

5/2021

www.zbjv.ch

Organ für schweizerische
Rechtspflege und Gesetzgebung

ZBJV

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Revue de la société des juristes bernois

157. Jahrgang
Erscheint jeden Monat
Mai 2021

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf

online+

Ihre Vorteile auf
einen Blick: Seite 340

en ligne+

Vos avantages en
un coup d'œil :
Page 340



Stämpfli Verlag

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. em. Dr. Dr. h.c. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber PD Dr. MARTIN KOCHER, St. Gallen; Prof. em. Dr. Dr. h.c. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. em. Dr. Dr. h.c. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern; Prof. Dr. CHRISTOF RIEDO, Freiburg; Prof. Dr. ROGER RUDOLPH, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. FRANZISKA SPRECHER, Bern; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. FRANZ ZELLER, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 148.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 175.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 195.–, Europa CHF 233.50,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 142.–,

Einzelheft CHF 18.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 25

E-Mail zeitschriften@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 63 82

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 1787 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print)/

e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

Volljährigenunterhalt und Prozesskostenvorschuss – zugleich ein Beitrag zur Schuldnerschaft der Eltern

EMANUEL BITTEL, Salgesch/Lausanne*,
und YANNICK MINNIG, Naters/Bern**

Inhalt

A. Einleitung

B. Grundlagen

I. Gegenstand

II. Rechtsnatur

III. Voraussetzungen

1. Vorfrage: Hängiges Verfahren?
 - a) Ausgangslage
 - b) Feststehendes Kindesverhältnis
 - c) Kein feststehendes Kindesverhältnis
2. Gesuch
3. Verfügungsanspruch
 - a) Allgemeines
 - b) Die elterliche Unterhaltspflicht als Anspruchsgrundlage
 - aa) Allgemein
 - bb) Kindesverhältnis
 - (1) Grundlagen
 - (2) Bei rechtshängiger kombinierter Unterhalts- und Vaterschaftsklage (Art. 303 Abs. 2 ZPO)
 - (3) In den übrigen Fällen
 - cc) Unterhaltsbedürftigkeit des Kindes
 - dd) Fehlende angemessene Ausbildung
 - ee) Zumutbarkeit der Leistung von Unterhalt durch den oder die in Anspruch Genommenen
 - (1) Allgemein
 - (2) Leistungsfähigkeit
 - (3) Keine Unzumutbarkeit aufgrund von Hindernissen in der persönlichen Beziehung
 - c) Zum Prüfmasstab des Gerichts (fehlende Aussichtslosigkeit)

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber an der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts. Der Autor äussert in diesem Beitrag ausschliesslich seine persönliche Meinung.

** Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

4. Verfügungsgrund
5. Zeitliche Dringlichkeit
6. Verhältnismässigkeit
7. Kein Rechtsmissbrauch

IV. Verhältnis zum Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege

C. Zuständigkeit

D. Schuldnerschaft und prozessuale Auswirkungen

- I. Problemstellung
- II. Gemeinschaftliche Schuld
- III. Solidarschuld oder Teilschuld
 1. Ausgangslage
 2. Vertragliche Vereinbarung
 3. Gesetzliche Anordnung
 - a) Mögliche Grundlagen
 - b) Meinungsstand und kritische Betrachtung
 - c) Auslegung von Art. 276 Abs. 2 ZGB
 - aa) Grammatikalisches Element
 - bb) Historisches Element
 - cc) Systematisches Element
 - dd) Teleologisches Element
 4. Ergebnis und rechtsvergleichende Betrachtung
- IV. Konsequenzen für das Verfahren betreffend den Prozesskostenvorschuss
 1. Prozesskostenvorschuss als Teilschuld
 2. Folgen für das Gesuch
 3. Mitwirkung des eingeklagten Elternteils

E. Präjudizierung und Anspruchsprüfung

- I. Ausgangslage
- II. Mögliches Vorgehen

F. Wirkungen des Entscheids im Hauptverfahren auf den Prozesskostenvorschuss

- I. Ausgangslage
- II. Wirkungen
 1. Vorläufige Natur des Vorschusses
 2. Mögliche Fallgruppen
 - a) Überblick
 - b) Vollständiges Obsiegen in der Hauptsache
 - c) Vollständiges Unterliegen in der Hauptsache
 - d) Teilweises Obsiegen und teilweises Unterliegen in der Hauptsache
- III. Anrechnung an den Unterhalt im Besonderen

G. Erkenntnisse/Fazit

A. Einleitung

Der Volljährigenunterhalt – früher Mündigenunterhalt – erfreut sich seit Langem einer reichhaltigen Bundesgerichtspraxis.¹ Weit weniger oft hatte sich das Bundesgericht allerdings zu einem Verfahrensschritt zu äussern, der dem Unterhaltsprozess des volljährigen Kindes häufig vorangeht. Gemeint ist das Verfahren betreffend die Gewährung eines Prozesskostenvorschusses. Namentlich bei den erstinstanzlichen Gerichten sind solche Verfahren zahlreich und führen nicht selten zu Unklarheiten. Infolgedessen versucht der vorliegende Beitrag die theoretischen Grundlagen des Prozesskostenvorschusses beim Volljährigenunterhalt zu erarbeiten und zugleich Antworten auf praktische Fragen zu geben.

Thematisiert werden zunächst die allgemeinen Grundlagen (sogleich B.) sowie ausgewählte Aspekte der Zuständigkeit (C.). Hierauf aufbauend erfolgen die schuldrechtliche Einordnung der Unterhaltspflicht und die Erarbeitung der daraus resultierenden prozessualen Besonderheiten (D.). Alsdann wird kurz auf die Präjudizierung durch den Prozesskostenvorschussentscheid und die Anspruchsprüfung eingegangen (E.). Schliesslich sind die Wirkungen des Entscheids über den Prozesskostenvorschuss einer näheren Betrachtung zu unterziehen (F.), ehe die Ergebnisse zusammengefasst werden (G.).

B. Grundlagen

I. Gegenstand

Gegenstand des Prozesskostenvorschusses sind – was begriffsimmanent ist – Prozesskosten. Gemäss Art. 95 Abs. 1 ZPO umfassen die Prozesskosten einerseits die Gerichtskosten², andererseits die Parteientschädigung (siehe Art. 95 Abs. 3 ZPO).

1 Treffend BERNHARD SCHNYDER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1992 – Familienrecht, ZBJV 130/1994, S. 144 ff., S. 160 f.: «Es ist ein weiterer Entscheid zu Art. 277 Abs. 2 ZGB, zweifellos demjenigen Artikel des Unterhaltsrechtes des Kindes, der am meisten BGE auf dem Gewissen hat.»

2 Z. B. Entscheidgebühr, Übersetzungskosten; siehe die (abschliessende); MARTIN H. STERCHI, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter [Hrsg.], Berner Kom-

II. Rechtsnatur

Die gerichtliche Anordnung eines Prozesskostenvorschusses ist als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO zu qualifizieren.³ Entsprechend hält Art. 303 ZPO unter der Marginalie «vorsorgliche Massnahmen» explizit fest, dass der beklagte Elternteil gegebenenfalls vorläufig Unterhaltszahlungen an das Kind zu entrichten hat. Art. 303 ZPO gelangt nicht nur beim Minderjährigen-, sondern auch beim Volljährigenunterhalt zur Anwendung.⁴

Art. 303 ZPO gilt im Verhältnis zu den allgemeinen Vorschriften über die vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO als *lex specialis*.⁵ Denn einerseits ist Art. 303 ZPO betreffend die Anwendungsvoraussetzungen – verlangt wird namentlich ein bestehendes oder potenzielles Kindesverhältnis – strenger gefasst.⁶ Andererseits sind auch die Rechtsfolgen enger, da bei Art. 303 ZPO – im Unterschied zu den allgemeinen Bestimmungen – der mögliche Inhalt der

mentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 95 ZPO N 7 [zit. BK-VERFASSER/IN]; BENEDIKT A. SUTER/CRISTINA VON HOLZEN, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 95 ZPO N 6 [zit. ZPOKomm-VERFASSER/IN) Aufzählung in Art. 95 Abs. 2 ZPO.

3 Siehe auch BGer 5A_217/2018 vom 7. Juni 2018 E. 1.1; 5D_111/2015 vom 6. Oktober 2015 E. 1.2; DENISE WEINGART, *provisio ad litem* – Der Prozesskostenvorschuss für eherechtliche Verfahren, in: Alexander R. Markus/Stephanie Hrubesch-Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), *Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche*, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 677 ff., S. 680.

4 Vgl. auch die Hinweise bei CORDULA LÖTSCHER, *Das Kind im Unterhaltsprozess*, in: Alexandra Jungo/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Der Familienprozess – Beweis – Strategien – Durchsetzung*, Zürich 2020, S. 103 ff., S. 148, sowie SAMUEL ZOGG, «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, *FamPra* 2018, S. 47 ff., Fn. 201.

5 Vgl. THIERRY THORMANN, in: Baker&McKenzie (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bern 2010, Art. 303 ZPO N 1; BRUNO ROELLI, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz*, 3. A., Zürich 2016, Art. 280–284 ZGB N 7 (zit. CHK-VERFASSER/IN).

6 Siehe zum Zusammenhang vom *lex specialis*-Grundsatz und den strengeren Voraussetzungen etwa THOMAS M.J. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 2. A., München 2019, § 4 Rz. 134, m. w. H.

vorsorglichen Massnahmen abschliessend⁷ umschrieben wird. Was jedoch die Voraussetzungen von Art. 261 ZPO betrifft, sind diese auch unter der Geltung von Art. 303 ZPO einschlägig.⁸ So bedarf es für die Anordnung eines Prozesskostenvorschusses zunächst eines Gesuchs (nachfolgend III.2.), der Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs (III.3.) sowie eines Verfügungsgrundes (III.4.), ferner der zeitlichen Dringlichkeit (III.5.) und schliesslich der Verhältnismässigkeit der vorsorglichen Massnahme (III.6.).⁹ Daneben stellt sich die Frage, ob die Stellung eines Gesuchs um Leistung eines Prozesskostenvorschusses eines hängigen Hauptverfahrens (Unterhaltsklage) bedarf. Dazu ist eingangs Stellung zu beziehen (sogleich III.1.).

III. Voraussetzungen

1. Vorfrage: Hängiges Verfahren?

a) Ausgangslage

Fraglich ist zunächst, ob ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses bereits dann *gestellt* werden kann, wenn noch keine Unterhaltsklage rechtshängig ist, oder ob es zumindest im Zeitpunkt der *Anordnung* eines Prozesskostenvorschusses – das heisst im

7 SÉBASTIAN MORET/DANIEL STECK, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Basel 2017, Art. 303 ZPO N 8 (zit. BSK-VERFASSER/IN); zum wortgleichen aArt. 281 ZGB CYRIL HEGNAUER, Berner Kommentar, Bd. II: Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 2. Teilbd.: Die Wirkung des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilbd.: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270–295 ZGB, Bern 1997, Art. 281–284 ZGB N 13 (zit. BK-HEGNAUER).

8 STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 303 ZPO N 2 und N 10 (zit. DIKEKomm-VERFASSER/IN); BEATRICE VAN DE GRAAF, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommmentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2014, Art. 303 ZPO N 3 (zit. KUKO-VERFASSER/IN); BSK-MORET/STECK (Fn. 7), Art. 303 ZPO N 18. Ähnlich auch ZOGG (Fn. 4), S. 95.

9 Allgemein zu den Voraussetzungen von Art. 261 ZPO: BK-GÜNGERICH (Fn. 2), Art. 261 ZPO N 14 ff.; ZPOKomm-HUBER (Fn. 2), Art. 261 ZPO N 17 ff.; BSK-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 ZPO N 10 ff.

Entscheidzeitpunkt – eines solchen Verfahrens bedarf.¹⁰ Folgende beiden Konstellationen sind dabei auseinanderzuhalten:

b) *Feststehendes Kindesverhältnis*

Steht das Kindesverhältnis fest, können die Eltern oder ein Elternteil nach Art. 303 Abs. 1 ZPO verpflichtet werden, angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu hinterlegen oder vorläufig zu zahlen. Rein sprachlich betrachtet liesse sich die Ansicht vertreten, dass spätestens im Zeitpunkt der *Anordnung* der vorsorglichen Massnahme die Unterhaltsklage rechtshängig sein müsste, spricht Art. 303 Abs. 1 ZPO doch vom «Beklagten». Das Verfahren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses wird allerdings durch ein *Gesuch* eingeleitet (Art. 252 Abs. 1 ZPO). Im Gesuchsverfahren wird die Gegenpartei gemeinhin – entsprechend der Terminologie der Zivilprozessordnung (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) – als «Gesuchsgegnerin» und nicht als «Beklagte» bezeichnet. Demnach wäre für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gestützt auf Art. 303 Abs. 1 ZPO ein hängiges *Unterhaltsklageverfahren* zu verlangen.

Nach hier vertretener Auffassung ist kein Grund erkennbar, weshalb es einerseits dem Kind verwehrt sein sollte, bereits vor Einreichung einer Unterhaltsklage ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen, und andererseits das Gericht nicht vor Klageeinreichung einen Vorschuss anordnen können soll. Im Gegenteil kann das Kind ein berechtigtes Interesse daran haben, zunächst Klarheit über die Frage zu erhalten, ob ihm ein Prozesskostenvorschuss gewährt wird, ehe es einen Unterhaltsprozess anstrengt. Und auch aus der Sicht des Gesuchsgegners drängt sich nicht die gegentei-

¹⁰ So halten einige Autoren fest, dass vorsorgliche Massnahmen nach Art. 303 Abs. 1 ZPO bereits vor Rechtshängigkeit der Hauptsache *beantragt* werden dürften (so ZPOKomm-SCHWEIGHAUSER [Fn. 2], Art. 303 ZPO N 6; BK-SPYCHER [Fn. 2], Art. 303 ZPO N 4), ob sie auch die Anordnung solcher vor Rechtshängigkeit der Hauptsache befürworten, ist ihren Ausführungen nicht ausdrücklich zu entnehmen, darf allerdings *a fortiori* vermutet werden. Zu letzterer Frage äussern sich andere ablehnend, ohne jedoch zur ersten Stellung zu beziehen (KUKO-VAN DE GRAAF [Fn. 8], Art. 303 ZPO N 3; BSK-MORET/STECK [Fn. 7], Art. 303 ZPO N 23; IVO SCHWANDER, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2015, Art. 303 ZPO N 3 [zit. OFK-VERFASSER/IN]). Das Bundesgericht hat die Frage bislang offengelassen; vgl. BGer 5A_147/2020 vom 24. August 2020 E. 5.4.3.

lige Annahme auf. So ist nicht ersichtlich, dass dessen Interessen durch ein derartiges Vorgehen tangiert würden. Ferner spricht auch das öffentliche Interesse an der Verhinderung unnötiger Prozesse für eine solche Auslegung.

Der Begriff des Beklagten in Art. 303 Abs. 1 ZPO ist folglich in einem weiten Sinn zu verstehen, der auch den Gesuchsgegner umfasst, weshalb weder die Einreichung eines Gesuchs um Leistung eines Prozesskostenvorschusses noch die Anordnung eines solchen der Rechtshängigkeit einer Unterhaltsklage bedarf. Immerhin hat das Gericht bei fehlender Rechtshängigkeit dem gesuchstellenden Kind eine Frist zur Einreichung der Unterhaltsklage anzusetzen (Art. 263 ZPO).

c) *Kein feststehendes Kindesverhältnis*

Steht das Kindesverhältnis nicht fest, sieht Art. 303 Abs. 2 lit. b ZPO dennoch die Möglichkeit vor, einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen, wenn die Vaterschaft zu vermuten ist und die Vermutung durch die sofort verfügbaren Beweismittel nicht umgestossen wird. Will das Kind in dieser Konstellation einen Prozesskostenvorschuss verlangen, bedarf es nach hier vertretener Ansicht – sowohl für die Stellung des Gesuchs als auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen – einer hängigen Unterhaltsklage. Diesfalls ist nach dem Wortlaut nämlich vorausgesetzt, dass eine Unterhaltsklage zusammen mit der Vaterschaftsklage eingereicht worden ist.¹¹ Eine andere Auffassung würde daher nach einer Auslegung *contra verba legis* verlangen.

2. *Gesuch*

Die formelle Geltendmachung eines Prozesskostenvorschusses erfolgt durch die Einreichung eines Gesuchs im Sinne von Art. 252 ZPO.¹² Dies gilt ungeachtet dessen, dass bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten die *Offizialmaxime* Anwendung fin-

11 Französisch: «[...] la demande d'aliments est introduite avec l'action en paternité [...]»; italienisch: «[...] l'azione di mantenimento è stata promossa assieme a quella di paternità [...]».

12 Ebenso im Allgemeinen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen BSK-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 ZPO N 4.

det (Art. 296 Abs. 3 ZPO).¹³ Eine Anordnung eines Prozesskostenvorschusses von Amtes wegen ist mithin nicht vorgesehen. Im Anwendungsbereich von Art. 303 Abs. 2 ZPO ergibt sich dies explizit aus dem Wortlaut («auf Gesuch der klagenden Partei»). Wenngleich eine entsprechende Wendung in Art. 303 Abs. 1 ZPO für selbständige Unterhaltsklagen fehlt, ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber bei dieser auf die Stellung eines Gesuchs hätte verzichten wollen.¹⁴ So war bereits unter dem wortgleichen aArt. 281 ZGB anerkannt, dass es auch bei der selbständigen Unterhaltsklage eines Gesuchs bedurfte, damit das Gericht vorsorgliche Massnahmen anordnen konnte.¹⁵ In der Botschaft zur Zivilprozessordnung wurde betreffend Art. 303 ZPO lediglich auf aArt. 281 ZGB verwiesen und festgehalten, dass letztere Bestimmung nun nicht mehr notwendig sei.¹⁶ In diesem Sinne war vermutlich keine materielle Änderung beabsichtigt.¹⁷

3. Verfügungsanspruch

a) Allgemeines

Wer die Anordnung eines Prozesskostenvorschusses als vorsorgliche Massnahme begehrt, hat zunächst glaubhaft zu machen, dass ihm ein materiell-rechtlicher Anspruch – der Verfügungsanspruch – zusteht (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO). Hierbei hat das Gericht eine sogenannte «Hauptsachenprognose» zu stellen, das heisst, es hat zu eruieren, ob der geltend gemachte Anspruch plausibel ist, er mithin den «*fumus boni iuris*» hat.¹⁸ Der Verfügungsanspruch ist dann glaubhaft gemacht, wenn für dessen Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass er sich nicht verwirklicht haben könnte.¹⁹

13 KUKO-VAN DE GRAAF (Fn. 8), Art. 303 ZPO N 3.

14 Offenbar anders OFK-SCHWANDER (Fn. 10), Art. 303 ZPO N 3, demzufolge das Gericht «diese vorsorgliche Massnahme [...] von sich aus anordnen kann».

15 Siehe BK-HEGNAUER (Fn. 7), Art. 281–284 ZGB N 17.

16 BBI 2006 7221, 7368.

17 Ebenso DIKEKomm-PFÄNDER BAUMANN (Fn. 8), Art. 303 ZPO N 4; OFK-SCHWANDER (Fn. 10), Art. 303 ZPO N 3 f.

18 BSK-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 ZPO N 38.

19 Vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.3.

b) *Die elterliche Unterhaltspflicht als Anspruchsgrundlage*

aa) Allgemein

Der Anspruch auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses gründet in der Unterhaltspflicht der Eltern nach Art. 276 ff. ZGB²⁰ – insbesondere Art. 277 Abs. 2 ZGB – und bildet mithin einen Teilaspekt derselben. Auf der Tatbestandsebene ist daher zunächst ein Kindesverhältnis zum in Anspruch Genommenen vorausgesetzt (sogleich bb). Zweitens wird verlangt, dass das Kind selbst nicht über die nötigen Mittel verfügt, um seinen Unterhalt zu bestreiten (Bedürftigkeit; nachfolgend cc). Weiter darf das Kind nicht über eine angemessene Ausbildung verfügen, die ihm die Bestreitung des Lebensunterhalts ermöglichen würde (dd). Schliesslich muss für den in Anspruch Genommenen die Leistung von Unterhalt zumutbar sein (ee).

bb) Kindesverhältnis

(1) Grundlagen

Das Kindesverhältnis zur Mutter entsteht mit der Geburt; zum Vater wird es kraft der Ehe der Mutter begründet oder durch Anerkennung oder das Gericht festgestellt (Art. 252 Abs. 1 und 2 ZGB). Überdies entsteht das Kindesverhältnis durch Adoption (Art. 252 Abs. 3 ZGB). Je nachdem, ob eine kombinierte Unterhalts- und Vaterschaftsklage oder aber eine selbständige Unterhaltsklage eingereicht werden soll oder bereits eingereicht wurde, hat das gesuchstellende Kind unterschiedliche Tatsachen zu behaupten und zu beweisen.

(2) Bei rechtshängiger kombinierter Unterhalts- und Vaterschaftsklage (Art. 303 Abs. 2 ZPO)

Wird eine kombinierte Unterhalts- und Vaterschaftsklage anhängig gemacht, kann das Gericht die Leistung eines Prozesskostenvorschusses zusprechen, wenn die Vaterschaft zu vermuten ist und die Vermutung durch die sofort verfügbaren Beweismittel nicht umgestossen wird (Art. 303 Abs. 2 lit. b ZPO). Gemäss Art. 262 ZGB wird die

20 BGE 127 I 202 E. 3.f.; BGer 5A_217/2018 vom 7. Juni 2018 E. 1.1; 5A_362/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 2.1; 5A_442/2016 vom 7. Februar 2017 E. 7.2; CHRISTIANA FOUNTOLAKIS/PETER BREITSCHMID, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. A., Basel 2018, Art. 276 ZGB N 22 (zit. BSK-VERFASSER/IN); BK-HEGNAUER (Fn. 7), Art. 276 ZGB N 39; CHK-ROELLI (Fn. 5), Art. 276 ZGB N 4.

Vaterschaft vermutet, wenn der Beklagte in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tag vor der Geburt des Kindes der Mutter beigewohnt hat (Abs. 1) oder wenn das Kind vor dem 300. oder nach dem 180. Tag vor der Geburt gezeugt worden ist und der Beklagte der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat (Abs. 2). Damit die Vermutung greift, muss das Kind die Beiwohnung als Vermutungsbasis nachweisen.²¹ Es gilt diesbezüglich das Regelbeweismass der vollen Überzeugung. Weder der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit noch die blossе Glaubhaftmachung genügen.²² Die Vermutung fällt dahin, wenn der Beklagte seinerseits nachweist (ebenfalls *nicht* bloss glaubhaft macht), dass seine Vaterschaft ausgeschlossen oder weniger wahrscheinlich ist als die eines Dritten (Abs. 3; Entkräftung der Vermutungsfolge). Diesfalls hat das Kind den direkten Beweis der Vaterschaft zu erbringen.²³

(3) In den übrigen Fällen

Wurde keine kombinierte Klage anhängig gemacht, können nach Art. 303 Abs. 1 ZPO vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden, sofern das Kindesverhältnis feststeht.²⁴ Damit ist aber nicht nur eine *gerichtliche* Feststellung im Sinne von Art. 252 Abs. 2 ZGB *in fine* gemeint. Vielmehr genügt für ein feststehendes Kindesverhältnis zum Vater dessen Ehe zur Mutter oder eine Anerkennung; das Kindesverhältnis zur Mutter steht ohne Weiteres mit der Geburt fest (Art. 252 Abs. 1 ZGB).²⁵

Indessen genügt es in Bezug auf das feststehende Kindesverhältnis nicht, wenn der Gesuchsteller Entsprechendes bloss *glaubhaft* macht. Für die Anwendbarkeit von Art. 303 Abs. 1 ZPO ist nach hier vertretener Ansicht vielmehr das Regelbeweismass der *vollen Überzeugung* vorausgesetzt. Das Gericht darf mithin keinen Prozesskostenvorschuss zusprechen, wenn das Kindesverhältnis lediglich glaub-

21 BSK-MORET/STECK (Fn. 7), Art. 303 ZPO N 21; DIKEKomm-PFÄNDER BAUMANN (Fn. 8), Art. 303 ZPO N 14.

22 In diesem Sinne wohl auch ZPOKomm-SCHWEIGHAUSER (Fn. 2), Art. 303 ZPO N 34.

23 BSK-SCHWENZER/COTTIER (Fn. 20), Art. 262 ZGB N 7; CHK-REICH (Fn. 5), Art. 262 ZGB N 4.

24 Französisch: «Si la filiation est établie [...]»; italienisch: «Se il rapporto di filiazione è accertato».

25 Wie hier BK-SPYCHER (Fn. 2), Art. 303 ZPO N 23.

haft gemacht wurde. Denn die Glaubhaftmachung ist ausschliesslich im Fall von Art. 303 Abs. 2 lit. a ZPO (Hinterlegung der Entbindungskosten sowie von Unterhaltsbeiträgen für Mutter und Kind bei kombinierter Unterhalts- und Vaterschaftsklage) ausreichend.

cc) Unterhaltsbedürftigkeit des Kindes

Unterhalt kann nur verlangen, wer unterhaltsbedürftig ist. Das Kind hat daher keinen Anspruch auf Unterhalt – mithin auch keinen Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss –, wenn (und soweit) ihm zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder mit anderen Mitteln zu bestreiten (Art. 276 Abs. 3 ZGB).²⁶ Dabei verhält es sich nicht so, dass die Eltern bloss entweder zur Tragung des *gesamten* Unterhalts verpflichtet sind oder sie *überhaupt keinen* Unterhalt zu leisten hätten, sondern die Unterhaltsbedürftigkeit ist auch dann zu bejahen, wenn das Kind bloss *einen Teil* der zur Bestreitung seines Lebensunterhalts erforderlichen Mittel aus eigener Kraft aufzubringen vermag.

dd) Fehlende angemessene Ausbildung

Die Unterhaltungspflicht der Eltern dauert (grundsätzlich)²⁷ bis zur Volljährigkeit des Kindes (Art. 277 Abs. 1 ZGB). Über diesen Zeitpunkt hinaus ist Unterhalt – unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit der Leistung für den in Anspruch Genommenen (dazu sogleich ee) – nur dann geschuldet, wenn das Kind noch nicht über eine angemessene Ausbildung verfügt (Art. 277 Abs. 2 ZGB). Eine angemessene Ausbildung liegt vor, wenn das Kind das geplante und realistische Ausbildungsziel erreicht hat.²⁸ Dabei hat es den Ausbildungsweg oh-

²⁶ Sog. Eigenverantwortung des Kindes; BK-HEGNAUER (Fn. 7), Art. 277 ZGB N 92.

²⁷ Aufgrund der Tatsache, dass heutzutage ein erheblicher Teil der Jugendlichen ein Studium an einer Universität, Fachhochschule oder einer anderen weiterführenden Schule absolviert und damit im Zeitpunkt der Volljährigkeit seine Ausbildung noch nicht abgeschlossen hat, dürfte diese – vom Gesetzgeber als Regelfall vorgesehene – Konstellation mehr zur Ausnahme verkommen sein. Das Bundesgericht hat denn auch bereits in einem Urteil aus dem Jahr 2003 festgehalten, dass es realitätsfremd wäre, den Volljährigenunterhalt als Ausnahmeerscheinung zu qualifizieren (vgl. BGE 129 III 375 E. 3.3).

²⁸ BSK-FOUNTOULAKIS/BREITSCHMID (Fn. 20), Art. 277 ZGB N 12; EVELYNE GMÜNDER, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fank-

ne ungebührliche Verzögerungen zu durchlaufen. Wann und ob dies zutrifft, ist im Einzelfall zu entscheiden (Art. 4 ZGB).

ee) Zumutbarkeit der Leistung von Unterhalt durch den oder die in Anspruch Genommenen

(1) Allgemein

Verfügt das Kind noch nicht über eine angemessene Ausbildung und ist damit der Anspruch auf Unterhalt nicht bereits deshalb ausgeschlossen, ist weiter zu prüfen, ob den Eltern zugemutet werden kann, für den Unterhalt des Kindes aufzukommen (Art. 277 Abs. 2 ZGB). Die Zumutbarkeit ist zu bejahen, wenn die Eltern *wirtschaftlich* in der Lage sind, Unterhaltsbeiträge zu leisten (Leistungsfähigkeit), und kein im *persönlichen Verhältnis* zwischen Eltern und Kind gründendes Hindernis die Zumutbarkeit entfallen lässt (Billigkeit).²⁹

(2) Leistungsfähigkeit

Um festzustellen, ob überhaupt und, wenn ja, in welchem Umfang der Unterhaltspflichtige leistungsfähig ist, müssen dessen Bedarf und dessen Nettoeinkommen gegenübergestellt werden.³⁰ Reicht sein Einkommen nicht aus, um den Unterhaltsbedarf des Kindes zu decken, ist dem Unterhaltspflichtigen allenfalls ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, sofern er in der Lage wäre, dieses zu erzielen (Möglichkeit) und ihm dessen Erzielung zuzumuten ist (Zumutbarkeit).³¹

(3) Keine Unzumutbarkeit aufgrund von Hindernissen in der persönlichen Beziehung

Ist den Eltern die Leistung von Unterhalt wirtschaftlich zuzumuten, können persönliche Gründe die Zumutbarkeit entfallen lassen. Diese negative Voraussetzung soll verhindern, dass sich die Eltern einer blossen Zahlelternschaft ausgesetzt sehen.³² Allerdings reicht nicht jede Pflichtverletzung aus: Die Rechtsprechung verlangt, dass

hauser (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. A., Zürich 2016, Art. 277 ZGB N 3 (zit. OFK-VERFASSER/IN).

²⁹ Vgl. BGE 129 III 375 E. 3; 120 II 177 E. 3c; 113 II 374 E. 2; BGer 5A_585/2018 vom 24. August 2018 E. 3.1.1.

³⁰ BGE 128 III 161 E. 2c/aa; BGer 5A_129/2019 vom 10. Mai 2019 E. 2.3; 5C.150/2005 vom 11. Oktober 2005 E. 4.8.3.

³¹ BGE 137 III 118 E. 2.3; BGer 5A_129/2019 vom 10. Mai 2019 E. 3.2.2.1.

³² BGE 113 II 374 E. 2; BGer 5A_563/2008 vom 4. Dezember 2008 E. 5.1.

das Kind seinen Pflichten gegenüber der Familie *schuldhaft* nicht nachkommt, etwa indem es ohne Grund aus eigenem Willen die persönlichen Beziehungen zu den Eltern unterbricht oder jeglichen Kontakt verweigert.³³ Eine Kontaktverweigerung oder ein Kontaktabbruch muss allerdings nicht zwingend dazu führen, dass das Gericht einen Anspruch des Kindes auf Unterhalt *gänzlich* verneint; zulässig ist stattdessen auch eine blossе Kürzung.³⁴ Bei der Beurteilung, ob den Eltern zugemutet werden kann, für den Unterhalt des volljährigen Kindes aufzukommen, steht den Gerichten ein weites Ermessen zu.³⁵

c) *Zum Prüfmasstab des Gerichts (fehlende Aussichtslosigkeit)*

Im Rahmen der Hauptsachenprognose hat das Gericht summarisch zu prüfen, ob der glaubhaft gemachte Verfügungsanspruch nicht aussichtslos erscheint.³⁶ Hierfür kann, was das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses anbelangt, auf die Rechtsprechung zu Art. 117 lit. b ZPO zurückgegriffen werden.³⁷ Ein Anspruch auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses ist demnach zu verneinen, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahr, weshalb die Rechtsbegehren nicht mehr als ernsthaft bezeichnet werden können.³⁸ Als Richtschnur zur Abwägung hat sich das Gericht die Frage zu stellen, ob jemand, der über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt, bei vernünftiger Überlegung einen derartigen Prozess anstrengen würde.³⁹ Bei der Prüfung der Aussichtslosigkeit ist alsdann

33 So BGE 113 II 374 E. 2; BGer 5A_1018/2018 vom 2. Juli 2019 E. 2.1.2; 5A_585/2018 vom 24. August 2018 E. 3.1.1; 5A_442/2016 vom 7. Februar 2017 E. 4.1.

34 Vgl. BGer 5A_179/2015 vom 29. Mai 2015 E. 7.3.

35 BGer 5A_585/2018 vom 24. August 2018 E. 3.1.3; 5A_442/2016 vom 7. Februar 2017 E. 4.1; 5A_179/2015 vom 29. Mai 2015 E. 3.4.

36 BSK-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 ZPO N 83; DIKEKomm-ZÜRCHER (Fn. 8), Art. 261 ZPO N 9.

37 Vgl. OGer ZH LZ180005-O/U vom 11. Juni 2018, E. 3.2; PHILIPP MAIER, 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, Fam-Pra 2014, S. 635 ff., S. 641.

38 BGE 142 III 138 E. 5.1; 139 III 475 E. 2.2; 138 III 217 E. 2.2.4; 133 III 614 E. 5; BSK-RÜEGG/RÜEGG (Fn. 7), Art. 117 ZPO N 18.

39 BGE 142 III 138 E. 5.1; 139 III 475 E. 2.2; 138 III 217 E. 2.2.4; 133 III 614 E. 5; BGer 5A_635/2019 vom 5. Dezember 2019 E. 3.1; BSK-RÜEGG/RÜEGG (Fn. 7), Art. 117 ZPO N 18.

auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs abzustellen.⁴⁰

4. *Verfügungsgrund*

Neben dem Verfügungsanspruch (oben B.III.3.) hat der Gesuchsteller glaubhaft zu machen, dass der ihm zustehende Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO; sog. Verfügungsgrund). Das Gericht hat diesbezüglich die Nachteilsprognose anzustellen.⁴¹ Als «Nachteil» im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO gilt jede Beeinträchtigung rechtlicher oder tatsächlicher Natur.⁴²

Der Tatbestand erfasst drei mögliche Arten von Verletzungen: die im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung *bestehende*, *andauernde* Verletzung, die *drohende (erstmalige)* Verletzung und die *drohende Wiederholung* einer Verletzung.⁴³ Vorliegend ist vor allem die erstgenannte Variante einschlägig; jene Fälle, da der Unterhaltspflichtige in Aussicht stellt, dass er bis anhin ordentlich geleistete Unterhaltsbeiträge in Zukunft nicht mehr bezahlen wird (drohende Verletzung), oder wo dies in der Vergangenheit bereits einmal geschehen ist und erneut angedroht wird (drohende Wiederholung), dürften in der Praxis deutlich seltener auftreten.

Das Kind als Gesuchsteller begehrt die Leistung eines Prozesskostenvorschusses im Hinblick auf die Durchsetzung seines Unterhaltsanspruchs. Leistet der Gesuchsgegner keinen Unterhalt, obgleich der Verfügungsanspruch (nach summarischer Prüfung)⁴⁴ zu bejahen ist, wird dadurch ein dem volljährigen Kind zustehender Anspruch verletzt. Dadurch erleidet es schliesslich einen Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO. Zwar kann die Verletzung grundsätzlich ohne Weiteres in einem Unterhaltsprozess durch die Zusprechung von

40 BGE 142 III 138 E. 5.1; 139 III 475 E. 2.2; 138 III 217 E. 2.2.4; 133 III 614 E. 5.

41 BSK-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 ZPO N 12; DIKEKomm-ZÜRCHER (Fn. 8), Art. 261 ZPO N 17.

42 BK-GÜNGERICH (Fn. 2), Art. 261 ZPO N 34; OFK-ROHNER/WIGET (Fn. 10), Art. 261 ZPO N 8; DIKEKomm-ZÜRCHER (Fn. 8), Art. 261 ZPO N 25.

43 DIKEKomm-ZÜRCHER (Fn. 8), Art. 261 ZPO N 18.

44 Zum Prüfungsmassstab siehe oben B.III.3.c).

Volljährigenunterhalt beseitigt werden; der Anordnung vorsorglicher Massnahmen bedarf es dazu nicht zwingend. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil müsste diesfalls also verneint werden. Anders verhält es sich jedoch, wenn das Kind seinen Unterhaltsanspruch ohne die Anordnung der vorsorglichen Massnahme gar nicht erst durchzusetzen vermag, weil ihm die für die Prozessführung notwendigen Mittel fehlen. In diesem Fall erwächst ihm aus der Verletzung des Unterhaltsanspruchs durchaus ein Nachteil gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO, zumal ihm ein Rechtsverlust droht. Der Gesuchsteller hat demzufolge glaubhaft zu machen, dass er die Aufwendungen, die er tragen muss, um seinen Unterhaltsanspruch durchzusetzen – konkret: der Vorschuss für die Gerichtskosten sowie die Anwaltskosten –, nicht zu stemmen vermag, er mithin bedürftig ist.⁴⁵

Als bedürftig – betreffend die Prozesskosten (und nicht im Allgemeinen) – gilt, wer für die Kosten eines Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf.⁴⁶ Zu berücksichtigen ist die gesamte wirtschaftliche Situation, das heisst einerseits das Einkommen⁴⁷, andererseits die Vermögensverhältnisse⁴⁸ – Aktiven wie auch Passiven.⁴⁹ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die finanziellen Verhältnisse im Zeitpunkt der Ge-

45 Zuweilen wird die Bedürftigkeit des Gesuchstellers beim Prozesskostenvorschuss als eigenständige Voraussetzung – ausserhalb von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund – thematisiert (so WEINGART [Fn. 3], S. 684 ff.). Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich bei der Bedürftigkeit um ein Element des Verfügungsgrundes. Denn wer nicht bedürftig ist, dem droht in Bezug auf den Prozesskostenvorschuss kein nicht wieder gutzumachender Nachteil.

Die in den nachfolgenden Fussnoten erwähnten Quellen äussern sich zur Beurteilung der Bedürftigkeit im Rahmen des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege. Da die Bedürftigkeit jedoch auch beim Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu prüfen ist (BGer 5D_135/2011 vom 9. Februar 2011 E. 3.1), und zwar nach denselben Kriterien, kann auf die einschlägige Rechtsprechung und Literatur zur unentgeltlichen Rechtspflege verwiesen werden.

46 BGE 144 III 531 E. 4.1; 141 III 369 E. 4.1; 135 I 221 E. 5.1; 128 I 225 E. 2.5.1.

47 Zu den einzelnen Einkommenspositionen siehe BK-BÜHLER (Fn. 2), Art. 117 ZPO N 13 ff.; ZPOKomm-EMMEL (Fn. 2), Art. 117 ZPO N 6; BSK-RÜEGG/RÜEGG (Fn. 7), Art. 117 ZPO N 9 ff.

48 Im Einzelnen zu den massgebenden Vermögenswerten BK-BÜHLER (Fn. 2), Art. 117 ZPO N 68 ff.; ZPOKomm-EMMEL (Fn. 2), Art. 117 ZPO N 7.

49 BGE 144 III 531 E. 4.1; 120 Ia 179 E. 3a; BGer 4A_250/2019 vom 7. Oktober 2019 E. 2.1.1.

suchseinreichung entscheidend,⁵⁰ wobei für den Fall, dass der Gesuchsteller im Entscheidungszeitpunkt nicht (mehr) bedürftig ist, auf die Verhältnisse in diesem Zeitpunkt abgestellt werden darf.⁵¹ Zu beachten ist, dass in die Kalkulation nur die *tatsächlich* erwirtschafteten Mittel einfließen dürfen,⁵² mithin die Anrechnung von hypothetischem Einkommen oder Vermögen ausgeschlossen ist (sog. Effektivitätsgrundsatz).⁵³ Allenfalls kann der Verzicht auf die Erzielung von Einkünften und/oder die Veräusserung von Vermögen zur Rechtsmissbräuchlichkeit des Gesuchs führen (nachfolgend 7.). In der Praxis finden sich in einigen Kantonen Richtlinien, die den dortigen Gerichten als Leitlinie zur Beurteilung der Frage nach der Bedürftigkeit dienen sollen.⁵⁴

50 BGE 135 I 221 E. 5.1; 120 Ia 179 E. 3a; BGer 4A_326/2019 vom 4. Februar 2020 E. 3.3; zustimmend ZPOKomm-EMMEL (Fn. 2), Art. 117 ZPO N 4, mit dem Argument, damit könne verhindert werden, dass mit dem Gesuchsentscheid bis zum Hauptentscheid zugewartet werde, um dem Gesuchsteller im Falle der Zusprechung eines grösseren Betrages die unentgeltliche Rechtspflege mit dem Argument zu verweigern, es fehle nun an der Bedürftigkeit.

51 BGer 5A_58/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3.3.2; 5A_124/2012 vom 28. März 2012 E. 3.3.

52 BGE 135 I 221 E. 5.1 («ressources effectives»).

53 BGE 143 III 233 E. 3.4; BGer 4A_264/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3.1; BK-BÜHLER (Fn. 2), Art. 117 ZPO N 8; ZPOKomm-EMMEL (Fn. 2), Art. 117 ZPO N 5; DANIEL WUFFLI, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern, Zürich/St.Gallen 2015, Rz. 130; für das Einkommen und ohne Stellungnahme zum Vermögen BSK-RÜEGG/RÜEGG (Fn. 7), Art. 117 ZPO N 9; für das Vermögen und ohne (ausdrückliche) Stellungnahme zum Einkommen BGE 118 Ia 369 E. 4b, wobei aus der Formulierung, wonach «[a]uch» die Berücksichtigung von Vermögen voraussetze, dass solches im Zeitpunkt der Anhängigmachung des Prozesses vorhanden sein müsse, die Vermutung angestellt werden kann, dass selbige auch für das Einkommen gelten soll.

54 Obschon diese Richtlinien primär mit Blick auf die unentgeltliche Rechtspflege entwickelt wurden, können sie ohne Weiteres auch zur Beurteilung der Bedürftigkeit im Rahmen eines Verfahrens um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses herangezogen werden, stellt sich doch die Frage nach der Bedürftigkeit des Gesuchstellers in beiden Verfahren gleichermassen (vgl. BGer 5D_135/2011 vom 9. Februar 2011 E. 3.1).

Im Kanton Bern etwa sind diese Grundsätze im Kreisschreiben Nr. 1 der Zivilabteilung des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts festgehalten. Abrufbar unter: <https://www.justice.be.ch/justice/de/index/zivilverfahren/zivilverfahren/kreisschreiben.assetref/dam/documents/Justice/OG/de/KS_ZA/Kreisschreiben_1_mit_dem_Verwaltungsgericht_210911.pdf>.

Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses kann vom Gericht derweil nicht unter Verweis auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Inkassohilfe nach Art. 290 ZGB verneint werden, da diese einen vollstreckbaren Unterhaltstitel verlangt.⁵⁵ Ein solcher fehlt dem Gesuchsteller indes gerade, weshalb er eine Unterhaltsklage anstrengt.

5. *Zeitliche Dringlichkeit*

Obschon nicht explizit in Art. 261 ZPO erwähnt, ist allgemein anerkannt, dass die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nur bei zeitlicher Dringlichkeit erfolgen darf.⁵⁶ Die zeitliche Dringlichkeit ist zwar nahe mit dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil verwandt (oben B.III.4.), geht jedoch nicht vollumfänglich in diesem auf, was sich namentlich dann zeigt, wenn der Gesuchsteller mit der Stellung seines Massnahmebegehrens ungebührlich lange zuwartet.⁵⁷

Die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit dürfte bei Gesuchen um Leistung eines Prozesskostenvorschusses in aller Regel unproblematisch sein, insbesondere in jenen Konstellationen, in denen der Gesuchsteller bereits ein Hauptverfahren anhängig gemacht hat und ihm eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt wurde. Doch auch in Fällen, in welchen der Gesuchsteller noch kein Hauptverfahren anhängig gemacht hat, muss aufgrund der Natur des Unterhaltsanspruchs, der zur Bestreitung des Lebensunterhalts dienen soll, grundsätzlich dasselbe gelten.

6. *Verhältnismässigkeit*

Schliesslich muss die vorsorgliche Massnahme verhältnismässig⁵⁸ sein,⁵⁹ was sich implizit aus Art. 261 Abs. 2 ZPO ergibt. Denn für den Fall, dass die Gegenpartei angemessene Sicherheit leistet, kann

⁵⁵ OFK-GMÜNDER (Fn. 28), Art. 290 ZGB N 2; siehe auch Art. 4 InkHV (SR 211.214.32; Inkrafttreten per 1. Januar 2022).

⁵⁶ So etwa ZPOKomm-HUBER (Fn. 2), Art. 261 ZPO N 22; OFK-ROHNER/WIGET (Fn. 10), Art. 261 ZPO N 5; BSK-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 ZPO N 39; DIKEKomm-ZÜRCHER (Fn. 8), Art. 261 ZPO N 12.

⁵⁷ DIKEKomm-ZÜRCHER (Fn. 8), Art. 261 ZPO N 13.

⁵⁸ Von einigen Autoren unter dem Titel der «Notwendigkeit» abgehandelt; so etwa DIKEKomm-ZÜRCHER (Fn. 8), Art. 261 ZPO N 14 ff.

⁵⁹ BBI 2006 7221, 7354; ZPOKomm-HUBER (Fn. 2), Art. 261 ZPO N 23.

das Gericht von vorsorglichen Massnahmen absehen. Eine vorsorgliche Massnahme ist dann verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden (Art. 262 ZPO), sie das mildeste aller geeigneten Mittel darstellt (Erforderlichkeit)⁶⁰ und für die Gegenpartei zumutbar ist (Interessenabwägung).

Die Anordnung der Leistung eines Prozesskostenvorschusses ist zunächst geeignet, dem Kind die Möglichkeit zu verschaffen, die Verletzung seines Unterhaltsanspruchs zu beseitigen oder einer drohenden Verletzung dieses Anspruchs entgegenzuwirken. Überdies ist in solchen Fällen meist kein milderer Mittel ersichtlich, das zum gleichen oder zumindest zu einem vergleichbaren Ergebnis führen würde. Derweil kommt der Frage nach der Zumutbarkeit im vorliegenden Kontext keine eigenständige Bedeutung zu. Denn diese wird im Grunde bereits auf materieller Ebene beim Verfügungsanspruch geprüft (oben B.III.3.ee), womit Anspruch und Zumutbarkeit zusammenfallen und eine nochmalige Prüfung – unter anderem Titel – obsolet wird. Nach hier vertretener Ansicht ist die Zumutbarkeit des Prozesskostenvorschusses beim Volljährigenunterhalt damit nicht separat zu behandeln.

7. *Kein Rechtsmissbrauch*

Nach Art. 52 ZPO haben alle am Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben zu handeln. Infolgedessen ist ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen, wenn dieses mutwillig oder in rechtsmissbräuchlicher Weise gestellt wurde.⁶¹ Das trifft etwa dann zu, wenn der Gesuchsteller im Hinblick auf den zu führenden Prozess absichtlich auf Einkommen verzichtet oder Vermögen veräussert, um in den Genuss eines Prozesskostenvorschusses zu kommen.⁶²

60 DIKEKomm-ZÜRCHER (Fn. 8), Art. 261 ZPO N 15.

61 Für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege: BK-BÜHLER (Fn. 2), Vorbem. zu Art. 117–123 ZPO N 66; BSK-RÜEGG/RÜEGG (Fn. 7), Art. 117 ZPO N 19.

62 Für die unentgeltliche Rechtspflege BGE 143 III 233 E. 3.4; 126 I 165 E. 3b; ferner BK-BÜHLER (Fn. 2), Vorbem. zu Art. 117–123 ZPO N 66; ZPOKomm-EMMEL (Fn. 2), Art. 117 ZPO N 4; BSK-RÜEGG/RÜEGG (Fn. 7), Art. 117 ZPO N 8; WUFFLI (Fn. 53), Rz. 152 ff.

IV. Verhältnis zum Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege

In der Lehre und der Rechtsprechung wird einstimmig vertreten, dass das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ff. ZPO vorgehe (sog. Subsidiaritätsgrundsatz).⁶³ Dieser Ansicht ist zuzustimmen, wäre es doch nicht angebracht, dass der Staat für Prozesskosten aufkommen müsste, obwohl dem Prozessierenden ein Anspruch auf deren Bezahlung von einem Privaten zustünde.

C. Zuständigkeit

Nach Art. 304 Abs. 1 ZPO entscheidet über die vorläufige Zahlung das für die Beurteilung der Klage zuständige Gericht. Diese Bestimmung entspricht – mit Blick auf die *örtliche Zuständigkeit* – der Regelung von Art. 13 lit. a ZPO, derzufolge für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen das Gericht am Ort entscheidet, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist. Die Zuständigkeit am Hauptsachengerichtsstand ist zwingend; es bleibt mithin kein Raum für eine alternative Zuständigkeit nach Art. 13 lit. b ZPO.⁶⁴

Die *sachliche und funktionelle Zuständigkeit* bestimmt sich – sofern und soweit die Zivilprozessordnung nichts anderes bestimmt – nach dem kantonalen Recht (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Die Zivilprozessordnung schränkt die kantonale Autonomie dahingehend ein, dass infolge des anwendbaren summarischen Verfahrens (Art. 248 lit. d i. V. m. Art. 303 ZPO) das Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 lit. a ZPO). Im Kanton Bern ist zur Beurteilung des Gesuchs um Leistung eines Prozesskostenvorschusses erstinstanzlich das örtlich für die Behandlung der Unterhaltsklage zuständige Regionalgericht sachlich und funktionell zuständig (Art. 8 Abs. 1 des Einführungsgesetzes

⁶³ BGE 127 I 202 E. 3b; 119 Ia 134 E. 4; BGer 5A_362/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 3; BK-BÜHLER (Fn. 2), Vorbem. zu Art. 117–123 ZPO N 56; OFK-STEHLI (Fn. 28), Art. 272 ZGB N 3; WEINGART (Fn. 3), S. 681 f.

⁶⁴ BSK-MORET/STECK (Fn. 7), Art. 304 ZPO N 4.

zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung des Kantons Bern [EG ZSJ; BSG 271.1]).⁶⁵

D. Schuldnerschaft und prozessuale Auswirkungen

I. Problemstellung

Für den Prozesskostenvorschuss von besonderer Bedeutung ist die Frage, gegen *wen* das volljährige Kind sein Gesuch um Prozesskostenvorschuss stellen darf und muss, wer mithin *passivlegitimiert* ist. Unproblematisch ist demgegenüber die Aktivlegitimation. Das volljährige Kind ist ausschliesslich zur Geltendmachung des Volljährigenunterhalts berechtigt.

Wie bereits dargelegt, fliesst der Anspruch auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses materiell aus der Unterhaltspflicht der Eltern (oben B.III.3.b). Deshalb muss sich auch die Passivlegitimation in Bezug auf das Gesuch um Prozesskostenvorschuss gleich der Geltendmachung des (finanziellen) Unterhalts mittels Klage bestimmen.⁶⁶ Folglich gelangt auch beim Prozesskostenvorschuss Art. 279 ZGB zur Anwendung. Demnach kann das Kind entweder alternativ gegen Vater oder Mutter vorgehen oder aber den Prozesskostenvorschuss bei beiden Eltern gemeinsam einfordern. Entsprechend sind

65 Eine analoge Anwendung von Art. 13 Abs. 1 EG ZSJ, dem zufolge «[i]n hängigen Verfahren [...] das befassete Gericht über die Gewährung und den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege [entscheidet]», in jenen Fällen, da für die Hauptklage ein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen ist – was bei selbständigen Unterhaltsklagen die Regel darstellt (BSK-MORET/STECK [Fn. 7], Art. 304 ZPO N 6b) –, ist ausgeschlossen, da dies eine gegen die Zuständigkeitsordnung der Zivilprozessordnung verstossende Kompetenzattraktion zugunsten der Schlichtungsbehörde bedeuten würde. Richtig: OGer BE ZK 11 206 vom 7. Juli 2011.

66 Hierbei ist anzumerken, dass in Prozessen betreffend den Volljährigenunterhalt beide Elternteile ausschliesslich finanzielle Leistungen schulden können, zumal eine volljährige Person in der Regel keiner Betreuung mehr bedarf; so BGer 5A_179/2015 vom 29. Mai 2015 E. 6.1. Wohl ähnlich BK-HEGNAUER (Fn. 7), Art. 276 ZGB N 67.

die Eltern betreffend das Gesuch um Prozesskostenvorschuss passivlegitimiert.⁶⁷

Aus der grundsätzlichen Passivlegitimation der Eltern – wer schuldet – lässt sich indes nicht automatisch auf die *Art der Schuldnerschaft* – wie wird geschuldet – und damit auf die konkrete Geltendmachung des Prozesskostenvorschusses schliessen. In diesem Zusammenhang sind mehrere Möglichkeiten vorstellbar. Zunächst ist es denkbar, dass die Elternschaft eine gemeinschaftliche Schuldnerschaft begründet und die Eltern damit im Prozess eine notwendige Streitgenossenschaft bilden (sogleich II.). Liegt keine notwendige Streitgenossenschaft vor, so sind die Eltern im Umkehrschluss je einzeln – oder über eine einfache Streitgenossenschaft gemeinsam – einzuklagen. Diesfalls stellt sich die Folgefrage, ob die Unterhaltsforderung materiell betrachtet als Solidarschuld oder aber als Teilschuld zu qualifizieren ist (nachfolgend III.).

II. Gemeinschaftliche Schuld

Gemeinschaftliche Schuldnerschaft meint die Verpflichtung mehrerer Schuldner zu einer ungeteilten Leistung, die nur durch Zusammenwirken aller Schuldner erbracht werden kann.⁶⁸ Vom objektiven Recht wird diese Art der Schuldnerschaft allerdings nicht ausdrücklich vorgesehen.⁶⁹ Im hier zu betrachtenden Kontext ist denn auch nicht ersichtlich, wie sich eine gemeinschaftliche Schuld und

67 Der Beitrag geht nachfolgend davon aus, dass die Eltern des Kindes nie verheiratet waren oder aber geschieden sind. Ein Blick auf die Praxis zeigt nämlich, dass sich Prozesse betreffend den Volljährigenunterhalt vornehmlich zwischen nicht verheirateten bzw. geschiedenen Eltern abspielen.

68 INGBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. A., Bern 2020, Rz. 88.06; weiter auch PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 3694; BRIGITTA KRATZ, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Solidarität, Art. 143–150 OR, Bern 2015, Art. 143 OR N 95 (zit. BK-KRATZ); FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143–150 OR, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 143 OR N 65 (zit. ZK-KRAUSKOPF).

69 Siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 68), Rz. 3695; ZK-KRAUSKOPF (Fn. 68), Art. 143 OR N 67. Differenzierter SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 68), Rz. 88.07.

infolgedessen prozessrechtlich eine notwendige Streitgenossenschaft begründen liesse. Entsprechend wird eine solche vorliegend abgelehnt.

III. Solidarschuld oder Teilschuld

1. Ausgangslage

Mit der Feststellung, dass die Elternschaft keine gemeinschaftliche Schuldnerschaft begründet, ist einzig gesagt, dass dem Kind nicht ein einziges Forderungsrecht gegenüber beiden Eltern zusteht,⁷⁰ sondern gegenüber jedem Elternteil ein Forderungsrecht. Demgegenüber bleibt die Frage, wie sich die beiden Forderungsrechte zueinander verhalten. Konkret geht es um die Qualifizierung als Solidar- oder Teilschulden.

Ein Teil der Lehre⁷¹ und die Rechtsprechung⁷² verneinen eine Solidarschuld der Eltern, zumeist allerdings ohne nähere Begründung, und gehen – jedoch nur implizit – von einer Teilschuld aus. Diese

70 Anders ANDREAS VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I: Allgemeine Lehre und Personenrecht, Leipzig 1910, S. 121, der auch bei gemeinschaftlichen Schulden stets mehrere Forderungsrechte annimmt; demgegenüber wohl ähnlich wie hier EUGEN BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. A., Zürich 1988, S. 503 f.

71 Ausführlich CAROLINE B. MEYER, *Mündigenunterhalt in der Praxis: Verschulden des Kindes, Solidarhaftung der Eltern?*, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Bern 2011, S. 1271 ff., S. 1276; weiter PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, *Droit de la filiation*, 6. A., Genf/Zürich/Basel 2019, Rz. 1340; SABINE AESCHLIMANN/JONAS SCHWEIGHAUSER, in: Ingeborg Schwenzer/Roland Fankhauser (Hrsg.), *FamKomm Scheidung*, 3. A., Bern 2017, Allg. Bemerkungen zu Art. 276–293 ZGB N 72 (zit. FamKomm-VERFASSER/IN); BSK-FOUNTOULAKIS/BREITSCHMID (Fn. 20), Art. 277 ZGB N 25; siehe auch ANNETTE SPYCHER, «Solange das Kind minderjährig ist», in: Roland Fankhauser/Ruth E. Reusser/Ivo Schwander (Hrsg.), *Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Zürich/St. Gallen 2017, S. 521 ff., S. 535. Demgegenüber sprechen JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Unterhaltsverträge als Vollstreckungstitel im schweizerischen nationalen und internationalen Recht*, ZBJV 146/2010, S. 324 ff., S. 325, CHK-ROELLI (Fn. 5), Art. 276 N 2, und OFK-GMÜNDER (Fn. 28), Art. 276 ZGB N 2, ausdrücklich von Solidarität. Differenzierter BK-HEGNAUER (Fn. 7), Art. 276 ZGB N 65, welcher zwar in der Elternschaft (Grundverhältnis) Solidarität erblickt, nicht aber in Bezug auf die konkrete Leistungspflicht.

72 So BGER 5A_179/2015 vom 29. Mai 2015 E. 6.1; BGER 5A_643/2015 vom 15. März 2016 E. 7.1. Teilweise unklar ist hingegen BGE 141 III 401 E. 4.1, wo zwar

ablehnende Haltung soll nachfolgend einer einlässlichen Analyse unterzogen werden. Da Solidarität zwischen mehreren Leistungspflichtigen entsteht, wenn dies vertraglich vereinbart wurde oder objektivrechtlich vorgesehen ist (vgl. Art. 143 Abs. 1 und 2 OR), erfolgt die Untersuchung mit Blick auf die jeweiligen Entstehungsgründe.⁷³

2. *Vertragliche Vereinbarung*

Die Elternschaft ist als Rechtsverhältnis zu qualifizieren. Dies gilt selbst dann, wenn die Eltern weder verheiratet, verlobt noch in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben.⁷⁴ Indes reicht ein einfaches Rechtsverhältnis nicht aus, um Solidarität zu begründen. Vielmehr bedarf es einer vertraglichen Vereinbarung; mithin gegenseitig übereinstimmender Willenserklärungen (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR).⁷⁵

Wird zwischen dem volljährigen Kind und seinen Eltern ein Unterhaltsvertrag abgeschlossen, so kann in diesem ausdrücklich die Solidarschuldnerschaft der Eltern für die Unterhaltsleistungen vereinbart werden.⁷⁶ Allerdings wird es sich hierbei wohl eher um eine Ausnahmeerscheinung handeln.

Beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung kann Solidarität zwar auch durch konkludentes Verhalten begründet werden.⁷⁷ Indessen darf der einvernehmliche Zeugungsakt keinesfalls als konkludente Willenserklärung der Eltern zur solidarischen Unterstützung des Kindes verstanden werden. Eine anderweitige Ansicht wäre schlicht realitätsfremd und liesse sich kaum begründen.

in Anlehnung an HEGNAUER auf die Solidarität im Grundverhältnis hingewiesen wird, ohne aber die Folgen dieser Annahme zu thematisieren.

73 Ähnlich das Vorgehen bei MEYER (Fn. 71), S. 1276 f.

74 Dies ergibt sich etwa aus Art. 295 ZGB. Siehe dazu für das deutsche Recht JOACHIM GERNHUBER/DAGMAR COESTER-WALTJEN, Familienrecht, 7. A., München 2020, § 46 Rz. 1. Sind die Eltern verheiratet, überlagert das Rechtsverhältnis der Ehe aufgrund seiner weitergehenden Wirkungen dasjenige der Elternschaft; in diesem Sinne vgl. auch Art. 278 ZGB.

75 Statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 68), Rz. 3703.

76 Ähnlich auch MEYER (Fn. 71), S. 1276.

77 Etwa BUCHER (Fn. 70), S. 493; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 68), Rz. 3703. Aus der Rechtsprechung BGE 123 III 53 E. 5a; 116 II 707 E. 3.

3. *Gesetzliche Anordnung*

a) *Mögliche Grundlagen*

Als gesetzliche Grundlage für eine Solidarschuldnerschaft der Eltern kommt Art. 276 Abs. 2 ZGB in Betracht.⁷⁸ Demnach sorgen die Eltern gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes. Sie haben insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen zu tragen.

b) *Meinungsstand und kritische Betrachtung*

Wie bereits angeführt, verneinen ein Teil der Lehre und die Rechtsprechung eine solidarische Verpflichtung der Eltern gegenüber dem volljährigen Kind (oben D.III.1.). Als Begründung wird etwa angeführt, dass bei Solidarität ein Elternteil über seine Leistungsfähigkeit hinaus belangt werden könnte.⁷⁹

Nach hier vertretener Auffassung vermag diese Argumentation nicht vollends zu überzeugen. Denn es ist geradezu charakteristisch für die Solidarschuldnerschaft, dass ein Schuldner im Aussenverhältnis mehr leistet, als er verpflichtet wäre (vgl. auch Art. 144 Abs. 1 OR),⁸⁰ selbst wenn er dadurch in eine finanziell ungünstige Situation gerät. Dies muss weiter auch ungeachtet des Grundsatzes gelten, wonach dem Unterhaltsverpflichteten sein Existenzminimum zu belassen ist.⁸¹ Denn das Existenzminimum ist nur bei der individuellen Festsetzung des jeweiligen Unterhaltsbeitrages zu berücksichtigen. Durch die Annahme einer Solidarität würde daran nichts geändert werden, zumal dem zu viel leistenden Elternteil gegenüber dem anderen ein Regressrecht zustehen würde (vgl. Art. 148 Abs. 2 OR), wodurch – jedenfalls in der Theorie – kein Eingriff in das Existenzminimum erfolgt.

Auch wenn die Begründung der Lehre nicht zu überzeugen vermag, darf daraus nicht *per se* auf eine Solidarschuldnerschaft ge-

78 Ähnlich SPYCHER (Fn. 71), S. 535.

79 So SPYCHER (Fn. 71), S. 535, m. w. H.; STEPHAN WULLSCHLEGER, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), *FamKomm Scheidung*, 2. A., Bern 2012, Art. 285 N 64 (zit. *FamKomm-VERFASSER/IN*, 2. A.). Wohl ähnlich MEYER (Fn. 71), S. 1281.

80 Ähnlich BK-KRATZ (Fn. 68), Vorbem. zu Art. 143–150 OR N 210.

81 Zu diesem Grundsatz aus der jüngeren Rechtsprechung etwa BGE 144 III 502 E. 6.4; 141 III 401 E. 4.1.

geschlossen werden. Vielmehr muss Art. 276 Abs. 2 ZGB ausgelegt werden, da die Bestimmung im Unterschied zu diversen anderen Normen die Solidarität nicht ausdrücklich anordnet.⁸²

c) *Auslegung von Art. 276 Abs. 2 ZGB*

aa) Grammatikalisches Element

Art. 276 Abs. 2 ZGB weist zwei Satzelemente auf. Zum einen statuiert die Norm, dass die Eltern gemeinsam («ensemble»; «in comune») für den Unterhalt des Kindes zu sorgen haben, was nach einem allgemeinen Verständnis für eine Solidarschuldnerschaft sprechen könnte.⁸³ Zum anderen wird diese Auffassung aber durch das anschließende Satzelement «ein jeder nach seinen Kräften» («chacun selon ses facultés»; «ciascuno nella misura delle sue forze») wiederum relativiert. Denn dadurch entsteht der Eindruck, dass jeder Elternteil nur insoweit leistungspflichtig sein kann, als dieser dazu überhaupt in der Lage ist, mithin nicht mehr leisten muss, als er fähig ist. Letzteres Satzelement könnte als Argument gegen die Annahme von Solidarität vorgebracht werden. Ein gewisser sprachlicher Widerspruch innerhalb der Norm kann bei dem dargelegten Verständnis kaum geleugnet werden.

Indes muss bei Art. 276 Abs. 2 ZGB nicht zwingend von einem sprachlichen Widerspruch ausgegangen werden. So wäre nämlich auch eine andere grammatikalische Interpretation denkbar, welche die beiden Elemente zu einer einheitlichen Wertung zusammenführen würde:⁸⁴ Der Begriff «gemeinsam» kann als Regelung des Aussenverhältnisses bei der Solidarschuldnerschaft verstanden werden; beide

82 Zur Notwendigkeit der Auslegung im Falle fehlender expliziter Anordnung der Solidarität siehe ZK-KRAUSKOPF (Fn. 68), Art. 143 OR N 104, sowie BK-KRATZ (Fn. 68), Art. 143 OR N 235. Der nachfolgenden Auslegung liegt dabei der vom Bundesgericht praktizierte pragmatische Methodenpluralismus (dazu etwa BGE 145 III 63 E. 2.1) zugrunde.

83 Diverse Normen verbinden den Terminus «gemeinsam» mit einer solidarischen Haftung. Siehe namentlich Art. 50 Abs. 1 OR, Art. 403 Abs. 1 OR oder Art. 530 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 544 Abs. 3 OR. Demgegenüber sprechen etwa das deutsche BGB und das österreichische ABGB – bei welchen unbestritten eine Teilschuld angenommen wird – nicht von «gemeinsam», sondern von «anteilig» (§ 1606 Abs. 3 BGB und § 231 ABGB); dazu auch D.III.4. hiernach.

84 Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist nämlich nicht nur das einzelne Wort, sondern auch eine Wortverbindung zu deuten; siehe dazu KARL LARENZ,

Elternteile haben jeweils für den gesamten Unterhalt des Kindes aufzukommen. Demgegenüber könnte der anschliessende Teil «ein jeder nach seinen Kräften» das Innenverhältnis regeln und insoweit eine Abweichung von Art. 148 Abs. 1 OR statuieren, sodass die Eltern untereinander nach ihrer jeweiligen Leistungsfähigkeit zu beurteilen wären.

Folgt man dem letzteren sprachlichen Verständnis, so kann der Norm durchaus eine solidaritätsbegründende Wirkung zugesagt werden. Allerdings bleiben gewisse Zweifel bestehen.

bb) Historisches Element

Art. 276 Abs. 2 ZGB wurde im Rahmen der Revision des Kinderunterhaltsrechts auf den 1. Januar 2017 hin angepasst. Innerhalb des historischen Elements sind daher vornehmlich die Botschaft zur Revision sowie die entsprechenden parlamentarischen Beratungen zu analysieren.⁸⁵

Gemäss der Botschaft vom 29. November 2013 sollte mit der Anpassung von Art. 276 ZGB keine Änderung der materiellen Rechtslage erfolgen.⁸⁶ Entsprechend war mit dem Entwurf auch nicht beabsichtigt, die Schuldnerschaft der Eltern gegenüber der vorherigen Rechtslage zu ändern. Fraglich ist daher, was vor der Revision gegolten hat, zumal sich der Gesetzgeber hieran orientierte.⁸⁷ Betrachtet man zunächst die alte Fassung der Norm, so fällt auf, dass Art. 276 Abs. 1 aZGB lediglich von «die Eltern haben für den Unterhalt des Kindes aufzukommen» sprach. Diese Wortwahl impliziert bedeutend weniger stark eine Solidarität als der heutige Wortlaut (oben D.III.3.c.aa). Bis zum Erlass der Botschaft hatte sich das Bundesgericht

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. A., Berlin 1991, S. 320; ähnlich auch MÖLLERS (Fn. 6), § 4 Rz. 41.

⁸⁵ Siehe zu den Hilfsmitteln einer historischen Auslegung etwa ARTHUR MEIER-HAYOZ, in: Hans Becker (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, Art. 1 ZGB N 215.

⁸⁶ Vgl. BBl 2014 529, 571: Gewollt war die Änderung der Reihenfolge der Absätze, die Aufhebung des Verweises auf die Obhut als Kriterium für die Aufteilung der Unterhaltsleistungen zwischen den Eltern, die ausdrückliche Erwähnung der Betreuung des Kindes als Teil des Unterhalts und die Nennung des Anspruchs des Kindes auf gebührenden Unterhalt.

⁸⁷ Zur Relevanz der damaligen Lehre und Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Interpretation der Materialien siehe LARENZ (Fn. 84), S. 330.

noch nicht zur Schuldnerschaft der Eltern geäussert.⁸⁸ Demgegenüber wurde die Botschaft auf diverse Grundlagenwerke gestützt, in welchen – obschon die Botschaft hierauf nicht Bezug nahm – auch zur Solidarität der Eltern betreffend den Unterhalt Stellung genommen wurde.⁸⁹ Wenngleich die Frage der Solidarität von der damaligen Lehre nicht einheitlich beantwortet wurde, so sprach sich doch die wohl überwiegende Lehre gegen eine Solidarschuld und damit im Umkehrschluss – allerdings nicht ausdrücklich – für eine Teilschuld aus.⁹⁰ Insoweit liegt es nahe, dass beim Erlass der Botschaft nicht von einer Solidarschuldnerschaft der Eltern ausgegangen wurde und eine solche mit Art. 276 Abs. 2 ZGB auch nicht geschaffen werden sollte.

Nämliches ergibt sich auch aus den anschliessenden parlamentarischen Beratungen. Gemäss dem Votum von Bundesrätin Sommaruga war mit dem Passus «ein jeder nach seinen Kräften» einzig die Klärung der möglichen Aufteilung der Unterhaltsart und von deren Umfang gemeint –⁹¹ und nicht die Begründung einer Solidarschuld.

88 Die einschlägigen Entscheide BGer 5A_179/2015 vom 29. Mai 2015 E. 6.1 und 5A_643/2015 vom 15. März 2016 E. 7.1 ergingen erst rund zwei bis drei Jahre nach Erlass der Botschaft.

89 Vgl. das Literaturverzeichnis der Botschaft unter BBl 2014 529, 593 ff.

90 Gegen eine Solidarhaftung: FamKomm-WULLSCHLEGER (Fn. 79), 2. A., Art. 285 N 64; BK-HEGNAUER (Fn. 7), Art. 276 ZGB N 65; DENIS PIOTET, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (Hrsg.), *Commentaire romand, Code civil I*, Art. 1–359 CC, Basel 2010, Art. 276 ZGB N 17, wobei die beiden Letztgenannten Solidarität im Grundverhältnis annehmen, bezüglich der konkreten Leistungspflicht hingegen nicht. Für eine Solidarhaftung: PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, *Droit de la filiation*, 4. A., Genf 2009, Rz. 948 («il s'agit d'une obligation solidaire»), sowie PETER BREIT-SCHMID, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*: Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 4. A., Art. 276 ZGB N 8 und Art. 277 ZGB N 25.

91 Siehe Votum Sommaruga, Amtliches Bulletin, NR, Sommersession, 1233: «Dabei wird ausdrücklich festgehalten, dass die Eltern gemeinsam für den Unterhalt des Kindes zu sorgen haben, allerdings jeder Elternteil nach seinen Kräften. Auf diese Weise ist es möglich, dass sich die Eltern verständigen, wer welche Art von Unterhalt – das heisst Pflege, Erziehung, finanzielle Leistungen – erbringt und in welchem Umfang diese Leistungen jeweils erbracht werden.» Ebenso das Votum Engler, Amtliches Bulletin, SR, Wintersession, 1124: «Dafür, also für den gebührenden Unterhalt, sind beide Elternteile, ein jeder nach seinen Kräften, gemeinsam verantwortlich. Das erlaubt, dass sich die Eltern auch in Zukunft auf den jeweiligen Anteil werden verständigen können.»

In den gesamten parlamentarischen Beratungen wurde auch nie eine Solidarität thematisiert.

Das historische Element spricht nach dem Ausgeführten tendenziell – aber nicht abschliessend – gegen eine Solidarschuld der Eltern.

cc) Systematisches Element

Art. 276 Abs. 2 ZGB steht einerseits unter dem Abschnitt «Die Unterhaltspflicht der Eltern», andererseits unter der Marginalie «Gegenstand und Umfang».

Aus der formalen Einordnung⁹² kann geschlossen werden, dass sich Art. 276 Abs. 2 ZGB zunächst mit dem *Gegenstand* der Unterhaltspflicht und damit dem Gegenstand des entsprechenden Forderungsrechts des Kindes befasst.⁹³ Gegenstand – oder auch Inhalt –⁹⁴ des Forderungsrechts ist die Leistung.⁹⁵ Die geschuldete Leistung der Eltern wird dabei durch Art. 276 Abs. 1 ZGB näher bestimmt. Sie besteht in Pflege, Erziehung und Geldzahlung. Abs. 2 der Norm präzisiert die Geldzahlung insoweit, als diese insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen erfasst. Demgegenüber bezieht sich der *Umfang* der Unterhaltspflicht grundsätzlich auf die Höhe der zu erbringenden Leistung.⁹⁶ Art. 276 Abs. 2 ZGB kann dabei so verstanden werden, dass die maximale Höhe der Leistung auf die Leistungsfähigkeit jedes Elternteils beschränkt wird.

Die Überschrift des Abschnitts und die Marginalie lassen nach dem Ausgeführten den Schluss zu, dass sich Art. 276 Abs. 2 ZGB zwar dazu äussert, was in welcher Höhe zu leisten ist. Indes kann der formalen Einordnung nichts zugunsten einer Solidarschuldnerschaft der Eltern entnommen werden.

92 Die formale Einordnung wird auch als äusseres System des Rechts bezeichnet, so etwa SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, Art. 1 ZGB N 250 (zit. BK-VERFASSEN/IN).

93 Leistungspflicht und Forderungsrecht sind mithin korrelative Begriffe; siehe auch HANS MERZ, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erster Teilbd., Basel 1984, S. 49.

94 So etwa ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979, S. 45, m. w. H.

95 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 68), Rz. 35.

96 Siehe dazu auch VON TUHR/PETER (Fn. 94), S. 51.

Fraglich ist weiter, ob sich aus dem inneren System des Rechts, d. h. aus dem «funktionale[n] Zusammenspiel der Rechtsnormen nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers»⁹⁷, Solidarität aufdrängt. In diesem Zusammenhang wird etwa angemerkt, dass der Gesetzgeber in anderen Konstellationen Solidarität anordnet, in denen die Beteiligten in tatsächlicher Hinsicht weit weniger stark verbunden sind als bei der Elternschaft.⁹⁸ Indes wird in diesen angeführten Fällen die Solidarität vom Gesetzgeber ausdrücklich statuiert. Es würde daher zu weit gehen, im Sinne eines *argumentum a maiore ad minus* von der ausdrücklich angeordneten Solidarität bei in tatsächlicher Hinsicht schwächeren Verbindungen auf implizit angeordnete Solidarität bei stärkerer Verbundenheit zu schliessen. Entsprechend wird hier die Auffassung vertreten, dass sich dem inneren System des Rechts nichts zur Frage der Solidarität entnehmen lässt.

dd) Teleologisches Element

Beim teleologischen Element ist in der vorliegenden Konstellation nicht allein auf den Zweck von Art. 276 Abs. 2 ZGB abzustellen. Vielmehr muss auch die *ratio legis* der Solidarität an sich berücksichtigt werden.⁹⁹ Dies rechtfertigt sich umso mehr, als sich aus dem Zweck von Art. 276 Abs. 2 ZGB im Vergleich zu den vorherigen Auslegungselementen keine weiterführenden Schlüsse ziehen lassen.

Die Solidarität bezweckt – vereinfacht zusammengefasst – die Besserstellung des Gläubigers gegenüber mehreren Schuldern,¹⁰⁰ indem Ersterer von allen Schuldnern die Leistung verlangen kann und diese so lange verpflichtet bleiben, bis die Leistung vollständig erfüllt wurde.¹⁰¹ Eine solche Besserstellung erfolgt aber nicht generell und in jeder Konstellation mit mehreren Schuldnern. Denn nach der Recht-

97 BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER (Fn. 92), Art. 1 ZGB N 255.

98 So MEYER (Fn. 71), S. 1280, m. H. auf verschiedene Normen, bei welchen Solidarität angenommen wird.

99 So wohl auch BK-KRATZ (Fn. 68), Vorbem. zu Art. 143–150 OR N 312.

100 Siehe hierzu im Zusammenhang mit dem Haftpflichtrecht auch KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1995, § 10 Rz. 12 und Rz. 24. Die Solidarschuld ist für den Gläubiger günstiger, die Teilschuld schon demgegenüber den Schuldner; so GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Fn. 74), § 45 Rz. 54.

101 Vgl. etwa ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., Zürich 1974, S. 297.

sprechung¹⁰² und der überwiegenden Lehre¹⁰³ bildet die Solidarität die Ausnahme und die Teilschuld die Regel. Im Rahmen der Auslegung darf infolgedessen die Ausnahme in der Regel nicht durch eine zu weite Auslegung zum Grundsatz werden.¹⁰⁴ Das teleologische Element führt in dieser Betrachtungsweise zwar nicht zu einem eindeutigen Ergebnis. Jedoch verstärkt es diejenigen Auslegungselemente, die ihrerseits gegen eine Solidar- und für eine Teilschuldnerschaft sprechen.

4. *Ergebnis und rechtsvergleichende Betrachtung*

Die Auslegung hat ergeben, dass das grammatikalische Element zwar für eine Solidarität zwischen den Eltern spricht, jedoch das historische und vornehmlich das systematische Element einen gegenteiligen Schluss nahelegen. Das Prinzip, wonach die Teilverpflichtung den Grundsatz und die Solidarität die Ausnahme bildet, ist bei Art. 276 Abs. 2 ZGB im Rahmen des teleologischen Elements zugunsten der Teilschuldnerschaft zu berücksichtigen. Insgesamt gelangt man sonach zum Ergebnis, dass Art. 276 Abs. 2 ZGB eine Teilschuld und nicht eine Solidarschuld begründet.

Zum gleichen Ergebnis führt auch eine rechtsvergleichende Betrachtung.¹⁰⁵ So hat sich etwa der deutsche Gesetzgeber dazu entschieden, in § 1606 Abs. 3 BGB die Teilschuld bei Unterhaltsverpflichtungen ausdrücklich zu normieren («haften anteilig»)¹⁰⁶. Desgleichen hat sich der österreichische Gesetzgeber in § 231 ABGB für eine Teil-

102 BGE 116 II 707 E. 3; ferner BGER 4A_599/2010 vom 14. Februar 2011 E. 3.2 sowie BGE 49 III 205 E. 4.

103 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 68), Rz. 3688; MERZ (Fn. 93), S. 100; BK-KRATZ (Fn. 68), Art. 143 OR N 91; ferner auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 68), Rz. 88.05. Anders demgegenüber ZK-KRAUSKOPF (Fn. 68), Art. 143 OR N 55 ff., der eine Vermutung zugunsten der Teilschuld ablehnt.

104 Ähnlich LARENZ (Fn. 84), S. 356; MÖLLERS (Fn. 6), § 4 Rz. 123. Zurückhaltender indes BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER (Fn. 92), Art. 1 ZGB N 353.

105 Zur Rechtsvergleichung im Rahmen der Auslegung siehe auch BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER (Fn. 92), Art. 1 ZGB N 314 ff.

106 Dazu auch GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Fn. 74), § 45 Rz. 54; JENS LANGHEINE, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10: Familienrecht II, §§ 1589–1921 BGB, 8. A., München 2020, § 1606 BGB N 6.

schuld und damit gegen eine Solidarschuld ausgesprochen («anteilig beizutragen»¹⁰⁷).

IV. Konsequenzen für das Verfahren betreffend den Prozesskostenvorschuss

1. *Prozesskostenvorschuss als Teilschuld*

Infolge der Teilschuldnerschaft der Eltern kann das Kind gegenüber jedem Elternteil nur denjenigen Unterhaltsbetrag geltend machen, welcher auf diesen entfällt.¹⁰⁸ Wenn also der monatliche Bedarf des Kindes bei CHF 1000.00 liegt und die Leistungsfähigkeit bei den Eltern jeweils auf CHF 500.00 festgelegt wird, kann das Kind jeden Monat von jedem Elternteil CHF 500.00 verlangen. Nicht eindeutig ist nun aber – im Gegensatz zur Solidarschuldnerschaft¹⁰⁹ –, wie sich diese Teilschuldnerschaft auf den Prozesskostenvorschuss auswirkt. Denn im Unterschied zum soeben exemplifizierten monatlich geschuldeten Unterhalt ist ein Prozesskostenvorschuss in der Regel nicht wiederholt zu erbringen.

Der Prozesskostenvorschuss ist eine einmalige Unterhaltsleistung gemäss Art. 286 Abs. 3 ZGB.¹¹⁰ In der Lehre wird diesbezüglich zu Recht die Meinung vertreten, dass auch dieser von den Eltern anteilmässig entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit zu tragen

107 Siehe JOHANNES STABENTHEINER/MICHAEL REITER, in: Rummel/Lukas, Kommentar ABGB, 4. A., Wien 2014, § 231 ABGB N 36.

108 Im Ergebnis ebenso BGer 5A_643/2015 vom 15. März 2016 E. 7.1 und 5A_179/2015 vom 29. Mai 2015 E. 6.1.

109 Würde man bei der Unterhaltspflicht eine Solidarschuldnerschaft annehmen, so könnte das unterhaltsberechtignte Kind den gesamten Unterhalt bei einem Elternteil einfordern. Desgleichen würde für den Prozesskostenvorschuss gelten. Das heisst, derjenige Elternteil, der eingeklagt wird, müsste aufgrund der Solidarität auch den gesamten Prozesskostenvorschuss allein tragen. Anschliessend wäre dann im Innenverhältnis ein Regressverfahren (Unterhalt sowie Prozesskostenvorschuss) zu führen.

110 BSK-FOUNTOULAKIS/BREITSCHMID (Fn. 20), Art. 286 ZGB N 15; FamKomm-AESCHLIMANN (Fn. 71), Art. 286 ZGB N 22; ferner – allerdings noch zum alten Recht – BK-HEGNAUER (Fn. 7), Art. 286 ZGB N 84.

sei.¹¹¹ Mithin gelten für die einmaligen Unterhaltsleistungen die gleichen Prinzipien wie für den «normalen» Unterhalt. Folglich stellt auch der Prozesskostenvorschuss eine Teilschuld jedes Elternteils dar.

Dies hat zur Folge, dass bei einem Prozess, in welchem nur ein Elternteil betreffend den Volljährigenunterhalt eingeklagt und ein Gesuch um Prozesskostenvorschuss gestellt wird,¹¹² der in Anspruch genommene Elternteil nur entsprechend seiner Leistungsfähigkeit den Prozess vorfinanzieren muss.¹¹³ Um den Anteil am Prozesskostenvorschuss allerdings bestimmen zu können, hat das Gericht im Rahmen des summarischen Verfahrens insbesondere die Leistungsfähigkeit – als Voraussetzung innerhalb des Verfügungsanspruchs (oben B.III.3.b.ee.2.) – beider Eltern zu eruieren.

2. *Folgen für das Gesuch*

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, hat das gesuchstellende Kind unter anderem die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten zu behaupten und glaubhaft zu machen (oben B.III.3.a i. V. m. b.ee.2.). Aus der Qualifizierung des Prozesskostenvorschusses als unterhaltsrechtliche Teilschuld folgt zunächst, dass das Kind nicht nur die Leistungsfähigkeit des eingeklagten Elternteils behaupten muss, sondern diejenige beider Eltern, sofern es den gesamten Prozess finanziert haben möchte.¹¹⁴ Indes ist es auch zulässig, dass das Kind

111 Siehe den Hinweis bei SAMUEL ZOGG, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen, FamPra 2019, S. 1 ff., S. 31, mit Verweis auf FamKomm-AESCHLIMANN (Fn. 71), Art. 286 ZGB N 22 und N 25; weiter auch BSK-FOUNTOULAKIS/BREITSCHMID (Fn. 20), Art. 286 ZGB N 15a.

112 Die Gründe, weshalb ein Kind nur einen Elternteil einklagen will, können vielfältig sein (z.B. wenn ein Elternteil im Ausland lebt oder zu einem Elternteil eine stärkere emotionale Bindung besteht als gegenüber dem anderen); siehe dazu auch MEYER (Fn. 71), S. 1275 f.

113 Ebenso BGer 5A_442/2016 vom 7. Februar 2017 E. 7.2.
Beispiel: Die Eltern X und Y sind gegenüber dem Kind Z für dessen Unterhalt je zu 50 Prozent leistungspflichtig. Z klagt in der Folge nur X ein. Die voraussichtlichen Prozesskosten (Gerichtskosten sowie Rechtsbeistand) betragen CHF 5000.00. Entsprechend seiner Leistungsfähigkeit könnte X höchstens zu einem Prozesskostenvorschuss im Umfang von CHF 2500.00 verurteilt werden.

114 So allgemein für den Volljährigenunterhalt BGer 5A_643/2015 vom 15. März 2016 E. 7.1; 5A_179/2015 vom 29. Mai 2015 E. 6.1. Zur Relativierung dieses Grundsatzes siehe den sogleich folgenden Abschnitt.

vorbringt, ein Elternteil – zumeist der nicht eingeklagte – sei nicht leistungsfähig. Denn diesfalls kann der Prozesskostenvorschuss nur vom leistungsfähigen Elternteil entsprechend seinen finanziellen Verhältnissen übernommen werden.¹¹⁵ So oder anders ist es aber unerlässlich, dass das Kind nicht nur die jeweiligen Tatsachen vorträgt, sondern diese glaubhaft macht, indem es – soweit möglich – die notwendigen Beweismittel einreicht. In Betracht kommen etwa Lohnausweise, Kontoauszüge und Steuererklärungen der Eltern. Gestützt hierauf wird es dem Gericht in der Regel möglich sein, die Leistungsfähigkeit der Eltern summarisch zu bestimmen und folglich die Verteilung des Prozesskostenvorschusses festzulegen.

Zu klären bleibt indes, ob sich das Kind in seinem Gesuch generell zur Leistungsfähigkeit bzw. Leistungsunfähigkeit beider Elternteile äussern muss oder ob es sich – wenn es nur einen Teil des Prozesses finanziert haben möchte – auf diejenige des in Anspruch genommenen Elternteils beschränken kann. Nach hier vertretener Auffassung können die jeweiligen Teilschulden nur unter Berücksichtigung der finanziellen Situation beider Elternteile festgelegt werden.¹¹⁶ Die grundsätzliche Leistungsfähigkeit eines Ehegatten darf nämlich nicht dazu führen, dass dieser vollumfänglich für den Prozesskostenvorschuss aufkommen muss, obschon es dem anderen Elternteil ebenfalls möglich wäre, sich daran zu beteiligen.¹¹⁷ Dies hat zur Folge, dass das Kind in seinem Gesuch die Leistungsfähigkeit beider Elternteile bzw. die Leistungsunfähigkeit eines Elternteils behaupten und glaubhaft machen muss. Kommt es dem nicht nach, so

115 Das heisst derweil aber nicht, dass der leistungsfähige Elternteil den gesamten Prozesskostenvorschuss leisten müsste, sondern nur einen solchen, der seiner Leistungsfähigkeit entspricht. Übersteigt der begehrte Prozesskostenvorschuss die Leistungsfähigkeit des einzig leistungsfähigen Elternteils, ist das Gesuch in der Regel dahingehend auszulegen, dass das Kind in diesem Umfang ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt.

116 Vgl. dazu in Bezug auf den Volljährigenunterhalt im Allgemeinen etwa BSK-FOUNTOLAKIS/BREITSCHMID (Fn. 20), Art. 277 ZGB N 15; OFK-GMÜNDER (Fn. 28), Art. 277 ZGB N 5. Siehe ferner auch BK-HEGNAUER (Fn. 7), Art. 277 ZGB N 110; MEIER/STETTLER (Fn. 71), Rz. 1373.

117 Ähnlich wie hier ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Unterhalt für mündige Kinder: aktuelle Fragen, recht 2010, S. 69 ff., S. 72.

erscheint einzig eine Abweisung des Gesuchs als angemessen.¹¹⁸ Denn ohne die tatsächlichen Grundlagen betreffend die Leistungsfähigkeit zu kennen, ist es dem Gericht nicht möglich, die Anteile der Eltern am Prozesskostenvorschuss zu bestimmen.

3. *Mitwirkung des eingeklagten Elternteils*

Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn das Kind selbst keinen Zugang zu den relevanten Finanzdokumenten hat, welcher es zum Behaupten und Glaubhaftmachen der Leistungsfähigkeit bedarf. Hierbei handelt es sich wohl gar um den Regelfall, wird doch der eingeklagte Elternteil meist nicht von sich aus dem Kind die notwendigen Unterlagen zur Verfügung stellen. Allerdings erwächst dem Kind daraus kein Nachteil. Soweit der eingeklagte Elternteil über die notwendigen Dokumente verfügt, hat er gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO auf Antrag des Kindes¹¹⁹ die notwendigen Unterlagen in den Prozess einzubringen.¹²⁰ Aus diesem Grund weist das Gericht bei der Zustellung des Gesuchs an den eingeklagten Elternteil korrekterweise darauf hin, dass dieser sämtliche Dokumente einzureichen habe (vgl. Art. 161 Abs. 1 ZPO).¹²¹ Handelt der eingeklagte Elternteil in der Folge dieser Mitwirkungslast zuwider, folgt daraus aber keine Umkehr der Beweislast. Vielmehr ist das Verhalten des in Anspruch genommenen Elternteils nach Art. 164 ZPO im Rahmen der Beweiswürdi-

¹¹⁸ Ebenso im Zusammenhang mit dem eherechtlichen Prozesskostenvorschuss WEINGART (Fn. 3), S. 686.

¹¹⁹ Das Kind hat die Dokumente des eingeklagten Elternteils – auf welche es sein Gesuch stützen will – möglichst genau zu bezeichnen (z. B. Lohnausweis aus dem Jahr X, Auszüge der Bankkonti per Y) und deren Edition zu beantragen; vgl. BSK-SCHMID (Fn. 7), Art. 160 ZPO N 23, sowie ZPOkomm-HASENBÖHLER (Fn. 2), Art. 160 ZPO N 13.

¹²⁰ Vgl. in anderem Zusammenhang auch TARKAN GÖKSU, Wieviel Einkommen, welches Vermögen – Auskunftspflicht und Editionsflächen von Ehegatten und Dritten, in: Alexandra Rumo-Jungo/Christiana Fountoulakis/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Symposium zum Familienrecht, Der neue Familienprozess, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 109 ff., S. 113. Die Mitwirkungspflicht wird sodann auch aus Art. 8 ZGB abgeleitet, siehe etwa ALEXANDRA JUNGO, Zürcher Kommentar, Beweislast Art. 8 ZGB, 3. A., Zürich 2018, Art. 8 ZGB N 299 (zit. ZK-JUNGO), m. H. auf BGE 139 III 13 E. 3.2.

¹²¹ Siehe auch – allerdings in anderem Zusammenhang – den Hinweis bei PHILIPP MAIER, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, FamPra 2019, S. 818 ff., S. 840.

gung – zu seinen Ungunsten – zu berücksichtigen.¹²² Indes muss das Gericht bei fehlender Mitwirkung nicht automatisch auf die Richtigkeit der Tatsachenbehauptungen des Kindes schliessen.¹²³ Die Verweigerungshaltung des eingeklagten Elternteils stellt insoweit nur ein Indiz unter mehreren dar.¹²⁴ Da bei Verfahren betreffend den Prozesskostenvorschuss die nicht eingereichten Dokumente aber in der Regel die einzigen Beweismittel sind, welche die Leistungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit beurteilen lassen, muss nach hier vertretener Ansicht vom Nichteinreichen der notwendigen Dokumente durch den eingeklagten Elternteil auf eine bestehende Leistungsfähigkeit geschlossen werden; denn wer wirklich nicht leisten kann, der hat normalerweise ein Interesse, dies mit den entsprechenden Dokumenten darzulegen. Wenn der eingeklagte Elternteil also in der Stellungnahme seine Leistungsfähigkeit pauschal bestreitet, ohne – vollständige – Unterlagen beizulegen, oder wenn er gar keine Stellungnahme einreicht, muss dies vollumfänglich zu seinen Ungunsten gewürdigt und er letztlich als leistungsfähig betrachtet werden.

Reicht der eingeklagte Elternteil keine Stellungnahme oder keine Dokumente ein, ist durch das Beweisergebnis der Leistungsfähigkeit noch nicht geklärt, in welchem Umfang der eingeklagte Elternteil leistungsfähig ist. Denn «leistungsfähig» bedeutet lediglich, dass man sich grundsätzlich aus finanzieller Sicht am Prozesskostenvorschuss beteiligen kann. Unproblematisch ist dies in jenen Fällen, in welchen das Kind in seinem Gesuch die Leistungsfähigkeit des eingeklagten Elternteils genau beziffert. Diese Behauptung kann im Anschluss an die Beweiswürdigung als wahr unterstellt werden. Anschliessend kann das Gericht die Anteile am Prozesskostenvorschuss entsprechend dem Beweisergebnis festsetzen. Schwieriger ist es hingegen, wenn das Kind – was wohl den Regelfall bilden dürfte – die finanziellen Verhältnisse des eingeklagten Elternteils nicht im Einzelnen und detail-

122 Gleiches wird im Übrigen auch bei der Verletzung der Mitwirkungspflicht gemäss Art. 8 ZGB vertreten, siehe ZK-JUNGO (Fn. 120), Art. 8 ZGB N 302; BK-WALTER (Fn. 92), Art. 8 ZGB N 320.

123 So BGE 140 III 264 E. 2.3. Siehe auch FRANZ HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. I: Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Zürich 2015, Rz. 4.37.

124 ZPOKomm-HASENBÖHLER (Fn. 2), Art. 164 ZPO N 6; BK-RÜETSCHI (Fn. 2), Art. 164 ZPO N 5; DIKEKomm-HIGI (Fn. 8), Art. 164 ZPO N 4. Ähnlich auch BGE 143 III 624 E. 5.2.3.

liert behauptet. Diesfalls ist es für das Gericht beinahe unmöglich, den jeweiligen Anteil der Eltern am Prozesskostenvorschuss festzulegen. Zu weit gehen würde sicherlich die pauschale Annahme, dass in solchen Fällen die Eltern den Prozesskostenvorschuss je zur Hälfte zu tragen haben. Denn so würde letztlich der übermässig leistungsfähige Elternteil profitieren, welcher bei Vorliegen aller Dokumente den Prozesskostenvorschuss zu mehr als 50 Prozent zu tragen hätte, dessen umfangmässige Leistungsfähigkeit jedoch aufgrund der Verweigerung der Mitwirkung nicht festgestellt werden kann. Eine solche Annahme wäre für den finanziell sehr gut gestellten eingeklagten Elternteil geradezu ein Anreiz, sich im Verfahren betreffend das Gesuch um Prozesskostenvorschuss passiv zu verhalten; könnte er sich so doch teilweise einer anteiligen Leistungspflicht entziehen. Eine umfassend befriedigende Lösung dieses Problems ist nicht ersichtlich. Nach hier vertretener Auffassung bietet es sich an, die Verweigerung bei der Mitwirkung beweismässig so zu würdigen, dass der entsprechende Elternteil massiv leistungsfähiger ist als der andere Elternteil und den Prozesskostenvorschuss daher allein zu tragen hat.

E. Präjudizierung und Anspruchsprüfung

I. Ausgangslage

Das Verfahren betreffend den Prozesskostenvorschuss wurde bereits an anderer Stelle als vorsorgliche Massnahme qualifiziert (oben B.II.). Demnach erwächst der Entscheid hierüber grundsätzlich nicht in materielle Rechtskraft, und das Gericht ist beim Verfahren in der Hauptsache nicht an denselben gebunden.¹²⁵ Mithin wird der Entscheid in der Hauptsache über den Volljährigenunterhalt durch die Beurteilung des Prozesskostenvorschusses auch nicht präjudiziert.¹²⁶ Ungeachtet dessen hat der Richter im Verfahren betreffend den Prozesskostenvorschuss sowie in demjenigen in der Hauptsache grund-

¹²⁵ Dazu BSK-SPRECHER (Fn. 7), Art. 268 ZPO N 6, sowie CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016, Rz. 7.61. Siehe aus der Rechtsprechung auch BGE 141 III 376 E. 3.3.4.

¹²⁶ So in anderem Zusammenhang BGE 141 III 376 E. 3.4, bestätigt in BGer 5A_54/2017 vom 10. August 2017 E. 2.3.

sätzlich denselben Streitgegenstand zu beurteilen.¹²⁷ Hier wie dort geht es letztlich um die Prüfung der materiellen Voraussetzungen des Volljährigenunterhalts.¹²⁸ Dass hierin ein gewisses Konfliktpotenzial zu erblicken ist, weil die Parteien nach dem Prozesskostenvorschussentscheid an der «Offenheit» des Verfahrensausgangs in der Hauptsache zweifeln könnten, ist kaum zu leugnen.¹²⁹ Jedoch handelt es sich dabei nicht um eine Besonderheit beim Prozesskostenvorschuss. Vielmehr muss das Gericht generell bei der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen eine Prognose in der Hauptsache treffen, ohne aber den Endentscheid vorwegzunehmen.¹³⁰ Die Problematik wird freilich dadurch relativiert, dass dem Verfahren betreffend den Prozesskostenvorschuss und demjenigen in der Hauptsache einerseits ein unterschiedliches Beweismass – glaubhaftmachen gegenüber Regelbeweismass – zugrunde liegt und andererseits unterschiedliche Verfahrensarten – summarisches gegenüber vereinfachtem Verfahren – zur Anwendung gelangen.¹³¹

II. Mögliches Vorgehen

Das Verhältnis des Verfahrens betreffend den Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme und dem Verfahren in der Hauptsache ist nach dem Dargelegten – zumindest in der Theorie – eindeutig. Unklar ist aber, wie in der Praxis diese Grundlagen beim Prozesskostenvorschuss zu handhaben sind. Nachfolgend soll eine mögliche Vorgehensweise aufgezeigt werden:

127 WUFFLI (Fn. 53), Rz. 569. Siehe auch den allgemeinen Hinweis bei LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 125), N 7.61.

128 In diesem Sinne auch DANIEL WUFFLI/DAVID FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 680, m. H. auf BGER 5P.184/2005 vom 18. Juli 2005 E. 1.3 und 3.2. Vgl. weiter den Hinweis bei BK-BÜHLER (Fn. 2), Vorbem. zu Art. 117–123 ZPO N 56.

129 Siehe hierzu auch den Hinweis bei BGE 131 I 113 E. 3.4.

130 Der Gesetzgeber nimmt das damit verbundene Konfliktpotenzial sogar in personeller Hinsicht ausdrücklich in Kauf, wenn er das Mitwirken beim Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen und in der Hauptsache nicht als Ausstandsgrund erachtet (siehe Art. 47 Abs. 2 lit. d ZPO).

131 In diesem Sinne auch BGER 5A_54/2017 vom 10. August 2017 E. 2.3.

Tatbestandselemente des Volljährigenunterhalts sind – wie schon dargelegt (oben B.III.3.b) – neben einem Unterhaltsbedarf das Fehlen einer angemessenen Ausbildung sowie die Zumutbarkeit der Unterhaltsleistung für die Eltern. Namentlich bei der Prüfung der Zumutbarkeit kommt dem Gericht nach konstanter Rechtsprechung in mehrfacher Hinsicht ein grosses Ermessen zu.¹³² Dies gilt umso mehr für die Beurteilung der persönlichen Beziehung zwischen Elternteil und Kind.¹³³ Nach hier vertretener Auffassung entziehen sich aber die Feststellung und die Würdigung von zwischenmenschlichen Beziehungen einer lediglich summarischen Prüfung. Vielmehr hat sich das Gericht einlässlich mit der Eltern-Kind-Beziehung auseinanderzusetzen. Dies kann typischerweise nur im Rahmen des Verfahrens in der Hauptsache erfolgen. Aus diesem Grund erscheint es als zweckmässiger, beim Verfahren betreffend den Prozesskostenvorschuss primär auf die finanziellen Verhältnisse – die sich ohne Würdigung irgendeiner Beziehung objektiv feststellen lassen – abzustellen. Das heisst letztlich, dass das Gericht Einkommen und Vermögen aller Beteiligten prüft und diese seinem Entscheid zugrunde legt (sog. wirtschaftliche Komponente). Demgegenüber kann es hinlängliche persönliche Beziehungen zwischen dem Kind und dem eingeklagten Elternteil (sog. persönliche Komponente) grundsätzlich unterstellen.

Die hier dargestellte Vorgehensweise hat mehrere Konsequenzen. Zum einen kann sich das Gericht bei der Beurteilung auf objektive Faktoren – Urkunden – stützen, was dem summarischen Verfahren eher entspricht. Zum anderen bleibt das Verfahren in der Hauptsache in den Augen der Parteien weiterhin offen.

132 Siehe BGer 5A_129/2019 vom 10. Mai 2019 E. 2.2; 5A_776/2016 vom 27. März 2017 E. 4; 5A_179/2015 vom 29. Mai 2015 E. 3.4; 5A_503/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 3.3.4.

133 Treffend BGE 113 II 374 E. 2: «Ob sich ein Kind schuldhaft und in schwerwiegender Weise seinen familienrechtlichen Pflichten entzieht, kann nicht abstrakt, sondern muss im Blick auf die konkrete Situation und in Beachtung sämtlicher Umstände beurteilt werden.»

F. Wirkungen des Entscheids im Hauptverfahren auf den Prozesskostenvorschuss

I. Ausgangslage

Da der Entscheid über den Prozesskostenvorschuss das Verfahren in der Hauptsache nicht präjudiziert, können die jeweiligen Beurteilungen divergieren. Beispielsweise ist es denkbar, dass ein Prozesskostenvorschuss zugesprochen wird, sich im Hauptverfahren jedoch zeigt, dass die Leistung von Unterhalt unzumutbar ist. Nachfolgend ist daher zu untersuchen, was mit dem Prozesskostenvorschuss nach dem Entscheid in der Hauptsache geschieht.

II. Wirkungen

1. *Vorläufige Natur des Vorschusses*

Bisweilen wird vertreten, dass, was unter der Herrschaft der vorsorglichen Massnahme geleistet wurde, grundsätzlich nicht zurückerstattet werden müsse.¹³⁴ Im vorliegenden Kontext kann dieser Auffassung allerdings nicht gefolgt werden. Denn Gegenstand der hier interessierenden vorsorglichen Massnahme ist der «Vorschuss» der – vollständigen oder teilweisen – Kosten des Unterhaltsprozesses. Wer letztlich die Prozesskosten zu tragen hat und wie hoch diese ausfallen, kann im Zeitpunkt des Entscheids über die Leistung eines Prozesskostenvorschusses noch nicht definitiv feststehen. Der Prozesskostenvorschuss ist daher zwingend vorläufiger Natur und soll dem volljährigen Kind primär den Zugang zum Gericht ermöglichen.¹³⁵ Daher sind namentlich – im Unterschied zu einer definitiven Leistung – eine Rückerstattung als auch eine Anrechnung an die Unterhaltsbeiträge, an die dem Kind zu entrichtende Parteientschädigung oder an von diesem vorgeschossene Gerichtskosten nicht *per se* ausgeschlossen.

¹³⁴ Vgl. etwa BSK-SPRECHER (Fn. 7), Art. 268 ZPO N 32, m. H. auf die kantonale Praxis; ebenso OFK-ROHNER/WIGET (Fn. 10), Art. 268 ZPO N 4.

¹³⁵ Zum Zweck des Prozesskostenvorschusses als Zugang zum Gericht auch BGE 146 III 203 E. 6.3 sowie BGER 5A_217/2018 vom 7. Juni 2018 E. 1.3.1.

2. *Mögliche Fallgruppen*

a) *Überblick*

Die Konstellationen, in welchen sich die Frage der Rückerstattung oder der Anrechnung der Prozesskosten stellt, können nach hier vertretener Ansicht in Fallgruppen unterteilt werden. Zu unterscheiden sind die Fälle des vollständigen Obsiegens (sogleich a), des vollständigen Unterliegens (nachfolgend b) und des teilweisen Obsiegens/teilweisen Unterliegens (c).

b) *Vollständiges Obsiegen in der Hauptsache*

Dringt das volljährige Kind mit seiner Unterhaltsklage vollständig durch, sind die Prozesskosten dem oder den beklagten Elternteilen aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der oder die Unterliegenden haben daher dem Kind zunächst eine Parteientschädigung zu entrichten (vgl. auch Art. 111 Abs. 2 ZPO). Diese oder ein Teil davon wurde indes mit der Leistung des Prozesskostenvorschusses bereits zu einem früheren Zeitpunkt bezahlt. Parteientschädigung und Prozesskostenvorschuss sind daher zu verrechnen.¹³⁶ Seitens des oder der Unterliegenden kann unter diesem Titel nur eine allfällige höher zugesprochene Parteientschädigung geschuldet sein.

Vergleichbar gestaltet sich die Rechtslage betreffend die Gerichtskosten. Diese sind von der kostenpflichtigen Partei der anderen zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO), also von dem oder den Unterliegenden dem Kind. Mit der Leistung des Prozesskostenvorschusses haben sich der oder die Pflichtigen des Gerichtskostenvorschusses aber wirtschaftlich bereits an den Prozesskosten beteiligt. Somit hat diesbezüglich ebenfalls eine Verrechnung stattzufinden. Übersteigen derweil die effektiven Gerichtskosten den Gerichtskostenvorschuss, ist der Fehlbetrag direkt bei dem oder den Unterliegenden einzufordern (vgl. Art. 111 Abs. 1 ZPO).

c) *Vollständiges Unterliegen in der Hauptsache*

Gelangt das Gericht im Hauptverfahren zum Ergebnis, dass infolge fehlender Voraussetzungen keine materielle Unterhaltspflicht

¹³⁶ Dazu auch – im Zusammenhang mit dem ehelichen Prozesskostenvorschuss – BGE 146 III 203 E. 6.3, m. H. auf WEINGART (Fn. 3), S. 681.

besteht und damit überhaupt kein Volljährigenunterhalt geschuldet ist, ist das volljährige Kind die unterliegende Partei und muss die Prozesskosten vollständig tragen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diesfalls wäre der Prozesskostenvorschuss ohne Grund erbracht worden. Den entsprechenden Betrag müssen der oder die Leistenden zurückfordern können.¹³⁷ Als materielle Grundlage für die Rückerstattung kommt dabei Art. 62 OR in Betracht.¹³⁸

Fraglich ist derweil, wie dieser Anspruch auf Rückerstattung durchzusetzen ist. Nach hier vertretener Ansicht ist dieser Anspruch in einem selbständigen Verfahren geltend zu machen.¹³⁹ Denn der Prozesskostenvorschuss ist eine (vorläufige) materielle Unterhaltszahlung. Im Unterschied zur Verrechnung bei vollständigem Obsiegen ist eine Rückerstattung dieser Zahlung im Rahmen der Liquidation der Prozesskosten nicht möglich, weshalb ein selbständiges Rückerstattungsverfahren einzuleiten ist. Allerdings steht es dem oder den Obsiegenden frei – wenn zulässig –, eine Widerklage auf Rückerstattung des vollständigen oder teilweisen Prozesskostenvorschusses in der Klageantwort betreffend den Unterhaltsprozess zu stellen.

d) *Teilweises Obsiegen und teilweises Unterliegen
in der Hauptsache*

Komplexer präsentiert sich die Rechtslage, wenn das volljährige Kind mit seiner Unterhaltsklage nur teilweise durchdringt. Hier stellt sich die Frage, ob und – wenn ja – in welchem Umfang eine Rückerstattung geschuldet ist. Eine abstrakte Beschreibung des Vorgehens erscheint hier – im Unterschied zu den vorherigen Konstellationen – nicht möglich. Denn es ist beispielsweise vorstellbar, dass zwar der vom Kind beantragte Unterhaltsbeitrag vom Gericht nur in geringerem Umfang zugesprochen wird, weshalb es insoweit als unterliegend gilt,

137 Ähnlich beim ehelichen Prozesskostenvorschuss BGE 146 III 203 E. 6.3, m. H. auf Urteil des Kantonsgerichts Waadt vom 20. Februar 1992, in: SJZ 89/1993 S. 306. Siehe auch schon BGE 66 II 70 E. 3.

138 Siehe dazu – allerdings in Bezug auf vorsorgliche Unterhaltszahlungen im Allgemeinen – ZPOKomm-SCHWEIGHAUSER (Fn. 2), Art. 303 ZPO N 27; zu aArt. 281 ZGB: BK-HEGNAUER (Fn. 7), Art. 281–284 ZGB N 45; weiter auch ZOGG (Fn. 4), S. 98.

139 In diesem Sinne wohl auch DIKEKomm-PFÄNDER BAUMANN (Fn. 8), Art. 303 ZPO N 11.

der Prozesskostenvorschuss mit Blick auf die Leistungsfähigkeit der Eltern aber dennoch als angemessen erscheint. Ebenso ist der umgekehrte Fall denkbar: Der begehrte Volljährigenunterhalt wird zugesprochen, der Prozesskostenvorschuss erscheint nach eingehender Beurteilung jedoch als zu hoch. In diesen Fällen zeigt sich, dass Prozesskostenvorschusspflicht und abschliessende Kostenverteilung nicht korrelieren.¹⁴⁰ Gelöst werden können diese Konstellationen nur mit einer Einzelfallbetrachtung.

III. Anrechnung an den Unterhalt im Besonderen

Obsiegt das volljährige Kind vollständig oder zumindest teilweise, stellt sich zudem die Frage, ob es sich den geleisteten Prozesskostenvorschuss an die Unterhaltsbeiträge anrechnen lassen muss. Konkret geht es um die Frage, ob der oder die Unterhaltsverpflichteten die Unterhaltsbeiträge proportional kürzen können, bis der Betrag des Prozesskostenvorschusses erreicht ist.

Für Scheidungsverfahren wird diesbezüglich bisweilen festgehalten, dass der geleistete Vorschuss auf güterrechtliche und/oder zivilprozessuale Gegenforderungen des anderen Ehegatten angerechnet werden könne.¹⁴¹ Eine solche Ansicht scheint aber für den vorliegenden Zusammenhang als nicht zutreffend. Denn im Unterschied zum Scheidungsverfahren bestehen im Kindesunterhaltsverfahren keine Gegenforderungen der Eltern. Zudem stellt der Prozesskostenvorschuss eine einmalige Unterhaltsleistung dar (oben D.IV.1.). Als solche ist er grundsätzlich – soweit nicht in das Existenzminimum eingegriffen wird – neben dem ordentlichen Unterhalt geschuldet. Eine Anrechnung fällt daher nach hier vertretener Ansicht ausser Betracht.

140 Weitergehend wohl BGE 146 III 203 E. 6.4: «Sodann ist dem Obergericht zwar darin beizupflichten, dass die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an den Ehegatten in keinem Zusammenhang mit der ausgangsgemässen Kostenverlegung im Scheidungsprozess steht.»

141 So etwa BGer 5P.419/2001 vom 12. März 2002, E. 1; BK-BÜHLER (Fn. 2), Art. 117 ZPO N 39; WEINGART (Fn. 3), S. 680.

G. Erkenntnisse/Fazit

Die vorliegende Untersuchung führt im Wesentlichen zu den folgenden Erkenntnissen:

1. Ein volljähriges Kind kann auf Gesuch hin von seinen Eltern (oder auch bloss von einem Elternteil) im Hinblick auf einen Unterhaltsprozess die Leistung eines Prozesskostenvorschusses verlangen. Die Gutheissung dieses Gesuchs stellt eine vorsorgliche Massnahme dar. Einschlägige Verfahrensbestimmungen sind Art. 303 ZPO als *lex specialis* und Art. 261 ZPO, der die allgemeinen Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen statuiert.
2. Neben dem erwähnten Gesuch bedarf es zur Anordnung der Leistung eines Prozesskostenvorschusses der Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs, der vorliegend in der elterlichen Unterhaltspflicht gründet. Weiter hat der Gesuchsteller den Verfügungsgrund glaubhaft zu machen, das heisst darzulegen, dass der ihm zustehende Unterhaltsanspruch verletzt oder eine Verletzung desselben zu befürchten ist. Überdies muss die Anordnung in zeitlicher Hinsicht dringlich sowie verhältnismässig sein. Schliesslich darf das Gesuch nicht in rechtsmissbräuchlicher Absicht gestellt worden sein.
3. Die Auslegung von Art. 276 Abs. 2 ZGB ergibt, dass die Eltern gegenüber dem Kind für Unterhaltszahlungen (und damit auch für den Prozesskostenvorschuss) Teil- und nicht Solidarschuldner sind. Die Rechtsnatur der Unterhaltsschuld als Teilschuld hat zur Folge, dass das Kind gegenüber jedem Elternteil nur denjenigen Unterhaltsbeitrag geltend machen kann, welcher auf den jeweiligen Elternteil entfällt. Gleiches gilt für den Prozesskostenvorschuss. Da der Umfang der Teilschuld des jeweiligen Elternteils nur unter Berücksichtigung der finanziellen Situation beider Elternteile bestimmt werden kann, hat das Kind in seinem Gesuch – selbst wenn es nur einen Elternteil in Anspruch nimmt – die Leistungsfähigkeit beider Elternteile bzw. die Leistungsunfähigkeit eines Elternteils zu behaupten und glaubhaft zu machen. Die Eltern trifft gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO eine Mitwirkungsobliegenheit.

4. Der Prozesskostenvorschuss ist vorläufiger Natur, weshalb den Eltern oder dem in Anspruch genommenen Elternteil bei vollständigem Unterliegen des Kindes im Unterhaltsprozess ein Anspruch auf Rückerstattung aus ungerechtfertigter Bereicherung zusteht. Bei teilweisem oder vollständigem Obsiegen des Kindes muss sich dieses den Prozesskostenvorschuss an seine Forderungen gegen die Eltern bzw. den Elternteil aus dem Prozess (Parteientschädigung, Rückerstattung Gerichtskosten) anrechnen lassen. Eine Anrechnung an den Unterhalt fällt indes ausser Betracht.