

APH-07 400, publiziert September 2008

Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Apolloni Meier (Präsidentin), Obergerichtssuppleant Studiger und Oberrichter Bühler sowie Kammerschreiber Häusler

vom 18. Dezember 2007

in der Streitsache zwischen

A.,

vertreten durch Fürsprecher Z,

Klägerin/Appellantin

gegen

B.,

Beklagter/Appellat 1

und

C.,

Beklagte/Appellatin 2

beide vertreten durch Fürsprecher Y,

Regeste:

Art. 78 Abs. 1 IPRG, Anerkennungsfähigkeit einer brasilianischen Adoption von 1992.

Im vorliegenden Verfahren stellte sich die Frage, ob die brasilianische Adoption von 1992 vorfrageweise anerkannt werden kann und der Appellantin damit Erbenqualität zukommt.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Appellantin wurde im Jahre 1992 nach brasilianischem Recht adoptiert. Die Eltern wollten die Adoption in der Schweiz anerkennen lassen, die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion trat jedoch, mangels örtlicher Zuständigkeit (die Ehegatten hatten ihren Wohnsitz nicht in der Schweiz), nicht auf das Gesuch ein. Im Jahre 2000 verstarb der Adoptivvater der Appellantin und hinterliess seine Ehefrau (Appellatin 2), seinen Adoptivsohn (Appellat 1) sowie die Appellantin als mögliche Erben. Die Adoptivmutter und der Adoptivbruder der Appellantin schlossen einen Erbteilungsvertrag, bei welchem sie die Appellantin nicht berücksichtigten, da sie der Ansicht waren, die Appellantin sei nicht Erbin.

Die Appellantin reichte im Jahre 2006 eine Erbteilungsklage ein und beantragte unter anderem, es sei festzustellen, dass ihr neben ihrem Bruder und ihrer Mutter ein Viertel des Erbes zustehe.

Die vorinstanzliche Richterin beschränkte das Verfahren auf die Frage der Erbenqualität der

Appellantin. Nach den Ausführungen der Vorinstanz kommt das Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption nicht zur Anwendung, weil es zum Zeitpunkt der Adoption noch nicht existiert habe. Nach Art. 78 Abs. 1 IPRG könne eine Adoption in der Schweiz nur anerkannt werden, wenn diese im Staat des Wohnsitzes oder im Heimatstaat der adoptierenden Person vorgenommen worden sei. Die Anerkennung einer in anderen Länder ausgesprochenen Adoption sei ausgeschlossen. Da die Adoptiveltern ihren Wohnsitz nicht in Brasilien gehabt und ausser der schweizerischen keine weiteren Staatsangehörigkeiten besaßen, sei der Adoption die Anerkennung zu verweigern. Ebenfalls sei es nicht möglich, die brasilianische Adoption gemäss Art. 78 Abs. 2 IPRG anzuerkennen, weil diese Bestimmung lediglich den Umfang der Anerkennung und nicht die Anerkennungsvoraussetzungen definiere. Dass die Adoption gestützt auf Art. 78 Abs. 2 IPRG anerkannt werden müsse, wird im oberinstanzlichen Verfahren nicht mehr geltend gemacht.

Die Vorinstanz kommt im Übrigen zum Schluss, dass schweizerisches Recht auf den vorliegenden Fall anwendbar sei. Dies ist oberinstanzlich nicht bestritten.

Da die Adoption in der Schweiz nicht anerkannt werden könne, habe die Appellantin keine Erbenqualität.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Prozessuales und Formelles

(...)

II. Sachverhalt

(...)

III. Materielles

(...)

1. (...) Die Appellantin stellte sich hingegen im oberinstanzlichen Verfahren auf den Standpunkt, die Anerkennung müsse grundsätzlich gestützt auf Art. 78 Abs. 1 IPRG erfolgen. Auf die einzelnen Vorbringen ist nun in der Folge einzugehen:

(...)

2. a) (...)

b) Entgegen der Auffassung der Appellantin entspricht es nicht den Tatsachen, dass diese in rechtlicher Hinsicht keine Eltern (mehr) hat. Vielmehr hat sie nach brasilianischem Recht die Eheleute B. als Eltern und gemäss der schweizerischen Rechtsordnung hat sie - unter der Voraussetzung, dass die brasilianische Adoption in der Schweiz nicht

anerkannt werden kann - nach wie vor ihre leiblichen Eltern. Richtig ist somit lediglich, dass die Appellantin nach brasilianischem und nach schweizerischem Recht nicht dieselben Eltern hat. Diese Situation mag zwar unbefriedigend sein, aber der Gesetzgeber hat diese mögliche Folge in Kauf genommen. Gemäss dessen Willen kann es nicht darum gehen, irgendwelche Formen ausländischer Adoptionen anzuerkennen, sondern lediglich diejenigen, die durch ihre Natur und ihre Wirkungen den Adoptionen im Sinne des schweizerischen Rechts gleichkommen (Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, Bundesblatt 1983, S. 263 ff., Ziff. 244.4, S. 372). Ansonsten hätte er nämlich dafür sorgen müssen, dass jede im Ausland ausgesprochene Adoption in der Schweiz zu anerkennen wäre, da solche Situationen nur auf diese Weise zu verhindern wären. Dies wollte jedoch der Gesetzgeber offensichtlich nicht, ansonsten er die Anerkennungsfähigkeit der ausländischen Adoption nicht eingeschränkt hätte. Entgegen der Auffassung der Appellantin ist die Gewährleistung des Kindeswohls nicht mit der Anerkennung der im Ausland ausgesprochenen Adoption gleichzusetzen. Vielmehr soll nach dem Sinn des Gesetzgebers am künftigen Wohn- und Aufenthaltsort des zu adoptierenden Kindes geprüft werden, ob die auszusprechende Adoption dem Kindeswohl entspricht. Und weil sich der künftige Wohn- und Aufenthaltsort des zu adoptierenden Kindes in der Regel im Staat des Wohnsitzes oder im Heimatstaat der adoptierenden Ehegatten befindet, sollen auch nur die in diesen Ländern ausgesprochenen Adoptionen gemäss Art. 78 Abs. 1 IPRG in der Schweiz anerkannt werden. Denn es lässt sich nur im Staat des Wohnsitzes oder im Heimatstaat der adoptierenden Ehegatten anhand der konkreten Lebenssituation feststellen, ob dem Wohl des Kindes Rechnung getragen wird. Das heisst, dass im vorliegenden Fall die entscheidende brasilianische Behörde nach hiesiger Rechtsauffassung damals nicht beurteilen konnte, ob die Adoption der Appellantin durch die Eheleute B. dem Kindeswohl der Appellantin entspricht (SIEHR, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004, N. 9 zu Art. 78).

Nur aufgrund der Tatsache, dass nun die Appellantin durch die Nichtanerkennung der Adoption nicht Erbin des verstorbenen P.B. ist, kann nicht gefolgert werden, dies entspreche nicht dem Kindeswohl und laufe dem eigentlichen Zweck von Art. 78 Abs. 1 IPRG zuwider. Denn ob eine Adoption dem Kindeswohl entspricht beurteilt sich danach, ob die Adoptiveltern dem adoptierten Kind die notwendige Pflege und Fürsorge bieten können und für dessen Ausbildung und Unterhalt aufkommen können. Irrelevant ist dabei die Frage nach der Erbenqualität des adoptierten Kindes (die Erbenqualität ist vielmehr die Folge einer anerkannten Adoption und nicht Voraussetzung dazu) oder gar jene nach dem Vermögensstand der Adoptiveltern, ist das Kindeswohl doch nicht dadurch gewährleistet, dass es Aussicht auf eine beträchtliche Anwartschaft hat.

3. Die Appellantin plädierte vor dem Appellationshof dafür, es sei in Abweichung des an sich klaren Wortlautes von Art. 78 Abs. 1 IPRG die Adoption zu anerkennen. Dies sei in casu aufgrund folgender Umstände möglich:

- a) Als erstes sei zu beachten, dass das Kantonsgericht T. in seinem Urteil vom 13. Februar 2001 festgehalten habe, durch die brasilianische Adoption sei ein Kindesverhältnis zu den Ehegatten B. entstanden, während jenes zu ihren leiblichen

Eltern erloschen sei. Die Tatsache, dass diese Adoption nach brasilianischem Recht erfolgt sei und in der Schweiz auf das Anerkennungsgesuch nicht eingetreten worden sei, ändere nichts an den privatrechtlichen Wirkungen dieser ausländischen Adoption (KB 21, E. 3.b). Das Kantonsgericht T. habe also die Adoption vorfrageweise anerkannt. Dieses Urteil sei in Rechtskraft erwachsen, da das Bundesgericht auf eine dagegen erhobene Berufung nicht eingetreten sei (KB 22). Entsprechend habe schon ein Gericht rechtsverbindlich die in Brasilien ausgesprochene Adoption für die Schweiz anerkannt.

Der Appellationshof des Kantons Bern erachtet diese Erwägungen des Kantonsgerichts T. aus mehreren Gründen nicht als bindend. Einerseits ging es in jenem Verfahren nicht um die Frage der Erbenstellung und somit um eine Folge einer anerkannten Adoption, sondern vielmehr um die Unterhaltspflicht der Ehegatten B. als ureigenste Aufgabe bei Bestand eines Kindsverhältnisses. Hinzu kommt, dass eine Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind nicht nur bei Bestand eines Kindsverhältnisses besteht, sondern auch unabhängig davon, wie dies zum Beispiel bei Pflegeeltern der Fall ist oder sein kann. Weiter ist festzustellen, dass das Kantonsgericht in der besagten Erwägung klar festgestellt hat, dass «die Tatsachen, dass diese Adoption nach brasilianischem Recht erfolgte und in der Schweiz auf das Anerkennungsgesuch nicht eingetreten wurde, ändern nichts an den privatrechtlichen Wirkungen dieser ausländischen Adoption» (Hervorhebung durch Appellationshof). Damit hat auch das Kantonsgericht T. klar festgestellt, dass es sich dabei um eine ausländische Adoption handelt; dass diese Adoption in der Schweiz zu anerkennen sei, wurde in diesem Urteil nicht ausgeführt. Vielmehr hat das Kantonsgericht die Frage offen gelassen, in dem es die Unterhaltspflicht auf die Tatsache stützte, dass die Appellantin den Ehegatten B. anvertraut wurde; schliesslich wurde auch die Unterhaltspflicht der Ehegatten B. nicht gestützt auf das nach brasilianischem Recht entstandene Kindsverhältnis bejaht, sondern in Anwendung der Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern (KB 21, E. 3, insbesondere 3.b und 3.c).

Andererseits kann der Urteilsformel des Urteils des Kantonsgerichts T. in keiner Weise entnommen werden, dass die brasilianische Adoption in der Schweiz anerkannt würde. Soweit sich dies aus den Erwägungen ergeben sollte- was vorstehend bereits widerlegt wurde -, ist klarzustellen, dass Erwägungen nicht in Rechtskraft erwachsen können (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N. 12.c.aa zu Art. 192 ZPO mit zahlreichen Verweisen auf die bundesgerichtliche Praxis). Wenn nämlich das Kantonsgericht T. in dem fraglichen Urteil über die Anerkennung der Adoption in der Schweiz befunden hätte, dann jedenfalls nicht im Rahmen eines selbständigen Exequaturverfahrens gemäss Art. 29 IPRG. Eine allfällige Anerkennung der brasilianischen Adoption in der Schweiz durch das Kantonsgericht T. wäre höchstens vorfrageweise und inzident im Rahmen der Erwägungen erfolgt, was aus der Urteilsformel nicht hervorgehen würde. Entsprechend erwächst die inzident erfolgte Anerkennung nicht in Rechtskraft und entfaltet keine Bindungswirkung für andere Verfahren (WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Auflage, Bern 2002, S. 386).

b) Gemäss den weiteren Ausführungen der Appellantin entspreche das Resultat bei einer strikten Anwendung von Art. 78 Abs. 1 IPRG nicht dem Willen des Gesetzgebers. Der entsprechende Gesetzesartikel sei zu weit gefasst und weise deshalb

eine verdeckte Lücke auf, da der eigentliche Zweck des Gesetzes in casu vereitelt werde. Gemäss BGE 121 III 219 seien solche Lücken mittels einer teleologischen Reduktion zu schliessen.

Art. 1 ZGB stellt unmissverständlich die Vorherrschaft des Gesetzes klar. Erst wenn diesem keine Vorschrift entnommen werden kann, wenn das Gesetz also eine Lücke aufweist, darf sich das Gericht einer anderen Rechtsquelle bedienen. Dabei ist nicht schon dann eine Lücke anzunehmen, wenn der konkrete Gesetzeswortlaut nicht direkt auf einen konkreten Sachverhalt anwendbar ist. Vielmehr muss zunächst nach dem verborgenen Inhalt des Gesetzes gesucht werden, und zwar mittels sprachlichen Erwägungen sowie mit Hilfe der Auslegung. Vom klaren Gesetzestext darf gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch nur dann abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Text nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2002, 12. Auflage, S. 36 f. mit weiteren Hinweisen).

Fehlt es im Gesetz an einer erforderlichen Bestimmung, so liegt eine Lücke vor, wobei das Vorhandensein einer solchen nicht leichthin angenommen werden darf. Während traditionellerweise zwischen echten und unechten Lücken unterschieden wird, stellt ein Teil der neueren Lehre den Begriff der unechten Lücke in Frage und fordert stattdessen den Rückgriff auf die teleologische Reduktion (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 43 f. und 47 f.). Das Bundesgericht hat in dem von der Appellantin zitierten Entscheid die teleologische Reduktion anerkannt und festgehalten, es handle sich dabei um einen zulässigen Akt richterlicher Rechtsschöpfung und nicht um einen unzulässigen Eingriff in die rechtspolitische Kompetenz des Gesetzgebers. Demgemäss sei in einem ersten Schritt zu prüfen, ob der Wortsinn der Norm nicht bereits einem restriktiven Rechtssinn zu weichen habe. In einem zweiten Schritt müsse der Wortlaut der Norm gegebenenfalls teleologisch reduziert werden. Der Lückenbegriff und damit die richterliche Rechtsschöpfung sei demgegenüber erst aktuell, wenn sich trotz teleologischer Reduktion des Wortsinns herausstellt, dass der gesetzlichen Ordnung eine Regelung fehle (BGE 121 II 219; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 48 FN 39).

Wie schon in Erwägung 2.b hievor festgehalten wurde, ist der Wortlaut von Art. 78 Abs. 1 IPRG nicht nur klar, sondern wurde vom Gesetzgeber auch bewusst so formuliert. Insbesondere steht die Nichtanerkennung einer im Ausland ausgesprochenen Adoption nicht im Widerspruch zum Sinn und Zweck von Art. 78 Abs. 1 IPRG, sondern ist geradezu Ausfluss desselben. Das Vorhandensein einer ohnehin nicht leichthin anzunehmenden Lücke muss daher klar verneint werden. Oder um es in den Worten der neueren Lehrmeinungen auszudrücken, muss im vorliegenden Fall der Wortsinn von Art. 78 Abs. 1 IPRG nicht einem restriktiven Rechtssinn weichen. Da der gesetzlichen Ordnung somit keine Regelung fehlt, verbleibt für die richterliche Rechtsschöpfung und damit auch für die teleologische Reduktion kein Raum.

c) (...)

Das Gericht hat sich gemäss Art. 1 Abs. 1 ZGB an das Gesetz zu halten. Es ist nicht seine Sache zu prüfen, ob das Gesetz die Gerechtigkeit verwirklicht. Eine Korrektur des Gesetzes ist dem Gericht also grundsätzlich verwehrt. Anders verhält es sich nur in den seltenen Ausnahmefällen, in denen die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB

darstellt. Dies kann namentlich dort zutreffen, wo der Gesetzgeber sich offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder wo sich die Verhältnisse seit Erlass des Gesetzes so gewandelt haben, dass die Vorschrift nicht mehr befriedigt und ihre Anwendung rechtsmissbräuchlich wird. Dabei muss es sich aber stets um krasse Fälle handeln. Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von Lücken contra legem, welche wie eine echte Lücke im Sinn von Art. 1 Abs. 2 ZGB auszufüllen sind (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 46 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Damit also eine Lückenfüllung contra legem möglich ist, muss überprüft werden, ob die Berufung der Appellaten auf Art. 78 Abs. 1 IPRG einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt.

Obwohl das Verhalten der Ehegatten B. als fragwürdig bezeichnet werden könnte, kann dieses nach Auffassung des Appellationshofes nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden. In formeller Hinsicht ist nämlich vorab festzustellen, dass die Ehegatten B., welchen die Appellantin rechtsmissbräuchliches Verhalten vorwirft, gar nicht Partei (Appellaten) im vorliegenden Verfahren sind. Insbesondere ist der ebenfalls adoptierte Appellat 1 in diesem Verfahren Partei, welchem das Verhalten seiner Adoptiveltern nicht angelastet werden kann. Einzig die ebenfalls als Appellatin involvierte Ehegattin des verstorbenen P. B., war sowohl in das fragliche Adoptionsverfahren involviert und ist nun auch Partei im vorliegenden Verfahren. Fakt ist aber, dass die Identität der Prozessparteien mit den in der Adoption involvierten Personen nicht gegeben ist. Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs stösst daher schon allein aus diesem Grund ins Leere. Weiter kann es keine Rolle spielen, dass die Ehegatten B. (erfolglos) versucht haben, die in F. ausgesprochene Adoption in der Schweiz anerkennen zu lassen, respektive diese zu wiederholen. Denn die Anwendung von Art. 78 Abs. 1 IPRG kann nicht davon abhängig sein, ob die mutmasslichen Adoptiveltern einen (erfolglosen) Versuch gemacht haben, der Adoption in der Schweiz dieselbe Rechtswirkung wie in F. zukommen zu lassen, oder nicht. Einerseits kann es nicht sein, dass eine im Ausland ausgesprochene Adoption in der Schweiz zu anerkennen ist, nur weil erfolglos versucht wurde, gerade diese Adoption anerkennen zu lassen respektive zu wiederholen. Dies wäre ein diametraler Widerspruch. Andererseits kann es nicht sein, dass diese Fälle nicht gleich behandelt werden wie jene, bei welchen keine entsprechenden Versuche zur Anerkennung respektive Wiederholung in der Schweiz unternommen wurden. Oder anders gesagt kann im vorliegenden Fall die Adoption nicht deshalb contra legem anerkannt werden, weil ein erfolgloser Versuch unternommen wurde, während das Unterlassen eines solchen Versuches zu einer strikten Anwendung von Art. 78 Abs. 1 IPRG geführt hätte.

d) (...)

Der Appellationshof sieht in der Tatsache, dass der Appellat 1 im Gegensatz zur Appellantin erbberechtigt ist, keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes. Ein wesentlicher Unterschied ist nämlich, dass der Appellat 1 im Gegensatz zur Appellantin im Zivilstandsregister als Sohn der Ehegatten B. eingetragen ist. Zwar ist dem Appellationshof nicht klar, wie der ebenfalls in F. adoptierte Appellat 1 im Zivilstandsregister als leibliches Kind der Ehegatten B. eingetragen werden konnte. Dies spielt jedoch vorliegend keine Rolle, sondern ist als Tatsache hinzunehmen (Art. 9 Abs. 1 ZGB), da es in diesem Verfahren nicht um die Rechtmässigkeit jenes Eintrages geht. Aufgrund des Umstandes, dass der Appellat 1 im Gegensatz zur Appellantin im

Zivilstandsregister als Nachkomme der Ehegatten B. aufgeführt wird, rechtfertigt sich auch die unterschiedliche Behandlung. Eine Anwendung von Art. 78 Abs. 1 IPRG ist aufgrund dieses Umstandes ausgeschlossen.

e) (...)

Vorab ist festzustellen, dass für F. die Kindesrechtskonvention zwar am (...) 1990 und damit vor der Adoption der Appellantin durch die Eheleute B. in Kraft getreten ist. Hingegen ist diese Konvention für die Schweiz erst am 26. März 1997 und damit nach der fraglichen Adoption in Kraft getreten. Die Anwendbarkeit dieser Konvention auf den vorliegenden Fall ist daher schon aus diesem Grund fraglich. Hinzu kommt, dass die Bestimmungen dieser Konvention nicht direkt anwendbar, also nicht «self-executing» sind. Die Appellantin kann somit aus dieser Konvention keine direkten Rechte für sich ableiten.

In materieller Hinsicht steht Art. 78 Abs. 1 IPRG den ins Recht gerufenen Bestimmungen der Kinderrechtskonvention nach Ansicht des Appellationshofes nicht entgegen. Art. 21 der Konvention bezieht sich nämlich nur auf jene Fälle, in welchen die Adoption anerkannt ist. Hingegen sagt die Konvention nichts über die Anerkennungsfähigkeit einer Adoption aus. In Art. 21 lit. c will die Konvention lediglich sicherstellen, dass eine internationale Adoption die gleiche Wirkung wie eine nationale Adoption entfaltet. Dies wird durch die Bestimmungen des IPRG gewährleistet, sofern die ausländische Adoption in der Schweiz anerkannt werden kann. Wenn sie hingegen nicht anerkannt werden kann, liegt nach schweizerischem Recht auch keine gültige Adoption vor, weshalb auch die Bestimmungen der Konvention nicht anwendbar sind. Eine Anwendung von Art. 78 Abs. 1 contra legem ist somit auch aus diesem Grund nicht möglich.

4. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass Art. 78 Abs. 1 IPRG den Interessen des Kindes sowohl im vorliegenden Fall wie auch generell in keiner Weise widerspricht. Vielmehr trägt diese Bestimmung auch im vorliegenden Fall dem Interesse des Kindes Rechnung. Dass der Appellantin dadurch keine Erbenstellung zukommt ist lediglich eine Folge der Nichtanerkennung. Nur weil der verstorbene P. B. vermögend war und die Appellantin mangels Anerkennung der Adoption nicht dessen Erbin ist, besteht kein Widerspruch zu den Kindesinteressen. Da es auch nicht möglich ist, die in F. ausgesprochene Adoption entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 78 Abs. 1 IPRG anzuerkennen, ist die Klage abzuweisen.

(...)

Hinweis:

Das vorliegende Urteil wurde durch das Bundesgericht mit Entscheid vom 25. Juni 2008 betätigt (5A_74/2008).