

Gefördert / finanziert durch:



Die Ersetzung der Einwilligung in die Adoption

Rechtslage und Reformbedarf

Eine Expertise für das Expertise- und
Forschungszentrum Adoption (EFZA)

Friederike Wapler
Wibke Frey



Wissenschaftliche Texte

Wissenschaftliche
Texte

Friederike Wapler
Wibke Frey

Die Ersetzung der Einwilligung in die Adoption

Rechtslage und Reformbedarf

Eine Expertise für das Expertise- und Forschungszentrum Adoption (EFZA)

Forschung zu Kindern, Jugendlichen und Familien an der Schnittstelle von Wissenschaft, Politik und Fachpraxis

Das Deutsche Jugendinstitut e.V. (DJI) ist eines der größten sozialwissenschaftlichen Forschungsinstitute Europas. Seit über 50 Jahren erforscht es die Lebenslagen von Kindern, Jugendlichen und Familien, berät Bund, Länder und Gemeinden und liefert wichtige Impulse für die Fachpraxis.

Träger des 1963 gegründeten Instituts ist ein gemeinnütziger Verein mit Mitgliedern aus Politik, Wissenschaft, Verbänden und Einrichtungen der Kinder-, Jugend- und Familienhilfe. Die Finanzierung erfolgt überwiegend aus Mitteln des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und den Bundesländern. Weitere Zuwendungen erhält das DJI im Rahmen von Projektförderungen vom Bundesministerium für Bildung und Forschung, der Europäischen Kommission, Stiftungen und anderen Institutionen der Wissenschaftsförderung.

Aktuell arbeiten und forschen 360 Mitarbeiter/innen (davon 225 Wissenschaftler/innen) an den beiden Standorten München und Halle (Saale).

Das Expertise- und Forschungszentrum Adoption (EFZA) wird vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend gefördert und ist am Deutschen Jugendinstitut (DJI) in München verortet. Die Projektlaufzeit erstreckt sich von Februar 2015 bis Dezember 2017.

Die vorliegende Expertise „Die Ersetzung der Einwilligung in die Adoption“ wurde von Professorin Dr. Friederike Wapler und Wibke Frey im Rahmen des Expertise- und Forschungszentrum Adoption (EFZA) verfasst.

Professorin Dr. Friederike Wapler ist eine der führenden Expertinnen auf dem Gebiet des Rechts der Kindheit, Jugend und Familie. Seit Oktober 2016 ist sie Inhaberin der Professur für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

Wibke Frey beschäftigt sich mit gleichheitsrechtlichen Fragestellungen, insbesondere im Bereich des Gesundheitsrechts. Sie ist diplomierte Sozialwissenschaftlerin und Assessorin des Rechts und arbeitet als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Sozial- und Organisationspädagogik der Universität Hildesheim.

© 2017 Deutsches Jugendinstitut
e.V. Abteilung Familie und
Familienpolitik Nockherstraße 2
81541 München
Telefon (089) 6 23 06 0
Telefax (089) 6 23 06 - 162
E-Mail: info@dji.de
www.dji.de

ISBN: 978-3-86379-236-7

Inhalt

1	Einführung	1
2	Der rechtliche Kontext der Ersetzungsentscheidung	2
2.1.	Familienrechtliche Rahmung	2
2.1.1.	Eltern	2
2.1.2.	Familie	2
2.1.3.	Staatliche Maßnahmen zum Schutz des Kindes	4
2.2.	Die Einwilligungserfordernisse im Adoptionsrecht: Überblick	6
2.2.1.	Einwilligung des Kindes, § 1746	6
2.2.2.	Einwilligung der Eltern, § 1747 BGB	7
2.2.3.	Einwilligung des Ehegatten/Lebenspartners (1749 BGB)	9
2.3.	Die Ersetzung der elterlichen Einwilligung nach § 1748 BGB: Historische Entwicklung	9
2.4.	Rechtstatsächliche Erkenntnisse	12
3	Die gegenwärtige Rechtsgrundlage (§ 1748 BGB) in ihrer Auslegung durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft	12
3.1.	Anhaltende gröbliche Pflichtverletzung	13
3.1.1.	Tatbestand	13
3.1.2.	Fallgruppen	14
3.2.	Gleichgültigkeit	17
3.2.1.	Tatbestand	17
3.2.2.	Begleitende Belehrung und Beratung durch das Jugendamt	19
3.2.3.	Fallgruppen	19
3.3.	Zusätzliche Anforderung: unverhältnismäßiger Nachteil für das Kind bei Ausbleiben der Adoption	21
3.3.1.	Adoption durch Pflegeeltern	22
3.3.2.	Adoption von Stiefkindern	23
4	Problemfelder	29
4.1.	Unbestimmte und unsystematische Gesetzesformulierung	30
4.2.	Wortlautübersteigende Auslegung des § 1748 Abs. 4 BGB	31
4.3.	Unklare Systematik im Kontext der familiengerichtlichen Maßnahmen zum Schutz des Kindes	31
4.5.	Gleichheitsrechtliche Aspekte	33
4.6.	Mangelnder Bezug zu den Grund- und Menschenrechten des Kindes	34
4.7.	Stiefkindadoption	35
4.8.	Adoption von Pflegekindern	35
5	Verfassungs- und völkerrechtliche Rahmenbedingungen für die Norminterpretation und die rechtspolitische Neugestaltung des § 1748 BGB	36
5.1.	Vorgaben des europäischen und des internationalen Rechts	36

5.1.1.	Europäische Menschenrechtskonvention	36
5.1.2.	UN-Kinderrechtskonvention	38
5.1.3.	Spezielle völkerrechtliche Vereinbarungen	41
5.2.	Verfassungsrechtliche Vorgaben	43
5.2.1.	Die Ersetzung der Einwilligung als Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG	43
5.2.2.	Die Grundrechte des Kindes als Schutzgut des staatlichen Wächteramts	47
5.2.3.	Gleichheitsrechtliche Aspekte	50
5.3.	Folgerungen für die einfachgesetzliche Regelung der Ersetzungsentscheidung	52
6	Handlungsmöglichkeiten und Lösungsstrategien	54
6.1.	Einbettung der Ersetzungstatbestände in den Kontext familiengerichtlicher Eingriffsbefugnisse	54
6.2.	Vorschlag für eine Systematik der Ersetzungstatbestände	55
6.2.1.	Fallgruppe 1: Mangelhafte Wahrnehmung der Elternverantwortung	55
6.2.2.	Fallgruppe 2: Nichtwahrnehmung der Elternverantwortung	56
6.2.3.	Fallgruppe 3: Schicksalhafte Erziehungsunfähigkeit	57
6.2.4.	Vorteile gegenüber der derzeitigen Rechtslage	57
6.3.	Konkretisierungen	57
6.3.1.	Fehlende Unterhaltszahlungen bei Leistungsfähigkeit	57
6.3.2.	Fehlender Kontakt	58
6.3.3.	Stiefkindadoption	58
6.3.4.	Pflegekindadoption	59
7	Literaturverzeichnis	61

1 Einführung

Mit der Adoption eines Kindes erlöschen dessen bisherige Verwandtschaftsverhältnisse vollständig und werden durch die Verwandtschaftsbeziehungen zu den Adoptiveltern ersetzt. Wer in die Adoption seines Kindes einwilligt, kann unter Umständen weiter Kontakt zu ihm halten, rechtlich jedoch besteht keine Verbindung mehr. Findet die Adoption gegen den Willen der Herkunftseltern statt, so ist sie der schärfste Eingriff in das Elternrecht, den unsere Rechtsordnung kennt.¹ Vor diesen Schritt legt das Recht hohe Hürden: Die Adoption gegen den Willen eines Elternteils ist nur möglich, wenn das Familiengericht dessen Einwilligung durch gerichtlichen Beschluss ersetzt. Die Rechtsgrundlage für diese Maßnahme findet sich in § 1748 BGB.

In seiner derzeitigen Fassung wirft § 1748 BGB eine Reihe an praktischen und methodischen Problemen auf, die Zweifel an seiner Vereinbarkeit mit Verfassungs- und Völkerrecht sowie rechtspraktisch mit den Interessen der beteiligten Parteien schüren. Die Interpretation der in ihm verwendeten, dem Familienrecht ansonsten weitgehend unbekanntem Rechtsbegriffe wie der „anhaltenden gröblichen Pflichtverletzung“, der „Gleichgültigkeit“ und des „unverhältnismäßigen Nachteils“ erschließt sich aus sich heraus keiner erkennbaren Systematik, steht in einem unklaren Zusammenhang mit den Voraussetzungen anderer familiengerichtlicher Eingriffe in das Elternrecht (insb. §§ 1666, 1666a BGB) und ist in der Praxis der Rechtsprechung kasuistisch und widersprüchlich geblieben. Für weit verbreitete Fallkonstellationen wie die Stiefkind- und Pflegekinderadoption ist die Rechtslage unklar und umstritten. Schließlich bestehen Sonderregeln für nichteheliche und nicht sorgeberechtigte Väter, deren Rechtfertigung aus gleichheitsrechtlicher Sicht problematisch erscheint.

Das folgende Gutachten widmet sich der rechtlichen Bewertung des § 1748 BGB aus unterschiedlichen Perspektiven: Zunächst wird der familien- und sozialrechtliche Kontext der Ersetzungsentscheidung dargestellt (2). Sodann wird ein Überblick über die gegenwärtige Auslegung der maßgeblichen Rechtsgrundlage für die Ersetzung der elterlichen Einwilligung (§ 1748 BGB) gegeben (3). Diese Analyse bildet den ersten Schwerpunkt der Untersuchung und endet mit der Identifizierung aktueller Problemlagen (4). In einem zweiten Schritt werden die verfassungs- und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen für die Interpretation der bestehenden Norm sowie für mögliche Neuregelungen herausgearbeitet (5). Vor diesem Hintergrund werden am Schluss Handlungsempfehlungen entwickelt (6), wobei den Verfasserinnen wichtig ist, den politischen Gestaltungsspielraum aufzuzeigen, den das Verfassungs- und das Völkerrecht dem Gesetzgeber offen lassen.

¹ Willutzki, Die Ersetzung der elterlichen Einwilligung in die Adoption, ZKJ 2007, S.18 (22); Schleicher, Jugend- und Familienrecht, 2014, S. 343.

2 Der rechtliche Kontext der Ersetzungsentscheidung

2.1. Familienrechtliche Rahmung

2.1.1. Eltern

Elternschaft bezeichnet eine Verwandtschafts- und eine Verantwortungsbeziehung. Beides kann, muss aber nicht zusammenfallen. Betrachtet man die Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern, muss deswegen zwischen abstammungs- und sorgerechtlichen Aspekten differenziert werden: Das Abstammungsrecht regelt, welche Person aus welchen Gründen und in welchen Verfahren einem Kind rechtlich als Elternteil zugeordnet wird. Das Sorgerecht umfasst Befugnisse und Pflichten, ein Kind zu pflegen und zu erziehen. Nicht jeder Elternteil, der dem Kind rechtlich als Elternteil zugeordnet ist, hat auch ein Sorgerecht. Und nicht jede Person, die faktisch für ein Kind sorgt, ist rechtlicher Elternteil.

Elternschaft kann aufgrund leiblicher oder sozialer Kriterien zugeordnet werden: Leibliche Elternschaft bezeichnet ein biologisches Abstammungsverhältnis. Soziale Elternschaft entsteht dadurch, dass ein Mensch faktisch die Elternverantwortung für ein Kind übernimmt. Rechtliche Elternschaft entsteht durch die Eintragung einer Person als Elternteil in das Personenstandsregister. Sie kann aus der leiblichen Verwandtschaft oder einer sozialen Beziehung entstehen.

Im deutschen Recht wird die Mutterschaft überwiegend anhand der leiblichen Abstammung zugeordnet: Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat (§ 1591 BGB). Daneben kann eine Frau zur rechtlichen Mutter eines Kindes nach deutschem Recht nur werden, indem sie es adoptiert.

Rechtlicher Vater eines Kindes ist zum einen der Mann, der mit der Mutter verheiratet ist (sog. Vaterschaftsvermutung, § 1592 Nr. 1 BGB). Daneben kann ein Mann die Vaterschaft für ein Kind erwerben, indem er sie anerkennt (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder indem die leibliche Abstammung gerichtlich festgestellt wird (§ 1592 Nr. 3 BGB).

2.1.2. Familie

Der rechtliche Begriff der Familie spielt im BGB keine nennenswerte Rolle. Für das vorliegende Gutachten ist jedoch der Familienbegriff im höherrangigen Recht, namentlich im Grundgesetz (GG) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) relevant. Im Grundgesetz wird der Begriff der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG erwähnt.² Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet er die „umfassende Gemeinschaft

² Art. 6 Abs. 1 GG: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz des Staates.“

von Eltern und Kindern“.³ Daran ist für die weiteren Überlegungen zweierlei wichtig festzuhalten: Der verfassungsrechtliche Begriff der Familie steht in keinem notwendigen Zusammenhang zu dem der Ehe, d.h. der Schutz der Familie bezieht sich auf eheliche und nichteheliche Verhältnisse in gleicher Weise.⁴ Des Weiteren wird im Eltern-Kind-Verhältnis nicht danach differenziert, ob die Kinder leiblich mit den Eltern verwandt sind oder nicht. Auch Adoptiv-, Stief- und Pflegekinderverhältnisse sind daher als Familien im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt.⁵

In zwei anderen Hinsichten ist der verfassungsrechtliche Familienbegriff begrenzt: Zum einen werden kinderlose Paarbeziehungen nicht von ihm erfasst. Während die kinderlose Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG neben der Familie den besonderen Schutz des Staates genießt, werden die eingetragene Lebenspartnerschaft sowie nicht formalisierte Paarbeziehungen ohne Kinder weder als Ehe noch als Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG angesehen.⁶ Das Zusammenleben zweier Erwachsener bleibt verfassungsrechtlich jedoch nicht ohne Schutz, sondern ist als Ausprägung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) vom Staat zu respektieren.⁷ Familie setzt demnach ein Mehrgenerationenverhältnis voraus.

Des Weiteren beschränkt sich der Familienbegriff des Grundgesetzes auf die Kernfamilie aus Eltern und Kindern, nicht aber auf den gesamten Kreis der Angehörigen im Sinne des Familien und Erbrechts, also nicht auf Geschwister, Großeltern, Enkel, Tanten, Onkel etc.⁸

Ähnlich, aber nicht vollständig übereinstimmend, legt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Begriff der Familie in Art. 8 Abs. 1 EMRK aus, der ein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens enthält.⁹ Wie das Bundesverfassungsgericht sieht auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Beziehungen zwischen Erwachsenen grundsätzlich nicht als Familienleben im Sinne dieses Artikels an. Ausnahmen akzeptiert er allenfalls im Verhältnis von Eltern und ihren volljährigen Kindern, sofern zwischen ihnen ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht.¹⁰ Auch nach der

³ BVerfGE 10, 59 (66).

⁴ BVerfGE 8, 210 (215); 24, 119 (135); 25, 167 (196); 79, 256 (267); 106, 166 (176); vgl. auch Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblatt. 2015; Art. 6, Rn. 61; Brosius-Gersdorf in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 44; *dies.*, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB, NJW 2015, S. 3557 ff. (3558).

⁵ BVerfGE 18, 97 (105 f.); 24, 119 (144); 79, 256 (267); vgl. auch Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblatt. 2015, Rn. 61; Art. 6 Rn. 60a. Zur umstrittenen Einordnung der nichtehelichen Stieffamilie als Familie i.S.d. Art. 6 Abs. 1 GG siehe Schumann, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Soergel, BGB, Bd. 17/2, 13. Aufl. 2013, Rn. 29 f.

⁶ BVerfGE 87, 234 (264); Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 57, 110; Schumann, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Soergel, BGB, Bd. 17/2, 13. Aufl. 2013, Rn. 23; *dies.*, Die nichteheliche Familie, 1998, S. 186 f.

⁷ Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 57; *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2010, Art. 6 Rn. 43.

⁸ BVerfGE 48, 327 (339); ihm folgend *Kirchhof*, Der besondere Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 2004, S. 542 ff. (550 f.).

⁹ Art. 8 Abs. 1 EMRK: „Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.“

¹⁰ EGMR, 29.01.1997, Az. 23078/93 - *Bouchelkia/France*, § 41; EGMR, 23.06.2006, Az. 1638/03 - *Maslow/Österreich*, § 62; vgl. Meyer-Ladewig, in: ders. (Hrsg.), EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 8, Rn. 52.

Europäischen Menschenrechtskonvention wird der Begriff der Familie demnach durch die Beziehung im Mehrgenerationenverhältnis geprägt. Anders als das Bundesverfassungsgericht bezieht der Gerichtshof aber in den Begriff des Familienlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK schon seit den 1970er Jahren zumindest das Großeltern-Enkel-Verhältnis ein. Für ihn umfasst der Schutz des Familienlebens jedenfalls alle nahen Verwandtschaftsverhältnisse.¹¹ Auch im deutschen verfassungsrechtlichen Schrifttum wird die Definition des Bundesverfassungsgerichts als zu eng kritisiert, weil sie wichtige Nähe- und Fürsorgebeziehungen im Mehrgenerationenverhältnis vernachlässige.¹² Für das vorliegende Gutachten sind diese Differenzen jedoch nicht relevant.

2.1.3. Staatliche Maßnahmen zum Schutz des Kindes

Ist das Wohl eines Kindes in seinem Elternhaus nicht gewährleistet, haben Eltern einen Anspruch auf Hilfen zur Erziehung gegenüber dem Jugendamt (§§ 27 ff. SGB VIII). Maßnahmen gegen ihren Willen sind nur zulässig, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist.

Eine Kindeswohlgefährdung wird dann angenommen, wenn dem Kind in seiner aktuellen Lebenssituation mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Schädigung droht oder diese bereits eingetreten ist. An den Grad der Wahrscheinlichkeit dieser Gefährdung sind umso geringere Anforderungen zu stellen, je größer und gewichtiger der drohende Schaden ist, eine lediglich abstrakte Gefährdung reicht jedoch nicht aus.¹³ Entsprechend ist ausgehend von den gegenwärtigen Lebensverhältnissen des Kindes eine Prognoseentscheidung erforderlich.

Aufgrund des Vorrangs der elterlichen Sorge vor staatlicher Einmischung (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, § 1666a Abs. 1 S. 1 BGB, § 1 Abs. 2 SGB VIII) muss die Gefährdung nachhaltig und schwerwiegend sein.¹⁴ Da die Feststellung einer Kindeswohlgefährdung stets am Einzelfall ausgerichtet ist, sind neben körperlichen und psychischen Misshandlungen eine Vielzahl möglicher Fälle umfasst.

Besteht der Verdacht auf eine Kindeswohlgefährdung, so sind die Träger der Jugendhilfe verpflichtet, die Sachlage zu klären und den Eltern geeignete Hilfen anzubieten (§ 8a SGB VIII). Unter Umständen kann es das Kind auch gegen den Willen seiner Eltern in Obhut nehmen (§ 42 SGB VIII). Darüber hinaus darf nur das Familiengericht gegen den Willen der Eltern in die Erziehung des Kindes eingreifen. Die dafür zentrale Rechtsgrundlage findet sich in §§ 1666, 1666a BGB. Das Spektrum der möglichen gerichtlichen Anordnungen reicht von der Verpflichtung, eine Beratungsstelle aufzusuchen, bis zur Unterbringung des Kindes in einem Heim oder einer Pflegefamilie (§ 1666 Abs. 3 BGB). Familiengerichtliche Anordnungen

¹¹ EGMR, NJW 1979, 2449, Ziff. 45.

¹² Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 111 f.; Coester-Waltjen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2012, Art. 6, Rn. 11, 35; *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2010, Rn. 86, 88. Siehe auch *Sachs*, Geschwister im Familienrecht, 2007, S. 35 ff.

¹³ OLG Karlsruhe, NJW 2009, 3521; *Olzen*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 1666, Rn. 48.

¹⁴ BVerfGE 60, 79, 91; NJW 2010, 2333 (2334); v. 29.12.2007 -1 BvR 2681/07- juris (Rn. 18).

können auch gegenüber einem nicht sorgeberechtigten Elternteil ergehen.¹⁵ In jedem Fall sind sie an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, müssen also geeignet sein, die Gefährdung zu beenden, und unter mehreren geeigneten Maßnahmen die mildeste darstellen.

Die faktische Trennung des Kindes von den Eltern¹⁶ stellt eine besonders einschneidende Maßnahme dar und darf nur unter den strengen Voraussetzungen des § 1666a BGB erfolgen.¹⁷ Diese Norm stellt eine Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dar.¹⁸ Eine Trennung des Kindes von seinen Eltern kommt demnach lediglich dann in Betracht, wenn die Gefahr für das Kindeswohl nicht durch andere Mittel abgewandt werden kann.¹⁹ Familienerhaltende öffentliche Hilfen haben Vorrang, soweit sie möglich sind und Erfolg versprechen.²⁰ Das Familiengericht kann Eltern auch die elterliche Sorge ganz oder teilweise entziehen und auf eine andere Person bzw. einen Pfleger übertragen. Häufig entziehen die Gerichte nur Teilbereiche der elterlichen Sorge, etwa das Aufenthaltsbestimmungsrecht oder das Recht der Gesundheitsvorsorge.²¹ Auch hier gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Entzug der gesamten Personensorge ist nur unter den Voraussetzungen des § 1666a BGB zulässig.

Ist die Trennung des Kindes von den Eltern voraussichtlich endgültig, genügt der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts in der Regel nicht um die Interessen des Kindes zu wahren.²² Fallen die Eltern auf Dauer aus, muss der Staat den Aufbau neuer Beziehungen ermöglichen und diese rechtlich absichern.²³ Denn der Umstand, ggf. jahrelang über die familiäre Zuordnung in der Schwebe gelassen zu werden kann eine Belastung für ein Kind bedeuten.²⁴ Eine Gefährdung des Kindeswohls kann auch darin liegen, dass die rechtliche Sorgekompetenz und die tatsächliche Betreuung dauerhaft auseinanderfallen. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Verhältnis zwischen den Sorgeberechtigten und den tatsächlich Erziehenden konfliktbelastet ist.²⁵ Diese Probleme betreffen vor allem Kinder, die in Pflegefamilien leben, weil ihr Wohl in ihrer Herkunftsfamilie gefährdet war und voraussichtlich weiterhin gefährdet wäre.

¹⁵ Vgl. etwa § 1666 Abs. 3 Nr. 3 und 4 in Anlehnung an das GewaltSchG, Coester, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1666, Rn. 232 ff.; Olzen, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 1666, Rn. 186.

¹⁶ Anwendbar ist die Norm für jede Trennung über einen nicht unerheblichen Zeitraum, vgl. OLG Hamm, FamRZ 2004, S. 483 (mehrmonatige Unterbringung in einer Diagnosegruppe).

¹⁷ Insofern ist Schutzgegenstand der Norm die familiäre Gemeinschaft von Eltern und Kindern. Ihre Trennung kommt lediglich als ultima ratio in Betracht, vgl. auch Coester, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1666a, Rn. 7.

¹⁸ BVerfG v. 14.06.2014 - 1 BvR 725/14 - juris Rn. 20 ff.; v. 22.05.2014 - 1 BvR 3190/13 - juris Rn. 28 ff.; BVerfGE 24, 119, 145; vgl. auch Coester, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1666a, Rn. 1

¹⁹ BVerfG, FF 2014, S. 294; FamRZ 2010, S. 528 (529 f.). Vgl. auch Olzen, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 1666, Rn. 155 ff.

²⁰ BVerfG, ZKJ 2011; S. 133 (135); FamRZ 2006, S. 385; OLG Brandenburg, ZKJ 2009, S. 291 (292 f.); vgl. zu den öffentlichen Hilfen im Einzelnen Coester, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1666a, Rn. 10 ff.

²¹ Vgl. auch Coester, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1666, Rn. 225.

²² Etwas anderes gilt allerdings bei Kindern kurz vor Volljährigkeit, vgl. BayObLG, FamRZ 1997, S. 954 ff.

²³ BVerfGE 24, 119 (145); Coester, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1666, Rn. 210.

²⁴ OLG Frankfurt, FamRZ 2003, 1317; OLG Oldenburg, FamRZ 1999, S. 38; BayObLG, FamRZ 1999, S. 316 (317 f.); Coester, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1666a, Rn. 6.

²⁵ Coester, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1666, Rn. 227.

Die Träger der Jugendhilfe sind in dieser Situation zunächst verpflichtet, auf die Zusammenarbeit zwischen Herkunfts- und Pflegeeltern hinzuwirken, damit dem Kind die Möglichkeit einer Rückkehr offen bleibt (§ 37 Abs. 1 S. 1-3 SGB VIII). Ist dies innerhalb eines angemessenen Zeitraums nicht erreichbar, verpflichtet § 37 Abs. 1 S. 4 SGB VIII die Träger der Jugendhilfe, gemeinsam mit den Herkunftseltern und dem Kind eine neue dauerhafte Lebensperspektive zu erarbeiten. Dabei ist auch die Möglichkeit einer Adoption zu prüfen (§ 36 Abs. 1 S. 2 SGB VIII). Insbesondere die Adoption durch die bereits bekannten Pflegeeltern gilt als sinnvolle Option, um die tatsächlichen und rechtlichen Unsicherheiten für das Kind zu beenden.²⁶ Dies ist jedoch auch eine Konstellation, in der die Herkunftseltern ihre Einwilligung besonders häufig verweigern und die gerichtliche Ersetzung beantragt wird.

2.2. Die Einwilligungserfordernisse im Adoptionsrecht: Überblick

In die Adoption eines Minderjährigen müssen sowohl der Minderjährige selbst als auch dessen Eltern einwilligen. Bei der Adoption eines Volljährigen ist die Einwilligung der Eltern nicht erforderlich (§§ 1768 Abs. 1 S. 2, 1747 BGB). Auch der Volljährige selbst muss nicht förmlich einwilligen, da er die Adoption selbst beantragen muss, was seine Einwilligung impliziert (§ 1768 Abs. 1 S. 1 BGB). In die Annahme einer verheirateten oder verpartnerten Person muss auch der Ehegatte/Lebenspartner einwilligen (§ 1749 BGB). Gem. § 1750

Abs. 1 und 4 BGB bedarf die Einwilligungserklärung der notariellen Beurkundung und ist dem Familiengericht gegenüber zu erklären. Sie wird in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Familiengericht zugeht. Die Einwilligung ist unwiderruflich und kann nicht unter eine Bedingung oder Zeitbestimmung gestellt werden. Sie verliert ihre Wirksamkeit, wenn der Antrag auf Adoption zurückgenommen oder versagt wird oder sofern das Kind nicht innerhalb von drei Jahren seit Wirksamkeit der Einwilligung angenommen wird.

2.2.1. Einwilligung des Kindes, § 1746 BGB

In eine Annahme durch Adoption muss zunächst das Kind selbst einwilligen.²⁷ Die Einwilligungserklärung muss allerdings nicht höchstpersönlich abgegeben werden, sondern kann auch über einen Vertreter erfolgen. Ob das Kind die Einwilligung selbst erteilen kann, hängt insbesondere von dessen Alter ab. Dabei ist, obwohl es sich bei der Einwilligung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, anders als bei den allgemeinen Vorschriften über

²⁶ So schon BVerfGE 24, 119 (149).

²⁷ Vgl. zur notwendigen Einbeziehung des Kindes bereits den Gesetzentwurf von 1975 zum Adoptionsrechtsänderungsgesetz BT-Drs. 7/3061, S. 34: „Auch wenn die Annahme als Kind durch Dekret begründet wird, kann sie nur ausgesprochen werden, wenn das Kind einverstanden ist. Eine tiefgreifende Änderung der familienrechtlichen Verhältnisse kann nur mit Zustimmung desjenigen erfolgen, der vor allem davon betroffen ist.“

Rechtsgeschäfte, nicht die volle Geschäftsfähigkeit (ab Vollendung des 18. Lebensjahres) erforderlich.²⁸

Die Einwilligung wird bei geschäftsunfähigen Kindern oder sonst bei Kindern, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, durch die gesetzlichen Vertreter, in der Regel die Eltern, erteilt (§ 1746 Abs. 1 S. 2 BGB).²⁹ Dies gilt auch im Falle der Stiefkindadoption oder der Annahme durch einen Verwandten des sorgeberechtigten Elternteils.³⁰ Die Eltern sind in diesen Fällen also in zweifacher Hinsicht einwilligungsberechtigt: einmal als gesetzliche Vertreter des Kindes gem. § 1746 BGB und darüber hinaus als dessen Eltern gem. § 1747 BGB. Nach Vollendung des 14. Lebensjahres sieht das Gesetz ein „Konsensmodell“³¹ vor: Die Einwilligung erteilt das Kind selbst, jedoch müssen seine Eltern dem zustimmen. Der Zustimmung der Eltern bedarf es allerdings nicht, wenn diese bereits zuvor unwiderruflich selbst in die Annahme eingewilligt haben oder das Familiengericht ihre Einwilligung ersetzt hat (vgl. § 1746 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 Hs. 2 BGB). Die Einwilligung des Kindes kann nicht gerichtlich ersetzt werden; ersetzbar ist lediglich die Einwilligung des Vormundes oder Pflegers des Kindes (§ 1746 Abs. 3 S. 1 BGB).

2.2.2. Einwilligung der Eltern, § 1747 BGB

Gem. § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB müssen die Eltern eines Kindes in die Adoption einwilligen. Sie müssen dies höchstpersönlich tun, dürfen also nicht durch Dritte vertreten werden (§ 1750 Abs. 3 S. 1 BGB). Auch wenn mit der Suche nach Adoptionsbewerbern bereits vor der Geburt begonnen werden darf (vgl. § 7 Abs. 1 S. 3 AdVerMiG), kann die Einwilligung in die Annahme erst wirksam erteilt werden, wenn das Kind mindestens acht Wochen alt ist (§ 1747 Abs. 2 S. 1 BGB). Eine Ausnahme gilt für den nichtehelichen und nicht sorgeberechtigten Vater, der seine Einwilligung bereits vor der Geburt des Kindes erteilen darf (§ 1747 Abs. 3 Nr. 1 BGB). In jedem Fall ist eine Einwilligung möglich, wenn der Annehmende bzw. die Annehmenden bereits feststehen (sie müssen den Eltern jedoch nicht bekannt sein). Eine Blanko-Einwilligung ist nicht zulässig (§ 1747 Abs. 2 S. 2 BGB).

Seit dem Kindschaftsreformgesetz mit Wirkung ab Mitte 1998 müssen grundsätzlich beide Elternteile zustimmen,³² und zwar auch dann, wenn sie nicht sorgeberechtigt sind.³³ Vor dem Hintergrund des oben beschriebenen differenzierten Begriffs der Elternschaft bedeutet dies im Einzelnen:

²⁸ Vgl. Maurer, in: MüKo, 2012, § 1746, Rn. 3 ff.

²⁹ Sofern die Eltern nicht mehr sorgeberechtigt sind, wird das Kind durch seinen Vormund oder Pfleger gesetzlich vertreten.

³⁰ BGH NJW 1980, 1746; BayObLG FamRZ 1981, 93; Maurer, in: MüKo, 2012, § 1746, Rn. 9; zur Kritik vgl. Muscheler, Familienrecht, 3. Aufl. 2013, Rn. 714.

³¹ Vgl. hierzu Maurer, in: MüKo, 2012, § 1746, Rn. 15 ff.

³² Nach der Vorgängervorschrift § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB a.F war bei Adoption nichtehelicher Kinder lediglich die Mutter einwilligungsbefugt.

³³ Voraussetzung ist, dass sie bekannt und zur Erklärung nicht dauerhaft außerstande sind, § 1747 Abs. 4 BGB. Unbekannt sind etwa die leiblichen Eltern eines Findelkinds; ihnen gleichgestellt werden leibliche Elternteile, deren Aufenthaltsort dauerhaft unbekannt ist, vgl. AG Kerpen FPR 2004, 620f OLG Köln DAVorm. 1998, 936 f.; Maurer, in: MüKo, 2012, § 1746, Rn. 30 f.

Einwilligen müssen in jedem Fall die rechtlichen Eltern des Kindes, also jene, die dem Kind personenstandsrechtlich zugeordnet sind.

Die Einwilligung muss aber auch von dem vermuteten Vater eingeholt werden, sofern dieser glaubhaft gemacht hat, der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben (§ 1747 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 1600d Abs. 2 BGB), allerdings nur, wenn kein anderer Mann als rechtlicher Vater des Kindes feststeht.³⁴ Diese „vorläufige Vaterschaftsvermutung“³⁵ soll verhindern, dass sich das Adoptionsverfahren verlängert, wenn die Vaterschaft erst in einem gerichtlichen Verfahren förmlich festgestellt werden muss. Der Gesetzgeber möchte damit insbesondere die frühzeitige Adoption von Säuglingen ermöglichen, die einerseits von vielen Adoptionsbewerbern gewünscht wird und andererseits dem Interesse des Kindes an stabilen und kontinuierlichen Bindungen entgegenkommt - jedenfalls sofern die Adoption zu diesem frühen Zeitpunkt nach den konkreten Lebensumständen dem Wohl des Kindes dient.³⁶

Problematisch an der Regelung ist, dass nach dem Gesetzeswortlaut nicht auch die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung beantragt werden muss, in der der vermutete Vater die Begründung der rechtliche Vaterschaft (§ 1592 Nr. 3 BGB) verfolgen könnte. Dies führt zu der für das Kind schwerlich akzeptablen Situation, dass der vermutete Vater die Einwilligung in die Adoption verweigern kann, ohne aber selbst die Verantwortung für das Kind übernehmen zu wollen.³⁷ Nach aktueller Gesetzeslage ließe sich dieses Problem nur durch eine restriktive Auslegung des § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB lösen. Mit dem Wortlaut des § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB ist diese Interpretation jedoch kaum zu vereinbaren.³⁸ Von daher besteht nach der geltenden Rechtslage nur die Möglichkeit, ein solches Verhalten bei der Glaubwürdigkeitsprüfung negativ in die Bewertung einfließen zu lassen.³⁹ Wo dies nicht möglich ist, ist die mangelnde Bereitschaft des Vaterschaftsprätendenten, selbst die Elternverantwortung zu übernehmen, jedenfalls ein starkes Argument dafür, seine Einwilligung in die Adoption gem. § 1748 Abs. 4 BGB zu ersetzen.

³⁴ Hierbei muss nur nachgewiesen werden, dass Geschlechtsverkehr in der Zeit zwischen dem 300. und dem 181. Tag vor der Geburt des Kindes stattgefunden hat. Dessen Kausalität für die Schwangerschaft wird dann vermutet, sofern nicht aus anderen Gründen schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft verbleiben, vgl. Kemper, in: HK-BGB, 2014, § 1600d, Rn. 4 f.; Allgemein zur Glaubhaftmachung vgl. Maurer, in: MüKo, 2012, § 1747, Rn. 12 ff.

³⁵ RegBegr BT-Dr. 13/4899, 113.

³⁶ § 1755 Abs. 1 BGB, vgl. RegBegr BT-Dr. 13/4899, 113.

³⁷ Kritisch etwa Baer, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur Reform des Kindschaftsrechts (KindRG) vom Juli 1995, ZfJ 1996, S. 123 ff., S. 124; Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1747 Rn. 18 f.; Liermann, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2013, § 1747, Rn. 9; Maurer, in: FamRefK, 1998, § 1747, Rn. 7; Liermann, Auswirkungen der Reform des Kindschaftsrechts auf das Recht der Adoption, FuR 1997, S. 217 ff., S. 221, weil von dem Mann, der sich der Vaterschaft berührt und über das weitere Schicksal des Kindes mitbestimmen will, verlangt werden kann, dass er die gerichtliche Feststellung seiner Vaterschaft betreibt; s. auch Helms, Das Einwilligungsrecht des Vaterschaftsprätendenten bei der Adoption eines nichtehelichen Kindes, JAmt 2001, S 57 ff., S. 60.

³⁸ Röchling in LPK-SGB VIII § 51 Rn. 43.

³⁹ So auch Maurer, in: MüKo, 2012, § 1747, Rn. 13; Diederichsen, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, Rn. 5; Frank, in: Staudinger, BGB, § 1747, Rn. 18.

2.2.3. Einwilligung des Ehegatten/Lebenspartners (1749 BGB)

Eheleute nehmen ein Kind in der Regel gemeinsam an (§ 1741 Abs. 2 BGB). Von diesem Grundsatz gibt es im Wesentlichen zwei Ausnahmen: (1) Im Falle der Stiefkindadoption nimmt ein Ehegatte das Kind des anderen an. In diesem Fall muss der ursprüngliche Elternteil des Kindes schon in seiner Funktion als Elternteil in die Adoption einwilligen (§ 1747 BGB), so dass sich eine weitere Einwilligung als Ehegatte erübrigt.⁴⁰ (2) Ein Ehegatte kann ein Kinder des Weiteren allein annehmen, wenn sein Ehepartner unter 21 Jahre alt, geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist (§ 1741 Abs. 2 S. 4). In diesem Fall muss der Ehepartner in die Adoption einwilligen (§ 1749 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Einwilligung kann gerichtlich ersetzt werden (§ 1749 Abs. 1 S. 2 BGB). Hier bedarf es gem. § 1749 Abs. 1 S. 1 BGB der Einwilligung durch den Partner, bzw. deren gerichtliche Ersetzung, § 1749 Abs. 1 S. 2, 3 BGB.⁴¹

Anders ist die Situation in eingetragenen Lebenspartnerschaften, da Lebenspartner ein Kind nicht gemeinsam annehmen können. Bei ihnen kommt es daher häufiger zu Stiefkindadoptionen und zu Sukzessivadoptionen, bei denen zunächst ein Partner ein Kind allein adoptiert und der andere es anschließend als sein Stiefkind annimmt. In diesen Fällen sind die Regelungen für Eheleute entsprechend anzuwenden (§ 9 Abs. 6 LPartG).

In den praktisch wenig relevanten Fällen, in denen die Person, die als Kind angenommen werden soll, verheiratet oder verpartnert ist, muss zudem die Einwilligung seines Ehe- oder Lebenspartners eingeholt werden (§ 1749 Abs. 2 BGB).

2.3. Die Ersetzung der elterlichen Einwilligung nach § 1748 BGB: Historische Entwicklung

Im BGB von 1900 war die Ersetzung der elterlichen Einwilligung in die Adoption ursprünglich nicht vorgesehen. Stattdessen war schon die Einwilligung selbst in zwei Konstellationen nicht erforderlich: Nicht einwilligen musste der nichteheliche Vater, der damit keinerlei Mitspracherechte bei der Adoption des Kindes hatte. Verzichtbar war die Einwilligung eines Elternteils auch dann, wenn er zur Einwilligung dauerhaft außerstande oder sein Aufenthaltsort dauerhaft unbekannt war (§ 1747 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. i.V.m. § 1746 Abs. 2 BGB a.F.; vgl. heute § 1747 Abs. 4 BGB). In besonders gelagerten Ausnahmefällen sahen einige Gerichte in den 1930er bis 1950er Jahren darüber hinaus unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung vom Erfordernis der elterlichen Einwilligung ab, auch wenn die betroffenen Elternteile sie explizit verweigert hatten. Der Bundesgerichtshof beendete diese Praxis im Jahr 1958 mit dem Hinweis, der Gesetzgeber habe sie eindeutig nicht vorgesehen.⁴²

⁴⁰ Vielmehr ist die Einwilligung nach § 1749 Abs. 1 BGB von der nach § 1747 BGB umfasst, vgl. Maurer, in: MüKo, 2012, §1749, Rn. 2.

⁴¹ Zur besonderen Feststellung, ob eine solche Annahme dem Wohl des Kindes entspricht vgl. Maurer, in: MüKo, 2012, § 1741, Rn. 19 f., 39.

⁴² BGHZ 27, 126 (131): „Dabei soll nicht verkannt werden, daß für die grundsätzliche Eröffnung einer

Durch das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 wurde mit § 1747 Abs. 3 BGB a.F.⁴³ erstmals eine Regelung eingeführt, nach der das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Kindes die Einwilligung eines Elternteils in die Adoption ersetzen konnte. In der Begründung des Gesetzentwurfs wird sowohl auf die uneinheitliche Spruchpraxis der Gerichte hingewiesen als auch die Ersetzungsbefugnis vor dem Hintergrund der verfassungsmäßig garantierten Elternrechte als Ausnahmetatbestand mit „genau bestimmte[n] und eng umgrenzte[n] Voraussetzungen“ beschrieben.⁴⁴ Nach § 1747 Abs. 3 BGB a.F. war die Ersetzung an drei Voraussetzungen gebunden, die kumulativ vorliegen mussten: Ein Elternteil hatte seine Pflichten gegenüber dem Kind „dauernd gröblich verletzt oder die elterliche Gewalt verwirkt“, die Einwilligung wurde „böswillig verweigert“ und das Unterbleiben der Annahme gereichte dem Kind „zu unverhältnismäßigem Nachteil“.

Das Bundesverfassungsgericht befand diese Regelung im Jahr 1968 für vereinbar mit Art. 6 Abs. 1 und 2 GG. Für nichteheliche Kinder sei die Adoption ein besonders geeignetes Mittel zu einer der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 5 GG entsprechenden Eingliederung in eine vollständige Familie. In seinem Beschluss betonte das Bundesverfassungsgericht den Ausnahmecharakter der Vorschrift⁴⁵ und legte die Tatbestandsmerkmale entsprechend eng aus: Es verwies auf die Nähe zu den seinerzeit noch vorausgesetzten elterlichen Pflichtverletzungen nach § 1666 BGB und sah die Böswilligkeit in Fällen gegeben, in denen die Weigerung „eigensüchtigen Motiven entspringt“⁴⁶. Für das Merkmal des unverhältnismäßigen Nachteils forderte das Gericht eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung, betonte dabei aber, die Verhältnismäßigkeit sei nicht nur vom Standpunkt der Eltern aus zu beurteilen, sondern müsse auch das Interesse des Kindes berücksichtigen.⁴⁷ Die Regelung des § 1747 Abs. 3

solchen rechtlichen Möglichkeit beachtliche Gründe sprechen [...]. Angesichts der eindeutigen Regelung des BGB ist es jedoch in erster Linie Sache des Gesetzgebers, durch eine entsprechende Gesetzesänderung Vorsorge zu treffen, daß eine mißbräuchliche Geltendmachung des elterlichen Einwilligungsrechts, wie sie vereinzelt vorkommen wird, verhindert werden kann (ebenso OLG Karlsruhe FamRZ 1957, 183 und LG Darmstadt FamRZ 1956, 60)."

⁴³ § 1747 Abs. 3 a.F.: „Das Vormundschaftsgericht kann auf Antrag des Kindes die Einwilligung eines Elternteils ersetzen, wenn dieser seine Pflichten gegenüber dem Kind dauernd gröblich verletzt oder die elterliche Gewalt verwirkt hat, und wenn er die Einwilligung böswillig verweigert und das Unterbleiben der Annahme an Kindes Statt dem Kinde zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde.“ Eingefügt durch das Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften (Familienrechtsänderungsgesetz) vom 11.08.1961, BGBl I 1221.

⁴⁴ BT-Drs. III/530, 21.

⁴⁵ BVerfGE 24, 119 (147): „[Die Vorschrift] betrifft nur Fälle eines besonders schwerwiegenden, vollständigen und dauernden Versagens der Eltern in ihrer Verantwortung dem Kinde gegenüber. Es handelt sich daher letztlich um eine Ausprägung des allgemeinen Rechtsgedankens, daß die mißbräuchliche Ausübung eines Rechts von der Rechtsordnung nicht geschützt wird.“

⁴⁶ „[...] z. B. weil der Elternteil sich die Einwilligung ‚abkaufen‘ lassen möchte, oder wenn sie auf einer feindseligen Gesinnung gegenüber dem Kind, den Adoptiveltern oder den zuständigen Behörden beruht oder sonst aus einer das Wohl des Kindes außer acht lassenden Einstellung folgt.“ BVerfGE 24, 119 (146).

⁴⁷ BVerfGE 24, 119 (146 f.). Dabei beurteilt das Gericht die Heimunterbringung allerdings deutlich negativ und aus heutiger Sicht nicht mehr zeitgemäß (148): „Die überlieferte Überzeugung, daß für eine normale Entwicklung des Kindes das Erlebnis einer harmonischen und lebensstüchtigen Familiengemeinschaft schlechthin unersetzlich ist, wird durch die Erfahrungen der Jugend- und Fürsorgebehörden sowie die Erkenntnisse der modernen Psychologie, Psychiatrie und Kinderheilkunde

BGB a.F. erwies sich in der Praxis der folgenden Jahre als zu eng. Nach der Begründung zur Gesetzesänderung 1973 betraf dies vor allem Fälle, in denen sich die Eltern gegenüber dem Kind und seiner Entwicklung gleichgültig verhalten hatten oder ohne Verschulden erziehungsunfähig waren. Zudem wurde die Voraussetzung der Böswilligkeit der Verweigerung als besonders großes Hindernis identifiziert, da sie sich in der Praxis nur schwer nachweisen ließ.⁴⁸ Mit dem Adoptionsrechtsänderungsgesetz vom 14.08.1973 sollte dem abgeholfen werden, indem im neuen § 1747a BGB a.F. das Erfordernis der „dauernden“ gröblichen Pflichtverletzung abgeschwächt wurde zur „anhaltenden“ gröblichen Pflichtverletzung und die Ersetzung der Einwilligung auch bei Gleichgültigkeit gegenüber dem Kind ermöglicht wurde. Zudem wurde das Merkmal der ‚Böswilligkeit‘ ersatzlos gestrichen und mit § 1747a Abs. 3 BGB der allein an objektive Merkmale anknüpfende Entziehungsgrund der Erziehungsunfähigkeit wegen besonders schwerer geistiger Gebrechen eingeführt. Durch das Adoptionsrechtsänderungsgesetz vom 02.06.1976 wurde § 1747a BGB unverändert⁴⁹ in § 1748 BGB übernommen, wo sich die Regelung bis heute findet.

Durch das Betreuungsgesetz vom 12.09.1990⁵⁰ wurde der objektive Ersetzungsgrund des Abs. 3 sprachlich angepasst, ohne eine inhaltliche Änderung zu bewirken.⁵¹ Anstelle von einem „besonders schweren geistigen Gebrechen“ ist darin seither von einer „besonders schweren psychische Krankheit oder besonders schweren geistigen oder seelischen Behinderung“ die Rede.

Mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1998 wurde der Kreis derer, die in die Adoption einwilligen müssen, um den nichtehelichen Vater erweitert.⁵² Zum Ausgleich⁵³ wurde § 1748 Abs. 4 BGB neu eingeführt, der nach seinem Wortlaut eine erleichterte Ersetzung der Einwilligung nicht sorgeberechtigter nichtehelicher Väter vorsah. Damit sollte verhindert werden, dass sich Väter, die keine Verantwortung für das Kind übernommen hatten, einer Adoption des Kindes entgegenstellen konnten.

bestätigt. Das Fehlen einer solchen Lebensordnung in der Kindheit, namentlich in den ersten Lebensjahren, vor allem die damit einhergehende seelische Vernachlässigung, verursachen häufig schwere Entwicklungsstörungen und geistige oder moralische Defekte, die sich in kriminell oder asozialem Verhalten oder in abartigen sexuellen Neigungen äußern."

⁴⁸ Vgl. RegE BT-Drs. 7/421, S. 5 ff.

⁴⁹ Vgl. RegE BT-Drs. 7/3061, S. 38.

⁵⁰ Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz — BtG) v. 12.09.1990, in Kraft ab 01.01.1992, BGBl. I 2002.

⁵¹ Vgl. *Frank*, § 1748, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Buch 4, Berlin 2007. Der Gesetzgeber reagierte damit auf einen veränderten Sprachgebrauch in anderen Regelungen, vgl. BT-Drs. 11/4528, S. 108.

⁵² RegE BT-Drs. 13/4899, S. 114.

⁵³ RegE BT-Drs. 13/4899, S. 114: „Das neu begründete Einwilligungsrecht des Vaters, der nicht Inhaber der Sorge ist, eines außerhalb der Ehe geborenen Kindes erfährt mit dem neuen Absatz 4 die erforderliche Einschränkung. Die Einwilligung des Vaters kann unter gegenüber Absatz 1 erleichterten Voraussetzungen ersetzt werden: Es soll dem Vater, der zu keinem Zeitpunkt die elterliche Sorge und damit die Verantwortung für das Kind getragen hat, nicht ermöglicht werden, eine Adoption des Kindes - allein - durch sein Veto zu verhindern.“

2.4. Rechtstatsächliche Erkenntnisse

Die Zahl der Adoptionen hat sich in Deutschland in den letzten 20 Jahren mehr als halbiert; im Jahr 2014 waren es noch insgesamt 3.805.⁵⁴ Von diesen waren mehr als die Hälfte Stiefkindadoptionen (2.190), weniger häufig kam es zu Fremdadoptionen (1.491) und nur selten zu Adoptionen unter Verwandten (124).⁵⁵

Vor der Adoption lebten nur die wenigstens Kinder bei ihren leiblichen Eltern. Die meisten Kinder (2184) mit einem leiblichen Elternteil zusammen, 433 bei einer Pflegefamilie, wobei den Daten nicht zu entnehmen ist, ob diese Kinder von ihren Pflegeeltern oder von anderen Personen adoptiert wurden.⁵⁶ In 217 Fällen wurde die Einwilligung eines Elternteils gerichtlich ersetzt. Lediglich etwa die Hälfte der auf diese Weise adoptierten Kinder lebte zuvor mit einem leiblichen Elternteil und dessen Partner zusammen, während rund ein Drittel bei Pflegefamilien untergebracht war.⁵⁷ Damit ist der Anteil der Ersetzungen der Einwilligung bei Adoptionen von in Pflegefamilien untergebrachten Kindern vergleichsweise hoch, während es im Vergleich seltener zu einer Ersetzung bei Adoption von bei einem Stiefelternteil lebenden Kindes kommt.

3 Die gegenwärtige Rechtsgrundlage (§ 1748 BGB) in ihrer Auslegung durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft

Fehlt die nach § 1747 BGB erforderliche Einwilligung der Eltern, kann sie auf Antrag des Kindes⁵⁸ durch das Familiengericht nach § 1748 BGB ersetzt werden. Im Folgenden werden die Voraussetzungen der Ersetzungsentscheidung nach den in der Rechtsgrundlage differenzierten Fallgruppen dargestellt. Dabei wird die gegenwärtige Auslegung durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft wiedergegeben. Die Darstellung ist nicht immer einfach, weil die Interpretation des § 1748 in sich in vieler Hinsicht nicht schlüssig ist und/oder über einzelne Merkmale bzw. die Bewertung bestimmter Fallgruppen keine Einigkeit besteht. Ein Ziel der folgenden Darstellung liegt darin, diese Widersprüchlichkeiten und Unklarheiten aufzuzeigen. Die wesentlichen Problemfelder werden in Kapitel 4 noch einmal zusammengefasst.

Die Fallgruppen des § 1748 BGB lassen sich im Überblick wie folgt zu-

⁵⁴ Vgl. zum kontinuierlichen Rückgang seit 1993 *Statistisches Bundesamt*, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe - Adoptionen 2014, Wiesbaden 2015, Tab. ZR1, S. 23, zu den im Jahr 2014 aktuellen Zahlen ebd., Tab. 1.1, S. 5.

⁵⁵ Ebd., Tab. 1.1, S. 5.

⁵⁶ Unterbringung vor Beginn der Adoptionspflege bzw. des -verfahrens: 50 Kinder bei den leiblichen Eltern, 2184 bei einem leiblichen Elternteil und dessen Partner oder dem Stiefelternteil, 433 in einer Pflegefamilie (von insgesamt 3805 Kindern), vgl. ebd., Tab. 2, S. 7.

⁵⁷ Ebd., Tab. 6, S. 12.

⁵⁸ Das Kind stellt den erforderlichen Antrag gem. § 1748 über einen Pfleger (§§ 1629 II, 1795 I Nr. 1, 3, II, 181 BGB) und bekommt einen Verfahrensbeistand bestellt, § 191 FamFG.

sammenfassen:

- Anhaltende gröbliche Pflichtverletzung eines Elternteils UND unverhältnismäßiger Nachteil für das Kind, falls Adoption ausbliebe (Abs. 1 S. 1 Alt. 1),
- Gleichgültigkeit eines Elternteils gegenüber dem Kind UND unverhältnismäßiger Nachteil bei Ausbleiben der Adoption (Abs. 1 S. 1 Alt. 2, Abs. 2),
- besonders schwere Pflichtverletzung gegenüber dem Kind, die dazu führt, dass das Kind der Obhut des Elternteils voraussichtlich nicht mehr anvertraut werden kann (Abs. 1 S. 2),
- schicksalhafte Erziehungsunfähigkeit eines Elternteils (Abs. 3).

3.1. Anhaltende gröbliche Pflichtverletzung

3.1.1. Tatbestand

Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn der Elternteil einer wesentlichen Elternpflicht nicht oder nur unzureichend nachkommt, wozu insbesondere die Pflicht zu Pflege und Betreuung des Kindes gehören.⁵⁹ Erfasst werden angesichts der Eingriffsintensität der Ersetzungsentscheidung nur Fälle eines besonders schwerwiegenden Elternversagens,⁶⁰ was durch den Begriff „gröblich“ deutlich gemacht wird. Grob ist eine „in besonderem Maße anstößige Verletzung der Elternpflicht“⁶¹. Damit kommt als gröbliche Pflichtverletzung jedes Verhalten in Betracht, das zu einer Gefährdung existentieller Bedürfnisse des Kindes führen kann.⁶² Vielfach wird das Merkmal der gröblichen Pflichtverletzung mit der Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 Abs. 1 BGB gleichgesetzt. Eine Pflichtverletzung ist nach dieser Auffassung zu bejahen, wenn das Verhalten eines Elternteils zu einer Gefährdung des leiblichen, geistigen oder seelischen Wohles des Kindes führt.⁶³ Eine Pflicht kann nur verletzen, wem sie obliegt. Der Vorwurf der Pflichtverletzung kann daher eher Eltern treffen, die sorgeberechtigt sind als solche, denen das Sorgerecht fehlt. Steht einem Elternteil das Sorgerecht nicht mehr oder nur noch teilweise zu, sind im Rahmen des § 1748 Abs. 1 BGB nur noch solche Pflichten erheblich, die dem Elternteil verblieben sind.⁶⁴ Dies sind vor allem die Unterhaltspflicht und die Pflichten,

⁵⁹ Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748 Rn. 15.

⁶⁰ BVerfGE 24, 119; BayObLG, FamRZ 2005, 541 (541); OLG Köln, FamRZ 1982, S. 1132 (1133).

⁶¹ OLG Köln, FamRZ 1982, S. 1132 (1133).

⁶² Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748 Rn. 15; ähnlich Enders, in: Bamberger/Roth (Hrsg.) Kommentar zum BGB, 2012, § 1748, Rn. 5 f. und Maurer, in: MüKo, 2012, § 1748, Rn. 11 mit Verweis auf die Gründe für einen Entzug des Sorgerechts nach § 1666 BGB.

⁶³ Maurer, in: MüKo, 2012, § 1748, Rn. 11; Ohne explizite Nennung des § 1666 BGB, aber mit Bezug auf die Gefährdung des „körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes“ OLG Frankfurt, FamRZ 2008, 296 (297).

⁶⁴ BayObLG, FamRZ 2002, 1142; FamRZ 1998, 55; FamRZ 1994, 1348; FamRZ 1990, 1150; FamRZ 1984, 417 (419); FamRZ 1979, 1078; OLG Frankfurt, FamRZ 1985, 831; FamRZ 1983, 531; OLG Hamm, ZfJ 1984, 364 (370).

die sich im Zusammenhang mit dem Umgang ergeben.⁶⁵

Die Pflichtverletzung ist *anhaltend*, wenn sie von längerer Dauer ist oder wiederholt stattfindet. Wann eine Pflichtverletzung anhaltend i.S.d. § 1748 Abs. 1 BGB ist, muss im Einzelfall unter Berücksichtigung von Art und Schwere der Pflichtverletzung sowie von Alter und Fürsorgebedürftigkeit des Kindes festgestellt werden.⁶⁶ Eine Prognoseentscheidung, ob der Elternteil zukünftig gegen seine Elternpflicht verstoßen wird, ist seit Inkrafttreten des Adoptionsrechtsänderungsgesetzes von 1973 nicht mehr zu prüfen.

Seitdem das Merkmal der Böswilligkeit 1973 aus dem Tatbestand des § 1748 BGB entfernt wurde, ist als subjektive Voraussetzung des Tatbestandes lediglich die Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzung zu prüfen. Sie muss nicht in dem Sinne verschuldet sein, dass eine individuelle Schuld oder eine verwerfliche Gesinnung nachgewiesen werden müsste.⁶⁷ Die Pflichtverletzung muss allerdings offensichtlich und auch für den Elternteil selbst erkennbar sein,⁶⁸ was „ein Mindestmaß an Einsichtsfähigkeit“⁶⁹ erfordert, so dass dem Elternteil die Auswirkungen seines Verhaltens bewusst sind.

3.1.2. Fallgruppen

3.1.2.1. Eltern übernehmen nicht oder nicht im erforderlichen Umfang Sorge und Erziehung des Kindes.

Die wohl größte Gruppe der zur Ersetzung der Einwilligung führenden Pflichtverletzungen bildet sich aus Fällen, in denen die Eltern bzw. ein Elternteil Sorge und Erziehung des Kindes nicht im erforderlichen Umfang übernehmen. Hierzu gehören Fälle, in denen die Sorge erst gar nicht übernommen wird, beispielsweise das Kind nach der Geburt nicht abgeholt⁷⁰ oder an Dritte weitergegeben wird, ohne sich anschließend noch um sein Wohl zu kümmern.⁷¹ Lassen die Eltern das Kind dagegen durch unzuverlässige Dritte betreuen, ist dies für sich genommen noch kein Ersetzungsgrund.⁷²

Auch bei grundsätzlicher Übernahme der elterlichen Sorge liegt eine gröbli-

⁶⁵ BayObLG FamRZ 2005, 541 (541); FamRZ 2002, 1142 (1143 f.).

⁶⁶ So auch die Literatur: Enders, in: Bamberger/Roth (Hrsg.) Kommentar zum BGB, 2012, § 1748, Rn. 9.1; Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748 Rn. 24; Maurer, in: MüKo, 2012, § 1748, Rn. 16; AG Iburg, FamRZ 1987, 632 (633).

⁶⁷ BayObLG FamRZ 1999, 1688 (1690); OLG Karlsruhe, FamRZ 1983, 1058 (1059); vgl. auch die Angaben bei Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748 Rn. 25; Enders, in: Bamberger/Roth (Hrsg.) Kommentar zum BGB, 2012, § 1748, Rn. 5; Maurer, in: MüKo, 2012, § 1748, Rn. 13. Generelle Einsichtsfähigkeit ist aber erforderlich.

⁶⁸ BT-Drs. 7/421, S. 9: „[...] eine offensichtliche, auch für die Eltern erkennbare Pflichtverletzung [...], bei der sie mit staatlichen Sanktionen rechnen müssen“.

⁶⁹ BayObLG FamRZ 1999, 1688 (1690) (Abgrenzung zu Abs. 3 im Falle einer geschäftsunfähigen Mutter); OLG Karlsruhe, FamRZ 1983, 1058 (1059).

⁷⁰ OLG Hamm, FamRZ 1977, 451 (481); LG München II DAVorm 1980, 119 (124 ff.).

⁷¹ OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 1058; LG Berlin, DAVorm 1966, 98 (99); LG Mannheim, DAVorm 1963, 129; AG Mainz, DAVorm 1967, 150 (151); AG Hamburg ZBlJugR 1983, 240; AG Hamburg-Altona, ZBlJugR 1983, 241 (242); BayObG, FamRZ 1976, 234.

⁷² OLG Zweibrücken, FamRZ 1976, 469; LG München II DaVorm 1980, 119 (124).

che Pflichtverletzung vor, wenn sie nicht geeignet ist, das körperliche und seelische Wohl des Kindes sicherzustellen. In älteren Gerichtsentscheidungen wird dieser Umstand noch mit dem Ausdruck „Verwahrlosung“ umschrieben, der heute wegen seiner stigmatisierenden Wirkung vermieden wird.⁷³ Sachlich geht es um Situationen, in denen elementare Bedürfnisse des Kindes nicht erfüllt werden, wie solche nach Nahrung, Kleidung, Sauberkeit⁷⁴ sowie nach liebevoller Zuwendung.⁷⁵

Schwierigkeiten bereitet der Fall der Entfremdung vom Kind. In Fälle, in denen die Adoption im Interesse des Kindeswohls trotz fehlenden Verschuldens der leiblichen Eltern geboten war, haben einige Gerichte das Beharren des Elternteils auf seinem Elternrecht bereits als gröbliche Pflichtverletzung gewertet.⁷⁶ Nach wohl überwiegender Ansicht kann den Eltern die Entfremdung vom Kind demgegenüber jedenfalls dann nicht vorgeworfen werden, wenn sie auf das Eingreifen Dritter zurückzuführen ist, so dass auch das Festhalten am Elternrecht nicht als Pflichtverletzung gewertet werden kann.⁷⁷ Nach dem Bundesverfassungsgericht besteht in solchen Fällen kein Anspruch des Kindes auf Ersetzung.⁷⁸

Eine Suchtmittelabhängigkeit der Eltern stellt nur dann eine Pflichtverletzung gegenüber dem Kind dar, wenn es zu nachgewiesenen negativen Auswirkungen auf Gesundheit oder Entwicklung des Kindes kommt.⁷⁹ Voraussetzung für die Feststellung einer gröblichen Pflichtverletzung ist zudem in der Regel, dass der suchtmittelabhängige Elternteil Inhaber der elterlichen Sorge ist. Ist dies nicht der Fall, kann eine Drogen- oder sonstige Suchtmittelabhängigkeit, auch bei dadurch eintretender Erziehungsunfähigkeit, nicht als gröbliche Pflichtverletzung gewertet werden.⁸⁰ Ausnahmen sind hier jedoch denkbar, wenn sich die Abhängigkeit beispielsweise in Umgangskontakten negativ auf das Kind auswirkt.

3.1.2.2. Straftaten

Straftaten gegenüber dem Kind begründen in der Regel eine besonders schwere Pflichtverletzung i.S.d. § 1748 Abs. 3 BGB. Gleiches gilt, wenn die Eltern das Kind zu Straftaten oder ähnlich schwerwiegendem Fehlverhalten anhalten. Bei Straftaten der Eltern gegenüber Dritten wird eine Pflichtverletzung nur dann angenommen, wenn damit konkrete Auswirkungen auf das Kind ver-

⁷³ LG Hamburg, DAVorm 1978, 49 (52); LG Ravensburg, DAVorm 1975, 306 (307); AG Schwabach, DAVorm 1974, 273.

⁷⁴ BVerfG BvR 1069/01 (existentielle Bedürfnisse des Kindes); OLG Braunschweig, FamRZ 1997, 513.

⁷⁵ BVerfG 1 BvR 1069/01; OLG Frankfurt, FamRZ 2008, 296 (297); BayObLG, FamRZ 1982, 1129 (1131); OLG Hamm, FamRZ 1977, 415 (418); OLG Frankfurt, FamRZ 1971, 322 (323); LG Kiel, DaVorm 1978, 384 (385).

⁷⁶ OLG Karlsruhe, FamRZ 1983, 1058 (1060).

⁷⁷ OLG Köln, FamRZ 1990, 1152 (1153); OLG Hamm, FamRZ 1976, 462 (467); AG Königsstein, ZfJ 1989, 212; zustimmend Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748 Rn. 49.

⁷⁸ BVerfG, FamRZ 1988, 807.

⁷⁹ BayObLG FamRZ 2005, 541 (542); OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 531; OLG Celle, ZfJ 1998, 262 (263).

⁸⁰ BayObLG, FamRZ 2005, 541 (542);

bunden sind,⁸¹ etwa weil der Elternteil infolge häufiger Straftaten unfähig wird, für das Kind zu sorgen,⁸² das Kind infolge der Freiheitsentziehung sich selbst überlassen bleibt oder sein Unterhalt gefährdet ist.⁸³ Es genügt allerdings nicht, wenn der Elternteil durch sein strafbares Verhalten in Kauf nimmt, dass das Kind von ihm nicht versorgt und betreut werden kann, weil er sich ständig in Strafhafte befindet.⁸⁴

3.1.2.3. Relevanz der Konstellation zwischen den Eltern

In einigen Fällen bewertete die Rechtsprechung auch das Verhalten der Elternteile untereinander als mögliche gröbliche Pflichtverletzung gegenüber dem Kind. Etwa weil ein Elternteil nicht zur Trennung von dem eigentlich problematischen Elternteil bereit war⁸⁵ oder die Kinder nicht vor körperlichen Übergriffen durch den anderen Elternteil geschützt wurden.⁸⁶ Eine Pflichtverletzung wurde auch angenommen, weil ein Vater der Mutter nach der Geburt des Kindes keine anhaltende persönliche Unterstützung zuteil werden ließ, sondern sie nötigte, das Kind zur Adoption freizugeben.⁸⁷

3.1.2.4. Verletzung der Unterhaltspflicht

Die Nichtleistung von Unterhalt kann nach der Rechtsprechung allenfalls dann als gröbliche Pflichtverletzung gewertet werden, wenn Leistungsfähigkeit besteht.⁸⁸ Doch auch dann wird die Nichtzahlung von Unterhalt allein nicht als gröbliche Pflichtverletzung gewertet, sondern allenfalls im Zusammenwirken mit erschwerenden Umständen.⁸⁹ Keine Pflichtverletzung wird angenommen, wenn Dritte für den Unterhalt des Kindes aufkommen⁹⁰ oder das Kind von Pflegeeltern gut versorgt wird. Da das Kind im Zweifel auf sozialstaatliche Hilfen zum Lebensunterhalt zurückgreifen kann, haben Unterhaltspflichtver-

⁸¹ BayObLG, FamRZ 2005, 541 (541), im Fall war der leibliche Vater verurteilt worden wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr, versuchte Gefangenenbefreiung, Verstoß gegen das Waffengesetz, Sachbeschädigung, Beleidigung, Diebstahl, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, versuchte Nötigung; BayObLG, FamRZ 1990, 799; BayObLGZ 1978, 105 (109).

⁸² LG Kleve, DAVorm 1970, 315; LG München II, DAVorm 1980, 119, 124; in Betracht kommt eine Pflichtverletzung allerdings dann nicht, wenn dem straffälligen Elternteil das Sorgerecht nicht zusteht und das Kind anderweitig gut versorgt wird, BayObLG, FamRZ 2005, 541 (541).

⁸³ BayObLG, FamRZ 1979, 1078; OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 531; OLG Düsseldorf, DAVorm 1077, 757 (758); LG Duisburg, DAVorm 1975, 432.

⁸⁴ AG Cuxhaven, FamRZ 1976, 241 (242).

⁸⁵ AG Kamen, FamRZ 1995, 1013.

⁸⁶ BVerfG BvR 1069/01 (Schläge des Vaters).

⁸⁷ BayObLG, FamRZ 1988, 868 (871).

⁸⁸ BT-Drs. 7/421, 6; OLG Düsseldorf, DAVorm 1977, 757 (758).

⁸⁹ Vgl. BayObLG, FamRZ 2005, 541 (541); BayObLG, FamRZ 2004, 397 f. (Notleiden des Kindes als erschwerender Umstand); BayObLG, FamRZ 2002, 2242; BayObLG, FamRZ 1998, 55; Kindeswohlgefährdung als zusätzliche Voraussetzung: OLG Schleswig, FamRZ 1994, 1351; BayObLG, FamRZ 1984, 935; FamRZ 1984, 417 (419); OLG Frankfurt, FamRZ 1985, 831; FamRZ 1969, 171; BayObLG FamRZ 1984, 417, 419.

⁹⁰ Unterhalt durch öffentliche Mittel erbracht: OLGZ FamRZ 1985, 831; OLG Düsseldorf, DAVorm 1977, 757 (758).

letzungen für die Ersetzung der Einwilligung praktisch keine Bedeutung. In der rechtswissenschaftlichen Literatur findet diese Bewertung jedoch auch Kritik: Wer monate- oder jahrelang seine Unterhaltspflicht nicht erfülle und „blind darauf vertraut, daß Dritte diese Aufgabe übernehmen, kann später seine gröbliche Pflichtverletzung nicht mit dem Argument in Frage stellen, es sei ja noch einmal alles gutgegangen.“⁹¹ Wer mit der Sicherung des Unterhalts durch öffentliche Mittel argumentiert, nimmt nach dieser Auffassung „der Unterhaltsverpflichtung mit Bezug auf § 1748 im Sozialstaat jede Relevanz“.⁹²

3.2. Gleichgültigkeit

Das Merkmal der Gleichgültigkeit wurde mit dem Adoptionsrechtsänderungsgesetz vom 14.08.1973 in den Tatbestand des seinerzeit neuen und später in den § 1748 BGB überführten § 1747a BGB aufgenommen. Unter Bezugnahmen auf „Mitteilungen“ und „Anregungen aus der Praxis“ sollte ein Tatbestand geschaffen werden, der auch in solchen Fällen eingreift, in denen (noch) keine gröbliche Pflichtverletzung vorliegt. Erfasst werden sollten insbesondere Fälle, in denen der Elternteil nicht Inhaber der tatsächlichen Sorge ist⁹³ oder lediglich aus Teilnahmslosigkeit oder niederen Beweggründen die Einwilligung in die Adoption oder deren Beurkundung unterlässt. Mit der Normierung dieses Ersetzungsgrundes wird damit die Bedeutung der persönlichen Zuwendung und der sozialen Bindung für die Entwicklung des Kindes betont.⁹⁴

3.2.1. Tatbestand

Mit dem Tatbestandsmerkmal der Gleichgültigkeit wird ein Verhalten beschrieben, bei dem der Elternteil kein Interesse an dem Kind und seinen Bedürfnissen zeigt⁹⁵ bzw. ihm teilnahmslos gegenübersteht.⁹⁶ Bei diesem Merkmal handelt es sich damit um die subjektive Einstellung gegenüber dem Kind, wobei zu dessen Feststellung dem äußeren Verhalten des Elternteils Indizwirkung zugemessen wird. Danach genügt, wenn objektiv feststellbare Tatsachen nach der Lebenserfahrung den Schluss zulassen, dass dem Elternteil das Kind gleichgültig ist.⁹⁷ Allerdings muss im Hinblick auf die Wertung des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG (Elternrecht) der Schluss vom äußeren Verhalten auf die innere

⁹¹ Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748 Rn. 19.

⁹² Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748 Rn. 19; Maurer, in: MüKo, 2012, § 1748, Rn. 5. A.A. Enders, in: Bamberger/Roth (Hrsg.) Kommentar zum BGB, 2012, § 1748, Rn. 7.

⁹³ Vgl. RegE BT-Drs. 7/421, S. 8: „Hierdurch werden vor allem diejenigen Fälle erfaßt, in denen der Elternteil zu dem Kinde, das sich in einem Heim oder in Familienpflege befindet, über längere Zeit keinen Kontakt pflegt [...]“

⁹⁴ BayObLG FamRZ 2005, 541.

⁹⁵ OLG Karlsruhe DAVorm 1991, 777.

⁹⁶ BayObLG, FamRZ 2005, 541; FamRZ 1998, 55.

⁹⁷ RegE. BT-Drs. 7/421, S. 8; BayObLG, FamRZ 2005, 541 (542); FamRZ 2004, 397 (397); 1998, 55, 56.

Einstellung der Gleichgültigkeit eindeutig sein.⁹⁸

Gleichgültigkeit liegt vor, wenn ein Elternteil über einen längeren Zeitraum hinweg zum Kind keinen Kontakt pflegt, er sich für das Schicksal seines Kindes nicht interessiert oder wenn er es an persönlicher Zuwendung völlig fehlen lässt (Teilnahmslosigkeit).⁹⁹ Gleichgültigkeit kann auch vorliegen, wenn die Zuwendung zum Kind durch Eifersucht, Stolz, Neid, Rachsucht, Böswilligkeit oder durch die bloße Sorge um das eigene Wohl geleitet wird statt auf einer echten gefühlsmäßigen Bindung zu beruhen.¹⁰⁰ Insgesamt ist eine Gesamtwürdigung des Elternverhaltens vorzunehmen.¹⁰¹

Schwierigkeiten bereitet insbesondere mehrdeutiges Verhalten. Mehrdeutig kann der Umstand sein, dass ein nicht sorgeberechtigter Elternteil keinen Kontakt mit dem Kind sucht. Dieses Verhalten kann auch seinen Grund darin haben, dass der Elternteil aus Rücksicht auf das Kind nicht in eine funktionierende Stieffamilie intervenieren möchte oder dass der andere Elternteil den Umgang verweigert. Welche Maßstäbe hier genau anzusetzen sind, wird durch die Rechtsprechung nicht einheitlich bestimmt. Nach einem Teil der Rechtsprechung darf, sofern ein Verhalten mehrdeutig ist und sowohl auf Gleichgültigkeit wie auch auf Rücksichtnahme beruhen kann, der Schluss auf Gleichgültigkeit nur erfolgen, wenn Rücksichtnahme ausgeschlossen werden kann.¹⁰² Nach einem etwas abgeschwächten Maßstab ist bei mehrdeutigem Verhalten darauf abzustellen, dass das Verhalten „im Wesentlichen“ auf Gleichgültigkeit zurückzuführen sein muss.¹⁰³ Gerade in komplexen Gemengelagen, denen eine längere Interaktion der Beteiligten vorangegangen ist, wird es regelmäßig nicht möglich sein, die Mehrdeutigkeit vollständig aufzulösen.¹⁰⁴ In diesen Fällen wird man die vorhandenen Informationen dahingehend auswerten müssen, ob sich das Verhalten als überwiegend von Desinteresse getragen darstellt oder nicht.¹⁰⁵

In der Gleichgültigkeit gegenüber dem Kind kann zugleich eine anhaltend gröbliche Pflichtverletzung liegen.¹⁰⁶ Voraussetzung für die Pflichtverletzung ist das Bestehen einer elterlichen Pflicht. Wird einem Elternteil die elterliche Sorge entzogen, kommen für die Zeit nach der Entziehung lediglich die Verletzung verbleibender Pflichten in Betracht.¹⁰⁷ Dementsprechend unterscheidet

⁹⁸ BayObLG, FamRZ 2005, 541 (542).

⁹⁹ BayObLG, FamRZ 2005, 541 (542); FamRZ 2004, 397 (398); FamRZ 2002, 1142; FamRZ 1998, 55; FamRZ 1997, 514 (515); FamRZ 1994, 1348 (1349); OLG Karlsruhe, FamRZ 1999, 1686 (1687); OLG Hamm, FamRZ 1991, 1103 (1106).

¹⁰⁰ BayObLG, FamRZ 2005, 541 (542); BayObLG FamRZ 2004, 397 (398).

¹⁰¹ BayObLG, FamRZ 2005, 541 (542); BayObLG FamRZ 2004, 397 (398). Nach dem Gesetzentwurf zum Adoptionsrechtsänderungsgesetz genügt es, „wenn das gesamte Verhalten zu dem Schlusse führt, daß dem Elternteil das Kind gleichgültig ist.“, RegE. BT-Drs. 7/421, S. 8.

¹⁰² BayObLG FamRZ 2004, 397 (398) - Angst des Kindes vor dem leiblichen Vater.

¹⁰³ OLG Hamm ZKJ 2013, 305

¹⁰⁴ So aber der Anspruch bei BayObLG, FamRZ 2005, 541 und *Trenczek*, in: Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 51, Rn. 10.

¹⁰⁵ OLG Hamm, ZKJ 2013, 305.

¹⁰⁶ BayObLG, FamRZ 2005, 541 (541); FamRZ 2004, 397 (397).

¹⁰⁷ OLG Frankfurt/M. v. 14.02.1983, FamRZ 1983, S. 531 (die Straftaten der Mutter in Zusammenhang mit einer HeroinAbhängigkeit wurden nicht als Pflichtverletzungen angesehen, da der Mutter zu diesem Zeitpunkt bereits vorläufig das Sorgerecht entzogen worden war und die Mutter aufgrund der Unterbringung des Kindes nicht davon ausgehen musste, dass es sich selbst überlassen werde

sich die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung oder Gleichgültigkeit vorliegt insbesondere darin, ob der betreffende Elternteil Träger der elterlichen Sorge ist oder nicht.¹⁰⁸ Maßgebliches Abgrenzungskriterium ist aber auch die Frage, ob der Elternteil durch bloße Änderung seines Verhaltens gegenüber dem Kind eine echte Eltern-Kind-Beziehung wieder herstellen kann oder ob bereits unwiderrufliche Nachteile für das Kind eingetreten sind und nicht mehr durch die Herstellung bzw. Wiederherstellung eines verantwortungsbewussten Verhaltens des Elternteils beseitigt werden können.¹⁰⁹

3.2.2. Begleitende Belehrung und Beratung durch das Jugendamt

Nur im Falle der Gleichgültigkeit, die nicht zugleich eine Pflichtverletzung ist, ist das Jugendamt verpflichtet, den Elternteil über die Möglichkeit der Ersetzung der Einwilligung und ihre Folgen zu belehren (§ 1748 Abs. 2 BGB und § 51 Abs. 1 SGB VIII). Die Belehrung soll dem Elternteil die Möglichkeit geben, sein Verhalten zu ändern. Wo es möglich ist und sinnvoll erscheint, soll das Jugendamt die Belehrung mit einer Beratung über geeignete Hilfen verbinden (§ 51 Abs. 2 SGB VIII).

3.2.3. Fallgruppen

In der Rechtsprechung wird bei Bejahung des Merkmals ganz überwiegend auf nicht wahrgenommene Kontaktmöglichkeiten Bezug genommen, aber auch auf teilweise Jahre andauerndes Fernbleiben des Elternteils ohne eigene Bemühungen um eine Kontaktaufnahme. Im Verlauf der Zeit lässt sich hier eine Verschärfung der Rechtsprechung erkennen. Während in den 1980er-Jahren noch die teilweise über Jahre andauernde Abwesenheit des Vaters nicht ausreichte um das Merkmal zu erfüllen, wird heute erwartet, dass sich auch ein nicht sorgeberechtigter Elternteil um Kontakt zu seinem Kind bemüht. In dieser Veränderung spiegelt sich die gewandelte Bedeutung insbesondere der Vater-Kind-Beziehung, aber auch der fortbestehenden gemeinsamen Elternschaft nach einer Trennung wider.

3.2.3.1. Mangelnder Kontakt zwischen Elternteil und Kind

Sofern sich das Kind in der Obhut Dritter befindet, verhält sich ein Elternteil gleichgültig, wenn er keinen zumutbaren Erziehungsbeitrag leistet um die per-

oder sein Unterhalt gefährdet sei).

¹⁰⁸ Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748 Rn. 16: „Kümmert sich der nichtsorgeberechtigte Elternteil nach der Scheidung nicht um sein Kind, so handelt er gleichgültig. Eine gröbliche Pflichtverletzung liegt nur ausnahmsweise vor, wenn etwa das Kind unter dem Desinteresse leidet oder der sorgeberechtigte Elternteil der erzieherischen Mithilfe bedarf.“ Frank kritisiert als „zu weitgehend“ AG Kerpen, DAVorm 1981, 885; AG Tübingen DAVorm 1973, 321 (322).

¹⁰⁹ Vgl. BayObLG, FamRZ 1994, 1348 (1350); FamRZ 1982, 1129 (1130); OLG Köln, FamRZ 1987, 203 (204).

sönliche Beziehung zum Kind aufrecht zu erhalten.¹¹⁰ Dabei kommt es auch auf das Alter des Kindes an; entscheidend ist das Kontaktbedürfnis des Kindes in seiner jeweiligen Lebensphase.¹¹¹ Eine solche Haltung gegenüber dem Kind kann sich beispielsweise darin zeigen, dass der Elternteil über eine längere Zeit keinen Kontakt zu dem Kind pflegt, es etwa weder anruft noch ihm schreibt und sich auch nicht um Besuchsmöglichkeiten bemüht.¹¹² Auch von Eltern, deren Kind bei Pflegeeltern oder in einer Einrichtung untergebracht ist, wird heutzutage erwartet, dass sie sich weiter um die Eltern-Kind-Beziehung bemühen.¹¹³

Zudem kommt es darauf an, aus welchen Gründen der Besuchskontakt unterbleibt. Geschieht dies auf Anraten des Jugendamtes¹¹⁴ oder zeigt der Elternteil zwar Interesse am Schicksal des Kindes, ist ihm aber der Aufenthaltsort des Kindes unbekannt, kann nicht auf Gleichgültigkeit geschlossen werden.¹¹⁵ Ähnlich wird im Rahmen der Stiefkindadoption verfahren: Wenn die Mutter den Kontakt zum leiblichen Vater erschwert und das Kind selbst jeglichen Kontakt ablehnt, kann nicht auf Gleichgültigkeit geschlossen werden, wenn der Vater die Kontaktaufnahme unterlässt. Hier kann ein Unterlassen der Kontaktaufnahme im Gegenteil im Interesse des Kindes liegen.¹¹⁶ Die Motive des Elternteils, der den Kontakt erschwert, werden dabei nicht zu Ungunsten des anderen Elternteils berücksichtigt, auch wenn sie nachvollziehbar sind.¹¹⁷

3.2.3.2. Teilnahmslosigkeit

Schließlich wird bei mangelndem Interesse am Kind und dessen Schicksal auf Gleichgültigkeit geschlossen. Zwar kann Gleichgültigkeit auch angenommen werden, wenn sich Eltern nur sporadisch um ihr Kind kümmern,¹¹⁸ nicht allerdings, wenn die Betreuung aus vernünftigen Gründen unterbleibt.¹¹⁹ Teilnahmslosigkeit kann sich nach der Rechtsprechung auch im Verhalten des Elternteils im Ersetzungsverfahren manifestieren, etwa weil ein Elternteil das Einverständnis zur Einwilligung immer wieder aufschiebt, sie von unbilligen

¹¹⁰ AG Wunsiedel, DAVorm 1982, 100 (101).

¹¹¹ AG Bad IBurg, DAVorm 1983, 62 (64).

¹¹² BayObLG, FamRZ 2002, 1142.

¹¹³ AG Wunsiedel, DAVorm 1982, 100; Oberloskamp, ZBJugR 1980, 589; best. d. LG Bochum, ZKJ 2012, 150.

¹¹⁴ BayObLG, FamRZ 1984, 414 (419).

¹¹⁵ OLG Hamm, FamRZ 1976, 462 (466).

¹¹⁶ BayObLG FamRZ 2004, 397 (398) (das Kind lehnte jeglichen Kontakt zum Vater ab und hatte „panische Angst“ vor einer Begegnung; Vater war nach Rom verzogen); OLG Karlsruhe, DAVorm 1991, 777.

¹¹⁷ BayObLG, FamRZ 2005, 541 (542) - der leibliche Vater war alkoholabhängig, wiederholt straffällig geworden und zu mehreren kürzeren Freiheitsstrafen verurteilt worden. Persönliche Kontakte zum Kind gab es längere Zeit nicht mehr.

¹¹⁸ OLG Köln, FamRZ 1987, 203 (204).

¹¹⁹ LG Mannheim, DAVorm 1985, 723 (725); *Frank*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748, Rn. 26.

¹²⁰ BT-Drs. 7/421, S. 8

¹²¹ BayObLG, FamRZ 2005, 541 (542); FamRZ 2004, 397; FamRZ 1998, 55; FamRZ 1984, 417 (419); OLG Hamm, FamRZ 1991, 1103 (1106).

Bedingungen abhängig macht oder es unterlässt die Einwilligungserklärung zu beurkunden.¹²⁰ Gleiches wird für den Fall angenommen, dass am Kind nur aus niedrigen Beweggründen festgehalten wird, ohne dass eine echte gefühlsmäßige Bindung besteht.¹²¹

3.2.3.3. Verletzung der Unterhaltspflicht

Das Ausbleiben von Unterhaltszahlungen könnte ebenfalls auf eine gleichgültige Einstellung gegenüber dem Kind hinweisen, doch wird diese Einschätzung in der Rechtsprechung mit denselben Gründen wie bei der anhaltenden gröblichen Pflichtverletzung abgelehnt.¹²² Die Verletzung von Unterhaltspflichten hat daher im Ersetzungsverfahren auch als Indiz für Gleichgültigkeit praktisch keine Bedeutung.

3.3. Zusätzliche Anforderung: unverhältnismäßiger Nachteil für das Kind bei Ausbleiben der Adoption

Die anhaltende gröbliche Pflichtverletzung und die Gleichgültigkeit können nur dann dazu führen, dass die Einwilligung in die Adoption ersetzt wird, wenn das Unterbleiben der Adoption dem Kind zu einem unverhältnismäßigen Nachteil gereicht (§ 1748 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB). Der unbestimmte Rechtsbegriff¹²³ des unverhältnismäßigen Nachteils soll sicherstellen, dass die Ersetzung der Einwilligung nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgt.¹²⁴ Die Adoption muss demnach geeignet sein, eine bereits eingetretene oder drohende Gefahr für die gesunde Entwicklung des Kindes abzuwenden.¹²⁵ Des Weiteren muss die Ersetzung der Einwilligung das letzte mögliche Mittel zu diesem Zweck sein. Sofern Maßnahmen nach den §§ 1666 ff. BGB ausreichen um die Kindesinteressen zu wahren, ist die Ersetzung der Einwilligung nicht erforderlich.¹²⁶ Schließlich sind nach der Rechtsprechung Eltern- und Kindesinteressen umfassend gegeneinander abzuwägen; entscheidend ist eine Gesamtwürdigung anhand aller Umstände des Einzelfalls. Der Nachteil, den das Unterbleiben der Adoption für das Kind bedeutet, ist in Beziehung zu setzen zur Schwere des Eingriffs in das Elternrecht.¹²⁷ Dabei ist das Ziel der

¹²² BayObLG, FamRZ 2004, 397 (398).

¹²³ Die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ist vollständig gerichtlich überprüfbar, vgl. zu dem Merkmal des unverhältnismäßigen Nachteils OLG Frankfurt, FamRZ 2008, S. 296 (297); BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2004 - 1Z BR 109/03 -, juris (Rn. 14); FamRZ 1997, 514 (515); FamRZ 2002, 486.

¹²⁴ BVerfGE 24, 119 (146); BayObLG, FamRZ 1997, 514 (515); OLG Karlsruhe, FamRZ 1999, 1686 (1687).

¹²⁵ OLG Frankfurt, FamRZ 2008, 296 (297); OLG Karlsruhe, FamRZ 1999, 1686.

¹²⁶ BVerfGE, 24, 119 (146).

¹²⁷ BVerfG, FamRZ 2006, 94; BGH FamRZ 1986, 460, 462; BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2004 - 1Z BR 109/03 - juris (Rn. 16).

Adoption, dem Kind stabile familiäre Beziehungen zu sichern, besonders zu berücksichtigen.¹²⁸ Im Interesse des Kindes sollen sowohl längere Heimaufenthalte als auch Wechsel der Pflegestellen vermieden werden.

3.3.1. Adoption durch Pflegeeltern

Lebt ein Kind dauerhaft in einer Pflegefamilie, so kann ein unverhältnismäßiger Nachteil i.S.v. Abs. 1 S. 1 vorliegen, wenn das Kind die Pflegestelle ohne Adoption verlieren würde. In der älteren Rechtsprechung wurde ein unverhältnismäßiger Nachteil hingegen überwiegend verneint, wenn die Pflegeeltern bereit waren, das Kind auch ohne Adoption bei sich zu behalten.¹²⁹ Dagegen wird in der neueren Rechtsprechung ein unverhältnismäßiger Nachteil überwiegend auch in dieser Situation angenommen, wenn das Kind voraussichtlich auf Dauer nicht in seine Herkunftsfamilie zurückkehren kann. Hierfür wird ins Feld geführt, dass eine Adoption dem Kind Klarheit und Sicherheit in Bezug auf seine familiäre Situation bietet und den rechtlich ungesicherten Status der Pflegekindschaft beendet.¹³⁰ Dabei genügt bereits, wenn sich das Kind durch seinen unsicheren Status verunsichert und gestört fühlt und sich das Ausbleiben der Adoption daher schädigend auswirkt.¹³¹ Die Rechtsprechung ist allerdings nach wie vor uneinheitlich. Dies geht insbesondere auf die in die Abwägung einbezogenen Interessen des Kindes sowie eine unterschiedliche Gewichtung der Interessen von leiblichen Eltern und ihrem Kind zurück.¹³²

Aus kinderrechtlicher Sicht kann ein Recht des Kindes auf stabile und kontinuierliche soziale Bindungen aus seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) abgeleitet werden, das einen Anspruch auf Klarheit und Sicherheit seiner familiären Beziehungen impliziert (siehe hierzu noch unten 5.2.2.). Gegen diese Auffassung werden jedoch in den letzten Jahren zunehmend Bedenken geltend gemacht. Insbesondere die Rechtsprechung des EGMR zum Recht des leiblichen Vaters auf Achtung seines Privatlebens (Art. 8 EMRK) betont stark das Interesse des Kindes, seine leiblichen Verwandtschaftsbeziehungen nachvollziehen zu können und eine Bindung zu beiden leiblichen Elternteilen zu entwickeln.¹³³ Insofern sind gerade bei stabilen

¹²⁸ Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748 Rn. 41.

¹²⁹ OLG Schleswig, FamRZ 1994, 1351; OLG Frankfurt, FamRZ 1986, 601.

¹³⁰ BVerfG, FamRZ 2002, 535; BGH, FamRZ 1997, 85; FamRZ 1986, 460 (462); BayObLG, FamRZ 2004, 1812; FamRZ 1994, 1348 (1350); FamRZ 1988, 871 (872); FamRZ 1976, 234 (240); OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 542; OLG Saarbrücken, FamRZ 2005, 1586; OLG Karlsruhe, FamRZ 1999, 1686 (1688); FamRZ 1990, 94 (95 f.); FamRZ 1983, 1058 (1060); OLG Braunschweig, FamRZ 1997, 513 (514); OLG Hamm, FamRZ, 1977, 415 (420); OLG Frankfurt, FamRZ 1986, 1042; AG Bochum, ZKJ 2012, 150; *Trenczek*, in: Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 51, Rn. 12; s. aber OLG Schleswig NJW- RR 1994, 585.

¹³¹ BayObLG, FamRZ 1984, 937 (939); OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 542; OLG Hamm, FamRZ 1977, 415 (420); AG Kamen, FamRZ 1995, 1013.

¹³² Vgl. beispielsweise die Entscheidung des AG Nidda, Beschluss vom 27. Februar 2007 - 6 X 30/02 -, juris. Dass die in einer Pflegefamilie untergebrachten Kinder keinerlei Umgang mit den leiblichen Eltern haben, wird hier als Argument dafür eingesetzt, dass eine schwere Gefährdung bei Unterbleiben der Adoption gerade nicht bestehe. Dabei berücksichtigt das Gericht auch, dass die leiblichen Eltern „die Hoffnung, die Kinder je selbst aufziehen zu können, nach Aktenlage zu Recht, aufgegeben“ und „ihrem Verbleib in der Elternrolle nurmehr symbolische Bedeutung“ zukommt (Rn. 3).

¹³³ Vgl. EGMR FamRZ 1995, 119 - Keegan; FamRZ 2004, 1456 - Görgülü; NJW 2011, 3565 - Anoyo.

Dauerpflegeverhältnissen nicht nur die Belange der Eltern mit denen des Kindes sorgfältig abzuwägen, sondern auch das aktuelle Interesse des Kindes an stabilen sozialen Beziehungen und einer klaren Lebensperspektive mit dem eher in die Zukunft gerichteten Interesse, das soziale Band zu den leiblichen Eltern nicht zu verlieren.

3.3.2. Adoption von Stiefkindern

Schwierig festzustellen sind die rechtlichen Grundsätze im Falle der Stiefkindadoption, da über deren Nutzen für die betroffenen Kinder keine Einigkeit herrscht. Diese Diskussion wird überwiegend im Zusammenhang mit der Sonderregel des § 1748 Abs. 4 BGB zur Ersetzung der Einwilligung nicht-ehelicher, nicht sorgeberechtigter Väter geführt und wird daher unten ausführlicher dargestellt (siehe unter 4.7.).

3.4. Besonders schwere Pflichtverletzung

Die dritte in § 1748 Abs. 1 BGB genannte Alternative besteht bei besonders schweren Pflichtverletzungen gegenüber dem Kind. Hiermit werden punktuelle Handlungen und Unterlassungen erfasst, die aufgrund ihrer Schwere den Verbleib des Kindes bei den Eltern verbieten. Voraussetzung für eine Ersetzung nach § 1748 Abs. 1 S. 2 BGB ist ein besonders schweres vollständiges Versagen des Elternteils in seiner Verantwortung gegenüber dem Kind.¹³⁴ Für die Ersetzung der Einwilligung ist es - anders als bei den bisher erörterten Voraussetzungen - nicht erforderlich, dass das Ausbleiben der Adoption einen unverhältnismäßigen Nachteil für das Kind bedeutet. Statt dessen wird die Prognose erwartet, das Kind könne infolge der Verfehlung des Elternteils voraussichtlich dauernd nicht mehr dessen Obhut anvertraut werden. Dabei sind „vor allem der Art und Schwere der Pflichtverletzung, der Persönlichkeit des Elternteils und der Gefahr weiterer Pflichtverletzungen“¹³⁵ Rechnung zu tragen.

Die Abgrenzung zur anhaltend gröblichen Pflichtverletzung gestaltet sich mitunter schwierig.¹³⁶ Im Kern geht es darum, ob ein einmaliges Ereignis ein solches Gewicht hat, dass eine Rückkehr des Kindes in die Obhut seiner Eltern nicht mehr möglich erscheint. Auf eine dauerhafte Kindeswohlgefährdung kommt es dann nicht mehr an. Bejaht wird die besonders schwere Pflichtverletzung beispielsweise, wenn ein Elternteil Straftaten gegen das Kind verübt¹³⁷ oder den anderen Elternteil getötet hat.¹³⁸ Eine besonders schwere Pflichtver-

¹³⁴ BayObLG, FamRZ 1990, 799.

¹³⁵ BT-Drs. 7/421, S. 8 mit Hinweis auf Sittlichkeitsvergehen, schwere Körperverletzungen und voraussichtlich unheilbarer Trunksucht.

¹³⁶ Vgl. auch *Frank*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748, Rn. 50 f.

¹³⁷ BayObLG, FamRZ 1984, 417 (419); 1984, 937 (939); OLG Köln, FamRZ 1982, 1132; OLG Hamm, FamRZ 1976, 462 (465).

¹³⁸ BayObLG, FamRZ 1984, 937 (939); OLG Zweibrücken, JAmt 2001, 431; LG Essen, DAVorm 1979, 521 (525).

letzung wurde Ende der 1980er-Jahre auch in einem Fall erörtert, in dem ein Vater seine beiden Kinder nach Bolivien entführt und mit ihnen dort mehr als drei Jahre an einem der Mutter unbekanntem Ort gelebt hatte. In diesem Verhalten ist eine Straftat gegenüber der Mutter zu sehen (Kindesentziehung, § 235 StGB), nicht aber gegenüber dem Kind selbst. Eine besonders schwere Pflichtverletzung kann daher nur angenommen werden, wenn die Kindesentziehung schwerwiegende Folgen für das Kindeswohl mit sich bringt. In dem genannten Fall hatten die beteiligten Gerichte zwar festgestellt, dass der Vater das geistige und seelische Wohl der Kinder beeinträchtigt hatte, indem er sie ihrer Mutter entzog und ihnen in Bolivien nur eine unzureichende Schulbildung ermöglichte. Dennoch wurde die Pflichtverletzung in letzter Instanz abgelehnt, da die beim Auslandsaufenthalt eingetretenen Defizite in der Schulausbildung keinen endgültigen schweren Nachteil für den weiteren Lebensweg begründet hätten und die Wiedereingliederung in den Haushalt der Mutter keine anhaltenden Schwierigkeiten bereitet habe.¹³⁹ Vor dem Hintergrund der Bedeutung, die vertrauensvolle und kontinuierliche Bindungen für Kinder haben, erscheint die Bewertung einer mehr als dreijährigen Entführung ohne Kontakt zu dem anderen Elternteil als noch zumutbares elterliches Verhalten aus heutiger Perspektive äußerst problematisch.

3.5. Schicksalhafte Erziehungsunfähigkeit

§ 1748 Abs. 3 BGB normiert einen Ersetzungsgrund anhand objektiver Gründe, die nicht auf zurechenbares Verhalten der leiblichen Eltern zurückgehen. Grundgedanke der Regelung ist dass die Ersetzung der Einwilligung eine nur in Ausnahmefällen zumutbare Härte darstellt, wenn dem Elternteil kein Vorwurf zu machen ist.

Die Begriffe der besonders schweren psychischen Krankheit bzw. geistigen oder seelischen Behinderung sind in dem Sinne funktional zu verstehen, dass es auf eine sichere diagnostische Einordnung nicht ankommt.¹⁴⁰ Entscheidend ist das Vorliegen einer geistigen oder seelischen Disposition, die den betroffenen Elternteil dauernd zu Pflege und Erziehung seines Kindes unfähig macht, auch wenn Hilfe Dritter gegeben ist.¹⁴¹

Die Ersetzung der Einwilligung muss verhältnismäßig sein. Sie muss also geeignet sein, um eine bereits eingetretene oder drohende Gefahr für die gesunde Entwicklung des Kindes abzuwenden, und es dürfen keine milderen

¹³⁹ BayObLG, NJW-RR 1990, 776; ZfJ 1990, 477; MDR 1990, 631.

¹⁴⁰ Vgl. aber auch die im Gesetzentwurf aufgeführten Fallgruppen: „Psychische Krankheiten: körperlich nicht begründbare (endogene) Psychosen, seelische Störungen als Folge von Krankheiten oder Verletzungen des Gehirns, von Anfallsleiden oder von anderen Krankheiten oder körperlichen Beeinträchtigungen (körperlich begründbare — exogene — Psychosen), Abhängigkeitskrankheiten (Alkohol- und Drogenabhängigkeiten), Neurosen und Persönlichkeitsstörungen (Psychopathien). Geistige Behinderungen: angeborene oder frühzeitig erworbene Intelligenzdefekte verschiedener Schweregrade. Seelische Behinderungen sind bleibende psychische Beeinträchtigungen anzusehen, die Folge von psychischen Krankheiten sind.“, BT-Drs. 11/4528, S. 116.

¹⁴¹ BayObLG, FamRZ 1999, 1688 (1689); FamRZ 1984, 201 (202); OLG Hamm, DAVorm 1978, 364 (378).

Mittel zur Erfüllung dieses Zwecks zur Verfügung stehen.¹⁴² Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird von Abs. 3 dahingehend konkretisiert, dass die Ersetzung nur zulässig ist, wenn das Kind ohne die Annahme nicht in einer Familie aufwachsen könnte und dadurch in seiner Entwicklung schwer gefährdet wäre. Im Unterschied zur Auslegung des „unverhältnismäßigen Nachteils“ in Abs. 1 kommt eine Ersetzung demnach dann nicht in Betracht, wenn das Kind auf Dauer in einer Familie, etwa dem anderen Elternteil, bei Verwandten, Stief- oder Pflegeeltern aufwachsen kann.¹⁴³

3.6. Ersetzung der Einwilligung des nichtehelichen und nicht sorgeberechtigten Vaters

Auch wenn ein nichtehelicher Vater kein Sorgerecht hat, muss er in eine geplante Adoption des Kindes einwilligen (§ 1747 Abs. 1 BGB). Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es auf ein Fehlverhalten des nichtsorgeberechtigten Vaters nicht an, sondern es genügt die Feststellung, dass das Unterbleiben der Adoption für das Kind einen unverhältnismäßigen Nachteil bedeuten würde.

Ziel des Gesetzgebers des Mitte 1998 in Kraft getretenen KindRG war es, „dem Vater, der zu keiner Zeit die elterliche Sorge und damit die Verantwortung für das Kind getragen hat, nicht zu ermöglichen, eine Adoption des Kindes - allein - durch sein Veto zu verhindern“.¹⁴⁴ Gegenüber der Rechtslage vor 1976 bedeutete diese Regelung einen Fortschritt, war doch zuvor für die Adoption eines nichtehelichen Kindes die Einwilligung des leiblichen Vaters nicht erforderlich. Aus heutiger Sicht kann hingegen durchaus bezweifelt werden, dass die in § 1748 Abs. 4 BGB fortbestehende Ungleichbehandlung leiblicher Väter ohne sorgerechtliche Befugnisse im Hinblick auf die Adoption ihres Kindes vor dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) noch gerechtfertigt werden kann. Entsprechend fundamental hat sich die Auslegung der Vorschrift in den vergangenen Jahrzehnten verändert. Diese Entwicklung wird im Folgenden nachgezeichnet. Zuvor wird jedoch auf andere Handlungsmöglichkeiten des nichtehelichen und nicht sorgeberechtigten Vaters eingegangen, die ihm im Zusammenhang mit einem Adoptionsverfahren zur Verfügung stehen.

3.6.1. Antrag auf Sorgerechtsübertragung

Ein nichtehelicher Vater eines nichtehelichen Kindes, der kein Sorgerecht hat, kann die Adoption seines Kindes abwenden, indem er das Sorgerecht beantragt und damit selbst die tatsächliche Verantwortung für das Kind übernimmt. Dies ist möglich durch übereinstimmende Sorgeerklärungen von Vater und

¹⁴² BVerfGE 24, 119 (146).

¹⁴³ BGH, FamRZ 1997, 85; BayObLG, FamRZ 1999, 1688; AG Melsungen, FamRZ 1996, 53; a.A. OLG Karlsruhe, FamRZ 1990, 94 (95), nach dem die Wertungen im Rahmen des unverhältnismäßigen Nachteils i.S.d. Abs. 1 S. 1 auf Abs. 3 übertragbar sind.

¹⁴⁴ BT-Drs. 13/4899, 114.

Mutter oder Heirat (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB). Hat die Mutter bereits in die Adoption des Kindes eingewilligt, ist dieser Weg jedoch in der Regel verbaut. Das alleinige Sorgerecht kann der nichteheliche Vater auf Antrag erhalten, soweit die Mutter zustimmt oder, sofern dies nicht der Fall ist, die Alleinsorge des Vaters dem Wohl des Kindes am besten entspricht (§ 1671 Abs. 2 BGB). Zudem ist die Übertragung der gemeinsamen Sorge auf Antrag des Vaters auch gegen den Willen der Mutter möglich, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht (§ 1626a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB). Hat der Vater einen Antrag auf Übertragung des (gemeinsamen oder alleinigen) Sorgerechts gestellt, so entfaltet dieser eine Sperrwirkung für das Adoptionsverfahren;¹⁴⁵ das Familiengericht darf über die Annahme des Kindes nicht entscheiden, bevor über den Antrag entschieden wurde (§ 1747 Abs. 3 Nr. 3 BGB). Das Gesetz statuiert damit einen Vorrang der Sorge der leiblichen Eltern vor der Adoption.

3.6.2. Verzicht auf das Sorgerecht

Möchte der Vater keinen Antrag auf elterliche Sorge stellen, kann er gegenüber dem Familiengericht seinen Verzicht erklären und damit das Annahmeverfahren beschleunigen (§ 1747 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Die Verzichtserklärung ist unwiderruflich und bleibt auch gültig, wenn der Adoptionsantrag zurückgenommen oder die Adoption abgelehnt wird. Sie verliert lediglich dann ihre Kraft, wenn das Kind nicht innerhalb von drei Jahren adoptiert wird (§ 1747 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 1750 Abs. 4 S. 2 BGB). Der Verzicht auf die Sorgerechtsübertragung bedeutet nicht zugleich auch die Einwilligung in die Adoption des Kindes. Der Vater eines nichtehelichen Kindes kann folglich auf das Sorgerecht verzichten und anschließend dennoch nicht in die Annahme des Kindes einwilligen.

3.6.3. Voraussetzungen der Ersetzung der Einwilligung

Die Rechtsprechung zu § 1748 Abs. 4 BGB hat sich in den vergangenen Jahren stark geändert. Nach der früheren Rechtsprechung im unmittelbaren Anschluss an die Einführung der Norm kommt es auf ein Fehlverhalten des Elternteils nicht an und der unverhältnismäßige Nachteil wird wie in den Fällen des Abs. 1 ausgelegt: „Ein Fehlverhalten des Vaters (Pflichtverletzung oder Gleichgültigkeit) ist - im Unterschied zur Regelung in § 1748 Abs. 1 BGB - nicht Voraussetzung für die Ersetzung [...]. Auf diese zum Begriff des unverhältnismäßigen Nachteils in § 1748 Abs. 1 BGB entwickelten Kriterien kann auch im Rahmen des Abs. 4 mit der Maßgabe zurückgegriffen werden, dass es für die Ersetzung der Einwilligung nach Abs. 4 auf ein Fehlverhalten des Vaters nicht ankommt.“¹⁴⁶ Nach dieser Auslegung wurde ein unverhältnismäßiger Nachteil für das Kind dann angenommen, „wenn das Unterbleiben der Adop-

¹⁴⁵ Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1748, Rn. 38.

¹⁴⁶ BayOBLG, Beschluss vom 20. Januar 2004 - 1Z BR 109/03 juris (Rn. 14 ff.) - Adoption durch Pflegefamilie.

tion für das Kind nachteilig ist und wenn die Abwägung der Interessen des Kindes und des Vaters zu dem Ergebnis führt, daß das Interesse des Kindes am Ausspruch der Adoption überwiegt.¹⁴⁷ Noch im Jahr 2001 wies das BayObLG die Auffassung zurück, im Rahmen des § 1748 Abs. 4 BGB müsse der Nachteil für das Kind „besonders groß“ sein. Vielmehr seien die Kriterien maßgeblich, die zu dem unverhältnismäßigen Nachteil gem. § 1748 Abs. 1 BGB entwickelt worden waren.¹⁴⁸

Entscheidungen in der Folgezeit betonten demgegenüber die Bedeutung der Abwägung und bezogen stärker die Grundrechte der Beteiligten in ihre Entscheidungsfindung ein.¹⁴⁹ Seit zwei Leitentscheidungen des BGH (2005) und des BVerfG (2006) wird der unverhältnismäßige Nachteil i.S.d. Abs. 4 abweichend von dem gleichlautenden Begriff des Abs. 1 ausgelegt.¹⁵⁰ Nach dieser Rechtsprechung darf das Merkmal des unverhältnismäßigen Nachteils in Abs. 4 nicht so ausgelegt werden, dass es zur Ungleichbehandlung von sorgeberechtigten und nicht-sorgeberechtigten Vätern kommt.¹⁵¹ Nach dem Bundesverfassungsgericht liegt ein unverhältnismäßiger Nachteil vor, „wenn die Adoption einen so erheblichen Vorteil für das Kind bieten würde, dass ein verständig sich um das Kind sorgender Elternteil auf der Erhaltung des Verwandtschaftsbandes nicht bestehen würde.“¹⁵² Hierfür sei darauf abzustellen, ob und inwiefern ein gelebtes Eltern-Kind-Verhältnis bestehe und ob der Kindesvater am Aufbau oder an der Aufrechterhaltung einer solchen Beziehung gehindert worden sei. Demnach sei eine Ersetzung der Einwilligung „regelmäßig nur dann in Betracht [zu ziehen], wenn der Vater selbst durch sein Verschulden das Scheitern des Vater-Kind-Verhältnisses zu vertreten hat.“¹⁵³ In der Folge wird das Verhalten des Vaters zwar nicht im Hinblick auf eine Pflichtverletzung geprüft, weil eine solche nach dem Wortlaut nicht vorgesehen ist. Wohl aber erlangt es im Rahmen des unverhältnismäßigen Nachteils erhebliche Bedeutung.

Interessant ist hier, dass der Vater sein Interesse nicht näher erläutern muss - es genügt, dass er Vater ist und Vater bleiben will.¹⁵⁴ Anders dagegen das Interesse des Kindes an der Adoption, das nun deutlich kritischer beleuchtet wird als im Rahmen des Abs. 1. Es reicht nicht aus, dass die Adoption höhere Sicherheit im Familienverband bedeutet und das Kind keiner emotionalen Zerreißprobe ausgesetzt wird. Vielmehr sind es darüber hinausreichende Faktoren, wie z.B. schwere Erkrankungen des Kindes, die letztlich für eine Ersetzung sprechen können. Zu einer Ersetzung der Einwilligung kommt es mithin lediglich, wenn deutliche Hinweis auf die günstigeren Voraussetzungen für die gezielte Entwicklung des Kindes (psychische Verbesserung) bei Adoption

¹⁴⁷ OLG Karlsruhe, v. 26.05.2000 -11 Wx 48/00-, juris (Rn. 16).

¹⁴⁸ BayObLG, FamRZ 2002, S. 486 (487), in Reaktion auf LG Hof, 08.02.2001, Az. 2 T 129/00.

¹⁴⁹ Vgl. insbes. OLG Stuttgart unter Einbeziehung der Rechtsprechung des EGMR, FamRZ 2005, S. 543 (544 ff.); BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2004 - 1Z BR 109/03 -, juris (Rn. 14 ff.) - (in beiden Fällen Adoption durch Pflegefamilie).

¹⁵⁰ BVerfG, FamRZ 2006, 1355; FamRZ 2006, 94; BGH, FamRZ 2005, 981.

¹⁵¹ BVerfG, NJW 2006, 827; NJW 2006, 2470.

¹⁵² BVerfG, FamRZ 2006, S. 94 (95).

¹⁵³ BVerfG NJW 2006, 827 (828), ebenso BVerfG NJW 2006, 2470 (2471).

¹⁵⁴ Insbesondere OLG Köln 2011

vorliegen.¹⁵⁵

Noch stärker als im Rahmen des Abs. 1 wird durch die Rechtsprechung zudem das Verhalten Dritter berücksichtigt - da die meisten der ergangenen Entscheidungen Stiefkindadoptionen betreffen, geht es dabei überwiegend um das Verhalten der leiblichen Mutter. Nicht selten wird in der Rechtsprechung der Mutter und ihrem neuen Partner unterstellt, die Beziehung des leiblichen Vaters zu seinem Kind behindert oder vereitelt zu haben. Damit wird mittelbar auch wieder eine Pflichtverletzung geprüft, zumindest im Sinne einer Verantwortlichkeit für eine gestörte Vater-Kind-Beziehung.¹⁵⁶

3.6.4. Sonderfall Stiefkindadoption

Wie erwähnt, betrifft in der gerichtlichen Praxis ein Großteil der zu § 1748 Abs. 4 BGB ergangenen Rechtsprechung Fälle der Stiefkindadoption. Die zitierte Rechtsprechung zeigt sich gegenüber dieser Adoptionsvariante insgesamt skeptisch und unterwirft sie besonders strengen Maßstäben.¹⁵⁷ Ähnlich kritische Äußerungen finden sich auch in der Literatur, dort trifft die strenge Linie der Rechtsprechung jedoch auch auf Zustimmung. Die wesentlichen Argumente aus dieser Debatte lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Skepsis gegenüber der Stiefkindadoption gründet zum einen in der Annahme, an der tatsächlichen Lebenssituation ändere sich für das Kind nicht viel, da es ja ohnehin mit dem leiblichen und dem Stiefelternteil in einem Haushalt lebe und versorgt werde.¹⁵⁸ Mit diesem Argument wird der „unverhältnismäßige Nachteil“ für das Kind bei Ausbleiben der Adoption verneint. Im Unterschied zur Pflegefamilie ist das Kind bei der Stiefkindadoption zudem nicht rechtlich ungesichert, da immerhin ein verwandtschaftliches Band zur sorgeberechtigten Mutter besteht.¹⁵⁹ Schließlich wird befürchtet, die Stiefkindadoption werde nicht immer zum Nutzen des Kindes beantragt, sondern diene eher dem Zweck, die Beziehung zwischen Herkunfts- und Stiefelternteil zu festigen.¹⁶⁰ Den emotionalen Bedürfnissen der betroffenen Kinder werde es häufig nicht gerecht, die Beziehung zu dem leiblichen Elternteil voll-

¹⁵⁵ BayObLG, FamRZ 2005, 1587; FamRZ 2004, 1812; FamRZ 1994, 1348, 1350; AG Tübingen, FamRZ 1973, 321, 322.

¹⁵⁶ In einigen Fällen wird sogar eine Pflichtverletzung der Mutter thematisiert, beispielsweise OLG Köln 22.12.2011 „teilweises Erziehungsversagen“ oder BGH, FamRZ 2005, S. 891 (893): „tiefgreifendes Erziehungsversagen der Mutter“.

¹⁵⁷ BVerfG, FamRZ 2006, 94 (96).

¹⁵⁸ BVerfG, FamRZ 2006, 94 (95); BayObLG, FamRZ 2002, 486 (487); Dethloff, Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, ZRP 2004, S. 195 (197); *dies*, Adoption und Sorgerecht - Problembe- reiche für eingetragene Lebenspartner?, FPR 2010, S. 208 (209); Wilke, Die Adoption Minderjähri- ger durch den Stiefelternteil, 2014, S. 72.

¹⁵⁹ BayObLG, FamRZ 2002, 486 (487).

¹⁶⁰ Vgl. BVerfG, FamRZ 2006, 94 (95) und aus der Literatur Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2013, Art. 20/21, Rn. 32; Frank, Die Stiefkindadoption, StAZ 2010, S. 324 ff., S. 330. Skeptisch zeigt sich auch die Praxis. So wertet die Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesju- gendämter die Stiefkindadoption als besonders anfällig für sachfremde Motive und rät zu einer be- sondern gründlichen Prüfung und Beratung, vgl. BAGLJAE, Empfehlungen zur Adoptionsvermitt- lung, 2014, S. 41 f.

ständig zu kappen.¹⁶¹ Scheitert die Beziehung zwischen dem leiblichen und dem Stiefelternteil, sei keineswegs gesichert, dass der Stiefelternteil sich weiter als Elternteil begreife und seiner Verantwortung gerecht werde.¹⁶²

Befürwortet wird die Stiefkindadoption vor allem in Fällen, in denen das Kind den leiblichen Elternteil niemals kennengelernt hat¹⁶³ oder dieser faktisch keine Sorgeverantwortung übernimmt. In diesen Fällen wird für die Stiefkindadoption ins Feld geführt, dass sie die rechtliche und tatsächliche Sorge und Unterhaltsverantwortung für das Kind in Einklang bringe: Das Kind verliere zwar den bisherigen rechtlichen Elternteil, erhalte dafür aber einen anderen, der sich auch tatsächlich um das Kind kümmere.¹⁶⁴ Die Adoption bewirkt neben der Klarstellung des rechtlichen Verhältnisses zum Stiefelternteil auch eine Gleichstellung mit Stief- und Halbgeschwistern.¹⁶⁵ Die durch die Adoption bewirkte Vollintegration in eine Familie kann aus diesen Gründen durchaus günstigere Voraussetzungen für die gedeihliche Entwicklung des Kindes schaffen, so dass ein unverhältnismäßiger Nachteil bei ihrem Ausbleiben zu bejahen wäre.

3.7. Verfahren

Die Ersetzung der Einwilligung kann nur von dem Kind beantragt werden. Bei Kindern unter 14 Jahren, die noch nicht selbst verfahrensfähig sind, stellt den Antrag der gesetzliche Vertreter, sofern er es nicht selbst ist, dessen Einwilligung ersetzt werden soll. In diesem Fall wird dem Kind ein Pfleger bestellt (§§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1, 3, Abs. 2, 181 BGB). Dem Kind ist von Amts wegen ein Verfahrensbeistand (§ 191 FamFG) zuzuordnen. Es ist nach Maßgabe des § 189 FamFG im Verfahren anzuhören.

4 Problemfelder

Die vorstehende Analyse hat eine Reihe von Unstimmigkeiten und praktischen Problemen zutage gebracht, die eine in sich schlüssige und praxisgerechte wie gleichheitsrechtlich plausible Rechtsanwendung erschweren. Die wesentlichen Problemfelder werden im Folgenden noch einmal im Überblick zusammengefasst, bevor über mögliche Regelungsalternativen und ihre Begrenzung durch höherrangiges Recht nachgedacht wird.

¹⁶¹ Dethloff, Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, ZRP 2004, S. 195 (197).

¹⁶² Wilke, Die Adoption Minderjähriger, 2014, S. 87.

¹⁶³ Hierzu gehören beispielsweise die in der Praxis verbreiteten Stiefkindadoptionen durch die Lebenspartnerin der Mutter nach Samenspende, vgl. Dethloff, Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, FPR 2010, 208 ff.

¹⁶⁴ BayObLG, FamRZ 2002, 486 (487); Peschel-Gutzeit, Welcher Nachteil ist bei der Stiefkindadoption unverhältnismäßig?, NJW 2012, S. 3324 (3326).

¹⁶⁵ Eine vollständige Auflistung der rechtlichen Konsequenzen einer Stiefkindadoption findet sich bei Wilke, Die Adoption Minderjähriger durch den Stiefelternteil, 2014, S. 66 ff.

4.1. Unbestimmte und unsystematische Gesetzesformulierung

Die Regelungen in § 1748 BGB enthalten eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen, deren Auslegung und Abgrenzung Schwierigkeiten bereitet. Auf welche Pflichten sich die Pflichtverletzung in Abs. 1 bezieht, ist ebenso wenig klar wie die Unterscheidung zwischen einer einfachen, einer „anhaltenden gröblichen“ und einer „besonders schweren“ Erscheinungsform. „Gleichgültigkeit“ kann unter bestimmten Umständen auch eine „anhaltend gröbliche Pflichtverletzung“ sein, mit entsprechenden Auswirkungen auf die Belehrungspflicht des Jugendamts (§ 1748 Abs. 2 BGB, § 51 Abs. 1 SGB VIII). Der „unverhältnismäßige Nachteil“, den das Unterbleiben der Adoption für das Kind nach Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 nach sich ziehen muss, wird je nach Regelungsort unterschiedlich ausgelegt - aus nachvollziehbaren Gründen, jedoch methodisch keinesfalls überzeugend. Wenig konsistent erscheint auch die Konstruktion, wonach der Normtext in Abs. 1 primär an elterliches Fehlverhalten anknüpft, eine Ersetzung dennoch nicht für zulässig erachtet wird, wenn Dritte oder der Sozialstaat die elterlichen Defizite kompensieren. Hier ist ein Schwanken zwischen einer eltern- und einer kindzentrierten Perspektive zu beobachten, die Gerechtigkeitsprobleme erzeugt.

Nach dem allgemeinen Grundsatz der Bestimmtheit, der als Teil des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang genießt (Art. 20 Abs. 3 GG), muss ein Gesetz so klar gefasst sein, dass für die von ihm Betroffenen erkennbar wird, welches Verhalten von ihnen erwartet wird und welche Konsequenzen bei einem Verstoß drohen. Ist ein gesetzlicher Begriff unbestimmt, so kann dies kompensiert werden, indem die Rechtsprechung eine klare Interpretationslinie entwickelt. Eine solche gefestigte Rechtsprechung kann man im Familienrecht beispielsweise für den Begriff der Kindeswohlgefährdung bejahen, auch wenn sich die Auslegung in ständiger Entwicklung befindet und die Auffassungen zu Einzelfragen häufig auseinandergehen.

Die Dogmatik des § 1748 BGB ist demgegenüber kasuistisch, widersprüchlich und insgesamt wenig voraussehbar. Ein Grund dafür ist darin zu finden, dass gerichtliche Ersetzungsentscheidungen vergleichsweise selten sind, sich aber sowohl der Normtext als auch der verfassungs- und menschenrechtliche Bezugsrahmen seit der Einführung im Jahr 1961 grundlegend gewandelt haben. Viele der älteren Gerichtsentscheidungen aus den 1960er bis 1990er Jahren sind heute nur noch aus ihrem jeweiligen Zeithorizont verständlich, werden aber in Rechtsprechung und Kommentierung weiterhin als interpretationsleitend herangezogen. Besonders deutlich wird dies in der Bewertung des Verhaltens nicht sorgeberechtigter Väter. Eine ganze Gruppe von ihnen musste bis 1998 rechtsdogmatisch überhaupt nicht berücksichtigt werden, da die Einwilligung nichtehelicher und nicht sorgeberechtigter Väter gar nicht erst eingeholt zu werden brauchte. Nach der Ehescheidung war zudem bis 1998 die fortbestehende gemeinsame Sorge rechtlich nicht möglich, weswegen geschiedene Väter in aller Regel nicht sorgeberechtigt waren. Von ihnen wurde außer der Zahlung von Unterhalt gesellschaftlich wie rechtlich wenig Bemühen um

das Kind erwartet. Seitdem das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung mit dem KindRG 1998 zum gesetzlichen Regelfall wurde und nichtehelichen Eltern die gemeinsame Sorge rechtlich ermöglicht wurde, sind die Erwartungen an getrennt lebende Elternteile kontinuierlich gestiegen, was sich im Adoptionsrecht, wie gezeigt, auch auf nicht sorgeberechtigte Elternteile ausgedehnt hat. Die unbestimmte Gesetzesformulierung erweist sich gerade deswegen als besonders anfällig für zeitbedingte Erziehungsvorstellungen, weil sich abstrakte Grundsätze der Auslegung über die Jahre mangels kontinuierlicher, quantitativ über vereinzelte Entscheidungen hinausgehender gerichtlicher Praxis kaum entwickeln konnten.

4.2. Wortlautübersteigende Auslegung des § 1748 Abs. 4 BGB

Hinzu kommt, dass sich mit der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG zu der Ersetzung der Einwilligung des nicht sorgeberechtigten nichtehelichen Vaters gem. § 1748 Abs. 4 BGB eine Norminterpretation etabliert hat, die den Wortlaut der Regelung deutlich überschreitet. Methodisch bildet der Wortlaut einer Regelung grundsätzlich die Grenze seiner möglichen Auslegung. Die methodische Strategie der verfassungskonformen Auslegung erlaubt eine wortlautüberschreitende Interpretation zwar dann, wenn andernfalls eine mit den Vorgaben der Verfassung übereinstimmende Rechtspraxis nicht möglich wäre. Es wäre jedoch Aufgabe des Gesetzgebers, den Normtext in einer solchen Situation so schnell wie möglich umzugestalten und damit seine demokratische Legitimation wieder herzustellen. Inhaltlich ist an dem derzeitigen Verständnis des § 1748 Abs. 4 BGB zu kritisieren, dass über die verfassungskonforme Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeitsprüfung implizit sowohl ein elterliches Fehlverhalten als auch Verschuldensgesichtspunkte Teil der Norminterpretation werden, obwohl weder das eine noch das andere im Normtext zur Voraussetzung der Ersetzungsentscheidung gemacht werden.

4.3. Unklare Systematik im Kontext der familiengerichtlichen Maßnahmen zum Schutz des Kindes

In seiner derzeitigen Ausgestaltung muss § 1748 BGB insgesamt als eine Norm verstanden werden, die primär dem Schutz des Kindes dient: Wo es zu diesem Zweck unerlässlich ist, darf die fehlende Einwilligung eines Elternteils in die Adoption ersetzt werden. Mit seiner speziellen Wortwahl steht § 1748 BGB jedoch im heutigen System des familiengerichtlichen Kinderschutzes isoliert da. Das war nicht immer so: Bis in das Jahr 2008 enthielt auch § 1666 Abs. 1 BGB neben der Kindeswohlgefährdung als Voraussetzung den Nachweis einer elterlichen Pflichtverletzung: Die Kindeswohlgefährdung musste „durch missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch unverschuldetes Versagen

der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten“ verursacht worden sein.¹⁶⁶ Bis 1980 war als Tatbestandsalternative auch noch das „ehrlose und unsittliche Verhalten“ eines Elternteils vorgesehen.¹⁶⁷

Mittlerweile entspricht die Konzentration auf elterliche Pflichten und elterliches Verhalten nicht mehr der Systematik des Kindschaftsrechts, weil in der Auslegung droht, das Wohl des Kindes aus dem Blick zu verlieren. § 1666 Abs. 1 BGB ist daher seit 2008 so gefasst, dass die Kindeswohlgefährdung im Mittelpunkt steht, unabhängig davon, ob die Eltern sie durch eigenes Verhalten verschuldet haben oder nur nicht in der Lage sind, sie abzuwenden. Die Rechtsanwendung verschiebt sich damit von der Bewertung des Elternverhaltens hin zur Frage der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in ihre Erziehungsaunomie. Diese Entwicklung lässt sich auch an § 1666a BGB beobachten, der besondere Voraussetzungen für die Trennung des Kindes von seinen Eltern (Abs. 1) sowie für die vollständige Entziehung des Sorgerechts (Abs. 2) normiert. Er wurde 1980 als reine Verhältnismäßigkeitsnorm eingeführt. Die beiden genannten Eingriffe sind demnach nur zulässig, wenn mildere Mittel erfolglos waren oder keinen Erfolg versprechen. Die gemeinsame Tatbestandsvoraussetzung für alle familiengerichtlichen Maßnahmen zum Schutz des Kindeswohls ist heute demnach die Kindeswohlgefährdung, während sich die Auswahl der konkreten Anordnung wesentlich danach richtet, welche Reaktion geeignet und erforderlich ist und unter Abwägung der einander gegenüberstehenden Rechtspositionen angemessen erscheint.

Demgegenüber enthält § 1748 BGB ein ganz eigenes System an Tatbestandsvoraussetzungen, dessen Verhältnis zu der in § 1666 Abs. 1 BGB verlangten Kindeswohlgefährdung zwar in der Auslegung gelegentlich thematisiert wird, dem Normtext jedoch nicht entnommen werden kann. Im familienrechtlichen System des Kinderschutzes hat die Norm dadurch eine unklare Stellung. Problematisch wird dies vor allem für Kinder, die voraussichtlich dauerhaft nicht in ihr Elternhaus zurückkehren können. Ist ihr Wohl gefährdet und findet sich kein milderes erfolgversprechendes Mittel, kann ihren Eltern das Sorgerecht nach §§ 1666 Abs. 3 Nr. 6, 1666a Abs. 3 BGB dauerhaft entzogen werden, ohne dass aber zugleich auch die Einwilligung in die Adoption gerichtlich ersetzt werden kann. Diese Gruppe von Kindern wird nach der derzeitigen Rechtslage in einem dauerhaften Schwebestand gehalten, in dem rechtliche Elternschaft und tatsächliche Sorgeverantwortung auseinanderfallen.¹⁶⁸ Vor diesem Hintergrund - und vor der bereits erwähnten Möglichkeit des unverantwortlichen Elternteils, seine Versäumnisse durch Dritte oder staatliche Leistungen kompensieren zu lassen - wird das Merkmal des „unverhältnismäßigen Nachteils“ in zweierlei Hinsicht zu überdenken sein: Man kann fragen, ob man es in jeder Fallkonstellation tatsächlich voraussetzen sollte, oder ob es Situationen gibt, in denen auch ohne eine einmalige besonders schwere Pflichtverletzung zugunsten einer dauerhaften sicheren Lebensperspektive des Kindes da-

¹⁶⁶ § 1666 BGB in der Fassung von 1980-2008, geändert durch das Kindeswohlmaßnahmengesetz vom 04.07.2008.

¹⁶⁷ § 1666 BGB in der Fassung von 1900 bis 1958, geändert durch das Sorgerechtsänderungsgesetz vom 18.07.1979.

¹⁶⁸ Coester, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1666, Rn. 228.; ders., Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht, FamRZ 1991, S. 253 ff. (259 f.).

rauf verzichtet werden sollte. Ein anderer Ansatz könnte dahin gehen, den unverhältnismäßigen Nachteil des Kindes stärker mit Bezug auf die Grundrechte und Grundbedürfnisse des Kindes zu interpretieren und insbesondere dem - unten noch näher zu betrachtenden - Grundrecht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Erziehung mehr Gewicht in der Abwägung zu verleihen.

4.4. Verletzung von Unterhaltspflichten

Praktisch ohne jede Bedeutung bleibt es für die Ersetzungsentscheidung, wenn ein Elternteil seine Unterhaltspflicht verletzt. Weshalb der Unterhaltspflicht in dieser Weise gegenüber den tatsächlichen Sorgepflichten eine so geringe Relevanz zukommt, bleibt unverständlich. Immerhin bringt der Elternteil damit objektiv zum Ausdruck, sich für die materielle Versorgung des Kindes nicht zuständig oder nicht verantwortlich zu fühlen.

Zwar trifft es zu, dass ausbleibende Unterhaltszahlungen häufig auf ungelöste Konflikte zwischen den Eltern zurückgehen und Desinteresse am Kind nicht automatisch angenommen werden kann. Nichtsdestotrotz verletzt ein Elternteil, der notwendigen Unterhalt nicht leistet, obwohl er dazu in der Lage wäre, eine echte und justiziable Pflicht gegenüber dem Kind, die bei der Beurteilung seines Elternverhaltens jedenfalls zu berücksichtigen wäre. Ähnlich wie bei dem Bemühen um Kontakt wäre auch bei der Unterhaltspflicht daher in einem ersten Schritt die Sachlage festzustellen - dass hier eine bestehende Pflicht verletzt wurde - und erst im zweiten Schritt zu fragen, ob dahinter eine gleichgültige Haltung zu vermuten ist oder andere Gründe bestehen. Unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten wenig nachvollziehbar ist zudem die dem Unterhaltsschuldner großzügig eingeräumte Möglichkeit, seine Defizite von anderen Personen oder Institutionen kompensieren zu lassen.

4.5. Gleichheitsrechtliche Aspekte

Insbesondere die Sonderregel des § 1748 Abs. 4 BGB wirft unterschiedliche gleichheitsrechtliche Probleme auf. Begründungsbedürftig erscheint zum einen, weshalb ein Vater, der niemals sorgeberechtigt war, anders behandelt wird als einer, der das Sorgerecht nachträglich verloren hat. Hier hat allerdings durch die verfassungskonforme Auslegung des § 1748 Abs. 4 BGB eine gewisse Angleichung der Eingriffsschwelle stattgefunden.

Aus gleichheitsrechtlicher Perspektive wird in der Literatur aber auch die Ungleichbehandlung nicht sorgeberechtigter Väter gegenüber nicht sorgeberechtigten Müttern thematisiert.¹⁶⁹ Zwar kommt der Fall, in dem Mütter ein Sorgerecht niemals besessen haben, in der Praxis kaum vor, da die leibliche Mutter nach § 1591 BGB automatisch auch zur rechtlichen wird. Wie ein Vater auch kann eine Mutter das Sorgerecht jedoch unmittelbar nach der Geburt wieder verlieren, etwa wenn das Familiengericht sie ihr gem. § 1666 Abs. 1 BGB wegen Kindeswohlgefährdung entzieht oder im Elternkonflikt die Allein-

¹⁶⁹ Muscheler, Familienrecht, 3. Aufl. 2013, Rn. 717.

sorge nach § 1671 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB dem Vater überträgt. Die auf den Vater beschränkte Regelung des § 1748 Abs. 4 BGB war ursprünglich zum Schutz der nichtehelichen Mutter gedacht, die mit der Geburt des Kindes nach § 1591 BGB ein originäres Sorgerecht erwirbt, von dem sie sich nur dadurch befreien kann, dass der Vater die alleinige Sorge übernimmt oder aber das Kind von Dritten adoptiert wird. In dieser Situation sollte die Freigabe des Kindes zur Adoption nicht an dem Veto des nicht sorgeberechtigten und nicht sorgebereiten Vaters scheitern.¹⁷⁰ Da nach der gegenwärtigen Auslegung des § 1748 Abs. 4 BGB eine derartige erleichterte Ersetzung der Einwilligung jedoch gar nicht mehr möglich ist, wird auch die Beschränkung auf nicht sorgeberechtigte Väter fragwürdig. Dieser Umstand spricht umso mehr dafür, die Sonderregel des § 1748 Abs. 4 BGB kritisch zu hinterfragen und Regelungsalternativen zu prüfen.

4.6. Mangelnder Bezug zu den Grund- und Menschenrechten des Kindes

Insbesondere an der aktuelleren Rechtsprechung und Literatur verwundert, wie unbestimmt die Interessen der betroffenen Kinder in der Abwägung bleiben und wie wenig sie an konkrete rechtliche Positionen geknüpft werden.¹⁷¹ Dem verfassungsrechtlich geschützten Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG wird lediglich ein vages Kindeswohl entgegen gesetzt, dessen Konturen zudem weitgehend aus den Umständen des Einzelfalls generiert werden.¹⁷² Zweifellos ist immer da, wo Belange des Kindes berührt werden, eine Einzelfallbetrachtung unverzichtbar. Sie bedarf jedoch der Rahmung anhand abstrakter Maßstäbe, um nicht dem Verdacht der Beliebigkeit oder Willkür ausgesetzt zu sein. Zudem wird das Handeln des Staates zum Schutz des Kindes aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht nur im Hinblick auf das Elternrecht begrenzt, sondern auch durch die Notwendigkeit, das Kind als Grundrechtsträger vor einer Verletzung seiner Würde und seines Persönlichkeitsrechts durch seine Eltern oder andere Privatpersonen zu schützen.¹⁷³ Auf diese verfassungsrechtlichen und auch auf die menschenrechtlichen Rahmenbedingungen der Ersetzungsentscheidung wird sogleich ausführlich eingegangen. Festzuhalten ist an dieser Stelle jedoch bereits, dass sowohl die Interpretation des heute geltenden Rechts als auch eine etwaige Neugestaltung die Grund- und Menschenrechte des Kindes deutlich stärker als bisher in die Abwägung einfließen lassen müsste.

¹⁷⁰ BT-Drs. 13/4899, S. 114; BGH FamRZ 2005, 891 (892).

¹⁷¹ Siehe aber als positives Gegenbeispiel etwa OLG Frankfurt, FamRZ 2008, 296 (297).

¹⁷² Vgl. die Kritik bei Peschel-Gutzeit, Welcher Nachteil ist bei der Stiefkindadoption unverhältnismäßig?, NJW 2005, S. 3324 (3326).

¹⁷³ Vgl. schon BVerfGE 24, 119.

4.7. Stiefkindadoption

Bereits mehrfach wurde auf die besondere Situation der Stiefkindadoption hingewiesen. Die derzeit bestehenden Unstimmigkeiten sind einerseits auf den inkonsistenten Normtext in § 1748 Abs. 1 und Abs. 4 BGB zurückzuführen, entspringen andererseits aber Uneinigkeiten in der außerrechtlichen Bewertung der Stiefkindadoption. Hier wird zum einen befürchtet, die Ersetzungsanträge seien in besonders hohem Maße von sachfremden Motiven getragen und daher mit Skepsis zu beurteilen. Zum anderen scheint der praktische Nutzen für die betroffenen Kinder fraglich. Auch wenn sich diese sachlichen Zweifelsfragen nicht durch das Recht aus der Welt schaffen lassen, wird dennoch zu prüfen sein, ob sich die besondere Situation der Stiefkindadoption mit veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen besser handhaben ließe.

4.8. Adoption von Pflegekindern

Die Adoption von Pflegekindern wird sowohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch in den gesetzlichen Regelungen der §§ 36 Abs. 1 S. 2, 37 SGB VIII als sinnvoller Weg dargestellt, einem Kind, das dauerhaft nicht bei seinen Herkunftseltern leben kann, eine neue familiäre Lebensperspektive zu eröffnen.¹⁷⁴ Dennoch ist die Schwelle zur Ersetzung der Einwilligung in diesen Konstellationen hoch. Sie steht insbesondere dann in Frage, wenn das Kind auch ohne Adoption weiter in der Pflegefamilie leben könnte. Wie oben unter 4.3. bereits angesprochen, können diese Kinder in eine Situation geraten, in der die rechtliche Elternschaft und die tatsächliche Sorgeverantwortung dauerhaft bei verschiedenen Personen liegen. Um diese Lücke zu schließen, wird in der Literatur gefordert, die Voraussetzungen der Ersetzungsentscheidung in dieser Konstellation zu erleichtern.¹⁷⁵ Ob und in welcher Weise dies möglich ist, wird unter anderem unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu klären sein.

¹⁷⁴ Vgl. BVerfGE 24, 119; Salgo, Möglichkeiten und Grenzen der Verbleibensanordnung zur Sicherung von Kontinuität, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.) Das Pflegekindverhältnis - zeitlich befristete oder dauerhafte Lebensperspektive? 12. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2013, 2014, S. 53 (68).

¹⁷⁵ Vgl. Coester, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1666 Rn. 228.

5 Verfassungs- und völkerrechtliche Rahmenbedingungen für die Norminterpretation und die rechtspolitische Neugestaltung des § 1748 BGB

Die Ersetzung der Einwilligung in die Adoption erfolgt durch das Familiengericht und ist somit eine staatliche Maßnahme. Staatliche Akteure wie Behörden und Gerichte, aber auch der Gesetzgeber, sind in ihren Handlungen durch die Grundrechte der betroffenen Individuen begrenzt (Art. 1 Abs. 3 GG). Auch europa- und völkerrechtliche Vorgaben können die staatlichen Stellen in Deutschland binden. Die folgenden Abschnitte verfolgen das Ziel, den verfassungs-, europa- und völkerrechtlichen Rahmen für Gesetzgebung und Rechtspraxis hinsichtlich der Ersetzung der Einwilligung in die Adoption deutlich zu machen. Eine Bedeutung haben diese Überlegungen sowohl für die Interpretation der aktuell geltenden Vorschrift als auch für mögliche Neuregelungen.

5.1. Vorgaben des europäischen und des internationalen Rechts

5.1.1. Europäische Menschenrechtskonvention

Die Europäische Menschenrechtskonvention ist das zentrale rechtliche Dokument des Europarates. Deutschland ist der Menschenrechtskonvention im Jahr 1952 beigetreten.¹⁷⁶ Ihre Gewährleistungen gelten gem. Art. 59 GG unmittelbar im Range eines einfachen Bundesgesetzes. Nach dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung haben die staatlichen Stellen in Deutschland sie einschließlich ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bei der Interpretation der deutschen Grundrechte besonders zu berücksichtigen.¹⁷⁷ Die Rechtsprechung des EGMR ist damit für die deutsche Rechtslage in menschenrechtsrelevanten Bereichen von erheblicher Bedeutung.

Für die Ersetzung der Einwilligung in die Adoption ist vor allem Art. 8 EMRK zu beachten, der das Privat- und Familienleben schützt. Nach der Rechtsprechung des EGMR fällt neben der Herkunftsfamilie auch die Adoptivfamilie in den Gewährleistungsbereich.¹⁷⁸ Gleichzeitig formuliert der EGMR einen Vorrang der Herkunftsfamilie: Zu den Staatenpflichten im Rahmen des Art. 8 EMRK gehört es auch, dem Kind möglichst die Herkunftsfamilie zu erhalten.¹⁷⁹ Im Fokus steht dabei das Wohl des Kindes: Adoption

¹⁷⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 04.11.1950, in Kraft getreten am 03.09.1953, BGBl. 1952 II S. 685.

¹⁷⁷ BVerfGE 111, 307.

¹⁷⁸ EGMR NJW 2009, 3637 - E.B., § 41.; EGMR, 22.06.2004, Nr. 78028/01, 78030/01 - Pini, § 141; Van Bueren, *Child Rights in Europe*, 2007, S. 126.

¹⁷⁹ EGMR, 22.06.2004, Nr. 78028/01, 78030/01 - Pini, § 155.

bedeutet, „providing a child with a family, not a family with a child“.¹⁸⁰

Eingriffe in das Recht auf Privat- und Familienleben sind nach Art. 8 Abs. 2 EMRK dann zu rechtfertigen, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und in dem dafür vorgesehenen Verfahren durchgeführt werden. Inhaltlich müssen sie „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sein, was letzten Endes eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt, d.h. einen legitimen Zweck und die dem Zweck adäquate Wahl der Mittel. Grundsätzlich hält der Gerichtshof die Fremdunterbringung von Kindern gegen den Willen der Eltern für zulässig, sie muss jedoch das letzte verfügbare Mittel sein, um Gefährdungen für das Kind abzuwenden. Eine Trennung des Kindes von seinen Eltern allein aus dem Grund, dass ein Kind in einer Pflegefamilie bessere Entwicklungschancen hat, ist nach seiner Rechtsprechung nicht zu rechtfertigen.¹⁸¹

Bezogen auf die gerichtliche Ersetzung der Einwilligung belässt der Gerichtshof den nationalen Gesetzgebern einen erheblichen Entscheidungsspielraum. Dies lässt sich einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 entnehmen, in der es um eine Stiefkindadoption in Russland ging. Der Vater des Kindes war nach der Trennung von seiner Frau zu seinen Eltern gezogen, die in erheblicher Entfernung von seinem früheren Wohnort lebten. Nach einigen Jahren sporadischen Kontakts des nun nicht mehr sorgeberechtigten Vaters mit seinem Kind beantragte die Mutter die Adoption durch ihren neuen Partner, der das Kind tatsächlich mitbetreute. Das Gericht sprach die Adoption gegen den Willen des Vaters aus. Der Gerichtshof wertet diese Entscheidung als Eingriff in die Rechte aus Art. 8 Abs. 1 EMRK, der aber im Ergebnis gerechtfertigt sei. Der Vater habe sich nur sehr eingeschränkt um sein Kind gekümmert, während der Stiefvater nach den Erkenntnissen der lokalen Behörden in die Rolle eines sozialen Elternteils hingewachsen war. In dieser Konstellation sei es zulässig, auf die Einwilligung des Vaters zu verzichten.¹⁸²

Diese Linie der Rechtsprechung steht in einem gewissen Kontrast zu der Aufwertung der Rechte des leiblichen Vaters hinsichtlich der elterlichen Sorge-, Umgangs- und Auskunftsbefugnisse, die der EGMR in den vergangenen Jahren ebenfalls mit Art. 8 EMRK begründet hat. Demnach genießt auch der leibliche Vater, der niemals Kontakt zu seinem Kind hatte, einen gewissen Schutz aus Art. 8 Abs. 1 EMRK jedenfalls dann, wenn er keine Schuld daran trägt, dass dieser Kontakt nicht zustande kam. Er hat dann zumindest ein Recht auf Zugang zur Elternschaft, sein Wunsch nach einer Elternstellung gegenüber dem Kind wird als schützenswert erachtet.¹⁸³ Doch auch dieses Recht wird durch das Kindeswohl begrenzt, was insbesondere dann der Fall sein kann, wenn das Kind stabile sozial-familiäre Beziehungen zu anderen Personen auf-

¹⁸⁰ EGMR FamRZ 2009, 149 - Frette/France, § 42.

¹⁸¹ EGMR EuGRZ 2002, 244 - K./Deutschland, § 69. In dem Fall waren zwei Geschwister inkognito bei unterschiedlichen Pflegefamilien untergebracht worden, weil das Jugendamt, mehrere Sachverständige und die mit dem Fall befassten Vormundschaftsgerichte befürchteten, sie würden in ihrer Herkunftsfamilie intellektuell nicht hinreichend gefördert.

¹⁸² EGMR, 26.07.2007, Nr. 58077/00 §§ 33 ff. - Chepelev.

¹⁸³ EGMR FamRZ 2011, 1715 - Schneider; EGMR, 21.12.2010, Az. 20578/07 - Anayo.

¹⁸⁴ EGMR, 22.03.2012, Az. 45071/09 - Ahrens.

gebaut hat.¹⁸⁴

Der Rechtsprechung des EGMR können für die Ersetzungsentscheidung die folgenden Grundsätze entnommen werden:

- Der Wunsch eines leiblichen Vaters, Kontakt zu seinem Kind zu haben und rechtlicher Vater zu werden, ist nach Art. 8 Abs. 1 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) schützenswert.
- Das Interesse des leiblichen Vaters ist abzuwägen mit dem Interesse des Kindes an stabilen sozialen Beziehungen. Im Zweifel hat das Wohl des Kindes Vorrang.
- Eine zwangsweise Trennung eines Kindes von seinen Eltern ist nur zulässig, wenn sie zum Schutz des Kindes vor Gefährdungen notwendig ist.
- Die Einwilligung eines Elternteils in die Adoption darf gerichtlich ersetzt werden, wenn dieser Elternteil sich über eine längere Zeit nicht um das Kind gekümmert hat und die Adoption dem Kind einen rechtlichen Elternteil verschaffen kann, der die tatsächliche Verantwortung zu tragen bereit ist.

5.1.2. UN-Kinderrechtskonvention

Die Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen (KRK) ist ein Menschenrechtsdokument, das speziell auf die Situation von Kindern und Jugendlichen ausgerichtet ist. 1989 verabschiedet, trat sie 1992 in Kraft.¹⁸⁵ Seit diesem Jahr gilt sie auch in Deutschland. Bei den Gewährleistungen der KRK ist - wie bei nahezu allen internationalen Menschenrechtsdokumenten - zu unterscheiden, ob sie im nationalen Recht unmittelbar angewendet werden können oder der staatlichen Umsetzung bedürfen. Jedenfalls aber müssen die Rechte der Kinderrechtskonvention von staatlichen Stellen bei allen Handlungen, die Kinder betreffen, beachtet werden. Diese Pflicht zur Berücksichtigung von Kindesinteressen ist in der KRK in dem sogenannten Kindeswohlprinzip (Art. 3 Abs. 1 KRK) ausdrücklich normiert.

5.1.2.1. Allgemeine Staatenpflichten zum Schutz des Eltern-Kind-Verhältnisses (Art. 16,18 KRK)

Grundsätzlich sieht die Kinderrechtskonvention das Kind nicht als isoliertes Individuum, sondern als Teil eines familiären Geflechts, das für seine Entwicklung notwendig ist.¹⁸⁶ Allgemein genießt das Kind nach Art. 16 KRK den *Schutz seines Privat- und Familienlebens* und hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen ungerechtfertigte Eingriffe in diese Sphäre. Des Weiteren kennt die KRK - ähnlich wie das Grundgesetz in Art. 6 Abs. 2 GG - einen *Vorrang der elterlichen Erziehung* vor staatlichen Eingriffen (Art. 18 Abs. 1 S. 2 KRK) und statuiert eine Staatenpflicht, Eltern in angemessener Weise bei der Erfül-

¹⁸⁵ UN-Kinderrechtskonvention v. 20.11.1989, A/RES/44/25, BGBl. 1992 II, S. 121.

¹⁸⁶ Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2013, Art. 9 Rn. 1; Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child, 1998, S. 80.

lung ihrer Erziehungsaufgaben zu unterstützen (Art. 18 Abs. 2, 3 KRK).

5.1.2.2. Trennung des Kindes von seinen Eltern (Art. 9 KRK)

Für die Trennung des Kindes von seinen Eltern gegen deren Willen stellt Art. 9 Abs. 1 KRK hohe Hürden auf: Sachlich zulässig ist sie nur, wenn sie zum Wohl (*best interests*) des Kindes notwendig (*necessary*) ist (Art. 9 Abs. 1 S. 1 KRK). Beispielhaft nennt Art. 9 Abs. 2 S. 2 KRK die Tatbestände der Misshandlung und Vernachlässigung sowie die Entscheidung im Sorgerechtsstreit, diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend.¹⁸⁷ Jedenfalls aber wird die Voraussetzung, dass die Trennung „zum Wohle des Kindes notwendig“ sein muss, als Gefährdungsmaßstab interpretiert: Die Maßnahme muss bezwecken, eine Gefahr für das Kind bzw. seine Entwicklung abzuwenden.¹⁸⁸ Familienerhaltende Unterstützung hat, soweit möglich, Vorrang vor der Herausnahme des Kindes.¹⁸⁹

Formal erfordert die Trennung des Kindes von seinen Eltern ein behördliches Verfahren, gegen das gerichtlicher Rechtsschutz besteht (Art. 9 Abs. 1 S. 1 KRK). Alle Beteiligten müssen in diesem Verfahren gehört werden (Art. 9 Abs. 2 KRK). Das Kinderrechtekomitee betont, wie wichtig gerade die Beteiligung des Kindes in diesen Verfahren sei, denn staatliche Instanzen nähmen nicht immer Rücksicht auf fundamentale Eltern-Kind-Beziehungen, wenn sie ihnen nicht adäquat erschienen.¹⁹⁰ Des Weiteren verlangt das Komitee beschleunigte Verfahren, damit sich die Fremdunterbringungssituation nicht allein durch Zeitablauf verfestigt.¹⁹¹

Schließlich verpflichtet Art. 9 Abs. 3 KRK die Vertragsstaaten, durch geeignete Maßnahmen den Kontakt zwischen Eltern und Kindern auch nach einer Fremdunterbringung sicherzustellen, um eine Rückkehrperspektive offen zu halten.¹⁹²

5.1.2.3. Art. 20 und 21 KRK - Fremdbetreuung und Adoption

Die Situation eines Kindes, das außerhalb seiner Familie untergebracht ist, ist Gegenstand der Art. 20 und 21 KRK, die erstmals internationale menschenrechtliche Standards für die Adoption festlegen.¹⁹³ Kinder, deren Erziehung in der Familie nicht möglich ist, haben nach Art. 20 Abs. 1 KRK ein Recht auf den besonderen Schutz des Staates; die Staaten sind verpflichtet, ihnen eine

¹⁸⁷ Hodgkin/Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 2007, S. 122; Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2013, Art. 9 Rn. 4.

¹⁸⁸ So Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2013, Art. 9, Rn. 4, allerdings mit Bezug auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK, in der Art. 9 KRK nicht zitiert wird.

¹⁸⁹ UN-Kinderrechtekomitee, Day of General Discussion: Children without parental care (2005), CRC/C/153, §§ 644 ff.

¹⁹⁰ CRC/C/15/Add 272, §§ 28, 30 (Finnland).

¹⁹¹ CRC/C/15/Add 272, § 26 (Finnland).

¹⁹² Hodgkin/Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 2007, S. 123.

¹⁹³ Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2013, Art. 20/21, Rn. 15.

alternative Betreuung zu ermöglichen (Art. 20 Abs. 2 KRK).

Für die Adoption schreibt Art. 21 KRK vor, dem Wohl des Kindes „höchste Bedeutung“ (*paramount consideration*) zuzumessen. Diese Formulierung verschärft noch den Maßstab der „vorrangigen“ (*primary*) Bedeutung der Kindesinteressen in Art. 3 Abs. 1 KRK; eine Adoption gegen die Belange des Kindes ist demnach praktisch nicht zu legitimieren.¹⁹⁴ Des Weiteren wird aus dieser Formulierung in Teilen der Literatur abgeleitet, eine Adoption komme nur in Betracht, wenn die Erziehung bei den Eltern auf Dauer nicht möglich sei.¹⁹⁵ Sie sei nur dann zulässig, wenn alle denkbaren familienerhaltenden Bemühungen gescheitert seien.¹⁹⁶ Für Adoptionen gegen den Willen der Eltern oder des Kindes ist dies zweifellos zu fordern. Ob aber auch jede einvernehmliche Adoption diesen Voraussetzungen unterworfen werden sollte, scheint fraglich. Einem sehr kleinen Kind, dessen Eltern die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung nicht übernehmen möchten, ist mit einer schnellen Unterbringung in Adoptionspflege möglicherweise besser geholfen als mit fruchtlosen Bemühungen, die Eltern zu einer Meinungsänderung zu bewegen. Eine Jugendliche, die auf ihren Wunsch hin und mit dem Einverständnis ihrer Eltern von einer Pflegefamilie adoptiert werden könnte, dürfte ebenfalls wenig Interesse an weiteren familienerhaltenden Hilfen haben. In anderen Auslegungen wird denn auch die Weigerung der Eltern, das Kind zu erziehen, als möglicher Grund für eine Adoption aufgeführt.¹⁹⁷

Art. 21 lit. a KRK schreibt die Information, Beratung und Zustimmung der „betroffenen Personen“ vor, ohne näher festzulegen, um welche Personen es sich dabei handelt. Aus der Systematik der Konvention ergeben sich allerdings einige zwingende Beteiligungsnotwendigkeiten: Das Kind muss nach Maßgabe des Art. 12 Abs. 1 KRK alters- und reifeangemessen in das Verfahren einbezogen werden.¹⁹⁸ Aus den strengen Voraussetzungen des Art. 9 KRK ergibt sich die Verpflichtung, die Zustimmung der Eltern einzuholen, sofern das Wohl des Kindes nicht die zwangsweise Trennung rechtfertigt.¹⁹⁹ Die Staatenpflicht aus Art. 18 Abs. 1 S. 1 KRK, eine Erziehung durch beide Eltern zu ermöglichen und zu fördern, dürfte es grundsätzlich notwendig machen, die Zustimmung *beider* Eltern unabhängig von der Verteilung des Sorgerechts einzuholen;²⁰⁰ hierzu hat sich das Kinderrechtekomitee allerdings noch nicht geäußert. In seinen abschließenden Bemerkungen zu dem ersten Staatenbericht Ungarns hat es sich hingegen besorgt über die Möglichkeit gezeigt, eine Adop-

¹⁹⁴ Hodgkin/Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 2007, S. 295; Maywald Internationale Adoption - Stärkung oder Schwächung von Kinderrechten? Familie, Partnerschaft, Recht, 2008, S. 499 (500).

¹⁹⁵ Schmah, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2013, Art. 20/21, Rn. 15; Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child, 1998, S. 94 f.

¹⁹⁶ So Schmah, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2013, Art. 20/21, Rn. 15.

¹⁹⁷ Hodgkin/Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 2007, S. 296.

¹⁹⁸ CRC/C/15/Add.13, § 18 (Mexiko); CRC/C/15/Add.43, § 29 (Deutschland); CRC/C/15/Add.216, § 34 (Neuseeland); Hodgkin/Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 2007, S. 296; Schmah, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2013, Art. 20/21, Rn. 18.

¹⁹⁹ Schmah, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2013, Art. 20/21, Rn. 18.

²⁰⁰ So Hodgkin/Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 2007, S. 296.

tion bereits vorgeburtlich zu vereinbaren.²⁰¹ In Deutschland ist die vorgeburtliche Einwilligung des nicht sorgeberechtigten Vaters zulässig (§ 1747 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Diese Rechtslage stimmt mit dem Haager Adoptionsübereinkommen überein (s.u.). Weshalb das Komitee hier strengere Maßstäbe anlegt, wird aus seinen Äußerungen nicht ersichtlich. Zu der Möglichkeit, die elterliche Einwilligung zu ersetzen, äußert sich weder der Normtext noch das Kinderrechtekomitee. Dennoch können der Kinderrechtskonvention und seiner Interpretation durch das Kinderrechtekomitee einige Grundsätze für die Ersetzungsentscheidung entnommen werden:

- Die Menschenrechte des Kindes beziehen sich einerseits auf seinen Schutz vor Gefährdungen, die innerhalb seiner Herkunftsfamilie bestehen, andererseits aber auch auf den Schutz seiner Bindungen an die Herkunftseltern.
- Die Trennung des Kindes von seinen Eltern gegen deren Willen ist nur zulässig, wenn sie zum Wohl des Kindes notwendig ist. Familienerhaltende Unterstützung hat Vorrang vor der Fremdunterbringung; im Falle der Fremdunterbringung ist die Option einer Rückkehr möglichst offen zu halten. Eine Fremdunterbringung zur Optimierung der kindlichen Lebenschancen ist nicht zulässig. Die behördlichen und gerichtlichen Verfahren müssen so gestaltet sein, dass nicht durch den reinen Zeitablauf vollendete Tatsachen zu Ungunsten der ursprünglichen Eltern-Kind-Beziehung geschaffen werden.
- Eine Adoption ist nur zulässig, wenn sie dem Wohl des Kindes dient. Am Verfahren sind das Kind und die Eltern zu beteiligen. Eine vorgeburtliche Einwilligung in die Adoption wird skeptisch gesehen.

5.1.3. Spezielle völkerrechtliche Vereinbarungen

Neben den beiden genannten allgemeinen Menschenrechtsdokumenten finden sich im internationalen Recht einige Abkommen, die sich speziell mit der Adoption befassen.

5.1.3.1. Haager Adoptionsübereinkommen

Das Haager Adoptionsübereinkommen²⁰² gilt nur für internationale Adoptionen (Art. 2 Abs. 1). Gleichwohl können seinen Bestimmungen gewisse internationale Mindeststandards für das Adoptionsrecht entnommen werden. Hierzu gehört der Gedanke, dass das betroffene Kind altersangemessen beraten und beteiligt werden muss (Art. 4 lit. d) und eine vorgeburtliche Zustimmung der Mutter unwirksam ist (Art. 4 lit. c Nr. 4). Hinsichtlich der Zustimmung der Eltern legt das Übereinkommen nur fest, dass die jeweiligen nationalen Regelungen zu beachten sind. Es bleibt also ein Gestaltungsspielraum der beteiligten Staaten, wie sie die Einwilligung in die Adoption im Einzelnen regeln. Damit ist auch der Verzicht auf die Einwilligung eines Elternteils oder ihre ge-

²⁰¹ *CRC/C/15/Add. 87*, §§ 17, 33 (Ungarn).

²⁰² Haager Adoptionsübereinkommen v. 29.05.1993, BGBl. 2001 II S. 1034.

richtliche Ersetzung mit diesem Abkommen vereinbar.

5.1.3.2. Europäisches Adoptionsübereinkommen

Strengere Regeln stellt das Europäische Adoptionsabkommen (EAÜ) in der revidierten Fassung von 2008 auf, die seit dem 1.7.2015 für Deutschland gilt.²⁰³ Es legt Mindeststandards nicht nur für internationale Adoptionen fest, sondern auch für inländische Minderjährigenadoptionen (Art. 1 Abs. 1 EAÜ).²⁰⁴ Das Abkommen gilt nicht unmittelbar, sondern ist in die nationalen Rechtsordnungen umzusetzen (Art. 2 EAÜ).

Wie alle bislang erörterten gesetzlichen Regelungen bindet das Abkommen die Adoption an das Wohl des Kindes (Art. 4 Abs. 1 EAÜ). In Art. 5 stellt es detaillierte Zustimmungserfordernisse auf. Demnach müssten mindestens (Art. 5 Abs. 1 EAÜ) zustimmen: die Mutter und der Vater bzw. ein rechtlicher Vormund, das Kind, soweit es hinreichend verständig ist, jedenfalls aber ab dem 14. Lebensjahr, sowie der Ehegatte oder eingetragene Partner des Annehmenden. Alle zustimmungspflichtigen Personen müssen angemessen beraten worden sein (Art. 5 Abs. 2 EAÜ).

Auf die Zustimmung einer der genannten Personen kann nur in Ausnahmefällen verzichtet werden und nur, soweit dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 5 Abs. 3 EAÜ). Allerdings darf nach einer solchen gesetzlichen Grundlage auf die Zustimmung eines nicht sorgeberechtigten Elternteils ganz verzichtet werden (Art. 5 Abs. 4 EAÜ). Aus Art. 5 Abs. 6 geht zudem hervor, dass der leibliche, aber nicht rechtliche Vater ebenfalls nicht zustimmen muss, da in dieser Regelung „Vater“ und „Mutter“ als rechtliche Eltern definiert werden. Schließlich wird auch nach dem EAÜ die vorgeburtliche Zustimmung der Mutter ausgeschlossen; ihre früher abgegebene Einwilligung wird nach Art. 5 Abs. 5 sogar erst sechs Wochen nach der Geburt wirksam.

Für die rechtliche Regelung der Ersetzungsentscheidung sind aus diesen Abkommen insbesondere die Zustimmungserfordernisse relevant. Das Haager Abkommen enthält hierzu keine eigenen Vorgaben, sondern verweist auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Nach dem Europäischen Adoptionsabkommen ist nur die Zustimmung der rechtlichen Elternteile überhaupt relevant. Das nationale Recht kann zudem auf die Einwilligung der nicht sorgeberechtigten Elternteile verzichten. Das deutsche Recht geht über diese Regelungen weit hinaus, in dem es alle sorgeberechtigten und auch die leiblichen, nicht rechtlichen Eltern in die Adoptionsentscheidung einbezieht.

²⁰³ Europäisches Adoptionsabkommen v. 24.04.1967, BGBl. 1980 II S. 1093, seit 1.7.2015 in Deutschland geltend die revidierte Fassung v. 27.11.2008, in Kraft seit 1.9.2011, BGBl. 2015 II S. 463.

²⁰⁴ Vgl. Zimmermann, Die Auslandsadoption, NZFam 2016, S. 249 (251 f.).

5.2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Auch auf der Ebene des deutschen Grundgesetzes finden sich Regelungen, die das Verhältnis von Eltern und Kindern und die Voraussetzungen einer zwangsweisen Trennung betreffen. Bei der Interpretation der Grundrechte ist der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu berücksichtigen, d.h. es ist stets zu prüfen, ob die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik im Rahmen einer methodisch vertretbaren Auslegung Eingang in die Verfassungsinterpretation finden können.²⁰⁵ Im Folgenden wird geprüft, unter welchen Bedingungen die Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils mit dem Grundgesetz vereinbart werden kann.

5.2.1. Die Ersetzung der Einwilligung als Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind die Pflege und Erziehung der Kinder „das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“. Mit dieser Formulierung wird die Sorge für Kinder als Grundrecht der Eltern erkennbar, das sie vor ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen schützt. Gleichzeitig wird Eltern eine Pflicht zur Pflege und Erziehung auferlegt. Das Grundrecht geht also mit einer Verantwortung für das Kind einher und ist im Hinblick auf diese Verantwortung begrenzt. Das Grundgesetz regelt mit dieser Bestimmung zweierlei: Zum einen respektiert es die Privatheit des Eltern-Kind-Verhältnisses und gibt der elterlichen Erziehung Vorrang vor staatlichen Einwirkungen. Staatliche Eingriffe in die elterliche Erziehung werden damit verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig. Daneben konzipiert es das Elternrecht als ein Recht, das letzten Endes dem Kind zu dienen hat. Häufig wird das Elternrecht als „fremdnützig“²⁰⁶ oder „treuhänderisch“²⁰⁷ bezeichnet, doch darf man das Elternrecht nicht so verstehen, dass Eltern lediglich eine Dienstleistung am Kind erbringen und ihre eigenen Interessen denen ihrer Kinder stets unterzuordnen hätten. Das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG schützt vielmehr die elterliche Erziehungsautonomie, d.h. ihre Freiheit, Pflege und Erziehung ihrer Kinder nach ihren eigenen Vorstellungen zu gestalten. Die Pflichtgebundenheit des Elternrechts besagt jedoch zweierlei: Eltern müssen ihre Verantwortung wahrnehmen, d.h. sie können sich nicht dafür entscheiden, ihre Kinder *nicht* zu erziehen. Und sie dürfen Pflege und Erziehung zwar nach ihren eigenen Vorstellungen gestalten, ihr Kind dabei jedoch weder in Gefahr bringen noch ihm schaden.²⁰⁸ Wird ein Kind gegen den Willen eines seiner Elternteile von einer anderen Person adoptiert, so verliert der Elternteil seine rechtliche Elternstellung und damit auch das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Die Ersetzung der Einwilligung stellt mithin einen erheblichen Ein-

²⁰⁵ BVerfGE 111, 307; BVerfGE 128, 326.

²⁰⁶ Brosius-Gerdorf, in: Dreier 2013, Art. 6 Rn. 142; Jestaedt, in: Bonner Kommentar 2995, Art. 6 Rn. 28.

²⁰⁷ BVerfGE, 59, 360 (377); BVerfG, FamRZ 2009, 294 (295); Badura, in: Maunz/Dürig, Loseblatt., Art. 6, Rn. 94.

²⁰⁸ Vgl. zu dieser Diskussion Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 112 ff.

griff in das Elternrecht dar.

5.2.1.1. Der verfassungsrechtliche Begriff der Eltern

Ein solcher Eingriff kann allerdings nur Personen treffen, die Eltern im Sinne des Grundgesetzes sind. Dies sind zum einen alle rechtlichen Eltern, also solche, die ihrem Kind personenstandsrechtlich als Vater oder Mutter zugeordnet sind. Nicht rechtliche Eltern können aufgrund einer leiblichen Abstammung des Kindes in den Schutzbereich des Elternrechts fallen. Ob dies überhaupt möglich ist und welche Rechte sich daraus ergeben, war für leibliche, aber nicht rechtliche Väter lange umstritten.²⁰⁹ Mittlerweile folgt das Bundesverfassungsgericht der Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes zu Art. 8 Abs. 1 EMRK. Danach ist der Wunsch eines leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters nach einer Beziehung zu seinem leiblichen Kind grundsätzlich schützenswert. Die Rechtsordnung muss ihm jedenfalls dann eine Möglichkeit einräumen, Kontakt zu seinem Kind zu haben oder zum rechtlichen Vater zu werden, wenn er den Umstand, nicht der rechtliche Vater zu sein und/oder keine soziale Beziehung zu dem Kind zu haben, nicht selbst zu verantworten hat.²¹⁰ Vor diesem Hintergrund kann auf die Einwilligung des leiblichen, aber nicht rechtlichen, sowie des präsumtiven Vaters im Adoptionsverfahren nicht pauschal verzichtet werden. Die frühere Rechtslage, nach der dieser Personenkreis von vornherein nicht berücksichtigt wurde, wäre nach heutigen verfassungsrechtlichen Maßstäben nicht mehr zu rechtfertigen.²¹¹

5.2.1.2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs: Grundsätze

Stehen sich Herkunftseltern und potentielle Adoptiveltern im Streit gegenüber, so ist die Ersetzung der Einwilligung eines Herkunftselternteils nach dem oben Gesagten ein Eingriff in dessen verfassungsrechtlich gewährleisteten Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Eingriffe in Grundrechte bedürfen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Die Voraussetzungen dieser Rechtfertigung müssen sich dem Grundgesetz selbst entnehmen lassen.

5.2.1.2.1. Das staatliche Wächteramt (Art. 6 Abs. 1 S. 2 GG)

Eingriffe in das Elternrecht können verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn der Staat sie im Rahmen seines Wächteramts aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG vornimmt. Mit dem staatlichen Wächteramt normiert das Grundgesetz eine Schutzpflicht des Staates zugunsten des Kindes bzw. seiner Rechte. Diese

²⁰⁹ Für Mütter stellt sich dieses Problem in der Regel nicht, weil als Mutter eines Kindes die Person gilt, die das Kind geboren hat (§ 1591 BGB). Leibliche und rechtliche Mutterschaft fallen daher im Regelfall zusammen.

²¹⁰ EGMR FamRZ 2011, 1715 - Schneider; EGMR, 21.12.2010, Az. 20578/07 - Anayo.

²¹¹ Siehe dazu schon BVerfGE 92, 158 (176 ff.) und aus dem Schrifttum Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.): GG, 2013, Art. 6, Rn. 191.

ergibt sich nahezu zwangsläufig aus der Gewährleistung des Elterngrundrechts selbst: Das Grundgesetz gibt Eltern mit dem Vorrang der elterlichen Erziehung Macht über ihre Kinder, die sich mit den Bedürfnissen des Kindes nach stabilen sozialen Beziehungen, nach Schutz und nach Förderung rechtfertigen lässt. Das Kind ist jedoch auch ein Wesen mit Menschenwürde und Träger aller Grundrechte und darf daher staatlicherseits seinen Eltern nicht unbegrenzt ausgeliefert sein. Mit dem Wächteramt erhält der Staat daher die Aufgabe, dem Kind Schutz zu gewähren, wenn und soweit seine Eltern dies nicht selbst vermögen.²¹² Der Vorrang des Elternrechts gebietet es, eine Pluralität an Lebensweisen und Erziehungsmethoden zu akzeptieren. In ständiger Rechtsprechung macht das Bundesverfassungsgericht den staatlichen Eingriff in die elterliche Erziehungsautonomie daher von einer Gefährdung des Kindeswohls abhängig.²¹³ Diese wird definiert als eine Lebenssituation, in der das Kind bereits geschädigt ist oder ihm mit hoher Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit ein Schaden droht.²¹⁴ Reine Spekulationen über ungünstige Familienverhältnisse und auch das Vorhandensein einer besseren Alternative genügen nicht.²¹⁵ Allerdings ist der Begriff der Kindeswohlgefährdung kein Verfassungsbegriff, wie auch das Kindeswohl als Rechtsbegriff ursprünglich aus dem Familienrecht stammt. Für die verfassungsrechtliche Betrachtung ist entscheidend, dass das Wächteramt dem Schutz des Kindes *als Grundrechtsträger* dient. Auf der verfassungsrechtlichen Ebene sind daher die Grundrechte des Kindes das eigentliche Schutzgut des staatlichen Wächteramts.²¹⁶ Welche Grundrechte des Kindes durch die Ersetzung der Einwilligung betroffen sein können, wird unten noch im Einzelnen erörtert.

5.2.1.2.2. Verhältnismäßigkeit

Soll das Kind durch eine staatliche Maßnahme von seinen Eltern getrennt werden - und damit ist zunächst jede Form der Fremdunterbringung gegen den Willen der Eltern gemeint, also auch die bei anderen Verwandten, in einer Pflegefamilie oder in einem Heim, - bestehen nach Art. 6 Abs. 3 GG noch strengere Voraussetzungen: Der Eingriff muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, und sachlich müssen die Erziehungsberechtigten „versagen“ oder dem Kind muss aus anderen Gründen die „Verwahrlosung“ drohen. Der Sprachgebrauch dieser Regelung ist aus heutiger Sicht nicht mehr zeitgemäß, insbesondere wird der Ausdruck „Verwahrlosung“ im Familien- und Sozialrecht heute nicht mehr verwendet. Art. 6 Abs. 3 GG wird vielmehr im Sinne einer strengen Verhältnismäßigkeitsanforderung gelesen: Die Trennung eines Kindes von seiner Familie und ihre Aufrechterhaltung können nur dann gerechtfertigt werden, wenn das elterliche Fehlverhalten ein solches Ausmaß annimmt, dass das Kind in seiner Familie in seinem körperlichen, geistigen

²¹² BVerfGE 24, 119 (144).

²¹³ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 60, 79 (91); BVerfGE 104, 373 (384 f.); BVerfG, FamRZ 2002, 1021 (1022); ausf. Coester-Waltjen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 2012, Art. 6 Rn. 81.

²¹⁴ St. Rspr., vgl. z.B. BVerfG ZKJ 2012, 186 (187).

²¹⁵ St. Rspr., vgl. BVerfGE 72, 122 (133); BVerfG, ZKJ 2009, 34 (35); FamRZ 2010, 713; FamRZ 2010, 528.

²¹⁶ Siehe hierzu Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 128 ff.

oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet wäre.²¹⁷ Solange die Kindeswohlgefährdung noch mit familienerhaltenden Mitteln abgewendet werden kann, ist die Herausnahme des Kindes nicht zulässig. Sie kommt folglich nur dann in Betracht, wenn dem Kind nicht zugemutet werden kann in der Familie zu verbleiben. Art. 6 Abs. 3 GG ist mithin eine besondere Ausprägung des staatlichen Wächteramts über die elterliche Erziehung.

Im Hinblick auf die Ersetzung der Einwilligung nach § 1748 BGB ist in der Verfassungsrechtswissenschaft umstritten, ob die strengen Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 GG überhaupt anzulegen sind. Nach einer Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1968 bezieht sich der Ausdruck „Trennung“ in Art. 6 Abs. 3 GG allein auf die tatsächliche Herausnahme des Kindes aus seiner Familie, und diese ist dem Adoptionsverfahren in aller Regel bereits vorausgegangen.²¹⁸ Diese Aussage wird im Zusammenhang mit anderen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen es die Anwendung von Art. 6 Abs. 3 GG abgelehnt hat, in Teilen der verfassungsrechtlichen Literatur so verstanden, als gelte Art. 6 Abs. 3 GG nur für staatliche Maßnahmen, die zu einer staatlichen Ersatzerziehung des Kindes führen. Die Unterbringung eines Kindes in einer Pflege- oder Adoptivfamilie wäre demnach als private Unterbringung nicht von dem Anwendungsbereich umfasst.²¹⁹ Diese Lesart ist jedoch unzutreffend. Vielmehr bezieht das Bundesverfassungsgericht Art. 6 Abs. 3 GG auf staatliche Maßnahmen, die unmittelbar die tatsächliche Trennung des Kindes von seiner Familie herbeiführen und darauf abzielen, elterlichem Erziehungsversagen zugunsten des Kindes zu begegnen. Die Regelung gilt demnach nicht für Entscheidungen in Umgangsrechtsstreitigkeiten²²⁰ oder für die Ablehnung ausländerrechtlichen Familiennachzugs,²²¹ da diese nicht dem Zweck dienen, eine Kindeswohlgefährdung zu verhindern. Nimmt eine staatliche Stelle ein Kind aus der Familie, um es in einer Pflegefamilie unterzubringen, fällt diese Maßnahme selbstverständlich unter Art. 6 Abs. 3 GG.²²²

Betrachtet man diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, so setzt Art. 6 Abs. 3 GG für die Trennung des Kindes von seinen Eltern keine anderen sachlichen Bedingungen als die Ausübung des Wächteramts in anderen Fällen voraus. Die „Verwahrlosung“ und das „Elternversagen“ sind im Sinne einer verschuldeten oder unverschuldeten Gefährdung des Kindeswohls zu verstehen. Art. 6 Abs. 3 GG verlangt jedoch im Verhältnis zu Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG eine andere Eskalationsstufe als staatliche Eingriffe mit familienerhaltender Intention, wie sie beispielsweise die Anordnung, eine Beratungsstelle aufzusuchen, darstellt (§ 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB): Es muss im Hinblick auf das Kindeswohl unzumutbar sein, das Kind weiter in der Familie leben zu lassen. Eine solche Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt aber auch ein staatlicher Eingriff, der sich allein auf das Wächteramt des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG beruft,

²¹⁷ St. Rspr., vgl. BVerfGE 60, 79 (91); BVerfG FamRZ 2015, 112, Ziff. 23; JAmt 2016, 280, Ziff. 12.

²¹⁸ BVerfGE 24, 119 (139 ff.); in seiner weiteren Rechtsprechung misst das BVerfG die Ersetzungsentcheidung stets an Art. 6 Abs. 2, vgl. BVerfG, FamRZ 2002, 535, Ziff. 12; BVerfGK 6, 371, Ziff. 15. Dieser Auslegung des BVerfG folgt u.a. *Robbers*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 69. EL 2013, Art. 6 Rn. 140 f.

²¹⁹ Vgl. *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2013, Art. 6, Rn. 194.

²²⁰ BVerfGE 31, 194 (210).

²²¹ BVerfGE 76, 1 (48).

²²² Siehe nur BVerfG FamRZ 2015, 12, Ziff. 22 f.

denn schon das allgemeine Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verbietet dem Staat, zu unverhältnismäßigen Mitteln zu greifen. Insofern ist es für die verfassungsrechtliche Bewertung der Ersetzung der Einwilligung nach § 1748 BGB unerheblich, ob man die Adoption als „Trennung“ im Sinne des Art. 6 Abs. 3 GG betrachtet oder nicht. Jedenfalls ist der Eingriff in das Elternrecht, der mit der Trennung einher geht, der Sache nach erheblich intensiver als die Unterbringung des Kindes in einer Pflegefamilie oder einem Heim. Denn mit der Ersetzung der Einwilligung werden die verwandtschaftlichen Bande des Elternteils zu seinem Kind zwangsweise gelöst, mit der Konsequenz, dass diesem Elternteil auch seine verfassungsrechtlich geschützte Elternposition aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG entzogen wird. Insofern steht außer Frage, dass auch dieser Eingriff strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügen muss und nicht zulässig ist, wenn den Rechten des Kindes auf andere Weise entsprochen werden kann.

5.2.2. Die Grundrechte des Kindes als Schutzgut des staatlichen Wächteramts

5.2.2.1. Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Erziehung

Das Kind hat nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein *Grundrecht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Erziehung*, das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitet wird.²²³ Verliert ein Kind durch einen staatlichen Akt einen rechtlichen Elternteil, dann ist dieses Grundrecht berührt.²²⁴ Damit wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass stabile und kontinuierliche Eltern-Kind-Beziehungen für die Persönlichkeitsentfaltung von Kindern eine enorme Bedeutung haben. Der Vorrang der elterlichen Erziehung vor staatlichen Eingriffen wird mit diesem Grundrecht aus der Perspektive des Kindes betrachtet. In ihm eine „maßlose Überhöhung des Elternrechts“²²⁵ zu sehen, wie gelegentlich zu lesen ist, greift daher zu kurz. Der Schutz des ursprünglichen Eltern-Kind-Verhältnisses dient vielmehr in erster Linie dem Kind selbst, dem damit dauerhafte soziale Bindungen und eine von staatlichen Erziehungsbemühungen möglichst freie Privatsphäre gesichert werden sollen.²²⁶

Zwar sieht das Bundesverfassungsgericht die Gewährleistungspflicht des Staates schon dann als erfüllt an, wenn wenigstens ein rechtlicher Elternteil dem Kind tatsächlich zur Verfügung steht.²²⁷ Im Kontext der Adoption kann das Grundrecht des Kindes dennoch in zweierlei Hinsicht eine Bedeutung entfalten: Einerseits ist es tangiert, wenn ein Kind durch eine staatliche Maß-

²²³ Zuerst in BVerfGE 139, 55, Ziff. 41 ff., seither st. Rspr., vgl. z.B. BVerfGE 135, 48, .

²²⁴ BVerfGE 135, 48.

²²⁵ So aber der grundsätzliche Vorwurf an die gegenwärtige Rechtslage bei *Fieseler*, in: ders. (Hrsg.), *Kinder- und Jugendhilferecht*, 62. EL (2016), § 8a SGB VIII Rn. 3.

²²⁶ Vgl. Wapler, *Dreiecksverhältnisse*, ZKJ 2015, 336.

²²⁷ BVerfGE 133, 59.

nahme einen Elternteil verliert, wie es bei der Ersetzung der Einwilligung der Fall ist. Geschieht dies mit der Intention, dem Kind bessere Lebensbedingungen zu bieten, so gelten die Eingriffsschwellen des staatlichen Wächteramts aus Art. 6 Abs. 2 und ggf. Abs. 3 GG.

Andererseits ist das Grundrecht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Erziehung ebenfalls tangiert, wenn seine Herkunftseltern nicht bereit sind, die tatsächliche Betreuung zu übernehmen. Denn das Recht auf Gewährleistung elterlicher Erziehung bezieht sich nicht notwendig auf die biologische Eltern-Kind-Beziehung, sondern dient vielmehr dem Zweck, dem Kind rechtlich abgesicherte sozial tragfähige Bindungen im Sinne einer, wie es das Bundesverfassungsgericht formuliert, „spezifischen elterlichen Hinwendung“²²⁸ zu ermöglichen. Fallen die Herkunftseltern als Erziehungspersonen aus, trifft den Staat unter Umständen die Pflicht, dem Kind eine Lebenssituation zu ermöglichen, in der es rechtliche Eltern hat, die ihre Elternverantwortung tatsächlich wahrnehmen. Dieser Gesichtspunkt der Nichtwahrnehmung des Elternrechts betrifft vor allem die Einwilligungsrechte des leiblichen, aber nicht rechtlichen sowie des präsumtiven Vaters (s.o.). Oben wurde dargestellt, dass seine Einwilligung auch dann eingeholt werden muss, wenn er selbst nicht bereit ist, in die rechtliche Verantwortung für das Kind einzutreten. Hierzu ist aus verfassungsrechtlicher Sicht zu sagen, dass das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht ohne die damit einhergehende Verantwortung für das Kind zu haben ist („Recht und [...] Pflicht“). Insofern ist es verfassungsrechtlich nicht nur zu rechtfertigen, sondern im Interesse des Kindes geboten, einem Elternteil, der die Verantwortung für das Kind ablehnt, keine tatsächliche Bestimmungsmacht über das Kind zu verleihen. Die Einwilligung eines Vaters zu ersetzen, der die rechtliche Vaterschaft selbst nicht erwerben möchte, ist daher regelmäßig als verhältnismäßig zu werten. Des Weiteren wäre es verfassungsrechtlich zulässig, die Einwilligung des präsumtiven Vaters nur dann zur Voraussetzung der Adoption zu machen, wenn dieser ein gerichtliches Vaterschaftsfeststellungsverfahren eingeleitet hat und damit zum Ausdruck bringt, selbst rechtlicher Vater des Kindes sein zu wollen. Allgemein gesprochen, kann ein Grund für die Ersetzung mithin darin liegen, dass der einwilligungsberechtigte Elternteil die Elternverantwortung selbst nicht wahrnimmt bzw. nicht wahrnehmen möchte.

5.2.2.2. Das Grundrecht des Kindes auf Entwicklung zu einer selbstbestimmten Persönlichkeit

Des Weiteren hat das Kind ein *Grundrecht auf Entwicklung zu einer selbstbestimmten Persönlichkeit*, das sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art 1 Abs. 1 GG ergibt. Dieses Grundrecht verleiht ihm je nach seinem Entwicklungsstand Ansprüche auf staatlichen Schutz, auf Förderung seiner Selbständigkeit und auf

²²⁸ BVerfGE 133, 59, Ziff. 43. Siehe ebd.: „Dazu gehört auch die Verpflichtung des Staates, rechtliche Vorkehrungen dafür zu treffen, dass in Fällen, in denen die leiblichen Eltern nicht bereit oder nicht in der Lage sind, die elterlichen Funktionen wahrzunehmen, elterliche Verantwortung von anderen Personen übernommen werden kann.“

Beteiligung an Entscheidungen über seine Angelegenheiten.²²⁹ Geschützt werden dadurch auch die sozialen Bindungen des Kindes, die für seine Persönlichkeitsentwicklung wichtig sind, allen voran die Eltern-Kind-Beziehungen, deren Schutz durch Art. 6 Abs. 1 GG noch verstärkt wird. Neben seinen Eltern hat folglich auch das Kind ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in die Eltern-Kind-Beziehung. Auch in dieser Hinsicht können Eingriffe in das Elternrecht jedoch durch das staatliche Wächteramt gerechtfertigt sein, also immer dann, wenn sie zum Schutz vor Gefährdungen des Kindes notwendig sind.

Das Kind bewegt sich damit in einem Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis, in einem stabilen sozialen Umfeld aufzuwachsen, das im Regelfall durch die Herkunftsfamilie gesichert wird, und der Notwendigkeit, vor Gefährdungen geschützt zu werden, die gerade auch innerhalb der Herkunftsfamilie entstehen können. Diese oftmals in ein und derselben Familienkonstellation gegenläufigen Interessen - das Kind liebt seine Eltern und möchte nicht in eine fremde Umgebung, gleichzeitig sind es eben diese Eltern, die es nicht vor Gefährdungen schützen können oder selbst für die Gefährdungen verantwortlich sind - müssen im Einzelfall sorgfältig gegeneinander abgewogen werden. Problematisch sind hier folglich weniger Konflikte zwischen Rechten der Eltern und Rechten des Kindes - hier wäre sofort und ohne Einschränkung festzustellen, dass im Gefährdungsfall die Kindesrechte immer vorgehen - sondern solche zwischen gegenläufigen Belangen des Kindes selbst. In der Sprache des Verfassungsrechts trifft das Grundrecht des Kindes auf Schutz seiner primären sozialen Bindungen auf das Grundrecht des Kindes auf staatlichen Schutz vor Gefährdungen. Welches Interesse im Einzelfall überwiegt, ist keine juristische Frage, sondern eine der tatsächlichen Lebensumstände und Zukunftsperspektiven des Kindes, des Verhaltens aller Beteiligten und nicht zuletzt der Meinungen und Wünsche des Kindes selbst. Verfahrensrechtlich muss daher abgesichert werden, dass die Situation des Kindes vor der Ersetzungsentscheidung sorgfältig und kompetent eruiert wird.

5.2.2.3. Die Grundrechte des Kindes auf Leben und körperliche Unversehrtheit

Schließlich hat das Kind einen Anspruch gegen den Staat auf Schutz seines Lebens und seiner körperlichen Unversehrtheit (einschließlich seiner körperlichen und psychischen Gesundheit) aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Kinder müssen in ihren Familien eine Grundversorgung mit Nahrung, Kleidung und Obdach erhalten, ihre Gesundheit muss gewährleistet sein, und sie benötigen emotionale Bindung und soziale Kommunikation. Fehlen diese elementaren Voraussetzungen für ein gesundes Aufwachsen, rechtfertigt dies staatliche Eingriffe bis hin zur Fremdunterbringung.

²²⁹ Siehe hierzu ausführlich mit Nachweisen aus der Rechtsprechung Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 99 ff.

5.2.3. Gleichheitsrechtliche Aspekte

Die rechtliche Regelung der Ersetzungsentscheidung wie auch ihre konkrete Umsetzung können gegen die Gleichheitsrechte aus Art. 3 GG verstoßen, wenn sie diskriminierend ausgestaltet sind. Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang die Sonderregel für die nichtehelichen, nicht sorgeberechtigten Väter in § 1748 Abs. 4 BGB. Das Bundesverfassungsgericht hat, wie bereits erwähnt, in mehreren Entscheidungen eine verfassungskonforme Ausgestaltung des § 1748 Abs. 4 BGB gefordert. Seine Rechtsprechung beruht auf den folgenden Grundsätzen:

Eltern sind unabhängig von ihrem Geschlecht und familienrechtlichen Status grundsätzlich gleich zu behandeln. Sieht ein Gesetz unterschiedliche Regelungen für Mütter und Väter, für eheliche und nichteheliche oder für sorgeberechtigte und nicht sorgeberechtigte Elternteile vor, so müssen sich dafür sachliche Gründe finden, und die Ungleichbehandlung muss in Ansehung der betroffenen Grundrechte verhältnismäßig sein.

In seiner aktuellen Fassung sieht § 1748 Abs. 4 BGB eine Sonderregel für nichteheliche und nicht sorgeberechtigte Väter vor: Ihre Einwilligung soll nach dem Wortlaut schon dann zu ersetzen sein, wenn das Unterbleiben der Adoption für das Kind zu einem unverhältnismäßigen Nachteil führen würde. Auf das Verhalten der betroffenen Väter käme es demnach nicht an.

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen darauf hingewiesen, dass diese Differenzierung nicht gerechtfertigt werden kann.²³⁰ Aus dem Fehlen eines Sorgerechts kann nicht darauf geschlossen werden, der betreffende Vater habe seine Elternverantwortung nicht oder unzureichend wahrgenommen. Nichteheliche Väter haben unter Umständen auch dann kein Sorgerecht, wenn sie mit der Mutter des Kindes zusammenleben und das Kind mit ihr gemeinsam betreuen, da sie ein Sorgerecht nur durch gemeinsame Erklärung (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder gerichtliche Übertragung (§ 1626a Abs. 1 Nr. 3, § 1671 Abs. 1, 2 BGB) erhalten, während die Mutter nach der Geburt unmittelbar sorgeberechtigt ist (§ 1626a Abs. 3 BGB). Die Lebenssituation eines nicht sorgeberechtigten Vaters unterscheidet sich damit im Hinblick auf das Verhältnis zum Kind nicht notwendig von der eines Vaters, der das Sorgerecht besitzt. Nach der derzeit praktizierten verfassungskonformen Auslegung des § 1748 Abs. 4 BGB ist die Ersetzung der Einwilligung des nichtehelichen und nicht sorgeberechtigten Vaters nur zulässig, „wenn sie einen so erheblichen Vorteil für das Kind bietet, dass ein sich verständig um sein Kind sorgender Elternteil auf der Erhaltung des Verwandtschaftsbandes nicht be-

²³⁰ Vgl. etwa BVerfGE 92, 158: Nach § 1747 Abs. 2 BGB a.F. war weder die Zustimmung des unehelichen leiblichen Vaters zur Adoption noch eine Abwägung mit seinen Interessen vorgesehen. Das Bundesverfassungsgericht erklärte die Regelung insoweit für unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als sie auch Fälle der Adoption durch die Mutter und oder deren Ehemann betraf. In zwei Urteilen 2005 und 2006 BVerfG (FamRZ 2006, 94; FamRZ 2006, 1355) erblickte das Gericht in den instanzgerichtlichen Entscheidungen einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG aufgrund einer Schlechterstellung des nichtehelichen Vaters im Vergleich zu verheirateten Vätern. Übereinstimmend mit einem 2005 ergangenen Urteil des BGH (NJW 2005, 1781) legte das Bundesverfassungsgericht § 1748 Abs. 4 BGB verfassungskonform (und entgegen dessen Wortlaut) aus, vgl. dazu sogleich.

stehen würde“.²³¹ Damit hat die Rechtsprechung ein Kriterium aufgestellt, wonach dem Kind das Fortbestehen der Eltern-Kind-Beziehung *objektiv unzumutbar* sein muss. Wie sich dieser Gesichtspunkt zu den Voraussetzungen der § 1748 Abs. 1-3 BGB verhält, bleibt offen: Die Rechtsprechung legt zum Schutze der Rechte des nicht sorgeberechtigten Vaters das Merkmal des „unverhältnismäßigen Nachteils“ eng aus. Einen „unverhältnismäßigen Nachteil“ verlangen aber auch die Ersetzungstatbestände des § 1748 Abs. 1 S. 1 BGB, die darüber hinaus eine anhaltend gröbliche Pflichtverletzung oder die Gleichgültigkeit gegenüber dem Kind voraussetzen. Ob der „unverhältnismäßige Nachteil“ nach Abs. 1 S. 1 nunmehr ebenso restriktiv ausgelegt werden muss wie der nach Abs. 4 bleibt unklar. Damit aber lässt sich der Norm nicht entnehmen, ob sie im Ergebnis zu einer Gleichbehandlung aller Elternteile führt oder neue Ungleichbehandlungen hervorruft.

Man könnte den nicht sorgeberechtigten Vater nach wie vor für diskriminiert halten, weil ihm kein eigenes Pflichtversäumnis nachgewiesen werden muss. Dem versucht die Rechtsprechung dadurch zu begegnen, dass sie über die Figur des „verständigen Elternteils“ eine Verschuldenskomponente in die Verhältnismäßigkeitsprüfung integriert: Der unverhältnismäßige Nachteil für das Kind soll nur noch dann zu bejahen sein, wenn den Vater für die fehlende oder missglückte Beziehung zu seinem Kind keine Schuld trifft. Damit aber verschiebt sich die Perspektive von einem Nachteil *für das Kind* zu der Abwägung von Verschuldensanteilen in der *Elternbeziehung*. Ob damit die Wortlautgrenze der Auslegung noch respektiert wird, scheint höchst fraglich.

Auf der anderen Seite könnte die derzeitige Auslegung des § 1748 Abs. 4 BGB den nicht sorgeberechtigten Vater gegenüber anderen Elternteilen sogar privilegieren, da der „unverhältnismäßige Nachteil“ bei ihm offenkundig nur unter strengeren Bedingungen zu bejahen ist als bei der Ersetzung nach Abs. 1. Dem könnte man nur begegnen, wenn man den Nachteil nach Abs. 1 ebenso restriktiv interpretiert wie den nach Abs. 4. Damit aber verdoppelte sich die Pflichtverletzungs- und Verschuldenskomponente bei den Ersetzungstatbeständen des Abs. 1, was wiederum die Gleichbehandlung beider Gruppen von Elternteilen in Frage stellte. Wie man es auch dreht und wendet, bleibt die Gleichbehandlung aller Eltern, die nach Art. 3 Abs. 1 GG geboten ist, in der derzeitigen Ausgestaltung der Norm zweifelhaft. Für eine gesetzliche Neuregelung sollte man sich die Frage stellen, ob die Ungleichbehandlung der nicht sorgeberechtigten Väter überhaupt notwendig erscheint. Ihr Zweck dürfte darin bestehen, eine ganz bestimmte Gruppe leiblicher Väter daran zu hindern, eine Adoption des Kindes zu blockieren: diejenigen, die weder ein Sorgerecht besitzen noch faktisch ein Interesse an einer Beziehung zu ihrem Kind haben. Diese Gruppe aber wird man nicht herausfiltern, wenn man allein an formale Kriterien anknüpft: Auch geschiedene Väter, die ihr Sorgerecht durch gerichtliche Übertragung der Alleinsorge an die Mutter verloren haben (§ 1671 Abs. 1 BGB), können an dem weiteren Kontakt mit dem Kind desinteressiert sein. Gleiches gilt im Übrigen für Mütter, die ihr Sorgerecht aufgegeben oder durch gerichtliche Entscheidung verloren haben. Im Ergebnis ist der nicht sorgeberechtigte und sich nicht kümmernde Elternteil ein Fall der „Gleichgültigkeit“ des § 1748 Abs. 1 S. 1 BGB: Kümmerst er sich nicht, weil ihm das Kind egal ist,

²³¹ BGH NJW 2005, 1781 (1783).

so ist er gleichgültig. Hat der andere Elternteil durch sein Verhalten verhindert, dass eine Eltern-Kind-Beziehung entstehen konnte, so ist er nicht gleichgültig. Weshalb seine Einwilligung dann noch unter schärferen Verhältnismäßigkeits-erwägungen stehen sollte, ist nicht ersichtlich. All dies spricht dafür, die Ersetzung der Einwilligung in einer Neuregelung für alle Elternteile unabhängig von Status und Geschlecht denselben Voraussetzungen zu unterwerfen.

5.3. Folgerungen für die einfachgesetzliche Regelung der Ersetzungsentscheidung

Aus den verfassungsrechtlichen Betrachtungen ergeben sich die folgenden Bedingungen für eine einfachgesetzliche Regelung der Ersetzungsentscheidung:

(1) Die Adoption ist nur dann mit den Grundrechten der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG sowie mit dem Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Erziehung vereinbar, wenn die folgenden Elternteile in sie einwilligen:

- jeder Elternteil, der dem Kind personenstandsrechtlich zugeordnet ist,
- jeder leibliche Elternteil, dessen Elternschaft feststeht, rechtlich jedoch nicht anerkannt ist,
- jeder mutmaßliche Elternteil, der ein gerichtliches Verfahren zur Feststellung der Elternschaft eingeleitet hat.

(2) Die Einwilligung einer dieser Personen darf nur ersetzt werden, wenn die folgenden beiden Bedingungen erfüllt sind:

(a) Die Ersetzung der Einwilligung muss als Akt der Ausübung des staatlichen Wächteramts gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zugunsten des Kindes notwendig sein. Dies ist unter den folgenden Voraussetzungen zu bejahen:

- Der Elternteil hat seine Verantwortung für das Kind in einer Weise wahrgenommen, durch die das Kind Schaden nimmt oder Schaden zu nehmen droht. Dies entspricht den Anforderungen der Pflichtverletzung in § 1748 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, S. 2 BGB sowie der Kindeswohlgefährdung nach §§ 1666 Abs. 1, 1666a BGB.
- Der Elternteil nimmt seine Verantwortung für das Kind nicht wahr. Bei sorgeberechtigten Elternteilen entspricht dies den heutigen Tatbeständen der Gleichgültigkeit in § 1748 Abs. 1 Alt. 2 BGB und in aller Regel auch einer Pflichtverletzung i.S.d. § 1748 Abs. 1 S. 1 oder S. 2 BGB, da mit dem Sorgerecht die Pflicht einher geht, sich tatsächlich verantwortlich um das Kind zu kümmern. Nicht sorgeberechtigte Elternteile fallen hingegen nur unter den Tatbestand der Gleichgültigkeit.
- Der Elternteil ist unverschuldet dauerhaft nicht in der Lage, sein Kind zu betreuen. Diese Voraussetzung findet sich heute in § 1748 Abs. 3 BGB.

Jede gesetzliche Regelung, die leichtere Voraussetzungen vorsieht, verstieße gegen das Recht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG sowie gegen das Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Erziehung (hier in der Variante des Schutzes bestehender Eltern-Kind-Beziehungen) und wäre darum verfassungswidrig. Damit wäre es auch mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, für bestimmte Konstellationen wie die Stief- oder Pflegekinderadoption die Eingriffsschwelle für die Ersetzung zu senken.

(b) Zusätzlich muss die Ersetzung der Einwilligung im konkreten Fall verhältnismäßig sein. Hierzu muss sie nach den allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien einem verfassungsmäßigen Zweck dienen und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Adoption immer ein „Mehr“ ist gegenüber einer Fremdunterbringung, bei der die ursprüngliche Eltern-Kind-Beziehung erhalten bleibt. Gerade dieses „Mehr“ muss verfassungsrechtlich durch die Bedürfnisse und Rechte des Kindes gerechtfertigt sein. Dabei geht es im Kern immer um die Frage, ob dem Kind eine stabile Ersatzfamilie auch dann gesichert werden kann, wenn die ursprüngliche Eltern-Kind-Beziehung erhalten bleibt. Dies ist im Kern mit dem „unverhältnismäßigen Nachteil“ im Sinne des § 1748 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 BGB gemeint.

(3) In der Abwägung der Belange der beteiligten Personen steht auf der einen Seite das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Auf der anderen Seite ist die Schutzpflicht des Staates zugunsten der Grundrechte des Kindes zu berücksichtigen, die im staatlichen Wächteramt des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zum Ausdruck kommt. Zu den Grundrechten des Kindes gehört neben der Abwehr von Kindeswohlgefährdungen auch das Grundrecht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Erziehung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Stehen die Herkunftseltern dem Kind dauerhaft nicht zur Verfügung, weil sie sich für das Kind nicht interessieren oder sein Wohl bei ihnen gefährdet ist, hat das Kind einen Anspruch darauf, dass andere Personen die elterliche Verantwortung übernehmen. Diese wiederum müssen rechtlich in die Lage versetzt werden, ihrer Verantwortung gerecht werden zu können. Auch wenn sich ansonsten für ein Kind nichts verändert, wenn es von einem Stiefelternteil oder Pflegeeltern adoptiert wird, kann die verbesserte rechtliche Absicherung des sozialen Eltern-Kind-Verhältnisses ein Argument für die Adoption und damit auch für die Ersetzung der Einwilligung sein.

(4) Verfahrensrechtlich ist das Kind an der Ersetzungsentscheidung zu beteiligen. Darüber hinaus müssen die Verfahrensvoraussetzungen so gestaltet sein, dass eine sachgerechte Aufklärung der tatsächlichen Lebensverhältnisse des Kindes möglich ist. Hierzu gehört auch, im Zweifel qualifizierte Sachverständige beizuziehen.

6 Handlungsmöglichkeiten und Lösungsstrategien

Wenn es nun zum Schluss darum gehen wird, wie die bestehende Rechtslage zu verbessern wäre, ist vorab zweierlei zu bedenken:

- Nicht alle der oben angesprochenen Interpretations- und Auslegungsschwierigkeiten lassen sich durch Änderungen im Normtext beseitigen. Gesetze sind notwendig abstrakt-generell formuliert, um eine Vielzahl von Einzelfallgestaltungen zu erfassen. Gerade, wenn es um das Wohl von Kindern und Jugendlichen geht, verbieten sich angesichts der Vielfalt an Lebenssituationen und der Individualität von Entwicklungsverläufen schematische Lösungen. Auch eine Neugestaltung des § 1748 BGB wird daher auf unbestimmte Rechtsbegriffe nicht verzichten können. Ziel einer gesetzlichen Reform kann es deswegen nur sein, die unglückliche Häufung von unbestimmten Formulierungen zu vermindern und die Vorschrift schlüssiger in das System der familiengerichtlichen Eingriffsbefugnisse einzubetten.
- Gerade in den problematischen und umstrittenen Fällen der Stiefkind- und Pflegekinderadoption muss man das Adoptionsrecht im Zusammenhang mit anderen Bereichen des Familienrechts betrachten, insbesondere im Hinblick auf das Sorge-, Umgangs- und Abstammungsrecht. Gäbe es beispielsweise in Deutschland eine Regelung wie in Österreich, wonach einem Kind, das nach einer Samenspende in eine registrierte Lebenspartnerschaft hineingeboren wird, unmittelbar beide Lebenspartnerinnen als Mütter zugeordnet werden (§ 144 Abs. 2 Nr. 1 ABGB), so erübrigte sich in diesen Fallkonstellationen der bürokratischere und für alle Beteiligten risikoreichere Weg der Stiefkindadoption. Wo in vergleichbarer Weise konfliktträchtige Ersetzungsentscheidungen durch rechtliche Reformen an anderer Stelle vermieden werden könnten, wird im Folgenden jeweils darauf hingewiesen.

6.1. Einbettung der Ersetzungstatbestände in den Kontext familiengerichtlicher Eingriffsbefugnisse

Möchte man § 1748 BGB reformieren, so sollte die Norm besser als bisher in die Systematik der familiengerichtlichen Eingriffsrechte eingepasst werden. Nicht das gesamte Adoptionsrecht, wohl aber die Ersetzungsentscheidung kann als Maßnahme innerhalb eines Kontinuums möglicher gerichtlicher Interventionen zum Schutz des Kindes verstanden werden. Insofern liegt es nahe, als zentrale Voraussetzung die aus anderen Eingriffsnormen bekannte Gefährdung des Kindeswohls vorzusetzen, die überdies nach verbreitetem Verständnis die verfassungsrechtliche Eingriffsschwelle für das staatliche

Wächteramt markiert. Damit entspräche die Systematik der von §§ 1666, 1666a BGB: Jeder Eingriff in das Elternrecht setzt zunächst eine Kindeswohlgefährdung voraus. Für die besonders eingriffsintensiven Maßnahmen der Trennung von den Eltern und der dauerhaften Entziehung des Sorgerechts gelten besonders strenge Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe. Überträgt man diese Struktur auf § 1748 BGB, so wäre der Tatbestand weiter gefasst als bisher, weil nicht mehr konkretisiert würde, auf wessen Verhalten und welche Art von Verhalten die Kindeswohlgefährdung zurückgehen muss. Damit entfiel das Problem, die einzelnen Merkmale des § 1748 Abs. 1 BGB gegeneinander abzugrenzen. Im Gegenzug müssten die Verhältnismäßigkeitsanforderungen so klar formuliert werden, dass der Ausnahme- und Ultima-Ratio-Charakter der Ersetzungsentcheidung deutlich wird.

Eine aus der Perspektive des Kindes empfindliche Lücke verbliebe dann allerdings in den Fällen, die heute mit dem Merkmal der Gleichgültigkeit umschrieben werden und verfassungsrechtlich in die Kategorie der Nichtwahrnehmung der Elternverantwortung fallen. Bei ihnen kommt es nicht darauf an, ob das Kind sich aktuell in einer Situation der Kindeswohlgefährdung befindet - das Kind kann bei dem anderen Elternteil oder in einer Situation der Fremdunterbringung im Gegenteil gut versorgt sein. Die Ersetzung ihrer Einwilligung ist nach den oben genannten verfassungsrechtlichen Grundsätzen dennoch zulässig, weil sie ihre elterliche Verantwortung, die mit dem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG einhergeht, nicht wahrnehmen. Auch diese Fallgruppe müsste, ebenso wie die in der Wissenschaft und Praxis wenig kontroverse Alternative der schicksalhaften Erziehungsunfähigkeit (§ 1748 Abs. 3 BGB) in eine neu gestaltete Vorschrift aufgenommen werden.

6.2. Vorschlag für eine Systematik der Ersetzungstatbestände

Aus dem oben Gesagten ergeben sich auf der Tatbestandsebene drei Fallgruppen, in denen die Ersetzung der elterlichen Einwilligung zulässig sein kann. Im Folgenden werden die jeweiligen Voraussetzungen und Regelungsalternativen näher erörtert. Die folgenden Ausführungen sind weniger als konkreter Reformvorschlag zu verstehen denn als Beitrag zu einer komplexen und kontroversen Debatte, der weiterer Diskussion und insbesondere auch der breiteren Abstimmung mit anderen Bereichen des Familien- sowie des Kinder- und Jugendhilferechts bedarf.

6.2.1. Fallgruppe 1: Mangelhafte Wahrnehmung der Elternverantwortung

Die erste Fallgruppe erfasst Situationen, in denen das Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht in der Lage sind, die Gefährdung abzuwenden. Die Ersetzung der Einwilligung ist zulässig, wenn sie im Interesse des Kindes

erforderlich ist,²³² insbesondere wenn Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a BGB nicht ausreichen, um die Gefährdungslage zu beenden.

Im Ausgangspunkt wird hier dieselbe Voraussetzung gemacht wie nach § 1666 Abs. 1 BGB. Mit dem etablierten Rechtsbegriff der Kindeswohlgefährdung wird die verfassungsrechtliche Eingriffsschwelle markiert. Auf der Rechtsfolgenebene wird eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung gefordert, die durch den Hinweis auf vorrangige Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a BGB den Ausnahmecharakter der Ersetzungsentscheidung deutlich macht.

6.2.2. Fallgruppe 2: Nichtwahrnehmung der Elternverantwortung

Die zweite Tatbestandsalternative müsste den Fall erfassen, in dem ein Elternteil seine Elternverantwortung nicht wahrnimmt. Diese Situation in die Sprache des Familienrechts zu übersetzen, ist nicht einfach. Die bisher im Gesetz genannte „Gleichgültigkeit“ hat den Nachteil, eine subjektive Haltung zu beschreiben, die in der Praxis lediglich anhand objektiver Umstände vermutet werden kann. Aus der Perspektive des Kindes kommt es zudem weniger auf die Haltung denn auf das Verhalten des Elternteils an. Die „Elternverantwortung“ ist bislang kein familienrechtlicher Begriff und sollte angesichts seiner Unbestimmtheit nicht unbedacht in das Gesetz aufgenommen werden. Als Alternative kommt möglicherweise die Formulierung in § 1686a BGB in Betracht, der die Auskunfts- und Umgangsrechte des leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters regelt und als Voraussetzung ein „ernsthaftes Interesse an dem Kind“ verlangt. In dieser Vorschrift geht es ebenfalls darum, sachfremde Motive bei der Erhebung kindschaftsrechtlicher Ansprüche zu verhindern, ihr Zweck stimmt also mit dem der Ersetzungsentscheidung aufgrund der Nichtwahrnehmung der Elternverantwortung überein.

Zeigt ein Elternteil kein Interesse an seinem Kind, ist die Ersetzungsentscheidung ebenfalls zulässig, wenn sie im Interesse des Kindes erforderlich ist. Allerdings scheint es hier wenig sinnvoll, auf die Möglichkeit milderer Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a BGB oder auf öffentliche Hilfen zu verweisen, weil das Wohl des Kindes nicht notwendig gefährdet sein muss. Das Kind kann bei dem anderen Elternteil oder in Familienpflege gut versorgt sein und keinen Mangel dadurch erleiden, dass ein Elternteil sich nicht kümmert. Maßgeblich sollte hier daher ähnlich wie bei dem bisherigen Merkmal des „unverhältnismäßigen Nachteils“ eine Abwägung sein. Die Ersetzung der Einwilligung wäre demnach zulässig, wenn das Interesse des Kindes an der Annahme als Kind das Interesse des Elternteils an dem Bestehen des Verwandtschaftsbandes überwiegt. Verfahrensrechtlich sollte in diesen Fällen wie bisher bei der Gleichgültigkeit eine obligatorische Belehrung und optionale Beratung durch das Jugendamt vorgesehen sein (§ 1748 Abs. 2 BGB, § 51 SGB VIII).

²³² Man könnte hier auch die im BGB geläufigere Formulierung „zum Wohl des Kindes erforderlich“ wählen, allerdings herrscht im Schrifttum keine Einigkeit darüber, ob diese Wortwahl im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verstehen ist, vgl. hierzu ausführlich und m.N. Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 2015, S. 280 f.

6.2.3. Fallgruppe 3: Schicksalhafte Erziehungsunfähigkeit

Schließlich wäre der Fall zu regeln, in dem ein Elternteil aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht in der Lage ist, seine Elternverantwortung wahrzunehmen. Diese Alternative entspricht dem heutigen § 1748 Abs. 3 BGB, der seit seiner Anpassung an den modernen Sprachgebrauch in Wissenschaft und Praxis wenig kontrovers ist.

6.2.4. Vorteile gegenüber der derzeitigen Rechtslage

Die angedeutete Struktur könnte viele der oben unter 4 genannten Probleme lösen:

- Die schiere Zahl der unbestimmten Rechtsbegriffe würde reduziert, und die Eingriffsschwelle mit dem etablierten Begriff der Kindeswohlgefährdung klargestellt.
- Der Gesetzeswortlaut bezöge sich stärker auf die Situation und die Bedürfnisse des Kindes als bisher.
- Der systematische Zusammenhang mit anderen familiengerichtlichen Eingriffsbefugnissen würde deutlicher.
- Alle rechtlichen Elternteile würden gleich behandelt.
- Ein Verschulden wäre weiterhin nicht gefordert, jedoch würde auf der Tatbestandsebene auf die Verantwortlichkeit als Elternteil abgestellt. Die derzeitige Situation, in der methodisch fragwürdig insbesondere beim nicht sorgeberechtigten Vater Verschuldensgesichtspunkte in die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 1748 Abs. 4 BGB einfließen, wäre beendet.
- Die Verhältnismäßigkeitsprüfung wäre nicht mehr auf die Identifizierung von Vor- und Nachteilen für das Kind begrenzt, sondern könnte seine Lebenssituation umfassend in den Blick nehmen.

6.3. Konkretisierungen

Abschließend soll konkreter auf einige der zentralen Problemfelder eingegangen werden, die in den Kapiteln 2 bis 4 herausgearbeitet wurden. Dabei wird zum einen überprüft, ob sie mit der soeben vorgeschlagenen Systematik der Ersetzungsgründe und -voraussetzungen sinnvoll erfasst werden können. Darüber hinaus wird auf einige Kontroversen eingegangen, die sich um die Anwendung des derzeit geltenden Rechts ranken und vermutlich auch durch eine Reform des § 1748 BGB nicht vollständig ausgeräumt werden könnten.

6.3.1. Fehlende Unterhaltszahlungen bei Leistungsfähigkeit

Leistet ein auch ansonsten abwesender Elternteil keinen Unterhalt, obwohl er dazu in der Lage wäre, kann dieses Verhalten als Desinteresse gegenüber dem Kind gewertet werden. Nach der vorgeschlagenen Systematik fiel es in die Fallgruppe der Nichtwahrnehmung des Elternrechts. Da der Grund für die

Ersetzung der Einwilligung im Falle der Nichtwahrnehmung der Elternverantwortung darin liegt, dass dem Kind ein rechtlicher Elternteil faktisch nicht zur Seite steht, während eine andere Person diese Rolle tatsächlich auszufüllen anbietet, bedürfte es keines Nachweises einer finanziellen Notlage des Kindes.

In einem zweiten Schritt wäre zu prüfen, ob es für die Nichtleistung andere Gründe als Desinteresse am Kind gibt, etwa fehlende Leistungsfähigkeit, Probleme bei der Selbstorganisation oder aufgeschaukelte Konflikte mit dem anderen Elternteil. Des Weiteren sollte dem nichtleistenden Elternteil im Rahmen der obligatorischen Belehrung durch das Jugendamt die Gelegenheit gegeben werden, sein Verhalten zu ändern und ggf. Hilfen zur Bewältigung der tiefer liegenden Konflikte in Anspruch zu nehmen. Eine spezielle gesetzliche Regelung für dieses Problem ist angesichts der Vielgestaltigkeit der Lebenssituationen nicht zu empfehlen.

6.3.2. Fehlender Kontakt

Bemüht sich ein Elternteil, der nicht in die tatsächliche Betreuung des Kindes eingebunden ist, nicht um Kontakt, kann auch dies ein Indiz für Desinteresse sein. Auch hier ist zu prüfen, ob nicht andere Motive hinter einem solchen Verhalten stecken. Anders als bei dem Fall der Unterhaltsschulden hat die Rechtsprechung hierzu einige Grundsätze entwickelt, die eine solche Einschätzung leiten können: Hat der Elternteil den fehlenden Kontakt nicht selbst zu vertreten, etwa weil der andere Elternteil den Umgang konsequent vereitelt hat oder weil er sich aus Rücksicht auf das Kind aus einer hochkonflikthaften Beziehung zu dem anderen Elternteil zurückgezogen hat, kann Desinteresse nicht unterstellt werden. Gleiches gilt, wenn Jugendamt oder Familiengericht dem Elternteil geraten haben, Kontaktversuche zu unterlassen. Doch auch diese Fallkonstellation bedarf keiner spezialgesetzlichen Regelung, sondern kann anhand der allgemeinen Grundsätze gelöst werden.

6.3.3. Stiefkindadoption

Für die Adoption von Stiefkindern gilt dieselbe Eingriffsschwelle wie für jede andere Ersetzungsentscheidung auch; eine gesonderte gesetzliche Regelung erübrigt sich daher ebenfalls. Im Falle einer Kindeswohlgefährdung durch das Verhalten des Elternteils oder fehlendem Interesse am Kind ist die Ersetzung der Einwilligung möglich, wenn diese Maßnahme im Interesse des Kindes erforderlich erscheint. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist einerseits das Interesse des Kindes an der Bindung an den leiblichen Elternteil zu berücksichtigen und andererseits die Bedeutung klarer rechtlicher Elternzuordnungen nicht zu unterschätzen. In diesem Spannungsfeld bewegt sich jede Einzelfallprüfung; schematische Entscheidungen verbieten sich.

In Familienkonstellationen, in denen Kinder zwar überwiegend in der Stieffamilie leben, jedoch noch Kontakt zu dem anderen leiblichen Elternteil haben, ist die Stiefkindadoption häufig nicht das richtige Mittel, weil sie verwandtschaftliche Bande abbricht, wo Beziehungen noch bestehen. Rechtspolitisch könnte dieses Problem von zwei Seiten gelöst werden: Einerseits wird

über offene Adoptionsformen nachgedacht, bei denen den Kindern die Herkunftseltern über Auskunfts- und Umgangsrechte erhalten bleiben.²³³ Andererseits wird vorgeschlagen, die sorgerechtliche Stellung des Stiefelternteils zu stärken, so dass dessen tatsächlicher Sorgeverantwortung rechtlich Rechnung getragen wird, ohne die Abstammungsverhältnisse ändern zu müssen.²³⁴

6.3.4. Pflegekindadoption

Auch für die Pflegekinderadoption gilt, dass die verfassungsrechtliche Eingriffsschwelle nicht unterschritten werden kann. Eine Ersetzung der Einwilligung unter erleichterten Voraussetzung wäre daher verfassungswidrig. Der Vorrang des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG erweist sich bei einer bestimmten Gruppe von Pflegekindern jedoch in der Praxis als problematisch: nämlich immer dann, wenn er Herkunftseltern schützt, die dem Kind nur deutlich schlechtere Lebensbedingungen bieten können als die Pflegefamilie. Hier scheint es aus der Perspektive des Kindes geboten, ihm die besseren Lebensmöglichkeiten zu erhalten. Dies jedoch ist unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung verfassungsrechtlich nicht zulässig. Ein wichtiger Grund für diese Wertung liegt darin, dass es kaum objektive Maßstäbe dafür gibt, welche Lebensbedingungen „besser“ oder „schlechter“ sind, und dass weder staatliche Behörden, noch Fachkräfte der Jugendhilfe, noch Familiengerichte davor geeignet sind, Fehlentscheidungen zu treffen. Der Vorrang der Herkunftseltern hat nicht zuletzt den Sinn, Kinder und ihre Eltern vor staatlichem Versagen zu schützen.

Dennoch bleibt die Situation von Kindern, die langfristig in Pflegefamilien untergebracht sind, problematisch, weil rechtliche und tatsächliche Verantwortung nicht selten eklatant auseinanderfallen und die Lebenssituation in der Pflegefamilie unsicher und jederzeit störbar erscheint. Im Rahmen der Ersetzungsentscheidung wäre zu wünschen, dass dem verfassungsrechtlich geschützten Elternrecht stärker als bisher die oben genannten Grundrechte des Kindes entgegen gehalten werden, die der Staat zu schützen verpflichtet ist. Insbesondere das Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Erziehung macht deutlich, dass eine langfristige Unsicherheit über die elterliche Verantwortung für ein Kind *in dessen Interesse* nicht hingenommen werden kann.

Im Übrigen wäre auch hier zu raten, zunächst diejenigen rechtlichen Möglichkeiten zu stärken, die eine Adoption für Eltern akzeptabler oder überflüssig machen könnten. In der rechtspolitischen Diskussion sind derzeit unterschiedliche Modelle der offenen Adoption wie auch einer unbefristeten Verbleibensanordnung; hinzu kommen Überlegungen, Pflegeeltern mehr sorgerechtliche Befugnisse zu übertragen.²³⁵ Die häufig konflikthafte und schwie-

²³³ Vgl. Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. F 64 ff.

²³⁴ Vgl. Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. F 85 ff.

²³⁵ Siehe zu entsprechenden Vorschlägen Salgo, Möglichkeiten und Grenzen der Verbleibensanordnung zur Sicherung von Kontinuität, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.) Das Pflegekindverhältnis - zeitlich befristete oder dauerhafte Lebensperspektive? 2014,

rige Lebensverhältnisse wenig befriedende Adoption gegen den Willen eines Elternteils könnte auf diese Weise in vielen Fällen vermieden werden.

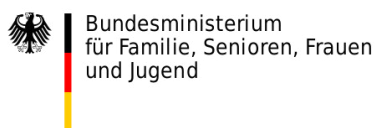
S. 53 ff.; Kinderrechtekommission *des FGT*, FamRZ 2014, 896; Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. F 76 ff., 84, 85 ff.

7 Literaturverzeichnis

- Baer**, Ingrid: Stellungnahme zum Referentenentwurf zur Reform des Kindschaftsrechts (KindRG) vom Juli 1995, *ZfJ* 1996, S. 124-126
- Bäumel**, Dieter/**Bienwald**, Werner/**Häussermann**, Röse/**Hoffmann**, Jörg/**Maurer**, Hans-Ulrich/**Meyer-Stolte**, Klaus/**Rogner**, Jörg/**Sonnenfeld**, Susanne/**Wax**, Peter: Familienrechtsreformkommentar (Fam- RefK), Giesecking: Bielefeld 1998
- Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter (BAGLJA)**: Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung, 7., neubearbeitete Fassung, Mainz 2014, http://www.bagljae.de/downloads/120_empfehlungen-zur-adoptionsvermittlung_2014.pdf
- Coester**, Michael: Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht, *FamRZ* 1991, S. 253-263
- Dethloff**, Nina: Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, *ZRP* 2004, S. 195-200
Dies.: Adoption und Sorgerecht - Problembereiche für den eingetragenen Lebenspartner? *FPR* 2010, S. 208-210
- Dreier**, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar: GG, Band I: Präambel, Artikel 1-19, Mohr Siebeck: Tübingen 3. Aufl. 2013
- Fieseler**, Gerhard/**Schleicher**, Hans/Busch, Manfred/**Wabnitz**, Reinhard (Hrsg.): Kinder- und Jugendhilferecht - Gemeinschaftskommentar zum SGB VIII, Loseblattsammlung, Wolters Kluwer
- Finger**, Peter: Die elterliche Sorge des nichtehelichen Vaters - verfassungswidrige Reform?, *ZfJ* 2000, 183-188
- Frank**, Rainer: Die Stiefkindadoption, *StAZ* 2010, S. 324-330
- Helms**, Tobias: Das Einwilligungsrecht des Vaterschaftsprätendenten bei der Adoption eines nichtehelichen Kindes, *JAMt* 2001, S. 57-63
Ders.: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016.
- Hodgkin**, Rachel/**Newell**, Peter: Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, UNICEF: New York 2007
- Kahl**, Wolfgang/**Waldhoff**, Christian/**Walter**, Christian (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung seit 1950, C.F. Müller: Heidelberg
- Kirchhof**, Gregor: Der besondere Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes, *AöR* 2004, S. 542-583
- Kunkel**, Peter-Christian (Hrsg.): Sozialgesetzbuch VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Lehr- und Praxiskommentar. Nomos: Baden-Baden 6. Aufl. 2016
- Liermann**, Stephan: Auswirkungen der Reform des Kindschaftsrechts auf das Recht der Adoption (Teil 1), *FuR* 1997, S. 217-222
- Mangoldt**, Hermann/**Klein**, Friedrich/**Starck**, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1: Präambel, Art. 1-19, 6. Aufl., Vahlen: München 2010
- Maunz**, Theodor/**Dürig**, Günter (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung seit 1958, Beck: München
- Maywald**, Jörg: Internationale Adoption - Stärkung oder Schwächung von Kinderrechten? *Familie, Partnerschaft, Recht*, 2008, S. 499-502
- Meyer-Ladewig**, Jens (Hrsg.): EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar. Nomos: Baden-Baden 3. Aufl. 2011
- von Münch**, Ingo/**Kunig**, Philip (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1. Beck: 6. Aufl. 2012 München
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKo)**: Bd. 8, Familienrecht II, §§ 1598-1921, SGB VIII, 6. Aufl., Beck: München 2012
- Münder**, Johannes/**Meysen**, Thomas/**Trnczek**, Thomas (Hrsg.): Frankfurter Kommentar SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Nomos: Baden-Baden 7. Aufl. 2013
- Muscheler**, Karlheinz: Familienrecht. Vahlen: München 3. Aufl. 2013
- Palandt**, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck: München 75. Aufl. 2016
- Peschel-Gutzeit**, Lore-Maria: Welcher Nachteil ist bei der Stiefkindadoption unverhältnismäßig?, *NJW* 2005, S. 3324-3328
- Sachs**, Susanne: Geschwister im Familienrecht. Duncker & Humblot: München 2007
- Salgo**, Ludwig: Möglichkeiten und Grenzen der Verbleibensanordnung zur Sicherung von Kontinuität, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.) *Das Pflegekindverhältnis - zeitlich befristete oder dauerhafte Lebensperspektive?* 12. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2013, Göttingen 2014, S. 53-87
- Schleicher**, Hans: Jugend- und Familienrecht. Beck: 14. Aufl. München 2014
- Schmahl**, Stefanie: Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar. Nomos: BadenBaden 2013
- Schumann**, Eva: Die nichteheliche Familie: Reformvorschläge für das Familienrecht, Beck: München 1998
- Soergel**, Hans-Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB), Band 17/2, Kohlhammer: 13. Aufl. 2013
- Statistisches Bundesamt**, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe - Adoptionen 2014, Wiesbaden

- 2015, <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Soziales/KinderJugendhilfe/Adoptionen5225201147004.pdf?blob=publicationFile>
- von Staudinger**, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 4: Familienrecht, §§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2 - Vermögenssorge, Kinderschutz, Sorgerechtswechsel), Sellier - de Gruyter 2015
- Van Bueren**, Geraldine: Child Rights in Europe. Council of Europe Publishing: Straßburg 2007
- Dies.: The International Law on the Rights of the Child. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers 1998
- Wapler**, Friederike, Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, Tübingen 2015.
- Dies.: Dreiecksverhältnisse. Über die Rechte der Kinder, Jugendlichen und ihrer Eltern im SGB VIII, ZKJ 2015, S. 336-341.
- Wilke**; Die Adoption Minderjähriger durch den Stiefelternteil, 2014
- Willutzki**, Siegfried: Die Ersetzung der elterlichen Einwilligung in die Adoption, ZKJ 2007, S. 18-28 68
- Zimmermann**, Michael J., Die Auslandsadoption, NZFam 2016, S. 249-254

Gefördert/ finanziert durch:



Deutsches Jugendinstitut
Nockherstr.2
81541 München
Telefon +49(0)89 62306-0
Fax +49(0)89 62306-162
www.dji.de