

BGE 148 III 270

Bundesgericht (BGE), 2022-01-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148 III 270](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148_III_270)

FR: ATF 148 III 270

IT: DTF 148 III 270

Regeste

Regeste Art. 131a Abs. 2 und Art. 289 Abs. 2 ZGB; Passivlegitimation bei der Abänderungsklage für Kindesunterhalt im Bevorschussungsfall; Gegenstand der Subrogation; das bevorschussende Gemeinwesen ist aus materiellen Gründen nicht passivlegitimiert (Änderung der Rechtsprechung). Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung (E. 2). Standpunkte in der Lehre (E. 3). Erwägungen des angefochtenen Entscheides (E. 4). Beschwerdevorbringen (E. 5). Frage eines nachträglichen Parteiwechsels ist gegenstandslos (E. 6.1). Dienende Funktion des Prozessrechts (E. 6.2). Keine gesetzgeberischen Anhaltspunkte für einen Übergang des Unterhalts-Stammrechtes an das Gemeinwesen bei der Subrogation (E. 6.3). Keine Gefährdung der Interessen des Gemeinwesens (E. 6.4). Teleologische Auslegung von Art. 289 Abs. 2 ZGB (E. 6.5). Recht auf Schuldneranweisung als übergehendes Nebenrecht (E. 6.6). Gemeinwesen subrogiert nur in die tatsächlich bevorschussten einzelnen Unterhaltsbeiträge; Prozessparteien des Abänderungsverfahrens sind deshalb das Kind oder sein Vertreter und der Unterhaltsschuldner (E. 6.7). Jedoch geht das Klagerecht für tatsächlich bevorschusste Beiträge auf das Gemeinwesen über (E. 6.8). Voraussetzungen für eine Änderung der Rechtsprechung, welche vorliegend erfüllt sind (E. 7).

Erwägungen

E. 1

(...) Gegenstand der Beschwerde bildet in erster Linie die Frage der Passivlegitimation bei der Abänderungsklage, wenn die Unterhaltsbeiträge bevorschusst werden. Im angefochtenen Entscheid wird unter Verwerfung der Kernaussagen der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (dazu E. 2) gestützt auf die betreffende Kritik in der Lehre (dazu E. 3) mit ausführlichen Erwägungen begründet, wieso die Alimentenbevorschussung nicht dazu führt, dass bei der vom Unterhaltsgläubiger angestregten Abänderungsklage nicht das Kind allein, sondern dieses gemeinsam mit dem Gemeinwesen einzuklagen wäre (dazu E. 4). Dies gibt Anlass, die Thematik einer erneuten Prüfung zu unterziehen (dazu E. 6).

E. 2

Bevorschusst das Gemeinwesen familienrechtliche Unterhaltsbeiträge, subrogiert es gestützt auf Art. 131a Abs. 2 oder Art. 289 Abs. 2 ZGB in den Unterhaltsanspruch. Kernpunkt ist dabei die Frage, was Gegenstand der Subrogation ist und was dies für die Sachlegitimation bei Unterhaltsklagen bedeutet, namentlich für die Passivlegitimation bei der Abänderungsklage, wenn der Unterhaltsschuldner ein Herabsetzungs- oder Aufhebungsbegehren stellt. Die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung hierzu lässt sich wie folgt zusammenfassen: BGE 137 III 193 lag der Fall zugrunde, dass die kantonalen Instanzen dem bevorschussenden Gemeinwesen verweigerten, gegen den säumigen

Elternteil eine Schuldneranweisung gemäss Art. 291 ZGB zu verlangen, dies mit der Begründung, die Bevorschussung betreffe die Vergangenheit, die Schuldneranweisung hingegen die Zukunft, weshalb sie bei der Subrogation nicht als Nebenrecht habe auf das Gemeinwesen übergehen können. Das Bundesgericht hielt demgegenüber dafür, dass die Möglichkeit der Schuldneranweisung dem bevorschussenden Gemeinwesen angesichts des sich aus der Botschaft zur Revision des Kindesverhältnisses ergebenden Willens des Gesetzgebers (Botschaft vom 5. Juni 1974 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Kindesverhältnis], BBl 1974 II 64 f.) und der herrschenden Meinung zustehen müsse, und es versuchte dies in E. 3.8 des Entscheides rechtsdogmatisch damit zu erklären, dass die Subrogation nicht nur die vom Gemeinwesen effektiv vorschussweise geleisteten Unterhaltsbeiträge umfasse, BGE 148 III 270 S. 274 sondern der Anspruch auf Unterhalt bzw. das Stammrecht als solches den Gegenstand der Subrogation gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB bilde. Im Urteil 5A_634/2013 vom 12. März 2014 E. 4.1 bestätigte das Bundesgericht die Sichtweise, dass die Subrogation auch zukünftige Unterhaltsleistungen umfasse, von denen feststehe, dass sie bevorschusst würden, und hielt fest, bei nur teilweiser Subrogation (d.h. wenn das Gemeinwesen nicht den gesamten zivilrechtlichen Unterhalt bevorschusst) brauche es deshalb eine Koordination dahingehend, dass sich eine vom Unterhaltsschuldner eingereichte Abänderungsklage gegen das Kind und das Gemeinwesen gemeinsam richten müsse. Im Urteil 5A_499/2015 vom 20. Januar 2016 E. 2.3 schützte das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz, dass bei Bevorschussung des gesamten Unterhaltes sich die Abänderungsklage exklusiv gegen das Gemeinwesen zu richten habe und eine gegen das Kind eingereichte Abänderungsklage mangels Passivlegitimation abzuweisen sei, wobei es die Auffassung vertrat, dass diese Prüfung angesichts der für Kindesunterhalt geltenden Untersuchungsmaxime von Amtes wegen vorzunehmen und eine Einlassung seitens des Kindes nicht möglich sei. In BGE 143 III 177 bekräftigte das Bundesgericht den - in BGE 137 III 193 im Kontext mit der Schuldneranweisung, welche als Nebenrecht auf das bevorschussende Gemeinwesen übergehe, geäusserten - Gedanken, wonach Gegenstand der Subrogation nach Art. 289 Abs. 2 ZGB nicht nur die effektiv bevorschussten, sondern auch die künftigen Unterhaltsleistungen seien, deren Bevorschussung bereits bewilligt sei. Damit werde der Grundsatz durchbrochen, wonach der Zedent der Adressat von Willenserklärungen des Schuldners bleibe, welche das Schuldverhältnis als Ganzes betreffen, und die Subrogation in das Stammrecht habe insofern "überschiessende Wirkung", als die Einwirkungsmöglichkeiten des Gemeinwesens bei der Abänderungsklage nicht auf die tatsächlich bevorschussten oder noch zu bevorschussenden Unterhaltsansprüche beschränkt seien. Dennoch tangiere die Subrogation die Gestaltungsrechte und prozessualen Befugnisse des Kindes hinsichtlich des Dauerschuldverhältnisses nicht, sondern dieses bleibe bei der Abänderungsklage selbst dann neben dem Gemeinwesen passivlegitimiert, wenn jenes in zeitlicher und quantitativer Hinsicht vollständig in den Unterhaltsanspruch subrogiert habe. Überdies befand das Bundesgericht, BGE 148 III 270 S. 275 dass Unterhaltsbeiträge nur dann und insoweit bereits auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Abänderungsklage herabgesetzt werden könnten, als keine Bevorschussung stattgefunden habe, denn mit einer rückwirkenden Herabsetzung würde auch die Subrogation und damit der Rechtsgrund für die bereits erfolgte Bevorschussung wegfallen. In den seitherigen Urteilen 5A_643/2016 vom 21. Juni 2017, 5A_847/2018 vom 6. Dezember 2019, 5A_694/2019 vom 24. Februar 2020, 5A_943/2019 vom 29. April 2020 (indirekt, Rückweisung) sowie 5D_211/2019 vom 29. Mai 2020 bestätigte das

Bundesgericht die Sichtweise, wie sie in BGE 143 III 177 zum Ausdruck kam, und hielt dafür, dass bei Bevorschussung des Unterhalts zufolge Subrogation das Kind und das Gemeinwesen gemeinsam einzuklagen seien, ansonsten es an der Passivlegitimation fehle und die Abänderungsklage des Unterhaltsschuldners abgewiesen werden müsse. Im Urteil 5A_694/2019 vom 24. Februar 2020 befand das Bundesgericht ausserdem, die Erwägung der Vorinstanz, bei der in BGE 143 III 177 vorgegebenen gemeinsamen Passivlegitimation handle es sich um eine notwendige Streitgenossenschaft, sei jedenfalls nicht unhaltbar.

E. 3

In der Lehre ist dieser Rechtsprechung und insbesondere BGE 143 III 177 heftige Kritik erwachsen.

E. 3.1

Diese betrifft zunächst die Aussage in BGE 143 III 177 E. 6.3.5 und E. 6.4, dass die Unterhaltsbeiträge nicht rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Klageeinreichung herabgesetzt werden dürften, weil ansonsten die Grundlage der bereits erfolgten Bevorschussung nachträglich wegfalle. Die Kritik geht dahin, dass der Abänderungsentscheid ein Gestaltungsurteil sei, das auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung bzw. der Rechtshängigkeit zurückwirke, zumal sich der Unterhaltsanspruch und dessen Höhe aus dem materiellen Recht ergäben (AEBI-MÜLLER/DROESE, Das Kind, der Staat und der Vorschuss, das Bundesgericht und die Passivlegitimation im Abänderungsverfahren bei Bevorschussung des Kindesunterhalts durch das Gemeinwesen, in: Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, 2018, S. 3 und 14). Mit der abweichenden Ansicht in BGE 143 III 177 werde dem Unterhaltsschuldner, welcher aufgrund verminderter Leistungsfähigkeit zu Recht auf Abänderung klage, zugemutet, während des ganzen, sich möglicherweise über Jahre hinziehenden BGE 148 III 270 S. 276 Abänderungsverfahrens unter seinem Existenzminimum zu leben und weiterhin klaglos zu hohem Unterhalt zu leisten, weil nur diesfalls er rückwirkend auf die Klageeinleitung eine Herabsetzung verlangen könne, während dies demjenigen Unterhaltsschuldner, welcher seine Leistungen ganz oder teilweise einstelle und damit eine Bevorschussung auslöse, versagt bleibe, was nicht einsichtig sei und Rechtsungleichheit schaffe (MANI, Praxisprobleme bei der Alimentenbevorschussung und der Vollstreckung von Unterhaltsbeiträgen [nachfolgend: Praxisprobleme], FamPra.ch 2018 S. 947 f.). In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass die Zession zu keiner Verschlechterung der Stellung des Schuldners führen dürfe und alle Zweifelsfragen zu dessen Gunsten zu entscheiden seien (AEBI-MÜLLER/DROESE, a.a.O., S. 14). Der Schwerpunkt der geäußerten Kritik betrifft im Folgenden aber primär die Sichtweise, wonach die Subrogation nicht auf die effektiv bevorschussten Unterhaltsbeiträge beschränkt bleibe, sondern das Stammrecht als solches auf das Gemeinwesen übergehe, soweit die Bevorschussung für künftigen Unterhalt bewilligt sei, dass aber dennoch gleichzeitig auch das Kind passivlegitimiert bleibe und sich deshalb die Abänderungsklage in der Höhe der Bevorschussung gegen dieses und das Gemeinwesen als gemeinsam Passivlegitimierte richten müsse (dazu E. 3.2-3.4).

E. 3.2

In rechtsdogmatischer Hinsicht wird darauf hingewiesen, dass die betreffenden Annahmen das bisherige Verständnis der Subrogation sprengen würden; nach klassischem Verständnis der Legalzession würden die effektiv bevorschussten Forderungen übergehen (AEBI-MÜLLER/DROESE, a.a.O., S. 16 ff.; MANI, Praxisprobleme, a.a.O., S. 945 ff., je

m.w.H.; AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, ZBJV 154/2018 S. 621). Dies komme im deutschen und italienischen Wortlaut von Art. 131a Abs. 2 ZGB, welcher unverändert aus dem im Zusammenhang mit der Scheidungsrechtsrevision erlassenen aArt. 131 Abs. 3 ZGB übernommen worden sei, deutlich zum Ausdruck, indem der Forderungsübergang nur "soweit" bzw. "nella misura in cui" stattfinde, als tatsächlich eine Bevorschussung erfolgt sei. Dieser jüngere Wortlaut müsse auch für die Auslegung der identischen Regelung in Art. 289 Abs. 2 ZGB bestimmend sein (AEBI-MÜLLER/DROESE, a.a.O., S. 13). Im Übrigen ergebe sich die Stellung des bevorschussenden Gemeinwesens aus dem Privatrecht und für die Legalzession nach Art. 289 Abs. 2 ZGB seien die zessionsrechtlichen Regeln nach Art. 166 ff. BGE 148 III 270 S. 277 OR analog anwendbar (AEBI-MÜLLER/DROESE, a.a.O., S. 13 f.). Die öffentlich-rechtliche Bevorschussungsverfügung habe mit dem Forderungsübergang nichts zu tun; die damit verbundene Bewilligung für die nächsten zwölf Monate entspreche einem Sachzwang, stelle aber noch keine Unterstützungsleistung dar und stehe unter dem Vorbehalt sich verändernder Verhältnisse (MANI, Praxisprobleme, a.a.O., S. 945 f.).

E. 3.3

Neben den dogmatischen Bedenken gegen einen Übergang des Stammrechtes im Rahmen der Subrogation wird in der Lehre bemängelt, dass sich der zwangsweise Einbezug des Gemeinwesens in den Abänderungsprozess zivilprozessual nicht einordnen lasse und das Bundesgericht eine diesbezügliche Erklärung vermissen lasse, indem es in stets anderer Formulierung vage davon spreche, dass Kind und Gemeinwesen "nebeneinander" passivlegitimiert seien (BGE 143 III 177 E. 6.3.3) bzw. über eine "geteilte Passivlegitimation" (E. 6.3.4) bzw. gar über eine "konkurrierende Passivlegitimation" verfügen würden (E. 6.3.5) bzw. dass das bevorschussende Gemeinwesen "an der Passivlegitimation des Kindes teilhaben" müsse (E. 6.3.6). Im Einzelnen wird Folgendes festgehalten: Eine notwendige Streitgenossenschaft gemäss Art. 70 Abs. 1 ZPO könne nicht vorliegen, weil hier aus materiell-rechtlichen Gründen nur eine gemeinsame Verfügung über den Streitgegenstand möglich sei, während das Bundesgericht in BGE 143 III 177 E. 6.3.3 betone, dass das Kind "seine Gestaltungsrechte und prozessualen Befugnisse hinsichtlich des Dauerschuldverhältnisses" weiterhin allein ausüben können müsse. Eine einfache Streitgenossenschaft nach Art. 71 ZPO könne ebenfalls nicht vorliegen, weil sie durch eine Mehrheit von Streitgegenständen gekennzeichnet sei, welche für jede Partei anders entschieden werden könnten, und sie insbesondere auf Freiwilligkeit beruhe, was den Aussagen in BGE 143 III 177 widerspreche; auch sei fraglich, ob für das Gemeinwesen überhaupt die Bestimmungen über die Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gälten und im Sinn von Art. 71 Abs. 2 ZPO die gleiche Verfahrensart zur Anwendung gelange. Für eine Beiladung fehle die prozessrechtliche Grundlage, was auch in BGE 143 III 177 erwähnt werde. Die Nebenintervention im Sinn von Art. 74 ZPO komme zur Durchsetzung der subrogierten Ansprüche nicht in Frage, weil die Nebenintervenientin gerade nicht selbst sachlegitimiert sei und nicht über den Streitgegenstand verfügen dürfe. Die Streitverkündung passe BGE 148 III 270 S. 278 ebenfalls nicht, weil alsdann gemäss Art. 71 Abs. 3 ZPO grundsätzlich zwei unabhängige Verfahren zu führen wären und das Kind im Fall des Unterliegens keine zivilrechtliche Regressforderung gegen das Gemeinwesen habe (AEBI-MÜLLER/DROESE, a.a.O., S. 25 ff.; MANI, Praxisprobleme, a.a.O., S. 944 f.). Weiter wird darauf hingewiesen, dass dem auf Abänderung klagenden Unterhaltsschuldner oft (noch) gar nicht bekannt sei, dass die Alimente bevorschusst würden, er folglich einzig den Unterhaltsgläubiger einklage und

damit die Abweisung der Abänderungsklage zufolge fehlender Passivlegitimation riskiere, wenn sich die Tatsache der Bevorschussung während des hängigen Verfahrens herausstelle. Sodann wird auch bemerkt, dass sich während des hängigen Abänderungsprozesses die Sachlegitimation ändern könnte, wenn der Unterhaltsschuldner seine Zahlungen ganz oder teilweise einstelle und es neu zu einer Alimentenbevorschussung komme, weil die Zivilprozessordnung weder den nachträglichen Prozessbeitritt noch die Beiladung kenne (AEBI-MÜLLER/DROESE, a.a.O., S. 29; MANI, Praxisprobleme, a.a.O., S. 948 f.; BACHOFNER, Wie komme ich zu meinem Geld?, Zur Durchsetzung von familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen, in: Der Familienprozess, 10. Symposium zum Familienrecht 2019, 2020, S. 165; GEISER, Rechtsprechungs Panorama Familienrecht, AJP 2021 S. 87). Genau dies ist übrigens der Fall bei BGE 148 III 296 ; dort hat das Obergericht des Kantons Bern in konsequenter Anwendung von BGE 143 III 177 die Abänderungsklage ab dem Zeitpunkt der Bevorschussung, welche während des hängigen Verfahrens aufgenommen wurde, nicht mehr zur materiellen Entscheidung zugelassen, sondern mangels Passivlegitimation abgewiesen, obwohl es vor- und nachher um das identische Kindes (unterhalts)verhältnis ging. Sodann wird in der Lehre auch die Frage aufgeworfen, weshalb es einzig für den Unterhaltspunkt selbst zu einem "merkwürdigen Dreiparteienverfahren" kommen soll, während das bevorschussende Gemeinwesen für alle weiteren im gleichen Verfahren geltend gemachten und die Unterhaltspflicht direkt beeinflussenden Punkte wie Obhut und Betreuungsanteile offensichtlich nicht am Verfahren beteiligt werde (AEBI-MÜLLER/DROESE, a.a.O., S. 31; ZWAHLEN, Passivlegitimation bei der Herabsetzung von bevorschussten Unterhaltsbeiträgen [nachfolgend: Passivlegitimation], BE N'ius 2016 Nr. 18 S. 36). BGE 148 III 270 S. 279

E. 3.4

Schliesslich wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch aus der Sicht der bevorschussenden Stellen des Gemeinwesens kritisiert. Dabei wird angeführt, dass erstens die betreffenden Stellen nicht über die personellen Kapazitäten zur zwangsweisen Mitwirkung in Abänderungsverfahren aufweisen, zumal diese je nachdem auch ausserkantonale oder sogar in einem anderen Sprachraum geführt würden, dass zweitens sie in einen subtilen Interessenkonflikt geraten, indem das Kind an möglichst hohen, die Bevorschussungsstelle aber an sich an möglichst tiefen Unterhaltsbeiträgen interessiert ist, wobei diesbezüglich auch gewisse Interessengegensätze zwischen Alimentenbevorschussung und Sozialhilfe entstehen können, jedenfalls wenn nicht das gleiche Gemeinwesen der Träger ist, dass drittens das Gemeinwesen eher selten über spezifische Informationen verfüge, mit welchen sie konkret zum Prozessstoff (Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen und Bedarf des Unterhaltsberechtigten) beitragen könne, und dass viertens das bevorschussende Gemeinwesen sich nicht unbedingt mit dem Kostenrisiko des Zivilprozesses belasten möchte (SOLLBERGER, Passivlegitimation, a.a.O., S. 36; MANI, Praxisprobleme, a.a.O., S. 949 f.). Ferner wird darauf hingewiesen, dass die beteiligten Familienmitglieder und meist auch die Zivilgerichte das bevorschussende Gemeinwesen nicht als natürliche Prozesspartei betrachten und es oft auch nicht einbeziehen würden. Zudem würden bei Fremdplatzierungen zur Wahrung der Kinderunterhaltsansprüche regelmässig Beistandschaften errichtet, statt dass das für die Kosten aufkommende Gemeinwesen direkt in eigenem Namen klage, wie dies in konsequenter Fortsetzung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an sich nötig wäre. Weil das Gemeinwesen in der Regel im Prozess gar nicht auftreten wolle, werde in der Praxis teilweise eine Rückzession für die Dauer des

Verfahrens vorgenommen (MANI, Die Subrogation des Unterhaltsanspruchs infolge öffentlicher Unterstützung [nachfolgend: Subrogation], ZKE 2017 S. 281 ff.).

E. 3.5

In Ergänzung zu den dargestellten Lehrmeinungen, welche sich auf die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung beziehen, lässt sich feststellen, dass die Frage des Umfanges der Subrogation und der spezifischen Auswirkungen seit je Probleme bereitet. So wird beispielsweise auch vertreten, dass der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen übergehe und damit nicht mehr BGE 148 III 270 S. 280 dem Kind zustehe (HEGNAUER, Berner Kommentar, 1997, N. 87 zu Art. 289 ZGB), weshalb dieses mit der Subrogation nicht nur das aktive (vgl. HEGNAUER, a.a.O., N. 60 zu Art. 286 ZGB), sondern auch das passive Klagerecht verliere und der Unterhaltsschuldner die Abänderungsklage ausschliesslich gegen das Gemeinwesen richten müsse, soweit die Unterstützung vollumfänglich erfolgt sei (HEGNAUER, a.a.O., N. 64 zu Art. 286 ZGB ; so auch das in E. 2 zitierte Urteil 5A_499/2015); diesfalls stehe dem Kind nur noch das Recht zur Nebenintervention zu, aber es müsse generell angehört werden wegen der zukünftigen Wirkung des Urteils (HEGNAUER, a.a.O., N. 91 zu Art. 289 ZGB).

E. 4

Im angefochtenen Entscheid wird zunächst der Inhalt von BGE 143 III 177 und sodann der Beitrag von AEBI-MÜLLER/DROESE (in deutlich grösserem Umfang als vorstehend) dargestellt. Im Anschluss hält das Kantonsgericht fest, dass zu keinem Zeitpunkt ein reelles, sondern höchstens ein virtuelles Teilnahmeinteresse des Gemeinwesens bestanden habe, weil das Bezirksgericht unter Geltung der Offizial- und Untersuchungsmaxime und Würdigung aller wesentlicher Umstände wie Obhutregelung und finanzielle Situation der Eltern die verlangte Herabsetzung geprüft habe. Es sei denn auch der Beklagte gewesen, welcher Berufung ergriffen und höhere Unterhaltsbeiträge verlangt habe; das bevorschussende Gemeinwesen hätte diesbezüglich wenn schon gegenläufige Interessen und insofern drohe bei der Annahme einer gemeinsamen Passivlegitimation eine Interessenkollision. Das effektive Interesse des Gemeinwesens am vorliegenden Prozess beschränke sich auf die Information über die Rechtshängigkeit des Herabsetzungsbegehrens und das Abänderungsurteil. Anders zu entscheiden missachte die zessionsrechtlichen Grundsätze, zumal wenn der Schuldner gezwungen wäre, dem Gemeinwesen "Forderungen" zu bezahlen, die aufgrund eines rückwirkenden Abänderungsentscheides gar nie existierten, und es bestehe auch das praktische Problem, dass der Unterhaltsschuldner im Zeitpunkt der Klageeinleitung oft gar nicht wisse, dass eine Bevorschussung bestehe. Anders zu entscheiden bedeute aber auch, dass das Gemeinwesen weitreichende Details über den privaten Rechtsstreit erhalten würde, was vor dem Hintergrund, dass die Privatsphäre zu schützen sei, bedenklich erscheine. Sodann sei es ein zentraler Grundsatz des Unterhaltsrechts, dass nicht in das Existenzminimum des Unterhaltsschuldners eingegriffen werden dürfe, auch nicht wie vorliegend während des laufenden BGE 148 III 270 S. 281 Abänderungsverfahrens. Richtigerweise bildeten einzig die tatsächlich bevorschussten Forderungen den Gegenstand der Legalzession und nicht das Stammrecht als solches, zumal das kantonale Vollzugsrecht nicht über dem Bundesrecht stehen könne. Entsprechend sei eine Beteiligung des Gemeinwesens am Abänderungsprozess abzulehnen. Als Folge hält das Kantonsgericht fest, dass die Passivlegitimation des (allein) eingeklagten Kindes gegeben sei und die Abänderungsklage deshalb umfassend beurteilt werden könne. Eine Beteiligung des Gemeinwesens am Prozess in irgendeiner Form rechtfertige sich nicht.

E. 5

Beschwerdeweise wird geltend gemacht, dass der Beschwerdegegner in seiner Berufungsantwort und Anschlussberufung das Gemeinwesen als "Beklagte/bevorschussendes Gemeinwesen/weitere Verfahrensbeteiligte" aufgeführt habe, obwohl ein Parteiwechsel nach Art. 83 ZPO nur mit Zustimmung der Gegenpartei möglich sei und das Institut auch nicht dazu diene, prozessuale Versäumnisse bei der Bezeichnung der Aktiv- oder Passivlegitimation nachzuholen. Das Kantonsgericht hätte deshalb von Amtes wegen die Berufungsantwort und Anschlussberufung wegen fehlender Sachlegitimation abweisen müssen. Damit wäre ihm auch der Boden entzogen gewesen, eine Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Sachlegitimation anzustreben. Entsprechend sei beschwerdeweise auch nicht auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid einzugehen. Zur Sachfrage der Passivlegitimation selbst bestreitet der Beschwerdeführer die Ausführungen des Kantonsgerichts. Im Wesentlichen macht er geltend, das Gemeinwesen habe sehr wohl ein Teilnahmeinteresse und das Kindeswohl müsse auch immer im Zentrum des Handelns des Gemeinwesens stehen, so dass es keine Interessenkollision gebe, schon nur, weil ansonsten die Sozialhilfe einspringen müsste und es für das Gemeinwesen finanziell einerlei sei, ob sie bevorschusse oder Sozialhilfe leiste. Sodann habe das Gemeinwesen vorliegend im Vertrauen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bevorschusst; BGE 143 III 177 sei zwar erst nach der Klageeinleitung ergangen, aber bereits die zit. Urteile 5A_634/2013 und 5A_499/2015 hätten festgehalten, dass das Gemeinwesen einzuklagen sei. Ferner treffe auch die Gefahr, dass der Unterhaltsschuldner oft nichts von der Bevorschussung wisse, vorliegend nicht zu, weil die Parteien häufig Kontakt miteinander gehabt hätten und davon auszugehen sei, dass der Beschwerdegegner entsprechende BGE 148 III 270 S. 282 Kenntnis gehabt habe. Vor diesem Hintergrund gehe das Argument, ein Schuldner dürfe bei der Zession nicht schlechter gestellt werden, an der Sache vorbei. Abgesehen davon könnte der Beschwerdeführer unabhängig von der Verfahrensstellung des Gemeinwesens gar keine Einreden im Sinn von Art. 169 OR erheben, weil diese bereits bei der Klageeinleitung bestanden haben müssten; insofern sei eine rückwirkende Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge auf den Zeitpunkt der Klageeinleitung ohnehin nicht möglich. Im Übrigen habe es der Beschwerdegegner selbst zu verantworten, wenn er weniger verdiene, so dass eine Klageabweisung auch aus diesem Grund nicht stossend sei. Schliesslich lebe er insofern gar nicht unter dem Existenzminimum, als er keinen Unterhalt bezahle und dieser eben bevorschusst werde. Schliesslich wäre es ungerecht, den vorliegenden Fall für eine Änderung der Rechtsprechung heranzuziehen, weil BGE 143 III 177 exakt die vorliegende Konstellation regle. Der Beschwerdegegner hält vernehmlassungsweise fest, dass er im Berufungsverfahren keinen Parteiwechsel oder Parteibeitritt angestrebt habe, sondern lediglich, dass das Gemeinwesen genügend einbezogen werde, falls das Kantonsgericht dies als nötig erachtet hätte. Insbesondere habe er auch auf die Kontroverse bzw. die Kritik in der Lehre hingewiesen bezüglich der angeblichen Notwendigkeit, gleichzeitig das Kind und das bevorschussende Gemeinwesen einzuklagen. Im Übrigen wird in der Vernehmlassung die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers bestritten und auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheides verwiesen.

E. 6

Wie in E. 1 erwähnt, ist die Problematik der Sachlegitimation bei Abänderungsklagen einer erneuten Prüfung zu unterziehen.

E. 6.1

Vorab ist mit Blick auf die weiteren Erwägungen festzuhalten, dass sich die vom Beschwerdeführer ins Zentrum gestellte Frage eines nachträglichen Parteiwechsels - der Beschwerdegegner hatte, nachdem der Beschwerdeführer erstinstanzlich im Parteivortrag seine (alleinige) Passivlegitimation bestritten hatte, im zweitinstanzlichen Verfahren das Kantonsgericht aufgefordert, das Gemeinwesen als Beklagte, eventualiter in anderer verfahrensrechtlicher Stellung zur Teilnahme am Verfahren einzuladen - nicht stellt, falls nur der Beschwerdeführer passivlegitimiert ist: Er ist erstinstanzlich allein eingeklagt worden und das Kantonsgericht hat dies auch als richtig erachtet und im Rubrum ebenfalls nur Vater und Sohn als Prozessparteien aufgeführt, was im Übrigen der Beschwerdeführer in BGE 148 III 270 S. 283 seiner Eingabe an das Bundesgericht ebenfalls so handhabt. Auch im bundesgerichtlichen Verfahren sind deshalb (zunächst) ausschliesslich Vater und Sohn als Parteien anzusehen. Auf die Frage der Möglichkeit und Zulässigkeit eines nachträglichen Parteiwechsels im Berufungsverfahren wäre nur und erst dann zurückzukommen, wenn im Folgenden die Auffassung des Kantonsgerichts nicht zu schützen wäre.

E. 6.2

Als zweite Vorbemerkung ist den weiteren Erwägungen vorzuschicken, dass das Prozessrecht allgemein, aber auch Vollstreckungshilfen wie die Alimenterbevorsuchung und die Schuldneranweisung dienende Funktion haben und die einfache Durchsetzung des materiellen Rechts ermöglichen sollen, d.h. vorliegend des Unterhaltsanspruches des Kindes. Ferner ist im Zusammenhang mit der auf kantonalem Recht beruhenden Ausgestaltung der Alimenterbevorsuchung auch die derogatorische Kraft des Bundesrechts zu beachten (Art. 49 Abs. 1 BV). Die Argumentation darf mit anderen Worten nicht ihren Ausgangspunkt bei einem dieser Vollstreckungsinstrumente oder gar bei der auf kantonalem öffentlichem Recht beruhenden Bevorschussungsverfügung haben und die Ausgestaltung des materiellen Unterhaltsrechts sowie die Frage der Sachlegitimation steuern. Vielmehr ist Grundlage, dass die zivilrechtliche Unterhaltspflicht ein direkter Ausfluss des materiellen Kindesverhältnisses zwischen Kind und Eltern ist (Art. 276 ZGB ; vgl. sodann E. 6.7). Alsdann ergibt sich auch der Umfang dieser Pflicht aus dem Zivilrecht, wobei die Leistungsfähigkeit und Lebensstellung des Unterhaltsschuldners sowie der Bedarf des Kindes die massgeblichen Kriterien sind (Art. 285 Abs. 1 ZGB ; sodann BGE 147 III 265 E. 5.4). Zivilrechtlicher Gläubiger des Kindesunterhaltes ist das Kind (Art. 289 Abs. 1 ZGB), wobei im Zivilprozess der sorge- bzw. obhutsberechtigte Elternteil als Prozessstandschafter auftreten kann (BGE 142 III 78 E. 3), namentlich wenn der Kindesunterhalt in einem Verbundverfahren wie Eheschutz oder Scheidung beurteilt wird.

E. 6.3

Die eingangs von E. 6 angesprochene Problematik lässt sich auf BGE 137 III 193 zurückführen. Dieser ging in E. 3.2 und 3.3 von der Prämisse aus, dass dem bevorschussenden Gemeinwesen aufgrund der Aussagen in der Botschaft zur Änderung des Kindesverhältnisses (BBl 1974 II 64) und der herrschenden Lehre die Möglichkeit offenstehen muss, die Schuldneranweisung zu verlangen, und BGE 148 III 270 S. 284 versuchte dies in E. 3.8 rechtsdogmatisch damit zu erklären, dass das Gemeinwesen nicht nur in die effektiv bevorschussten Forderungen subrogiere, sondern dass das Unterhalts-Stammrecht als solches Gegenstand der Subrogation sei und auf das Gemeinwesen übergehe. Die vorstehend wiedergegebene weitere Rechtsprechung des

Bundesgerichtes ist davon geprägt, mit den sich daraus für die Abänderungsklage ergebenden Konsequenzen bzw. Problemen bei der Klagelegitimation fertig zu werden. Krux dabei ist, dass der Gesetzgeber, wie es in BBl 1974 II 64 ff. zum Ausdruck kommt, im Zusammenhang mit Art. 289 Abs. 2 ZGB klare Ziele, dabei aber nicht unbedingt eine rechtlich stringente Logik verfolgte und sich zum rechtsdogmatischen Hintergrund bei der Umsetzung der verfolgten Ziele nicht äusserte. Eine teleologische Auslegung von Art. 289 Abs. 2 ZGB, wie sie bereits in BGE 137 III 193 E. 3.2 und 3.4 vorgenommen wurde, ergibt, dass der Gesetzgeber das Gemeinwesen nicht nur zum Gläubiger der bevorschussten Unterhaltsforderungen macht, sondern es auch in den Genuss verschiedener Privilegien und Möglichkeiten kommen lassen wollte, welche allgemein mit dem Kindesunterhalt verbunden sind (namentlich gerichtliche Durchsetzung der bevorschussten Unterhaltsbeiträge sowie Gesuch um Schuldneranweisung oder um Sicherheitsleistung, vgl. BBl 1974 II 64). Es gibt indes keine Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber davon ausging, es bedürfe eines Überganges des Stammrechtes, damit das bevorschussende Gemeinwesen in die Lage versetzt werde, eine Schuldneranweisung zu verlangen. Diese Idee erscheint soweit ersichtlich erstmals - in BGE 137 III 193 E. 3.8 denn auch als Grundlage zitiert - bei HAFFTER (Der Unterhalt des Kindes als Aufgabe von Privatrecht und öffentlichem Recht, 1984, S. 213), wobei selbst dieser Autor, im Übrigen ohne irgendwelche Ausführungen oder Herleitung, einzig dann das Stammrecht als Gegenstand der Subrogation ansieht, wenn der Unterhaltsanspruch betragsmässig noch nicht festgesetzt ist. Sibyllinische Aussagen finden sich ferner bei MANI, welcher einerseits festhält, das Stammrecht sei unverzichtbar, unabtretbar und unpfändbar, andererseits aber das Stammrecht als Gegenstand der Subrogation bezeichnet, jedoch gleichzeitig wiederum festhält, aufgrund des Umstandes, dass die Bevorschussung einen Rechtstitel voraussetze, gehe im Ergebnis die darin festgelegte Beitragsforderung über (MANI, Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen [nachfolgend: Inkassohilfe], 2016, S. 69 Rz. 124). BGE 148 III 270 S. 285 Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass der historische Gesetzgeber an einen Übergang des Stammrechtes auf das Gemeinwesen gedacht hätte. Im Gegenteil kommt in jüngeren Normen der (übrigens einem klassischen Verständnis entsprechende) Umfang der Subrogation deutlich zum Ausdruck. So wurde im Rahmen der per 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Scheidungsrechtsrevision mit aArt. 131 Abs. 3 ZGB eine zum vorliegend interessierenden Art. 289 Abs. 2 ZGB analoge Norm erlassen, bei welcher jedenfalls die deutsche und die italienische Fassung keinen Zweifel daran lassen, dass bei der Subrogation diejenigen Unterhaltsforderungen übergehen, welche effektiv bevorschusst worden sind (Soweit das Gemeinwesen für den Unterhalt der berechtigten Person aufkommt, geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über / La pretesa di mantenimento passa, con i diritti ad essa connessi, all'ente pubblico nella misura in cui quest'ultimo assumo il mantenimento dell'avente diritto). In der dazugehörigen Botschaft wird ebenfalls ausdrücklich festgehalten, dass der Forderungsübergang in dem Rahmen stattfindet, wie die Bevorschussung erfolgt ist (vgl. Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [...], BBl 1996 I 122), und überdies wird an der betreffenden Stelle in der Botschaft auf Art. 110 OR verwiesen. Auch in dieser Norm kommt in allen drei Sprachfassungen unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Legalzession nur im Rahmen der effektiven Zahlung stattfindet (Soweit ein Dritter den Gläubiger befriedigt, gehen dessen Rechte von Gesetzes wegen auf ihn über / Le tiers qui paie le créancier est légalement subrogé, jusqu'à due concurrence, aux droits de ce dernier / Il terzo che soddisfa il creditore è per legge surrogato nei diritti di questo fino a concorrenza

della somma pagata). Im Rahmen der per 1. Juli 2017 in Kraft getretenen Revision des Kindesunterhaltsrechts wurde aArt. 131 Abs. 3 ZGB mit identischem Wortlaut in den neuen Art. 131a Abs. 2 ZGB überführt. In der Botschaft wird erklärt, dass damit keine materielle Änderung verbunden sei (Botschaft vom 29. November 2013 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Kindesunterhalt], BBl 2014 583). Im Anschluss wird freilich festgehalten, als Gegenstand der Subrogation könne das Stammrecht bezeichnet werden (BBl 2014 584). Allerdings handelt es sich dabei bloss um ein nicht weiter kommentiertes oder beleuchtetes Zitat aus BGE 137 III 193 (vgl. S. 584 Fn. 113) und die Aussage lässt sich gerade mit dem - klarer als bei BGE 148 III 270 S. 286 Art. 289 Abs. 2 ZGB formulierten - Wortlaut von Art. 131a Abs. 2 ZGB nicht in Einklang bringen. Die weiteren Ausführungen in der Botschaft machen denn auch deutlich, dass es dem Gesetzgeber wiederum nicht um Dogmatik, sondern einzig um das rechtspolitische Anliegen ging, das bevorschussende Gemeinwesen in den Genuss verschiedener mit dem Kindesunterhalt verknüpfter und die Durchsetzung unterstützender Privilegien kommen zu lassen, wobei wiederum die Schuldneranweisung spezifisch erwähnt wird (dahingehend, dass es mehr um Rechtspolitik als um Dogmatik gehe, RÜETSCHI, Prozessuale Fragen im Kontext der Schuldneranweisung, FamPra.ch 2012 S. 660, welcher im Übrigen die sich aus BGE 137 III 193 ergebenden Probleme im Zusammenhang mit der Abänderungsklage vorausgesehen hat, vgl. S. 662 f.). Die soeben im Zusammenhang mit dem Wortlaut von aArt. 131 Abs. 3 ZGB bzw. Art. 131a Abs. 2 ZGB angestellten Überlegungen müssen auch für die inhaltlich identische und das gleiche Ziel verfolgende Norm von Art. 289 Abs. 2 ZGB gelten. Es entspricht denn auch dem Wesen der Legalzession, dass nur effektiv bezahlte bzw. bevorschusste, nicht aber zukünftige Forderungen übergehen können, denn Eckpunkte des ex lege erfolgenden Forderungsüberganges sind die tatsächliche Befriedigung des Gläubigers sowie das vom Gesetz als schützenswert erachtete Interesse an der Intervention des Dritten (vgl. ZELLWEGER-GUTKNECHT, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Aufl. 2020, N. 18 zu Art. 110 OR). Insofern hat der Schuldner dem subrogierenden zweiten Gläubiger nie mehr zu leisten, als er dem ursprünglichen Gläubiger schuldet (BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. 1988, S. 576), und bei Befriedigung bloss eines Teils der Forderung - bei der Bevorschussung ist dies regelmässig der Fall, wenn der zivilrechtlich geschuldete Unterhalt höher ist als die im kantonalen öffentlichen Recht betragsmässig vorgesehene Bevorschussungslimite - subrogiert der Leistungserbringer auch nur im betreffenden Umfang (WEBER, Berner Kommentar, 2002, N. 74 zu Art. 110 OR ; HAFFTER, a.a.O., S. 212). Zwar wird im schweizerischen Zessionsrecht anerkannt, dass namentlich im Rahmen einer Globalzession auch künftige Forderungen abgetreten werden können, soweit sie im Zeitpunkt ihrer Entstehung bestimmbar sind (BGE 113 II 163 E. 2b; Urteil 4A_302/2016 vom 16. November 2016 E. 2.1.1). Indes beruht dies auf der entsprechenden privatrechtlichen Erklärung des Zedenten. An eben BGE 148 III 270 S. 287 einer solchen gebracht es bei der Legalzession und insofern lässt sich die Aussage in BGE 137 III 193 E. 3.8 "so wie künftige Forderungen rechtsgeschäftlich abgetreten werden können, können sie auch Gegenstand einer Legalzession sein" bei erneuter Betrachtung nicht halten. Vielmehr bemisst sich der Forderungsübergang bei der Legalzession nach dem gesetzlichen Rahmen, welcher vorstehend dahingehend dargestellt worden ist, dass die effektiv bevorschussten Unterhaltsbeiträge übergehen.

E. 6.4

Abgesehen vom Ziel, dem Gemeinwesen im Rahmen der Subrogation die Schuldneranweisung zu ermöglichen, war die weitere Rechtsprechung, namentlich BGE 143 III 177, von Bedenken geprägt, dass das Gemeinwesen möglicherweise materiell nicht korrekt festgelegte Unterhaltsbeiträge bevorschussen müsste, wenn es im Zivilprozess nicht beteiligt werde, und insbesondere auch von der Befürchtung getragen, dass bei einer Herabsetzung auf den Zeitpunkt der Klageeinleitung der Rechtsgrund für bereits bevorschusste Unterhaltsbeiträge nachträglich wegfallen mit der Folge, dass das Gemeinwesen auf einem Teil der bevorschusteten Beträge sitzen bleiben könnte. Die Sorge, es könnten zulasten des Gemeinwesens "falsche" Unterhaltsbeiträge festgesetzt oder vereinbart werden, scheint jedoch - abgesehen davon, dass das Gemeinwesen bei Missbrauch nach Massgabe des kantonalen öffentlichen Rechts die Rechtmässigkeit der festgesetzten Unterhaltsbeiträge überprüfen und gegebenenfalls die Bevorschussung aussetzen könnte (vgl. FOUNTOULAKIS/BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl. 2018, N. 5 zu Art. 293 ZGB; VOLLENWEIDER, Alimentenbevorschussung bei Uneinbringlichkeit der Unterhaltsbeiträge, FamPra.ch 2006 S. 7 f.; BASTONS BULLETTI/FARINE, Les avances de contributions d'entretien en cas d'impossibilité de recouvrer les dites contributions auprès de leur débiteur, ZVW 2008 S. 40) - bei näherer Betrachtung wenig begründet: Zunächst ist festzuhalten, dass - entgegen der Vorstellung, von welcher der damalige Gesetzgeber ausgegangen sein dürfte, indem in der Botschaft festgehalten wurde, dass im Rahmen der Subrogation namentlich auch die Klage nach Art. 279-286 ZGB auf das Gemeinwesen übergehe (BBJ 1974 II 64) - in den meisten Kantonen nicht der ex lege gegebene (AEBI-MÜLLER/DROESE, a.a.O., S. 12), aber in der Höhe noch nicht in einem Rechtstitel festgesetzte Unterhalt bevorschusst wird, sondern vielmehr für die Bevorschussung ein Titel, nämlich ein gerichtliches Urteil oder eine durch ein Gericht BGE 148 III 270 S. 288 oder die Kindesschutzbehörde genehmigte Unterhaltsvereinbarung, vorliegen muss, was nichts anderes heisst, als dass der Kanton gerade darauf verzichtet, bei der Erwirkung des Unterhaltstitels dabeizusein (vorliegend: § 46 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes des Kantons Luzern vom 16. März 2015 [SRL 892]; sodann im Sinn einer Auswahl: § 23 Abs. 1 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes des Kantons Zürich vom 14. März 2011 [LS 852.1] und § 34 Abs. 1 der Verordnung des Kantons Zürich vom 21. November 2012 über die Alimentenhilfe [LS 852.13]; Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Bern vom 6. Februar 1980 über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen [BSG 213.22]; § 33 Abs. 1 lit. b Sozialhilfe- und Präventionsgesetz des Kantons Aargau vom 6. März 2001 [SAR 851.200]; Art. 2 Abs. 1 lit. a des Gesetzes des Kantons St. Gallen vom 28. Juni 1979 über Inkassohilfe und Vorschüsse für Unterhaltsbeiträge [sGS 911.51]; § 3 der Alimentenbevorschussungsverordnung des Kantons Basel-Stadt vom 25. November 2008 [SG 212. 200]; Art. 9 der Loi sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires des Kantons Waadt vom 10. Februar 2004 [BLV 850. 36]; Art. 6 der Loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires des Kantons Genf vom 22. April 1977 [rsGE E 1 25] und spezifisch Art. 3 des Règlement d'application de la loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires des Kantons Genf vom 2. Juni 1986 [rsGE E 1 25.01]; Art. 6 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Eintreibung von Unterhaltsbeiträgen und die Entrichtung von Vorschüssen/Loi sur le recouvrement des pensions alimentaires et le versement d'avances des Kantons Wallis vom 13. November 1980 [RS 850.3]; Art. 2 Abs. 1 des Beschlusses über die Eintreibung von Unterhaltsforderungen und die Ausrichtung von Vorschüssen für den Unterhalt der Kinder, Ehegatten oder Ex-Ehegatten/Arrêté fixant les modalités du recouvrement des créances

d'entretien et du versement d'avances pour l'entretien des enfants, des conjoints ou des ex-conjoints des Kantons Freiburg vom 14. Dezember 1993 [SGF 212.0.22]). An der kantonalen Regelungshoheit wird im Übrigen auch die auf den 1. Januar 2022 in Kraft tretende Inkassohilfeverordnung vom 6. Dezember 2019 (InkHV; SR 211. 214.32) nichts ändern, weil diese nur die Inkassohilfe bei familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen zum Gegenstand hat, während die Alimentenbevorschussung weiterhin ausschliesslich dem kantonalen öffentlichen Recht überlassen wird (Art. 293 Abs. 2 ZGB) und die Kantone frei sind, ob sie überhaupt Alimente bevorschussen wollen, BGE 148 III 270 S. 289 in welcher Höhe sie dies tun und welche Voraussetzungen sie an die Bevorschussung knüpfen (BASTONS BULLETTI, Commentaire romand, Code civil, Bd. I, 2010, N. 8 zu Art. 131/132 ZGB; FOUNTOULAKIS/BREITSCHMID, a.a.O., N. 4 zu Art. 293 ZGB). Das bedeutet, dass entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers in der tatsächlichen Rechtspraxis der den Unterhalt erstmals festsetzende Akt - vorbehältlich der von einem hierfür eingesetzten Beistand eingeleiteten Klage (Art. 308 Abs. 2 ZGB) - nie vom Gemeinwesen ausgeht und dieses auch in keiner wie immer gearteten prozessualen Stellung an der Ausgestaltung dieses Aktes teilnimmt. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, wieso das Gemeinwesen bei der Abänderungsklage zwingend beteiligt werden müsste. Es trifft zwar zu, dass eine Herabsetzung oder Aufhebung des Unterhaltsbeitrages auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit - was den üblichen Grundsätzen bei der Abänderungsklage entspricht (vgl. BGE 128 III 305 E. 6a; BGE 127 III 503 E. 3b/aa; Urteile 5A_506/2011 vom 4. Januar 2012 E. 5.1; 5A_512/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 3.3.3) - dazu führt, dass das Gemeinwesen, welches während der Prozessdauer höhere Beiträge bevorschusst hat, die Differenz nicht mehr qua Subrogation vom früheren Unterhaltsschuldner zurückfordern kann, sondern es diesbezüglich für die Restitution auf andere Rechtsfiguren angewiesen ist (dazu E. 6.7). Indes kann nach erneuter Betrachtung des Problemfeldes dem Anliegen des Gemeinwesens nach möglichst einfachem Inkasso für bevorschusste Beiträge nicht höheres Gewicht beigemessen werden als dem Schutz des Existenzminimums des Unterhaltsschuldners: Die Alimentenbevorschussung beruht auf der Hoheit der Kantone und diese nehmen mit der Bereitstellung des betreffenden Institutes das Inkassorisiko für die bevorschussten Gelder auf sich. Zum anderen wurde in der Lehre (dazu E. 3) zutreffend darauf hingewiesen, dass ein Unterhaltsschuldner bei vollständiger oder teilweiser Einbüßung seiner Leistungsfähigkeit während der Dauer des Abänderungsprozesses dennoch weiterhin die vollen, seine Leistungsfähigkeit übersteigenden Unterhaltsbeiträge entrichten müsste, nur damit er sich diese auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Abänderungsklage herabsetzen lassen kann, während dies nach den Aussagen in BGE 143 III 177 E. 6.3.5 und 6.4 demjenigen Unterhaltsschuldner, welcher die effektiv erbrachten Unterhaltsbeiträge eigenmächtig den neuen Begebenheiten anpasst und dadurch eine Bevorschussung provoziert, versagt bliebe. Dieses Resultat beachtet weder die in E. 6.2 BGE 148 III 270 S. 290 erwähnte dienende Funktion der verschiedenen Instrumente zur Unterhaltsdurchsetzung noch den - auch für die Legalzession anwendbaren (vgl. ROOS, Über die Subrogation nach schweizerischem Recht, 1928, S. 103) - Grundsatz, dass dem Schuldner aus dem Forderungsübergang kein Nachteil erwachsen darf (statt vieler: BUCHER, a.a.O., S. 560). Im Übrigen kommt bei der Festsetzung des Kindesunterhaltes nebst der Oficialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO) stets die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zum Tragen (Art. 296 Abs. 1 ZPO), und zwar auch bei der Genehmigung von Unterhaltsvereinbarungen (FOUNTOULAKIS/BREITSCHMID, a.a.O., N. 14 zu Art. 287 ZGB), auch zugunsten des Unterhaltsschuldners (BGE 128 III 411 E.

3.2.1; Urteile 5A_745/2014 vom 16. März 2015 E. 2.3; 5A_899/2019 vom 17. Juni 2020 E. 3.2.2), auch im zweitinstanzlichen Verfahren ohne jegliche Novenschranken (BGE 147 III 301 E. 2.2; BGE 144 III 349 E. 4.2.1) und wegen der Interdependenz zwischen Ehegatten- und Kindesunterhalt auch dann, wenn zweitinstanzlich nur noch der Ehegattenunterhalt strittig ist (Urteil 5A_119/2021 vom 14. September 2021 E. 6.2 m.w.H.). Mithin klärt ein Gericht (bzw. bei Genehmigung einer Unterhaltskonvention ausnahmsweise auch die Kindeschutzbehörde, vgl. Art. 287 Abs. 1 ZGB) die für die Unterhaltshöhe relevanten Faktoren ab, womit jedenfalls bei der gerichtlichen Festsetzung, vom Grundsatz her aber auch bei einer Parteivereinbarung eine hinreichende Garantie besteht, dass die konkret festgesetzten Alimente der materiellen Rechtslage entsprechen (BACHOFNER, a.a.O., S. 167 f.; BASTONS BULLETTI/FARINE, a.a.O., S. 40; HEGNAUER, Genehmigung von Unterhaltsverträgen [Art. 287 ZGB] und Alimentenbevorschussung, ZVW 1987 S. 96).

E. 6.5

Das Gesagte legt nahe, Art. 289 Abs. 2 ZGB im Rahmen einer teleologischen Auslegung auf das zu reduzieren, was der Gesetzgeber damit beabsichtigt hat: Das Kind soll nicht auf Fürsorgeleistungen angewiesen sein, wenn es einen zivilrechtlichen Unterhaltsanspruch hat, und eben dieser Anspruch soll für den Fall, dass dieses an Stelle des Unterhaltsschuldners vorschussweise Unterhalt leistet (BBl 1974 II 64 und 66), als zivilrechtlicher auf das Gemeinwesen übergehen. Hierfür genügt es, wenn das Gemeinwesen in die effektiv bevorschussten, sich aus dem Stammrecht ergebenden periodischen Einzelforderungen subrogiert (in diesem Sinn bereits HEGNAUER, Zum Umfang der Subrogation des Gemeinwesens nach Art. 289 Abs. 2 ZGB , ZVW 1999 S. 19 oben; BASTONS BULLETTI/FARINE, a.a.O., S. 45). BGE 148 III 270 S. 291 Ratio legis der Norm und Zweck der darin angeordneten Legalzession ist denn auch, dass der Unterhaltsschuldner nicht von seiner Nachlässigkeit profitieren soll, wenn das Gemeinwesen an seiner Stelle den Kindesunterhalt vorschussweise leistet (BGE 138 III 145 E. 3.3.1 und 3.3.2). Aus diesem Grund soll weiterhin der Unterhaltsschuldner zahlungspflichtig bleiben und nicht der Empfänger des Unterhaltes gegenüber dem Gemeinwesen rückerstattungspflichtig werden. Zu diesem Zweck lässt der Gesetzgeber wie gesagt die bevorschussten Forderungen im Rahmen einer Legalzession auf das Gemeinwesen übergehen, so dass sie von diesem unverändert als zivilrechtliche Unterhaltsforderungen gegen den materiellen Unterhaltsschuldner geltend gemacht werden können (MANI, Inkassohilfe, a.a.O., S. 68 Rz. 121) mit der Folge, dass das Gemeinwesen sich namentlich im Rechtsöffnungsverfahren auch auf den Rechtstitel berufen kann, in welchem die Unterhaltsbeiträge festgesetzt worden sind (BGE 140 III 372 E. 3). Dass aber über die tatsächlich bevorschussten periodischen Unterhaltsforderungen hinaus das Stammrecht und/oder zukünftige periodische Einzelforderungen auf das Gemeinwesen übergehen würden, ist bei erneuter Betrachtung der Problematik nicht gerechtfertigt. Dies würde letztlich zu einer dauerhaften Schicksalsgemeinschaft unter Federführung des Gemeinwesens im Zusammenhang mit der Unterhaltsfestsetzung und der Vollstreckung des Unterhaltstitels führen, indem das Gemeinwesen selbst bei nur vorübergehender Bevorschussung in das Stammrecht subrogieren würde und als Folge den Kindesunterhalt bis zur Volljährigkeit des Kindes erstreiten (AEBI-MÜLLER/DROESE, a.a.O., S. 20 oben) und aus eigenem Recht, nämlich in seiner Stellung als Unterhaltsgläubiger, das Stammrecht zum Gegenstand des Unterhaltsprozesses machen könnte.

E. 6.6

Gleichzeitig hat der Gesetzgeber, um an den eingangs von E. 6.3 erwähnten Ausgangspunkt zurückzukehren, klargemacht, dass mit der Subrogation u.a. auch der Anspruch auf Schuldneranweisung als "Nebenrecht" auf das bevorschussende Gemeinwesen übergehen soll. In diesem Zusammenhang stellt sich das bereits in BGE 137 III 193 E. 3.6-3.8 erkannte Problem, dass die Bevorschussung einen vergangenen Zeitabschnitt betrifft, während die Schuldneranweisung per definitionem nur für die Zukunft angeordnet werden kann. Dies erheischt aber entgegen den Ausführungen in BGE 137 III 193 E. 3.8 nicht, dass bei der Subrogation das Stammrecht übergehen muss: BGE 148 III 270 S. 292 Die Schuldneranweisung beruht stets auf einem Schluss von der Vergangenheit auf die Zukunft, was auch im Wortlaut von Art. 291 Abs. 1 ZGB zum Ausdruck kommt ("Wenn die Eltern die Sorge für das Kind vernachlässigen"). Es besteht nie absolute Gewissheit, dass der Unterhaltsschuldner in Zukunft ebenfalls nicht bezahlen wird, sondern vielmehr wird aus der Tatsache, dass er dies in der Vergangenheit nicht getan hat, eine negative Prognose gestellt. Insofern bedarf es nicht zwingend der Annahme, dass mit der Bevorschussung von einzelnen Unterhaltsbeiträgen das Stammrecht auf das Gemeinwesen übergegangen sei. Vielmehr kann aufgrund der Zahlungsunwilligkeit des Unterhaltsschuldners, welche sich unmittelbar aus der zurückliegenden Bevorschussung ergibt, dem Gemeinwesen dort, wo es auch in der Zukunft bevorschussen wird, aus rechtspolitischen Gründen (dahingehend RÜETSCHI, a.a.O.) zugestimmt werden, dass es aufgrund der Legalsubrogation in der betreffenden Höhe eine Schuldneranweisung verlangen darf. Dies war jedenfalls der ersichtliche Wille des Gesetzgebers, welcher im Übrigen nicht an Dogmatik gebunden ist. Eine andere Frage ist, ob das gesetzliche Konzept, die Schuldneranweisung als "Nebenrecht" der bevorschussten Forderungen (wie gesagt nicht des Stammrechtes) übergehen zu lassen, überhaupt sinnvoll ist, könnte sie doch dem Kind gerade dazu dienen, sich aus der Abhängigkeit von der Bevorschussung durch das Gemeinwesen zu lösen. Indes gehen die Absichten des Gesetzgebers aus der Botschaft klar hervor (dazu E. 6.3) und es bleibt diesbezüglich kein Raum, vom Ergebnis her auf BGE 137 III 193 zurückzukommen.

E. 6.7

Subrogiert das Gemeinwesen nach dem in E. 6.5 Gesagten in die tatsächlich bevorschussten Unterhaltsbeiträge und nicht in das Stammrecht, kann es auch nicht zu einer (im Urteil 5A_634/2013 vom 12. März 2014 E. 4.1 sinngemäss angesprochenen) "Teilung des Stammrechtes" mit entsprechend unlösbaren Folgeschwierigkeiten bei der Schaffung des Unterhaltstitels wie insbesondere auch bei dessen Vollstreckung kommen, wenn bloss ein Teil des Unterhaltes bevorschusst wird. Dies ist in der Praxis häufig, weil das kantonale öffentliche Recht die Bevorschussung regelmässig auf einen bestimmten Betrag limitiert, während der sich nach Art. 285 ZGB bemessende materielle Anspruch des Kindes quantitativ deutlich höher sein kann. Aus dem Gesagten ergibt sich für die Abänderungsklage, dass unabhängig davon, ob und ab wann bzw. wie lange eine BGE 148 III 270 S. 293 Bevorschussung besteht, immer nur der Unterhaltsschuldner und das Kind (oder dessen gesetzlicher Vertreter als Prozessstandschafter) die Prozessparteien sind, aber nie das bevorschussende Gemeinwesen. Dies folgt weniger aus dem Umstand, dass die Bevorschussung verfallene Unterhaltsbeiträge betrifft, die Abänderungsklage jedoch frühestens die Zeit ab der Rechtshängigkeit der Abänderungsklage im Sinn von Art. 62 Abs. 1 ZPO, sondern vielmehr daraus, dass sich die Unterhaltspflicht als solche - d.h. aus der Perspektive des Kindes das Stammrecht - unmittelbar aus dem Kindesverhältnis ergibt und ab der Geburt besteht (vgl. BGE 129 III 646 E. 4.3), wobei Art. 276 ZGB die gesetzliche Grundlage hierfür ist. Diese Unterhaltspflicht wird im Unterhaltstitel

entsprechend den hierfür anwendbaren Kriterien konkretisiert, indem das Stammrecht für das individuelle Kindesverhältnis dem Umfang nach rechtsverbindlich festgelegt wird (statt vieler: FOUNTOULAKIS/BREITSCHMID, a.a.O., N. 1a zu Art. 276 ZGB). Zuzufolge des Grundsatzes der Periodizität der Unterhaltsbeiträge (BGE 145 III 169 E. 3.6; BGE 133 III 57 E. 3; BGE 132 III 593 E. 7.3) wird im Urteilsdispositiv zwangsläufig stets der monatlich zu leistende Betrag festgehalten, zumal im Unterschied zum nachehelichen Unterhalt (vgl. Art. 126 Abs. 2 ZGB) eine Kapitalisierung grundsätzlich nicht vorgesehen ist (vgl. immerhin Art. 288 ZGB). Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es um das Stammrecht selbst geht, welches im Urteil oder in einer Unterhaltsvereinbarung quantifiziert wird. Da wie gesagt das unmittelbar dem persönlichen Kindesverhältnis entspringende Stammrecht auch im Fall, dass die daraus abgeleiteten periodischen Unterhaltsbeiträge bevorschusst werden, beim Kind verbleibt und nicht auf das Gemeinwesen übergeht, ist die Frage obsolet, in welcher prozessualen Form dieses an einem gegen das Kind gerichteten Abänderungsverfahren oder gar an einem sich zwischen den Eltern abspielenden Abänderungsverfahren (betreffend Eheschutzentscheid oder Scheidungsurteil, in welchem Kindesunterhalt festgelegt wurde) zu beteiligen wäre. Ob das Gemeinwesen auf die Abänderungsklage mit der Einstellung der Bevorschussung reagiert (so offenbar in verschiedenen Kantonen der Fall, vgl. AEBI-MÜLLER/DROESE, a.a.O., S. 22 Fn. 72; MANI, Subrogation, a.a.O., S. 285), ist eine Frage des kantonalen öffentlichen Rechts. Soweit es die Bevorschussung fortsetzt, subrogiert es zwar weiterhin in die einzelnen periodischen Unterhaltsforderungen; deren Höhe ist aber bis zu der erst mit dem Abänderungsurteil erfolgenden neuen Quantifizierung des Stammrechtes, aus welchem BGE 148 III 270 S. 294 sie sich ableiten, in der Schwebe (vgl. MANI, Inkassohilfe, a.a.O., S. 60 Rz. 102). Soweit die während der Prozessdauer bevorschussten Beiträge höher waren als die für die betreffende Zeit im Abänderungsurteil festgesetzten, fehlt es im entsprechenden Umfang an der materiellen Grundlage bzw. am Gegenstand der Subrogation. Es ist eine Frage des kantonalen öffentlichen Rechts, ob das Gemeinwesen die Differenz vom Kind zurückfordert oder ob es darauf verzichtet (Rückforderung beispielsweise § 27 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes des Kantons Zürich; keine Rückforderung beispielsweise Art. 9 Abs. 4 der Loi sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires des Kantons Waadt).

E. 6.8

Zum Schluss ist klärend das Folgende zu bemerken: In der Botschaft zur Revision des Kindesverhältnisses wurde im Zusammenhang mit Art. 289 Abs. 2 ZGB nicht nur festgehalten, dass dem bevorschussenden Gemeinwesen die Möglichkeit der Schuldneranweisung zustehe (dazu E. 6.6), sondern dass als Nebenrecht auch die Möglichkeit zur Einleitung einer Unterhaltsklage gemäss Art. 279 ff. ZGB auf das Gemeinwesen übergehe (BBl 1974 II 64; desgleichen die Botschaft zum neuen Kindesunterhaltsrecht, BBl 2014 584). Ist es aber nach dem Gesagten nicht das Stammrecht, sondern sind es vielmehr die tatsächlich bevorschussten einzelnen Unterhaltsbeiträge, welche auf das Gemeinwesen übergehen, so kann dieses den Unterhaltsschuldner auch nur auf Bezahlung eben dieser einzelnen Unterhaltsbeiträge einklagen. In diesem Sinn ist - analog zur Schuldneranweisung als übergehendes "Nebenrecht" der bislang bevorschussten periodischen Unterhaltsbeiträge (vgl. E. 6.5) - das Klagerecht ein "Nebenrecht" der tatsächlich bevorschussten Unterhaltsbeiträge und nicht des Stammrechtes. Etwas anderes würde über den in E. 6.5 beschriebenen Sinn und Zweck der Subrogation hinausgehen und einer teleologischen Auslegung von Art. 289 Abs. 2 ZGB

nicht standhalten. Freilich kann Bedarf bestehen, dass das Gemeinwesen nicht bloss die tatsächlich bevorschussten Unterhaltsbeiträge einklagt, um sich vom materiellen Unterhaltsschuldner für die vorschussweise geleisteten Beiträge bezahlt zu machen, sondern es für eine auf Dauer gerichtete Klage besorgt ist, namentlich wenn das Kind oder sein gesetzlicher Vertreter untätig bleiben und keine Unterhaltsklage oder bei entsprechend veränderten Verhältnissen keine auf Erhöhung der BGE 148 III 270 S. 295 Unterhaltsleistungen zielende Abänderungsklage anstrengen. Diesfalls kann das Gemeinwesen dem Kind einen Beistand im Sinn von Art. 308 Abs. 2 ZGB ernennen, welcher dessen Rechte einklagt mit der Folge, dass das Stammrecht als solches zum Streitgegenstand wird. Vor diesem Hintergrund stehen denn auch die Ausführungen bei MANI (Subrogation, a.a.O.), wonach als Konsequenz der bisherigen Rechtsprechung das kostentragende Gemeinwesen eigentlich stets in eigenem Namen hätte klagen müssen, statt, wie in der Praxis üblich, dem Kind einen Beistand zu ernennen.

E. 7

Es bleibt zu prüfen, ob die in E. 6 erfolgte erneute Betrachtung der Problematik und die dabei gewonnenen Erkenntnisse eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung rechtfertigen.

E. 7.1

Eine Praxisänderung lässt sich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht. Sie muss sich somit auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Interesse der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist (BGE 145 V 304 E. 4.4; BGE 141 II 297 E. 5.5.1; BGE 137 III 352 E. 4.6).

E. 7.2

Vorliegend stehen keine gewandelten Verhältnisse zur Debatte, sondern es sind Rechtsfragen zu klären (Frage nach dem Gegenstand der Subrogation und als Folge der Beantwortung die Anschlussfrage nach der Passivlegitimation bei der Abänderungsklage). Diesbezüglich besteht keine langjährige gefestigte Praxis im eigentlichen Sinn, sondern eine bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche aus jüngerer Zeit stammt und in unterschiedlicher Weise versucht, mit den Konsequenzen der Aussage in BGE 137 III 193 , wonach das Stammrecht der Gegenstand der Subrogation sei, fertig zu werden (vgl. E. 2). Die betreffenden Entscheide werden teils von Parteien und Gerichten gar nicht beachtet (vgl. MANI, Subrogation, a.a.O., S. 282 f.) und sie haben im Übrigen zu einer gewissen Konfusion geführt mit der Folge, dass immer wieder Beschwerden an das Bundesgericht getragen wurden und die Gerichte in sehr unterschiedlicher Weise versuchen, das Gemeinwesen irgendwie in den Abänderungsprozess einzubeziehen (vgl. MANI, Praxisprobleme, a.a.O., S. 940 f.), wofür aber letztlich kein prozessuales Institut passt (dazu E. 3.3), schon gar nicht, wenn der Kindesunterhalt in einem sich zwischen den Eltern abspielenden Verfahren festgelegt oder BGE 148 III 270 S. 296 abgeändert wird. Vor diesem Hintergrund verfolgt namentlich das Kantonsgericht Luzern offen eine abweichende Praxis, indem es den angefochtenen Entscheid publiziert hat (vgl. Urteil LGVE 2020 II Nr. 4 vom 9. Dezember 2019) und sich seither an diesem ausrichtet (vgl. Urteile LGVE 2020 II Nr. 9 vom 17. August 2020; LGVE 2021 II Nr. 2 vom 5. November 2020).

E. 7.3

Insgesamt liegen ernsthafte und sachliche Gründe vor, der in E. 6 dargelegten besseren Erkenntnis der ratio legis von Art. 289 Abs. 2 ZGB zu folgen und die Rechtsprechung zu ändern, zumal damit aufgrund des soeben Gesagten nicht die Rechtssicherheit gefährdet, sondern vielmehr bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt und für die Zukunft Rechtssicherheit geschaffen wird.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.