

Pascale Becher

# Rechtsgrundlage und Praxis des Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren

ISBN 978-3-03916-320-5

Editions Weblaw  
Bern 2026

**Zitiervorschlag:**

Pascale Becher, Rechtsgrundlage und Praxis des Prozesskostenvorschusses im  
Eheschutzverfahren,  
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2026

**Universität Bern**

**Rechtswissenschaftliche Fakultät**

**Rechtsgrundlage und Praxis des  
Prozesskostenvorschusses im  
Eheschutzverfahren**

**Masterarbeit**

Betreuender: PD Dr. Christoph Hurni

Einreichungsdatum: 14. Dezember 2025

Verfassende: Pascale Becher

Adresse:

[REDACTED]

Telefonnummer:

[REDACTED]

Matrikelnummer:

[REDACTED]

E-Mail:

pascale.becher@students.unibe.ch

# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	IV
Materialienverzeichnis .....	XII
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
<b>1 Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>2 Eheschutz .....</b>	<b>2</b>
2.1 Eheschutzmassnahmen .....	3
2.2 Qualifikation als vorsorgliche Massnahme .....	4
<b>3 Vorsorgliche Massnahme .....</b>	<b>5</b>
3.1 Massnahmetypen .....	5
3.2 Voraussetzungen und Inhalt.....	6
3.3 Verfahrensart .....	7
3.4 Superprovisorische Massnahmen .....	8
3.5 Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren.....	8
3.5.1 Lehrmeinungen .....	9
3.5.2 Kantonale Praxis.....	10
3.5.3 Bundesgericht.....	12
3.6 Superprovisorische Massnahmen im Eheschutzverfahren .....	12
3.7 Kritische Würdigung .....	13
<b>4 Prozesskosten .....</b>	<b>14</b>
4.1 Im Eheschutzverfahren .....	15
4.2 Grundsatz der Selbstfinanzierung.....	16
4.3 Prozesskostenvorschuss .....	17
4.3.1 Rechtsgrundlage .....	17
A Beistandspflicht gem. Art. 159 Abs. 3 ZGB .....	18
B Unterhaltspflicht gem. Art. 163 ZGB.....	18
C Rechtsprechung und Lehrmeinungen .....	18
D Kritische Würdigung .....	20
4.3.2 Voraussetzungen.....	21
4.3.3 Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme .....	21
A Lehrmeinungen .....	22
B Kantonale Praxis.....	23
C Bundesgericht.....	24
D Kritische Würdigung .....	25



4.3.4 Zeitpunkt des Entscheides.....	25
4.3.5 Rückerstattungspflicht .....	26
4.4 Prozesskostenbeitrag .....	27
4.4.1 Praxis des Zürcher Obergerichts.....	27
4.4.2 Kritische Würdigung .....	29
4.5 Unentgeltliche Rechtspflege.....	30
4.5.1 Voraussetzungen.....	31
4.5.2 Zeitpunkt des Entscheides.....	32
<b>5 Summarisches Verfahren .....</b>	<b>33</b>
5.1 Rechtsgrundlage und Anwendungsbereich .....	33
5.2 Eheschutzverfahren.....	34
5.2.1 Besonderheiten des Verfahrens.....	34
5.2.2 Rechtskraftwirkung .....	35
5.3 Vorsorgliche Massnahmen.....	35
5.4 Prozesskostenvorschuss .....	35
5.4.1 Als vorsorgliche Massnahme.....	36
5.4.2 Als Prozesskostenbeitrag.....	36
5.5 Unentgeltliche Rechtspflege.....	37
<b>6 Objektive Klagenhäufung .....</b>	<b>37</b>
6.1 Voraussetzungen .....	38
6.2 Anwendung im Eheschutzverfahren.....	38
6.2.1 Prozesskostenvorschuss.....	38
6.2.2 Prozesskostenbeitrag .....	39
6.2.3 Kritische Würdigung .....	40
6.3 Unentgeltliche Rechtspflege.....	40
<b>7 Revision des Eheschutzverfahrens .....</b>	<b>42</b>
7.1 Aktuelle Lage .....	42
7.2 Lösungsansätze .....	43
7.2.1 Anpassung des Wortlauts von Art. 262 lit. e ZPO .....	43
7.2.2 Schaffung einer gesetzlichen Grundlage .....	44
<b>8 Fazit .....</b>	<b>44</b>
Selbständigkeitserklärung .....	XVII

## Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors bzw. der Autorin sowie mit Seitenzahl oder Randnote zitiert.

Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.): Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB, Partnerschaftsgesetz, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. CHK ZGB-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

BÄHLER DANIEL: Eheschutz – ein spannungsgeladenes Summarverfahren, in: CIVPRO Band Nr. 15/2020, S. 93 ff.

Baker & McKenzie (Hrsg.): Schweizerische Zivilprozessordnung Stämpfli Handkommentar, Bern 2010 (zit. SHK ZPO-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

BALTZER-BADER CHRISTINE: Ist das Eheschutzverfahren revisionsbedürftig?, in: AJP 2003, S. 567 ff.

BAUMGARTNER SAMUEL et al.: Schweizerisches Zivilprozessrecht, mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 11. Aufl., Bern 2024.

BERGER BERNHARD et al.: Zivilprozessrecht, Unter Berücksichtigung der bernischen und zürcherischen Einführungsgesetzgebung, 3. Aufl., Bern 2025.

Bohnet François et al. (Hrsg.): Commentaire romand Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR CPC-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

Bohnet François/Guillod Oliver (Hrsg.): Commentaire pratique Droit matrimonial: Fond et procédure, Basel 2016 (zit. CP CC-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

Bräm Verena/Hasenböhler Franz (Hrsg.): Zürcher Kommentar, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159–180, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK ZGB-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.): Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2025 (zit. DIKE Komm. ZPO-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.): Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

BÜHLER ALFRED: Die Prozessarmut, in: Schöbi Christian (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung (und Modelle zur Beschränkung ihrer Kosten), Bern 2001, S. 131 ff.

Chabloz Isabelle/Dietschy Patricia/Heinzmann Michel (Hrsg.): Petit commentaire Code de procédure civile, Basel 2020 (zit. PC CPC-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

DA RUGNA ROMEO: Prozesskostenvorschuss in eherechtlichen Verfahren, in: Anwaltsrevue Heft Nr. 3/2011, S. 117 ff.

DOLDER MATTIAS/DIETHELM PASCAL: Eheschutz (Art. 175 ff. ZGB) – ein aktueller Überblick, in: AJP 2003, S. 655 ff.

EICHEL FLORIAN: Grundlagen des summarischen Verfahrens, in: CIVPRO Band Nr. 15/2020, S. 1 ff.

Fankhauser Roland (Hrsg.): Familienkommentar Scheidung, Band I: ZGB, 4. Aufl., Bern 2022 (zit. FamKomm ZGB-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

Fankhauser Roland (Hrsg.): Familienkommentar Scheidung, Band II: Anhänge / Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Bern 2022 (zit. FamKomm Anh. ZPO-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art. 271, N).

FOUNTOULAKIS CHRISTINA/WÉRY LOUIS: La provisio ad litem, in: Belser Eva Maria/Pichonnaz Pascal/Stöckli Hubert (Hrsg.), *Le droit sans frontières, Mélanges pour Franz Werro*, Bern 2022, S. 247 ff.

FREI SYLVIA: Prozesskostenvorschuss: eheliche Beistands- oder Unterhaltspflicht?, in: Lieber Viktor et al. (Hrsg.), *Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg*, Zürich 1997, S. 51 ff.

GAPANY PIERRE: La procédure sommaire en première instance, in: *JdT* 2022 II, S. 62 ff.

Gehri Myriam A./Jent Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.): *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK ZPO-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

GEISER THOMAS: Rechtsprechungs panorama Ehe recht, in: *AJP* 2019, S. 103 ff.

Geiser Thomas/Fountoulakis Christina (Hrsg.): *Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

GROBÉTY LAURENT: *Le cumul objectif d'actions en procédure civile suisse*, Diss. Freiburg 2018.

GUILLOD OLIVIER/BURGAT SABRINA: *Droit des familles*, 6. Aufl., Basel/Neuenburg 2022.

Hausheer Heinz (Hrsg.): *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen*, Art. 159–180 ZGB, 2. Aufl., Bern 1999 (zit. BK ZGB-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinat, 6. Aufl., Bern 2018.

Hausheer Heinz/Spycher Annette (Hrsg.): Handbuch des Unterhaltsrechts, 3. Aufl., Bern 2023 (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, Unterhaltsrecht, Kap., N).

Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.): Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK ZPO I-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.): Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II: Art. 150–352 ZPO und Art. 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. BK ZPO II-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

HETATA DINAH: Eheschutz – was heisst das?, Schaub Hochl Rechtsanwälte AG, o.O. 2020, <<https://schaubhochl.ch/wp-content/uploads/2020/06/EheschutzWasheisstdas.pdf>> (zuletzt besucht am 13.12.2025).

HINDERLING HANS/STECK DANIEL: Das schweizerische Ehescheidungsrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und des Expertenentwurfs der Scheidungsrechtsrevision, 4. Aufl., Zürich 1995.

HOHL FABIENNE: Procédure civile, Tome II, Compétence, délais, procédures et voies de recours, 2. Aufl., Bern 2010.

IQBAL YASMIN: Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren, in: Breitschmid Peter et al. (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 351 ff.

JUNKER RAHEL/BLUMENFELD NICOLAS/GLOOR URS: § 74 Eheschutzgesuch (Rayonverbot, Schuldneranweisung, Verfügungsbeschränkung), in: Fischer Willi/Theus Simoni Fabiana/Gessler Dieter (Hrsg.), Kommentierte Musterklagen zum Familienrecht, Band IV, 2. Aufl., Zürich 2022, S. 65 ff.

KOFMEL EHRENZELLER SABINE: Vorsorgliche Anordnung von Unterhaltszahlungen im Eheschutzverfahren – ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Zulässigkeit, in: FamPra.ch 2021, S. 19 ff.

Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.): [Kommentar] Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016.

MAIER PHILIPP: Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, in: FamPra.ch 2019, S. 818 ff. (zit. MAIER, FamPra.ch 2019, S.).

MAIER PHILIPP: Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der eidgenössischen ZPO, in: FamPra.ch 2014, S. 635 ff. (zit. MAIER, FamPra.ch 2014, S.).

MARGHITOLA RETO: Kapitel 8 «Vorsorgliche Massnahmen und vorsorgliche Beweisführung», in: Ulrich Haas/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2020, S. 213 ff.

MARTI STEFAN: Kantonsgericht St. Gallen, Entscheid ZV.2024.18-EZE2 vom 6. März 2024, B. gegen A., vorsorgliche Massnahmen (Prozesskostenvorschuss), in: AJP 2024, S. 971 ff.

MEIER ISAAK: Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010.



Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.): Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KUKO ZPO-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

SCHMIDGALL ROXANE: Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren, in: ius.focus 3/2015, S. 22.

SCHWENDENER DANIELLE: Ausgewählte Aspekte des Beweisverfahrens in eherechtlichen Prozessen nach ZPO, in: AJP 2024, S. 118 ff.

SIX JANN: Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Bern 2014.

Spühler Karl (Hrsg.): Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO annotée/Kurzkomentar, Zürich/Genf 2023 (zit. ZPO annotée-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.): Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK ZPO-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

Staehelin Daniel/Grolimund Pascal (Hrsg.): Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024 (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, Zivilprozessrecht, §, N).

STECK DANIEL: Nr. 70 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 15. August 2012 i.S. X. gegen Z., Obergericht des Kantons Zürich – 5A\_212/2012, in: FamPra.ch 2012, S. 1086 ff.

Sutter-Somm Thomas et al. (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Aufl., Zürich 2025 (zit. SK ZPO-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

SUTTER-SOMM THOMAS/LÖTSCHER CORDULA: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich/Genf 2025.

Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.): Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK ZPO-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

Trezzini Francesco et al. (Hrsg.): Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2. Aufl., Lugano 2017 (zit. CP CPC-BEARBEITERIN/BEARBEITER, Art., N).

TREZZINI FRANCESCO: Provvedimenti cautelari, In base al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Lugano 2015.

VETTERLI ROLF: Beschränkter Schutz in der Ehe?, in: AJP 2005, S. 295 ff. (zit. VETTERLI, AJP 2005, S.).

VETTERLI ROLF: Das Eheschutzverfahren nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: FamPra.ch 2010, S. 785 ff. (zit. VETTERLI, FamPra.ch 2010, S.).

VON AARBURG STEFAN: Vorsorgliche Massnahmen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, unter Berücksichtigung der Schutzschrift (Art. 261-270 ZPO und Art. 303 ZPO), Diss. Luzern 2023.

WEINGART DENISE: provisio ad litem – Der Prozesskostenvorschuss für eherechtliche Verfahren, in: Markus Alexander R./Hrubesch-Millauer Stephanie/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 677 ff.

WUFFLI DANIEL: Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2015.

WUFFLI DANIEL/FUHRER DAVID: Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019.

ZOGG SAMUEL: «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: FamPra.ch 2018, S. 47 ff.

ZOTSANG DHEDEN C.: Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: ZStV Band/Nr. 178, Zürich 2015.

## Materialienverzeichnis

Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission vom 26. Juni 2003 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht.html>> (zuletzt besucht am 13.12.2025) (zit. Bericht VE-ZPO, S.).

Botschaft vom 11. Juli 1979 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht), BBl 1979 II 1191 (zit. Botschaft ZGB, S.).

Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 (zit. Botschaft ZPO 2020, S.).

Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 (zit. Botschaft ZPO 2006, S.).

Der Bundesrat, Medienmitteilung vom 6. September 2023, «Die Änderung der Zivilprozessordnung tritt am 1. Januar 2025 in Kraft», <<https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=97610>> (zuletzt besucht am 13.12.2025) (zit. Medienmitteilung BRat).

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Erläuternder Bericht vom 2. März 2018 zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>> (zuletzt besucht am 13.12.2025) (zit. Erläuternder Bericht ZPO, S.).

## **Abkürzungsverzeichnis**

a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
aZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (BBI 1907 VI 589)
BBI	Bundesblatt
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	unpublizierter Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts; Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) (SR 173.110)
BK	Berner Kommentar
BRat	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CIVPRO	Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht

CP	Commentario pratico
CR	Commentaire romand
d.h.	das heisst
DIKE Komm.	Dike Kommentar
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
ebd.	ebenda
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
et al.	at alii/aliae/alia (und weitere)
f./ff.	folgende (Seite/n)
FamKomm	Kommentar zum Familienrecht
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts
Fn.	Fussnote(n)
gem.	gemäss
gl.M.	gleicher Meinung
Hrsg.	Herausgeber(schaft)
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
ius.focus	Aktuelle Rechtsprechung kompakt
JdT	Journal des Tribunaux



Kap.	Kapitel
KGer BL	Kantonsgericht Basel-Landschaft
KGer GR	Kantonsgericht Graubünden
KGer LU	Kantonsgericht Luzern
KGer SG	Kantonsgericht St. Gallen
KGer SZ	Kantonsgericht Schwyz
KUKO	Kurzkommentar
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote(n)
Nr.	Nummer
o.O.	ohne Ortsangabe
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer AG	Obergericht Aargau
OGer BE	Obergericht Bern
OGer LU	Obergericht Luzern
OGer TG	Obergericht Thurgau
OGer ZH	Obergericht Zürich
PC	Petit commentaire
S.	Seite(n)
SHK	Stämpflis Handkommentar
SK	Schulthess Kommentar
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

uR	unentgeltliche Rechtspflege
VE-ZPO	Vorentwurf der Expertenkommission vom 26. Juni 2003 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, < <a href="https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht.html">https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht.html</a> > (zuletzt besucht am 13.12.2025)
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB (CC)	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO (CPC)	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO) (SR 272)
ZStV	Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

# 1 Einleitung

Trennen sich Ehegatten, bedarf es bei Uneinigkeiten einer raschen gerichtlichen Regelung der persönlichen und finanziellen Verhältnisse.<sup>1</sup> Das Eheschutzverfahren soll in dieser Phase des Getrenntlebens schnell eingreifen und vorläufig Klarheit schaffen.<sup>2</sup> Damit diese Wirkung überhaupt zur Geltung kommt, müssen die Parteien in der Lage sein, dieses Verfahren zu führen.

In der Praxis zeigt sich, dass hinsichtlich der Verfahrensfinanzierung erhebliche Unklarheiten bestehen. Ist eine Partei nicht in der Lage, die Verfahrenskosten selbst zu tragen, stellt sich die Frage, ob sie ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gegenüber dem Ehegatten und eventualiter um unentgeltliche Rechtspflege stellen kann.<sup>3</sup>

Bis heute fehlt eine schweizweit einheitliche Regelung hinsichtlich der Zulässigkeit, der prozessualen Einordnung und der verfahrensrechtlichen Behandlung solcher Gesuche.<sup>4</sup> Trotz der praktischen Relevanz hat das Bundesgericht bislang darauf verzichtet, diese Fragen abschliessend zu klären und über die Rechtslage höchstrichterlich zu entscheiden.<sup>5</sup>

Dies führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit für die betroffenen Parteien. Während einige Kantone den Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme behandeln, wird er in anderen Kantonen erst im Endentscheid als materiell-rechtlicher Anspruch aus der ehelichen Beistandspflicht zugesprochen.<sup>6</sup> Diese unterschiedlichen Qualifikationen führen zu prozessualen Ungleichheiten, was den Zugang zum Gericht erschweren und das verfassungsmässige Recht auf Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) faktisch beeinträchtigen kann.

---

<sup>1</sup> Vgl. DOLDER/DIETHELM, S. 655.

<sup>2</sup> Vgl. VETTERLI, FamPra.ch 2010, S. 787.

<sup>3</sup> Vgl. MAIER, FamPra.ch 2019, S. 818 f.

<sup>4</sup> Vgl. hinten, Ziff. 4.3 ff.

<sup>5</sup> ZOGG, S. 81 f.

<sup>6</sup> Vgl. hinten, Ziff. 4.3 f.

Vor diesem Hintergrund werden in der vorliegenden Arbeit die kantonalen Ansätze zur Gewährung des Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren untersucht, die daraus resultierenden prozessualen und dogmatischen Probleme analysiert und mögliche Lösungsansätze entwickelt. Ziel ist es, zu einer dogmatisch korrekten und praxisorientierten Anwendung des Rechts zu gelangen und zugleich zu prüfen, ob diesbezüglich ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

## 2 Eheschutz

Der Eheschutz verfolgte ursprünglich das Ziel, Ehegatten in schwierigen Zeiten eine Versöhnungschance zu geben und die gefährdete Ehe aufrechtzuerhalten.<sup>7</sup> Er hatte mehr einen polizeilichen als zivilen Charakter.<sup>8</sup> Im Laufe der Zeit hat sich der Schwerpunkt verschoben. Heute dient er primär der rechtlichen Ordnung des Getrenntlebens bis zu einer allfälligen Scheidung.<sup>9</sup> Das Eheschutzverfahren wird deshalb auch als «kleine Scheidung» bezeichnet.<sup>10</sup> Die massgeblichen Bestimmungen finden sich in Art. 171 ff. ZGB.

Besondere Bedeutung erlangt der Eheschutz, wenn ein Ehegatte der Scheidung nicht zustimmt.<sup>11</sup> Grundsätzlich ist eine Scheidungsklage erst zulässig, wenn die Ehegatten bei Eintritt der Rechtshängigkeit während mindestens zwei Jahren getrennt gelebt haben (Art. 114 ZGB).<sup>12</sup> Vor Ablauf dieser Frist ist eine Scheidung nur möglich, wenn die Fortsetzung der Ehe aus schwerwiegenden, nicht zurechenbaren Gründen unzumutbar ist (Art. 115 ZGB).<sup>13</sup> Das Eheschutzverfahren kann ausserdem Abhilfe leisten,

---

<sup>7</sup> BGE 116 II 21 E. 4; Botschaft ZGB, S. 1271 f.; vgl. auch Wortlaut von Art. 172 Abs. 2 ZGB: «Das Gericht mahnt die Ehegatten an ihre Pflichten und versucht, sie zu versöhnen; ...».

<sup>8</sup> VETTERLI, AJP 2005, S. 295.

<sup>9</sup> DOLDER/DIETHELM, S. 655; vgl. BÄHLER, S. 102 m.w.H.

<sup>10</sup> Vgl. VETTERLI, FamPra.ch 2010, S. 793; SCHWENDENER, S. 120.

<sup>11</sup> DOLDER/DIETHELM, S. 655; vgl. BÄHLER, S. 102 m.w.H.

<sup>12</sup> OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 114, N 1 ff. m.w.H.; wie auch FamKomm ZGB-FANKHAUSER, Art. 114, N 1 ff.

<sup>13</sup> CHK ZGB-JUNGO, Art. 115, N 1 ff. m.w.H.; wie auch FamKomm ZGB-FANKHAUSER, Art. 115, N 1 ff.

wenn sich die Ehegatten über die Trennungsmodalitäten nicht einigen können.<sup>14</sup> Mit Abschluss des Eheschutzverfahrens sind die Ehegatten getrennt, ohne bereits geschieden zu sein.<sup>15</sup>

## 2.1 Eheschutzmassnahmen

Zur Regelung des Getrenntlebens und zur Vorbereitung der Scheidung können im Eheschutzverfahren gewisse Massnahmen gerichtlich verfügt werden.<sup>16</sup> In einem ersten Schritt kann das Gericht zur Vermittlung angerufen werden, wenn Uneinigkeiten über wichtige Angelegenheiten der ehelichen Gemeinschaft bestehen (Art. 172 Abs. 1 ZGB).<sup>17</sup> In einem zweiten Schritt soll das Gericht die Ehegatten ermahnen und versuchen, sie zu versöhnen (Art. 172 Abs. 2 ZGB).<sup>18</sup> Führt dies nicht zum Erfolg, so kann das Gericht gem. Art. 172 Abs. 3 Satz 1 ZGB die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft treffen.<sup>19</sup> Das Eheschutzgericht kann nicht beliebige Massnahmen treffen, die zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft als sinnvoll erscheinen.<sup>20</sup> Vielmehr müssen sie gesetzlich verankert sein, womit Eheschutzmassnahmen i.e.S.<sup>21</sup> wie auch i.w.S.<sup>22</sup> in Betracht fallen.<sup>23</sup> Ob es sich bei diesen gesetzlichen Möglichkeiten um eine abschliessende Aufzählung handelt, ist in der Literatur umstritten.<sup>24</sup> Der Numerus clausus in Art. 172 Abs. 3 ZGB wird teilweise abgelehnt und die Angleichung an Art. 276 Abs. 1 ZPO des Scheidungsverfahrens vorgeschlagen, wonach das Gericht die „nötigen vorsorglichen Massnahmen“ auch im Eheschutzverfahren treffen soll.<sup>25</sup>

---

<sup>14</sup> HETATA, S. 1.

<sup>15</sup> Ebd.

<sup>16</sup> CHK ZGB-GÖKSU, Art. 172, N 1.

<sup>17</sup> BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 172, N 8 m.w.H.

<sup>18</sup> BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 172, N 9 m.w.H.

<sup>19</sup> BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 172, N 12.

<sup>20</sup> BGE 114 II 18 E. 3b; vgl. auch Botschaft ZGB, S. 1272 und 1274.

<sup>21</sup> Art. 173–178 ZGB.

<sup>22</sup> Z.B. Art. 166 Abs. 2 ZGB, Art. 169 Abs. 2 ZGB, Art. 170 Abs. 2 ZGB.

<sup>23</sup> BALTZER-BADER, S. 568; vgl. SIX, N 3.04 f. m.w.H.

<sup>24</sup> Dagegen: BALTZER-BADER, S. 568; VETTERLI, AJP 2005, S. 297; dafür: FamKomm ZGB-MAIER/VETTERLI, Vorb. Art. 175–179, N 6 f.; SIX, N 3.05; BK ZGB-HAUSHEER/REUSER/GEISER, Art. 172, N 26 mit Ausnahmen.

<sup>25</sup> BALTZER-BADER, S. 568; VETTERLI, AJP 2005, S. 297.

Andererseits wird vorgebracht, dass die bewusst abschliessende Regelung sicherstellen soll, dass sich der Staat nicht unnötig in die eheliche Beziehung einmischt.<sup>26</sup>

## **2.2 Qualifikation als vorsorgliche Massnahme**

Umstritten ist, ob Eheschutzmassnahmen prozessual als vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 261 ff. ZPO zu qualifizieren sind. Das Bundesgericht bejaht dies mit der Begründung, dass Eheschutzmassnahmen funktional eine ähnliche Bedeutung wie vorsorglichen Massnahmen während eines Scheidungsverfahrens zukommt.<sup>27</sup> Die Eheschutzmassnahmen gelten lediglich für die beschränkte Dauer des Getrenntlebens, entfalten keine materielle Rechtskraft und können erleichtert abgeändert werden.<sup>28</sup>

In der Lehre stösst diese Qualifikation des Bundesgerichts nicht nur auf Zustimmung. Denn vorsorgliche Massnahmen bezwecken die Sicherstellung der Rechte der antragstellenden Person im hängigen oder künftigen Hauptverfahren.<sup>29</sup> Wie vorgängig erwähnt dienen Eheschutzmassnahmen demgegenüber dem Schutz der Familiengemeinschaft.<sup>30</sup> Nach IQBAL können sie deshalb nicht auf die gleiche verfahrensmässige Stufe gestellt werden wie die prozessualen vorsorglichen Massnahmen.<sup>31</sup> MARTI weist zudem darauf hin, dass Eheschutzmassnahmen zwar einen vorsorglichen Charakter aufweisen, dieser jedoch im materiellen Recht wurzelt und deshalb nicht ohne Weiteres mit vorsorglichen Massnahmen des Zivilprozessrechts gleichgesetzt werden darf.<sup>32</sup>

Trotz dieser Kritik behandelt das Bundesgericht Eheschutzmassnahmen prozessual als vorsorgliche Massnahmen.<sup>33</sup> Diese Einordnung wirft die

---

<sup>26</sup> BSK ZGB-MAIER/SCHWANDER, Art. 172, N 3; Urteil des OGer ZH, LE180072, vom 9. September 2019 E. II.B.3.3.

<sup>27</sup> BGE 133 III 393 E. 5.1 f.; BGE 137 III 475 E. 4.1; vgl. BÄHLER, S. 103 m.w.H.

<sup>28</sup> BGE 127 III 474 E. 2b; FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 15.

<sup>29</sup> Vgl. hinten, Ziff. 3.

<sup>30</sup> Vgl. vorne, Ziff. 2.1.

<sup>31</sup> IQBAL, S. 357.

<sup>32</sup> MARTI, S. 974.

<sup>33</sup> BGE 133 III 393 E. 5.1 f.



Frage auf, in welchem Umfang neben den Eheschutzmassnahmen zusätzliche, gewissermassen «noch vorsorglichere» Massnahmen zulässig sind. Um dies prüfen zu können, werden im Folgenden zunächst die vorsorglichen und superprovisorischen Massnahmen der ZPO näher erläutert. Auf dieser Grundlage wird anschliessend untersucht, ob und in welchem Umfang solche Massnahmen im Eheschutzverfahren zulässig sind.

### **3 Vorsorgliche Massnahme**

Die Aufgabe vorsorglicher Massnahmen besteht darin, die Rechte der antragstellenden Person bis zum Endurteil in einem bereits hängigen oder künftigen Hauptverfahren sicherzustellen.<sup>34</sup> Aufgrund der Gefahr, dass zivilrechtliche Ansprüche bereits vor oder während der Rechtshängigkeit eines Verfahrens gefährdet werden können, kommen diesen Massnahmen in der Praxis eine erhebliche Bedeutung zu.<sup>35</sup> Sie sollen verhindern, dass der effektive Rechtsschutz zu spät eintritt, um die berechtigten Interessen der antragstellenden Person zu wahren, und dienen der vorläufigen Regelung.<sup>36</sup> Vorsorgliche Massnahmen sind Bestandteil des verfassungsmässigen Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 29 BV und Art. 6 EMRK.<sup>37</sup>

#### **3.1 Massnahmetypen**

Die Lehre unterteilt vorsorgliche Massnahmen in Sicherungs-, Leistungs- und Regelungsmassnahmen, wobei jeweils unterschiedliche Zwecke verfolgt werden.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> PC CPC-BOVEY/FAVROD-COUNE, Art. 261, N 1.

<sup>35</sup> ZPO annotée-SPÜHLER, Art. 261, N 1; Botschaft ZPO 2006, S. 7353.

<sup>36</sup> CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 261, N 1.

<sup>37</sup> MEIER, S. 259.

<sup>38</sup> KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 262, N 5; BK ZPO II-GÜNGERICH, Art. 262, N 5 ff.; BERGER et al., N 1301; vgl. STAEHELIN D., Zivilprozessrecht, § 22, N 14 ff. m.w.H.; wie auch BAUMGARTNER et al., Kap. 11, N 250 ff.

Sicherungsmassnahmen ermöglichen, dass der Sachverhalt bis zum Hauptsachenurteil unverändert bleibt und die Vollstreckung am Ende der Prozessdauer sichergestellt ist.<sup>39</sup>

Leistungsmassnahmen verfolgen das Ziel, den Hauptsachenanspruch (zumindest teilweise) zu erfüllen.<sup>40</sup> Das Hauptsachenurteil soll dabei nicht präjudiziert werden, weshalb strengere Anforderungen gelten und mehr Zurückhaltung bei der Anordnung solcher Massnahmen geboten ist.<sup>41</sup> Sie finden daher primär bei Unterlassungsansprüchen und bei Ansprüchen auf ein Dulden Anwendung, wobei keine vorzeitige Vollstreckung des Hauptsachenurteils droht.<sup>42</sup> Für positive Leistungen sind sie nur beschränkt vorgesehen.<sup>43</sup>

Regelungsmassnahmen gestalten ein Dauerrechtsverhältnis bis zum Hauptsachenurteil.<sup>44</sup> Damit schaffen sie eine provisorische Ordnung für die Prozessdauer.<sup>45</sup>

### **3.2 Voraussetzungen und Inhalt**

Eine vorsorgliche Massnahme wird gem. Art. 261 Abs. 1 ZPO angeordnet, wenn die gesuchstellende Person glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt wird oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (lit. b).<sup>46</sup> Vorsorgliche Massnahmen setzen somit einen materiell-rechtlichen Anspruch voraus, welcher von der gesuchstellenden Partei glaubhaft gemacht werden muss.<sup>47</sup> Nicht ausdrücklich im Gesetz genannt ist die zeitliche Dringlichkeit der Anordnung einer

---

<sup>39</sup> HOHL, N 1737; BK ZPO II-GÜNGERICH, Art. 262, N 6.

<sup>40</sup> BK ZPO II-GÜNGERICH, Art. 262, N 7.

<sup>41</sup> BGE 138 III 378 E. 6.4; Urteil des BGer 4A\_427/2021 vom 20. Dezember 2021 E. 5.2.

<sup>42</sup> BSK ZPO-SPRECHER, Art. 262, N 4 ff.; BK ZPO II-GÜNGERICH, Art. 262, N 8.

<sup>43</sup> Vgl. BSK ZPO-SPRECHER, Art. 262, N 7 ff. m.w.H.

<sup>44</sup> CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 262, N 5.

<sup>45</sup> BSK ZPO-SPRECHER, Art. 262, N 10.

<sup>46</sup> Vgl. BERGER et al., N 1302 f. m.w.H.; wie auch BAUMGARTNER et al., Kap. 11, N 269 ff.

<sup>47</sup> TREZZINI, N 693 zitiert nach MARGHITOLA, Fn. 20; vgl. auch MARGHITOLA, N 8.21 ff. m.w.H.

vorsorglichen Massnahme, welche eine zusätzliche Voraussetzung darstellt und zugleich die Notwendigkeit des vorläufigen Rechtsschutzes zum Ausdruck bringt.<sup>48</sup> Schliesslich muss die angeordnete vorsorgliche Massnahme verhältnismässig sein.<sup>49</sup>

Gem. Art. 262 ZPO kann eine vorsorgliche Massnahme ein Verbot (lit. a), eine Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes (lit. b), eine Anweisung an eine Registerbehörde oder eine dritte Person (lit. c), eine Sachleistung (lit. d) oder die Leistung einer Geldzahlung in den vom Gesetz bestimmten Fällen (lit. e) sein.<sup>50</sup> Es handelt sich beim Massnahmenkatalog nicht um eine abschliessende Aufzählung.<sup>51</sup>

### **3.3 Verfahrensart**

Gem. Art. 248 lit. d ZPO wird über den Erlass vorsorglicher Massnahmen im summarischen Verfahren entschieden.<sup>52</sup> Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach Art. 13 ZPO.<sup>53</sup> Demnach ist grundsätzlich entweder das Gericht am Ort der Hauptsache (lit. a) oder das Gericht an dem Ort zuständig, an welchem die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b).<sup>54</sup> Diese Bestimmung gilt subsidiär zu abweichenden gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeitsregelungen – so etwa bei eherechtlichen Gesuchen und Klagen, bei denen gem. Art. 23 Abs. 1 ZPO zwingend das Gericht am Wohnsitz einer der Parteien zuständig ist.<sup>55</sup>

---

<sup>48</sup> CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 261, N 10.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO mit Wortlaut «notwendigen vorsorglichen Massnahmen», was das Verhältnismässigkeitsprinzip zum Ausdruck bringt; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 261, N 11.

<sup>50</sup> Vgl. BAUMGARTNER et al., Kap. 11, N 277 mit Beispielen.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 262 ZPO mit Wortlaut «insbesondere»; Bericht VE-ZPO, S. 130; DIKE Komm. ZPO-ZÜRCHER, Art. 262, N 5.

<sup>52</sup> BAUMGARTNER et al., Kap. 11, N 285.

<sup>53</sup> ZPO annotée-MORET, Art. 13, N 1.

<sup>54</sup> Vgl. MARGHITOLA, N 8.15 ff. m.w.H.

<sup>55</sup> ZPO annotée-MORET, Art. 23, N 1; FamKomm Anh. ZPO-LEUENBERGER/SUTER, Art. 23, N 1 ff. m.w.H.

### 3.4 Superprovisorische Massnahmen

Wenn vorsorgliche Massnahmen nicht rasch genug angeordnet werden können, um die Rechte der antragstellenden Person zu schützen, kann das Gericht gem. Art. 265 ZPO vorsorgliche Massnahmen sofort (das heisst superprovisorisch) erlassen.<sup>56</sup> Der Erlass einer solchen Massnahme muss derart dringlich sein, dass der anspruchsgegnerischen Person erst nachträglich das rechtliche Gehör gewährt werden kann.<sup>57</sup> Mit dem Überraschungseffekt soll verhindert werden, dass der Anspruch der antragstellenden Person vereitelt wird.<sup>58</sup>

Grundsätzlich handelt es sich bei superprovisorischen Massnahmen um vorsorgliche Massnahmen, womit in einem ersten Schritt die Voraussetzungen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO erfüllt sein müssen.<sup>59</sup> Zusätzlich ist eine besondere Dringlichkeit vorausgesetzt.<sup>60</sup> Es muss eine qualifizierte Gefährdung des Anspruchs bestehen, wobei die Glaubhaftmachung einer solchen Gefährdung nicht leichthin angenommen wird.<sup>61</sup> Wird eine superprovisorische Massnahme gerichtlich verfügt, ist der betroffenen Person nachträglich das rechtliche Gehör zu gewähren, woraufhin das Gericht unverzüglich und definitiv über die vorsorgliche Massnahme zu entscheiden hat.<sup>62</sup>

### 3.5 Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren

Wird wie vorgängig ausgeführt der Ansicht des Bundesgerichts gefolgt und Eheschutzmassnahmen als vorsorgliche Massnahme behandelt<sup>63</sup>, muss die Frage geklärt werden, ob «noch vorsorglichere» Massnahmen im Eheschutzverfahren getroffen werden können oder einzig die

---

<sup>56</sup> BK ZPO II-GÜNGERICH, Art. 265, N 1; vgl. CP CPC-TREZZINI, Art. 265, N 1 ff. m.w.H.

<sup>57</sup> SHK ZPO-TREIS, Art. 265, N 1.

<sup>58</sup> Bericht VE-ZPO, S. 133; ZPO annotée-SPÜHLER, Art. 265, N 1.

<sup>59</sup> CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 265, N 3; vgl. vorne, Ziff. 3.2.

<sup>60</sup> KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 265, N 2 m.w.H.

<sup>61</sup> OFK ZPO-ROHNER/WIGET, Art. 265, N 2 m.w.H.

<sup>62</sup> BAUMGARTNER et al., Kap. 11, N 292.

<sup>63</sup> Vgl. vorne, Ziff. 2.2.

Möglichkeit superprovisorischer Massnahmen i.S.v. Art. 265 ZPO bleibt.<sup>64</sup> Eheschutzverfahren werden im summarischen Verfahren abgehandelt.<sup>65</sup> Diese Verfahrensart zeichnet sich durch eine flexible und rasche Durchführung aus.<sup>66</sup> In der Praxis können sich Eheschutzverfahren dennoch in die Länge ziehen, weshalb aus praktischer Sicht ein Bedürfnis nach der Möglichkeit des Erlasses vorsorglicher Massnahmen besteht.<sup>67</sup> Nachfolgend werden die unterschiedlichen Auffassungen in der Lehre und Praxis dargestellt und kritisch gewürdigt.

### 3.5.1 Lehrmeinungen

In der Lehre wird mehrheitlich der Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren zugestimmt.<sup>68</sup> ZOGG begründet die Zulässigkeit mit dem praktischen Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz, welchem durch vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren Rechnung getragen werden kann.<sup>69</sup> Gemäss KOFMEL EHRENZELLER ist es grundsätzlich richtig, dass auch im Eheschutzverfahren vorsorgliche Massnahmen erlassen werden können.<sup>70</sup> Sie betont, dass diese Massnahmen am zutreffendsten als «vorläufige Eheschutzmassnahmen» bezeichnet werden sollten, da die Eheschutzmassnahmen an sich bereits vorsorgliche Massnahmen darstellen.<sup>71</sup> BÄHLER führt aus, dass vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren möglich sein müssen, wenn superprovisorische Massnahmen zulässig sind, da der Eingriff in die Rechte der betroffenen Person geringer ist, wenn diese vorgängig angehört wird.<sup>72</sup> Hingegen geht SIX davon aus, dass im Eheschutzverfahren einzig die Möglichkeit

---

<sup>64</sup> SIX, N 1.17; Urteil des OGer LU, 3B 11 59, vom 5. November 2011.

<sup>65</sup> Vgl. hinten, Ziff. 5.2 m.w.H.

<sup>66</sup> PC CPC-DELABYS, Art. 248, N 1.

<sup>67</sup> FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 16; Urteil des BGer 5A\_212/2012 vom 15. August 2012 E. 2.2.2; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 09.71.

<sup>68</sup> Vgl. STECK, S. 1093; IQBAL, S. 351 ff.; ZOGG, S. 84 f.; DIKE Komm. ZPO-PFÄNDER BAUMANN, Art. 273, N 14; BK ZPO II-SPYCHER, Art. 271, N 15; OFK ZPO-FLEISCHER, Art. 271, N 5; STAEHELIN A./BOPP, Zivilprozessrecht, § 21, N 65a.

<sup>69</sup> ZOGG, S. 85.

<sup>70</sup> KOFMEL EHRENZELLER, S. 22 f.

<sup>71</sup> Ebd.

<sup>72</sup> BÄHLER, S. 105.

superprovisorischer Massnahmen i.S.v. Art. 265 ZPO bleibt, da es sich bei den Eheschutzmassnahmen bereits um vorsorgliche Massnahmen handelt.<sup>73</sup> FLEISCHER bejaht grundsätzlich die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen, er weist jedoch darauf hin, dass Eheschutzmassnahmen funktionell bereits vorsorgliche Massnahmen sind und damit der Erlass vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren eine Ausnahme bleiben soll.<sup>74</sup> STECK leitet die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren aus einer analogen Anwendung von Art. 276 ZPO (vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren) ab, da die Interessenlage der gesuchstellenden Person identisch mit derjenigen im Scheidungsverfahren ist.<sup>75</sup>

Entsprechend kann festgehalten werden, dass sich ein grosser Teil der Lehre für die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren ausspricht.

### **3.5.2 Kantonale Praxis**

Die Praxis der kantonalen Gerichte ist nicht einheitlich. Die Mehrheit spricht sich allerdings für die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren aus.<sup>76</sup> Sie stützen sich dabei auf das Argument, dass im Eheschutzverfahren ein praktisches Bedürfnis nach ergänzendem vorläufigem Rechtsschutz besteht und der Erlass vorsorglicher Massnahmen daher möglich sein muss.<sup>77</sup>

Demgegenüber hat das Zürcher Obergericht in einem älteren Entscheid festgehalten, dass vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren unzulässig seien.<sup>78</sup> Es begründet ihre Ansicht mit dem Umstand, dass die

---

<sup>73</sup> SIX, N 1.17 ff.

<sup>74</sup> OFK ZPO-FLEISCHER, Art. 271, N 5.

<sup>75</sup> STECK, S. 1093.

<sup>76</sup> Vgl. z.B. Urteil des OGer TG, ZR.2013.38, vom 31. Juli 2013 E. 4g; Urteil des OGer BE, ZK 13 393, vom 6. Dezember 2013 E. 1; Urteil des KGer LU, 3C 19 4, vom 20. Februar 2019 E. 1.2.2; Urteil des KGer GR, ZK1 18 150, vom 12. November 2019 E. 1.5.

<sup>77</sup> Ebd.

<sup>78</sup> Urteil des OGer ZH, LE110069, vom 8. Februar 2012 E. 2.4.2.



ZPO im Eheschutzverfahren keine vorsorglichen Massnahmen vorsehe.<sup>79</sup> Dies im Unterschied zum Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) oder zur Unterhaltsklage (Art. 303 ZPO), in denen solche Massnahmen ausdrücklich geregelt sind, sodass hier nicht von einer Gesetzeslücke auszugehen sei.<sup>80</sup> Sie beziehen sich dabei auf den Numerus clausus der Eheschutzmassnahmen gem. Art. 172 Abs. 3 ZGB.<sup>81</sup> Ausserdem sei das Eheschutzverfahren als summarisches Verfahren auf eine rasche Regelung ehelicher Konflikte ausgelegt.<sup>82</sup> Aufgrund der Natur dieses Verfahrens sei es daher regelmässig nicht möglich, vorweg über ein solches Gesuch zu entscheiden.<sup>83</sup>

In späteren Entscheiden entwickelte das Zürcher Obergericht seine Praxis weiter. Zunächst hielt es zwar an der grundsätzlichen Unzulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren fest, konkretisierte jedoch eine Ausnahme für Kinderbelange, wenn sich eine sofortige vorläufige Regelung aufdrängt.<sup>84</sup> In der Folge anerkannte es, dass vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich nach den allgemeinen Voraussetzungen gem. Art. 261 ff. ZPO im Eheschutzverfahren erlassen werden können.<sup>85</sup> Schliesslich konkretisierte es weiter, dass der Anwendungsbereich vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren sehr gering sei, da das Eheschutzhauptverfahren bereits summarischer Natur ist und somit nur vorsorgliche Massnahmen in Betracht kommen würden, die noch rascher durchgeführt werden können (am ehesten superprovisorische Massnahmen mit besonderer Dringlichkeit).<sup>86</sup>

Das Thurgauer Obergericht kritisierte die frühere, enge Praxis des Zürcher Obergerichts als «blauäugig», da das Eheschutzverfahren eine nicht

---

<sup>79</sup> Urteil des OGer ZH, LE110069, vom 8. Februar 2012 E. 2.4.2.

<sup>80</sup> Ebd.

<sup>81</sup> Vgl. vorne, Ziff. 2.1.

<sup>82</sup> Urteil des OGer ZH, LE110069, vom 8. Februar 2012 E. 2.4.2.

<sup>83</sup> Ebd.

<sup>84</sup> Urteil des OGer ZH, LE120052, vom 21. September 2012 E. III.1.

<sup>85</sup> Urteil des OGer ZH, LE140004, vom 4. März 2014 E. III.2.1.

<sup>86</sup> Urteil des OGer ZH, LE160012, vom 15. November 2016 E. III.1.1; wie auch Urteil des OGer ZH, LE170002, vom 23. Mai 2017 E. A.2.1.

zu unterschätzende Zeit dauern könne und effektiver Rechtsschutz zu spät komme, wenn vorsorgliche Massnahmen ausgeschlossen seien.<sup>87</sup> Ausserdem sei es inkonsequent, Ausnahmen «contra legem» bei Kinderbelangen zuzulassen, sie hingegen in anderen Konstellationen grundsätzlich auszuschliessen.<sup>88</sup>

Insgesamt zeigt die heutige kantonale Praxis, dass der Erlass vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Auch das Zürcher Obergericht lässt inzwischen vorsorgliche Massnahmen nach den allgemeinen Voraussetzungen gem. Art. 261 ff. ZPO zu.<sup>89</sup>

### **3.5.3 Bundesgericht**

Das Bundesgericht hat die Frage der (Un-)Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren bisher offengelassen.<sup>90</sup> Es wird wohl auch in Zukunft nicht zu einer Klärung dieser Streitfrage kommen, da sich die Kognition des Bundesgerichts bei Urteilen über vorsorgliche Massnahmen gem. Art. 98 BGG auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt.<sup>91</sup> Einzig hat das Bundesgericht entschieden, dass keine der beiden Ansichten als willkürlich erscheint.<sup>92</sup> Zudem hat das Bundesgericht vorsorgliche Massnahmen für Kinderbelange ausdrücklich zugelassen.<sup>93</sup>

## **3.6 Superprovisorische Massnahmen im Eheschutzverfahren**

Da teilweise die Ansicht vertreten wird, dass im Eheschutzverfahren allein superprovisorische, nicht aber vorsorgliche Massnahmen zulässig seien, ist eine gesonderte Betrachtung erforderlich.

---

<sup>87</sup> Urteil des OGer TG, ZR.2013.38, vom 31. Juli 2013 E. 4g.

<sup>88</sup> Ebd.

<sup>89</sup> Vgl. Urteil des OGer ZH, LE140037, vom 5. Januar 2015 E. II.2; Urteil des OGer ZH, LE160038, vom 7. September 2016 E. B.5.

<sup>90</sup> Vgl. ZOGG, S. 81.

<sup>91</sup> ZOGG, S. 81 f.; Urteil des BGer 5A\_786/2021 vom 18. März 2022 E. 2; SCHMIDGALL, S. 22.

<sup>92</sup> Urteil des BGer 5A\_870/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 5.

<sup>93</sup> Urteil des BGer 5A\_694/2014 vom 24. März 2015 E. 1.1.

Unbestritten ist, dass superprovisorische Massnahmen unter den Voraussetzungen von Art. 265 ZPO im Eheschutzverfahren angeordnet werden können.<sup>94</sup> Wie vorgängig erwähnt, sind nach SIX ausschliesslich superprovisorische Massnahmen zulässig, da nur sie rascher als die Hauptsache – das heisst als die vorsorglichen Eheschutzmassnahmen selbst – angeordnet werden können.<sup>95</sup>

Diese Sichtweise wird in der Lehre deutlich kritisiert. BÄHLER hebt hervor, dass superprovisorische Massnahmen stärker in die Rechte der betroffenen Person eingreifen als vorsorgliche Massnahmen.<sup>96</sup> Es erscheint daher widersprüchlich, einschneidendere Massnahmen zuzulassen, die gleichen Anordnungen nach Anhörung der betroffenen Person hingegen auszuschliessen.<sup>97</sup> PFÄNDER BAUMANN weist zudem darauf hin, dass die für superprovisorische Massnahmen erforderliche besondere Dringlichkeit, das heisst, dass keine Zeit für eine vorgängige Anhörung der gesuchgegenerischen Partei bleibt, in der Praxis regelmässig nicht vorliegt.<sup>98</sup> Demgegenüber besteht ein erhebliches Bedürfnis nach einer vorgängigen vorläufigen Regelung mittels vorsorglicher Massnahmen, insbesondere wenn sich das Verfahren über längere Zeit erstreckt.<sup>99</sup>

### **3.7 Kritische Würdigung**

Meines Erachtens muss die Möglichkeit bestehen, dass sowohl vorsorgliche als auch superprovisorische Massnahmen im Eheschutzverfahren angeordnet werden können. Das praktische Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz ist zu gross, als dass ein solcher Weg grundsätzlich ausgeschlossen werden dürfte. Obwohl das Eheschutzverfahren grundsätzlich

---

<sup>94</sup> Vgl. BÄHLER, S. 105; DIKE Komm. ZPO-PFÄNDER BAUMANN, Art. 273, N 13; KOFMEL EHRENZELLER, S. 23; SK ZPO-LÖTSCHER/SCHENK, Art. 271, N 12e; FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 17; VETTERLI, FamPra.ch 2010, S. 792; SIX, N 1.17 ff.

<sup>95</sup> SIX, N 1.17 ff.

<sup>96</sup> BÄHLER, S. 105.

<sup>97</sup> Ebd.

<sup>98</sup> DIKE Komm. ZPO-PFÄNDER BAUMANN, Art. 273, N 14.

<sup>99</sup> DIKE Komm. ZPO-PFÄNDER BAUMANN, Art. 273, N 14; FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 16.

auf eine rasche Erledigung ausgerichtet ist, zeigt die Praxis, dass sich solche Verfahren dennoch erheblich verzögern können.<sup>100</sup> Das Bedürfnis nach einer vorsorglichen Regelung kann somit durchaus bestehen und ist entsprechend zu berücksichtigen.<sup>101</sup> Da superprovisorische Massnahmen einen stärkeren Eingriff in die Rechte der betroffenen Person darstellen, erscheint es sachgerecht, auch vorsorgliche Massnahmen zuzulassen.<sup>102</sup> Ausserdem handelt es sich bei superprovisorischen Massnahmen um vorsorgliche Massnahmen, die ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei erlassen werden<sup>103</sup>, weshalb sie konsequenterweise ebenfalls zuzulassen sind.

Die Frage der Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren stellt sich besonders deutlich im Zusammenhang mit dem Prozesskostenvorschuss, dessen Einordnung in der kantonalen Rechtsprechung umstritten ist. Um diese Problematik näher zu beleuchten, ist zunächst auf die allgemeinen Grundlagen der Prozesskosten einzugehen.

## **4 Prozesskosten**

Im Rahmen eines Zivilprozesses ist stets zu klären, wer die teilweise erheblichen Kosten zu tragen hat.<sup>104</sup> Dies ist für die beteiligten Parteien, das Gericht und letztlich auch das Gemeinwesen von zentraler Bedeutung.<sup>105</sup>

Die Prozesskosten setzen sich gem. Art. 95 ZPO aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammen.<sup>106</sup> Grundsätzlich gilt das sog. Unterliegerprinzip: Die Partei, die den Prozess verliert, trägt sämtliche Kosten (Art. 106 Abs. 1 ZPO).<sup>107</sup> Zudem kann das Gericht gem.

---

<sup>100</sup> ZOGG, S. 83.

<sup>101</sup> Vgl. DIKE Komm. ZPO-PFÄNDER BAUMANN, Art. 273, N 14; Urteil des OGer BE, ZK 13 393, vom 6. Dezember 2013 E. II.1 m.w.H.

<sup>102</sup> Gl.M. BÄHLER, S. 105.

<sup>103</sup> CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 265, N 3.

<sup>104</sup> Vgl. STAEHELIN D., Zivilprozessrecht, § 16, N 1.

<sup>105</sup> ZOTSANG, S. 1.

<sup>106</sup> Vgl. ZOTSANG, S. 5 ff. m.w.H.; wie auch STAEHELIN D., Zivilprozessrecht, § 16, N 1 ff.

<sup>107</sup> BGE 145 III 153 E. 3.2.2; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, N 1416; Botschaft ZPO 2006, S. 7296; vgl. CR CPC-TAPPY, Art. 106, N 12 ff. m.w.H.

Art. 98 ZPO von der klagenden bzw. gesuchstellenden Person einen Vorschuss der Hälfte (lit. a) bzw. der gesamten (lit. b) mutmasslichen Gerichtskosten verlangen.<sup>108</sup> Für die antragstellende Partei bedeutet dies, dass ihr Interesse an der Durchsetzung ihrer Rechte stets im Spannungsverhältnis zum Risiko der Kostentragung steht.<sup>109</sup>

Damit der Zugang zum Gericht nicht durch übermässige Kosten faktisch verunmöglicht wird, ist das Gebot der erschwinglichen Rechtspflege zu beachten.<sup>110</sup> Art. 29a BV garantiert im Rahmen der Rechtsweggarantie jeder Person den Anspruch auf richterliche Beurteilung einer Rechtsstreitigkeit.<sup>111</sup> Zur Umsetzung dieser Ansprüche sieht die ZPO Entlastungsmechanismen vor, wie beispielsweise die kostenlosen Verfahren gem. Art. 113 f. ZPO, die Kostenverteilung nach Ermessen gem. Art. 107 Abs. 1 ZPO sowie die unentgeltliche Rechtspflege gem. Art. 117 ff. ZPO.<sup>112</sup>

#### **4.1 Im Eheschutzverfahren**

In der Praxis werden bei erstinstanzlichen familienrechtlichen Verfahren gem. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO die Gerichtskosten regelmässig halbiert und die Parteikosten gegenseitig erlassen – dies unabhängig vom Ausgang des Verfahrens.<sup>113</sup> Damit wird den Besonderheiten der familienrechtlichen Verfahren Rechnung getragen und bewusst vom Grundsatz des Unterliegerprinzips abgewichen.<sup>114</sup> Gleichwohl hat die gesuchstellende Person die hälftigen Gerichtskosten zunächst vorzuschiessen und

---

<sup>108</sup> BSK ZPO-HOFMANN/BAECKERT, Art. 98, N 1.

<sup>109</sup> Vgl. BAUMGARTNER et al., Kap. 8, N 5.

<sup>110</sup> BAUMGARTNER et al., Kap. 8, N 8.

<sup>111</sup> STAEHELIN A., Zivilprozessrecht, § 1, N 8 m.w.H.

<sup>112</sup> BAUMGARTNER et al., Kap. 8, N 11 ff.; vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.53 ff. mit weiteren Beispielen; wie auch Botschaft ZPO 2006, S. 7299 ff.

<sup>113</sup> Urteil des OGer AG, ZSU.2022.195, vom 22. Dezember 2022 E. 3.3 und 4.2; VETTERLI, FamPra.ch 2010, S. 794; SIX, N 1.68.

<sup>114</sup> Ebd.

muss in der Lage sein, die damit verbundenen finanziellen Belastungen zumindest vorübergehend zu tragen.<sup>115</sup>

Welche Möglichkeiten der Prozessfinanzierung im Eheschutzverfahren in Betracht kommen, hängt von der finanziellen Leistungsfähigkeit der beteiligten Parteien ab. Verfügt die gesuchstellende Person über eigene Mittel, so hat sie die Kosten selbst zu tragen.<sup>116</sup> Reichen diese nicht aus, kommt ein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss bzw. Prozesskostenbeitrag gegenüber dem Ehegatten in Betracht.<sup>117</sup> Sind schliesslich auch diese Mittel nicht vorhanden oder sind sie nicht erhältlich, bleibt als letzter Weg das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.<sup>118</sup> Im Folgenden werden die drei genannten Finanzierungsmöglichkeiten näher erläutert.

## **4.2 Grundsatz der Selbstfinanzierung**

Wer über ausreichend finanzielle Mittel verfügt, um den Zugang zum Gericht zu gewährleisten und seine Rechte wahrzunehmen, hat die Prozesskosten selbst zu tragen.<sup>119</sup> Dies gilt auch in familienrechtlichen Streitigkeiten, auch wenn die betroffene Person über weniger Mittel verfügt als der verfahrensbeteiligte Ehegatte.<sup>120</sup> An diesem Grundsatz ändert sich auch nichts, wenn die vorhandenen Mittel nur knapp zur Finanzierung des Verfahrens ausreichen.<sup>121</sup> Wie vorgängig erwähnt, ist zu berücksichtigen, dass in erstinstanzlichen familienrechtlichen Verfahren regelmässig vom Unterliegerprinzip abgewichen wird und die Prozesskosten letztlich nicht vollständig von einer Partei allein zu tragen sind.<sup>122</sup>

---

<sup>115</sup> Vgl. SK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 98, N 7.

<sup>116</sup> MAIER, FamPra.ch 2019, S. 820 m.w.H.

<sup>117</sup> FOUNTOULAKIS/WÉRY, S. 250.

<sup>118</sup> Urteil des BGer 5P\_441/2005 vom 9. Februar 2006 E. 1.2.

<sup>119</sup> FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 17a; MAIER, FamPra.ch 2019, S. 820.

<sup>120</sup> MAIER, FamPra.ch 2019, S. 820.

<sup>121</sup> MAIER, FamPra.ch 2019, S. 820 ff. m.w.H.; vgl. auch BGE 144 III 531 E. 4.1.

<sup>122</sup> Vgl. vorne, Ziff. 4.1.

## 4.3 Prozesskostenvorschuss

Kann die gesuchstellende Person im Eheschutzverfahren nicht selbst für die Prozessfinanzierung aufkommen, kommt das Institut des Prozesskostenvorschusses (sog. *provisio ad litem*) zur Anwendung.<sup>123</sup> Dabei richtet sich der Anspruch gegen den verfahrensbeteiligten Ehegatten, welcher bei gegebenen Voraussetzungen für die Prozesskosten der gesuchstellenden Person aufzukommen hat.<sup>124</sup> Damit wird sichergestellt, dass der Zugang zum Gericht nicht durch finanzielle Gründe verhindert wird.<sup>125</sup> Ein Gesuch um Prozesskostenvorschuss kann jederzeit im laufenden Verfahren gestellt werden, ist grundsätzlich jedoch nicht rückwirkend bewilligungsfähig.<sup>126</sup> Mit der Gesuchseinreichung wird die Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses aufgeschoben.<sup>127</sup> Im Falle der Gutheissung kann der Prozesskostenvorschuss später rückerstattungspflichtig werden.<sup>128</sup>

### 4.3.1 Rechtsgrundlage

In der Lehre und Rechtsprechung ungeklärt ist, ob sich der Anspruch auf Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehegatten aus der Beistandspflicht gem. Art. 159 Abs. 3 ZGB oder aus der Unterhaltspflicht gem. Art. 163 ZGB ergibt.<sup>129</sup> Im alten Eherecht hat sich die Pflicht zur finanziellen Unterstützung bei der Durchsetzung der Rechte des Ehepartners ausschliesslich aus der Beistandspflicht ergeben; dies aufgrund der geschlechterspezifischen Regelung der Unterhaltspflicht.<sup>130</sup> Die

---

<sup>123</sup> FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 17d ff.; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, Art. 271, N 5b ff.; BÄHLER, S. 108 f.; MAIER, FamPra.ch 2019, S. 831 ff.

<sup>124</sup> MAIER, FamPra.ch 2019, S. 831 f.

<sup>125</sup> FOUNTOULAKIS/WÉRY, S. 249.

<sup>126</sup> Vgl. analog zur unentgeltlichen Rechtspflege Art. 119 Abs. 4 ZPO e contrario; vgl. WUFFLI, N 614 ff. zu den möglichen Ausnahmen.

<sup>127</sup> BGE 138 III 672 E. 4.2.1.

<sup>128</sup> Vgl. hinten, Ziff. 4.3.5 m.w.H.

<sup>129</sup> GEISER, N 5.9.

<sup>130</sup> BK ZGB-HAUSHEER, Art. 159, N 38; vgl. Wortlaut von Art. 160 f. aZGB in BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Vorb. Art. 159–179, N 6.

Formulierung im heute geltenden Recht ist geschlechtsneutral, womit diese Argumentationsgrundlage keine Gültigkeit mehr hat.<sup>131</sup>

### **A Beistandspflicht gem. Art. 159 Abs. 3 ZGB**

Art. 159 Abs. 3 ZGB verpflichtet die Ehegatten zu gegenseitigem Beistand, wonach sie einander zu unterstützen haben, wenn einem Ehegatten die erforderlichen Mittel fehlen, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen.<sup>132</sup> Sie umfasst sowohl materielle wie auch immaterielle Leistungen.<sup>133</sup> Als Auffangnorm zur Unterhaltspflicht gem. Art. 163 ZGB greift sie dort ein, wo eine materielle Leistung über den Unterhalt hinausgeht oder anderer Natur ist.<sup>134</sup>

### **B Unterhaltspflicht gem. Art. 163 ZGB**

Sinn und Zweck der Unterhaltspflicht ist, dass Ehegatten gemeinsam für den gebührenden Unterhalt, das heisst den gesamten Lebensbedarf der Familie, sorgen.<sup>135</sup> Der Anspruch auf Unterhalt gegenüber dem Ehegatten stützt sich während der Ehe wie auch während des Getrenntlebens auf Art. 163 ZGB.<sup>136</sup> Der gebührende Unterhalt bemisst sich am konkreten Lebensstandard der Familie und richtet sich nach deren vorhandenen Mitteln und Bedürfnissen.<sup>137</sup> Die Unterhaltspflicht kann im Unterschied zur Beistandspflicht auch nach der Scheidung fortbestehen.<sup>138</sup>

### **C Rechtsprechung und Lehrmeinungen**

Das Bundesgericht lässt offen, ob sich der Anspruch auf Prozesskostenvorschuss aus der Beistands- oder Unterhaltspflicht herleitet.<sup>139</sup> Anerkannt ist bislang lediglich, dass die Pflicht zur Leistung eines

---

<sup>131</sup> BK ZGB-HAUSHEER, Art. 159, N 38.

<sup>132</sup> BK ZGB-HAUSHEER, Art. 159, N 26.

<sup>133</sup> BSK ZGB I-MAIER/SCHWANDER, Art. 159, N 12 mit Beispielen; wie auch ZK ZGB-BRÄM, Art. 159, N 109 ff.

<sup>134</sup> OFK ZGB-SCHMID, Art. 159, N 5.

<sup>135</sup> CHK ZGB-SCHLUMPF/FRAEFEL, Art. 163, N 2 ff.

<sup>136</sup> BGE 137 III 385 E. 3.1; GUILLOD/BURGAT, N 804.

<sup>137</sup> KUKO ZGB-FANKHAUSER, Art. 163, N 4.

<sup>138</sup> CP CC-BURGAT, Art. 159, N 15.

<sup>139</sup> Vgl. Urteil des BGer 5P\_346/2005 vom 15. November 2005 E. 4.3; BGE 142 III 36 E. 2.3; BGE 146 III 203 E. 6.3.



Prozesskostenvorschusses im Kindesrecht als Teilgehalt der Unterhaltspflicht qualifiziert wird.<sup>140</sup>

Das Zürcher Obergericht geht nach konstanter Rechtsprechung davon aus, dass sich der Anspruch auf Prozesskostenvorschuss aus der Beistandspflicht gem. Art. 159 Abs. 3 ZGB ergibt.<sup>141</sup> In der Lehre wird dieser Ansicht teilweise zugestimmt. Zur Begründung wird vorgebracht, dass die Rückerstattungspflicht beim Prozesskostenvorschuss dem Zweck des Unterhaltsanspruchs gem. Art. 163 ZGB widerspricht, da dieser auf die Deckung der Lebensunterhaltskosten (Verbrauch) ausgerichtet ist; die Möglichkeit der Rückerstattung weist darauf hin, dass kein endgültiger Verbrauch vorliegt und der Betrag nur vorläufig geschuldet ist.<sup>142</sup>

Demgegenüber vertritt die herrschende Lehre die Meinung, der Prozesskostenvorschuss gründe in der Unterhaltspflicht.<sup>143</sup> Es bestehe ein Anspruch gem. Art. 163 ZGB, «soweit sich der Rechtsstreit auf eine Frage bezieht, welche die eheliche Gemeinschaft oder die Person eines Ehegatten betrifft, und die Kosten des Rechtsstreites verglichen mit der allgemeinen Lebenshaltung der Ehegatten angemessen erscheinen, ...».<sup>144</sup> Zudem wird auf die im Kindesrecht bereits anerkannte Zuordnung zur Unterhaltspflicht verwiesen, die im ehelichen Verhältnis konsequenterweise gleich zu behandeln sei.<sup>145</sup>

Schliesslich wird teilweise in der Lehre und Rechtsprechung gar nicht zwischen den beiden Rechtsgrundlagen differenziert. Es wird schlicht

---

<sup>140</sup> Urteil des BGer 5A\_442/2016 vom 7. Februar 2017 E. 7.2; vgl. auch HAUSHEER/SPYCHER/BÄHLER, Unterhaltsrecht, Kap. 6, N 26; BSK ZGB I-FOUNTOULAKIS, Art. 276, N 22 m.w.H.

<sup>141</sup> Urteil des OGer ZH, LY170014, vom 17. Oktober 2017 E. III/1.1; Urteil des OGer ZH, LY140041, vom 5. Februar 2015 E. IV/c; Urteil des OGer ZH, LE120025, vom 12. Juni 2012 E. IV/2.

<sup>142</sup> ZK ZGB-BRÄM, Art. 159, N 135; gl.M. HINDERLING/STECK, S. 540 f.; wie auch FREI, S. 57 f.; WEINGART, S. 679 m.w.H.; wie auch DA RUGNA, S. 119 f.

<sup>143</sup> Z.B. BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 163, N 17; BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 163, N 15; FOUNTOLAKIS/WÉRY, S. 253; CP CC-BURGAT, Art. 159, N 15; KUKO ZGB-FANKHAUSER, Art. 163, N 5; OFK ZGB-SCHMID, Art. 163, N 4.

<sup>144</sup> BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 159, N 38; gl.M. GUILLIOD/BURGAT, N 437.

<sup>145</sup> MARTI, S. 974; FOUNTOLAKIS/WÉRY, S. 253.

davon ausgegangen, dass der Anspruch unabhängig davon besteht, auf welche der beiden Normen er gestützt wird.<sup>146</sup> Die Kontroverse erweist sich folglich in der Praxis als weitgehend bedeutungslos, weshalb regelmässig nicht näher darauf einzugehen ist.<sup>147</sup>

## **D Kritische Würdigung**

Meines Erachtens ergibt sich der Anspruch auf Prozesskostenvorschuss im Eheschutzverfahren aus der Unterhaltspflicht gem. Art. 163 ZGB. Dies entspricht der im Kindesrecht anerkannten Grundlage. Es wäre nicht konsequent, im ehelichen Verhältnis auf eine andere Rechtsgrundlage abzustellen, da der Zweck derselbe bleibt, und zwar die Sicherstellung der finanziellen Mittel zur Wahrung der eigenen Rechte.<sup>148</sup> Ausserdem ist zu beachten, dass Art. 163 ZGB die Grundnorm von Art. 159 ZGB konkretisiert.<sup>149</sup> GEISER führt somit schlüssig aus, dass auf die Beistandspflicht erst dann zurückzugreifen ist, wenn der Anspruch nicht gestützt auf die Unterhaltspflicht erfüllt werden kann.<sup>150</sup> Da es sich beim Eheschutzverfahren um eine Angelegenheit der ehelichen Gemeinschaft handelt, bleibt nach ISENRING/KESSLER die Unterhaltspflicht die primäre Rechtsgrundlage des Prozesskostenvorschusses.<sup>151</sup> Dieser Einschätzung schliesse ich mich an. Dem Argument, der Prozesskostenvorschuss könne nicht auf die Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB gestützt werden, da Unterhaltsleistungen auf den Verbrauch ausgerichtet sind und die Rückerstattung diesem Charakter widerspreche<sup>152</sup>, kann Folgendes entgegengehalten werden. Gem. Art. 165 Abs. 2 ZGB wird ausdrücklich vorgesehen, dass zu viel geleisteter Unterhalt zurückzuerstatten ist.<sup>153</sup> Damit zeigt sich, dass die

---

<sup>146</sup> Z.B. JUNKER/BLUMENFELD/GLOOR, N 13; BÜHLER, S. 143; Urteil des KGer SZ, ZK2 2012 55, vom 27. November 2012 E. 4a; Urteil des OGer AG, ZSU.2022.195, vom 22. Dezember 2022 E. 4.1.

<sup>147</sup> BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 163, N 17; Urteil des BGer 5A\_448/2009 vom 25. Mai 2010 E. 8.1.

<sup>148</sup> Vgl. Botschaft ZGB, S. 1250.

<sup>149</sup> Vgl. BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 163, N 1.

<sup>150</sup> GEISER, N 5.9.

<sup>151</sup> BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 163, N 17.

<sup>152</sup> Vgl. vorne, Ziff. 4.3.1C.

<sup>153</sup> BK ZGB-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 159, N 38a; gl.M. MARTI, S. 974 f.

Möglichkeit der Rückerstattung die Unterhaltspflicht als Rechtsgrundlage nicht ausschliesst und dieses Argument nicht zu überzeugen vermag.

#### **4.3.2 Voraussetzungen**

Grundsätzlich ist der Prozesskostenvorschuss unter den gleichen Voraussetzungen wie die unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 117–119 ZPO zu gewähren.<sup>154</sup> Nach analoger Anwendung von Art. 117 ZPO wird vorausgesetzt, dass die gesuchstellende Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b).<sup>155</sup> Eine Person gilt als mittellos, wenn sie nicht über genügend Mittel verfügt, um die Prozesskosten zu tragen, ohne dabei auf Gelder zurückzugreifen, die sie zur Deckung des eigenen und des familiären Grundbedarfs benötigt.<sup>156</sup> Zudem muss die verpflichtete Gegenpartei finanziell in der Lage sein, sowohl ihre eigenen Prozesskosten als auch jene der mittellosen Partei zu tragen – wiederum unter dem Vorbehalt, dass ihr eigener und der familiäre Grundbedarf nicht beeinträchtigt wird.<sup>157</sup>

#### **4.3.3 Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme**

Im Scheidungsverfahren ist die Qualifikation des Prozesskostenvorschusses als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 261 ff. ZPO weitgehend unbestritten.<sup>158</sup> Dort sieht Art. 276 ZPO ausdrücklich vorsorgliche Massnahmen vor, sodass der Prozesskostenvorschuss ohne Weiteres als solche verstanden und gestützt auf diese Norm beantragt werden kann.<sup>159</sup> Zudem besteht im Scheidungsverfahren kein Numerus clausus der zulässigen vorsorglichen Massnahmen.<sup>160</sup> Aufgrund dieser klaren gesetzlichen

---

<sup>154</sup> MAIER, FamPra.ch 2019, S. 832.

<sup>155</sup> WEINGART, S. 682 ff. m.w.H.

<sup>156</sup> BGE 128 I 225 E. 2.5.1; BGE 127 I 202 E. 3b; vgl. FOUNTOLAKIS/WÉRY, S. 250 m.w.H.

<sup>157</sup> Urteil des BGer 5D\_30/2013 vom 15. April 2013 E. 2.1; vgl. MAIER, FamPra.ch 2019, S. 845 m.w.H.

<sup>158</sup> A.M. MARTI, S. 973.

<sup>159</sup> Urteil des BGer 5A\_435/2023 vom 21. November 2024 E. 5; Urteil des OGer ZH, RE130016, vom 17. September 2013 E. II/3.c; CR CPC-TAPPY, Art. 276, N 40.

<sup>160</sup> Botschaft ZPO 2006, S. 7360; vgl. vorne, Ziff. 2.1 im Unterschied zum Eheschutzverfahren.

Grundlage ergeben sich im Scheidungsverfahren keine Probleme hinsichtlich der Zulässigkeit eines Prozesskostenvorschusses.

Die Diskussion stellt sich erst im Eheschutzverfahren. Anders als im Scheidungsverfahren enthält die ZPO keine ausdrückliche Regelung zu vorsorglichen Massnahmen im Rahmen des Eheschutzes.<sup>161</sup> Damit rückt die Frage in den Fokus, ob der Prozesskostenvorschuss im Eheschutzverfahren überhaupt als vorsorgliche Massnahme erlassen werden kann.<sup>162</sup> Diese Qualifikation ist in der Lehre und Rechtsprechung umstritten, weshalb nachfolgend die unterschiedlichen Ansichten näher dargestellt und diskutiert werden.

## **A Lehrmeinungen**

In der herrschenden Lehre wird die Auffassung vertreten, dass der Prozesskostenvorschuss eine im Eheschutzverfahren zulässige vorsorgliche Massnahme darstellt.<sup>163</sup> Es handelt sich dabei um eine vorläufige Geldzahlung und wie der Name schon sagt um einen «Vorschuss» im eigentlichen Sinne.<sup>164</sup> Der Prozesskostenvorschuss dient der Durchsetzung des Hauptsachenanspruchs und trägt damit den Charakter einer vorsorglichen Massnahme.<sup>165</sup> Schliesslich ist der Prozesskostenvorschuss rückerstattungsfähig, womit ihm etwas Vorsorgliches anhaftet.<sup>166</sup> Gem. WEINGART ist der Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme zu qualifizieren und sei in einem separaten Verfahren – in Analogie zur Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege – mit eigener Verfahrensnummer zu behandeln.<sup>167</sup>

Es gibt auch Lehrmeinungen, die dieser Einordnung nicht zustimmen. MARTI qualifiziert den Prozesskostenvorschuss als einen ausserordentlichen Unterhaltsbeitrag, da sich der Anspruch aus der Unterhaltspflicht

---

<sup>161</sup> Vgl. Art. 271 ff. ZPO.

<sup>162</sup> Vgl. zur Diskussion auch vorne, Ziff. 3.5.

<sup>163</sup> Vgl. WEINGART, S. 681; MAIER, FamPra.ch 2019, S. 847; VON AARBURG, N 625.

<sup>164</sup> WEINGART, S. 680.

<sup>165</sup> VON AARBURG, N 625.

<sup>166</sup> WEINGART, S. 680; MARTI, S. 973.

<sup>167</sup> WEINGART, S. 681.

gem. Art. 163 ZGB ergebe.<sup>168</sup> Der vorläufige Charakter des Prozesskostenvorschusses begründe sich aus dem materiellen Recht und nicht aus dem Prozessrecht, es könne deshalb nicht von einer vorsorglichen Massnahme i.S.v. Art. 261 ff. ZPO ausgegangen werden.<sup>169</sup>

## **B Kantonale Praxis**

Die kantonale Rechtsprechung geht mehrheitlich davon aus, dass über den Prozesskostenvorschuss im Eheschutzverfahren als vorsorgliche Massnahme entschieden werden könne.<sup>170</sup> Da es sich beim Eheschutzverfahren um ein summarisches und damit ohnehin schnelles Verfahren handelt, wird aber häufig erst im Endentscheid, bei Kenntnis aller relevanten finanziellen Umstände, über den Prozesskostenvorschuss entschieden.<sup>171</sup>

Im Gegensatz zur Mehrheitsmeinung geht das Zürcher Obergericht nach konstanter Praxis davon aus, dass der Prozesskostenvorschuss im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage ausgeschlossen sei.<sup>172</sup> Gem. Art. 262 lit. e ZPO kann über eine Geldzahlung als vorsorgliche Massnahme nur dann verfügt werden, wenn diese im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist.<sup>173</sup> Das Zürcher Obergericht geht davon aus, dass die ZPO die möglichen Fälle zur Leistung einer Geldzahlung abschliessend aufzähle und somit kein Raum für eine analoge Gesetzesanwendung bleibe.<sup>174</sup> Der Bundesrat habe bei der Ausarbeitung der Norm ausdrücklich von einer allgemeinen Formulierung zur Zulässigkeit vorsorglicher

---

<sup>168</sup> MARTI, S. 974 f.

<sup>169</sup> MARTI, S. 973 f.

<sup>170</sup> Vgl. Urteil des KGer SZ, ZK2 2012 55, vom 27. November 2012 E. 4a; Urteil des KGer LU, 3B 23 25, vom 14. März 2024 E. 7.1.2; Urteil des KGer BL, 400 20 293, vom 25. März 2021 E. 7; vgl. auch VON AARBURG, N 626.

<sup>171</sup> Urteil des KGer LU, 3B 23 25, vom 14. März 2024 E. 7.1.2; VON AARBURG, N 627; BÄHLER, S. 109.

<sup>172</sup> Urteil des OGer ZH, LE110069, vom 8. Februar 2012 E. 2.4.2; Urteil des OGer ZH, RE130016, vom 17. September 2013 E. II/3.c; Urteil des OGer ZH, LE170012, vom 26. Juni 2017 E. 4.4; Urteil des OGer ZH, RE230014, vom 12. Dezember 2023 E. 3.7.

<sup>173</sup> Vgl. BK ZPO II-GÜNGERICH, Art. 262, N 42 f. m.w.H.

<sup>174</sup> Urteil des OGer ZH, LE110069, vom 8. Februar 2012 E. 2.4.2.

Geldzahlungen abgesehen.<sup>175</sup> Dies im Unterschied zum Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) und zur Unterhaltsklage (Art. 303 ZPO), wobei ausdrücklich vorsorgliche Massnahmen vorgesehen sind.<sup>176</sup> Es liege ein qualifiziertes Schweigen vor, womit keine richterliche Lückenfüllung zur Zusprechung vorsorglicher Geldzahlungen möglich sei, auch wenn ein praktisches Bedürfnis hierfür bestehe.<sup>177</sup>

Das Kantonsgericht St. Gallen hat sich in jüngster Praxis dieser Argumentation des Zürcher Obergerichts angeschlossen und ebenfalls die Zulässigkeit eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren verneint.<sup>178</sup> Das Gericht setzte sich nicht näher mit der Argumentation auseinander, wodurch nicht ersichtlich ist, aus welchen Gründen diese Praxisänderung vorgenommen wurde.<sup>179</sup>

## **C Bundesgericht**

Das Bundesgericht hat sich in seiner Rechtsprechung uneinheitlich geäussert: In einem Entscheid hielt es fest, dass es sich beim Prozesskostenvorschuss im Eheschutzverfahren «nicht um eine vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 261 ff. bzw. Art. 276 ZPO oder Art. 104 BGG [handelt], sondern um einen materiellrechtlichen Anspruch, der in der familienrechtlichen Unterstützungspflicht gründet».<sup>180</sup> In einem späteren Entscheid führte es aus: «Entscheide betreffend die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren sind vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.»<sup>181</sup> Damit bleibt auch durch das

---

<sup>175</sup> Vgl. Botschaft ZPO 2006, S. 7355: «Zulässig ist auch die Anordnung vorsorglicher Geldzahlungen an die gesuchstellende Partei, dies jedoch nicht allgemein, sondern nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen.»; vgl. dazu den ursprünglichen Wortlaut in Art. 276 lit. d VE-ZPO: «Die vorsorgliche Massnahme kann sein: jede andere gerichtliche Anordnung, die geeignet ist, die drohende Gefahr abzuwenden».

<sup>176</sup> Urteil des OGer ZH, LE230032, vom 6. Oktober 2023 E. II/1.

<sup>177</sup> Vgl. Urteil des OGer ZH, LE230032, vom 6. Oktober 2023 E. II/1 bzgl. vorsorglicher Unterhaltsbeiträge.

<sup>178</sup> Urteil des KGer SG, ZV.2024.18, vom 6. März 2024; vgl. zur früheren Praxis das Urteil des KGer SG, FS.2012.10, vom 15. Mai 2012 E. 2.

<sup>179</sup> MARTI, S. 972 m.w.H.

<sup>180</sup> Urteil des BGer 5A\_239/2017 vom 14. September 2017 E. 3.2.

<sup>181</sup> Urteil des BGer 5A\_648/2017 vom 22. Januar 2018 E. 1.2 mit Verweis auf Urteil des BGer 5A\_94/2017 vom 3. Februar 2017 E. 2.

Bundesgericht ungeklärt, ob der Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 261 ff. ZPO zu qualifizieren ist oder nicht.

## **D Kritische Würdigung**

Der Bundesrat weist in der Botschaft zur ZPO zutreffend darauf hin, dass die generelle Zulässigkeit vorsorglicher Geldleistungen problematisch sein kann, da die verpflichtete Partei Gefahr läuft, einen ihr im Nachhinein zustehenden Betrag nicht erfolgreich zurückfordern zu können (ungerechtfertigtes Inkassorisiko).<sup>182</sup> Gleichwohl verwendet Art. 262 ZPO den Begriff «insbesondere», was ausdrücklich darauf hinweist, dass die Aufzählung der vorsorglichen Massnahmen nicht abschliessend ist.<sup>183</sup> Damit bleibt Raum, auch andere vorsorgliche Geldleistungen – wie einen Prozesskostenvorschuss – zuzulassen, sofern sie dem Zweck der Norm entsprechen.

Der Prozesskostenvorschuss gewährleistet, dass der mittellosen Partei der Rechtsweg offensteht und erfüllt damit den Zweck einer vorsorglichen Massnahme.<sup>184</sup> Zudem wird dem praktischen Bedürfnis nach einer zeitnahen Klärung der Prozesskostentragung entsprochen, wenn darüber auch im Eheschutzverfahren im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme entschieden wird.<sup>185</sup>

Vor diesem Hintergrund ist der Prozesskostenvorschuss meines Erachtens als vorsorgliche Massnahme zu qualifizieren, damit er im Eheschutzverfahren – gleich wie im Scheidungsverfahren – geltend gemacht werden kann.

### **4.3.4 Zeitpunkt des Entscheides**

Das Eheschutzverfahren wird im summarischen Verfahren geführt und zeichnet sich grundsätzlich durch eine rasche Durchführung aus.<sup>186</sup> In der

---

<sup>182</sup> Botschaft ZPO 2006, S. 7355.

<sup>183</sup> KOFMEL EHRENZELLER, S. 33.

<sup>184</sup> Vgl. vorne, Ziff. 3.

<sup>185</sup> Vgl. hinten, Ziff. 4.4.2 m.w.H.

<sup>186</sup> Vgl. VETTERLI, FamPra.ch 2010, S. 787.

Praxis wird über ein Gesuch um Prozesskostenvorschuss deshalb regelmässig erst im Rahmen der Kostenregelung im Endentscheid befunden.<sup>187</sup> Eine sofortige Entscheidung ist gem. Bundesgericht dann erforderlich, wenn weitere prozessuale Schritte der Rechtsvertretung notwendig werden und dadurch zusätzliche Kosten entstehen.<sup>188</sup> In solchen Fällen dient ein frühzeitiger Entscheid der finanziellen Klarheit sowohl für die Partei als auch für ihre Rechtsvertretung.<sup>189</sup> Da sich Eheschutzverfahren trotz ihres summarischen Charakters über längere Zeit hinziehen können, kann ein legitimes Interesse an der vorgängigen Entscheidung über die Kostentragung vorliegen.<sup>190</sup>

#### **4.3.5 Rückerstattungspflicht**

Allgemein anerkannt wird, dass der Prozesskostenvorschuss zurückzuerstatten ist, wenn der begünstigte Ehegatte Kosten zu übernehmen hat und in der Lage ist, diese zu retournieren.<sup>191</sup> Je nach verfahrensrechtlicher Einordnung des Prozesskostenvorschusses wird diese Pflicht unterschiedlich begründet.

Handelt es sich beim Prozesskostenvorschuss um eine vorsorgliche Massnahme, begründet sich die Rückerstattungspflicht folgendermassen: Grundsätzlich ist eine vorsorglich geleistete Massnahme nicht zurückzuerstatten.<sup>192</sup> Da es sich beim Prozesskostenvorschuss indessen um einen «Vorschuss» handelt und somit eine Rückerstattung impliziert ist, kann vom Grundsatz abgewichen und der begünstigte Ehegatte zur Rückerstattung verpflichtet werden.<sup>193</sup> Das Bundesgericht bezeichnet den Prozesskostenvorschuss als eine vorläufige Leistung, die «im

---

<sup>187</sup> JUNKER/BLUMENFELD/GLOOR, N 15; vgl. Urteil des BGer 1P\_345/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 4.3 bzgl. unentgeltlicher Rechtspflege.

<sup>188</sup> FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 17 f.; Urteil des BGer 1P\_345/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 4.3.

<sup>189</sup> Urteil des BGer 4A\_20/2011 vom 11. April 2011 E. 7.2.2; BK ZPO I-BÜHLER, Art. 117, N 257.

<sup>190</sup> Vgl. WUFFLI/FUHRER, N 415 und 929 bzgl. unentgeltlicher Rechtspflege.

<sup>191</sup> FOUNTOLAKIS/WÉRY, S. 252 m.w.H.

<sup>192</sup> BSK ZPO-SPRECHER, Art. 268, N 32a; OFK ZPO-ROHNER/WIGET, Art. 268, N 4.

<sup>193</sup> WEINGART, S. 680.



Familienrechtsprozess die Waffengleichheit zwischen den Parteien» garantieren soll.<sup>194</sup> Der verpflichtete Ehegatte kann demnach das Geleistete nachträglich zurückfordern oder verrechnen, was im Rahmen der Liquidation der Prozesskosten (Art. 111 f. ZPO) und nicht bereits bei der Verteilung (Art. 106 ff. ZPO) zu berücksichtigen ist.<sup>195</sup>

Wenn davon ausgegangen wird, dass es sich beim Prozesskostenvorschuss nicht um eine vorsorgliche Massnahme, sondern um einen ausserordentlichen Unterhaltsbeitrag handelt<sup>196</sup>, wurzelt die Rückerstattungspflicht im materiellen Recht.<sup>197</sup> Dem Ehegatten steht es nach der Leistung des Prozesskostenvorschusses zu, gem. Art. 120 ff. OR die Verrechnung zu erklären, was nicht automatisch im Kostenentscheid erfolgen kann.<sup>198</sup>

#### **4.4 Prozesskostenbeitrag**

Vom Prozesskostenvorschuss zu unterscheiden ist der Prozesskostenbeitrag, der gestützt auf die eheliche Beistandspflicht im Endentscheid des Eheschutzverfahrens zugesprochen werden kann.<sup>199</sup> Es handelt sich dabei nicht um eine vorsorgliche Massnahme, sondern um eine definitive Verpflichtung des leistungsfähigen Ehegatten, die Prozesskosten der mittellosen Partei zu übernehmen.<sup>200</sup> Eine allfällige Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche kann im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung im anschliessenden Scheidungsverfahren erfolgen.<sup>201</sup>

##### **4.4.1 Praxis des Zürcher Obergerichts**

Wie bereits dargelegt, besteht aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlage gem. dem Zürcher Obergericht keine Möglichkeit, einen Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme im Eheschutzverfahren geltend

---

<sup>194</sup> BGE 146 III 203 E. 6.4.

<sup>195</sup> BGE 146 III 203 E. 6.3.

<sup>196</sup> Vgl. vorne, Ziff. 4.3.3A.

<sup>197</sup> MARTI, S. 974.

<sup>198</sup> Ebd.

<sup>199</sup> WEINGART, S. 681; FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 17d ff.

<sup>200</sup> Urteil des OGer ZH, RE130016, vom 17. September 2013 E. II/3.c.

<sup>201</sup> WEINGART, S. 681.

zu machen.<sup>202</sup> Da das Zürcher Obergericht erkannt hat, dass dennoch eine Möglichkeit bestehen muss, den verfahrensbeteiligten Ehegatten im Eheschutzverfahren zur Übernahme der Prozesskosten zu verpflichten, sieht es den sog. Prozesskostenbeitrag im Endentscheid als Alternative vor.<sup>203</sup> Wie vorgängig erwähnt, handelt es sich dabei nicht um eine vorsorgliche Massnahme, sondern ergibt sich aus der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB.<sup>204</sup> Dieser stellt einen materiell-rechtlichen Anspruch dar, über den grundsätzlich im Endentscheid befunden wird.<sup>205</sup>

Das Zürcher Obergericht geht im Zweifelsfall beim Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses von einem Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Endentscheid aus.<sup>206</sup> Eine solche Umdeutung erfolgt indessen nur, wenn die gesuchstellende Partei nicht anwaltlich vertreten ist und die unzutreffende Formulierung somit nicht von einer Rechtsvertretung stammt.<sup>207</sup> Die gesuchstellende Partei kann zusätzlich ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für die Dauer des Eheschutzverfahrens stellen.<sup>208</sup> Sind die Voraussetzungen gem. Art. 117 ff. ZPO erfüllt, so «ist die unentgeltliche Rechtspflege [...] zu bewilligen und bei Bewilligung des Antrags auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Endentscheid sodann rückwirkend (d.h. mit Wirkung ex tunc) wieder zu widerrufen».<sup>209</sup>

Damit die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden kann, muss die gesuchstellende Partei mittellos sein.<sup>210</sup> Da gem. Bundesgericht die unentgeltliche Rechtspflege subsidiär zum Prozesskostenvorschuss ist, gilt

---

<sup>202</sup> Vgl. vorne, Ziff. 4.3.3B.

<sup>203</sup> Urteil des OGer ZH, RE130016, vom 17. September 2013 E. II/3b f.

<sup>204</sup> Ebd.

<sup>205</sup> Urteil des OGer ZH, RE230014, vom 12. Dezember 2023 E. 3.7.

<sup>206</sup> Urteil des OGer ZH, LY210028, vom 18. Mai 2022 E. III/3.2; Urteil des OGer ZH, LY190028, vom 25. November 2019 E. IV/2.2; Urteil des OGer ZH, RE130016, vom 17. September 2013 E. II/3d.

<sup>207</sup> MAIER, FamPra.ch 2014, S. 638.

<sup>208</sup> Urteil des OGer ZH, LE170012, vom 26. Juni 2017 E. 6.2.

<sup>209</sup> Urteil des OGer ZH, LE170012, vom 26. Juni 2017 E. 6.2; Urteil des OGer ZH, LE130048, vom 21. Oktober 2013 E. 5 m.a.W.; gl.M. BÜHLER, S. 145.

<sup>210</sup> BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 117, N 7 m.w.H.; wie auch CP CPC-TREZZINI, Art. 117, N 14 ff.

eine Partei erst dann als mittellos i.S.v. Art. 117 lit. a ZPO, wenn ausgeschlossen ist, dass sie von der Gegenpartei einen Prozesskostenvorschuss erhält.<sup>211</sup> Da das Zürcher Obergericht den Prozesskostenvorschuss im Eheschutzverfahren aus rechtlichen Gründen ausschliesst und lediglich einen Prozesskostenbeitrag im Endentscheid zulässt, darf gem. Zürcher Obergericht die Mittellosigkeit nicht mit dem Hinweis auf einen erst später möglichen Beitrag verneint werden.<sup>212</sup> Der Effektivitätsgrundsatz<sup>213</sup> gebietet vielmehr, die Mittellosigkeit zu bejahen, wenn der gesuchstellenden Partei im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung keine Mittel zur Verfügung stehen und damit die unentgeltliche Rechtspflege vorerst gewährt wird.<sup>214</sup> Die mittellose Partei hat daher gleichzeitig ein Gesuch um Prozesskostenbeitrag und um unentgeltliche Rechtspflege i.S.v. Art. 117 ff. ZPO zu stellen, um ihren Anspruch auf Zugang zum Gericht zu sichern.<sup>215</sup>

#### **4.4.2 Kritische Würdigung**

Meines Erachtens handelt es sich beim Prozesskostenbeitrag des Zürcher Obergerichts um eine komplizierte und nicht praxisfreundliche Konstruktion.<sup>216</sup> Wird davon ausgegangen, dass es sich beim Prozesskostenvorschuss um eine vorsorgliche Massnahme handelt und im Eheschutzverfahren verfügt werden kann<sup>217</sup>, besteht kein Anlass, auf die zürcherische Sonderlösung zurückzugreifen.

Hinzu kommt ein erhebliches Praxisrisiko: Für Rechtsvertretungen, die nicht regelmässig im Kanton Zürich Eheschutzverfahren führen, ist die zürcherische Besonderheit nicht ohne Weiteres erkennbar und kann übersehen werden.<sup>218</sup> Wird ausdrücklich ein Prozesskostenvorschuss und

---

<sup>211</sup> Urteil des BGer 5A\_174/2016 vom 26. Mai 2016 E. 2.2.

<sup>212</sup> Urteil des OGer ZH, LE170012, vom 26. Juni 2017 E. 6.2.

<sup>213</sup> Vgl. SK ZPO-EMMEL, Art. 117, N 5; BÜHLER, S. 137 f. m.w.H.

<sup>214</sup> Urteil des OGer ZH, LE170012, vom 26. Juni 2017 E. 6.2.

<sup>215</sup> Ebd.

<sup>216</sup> Gl.M. BÄHLER, S. 109.

<sup>217</sup> Vgl. vorne, Ziff. 4.3.3D.

<sup>218</sup> Vgl. z.B. Urteil des OGer ZH, RE230014, vom 12. Dezember 2023.

eventualiter unentgeltliche Rechtspflege beantragt, tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein.<sup>219</sup> Die gesuchstellende Partei bzw. ihre Rechtsvertretung bleibt auf den bis dahin entstandenen Kosten des Eheschutzverfahrens sitzen. Dieses Ergebnis ist äusserst unbefriedigend und rechtsstaatlich bedenklich. Ausserdem muss die gesuchstellende Partei beim Nichteintreten den Gerichtskostenvorschuss innerhalb der angesetzten Nachfrist leisten.<sup>220</sup> Damit wird ihr der Zugang zum Gericht faktisch verwehrt, weil ihr gerade die hierfür erforderlichen liquiden Mittel fehlen.

Zudem verkennt das Zürcher Obergericht, dass ein Prozesskostenbeitrag gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB mangels gesetzlicher Grundlage i.S.v. Art. 172 Abs. 3 ZGB im Eheschutzverfahren nicht gerichtlich angeordnet werden darf.<sup>221</sup> Auch eine objektive Klagenhäufung gem. Art. 90 ZPO kommt nicht in Betracht, da nicht dieselbe Verfahrensart zur Anwendung gelangt. Auf diese Problematiken wird hinten in Ziff. 5.4.2 wie auch Ziff. 6.2.2 näher eingegangen.

## **4.5 Unentgeltliche Rechtspflege**

Die unentgeltliche Rechtspflege ist in Art. 117–123 ZPO geregelt und verfolgt das Ziel, den Zugang zum Gericht unabhängig von den finanziellen Verhältnissen der Parteien zu gewährleisten.<sup>222</sup> Im Unterschied zum Prozesskostenvorschuss richtet sich der Anspruch nicht gegen den Ehegatten, sondern gegen den Staat, welcher unter bestimmten Voraussetzungen die Verfahrenskosten übernimmt.<sup>223</sup> Daraus ergibt sich, dass der Gegenpartei keine formelle Parteistellung im Verfahren betreffend die

---

<sup>219</sup> Vgl. z.B. Urteil des OGer ZH, RE230014, vom 12. Dezember 2023.

<sup>220</sup> BGE 138 III 672 E. 4.2.1.

<sup>221</sup> Das Zürcher Obergericht geht gerade nicht davon aus, dass sich der Anspruch auf einen Prozesskostenbeitrag aus der Unterhaltspflicht i.S.v. Art. 163 ZGB ableitet, und verneint damit zugleich, dass ein solcher Anspruch im Eheschutzverfahren gestützt auf Art. 173 Abs. 1 ZGB vom Gericht zugesprochen werden darf.

<sup>222</sup> WUFFLI/FUHRER, N 1; BGE 138 III 672 E. 4.2.1.

<sup>223</sup> BK ZPO I-BÜHLER, Vorb. Art. 117–123, N 4a; MAIER, FamPra.ch 2019, S. 851; DIKE Komm. ZPO-HUBER, Art. 119, N 23.

Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zukommt.<sup>224</sup> Die Gegenpartei kann immerhin zum Gesuch angehört werden (Art. 119 Abs. 3 ZPO).<sup>225</sup> Das Gericht gewährt die unentgeltliche Rechtspflege nicht von Amtes wegen, ist allerdings verpflichtet, nicht anwaltlich vertretene Parteien über die Prozesskosten und die unentgeltliche Rechtspflege aufzuklären (Art. 97 ZPO).<sup>226</sup> Das Gesuch kann bereits vorgängig oder jederzeit im Laufe des Verfahrens gestellt werden, wobei das Gesuch rückwirkend nur unter besonderen Voraussetzungen gewährt wird.<sup>227</sup> Weiter wird bei gegebenen Voraussetzungen die unentgeltliche Rechtspflege für jede Verfahrensart vor staatlichen Gerichten erteilt.<sup>228</sup> Gem. Art. 119 Abs. 6 ZPO werden für das Verfahren keine Gerichtskosten erhoben, es sei denn, es liegt Bös- oder Mutwilligkeit der gesuchstellenden Person vor.<sup>229</sup>

#### **4.5.1 Voraussetzungen**

Zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird nach Art. 117 ZPO vorausgesetzt, dass die gesuchstellende Partei mittellos ist (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b).<sup>230</sup> Eine Partei gilt nicht als mittellos, wenn sie gestützt auf die eheliche Beistands- und Unterhaltspflicht vom Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss verlangen kann.<sup>231</sup> Die unentgeltliche Rechtspflege ist somit subsidiär zum Prozesskostenvorschuss.<sup>232</sup> Die gesuchstellende Partei muss den Vorschuss vorgängig geltend machen oder im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darlegen, dass der verpflichtende Ehegatte nicht oder nur unter ausserordentlichen Schwierigkeiten in der Lage ist, den Vorschuss zu leisten.<sup>233</sup>

---

<sup>224</sup> BK ZPO I-BÜHLER, Art. 119, N 115; MAIER, FamPra.ch 2019, S. 851; DIKE Komm. ZPO-HUBER, Art. 119, N 23 mit Ausnahmen.

<sup>225</sup> BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 119, N 9 m.w.H.

<sup>226</sup> BAUMGARTNER et al., Kap. 8, N 114.

<sup>227</sup> BAUMGARTNER et al., Kap. 8, N 115 und 118.

<sup>228</sup> STAEHELIN D., Zivilprozessrecht, § 16, N 52 m.w.H.; wie auch BERGER et al., N 1232.

<sup>229</sup> STAEHELIN D., Zivilprozessrecht, § 16, N 63.

<sup>230</sup> BK ZPO I-BÜHLER, Art. 117, N 6 ff. m.w.H.; wie auch WUFFLI/FUHRER, N 111 ff.

<sup>231</sup> BGE 138 III 672 E. 4.2.1; FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 18; Urteil des BGer 5P\_441/2005 vom 9. Februar 2006 E. 1.2.

<sup>232</sup> Ebd.

<sup>233</sup> Urteil des BGer 5A\_562/2009 vom 22. Januar 2010 E. 5; Urteil des BGer 5A\_244/2019 vom 15. April 2019 E. 4.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird daher im Eheschutzverfahren regelmässig eventualiter zum Prozesskostenvorschuss gestellt.<sup>234</sup>

Sind die Voraussetzungen erfüllt, entscheidet das Gericht gem. Art. 119 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 248 lit. a ZPO im summarischen Verfahren über das Gesuch. Ausserdem wird die gesuchstellende Partei von der Leistung eines Gerichtskostenvorschusses und vorläufig von der Bezahlung der Gerichtskosten sowie der eigenen Anwaltskosten befreit.<sup>235</sup> Die Pflicht zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei bleibt hingegen bestehen (Art. 118 Abs. 3 ZPO).<sup>236</sup> Im Familienrecht bleibt die Verpflichtung zur Leistung einer Parteientschädigung aufgrund der im Grundsatz hälftigen Teilung der Prozesskosten die Ausnahme.<sup>237</sup>

#### **4.5.2 Zeitpunkt des Entscheides**

Wie beim Prozesskostenvorschuss ist über das Gesuch zu entscheiden, bevor die gesuchstellende Partei «weitere, in erheblichem Masse Kosten verursachende prozessuale Schritte zu unternehmen hat».<sup>238</sup> Eine ausdrückliche gesetzliche Pflicht zur raschen Entscheidung besteht zwar nicht, sie ergibt sich allerdings aus dem Charakter des hier geltenden summarischen Verfahrens, das auf eine rasche Erledigung angelegt ist.<sup>239</sup> In der Praxis wird indes häufig erst im Endentscheid über das Gesuch befunden, da zu diesem Zeitpunkt sämtliche erforderlichen Unterlagen vorliegen und keine zusätzlichen Abklärungen zum Hauptverfahren notwendig sind.<sup>240</sup> Im Eheschutzverfahren, das ebenfalls summarisch ist, wird nur in Ausnahmefällen vorab über das Gesuch entschieden.<sup>241</sup> Da der Prozesskostenvorschuss vorrangig ist, verzögert sich der Entscheid

---

<sup>234</sup> SIX, N 1.75.

<sup>235</sup> WUFFLI/FUHRER, N 614.

<sup>236</sup> DIKE-Komm. ZPO-HUBER, Art. 118, N 23 m.w.H.; wie auch BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 118, N 4.

<sup>237</sup> Vgl. vorne, Ziff. 4.1.

<sup>238</sup> Urteil des BGer 5A\_849/2014 vom 30. Mai 2015 E. 4.6; vgl. auch FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 20.

<sup>239</sup> CP CPC-TREZZINI, Art. 119, N 30.

<sup>240</sup> Ebd.

<sup>241</sup> SIX, N 1.72 und 1.76.

über die unentgeltliche Rechtspflege zusätzlich, zumal auch über den Prozesskostenvorschuss regelmässig erst im Endentscheid befunden wird.<sup>242</sup>

Nachdem aufgezeigt wurde, welche prozessualen Schwierigkeiten sich im Eheschutzverfahren im Zusammenhang mit den vorsorglichen Massnahmen, dem Prozesskostenvorschuss bzw. Prozesskostenbeitrag und der unentgeltlichen Rechtspflege ergeben, ist im Folgenden zu klären, welcher Verfahrensart diese Gesuche jeweils unterstehen. Diese Einordnung ist erforderlich, um anschliessend prüfen zu können, ob die Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung erfüllt sind und somit mehrere Gesuche in einem Verfahren gemeinsam gestellt werden können.

## **5 Summarisches Verfahren**

Beim summarischen Verfahren handelt es sich um ein abgekürztes Verfahren, wobei grundsätzlich die Beweismittel und das Beweismass beschränkt sind.<sup>243</sup> Es dient vor allem der vorläufigen und raschen Regelung eines materiell-rechtlichen Anspruchs.<sup>244</sup> Das Gericht darf dabei in Kauf nehmen, dass materiell nicht richtig entschieden wird.<sup>245</sup> Ziel ist eine laienfreundliche Ausgestaltung, sodass auch Personen ohne besondere Rechtskenntnisse Zugang zum Gericht haben.<sup>246</sup>

### **5.1 Rechtsgrundlage und Anwendungsbereich**

Es gelten die Verfahrensregeln nach Art. 252–256 ZPO; im Übrigen finden gem. Art. 219 ZPO die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens sinngemäss Anwendung, soweit sie mit dem Charakter des summarischen Verfahrens vereinbar sind.<sup>247</sup> Gem. Art. 248 ZPO ist das summarische Verfahren in den vom Gesetz bestimmten Fällen (lit. a), für den Rechtsschutz in klaren Fällen (lit. b), für das gerichtliche Verbot (lit. c), für die

---

<sup>242</sup> SIX, N 1.72 und 1.76; vgl. auch vorne, Ziff. 4.3.4.

<sup>243</sup> SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, N 1217 ff.; vgl. FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 5 ff. m.w.H.

<sup>244</sup> BAUMGARTNER et al., Kap. 11, N 205 f.; vgl. VETTERLI, FamPra.ch 2010, S. 787 m.w.H.

<sup>245</sup> STAEHELIN D., Zivilprozessrecht, § 21, N 24.

<sup>246</sup> CR CPC-BOHNET, Art. 248, N 2.

<sup>247</sup> Botschaft ZPO 2006, S. 7350; HOHL, N 1522 f.; vgl. EICHEL, S. 8 m.w.H.

vorsorglichen Massnahmen (lit. d) und für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (lit. e) anwendbar.<sup>248</sup>

Das summarische Verfahren unterteilt sich in Summarverfahren im eigentlichen Sinne, wobei dem darin getroffenen Entscheid keine materielle Rechtskraft zukommt, und in solche im uneigentlichen Sinne, wobei der darin getroffene Entscheid in materielle Rechtskraft erwächst.<sup>249</sup>

## **5.2 Eheschutzverfahren**

Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft werden nach Art. 271 ZPO i.V.m. Art. 248 lit. a ZPO im summarischen Verfahren verfügt.<sup>250</sup> Der Geltungsbereich umfasst die Eheschutzmassnahmen i.e.S. (Art. 271 lit. a ZPO) sowie die Bestimmungen, die ihrer Natur nach zum Eheschutz i.w.S. zählen (Art. 271 lit. b–i ZPO).<sup>251</sup> Die Aufzählung der Anwendungsfälle des summarischen Verfahrens ist dabei nicht abschliessend.<sup>252</sup> Zulässig sind weitere eherechtliche Anordnungen.<sup>253</sup>

### **5.2.1 Besonderheiten des Verfahrens**

Grundsätzlich gelten die allgemeinen Bestimmungen des summarischen Verfahrens nach Art. 248 ff. ZPO auch für das Eheschutzverfahren.<sup>254</sup> Folgende Besonderheiten sind gleichwohl zu beachten: Es gilt der Untersuchungsgrundsatz, das heisst, das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO).<sup>255</sup> Hierfür hat das Gericht gem. Art. 273 Abs. 1 ZPO eine mündliche Verhandlung durchzuführen (sog.

---

<sup>248</sup> STAEHELIN D., Zivilprozessrecht, § 21, N 39 ff. m.w.H.

<sup>249</sup> Vgl. BGE 138 III 636 E. 4.3.2 zum Summarverfahren im eigentlichen Sinne; EICHEL, S. 3 ff. mit Beispielen; GAPANY, S. 65 f. m.w.H.

<sup>250</sup> STAEHELIN A./BOPP, Zivilprozessrecht, § 21, N 62.

<sup>251</sup> SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, N 1315; OFK ZPO-FLEISCHER, Art. 271, N 2.

<sup>252</sup> Vgl. Art. 271 ZPO mit Wortlaut «insbesondere»; CR CPC-TAPPY, Art. 271, N 9; BK ZPO II-SPYCHER, Art. 271, N 3; FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 3.

<sup>253</sup> Vgl. CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 271, N 4 mit Beispielen; wie auch PC CPC-FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, Art. 271, N 3.

<sup>254</sup> SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, N 1308; STAEHELIN A./BOPP, Zivilprozessrecht, § 21, N 62.

<sup>255</sup> BAUMGARTNER et al., Kap. 11, N 322; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, N 1311.



Unmittelbarkeitsprinzip).<sup>256</sup> Zudem versucht das Gericht eine Einigung zwischen den Parteien zu erzielen (Art. 273 Abs. 3 ZPO).<sup>257</sup>

### **5.2.2 Rechtskraftwirkung**

Eheschutzmassnahmen gem. Art. 172 ff. ZGB entfalten keine materielle Rechtskraft, da sie grundsätzlich vorläufiger Natur und aufzuheben sind, sobald die aussergewöhnlichen Verhältnisse entfallen (Art. 268 Abs. 1 ZPO).<sup>258</sup> Ausserdem können sie bei veränderten Verhältnissen gem. Art. 179 ZGB erleichtert abgeändert werden.<sup>259</sup>

## **5.3 Vorsorgliche Massnahmen**

Vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 261 ff. ZPO werden gestützt auf Art. 248 lit. d ZPO im summarischen Verfahren erlassen. Dies rechtfertigt sich durch die Beweisbeschränkung auf i.d.R. liquide Beweismittel und die hierfür vorgesehene Beweiskognition der Glaubhaftmachung.<sup>260</sup> Zudem erwächst der Entscheid über die vorsorgliche Massnahme nicht in uneingeschränkte materielle Rechtskraft.<sup>261</sup> Zusätzlich könnte das Ziel vorsorglicher Massnahmen – die Abwendung einer Rechtsgefährdung oder die Befriedigung von unmittelbarem Regelungsbedarf – regelmässig nicht erreicht werden, wenn nicht das summarische Verfahren zur Anwendung käme.<sup>262</sup>

## **5.4 Prozesskostenvorschuss**

Das anwendbare Verfahren zur Geltendmachung eines Prozesskostenvorschusses ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt.<sup>263</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird das Gesuch im Scheidungsverfahren wie eine vorsorgliche Massnahme behandelt, womit

---

<sup>256</sup> Botschaft ZPO 2006, S. 7358.

<sup>257</sup> BAUMGARTNER et al., Kap. 11, N 322.

<sup>258</sup> BGE 127 III 474 E. 2.b; ZOGG, S. 61 ff. m.w.H.

<sup>259</sup> BGE 127 III 474 E. 2.b; STAEHELIN D., Zivilprozessrecht, § 24, N 9.

<sup>260</sup> BSK ZPO-MAZAN, Art. 248, N 9.

<sup>261</sup> BGE 141 III 376 E. 3.3.4.

<sup>262</sup> KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 248, N 18.

<sup>263</sup> FamKomm Anh. ZPO-VETTERLI/MAIER, Art. 271, N 17e.

das summarische Verfahren gem. Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 248 lit. d ZPO zur Anwendung gelangt.<sup>264</sup>

Für das Eheschutzverfahren ist bisher nicht entschieden worden, welche Verfahrensart zur Anwendung kommt. In Lehre und Rechtsprechung besteht Uneinigkeit darüber, ob der Prozesskostenvorschuss im Eheschutzverfahren als vorsorgliche Massnahme oder als materiell-rechtlicher Anspruch zu behandeln ist, über den im Endentscheid zu befinden wäre.<sup>265</sup>

Das Bundesgericht hält lediglich fest, dass der Prozesskostenvorschuss «bei dem für Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft zuständigen Gericht einzufordern» ist.<sup>266</sup>

#### **5.4.1 Als vorsorgliche Massnahme**

Wird der Prozesskostenvorschuss im Eheschutzverfahren als vorsorgliche Massnahme qualifiziert, so erfolgt die Beurteilung gem. Art. 248 lit. d ZPO – gleich wie im Scheidungsverfahren – im summarischen Verfahren.<sup>267</sup>

#### **5.4.2 Als Prozesskostenbeitrag**

Nach der Praxis des Zürcher Obergerichts ist der Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme im Eheschutzverfahren ausgeschlossen.<sup>268</sup>

Stattdessen soll ein Prozesskostenbeitrag zugesprochen werden, der sich aus dem materiell-rechtlichen Anspruch der Beistandspflicht gem. Art. 159 Abs. 3 ZGB ergibt und im Endentscheid beurteilt wird.<sup>269</sup> Das summarische Verfahren ist für die Geltendmachung dieses Anspruchs nicht vorgesehen, da die möglichen Eheschutzmassnahmen gem. Art. 172 Abs. 3 ZPO im Gesetz ausdrücklich geregelt sein müssen.<sup>270</sup> Eine gesetzliche Grundlage, die das Gericht im Rahmen des

---

<sup>264</sup> Urteil des BGer 5A\_251/2023 vom 18. November 2024 E. 2.2 und 3.1.

<sup>265</sup> Vgl. vorne, Ziff. 4.3 f.

<sup>266</sup> Urteil des BGer 5A\_239/2017 vom 14. September 2017 E. 3.2; vgl. auch Urteil des BGer 5A\_793/2008 vom 8. Mai 2009 E. 6.2.

<sup>267</sup> Vgl. vorne, Ziff. 5.3.

<sup>268</sup> Vgl. z.B. Urteil des OGer ZH, RE230014, vom 12. Dezember 2023 E. 3.7.

<sup>269</sup> Urteil des OGer ZH, RE130016, vom 17. September 2013 E. II/3b f.

<sup>270</sup> Vgl. vorne, Ziff. 2.1.

Eheschutzverfahrens ermächtigen würde, den Anspruch auf die Beistandspflicht gem. Art. 159 Abs. 3 ZGB als Eheschutzmassnahme zu verfügen, besteht nicht.<sup>271</sup> Folglich kommt – je nach Streitwert – nur das ordentliche Verfahren i.S.v. Art. 219 ff. ZPO oder das vereinfachte Verfahren i.S.v. Art. 243 ff. ZPO in Betracht.<sup>272</sup>

## 5.5 Unentgeltliche Rechtspflege

Über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gem. Art. 119 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 248 lit. a ZPO im summarischen Verfahren entschieden.<sup>273</sup>

Auf dieser Grundlage ist nun die Zulässigkeit einer gemeinsamen Geltendmachung der genannten Gesuche nach den Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung zu prüfen.

## 6 Objektive Klagenhäufung

Mit der objektiven Klagenhäufung nach Art. 90 ZPO besteht die Möglichkeit, mehrere Ansprüche derselben Partei gegen dieselbe Gegenpartei in einer Klage zu vereinigen.<sup>274</sup> Diese Vorgehensweise kann der Prozessökonomie dienen und widersprüchliche Entscheide verhindern.<sup>275</sup> Die Häufung kann kumulativ oder alternativ erfolgen, wobei Eventualbegehren nur zulässig sind, wenn sich Haupt- und Eventualbegehren gegenseitig ausschliessen.<sup>276</sup> Es steht der klagenden Partei frei, ihre Ansprüche in

---

<sup>271</sup> Das Zürcher Obergericht hat zur Frage, welche Verfahrensart für ein Gesuch um Prozesskostenbeitrag gilt und wie Art. 172 Abs. 3 ZGB auszulegen ist, keine Auskunft erteilt. Seine Praxis, Art. 262 lit. e ZPO restriktiv auszulegen und die Möglichkeit eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren zu verneinen, spricht jedoch dagegen, den Numerus clausus von Art. 172 Abs. 3 ZGB zu relativieren. Eine weite Auslegung dieser Norm wäre inkonsequent. Ausserdem kann sich das Zürcher Obergericht nicht darauf berufen, dass es sich beim Prozesskostenbeitrag um eine Eheschutzmassnahme i.S.v. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB betreffend Unterhaltsbeiträge handelt, da es den Anspruch gerade nicht aus der Unterhaltspflicht, sondern aus der Beistandspflicht ableitet.

<sup>272</sup> STAEHELIN A./BOPP, Zivilprozessrecht, § 21, N 1 und 15.

<sup>273</sup> BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 119, N 7 m.w.H.

<sup>274</sup> GROLIMUND/AMMANN, Zivilprozessrecht, § 13, N 29; GROBÉTY, N 51 ff. m.w.H.

<sup>275</sup> BK ZPO I-MARKUS, Art. 90, N 3.

<sup>276</sup> BK ZPO I-MARKUS, Art. 90, N 5.

einer Klage zu häufen oder sie getrennt geltend zu machen.<sup>277</sup> Das Gericht kann bei gegebenen Voraussetzungen allerdings jederzeit eine Klagenhäufung trennen (Art. 125 lit. b ZPO) oder zwei separat eingereichte Klagen vereinen (Art. 125 lit. c ZPO).<sup>278</sup>

## **6.1 Voraussetzungen**

Gem. Art. 90 ZPO ist die objektive Klagenhäufung zulässig, sofern das gleiche Gericht für sämtliche Ansprüche sachlich zuständig (lit. a) und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (lit. b).<sup>279</sup> Zusätzlich wird vorausgesetzt, dass das angerufene Gericht auch örtlich für sämtliche Ansprüche zuständig ist.<sup>280</sup> Grundsätzlich ist kein sachlicher Zusammenhang zwischen den Ansprüchen vorausgesetzt.<sup>281</sup> Weichen jedoch die örtlichen Gerichtsstände der einzelnen Ansprüche voneinander ab, ist ein sachlicher Zusammenhang erforderlich, um sie nach Art. 15 Abs. 2 ZPO dennoch mittels objektiver Klagenhäufung am selben Gerichtsstand geltend machen zu können.<sup>282</sup>

## **6.2 Anwendung im Eheschutzverfahren**

Wird im Eheschutzverfahren neben den eigentlichen Eheschutzmassnahmen auch ein Prozesskostenvorschuss bzw. Prozesskostenbeitrag im gleichen Gesuch geltend gemacht, müssen die Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung erfüllt sein.

### **6.2.1 Prozesskostenvorschuss**

Wird der Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme qualifiziert, wird er – gleich wie das Eheschutzverfahren – im summarischen Verfahren behandelt (Art. 248 lit. d ZPO).<sup>283</sup> Die Verfahrensart ist somit

---

<sup>277</sup> OFK ZPO-ZOGG/ANGSTMANN, Art. 90, N 3.

<sup>278</sup> BK ZPO I-MARKUS, Art. 90, N 3; OFK ZPO-ZOGG/ANGSTMANN, Art. 90, N 3.

<sup>279</sup> OFK ZPO-ZOGG/ANGSTMANN, Art. 90, N 8.

<sup>280</sup> Vgl. KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER, Art. 90, N 3 m.w.H.; wie auch ZPO annotée-MORET, Art. 90, N 3.

<sup>281</sup> BK ZPO I-MARKUS, Art. 90, N 8.

<sup>282</sup> SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, N 522; Botschaft ZPO 2006, S. 7290.

<sup>283</sup> BSK ZPO-MAZAN, Art. 248, N 9.

identisch. Die sachliche Zuständigkeit ist gem. Art. 4 Abs. 1 ZPO kantonal geregelt<sup>284</sup>, soweit die ZPO nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.<sup>285</sup> Sie ist für jeden Anspruch separat zu prüfen.<sup>286</sup> In summarischen Verfahren entfällt das Schlichtungsverfahren, womit Eheschutzgesuche direkt beim zuständigen Gericht nach kantonalem Recht einzureichen sind.<sup>287</sup> Die örtliche Zuständigkeit für eherechtliche Gesuche und Klagen liegt gem. Art. 23 Abs. 1 ZPO zwingend beim Gericht am Wohnsitz einer der Parteien.<sup>288</sup> Ein im Rahmen des Eheschutzverfahrens gestelltes Gesuch um Prozesskostenvorschuss stellt ein solches eherechtliches Gesuch dar, womit hierfür die genannte örtliche Zuständigkeitsnorm gilt.<sup>289</sup>

Werden das Eheschutzgesuch und das Gesuch um Prozesskostenvorschuss gemeinsam beim zuständigen Gericht eingereicht, sind die Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung i.S.v. Art. 90 ZPO erfüllt. Das angerufene Gericht ist sachlich und örtlich zuständig, zudem findet dieselbe Verfahrensart Anwendung. Eine gemeinsame Beurteilung beider Begehren ist daher zulässig.

## **6.2.2 Prozesskostenbeitrag**

Wird hingegen der Praxis des Zürcher Obergerichts gefolgt, wonach ein Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme im Eheschutzverfahren ausgeschlossen ist und lediglich der Prozesskostenbeitrag im Endentscheid zugesprochen werden kann<sup>290</sup>, gilt Folgendes: Der Prozesskostenbeitrag wird gem. ZPO nicht im summarischen, sondern im ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren behandelt.<sup>291</sup> Da sich die Verfahrensarten damit unterscheiden, sind die Voraussetzungen einer objektiven Klagenhäufung i.S.v. Art. 90 ZPO nicht erfüllt. Das Eheschutzverfahren

---

<sup>284</sup> Im kantonalen Gerichtsorganisationsrecht, vgl. BSK ZPO-GROZ, Art. 90, N 19.

<sup>285</sup> BAUMGARTNER et al., Kap. 3, N 7.

<sup>286</sup> BSK ZPO-GROZ, Art. 90, N 19.

<sup>287</sup> SIX, N 1.04 m.w.H.

<sup>288</sup> FamKomm Anh. ZPO-LEUENBERGER/SUTER, Art. 23, N 1 ff. m.w.H.

<sup>289</sup> Vgl. SK ZPO-LÖTSCHER, Art. 23, N 9.

<sup>290</sup> Vgl. vorne, Ziff. 4.3.3B und Ziff. 4.4.1.

<sup>291</sup> Vgl. vorne, Ziff. 5.4.2.

und das Verfahren um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages müssten separat geführt werden. In der Praxis geht das Zürcher Obergericht trotzdem davon aus, dass über den Prozesskostenbeitrag im Endentscheid des Eheschutzverfahrens befunden werden kann.<sup>292</sup>

### **6.2.3 Kritische Würdigung**

Das Zürcher Obergericht hat grundsätzlich richtig erkannt, dass im Eheschutzverfahren die Möglichkeit bestehen muss, einen Prozesskostenvorschuss bzw. Prozesskostenbeitrag zuzusprechen.<sup>293</sup> Das Vorgehen, wonach der Prozesskostenbeitrag gestützt auf den materiell-rechtlichen Anspruch auf Beistand gem. Art. 159 Abs. 3 ZGB zugesprochen werden könne, steht jedoch im Widerspruch zu den Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung i.S.v. Art. 90 ZPO. Mit diesem Vorgehen wird gegen das Zivilprozessrecht verstossen, wobei nicht ersichtlich ist, wie dies dogmatisch korrekt begründet werden könnte.<sup>294</sup>

Würde das Zürcher Obergericht hingegen Art. 262 lit. e ZPO nicht starr nach dem Wortlaut auslegen, liesse sich eine rechtskonforme Möglichkeit schaffen, den Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme im Rahmen des Eheschutzverfahrens geltend zu machen.<sup>295</sup> Damit wären die Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung ebenfalls erfüllt.

## **6.3 Unentgeltliche Rechtspflege**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege richtet sich gegen den Staat, da dieser zur Übernahme der Gerichtskosten der gesuchstellenden Partei verpflichtet werden kann.<sup>296</sup> Die Gegenpartei tritt in diesem Verfahren nicht förmlich als Partei auf.<sup>297</sup> Die objektive Klagenhäufung gem.

---

<sup>292</sup> Vgl. vorne, Ziff. 4.4.1; wie auch vorne, Fn. 271 m.w.H.

<sup>293</sup> Vgl. Urteil des OGer ZH, RE130016, vom 17. September 2013 E. II/3b.

<sup>294</sup> Das Zürcher Obergericht konnte keine Auskunft über ihr Vorgehen und Ihre Begründung erteilen; vgl. vorne, Fn. 271 m.w.H.

<sup>295</sup> Vgl. vorne, Ziff. 4.3.3 m.w.H.

<sup>296</sup> MAIER, FamPra.ch 2019, S. 851; Urteil des BGer 5A\_381/2013 vom 19. August 2013 E. 3.2.

<sup>297</sup> Botschaft ZPO 2006, S. 7303; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 119, N 9; BGE 139 III 334 E. 4.2 m.w.H.

Art. 90 Abs. 1 ZPO setzt Ansprüche gegen dieselbe Partei voraus.<sup>298</sup> Obwohl sich der Anspruch gegen den Staat richtet, bleibt die Gegenpartei im Hauptbegehren wie auch im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege identisch.<sup>299</sup> Diese Voraussetzung ist daher erfüllt und nicht zu beanstanden.

Die objektive Klagenhäufung setzt weiter voraus, dass die geltend gemachten Ansprüche derselben Verfahrensart unterstehen (Art. 90 Abs. 1 lit. b ZPO).<sup>300</sup> Über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gem. Art. 119 Abs. 3 Satz 1 ZPO im summarischen Verfahren entschieden, weshalb es grundsätzlich nur zusammen mit Ansprüchen gestellt werden kann, die ebenfalls im summarischen Verfahren zu beurteilen sind. Gesuche unterstehen nach der ZPO dem summarischen Verfahren.<sup>301</sup> Klagen können hingegen nicht im summarischen Verfahren geltend gemacht werden, sie unterstehen stets dem ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren.<sup>302</sup> Eine Häufung von Klagen und Gesuchen wäre daher gem. ZPO unzulässig. In der Praxis wird die gemeinsame Geltendmachung trotzdem toleriert.<sup>303</sup>

Im Eheschutzverfahren stellen sich keine Probleme bei der gleichzeitigen Geltendmachung, da auch das Eheschutzgesuch dem summarischen Verfahren untersteht und somit dieselbe Verfahrensart wie beim Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege Anwendung findet. Erst wenn der Praxis des Zürcher Obergerichts gefolgt wird, wonach der Prozesskostenbeitrag im

---

<sup>298</sup> BSK ZPO-GROZ, Art. 90, N 14.

<sup>299</sup> Vgl. z.B. das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Bundesamtes für Justiz in Ziff. 1, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/zivilprozessrecht/parteieingabenformulare.html>> (zuletzt besucht am 13.12.2025); vgl. zudem Art. 119 Abs. 3 ZPO, wonach die Gegenpartei angehört werden kann – dabei handelt es sich um dieselbe Gegenpartei wie im Hauptverfahren und nicht um den Staat.

<sup>300</sup> Vgl. vorne, Ziff. 6.1.

<sup>301</sup> Vgl. Art. 252 Abs. 1 ZPO.

<sup>302</sup> Vgl. Art. 220 ZPO bzw. Art. 244 Abs. 1 ZPO.

<sup>303</sup> STAEHELIN D., Zivilprozessrecht, § 16, N 60; vgl. z.B. die Praxis des Obergerichts Graubünden, wonach Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege separat oder als Teil der Rechtsschrift des Hauptverfahrens gestellt werden können, <<https://www.justiz-gr.ch/gerichte/obergericht/dienstleistungenthemen/unentgeltliche-rechtspflege/>> (zuletzt besucht am 13.12.2025).

ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren gestellt wird, würde die Häufung streng genommen die Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung nicht erfüllen. Da wie vorgängig erwähnt die Geltendmachung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rahmen einer Klage in der Praxis zugelassen wird, relativiert sich dieses Problem hingegen wieder.

## **7 Revision des Eheschutzverfahrens**

Der Bundesrat hat per 1. Januar 2025 die revidierte ZPO in Kraft gesetzt.<sup>304</sup> Ziel der Revision war es, die Praxistauglichkeit der ZPO insgesamt zu verbessern.<sup>305</sup>

### **7.1 Aktuelle Lage**

Im Bereich des Eheschutzverfahrens blieben die Bestimmungen nach der Revision weitgehend unverändert.<sup>306</sup> Die vorliegende Arbeit zeigt, dass im Hinblick auf den Prozesskostenvorschuss im Eheschutzverfahren ein praktisches Bedürfnis nach einer klaren gesetzlichen Regelung besteht. Der Gesetzgeber hat dies in der erwähnten und erst kürzlich in Kraft getretenen Revision der ZPO indessen nicht umgesetzt. Im Vernehmlassungsprozess wurde die Problematik weder thematisiert noch ein Lösungsvorschlag diskutiert.

Das Fehlen einer klaren gesetzlichen Grundlage führt in der Praxis zu Rechtsunsicherheit. Dies zeigt sich insbesondere in der Rechtsprechung des Zürcher Obergerichts sowie der neueren Praxis des St. Galler Kantonsgerichts, wonach eine falsche Formulierung im Zusammenhang mit dem Prozesskostenbeitrag erhebliche prozessuale Nachteile nach sich ziehen kann.<sup>307</sup> Die Praxistauglichkeit dieses Anspruchs im

---

<sup>304</sup> Medienmitteilung BRat.

<sup>305</sup> Botschaft ZPO 2020, S. 2698.

<sup>306</sup> Vgl. Erläuternder Bericht ZPO, S. 2 f. m.w.H.

<sup>307</sup> Vgl. z.B. Urteil der OGer ZH, RE230014, vom 12. Dezember 2023; wie auch Urteil des KGer SG, ZV.2024.18-EZE2, vom 6. März 2024.



Eheschutzverfahren ist derzeit nicht gewährleistet und weist Verbesserungspotenzial auf.

Da sich die Kognition des Bundesgerichts bei vorsorglichen Massnahmen gem. Art. 98 BGG auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt, ist nicht damit zu rechnen, dass diese Frage in absehbarer Zeit höchstrichterlich geklärt wird.<sup>308</sup> Es bleibt daher Aufgabe des Gesetzgebers, für Rechtssicherheit zu sorgen und eine einheitliche Anwendung des Bundesrechts sicherzustellen.

## **7.2 Lösungsansätze**

Es bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten, die Zulässigkeit des Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren schweizweit sicherzustellen und Rechtssicherheit für die betroffenen Parteien zu schaffen.

### **7.2.1 Anpassung des Wortlauts von Art. 262 lit. e ZPO**

Das Zürcher Obergericht verneint die Möglichkeit eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren mit der Begründung, dass gem. Art. 262 lit. e ZPO vorsorgliche Massnahmen in Form einer Geldzahlung nur zulässig sind, wenn sie im Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind.<sup>309</sup>

Die ZPO sieht im Eheschutzverfahren eine solche ausdrückliche Regelung nicht vor – dies im Unterschied zum Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) und zu Unterhaltsklagen (Art. 303 ZPO).<sup>310</sup> Zudem ist nach Auffassung des Zürcher Obergerichts nicht von einer Gesetzeslücke auszugehen, da einzig das Eheschutzverfahren im summarischen Verfahren behandelt wird.<sup>311</sup>

Um der vom Zürcher Obergericht vertretenen engen Auslegung Rechnung zu tragen, könnte der Wortlaut von Art. 262 lit. e ZPO auf «...die Leistung einer Geldzahlung» gekürzt werden. Mit einer solchen

---

<sup>308</sup> ZOGG, S. 81; Urteil des BGer 5A\_786/2021 vom 18. März 2022 E. 2; SCHMIDGALL, S. 22.

<sup>309</sup> Urteil des OGer ZH, LE110069, vom 8. Februar 2012 E. 2.4.2.

<sup>310</sup> Ebd.

<sup>311</sup> Ebd.

Anpassung und Streichung des Satzteiles «in den vom Gesetz bestimmten Fällen» würde die Möglichkeit geschaffen werden, vom Erfordernis einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für Geldzahlungen als vorsorgliche Massnahmen abzuweichen. Eine entsprechende Anpassung würde es der Zürcher Rechtsprechung ermöglichen, in begründeten Fällen auch im Eheschutzverfahren einen Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme zuzusprechen.

### **7.2.2 Schaffung einer gesetzlichen Grundlage**

Alternativ liesse sich die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren ausdrücklich gesetzlich verankern. Dadurch würde eine klare Rechtsgrundlage geschaffen werden, die dem Erlass eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren nicht länger entgegensteht. Im Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) und bei Unterhaltsklagen (Art. 303 ZPO) ist der Prozesskostenvorschuss bereits als vorsorgliche Massnahme zulässig.<sup>312</sup> Eine analoge Regelung für das Eheschutzverfahren wäre systematisch folgerichtig und könnte einen wesentlichen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten.

## **8 Fazit**

Die Analyse hat gezeigt, dass die aktuelle Rechtslage zum Prozesskostenvorschuss im Eheschutzverfahren unzureichend geklärt ist und dies in der Praxis zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt. Die unterschiedlichen kantonalen Ansätze führen dazu, dass die Prozessfinanzierung im Eheschutzverfahren je nach Gerichtsstand grundlegend unterschiedlich behandelt wird und den Betroffenen damit kein einheitlicher Zugang zur Justiz gewährleistet ist.

Die zürcherische Konstruktion eines Prozesskostenbeitrages im Endentscheid erweist sich sowohl prozessual als auch dogmatisch als problematisch. Sie lässt sich mit den Voraussetzungen der objektiven

---

<sup>312</sup> Vgl. Urteil des OGer ZH, LE130035, vom 24. Mai 2013 E. 5.c mit Verweis auf E. 4.c.

Klagenhäufung nicht in Einklang bringen und ist systematisch nicht überzeugend. Dass die unentgeltliche Rechtspflege zunächst gewährt und anschliessend «ex tunc» widerrufen wird, ist schwer nachvollziehbar und sorgt für Unsicherheiten. Für die Rechtsvertretung entsteht dadurch ein erhebliches Haftungs- und Praxisrisiko.

Demgegenüber zeigt die Untersuchung, dass eine Einordnung des Prozesskostenvorschusses als vorsorgliche Massnahme systematisch stimmiger ist und sich in Analogie zum Scheidungsverfahren und zur Unterhaltsklage ergibt. Das Bedürfnis nach zeitnaher finanzieller Klarheit spricht auch in Eheschutzverfahren dafür, den Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme zuzulassen. Dadurch würden sowohl die kantonalen Divergenzen als auch die verfahrensrechtlichen Hindernisse der objektiven Klagenhäufung beseitigt werden.

Ohne eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage werden die kantonalen Ungleichheiten fortbestehen. Weder die eingeschränkte Kognition des Bundesgerichts bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 98 BGG) noch die gefestigten kantonalen Praxen lassen erwarten, dass in absehbarer Zeit eine Klärung erfolgen wird.

Aus rechtsstaatlicher Sicht besteht daher ein klarer gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Eine Anpassung von Art. 262 lit. e ZPO oder die ausdrückliche gesetzliche Verankerung der Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren würde die bestehenden Ungleichheiten beseitigen und eine einheitliche zivilprozessrechtliche Behandlung des Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren gewährleisten.

## Selbständigkeitserklärung

„Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.“

Ort, Datum

Bern, 14. Dezember 2025

Eigenhändige Unterschrift

A black rectangular box redacting the signature, with a small handwritten mark above it.