen, nicht glaubhaft gemacht. Die Abänderungsvoraussetzungen seien daher nicht erfüllt.

3.3. Der Beschwerdeführer beanstandet die tatsächliche Feststellung, wonach er durchschnittlich Fr. 12'000.-- verdient habe (dazu E. 4). In rechtlicher Hinsicht hält er die Verneinung der Dauerhaftigkeit der Einkommensreduktion für unhaltbar wie auch die Verneinung des Nachweises, auch für die Zeit ab Januar 2016 über ein tieferes Einkommen zu verfügen (dazu E. 5).

3.4. Die Beschwerdegegnerin erachtet die Einwendungen des Beschwerdeführers aus zwei Gründen als nicht zielführend: Erstens sei es diesem ohne Weiteres möglich gewesen, eine Anstellung mit einer Entschädigung in der Höhe des Referenzeinkommens zu finden, so dass die (bestrittene) Einkommenseinbusse selbstverschuldet und daher unbeachtlich sei. Ferner enthalte der Jahresabschluss pro 2015 Aufwandpositionen, die für die Ermittlung des Einkommens des Beschwerdeführers nicht berücksichtigt werden dürften.

Bei beiden Begründungslinien stützt sich die Beschwerdegegnerin auf Sachverhalte ab, die das Obergericht nicht festgestellt hat. Dieses hat sowohl die Frage, ob der Beschwerdeführer genügende Anstrengungen unternommen hat, eine Anstellung mit gleich hoher Entschädigung zu finden, als auch jene, welche Aufwandpositionen in welchem Betrag nicht berücksichtigt werden dürften, ausdrücklich offen gelassen. Mangels tatsächlicher Grundlagen ist nicht weiter auf diese Einwendungen einzugehen.

4.

4.1. Der Beschwerdeführer rügt Willkür in der Tatsachenfeststellung, indem das Obergericht das im Jahresabschluss 2014/2015 ausgewiesene Reineinkommen von Fr. 133'814.-- anstatt auf dreizehn Monate (1. Dezember 2014 bis 31. Dezember 2015) auf elf Monate (1. Februar 2015 bis 31. Dezember 2015) verteilt und anstelle des effektiven monatlichen Gewinns von Fr. 10'293.-- einen solchen von Fr. 12'165.-- ermittelt habe. Fälschlicherweise gehe das Obergericht davon aus, er habe erst ab Februar 2015 Einkommen aus seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit generiert. Das Obergericht stelle

einseitig auf die Klageantwort im Scheidungsverfahren ab, in welcher er erklärt habe, die Kanzlei habe effektiv erst am 22. Januar 2015 geöffnet und es sei frühestens ab Februar 2015 mit ersten Einkünften zu rechnen. Es unterschlage allerdings, dass er in der Duplik im Scheidungsverfahren seine Ausführungen insofern präzisiert habe, als er sein Einzelunternehmen bereits im Dezember 2014 gegründet und bereits im Dezember 2014 mit seiner operativen Tätigkeit begonnen habe, und nur die offizielle Eröffnungsfeier der Patentanwaltskanzlei (Kundenevent) erst am 22. Januar 2015 stattgefunden habe. Ausserdem habe er seinem Abänderungsgesuch vom 17. September 2015 einen Zwischenabschluss beigelegt, worin er seine Einnahmen und Ausgaben in der Zeit von Dezember 2014 bis Juni 2015 ausgewiesen habe. Denselben Zeitraum decke auch der im Berufungsverfahren eingereichte Jahresabschluss. Die Beschwerdegegnerin habe zu keinem Zeitpunkt bestritten, dass er bereits ab Dezember 2014 Einkommen generiert habe. Indem das Obergericht einzig auf eine im Hauptverfahren gemachte Äusserung abstelle, ohne die anderen Beweismittel zu berücksichtigen, wüdigte es den Sachverhalt in willkürlicher Weise. Ausserdem habe das Obergericht, indem es trotz augenscheinlich widersprüchlicher Angaben weitere Abklärungen unterliess, gegen die Untersuchungsmaxime verstossen.

4.2. Die Beschwerdegegnerin entgegnet im Wesentlichen, das Obergericht gehe von einer Schätzung aus, so dass es auf den Zeitpunkt der Eröffnung der Patentanwaltskanzlei nicht ankommen könne. Die Vorinstanz habe mit den entsprechenden Ausführungen deutlich gemacht, dass sich das Einkommen des Beschwerdeführers nicht ohne Weiteres ermitteln lasse. Ausserdem sei die genaue Höhe des Einkommens des Beschwerdeführers nicht entscheidend, zumal die Vorinstanz zutreffenderweise auch darauf abgestellt habe, was jener künftig verdienen werde, und im Rahmen einer Gesamtprognose zum Schluss kommen durfte, dass die Einkommensreduktion nicht von Dauer sein werde.

4.3. Die Sachverhaltsfeststellung beziehungsweise Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat ([BGE 137 III 226](#) E. 4.2; [136 III 552](#) E. 4.2).

4.3.1. Das Obergericht stellt fest (E. 4.3.3.2 des angefochtenen Entscheids), der Beschwerdeführer mache geltend, die Patentanwaltskanzlei habe effektiv erst am 22. Januar 2015 geöffnet und es sei frühestens ab Februar 2015 mit ersten Einkünften zu rechnen, woraus es ableitet, das in der Jahresrechnung ausgewiesene Nettoeinkommen von Fr. 133'813.76 sei auf elf Monate (Februar 2015 bis Dezember 2015) zu verteilen, was einen monatlichen Gewinn von gerundet Fr. 12'000.-- ergebe.

4.3.2. Diese Feststellung ist offensichtlich unhaltbar. Der Beschwerdeführer hat stets behauptet, ab Dezember 2014 ein Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit erwirtschaftet zu haben. Dazu legte er zwei Abrechnungen (Zwischenabschluss und Jahresabschluss) ins Recht, die sich beide auf einen Zeitraum ab Dezember 2014 beziehen. Wohl enthält keine der beiden Abrechnungen eine detaillierte Auflistung der in Rechnung gestellten Leistungen. Weil die diesbezüglichen Ausführungen in der ersten Instanz unwidersprochen geblieben waren, hatte der Beschwerdeführer auch keine Veranlassung, weitergehende Belege einzureichen. Ausserdem liess das Obergericht die in der Duplik getätigten Präzisierungen unbeachtet. Indem das Obergericht allein auf eine in der Klageantwort enthaltene Passage abstellt, deren Aussagegehalt durch andere ins Verfahren eingebrachte Belege widersprochen wird, hat es die unhaltbare Schlussfolgerung gezogen, das ausgewiesene Nettoeinkommen von Fr. 133'813.76 sei in elf Monaten erwirtschaftet worden.

4.3.3. Im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO) trägt zwar nicht das Gericht die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Es kann sich vielmehr darauf beschränken, seine Fragepflicht auszuüben, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen

hinzuweisen. Über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise hat es sich jedoch zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen ([BGE 141 III 569](#) E. 2.3.1 f.). Nachdem das Obergericht in der Klageantwort im Scheidungsverfahren eine klare Aussage zur Frage, ab welchem Zeitpunkt der Beschwerdeführer Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit erwirtschaftete, vorzufinden meinte, wäre es verpflichtet gewesen, den sich aus den im Abänderungsverfahren eingereichten Belegen ergebenden Widerspruch zu klären und daherige Zweifel auszuräumen. Es ist dieser sich aus der Untersuchungsmaxime ergebenden Pflicht nicht nachgekommen und hat damit willkürlich den Sachverhalt unvollständig abgeklärt.

4.3.4. Der Einwand der Beschwerdegegnerin, es liege keine Willkür in der Sachverhaltsfeststellung vor, weil das Einkommen des Beschwerdeführers ohnehin schwer zu ermitteln ist, verfängt nicht. Das Obergericht hat eine Berechnung angestellt und sich dabei auf Tatsachen bezogen, die es offensichtlich unrichtig festgestellt hat.

4.4. Gestützt auf die obigen Darlegungen erweist sich die Sachverhaltsrüge des Beschwerdeführers als begründet. Das Obergericht wird sich mit der Frage der anrechenbaren Höhe des Einkommens des Beschwerdeführers nochmals zu befassen haben.

5.

Sodann hält der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Feststellung für willkürlich, in Bezug auf die mit dem Jahresabschluss 2015 untermauerte Einkommenseinbusse fehle es an der Dauerhaftigkeit der Veränderung.

5.1. Als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit gilt der Reingewinn, der entweder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Weil bei selbstständiger Erwerbstätigkeit die finanzielle Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmung gross und intensiv ist und weil der Gewinnausweis sich relativ leicht beeinflussen lässt, kann sich die Bestimmung der Leistungskraft eines Selbstständigerwerbenden als äusserst schwierig erweisen. Um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehrerer - in der Regel der letzten drei - Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes Einkommen, korrigiert insbesondere durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen (Urteil 5P.342/2001 vom 20. Dezember 2001 E. 3a; seither z.B. Urteile 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009 E. 2, in: FamPra.ch 2009 S. 464; 5A_246/2009 vom 22. März 2010 E. 3.1, in: FamPra.ch 2010 S. 678; 5A_544/2014 vom 17. September 2014 E. 4.1; 5A_127/2016 vom 18. Mai 2016 E. 5.2; 5A_937/2016 vom 5. Oktober 2017 E. 3.2.2).

Eine dauerhafte Veränderung der Einkommensverhältnisse, die eine Abänderung von Eheschutzmassnahmen rechtfertigt (E. 3.1 oben), kann der selbstständig erwerbstätige Ehegatte in der Regel auch nur durch mehrere Jahresabschlüsse belegen, die stetig sinkende Erträge ausweisen (z.B. Urteil 5P.330/2006 vom 12. März 2007 E. 3.3). Ein einzelner besonderes guter oder schlechter Jahresabschluss begründet keine dauerhafte Veränderung (z.B. Urteil 5A_617/2017 vom 28. September 2017 E. 3.2: "Or, au vu des principes énoncés, le premier juge pouvait de toute manière considérer que les comptes de la société portant sur une seule année, soit 2016, n'étaient pas susceptibles de démontrer une évolution défavorable durable de la société, voire du bénéfice réalisé.").

5.2. Als "dauerhaft" im Sinne der Abänderungsvoraussetzungen (E. 3.1 oben) kann im Einzelfall eine mehr als vier Monate dauernde Arbeitslosigkeit gelten (Urteile 5A_138/2015 vom 1. April 2015 E.

4.1.1; 5A_972/2015 vom 22. März 2016 E. 5.2; für die Abänderung von Scheidungsurteilen: Urteile 5A_78/2014 vom 25. Juni 2014 E. 4.2, in: SJ 2014 I S. 460; 5A_352/2010 vom 29. Oktober 2010 E. 4.3, in: FamPra.ch 2011 S. 230 und Praxis 2011 Nr. 104 S. 744).

Die Rechtsprechung stützt sich auf Bestimmungen im Arbeitslosen-versicherungsgesetz (AVIG; Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, SR 837.0) und in der Arbeitslosenversicherungsverordnung (AVIV; Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, SR 837.02). Danach ist vorgesehen, dass Arbeitslosenentschädigung nur erhält, wer ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a und Art. 10 AVIG), und zwar unverschuldet arbeitslos ist, ansonsten der Versicherte in seiner Anspruchsberechtigung eingestellt werden kann (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG), und dass der fortdauernde Bezug von Arbeitslosenentschädigung insbesondere voraussetzt, dass der Versicherte den von der Amtsstelle monatlich überprüften Nachweis persönlicher Arbeitsbemühungen erbringt (Art. 17 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 26 AVIV), ansonsten er in seiner Anspruchsberechtigung eingestellt werden kann (Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG).

Auch wenn das Massnahmengengericht im Abänderungsverfahren nicht an Entscheide der Verwaltungsbehörden gebunden ist, darf es die Tatsachen, dass staatliche Arbeitslosenentschädigung zugesprochen wurde und während Monaten fortlaufend ausgerichtet wird, zumindest als Indizien dafür würdigen, dass der Betroffene tatsächlich und unfreiwillig arbeitslos ist und sich persönlich um Arbeit bemüht. Der Bezug von Arbeitslosenentschädigung während mehreren, in der Regel mindestens vier Monaten kann im Einzelfall als dauerhafte Veränderung der Einkommensverhältnisse anerkannt werden (Urteil 5P.445/2004 vom 9. März 2005 E. 2.3).

5.3. Eine ähnlich günstige Indizienlage besteht nicht, wo ein Ehegatte während des Getrenntlebens tatsächlich und unfreiwillig seine Arbeitsstelle verliert, dann aber eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, anstatt staatliche Arbeitslosenentschädigung zu beziehen. Mit Rücksicht auf die Vergleichbarkeit der Sachverhalte stellt sich die Frage, ob dem betreffenden Ehegatten - im Gegensatz zu einem Arbeitslosenentschädigung beziehenden Ehegatten - zuzumuten ist, mehrere Jahre zu warten, bis das Massnahmengengericht die Dauerhaftigkeit der Veränderung beurteilen zu können meint, weil sich die Leistungskraft eines Selbstständigerwerbenden in der Regel anhand der drei letzten Jahresabschlüsse bestimmt (E. 5.1 oben). Die Frage einfach bejahen, hiesse Eigeninitiative bestrafen und Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich behandeln. Wo ein Ehegatte während des Getrenntlebens seine Arbeitsstelle unfreiwillig verliert und eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, darf deshalb im Abänderungsverfahren nicht schematisch vorausgesetzt werden, dass die Veränderung der Einkommensverhältnisse erst dann glaubhaft gemacht ist, wenn sie sich auf mehrere Jahresabschlüsse stützen lässt. Darüber ist vielmehr aufgrund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls zu entscheiden.

5.4. Wesentlich sind folgende Gesichtspunkte:

5.4.1. Vorweg stellt sich die Frage, ob der Ehegatte seine bisherige Arbeitsstelle, allenfalls trotz Vorliegens eines förmlichen Kündigungsschreibens, freiwillig oder gar in Schädigungsabsicht aufgegeben hat (vgl. [BGE 143 III 233](#) E. 3). Selbst wenn ein unfreiwilliger Verlust der Arbeitsstelle anzunehmen ist, muss weiter geprüft werden, ob der Ehegatte alles unternommen hat, eine der bisherigen einkommensmässig gleichwertige Arbeit zu finden (vgl. Urteile 5A_782/2016 vom 31. Mai 2017 E. 5.3; 5A_299/2012 vom 21. Juni 2012 E. 3.5). Die Beschwerdegegnerin hat diese Fragen im kantonalen Verfahren aufgeworfen und im Sinne der zitierten Entscheide verlangt, dem Beschwerdeführer sei ungeachtet der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit das bisher erzielte Einkommen anzurechnen und das Abänderungsgesuch abzuweisen. Das Obergericht hat die Fragen ausdrücklich offen gelassen.

5.4.2. Sodann sind die Belege über das Einkommen aus der neu aufgenommenen selbstständigen

Erwerbstätigkeit zu würdigen. Vorgelegt werden muss zumindest eine Zwischenbilanz, die einen Zeitraum von mehreren Monaten abdeckt. In der Würdigung stellen sich namentlich die Fragen, ob Abschreibungen oder Rückstellungen aufzurechnen sind, die tatsächlich zu Ersparnissen bzw. versteckten Gewinnen führen (vgl. Urteile 5P.307/2006 vom 25. August 2006 E. 2.3; 5A_280/2015 vom 27. November 2015 E. 4.2.3, in: FamPra.ch 2016 S. 462), oder ob gar Indizien dafür bestehen, dass das ausgewiesene nicht mit dem tatsächlichen Einkommen übereinstimmt und das Einkommen deshalb nicht auf der Grundlage der Zwischenbilanz, sondern beispielsweise anhand der Privatbezüge zu ermitteln ist (vgl. Urteile 5A_246/2009 vom 22. März 2010 E. 3, in: FamPra.ch 2010 S. 678; 5A_72/2012 vom 12. April 2012 E. 4.2, in: FamPra.ch 2012 S. 1110). Gegebenenfalls kann die Schlüssigkeit der Zwischenbilanz aufgrund amtlicher Lohnstrukturerhebungen geprüft werden ([BGE 128 III 4 E. 4c/bb-cc](#)). Die Beschwerdegegnerin hat diese Fragen im kantonalen Verfahren aufgeworfen und vorab geltend gemacht, in der vom Beschwerdeführer eingereichten Bilanz ausgewiesene "überzogene" Positionen seien aufzurechnen. Das Obergericht hat die Fragen ausdrücklich offen gelassen.

5.4.3. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass nach dem Schritt in die Selbstständigkeit erfahrungsgemäss mit zwei bis drei Jahren zu rechnen ist, bis ein volles Erwerbseinkommen erzielt werden kann (vgl. Urteil 5A_75/2007 vom 25. Mai 2007 E. 3.2, in: FamPra.ch 2007 S. 886). Diese Erfahrungstatsache widerlegt nicht die Dauerhaftigkeit einer Einkommensveränderung, sondern lediglich deren Ausmass. Es kann ihr mit einer Klausel Rechnung getragen werden, wie sie das Bezirksgericht angebracht hat (Bst. A.e oben). Wiederherstellungs- oder Wiedererhöhungsklauseln in Abänderungsurteilen sind zulässig (Urteil 5C.84/2005 vom 21. Juni 2005 E. 2.3, in: FamPra.ch 2005 S. 915, betreffend Abänderung eines Scheidungsurteils). Allfälligen Versuchen des unterhaltspflichtigen Ehegatten, die Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit buchhalterisch zu verschleiern und die vorbehaltenen Wiedererhöhung zu unterlaufen, bleibt der berechnete Ehegatte zudem nicht schutzlos ausgeliefert. Unterhaltsbeiträge im Eheschutz- und im Massnahmenverfahren können auf Abänderungsgesuch hin ohne Beschränkungen, wie sie für den nahehelichen Unterhalt gelten (Art. 129 Abs. 3 ZGB), nachträglich auch erhöht werden ([BGE 138 III 97 E. 2.3.1](#)).

5.5. Mit den vorstehend beispielhaft aufgezählten Gesichtspunkten hat sich das Obergericht nicht befasst. Es hat das Abänderungsgesuch des Beschwerdeführers ausschliesslich deshalb abgewiesen, weil ihm allein gestützt auf einen einzigen Jahresabschluss eine dauerhafte Veränderung der Einkommensverhältnisse nicht als glaubhaft gemacht erschien. Das Obergericht ist damit zwar den für Ehegatten geltenden Grundsätzen gefolgt, die bereits vor Aufnahme und auch während des Getrenntlebens selbstständig erwerbstätig waren (E. 5.1 oben), hat aber dem besonderen Fall, dass ein Ehegatte wie der Beschwerdeführer erst während des Getrenntlebens seine Arbeitsstelle verloren und eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, keine Rechnung getragen. Darin ist eine Rechtsverweigerung zu erblicken, so dass die Abweisung des Abänderungsgesuchs mit der gegebenen Begründung der Willkürprüfung nicht standhält.

6.

Aus den dargelegten Gründen erweist sich der obergerichtliche Entscheid als verfassungswidrig. Das Bundesgericht kann kein Sachurteil fällen, da das Obergericht wesentliche Fragen (E. 5.4 oben), die auch die tatsächlichen Verhältnisse betreffen, nicht beantwortet hat. Der angefochtene Entscheid ist deshalb aufzuheben und die Sache zur Beantwortung aller angesprochenen und weiterer Fragen an das Obergericht zurückzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die vom Beschwerdeführer dem Bundesgericht eingereichten Beweismittel unter dem Blickwinkel von Art. 99 Abs. 1 BGG zu berücksichtigen gewesen wären.

7.

Die Beschwerdegegnerin unterliegt im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren und wird kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG). Sie beantragt, den

Beschwerdeführer zur Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses von mindestens Fr. 5'000.-- zu verpflichten, eventuell ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

Der Anspruch auf Bevorschussung der Gerichts- und Anwaltskosten ist im materiellen Zivilrecht begründet und hätte vor dem zuständigen Sachgericht im kantonalen Verfahren geltend gemacht werden müssen. Ein entsprechendes Gesuch kann auch nicht als Antrag auf Erlasseiner vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 104 BGG gestellt werden und ist im bundesgerichtlichen Verfahren vielmehr unzulässig (Urteile 5A_382/2010 vom 22. September 2010 E. 1.4; 5A_97/2017 vom 23. August 2017 E. 12.1; 5A_362/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 4).

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist gegenüber dem materiell-rechtlichen Anspruch auf Bevorschussung der Prozesskosten subsidiär (BGE 142 III 36 E. 2.3). Da die Beschwerdegegnerin nicht dartut, dass ihr Gesuch um Bevorschussung der Prozesskosten für das bundesgerichtliche Verfahren durch den Beschwerdeführer erfolglos geblieben wäre, kann ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht entsprochen werden (Art. 64 Abs. 1 BGG; Urteil 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008 E. 5; zit. Urteil 5A_362/2017 E. 6; vgl. dazu NICOLAS VON WERDT, Die Beschwerde in Zivilsachen, 2010, S. 128 Rz. 567).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, vom 26. September 2016 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuem Entscheid an das Obergericht zurückgewiesen.

2.

2.1. Auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin, den Beschwerdeführer zur Bezahlung eines Vorschusses für ihre Gerichts- und Anwaltskosten zu verpflichten, wird nicht eingetreten.

2.2. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4.

Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. November 2017

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: von Roten