

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE180065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. S. Janssen und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

Beschluss und Urteil vom 30. Januar 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 11. Dezember 2018
(EE180212-L)**

Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 11. Dezember 2018 (Urk. 4/70 = Urk. 2):

1. Ziffer 1.3 der Verfügung vom 18. September 2018 wird per 1. Dezember 2018 aufgehoben und lautet neu wie folgt:

" 3. Ehegattenunterhalt

Der Ehemann verpflichtet sich, der Ehefrau für die Dauer der vorsorglichen Massnahme monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von CHF 3'200.– (Anteil Wohnkosten CHF 1'800.–) zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Dezember 2018.

Der Ehemann verpflichtet sich, weiterhin folgende Kosten der Ehefrau zu übernehmen: Krankenkasse, Telefonrechnung, Versicherungen und Transportkosten.

Die Ehefrau ist darum bemüht, ein Erwerbseinkommen zu erwirtschaften."

2. Der Sistierungsantrag des Gesuchsgegners wird abgewiesen.
3. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin um einen Prozesskostenbeitrag des Gesuchsgegners wird nicht eingetreten.
4. Die Vereinbarung der Parteien vom 29. November 2018 wird genehmigt. Sie lautet wie folgt:
"Die Parteien erklären sich damit einverstanden, dass baldmöglichst mit Unterstützung der Beiständin (Frau C._____) eine Besuchsbegleitung für die Besuche zwischen der Mutter und der Tochter installiert wird."
5. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Entscheids wird mit dem Endentscheid befunden.
6. (Mitteilungssatz)
7. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

"Es sei Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung – Einzelgericht, vom 11. Dezember 2018 aufzuheben und das Begeh-

ren der Beschwerdegegnerin um Abänderung von Ziff. 1/3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung – Einzelgericht vom 18. September 2018 vollumfänglich abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten

(Urk. 6 S. 2):

- "1. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
2. Die Berufung der Gegenpartei sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, der Berufungsbeklagten einen Prozesskostenbeitrag von einstweilen CHF 4'500.– für die Anwaltskosten zu bezahlen. Eine spätere Erhöhung bleibt vorbehalten.

Hinsichtlich der Gerichtskosten sei der Berufungskläger zu verpflichten, einen dem Ausgang des Verfahrens angemessenen Beitrag zu leisten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Berufungsklägers."

(Urk. 15 S. 1):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners.

Im Übrigen verweise ich auf meinen bereits gestellten Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages."

Erwägungen:

1.1. Die Parteien sind verheiratet und haben eine gemeinsame Tochter, D._____, geboren am tt.mm.2008. Seit dem 27. Juni 2018 stehen sie sich vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 4/1). Anlässlich der Vergleichsverhandlung / Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 23. August 2018 schlossen die Parteien eine Vereinbarung bezüglich vorsorglicher Massnahmen (Urk. 4/29), welche mit Verfügung vom 18. September 2018 genehmigt wurde (Urk. 4/31). Ziffer 3 dieser Vereinbarung lautet wie folgt:

"Der Ehemann verpflichtet sich, der Ehefrau für die Dauer der vorsorglichen Massnahme monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von CHF 1'900.– (Anteil Wohnkosten CHF 500.–) zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. September 2018.

Der Ehemann verpflichtet sich, weiterhin folgende Kosten der Ehefrau zu übernehmen: Krankenkasse, Telefonrechnung, Versicherungen und Transportkosten.

Die Ehefrau ist darum bemüht, ein Erwerbseinkommen zu erwirtschaften."

Mit Eingabe vom 31. Oktober 2018 stellte die Gesuchstellerin und Berufungsbe-
klagte (fortan Gesuchstellerin) ein Gesuch um Abänderung der vorsorglichen
Massnahmen und stellte folgenden Antrag (Urk. 4/44 S. 1):

" Ziff. 3 der Eheschutzverfügung vom 18. September 2018 sei wie folgt abzu-
ändern: Der Ehemann sei zu verpflichten, der Ehefrau ab 1. November 2018
einen angemessen erhöhten Unterhaltsbeitrag in der Höhe von CHF 3'800.–
monatlich zu bezahlen, auf den Ersten eines jeden Monats, zahlbar erstmal
per 1. November 2018.

Im Übrigen soll die Regelung, wonach der Ehemann sich verpflichtet, weiter-
hin die folgenden Kosten der Ehefrau zu bezahlen, beibehalten werden:
Krankenkasse, Telefonrechnung, Versicherungen und Transportkosten.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgeg-
ners."

Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) beantragte in
seiner Stellungnahme vom 19. November 2018 die Abweisung des Begehrens
der Gesuchstellerin (Urk. 4/56 S. 2) und stellte anlässlich der Verhandlung betref-
fend Besuchsrecht, Gefährdungsmeldung und Abänderung der vorsorglichen
Massnahmen seinerseits den folgenden Antrag (Urk. 4/68 S. 2):

" Es seien die gemäss Verfügung vom 18. September 2018, Ziff. 1/3 Abs. 1
geschuldeten Ehegatten-UHB von CHF 1'900 für die Dauer des stationären
Aufenthaltes der GSin in der PUK oder einer vergleichbaren Institution per
sofort vollumfänglich einzustellen."

Am 11. Dezember 2018 erliess die Vorinstanz den oben wiedergegebenen Ent-
scheid (Urk. 4/70 = Urk. 2).

1.2. Dagegen erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 20. Dezember 2018
innert Frist ein als Beschwerde bezeichnetes Rechtsmittel, stellte die eingangs
aufgeführten Anträge und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung
(Urk. 1). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2018 wurde die als Beschwerde be-
zeichnete Rechtsmitteleingabe vom 20. Dezember 2018 als Berufung entgegen-
genommen sowie der Gesuchstellerin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um
Erteilung der aufschiebenden Wirkung und dem Gesuchsgegner Frist zur Lei-
stung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 3). Der Kostenvorschuss des Ge-

suchsgegners ging innert Frist ein (vgl. Urk. 5). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung datiert vom 9. Januar 2019 (Urk. 6). Mit Verfügung vom 10. Januar 2019 wurde der Berufung die aufschiebende Wirkung erteilt, unter Hinweis darauf, dass im Eheschutzverfahren Geldzahlungen als vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich ausgeschlossen sind. Zugleich wurde der Gesuchstellerin Frist zur Berufungsantwort und dem Gesuchsgegner Frist zur Stellungnahme zum Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages angesetzt (Urk. 10). Der Gesuchsgegner reichte am 21. Januar 2019 eine entsprechende Stellungnahme ein, welche der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (vgl. Urk. 11). Die Berufungsantwort und Stellungnahme zur Eingabe des Gesuchsgegners vom 21. Januar 2019 wurde von der Gesuchstellerin am 24. Januar 2019 erstattet (Urk. 15). Sie ist dem Gesuchsgegner mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen.

2. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Unangefochten blieben die Dispositiv-Ziffern 2-4 des vorinstanzlichen Entscheids, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind. Dies ist vorzumerken.

3.1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner im angefochtenen Entscheid in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 1.3 der Verfügung vom 18. September 2018 im Ergebnis der Gesuchstellerin für die Dauer des Verfahrens, erstmals per 1. Dezember 2018, monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 3'200.– (Anteil Wohnkosten Fr. 1'800.–) zu bezahlen und weitere Kosten der Gesuchstellerin, nämlich die Krankenkasse, die Telefonrechnung, die Versicherungen und die Transportkosten, zu übernehmen (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 1).

3.2.1. Der Gesuchsgegner verlangt mit seiner Berufung, es sei Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und das Begehren der Gesuchstellerin um Abänderung von Dispositiv-Ziffer 1/3 der Verfügung vom 18. September 2018 abzuweisen (Urk. 1 S. 2). Er macht im Wesentlichen geltend, die Parteien hätten am 23. August 2018 unter Mitwirkung der Vorinstanz eine Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen getroffen, worin er sich verpflichtet habe, der Gesuchstellerin für die Dauer des Eheschutzverfahrens – nebst der Übernahme der

Kosten für Krankenkasse, Telefon, Versicherungen und öffentlichen Verkehr – einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'900.– zu bezahlen. Ein derartiger Massnahmeentscheid entfalte eine, wenn auch nur beschränkte materielle Rechtskraft in dem Sinne, dass er nicht nach Gutdünken abgeändert werden könne. Vielmehr müssten sich die Umstände verändert haben bzw. eine (neue) vorsorgliche Massregel notwendig sein. Die Gesuchstellerin begründe das Abänderungsgesuch mit der tatsachenwidrigen Behauptung, sie stehe auf der Strasse, weil E._____ ihr den Zugang zur Wohnung seit ca. am 20. Oktober 2018 bis auf Weiteres verwehrt habe. Die Vorinstanz erachte diese Behauptung, basierend auf der Annahme, die Gesuchstellerin würde andernfalls kaum am Bahnhof oder im Besucherzimmer einer Freundin im Altersheim übernachten, wenn sie weiterhin bei E._____ wohnen könnte, als erstellt. Tatsache sei jedoch, dass E._____ der Gesuchstellerin den Zugang zur Wohnung nie verwehrt habe. Die Behauptung der Vorinstanz, wonach eine WhatsApp-Nachricht von E._____ an die Anwältin der Gesuchstellerin bestätige, dass die Gesuchstellerin die Wohnung von E._____ habe verlassen müssen, sei aktenwidrig. Vielmehr verwahre sich E._____ in dieser WhatsApp-Nachricht gegen diese Unterstellung. Der Entschluss der Gesuchstellerin, bereits Mitte September 2018 bei E._____ wieder auszuziehen, könne keinen Abänderungsgrund bilden, zumal der Gesuchstellerin die Wohn- und Familienverhältnisse von E._____ bestens bekannt gewesen seien, als sie auf der Basis ihres Verbleibs bei E._____ für die Dauer der vorsorglichen Massnahmen am 23. August 2018 die Vereinbarung unterzeichnet habe. Die Gesuchstellerin habe anschliessend bei ihrer Freundin im Altersheim – F._____ in G._____ – ein Zimmer bezogen. Am 29. Oktober 2018 habe sich die Gesuchstellerin zur Krisenintervention in die Psychiatrische Universitätsklinik begeben. Am 31. Oktober 2018 habe sie mit der Begründung, sie stehe auf der Strasse, weil E._____ ihr den Zugang zur Wohnung seit ca. am 20. Oktober 2018 bis auf Weiteres verwehrt habe, das Abänderungsbegehren gestellt. Im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Verhandlung betreffend Abänderung vorsorglicher Massnahmen vom 29. November 2018 habe sie sich noch immer in der Psychiatrischen Universitätsklinik aufgehalten, wo sie darauf habe warten wollen, eine 2 - 2 ½ Zimmerwohnung zu bekommen. Nach dem Preis einer solchen Wohnung

gefragt, habe die Gesuchstellerin geantwortet, in H._____ könne sie vielleicht eine Wohnung für ca. Fr. 1'400.– bis Fr. 1'500.– monatlich finden. Die Vorinstanz habe erwogen, dass die Gesuchstellerin in Anlehnung an den bisherigen Lebensstandard Anspruch auf eine eigene Wohnung habe. Da es gerichtsnotorisch sei, dass in Zürich auf die Schnelle unter Fr. 1'800.– keine 2-Zimmerwohnung gefunden werden könne, sei der von den Parteien vereinbarte Wohnkostenanteil von Fr. 500.– auf Fr. 1'800.– zu erhöhen. Diese vorinstanzliche Argumentation ziele am Kern der zu beurteilenden Abänderungsfrage vorbei. Eine für die Dauer des Eheschutzverfahrens im Rahmen vorsorglicher Massnahmen auf der Basis einer Parteivereinbarung bestimmte Bedarfsposition könne nicht im Rahmen eines Abänderungsverfahrens mit einem pauschalen Verweis auf einen bisherigen Lebensstandard nahezu vervierfacht werden (in concreto: Erhöhung von Fr. 500.– auf Fr. 1'800.–). Diese Wohnkosten entsprächen auch nicht dem bisherigen Lebensstandard. Die Parteien hätten mit der Tochter D._____ eine 3-Zimmer-Genossenschaftswohnung für Fr. 1'660.– bewohnt. Dieser Standard gebe der Gesuchstellerin keinen Anspruch auf eine Wohnung in Zürich auf die Schnelle für Fr. 1'800.–. Die Gesuchstellerin sei weder aus beruflichen noch aus familiären Gründen auf eine 2-Zimmerwohnung in Zürich auf die Schnelle angewiesen, zumal sie D._____ bis auf Weiteres nur mit Begleitung und zeitlich begrenzt (10:00 - 17:00 Uhr) sehen dürfe. Die Annahme der Vorinstanz sei somit willkürlich, auch mit Blick darauf, dass sogar die Vorstellungen der Gesuchstellerin auf eine Wohnung für "nur" Fr. 1'400.– bis Fr. 1'500.– zielten. Selbst wenn die Gesuchstellerin, wie die Vorinstanz meine, ganz auf sich alleine gestellt wäre, lasse sich daraus kein Anspruch auf eine Wohnung in Zürich auf die Schnelle für Fr. 1'800.– ableiten. Allerdings sei sie auch gar nicht ganz auf sich alleine gestellt. Auch aus dem Umstand, dass die Gesuchstellerin kein Zuhause habe, lasse sich unter den gegebenen Umständen im Rahmen eines Verfahrens um Abänderung vorsorglicher Massnahmen für die Dauer eines Eheschutzverfahrens noch keine hypothetische Bedarfsposition von Fr. 1'800.– ableiten. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb es der Gesuchstellerin nicht mehr möglich oder zumutbar sein sollte, sich für die begrenzte Dauer der vorsorglichen Massnahmen in einem Zuhause mit einem Wohnkostenanteil von Fr. 500.– zurecht zu finden. Die Vorinstanz, die davon

ausgehen wolle, dass eine Erhöhung des Wohnkostenanteils der Gesuchstellerin für die weitere Dauer der vorsorglichen Massnahmen angezeigt sei, habe es auch unterlassen, die in einem solchen Fall erforderliche komplette Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge zu machen. Hätte die Vorinstanz die Neuberechnung gemacht, hätte sie erkennen müssen, dass auf der Einkommensseite der Gesuchstellerin Veränderungen eingetreten seien, welche den behaupteten Mehrbedarf von Fr. 1'300.– für angeblich höhere Wohnkosten kompensierten. Bei Abschluss der Vereinbarung vom 23. August 2018 habe die Gesuchstellerin über keine Einnahmen, weder aus Arbeitserwerb noch aus Arbeitslosengeld, verfügt. In der Verhandlung vom 29. November 2018 habe die Gesuchstellerin ausführen lassen, die Arbeitslosengelder seien irrtümlich der Fürsorge gutgeschrieben worden, obschon sie nie Fürsorgeleistungen erhalten habe. Dieser Irrtum sei erst im Oktober bemerkt worden, worauf die Gesuchstellerin die Gelder zurückerstattet erhalten habe. Mit anderen Worten habe sie im Oktober eine Nachzahlung von mehr als Fr. 3'500.– erhalten. Mit einer Rahmenfrist bis Juni 2020 habe die Gesuchstellerin einen Anspruch von Fr. 1'389.– pro Monat ($21.7 \times \text{Fr. } 64.05$). Falls die Gesuchstellerin, wie die Vorinstanz annehme, aufgrund der gesundheitlichen Beeinträchtigung gegenwärtig jedoch keine Arbeitslosenentschädigung mehr erhalte, wäre dies – falls überhaupt zutreffend – eine Momentaufnahme für die Dauer des Klinikaufenthaltes, währenddessen sie auch keinen Bedarf, geschweige denn einen (Mehr-)Bedarf für eine Wohnung in Zürich auf die Schnelle für Fr. 1'800.– habe. Gemäss den Ausführungen der Gesuchstellerin vor Vorinstanz am 29. November 2018 habe der Arzt ihr jedoch gesagt, sie sei bereits zu lange in der Klinik und müsse diese bald verlassen. Damit werde die Gesuchstellerin aber auch wieder vermittlungsfähig sein und Arbeitslosengeld von Fr. 1'389.– pro Monat beziehen. Damit werde sie sich, zusammen mit seinem Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'900.–, auch eine eigene Wohnung finanzieren können, zumal er noch immer ihre Krankenkasse, Telefonrechnung, Versicherungen und Transportkosten bezahle. Von einer Notlage, in welcher er der Gesuchstellerin im Rahmen eines Abänderungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens mit noch höheren Unterhaltsbeiträgen beizustehen hätte, könne entgegen der Vorinstanz keine Rede sein (Urk. 1 S. 4 ff.).

3.2.2. In ihrer Berufungsantwort vom 24. Januar 2019 beantragt die Gesuchstellerin die Abweisung der Berufung (Urk. 15 S. 1). Sie begründet dies zusammengefasst damit, dass die obergerichtliche Rechtsprechung betreffend Geldzahlungen im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Eheschutz vorliegend keine Anwendung finden könne. Die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners sei durch diesen anerkannt und vom Gericht genehmigt worden. Der Gesuchsgegner habe sich somit bereits gerichtlich zu diesem "Notunterhaltsbeitrag" verpflichtet, womit die rechtliche Grundlage seiner Unterhaltspflicht feststehe. Es gehe daher nicht um die Neufestlegung einer Geldzahlung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen, sondern um eine Abänderung einer gerichtlich genehmigten Unterhaltsvereinbarung, welche rechtskräftig geworden sei. In welcher Form diese erfolgt sei, spiele deshalb keine Rolle, weil sie bestehe und rechtskräftig sei. Damit entfalle das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für Geldzahlungen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Eheschutz. Der obergerichtliche Verweis auf die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, S. 7355, sei unbehelflich. Dort werde lediglich darauf hingewiesen, dass eine allgemeine Einführung solcher Akontozahlungen problematisch wäre. Der Gesetzgeber habe lediglich neue Formen vorsorglicher Massnahmen, die im Gesetz nicht vorgesehen seien, ausschliessen wollen. Vorliegend gehe es aber um die Abänderung einer gerichtlich genehmigten Vereinbarung. Die Abänderbarkeit der bestehenden Unterhaltspflicht im Rahmen vorsorglicher Massnahmen sei klar zu bejahen, weil sich die Verhältnisse erheblich verändert hätten und damit die Voraussetzungen für die Abänderbarkeit gegeben seien. Sollte die Abänderbarkeit einer bestehenden Unterhaltspflicht verneint werden, würde dies zu einem unbilligen Ergebnis führen. Es bedeute für sie, dass ihr Notbedarf in erheblicher Weise ungedeckt sei, so dass für die Differenz die öffentliche Hand aufzukommen habe – sozialpolitisch ein problematisches Ergebnis, eingedenk der Tatsache, dass der Gesuchsgegner ohne Weiteres in der Lage sei, die von der Vorinstanz gesprochene Differenz zu bezahlen, was von ihm auch nicht bestritten werde. Bestritten werde, dass der Massnahmeentscheid, dessen Abänderung strittig sei, nur beschränkte materielle Rechtskraft habe. Vorliegend gälten die bekannten Abänderungsvoraussetzungen. Unzutreffend sei, dass der Inhalt der WhatsApp-Nachricht von E. _____ von der Vorinstanz aktenwidrig fest-

gestellt worden sei. Selbst E. _____ beschreibe es so, dass die Wohnsituation für alle nicht mehr zumutbar gewesen sei, weshalb die Gesuchstellerin die Wohnung habe verlassen müssen. Anlässlich der Verhandlung vom 23. August 2018 sei zwar bekannt gewesen, in welcher Wohnsituation sie sich bei E. _____ befunden habe. Es sei zu diesem Zeitpunkt aber eine Notlösung gewesen, was allen Beteiligten bewusst gewesen sei. Aus der Formulierung der strittigen Vereinbarung sei zu entnehmen, dass es sich um eine vorübergehende Lösung gehandelt habe. Explizit sei der Wohnkostenanteil mit Fr. 500.– eingesetzt worden. Es sei rechtsmissbräuchlich, wenn sich der Gesuchsgegner darauf berufe, dass dieser Wohnkostenanteil unabänderbar sei. Unzutreffend sei, dass sie bei einer Freundin im Altersheim ein Zimmer bezogen habe. Es handle sich um ein Besucherzimmer, wo sie in der Not einige Male habe übernachten können. Die Bestimmungen des Altersheims seien aber eindeutig. Das Besucherzimmer sei nicht als Wohnmöglichkeit für Obdachlose gedacht. Bestritten werde der ihr unterstellte Sinn ihrer Aussage, sie sei in der PUK, wo sie darauf habe warten wollen, eine 2 bis 2 ½ - Zimmerwohnung zu bekommen. Ein solches Verhalten werde von der PUK nicht gebilligt. Im Übrigen sei sie bis zum 31. Dezember 2018 krankgeschrieben gewesen. Es sei zutreffend, dass in Zürich eine 2 bis 2 ½ - Zimmerwohnung auf die Schnelle nicht unter Fr. 1'800.– zu finden sei. Es werde bestritten, dass sie einige Vertrauenspersonen habe. E. _____, I. _____ und F. _____ seien zwar Bekannte von ihr, sie könne aber nicht bei diesen unterkommen. Eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge sei vorliegend nicht nötig gewesen, da es lediglich um die Erhöhung der Wohnkosten gegangen sei. Seit November 2018 habe sie – mit Ausnahme eines kleinen Betrages von Fr. 394.95 – keine Arbeitslosengelder erhalten. Daran habe sich bis heute nichts geändert, da sie bis Ende Dezember 2018 krankgeschrieben gewesen sei. Eine allfällige Arbeitslosenentschädigung für Januar 2019 stehe noch nicht fest. Selbst wenn sie eine solche erhalten würde, werde dies mit Fürsorgegeldern verrechnet. Aufgrund nicht bedarfsdeckender Unterhaltsbeiträge habe sie Fürsorgegelder beantragen müssen. Zwar seien gewisse Rückzahlungen durch die Fürsorge erfolgt. Damit habe sie aber ihre Schulden begleichen müssen, die sie von Juni bis August 2018 mangels Einkünften habe machen müssen. Festzuhalten sei, dass sie derzeit Wohnkosten von Fr. 2'038.25

im J. _____ habe. Sie befinde sich daher nach wie vor in einer Notlage (Urk. 15 S. 2 ff.).

3.3.1. Die Zulässigkeit von vorsorglich festgesetztem Ehegattenunterhalt im Eheschutzverfahren wurde vom Gesuchsgegner im Berufungsverfahren nicht gerügt (vgl. Urk. 1). Über diese Frage ist dennoch vorab zu entscheiden, wendet die Berufungsinstanz doch das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und ist sie im Rahmen ihrer umfassenden Kognitionsbefugnis weder an die Begründung der Berufungsanträge noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden.

3.3.2. Die Vorinstanz hält die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren für zulässig. Im Grundsatz erscheint diese Rechtsauffassung mit Blick auf Art. 271 ZPO i.V.m. Art. 261 ff. ZPO vertretbar und wird denn auch in der Literatur von namhaften Autoren mit überzeugenden Argumenten befürwortet (vgl. Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 14 mit weiteren Hinweisen). Indes sind im Eheschutz vorsorglich angeordnete Geldzahlungen aus folgenden Überlegungen ausgeschlossen: Die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen richten sich nach Art. 261 ff. ZPO. Bezüglich deren Inhalts enthält Art. 262 ZPO eine Generalklausel - im Eheschutzverfahren eingeschränkt durch Art. 172 Abs. 3 ZGB - und führt einzelne Massnahmen exemplarisch auf (Art. 262 lit. a bis e ZPO). Ausdrücklich erwähnt ist die Leistung einer Geldzahlung indes nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 262 lit. e ZPO). Eine solche Regelung findet sich im Gesetz für das Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) und bei Unterhaltsklagen (Art. 303 ZPO), nicht aber für das Eheschutzverfahren (Art. 271 ff. ZPO). Aus den Materialien zur Schweizerischen Zivilprozessordnung erhellt, dass der Gesetzgeber bewusst von einer allgemeinen Einführung vorsorglicher Akonto-Zahlungen abgesehen hat (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7355). Folglich handelt es sich bei der fehlenden Bestimmung zu vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren nicht um eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des Gesetzes (vgl. BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N 344; BSK ZGB I-Honsell, Art. 1 N 27), sondern um qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Entsprechend bleibt für richterliche Lückenfüllung und analoge Gesetzesanwendung kein Raum.

Die vorsorgliche Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren mag daher bei langer Verfahrensdauer aus praktischer Sicht wünschbar erscheinen, ist jedoch aus rechtlichen Erwägungen unzulässig (vgl. *OGer ZH LE110069 vom 08.02.2012, E. 2.4.2; OGer ZH LE130032 vom 02.07.2013, E. II.3.2; OGer ZH LE130066 vom 05.05.2014, E. 4.3; OGer ZH LE150003 vom 27.03.2015, E. II.5; OGer ZH LE160012 vom 15.11.2016, E. III.4; OGer ZH LE160038 vom 07.09.2016, E. C.6; OGer ZH LE170033 vom 30.10.2017, E. III.3.1*).

3.3.3. Nach dem vorstehend Gesagten fehlt es im Eheschutzverfahren an einer gesetzlichen Grundlage für die vorsorgliche Anordnung von Geldzahlungen in Form von persönlichem Unterhalt. Entgegen der Vorinstanz ist somit im Eheschutzverfahren nach der gefestigten Praxis der Kammer eine auf Geldzahlung gerichtete vorsorgliche Massnahme grundsätzlich nicht möglich. Daran ändert – entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin – auch der Umstand nichts, dass sich der Gesuchsgegner in der Vereinbarung vom 23. August 2018 (Urk. 29) freiwillig dazu bereit erklärt hat, der Gesuchstellerin für die Dauer des Eheschutzverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'900.– zu bezahlen und weitere Kosten der Gesuchstellerin zu übernehmen.

Die Berufung ist somit gutzuheissen und das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin um Abänderung von Ziffer 1.3 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 18. September 2018 abzuweisen.

4.1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 5). Dabei hat es sein Bewenden.

4.2. Im Berufungsverfahren unterliegt die Gesuchstellerin vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind ihr die Kosten- und Entschädigungspflichten in vollem Umfang aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6

Abs. 3, § 11 und § 13 AnwGebV auf Fr. 2'800.20 (Fr. 2'600.– zuzüglich 7.7% MwSt., vgl. Urk. 1 S. 2) zu veranschlagen.

4.3. Die Gesuchstellerin lässt für das Berufungsverfahren die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages beantragen (Urk. 6 S. 2). Der Gesuchsgegner widersetzt sich diesem Antrag (Urk. 11 S. 2 ff.). Ein Prozesskostenbeitrag ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Vorausgesetzt ist demnach, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Zusätzlich muss es dem angesprochenen Ehegatten möglich sein, dem anderen die Mittel, die dieser zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (*OGer ZH LE130066 vom 05.05.2014, E. 6.2; OGer ZH LY170001 vom 25.04.2017, E. V.4*). Der Standpunkt der Gesuchstellerin erweist sich in Anbetracht der konstanten Praxis der Kammer in Bezug auf die vorsorgliche Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren (vgl. vorstehende Erwägung III.; Urk. 10) als aussichtslos. Entsprechend ist ihr Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 2-4 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 11. Dezember 2018 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 11. Dezember 2018 wird aufgehoben und das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin um Abänderung von Ziffer 1.3 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Ver-

fahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 18. September 2018 wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss von Fr. 3'000.– zu ersetzen.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.20 zu bezahlen.
5. Der Antrag der Gesuchstellerin um Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrages für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
6. Schriftliche Mitteilung an
 - die Gesuchstellerin,
 - den Gesuchsgegner, unter Beilage der Doppel von Urk. 15-17/1-3,
 - die weitere Verfahrensbeteiligte hinsichtlich des Beschlusses,
 - die Beiständin C._____, ... [Adresse], hinsichtlich des Beschlusses,
 - die Vorinstanz,je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 (Art. 98 BGG).

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 30. Januar 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:
bz