

ZK 16 169, publiziert Oktober 2016

Entscheid der 2. Zivilkammer des Kantons Bern

vom 30. Juni 2016

Besetzung

Oberrichter Bähler (Referent), Oberrichterin Grütter und Oberrichter Kiener
Gerichtsschreiberin Weingart

Verfahrensbeteiligte

A.,
vertreten durch Rechtsanwalt X.

Beschwerdeführer

und

B.
Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt X.

gegen

Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Kramgasse 20, 3011 Bern
Vorinstanz

Gegenstand

Anerkennung Adoption

Regeste:

- Art. 27 Abs. 1 IPRG
- *Die Anerkennung einer im Ausland ausgesprochenen Minderjährigenadoption für den schweizerischen Rechtsbereich ist wegen Verletzung des materiellrechtlichen Ordre public (Art. 27 Abs. 1 IPRG) zu verweigern, wenn ein zu geringer Altersunterschied zwischen einem adoptierenden Elternteil und den Adoptivkindern besteht, kein vorangegangenes Pflegeverhältnis bestand bzw. heute besteht, keine genügend lange Ehedauer vorgewiesen werden kann, die adoptierenden Ehegatten nicht beide das 35. Altersjahr erreicht haben und die Adoption nicht mit dem Kindeswohl vereinbar ist (Erwägungen 17-27).*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Ein in der Schweiz wohnhaftes Ehepaar, beide kosovarische Staatsangehörige, adoptierten mit Urteil des kosovarischen Grundgerichts C. im Jahr 2014 ihre damals minderjährige Nichte und ihren minderjährigen Neffen, beide kosovarische Staatsangehörige mit Wohnsitz im Kosovo.

Die Vorinstanz verweigerte die Anerkennung des im Ausland ergangenen Adoptionsentscheids in der Schweiz aufgrund der Verletzung des materiellrechtlichen Ordre public-Vorbehalts. Dagegen erhoben die Beschwerdeführenden Beschwerde bei der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV.

17. Vorliegend geht es um die Frage der Anerkennungsfähigkeit eines im Ausland ergangenen Adoptionsentscheids. Das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) regelt gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. c die Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen. Völkerrechtliche Verträge sind vorbehalten (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Das Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption (HAÜ; SR 0.211.221.311) ist vorliegend nicht anwendbar, da zwar die Schweiz, nicht aber der Kosovo Vertragsstaat desselben ist. Es besteht auch anderweitig kein entsprechender Staatsvertrag. Somit ist das IPRG anzuwenden.
18. Für die Frage der Anerkennung eines ausländischen Adoptionsentscheids müssen die Voraussetzungen nach Art. 25 bis 27 IPRG gegeben sein. Gemäss Art. 25 IPRG wird eine ausländische Entscheidung in der Schweiz anerkannt, wenn kumulativ die Zuständigkeit der ausländischen Behörde begründet war (lit. a), die ausländische Entscheidung endgültig ist (lit. b) und kein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 IPRG vorliegt (lit. c).
19. Die Voraussetzungen der indirekten Zuständigkeit der kosovarischen Behörden sowie die Endgültigkeit der dort ergangenen Adoptionsentscheidung ist vorliegend unbestritten. Zu prüfen ist einzig, ob ein Anerkennungsverweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 IPRG (materiellrechtlicher Ordre public-Vorbehalt) gegeben ist.
20. Gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG liegt eine Verletzung des materiellrechtlichen Ordre public vor, wenn die Anerkennung der im Ausland ergangenen Entscheidung offensichtlich mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar ist. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts dann der Fall, wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheids in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden (BGE 131 III 182 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 5P.128/2005 vom 11. Juli 2005 E. 2.1; 5C.297/2001 vom 4. März

2002 E. 3b; BGE 126 III 327 E. 2b; 126 III 101 E. 3b; 122 III 344 E. 4a). Die von Amtes wegen zu prüfende Anwendung des Ordre public-Vorbehalts ist im Bereich der Anerkennung ausländischer Entscheide nach dem Wortlaut des Gesetzes restriktiver als im Bereich der Anwendung des fremden Rechts gemäss Art. 17 IPRG (BGE 134 III 661 E. 4.1; 131 III 182 E. 4.1; 120 II 87 E. 3).

21.

- 21.1 In der Schweiz ist eine Adoption nur zulässig, wenn der Altersunterschied zwischen den Adoptiveltern und den Adoptivkindern mindestens 16 Jahre beträgt (Art. 265 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]). Dieses Erfordernis des genügenden Altersunterschiedes ist für nationale Adoptionen zwingend, weshalb von dessen Einhaltung nicht befreit werden kann (PETER BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 5. Aufl. 2014, N 2 zu Art. 265 ZGB mit Hinweisen).
- 21.2 Während der Altersunterschied zwischen dem Beschwerdeführer und den Adoptivkindern bei 21 bzw. 23 Jahren liegt, besteht zwischen der Beschwerdeführerin und den Adoptivkindern lediglich ein solcher von 13 bzw. 11 Jahren. Die Adoptionsvoraussetzungen des schweizerischen Rechts sind folglich bei der Beschwerdeführerin nicht erfüllt.
- 21.3 Nicht jeder Verstoss gegen das Rechtsempfinden, die Wertvorstellungen oder zwingendes Recht stellt eine Verletzung des schweizerischen Ordre public dar. Für dessen Verletzung ist vielmehr erforderlich, dass die Anerkennung und Vollstreckung des ausländischen Entscheids in der Schweiz mit den hiesigen rechtlichen und ethischen Werturteilen schlechthin unvereinbar wäre. Ob der Ordre public verletzt ist, beurteilt sich nicht abstrakt. Entscheidend sind die Auswirkungen der Anerkennung und Vollstreckung im Einzelfall (BGE 141 III 312 E. 4.1). Das Kreisschreiben des Bundesamtes für Justiz vom 15. Juli 1992 betreffend Anerkennung von im Ausland vorgenommenen Adoptionen und ihre Eintragung in der Schweiz (veröffentlicht in ZZW 1993, S. 33) nennt zwar keine konkrete Zahl, wann ein Altersunterschied offensichtlich mit dem Ordre public unvereinbar ist, hält aber immerhin fest, dass der Altersunterschied – soweit möglich – mit demjenigen in einer leiblichen Familie übereinstimmen sollte. Dies entspricht auch dem Zweck des Mindestaltersunterschieds, welcher die Angleichung einer Adoption an die biologische Elternschaft und damit eine ausgewogene Familienstruktur anstrebt (BREITSCHMID, a.a.O., N 1 zu Art. 265 ZGB).
- 21.4 Eine bloss minimale Unterschreitung des Altersunterschieds bildet zwar keine Ordre public-Widrigkeit (URWYLER/HAUSER, in: Basler Kommentar zum IPRG, 3. Aufl. 2013, N 16 zu Art. 78 IPRG). Hier kann aber nicht mehr von einer bloss minimalen Unterschreitung gesprochen werden, denn der nach schweizerischem Recht zwingend vorgesehene Altersunterschied von 16 Jahren wird durch die Beschwerdeführerin um 3 (in Bezug auf die Adoptivtochter) bzw. sogar um 5 Jahre (in Bezug auf den Adoptivsohn) unterschritten. Der Altersunterschied von lediglich 13 bzw. 11 Jahren entspricht denn auch bei weitem nicht demjenigen zwischen Kindern und biologischem Elternteil in einer leiblichen Familie. Dies umso mehr, als die Ehegatten selber auch leibliche Kinder haben, zu welchen der Altersunterschied zur Mutter 27 bzw. 26 Jahre – d.h.

mehr als das Doppelte als zum jüngeren der beiden Adoptivkindern – beträgt. Von einer Angleichung an die biologische Elternschaft bzw. an eine ausgewogene Familienstruktur kann vorliegend somit nicht gesprochen werden. Bei einer derart grossen Abweichung vom Mindestaltersunterschied gemäss zwingendem schweizerischem Recht ist von einer Verletzung des Ordre public-Vorbehalts auszugehen (Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern OG 30 08 19 vom 24. November 2008 E. 2.6.1).

22. Weiter ist in der Schweiz eine Adoption nur zulässig, wenn die Adoptiveltern mindestens fünf Jahre verheiratet sind oder das 35. Altersjahr zurückgelegt haben (Art. 264a Abs. 2 ZGB). Dieses Erfordernis wird vorliegend durch die Beschwerdeführenden unbestrittenermassen nicht erfüllt: Die Ehe zwischen den Beschwerdeführenden besteht erst seit dem Jahr 2012. Sie dauerte im Zeitpunkt der Adoption im Jahr 2014 lediglich zwei Jahre und im heutigen Zeitpunkt lediglich vier Jahre. Die alternative Voraussetzung von Art. 264a Abs. 2 ZGB, das Erreichen des 35. Altersjahres beider Ehegatten, ist ebenfalls nicht erfüllt: Die Beschwerdeführerin ist im Jahr 1986 geboren, sie ist heute 31-jährig.
23. Ferner darf ein Kind nach schweizerischem Recht nur dann adoptiert werden, wenn ihm die künftigen Adoptiveltern während wenigstens eines Jahres Pflege und Erziehung erwiesen haben (Art. 264 Satz 1 ZGB). Dies ist im vorliegenden Fall unbestrittenermassen nicht der Fall: Die Adoptivkinder leben auch heute noch im Kosovo, während die Adoptiveltern ihren Wohnsitz in der Schweiz haben. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Umstand, dass der ausländischen Adoption kein Pflegeverhältnis im Sinne von Art. 264 ZGB vorausgegangen ist, für sich allein noch keinen Grund darstellt, um die Anerkennung als Ordre public-widrig zu verweigern, denn das Zusammenleben mit dem Kind nach der Adoption sei mitzuberücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 5A.20/2005 vom 21. Dezember 2005 E. 3.3.3). Wenn auch nach der Adoption kein Zusammenleben mit dem Kind erfolgt ist – wie dies vorliegend der Fall ist – und ausserdem Erwägungen der ausländischen Adoptionsbehörde betreffend das Kindeswohl völlig fehlen, ist es möglich, dass der schweizerische Ordre public der Anerkennung des Entscheides entgegensteht (Urteil des Bundesgerichts 5A.20/2005 vom 21. Dezember 2005 E. 3.3.3 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre).
24. Folglich ist zu prüfen, ob das Kindeswohl im Adoptionsentscheid genügend berücksichtigt wurde.
- 24.1 In der Schweiz gilt der Vorrang des Kindeswohls in einem umfassenden Sinne. Angestrebt wird namentlich eine altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit des Kindes in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht, wobei in Beachtung aller konkreten Umstände nach der für das Kind bestmöglichen Lösung zu suchen ist. Mit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101), gemäss deren Art. 11 Abs. 1 Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben, erhielt das Kindeswohl Verfassungsrang. Auch das Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107) verlangt unter anderem, dass das Kindeswohl bei allen die Kinder betreffenden Ent-

scheiden ein vorrangiger Gesichtspunkt zu sein hat (Art. 3 Abs. 1 KRK; siehe zum Ganzen BGE 129 III 250 E. 3.4.2 mit Hinweisen).

- 24.2 Eine Minderjährigenadoption kann dann gegen den Ordre public verstossen, wenn nicht das Wohl des Kindes im Vordergrund stand, sondern adoptionsfremde Motive wie ausschliesslich das Erlangen sozialrechtlicher, aufenthaltsrechtlicher oder sonstiger Vorteile (Urteil des Bundesgerichts 5A.20/2005 vom 21.12.2005 E. 3.3; SIEHR, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, N. 11 zu Art. 78 IPRG).
- 24.3 Sowohl die Schweizerische Botschaft im Kosovo sowie auch die Vorinstanz stellen sich auf den Standpunkt, dass davon ausgegangen werden könne, dass die Adoption nur dazu diene, den Adoptivkindern aus dem Kosovo den Aufenthalt in der Schweiz zu ermöglichen. Die Beschwerdeführenden gestehen in der Beschwerdeschrift ihrerseits ein, mit der Adoption auch gewisse finanzielle und wirtschaftliche Ziele zu verfolgen. In einer früheren Eingabe an den ZBD gaben die Beschwerdeführenden an, die Adoption sei erfolgt, «da hinsichtlich der nachfolgend beschriebenen Sachlage eine Adoption die einzige Möglichkeit darstellt, den Kindern ein angemessenes Umfeld zum Aufwachsen zu bieten» (Akten ZDB, pag. 53).
- 24.4 Wie die Beschwerdeführenden zu Recht ausführen, liegt der Grundgedanke der Adoption darin, dass Eltern und Kind durch Pflege und Erziehung zu einer Familie zusammenwachsen (Schlussbemerkungen der Beschwerdeführenden vom 22. September 2015, S. 7). Dabei geht es jedoch in der Regel um kleine Kinder, die in ihrer Persönlichkeit noch nicht fertig entwickelt sind (Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, a.a.O., E. 2.6.4 mit Hinweisen). Die Jugendlichen standen schon damals wenig vor ihrer Volljährigkeit. Heute, gut zwei Jahre später, ist die Adoptivtochter Y. 19 Jahre alt und ihr jüngerer Bruder Z. erreicht Anfang Februar 2017, d.h. in gut einem halben Jahr, die Volljährigkeit. In diesem Alter ist die Persönlichkeitsentwicklung zu einem grossen Teil abgeschlossen. Die Jugendlichen werden selbständig und lösen sich von ihren Eltern ab. Dass sich die Adoptivkinder nun in eine neue Familie integrieren sollen, die in dieser Konstellation bis anhin noch nie bestanden hat, ist nicht natürlich. Auch wenn der Beschwerdeführer gemäss seinen Angaben bis im Jahr 2004 mit den Adoptivkindern zusammengelebt habe, so ist die Beschwerdeführerin erst im Jahre 2012 dazu gekommen, als der Beschwerdeführer schon lange in der Schweiz lebte. Einer natürlichen Familienstruktur widerspricht im Weiteren, dass die Beschwerdeführenden bereits leibliche Kinder im Alter von 4 und 3 Jahren – also im Kleinkindalter – haben. Fraglich ist, wie die beiden Adoptivkinder im Alter von 19 und 17 Jahren in dieses Familienverhältnis integriert werden könnten. Es ist nicht naheliegend, dass die sechs Personen (zwei Eltern, zwei Kleinkinder und zwei Adoptivkinder, eines volljährig, eines knapp volljährig) in der Schweiz als Familie zusammenleben würden. Vielmehr ist naheliegend, dass die beiden Adoptivkinder, sobald sie in der Schweiz ankommen würden, ein eigenes, von den Adoptiveltern und den beiden Stiefgeschwistern losgelöstes, selbständiges Leben führen würden. Der Sinn der Adoption kann im vorliegenden Fall folglich nicht darin liegen, ein familienähnliches Verhältnis zu begründen (siehe auch Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, a.a.O., E. 2.6.4).

- 24.5 Die Kinder lebten bis anhin nicht in einem «vertrauten» Familienverhältnis, wie dies die Beschwerdeführenden vorbringen (vgl. Schlussbemerkungen der Beschwerdeführenden vom 22. September 2015, S. 9). Sie wurden vom Beschwerdeführer im Jahre 2004 verlassen, als dieser in die Schweiz zog. Danach wuchsen sie ohne Eltern bei ihrer Grossmutter auf. Auch mehrmalige Besuche des Beschwerdeführers unter dem Jahr vermögen kein vertrautes Familienverhältnis zu begründen.
- 24.6 Der Vorinstanz ist weiter zuzustimmen, wenn sie davon ausging, dass eine Übersiedlung der Kinder in die Schweiz nicht dem Kindeswohl diene, weil sie ihr ganzes bisheriges Leben im Kosovo verbracht hätten, weder über Sprachkenntnisse, einen schweizerischen Schulabschluss noch über Kenntnisse über die hiesigen Gepflogenheiten verfügten. In Anbetracht des fortgeschrittenen Alters der Adoptivkinder bedürfen die Adoptivkinder denn auch keiner erheblichen Fürsorge und Betreuung mehr.
- 24.7 Im Vordergrund der Adoptionen stand folglich nicht das Kindeswohl, sondern vielmehr andere, adoptionsfremde Motive. Namentlich wurden die Adoptionen angestrengt, um den Kindern in der Schweiz ein «angemessenes Umfeld» und damit eine bessere Ausgangslage für ihre Zukunft zu verschaffen. Solche Adoptionen können aufgrund des Ordre public-Vorbehalts in der Schweiz nicht anerkannt werden.
25. Zusammenfassend verstösst der Adoptionsentscheid des Grundgerichts C. aus dem Jahr 2014 gegen den schweizerischen Ordre public, da ein zu geringer Altersunterschied zwischen der Beschwerdeführerin und den Adoptivkindern besteht, kein vorangegangenes Pflegeverhältnis bestand bzw. heute besteht, keine genügend lange Ehedauer vorgewiesen werden kann, die adoptierenden Ehegatten nicht beide das 35. Altersjahr erreicht haben und schliesslich die Adoption nicht mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Die Anerkennung der Adoptionen für den schweizerischen Rechtsbereich ist daher gestützt auf Art. 27 Abs. 1 IPRG zu verweigern.
26. Eventualiter machen die Beschwerdeführenden sinngemäss geltend, es sei die Adoption zumindest durch den Beschwerdeführer anzuerkennen. Diesbezüglich hält der Gesetzestext von Art. 264a Abs. 1 ZGB erster Teilsatz ausdrücklich fest, dass Ehegatten nur gemeinschaftlich adoptieren können. Ausnahmen davon mögen von der Lehre bejaht werden, doch hat die Adoption – ob gemeinschaftliche oder Einzeladoption – stets das Kindeswohl zu berücksichtigen. Dieses wäre im vorliegenden Fall auch dann nicht genügend berücksichtigt, wenn die im Ausland erfolgten Adoptionen in Bezug auf den Beschwerdeführer alleine anerkannt werden würden; denn noch immer stünden dieselben adoptionsfremden Motive im Vordergrund (E. 24 oben). Auch führt der zu geringe Altersunterschied der Beschwerdeführerin zu den Adoptivkindern nicht für sich alleine zur Abweisung des Hauptbegehrens. Vielmehr kommen weitere wesentliche Gründe dazu, die einen Verstoß der in Frage stehenden Adoptionen gegen den schweizerischen Ordre public-Vorbehalt begründen; dies neben dem Kindeswohl auch das fehlende vorangehende Pflegeverhältnis und die zu kurze Ehedauer bzw. das Nichterreichen des 35. Altersjahres durch beide Elternteile. Insofern dringen die Beschwerdeführenden auch mit ihrem Eventualbegehren nicht durch.
27. Die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.