

§ 51 SGB VIII - Beratung und Belehrung in Verfahren zur Annahme als Kind

Christoph Grünenwald¹

(1) Das Jugendamt hat im Verfahren zur Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils in die Annahme nach § 1748 Absatz 2 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs den Elternteil über die Möglichkeit der Ersetzung der Einwilligung zu belehren. Es hat ihn darauf hinzuweisen, dass das Familiengericht die Einwilligung erst nach Ablauf von drei Monaten nach der Belehrung ersetzen darf. Der Belehrung bedarf es nicht, wenn der Elternteil seinen Aufenthaltsort ohne Hinterlassung seiner neuen Anschrift gewechselt hat und der Aufenthaltsort vom Jugendamt während eines Zeitraums von drei Monaten trotz angemessener Nachforschungen nicht ermittelt werden konnte; in diesem Fall beginnt die Frist mit der ersten auf die Belehrung oder auf die Ermittlung des Aufenthaltsorts gerichteten Handlung des Jugendamts. Die Fristen laufen frühestens fünf Monate nach der Geburt des Kindes ab.

(2) Das Jugendamt soll den Elternteil mit der Belehrung nach Absatz 1 über Hilfen beraten, die die Erziehung des Kindes in der eigenen Familie ermöglichen könnten. Einer Beratung bedarf es insbesondere nicht, wenn das Kind seit längerer Zeit bei den Annehmenden in Familienpflege lebt und bei seiner Herausgabe an den Elternteil eine schwere und nachhaltige Schädigung des körperlichen und seelischen Wohlbefindens des Kindes zu erwarten ist. Das Jugendamt hat dem Familiengericht im Verfahren mitzuteilen, welche Leistungen erbracht oder angeboten worden sind oder aus welchem Grund davon abgesehen wurde.

(3) Steht nicht miteinander verheirateten Eltern die elterliche Sorge nicht gemeinsam zu, so hat das Jugendamt den Vater bei der Wahrnehmung seiner Rechte nach § 1747 Absatz 1 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beraten.

I. Zuständigkeit

1. Sachlich

Die sachliche Zuständigkeit für die Aufgaben nach § 51 SGB VIII ergibt sich aus § 85 Abs. 1 SGB VIII. Danach ist der örtliche Träger zuständig, soweit die Aufgabe nach § 85 Abs. 2 SGB VIII nicht dem überörtlichen Träger zugewiesen ist. In der Aufzählung des § 85 Abs. 2 SGB VIII ist die Beratung und Belehrung zur Annahme als Kind nicht enthalten, die sachliche Zuständigkeit des Jugendamts ist deshalb gegeben.

Die Aufgaben nach § 51 SGB VIII sind kein Teil der Adoptionsvermittlung, sondern eigenständige Aufgaben des Jugendamts. Dies ergibt sich daraus, dass im Bereich der Adoptionsvermittlung das SGB VIII nicht direkt anwendbar ist, da das AdVermiG ein eigenständiger Teil des SGB ist (§ 68 Nr. 12 SGB I). Daher müssen die Beratung und Belehrung nach § 51

¹ Der Verfasser ist Mitarbeiter der zentralen Adoptionsstelle des KVJS Stuttgart. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

SGB VIII nicht zwingend durch die Adoptionsvermittlungsstelle vorgenommen werden und können anderen Organisationseinheiten des Jugendamts zugewiesen werden. Allerdings bietet sich eine Zuweisung an die Adoptionsvermittlungsstelle aufgrund des thematischen Zusammenhangs an.² Das Jugendamt kann nach § 76 Abs. 1 SGB VIII auch anerkannte freie Träger an der Durchführung ihrer Aufgaben nach § 51 SGB VIII beteiligen oder ihnen diese Aufgaben zur Ausführung übertragen. Die Übertragung erfolgt durch öffentlich-rechtlichen Vertrag.³ Der öffentliche Träger bleibt in der Verantwortung (§ 76 Abs. 2 SGB VIII).

2. Örtlich

Die örtliche Zuständigkeit ist nach §§ 87b Abs. 1 S. 1, 86 Abs. 1 bis 4 SGB VIII zu ermitteln.

II. Belehrung nach Absatz 1

1. Anwendungsbereich

Eine zentrale Voraussetzung der Annahme als Kind ist die Einwilligung der Eltern des Kindes (§ 1747 Abs. 1 BGB). Maßgeblich ist dabei die Abstammung und nicht, ob die Eltern die elterliche Sorge innehatten oder -haben.⁴ Die Mutterschaft bestimmt sich nach § 1591 BGB. Die Vaterschaft nach § 1592 ff. BGB. Bisher vertrat die überwiegende Meinung, dass die Einwilligung des unbekanntes Vaters entbehrlich sei, wenn die Ermittlungsquellen für das Familiengericht erschöpft waren.⁵ Etwa, wenn die Mutter keine Auskunft über den Vater geben wollte. Nunmehr hat das Familiengericht den Vater bzw. potentiellen Vater über das Adoptionsverfahren nach § 7 Abs. 4 FamFG zu benachrichtigen.⁶ Das Gericht hat im Rahmen seiner Amtsermittlung (§ 26 FamFG) den Namen und die Anschrift des in Betracht kommenden leiblichen Vaters unter Mitwirkung der Beteiligten (§ 27 FamFG) zu ermitteln.⁷ Diese haben ihre Angaben vollständig und wahrheitsgemäß zu gestalten.⁸ Hat der präsumtive Vater auf sein grundrechtlich geschütztes Interesse verzichtet oder liegen die Voraussetzungen des § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB vor, so kann eine Benachrichtigung unterbleiben.⁹ Hat der Vater aus anderer Quelle nachweislich Kenntnis des Verfahrens erlangt, so dürfte die Benachrichtigung gleichfalls unterbleiben können. Ein dauernd unbekannter Aufenthalt ist nicht schon dadurch verwirklicht, dass die Mutter die Person des Vaters und dessen Aufenthalt dem Gericht nicht mitteilt. Nur unter besonderen Umständen ist es der Mutter unzumutbar, den Vater zu benennen.¹⁰ Liegt keine der Voraussetzungen vor, so ist der Annahmeantrag laut der BGH-Rechtsprechung zurückzuweisen.¹¹ Eine Belehrung kommt in diesen Fällen nicht in Betracht. Gleiches gilt, wenn der Elternteil zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande¹² oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist (§ 1747 Abs. 4 S. 1 BGB).¹³ In diesen Fällen ist eine Erset-

² Für eine Zuweisung an die Adoptionsvermittlungsstelle: jurisPK-SGB VIII/Reinhardt § 51 Rn. 7; für eine Zuweisung an den ASD: FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 15

³ FK-SGB VIII/Münder § 76 Rn. 3; LPK-SGB VIII/Schindler § 76 Rn. 11

⁴ MüKoBGB/Maurer § 1747 Rn. 3

⁵ LG Freiburg FamRZ 2002, 1647 = BeckRS 2002, 12235; AG Tempelhof-Kreuzberg FamRZ 2005, 302; Staudinger/Frank BGB § 1747 Rn. 48

⁶ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 21

⁷ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 21

⁸ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 21

⁹ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 23

¹⁰ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 34

¹¹ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 24

¹² Vgl. dazu etwa Staudinger/Frank BGB § 1747 Rn. 46 f.

¹³ Vgl. dazu etwa Staudinger/Frank BGB § 1747 Rn. 48

zung nicht erforderlich, und folglich erübrigt sich eine Belehrung. Auch in Fällen, in denen die Aufdeckung der Schwangerschaft der Mutter Lebensgefahr für sie bedeuten würde, ist die Einwilligung des Vaters ausnahmsweise entbehrlich.¹⁴

Die Ersetzung der Einwilligung ist in § 1748 BGB geregelt und stellt einen schwerwiegenden Eingriff in das durch Art. 6 GG geschützte Elternrecht dar. Eine Ersetzung hat daher Ausnahmecharakter und ist an hohe Hürden geknüpft. Die Betrachtung ist immer einzelfallabhängig. Eine Blankoersetzung ist unzulässig.¹⁵ Daher ist die Ersetzung für jeden Elternteil und jedes Kind einzeln zu prüfen. Eine Belehrung durch das Jugendamt ist nur in den Fällen erforderlich, in denen Gleichgültigkeit, die nicht zugleich eine anhaltende gröbliche Pflichtverletzung ist, vorliegt (§ 1748 Abs. 2 S. 1 BGB). § 1748 Abs. 2 S. 1 BGB macht im Fall der Gleichgültigkeit die Belehrung durch das Jugendamt zur materiell-rechtlichen Voraussetzung. Im Gegensatz dazu ist die Beratung, trotz des anderslautenden Wortlauts der Norm, keine zwingende Voraussetzung zum Ausspruch der Ersetzung.¹⁶ Es ist daher vorab zu prüfen, nach welchen Voraussetzungen sich die Ersetzung richtet. Ist beabsichtigt, die Einwilligung eines Vaters zu ersetzen, der die elterliche Sorge nie hatte, so findet § 1748 Abs. 4 BGB Anwendung.¹⁷ Dies gilt auch bei Fremdadoptionen.¹⁸ Als Vater im Sinne des § 1748 Abs. 4 BGB gilt auch, wer die Voraussetzung des § 1600d Abs. 1 S. 1 BGB glaubhaft macht (§ 1747 Abs. 1 S. 2 BGB).¹⁹ § 1748 Abs. 4 BGB verdrängt dann den Anwendungsbereich des Abs. 1.²⁰ Da sich Abs. 4 konkret an Väter wendet, ist eine Anwendung auf Mütter ausgeschlossen. Also scheidet in diesen Fällen eine Belehrung nach § 51 SGB VIII von vornherein aus. Gleichfalls scheidet eine Belehrung in den Fällen des § 1748 Abs. 3 BGB aus.

Zu beachten ist jedoch, dass eine Belehrung im Verfahren der Ersetzung nach § 1748 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Gem. § 1748 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Einwilligung eines Elternteils dann zu ersetzen, wenn dieser seine Pflichten gegenüber dem Kind anhaltend gröblich verletzt hat oder durch sein Verhalten gezeigt hat, dass ihm das Kind gleichgültig ist. Ferner muss das Unterbleiben der angestrebten Annahme zu einem unverhältnismäßigen Nachteil des Kindes führen. Dies liegt darin begründet, dass im Fall der Gleichgültigkeit dem Elternteil eine erneute Möglichkeit eingeräumt werden soll, sein gleichgültiges Verhalten gegenüber dem Kind zu ändern.²¹ Bei unsicherer Tatbestandslage empfiehlt es sich, im Zweifel immer eine Belehrung vorzunehmen.

Das Ersetzungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren.²² Das heißt, das Gericht hat in einem vom eigentlichen Adoptionsverfahren abgetrennten Verfahren über die Ersetzung zu entscheiden. Die Ersetzung der Einwilligung unterliegt dem für die Annahme maßgeblichen Recht.²³ Das anwendbare Recht ist im Adoptionsverfahren nach Art. 22 EGBGB zu bestimm-

¹⁴ Palandt/Götz BGB § 1747 Rn. 9 mwN

¹⁵ MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 2

¹⁶ OLG Hamm, Beschluss vom 15.04.1991 – 15 W 52/91 = juris, Rn. 24 = FamRZ 1991, 1103; Staudinger/Frank BGB Rn. 30 mwN; Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 26; Palandt/Götz BGB § 1748 Rn. 5; Bamberger/Roth/Enders BGB § 1748 Rn. 16; NK-BGB/Dahm § 1748 Rn. 40; aA MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 22

¹⁷ BayObLG FamRZ 2005, 541; NK-BGB/Dahm § 1748 Rn. 65; Bamberger/Roth/Enders § 1748 Rn. 27; Palandt/Götz BGB § 1748 Rn. 12; Erman/Saar BGB § 1748 Rn. 16; MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 57; Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 6

¹⁸ BGH, Beschluss vom 23.03.2005 – XII ZB 10/03 = juris, Rn. 14; BeckOK BGB/Enders § 1748 Rn. 29

¹⁹ Zu den Details darf auf die untenstehenden Ausführungen verwiesen werden.

²⁰ BayObLG FamRZ 2002, 486; Palandt/Götz BGB § 1748 Rn. 12; MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 59

²¹ Für Viele: Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 31; Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 12; jurisPK-SGB VIII/Reinhardt § 51 Rn. 25

²² BT-Drs. 7/3061, 38

²³ BayObLG FamRZ 2002, 1142

men. Ergibt diese Prüfung die Anwendbarkeit des deutschen Rechts, so ist § 1748 BGB für die Ersetzung maßgeblich. Folglich kann nur bei der Anwendung des deutschen Rechts eine Belehrung durch das Jugendamt erforderlich sein.

2. Voraussetzungen der Ersetzung der Einwilligung § 1748 Abs. 1 S. 1 BGB

a) Pflichtverletzung

Eine gröbliche Pflichtverletzung ist anzunehmen, wenn das Wohl des Kindes durch das Verhalten des Elternteils nicht oder nur unzureichend berücksichtigt wird und demnach wesentliche Elternpflichten gänzlich vernachlässigt oder Elternrechte missbräuchlich ausgeübt werden.²⁴ Wesentlich sind dafür die Pflichtverletzungen, die auch nach § 1666 BGB zum Entzug der elterlichen Sorge führen können.²⁵ Keineswegs kann jedweder Eingriff in die Personensorge allein eine Ersetzung rechtfertigen;²⁶ es muss stets ein schwerwiegendes vollständiges Versagen des Elternteils vorliegen.²⁷ Trotz eines evtl. Eingriffs in die elterliche Sorge sind daher die Voraussetzungen der Ersetzung gesondert und umfassend zu prüfen. Straftaten sind im Rahmen des § 1748 Abs. 1 S. 1 BGB zu berücksichtigen, müssen aber konkrete negative Auswirkungen auf das Wohl des Kindes haben.²⁸ Straftaten gegenüber dem Kind sind daher regelmäßig Indikatoren für eine gröbliche Pflichtverletzung. Hat der Elternteil die elterliche Sorge nicht mehr, so ist auf die noch bestehenden Pflichten abzuheben.²⁹ Bei Stiefkindadoptionen sind dann insbesondere Verletzungen der Unterhaltspflicht und der Umgangspflicht (§ 1684 Abs. 1 BGB) beachtlich.³⁰ Eine gröbliche Pflichtverletzung liegt mithin auch darin, dass der leibliche Vater trotz vorhandener Leistungsfähigkeit seiner Unterhaltspflichtung nicht nachkommt.³¹ Dies alleine reicht jedoch nicht aus, erschwerende Umstände wie eine Gefährdung des Kindeswohls müssen immer hinzukommen.³² Im Fall der Stiefkindadoption liegt eine gröbliche Pflichtverletzung aufgrund der Verletzung der Unterhaltspflicht jedenfalls dann nicht vor, wenn das Kind durch den Stiefvater und die Mutter angemessen unterhalten wird und keine Kindeswohlgefährdung festzustellen ist.³³ Eine Verletzung der Umgangspflicht kann mitunter auch eine gröbliche Pflichtverletzung darstellen.³⁴ Dazu ist erforderlich, dass das Kind erkennbar unter dem fehlenden Umgang leidet.

b) Anhaltend gröblich

Eine Pflichtverletzung muss anhaltend gröblich sein. Gröblich ist eine in besonderem Maße anstößige Verletzung der Elternpflichten. Jedes Verhalten ist ausreichend, das zu einer objek-

²⁴ OLG Frankfurt a. Main FamRZ 2008, 296; Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 14 f; MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 9; NK-BGB/*Dahm* § 1748 Rn. 22; Bamberger/*Roth/Enders* BGB § 1748 Rn. 5

²⁵ BayObLG FamRZ 2005, 541; FamRZ 2002, 1142; Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 15; MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 9; NK-BGB/*Dahm* § 1748 Rn. 22; Bamberger/*Roth/Enders* BGB § 1748 Rn. 5; Erman/*Saar* BGB § 1748 Rn. 3

²⁶ Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 15; Erman/*Saar* BGB § 1748 Rn. 6

²⁷ Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 15; Bamberger/*Roth/Enders* BGB § 1748 Rn. 8; aA NK-BGB/*Dahm* § 1748 Rn. 22; MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 9

²⁸ BayObLG FamRZ 2005, 541; Soergel/*Liermann* BGB § 1748 Rn. 16

²⁹ MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 9; Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 23; Palandt/*Götz* BGB § 1748 Rn. 3; Bamberger/*Roth/Enders* BGB § 1748 Rn. 7.1; NK-BGB/*Dahm* BGB § 1748 Rn. 21; Soergel/*Liermann* BGB § 1748 Rn. 14

³⁰ BayObLG FamRZ 2005, 541; FamRZ 2002, 1142; MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 48

³¹ Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 18

³² BayObLG FamRZ 1998, 55; Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 18; MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 14; NK-BGB/*Dahm* § 1748 Rn. 24

³³ Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 44; MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 49; Bamberger/*Roth/Enders* BGB § 1748 Rn. 8.3; aA Erman/*Saar* BGB § 1748 Rn. 7

³⁴ BayObLG FamRZ 2005, 541; Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 44 mwN; aA MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 50 sieht eine Nichtausübung des Umgangsrechts als Gleichgültigkeit.

tiven Gefährdung existenzieller Bedürfnisse des Kindes, dem Wohl des Kindes führt.³⁵ Eine gröbliche Pflichtverletzung muss auch anhaltend sein, d.h. sich über einen gewissen Zeitraum erstrecken.³⁶ Sie kann auch in der Vergangenheit stattgefunden haben und muss nicht in der Gegenwart fortauern.³⁷ Eine Prognose ist nicht erforderlich.³⁸

c) Gleichgültigkeit

Gleichgültigkeit ist anzunehmen, wenn sich ein Elternteil vollkommen teilnahmslos gegenüber den Belangen des Kindes zeigt oder jegliche Zuneigung verweigert wird.³⁹ Gleichgültigkeit wird daher indiziert durch Verlassen und Alleinlassen, Teilnahmslosigkeit, völliges Desinteresse am Schicksal und der Entwicklung des Kindes. Es handelt sich um eine subjektive (innere) Einstellung zum Kind. Da sich eine solche Einstellung nur schwer nachprüfen lässt, misst das Gesetz dem äußeren Verhalten des Elternteils Indizwirkung bei und lässt es genügen, wenn objektiv feststellbare Tatsachen nach der Lebenserfahrung den Schluss zu lassen, dass dem Elternteil das Kind gleichgültig ist.⁴⁰ Soll die Ersetzung aufgrund von Gleichgültigkeit geschehen, muss der Schluss vom äußeren Verhalten auf die innere Einstellung des Elternteils eindeutig sein.⁴¹ Bei mehrdeutigem Verhalten darf Gleichgültigkeit nur dann angenommen werden, wenn Rücksichtnahme ausgeschlossen werden kann.⁴² Die Gründe und Motive, die das gleichgültige Verhalten verursachen, sind – soweit ersichtlich oder vorgebracht – in der Entscheidung zu berücksichtigen. Ergeben sich nachvollziehbare Gründe, so kann nicht auf Gleichgültigkeit geschlossen werden.⁴³ Dabei sind Gründe, die auf den gesundheitlichen oder psychischen Zustand des Elternteils zurückzuführen sind, unerheblich.⁴⁴ Zeigt der Elternteil keinerlei Interesse am Kind und sind auch keine durchschlagenden Rechtfertigungsgründe vorgebracht oder ersichtlich, wird man von Gleichgültigkeit ausgehen müssen. Unterbleiben jegliche Bemühungen, in Kontakt mit dem Kind zu treten, so wird Gleichgültigkeit vorliegen, wenn auch hier keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. Befindet sich das Kind etwa in der Obhut Dritter und unterlässt der Elternteil Besuchskontakte, so deutet dies auf Gleichgültigkeit hin.⁴⁵ Unterbleiben Besuchskontakte auf Anraten des Jugendamts im Hinblick auf das Kindeswohl, kann nicht von Gleichgültigkeit ausgegangen werden.⁴⁶ Wird die Einwilligung aufgrund eines Besitzanspruchs ohne echte gefühlsmäßige Bindung, aus Eifersucht, verletztem Stolz, Neid, Rachsucht, Böswilligkeit oder durch bloße Besorgnis um das eigene Wohl verweigert, so liegt Gleichgültigkeit vor.⁴⁷ Dies trifft auch zu, wenn vordergründig mit dem Wohl des Kindes argumentiert wird. Verweigert der Elternteil die Einwilligung, da das Kind nach der Volljährigkeit selbst entscheiden könne, ob es adoptiert werden wolle,

³⁵ Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 15; Bamberger/*Roth/Enders* BGB § 1748 Rn. 8; jw. mwN

³⁶ OLG Frankfurt a. Main FamRZ 2008, 296; MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 16; Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 24; NK-BGB/*Dahm* § 1748 Rn. 27; Bamberger/*Roth/Enders* BGB § 1748 Rn. 8; Palandt/*Götz* BGB § 1748 Rn. 3

³⁷ Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 24; Palandt/*Götz* BGB § 1748 Rn. 3 mwN; NK-BGB/*Dahm* § 1748 Rn. 28

³⁸ MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 17; NK-BGB/*Dahm* § 1748 Rn. 28; Bamberger/*Roth/Enders* BGB § 1748 Rn. 9; Palandt/*Götz* BGB § 1748 Rn. 3

³⁹ LG Bochum, Beschluss vom 21.10.2011 – I-7 T 104/09 = juris, Rn. 21; Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 26; Palandt/*Götz* BGB § 1748 Rn. 4; NK-BGB/*Dahm* § 1748 Rn. 33; MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 19; Bamberger/*Roth/Enders* BGB § 1748 Rn. 10

⁴⁰ BayObLG FamRZ 2005, 541; Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 27; MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 18; Palandt/*Götz* BGB § 1748 Rn. 4; NK-BGB/*Dahm* § 1748 BGB Rn. 34

⁴¹ BayObLG FamRZ 2005, 541

⁴² BayObLG FamRZ 2004, 397

⁴³ Bamberger/*Roth/Enders* BGB § 1748 Rn. 12

⁴⁴ jurisPK-SGB VIII/*Reinhardt* § 51 Rn. 15

⁴⁵ LG Bochum, Beschluss vom 21.10.2011 – I-7 T 104/09 = juris, Rn. 21 mwN

⁴⁶ Wiesner/*Oberloskamp* SGB VIII § 51 Rn. 8

⁴⁷ BayObLG FamRZ 2005, 541; Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 26 mwN

kann dies Gleichgültigkeit nicht ausschließen. Wird die Einwilligung verweigert, da der Elternteil Kontakt mit dem Kind haben möchte, unterbleiben aber Versuche der Kontaktabbau ohne nachvollziehbare Gründe, so weist dies auf Gleichgültigkeit hin, zumal eine offene Adoptionsform gewählt werden kann. Ist der Elternteil grundsätzlich bereit, seine Einwilligung in die Adoption zu erteilen, unterlässt dies aber aus Teilnahmslosigkeit, oder wenn der Vater seine Vaterschaft ernsthaft bestreitet, ohne die Anfechtung zu betreiben, so liegt in diesen Fällen gleichfalls Gleichgültigkeit vor.⁴⁸ Verletzungen der Unterhaltspflicht sind ohne Gefährdung des Kindeswohls zwar keine gröblich anhaltende Pflichtverletzung, aber weisen auf Gleichgültigkeit hin.⁴⁹

d) Einsichtsfähigkeit

Im Wortlaut der Vorschrift ist die Einsichtsfähigkeit nicht enthalten. Trotzdem ist für das Vorliegen einer gröblichen Pflichtverletzung oder von Gleichgültigkeit erforderlich, dass der Elternteil ein gewisses Maß an Einsichtsfähigkeit für die elterlichen Pflichten besitzt.⁵⁰ Eine solche Einsichtsfähigkeit ist beispielsweise dann gegeben, wenn dem Elternteil bewusst ist, welches Handeln erforderlich ist, um elterliche Pflichten zu erfüllen.

e) Unverhältnismäßiger Nachteil

Das Unterbleiben der Annahme muss dem Kind zu einem unverhältnismäßigen Nachteil reichen. Im Rahmen dieser Prüfung bedürfen die Eltern- und Kindesinteressen einer umfassenden Abwägung.⁵¹ Die Annahme muss die Lebensverhältnisse des Kindes insgesamt entscheidend verbessern.⁵² Eine harmonische und lebensstüchtige Familiengemeinschaft ist für die Entwicklung eines Kindes unerlässlich.⁵³ Auch wenn Pflegeeltern bereit sind, das Kind ohne Adoption bei sich zu behalten, so ist trotzdem von einem unverhältnismäßigen Nachteil auszugehen.⁵⁴ Mithin liegt auch bei langem Aufenthalt in der Pflegefamilie ein unverhältnismäßiger Nachteil vor.⁵⁵ Indes kann sich eine Verunsicherung des Kindes über die Geborgenheit in der Pflegefamilie schädigend auswirken und einen unverhältnismäßigen Nachteil begründen.⁵⁶

Bleiben hingegen die tatsächlichen Lebensverhältnisse des Kindes durch die Adoption unverändert, da das Kind schon wohlbehütet und gut versorgt in der Familie des Stiefvaters aufwächst, so wird nach herrschender Meinung vertreten, dass eben aus diesem Grund kein unverhältnismäßiger Nachteil vorliege.⁵⁷ Auch die Zuordnung eines zuverlässigen Unterhaltspflichtigen vermag nicht die Annahme eines unverhältnismäßigen Nachteils zu rechtfertigen.⁵⁸ Der Erwerb des Familiennamens kann auf andere Weise herbeigeführt werden und

⁴⁸ BT-Drs. 7/421, 8

⁴⁹ FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 8 mwN

⁵⁰ LG Bochum, Beschluss vom 21.10.2011 – I-7 T 104/09 = juris, Rn. 29; MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 13; Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 25 Palandt/Götz BGB § 1748 Rn. 3; NK-BGB/Dahm § 1748 Rn. 26

⁵¹ LG Bochum, Beschluss vom 21.10.2011 – I-7 T 104/09 = juris, Rn. 34; Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 38; MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 37; Bamberger/Roth/Enders BGB § 1748 Rn. 17.1

⁵² LG Bochum, Beschluss vom 21.10.2011 – I-7 T 104/09 = juris, Rn. 34; Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 39; Palandt/Götz BGB § 1748 Rn. 6; MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 37

⁵³ Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 41

⁵⁴ Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 42 mwN; MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 43

⁵⁵ MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 42

⁵⁶ Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 42; MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 42

⁵⁷ Vgl. Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 45; ebenso MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 48

⁵⁸ MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 44; Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 45; Palandt/Götz BGB § 1748 Rn. 6; Bamberger/Roth/Enders BGB § 1748 Rn. 19.1

ergibt auch keinen Ersetzungsgrund.⁵⁹ Die Gleichstellung des Kindes mit einem Geschwisterkind in der Familie und die rechtliche Absicherung im Verhältnis zum Stiefvater reichen ebenfalls nicht aus, um den Eingriff in das Elternrecht zu rechtfertigen.⁶⁰ In den meisten Fällen der Stiefkindadoption wird aus den aufgezeigten Gründen kein unverhältnismäßiger Nachteil vorliegen. Die psycho-soziale Entwicklung kann im Einzelfall überwiegen.⁶¹ Dafür ist erforderlich, dass ein besonders schweres Fehlverhalten des Elternteils vorliegt.⁶²

f) Abgrenzung zwischen Gleichgültigkeit und anhaltend gröblicher Pflichtverletzung

Mitunter liegt in einer anhaltend gröblichen Pflichtverletzung auch Gleichgültigkeit gegenüber dem Kind vor. Gleichgültigkeit und anhaltend gröbliche Pflichtverletzung sind daher voneinander abzugrenzen, insbesondere, da es bei Vorliegen von Gleichgültigkeit einer Belehrung durch das Jugendamt nach Maßgabe des § 51 SGB VIII bedarf (§ 1748 Abs. 2 S. 1 BGB). Abzugrenzen sind die Begriffe daran, ob die Möglichkeit besteht und die Fähigkeit des Elternteils vorhanden ist, durch eine Änderung seines Verhaltens erneut ein Eltern-Kind-Verhältnis zu erzeugen.⁶³ Besteht die Möglichkeit eines erneuten Aufbaus eines Eltern-Kind-Verhältnisses, liegt Gleichgültigkeit vor.

g) Antrag

Nach § 1748 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgt die Ersetzung auf Antrag des Kindes. Vor Vollendung des 14. Lebensjahres des Kindes ist der Antrag durch den gesetzlichen Vertreter des Kindes zu stellen. Selbiges gilt nach Vollendung des 14. Lebensjahres bei Geschäftsunfähigkeit des Kindes. Das geschäftsfähige Kind, welches das 14. Lebensjahr vollendet hat, kann den Antrag selbst stellen (§ 60 FamFG); eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist dafür nicht erforderlich.⁶⁴ Ist es zum Schutz der Interessen des Kindes erforderlich, so kann das Gericht dem Kind einen Verfahrensbeistand bestellen (§ 191 FamFG). In Einzelfällen kann es angezeigt sein, Ergänzungspflegschaft einzurichten.

3. Zweck der Belehrung (Satz 1)

Im Verfahren zur Ersetzung hat das zuständige Jugendamt in den Fällen, in denen Gleichgültigkeit vorliegt, die nicht zugleich eine anhaltend gröbliche Pflichtverletzung ist, den betroffenen Elternteil zu belehren (§ 51 Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Die Belehrung über die Ersetzung soll verhindern, dass die Elternteile von der Ersetzung überrascht werden.⁶⁵ Das Verbleiben des Kindes in der Familie soll ermöglicht werden.⁶⁶ Insbesondere die innere Einstellung und das Verhalten des Elternteils sollen sich durch die Belehrung verändern. Möglicherweise nimmt der Elternteil das eigene Verhalten nicht als Gleichgültigkeit wahr, gerade deshalb kann die Belehrung zu einer zutreffenden Auffassung des eigenen Verhaltens beitragen und damit auch zu einer Änderung des gleichgültigen Verhaltens. In der Praxis führt dies allerdings selten zu Änderungen des gleichgültigen Verhaltens. Insbesondere bei problematischen

⁵⁹ Vgl. Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 45

⁶⁰ Bamberger/Roth/Enders BGB § 1748 Rn. 19.1; NK-BGB/Dahm § 1748Rn. 18

⁶¹ Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 45 mwN

⁶² MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 48 mwN

⁶³ NK-BGB/Dahm § 1748 Rn. 30; MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 6; Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 29

⁶⁴ MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 68; Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 64

⁶⁵ BT-Drs. 7/421, 9

⁶⁶ MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 21

Familienkonstellationen kann die Belehrung häufig wenig an der inneren Einstellung gegenüber dem Kind bewirken.

4. Inhalt der Belehrung (Satz 2)

Zum Inhalt der Belehrung normiert das Gesetz lediglich, dass das Jugendamt den Elternteil darauf hinzuweisen hat, dass die Einwilligung erst nach Ablauf von drei Monaten nach der Belehrung ersetzt werden kann. Zur Vermeidung einer Abwehrhaltung des betroffenen Elternteils sah der historische Gesetzgeber vor, dass die Frist nicht vom Jugendamt gesetzt wird, sondern kraft Gesetzes mit der Belehrung beginnt; als ausreichend wurde ein Hinweis des Jugendamts auf die Frist erachtet.⁶⁷ Weitere Vorschriften über die Form und den weiteren Inhalt der Belehrung sind dem Gesetz nicht zu entnehmen. Eine Aufforderung zur Kontaktaufnahme mit dem Jugendamt entspricht nicht einer hinreichenden Belehrung.⁶⁸ Schon aus der ratio legis ergibt sich, dass der Elternteil regelmäßig über die rechtlichen Folgen der Gleichgültigkeit zu belehren ist.⁶⁹ Es ist zu erklären, warum Gleichgültigkeit des betreffenden Elternteils angenommen wird⁷⁰ und warum ein Unterbleiben der Annahme dem Kind zu einem unverhältnismäßigen Nachteil gereicht.⁷¹ Der betroffene Elternteil muss die Belehrungsinhalte nachvollziehen können.⁷² Daher ist bei mündlicher Belehrung zu empfehlen, die Gesprächsinhalte nicht mit juristischen Fachbegriffen zu überfrachten und auf die wesentlichen Punkte abzuheben. In der Beratung ist dann vertieft nach Hilfemaßnahmen zu suchen, das Geschehene zu analysieren und Ausweichstrategien aufzuzeigen. Belehrungen, die nicht auf die Beseitigung der Gleichgültigkeit abstellen, sondern mit der die Eltern lediglich von der Erforderlichkeit der Adoption überzeugt werden sollen, entsprechen nicht den gesetzlichen Vorgaben.⁷³

5. Form

Das Gesetz sieht keine bestimmte Form der Belehrung vor. Dem zuständigen Jugendamt verbleibt daher die Gestaltung der Form der Belehrung. Die Belehrung hat juristischen Charakter⁷⁴ und kann unabhängig von der Beratung erfolgen und umgekehrt. Es bietet sich jedoch aus Gründen der Verfahrensökonomie an, beides miteinander zu verbinden. Erfolgt die Belehrung mündlich, sollte das Jugendamt die Gesprächsinhalte verschriftlichen und sich durch den betroffenen Elternteil unterzeichnen lassen. Wird die Kooperation seitens des Elternteils verweigert, ist regelmäßig eine schriftliche Belehrung ausreichend.⁷⁵ In der Praxis wird die Belehrung vornehmlich auf dem Schriftweg vorgenommen. Eine Zustellung per Postzustellungsurkunde ist dabei der zu wählende Weg.⁷⁶ Der Zeitpunkt der Belehrung ist aktenkundig zu machen.⁷⁷ Lebt der zu belehrende Elternteil im Ausland bzw. ist dieser der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig, muss regelmäßig eine Übersetzung in die entsprechende

⁶⁷ BT-Drs. 7/421, 10

⁶⁸ jurisPK-SGB VIII/Reinhardt § 51 Rn. 26

⁶⁹ Erman/Saar BGB § 1748 Rn. 10; Bamberger/Roth/Enders BGB § 1748 Rn. 13

⁷⁰ Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 13; FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 23; jurisPK-SGB VIII/Reinhardt § 51 Rn. 25

⁷¹ Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 13; LPK-SGB VIII/Röchling § 51 Rn. 32; FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 21

⁷² Bamberger/Roth/Enders BGB § 1748 Rn. 15; jurisPK-SGB VIII/Reinhardt § 51 Rn. 25

⁷³ FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 3 mwN

⁷⁴ Bamberger/Roth/Enders BGB § 1748 Rn. 13.1

⁷⁵ Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 32; Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 16

⁷⁶ Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 16

⁷⁷ Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 14

Sprache vorgenommen bzw. ein Dolmetscher zum Gespräch hinzugezogen werden. Die Kostentragung ist nach § 19 SGB X zu ermitteln.

6. Zeitpunkt

Dadurch, dass die Belehrung zwingende Voraussetzung der Ersetzung ist, muss die Belehrung regelmäßig vor der Entscheidung über die Ersetzung erfolgen. In der Literatur wird vertreten, dass die Belehrung so frühzeitig wie möglich zu erfolgen habe,⁷⁸ auch schon innerhalb der 8-Wochen-Frist (§ 1747 Abs. 2 BGB).⁷⁹ Im Grundsatz ist dem nicht zu widersprechen. Insbesondere unter Kindeswohlaspekten kann ein solches Vorgehen geboten sein. Die Belehrung ist allerdings nur in Fällen der Gleichgültigkeit durchzuführen; dafür ist erforderlich, dass eine gesicherte Prognose über das Vorliegen dieser Voraussetzung abgegeben werden kann. In Fällen, in denen die Belehrung schon während der 8-Wochen-Frist vorgenommen werden soll, wird sich die Prognose schwierig gestalten. Ferner laufen die Fristen erst fünf Monate nach der Geburt des Kindes ab (§ 51 Abs. 1 S. 4 SGB VIII). Daher kann zwar schon während der 8-Wochen-Frist belehrt werden, allerdings ändert dies nichts am Zeitpunkt des Fristablaufs.

Die Ersetzung wird nur auf Antrag des Kindes vorgenommen. Ein intensiver Belehrungs- und Beratungsprozess erscheint daher nur dann sinnvoll, wenn tatsächlich auch ein Antrag gestellt wurde. Durch den zwingenden Charakter der Belehrung als materielle Voraussetzung der Ersetzung im Fall der Gleichgültigkeit wird das Gericht regelmäßig das Jugendamt im Rahmen seiner Amtsermittlung (§ 26 FamFG) auffordern, die Belehrung vorzunehmen, wenn dies nicht schon geschehen ist. Verfahrensökonomisch ist es also wenig zielführend, bei unzureichenden Verdachtsmomenten eine Belehrung und Beratung durchzuführen. Fordert das Gericht das Jugendamt auf, die Belehrung vorzunehmen, ist es häufig ausreichend, erst zu diesem Zeitpunkt den betroffenen Elternteil zu belehren. Ohne zureichenden Grund entspricht die Belehrung nicht den Anforderungen, deshalb setzen „Vorratsbelehrungen“ die 3-Monatsfrist nicht in Gang.⁸⁰

7. Entbehrlichkeit der Belehrung (Satz 3)

Das Gesetz sieht einen Ausnahmetatbestand vor; in diesen Fällen ist eine Belehrung durch das Jugendamt nicht erforderlich. Dies ist der Fall, wenn der Elternteil seinen Aufenthaltsort ohne Hinterlassung seiner neuen Anschrift gewechselt hat und der Aufenthaltsort vom Jugendamt während eines Zeitraums von drei Monaten trotz angemessener Nachforschungen nicht ermittelt werden konnte (§ 51 Abs. 1 S. 3 Hs. 1 SGB VIII). Der Wortlaut von § 51 Abs. 1 S. 3 SGB VIII ist mit § 1748 Abs. 2 S. 2 BGB identisch. Teilweise wird vertreten, dass dieses Verhalten auf eine besonders krasse Gleichgültigkeit hindeutet.⁸¹ Dabei wird verkannt, dass der Elternteil das Unterbleiben der Belehrung zwar zu vertreten hat, trotzdem darf Gleichgültigkeit nicht ohne weiteres unterstellt werden, sondern ist vom Richter gesondert zu prüfen.⁸² Erforderlich und angemessen sind in der Regel Erkundigungen bei den Bürger- und Ordnungsämtern, Krankenkassen und anderen Sozialversicherern, Arbeitsämtern und sonstigen Behörden, Standesämtern und Gerichten, in der Nachbarschaft, am früheren Arbeitsplatz, bei der Post,

⁷⁸ jurisPK-SGB VIII/Reinhardt § 51 Rn. 27; Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 14; FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 19; LPK-SGB VIII/Röchling § 51 Rn. 33; Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 31

⁷⁹ Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 14; FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 19; Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 31

⁸⁰ MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 27

⁸¹ Etwa Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 17; Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 32

⁸² BT-Drs. 7/421, 10

usw., bei ausländischen Staatsangehörigen auch beim Ausländerzentralregister und mitunter im Herkunftsland.⁸³ Kurz gesagt hat das Jugendamt alle ordnungsbehördlichen Maßnahmen auszuschöpfen und allen Hinweisen und Informationen nachzugehen.⁸⁴ Insofern unterscheidet sich der Ermittlungsrahmen von den Vorgaben des § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB nicht.⁸⁵ Solange Ersetzungsentscheidung noch keine Rechtskraft erlangt hat und der Aufenthaltsort des Elternteils wieder bekannt wird, so ist die Belehrung auch im Beschwerdeverfahren noch nachzuholen.⁸⁶ Also auch nach Ablauf der Aufenthaltsermittlungsfrist von drei Monaten ist nach Bekanntwerden des Aufenthalts des Elternteils eine Belehrung vorzunehmen, sofern noch keine rechtskräftige Entscheidung erlassen wurde. Lediglich die Ermittlungspflicht des Jugendamts endet mit Ablauf der dreimonatigen Ermittlungsfrist.

Es wird diskutiert, ob eine Belehrung erforderlich ist, wenn von vornherein klar ist, dass eine Verhaltensänderung nicht in Betracht kommt.⁸⁷ Eine Belehrung ist auch in diesen Fällen erforderlich, hinreichende Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere sieht das Gesetz eben nur einen Ausnahmetatbestand vor, und das grundrechtlich geschützte Elternrecht gebietet eben dieses Vorgehen. Die Belehrung kann nicht ausnahmsweise unterbleiben.⁸⁸ Bei problematischem Umgang mit dem Elternteil wird indes eine schriftliche Belehrung ausreichen. Besteht anwaltliche Vertretung oder Betreuung eines Elternteils, so sind diese Personen zu belehren, da deren Aufenthalt bekannt ist.⁸⁹

Trenczek ist der Meinung, die Pflicht zur Belehrung besteht auch im Hinblick auf einen nach §§ 1747 Abs. 1, 1600d Abs. 2 S. 1 BGB nur vermuteten biologischen Vater.⁹⁰ Diese Ansicht kann nicht geteilt werden, da der Wortlaut des § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB konkreten Bezug auf § 1748 Abs. 4 BGB nimmt und in den Fällen des § 1748 Abs. 4 BGB eben keine Belehrung durch das Jugendamt zu erfolgen hat. Die Beratung über die Rechte des genetischen Vaters nach § 51 Abs. 3 SGB VIII bleibt davon unberührt.

Reinhardt möchte von der Belehrung absehen, wenn durch diese eine für Leib und Leben der Mutter gefährliche Situation ausgelöst wird, etwa wenn bei Bekanntwerden der Schwangerschaft bzw. Geburt massive körperliche oder psychische Gewalt oder sogar ein Ehrenmord zu befürchten ist.⁹¹ In den genannten Fällen wird von vornherein eine Ersetzung (und damit eine Belehrung) nicht in Frage kommen; die Rechtsprechung erachtet in diesen Fällen die Einwilligung auch ohne Ersetzung für entbehrlich.

Unterbleibt die Belehrung, stellt dies keinen Aufhebungsgrund für die Annahme als Kind dar (§ 1761 Abs. 1 BGB). Der Ersetzungsbeschluss ist allerdings aus diesem Grund mit dem Rechtsmittel der Beschwerde angreifbar. Ferner kann dies dienstrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen oder zu Amtshaftungsansprüchen führen.

⁸³ FK-SGB VIII/*Trenczek* § 51 Rn. 20

⁸⁴ Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 32; Wiesner/*Oberloskamp* SGB VIII § 51 Rn. 17; FK-SGB VIII/*Trenczek* § 51 Rn. 19

⁸⁵ NK-BGB/*Dahm* § 1748 Rn. 49

⁸⁶ GK-SGB VIII/*Fieseler* § 51 Rn. 6 mwN

⁸⁷ Dafür: Staudinger/*Frank* BGB § 1748 Rn. 32 mwN; dagegen: MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 31

⁸⁸ BVerfG FamRZ 2003, 1448; BayObLG, Beschluss vom 02.08.1982 - BReg. 1 Z 67/82 = BeckRS 2010, 15415

⁸⁹ NK-BGB/*Dahm* § 1748 Rn. 47 mwN; LPK-SGB VIII/*Röchling* § 51 Rn. 34 mwN

⁹⁰ FK-SGB VIII/*Trenczek* § 51 Rn. 20

⁹¹ jurisPK-SGB VIII/*Reinhardt* § 51 Rn. 30 mit Rechtsprechungsnachweisen in Fn. 65. Allerdings wird bei den Rechtsprechungsnachweisen verkannt, dass sich diese ausschließlich auf die Ersetzung als solches beziehen und die Einwilligung ohne Ersetzung für entbehrlich halten.

8. Fristen (Satz 4)

Innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Belehrung hat der Elternteil die Möglichkeit, eine Änderung seines Verhaltens gegenüber dem Kind zu beweisen.⁹² Die Frist beginnt mit der ersten auf die Belehrung oder auf die Ermittlung des Aufenthaltsorts gerichteten Handlung des Jugendamts (§ 51 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 SGB VIII). Wird der Aufenthaltsort eines Elternteils während oder nach der Aufenthaltsermittlungsfrist bekannt, so ist dann die Belehrung nachzuholen, und die Drei-Monats-Frist zur Änderung des Verhaltens beginnt erst dann. Die Frist zur Aufenthaltsermittlung beginnt mit der ersten Ermittlungshandlung des Jugendamts. Alle Ermittlungsversuche sind daher unbedingt aktenkundig zu machen. Ebenso verhält es sich mit der Belehrung. Um Rechtssicherheit zu schaffen, kann das Gericht in einer nicht anfechtbaren Zwischenentscheidung den Fristbeginn festsetzen. Wird dieser Weg gewählt, so ist die Entscheidung den Beteiligten bekannt zu geben.⁹³ Die Fristen laufen frühestens fünf Monate nach der Geburt des Kindes ab (§ 51 Abs. 1 S. 4 SGB VIII).

III. Beratung nach Absatz 2

1. Anwendungsbereich

Die Beratung nach § 51 Abs. 2 SGB VIII setzt eine Belehrung nach Abs. 1 voraus. Daher ist eine Beratung im Ersetzungsverfahren nur vorzunehmen, wenn ein Fall der Gleichgültigkeit vorliegt. Insofern gelten die Ausführungen zum Anwendungsbereich des Abs. 1 entsprechend. Eine Belehrung kann auch ohne Beratung erfolgen. Dies ergibt sich aus der Ausgestaltung der Norm als Soll-Vorschrift.⁹⁴ Ferner handelt es sich aus demselben Grund nicht um eine zwingende Ersetzungsvoraussetzung. Der Wortlaut des § 1748 Abs. 2 BGB vermittelt den Eindruck, die Beratung wäre ebenfalls eine zwingende Voraussetzung der Ersetzung. Allerdings handelt es sich um ein Redaktionsversehen. Trotz des anderslautenden Wortlauts ist die Beratung keine zwingende Ersetzungsvoraussetzung.⁹⁵ Es besteht ein Rechtsanspruch auf die Belehrung, sofern die Beratung an sich nicht entbehrlich ist⁹⁶ (näher dazu unten). Die Beratung ist nach § 64 SGB X kostenlos abzugeben.

2. Beratung über Hilfen (Satz 1)

Das Jugendamt soll den Elternteil mit der Belehrung nach § 51 Abs. 1 SGB VIII über Hilfen beraten, die die Erziehung des Kindes in der eigenen Familie ermöglichen könnten (§ 51 Abs. 2 S. 1 SGB VIII). Die Beratungspflicht erfasst sowohl die Fälle, in denen das Kind noch in der Herkunftsfamilie lebt, als auch den Fall, in dem die Situation der Herkunftsfamilie eine Rückführung dorthin erlaubt.⁹⁷ Beratungen, die die Eltern lediglich von der Erforderlichkeit der Adoption überzeugen sollen, erfüllen dieses Erfordernis nicht.⁹⁸ Der Wortlaut schließt Hilfen außerhalb der eigenen Familie aus (deshalb kann auch nicht über Fremdunterbringung beraten werden).

⁹² MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 21; Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 31; NK-BGB/Dahm § 1748 Rn. 32; Bamberger/Roth/Enders BGB § 1748 Rn. 13

⁹³ MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 28

⁹⁴ Vgl. dazu Jans/Happe/Saubier SGB VIII § 51 Rn. 38b

⁹⁵ Dazu im Detail: Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 26 mwN

⁹⁶ jurisPK-SGB VIII/Reinhardt § 51 Rn. 39; FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 23

⁹⁷ BT-Drs. 11/5948, 89; FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 24

⁹⁸ Staudinger/Frank BGB § 1748 Rn. 35 mwN

Insbesondere wenn die Gleichgültigkeit der Eltern auf einer seelischen oder wirtschaftlichen Notlage beruht, muss versucht werden, in der Beratung Möglichkeiten zur Beseitigung dieser Notlage aufzuzeigen.⁹⁹ Die Beratung muss fachlich fundiert realistische Möglichkeiten des Verbleibens des Kindes in der eigenen Familie aufzeigen.¹⁰⁰ Um dies zu erreichen, ist es erforderlich, dass die Fachkräfte die Ursachen des gleichgültigen Verhaltens mit dem betroffenen Elternteil versuchen zu ergründen, um daraus einen Hilfebedarf zu ermitteln. Danach soll über geeignete Jugendhilfeleistungen und andere Sozialleistungen beraten werden.¹⁰¹ Allgemeingültige Aussagen über die passenden Hilfen lassen sich nicht treffen. Die Betrachtung ist immer einzelfallabhängig. Es soll verdeutlicht werden, welche Auswirkungen die Gleichgültigkeit auf das Kind hat.¹⁰² Die Beratung muss so gestaltet werden, dass der beratene Elternteil die Inhalte dezidiert nachvollziehen kann.¹⁰³

3. Form und Zeitpunkt

Dem Gesetz ist keine Formvorschrift zur Beratung zu entnehmen. Allerdings sollte die Beratung in Form eines persönlichen Gesprächs erfolgen.¹⁰⁴ Wie im Fall der mündlichen Belehrung bietet es sich an, im Hinblick auf die Mitteilungspflicht nach § 51 Abs. 2 S. 4 SGB VIII alle Schritte und Ergebnisse zu verschriftlichen, aktenkundig zu machen und sich vom beratenen Elternteil unterschreiben zu lassen. Allgemein gehaltene Merkblätter an den betroffenen Elternteil zu überreichen, erfüllt nicht den Zweck der Beratung und ist daher nicht zulässig. Zwar dürfen Merkblätter eingesetzt werden; deren Aushändigung wird indes nur zur Klärung einfachster Rechtsfragen oder für einen allgemeinen Überblick ausreichen.¹⁰⁵ Verweigert der Elternteil jegliche Kooperation oder bringt konkret zum Ausdruck, dass die Beratung nicht gewünscht ist, so wird es faktisch unmöglich sein, die Beratung mündlich durchzuführen. In diesen Fällen könnte es ausreichen, schriftlich zu beraten bzw. die Beratung entfallen zu lassen. Da die Beratung regelmäßig von der Belehrung abhängt, gelten die obigen Ausführungen zum Zeitpunkt der Belehrung für die Beratung entsprechend.

4. Entbehrlichkeit der Beratung (Satz 2)

Einer Beratung bedarf es insbesondere nicht, wenn das Kind seit längerer Zeit bei den Annehmenden in Familienpflege lebt und bei seiner Herausgabe an den Elternteil eine schwere und nachhaltige Schädigung des körperlichen und seelischen Wohlbefindens des Kindes zu erwarten ist (§ 51 Abs. 2 S. 2 SGB VIII). Dabei ist auf das zeitliche Empfinden des Kindes abzustellen.¹⁰⁶ Die Beurteilung einer schweren und nachhaltigen Schädigung des körperlichen und seelischen Wohlbefindens des Kindes ist immer einzelfallabhängig vorzunehmen.

Diese Regelung stellt einen gewissen Schlußschluss zur Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB dar. Danach kann das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag der Pflegeperson anordnen, dass das Kind bei der Pflegeperson verbleibt, wenn das Kind seit längerer Zeit in Familienpflege lebt, die Eltern das Kind von der Pflegeperson wegnehmen wollen und das Kindeswohl durch die Wegnahme gefährdet würde. In diesen Fällen kann eine Beratung un-

⁹⁹ BT-Drs. 7/421, 11

¹⁰⁰ Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 22 mwN

¹⁰¹ Ähnlich: BT-Drs. 7/421, 11; jurisPK-SGB VIII/Reinhardt § 51 Rn. 40; Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 22; FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 24; vgl. dazu auch Aufzählung in: MüKoBGB/Maurer § 1748 Rn. 26

¹⁰² LPK-SGB VIII/Röchling § 51 Rn. 38

¹⁰³ NK-BGB/Dahm § 1748 Rn. 42

¹⁰⁴ MüKoBGB/Tillmanns SGB VIII § 51 Rn. 3

¹⁰⁵ jurisPK-SGB VIII/Reinhardt § 51 Rn. 40

¹⁰⁶ Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 28; Jans/Happe/Saurbier SGB VIII § 51 Rn. 42

terbleiben, da durch die Beratung dem Elternteil dann keine Hoffnung auf eine baldige Rückkehr des Kindes in die Familie gemacht werden soll.¹⁰⁷ Denn eine Verbleibensanordnung kann auch bei Adoptionspflege getroffen werden.¹⁰⁸

Aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ ergibt sich, dass es sich bei § 51 Abs. 2 S. 2 SGB VIII nicht um eine abschließende Aufzählung handelt. Ist eine Belehrung (s. o. II. 7.) entbehrlich, so ist auch keine Beratung erforderlich.¹⁰⁹ In anderen Fällen muss ein Vorrang der Interessen des Kindes gegenüber den Interessen der Eltern bestehen.¹¹⁰ Lässt der Elternteil jegliches Interesse trotz mehrmaliger Beratungsversuche vermissen, ist die Beratung gleichfalls entbehrlich.¹¹¹ Ist zu vermuten, dass die Beratung nicht fruchten wird, kann trotzdem nicht auf diese verzichtet werden. Dies würde der gesetzgeberischen Intention der Beratung zuwiderlaufen. Befindet sich der Elternteil im Ausland und ist dessen Aufenthalt bekannt, so sollte versucht werden, den Elternteil etwa telefonisch oder schriftlich zu beraten. Scheitern diese Versuche, so ist eine Beratung gleichfalls entbehrlich.

Unterbleibt die Beratung, stellt dies keinen Aufhebungsgrund für die Annahme als Kind dar (§ 1761 Abs. 1 BGB). Allerdings kann dies dienstrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen oder zu Amtshaftungsansprüchen führen.

5. Informationspflichten des Jugendamts gegenüber dem Gericht (Satz 3)

Das Jugendamt hat dem Familiengericht im (Ersetzungs-) Verfahren mitzuteilen, welche Leistungen erbracht oder angeboten worden sind oder aus welchem Grund davon abgesehen wurde (§ 51 Abs. 2 S. 3 SGB VIII). Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, alle Beratungsergebnisse bzw. Angebote zu verschriftlichen und sich durch den Elternteil gegenzeichnen zu lassen. Das Jugendamt kann denklogisch nur über die in Inanspruchnahme eigener Hilfeleistungen berichten. Beantragt der betroffene Elternteil etwa aufgrund der Beratung Sozialleistungen eines anderen Trägers, so kann das Jugendamt darüber in der Regel keine Auskunft geben. Das Gericht wird daher regelmäßig im Rahmen der Anhörung der Beteiligten auch den betroffenen Elternteil zu erbrachten Leistungen zu befragen haben. Auch wenn eine Beratung unterblieb, besteht trotzdem die Mitteilungspflicht.¹¹² Sinn und Zweck des Satzes 3 ist, dem Familiengericht einen Überblick zu verschaffen, ob die Gleichgültigkeit trotz Beratung und Belehrung noch vorliegt. Insbesondere zur Begründung der Ersetzungsentcheidung spielen die Einlassungen des Jugendamts in diesem Rahmen eine zentrale Rolle.

Man könnte davon ausgehen, dass die Mitteilung auch im Rahmen der fachlichen Äußerung (§ 189 FamFG) abgegeben werden könnte. Dies ist insofern nicht zutreffend, da die fachliche Äußerung lediglich die Annahme als Kind zum Gegenstand hat, nicht hingegen die Ersetzung der Einwilligung. Nach § 194 FamFG hat das zuständige Gericht das Jugendamt in Adoptionssachen anzuhören. Im Rahmen dieser Anhörung kann die Mitteilung nach § 51 Abs. 2 S. 3 SGB VIII erfolgen. Die Anhörung kann schriftlich oder mündlich erfolgen.

¹⁰⁷ BT-Drs. 11/5948, 89

¹⁰⁸ OLG Brandenburg FamRZ 2000, 1038; Palandt/Götz BGB § 1632 Rn. 13

¹⁰⁹ jurisPK-SGB VIII/Reinhardt § 51 Rn. 44

¹¹⁰ Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 29

¹¹¹ Bamberger/Roth/Enders BGB § 1748 Rn. 16.1; FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 26

¹¹² MüKoBGB/Tillmanns SGB VIII § 51 Rn. 6; FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 28

IV. Beratung nach Absatz 3

1. Anwendungsbereich

Steht nicht miteinander verheirateten Eltern die elterliche Sorge nicht gemeinsam zu, so hat das Jugendamt den Vater bei der Wahrnehmung seiner Rechte nach § 1747 Abs. 1 und 3 BGB zu beraten (§ 51 Abs. 3 SGB VIII). Nur unter diesen Voraussetzungen ist eine Beratung erforderlich (zu den Voraussetzungen s. u.). Die Beratung in diesen Fällen soll den Vater bzw. Vaterschaftsprätendent über seine Rechte und Möglichkeiten sowie deren Auswirkungen in Kenntnis setzen. Es muss verdeutlicht werden, dass die übergeordnete Rolle dem Wohl des Kindes zukommen sollte.¹¹³ Es darf nicht nur die Rechtslage thematisiert werden, vielmehr soll die Lebenssituation durchleuchtet und eine gemeinsame Abwägung der verschiedenen Handlungsalternativen getroffen werden.¹¹⁴ Der Vater bzw. Vaterschaftsprätendent ist ebenfalls auf die Ersetzung nach § 1748 Abs. 4 BGB hinzuweisen.¹¹⁵

Es besteht ein Rechtsanspruch auf die Beratung gegenüber dem Jugendamt.¹¹⁶ Für den Vater (nicht den Vaterschaftsprätendenten) ergibt sich ein zusätzlicher Beratungsanspruch gegenüber der örtlichen Adoptionsvermittlungsstelle aus § 9 Abs. 1 AdVermiG. Die Beratung ist nach § 64 SGB X kostenlos abzugeben.

a) Vater

Die Beratung betrifft die Rechte des Vaters. Deshalb ist zu bestimmen, wer als Vater anzusehen ist. Die Vaterschaft eines Kindes bestimmt sich nach § 1592 BGB. Gem. § 1592 Nr. 1 BGB ist der Vater eines Kindes der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist. In diesen Konstellationen ist eine Beratung nach § 51 Abs. 3 SGB VIII von vornherein ausgeschlossen, sofern sich der Vater nicht von der Mutter scheiden ließ, und die elterliche Sorge steht ihnen nicht gemeinsam zu.

Andernfalls ist derjenige Vater des Kindes, der die Vaterschaft anerkennt (§ 1592 Nr. 2 BGB). Die Vaterschaftsanerkennung ist nur wirksam mit Zustimmung der Mutter (§ 1595 Abs. 1 BGB). Beides muss in öffentlich beurkundeter Form erfolgen (§ 1597 Abs. 1 BGB). Die Anerkennung und Zustimmung können bei jedem Jugendamt beurkundet werden (§§ 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 87e SGB VIII). Solange die rechtliche Vaterschaft eines anderen Mannes besteht, kann die Vaterschaft nicht anerkannt werden (§ 1594 Abs. 2 BGB). Unproblematisch sind bewusst wahrheitswidrige Vaterschaftsanerkenntnisse; diese entfalten trotzdem ihre Wirkung.¹¹⁷ Ferner sind diese nicht strafbewehrt. Die Anerkennung der Vaterschaft kann schon vor der Geburt stattfinden (§ 1594 Abs. 4 BGB). In diesen Fällen kann eine Beratung erforderlich sein.

Nach § 1592 Nr. 3 BGB gilt ferner als Vater der Mann, dessen Vaterschaft nach § 1600d BGB oder § 182 Abs. 1 FamFG gerichtlich festgestellt ist. Zur Vaterschaftsanfechtung ist genetische Verwandtschaft zum Kind erforderlich. Insbesondere sind die Anfechtungsberechtigung (§ 1600 BGB) und die Anfechtungsfristen (§ 1600b BGB) zu berücksichtigen. Denklogisch kann in Fällen mit eingetragenen Lebenspartnerschaften nur ein Lebenspartner das

¹¹³ MüKoBGB/Tillmanns SGB VIII § 51 Rn. 7

¹¹⁴ FK-SGB VIII/Trenczek § 51 Rn. 30

¹¹⁵ So auch etwa: MüKoBGB/Maurer § 1747 Rn. 45; Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 45

¹¹⁶ jurisPK-SGB VIII/Reinhardt § 51 Rn. 46 mwN

¹¹⁷ Palandt/Götz BGB § 1598 Rn. 2 mwN

Vaterschaftsanfechtungsverfahren betreiben. Co-Vaterschaft ist nach deutschem Recht bisher nicht zulässig.¹¹⁸

b) Vaterschaftsprätendent

Nach § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB gilt als Vater (Vaterschaftsprätendent) im Sinne der §§ 1747 Abs. 1 S. 1, 1748 Abs. 4 BGB, wer die Voraussetzung des § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB glaubhaft macht, sofern kein anderer Mann nach § 1592 BGB als Vater anzusehen ist. Auch ein Samenspender ist von der Regelung des § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB erfasst und gilt daher, wenn er die Voraussetzung des § 1600b Abs. 2 S. 1 BGB geltend macht, als Vaterschaftsprätendent.¹¹⁹ In diesen Fällen kann es aus der ratio legis heraus nicht auf die tatsächliche Beiwohnung ankommen. Der potentielle leibliche Vater wie auch der Samenspender sind von der Adoption in Kenntnis zu setzen, sofern diese nicht auf ihr grundrechtlich geschütztes Interesse verzichtet haben oder schon auf andere Weise von dem Verfahren Kenntnis erlangt haben.¹²⁰ Im gerichtlichen Verfahren wird der vermeintliche Vater trotzdem nur Beteiligter, wenn er die Beiwohnung auch glaubhaft macht; eine Beteiligung von Amts wegen findet nicht statt.¹²¹

Der Verweis in § 51 Abs. 3 SGB VIII auf § 1747 Abs. 1 BGB kann nur so verstanden werden, dass auch der Vaterschaftsprätendent von der Regelung erfasst ist.¹²² Das Gericht hat im Rahmen seiner Amtsermittlung (§ 26 FamFG) den Namen und die Anschrift des in Betracht kommenden leiblichen Vaters unter Mitwirkung der Beteiligten (§ 27 FamFG) zu ermitteln.¹²³ Diese haben ihre Angaben vollständig und wahrheitsgemäß zu gestalten.¹²⁴ Zwangsmaßnahmen sind nicht zulässig. Hat der präsuntive Vater auf sein grundrechtlich geschütztes Interesse verzichtet oder liegen die Voraussetzungen des § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB vor, so kann eine Benachrichtigung unterbleiben.¹²⁵ Hat der Vater aus anderer Quelle nachweislich Kenntnis des Verfahrens erlangt, so unterbleibt gleichfalls die Benachrichtigung. Ein dauernd unbekannter Aufenthalt ist nicht schon dadurch verwirklicht, dass die Mutter die Person des Vaters und dessen Aufenthalt dem Gericht nicht mitteilt; nur unter besonderen Umständen ist es der Mutter unzumutbar, den Vater zu benennen.¹²⁶ Liegt keine der Voraussetzungen vor, so wird der Annahmeantrag zurückzuweisen sein.¹²⁷ Nachforschungsversuche des Jugendamts zum potentiellen Vater können unterbleiben, wenn keine dieser Voraussetzungen vorliegt, da das Familiengericht ohnehin den Annahmeantrag zurückweisen wird.

c) Nicht miteinander verheiratete Eltern

Der Vater darf mit der Mutter nicht verheiratet sein.

¹¹⁸ Zur Problematik der Co-Mutterschaft, Co-Vaterschaft und der analogen Anwendung von § 1592 BGB auf Lebenspartnerinnen vgl. EGMR StAZ 2014, 10; OLG Köln NJW-RR 2014, 1409; OLG Celle FamRZ 2011, 1518; NK-BGB/Gutzeit § 1591 Rn. 5

¹¹⁹ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 13

¹²⁰ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 21, 29

¹²¹ Maurer FPR 2005, 196, 198

¹²² Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 35; Ähnlich Maurer FPR 2005, 196, 198; Helms JAmt 2001, 57, 60 mwN

¹²³ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 21

¹²⁴ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 21

¹²⁵ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 23

¹²⁶ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 34

¹²⁷ BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13, Rn. 24

d) Keine gemeinsame elterliche Sorge

Die Beratung ist erforderlich, wenn der Vater bzw. Vaterschaftspräsident nicht mit der Mutter verheiratet ist und den Eltern die elterliche Sorge nicht gemeinsam zusteht. Sind die Eltern des Kindes bei der Geburt verheiratet, erhalten diese die gemeinsame elterliche Sorge automatisch.¹²⁸ Die elterliche Sorge im Fall nicht miteinander verheirateter Eltern ist geregelt in § 1626a BGB. Eltern im Sinne des § 1626a BGB sind die rechtliche Mutter (§ 1591 BGB) und der rechtliche Vater (§ 1592 BGB) des Kindes. Die elterliche Sorge steht diesen gemeinsam zu, wenn sie Sorgeerklärungen abgeben (§ 1626 Abs. 1 Nr. 1 BGB), sie heiraten (§ 1626 Abs. 1 Nr. 2 BGB) oder die Sorge durch das Gericht beiden gemeinsam übertragen wird (§ 1626 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB). Ansonsten steht die elterliche Sorge der Mutter alleine zu (§ 1626a Abs. 3 BGB). Der Vaterschaftspräsident kann nur die elterliche Sorge des Kindes erhalten, wenn seine rechtliche Vaterschaft nach § 1592 BGB herbeigeführt wird.

2. Die Rechte nach § 1747 Abs. 1 BGB

Es ist sowohl über das Einwilligungsrecht und dessen Folgen als auch über die Ersetzung nach § 1748 Abs. 4 BGB¹²⁹ zu beraten.

a) Satz 1

Gemäß § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Einwilligung beider Elternteile in die beantragte Adoption erforderlich. Maßgeblich ist dabei die Abstammung und nicht, ob die Eltern die elterliche Sorge hatten oder haben.¹³⁰ Grundsätzlich ist ohne die Einwilligung eines jeden Elternteils eine Annahme nicht möglich. Eben die Verweigerung der Einwilligung ist das Recht der Eltern, trotzdem kann es der Fall sein, dass eben dieses Recht durch die Ersetzung nach § 1748 Abs. 4 BGB durchbrochen wird. Ferner kann unter den Voraussetzungen von § 1747 Abs. 4 BGB eine Einwilligung entbehrlich sein.

Die Erklärung bedarf der notariellen Beurkundung (§ 1750 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Einwilligung wird in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Familiengericht zugeht (§ 1750 Abs. 1 S. 3 BGB). Die Einwilligung der Mutter kann erst wirksam erteilt werden, wenn das Kind acht Wochen alt ist (§ 1747 Abs. 2 S. 2 BGB). Der Vater kann seine Einwilligung schon vor der Geburt des Kindes erteilen (§ 1747 Abs. 3 Nr. 1 BGB; zu den Einzelheiten s. u.). Die Einwilligung der Eltern nach § 1747 BGB ist unabhängig von der Adoptionspflegezeit und vom Annahmeantrag zu betrachten und kann jederzeit erklärt werden (nach Verstreichen der Acht-Wochen-Frist), soweit die Annehmenden schon feststehen.¹³¹ Die Annehmenden müssen feststehen, dem abgebenden Elternteil aber nicht bekannt sein (Inkognitoadoption; § 1747 Abs. 2 S. 2 BGB). Eine sog. Blankoeinwilligung ist nicht zulässig.¹³² Im Fall einer Inkognitoadoption müssen in der Einwilligungsurkunde die Annehmenden anhand der Bewerbernummer der vom Jugendamt geführten Bewerberliste bezeichnet werden. Die Einwilligungserklärung ist bedingungs- und befristungsfeindlich (§ 1750 Abs. 2 S. 1 BGB). Dem Elternteil ist ebenfalls zu verdeutlichen, dass eine einmal wirksame Einwilligungserklärung unwiderruflich ist (§ 1750 Abs. 2 S. 2 BGB) und nur nach Ablauf einer Drei-Jahres-Frist ihre Wirkung verlieren kann (§ 1750 Abs. 4 S. 2 BGB). Daher sollten der Einwilligung wohlge-

¹²⁸ Palandt/Götz BGB § 1626 Rn. 6

¹²⁹ So auch etwa: MüKoBGB/Maurer § 1747 Rn. 45; Wiesner/Oberloskamp SGB VIII § 51 Rn. 45

¹³⁰ MüKoBGB/Maurer § 1747 Rn. 3; Erman/Saar BGB § 1747 Rn. 2

¹³¹ NK-BGB/Dahm § 1747 Rn. 11; Palandt/Götz BGB § 1747 Rn. 4

¹³² Staudinger/Frank BGB § 1747 Rn. 30; NK-BGB/Dahm § 1747 Rn. 6; Erman/Saar BGB § 1747 Rn. 5

reife Überlegungen zu Grunde liegen. Der Vater ist auch darauf hinzuweisen, dass bei Rücknahme oder Zurückweisung des Annahmeantrags die Einwilligung ihre Kraft verliert (§ 1750 Abs. 4 S. 1 BGB).

Durch die wirksame Einwilligungserklärung eines Elternteils ruht dessen elterliche Sorge nach § 1751 Abs. 1 S. 1 BGB. Auf diesen Umstand muss gleichfalls hingewiesen werden.

Hat die Mutter ihre Einwilligung wirksam erklärt und erteilt der Vater gleichfalls seine Einwilligung, so endet dessen Unterhaltsverpflichtung, wenn das Kind in die Obhut der Annehmenden mit dem Ziel der Annahme aufgenommen ist. Befindet sich das Kind bereits in Adoptionspflege, ist davon regelmäßig auszugehen. Liegen nicht alle erforderlichen Einwilligungen vor, so bleibt die Unterhaltspflicht der Herkunftseltern bestehen, auch wenn sich das Kind bereits in Adoptionspflege befindet.¹³³

Mithin ist dem Vater zu erläutern, dass mit Rechtskraft der Adoptionsentscheidung sämtliche Rechte und Pflichten des Vaters gegenüber dem Kind erlöschen (vgl. §§ 1754, 1755 BGB).

b) Satz 2

Nach § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB gilt als Vater (Vaterschaftsprätendent) im Sinne der §§ 1747 Abs. 1 S. 1, 1748 Abs. 4 BGB, wer die Voraussetzung des § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB glaubhaft macht, sofern kein anderer Mann nach § 1592 BGB als Vater anzusehen ist. Diese Regelung verschafft dem präsumtiven Vater ein Mitspracherecht im Adoptionsverfahren. Wie schon dargelegt, kann dies auch der Samenspender sein. Die Voraussetzung des § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB ist, dass der Vaterschaftsprätendent glaubhaft macht, der Mutter während der Empfängniszeit beigeohnt zu haben. Wer eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich gem. § 31 Abs. 1 FamFG aller Beweismittel des Freibeweisverfahrens bedienen und auch zur Versicherung an Eides statt zugelassen werden.¹³⁴ Frühere Tendenzen in der Literatur, die zur wirksamen Glaubhaftmachung verlangten, dass ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren betrieben werden muss, dürften angesichts der BGH-Rechtsprechung nicht mehr haltbar sein, da der Vater neuerdings durch das Gericht bzw. Jugendamt von der Adoption in Kenntnis zu setzen ist und dieser insofern nicht von selbst aktiv werden muss.¹³⁵ Es ist dem Vaterschaftsprätendenten allerdings unbenommen, ein Abstammungsverfahren zu betreiben. Der potentielle Vater hat die Beiwohnung konkret und detailliert darzulegen.¹³⁶ Für den Samenspender wird dies keine Geltung haben. Zur wirksamen Glaubhaftmachung bedarf es einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft.¹³⁷ Diesem Erfordernis dürfte durch eine eidesstattliche Versicherung Genüge getan sein. Ein Abstammungsgutachten darf im Annahmeverfahren keine Geltung erlangen.¹³⁸ Die wirksame Glaubhaftmachung berechtigt den Vaterschaftsprätendenten zur Erteilung oder Verweigerung seiner Einwilligung (bzw. kann diese dann auch ersetzt werden) in die Adoption. Unter den Voraussetzungen des

¹³³ MüKoBGB/Maurer § 1751 Rn. 16

¹³⁴ BT-Drs. 16/6308, 190; Palandt/Götz BGB § 1747 Rn. 3

¹³⁵ Etwa Wiesner/*Oberloskamp* SGB VIII § 51 Rn. 36; allerdings mit zutreffendem kritischem Argument LPK-SGB VIII/*Röchling* § 51 Rn. 43: „Im Falle der bloßen Glaubhaftmachung der Vaterschaft erstreckt sich die Beratungspflicht auch auf Männer, die kein Vaterschaftsfeststellungsverfahren betreiben, was an sich wenig verständlich erscheint, wenn sich ein solcher Mann auf seine Vaterschaft beruft, um am Adoptionsgeschehen teilnehmen zu können.“

¹³⁶ Maurer FPR 2005, 196, 198

¹³⁷ MüKoBGB/Maurer § 1747 Rn. 12; Helms JAmt 2001, 57, 59 mwN

¹³⁸ Helms JAmt 2001, 57, 61

§ 1686a BGB können sich weitere Rechte ergeben.¹³⁹ Allerdings muss der Vaterschaftsprätendent diese außerhalb des Adoptionsverfahrens geltend machen.

c) Ersetzung nach § 1748 Abs. 4 BGB

Das Gericht hat die Einwilligung des Vaters, der die elterliche Sorge nicht innehat, bzw. des Vaterschaftsprätendenten zu ersetzen, wenn das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereicht (§ 1748 Abs. 4 BGB). An den unverhältnismäßigen Nachteil des § 1748 Abs. 4 BGB ist insofern ein anderer Maßstab als bei § 1748 Abs. 1 BGB nach den folgenden Grundsätzen anzuwenden. Zur Feststellung eines unverhältnismäßigen Nachteils durch Unterbleiben der Annahme muss eine umfassende Interessensabwägung zwischen den Interessen des Kindes und denen des Vaters durch das Gericht vorgenommen werden.¹⁴⁰

Eine harmonische und lebensstüchtige Familiengemeinschaft ist für die Entwicklung eines Kindes unerlässlich.¹⁴¹ Die finanzielle Besserstellung durch eine Adoption reicht zur Annahme eines unverhältnismäßigen Nachteils insoweit nicht aus.¹⁴² Abzuwägen ist auch der Verlust des Umgangsrechts des Vaters mit der Möglichkeit des Kindes, wohlbehütet und gedeihlich in einer Familie aufzuwachsen.¹⁴³ Zu berücksichtigen ist auch, in welchem Umfang der Vater sich um Umgang bemühte und ob die Möglichkeit besteht, durch Umgang eine Beziehung zum Kind aufzubauen.¹⁴⁴ Im Abwägungsprozess kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Vater die Übertragung der elterlichen Sorge auf sich beantragen kann, dieser Antrag keiner Zustimmung der Mutter bedarf und eine Annahme des Kindes erst möglich ist, wenn zuvor über den Antrag des Vaters (abschlägig) entschieden ist (§§ 1671 Abs. 2 Nr. 2, 1747 Abs. 3 Nr. 2 BGB; dazu s. u.).¹⁴⁵ Gegen den Vaterschaftsprätendent wird daher sprechen, wenn keinerlei Anstrengungen zur Erlangung der rechtlichen Vaterschaft ersichtlich sind.

Es ist zu prüfen, ob ein Vater-Kind-Verhältnis bestanden hat, und wenn nicht, welche Gründe den Vater an der Wahrnehmung des Vater-Kind-Verhältnisses gehindert haben.¹⁴⁶ Auch hier wird es gegen den Vaterschaftsprätendent sprechen, wenn dieser keinerlei Anstrengungen unternommen hat. Wenn ein Vater-Kind-Verhältnis nicht vorhanden ist, so kommt eine Ersetzung der Einwilligung nur dann in Frage, wenn der Vater das Scheitern des Verhältnisses durch eigenes Verhalten zu verantworten hat.¹⁴⁷

Das Unterbleiben der Adoption gereicht einem Kind dann zu einem unverhältnismäßigen Nachteil, wenn die Adoption einen so erheblichen Vorteil für das Kind bieten würde, dass ein sich verständig um sein Kind sorgender Elternteil auf die Erhaltung des Verwandtschaftsbandes nicht bestehen würde.¹⁴⁸ Dafür muss im Fall der Stiefkindadoption regelmäßig ein beson-

¹³⁹ Zu den Rechten des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vgl. *Löhnig/Riege FamRZ* 2015, 9

¹⁴⁰ BVerfG NJW 2006, 827; *Staudinger/Frank BGB* § 1748 Rn. 59

¹⁴¹ *Staudinger/Frank BGB* § 1748 Rn. 41

¹⁴² OLG Hamm, Beschluss vom 19.01.2015 – 4 UF 136/14 = juris, Rn. 32

¹⁴³ MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 62; *Bamberger/Roth/Enders BGB* § 1748 Rn. 29

¹⁴⁴ MüKoBGB/*Maurer* § 1748 Rn. 62; *Bamberger/Roth/Enders BGB* § 1748 Rn. 29

¹⁴⁵ BGH, Beschluss vom 23.03.2005 – XII ZB 10/03 = juris, Rn. 14. Allerdings wurden seit der Entscheidung die Rechtsgrundlagen für die Anträge geändert, jedoch der Rechtsgedanke bleibt der Gleiche; *Bamberger/Roth/Enders BGB* § 1748 Rn. 29

¹⁴⁶ BVerfG NJW 2006, 827 mwN; *Staudinger/Frank BGB* § 1748 Rn. 59

¹⁴⁷ BVerfG NJW 2006, 2470; *Staudinger/Frank BGB* § 1748 Rn. 59

¹⁴⁸ BVerfG NJW 2006, 827; *Staudinger/Frank BGB* § 1748 Rn. 59

derer Bedarf an besonderer Zuwendung und Hilfestellung vorliegen.¹⁴⁹ Dies ist insbesondere bei schwerer Erkrankung des Kindes der Fall. Zumeist wird jedoch am Fehlen dieses Tatbestands eine Ersetzung der Einwilligung bei verfassungskonformer Auslegung des § 1748 Abs. 4 BGB scheitern.

Der Sachverhalt und die Gründe für das jeweilige Verhalten sind in einem umfassenden Ermittlungsprozess durch das Gericht und das Jugendamt festzustellen.

3. Die Rechte nach § 1747 Abs. 3 BGB

a) Nr. 1

§ 1747 Abs. 3 Nr. 1 BGB regelt, dass im Gegensatz zur Mutter der Vater (der nicht mit der Mutter verheiratet ist und dem die elterliche Sorge nicht zusteht) schon vor der Geburt des Kindes seine Einwilligung erteilen kann. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift wird sich in der Praxis zumeist auf Stiefkindkonstellationen beschränken. Eine Einwilligung des Vaterschaftsprätendenten dürfte auch vor der Geburt des Kindes möglich sein; demnach wäre auch über diese Möglichkeit zu beraten.¹⁵⁰ Rechtfertigungsgründe, die in diesem Fall eine Differenzierung zwischen Vater und Vaterschaftsprätendent erlauben, sind nicht ersichtlich. Erteilt der Vater seine Einwilligung, doch heiratet die Mutter noch vor der Geburt, so bleibt dessen Einwilligung trotzdem unwiderruflich, sofern sie dem Gericht zugegangen ist. Hat der Vater seine Einwilligung noch nicht erteilt und heiratet die Mutter vor der Geburt, so kann dieser seine Einwilligung erst nach der Acht-Wochen-Frist erteilen, da er vom Anwendungsbereich des § 1747 Abs. 3 BGB dann nicht mehr erfasst ist.

b) Nr. 2

Der Vater (der nicht mit der Mutter verheiratet ist und dem die elterliche Sorge nicht zusteht) kann durch öffentlich beurkundete Erklärung darauf verzichten, die Übertragung der Sorge nach §§ 1626a Abs. 2, 1671 Abs. 2 BGB zu beantragen (§ 1747 Abs. 3 Nr. 2 Hs. 1 BGB). Wird der Verzicht erklärt, bleibt das Einwilligungserfordernis nach § 1747 Abs. 1 BGB davon unberührt.

Nach § 1747 Abs. 3 Nr. 2 Hs. 2 BGB gilt § 1750 BGB für die Erklärung sinngemäß mit Ausnahme von Abs. 1 S. 2 und Abs. 4 S. 1. Daraus ergibt sich, dass die Erklärung öffentlich beurkundet werden muss – dies kann bei jedem Jugendamt geschehen (§§ 59 Abs. 1 Nr. 7, 87e SGB VIII) – und dass die Rücknahme oder Zurückweisung des Annahmeantrags keine Auswirkung auf die Bestandskraft der Verzichtserklärung haben. Dem Vater ist ebenfalls zu verdeutlichen, dass eine einmal wirksame Einwilligungserklärung unwiderruflich ist (§ 1750 Abs. 2 S. 2 BGB). Die Erklärung wird in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Familiengericht zugeht (§ 1750 Abs. 1 S. 3 BGB). Sie ist bedingungs- und befristungsfeindlich (§ 1750 Abs. 2 S. 1 BGB).

c) Nr. 3

Nach § 1747 Abs. 3 Nr. 3 BGB darf, wenn der Vater (der nicht mit der Mutter verheiratet ist und dem die elterliche Sorge nicht zusteht) die Übertragung der Sorge nach § 1626a Abs. 2

¹⁴⁹ OLG Hamm, Beschluss vom 19.01.2015 – 4 UF 136/14 = juris, Rn. 33; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 21.03.2013 - 6 UF 409/12

¹⁵⁰ LPK-SGB VIII/Röchling § 51 Rn. 52

oder § 1671 Abs. 2 BGB beantragt hat, eine Annahme erst ausgesprochen werden, nachdem über den Antrag des Vaters entschieden worden ist. Demnach ist in diesen Fällen das Adoptionsverfahren bis zu einer Entscheidung auszusetzen, ebenso ein Ersetzungsverfahren.¹⁵¹ Das Jugendamt sollte in diesem Rahmen mit dem Vater erörtern, inwiefern dieser in der Lage ist, die elterliche Verantwortung wahrzunehmen, und nochmals darauf hinwirken, dass das Kindeswohl im Mittelpunkt sämtlicher Entscheidungen stehen sollte.

4. Form und Zeitpunkt

Das Gesetz trifft keine Normierung der Form der Beratung. Aufgrund der starken Einzelfallabhängigkeit der Beratung bleibt kaum eine andere Möglichkeit, als ein persönliches Gespräch vorzunehmen – allerdings nur, wenn der Vater dazu bereit ist. Hilfsweise könnte die Beratung auch fernmündlich stattfinden.

Die Beratung sollte möglichst frühzeitig erfolgen, insbesondere da die Einwilligung schon vor Geburt des Kindes erteilt werden kann und um eventuelle Beziehungsabbrüche für das Kind zu verhindern.

5. Entbehrlichkeit

Das Jugendamt wird in enger Abstimmung mit dem Familiengericht zu versuchen haben, den Vater bzw. Vaterschaftsprätendenten zu ermitteln. Auf die obenstehenden Ausführungen wird verwiesen.

Regelmäßig reicht das Unterbleiben der Beratung und Belehrung nicht zur Aufhebung der Adoption. Allerdings kann dies dienstrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen oder zu Amtshaftungsansprüchen führen.

Literatur

Bamberger/Roth: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. C.H. Beck, 3. Auflage 2012; zitiert als: Bamberger/Roth/Bearbeiter BGB

Jans/Happe/Saubier/Maas: Kinder- und Jugendhilferecht, Band 3. Kohlhammer, 3. Auflage 2009; zitiert als: Jans/Happe/Saubier SGB VIII

juris: Praxiskommentar SGB VIII. juris Saarbrücken, 1. Auflage 2014; zitiert als: jurisPK-SGB VIII/Bearbeiter

Erman: BGB, Band 2. Otto Schmidt, 14. Auflage 2014; zitiert als: Erman/Bearbeiter BGB

Grziwotz: Die Adoption von Stiefkindern. FamFR 2011, 533

Helms: Das Einwilligungsrecht des Vaterschaftsprätendenten bei der Adoption eines nichtehelichen Kindes. JAmt 2001, 57

Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling: Nomoskommentar BGB, Band 4. Nomos, 3. Auflage 2014; zitiert als: NK-BGB/Bearbeiter

Kunkel: SGB VIII. Nomos, 5. Auflage 2014; zitiert als: LPK-SGB VIII/Bearbeiter

Löhnig/Riege: Die Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Adoptionsrecht revisited. FamRZ 2015, 9

¹⁵¹ Palandt/Götz BGB § 1747 Rn. 6 mwN

Maurer: Gestärkte Rechte des Vaters bei der Adoption. FPR 2005, 196

Münchener Kommentar zum BGB, Band 8. C.H. Beck, 6. Auflage 2012; zitiert als: MüKoBGB/*Bearbeiter*

Münder/Meysen/Trenczek: Frankfurter Kommentar zum SGB VIII. Nomos, 7. Auflage 2013; zitiert als: FK-SGB VIII/*Bearbeiter*

Palandt: BGB Kommentar. C.H. Beck, 73. Auflage 2014; zitiert als: Palandt/*Bearbeiter* BGB

Staudinger: BGB Buch 4 Familienrecht §§ 1741-1772. Sellier de Gruyter, Neubearbeitung 2007; zitiert als: Staudinger/*Bearbeiter* BGB

Textor: Fremdoptionen, 2015. <http://www.SGBVIII.de/S143.html> (20.04.2015)

Wabnitz/Fieseler/Schleicher (Hrsg.): Kinder- und Jugendhilferecht Gemeinschaftskommentar zum SGB VIII, Band 2. Luchterhand, 51. Aufl. 2013; zitiert als: GK-SGB VIII/*Bearbeiter*

Wiesner: SGB VIII Kinder- und Jugendhilferecht Kommentar. C.H. Beck, 4. Auflage 2011; zitiert als: Wiesner/*Bearbeiter* SGB VIII

Hinweis

Veröffentlicht am 10.05.2015 unter <http://www.SGBVIII.de/S147.pdf>