

## **Nichtehelicher Vater und Annahme des/seines Kindes**

Rechtsanwalt Dr. Peter Finger, Privatdozent, Frankfurt

### **I. Einleitung**

#### **1. Rechtstellung des nichtehelichen Vaters**

a) Rechtstellung des nichtehelichen Vaters nach den Veränderungen durch das KindRG (1998)

Mit den Bestimmungen des KindRG ist die Rechtstellung des nichtehelichen Vaters aufgewertet worden; verfassungsrechtliche, Art. 3 II, 6 V GG, Überlegungen sind dabei ebenso entscheidend wie Vorgaben insbesondere des EuGHMR<sup>1</sup> und allg. gesellschaftliche Veränderungen, die für die rechtliche Erfassung beachtlich werden (größere Zahl nichtehelicher Geburten; Dauerhaftigkeit nichtehelicher Partnerschaften; "neue Väter" und "neue Vaterrolle"). So unterscheiden sich (etwa) seine Besuchsbefugnisse nicht mehr grundlegend wie bisher, § 1711 BGB a.F. vs. § 1634 BGB a.F., von den Rechten des geschiedenen Ehemannes, vgl. § 1684 BGB n.F. Vor allem aber kann er mit der Mutter gemeinsam die elterliche Sorge ausüben, §§ 1626 a ff. BGB, allerdings weiterhin nur, wenn sie damit einverstanden ist und mit ihm Sorgeerklärungen abgibt. Bleibt sie untätig oder verweigert sie sich, nimmt sie nach wie vor sämtliche Elternaufgaben allein wahr und verdrängt ihn, ohne sich für ihre Haltung rechtfertigen zu müssen und sich gerichtlicher Prüfung zu stellen; erst wenn sie die Grenzen zu § 1666 BGB bzw. § 1632 IV BGB<sup>2</sup> überschreitet, kann ihr die elterliche Sorge ganz oder teilweise entzogen werden<sup>3</sup>, die dann nach gerichtlicher Übertragung - aber nur dann; die Entscheidung kann auch anders ausfallen, wenn dies im Interesse des Kindes erforderlich ist - der Vater erhält.

---

<sup>1</sup> Vgl. Art. 8 EMRK, dazu eine Übersicht bei RISSE, FamRZ 2003 (Heft 15) VII; vgl. auch EuGHMR, fampra.ch 2004, 643 (besonders ausführliche Wiedergabe), knapper FamRZ 2004, 337, 340 f., dort auch mit abweichenden Sondervoten. Diese Ergebnisse sind für uns nicht unmittelbar bindend, aber wir haben ihnen im weiteren Verlauf zu genügen, denn wir sind entspr. völkervertragl. Verpflichtungen eingegangen (vgl. gerade die Diskussion um das Urteil zum Konflikt von Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz); zum Fortbestand von Umgangskontakten des leiblichen Vaters mit dem Kind bei Adoptionspflege EuGHMR, FamRZ 2004, 1456.

<sup>2</sup> Lebt das Kind seit längerer Zeit (allein) beim Vater, kann er als "Pflegeperson" nach dieser Bestimmung anzusehen sein, so dass die Herausnahme des Kindes durch die Mutter, die die elterliche Sorge ausübt, scheitern kann, wenn die sonstigen Voraussetzungen für den Verbleib beim Vater vorliegen, die § 1632 IV BGB fordert, zu Einzelheiten FINGER, FamRB 2003, 355; zu § 1632 IV BGB BALLOF, FPR 2004, 431; PESCHEL-GUTZEIT, FPR 2004, 428; zu Umgangsbefugnissen "zwischen" leiblicher Familie und Pflegefamilie WALTER, FPR 2004, 415 und SALGO, FPR 2004, 419.

<sup>3</sup> Zu einer tatsächlichen Untersuchung über die Hintergründe und Absichten von Müttern, nicht mit dem nichtehelichen Vater zusammenzuarbeiten zu wollen und ihm die Beteiligung an der elterlichen Sorge abzuschlagen, FINGER, StAZ 2002, 225; zu § 1666 BGB KG, FPR 2003, 603.

Gegen diese Regelung, die sie bei Ablehnung durch die Mutter praktisch rechtlos stellt, wehren sich nichteheliche Väter seit längerem mit Nachdruck. Ihren Hoffnungen oder Erwartungen, sich zumindest in Teilen durchsetzen zu können, ist das BVerfG allerdings gerade wieder entgegengetreten. §§ 1626 a ff. BGB seien am Maßstab der Verfassung gemessen jedenfalls nicht zu beanstanden<sup>4</sup>. Elterliche Uneinigkeit schon zu Beginn des Sorgeverhältnisses gebe deutliche Hinweise auf fehlende Kooperationsfähigkeit und Konfliktbereitschaft, ein Mangel, der sich zwangsläufig zum Nachteil des Kindes auswirke, das eben eine feste Zuordnung brauche<sup>5</sup>. Sonst und für Eheleute sind allerdings die Maßstäbe anders, und mit der zerbrochenen Partnerschaft ist für sie die elterliche Zusammenarbeit anzupassen und auf eine neue Grundlage zu stellen<sup>6</sup>, ohne dass – selbst heftige – Streitigkeiten notwendig zu ihrer Auflösung führen müssen. Für "Altfälle" hält das BVerfG ohnehin Ausnahmen bereit<sup>7</sup>; sie passen nun gar nicht ins Bild. Haben sich die Eltern schon vor 1998 getrennt, standen für sie Wahlrechte aus §§ 1626 a ff. BGB nicht bereit – aber sie hätten sich später verständigen können; deshalb (?) kann der Vater, der sonst am erklärten Widerstand der Mutter scheitert, gerichtliche Prüfung einfordern und sich so an der gemeinsamen elterlichen Sorge für sein Kind beteiligen, wenn das angerufene FamG dies unter dem Blickwinkel des Kindeswohls für geboten erachtet<sup>8</sup>. – Fortbestehende Vorbehalte gegen den nichtehelichen Vater und seine Verlässlichkeit sind bei dieser Aufgabenverteilung allerdings deutlich<sup>9</sup>; sie sind aber unbegründet, und allein entscheidend kann (nur) sein, ob er sich – wie die Mutter – um das Kind kümmert, Verantwortung übernimmt und somit eine wichtige Rolle spielt und spielen kann, während die "Qualität" der Geburt (ehelich oder nichtehelich) für die Entwicklung des Kindes bedeutungslos bleibt, Kindeswohl.

---

<sup>4</sup> Ausführliche Wiedergabe ZfJ 2003, 187; knapper NJW 2003, 955 und FamRZ 2003, 285; Volltext unter [bverfg.de/entscheidungenW20030129\\_1BvL002099.html](http://bverfg.de/entscheidungenW20030129_1BvL002099.html); Besprechung bei MOTZER, FamRZ 2003, 793; HUMPHREY, FPR 2003, 578; SPANGENBERG/SPANGENBERG, ZfJ 2003, 332 und BURMEISTER, KJ 2003, 328; vgl. auch BREITHAUPT, FPR 2004, 488 und RICHTER, FPR 2004, 484. Ist die Mutter noch verheiratet, wird eine von ihr abgegebene – zunächst schwebend unwirksame – Sorgeerklärung bei Anerkennung der Vaterschaft des Mannes nach § 1599 II BGB mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils (wie diese) rechtswirksam, BGH, StAZ 2004, 165.

<sup>5</sup> Wenn beide Elternteile sorgeberechtigt sind, ist eine Zuordnung für das Kind von vornherein vorhanden; sicherlich muss die Mutter, bei der das Kind lebt, "einfachere" Möglichkeiten haben, für sich die elterliche Sorge allein zu verlangen, wenn sich der Vater um nichts kümmert, aber insoweit richtet § 1671 BGB auch keine unüberwindlichen Hindernisse auf.

<sup>6</sup> Besonders deutlich ESCHWEILER in seiner Besprechung von BERGMANN/JOPT/REXILIUS, Lösungsorientierte Arbeit im Familienrecht, 2004, [www.hefam.de](http://www.hefam.de).

<sup>7</sup> Neufassung von Art. 234 § 2 EGBGB nach BT-Drs. 15/552; vgl. auch OLG Stuttgart, 18 U 30/2003.

<sup>8</sup> Gescheitert ist der Vater in OLG Stuttgart, 18 U 30/2003 (nach OLG Stuttgart, FamRZ 2000, 632 und BGH, FamRZ 2001, 907 m. Bespr. von LUTHIN – Beschwerde zum EuGHMR ist eingelegt); auch die Aussichten des Vaters in AG Korbach, NJW 2000, 384 sind wohl nicht mehr so gut, vgl. auch OLG Stuttgart, 18 U 30/2003.

<sup>9</sup> Abl. etwa BGH, FamRZ 2001, 907 m. Bespr. LUTHIN.

## b) Ausländische Regelungen

Andere Länder halten für die elterliche Sorge bei nichtehelichen Kinder andere Regeln bereit. Manchmal ist der Vater schon mit der Geburt des Kindes an Sorgebefugnissen beteiligt, manchmal nur, wenn er mit der Mutter zusammenlebt und das Kind betreut, und manchmal ist seine rechtliche Position wie bei uns<sup>10</sup>. Besonders wenig überzeugend ist im übrigen unsere Behandlung von "Wechselfällen". Hat ein (nichtehelicher) frz. Vater mit seiner Partnerin in Frankreich die elterliche Sorge für das gemeinsame Kind ausgeübt, soll er diese Rechte verlieren<sup>11</sup>, wenn er die deutsche Grenze überquert, um hier in Deutschland zu leben (und zurückzugewinnen, wenn er nach 1 1/2 Jahren nach Montpellier zurückkehrt? Wie ist es bei Doppelwohnsitz - in Frankreich gemeinsame elterliche Sorge, in Deutschland nicht?), während andere ihm wenigstens "wohlerworbene Befugnisse" erhalten und ihn vor plötzlichen Verlusten schützen wollen<sup>12/13</sup>.

## c) Annahme als Kind (Adoption)

Bei der Annahme als Kind ist der bisherige Vorrang der nichtehelichen Mutter aus § 1747 I 1 und 2 BGB a.F. entfallen, dazu gleich 2. a.<sup>14</sup>. Dem Vater droht daher nicht mehr auf diesem Umweg - Annahme des Kindes durch die eigene Mutter; Abbruch der "Rechtsbeziehungen" zu den sonstigen leiblichen Verwandten - der Verlust seiner rechtlichen Befugnisse, etwa auf persönlichen Kontakt. S. 3 ist beibehalten. Doch ist die Regelung auch unbedenklich, dazu § 1747 III BGB n.F. Der Vater, der Anträge auf Übertragung der elterlichen Sorge nach § 1672 BGB stellt, und für sie ist er auf die Zustimmung der Mutter nicht angewiesen, § 1751 I 6 BGB, kann nach gerichtlicher Entscheidung zu seinen Gunsten selbst die elterliche Sorge ausüben; § 1666 BGB spielt dann keine Rolle<sup>15</sup>. Ist er mit der Mutter Träger elterlicher Sorgebefugnisse, bestimmt sich die Ersetzung seiner fehlenden Einwilligungserklärung wie bei anderen Elternteilen nach § 1748 I bis III BGB; bleibt er ausgeschlossen, § 1626 a II BGB, hat das VormG dagegen seine Einwilligung (sc. schon dann, P.F.) zu ersetzen, "wenn das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde", § 1748

<sup>10</sup> Für die Schweiz SCHNYDER, FS HENRICH 2000, S. 487, 492 f.; zur Kindschaftsrechtsreform in England BÜTTNER, FamRZ 1997, 464; allg. Übersicht bei HUMPHREY, FPR 2003, 578; BETTINA GRÜNDLER, Die Obsorge nach Scheidung und Trennung der Eltern im europ. Rechtsvergleich, Diss. Graz 2002, Ergebnisse S. 228.

<sup>11</sup> So MOTZER/KUGLER, Kindschaftsrecht mit Auslandsbezug, 2004, Rz. 326 und 337; Ausnahme: gerichtliche Herstellung eines Sorgeverhältnisses, das dann auch nach Aufenthaltswechsel - trotz Wandelbarkeit der Anknüpfung - bestehen bleibt.

<sup>12</sup> Dazu WITTEBORG, Das gemeinsame Sorgerecht nicht verheirateter Eltern, Diss. Heidelberg 2001, S. 289 f.

<sup>13</sup> Vgl. die Übersicht bei FINGER, ZfJ 2004, 134.

<sup>14</sup> Vgl. dazu schon BGH, NJW 1995, 2155 - Verfassungswidrigkeit der bisherigen gesetzlichen Regelung - nach EGMR, NJW 1995, 2153 (KEEGAN); zu beiden Entscheidungen SALGO, NJW 1995, 2129.

<sup>15</sup> Dazu die Übersicht bei FINGER, FamRB 2002, 355.

IV BGB, wiederum eine herbe Benachteiligung nicht nur formaler Art, weil die "Mutter nie in diese Situation gelangen kann"<sup>16</sup>, zu weiteren Einzelheiten 2. d.

§ 1738 BGB ist aufgehoben<sup>17</sup>.

## **2. Annahme des nichtehelichen Kindes (Adoption)**

a) durch die Mutter

§ 1747 II 2 BGB a.F. sah die Annahme des (eigenen) nichtehelichen Kindes durch die Mutter vor. Sie war zwar schon alleinige Trägerin der elterlichen Sorgebefugnisse, aber mit der Adoption, so die Vorstellung, konnte sie ihre Rechtstellung und die rechtliche Situation des Kindes aufwerten und ihm so den "Makel seiner Geburt" nehmen. Für die Annahme durch dritte Bewerber war (nur) die Einwilligung der Mutter notwendig, S. 1. Allerdings konnte der Vater die Weggabe des Kindes verhindern, wenn "er die Ehelicherklärung oder die Annahme des Kindes beantragt" hatte und seinem Antrag stattzugeben war, § 1747 I 2 BGB a.F. Fehlte die Einwilligung der Mutter, konnte sie wie sonst ersetzt werden, und deshalb bringt die Neufassung dem (nichtehelichen) Vater wohl eher sogar Nachteile. Sonderlich einsichtig war die alte Regel ohnehin nicht. Mit der Adoption erloschen alle sonstigen Rechtsbeziehungen zu leiblichen Verwandten, damit auch zum Vater, § 1755 BGB a.F. (Ausnahme: § 1756 BGB). Beschränkt haben diesen Weg oft, und manchmal durchaus auf Empfehlung von Jugendämtern, nichteheliche Mütter, die missliebige Väter abdrängen und ihnen Umgangsbefugnisse nehmen wollten, ohne weitere Ziele zu verfolgen, vgl. § 1711 BGB a.F.; waren diese persönlichen Kontakte aber wichtig für das Kind, hätten sie erhalten werden müssen, so dass die Adoption nicht hätte ausgesprochen werden dürfen, und waren sie unbedeutend oder sogar schädlich, wäre die Auseinandersetzung "in" § 1711 BGB offen zu führen gewesen.

Nun kann die nichteheliche Mutter ihr Kind nicht mehr annehmen, § 1747 BGB; ihr stehen wie schon früher - allein oder nun mit dem Vater, vgl. § 1626 a BGB - sämtliche elterlichen Sorgebefugnisse zu.

b) durch dritte Bewerber - Einwilligungserfordernisse

Nach altem Recht musste nur die Mutter für die Annahme des nichtehelichen Kindes durch dritte Bewerber ihre Einwilligung erteilen, § 1747 I 1 BGB. Dem Vater standen dagegen nur die - gerade erwähnten a. - Möglichkeiten aus S. 2 zu (eigener Antrag auf Ehelicherklärung bzw. auf Annahme des Kindes, der stets vorrangig war). Nun wird unterschieden:

---

<sup>16</sup> Herbe Kritik schon unter diesem Blickwinkel bei SOERGEL/LIERMANN, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1748 Rz. 41 mit Nachw.

<sup>17</sup> Mit der Ehelicherklärung (alten Rechts) verlor die Mutter die bisherigen Sorgebefugnisse, dazu schon BVerfG, NJW 1991, 1944, eine Regelung, die das BVerfG als - wegen ihrer zwingenden Auswirkungen - verfassungswidrig verworfen hat.

- Üben beide Elternteile nach Sorgeerklärung gemeinsam die elterliche Sorge aus, müssen sie auch beide ihre Zustimmung abgeben, § 1747 I 1 BGB n.F., die, wenn sie fehlt, nach § 1748 I bis III BGB ersetzt werden kann.
- Ist der Vater an Sorgebefugnissen nicht beteiligt, weil Sorgeerklärungen fehlen, kann er nach § 1747 III BGB vorgehen, c.;
- im übrigen kann seine (fehlende) Einwilligung nach § 1748 IV BGB unter erleichterten Voraussetzungen ersetzt werden, dazu gleich d., wobei allerdings nicht schon ausreicht, und insoweit besteht wenigstens Einverständnis, dass die Interessen an der (vorgesehenen) Adoption überwiegen<sup>18</sup>, sondern stets eine umfassende Abwägung zwischen Kind und Vater notwendig wird<sup>19</sup>.

c. Befugnisse des nichtehelichen Vaters (ohne elterliche Sorge) nach § 1747 III BGB

aa. Haben die Eltern Sorgeerklärungen abgegeben, stehen ihnen sämtliche elterliche Befugnisse für ihr Kind gemeinsam zu; bei der (beabsichtigten) Annahme gilt daher wie sonst für andere Elternteile § 1747 I 1 BGB, und die fehlende Einwilligung (auch) des Vaters ist lediglich unter den Voraussetzungen aus § 1748 I bis III ersetzbar, also

- bei anhaltender gröblicher Pflichtverletzung gegenüber dem Kind,
- und ihre besondere Schwere reicht aus, wenn sie nicht anhaltend ist, aber "das Kind voraussichtlich dauernd nicht mehr der Obhut (dieses) Elternteils anvertraut werden kann", I 2,
- bzw. wegen Gleichgültigkeit, wenn "das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde", II 1,
- wobei, wenn nicht gleichzeitig anhaltende gröbliche Pflichtverletzungen festzustellen sind, das Jugendamt "über die Möglichkeit der Ersetzung (belehren) und nach Maßgabe des § 51 II des Achten Buches Sozialgesetzbuch (beraten muss) und seit der Belehrung wenigstens drei Monate verstrichen" sind, § 1748 II 1 BGB, weitere Einzelheiten und Förmlichkeiten S. 2.

Nach III ist die Ersetzung der fehlenden Zustimmung eines Elternteils ferner zulässig, wenn dieser "wegen einer besonders schweren geistigen oder seelischen Behinderung zur Pflege und Erziehung des Kindes dauernd unfähig ist und ... das Kind bei Unterbleiben der Annahme nicht in einer Familie aufwachsen könnte und dadurch in seiner Entwicklung schwer gefährdet wäre"; die Grenzverschiebung zu I bzw. II (insbes. Gleichgültigkeit) ist deutlich, aber auch die geringeren Anforderungen zu IV für den nichtehelichen Vater ohne Sorgebefugnisse sind sichtbar, der nicht nach § 1747 III BGB vorgeht oder dabei bereits gescheitert ist, denn insoweit ist allein maßgeblich, dass das Unterbleiben der Annahme dem Kind "zu unverhältnismäßigem Nachteil

---

<sup>18</sup> A.A. allerdings OLG Karlsruhe, FamRZ 2001, 573; kritisch dazu PALANDT/DIEDE-  
RICHSSEN, BGB, 63. Aufl., 2004, § 1748 Rdn. 14 a.E.

<sup>19</sup> BayObLG, FamRZ 2002, 486; zu weiteren Einzelheiten dabei ausf. 2. c. ff.

gereichen würde"<sup>20</sup>. Auch für ihn gilt allerdings § 1747 IV BGB (Entbehrlichkeit der Einwilligung bei unbekanntem Aufenthalt oder dauerhafter Unfähigkeit zu ihrer Abgabe)<sup>21/22</sup>.

bb. Ist der Vater an der elterlichen Sorge nicht beteiligt, kann er, wenn die Mutter nun die Annahme des Kindes betreibt, nach § 1747 III Nr. 2 BGB vorgehen und Übertragung der elterlichen Sorge nach § 1672 BGB beantragen; auf Einverständnis der Mutter ist er dabei anders als sonst nicht angewiesen, § 1751 I 6 BGB, denn sie will selbst nicht mehr für das gemeinsame Kind sorgen und verliert deshalb ihren Vorrang gegenüber dem Vater und seinen Befugnissen, Art. 6 I und II GG (und V für das Kind)<sup>23</sup>. Über die Rechte aus § 1747 III Nr. 1 bis 3 hat das Jugendamt den Vater zu beraten<sup>24</sup>; Verstöße lösen allerdings keine weiteren unmittelbaren Folgen aus, anders als etwa bei § 1748 BGB (Gleichgültigkeit)<sup>25</sup>. Antragsbefugnisse nach § 1672 BGB, die der Vater nun hat, sollen Ersatz "für die ab 1.7.1998 abgeschaffte Legitimation und Adoption ..." <sup>26</sup> sein. Jedenfalls soll "die Ausübung der elterlichen Sorge durch einen leiblichen Elternteil", falls sie im Interesse des Kindes möglich ist und dessen gute Entwicklung fördert oder zumindest sicherstellt, einer Annahme durch dritte Bewerber vorgehen, die sich eben nicht auf verfassungsmäßig verbriefte Rechte berufen können, Art. 6 Abs. 1 GG.

cc. Dabei muss, anders als bei Erklärungen nach Nr. 1, die Vaterschaft nicht nur glaubhaft gemacht, sondern förmlich geklärt sein und deshalb feststehen<sup>27</sup>.

dd. Der Antrag des Vaters auf Übertragung der elterlichen Sorge, § 1672 BGB, muss rechtskräftig abgewiesen sein, bevor die (beantragte) Annahme als

---

<sup>20</sup> Einzelheiten zu § 1748 BGB bei FINGER, FuR 1990, 183; OBERLOSKAMP, ZfJ 2000, 218; zu BGH, FamRZ 1997, 85 vgl. HOHLOCH, JuS 1997, 274; zur "besonders schweren psychischen Krankheit" bzw. zur geistigen und seelischen Behinderung von Eltern nach III MünchKomm/MAURER, BGB, 4. Aufl., 2002, § 1747 Rdn. 20 f. und BT-Drs. 7/421 S. 11 f.

<sup>21</sup> Zu Einzelheiten dabei, jeweils mit Nachw., MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 20 f.

<sup>22</sup> Nach § 1747 III Nr. 1 BGB kann der Vater im übrigen seine "Einwilligung schon vor der Geburt des Kindes" wirksam erteilen, anders als die Mutter, für die die besonderen Fristen aus § 1747 II BGB einzuhalten sind. Beide können aber schon frühzeitig ihre "Bereitschaft" bekunden, in die Annahme des Kindes einzuwilligen. Glaubhaftmachung der Beiwohnung (und damit der Vaterschaft) ist stets erforderlich, vgl. MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 13.

<sup>23</sup> Auf dieses besondere Antragsrecht kann der Vater aber auch verzichten, vgl. Nr. 3, wobei öffentliche Beurkundung nötig ist, die auch durch das Jugendamt erfolgen kann, vgl. § 59 I Nr. 9 Achten Buch SGB. § 1750 BGB gilt dann entsprechend (mit Ausnahme von IV S. 1); zu verfassungsrechtlich gebotenen Einschränkungen - Unwiderruflichkeit - vgl. gleich ee. MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 23 a.E.

<sup>25</sup> § 1748 III BGB formuliert nicht etwa nur eine "Sollvorschrift", und deshalb kommt die gerichtl. Ersetzung einer fehlenden Zustimmungserklärung nicht in Betracht, wenn das Jugendamt seine Aufgaben nicht erfüllt hat, dazu MünchKomm/MAURER, § 1748 Rdn. 9; Ausnahme: eine Verhaltensänderung des Elternteils kommt "überhaupt nicht in Betracht", MünchKomm/MAURER, § 1748 Rz. 9; aA Bay-ObLG.

<sup>26</sup> MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 24.

<sup>27</sup> FRANK, FamRZ 1998, 393, 394.

Kind ausgesprochen werden darf, Sperrwirkung; Aussetzung des Annahmeverfahrens, § 148 ZPO, kann bis dahin nötig werden. Ein früher aus § 1672 BGB unmittelbar gestellter Antrag, der erfolglos geblieben ist, weil insoweit die Zustimmung der Mutter fehlte, kann erneut angebracht werden und nun die gewünschten Ergebnisse bringen, § 1751 I 6 BGB<sup>28/29</sup>. Rechtskräftiger Verfahrensabschluss liegt dabei erst vor, wenn die Entscheidung des FamG nicht mehr mit der befristeten oder weiteren befristeten Beschwerde angegriffen werden kann, § 621 e ZPO<sup>30</sup>; ihre Wirksamkeit, die bereits mit der Bekanntmachung an den eintritt, für den sie bestimmt ist, § 16 I FGG, reicht daher nicht aus<sup>31</sup>. Wird dem Vater die elterliche Sorge für sein Kind eingeräumt, § 1672 BGB, kann seine fehlende Einwilligung in die Adoption, die weiterhin "anhängig" ist, nach § 1748 I bis III BGB ersetzt werden, wie allg. betont wird<sup>32</sup>. Doch bleibt unklar, wie der Vater zunächst - unter dem Blickwinkel des Kindeswohls - mit seinem Antrag nach § 1672 BGB durchdringen kann, wenn ihm anschließend - im Interesse des Kindes! - seine gerade erstrittenen Befugnisse wieder aberkannt werden sollen<sup>33</sup>. Ist die verweigerte oder nicht erteilte Einwilligungserklärung des Vaters nach § 1748 IV BGB ersetzt worden, wird diese Entscheidung mit der Sorgerechtsübertragung auf ihn, § 1672 BGB, wirkungslos<sup>34</sup>. Dem Kind ist stets ein Verfahrenspfleger zu bestellen, denn seine (des Kindes) Vorstellungen sind bei § 1672 BGB "im Konflikt mit einer beantragten Adoption einzubringen und seine Befugnisse jedenfalls zu berücksichtigen"<sup>35</sup>. Gleichzustellen sind Anträge des Vaters - bei Sorgerechtsentzug gegen die Mutter - nach § 1680 III BGB<sup>36</sup> bzw. bei ihrem Tod, II<sup>37</sup>.

ee. Nach § 1747 III S. 1 BGB kann der Vater "darauf verzichten, die Übertragung der Sorge nach § 1672 I zu beantragen", wobei öffentliche Beurkun-

---

<sup>28</sup> Dazu MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 25.

<sup>29</sup> MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 25, wohl: fehlende Identität des Entscheidungsgegenstandes (und: verfassungsrechtlich gebotener Vorrang von Elternrechten, dazu gleich cc.).

<sup>30</sup> Vgl. auch LIERMANN, FuR 1997, 917, 922.

<sup>31</sup> MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 25.

<sup>32</sup> Münch/Komm/MAURER, § 1747 Rdn. 25 a.E. mit Nachw., insbes. in Fn. 97; anders zum alten Recht - die Adoption des Vaters, und nur so konnte er Sorgebefugnisse für sein Kind erlangen (außer: Ehelicherklärung), stand einer Fremdadoption von vornherein entgegen, dazu LIERMANN, FuR 1997, 217, 222.

<sup>33</sup> Dazu Anwaltskomm/FINGER, BGB, 2004/2004, § 1747 Rdn. 12.

<sup>34</sup> MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 25 a.E.

<sup>35</sup> Anwaltskomm/FINGER, BGB, 2004/2005, § 1747 Rn. 12 a.E. im Anschluss an BVerfG, FF 2003, 242.

<sup>36</sup> Zu Beschwerdebefugnissen der Großeltern bei erstinstanzlicher gerichtl. Entscheidung "für" den nichtehelichen Vater auf seinen Antrag nach § 1680 Abs. 2 S. 2 BGB, ihm die elterl. Sorge nach dem Tod der Mutter zu übertragen, OLG Frankfurt, 6 UF 27/01 (sie besteht nicht, §§ 621 e ZPO, 20 FGG, selbst wenn das Kind bei ihnen in der Pflegefamilie lebt und sie seinen Verbleib in der "Pflegefamilie beantragt haben), MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 24 a.E.

<sup>37</sup> MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 24 a.E.; ist dem Vater nach dem Tod der Mutter die elterl. Sorge übertragen worden, kann er dem Kind seinen eigenen Namen erteilen, §§ 1617 a, 1618 (a.F.) BGB, dazu BayObLG, StAZ 2004, 229 nach BayObLG, FamRZ 2000, 1435.

dung vorgeschrieben ist, auch durch das Jugendamt, § 59 I Nr. 9 Aechtes Buch SGB. Damit ist auch § 1750 II 2 BGB angesprochen, so dass seine Erklärung unwiderruflich wäre. (Zumindest) verfassungskonforme Auslegung fordert jedoch andere Ergebnisse<sup>38</sup>; elterl. Sorgebefugnisse sind eben auch insoweit nicht verzichtbar, Art. 6 II 1 GG. Jedenfalls reicht nicht aus, allein den "Blankoverzicht"<sup>39</sup> auszuschließen; dann wäre die Erklärung des Vaters (wenigstens) auf eine Annahme durch bestimmte Bewerber beschränkt<sup>40/41</sup>. In seinen "Verzicht", keine Anträge nach § 1672 BGB zu stellen, mag sich durchaus (und zunächst) "seine besondere Elternverantwortung" ausdrücken<sup>42</sup>. Im weiteren Verlauf kann er aber bessere Erkenntnisse gewinnen, die eine andere Entscheidung nahe legen, und auch seine - äußeren und inneren - Lebensverhältnisse können sich so verändern, dass er nun selbst Elternverantwortung übernehmen kann und sich für sein Kind einsetzt. Dann kann ihm der Zugang zu § 1672 BGB nicht endgültig versperert sein, Art. 6 II 1 GG, weil er früher einmal - zu früh, wie sich nun herausstellt, und letztlich leichtfertig - auf seine rechtlichen Möglichkeiten verzichtet hat<sup>43</sup>; Interessen des Kindes blieben völlig unberücksichtigt. Inhaltliche Maßstäbe sollten allein aus § 1672 BGB und den dort genannten Voraussetzungen folgen; die Übertragung der elterlichen Sorge auf den nichtehelichen Vater kann eben nur erfolgen, wenn sie "dem Wohl des Kindes dient", § 1672 II BGB<sup>44</sup>, und deshalb sollte er nicht an reinen Formalien scheitern, wenn er sich in der Sache bewährt. Schon im Ausgang ist seine Situation anders als die eines Elternteils, der der Adoption seines Kindes zustimmt. Diese Erklärung ist, § 1750 II 2 BGB, unwiderruflich. Endgültige Rechtsverluste sind insoweit aber absehbar und (durchaus) "gewollt", wenn auch vielleicht nur schweren Herzens erträglich. Lebt das Kind dagegen bei der Mutter und wird dort, wie der Vater meint, gut gefördert, kann er mit einem "Verzicht" auf Antragsrechte aus § 1672 BGB das Verhältnis zu ihr gerade verbessern wollen; sonstige Befugnisse, die ihm zustehen, sind jedenfalls nicht berührt, etwa aus § 1684 BGB (Besuchskontakte). Werden seine Erwartungen enttäuscht und will die Mutter nun das Kind an dritte Bewerber weggeben, sollte er nicht an eine Erklärung gebunden sein, die er  
 - vor längerer Zeit,

---

<sup>38</sup> Immerhin bringt § 1747 III Nr. 3 BGB § 1750 BGB nur "sinngemäß" zur Anwendung.

<sup>39</sup> Dazu ENGLER, FamRZ 1996, 555 und FamRZ 1970, 116; ausf. MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 29.

<sup>40</sup> Dazu MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 27 mit Nachw.

<sup>41</sup> Sowohl MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 27.

<sup>42</sup> Dazu MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 27.

<sup>43</sup> Dagegen kann auch nicht ernstlich eingewandt werden, nach Abschluss des Annahmeverfahrens könnte der Vater "auch" nicht mehr nach § 1672 BGB vorgehen.

<sup>44</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Einwänden vgl. COESTER, FamRZ 1995, 1245, 1250 und RdJB 1996, 430, 435; FRANK, FamRZ 1998, 393, 396; sehr kritisch auch SALGO, NJW 1995, 2129, insbes. 2132 f. Andererseits bestehen gegen dieses zusätzliche Erfordernis selbst keine verfassungsrechtlichen Vorbehalte, BVerfG, StAZ 2004, 112.



- mit anderer Zielrichtung und
- jedenfalls nicht in der Absicht, die Kindesannahme zu erleichtern, abgegeben hat,
- obwohl er jetzt die elterliche Sorge übernehmen könnte, weil er laufend Verbindung zu seinem Kind gehalten und eine tragfähige Beziehung zu ihm aufgebaut hat. § 1750 II 2 BGB passt nicht und ist folglich ausgeschaltet, § 1747 III S. 3 BGB (dort ist ohnehin nur von einer "sinngemäßen" Anwendung die Rede).

An seinen Verzicht ist der Vater, und insoweit besteht Einigkeit<sup>45</sup>, dagegen nicht gebunden,

- wenn er die Mutter heiratet,
- ihm die elterliche Sorge nach § 1672 I BGB "zugewachsen" ist, weil die Mutter zu seinem Antrag ihre Zustimmung gegeben hat,
- oder beide Elternteile nun doch Sorgeerklärungen nach §§ 1626 a ff. BGB abgeben<sup>46</sup>. Sicher ist auch, dass der Verzicht des Vaters auf Antragsrechte aus § 1672 BGB nicht ohne weiteres schon die Einwilligung in die vorgesehene Annahme als Kind bedeutet; sie bleibt weiterhin notwendig, denn mit der Adoption verliert der Vater weitergehende Rechte, etwa zum persönlichen Umgang nach § 1684 BGB<sup>47</sup>. Fehlt seine Einwilligung, kann sie (allein) nach den üblichen Regeln ersetzt werden.

Seine Wirkungen verliert der Verzicht allerdings bereits nach den gesetzlichen Bestimmungen,

- wenn das Kind nicht binnen drei Jahren angenommen wird,
- nicht aber bereits und ohne weiteres mit der Rücknahme des Adoptionsantrages durch die Mutter oder der gerichtlichen Versagung<sup>48</sup> der Annahme, denn der Vater ist vor Rechtsverlusten ausreichend geschützt, weil er seine Erklärungen selbst dann widerrufen kann, wenn er sie

- blanko und/oder
- unwiderruflich erteilt hat<sup>49</sup>. Sonst wird der Zugang bei Gericht entscheidend, § 1750 I 3 BGB, wenn nicht gleichzeitig Widerruf dort eingeht<sup>50</sup>.

ff. Ist der (nichteheliche) Vater nicht sorgeberechtigt, § 1626 a II BGB, kann bei einer von der Mutter beabsichtigten Weggabe des Kindes zur Adoption seine fehlende Einwilligung unter den erleichterten Voraussetzungen aus § 1748 IV BGB ersetzt werden. Ausreichend ist dabei - wie erwähnt - schon, dass "ein Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde", vgl. im übrigen die unterschiedliche Fassung von § 1748 I

---

<sup>45</sup> Dazu etwa MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 27 a.E., ohne dass sich die Unterschiede zu den sonst entwickelten Folgen erklären ließen.

<sup>46</sup> Zu diesen Folgerungen ausdrücklich wie hier MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 27 a.E.

<sup>47</sup> MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 28; PALANDT/DIEDERICHSEN, § 1747 Rdn. 11.

<sup>48</sup> AA AG Bruchsal, FamRZ 1990, 980, 981.

<sup>49</sup> Wie hier, aber mit anderer Begründung, MünchKomm/MAURER, § 1747 Rdn. 29.

<sup>50</sup> OLG Hamm, NJW 1988, 1741.

bis III und IV BGB<sup>51</sup>. Seine Rechtstellung wird folglich erneut nachhaltig und absichtvoll, ohne dass die mitgelieferte Begründung überzeugen könnte, verschlechtert; gegenüber der Mutter - in sonst durchaus vergleichbarer Ausgangslage - ist er zudem offen benachteiligt, denn für sie gilt IV von vornherein nicht. Wieder einmal verkennt die gesetzliche Grenzziehung zwischen Eltern mit und ohne Sorgerecht die Wirklichkeit, weil sie eben nicht auf die Auswirkungen für das Kind abstellt, sondern allein oder zumindest vorrangig auf ein rechtliches Merkmal. Deshalb ist auch § 1748 IV BGB zu korrigieren, so dass die Interessen des Vaters bei der vorgeschriebenen Abwägung von Verhältnismäßigkeiten offen einzubeziehen sind, die die Bestimmung ohnehin vorschreibt<sup>52</sup>; nur so ist das Kind ausreichend geschützt, Art. 6 V GG. Im einzelnen:

- § 1748 IV BGB gilt auch für den Mann, dessen Vaterschaft noch nicht feststeht, für den aber eine (gesetzlich vorgesehene) Vaterschaftsvermutung streitet, vgl. § 1747 I 2 BGB; dabei kann allerdings nicht offen bleiben, ob die Voraussetzungen für eine erleichterte Ersetzung fehlender Erklärungen nach IV vorliegen oder nicht, denn die Entscheidung über ihre Ersetzung ist (gerichtlich) aufhebbar<sup>53</sup>.

- § 1748 IV BGB "erfasst" nur den Vater, der niemals an der elterlichen Sorge für das Kind beteiligt war; übte er sie einmal zusammen mit der Mutter - oder auch ohne sie, dazu gleich im folgenden - aus, wird stets und notwendig I bis III für ihn anwendbar, wenn ihm elterliche Befugnisse im Verlauf (wieder) entzogen wurden, etwa wegen schwerer Verfehlungen gegenüber dem Kind, § 1666 BGB<sup>54</sup>, eine wenig stimmige Abfolge.

- Nach den gesetzlichen Materialien soll ein nichtehelicher Vater, der niemals Verantwortung für sein Kind getragen hat, nicht allein durch seine Verweigerung die Annahme des Kindes verhindern können<sup>55</sup>, obwohl (erst) sie dessen weitere gute Entwicklung sicherstellt, ohne selbst nach § 1672 BGB vorzugehen. Sicherlich kann er so - wenn man will - "die freigabewillige Mutter gegen ihren Willen mit der (Betreuung des Kindes) belasten, ohne nun

---

<sup>51</sup> Zur "Gleichgültigkeit" BVerfG, ZfJ 2004, 111 - einfacher Ablauf der in II genannten Fristen reicht jedenfalls nicht aus, denn sonst werden (verfassungsrechtlich geschützte) Rechte der Eltern verletzt.

<sup>52</sup> Verfassungskonforme Auslegung, so MünchKomm/MAURER, § 1748 Rdn. 26; ebenso ERMAN/ HOLZHÄUER, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1748 Rdn. 27; zu verfassungsrechtlich gebotenen Rückschlüssen aus der Praxis des BVerfG zu § 1626 a BGB auf § 1748 Abs. 4 BGB LIERMANN, FamRZ 2003, 1523, 1524, allerdings auch mit dem Hinweis, 1525, dass das BVerfG dort selbst Einschränkungen abgebracht habe, die eine spätere, nochmalige Überprüfung erlaubten ("... bei derzeitiger Einschätzung", vgl. zu diesen Punkten auch HUSTER, ZRSoz 2003, 3, (insbes. 11 f.)).

<sup>53</sup> Dann muss ohnehin geklärt werden, ob der Vater nun von § 1748 IV BGB überhaupt betroffen ist oder nicht, dazu MünchKomm/MAURER, § 1748 Rdn. 25 a.E.

<sup>54</sup> Insoweit ist § 1748 IV BGB in seinem Wortlaut eindeutig, vgl. LIERMANN, FuR 1997, 266; FRANK, FamRZ 1998, 393, 394; MünchKomm/MAURER, § 1748 Rdn. 25; knapp PALANDT/DIEDERICHSEN, § 1748 Rdn. 14.

<sup>55</sup> BT-Drs. 13/4899 S. 14.

seinerseits zur Übernahme des Sorgerechts bereit zu sein"<sup>56</sup>. Doch lässt sich mit dieser Begründung allein nicht der Verlust aller weiteren Befugnisse rechtfertigen, ohne dass die für ihn und seine Entscheidung maßgeblichen Umstände überhaupt berücksichtigt werden<sup>57</sup>. Vorrangig sollte ohnehin das Wohl des Kindes sein.

- Zudem ist die Vorstellung verfehlt, der Vater, der nicht an der elterlichen Sorge beteiligt sei, trage keine Verantwortung für das gemeinsame Kind; er kann ständige Verbindung zu ihm halten und sich so an der Erziehung beteiligen. Wieder wird die rechtliche Situation mit der erlebten Wirklichkeit gleichgesetzt. Zudem wird übersehen, dass er häufig durchaus bereit wäre, mit der Mutter zusammen die elterliche Sorge für das Kind auszuüben, aber seine Absichten nicht verwirklichen kann, weil sie sich ihm klar und nachdrücklich verweigert. Nicht immer erscheint ihr Verhalten dabei - gerade nach einer Trennung von ihrem Partner - lauter und kindeswohlbezogen, denn manchmal wird sie sich von Zorn, Erbitterung, Hass, Hämie ihm gegenüber und der Absicht leiten lassen ihm zu schaden<sup>58</sup>, selbst wenn (und häufig gerade deswegen) er zuvor mit ihr zusammengelebt hat und für das Kind tatsächlich wichtig geworden ist, "nur" weil er sie nun verlassen hat<sup>59</sup>.

- Schließlich trifft § 1748 IV BGB von vornherein nie die Mutter, selbst wenn dem Vater - § 1672 BGB - allein alle Sorgebefugnisse für das Kind zustanden und sie sich um nichts kümmerte. Ihre fehlende Einwilligung kann nur nach § 1748 I bis III BGB ersetzt werden, so dass ihre Rechtstellung stets stärker ausgestaltet ist als die des Vaters. Wenig tröstlich bleibt dabei für ihn die Versicherung der Gesetzesmaterialien<sup>60</sup>, Fälle dieser Art seien "relativ selten", und ob die Mutter wegen ihrer "Austragungsbereitschaft" (?) besonders schutzwürdig ist - und dieser Schutz sich gerade in § 1748 I bis III bzw. IV BGB verwirklicht -, erscheint von vornherein eher zweifelhaft<sup>61</sup>. Letztlich ist § 1748 IV BGB auch insoweit von allg. und undifferenzierten Vorbehalten gegen den nichtehelichen Vater geprägt. Aus der Trennung der Eltern allein folgt jedenfalls nichts; auch der Ehemann wird nicht schlechter behandelt, weil er mit seiner (früheren) Frau und dem gemeinsamen Kind nicht mehr zusammenlebt.

- Nach § 1748 IV BGB kommt die Ersetzung der fehlenden Einwilligung des (nichtehelichen) Vaters in die Annahme des Kindes nur in Betracht, wenn dem Kind sonst "unverhältnismäßige Nachteile" entstehen können. In die danach

---

<sup>56</sup> So MünchKomm/MAURER, § 1748 Rdn. 24.

<sup>57</sup> Dazu MünchKomm/MAURER, § 1748 Rdn. 24; differenzierend auch ERMAN/HOLZHAUER, § 1748 Rdn. 27.

<sup>58</sup> Zu einer tatsächlichen Untersuchung in Hessen dabei FINGER, StAZ 2003, 225.

<sup>59</sup> Dazu auch MünchKomm/MAURER, § 1748 Rdn. 24; HELMS, Jant 2001, 57, 63.

<sup>60</sup> BT-Drucks. 13/4899 S. 114; besonders kritisch dazu schon LIERMANN, FuR 1997, 266; SOERGEL/LIERMANN, § 1748 Rdn. 41.

<sup>61</sup> Dazu auch MünchKomm/MAURER, § 1748 Rdn. 27.

vorgesehene offene Bewertung sind damit, verfassungskonforme Auslegung,<sup>62</sup> sein tatsächliches Verhalten und seine Verbindung zum Kind ebenso einzubeziehen wie die ihm aus der Annahme drohenden Rechtsverluste, wobei nicht allein der Umstand – eine fast kreisläufige Sichtweise – den Ausschlag geben darf, dass er nicht zur Übernahme der elterlichen Sorge bereit ist<sup>63</sup>, denn für seine Haltung können durchaus gute Gründe sprechen (etwa weil er bisher am Widerstand der Mutter gescheitert ist). Mit manchen Einschränkungen wird so § 1748 I bis III BGB auch für Fälle aus IV BGB zum Maßstab; daher kommt "Art und Umfang (möglichen) väterlichen Fehlverhaltens" ebenso Bedeutung<sup>64</sup> zu wie der Tatsache, dass er (etwa) nicht die Klärung der Vaterschaft betreibt oder ihre Feststellung sogar verweigert.

### 3. Ergebnisse

Bei der Annahme seines "Kindes" ist der nichteheliche Vater in besonderem Maße benachteiligt; wird er nicht schon mit der Geburt oder bei Zusammenleben mit der Mutter – oder nach gerichtlicher Entscheidung zu seinen Gunsten, die er bisher allerdings nicht erwirken kann<sup>65</sup> – an der elterlichen Sorge beteiligt<sup>66</sup>, sollten

- sein Verzicht auf Antragsbefugnisse nach § 1672 BGB, und dabei ist er bei erklärter Einwilligung der Mutter in die Annahme des Kindes nicht auf ihre Mitwirkung angewiesen, § 1751 I 6 BGB, nicht unwiderruflich sein, verfassungskonforme Auslegung/Reduktion von § 1747 III Nr. 3 BGB ("sinngemäße Anwendung" von § 1750 BGB),

- und bei der Ersetzung seiner fehlenden Einwilligung nach § 1748 IV BGB sein bisheriges Verhalten dem Kind gegenüber bei der Interessenabwägung ("Verhältnismäßigkeiten") in die Bewertung einbezogen werden, denn die Vorstellung, die Mutter sei besonders schutzbedürftig und der Vater, der rechtlich abgedrängt sei, sei eben auch tatsächlich für das Kind und seine gute Entwicklung ohne Bedeutung, verfehlt die Wirklichkeit gleich in mehrfacher Hinsicht<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> So aber LIPP/WAGENITZ, Das neue Kindschaftsrecht, 1999, Rdn. 11; abl. insoweit auch MünchKomm/MAURER, § 1748 Rdn. 26 insbes. Fn. 137.

<sup>63</sup> MünchKomm/MAURER, § 1748 BGB Rdn. 26.

<sup>64</sup> MünchKomm/MAURER, § 1748 Rdn. 26 a.E.; sonst OLG Karlsruhe, MDR 2001, 33, 34; LIERMANN, FuR 1997, 266; COESTER, FamRZ 1995, 1245, 1246 und RdJB 1996, 430, 440; HELMS, Jamt 2001, 57, 63 und PALANDT/DIEDERICHSEN, § 1748 Rdn. 14; Bay-ObLG, FamRZ 2002, 486; RAUSCHER, Familienrecht, 2001, Rdn. 1166; zur Gesetzgebungsgeschichte BT-Drs. 13/4899 S. 170 und SOERGEL/LIERMANN, § 1748 Rdn. 40. BverfG, ZfJ 2003, 187 (und Fn. 4).

<sup>65</sup> Sollte der EuGHMR, bei dem der Vater aus OLG Stuttgart, 18 U 30/2003 seine Sache weiterbetreibt, unsere Regelung für unvereinbar mit den Bestimmungen der EMRK halten, insbesondere Art. 8, hätte der dt. Gesetzgeber ohnehin Anlass, unsere Verteilung, vgl. §§ 1626 a ff. BGB, grundsätzlich zu ändern und den Vater (vielleicht mit weiteren Einschränkungen) an der elterlichen Sorge für das gemeinsame nichteheliche Kind mit der Mutter zu beteiligen.

<sup>67</sup> Auch Kindesinteressen verlangen über Art. 6 V GG Beachtung, kritisch daher gegenüber der gegenwärtigen "Lösung" SOERGEL/LIERMANN, § 1748 Rdn. 40 mit Nachw.