

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY200046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Beschluss und Urteil vom 25. Februar 2021

in Sachen

A._____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen, Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. Oktober 2020; Proz. FE190095

Rechtsbegehren:

des Klägers betreffend vorsorgliche Massnahmen
(act. 4/31 S. 4 und 4/56 S. 2 sowie Prot. VI S. 13)

" Der Kläger sei in Abänderung bzw. Ergänzung des Urteils des Obergerichts Zürich vom 8. Februar 2019 für berechtigt zu erklären, die Kosten der C1. _____ AG betreffend die ehemals eheliche Liegenschaft an der D. _____-str. ... in E. _____ direkt zu bezahlen und vom Unterhalt an die Beklagte und die gemeinsamen Kinder abzuziehen bzw. mit diesen zu verrechnen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten."

der Beklagten betreffend vorsorgliche Massnahmen
(act. 4/51 S. 3 und 4/58 S. 2 sowie Prot. VI S. 14)

- " 1. Es sei der Antrag des Klägers, dass er in Abänderung des Urteils des Obergerichts vom 8. Februar 2019 für berechtigt zu erklären sei, die Kosten der C1. _____ AG direkt zu bezahlen und vom Unterhalt an die Beklagte und die gemeinsamen Kinder abzuziehen, abzuweisen.
2. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 10'000.– (zzgl. MwSt.) zu bezahlen.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Klägers."

Weiterer Antrag der Beklagten

(act. 8/16 Rechtsbegehren Nr. 2, sinngemäss, und act. 8/51, sinngemäss)

Eventualiter sei der Beklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

Verfügungen des Einzelgerichts:

Verfügung 1 (act. 5 S. 28)

- " 1. Der Antrag der Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger wird abgewiesen.

2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ wird abgewiesen.
3. – 4. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung"

Verfügung 2 (act. 5 S. 29)

- " 1. Der Kläger wird mit Wirkung ab Rechtskraft dieses Entscheids für berechtigt erklärt, im Falle einer Inanspruchnahme für Stockwerkeigentümerbeiträge für die Liegenschaft D. _____ -strasse ..., E. _____, durch die C2. _____ AG, die von ihm geleisteten Zahlungen mit dem Anspruch der Beklagten auf persönlichen Unterhalt zu verrechnen. Die Verrechnung hat ratenweise monatlich in der Höhe des auf den Monat heruntergerechneten Betrages zu erfolgen.
- 2 – 4. Kosten / Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung"

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 2 S. 2 f., sinngemäss):

1. Es sei die erste Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht, vom 12. Oktober 2020, aufzuheben und es sei in Gutheissung des Antrags der Beklagten der Kläger zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von einstweilen Fr. 10'000.– (zzgl. MwSt.) zu verpflichten.
2. Eventualiter sei in Aufhebung der ersten Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht, vom 12. Oktober 2020, der Beklagten die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
3. Es sei die zweite Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht, vom 12. Oktober 2020, aufzuheben und es sei der Antrag des Klägers, dass er berechtigt zu erklären sei, von ihm geleistete Zahlungen an die C2. _____ AG für Stockwerkeigentümerbeiträge für die Liegenschaft D. _____ -strasse ..., E. _____, von den Unterhaltsbeiträgen der Beklagten und der Kinder abzuziehen bzw. mit diesen zu verrechnen, abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.)
zulasten des Klägers.

Weitere Anträge für das Berufungsverfahren:

1. Es sei der Kläger zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'000.– (zzgl. MwSt.) zu verpflichten.
2. Eventualiter sei der Beklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

des Klägers (act. 11 S. 2, sinngemäss):

Es sei die Berufung der Beklagten gegen die zweite Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht, vom 12. Oktober 2020, vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.)
zulasten der Beklagten.

Erwägungen:

I.

1.1. Die Parteien sind seit dem tt. Juli 2009 verheiratet und Eltern der gemeinsamen Töchter F._____, geb. am tt.mm.2009, und G._____, geb. am tt.mm.2011 (act. 4/3). Mit Urteil vom 6. August 2018 erliess das Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur Eheschutzmassnahmen, wogegen der Kläger Berufung erhob. Mit Urteil vom 8. Februar 2019 hiess die Rechtsmittelinstanz die Berufung teilweise gut und verpflichtete den Kläger unter anderem zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen für die Kinder und die Beklagte (act. 4/13/1).

1.2. Mit Eingabe vom 27. März 2019 liess der Kläger die Scheidungsklage vor der Vorinstanz einreichen (act. 4/1). Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 3. Juli 2019 schlossen die Parteien eine Teilvereinbarung hinsichtlich des Schei-

dungspunktes, der nichtfinanziellen Kinderbelange sowie des Vorsorgeausgleichs (act. 4/14). Mit Eingabe vom 3. Juli 2019 beantragte die Beklagte die Leistung eines Prozesskostenbeitrages (recte: Prozesskostenvorschusses) durch den Kläger in Höhe von CHF 6'000.– (zzgl. MwSt.), eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 4/16). Mit Klagebegründung vom 29. Januar 2020 beantragte der Kläger den Erlass vorsorglicher Massnahmen mit vorstehendem Rechtsbegehren (act. 4/31 S. 4). Mit Klageantwort vom 25. Juni 2020 beantragte die Beklagte die Abweisung des Antrages des Klägers über vorsorgliche Massnahmen; zudem wiederholte sie ihre Gesuche um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger – wobei sie den Vorschuss auf CHF 10'000.– (zzgl. MwSt.) erhöhte – und eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 4/51 S. 3). Die Parteien wurden daraufhin zur Hauptverhandlung mit beschränktem Themenkreis und zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen und unentgeltliche Rechtspflege auf den 4. September 2020 vorgeladen (act. 4/55). Eine Einigung konnte zwischen den Parteien nicht erzielt werden (VI Prot. S. 26). Mit Verfügungen vom 12. Oktober 2020 erliess die Vorinstanz ihre vorstehend zitierten Entscheide (act. 4/60 = act. 3/1 = act. 5, fortan act. 5).

2.1. Mit Eingabe vom 2. November 2020 erhob die Beklagte Berufung gegen den Entscheid hinsichtlich des Massnahmebegehrens des Klägers sowie Beschwerde gegen den Entscheid betreffend Leistung eines Prozesskostenvorschusses resp. eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 2. Dezember 2020 wurde die als "Beschwerde" bezeichnete Rechtsmitteleingabe der Beklagten hinsichtlich der Leistung eines Prozesskostenvorschusses ebenfalls als Berufung entgegengenommen (act. 6).

2.2. Mit Verfügung vom 30. Dezember 2020 wurde dem Kläger Frist angesetzt, die Berufung hinsichtlich der zweiten Verfügung (Direktzahlung resp. Verrechnung gewisser Unterhaltspositionen) zu beantworten (act. 9). Dieser Aufforderung kam der Kläger mit Eingabe vom 14. Januar 2021 fristgerecht nach (act. 11).

Hinsichtlich der ersten Verfügung (Prozesskostenvorschuss) erweist sich die Berufung sogleich als unbegründet, weshalb auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 4/1-63). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Ausführungen der Parteien ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Berufungsentscheid relevant sind.

II.

1. Prozessuales

1.1. Sowohl die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses als auch die Berechtigung zur Direktzahlung resp. Verrechnung bestimmter Unterhaltsposten sind als vorsorgliche Massnahme zu behandeln. Bei der Anordnung resp. Abänderung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; ANNETTE DOLGE, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 276 N 15). Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung mit entsprechender Beweismittel- und Beweismassbeschränkung, und es gilt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime, soweit nicht Kinderbelange betroffen sind (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 272 ZPO; Art. 296 ZPO).

1.2.1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit ihr kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren grundsätzlich nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO).

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmit-

telanträge zu enthalten hat. In der Begründung hat eine Berufung führende Partei der Rechtsmittelinstanz daher im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und abgeändert werden soll.

1.2.2. Die Berufung vom 2. November 2020 wurde innert Rechtsmittelfrist (vgl. act. 4/61) schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Beklagte ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

2. Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege (Verfügung 1)

2.1. Die Vorinstanz lehnte das Gesuch der Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger ab.

Als Begründung führte sie zusammengefasst aus, dass die Beklagte als Miteigentümerin der ehelichen Liegenschaft an der D.____-str. ..., E.____, nicht als bedürftig zu bezeichnen sei. Sie habe es unterlassen, aufzuzeigen und nachzuweisen, dass ihr eine weitere hypothekarische Belastung ihres Miteigentumsanteils nicht möglich sei. Sie habe lediglich pauschal und unsubstantiiert behauptet, eine weitere Belehnung sei nicht möglich. Weiter habe die Beklagte nicht dargelegt, weshalb ihr eine Veräusserung der ehelichen Wohnung nicht zumutbar sein sollte. Sie habe sich lediglich auf den Hinweis beschränkt, dass sie mit den Töchtern in der ehelichen Wohnung lebe. Aufgrund der Anträge und Ausführungen der Parteien könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die eheliche Liegenschaft ohnehin verkauft werden müsse (act. 5 S. 7 f.). Auch ohne Erwerbseinkommen der Beklagten dürfte eine Aufstockung der Hypothek möglich sein. Dass die hypothekarische Belastung dabei der Zustimmung des Klägers bedürfe, ändere nichts am Vorhandensein und der Verfügbarkeit dieses Vermögenswerts. Schliesslich habe die Beklagte keinerlei Bemühungen unternommen, um eine hypothekarische Belastung ihres Miteigentumsanteils an der ehelichen Liegenschaft zu erreichen, und es bestünden damit keine Hinweise, dass der Kläger seine Mitwirkungspflicht verweigern würde (act. 5 S. 8).

Mit dieser Begründung wies die Vorinstanz auch das Eventualgesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab.

2.2. Die Beklagte bringt berufsungsweise zusammengefasst vor, sie habe dargelegt, dass die Parteien über keinen monatlichen Überschuss für die Bezahlung zusätzlicher Hypothekarzinsen verfügen würden und eine Erhöhung der bereits hohen Hypothek von CHF 550'000.– zu einer Mankosituation führen würde (act. 2 Rz. 3 f.). Dass eine Mankosituation vorliege, habe die Beklagte wiederholt geltend gemacht. Die Vorinstanz habe diese Sachdarstellung allerdings ausser Acht gelassen und den Sachverhalt damit offensichtlich ungenügend festgestellt (act. 2 Rz. 7).

Weiter habe sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid nicht mit den Ausführungen der Beklagten hinsichtlich der Einräumung eines Wohnrechts an der ehelichen Liegenschaft i.S.v. Art. 121 Abs. 3 ZGB auseinandergesetzt. So habe die Beklagte geltend gemacht, es sei der Wunsch und im Wohl der Kinder, dass sie für die Schulzeit bzw. Ausbildung in der Familienwohnung bleiben würden, und unter diesen Umständen sei eine Veräusserung nicht möglich bzw. nicht zumutbar (act. 2 Rz. 8). Indem die Vorinstanz einen Prozesskostenvorschuss verweigere und die Beklagte für die Prozessfinanzierung zum Verkauf der Liegenschaft auffordere, vereitere sie die Geltendmachung des materiell-rechtlichen Wohnrechts der Beklagten. In der praktischen Konsequenz lehne sie ausserdem das Wohnrecht verfrüht bzw. aus sachfremden Gründen und damit willkürlich ab (act. 2 Rz. 9).

Die Beklagte erklärt schliesslich, dass der Kläger für die Erneuerung der bereits bestehenden Hypothek keine Zustimmung erteile. Es könne somit als erwiesen angesehen werden, dass er auch einer Erhöhung der Hypothek nicht zustimmen werde (act. 2 Rz. 12 f.).

2.3. Betreffend die Grundlagen und Voraussetzungen der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses resp. der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. act. 5 S. 6 f.). Zu ergänzen resp. hervorzuheben ist, dass die Beurteilungskriterien für

die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses dieselben wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege sind. Vorausgesetzt ist zunächst, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihre Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (BGer 5D_135/2010 vom 9. Februar 2011 E. 3.1). Dabei hat die gesuchstellende Partei sowohl ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse als auch sämtliche finanziellen Verpflichtungen vollständig anzugeben und soweit möglich zu belegen (BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181; 124 I 1 E. 2a S. 2, 97 E. 3b S. 98; 118 Ia 369 E. 4a S. 370; BGer 4D_41/2009 vom 14. Mai 2009 E. 3). Diesbezüglich trifft sie eine umfassende Mitwirkungspflicht. An die klare und gründliche Darstellung der finanziellen Situation durch die gesuchstellende Partei selbst dürfen umso höhere Anforderungen gestellt werden, je komplexer diese Verhältnisse sind. Verweigert sie zur Beurteilung ihrer aktuellen Gesamtsituation erforderliche Angaben oder Belege, so kann die Behörde die Bedürftigkeit ohne Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs verneinen (BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181 f.). Insbesondere ist die mit dem Gesuch befasste Behörde weder verpflichtet, den Sachverhalt von sich aus nach jeder Richtung hin abzuklären, noch muss sie unbesehen alles, was behauptet wird, von Amtes wegen überprüfen (vgl. BGer 5A_447/2012 E. 3.1. mit Verweis auf BGer 5A_65/2009 vom 25. Februar 2009 E. 4.3 mit weiteren Hinweisen). Die Geltung des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes ändert nichts daran, zumal sich das Gericht bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten hat (vgl. OGer ZH LY170046 vom 19. April 2018 E. II. 1.2. m.w.H.). Kommt die gesuchstellende Partei ihrer Mitwirkungspflicht nicht nach, ist das Gesuch abzuweisen (BGE 125 IV 161 E. 4; BK ZPO I-BÜHLER, Art. 119 N 90 ff.).

Bei einem Grundeigentümer sind alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung zumutbar. So darf von ihm verlangt werden, auf die Liegenschaft eine Hypothek aufzunehmen oder diese zu erhöhen (BGE 119 Ia 11 E. 5). Ist keine höhere Belastung möglich, stellt sich die Frage der Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Veräusserung (BGer 5A_174/2016 vom 26. Mai 2016 E. 2.2. m.H.a. BGer 5A_294/2008 vom 18. August 2008 E. 3.4 und BGer 4D_41/2009 vom 14. Mai 2009 E. 3). Insofern stellt sich die Frage der Veräusserung einer Immobilie erst, wenn eine Mittelbeschaffung auf andere Weise nicht möglich ist.

2.4.1. Die Beklagte hat im vorinstanzlichen Verfahren anerkannt, als Vermögenswert den hälftigen Miteigentumsanteil an der selbstbewohnten Eigentumswohnung zu besitzen (vgl. act. 4/58 Rz. 28; vgl. auch act. 4/51 Rz. 76). Der Wert des Stockwerkeigentums – und entsprechend auch des Miteigentumsanteils – ist nicht bekannt. Die Beklagte bestreitet denn auch nicht, den Wert der ehelichen Liegenschaft im vorinstanzlichen Verfahren nicht beziffert zu haben, was sie auch im Berufungsverfahren nicht nachgeholt hat. Unbeantwortet geblieben ist, weshalb sie den Wert nicht angegeben hat. Da die anwaltlich vertretene Beklagte ihre Vermögensverhältnisse – analog Art. 119 Abs. 2 ZPO – nicht in rechtsgenügender Weise offen gelegt hat und damit ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen ist, wäre die Berufung bereits aus diesem Grund abzuweisen.

Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, schätzte der Kläger den Wert der Liegenschaft – nach Abzug von Steuern, Abgaben, Maklerkosten, etc. – auf CHF 850'000.– (act. 4/31 Rz. 76). Entsprechend ist von einem höheren Verkehrswert auszugehen. Weshalb unter Berücksichtigung der bereits bestehenden Hypothek in Höhe von CHF 550'000.– die Aufnahme eines weiteren, deutlich kleineren Kredits nicht möglich sein sollte, legte die Beklagte wiederum nicht dar. Ihre vorinstanzlichen Behauptungen, die Liegenschaft sei hoch belehnt und eine weitere Belehnung sei nicht möglich, ist zu unsubstantiiert und zu pauschal (act. 4/51 Rz. 76). Geht man von einem geschätzten Verkehrswert der Liegenschaft von mindestens CHF 900'000.– aus, so ist die derzeitige Belastung von CHF 550'000.– ohnehin nicht als hoch zu bezeichnen. Nach wie vor behauptet die Beklagte gar nicht erst, sich um eine hypothekarische Belastung ihres Anteils an der ehelichen Liegenschaft bemüht zu haben, indem sie bspw. das Gespräch mit Hypothekargabern gesucht habe. Zwar verlangen diese regelmässig eine Tragbarkeitsrechnung, doch unterscheidet sich die Praxis der Kreditgeber – insbesondere in der aktuellen Situation, in der sich Banken mit Negativzinsen durch die Nationalbank konfrontiert sehen – teilweise enorm. Entsprechend ist auch offen geblieben, um wieviel die hypothekarische Zinsbelastung zunehmen würde. Mangels entsprechender Angaben kann aufgrund der derzeitigen tiefen Zinsen davon ausgegangen werden, dass die Erhöhung der Hypothek zu einer vergleichsweise geringen Zinserhöhung führen würde.

2.4.2. Die Beklagte stützt sich vielmehr – wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren – auf den Standpunkt, dass bei ihr durch eine Erhöhung der bereits bestehenden Hypothek eine Mankosituation entstehen würde (act. 2 Rz. 4 f.; vgl. auch act. 4/58 Rz. 28). Unbestritten ist, dass im Haushalt der Beklagten bereits jetzt eine Mankosituation vorliegt und sie aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse auf Unterhaltsbeiträge durch den Kläger angewiesen ist. Eine Erhöhung der Hypothek führt zur Erhöhung von Wohnkosten, welche die Beklagte selbstredend ebenfalls nicht tragen könnte. Dass der Kläger jedoch nicht in der Lage sein soll, auch die erhöhten Wohnkosten der Beklagten zu tragen, machte sie im vorinstanzlichen Verfahren zu pauschal geltend, indem sie lediglich ausführte, die Parteien hätten keinen monatlichen Überschuss über ihre Bedarfe (act. 4/51 Rz. 76 i.f.). Dem ist entgegenzuhalten, dass mit Urteil des Obergerichts vom 8. Februar 2019 eine Unterhaltsberechnung vorgenommen sowie die finanziellen Verhältnisse der Parteien und Kinder ausführlich dargestellt wurden (vgl. zusammenfassend act. 4/13/1 S. 38 f.). Daraus ergibt sich, dass den zwei Haushalten ab 1. August 2019 ein Überschuss von rund CHF 1'650.– angerechnet wurde (act. 4/13/1 S. 39). Soweit ersichtlich wurde keine Abänderung der im obergerichtlichen Urteil zugesprochenen Unterhaltsbeiträge verlangt. Entsprechend kann – zumindest im Grundsatz – vom darin festgehaltenen Überschuss ausgegangen werden. Inwiefern dieser nun derart vermindert sein soll, dass eine vergleichsweise gering höhere Zinsbelastung nicht mehr tragbar wäre, wurde nicht dargelegt. Das von der Beklagten für sich und die Kinder unter Hinweis auf veränderte Verhältnisse geltend gemachte Manko von CHF 875.– monatlich (nach Leistung der Unterhaltsbeiträge; vgl. act. 2 Rz. 5 mit Hinweis auf die Vorbringen vor Vorinstanz) entspricht der Hälfte des erwähnten Überschusses und könnte danach ohne Weiteres durch höhere Unterhaltsbeiträge ausgeglichen werden. Dass der Kläger nicht (mehr) in der Lage wäre, entsprechend höhere Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, stellt die Beklagte zwar unter Hinweis auf seine Vorbringen vor Vorinstanz zur Diskussion (act. 2 Rz. 6). Da die Beklagte aber ebendiese Behauptungen des Klägers zu seinen finanziellen Verhältnissen bestritt (vgl. act. 2 Rz. 7 mit Hinweisen auf die Vorbringen vor Vorinstanz), hat sie seine fehlende Leistungsfähigkeit zur Bezahlung höherer Unterhaltsbeiträge und damit eine Mankosituation nicht schlüssig dargetan.

Mit ihrem Hinweis, die Vorinstanz habe die aktuellen finanziellen Verhältnisse der Parteien nicht abgeklärt (act. 2 Rz. 7), verkennt die Beklagte, dass es an ihr ist, die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses umfassend darzutun (vgl. vorne E. II.2.3). Fehlt es bereits an schlüssigen Angaben zu den massgeblichen finanziellen Verhältnissen, so trifft die Vorinstanz keine weitere Abklärungspflicht. Die Beklagte vermag somit insgesamt nicht aufzuzeigen, dass eine höhere Zinsbelastung im Fall der Aufstockung der Hypothek nicht tragbar wäre.

2.4.3. Hinsichtlich der Zustimmung des Klägers zu einer Erhöhung der Hypothek ist anzumerken, dass die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren nicht behauptet hat, dass dieser keine Hand dazu biete. Es wäre aber gerade an der Beklagten gelegen, dies zu behaupten und glaubhaft zu machen, wenn sie aus der fehlenden Mitwirkung ihre Mittellosigkeit darlegen wollte. Bei der erst berufungsweise aufgestellten Behauptung, der Kläger verweigere seine Zustimmung zur Erhöhung der Hypothek, handelt es sich damit um eine neue Tatsache, die im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden kann. Die Beklagte legt jedoch nicht dar, weshalb es ihr nicht hätte möglich sein sollen, diese Tatsache bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorzubringen. Dies ist auch nicht erkennbar: So hätte sie den Kläger ohne Weiteres fragen können, ob er einer Erhöhung der Hypothek zustimme. Dafür hatte sie zwischen dem ursprünglichen Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses am 3. Juli 2019 (act. 4/16) bis zur Massnahmeverhandlung am 4. September 2020 genügend Zeit. Zusammenfassend ist damit die Behauptung der Beklagten hinsichtlich der Zustimmung des Klägers zu einer Erhöhung der Hypothek nicht zu berücksichtigen. An dieser Stelle sei die korrekte Erwägung der Vorinstanz hervorgehoben, dass der Kläger aufgrund der ehelichen Beistandspflicht verpflichtet wäre, einer Belastung resp. Erhöhung einer bestehenden Hypothek zuzustimmen. Dies ergibt sich gerade aus der Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses.

2.5. Zusammenfassend hat die Beklagte nicht glaubhaft dargelegt, dass eine Erhöhung der Hypothek auf der vormals ehelichen Liegenschaft nicht möglich ist.

Entsprechend hat sie nicht als mittellos zu gelten, und die Vorinstanz hat das Gesuch der Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger resp. Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu Recht abgewiesen. Die Frage, ob die eheliche Liegenschaft zur Prozessfinanzierung zu verkaufen ist, kann damit offen bleiben. Entsprechend ist die Berufung der Beklagten vom 2. November 2020 gegen die Verfügung 1 abzuweisen.

3. Verrechnung von Unterhaltsleistungen (Verfügung 2)

3.1. Die Vorinstanz erklärte den Kläger für berechtigt, im Falle einer Inanspruchnahme für Stockwerkeigentümerbeiträge durch die Liegenschaftsverwaltung die von ihm geleisteten Zahlungen mit dem Anspruch der Beklagten auf persönlichen Unterhalt zu verrechnen. Dagegen erhob die Beklagte Berufung.

Als Begründung führte die Vorinstanz aus, gestützt auf das obergerichtliche Eheschutzurteil sei es Sache der Beklagten, die Wohnkosten – bestehend aus den Hypothekarzinsen und den Verwaltungs- und Nebenkosten – zu bezahlen, zumal sie hierfür vom Kläger Unterhaltszahlungen erhalte. Dennoch habe sie die Stockwerkeigentümer- und Verwaltungsbeiträge 2019 und 2020 nicht vollständig beglichen. Der Kläger sei seitens der C2._____ AG für die Beiträge 2019 auch bereits betrieben worden und habe diese schliesslich beglichen. Für die Beiträge 2020 habe man ihm mit der Betreibung gedroht, woraufhin er diesen Ausstand teilweise beglichen habe. Die obergerichtlichen Feststellungen, wonach die Beklagte für die Verwaltungs- und Unterhaltskosten betreffend die eheliche Liegenschaft aufzukommen habe, hätten sich nicht wie vorgesehen verwirklicht und seien noch immer nicht verwirklicht. Entsprechend sei ohne Weiteres von einem Abänderungsgrund auszugehen (act. 5 S. 13 f.).

Der Kläger habe glaubhaft machen können, dass ihm eine Doppelzahlung drohe; einerseits leiste er der Beklagten Unterhalt, der auch zur Bestreitung der Wohnkosten diene, andererseits müsse er Wohnkosten für die eheliche Liegenschaft begleichen, die eigentlich von der Beklagten getragen werden müssten. Der Kläger habe ein berechtigtes Interesse, von einer derartigen Doppelzahlung geschützt zu werden. Aufgrund der aktuellen Ausstände bestünden berechnete

Bedenken, ob die Beklagte ihrer Zahlungsverpflichtung betreffend die Verwaltungs- und Nutzungskosten der ehelichen Liegenschaft nachkommen werde. Dem Kläger drohe dadurch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil. Die Beklagte hingegen habe weder etwas vorgebracht, was den Standpunkt des Klägers habe entkräften können, noch sei ersichtlich, weshalb ihr die vom Kläger beantragte Regelung zum Nachteil gereichen soll (act. 5 S. 15 f.).

In analoger Anwendung der Regelung bei Mietwohnungen gemäss Art. 121 Abs. 2 ZGB erklärte die Vorinstanz den Kläger schliesslich für berechtigt, im Falle einer Inanspruchnahme für Stockwerkeigentümerbeiträge durch die Liegenschaftsverwaltung die von ihm geleisteten Zahlungen mit dem Anspruch der Beklagten auf persönlichen Unterhalt zu verrechnen (act. 5 S. 16 f.).

3.2.1. Die Beklagte anerkennt, dass sie als Teil des Unterhalts einen monatlichen Betrag für die Stockwerkeigentümerbeiträge erhalte (act. 2 Rz. 22). Gegen den vorinstanzlichen Entscheid bringt sie allerdings vor, beim Ausstand im Jahr 2019 handle es sich um einen einmaligen Vorgang, da sie unverschuldet nicht in der Lage gewesen sei, die Vorschüsse zu bezahlen. In Bezug auf den Ausstand im Jahr 2020 sei davon auszugehen, dass die Mahnung der Liegenschaftsverwaltung mit Betreibungsdrohung, die nur der Kläger erhalten habe, ein Gefälligkeitschreiben für diesen sei (act. 2 Rz. 17 ff.).

Das Risiko einer erneuten Betreibung erscheine entsprechend gering, nachdem die Beklagte mit der Liegenschaftsverwaltung Gespräche führe. Zudem sei sie – nachweislich – mit regelmässigen Ratenzahlungen dabei, die Vorschüsse für das Jahr 2020 zu bezahlen. Dabei sei von einer rechtzeitigen Bezahlung auszugehen, wenn die Beklagte die Vorschüsse bis am 31. Dezember 2020 bezahlt habe (act. 2 Rz. 24 f.). Im Übrigen gereiche die beantragte Regelung des Klägers zum Nachteil der Beklagten; wenn der Kläger Stockwerkeigentümerbeiträge bezahle und entsprechend die Unterhaltsbeiträge an die Beklagte kürze, habe die Beklagte zu wenig finanzielle Mittel für die notwendigen Lebenskosten für sich und die Kinder. Bei einer Veräusserung der im Miteigentum stehenden Wohnung könne der Kläger hingegen allfällig zu viel bezahlte Stockwerkeigentümerbeiträge vom Nettoerlösanteil der Beklagten abziehen (act. 2 Rz. 26 f.).

Eventualiter macht die Beklagte geltend, dass Art. 121 Abs. 3 ZGB (gemeint wohl Art. 121 Abs. 2 ZGB) keine genügende gesetzliche Grundlage für die Berechtigung des Klägers sei, die Wohnkosten der Beklagten zu bezahlen und von den Unterhaltsbeiträgen abzuziehen. Ferner umschreibe die Vorinstanz die Bedingungen für die Berechtigung des Klägers zur Zahlung ungenau (act. 2 Rz. 29 f.).

3.2.2. Der Kläger bestreitet in seiner Berufungsantwort zusammengefasst, dass es sich beim Ausstand im Jahr 2019 um einen einmaligen Vorgang gehandelt habe und es sich beim Schreiben der Liegenschaftsverwaltung betreffend das Jahr 2020 um ein Gefälligkeitsschreiben handle (act. 11 Rz. 7, 12 und 14 ff.). Des Weiteren sei auch falsch, dass die Beklagte ihren Zahlungspflichten – rechtzeitig – nachkomme, zumal Vorschüsse nicht bis Ende der relevanten Periode zu bezahlen seien, sondern per Definition vor der entsprechenden Periode (act. 11 Rz. 26). Schliesslich bestreitet der Kläger, dass der Beklagten im Falle einer Inanspruchnahme des Klägers ein Nachteil entstehe und der Nettoerlös genügend hoch sei, um die (Ersatz-)Forderungen aus zu viel bezahlten Beiträgen zu tilgen (act. 11 Rz. 27 ff.).

In rechtlicher Hinsicht macht der Kläger lediglich geltend, es mache keinen Unterschied, ob die Beklagte zu Miete oder zu Eigentum wohne, da die Voraussetzungen im Prinzip dieselben und erfüllt seien (act. 11 Rz. 31).

3.3.1. Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Entsprechend ist irrelevant, dass die Beklagte eine Rechtsverletzung lediglich eventualiter rügt (entscheidend ist, dass sie die entsprechende Rüge vorbrachte). Nachstehend ist damit vorab zu prüfen, ob für die vorinstanzlich angeordnete Massnahme eine genügende gesetzliche Grundlage besteht.

3.3.2. Wie bereits dargelegt trifft das Gericht gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO für die Dauer des Scheidungsverfahrens die nötigen vorsorglichen Massnahmen, wobei die Bestimmungen über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 175 ff. ZGB) sinngemäss anwendbar sind. Der Verweis in Art. 276 Abs. 1 ZPO auf die Bestimmungen des Eheschutzes bedeutet jedoch keine Einschränkung der mög-

lichen Massnahmen. Es gilt kein *numerus clausus* (DOLGE, a.a.O., Art. 276 N 4). Dennoch kommen als Regelungsinhalt vorsorglicher Massnahmen zunächst die Eheschutzmassnahmen und dann die Themen in Frage, über die das Scheidungsgericht im Rahmen der Scheidungsfolgen einen Endentscheid treffen muss (LEUENBERGER, Scheidung, Band I: ZGB / Band II: Anhänge, 3. Aufl., Art. 276 ZPO N 16). Vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens zielen darauf ab, die Verhältnisse innerhalb der Familie wo nötig zu regeln (BK ZPO-SPYCHER, Art. 276 N 13). Die Schranken des richterlichen Ermessensentscheids über die Notwendigkeit einer Massnahme bilden die allgemeinen Werte der Rechtsordnung. Eine dem Gesetz nach Wortlaut oder Auslegung unbekannte oder widersprechende Rechtsvorkehr ist unzulässig. Die vorsorglichen Massnahmen müssen sodann geeignet sein und dürfen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht verletzen (vgl. zum Ganzen OGer ZH LY140004 vom 19. Juni 2014 E. II.3.a; OGer LY170023 vom 13. Dezember 2017 E. II.2.3.1.).

3.4. Die Vorinstanz stützte ihren Entscheid in analoger Anwendung auf Art. 121 Abs. 2 ZGB, der – wie sie korrekt festhielt – eine Ausnahme zum allgemeinen Verrechnungsverbot gemäss Art. 125 Ziff. 2 OR darstellt.

3.4.1. Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangen, wie Unterhaltsansprüche und Lohnguthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind, können wider dessen Willen nicht durch Verrechnung getilgt werden (Art. 125 Ziff. 2 OR). Dieses Verrechnungsverbot ist einseitig und bezweckt den Schutz des Gläubigers, indem die Gültigkeit der Verrechnung von der Zustimmung des Gläubigers abhängig gemacht wird (EICHENBERGER, OFK-OR, Art. 125 N 1; BSK OR I-MÜLLER, 7. Aufl., Art. 125 N 1).

Unbestritten ist, dass der Kläger der Beklagten aktuell einen persönlichen Unterhalt in Höhe von monatlich CHF 792.45 schuldet und die Beklagte die Wohnkosten zu tragen hat (act. 4/13/1 S. 30 ff. und 57). Weiter ist unbestritten, dass die Beklagte der Verrechnung nicht zugestimmt hat und nach wie vor nicht zustimmt. Entsprechend greift das Verrechnungsverbot gemäss Art. 125 Ziff. 2 OR.

Während der Ehe sieht das Gesetz keine Ausnahme von diesem Verbot vor. Zu prüfen bleibt folglich, ob ein Ausnahmetatbestand gemäss – analoger Anwendung von – Art. 121 Abs. 2 ZGB vorliegt und damit im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Verrechnung trotz Verrechnungsverbot zuzulassen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Analogie die Gleichheit von Interessenlage, Normzweck und hinreichend gleich gelagerte Verhältnisse voraussetzt (BSK ZGB I-HONSELL, 6. Aufl., Art. 1 N 13 mit Hinweis auf BGE 129 V 346 E. 4.1.).

3.4.2. Vorab ist hervorzuheben, dass Art. 121 ZGB ausdrücklich eine Scheidungsfolge normiert. Die Norm sieht vor, dass das Gericht im Scheidungsurteil einem Ehegatten unter bestimmten Voraussetzungen die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag alleine übertragen kann (Art. 121 Abs. 1 ZGB). Der andere Ehegatte haftet jedoch trotz Entlassung aus dem Vertrag nach wie vor für eine bestimmte Zeit für den Mietzins (Art. 121 Abs. 2 1. Teilsatz ZGB). Sollte der ausgeschiedene Ehegatte für den Mietzins belangt werden, kann er den bezahlten Betrag ratenweise mit den Unterhaltsbeiträgen verrechnen, die er dem anderen Ehegatten schuldet (Art. 121 Abs. 2 2. Teilsatz ZGB).

Die gesetzlich geregelte Verrechnungsmöglichkeit gemäss Art. 121 Abs. 2 OR setzt somit ein Scheidungsurteil voraus, mit welchem der Mietvertrag durch Gestaltungsurteil – in gewisser Hinsicht definitiv – auf einen Ehegatten alleine übertragen wurde. Wurde der Mietvertrag mittels Scheidungsurteil übertragen und der unterhaltsverpflichtete Ehegatte belangt, gilt die Möglichkeit der Verrechnung gemäss Art. 121 Abs. 2 ZGB – und damit Aufhebung des Verrechnungsverbots gemäss Art. 125 OR – kraft Gesetz; eine Ermächtigung zur Verrechnung – und damit die Einführung einer weiteren Ausnahme vom Verrechnungsverbot – durch gerichtlichen Entscheid sieht das Gesetz hingegen nicht vor. Bei der Anwendung des Art. 121 Abs. 2 ZGB präsentiert sich die Sachlage dergestalt, dass der aus dem Mietvertrag ausgeschiedene Ehegatte für eine Schuld mithaftet, obwohl er nicht mehr in einem Vertragsverhältnis zum Vermieter steht und keine Ansprüche mehr an der vormals ehelichen Wohnung hat. Mit anderen Worten hat er gegenüber dem Vermieter eine Zahlungspflicht, ohne Rechte aus dem Mietvertrag zu haben. Sollte der bisherige Mieter belangt werden, kann er

die bezahlten Mietzinse gegenüber dem unterhaltsberechtigten Mieter nicht mehr im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zurückfordern. Als Ausgleich dazu bietet die Verrechnungsmöglichkeit dem ausgeschiedenen Mieter einen gewissen finanziellen Schutz und erlaubt – neben dem üblichen Zivilrechtsweg – eine erleichterte Rückforderung des Betrags vom ehemaligen Ehegatten, der nunmehr alleine Mieter ist. Zu beachten ist jedoch, dass dieser finanzielle Schutz nicht unproblematisch ist, zumal damit der durch Art. 125 Ziff. 2 OR garantierte soziale Schutz aufgegeben wird (BÜCHLER, Scheidung, Art. 121 N 15). Entsprechend erscheint es im Allgemeinen nicht gerechtfertigt, Art. 121 ZGB extensiv auszulegen und auf darin nicht normierte Fälle anzuwenden.

3.4.3. Die Sach- und Rechtslage im vorliegenden Fall unterscheidet sich von der vorstehend dargelegten in mehrerer Hinsicht.

Der Beklagten und den Töchtern wurde die eheliche Wohnung im Rahmen des Eheschutzes zur alleinigen Benutzung im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB zugeteilt (vgl. act. 4/13/1 S. 4). Als vorsorgliche Massnahme wurde weder ein Mietvertrag auf sie alleine übertragen noch ihr ein Wohnrecht eingeräumt (vgl. dazu Art. 121 Abs. 3 ZGB und nachstehende E. II. 3.4.4.). Bereits die Tatbestände des Art. 121 ZGB und der vorliegende Sachverhalt unterscheiden sich, und es fehlt bereits in dieser Hinsicht an einer Voraussetzung zur Verrechnungsmöglichkeit während der Ehe analog Art. 121 Abs. 2 und 3 ZGB. Eine unterschiedliche Handhabung erscheint insofern auch gerechtfertigt, als die eheschutzrechtliche Zuweisung der ehelichen Wohnung – im Gegensatz zur Situation nach der Scheidung (vgl. E. II.3.4.2.) – grundsätzlich bloss einen vorübergehenden Charakter hat und auch einer Abänderung zugänglich ist (vgl. Art. 179 Abs. 1 ZGB). Weiter ist festzuhalten, dass Art. 121 Abs. 2 ZGB – wie bereits dargelegt – keine Grundlage darstellt, das Verrechnungsverbot durch gerichtlichen Entscheid aufzuheben. Im Allgemeinen ist der familienrechtlichen Rechtsordnung die Möglichkeit unbekannt, einen Unterhaltsschuldner gerichtlich zu ermächtigen, bereits festgesetzte Unterhaltsbeiträge durch einseitige Willenserklärung des Unterhaltsschuldners zu verrechnen. Schliesslich kann der ausgezogene Ehegatte, der für den Mietzins belangt werden sollte, diesen im Rahmen des Scheidungsverfahrens

zurückfordern resp. mit den güterrechtlichen Ansprüchen des anderen Ehegatten verrechnen. Entsprechend erscheint die angeordnete Massnahme – trotz Gefahr eines Doppelzahlungsrisikos (vgl. act. 5 S. 17) – auch nicht verhältnismässig. Dieses finanzielle Risiko alleine rechtfertigt nicht, den sozialen Schutz des Verrechnungsverbots aufzuheben und die Höhe bereits gerichtlich festgesetzter Unterhaltsbeiträge gewissermassen vom Willen des Unterhaltsschuldners abhängig zu machen.

3.4.4 Hinzu kommt ein Weiteres: Es geht vorliegend anders als im Fall von Art. 121 Abs. 2 ZGB nicht darum, Mietzinse, für welche der Unterhaltsschuldner belangt wurde, zur Verrechnung zu bringen, sondern der Kläger will Zahlungen an die Stockwerkeigentümergeinschaft zur Verrechnung bringen. Im Fall der Solidarhaftung für Mietzinse nach Art. 121 Abs. 2 ZGB fehlt es an einem Innenverhältnis der beiden Solidarschuldner, welches die Solidarhaftung rechtfertigen würde. Deshalb gibt das Gesetz im Sinne eines Korrektivs dem Unterhaltsschuldner die Möglichkeit, seine Unterhaltsschuld mit den Mietzinsen, für die er in Anspruch genommen wurde, zu verrechnen. Im Falle von Stockwerkeigentümerbeiträgen für ein Miteigentumsgrundstück folgt die Haftung beider Miteigentümer dagegen aus ihrem Innenverhältnis, und es besteht daher keine Veranlassung für ein entsprechendes Korrektiv. Es rechtfertigt sich deshalb entgegen dem Kläger (act. 11 S. 9) nicht, die in Art. 121 Abs. 2 ZGB enthaltene Ausnahme vom Verrechnungsverbot (die wie gesehen nicht extensiv auszulegen ist) im Fall der Inanspruchnahme für Beiträge an die Stockwerkeigentümergeinschaft analog anzuwenden.

3.4.5. Auch ein Vergleich mit Art. 121 Abs. 3 ZGB lässt keinen anderen Schluss zu. Ähnlich wie bei einer Mietwohnung kann das Gericht einem Ehegatten ein befristetes Wohnrecht einräumen, wenn die Wohnung – wie im vorliegenden Fall – im Miteigentum der Ehegatten steht. Dieses Wohnrecht ist dabei entgeltlich, wobei die Entschädigung in Form einer einmaligen Abfindung, von periodischen Zahlungen oder unter Anrechnung auf Unterhaltsbeiträge erfolgen kann; eine *nachträgliche* Verrechnung mit nahehelichen Unterhaltsbeiträgen ist mangels gesetzlicher Grundlage für eine Abweichung vom Verrechnungsverbot von Art. 125 Ziff. 2 OR ausgeschlossen (BSK ZGB I-GLOOR, Art. 121 N 18).

Aus der zitierten Norm geht somit hervor, dass – sollte eine Anrechnung von Wohnkosten mit Unterhaltzahlungen stattfinden – diese bereits in einer gerichtlichen Entscheidung festzuhalten sind, indem bei der Berechnung des Unterhalts die Wohnkosten vom Bedarf des Unterhaltsgläubigers abgezogen werden. Dadurch entsteht auch keine Unsicherheit betreffend die Höhe der Zahlungen. Auch hier ist eine einzig vom Willen des Unterhaltsschuldners abhängige Verrechnung im Sinne von Art. 120 ff. OR gerade nicht möglich.

3.5. Zusammenfassend ist die Ähnlichkeit des vorliegenden Sachverhalts mit den in Art. 121 ZGB normierten Tatbeständen zu verneinen und es erscheint nicht gerechtfertigt, die fragliche Norm extensiv auszulegen und analog auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

3.6. Unabhängig von der Frage, ob Art. 121 ZGB in der vorliegenden Konstellation analog anwendbar ist, ist die Verrechnung von Unterhaltsansprüchen mit Gegenansprüchen des Unterhaltsschuldners im Rahmen von Art. 125 Ziff. 2 OR zulässig, und zwar in dem Umfang, in welchem der Unterhaltsbeitrag für die Unterhaltsgläubigerin und die Kinder nicht unbedingt erforderlich ist. Besteht ein schützenswertes Interesse, so kann der Unterhaltsschuldner im Verfahren über vorsorgliche Massnahmen verlangen, dass festgestellt werde, in welchem Umfang er berechtigt sei, seine Unterhaltsschuld durch Verrechnung mit einer Gegenforderung zu tilgen (es handelt sich somit nicht – wie beantragt wurde – um eine Ermächtigung zur Verrechnung, sondern lediglich um eine entsprechende Feststellung). Der Unterhaltsschuldner hat dabei aufzuzeigen, dass die Gegenpartei auf den entsprechenden Betrag (im Sinne von Art. 125 Ziff. 2 OR) nicht unbedingt angewiesen ist (vgl. CAN 2018 Nr. 41 E. 5.2-3; zum Rechtsöffnungsverfahren wird in BSK SchKG I-STAEHELIN, 2. Auflage 2010, Art. 81 N 12, allerdings ausgeführt, es sei am Unterhaltsgläubiger, dem verrechnenden Schuldner gegenüber nachzuweisen, dass der Unterhaltsbeitrag – im Sinne von Art. 125 Ziff. 2 OR – unpfändbar sei; wie es sich insoweit im Massnahmeverfahren mit der Behauptungs- und Glaubhaftmachungslast verhält, kann aus den nachfolgend angeführten Gründen offen bleiben). Die Beklagte machte vor Vorinstanz eingehend geltend, nach den aktuellen Verhältnissen genügten die eheschutzrichterlich festge-

legten Unterhaltsbeiträge nicht (mehr) für die Deckung ihres Bedarfs und desjenigen der Kinder (vgl. act. 4/58 S. 4 ff.). Der Kläger gab dazu Bestreitungen und weitere Ausführungen zu Protokoll (vgl. Vi-Prot. S. 15 ff.). Danach hätte die Vorinstanz, wenn sie in einem bestimmten Umfang die Berechtigung des Klägers zur Verrechnung hätte feststellen wollen, auf die Frage eingehen müssen, auf welchen Teil der Unterhaltsbeiträge die Beklagte und die Kinder unbedingt angewiesen sind und welcher darüber hinausgehende Teil durch Verrechnung getilgt werden kann. Die Beklagte rügte dies im Berufungsverfahren mit der Eventualbegründung, dass die von der Vorinstanz getroffene Regelung nur zulässig wäre, wenn ihr Existenzminimum und das der Kinder mit einer klaren Formulierung gewahrt würde (act. 2 Rz. 30 i.f.).

Eine solche vorsorgliche Anordnung über die Verrechenbarkeit steht indes – wie geschildert (vgl. vorne Ziff. II. 3.3.2) – stets unter dem Vorbehalt der Verhältnismässigkeit. In diesem Zusammenhang fällt zunächst in Betracht, dass es nicht um die Verrechnung der Unterhaltsbeiträge mit einer bereits bestehenden Gegenforderung geht, sondern um die Verrechnung mit einer möglicherweise in Zukunft entstehenden Gegenforderung, falls die Beklagte weiterhin Beiträge an die Stockwerkeigentümergeinschaft, die in ihrem Bedarf berücksichtigt wurden, nicht bezahlt und der Kläger dafür in Anspruch genommen wird. Bereits das spricht gegen die Verhältnismässigkeit einer entsprechenden Feststellung bereits im jetzigen Zeitpunkt.

Sodann ist kurz auf die Vorgeschichte einzugehen. Die Beklagte räumte ein, solche Beiträge im Jahr 2019 nicht bezahlt zu haben. Grund dafür sei gewesen, dass der Kläger bis dahin seine Unterhaltspflichten nicht erfüllt habe. Sie habe deshalb notwendige Lebenshaltungskosten nicht bezahlen können, was zu Schulden geführt habe, die sie unter dem Druck von Betreibungsverfahren und Inkassobüros abzahle. Seit 2020 bezahle sie indes die Beiträge an die Stockwerkeigentümergeinschaft, wenn auch erst teilweise (act. 4/58 S. 4 ff.). Die entsprechenden Ausstände der vom Kläger geschuldeten Unterhaltsbeiträge sind unbestritten (im Umfang von CHF 11'000.– per Datum der vorinstanzlichen Verhandlung vom 4. September 2020, Vi-Prot. S. 16; vgl. auch act. 11 S. 3, 9). Dasselbe gilt im Grundsatz

für die teilweise Bezahlung der Beiträge für 2020 durch die Beklagte (auch wenn nach dem Kläger ein grösserer Anteil offen blieb als nach der Beklagten, vgl. act. 4/56 S. 5 und Vi-Prot. S. 15). Dass die Beklagte zwischenzeitlich nicht in der Lage war, die fraglichen Beiträge zu bezahlen, hat der Kläger damit zumindest mit veranlasst, wobei nachvollziehbar ist, dass bei der Beklagten Schulden entstanden, die sie erst nach und nach abzahlen kann. Aus der Erfüllung der klägerischen Unterhaltspflicht ab 2019 folgt daher entgegen dem Kläger (act. 11 S. 3) nicht, dass die Beklagte ab dann ohne Weiteres zur Bezahlung der fraglichen Beiträge hätte in der Lage sein müssen. Schliesslich rechtfertigt es sich, nochmals darauf hinzuweisen, dass die Parteien güterrechtlich noch nicht auseinandergesetzt sind und der Kläger im Rahmen der Auseinandersetzung und insb. bei der Auflösung des Miteigentums an der ehelichen Eigentumswohnung seine allfälligen Ansprüche wird einbringen können. Der Kläger erklärte zwar, es sei nicht garantiert, dass der Anteil der Beklagten am Verkaufserlös die bis dahin voraussichtlich aufgelaufene Ersatzforderung noch übersteigen werde (act. 4/31 S. 38). Mit dieser unbestimmten Vermutung vermag der Kläger aber nicht aufzuzeigen, dass ein allfälliger Anspruch gefährdet wäre. Es sind hier im Übrigen nochmals die unbestrittenen Unterhaltsausstände zu erwähnen, die der Kläger der Beklagten schuldet. Der Kläger räumt ungeachtet einer zwischen den Parteien strittigen Pfändung dieses Anspruchs ein, dass sein Existenzminimum nicht ermögliche, diese Schuld abzuführen (vgl. Vi-Prot. S. 16, 21). Für die Gefährdung dieses Anspruchs gilt daher dasselbe, wie es der Kläger hinsichtlich seines Anspruchs aus zu viel bezahlten Beiträgen an die Stockwerkeigentümergeinschaft geltend macht. Die beantragte Massnahme ist aus den geschilderten Gründen insgesamt nicht verhältnismässig.

3.7 Entsprechend erweist sich die Berufung der Beklagten gegen die Verfügung 2 der Vorinstanz als begründet. Der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben, und das Gesuch des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist abzuweisen.

III.

1. Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich die Höhe der Gerichtsgebühr nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1 sowie § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint nach den erwähnten Bestimmungen eine Gerichtsgebühr von CHF 3'000.– angemessen. Diese ist aufgrund des summarischen Verfahrens (vgl. § 8 Abs. 1 GebV OG) auf CHF 1'500.– zu reduzieren.

2. In Bezug auf die erste Verfügung (Prozesskostenvorschuss) unterliegt die Beklagte mit ihrer Berufung, während sich der Kläger mit der zweiten Verfügung (Direktzahlung resp. Verrechnung gewisser Unterhaltspositionen) identifizierte und in diesem Zusammenhang als unterliegend gilt. Entsprechend rechtfertigt sich eine hälftige Kostentragung. Die Parteientschädigungen sind bei diesem Ausgang des Verfahrens wettzuschlagen.

3.1. Die Beklagte beantragte für das zweitinstanzliche Verfahren die Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von CHF 5'000.– durch den Kläger, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 3).

Die Voraussetzungen der Leistung eines Prozesskostenvorschusses resp. der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurden bereits vorstehend dargelegt (E. II.2.3.).

3.2. Im Berufungsverfahren macht die Beklagte in dieser Hinsicht zusammengefasst geltend, dass sie lediglich CHF 1'775.– verdiene und zusammen mit den Unterhaltsbeiträgen nicht in der Lage sei, neben den Lebenshaltungskosten für die Kosten des vorliegenden Verfahrens aufzukommen. Weiter verfüge sie über keine nennenswerten liquiden Vermögenswerte. Hinsichtlich der Aufstockung der Hypothek resp. Veräusserung der Eigentumswohnung verweist sie auf ihre Ausführungen hinsichtlich die Berufung gegen die erste Verfügung (act. 2 Rz. 31 ff.; s. dazu E. II.2.2.).

3.3. Vorstehend wurde bereits aufgezeigt, dass die Beklagte nicht als mittellos gilt, nachdem sie nicht glaubhaft gemacht hat, dass eine Erhöhung der Hypothek nicht möglich sein soll (E. II.2.4). An dieser Beurteilung ändert auch das Schreiben der derzeitigen Hypothekergeberin vom 29. Oktober 2020 nichts, welches für die Glaubhaftmachung der Mittellosigkeit im Berufungsverfahren – im Gegensatz zur Beurteilung des Rechtsmittels gegen die erste Verfügung (s. E. II.2.4.3.) – zu berücksichtigen ist; aus dem Schreiben geht lediglich hervor, dass der Kläger keine neuen Hypotheken mehr bei der aktuellen Hypothekergeberin abschliessen wolle (act. 3/5). Damit vermag die Beklagte nicht glaubhaft zu machen, dass der Kläger nicht bereit sei, im Allgemeinen – bspw. mit anderen Hypothekergeberinnen – die Hypothek zu erneuern resp. aufzustocken. Es fehlen auch hier Belege, dass sie das Gespräch mit ihm direkt gesucht hat und dieser zu verstehen gab, er sei nicht bereit, bei einer Erhöhung der Hypothek mitzuwirken.

3.4. Damit kann die Beklagte auch im Hinblick auf das Berufungsverfahren nicht als mittellos gelten, weshalb die Gesuche um Leistung eines Prozesskostenvorschusses resp. Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen sind.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten auf Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von CHF 5'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das zweitinstanzliche Verfahren, wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Beklagten wird die Verfügung 2 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 12. Oktober 2020

(Verrechnung mit Unterhaltsbeiträgen) aufgehoben, und das Begehren des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.

2. Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'500.– festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der thematisch begrenzten Berufungsantwort (act. 11), an den Kläger unter Beilage des vollständigen Doppels der Berufungsschrift (act. 2), sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: