

V. Subjektive Beteiligung – Parties et représentation – Rappresentazione e parti

Parteifähigkeit – Capacité d'être partie – Capacità di essere parte

[2612] Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. AG AG gegen Verein B. und C. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_654/2021 vom 13. Januar 2022

Art. 31 Abs. 1 ZGB; Art. 72 BZP; Klage auf Feststellung einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung; Todesfall; Gegenstandslosigkeit der Beschwerde in Zivilsachen
Da die Beschwerde in Zivilsachen die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids nicht hemmt, beschränkt sich die Gegenstandslosigkeit auf das Beschwerdeverfahren.

Art. 31 al. 1 CC; art. 72 PCF; Demande en constatation d'atteinte à la personnalité; décès; perte d'objet du recours en matière civile
Comme le recours en matière civile ne suspend pas l'entrée en force de la décision, la perte d'objet suite à un décès se limite à la procédure de recours.

Art. 31 cpv. 1 CC; art. 72 PCF; Azione volta all'accertamento della lesione della personalità; decesso; perdita di oggetto del ricorso in materia civile
Siccome il ricorso in materia civile non sospende l'entrata in forza della decisione, la perdita di oggetto, a seguito di un decesso, si limita alla procedura di ricorso.

2. Während des bundesgerichtlichen Verfahrens ist im September 2021 der Beschwerdegegner C. gestorben. Mit dem Ende seiner Persönlichkeit (Art. 31 Abs. 1 ZGB) ist seine Legitimation, auf Feststellung widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung zu klagen, nachträglich dahingefallen. Der Anspruch vererbt sich nicht (BGE 104 II 225 E. 5b; 129 I 302 E. 1.2; Urteil 5A_496/2014 vom 13. November 2014 E. 3, in: sic! 2015 S. 165). Das Verfahren ist deshalb nicht zu sistieren (Art. 71 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 und Art. 17 Abs. 3 BZP), sondern als gegenstandslos abzuschreiben (Art. 71 i.V.m. Art. 72 BZP; MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl. 1984, S. 148). Da die Beschwerde – hier nicht zutreffende Ausnahmen vorbehalten – die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids nicht hemmt (BGE 146 III 284 E. 2.3.4), beschränkt sich die Gegenstandslosigkeit auf das Beschwerdeverfahren (vgl. Urteil 5A_767/2020 vom 25. Juni 2021 E. 2.3, mit Hinweis auf FELIX ADDOR, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, 1997, S. 132 f.).

Der Tod von C. als Präsident und Geschäftsführer des Vereins B. ändert nichts daran, dass der Verein B. laut Handelsregister über zu seiner Vertretung befugte Organe verfügt (BGE 97 II 94). Auf die Beschwerde gegen den Verein B. bleibt folglich einzutreten.

Da die Beschwerde gegen den Verein B. zu beurteilen ist, der angefochtene Entscheid für beide Beschwerdegegner gleich lautet und die Instruktion des Beschwer-

deverfahrens im Todeszeitpunkt bereits abgeschlossen war, erübrigt es sich, über die Prozesskosten der als gegenstandslos abzuschreibenden Beschwerde gegen C. gesondert, d.h. nach dem mutmasslichen Ausgang des Prozesses auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes zu entscheiden (vgl. zum Grundsatz: BGE 118 Ia 488 E. 4a; 142 V 551 E. 8.2).

Legitimation – Légitimation – Legittimazione

[2613] Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_75/2020 vom 12. Januar 2022; zur Publikation vorgesehen

Art. 131a Abs. 2, 289 Abs. 2 ZGB; Klage auf Änderung oder Aufhebung des Kindesunterhalts; keine Passivlegitimation des bevorschussenden Gemeinwesens (Änderung der Rechtsprechung)

Nicht das Stammrecht, sondern nur die effektiv bevorschussten Unterhaltsbeiträge gehen an das Gemeinwesen über. Geht es im Verfahren auf Änderung oder Aufhebung des Kindesunterhalts um das Recht auf Unterhalt an sich, muss das bevorschussende Gemeinwesen nicht als Beklagte in das Verfahren miteinbezogen werden.

Art. 131a al. 2, 289 al. 2 CC; Action en modification ou suppression de l'entretien de l'enfant; pas de légitimation passive de la collectivité publique qui prend en charge l'entretien (changement de jurisprudence)

Ce n'est pas le droit à l'entretien («*Stammrecht*»), mais uniquement les contributions d'entretien individuelles effectivement avancées qui sont transférées à la collectivité publique. Celle-ci ne doit pas être atraite dans le procès en modification ou suppression de l'entretien de l'enfant, qui concerne le droit à l'entretien lui-même.

Art. 131a cpv. 2; 289 cpv. 2 CC; Azione in modificazione o soppressione del mantenimento del figlio minore; alcuna legittimazione passiva della collettività pubblica che prende a suo carico il mantenimento (cambiamento di giurisprudenza)

Non è il diritto al mantenimento («*Stammrecht*»), ma sono unicamente i contributi di mantenimento individuali effettivamente avanzati, che vengono trasferiti alla collettività pubblica. Essa non dev'essere attratta nel processo in modificazione o soppressione del mantenimento del figlio minore, che concerne il diritto al mantenimento di per sé.

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 (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, 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 beträfen, 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 sei. 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 voll-

ständig in den Unterhaltsanspruch subrogiert habe. Überdies befand das Bundesgericht, 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.

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

(...)

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

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 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.

6.2 Als zweite Vorbemerkung ist den weiteren Erwägungen vorzuschicken, dass das Prozessrecht allgemein, aber auch Vollstreckungshilfen wie die Alimentenbevorschussung 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 Alimentenbevorschussung 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.

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 stehen muss, die Schuldneranweisung zu verlangen, und versuchte dies in E. 3.8 rechtsdogmatisch damit zu erklären, dass das Gemeinwesen nicht nur in die effektiv bevorschussten Forderungen subrogiere, sondern dass das Unterhaltsstammrecht 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 machen, 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 HAAFTER (Der Unterhalt des Kindes als Aufgabe von Privat-

recht 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 (Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen, Diss. Zürich 2016), welcher einerseits festhält, das Stammrecht sei unverzichtbar, unabtretbar und unpfändbar (S. 69 Rz. 124), 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 (S. 69 Rz. 124).

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. BBl 1995 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 (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 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, in: 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. ZELLWEGGER-GUTKNECHT, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht 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, 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 vorgesehenen Bevorschussungslimite – subrogiert der Leistungserbringer auch nur im betreffenden Umfang (WEBER, in: Berner Kommentar, Band VI/1, 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 einer solchen gerichtet 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.

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 bevorschussten 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 I, 6. Aufl. 2018, N. 5 zu Art. 293 ZGB; VOLLENWEIDER, Alimentenbevorschussung bei Uneinbringlichkeit der Unterhaltsbeiträge, in: FamPra.ch 2006, S. 7f.; BASTONS BULLETTI/FARINE, Les avances de contributions d'entretien en cas d'impossibilité de recouvrer les dites contributions auprès de leur débiteur, in: 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 (BB1 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 oder die Kinderschutzbehörde 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; sodann im Sinn einer Auswahl: § 23 Abs. 1 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes des Kantons Zürich und § 34 Abs. 1 der Verordnung über die Alimentenhilfe des Kantons Zürich; Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen des Kantons Bern; § 33 Abs. 1 lit. b Sozialhilfe- und Präventionsgesetz des Kantons Aargau; Art. 2 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über Inkassohilfe und Vorschüsse für Unterhaltsbeiträge des Kantons St. Gallen; § 3 der Alimentenbevorschussungsverordnung des Kantons Basel-Stadt; Art. 9 der Loi sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires des Kantons Waadt; Art. 6 der Loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires und spezifisch Art. 3 des Règlement d'application de la loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires des Kantons Genf; 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; 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). An der kantonalen Regelungshoheit wird im Übrigen auch die auf den 1. Januar 2022 in Kraft tretende Inkassohilfeverordnung (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, in welcher Höhe sie dies tun und welche Voraussetzungen sie an die Bevorschussung knüpfen (BASTONS BULLETTI, Commentaire Romand, Code Civil I, N. 8 zu Art. 131/132 ZGB; FOUNTOULAKIS/BREITSCHMID, a.a.O., N. 4 zu Art. 293 ZGB). Das bedeutet, dass entgegen der Vorstel-

lung des Gesetzgebers in der tatsächlichen Rechtspraxis der den Unterhalt erstmals festsetzende Akt – vorbehaltlich 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 127 III 503 E. 3b/aa; 128 III 305 E. 6a; 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. E. 6.3.5 und E. 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 erwähnte dienende Funktion der verschiedenen Instrumente zur Unterhaltsdurchsetzung noch den – auch für die Legalzession anwendbaren (vgl. ROOS, Über die Subrogation nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 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 Offizialmaxime (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. 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 144 III 349 E. 4.2.1; 147 III 301 E. 2.2) 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 Kindesschutzbehörde, 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., 167 f.; BASTONS BULLETTI/FARINE, a.a.O., S. 40; HEGNAUER, Genehmigung von Unterhaltsverträgen (Art. 287 ZGB) und Alimentenbevorschussung, in: ZVW 1987, S. 96).

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 (Botschaft, 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, in: ZVW 1999, S. 19 oben; BASTONS BULLETTI/FARINE, a.a.O., S. 45).

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, 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.

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:

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, Zitat in E. 6.3) 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, von Ergebnis her auf BGE 137 III 193 zurückzukommen.

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 unlöslichen 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 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: FOUNTOLAKIS/BREITSCHMID, a.a.O., N 1a zu Art. 276 ZGB). Zuzug des Grundsatzes der Periodizität der Unterhaltsbeiträge (BGE 132 III 593 E. 7.3; 133 III 57 E. 3; 145 III 169 E. 3.6) wird im Urteilsdispositiv zwangsläufig stets der monatlich zu leistende Betrag festgehalten, zumal im Unterschied zum nahehelichen 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, 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 sie sich ableiten, in der Schwebe (vgl. MANI, Inkassohilfe, 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).

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 Ge-

meinwesen 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. Et was 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 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 (Zitat in E. 3.4 a.E.), 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.

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.

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 137 III 352 E. 4.6; 141 II 297 E. 5.5.1; 145 V 304 E. 4.4).

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 unterschiedliche 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, 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, 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 abgeändert wird. Vor diesem Hintergrund verfolgt namentlich das Kantonsgericht Luzern offen eine abweichende Praxis, indem es den angefochtenen Entscheid publiziert hat (vgl. LGVE 2020 II Nr. 4) und sich seither an diesem ausgerichtet (vgl. LGVE 2020 II Nr. 9; LGVE 2021 II Nr. 2).

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.

NOTE

François Bohnet und Lorenz Droese

Praxisänderung: Alimentenbevorschussung durch das Gemeinwesen berührt das Klagerecht nicht (mehr)

Das Bundesgericht vollzieht mit dieser Entscheidung eine in der Lehre verschiedentlich geforderte Praxisänderung. Sie betrifft die Frage, wer mit der Klage des Unterhaltsschuldners auf Abänderung des Unterhalts ins Recht gefasst werden soll – nur das Kind oder allenfalls das Kind und das Gemeinwesen, das ausbleibende Unterhaltsleistungen bevorschusst hat? Die Frage entscheidet sich daran, wem das entsprechende Recht zusteht. Das Bundesgericht erkennt nunmehr, dass dafür (allein) das Kind im Betracht kommt: Die Legalzession gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB erfasst nur die vom Gemeinwesen bereits bevorschussten Unterhaltsbeiträge, während das Recht auf Unterhalt als solches, das sog. Stammrecht, davon unberührt und somit beim Kind als Unterhaltsgläubiger bleibt. Damit ergab sich an anderer Stelle neuer Rechtsfertigungsbedarf: Das Bundesgericht musste erklären, weshalb das Gemeinwesen unter diesen Umständen gleichwohl eine Schuldneranweisung verlangen kann, die sich doch ebenfalls – wie die Abänderungsklage – auf künftige Leistungen bezieht, mithin auf solche, die (noch) nicht bevorschusst worden und deshalb auch nicht auf das Gemeinwesen übergegangen sind. Das Bundesgericht löst dies, indem es auf den Vergangenheitsbezug der Schuldneranweisung hinweist – diese beziehe sich zwar auf zukünftige Beiträge, basiere aber auf einer negativen Prognose, die sich ihrerseits aus dem Umstand ergebe, dass der Unterhaltsschuldner Beträge schuldig blieb, die hernach vom Gemeinwesen zu bevorschussen waren. Vor diesem Hintergrund könne dem Gemeinwesen aus rechtspolitischen Gründen zugebilligt werden, auch eine Schuldneranweisung als mit der Subrogation verbundenes «Nebenrecht» zu verlangen. Dies jedenfalls sei der Wille des Gesetzgebers gewesen, der nicht zwingend einen dogmatischen Ansatz verfolgt habe. Entsprechend könne daraus nicht abgeleitet werden, dass das Gemeinwesen auch im Rahmen eines Verfahrens um Abänderung des Unterhalts legitimiert sei. Dies leuchtet ein.

Bleibt die Frage, ob das Gemeinwesen seinerseits auf Abänderung des Unterhaltsbeitrags klagen könnte – eine Befugnis, die ihm BGE 137 III 193 E. 3.3. und 3.8. noch zugestanden hat: Danach sollen dem subrogierenden Gemeinwesen mit Ausnahme höchstpersönlicher

Rechte «grundsätzlich dieselben Rechte zustehen wie dem unterhaltsberechtigten Kind» (BGE 137 III 193 3.8 E. 3.8 S. 203). Die Frage ist zu verneinen: Das Bundesgericht erklärt heute, dass das Gemeinwesen nicht über das – im Entscheid als «Nebenrecht» bezeichnete – Klagerecht verfüge (E. 6.8). Das Klagerecht besteht jedoch bei Lichte besehen in der *blossen – jedoch schutzwürdigen – Behauptung* eines Rechtsschutzanspruchs, was allerdings (die Prozessstandschaft einmal vorbehalten) auch die Behauptung der Inhaberschaft des angerufenen materiellen Rechts impliziert (BOHNET, Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation et qualité pour agir; plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique, SZZZ 2017, S. 465 ff., 475 ff. und insbes. 477 f.; BOHNET/DROESE, Das Klagerecht vom Standpunkte der Schweizerischen ZPO, SZZZ 2021, S. 511 und 518). Da der Unterhaltsanspruch als solcher aber (allein) dem Kind zusteht und das Gemeinwesen mit einer Abänderungsklage deshalb ein Recht behaupten würde, das ihm weder selbst zusteht noch zu dessen Geltendmachung es durch positive Rechtsvorschrift berufen ist, wäre auf seine Abänderungsklage mangels Klagerecht nicht einzutreten. Diese Rechtslage – das fehlende Klagerecht des Gemeinwesens – ist denn auch der Grund, weshalb das Bundesgericht anmerkt, dass das Gemeinwesen die Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft i.S.v. Art. 308 Abs. 2 ZGB veranlassen kann, damit der Beistand – in Vertretung des Kindes, wohlverstanden – die Abänderungsklage erhebe (E. 6.8).

Rechtsvertretung – Représentation – Rappresentazione

[2614] Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. AG gegen B. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_562/2021 vom 3. Dezember 2021

Art. 12 lit. c BGFA; Art. 68 ZPO; Prozessvertretung; Interessenkonflikt des Anwalts
Betreibt ein Anwalt im Auftrag einer Klientin eine Gesellschaft, die von ihm die Niederlegung seines Mandats fordert, weil sie einst selbst seine Klientin war und ihm ein Resthonorar schuldet, so befindet er sich nicht in einem persönlichen Interessenkonflikt, wenn die neue Klientin die Zahlung der ausstehenden Honorarforderung garantiert.

Art. 12 lit. c LLCA; art. 68 CPC; Représentation en justice; conflit d'intérêts de l'avocat

Pas de conflit avec les intérêts propres de l'avocat justifiant de l'inviter à se démettre du mandat quand celui-ci requiert pour une nouvelle cliente la faillite d'une société anciennement cliente qui lui doit un solde d'honoraires, lorsque la nouvelle cliente a garanti le paiement desdits honoraires.

Art. 12 lit. c LLCA; art. 68 CPC; Rappresentazione in giustizia; conflitto d'interessi dell'avvocato

Nessun conflitto d'interessi dell'avvocato, tale da doversi dimettere dal mandato, quando egli richiede, per un nuovo cliente, il fallimento di una società precedentemente sua cliente e