

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 06
Fax +41 31 634 50 53
Obergericht-Zivil.Bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

KES 18 52

Bern, 3. April 2018

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Hurni und Oberrich-
terin Apolloni Meier
Gerichtsschreiberin Mosimann

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt und Notar Z. _____
Beschwerdeführer

B. _____
vertreten durch Rechtsanwalt und Notar Z. _____
Beschwerdeführerin

gegen

**Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern,
Münstergasse 2, 3011 Bern**

Vorinstanz

Gegenstand

Adoption

Beschwerde gegen die Verfügung der Justiz-, Gemeinde und Kir-
chendirektion des Kantons Bern vom 13. Dezember 2017 (20 17
47 / SHG)



Regeste:

Anwendbares Recht auf hängiges Adoptionsverfahren:

- Art. 12b SchlT ZGB besagt, dass für Adoptionsverfahren, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung vom 17. Juni 2016 hängig sind, das neue Recht gilt. Die Gesetzesrevision trat am 1. Januar 2018 in Kraft (E. 11.1).
- Die Rechtshängigkeit endet erst mit Eintritt der formellen Rechtskraft. Wird gegen eine Verfügung einer Verwaltungsbehörde ein Rechtsmittel eingereicht, besteht die Rechtshängigkeit über die ganze Dauer fort (E. 11.2). Ob dies auch dann gilt, wenn ein Rechtsmittel *ohne* aufschiebende Wirkung zur Verfügung steht, wurde offen gelassen (E. 11.3).
- Zwischen der am 13. Dezember 2017 erlassenen Verfügung der JGK und der am 19. Januar 2018 eingereichten Beschwerde besteht somit keine «Rechtshängigkeits-Lücke», weshalb auf den vorliegenden Fall nun das neue Recht anwendbar ist (E. 11.3).

Erwägungen:

I.

1.

- 1.1 A._____, geb. _____ 1975 (nachfolgend: Beschwerdeführer) und B._____, geb. _____ 1987 (nachfolgend: Beschwerdeführerin) sind seit dem 16. Juni 2011 verheiratet. Sie sind die Eltern von C._____, geb. _____ 2012 und D._____, geb. _____ 2013 (Vorakten JGK, pag. 6 ff.).
- 1.2 Am 10. Juli 2017 stellten die Beschwerdeführer bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um Adoption für E._____, geb. _____ 1999. E._____ ist die leibliche Tochter von F._____, der früheren Lebenspartnerin des Beschwerdeführers.
- 1.3 Gemäss Angaben des Beschwerdeführers nahm er seit der Geburt von E._____ die Vaterrolle wahr, obwohl er wusste, dass er nicht der leibliche Vater ist. Im Oktober 2011 habe er aufgrund gesundheitlicher Probleme von F._____ und zum Wohle des Kindes einen Vertrag als Pflegevater für E._____ erhalten. Seither habe E._____ bei ihm und seiner Frau gelebt und bilde einen festen Bestandteil der Familie (Beschwerde Ziff. 8).
2. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2017 wies die Vorinstanz das Adoptionsgesuch ab und auferlegte die Verfahrenskosten von CHF 300.00 den Beschwerdeführern.
3. Gegen diesen Entscheid erhoben die Beschwerdeführer mit Eingabe vom 19. Januar 2018 (Postaufgabe am selben Tag) Beschwerde beim Kindes- und Erwach-

senenschutzgericht (KESGer) des Kantons Bern. Sie beantragten, die Verfügung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 13. Dezember 2017 sei aufzuheben. Das Adoptionsgesuch vom 10. Juli 2017 sei gutzuheissen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

4. In ihrer Vernehmlassung vom 1. März 2018 beantragte die Vorinstanz die kostenfällige Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung ihres Entscheids vom 13. Dezember 2017.

II.

5. Angefochten ist eine Verfügung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern betreffend Adoption. Die Beurteilung der gegen eine solche Verfügung erhobenen Beschwerde fällt in die Zuständigkeit des KESGer (Art. 26e Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [EG ZGB; BSG 211.1]). Da sich keine fachspezifischen Fragen stellen, erfolgt die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde durch drei hauptamtliche Richterinnen und Richter (Art. 45 Abs. 3 Bst. b des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
6. Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz (KESG; BSG 213.316; Art. 26e Abs. 2 EG ZGB sowie Art. 1 Abs. 1 Bst. d KESG). Dieses verweist seinerseits in Art. 72 KESG subsidiär auf die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).
7. Auf die form- (Art. 81 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 32 VRPG) und fristgerecht (Art. 26e Abs. 1 EG ZGB i.V.m. Art. 42 Abs. 2 VRPG) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

III.

8. Die Vorinstanz wies das Adoptionsgesuch mit der Begründung ab, Art. 265 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) bestimme, dass das Kind wenigstens 16 Jahre jünger als die Adoptiveltern sein müsse. Da der Altersunterschied zwischen B._____ und E._____ 12 Jahre betrage und die gesetzliche Bestimmung zwingend sei, müsse das Adoptionsgesuch abgewiesen werden.
9. Die Beschwerdeführer weisen in ihrer Beschwerde auf die am 1. Januar 2018 in Kraft getretene Gesetzesänderung im Adoptionsrecht hin. Gemäss dem neuen Art. 264d Abs. 2 ZGB könne vom Mindestaltersunterschied zwischen den adoptionswilligen Personen und dem Adoptivkind von 16 Jahren abgewichen werden. Dies solle insbesondere dann der Fall sein, wenn es zum Wohle des Kindes als nötig erachtet werde. Gemäss Art. 12b SchIT ZGB gelte für Adoptionsverfahren, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung vom 17. Juli 2016 hängig seien, das neue Recht. Mit dem eingereichten Gesuch vom 10. Juli 2017 sei das vorliegende Verfahren

hängig gemacht worden. Da das Rechtsmittel auf die Verfügung vom 13. Dezember 2017 ergriffen worden sei, liege noch kein förmlicher Abschluss des Verfahrens vor. Die Rechtshängigkeit ende gemäss Art. 16 VRPG mit dem förmlichen Abschluss des Verfahrens, was vorliegend nicht der Fall sei. Werde ein instanzabschliessender Verfahrensakt angefochten, ändere dies zwar nichts an der Beendigung der Hängigkeit bei der eben mit der Sache befassten Instanz. Dennoch bleibe die Angelegenheit rechtshängig, weil sie im Rahmen des anderen Verfahrens bei einer anderen Behörde anhängig gemacht werde. Die Rechtshängigkeit im vorliegenden Verfahren bestehe somit weiterhin und folglich sei gemäss Art. 12b SchIT ZGB das neue Adoptionsrecht zur Beurteilung des Sachverhalts anzuwenden. Das neue Adoptionsrecht sei auch nach dem Grundsatz der negativen Vorwirkung bzw. der echten begünstigenden Rückwirkung auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden. In Anwendung des neuen Art. 264d Abs. 2 ZGB sei somit eine Abweichung vom Mindestaltersunterschied möglich, wenn es für die Wahrung des Kindeswohls nötig sei. Dies sei vorliegend der Fall (Ziff. 12 ff. der Beschwerde).

10. Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber in ihrer Vernehmlassung vom 1. März 2018 auf den Standpunkt, dass die Rechtshängigkeit des Verwaltungsverfahrens bzw. Adoptionsverfahrens mit Verfügung vom 13. Dezember 2017 geendet habe. Die Einreichung der Beschwerde gegen die Adoptionsverfügung habe eine erneute Rechtshängigkeit seit dem 22. Januar 2018 in einem Verwaltungsjustizverfahren begründet. Am 1. Januar 2018 sei das Adoptionsverfahren somit nicht rechtshängig gewesen. Das neue, heute geltende Recht, finde daher keine Anwendung. Es bleibe den Beschwerdeführern jedoch unbenommen, ein neues Gesuch für die Adoption einer volljährigen Person beim Kantonalen Jugendamt einzureichen (Ziff. 2.2.3 der Vernehmlassung).

11.

- 11.1 Am 1. Januar 2018 sind die revidierten Bestimmungen des Adoptionsrechts in Kraft getreten. Die Übergangsbestimmung Art. 12b SchIT ZGB besagt, dass für Adoptionsverfahren, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung vom 17. Juni 2016 hängig sind, das neue Recht gilt.

Unbestrittenermassen erliess die Vorinstanz ihre Verfügung am 13. Dezember 2017. Gemäss Angaben der Beschwerdeführer wurde ihnen diese Verfügung am 20. Dezember 2017 zugestellt. Die dagegen erhobene Beschwerde gaben die Beschwerdeführer am 19. Januar 2018 bei der Schweizerischen Post auf. Es stellt sich somit die Frage, ob zwischen dem Erlass der erstinstanzlichen Verfügung und der Einreichung der Beschwerde eine «Rechtshängigkeits-Lücke» besteht, mit der Folge, dass auf das vorliegende Adoptionsverfahren das am 1. Januar 2018 in Kraft getretene Recht nicht zur Anwendung gelangt.

- 11.2 Gemäss Art. 16 Abs. 1 VRPG wird das Verwaltungsverfahren mit Einreichung eines Gesuchs oder durch Eröffnung von Amtes wegen hängig. Art. 16 Abs. 2 VRPG bestimmt, dass das Verwaltungsjustizverfahren mit Einreichung der Beschwerde oder der Klageschrift hängig wird. Aus dieser Bestimmung kann nicht abgeleitet werden, dass zwischen dem Zeitpunkt der Eröffnung der vorinstanzlichen Verfügung und der Einreichung der Beschwerde das Verfahren nicht mehr hängig wäre.

Art. 16 Abs. 2 VRPG drückt vielmehr aus, dass im Verwaltungsjustizverfahren der Dispositionsgrundsatz gilt: Das Beschwerdeverfahren wird stets durch eine Partei eingeleitet und sie bestimmt den Gegenstand, über den verbindlich entschieden werden soll (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, N. 8 zu Art. 16 VRPG).

«Die Rechtshängigkeit endet mit dem förmlichen Abschluss des Verfahrens» (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., N. 7 zu Art. 16 VRPG). Wird ein Rechtsmittel gegen eine Verfügung einer Verwaltungsbehörde eingereicht, so besteht die Rechtshängigkeit über die ganze Dauer fort (vgl. zum Zivilprozess STEPHEN V. BERTI, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, Rz. 153; so auch MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., N. 7 zu Art. 16 VRPG, wonach die Angelegenheit rechtshängig bleibt, wenn der instanzabschliessende Verwaltungsakt angefochten wird). Mit anderen Worten endet die Rechtshängigkeit erst mit Eintritt der formellen Rechtskraft (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 31 Rz. 5).

- 11.3 Mit Eröffnung der Verfügung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion vom 13. Dezember 2017 endete die Rechtshängigkeit des Adoptionsverfahrens somit nicht, sondern dauerte während der Rechtsmittelfrist fort und besteht nun während des Beschwerdeverfahrens weiter. Ob dies allenfalls nur dann der Fall ist, wenn dem zur Verfügung stehenden Rechtsmittel von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt, kann offen gelassen werden, da dies gemäss Art. 82 VRPG für die vorliegend zu beurteilende Beschwerde der Fall ist.

Da das Verfahren somit am 1. Januar 2018 rechtshängig war, ist auf den vorliegenden Fall das revidierte Adoptionsrecht anwendbar. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der übergangsrechtlichen Regelung von Art. 12b SchIT ZGB, wollte man mit dieser Bestimmung doch dafür sorgen, dass das neue Adoptionsrecht sofort anwendbar ist. Ferner ist es aus prozessökonomischen Gründen sinnvoll, während des Verfahrens in Kraft getretenes günstigeres Recht sofort anzuwenden, anstelle einer Abweisung eines Gesuchs oder einer Beschwerde verbunden mit dem Hinweis, es sei ein neues Gesuch einzureichen (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 24 Rz. 20).

Hinzu kommt, dass es abwegig wäre, die Frage des anwendbaren Rechts alleine vom Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde abhängig zu machen. Es wäre sachfremd für die Frage des anwendbaren Rechts einen Unterschied zu machen, ob im vorliegenden Fall die Beschwerde noch vor dem 31. Dezember 2017 (anwendbar: neues Recht) oder aber ab dem 3. Januar 2018 (anwendbar: altes Recht) der Schweizerischen Post aufgeben wird.

12. Die Beschwerde ist aus den genannten Gründen insoweit gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung unter Anwendung des am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Adoptionsrechts an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Eine Beurteilung durch das KESGer im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist aufgrund des damit verbundenen Instanzenverlusts ausgeschlossen (vgl. Art. 69 Abs. 2 KESG).

IV.

13. Gemäss Art. 70 Abs. 1 KESG i.V.m. Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Die Beschwerdeführer dringen mit ihrem Begehren um Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung durch. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'000.00 (Art. 46 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 Bst. a des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]), gehen somit zu Lasten des Kantons Bern.

Den Beschwerdeführern ist der geleistete Kostenvorschuss von CHF 1'000.00 aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

14. Der Kanton Bern beziehungsweise die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion hat den obsiegenden Beschwerdeführern zudem antragsgemäss für das oberinstanzliche Verfahren einen Parteikostenersatz zu bezahlen (Art. 70 KESG i.V.m. Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Gemäss Art. 11 Abs. 1 der Parteikostenverordnung (PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.00 bis CHF 11'800.00.

Rechtsanwalt Z._____ macht mit Honorarnote vom 27. März 2018 ein Honorar von CHF 3'250.00 (Ausschöpfung des Tarifr Rahmens zu 25 %), zzgl. Auslagen von CHF 75.00 und Mehrwertsteuer (7.7 %) von CHF 256.00, total CHF 3'581.00 geltend. Das Honorar erscheint unter Berücksichtigung des in der Sache gebotenen Zeitaufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses gerade noch angemessen (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).

Der Kanton Bern bzw. die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion hat den Beschwerdeführern somit einen Parteikostenersatz von CHF 3'250.00, zzgl. Auslagen von CHF 75.00 und 7.7% Mehrwertsteuer, ausmachend CHF 256.00, total CHF 3'581.00 zu bezahlen.

15. Mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz fallen ebenfalls die den Beschwerdeführern mit Ziff. 2 der Verfügung auferlegten Verfahrenskosten dahin. Sie sind mit neuem Entscheid in der Sache durch die Vorinstanz neu zu verlegen.

Das Gericht entscheidet:

1. Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als die Verfügung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 13. Dezember 2017 aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.
2. Die Verfahrenskosten, bestimmt auf CHF 1'000.00, werden dem Kanton Bern auferlegt. Den Beschwerdeführern ist der geleistete Kostenvorschuss von CHF 1'000.00 aus der Gerichtskasse des Obergerichts zurückzuerstatten.
3. Der Kanton Bern (Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion) wird verurteilt, den Beschwerdeführern einen Parteikostenersatz von CHF 3'581.00 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.
4. Zu eröffnen:
 - den Beschwerdeführern, vertreten durch Rechtsanwalt und Notar Z. _____
 - der Vorinstanz

Mitzuteilen:

- dem Kantonalen Jugendamt, Gerechtigkeitsgasse 81, 3011 Bern

Bern, 3. April 2018

Im Namen des Kindes- und
Erwachsenenschutzgerichts

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Die Gerichtsschreiberin:

Mosimann

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach der schriftlichen Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden aus den in Art. 95-97 Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110) genannten Gründen.

Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen und ist an folgende Adresse zu richten: Schweizerisches Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14.

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.