

Prof. Dr. Tobias Frösche

Familienrecht II

Sommersemester 2008

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung	3
A. Gegenstand des Familienrechts und dieser Vorlesung	3
B. Eltern-Kind-Verhältnis und Grund- und Menschenrechte	3
II. Abstammung	5
A. Verwandtschaft	5
B. Mutterschaft	6
C. Vaterschaft	7
D. Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung	14
III. Adoption	14
A. Allgemeines	14
B. Voraussetzungen	15
C. Wirkungen der Adoption	20
D. Verfahren	22
E. Aufhebung der Adoption	22
IV. Namensrecht	23
A. Bestandteile des Namens	23
B. Geburtsname des Kindes	24
C. Vornamensrecht	30
D. Namensänderung durch Verwaltungsakt	31
V. Elterliche Sorge	32
A. Allgemeines	32
B. Inhaber der elterlichen Sorge	33
C. Personensorge	43
D. Handlungsfähigkeit des Kindes und gesetzliche Vertretung	47
E. Vermögenssorge	52
F. Konflikte zwischen den Eltern	56
G. Eingriffe in die elterliche Sorge bei Gefährdung des Kindeswohls	57
H. Verfahren in Sorgerechtsangelegenheiten	64
VI. Umgang mit dem Kind	65
A. Rechtsnatur und Bedeutung des Umgangsrechts	65
B. Ausgestaltung und Grenzen des Umgangs	67
VII. Auskunft	70
A. Auskunft vom anderen Elternteil	70
B. Auskunft von anderen Personen	70

I. Einführung

A. Gegenstand des Familienrechts und dieser Vorlesung

Das Familienrecht befaßt sich mit den Beziehungen sich besonders nahstehender Personen zueinander. Es findet seine Berechtigung darin, daß die Familie mit ihrer gegenüber dem sonstigen gesellschaftlichen Leben gesteigerten Nähe der gegenseitigen Kontakte besonderen Regeln zu unterwerfen ist, weil die gleichen Regeln, wie sie unter Fremden gelten, nicht ohne weiteres auch für enge Beziehungen passen.

Das Familienrecht kann man grob gliedern in Regeln für

- die Paarebene und
- die Gruppenebene.

Auf der **Paarebene** sind gesetzlich geregelt:

- die Rechtsbeziehungen zwischen Verlobten (§§ 1297 - 1302 BGB),
- die Rechtsbeziehungen zwischen Ehegatten (§§ 1303 - 1588 BGB),
- die Rechtsbeziehungen zwischen Lebenspartnern (§§ 1 - 20 LPartG).

Nicht allgemein, sondern nur ganz vereinzelt finden sich gesetzliche Regeln über das nichteheliche Zusammenleben. Das Recht der ehe- und partnerschaftsähnlichen Lebensgemeinschaften ist daher keine einheitliche Rechtsmaterie, sondern setzt sich aus vielen Einzelfragen zusammen.

Auf der **Gruppenebene** finden sich Vorschriften über

- die Verwandtschaft im Allgemeinen (§§ 1589, 1590, 1601 - 1615 BGB),
- das Eltern-Kind-Verhältnis im Besonderen (§§ 1591 - 1600e, 1615a - 1772 BGB),
- andere familienrechtliche Fürsorgeverhältnisse (§§ 1773 - 1921 BGB).

Diese Vorlesung befaßt sich in erster Linie mit den Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern. Das Recht von Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft wird eher am Rande gestreift. Das Betreuungsrecht, die gesamte Paarebene und die Unterhaltspflicht unter Verwandten sind Gegenstand anderer Vorlesungen.

B. Eltern-Kind-Verhältnis und Grund- und Menschenrechte

1. Elternrecht

Das Grundgesetz schützt schon durch Art. 6 I GG die Familie als Kernzelle der Gesellschaft vor übermäßigen staatlichen Eingriffen. Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern wird darüber hinaus durch Art. 6 II 1 GG als von einem „natürlichen“ Elternrecht beherrscht angesehen. Diese Formulierung deutet an, daß es sich hierbei nicht etwa um ein von der Verfassung verliehenes, sondern um ein schon vor ihr und unabhängig von ihr bestehendes „Naturrecht“ der Eltern handelt, das folglich der staatlichen Disposition schon von Haus aus entzogen ist.

Dieses Elternrecht umfaßt die Pflege und Erziehung der (eigenen) Kinder, was hier nicht in dem engen Sinn zu verstehen ist wie in § 1631 I BGB, sondern die gesamte Elternverantwortung - einschließlich der Vermögenssorge - umfaßt. Es ist auch vom Bestand der elterlichen Sorge unabhängig.

Das Elternrecht des Grundgesetzes gilt für **Väter und Mütter** gleichermaßen; unabhängig davon, ob sie miteinander verheiratet sind oder waren und unabhängig davon, ob ihnen die

elterliche Sorge allein, gemeinsam mit dem anderen Teil oder gar nicht zusteht.

Obwohl das *Elternrecht* - wie alle Menschenrechte (Art. 1 II GG) - indisponibel ist, kann auf die *Elternstellung* verzichtet werden. Das geschieht bei der Adoption. Das Elternrecht aus Art. 6 II 1 GG geht mit der Elternstellung auf die Adoptiveltern über.

Wer als Vater oder Mutter eines Kindes gilt, bestimmt das Grundgesetz nicht. Es nimmt insofern auf das einfache Recht Bezug, so daß sich dies nach den §§ 1591 ff. BGB richtet. In besonderen Ausnahmefällen können „Eltern“ im Sinne von Art. 6 II 1 GG aber auch Personen sein, die nur die *soziale* Stellung von Eltern eingenommen haben. Das ist z.B. von Großeltern angenommen worden, die als gemeinsame Vormünder ihr Enkelkind und Mündel bei sich aufgenommen haben. Auch Pflege- oder Stiefeltern kann ein Elternrecht zustehen, ebenso dem biologischen (also genetischen) Vater eines Kindes, dessen Vaterschaft nicht auch gesetzlich anerkannt oder festgestellt werden kann. Ein solches „soziales“ Elternrecht ist jedenfalls aber schwächer als dasjenige, das den rechtmäßigen Eltern zusteht.

Art. 6 II 1 GG stellt auch schon klar, daß Elternrecht zugleich **Elternpflicht** ist, es sich hier also nicht einfach um eine Rechtsposition handelt, die ihrem Träger zur willkürlichen Nutzung verliehen wird, sondern um ein „Pflichtrecht“, ihm im Interesse eines andern - nämlich des Kindes - gewährt wird. Die Eltern sind in der Ausübung des Elternrechts nicht frei, sondern an das Wohl des Kindes gebunden. Da aber Art. 6 I GG wiederum die aus Eltern und Kind bestehende Familie als besonders schutzwürdiges Leitbild anerkennt, besteht das „Wohl“ eines Kindes zunächst in nichts anderem als dem Zusammenleben mit den Eltern und der Erziehung durch diese.

Es ist daher nicht völlig genau, wenn manche Autoren von einer Definitionsmacht der Eltern für das Wohl ihrer Kinder ausgehen. Die Eltern *sind* vielmehr *prima facie* das Wohl des Kindes.

Eine Grenze hierfür wird durch Art. 6 II 2 GG gezogen, der die - durch die staatlichen Institutionen repräsentierte - Gesellschaft mit einem **Wächteramt** für das Kindeswohl ausstattet. Diese Schranke des Elternrechts wird in Normen konkretisiert, die Eingriffe des Staates zum Schutz der Kinder erlauben. Solche Normen wie auch ihre Anwendung müssen durch Art. 6 II 2 GG legitimiert sein. Ein Eingriff in das Elternrecht ist nur zulässig, wenn er geeignet, erforderlich und angemessen ist, um eine **konkrete Gefahr** für das Wohl des Kindes abzuwenden.

Art 6 III GG knüpft an die Trennung des Kindes von seiner Familie zusätzliche Anforderungen. Sie ist nur bei völligem Versagen der Eltern oder drohender Verwahrlosung - nicht auch aus anderen Gefährdungen heraus - zulässig.

Die Grundrechte aus Art. 6 GG unterliegen im übrigen den sogenannten **verfassungsimmanenten Schranken**, z.B. dem durch Art. 7 GG mit Verfassungsrang ausgestatteten staatlichen Schulrecht, das dem Staat eigene Erziehungsbefugnisse einräumt.

Am Beispiel der Schule läßt sich die **Wechselwirkungstheorie** erklären. Das Schulrecht greift zwar - wegen Art. 7 GG - erlaubtermaßen in das Grundrecht aus Art. 6 II GG ein, muß aber deshalb wiederum im Lichte dieses Grundrechts interpretiert werden. Die Schule darf daher nicht religiös oder weltanschaulich indoktrinieren oder gar gegen die Eltern aufhetzen. Außerdem muß das Schulrecht so gestaltet werden, daß den Eltern bei grundlegenden Entscheidungen ein Mitspracherecht und in Fragen, die tief in die persönliche Erziehung eingreifen (Sexualkundeunterricht) auch ein Mitwirkungsrecht eingeräumt wird.

2. Unehelichenförderung

Art. 6 V GG gebietet dem Staat, unehelichen Kindern **gleiche Chancen** zu verschaffen. In dem

Bemühen, den Makel zu beseitigen, der der Unehelichkeit jahrzehntelang anhaftete, hat der Gesetzgeber allerdings die unehelichen Kinder inzwischen aus dem einfachen Recht gestrichen. Da es den Status der Unehelichkeit (bzw., wie es von 1969 bis 1998 hieß, der Nichteelichkeit) nicht mehr gibt, muß der Anwendungsbereich des Art. 6 V GG aus der Norm selbst hergeleitet werden.

Er dürfte beschränkt sein auf Kinder, deren Eltern weder verheiratet sind, noch waren, noch eine Erklärung nach § 1626a I BGB abgegeben haben. Kinder, für die der Vater von Anfang an nur eine eingeschränkte Verantwortung trägt oder die rechtlich gesehen nie einen hatten, können hierdurch immer noch tatsächliche Nachteile erleiden, die aufzufangen Art. 6 V GG dem Staat gebietet. Daran hat auch der Umstand, daß solche Kinder vom einfachen Recht nicht mehr einer eigenen Kategorie zugeordnet werden, nichts geändert.

Art. 6 V GG verbietet Ungleichbehandlungen nicht etwa, sondern schreibt sie vielmehr geradezu vor. Denn im Unterschied zum allgemeinen Gleichheitssatz, der *Rechtsgleichheit* vorsieht, aus der sich durchaus *unterschiedliche* Chancen ergeben können, schreibt Art. 6 V GG *Chancengleichheit* vor, was, wo tatsächliche Nachteile bestehen, nur durch *unterschiedliche* Rechte verwirklicht werden kann. Ob die geltende Rechtslage vor diesem Hintergrund überhaupt noch verfassungskonform ist, ist zweifelhaft. Immerhin sehen das Sozialrecht und die §§ 1615I ff. BGB noch gewisse Sonderrechte für uneheliche Kinder bzw. ihre Eltern vor.

3. Kinderrechte

Seit einiger Zeit ist eine Kinderrechte-Bewegung aktiv, die darauf drängt, den Kindern eigene Rechte zu verleihen. Inzwischen existiert dazu auch eine UN-Konvention, die von den meisten Staaten der Welt - auch Deutschland - ratifiziert wurde.

Gesellschaftspolitisch mag das ein sinnvoller Ansatz sein. Rechtspolitisch reicht er nicht sehr weit, denn erstens stehen Kindern die Menschenrechte ohnehin zu. Die Besonderheit ihrer Stellung liegt eher darin begründet, daß sie aufgrund ihres Alters und der mangelnden Selbstständigkeit nicht wie Erwachsene in der Lage sind, ihre Rechte auch *wahrzunehmen*. Dieses Defizit ist jedoch nicht durch Rechtsvorschriften oder gar die Verleihung zusätzlicher Rechte aufhebbar. Kinder bedürfen für den effektiven Schutz ihrer Rechte in erster Linie ihrer Eltern und in zweiter des staatlichen Wächters, also just des Regimes, das Art. 6 II GG statuiert.

Übrigens sieht dies auch die UN nicht anders. Art. 18 I UN-KindRK definiert die Elternverantwortung in ähnlicher Weise als Pflichtrecht wie Art. 6 II 1 GG.

II. Abstammung

A. Verwandtschaft

§ 1589 BGB bestimmt, daß Personen miteinander **verwandt** sind, deren eine von der anderen abstammt (gerade Linie) oder die beide von einer dritten Person abstammen (Seitenlinie). Der Grad der Verwandtschaft entspricht der Anzahl der Zweipersonenverhältnisse, die dazwischen liegen. Eltern und Kind sind daher im ersten Grad in gerader Linie verwandt, Geschwister im zweiten Grad in der Seitenlinie, Großeltern und Enkel im zweiten Grad in gerader Linie, Onkel und Nichte im dritten Grad in der Seitenlinie usw.

Dementsprechend bestimmt sich die **Verschwägerung** (§ 1590 I BGB), bei der zu beachten ist, daß sie die Ehe, auf der sie beruht, überdauert (§ 1590 II BGB), jedoch nicht mehr neu entstehen kann, *nachdem* die Ehe aufgelöst ist. Mit den nach der Scheidung geborenen

Kindern seiner Frau ist der Ex-Ehemann daher nicht mehr verschwägert. Mit denen, die schon vor der Eheschließung geboren worden sind, bleibt er es aber auch über die Scheidung hinaus.

Außerdem darf nur *eine* Ehe dazwischen liegen. Personen, die mit Geschwistern verheiratet sind nicht miteinander verschwägert.

Ehegatten sind (als solche) miteinander weder verwandt, noch verschwägert. Die eheliche Bindung endet durch Auflösung der Ehe („Ehe vergeht - Verschwägerung besteht“).

Eine **fiktive Verschwägerung** wird durch Lebenspartnerschaft begründet (§ 11 II LPartG).

B. Mutterschaft

Ein Kind entsteht bekanntlich dadurch, daß sich eine weibliche und eine männliche Keimzelle vereinigen. *Biologisch* stammt der Mensch von den Personen ab, von denen diese Keimzellen stammen. Diese biologische Abstammung ist immer auch die Basis der Rechtsvorschriften über die Abstammung gewesen. Die größte praktische Schwierigkeit bestand lange Zeit darin, die Quelle der *männlichen* Keimzelle (also den Vater) beweiskräftig ausfindig zu machen. Wer die Mutter eines Kindes war, war durch den Geburtsvorgang dagegen offenkundig. Ein römisches Rechtssprichwort lautet daher auch: *Mater semper certa, pater semper incertus est.*

Inzwischen ist durch den medizinischen Fortschritt mit der Möglichkeit der Befruchtung außerhalb des Körpers (sog. In vitro fertilisation) die Notwendigkeit aufgetreten, auch die Mutterschaft gesetzlich zu regeln. Denn medizinisch ist die sogenannte **gespaltene Mutterschaft**, bei der eine andere Frau das Kind austrägt als diejenige, von der die Eizelle stammt, ohne weiteres möglich, mag sie in Deutschland auch verboten sein (§ 1 I EmbrSchG).

§ 1591 BGB bestimmt, daß Mutter eines Kindes die Frau sei, die das Kind geboren hat. Für den Fall der gespaltenen Mutterschaft ist die juristische Abstammung daher von der biologischen verschieden. Der biologischen Mutter gesteht das Gesetz keinerlei Rechte zu. Das ist vermutlich nicht verfassungskonform, denn es gibt keinen vernünftigen Grund, ihr nicht wenigstens die (schwache) Rechtsstellung einzuräumen, die der (nur) biologische Vater innehat.

Geburt im Sinne von § 1591 BGB ist im übrigen jede Trennung des Kindes vom Mutterleib, auch die operative. Auch eine schon tote Frau kann in diesem Sinne noch ein Kind gebären.

Zuweilen bietet die **Feststellung** der Mutterschaft Schwierigkeiten, nämlich wenn ein Kind verwechselt, untergeschoben, ausgesetzt oder usurpiert worden sein kann.

Rechtlich kommt es dann allein auf die wirklichen Verhältnisse an. Auch jahrelange Erziehung eines fremden Kindes als eigenes begründet keine Elternstellung, noch nicht einmal eine tatsächliche oder rechtliche Vermutung dafür. Die wirkliche Mutterschaft muß notfalls in einem Prozeß vor dem Familiengericht geklärt werden (§ 640 II Nr. 1 ZPO). Allenfalls § 1666 I BGB bietet eine Handhabe, die Rückführung zu den wahren Eltern zu vermeiden, wenn sie das Wohl des Kindes konkret gefährden würde. Aus § 1685 II BGB kann nach Rückführung ein Umgangsrecht der Scheineltern folgen.

Ein Kind, dessen Abstammung überhaupt nicht geklärt werden kann, erhält im übrigen einen Vormund (§ 1773 II BGB).

C. Vaterschaft

1. Drei Tatbestände

Die Vaterschaft kann nach § 1592 BGB auf drei unterschiedlichen Tatbeständen beruhen,

nämlich:

- einer Ehe der Mutter (§§ 1592 Nr. 1, 1593 BGB),
- der Anerkennung der Vaterschaft (§§ 1592 Nr. 2, 1594 - 1598 BGB), oder
- ihrer gerichtlichen Feststellung (§§ 1592 Nr. 3, 1600d - 1600e BGB).

2. Drei Grundregeln

Anders als bei der Mutterschaft entscheidet also nicht eine biologische Tatsache (Geburt), sondern ein formaler Rechtsakt über die Vaterschaft.. Liegen die Voraussetzungen keiner der drei Tatbestände vor, so ist das Kind *im Rechtssinne vaterlos*. Es kann sich dann niemand darauf berufen, daß er oder ein anderer Vater des Kindes sei (§§ 1594 I, 1600d IV BGB). Man nennt das die **negative Sperrwirkung** der Tatbestände des § 1592 BGB.

Hat das Kind dagegen einen Vater, so kann sich - außerhalb der hierfür in § 1599 BGB vorgesehenen Verfahren - niemand darauf berufen, diese Vaterschaft widerspreche den biologischen Tatsachen. § 1592 BGB enthält die *Definition* der Vaterschaft und nicht etwa nur eine Vermutung oder Beweislastregel. Man nennt dies die **positive Sperrwirkung** der Tatbestände des § 1592 BGB.

Schließlich gilt die **Highlander-Regel** („Es kann nur einen geben.“):

- § 1593 S. 3 BGB regelt dies für den Fall, daß das Kind mehreren Ehen der Mutter zugeordnet werden kann.
- Nach § 1594 II BGB kann ein Vaterschaftsanerkennntnis nicht wirksam werden, so lange das Kind einen anderen Vater hat.
- § 1600d I BGB erlaubt die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nur, wenn keine nach § 1592 Nr. 1 oder 2 BGB besteht.
- Nach § 640h I 1, 3 ZPO steht einer zweiten Feststellungsklage wegen des schon festgestellten Vater-Kind-Verhältnisses der Einwand der Rechtskraft entgegen, egal, durch wen sie erhoben werden mag. Das ist eine Ausnahme von dem Prinzip, daß Zivilurteile Wirkungen nur zwischen den Parteien des Rechtsstreits entfalten.

3. Ausnahmen von den Grundregeln

Vorschriften, die auf dem **Inzesttabu** beruhen, können die biologischen Verhältnisse nicht ignorieren. Das Eheverbot des § 1307 BGB und das strafbewehrte Verbot des Beischlafs unter nahen Verwandten (§ 173 StGB) greifen deshalb auch ein, wenn die Verwandtschaft nur biologischer Natur ist.

Möglich ist ferner die Berufung auf die wirklichen biologischen Abstammungsverhältnisse, wenn Rechtsfolgen daran geknüpft werden, die **außerhalb des Eltern-Kind-Verhältnisses** liegen. Ein Rechtsanwalt, der die Vaterschaftsanfechtungsklage (siehe unten S. 11) versehentlich nicht fristgerecht erhoben hat, und der vom Vater deshalb auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, kann sich in diesem Prozeß nicht auf die positive Sperrwirkung berufen.

Ebenso ist es dem Kind, das mit seinem biologischen Vater in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebt, verwehrt, sich den Sozialbehörden gegenüber darauf zu berufen, mit ihm nicht verwandt zu sein.

Zwei weitere Ausnahmen von der negativen Sperrwirkung enthält **das Gesetz** im Unterhaltsrecht (§ 1615o I 1 BGB) und in § 1741 I 1 BGB (dort darüber hinaus auch von der Highlander-Regel).

Beide Regelungen lassen die positive Sperrwirkung unangetastet. *Besteht* eine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 oder 2 BGB, greifen sie nicht.

4. Beseitigung einer bestehenden Vaterschaft

Die Vaterschaft kann, wenn sie auf Anerkennung oder Ehe der Mutter beruht, durch **Anfechtung** aufgehoben werden (§ 1599 I BGB). Dies erfordert die Durchführung eines besonderen Klageverfahrens vor dem Familiengericht (§§ 1600 - 1600c BGB).

In besonderen Ausnahmesituationen kann die durch Ehe der Mutter begründete Vaterschaft außerdem direkt im Wege der **scheidungsakzessorischen Anerkennung** beseitigt werden (§ 1599 II BGB).

Die *gerichtliche Feststellung* der Vaterschaft kann in keinem neuen Verfahren wieder beseitigt werden kann. Möglich ist allenfalls die **Wiederaufnahme des Feststellungsverfahrens** nach den §§ 578 ff. ZPO.

5. Deklaratorischer Charakter aller Statusänderungen

Alle Änderungen im Abstammungsstatus haben deklaratorischen Charakter. Es wird so getan, als hätte noch nie etwas anderes gegolten. Anders ausgedrückt: Die Anerkennung, Feststellung oder Anfechtung der Vaterschaft **wirkt** auf den Zeitpunkt der Geburt **zurück**. Das kann in verschiedenen Bereichen rechtliche Konsequenzen haben. Man erschließt sie sich am besten dadurch, daß man sich den gesamten Fall erneut unter der Prämisse denkt, daß die beseitigte Vaterschaft nie bestanden habe.

So wird z.B. eine *Sorgeerklärung* der Mutter mit dem Scheinvater (§ 1626a I Nr. 1 BGB) durch die Anfechtung ebenso gegenstandslos wie eine *Sorgerechtsübertragung* auf ihn durch das Familiengericht (§§ 1671, 1672 BGB). Die Mutter erhält - rückwirkend - nach § 1626a II BGB das alleinige Sorgerecht.

Der Geburtseintrag und die Geburtsurkunde werden unrichtig und müssen berichtigt werden.

6. Einzelheiten zur Vaterschaft aufgrund der Ehe der Mutter

Der Ehemann der Mutter ist Vater des Kindes, wenn das Kind

1. während der Ehe geboren wurde (§ 1592 Nr. 1 BGB), oder
 2. innerhalb der ersten 300 Tage nach dem Tod eines der Ehegatten (§ 1593 S. 1 BGB).
- Die 300 Tage nehmen auf die gesetzliche Empfängniszeit (§ 1600d III 1 BGB) Bezug, das ist der Zeitraum vom 300. bis zum 181. Tag vor der Geburt des Kindes. Steht fest, daß das Kind länger ausgetragen wurde, ist es auch nach Ablauf der Frist noch eines des verstorbenen Ehemannes (§ 1593 S. 2 BGB, vgl. auch § 1600d III 2 BGB).

War die Frau **mehrfach verheiratet**, bestimmt § 1593 S. 3 BGB, daß die spätere Ehe der früheren vorgeht. Das dürfte über den Wortlaut hinaus auch für den Fall gelten, daß die Frau (trotz des Verbotes in § 1306 BGB) in zwei Ehen *gleichzeitig* lebte. Allerdings begründet die frühere Ehe die Vaterschaft, wenn die auf die spätere Ehe begründete Vaterschaft durch Anfechtung beseitigt wird (§ 1593 S. 4 BGB).

7. Einzelheiten zur Anerkennung der Vaterschaft

a) einfache Anerkennung

Die Anerkennung der Vaterschaft erfordert mindestens zwei einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen, nämlich die **Anerkennungserklärung des Vaters** und die **Zustimmung der Mutter** (§ 1595 I BGB). Dabei ist nur der *Wille* zur Begründung des Vaterschaftsverhältnisses maßgeblich, nicht das Wissen der Beteiligten. Auch Erklärungen, von denen die Eltern

wissen, daß sie den biologischen Verhältnissen widersprechen, sind wirksam.

Außer diesen beiden Erklärungen ist die **Zustimmung des Kindes** zusätzlich erforderlich, wenn die Mutter „insoweit“ nicht die elterliche Sorge hat (§ 1595 II BGB). Damit ist das Recht gemeint, das Kind in Vaterschaftsfragen gesetzlich zu vertreten.

Anerkennung und Zustimmung(en) müssen **öffentlich beurkundet** werden (§ 1597 I BGB). Das kann beim Notar, der Urkundsperson des Jugendamtes (§ 59 I Nr. 1 SGB VIII) oder dem Standesbeamten geschehen (§ 29a I PStG).

Die Erklärungen sind bedingungsfeindlich (§§ 1594 III, 1595 III BGB). Sie können aber schon vor der Geburt des Kindes abgegeben werden (§§ 1594 IV, 1595 III BGB), und auch schon, während noch eine andere Vaterschaft besteht.

Für die **Zustimmung des Kindes** gilt nach § 1596 II BGB:

- Ist das Kind noch nicht 14 Jahre alt, kann nur sein **gesetzlicher Vertreter** zustimmen (hier: Vormund oder Pfleger, denn wenn die Mutter gesetzlicher Vertreter ist, braucht das Kind ja gar nicht zuzustimmen).
- Ist das Kind älter, kann es nur **selbst** zustimmen. Es bedarf hierzu, wenn es noch nicht volljährig ist, der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters. Das kann wieder nur ein Vormund oder Pfleger sein, denn wenn die Mutter es gesetzlich vertritt, ist die Zustimmung des Kindes ja gar nicht erforderlich.

Für **die Erklärungen der Eltern** gilt:

- Beschränkt Geschäftsfähige können sie nur **selbst** abgeben, brauchen dazu jedoch die Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 1596 I 2 BGB).
- Für Geschäftsunfähige (§ 104 I Nr. 2 BGB) kann sie vom **gesetzlichen Vertreter** abgegeben werden (§ 1596 I 3 BGB).

Aus § 1596 III BGB folgt, daß bei Volljährigen mit Rechtlichem Betreuer ein **Einwilligungsvorbehalt** für das Vaterschaftsanerkennnis oder die Zustimmung dazu angeordnet werden kann.

Im übrigen ist jede Stellvertretung ausgeschlossen (§ 1596 IV BGB).

Die Anerkennung wird wirksam, sobald:

- a) alle notwendigen Zustimmungserklärungen abgegeben,
- b) das Kind geboren und
- c) eine eventuell noch bestehende Vaterschaft durch rechtskräftiges Urteil beseitigt worden ist (§ 1594 II BGB).

Ist die Anerkennung ein Jahr nach Abgabe der Anerkennungserklärung noch nicht wirksam geworden, kann der Anerkennende diese widerrufen (§ 1597 III BGB). Hierfür gelten dieselben Formvorschriften wie für die Anerkennungserklärung. Erfolgt kein Widerruf, bleibt sie unbegrenzt gültig und kann jederzeit noch wirksam werden, wenn die Voraussetzungen dafür eintreten. Die erklärten Zustimmungen sind nicht widerruflich.

Unwirksam ist die Anerkennung nach § 1598 I BGB nur, wenn sie den Vorschriften der §§ 1594 bis 1597 BGB widerspricht. *Andere* Unwirksamkeitsgründe gibt es nicht, so daß z.B. keine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I BGB) und auch keine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 I BGB) in Betracht kommt.

Die Unwirksamkeit nach § 1598 I BGB ist überdies **heilbar**: Ist aufgrund der unwirksamen Anerkennung eine (falsche) Personenstandsurkunde ausgestellt worden, wird die Anerkennung wirksam, wenn seit der Eintragung fünf Jahre verstrichen sind, ohne daß vorher die Berichtigung beantragt (§ 47 PStG) oder eine Feststellungsklage nach § 640 II Nr. 1 ZPO

erhoben wurde (§ 1598 II BGB).

Das **Zustimmungserfordernis der Mutter** ist systemwidrig, denn es geht um die Begründung einer Rechtsbeziehung, an der sie nicht beteiligt ist. Dieser Systembruch wird führt zu Ungeheimheiten. Es ist z.B. wenig logisch, daß der Vater und das volljährige Kind der Zustimmung der Mutter bedürfen, um ohne einen (zwischen ihnen beiden zu führenden) Prozeß die Vaterschaft begründen zu können. Auch ist es wenig logisch, daß aus § 1596 II BGB für über 14jährige Kinder ein Vetorecht gegen die Anerkennung nur folgt, wenn sie nicht unter elterlicher Sorge der Mutter stehen.

Ob die Zustimmung der Mutter wenigstens dann entbehrlich ist, wenn sie schon **verstorben** ist, ist umstritten. Da aber § 1595 I BGB ohnehin rechtspolitisch verfehlt ist, sollte man ihn nicht auch noch unnötig weit auslegen und daher annehmen, daß er nur für die *lebende* Mutter gilt.

b) scheidungsakzessorische Anerkennung

Wird ein Kind geboren, *während* ein Scheidungsverfahren seiner Mutter anhängig ist (also nachdem der Scheidungsantrag bei Gericht eingereicht wurde), aber noch nicht rechtskräftig beendet, so ist es zunächst nach § 1592 Nr. 1 BGB noch immer ein Kind des Ehemannes. Der Realität entspricht dies oft nicht. Deshalb läßt das Gesetz hier einen **Vaterschaftswechsel** nach einem vereinfachten Modell zu: Die Anerkennung der Vaterschaft durch einen anderen Mann beseitigt zugleich diejenige des Ehemannes (§ 1599 II 1 BGB), wenn

- die Ehe tatsächlich in dem anhängigen Verfahren geschieden wird (§ 1599 II 3 BGB),
- außer der Mutter (und ggf. nach § 1595 II BGB dem Kind) auch der Ehemann der Mutter dem Anerkenntnis zustimmt (§ 1599 II 2 BGB),
- die Anerkennung nach Maßgabe von § 1598 I BGB innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft der Scheidung wirksam wird.

Für die zusätzliche Zustimmungserklärung des Ehemannes der Mutter gelten dieselben Vorschriften wie für die Zustimmung der Mutter.

8. Einzelheiten zur gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft

Die Feststellung der Vaterschaft durch das Gericht erfordert ein Verfahren vor dem Familiengericht. Und zwar muß dort entweder:

- der Vaterschaftskandidat gegen das Kind,
- die Mutter gegen den Vaterschaftskandidaten oder
- das Kind gegen den Vaterschaftskandidaten

Klage erheben (§ 1600e I BGB).

Ist derjenige, der verklagt werden müßte, schon verstorben, so ist ein **einfacher Antrag** an das Familiengericht zu stellen (§ 1600e II BGB). Es gelten dann die Verfahrensregeln der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. § 621 I 1 ZPO). Unter keinen Umständen kann die Feststellung der Vaterschaft durch irgendeine andere Person oder gar von Amts wegen betrieben werden. Sind alle drei Beteiligten verstorben, ist sie nicht mehr möglich.

Nur noch eine geringe Rolle spielen die gesetzlichen **Vermutungsregeln** in § 1600d II BGB. Meist läßt sich dank moderner Techniken definitiv nachweisen, wer der Vater eines Kindes ist. Nicht nur die Prozeßbeteiligten, sondern sogar jeder Dritte, müssen nach § 372a ZPO alle für ein Vaterschaftsgutachten notwendigen Untersuchungen dulden. Dadurch ist in den meisten Fällen praktische Gewißheit gegeben.

Sonst genügt es auch, wenn der Geschlechtsverkehr des Mannes mit der Mutter während

der Empfängniszeit festgestellt wird (§ 1600d II 1 BGB), es sei denn, daß „schwerwiegende Zweifel“ an der Vaterschaft bestehen.

Solche *schwerwiegende Zweifel* bestehen vor allem dann, wenn mehrere Männer mit der Mutter während der Empfängniszeit Geschlechtsverkehr hatten („Mehrverkehr“) und nicht etwa alle anderen in Frage kommenden Kandidaten als Väter ausgeschlossen werden können, z.B. weil man sie gar nicht kennt („unbekannter“ Mehrverkehr).

Ist erst einmal ein rechtskräftiges Feststellungsurteil ergangen, kann es nur durch **Wiederaufnahme des Verfahrens** wieder beseitigt werden. Über die in §§ 579, 580 ZPO genannten Wiederaufnahmegründe hinaus genügt dafür auch die Vorlage eines neuen Gutachtens, das die Vaterschaft ausschließt (§ 641i ZPO). Die Existenz eines solchen Gutachtens ist schon *Prozeßvoraussetzung* für die Restitutionsklage. Das Gutachten muß also *vorprozessual* eingeholt worden sein, so daß den Beteiligten § 372a ZPO hier nicht weiterhilft.

9. Einzelheiten zur Anfechtung der Vaterschaft

Das Recht zur Anfechtung der Vaterschaft wird als **materiellrechtliches Gestaltungsrecht** begriffen, das durch Prozeßhandlung ausgeübt wird, nämlich durch Erhebung einer Anfechtungsklage nach § 1600e I BGB oder durch einen Anfechtungsantrag nach § 1600e II BGB.

a) einfache Anfechtung

Zur einfachen Anfechtung können nur der (bisherige) Vater, die Mutter und das Kind berechtigt sein (§ 1600 I BGB). Der Vater muß die Klage gegen das Kind, Mutter und Kind müssen sie gegen den Vater richten (§ 1600e I BGB). Ist derjenige, gegen den die Klage zu richten wäre schon verstorben, genügt ein schlichter Antrag beim Familiengericht (§ 1600e II BGB).

Die Anfechtung kann nicht durch einen *Stellvertreter im Willen* erfolgen (§ 1600a I BGB). Der Entschluß zur Anfechtung muß vom Anfechtenden selbst stammen. Das Wirken eines *Prozeßbevollmächtigten* setzt daher eine besondere, gerade zur Anfechtung ermächtigende Prozeßvollmacht voraus (§§ 640 I, 609 ZPO). Vater und Mutter können nur selbst anfechten, auch wenn sie minderjährig sind, und zwar ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 1600a II 1, 2, V BGB). Das Kind kann dagegen, so lange es minderjährig ist, *nur* durch seinen gesetzlichen Vertreter anfechten (§ 1600a III BGB). Für einen Geschäftsunfähigen (§ 104 Nr. 2 BGB) kann ebenfalls *nur* der gesetzliche Vertreter anfechten (§ 1600a II 3, III BGB). Die Anfechtung muß dem Wohl des gesetzlich Vertretenen dienen, sonst kann das Gericht die Klage schon aus *diesem* Grund abweisen (§ 1600a IV BGB).

Das Anfechtungsrecht setzt einen **Anfechtungsgrund** voraus. Einen solchen hat nur, wer Tatsachen kennt, aus denen ein objektiver Beobachter Zweifel an der bestehenden Vaterschaft herleiten würde. Solche Anfechtungsgründe können sein:

- das Fehlen sexueller Beziehungen in der Empfängniszeit,
- konkrete Anhaltspunkte für einen Mehrverkehr der Mutter,
- entsprechende Äußerungen der Mutter,
- Umstände, die eine Abstammung unwahrscheinlich erscheinen lassen, wie z.B., wenn sonst eine anormale Tragezeit bei normaler Entwicklung des Säuglings angenommen werden müßte oder das Kind Erbmerkmale aufweist, die eindeutig von keinem der Eltern stammen können.

Es genügt nicht, daß der Antragsteller *subjektive* Zweifel an der Vaterschaft hat.

Ist der Anfechtungsgrund *seinerseits* streitig, muß der Kläger ihn *zuerst* beweisen. So lange der Anfechtungsgrund nicht feststeht, darf das Gericht zur Frage der Vaterschaft keinen

Beweis erheben.

Auf einen Anfechtungsgrund, den sich der Kläger durch rechtswidrige Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kindes oder der Mutter verschafft hat, kann er sich nicht berufen. Deshalb schafft ein heimlich - ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Kindes gemachter - negativer Vaterschaftstest keinen Anfechtungsgrund.

Es ist unschädlich, wenn der Anfechtungsgrund schon bei der Begründung der Vaterschaft bekannt war. Auch wer die Vaterschaft in Kenntnis des Umstandes, daß er nicht der biologische Vater sein kann, abgegeben hat, kann sie anfechten.

Ist das Kind durch **heterologe Insemination** gezeugt worden, können Vater oder Mutter die Vaterschaft jedoch nur anfechten, wenn sie in diese Form der Behandlung nicht wirksam eingewilligt haben.

Das Anfechtungsrecht erlischt, wenn es nicht **innerhalb von zwei Jahren** ausgeübt wird (§ 1600b I 1 BGB). Fristbeginn ist grundsätzlich der Zeitpunkt, zu dem Anfechtungsgründe vorliegen (§ 1600b I 2 BGB), ausnahmsweise später, wenn das Kind erst später geboren oder die Vaterschaft erst später wirksam begründet wird (§ 1600b II BGB).

Auch für den Fristbeginn ist nur maßgeblich, wann ein **objektiver Beobachter** Anlaß zu Zweifeln an der Vaterschaft gehabt hätte. Es ist nicht erforderlich, daß der Anfechtungsberechtigte sie hatte.

Für jeden Anfechtungsberechtigten läuft eine **besondere Frist**, da die Beteiligten ja zu sehr unterschiedlichen Zeiten begründete Zweifel an der Vaterschaft haben können.

Der Lauf der Frist ist **gehemmt** (zu diesem Begriff: § 209 BGB), so lange der Berechtigte durch widerrechtliche Drohung an der Anfechtung gehindert wird (§ 1600b VI 1 BGB) oder wegen höherer Gewalt oder Stillstandes der Rechtspflege nicht anfechten kann (§§ 1600b VI 2, 203 BGB). Als höhere Gewalt können auch Fehler der Justiz - wie unrichtige Personenstands-urkunden - gehören. Ist der Berechtigte durch Geschäftsunfähigkeit an der Anfechtung gehindert, läuft die Frist frühestens sechs Monate nach Wegfall des Hindernisses (nämlich: Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit oder Bestellung eines gesetzlichen Vertreters) ab (§§ 1600b VI 2, 206 BGB).

Durch **Fristablauf** geht das Anfechtungsrecht grundsätzlich *endgültig* unter. Neue Anfechtungsgründe lassen es nicht neu entstehen. Anders wird das nur gesehen, wenn die ursprünglichen Anfechtungsgründe ganz ausgeräumt waren, bevor die Frist zum erstenmal ablief. Dann entsteht durch neue - andersgeartete - Anfechtungsgründe ein neues Anfechtungsrecht.

Ein **neues Anfechtungsrecht** entsteht nach dem Gesetz außerdem in folgenden drei Fällen:

- a) Hat der gesetzliche Vertreter des Kindes die Frist versäumt, kann das Kind nach Erlangung der Volljährigkeit selbst anfechten (§ 1600b III BGB).
- b) Dasselbe gilt für einen Elternteil, der geschäftsunfähig war, wenn er die Geschäftsfähigkeit wiedererlangt (§ 1600b IV BGB) und sein gesetzlicher Vertreter die Frist versäumt hatte.
- c) Schließlich ist nach § 1600b V BGB das Kind jedesmal wieder zur Anfechtung berechtigt, wenn es von Umständen erfährt, die die Aufrechterhaltung der Vaterschaft unzumutbar machen. Das wird nur in seltenen Ausnahmefällen angenommen, so etwa, wenn der Vater als Serienmörder verurteilt wird.

Die Anfechtung wird vom Gericht im übrigen nur ausgesprochen, wenn der Anfechtende **beweisen** kann, daß das Kind biologisch nicht von dem (vermeintlichen) Vater abstammt

(§ 1600c I BGB). Auch hier ist in der Regel praktische Gewißheit zu erzielen. Nur selten spielt die Beweislast eine Rolle. Sie ist ausnahmsweise umgekehrt, wenn die Vaterschaft von einem Mann angefochten wird, der sie aufgrund eines Willensmangels der in § 119 I, 123 BGB bezeichneten Art abgegeben hat (§ 1600c II BGB).

Auf das Anfechtungsrecht kann **nicht verzichtet** werden. Es geht immer nur durch Fristablauf verloren.

Die **rechtskräftige Abweisung** einer Anfechtungsklage hindert die Erhebung einer neuen, so weit die tragenden Gründe reichen. Ist die Klage des Mannes wegen Fristablaufs oder wegen Fehlens von Verdachtsgründen abgewiesen worden, steht das einer Klage durch das Kind nicht entgegen. Anders ist das, wenn die Klage abgewiesen wurde, weil der Mann nicht beweisen konnte, daß das Kind nicht von ihm abstammt. Dann bindet dieses Urteil alle Beteiligten und schließt jede neue Anfechtung aus. Möglich bleibt dann nur die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 578 ff. ZPO).

b) konstruktive Anfechtung durch den wirklichen Vater

In Ausnahmefällen kann nach § 1600 I Nr. 2 BGB auch der *biologische* Vater des Kindes die Vaterschaft anfechten.

§ 1600 II BGB knüpft dies an eine enge, nicht häufig vorliegende, Voraussetzung, nämlich daß zwischen dem Kind und seinem juristischen Vater **keine sozial-familiäre Beziehung** besteht bzw. - wenn er schon gestorben ist - bis zu seinem Tode bestanden hat.

Eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind hat nach § 1600 III 1 BGB, wer für das Kind **tatsächliche Verantwortung** trägt. Das ist in der Regel anzunehmen, so lange der Mann mit der Mutter des Kindes verheiratet ist. Es ist außerdem bei einem Mann anzunehmen, der mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat. Das erste Regelbeispiel setzt das Bestehen der Ehe voraus. Für das zweite genügt es dagegen, wenn es in der Vergangenheit ein solches Zusammenleben gegeben hat.

Als zusätzliches **prozessuales Erfordernis** verlangt § 1600 I Nr. 2 BGB von dem Kläger oder Antragsteller, daß er an Eides Statt versichert, mit der Mutter in der gesetzlichen Empfängniszeit Geschlechtsverkehr gehabt zu haben.

Erfolg hat die Klage jedoch nur, wenn der Kläger beweist, daß *er* - und nicht der juristische Vater - **das Kind gezeugt** hat (§ 1600 II BGB). Deshalb wird im Urteil nicht nur festgestellt, daß das Kind nicht von dem vermeintlichen Vater stammt, sondern zugleich auch die **Vaterschaft des Klägers** (§ 640h II ZPO).

Die Anfechtung durch den biologischen Vater hat daher nicht nur vaterschaftsbeseitigende Wirkung, sondern sie etabliert zugleich dessen Vaterschaft, weshalb ich sie als konstruktive Anfechtung bezeichne.

D. Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Das Bundesverfassungsgericht hat aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 I, 2 I GG) ein *Grundrecht* des Menschen auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung hergeleitet und die Fachgerichte verpflichtet, diesem Grundrecht möglichst zur effektiven Durchsetzung zu verhelfen.

Die Gerichte leiten deshalb aus § 1618a BGB einen Anspruch des Kindes gegen seine Mutter auf **Auskunft über mögliche Erzeuger** ab. Der Anspruch kann mit einer normalen Zivilklage verfolgt werden. Aus dem Urteil wird gegen die Mutter nach § 888 I ZPO vollstreckt.

Allerdings verlangt § 1618a BGB *gegenseitige* Rücksichtnahme. Deshalb besteht der Auskunftsanspruch nicht, wenn die Persönlichkeitsrechte der Mutter (oder des Erzeugers des Kindes) schwerer wiegen als dessen Rechte. Ob dies der Fall ist, kann nur durch *Abwägung im Einzelfall* festgestellt werden. Die Rechte des Kindes wiegen nicht etwa schon deshalb schwerer, weil es der an seiner Zeugung „unschuldige“ Teil ist. Freilich muß die Mutter die Gründe für ihre Weigerung immerhin benennen, damit sie der Auskunftspflicht entgegen kann.

Der genannten Anspruch besteht nicht, wenn das Kind im juristischen Sinne einen Vater hat. Dann hat es entweder Anfechtungsgründe - und mag anfechten - oder es hat keine, dann fehlt dem Auskunftsverlangen eine ausreichende Grundlage.

Das *BVerfG* hat den Gesetzgeber allerdings verpflichtet, eine Rechtsgrundlage für die Überprüfung einer bestehenden Vaterschaft auch unabhängig von einem Anfechtungsgrund zu schaffen. Das soll dahin geschehen, daß ein gerichtliches Vaterschaftsüberprüfungsverfahren *ohne Rechtswirkung* eingeführt wird. Falls dann allerdings im Ergebnis dieses Verfahrens feststeht, daß das Kind nicht von seinem Vater abstammt, ist *dadurch* ein Anfechtungsgrund entstanden. Das ist eine unglückliche Verdoppelung der Verfahren. Noch ist dieser Entwurf nicht Gesetz.

III. Adoption

A. Allgemeines

Bei der Adoption wird durch Rechtsakt (nämlich: Beschluß des Vormundschaftsgerichts) ein Eltern-Kind-Verhältnis erzeugt. Heutiger Zweck der **Minderjährigenadoption** ist die Schaffung einer Familiensituation für Kinder, die andernfalls nicht in einer Familie aufwachsen könnten.

Das Adoptionsrecht geht davon aus, daß durch die Adoption natürliche Eltern-Kind-Verhältnisse simuliert werden. Deswegen gestattet das Gesetz bis jetzt auch nicht die Adoption eines Kindes durch beliebig viele Personen in beliebiger Zusammensetzung. Auch durch Adoption kann ein Kind höchstens zwei Eltern haben, ggf. auch nur Vater *oder* Mutter, aber nicht mehr. Zwei Elternteile gleichen Geschlechts können nicht *durch Adoption* mit dem Kind verwandt sein. (Möglich ist allerdings die *Kombination* von natürlicher und Adoptivverwandtschaft, die § 9 VII LPartG zuläßt.)

Die - ebenfalls zulässige - **Adoption von Volljährigen** hat andere Zwecke. Sie soll es Erwachsenen ermöglichen, ein zwischen ihnen gewachsenes soziales Verhältnis juristisch zu definieren. So gibt es denn hier auch die genannten Restriktionen nicht. Denn einem sozialen Eltern-Kind-Verhältnis vergleichbare Beziehungen können sich zwischen Erwachsenen in nicht eingrenzbarer Zahl entwickelt haben.

In den nächsten Abschnitten wird die Minderjährigenadoption ausführlich besprochen. Auf die Volljährigenadoption werde ich nur cursorisch eingehen.

B. Voraussetzungen

1. Antrag des Annehmenden

Die Adoption wird auf Antrag des oder der Annehmenden ausgesprochen (§ 1752 I BGB). Der Antrag ist materiellrechtliches Geschäft und zugleich *Verfahrenshandlung*. Bedingungen und Befristungen sind daher unzulässig. Stellvertretung ist gänzlich ausgeschlossen (§ 1752 II

1 BGB). Wer geschäftsunfähig ist, kann kein Kind adoptieren.

Der Antrag bedarf der notariellen Beurkundung (§ 1752 II 2 BGB).

Ein **gemeinschaftlicher Antrag** ist nur Eheleuten möglich (§ 1741 II 2 BGB). Daher kann er auch nur von einem Mann gemeinsam mit einer Frau gestellt werden, denn im Inland ist die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare nicht geöffnet und ausländische gleichgeschlechtliche Ehen werden im Inland (jedenfalls als solche) nicht anerkannt.

Umgekehrt kann einen **Antrag auf Einzeladoption** grundsätzlich nur stellen, wer *unverheiratet* ist. Das Bestehen einer Lebenspartnerschaft stört nicht. Ausnahmsweise kann ein Verheirateter den Adoptionsantrag alleine stellen, wenn

- er das Kind des anderen Ehegatten (§ 1741 II 3 BGB) annehmen will (sog. ergänzende Adoption),
- der andere Ehegatte geschäftsunfähig ist oder das gesetzliche Mindestalter noch nicht erreicht hat (§ 1741 II 4 BGB).

Hiervon spielt auch nur die **ergänzende Adoption** eine wirklich praktische Rolle. Sie führt vom Ergebnis her zu einer der gemeinschaftlichen Adoption vergleichbaren Lage, nämlich daß das Kind das gemeinsame Kind der Eheleute wird. Auf *diesem* Wege können auch gleichgeschlechtliche Paare ein gemeinsames Kind haben (§ 9 VII LPartG). Freilich ist nur *einer* der Elternteile durch Adoption mit ihm verwandt.

So lange die Adoption besteht, ist eine **zweite Adoption** desselben Kindes grundsätzlich nicht zulässig (§ 1742 BGB). Eine solche überlagernde Adoption gestattet das Gesetz nur für zwei Ausnahmefälle, nämlich

- nach dem Tod der Adoptiveltern,
- als ergänzende Adoption durch den Ehegatten eines Adoptivelternteils.

Man beachte, daß die ergänzende Adoption des Adoptivkindes bei Lebenspartnern *nicht* möglich ist. Das ist gesetzgeberische Absicht. Es sollte auch nicht auf dem Umweg über sukzessive Adoptionen die Möglichkeit geschaffen werden, daß ein Kind zwei gleichgeschlechtliche Adoptiveltern hat.

Wie sich aus § 1750 IV 1 BGB ergibt, kann der Antrag **zurückgenommen** werden, so lange die Adoption nicht vom Vormundschaftsgericht beschlossen wurde.

Der Antrag wird durch den **Tod des Kindes** wirkungslos (§ 1753 I BGB). Stirbt jedoch der **Antragsteller**, bleibt die Adoption möglich (§ 1753 II BGB). Sie hat dann die Wirkung, daß sie als unmittelbar vor dem Tod erfolgt gilt (§ 1753 III BGB), so daß das Adoptivkind noch zu den gesetzlichen Erben des Antragstellers gehört. Das kann auch durchaus noch dem Kindeswohl dienen, zumal die Adoption nach dem Tod des Annehmenden einer weiteren Adoption ja nicht mehr im Wege steht (§ 1742 BGB).

2. Einwilligung der Eltern

Zur Adoption eines Kindes ist grundsätzlich die Einwilligung seiner Eltern erforderlich (§ 1747 I 1 BGB).

Entbehrlich ist die Einwilligung eines Elternteils (§ 1747 IV BGB) ausnahmsweise:

- bei dauernder Erklärungsunmöglichkeit (v.a. Geschäftsunfähigkeit) und
- bei *dauernd* unbekanntem Aufenthalt (was Ermittlungen nach dem Verbleib voraussetzt).

a) Erteilung der Einwilligung

Die Einwilligung wird von den Eltern in ihrem *eigenen Namen und Interesse* gefordert. Es kommt daher nicht darauf an, ob den Eltern noch die elterliche Sorge zusteht oder je zustand.

Nach § 1747 I 2 BGB gilt im Adoptionsverfahren ein Mann schon dann als Vater des Kindes, wenn er die Voraussetzungen des § 1600d II 1 BGB glaubhaft machen kann. Glaubhaftmachung setzt keinen vollen Beweis voraus, sondern nur die Begründung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Sie ist in der Form der Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung zulässig (vgl. § 15 II FGG). Wer also im Adoptionsverfahren an Eides Statt versichert, daß er in der gesetzlichen Empfängniszeit mit der Mutter Geschlechtsverkehr hatte, erreicht dadurch, daß die Adoption seiner Einwilligung bedarf. Das wird freilich nur tun, wer *nicht* beabsichtigt, in die Adoption einzuwilligen, andernfalls wäre es ja ziemlich sinnlos.

Für die Einwilligung der Eltern wird - wie für den Adoptionsantrag - die **notarielle Beurkundung** gefordert (§ 1750 I 2 BGB). Auch sie ist im strengsten Sinne höchstpersönlich (§ 1750 III 1 BGB). Ein minderjähriger Elternteil kann in die Adoption ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters einwilligen (§ 1750 III 2 BGB). Auch für einen geschäftsunfähigen Elternteil handelt nicht etwa der gesetzliche Vertreter. Vielmehr ist seine Einwilligung entbehrlich, wenn zu erwarten ist, daß die Geschäftsunfähigkeit auf Dauer besteht (§ 1747 IV BGB). Andernfalls kommt ihre Ersetzung nach § 1748 III BGB in Frage.

Die Einwilligungserklärung gilt nur für **eine ganz bestimmte** Adoption. Das heißt, daß die Adoptiveltern bereits zu dem Zeitpunkt, zu dem die Eltern einwilligen, *feststehen* müssen. Zu *kennen* brauchen die Eltern sie aber nicht (§ 1747 II 2 BGB - sog. Inkognitoadoption).

Die Einwilligungserklärung ist - anders als der Antrag - **unwiderruflich**. Sie verliert aber ihre Wirkung, wenn die Adoption, für die sie erteilt wurde, nicht innerhalb von drei Jahren zustandekommt, schon vorher, wenn der Adoptionsantrag zurückgenommen oder rechtskräftig zurückgewiesen wird (§ 1750 IV BGB). Der Zurückweisungsbeschluß unterliegt der *einfachen* (d.h. nicht fristgebundenen) Beschwerde. Rechtskraft erlangt er daher nur, wenn der Instanzenzug ausgeschöpft wurde oder alle Beteiligten auf Rechtsmittel verzichtet haben.

Eine wirkungslos gewordene Einwilligung kann jederzeit neu erteilt werden.

Die Einwilligung der Eltern ist normalerweise erst wirksam möglich, wenn das Kind **acht Wochen** alt ist (§ 1747 II 1 BGB).

Der uneheliche Vater kann sie jedoch nicht nur schon vor Ablauf der acht Wochen, sondern sogar schon vor der Geburt des Kindes wirksam erteilen (§ 1747 III Nr. 1 BGB).

b) Ersetzung der Einwilligung

Nach § 1748 BGB kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Kindes die Einwilligung der Eltern (oder eines Elternteils) in seine Adoption ersetzen. Das bedarf eines **besonderen Beschlusses**, der mit Rechtsmitteln anfechtbar ist.

Das Gesetz kennt insgesamt vier verschiedene Ersetzungstatbestände:

Wegen einer **Verletzung der elterlichen Pflichten** kann die Einwilligung eines Elternteils ersetzt werden, wenn sie entweder

- a) anhaltend und gröblich ist und dem Kind durch das Unterbleiben der Adoption ein unverhältnismäßiger Nachteil entstünde (§ 1748 I 1 Alt. 1 BGB), oder
- b) besonders schwerwiegend und außerdem von einer Qualität, die die endgültige Disqualifizierung des betroffenen Elternteils in dieser Rolle erwarten läßt (§ 1748 I 2 BGB).

Die Formel vom „unverhältnismäßigen Nacheil“ spielt bei § 1748 I BGB keine besonders große

Rolle, da die Rechtsprechung schon mit der Annahme eines für die Adoption ausreichend groben Verstoßes gegen die elterlichen Pflichten - zu Recht - generell eher zurückhaltend ist.

Ferner kann die Einwilligung eines Elternteils ersetzt werden, dessen Verhalten seine **vollkommene Gleichgültigkeit** dem Kind gegenüber dokumentiert (§ 1748 I 1 Alt. 2 BGB). Auch hier ist erforderlich, daß das Unterbleiben der Adoption dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde.

§ 1748 II BGB stellt eine zusätzliche *formale Hürde* auf. Die Ersetzung wegen Gleichgültigkeit darf erst erfolgen, nachdem der Elternteil vom Jugendamt über diese Möglichkeit belehrt und nach § 51 II SGB VIII über Hilfen beraten wurde und danach eine *dreimonatige Frist* verstrichen ist, ohne daß sich das Verhalten geändert hätte. Diese Belehrung ist entbehrlich, wenn Aufenthaltsort des Elternteil unbekannt ist (falls dann nicht schon § 1747 IV BGB eingreift.)

Ein dritter Grund ist **dauernde Erziehungsunfähigkeit** infolge psychischer Krankheit oder geistiger oder seelischer Behinderung (§ 1748 III BGB). Hinzukommen muß, daß das Kind ohne die Adoption nicht in einer Familie aufwachsen könnte und dadurch in seiner Entwicklung schwer gefährdet wäre. Ein „unverhältnismäßiger Nachteil“ genügt hier noch nicht. Es gibt wenig Fälle, die unter § 1748 III BGB passen.

Nach § 1748 IV BGB ist schließlich die Einwilligung eines Vaters, der nie die elterliche Sorge hatte, schon dann möglich, wenn das Unterbleiben der Adoption dem Kind zu **unverhältnismäßigem Nachteil** gereichen würde, ohne daß das Verhalten oder die Erziehungsfähigkeit des Vaters eine Rolle spielt.

Die Vorschrift ist im Zusammenhang mit § 1747 III Nr. 2 BGB und § 1751 I 6 BGB zu sehen: Hat die Mutter in die Adoption eingewilligt, kann der Vater ohne ihre Zustimmung die Übertragung der elterlichen Sorge auf sich erreichen. Beantragt er dies aber nicht, soll er auch die Adoption nicht blockieren können. Der *BGH* hat festgestellt, daß § 1748 III BGB außerhalb dieser Konstellation, für die er gedacht war, äußerst restriktiv ausgelegt werden muß, damit die Norm überhaupt mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Sie darf z.B. nicht dafür verwendet werden, bei unehelichen Kindern eine erleichterte Stiefelternadoption zu ermöglichen.

Da es letztlich hier die einzige Voraussetzung ist, gewinnt die Formel vom „unverhältnismäßigen Nachteil“ für § 1748 III BGB die entscheidende Bedeutung. Auf eine Divergenzvorlage hat der *BGH* hierzu entschieden, daß dies eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Kindes am Zustandekommen der Adoption und dem des Vaters an der Aufrechterhaltung seiner Rechtsbeziehung zu dem Kind erfordert, daß es aber nicht schon genügt, wenn die Interessen des Kindes überwiegen. Unverhältnismäßig ist der Nachteil für das Kind nur, wenn dies in besonders großem Maße der Fall ist. Man wird letztlich - im Sinne einer Testfrage - sagen können, daß der Nachteil nur unverhältnismäßig ist, wenn ein vernünftig denkender Vater, der sein Kind liebt, in dieser Situation seine Einwilligung nicht verweigern würde.

3. Einwilligung des Kindes

Nach § 1746 I 1 BGB ist grundsätzlich auch die Einwilligung des Kindes in die Adoption notwendig. Diese wird erteilt

- für das geschäftsunfähige (§ 104 Nr. 2 BGB) oder noch nicht 14 Jahre alte Kind von seinem gesetzlichen Vertreter (§ 1746 I 2 BGB),
- vom Kind selbst mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, wenn es bereits 14 Jahre alt ist (§ 1746 I 3 BGB).

In den meisten praktischen Fällen ist die Erklärung des gesetzlichen Vertreters des Kindes nach § 1746 III Hs. 2 BGB **entbehrlich**, nämlich immer, wenn die Eltern im eigenen Namen eingewilligt haben, als sie noch gesetzlicher Vertreter des Kindes waren. Das noch nicht 14 Jahre alte Kind braucht dann gar nicht einzuwilligen, daß 14 Jahre alte Kind kann es ohne (zusätzliche) Einwilligung seiner Eltern.

Auch für die Erklärung des Kindes ist die **notarielle Beurkundung** vorgeschrieben (§ 1750 I BGB).

Ist das Kind 14 Jahre alt, kann es die Zustimmung bis zur Entscheidung des Gerichts jederzeit **widerrufen** (§ 1746 II BGB). Der Widerruf bedarf nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Auch er muß aber notariell beurkundet werden.

Im Umkehrschluß aus § 1746 II BGB folgt übrigens, daß alle anderen notwendigen Einwilligungen - und auch die eines Kindes, das *noch nicht* 14 Jahre alt ist - **unwiderruflich** sind.

Müßte ein Vormund oder Pfleger die Einwilligung im Namen des Kindes erteilen oder der vom Kind selbst erklärten Einwilligung zustimmen, und weigert er sich ohne triftigen Grund, dies zu tun, kann seine Erklärung vom Vormundschaftsgericht **ersetzt** werden (§ 1746 III Hs. 1 BGB).

4. Einwilligung des Ehegatten und des Lebenspartners

Der Annehmende benötigt, wenn er ein Kind alleine annehmen will, die Einwilligung seines Ehegatten (§ 1749 I 1 BGB) oder Lebenspartners (§ 9 VI LPatG). Das ist eine für Ehegatten nur selten anzuwendende Norm, denn sie können ein Kind ja normalerweise nur gemeinsam annehmen (§ 1741 II 2 BGB). Im Fall des § 1741 II 3 BGB muß der Ehegatte aber schon als Elternteil einwilligen, so daß nur die seltenen Konstellationen des § 1741 II 4 BGB in Frage kommen.

Ist das Kind verheiratet, ist zur Adoption außerdem die Einwilligung **seines Ehegatten** (nicht aber seines Lebenspartners) notwendig (§ 1749 II BGB). Bei Minderjährigen wird das selten sein, die Norm gilt aber auch für die Volljährigenadoption.

Die Einwilligung des Ehegatten ist unter den gleichen Voraussetzungen wie die eines Elternteils **entbehrlich** (§ 1749 III BGB).

Die Einwilligung des Ehegatten oder Lebenspartners des Annehmenden kann vom Vormundschaftsgericht **ersetzt** werden (§ 1749 I 2 BGB). Die Voraussetzungen dafür nennt das Gesetz nicht. Das Vormundschaftsgericht muß daher prüfen, ob die Adoption trotz dieses Widerstandes dem Kindeswohl entspricht. Die Einwilligung des Ehegatten des Kindes kann nicht ersetzt werden.

5. Kindeswohl

Die Adoption muß **dem Kindeswohl dienen** (§ 1741 I 1 BGB).

Dem Kindeswohl dient die Adoption, wenn sich seine Lebensbedingungen durch die Adoption verbessern. Das heißt, es ist ein **Vergleich der Entwicklungschancen** des Kindes mit und ohne die angestrebte Adoption anzustellen. Nur wenn sie *mit* der Adoption *besser* erscheinen als ohne, ist sie zulässig.

In diese Abwägung können *realistische* Alternativen einbezogen werden, z.B. eine andere, ebenfalls mögliche Adoption, nicht jedoch eine Adoption, die daran scheitern wird, daß die Eltern ihr nicht zustimmen, es sei denn, es lägen die Voraussetzungen des § 1748 BGB vor.

Die Entscheidung ist eine **Prognoseentscheidung**. Das Gesetz kennt keine absoluten Präferenzen, lediglich einige Indikatoren mit relativer Verlässlichkeit: Heimerziehung ist im allgemeinen schlechter als Familienerziehung. Eine gemeinschaftliche Adoption wird für ein Kind meist besser als eine Einzeladoption sein. Im Einzelfall kann das alles aber auch anders sein.

Im Hinblick auf die inzwischen anerkannte Bedeutung der Abstammung für die Persönlichkeit dürften i.Ü. Lösungen, die die genetischen Beziehungen teilweise aufrechterhalten (also die Adoption durch Angehörige und andere offene Adoptionsformen) *ceteris paribus* besser sein als die völlige Loslösung aus der Herkunftsfamilie.

Erheblich strenger ist das Gesetz, wenn der Antragsteller bei der **Anbahnung der Adoption** gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen hat, wofür es schon genügt, daß er eine nicht anerkannte Vermittlungsstelle beschäftigt. Die Adoption ist dann nur zulässig, wenn sie zum Wohl des Kindes *erforderlich* ist (§ 1741 I 2 BGB). Das bedeutet, daß das Kindeswohl ohne diese Adoption gefährdet sein muß, was vor allem denkbar ist, wenn die Tat erst aufgedeckt wird, nachdem sich das Kind schon längere Zeit bei dem Antragsteller in Pflege befunden hat.

6. Soziales Eltern-Kind-Verhältnis

§ 1741 I 1 BGB verlangt außerdem die **Erwartung**, daß zwischen Antragsteller und Kind ein (soziales) Eltern-Kind-Verhältnis entstehen wird.

Dieser Voraussetzung dient die Vorschrift, wonach das Kind sich vor der Adoption schon „angemessene Zeit“ beim Antragsteller in **Pflege** befunden haben soll (§ 1744 BGB). Daraus folgt dann auch, daß auf das Pflegeerfordernis verzichtet werden kann, wenn die Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses aus anderen Gründen sicher erwartet werden kann.

Die Entstehung eines sozialen Eltern-Kind-Verhältnisses setzt außerdem einen **Mindestaltersabstand** von etwa 15 Jahren voraus. Eine Höchstgrenze zieht die Rechtsprechung dagegen nicht, denn je nach Familiensituation übernehmen ja häufig auch Großeltern die soziale Elternrolle.

7. Mindestalter des Annehmenden

Das Mindestalter für die Annahme eines Kindes beträgt:

- 25 Jahre bei der Einzeladoption (§ 1743 S. 1 Alt. 1 BGB),
- 25 Jahre für den einen, 21 Jahre für den anderen Ehegatten bei der gemeinschaftlichen Adoption (§ 1743 S. 2 BGB),
- 21 Jahre bei der ergänzenden Adoption (§ 1743 S. 1 Alt. 2 BGB).

8. Interesse der künftigen Geschwister

Die Adoption darf nicht ausgesprochen werden, wenn ihr *überwiegende* Interessen anderer Kinder des Annehmenden entgegenstehen (§ 1745 S. 1 BGB). § 1745 S. 2 BGB stellt klar, daß Vermögensinteressen hierbei nicht ausschlaggebend sein dürfen, wohl aber natürlich die Frage, ob das *Einkommen* ausreicht, um ein weiteres Kind angemessen zu versorgen. Im Vordergrund stehen freilich pädagogische Fragen. Vor allem die Adoption durch ein Paar, das schon gemeinsame leibliche Kinder hat, schafft eine nicht unproblematische Familienkonstellation.

Im Umkehrschluß folgt aus § 1745 BGB, daß auf die **Interessen anderer Verwandter** (z.B. der leiblichen Geschwister oder der Großeltern des Adoptivkindes) keine Rücksicht genommen werden darf. Aus § 1626 III BGB kann freilich folgen, daß die Adoption dem Kindeswohl nicht dient, wenn sie zum Verlust des Kontaktes zu solchen anderen Verwandten führt. Dabei ist

wiederum zu beachten, daß auch *nach* der Adoption noch ein Umgangsrecht aus § 1685 II BGB folgen kann, denn ein solches setzt verwandtschaftliche Beziehungen ja nicht voraus.

9. Volljährigenadoption

Die Adoption eines Volljährigen erfolgt auf den **gemeinschaftlichen Antrag** des Annehmenden und des Kindes (§ 1768 I 1 BGB). Der Antrag kann vom Annehmenden auch hier nur persönlich, für das geschäftsunfähige Kind jedoch auch von dessen gesetzlichem Vertreter (nämlich: einem Rechtlichem Betreuer) gestellt werden (§ 1768 II BGB).

Die Annahme Volljähriger ist nur als **Einzeladoption** möglich, das aber auch uneingeschränkt durch einen Verheirateten. Außerdem gilt § 1742 BGB nicht (§ 1768 I 2 BGB), so daß auch eine **überlagernde Zweitadoption** jederzeit möglich ist.

Eine zusätzliche **Einwilligung** des Kindes ist naturgemäß nicht erforderlich, aber auch die der Eltern des Kindes ist es nicht (vgl. § 1768 I 2 BGB). Die Einwilligung der Ehegatten beider Beteiligten ist dagegen notwendig (§§ 1767 II 1, 1749 BGB).

Die Adoption muß im übrigen **sittlich gerechtfertigt** sein. Es muß für sie einen anerkennenswerten Beweggrund geben. Außerdem muß zwischen den Beteiligten ein **soziales Eltern-Kind-Verhältnis** schon existieren. Die Prognose seiner Entstehung genügt hier nicht.

Die Adoption ist nicht zulässig, wenn ihr überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden *oder* des Kindes entgegenstehen (§ 1769 BGB).

C. Wirkungen der Adoption

1. Eingliederung in die Adoptivfamilie

Die Annahme eines **Minderjährigen** ist **Volladoption**. Das Adoptivkind wird durch die Adoption mit dem oder den Annehmenden und mit deren ganzer Familie verwandt wie wenn es ein leibliches Kind wäre (§ 1754 I, II BGB). Der Annehmende erwirbt außerdem die elterliche Sorge, bei gemeinschaftlicher oder ergänzender Adoption zusammen mit dem anderen Elternteil (§ 1754 III BGB).

Der einzige rechtliche Unterschied zur natürlichen Verwandtschaft besteht in der geringeren Strenge der Eheverbote (§ 1308 BGB).

Die Annahme **Volljähriger** ist **schwache Adoption**. Rechtsbeziehungen werden nach § 1770 I BGB nur zum Annehmenden selbst, nicht zu seinen Verwandten und zu seinem Ehegatten begründet. Die Verwandten und der Ehegatte des *Kindes* sind jedoch in die Adoption einbezogen.

Das Vormundschaftsgericht kann die Adoption eines Volljährigen jedoch auch als **Volladoption** aussprechen. Das setzt dreierlei voraus:

- Es muß eine der Konstellationen des § 1771 I 1 BGB vorliegen, nämlich: die Annahme eines Stief- oder Pflegekindes, die gleichzeitige Adoption von minderjährigen Geschwistern oder die Antragstellung schon vor dem 18. Geburtstag.
- Überwiegende Interessen der Eltern des Kindes dürfen nicht entgegenstehen (§ 1771 I 2 BGB) - doch ist ihre *Einwilligung* auch zur Volladoption nicht erforderlich.
- Annehmender und Kind müssen die Volladoption beantragen. Sie haben also, auch wenn die Voraussetzungen des § 1771 I BGB eigentlich vorliegen würden, die Möglichkeit, es dennoch bei der schwachen Adoption zu belassen.

2. Ausgliederung aus der Herkunftsfamilie

Bei der **gemeinschaftlichen oder Einzelvolladoption** erlöschen grundsätzlich die Verwandtschaftsverhältnisse des Kindes zu seinen Eltern und allen anderen Verwandten (§ 1755 I 1 BGB). Sie behalten für manche Situationen gleichwohl eine gewisse Bedeutung:

- Vorschriften, die sich auf das Inzesttabu gründen, stellen auch weiterhin (zusätzliche) auf die natürliche Abstammung ab (vgl. § 1307 S. 2 BGB und § 173 StGB).
- Zeugnisverweigerungsrechte und die Privilegierung von Angehörigen bei bestimmten Straftaten (z.B. § 258 VI StGB) überdauern die Adoption ebenfalls (vgl. § 11 I Nr. 1 a StGB).
- Hat das Kind vor der Adoption Ansprüche auf Waisenrente oder Waisenversorgung, bleiben diese auch für die Zeit danach bestehen (§ 1755 I 2 BGB).
- Im Falle der späteren (vollständigen) Aufhebung der Adoption leben die alten Verwandtschaftsverhältnisse wieder auf (§ 1764 III BGB).

Es ist folglich auch bei einem adoptierten Kind nicht völlig bedeutungslos, von wem es abstammt. Deshalb bleiben Statusänderungen (Anfechtung, Anerkennung und Feststellung der Vaterschaft) auch nach der Adoption möglich.

Wird ein Kind von jemandem adoptiert, der mit ihm im zweiten oder dritten Grade **verwandt oder verschwägert** ist (Großeltern, Urgroßeltern, Geschwister, Onkel, Tanten und/oder deren Ehegatten), so erlischt nur das Eltern-Kind-Verhältnis, alle anderen Verwandtschaftsbeziehungen bleiben bestehen, werden also ggf. verdoppelt.

Die h.M. bezieht § 1756 I BGB nicht auf Personen, die erst nach der Adoption geboren werden. Wortlaut und Zweck der Norm zwingen m.E nicht zu einer solche Einschränkung.

Bei der **ergänzenden Adoption** erlöschen nur die Verwandtschaftsverhältnisse zu dem anderen Elternteil und zu dessen Verwandten (§ 1755 II BGB). Das Kind bleibt das *leibliche* Kind des Elternteils, dessen Ehegatte oder Lebenspartner es annimmt.

Nach § 1756 II BGB bleibt das Kind außerdem auch mit den Verwandten des *anderen* Elternteils in bisherigem Umfang verwandt, wenn dieser Elternteil zu einem Zeitpunkt verstorben ist, zu dem er noch (Mit-)Inhaber der elterlichen Sorge war. Sie darf ihm vor dem Tod weder ganz entzogen noch ganz auf den anderen Elternteil übertragen worden sein. Hat sie vor dem Tod nur geruht, ist das unschädlich. Zweck dieser Regelung ist es, den Kontakt zu Verwandten nicht zu unterbinden, zu denen vermutlich ein besonders enges Verhältnis besteht. Ob dazu der Tod bei bestehendem Sorgerecht ein wirklich verlässlicher Indikator ist, kann man freilich ein wenig bezweifeln.

Bei der **schwachen Volljährigenadoption** erlöschen die bestehenden Verwandtschaftsbeziehungen gar nicht, *auch nicht* die zu den Eltern (§ 1770 II BGB).

D. Verfahren

Das Adoptionsverfahren ist ein Verfahren des **Vormundschaftsgerichts**. Es gelten die Vorschriften der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, nämlich die allgemeinen in §§ 1 bis 34 FGG und die besonderen über Vormundschaftssachen in §§ 35 bis 64 FGG.

Falls die Adoption ohne Zustimmung eines Elternteils oder unter Ersetzung seiner Zustimmung erfolgen soll, erfordert dies einen besonderen, vorab zu erlassenden Beschluß.

Das Gericht entscheidet *positiv* durch einen unabänderlichen, unanfechtbaren Beschluß (§ 56e FGG). Der *ablehnende* Beschluß unterliegt der einfachen Beschwerde. Die Beschwerdeberechtigung richtet sich nach § 20 FGG. Sie steht dem Antragsteller, dem Kind und den Eltern, die ihre Einwilligung erteilt haben, zu.

Der Beschluß des Vormundschaftsgerichts hat **konstitutive Wirkung**. Durch diesen Beschluß wird das Adoptionsverhältnis unabhängig davon begründet, ob das Gericht die Voraussetzungen zu Recht oder zu Unrecht angenommen hat. Selbst der gravierendste denkbare Fehler, nämlich das Fehlen schon eines wirksamen Antrags, macht den Beschluß nicht unwirksam, sondern kann allenfalls zur Aufhebung der Adoption führen.

E. Aufhebung der Adoption

Wie oben schon erwähnt, geschieht die Adoption durch einen Staatsakt und ist, wenn sie vom Vormundschaftsgericht ausgesprochen wird, in ihrer Gültigkeit nicht davon abhängig, daß die Voraussetzungen für sie tatsächlich vorgelegen haben. Sie kann aber unter bestimmten Umständen wieder aufgehoben werden.

1. Aufhebungsgründe

a) formale Fehler

§ 1760 I BGB läßt die Aufhebung der Adoption zu, wenn es an einem wirksamen Antrag gefehlt hat oder eine der nach §§ 1746, 1747 BGB notwendigen Einwilligungen nicht eingeholt wurde oder unwirksam war.

§ 1760 II bis IV BGB bestimmt abschließend, wann eine Erklärung als unwirksam zu gelten hat. Die Vorschriften des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte sind nicht anwendbar.

Die Aufhebung setzt einen **Antrag** desjenigen voraus, dessen Erklärung gefehlt hat oder unwirksam war (§ 1762 I BGB). Der Antrag kann nur innerhalb eines Jahres nach Entdeckung des Fehlers gestellt werden und nur, wenn seit der Adoption noch keine drei Jahre vergangen sind (§ 1762 II BGB).

Nach § 1761 I BGB darf die Aufhebung auf Antrag eines leiblichen Elternteils nicht geschehen, wenn die Voraussetzungen für das Ersetzen seiner Einwilligung in die Adoption vorliegen.

§ 1761 II BGB schließt die Aufhebung generell aus, wenn das **Wohl des Kindes** durch sie erheblich gefährdet würde und dies nicht wegen der überwiegenden Interessen des Antragstellers hingenommen worden muß.

b) Erforderlichkeit für das Kindeswohl

So lange das Kind noch minderjährig ist, kann die Adoption ferner aufgehoben werden, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist (§ 1763 I BGB).

Die Aufhebung geschieht **von Amts wegen**. Sie kann bei der gemeinschaftlichen Adoption auch auf einen Elternteil beschränkt werden (§ 1763 II BGB). Dann führt sie nur zum Erlöschen der Verwandtschaftsverhältnisse des Kindes zu diesem Elternteil und seinen Verwandten (§ 1764 V BGB). Die übrigen Wirkungen der Adoption bleiben erhalten.

Die Aufhebung ist ausgeschlossen, so lange für das Kind keine andere dauerhafte Einbindung in eine Familie gewährleistet ist (§ 1764 III BGB) - die Teilaufhebung erfordert die sichere Erwartung, daß das Kind bei dem anderen (verbleibenden) Adoptivelternteil wird aufwachsen können.

Eine Aufhebung nach § 1763 I BGB kommt ferner nicht mehr in Frage, nachdem das Kind volljährig geworden ist, bei der Volladoption Volljähriger daher von vornherein nicht.

c) Aufhebung der schwachen Adoption aus wichtigem Grund

Die schwache Volljährigenadoption kann nach § 1771 BGB auf gemeinsamen Antrag des Annehmenden und des Kindes aufgehoben werden, wenn beide dafür einen wichtigen Grund

anführen können.

2. Wirkung der Aufhebung

Die Aufhebung der Adoption führt zum Erlöschen der durch Adoption begründeten Verwandtschaftsverhältnisse (§ 1764 II BGB). Rückwirkung hat dies nur insofern, als die Aufhebung nach dem Tod des Antragstellers als vor seinem Tod ausgesprochen gilt (§ 1764 I BGB). Die durch die Adoption erloschenen Verwandtschaftsverhältnisse leben wieder auf (§ 1764 II BGB).

Die **elterliche Sorge** bleibt jedoch erloschen. Die leiblichen Eltern des Kindes erhalten sie nur zurück, soweit das Vormundschaftsgericht sie ihnen wieder überträgt, was nur geschehen darf, wenn es dem Kindeswohl nicht widerspricht (§ 1764 IV BGB).

3. Erlöschen bei Eheschließung

Kraft Gesetzes erlischt die Adoption nach § 1766 S. 1 BGB, wenn der Annehmende das Kind oder einen Abkömmling des Kindes heiratet. Das Eherecht verbietet eine solche Heirat eigentlich (§ 1308 I 1 BGB). Eine dennoch geschlossene Ehe ist aber gültig. Sie führt zum Wegfall der Adoptionswirkungen, allerdings nach § 1766 S. 2 BGB nur zwischen den Ehegatten. Im Verhältnis dieser zu allen anderen Verwandten bleibt die Adoption wirksam. Die Adoptivtochter, die den Adoptivvater geheiratet hat, ist mit ihm nicht mehr verwandt, sie ist aber nach wie vor die Enkelin seiner Eltern (die nun freilich auch ihre Schwiegereltern sind).

IV. Namensrecht

A. Bestandteile des Namens

1. Vorname, Familienname, Geburtsname

Der Name einer Person setzt sich aus zumindest zwei Komponenten zusammen, nämlich mindestens einem **Vornamen** und dem **Familiennamen**.

Familiename einer Person ist entweder ihr **Geburtsname** oder ihr **Ehe-** bzw. **Lebenspartnerschaftsname**. Im letzteren Fall kann dem Namen noch ein **Begleitname** vorangestellt oder angefügt worden sein. Das ergibt dann Doppelnamen, doch müssen diese nicht zwingend aus einem Ehenamen und einem Begleitnamen zusammengesetzt sein. Vielmehr kann auch schon der Ehe- oder der Geburtsname selbst ein Doppelname sein.

Der Geburtsname wird vom Gesetz definiert als der in die Geburtsurkunde einzutragende Name (§ 1355 VI BGB). Er ist nicht etwa unabänderlich. Durch eine Reihe von familienrechtlichen Vorgängen kann sich auch der Geburtsname einer Person ändern (siehe dazu v.a. § 1617c BGB).

So lange jemand einen Ehenamen führt, „schlummert“ der Geburtsname dahinter. Er kann aus verschiedenen Gründen später wieder zum Familiennamen werden.

2. Insbesondere: Ehename

Ein Ehename kann bei der Eheschließung oder später gewählt werden (§ 1355 I 1, III BGB). Endet die Ehe, kann er beibehalten oder aufgegeben werden (§ 1355 V BGB). Daher ist der Bestand der Ehe für die Führung des Ehenamens nicht von entscheidender Bedeutung, notwendig ist lediglich, daß der Betreffende überhaupt einmal geheiratet hat.

Ehename wird der Geburts- oder Familienname eines der Ehegatten (§ 1355 II BGB). Es

kann vorkommen, daß der Ehe Name sich von den Geburtsnamen beider Partner unterscheidet. Eine spätere Änderung des bestimmenden Geburtsnamens erstreckt sich auf den Ehe Namen nur, wenn der andere Ehegatte sich dieser Änderung anschließt (§ 1617c III BGB).

Dem Ehe Namen kann nach § 1355 IV, V BGB von dem Ehegatten, dessen Name nicht Ehe Name geworden ist, während der Ehe oder auch noch danach ein anderer Name vorangestellt oder angefügt werden. Dieser „Begleitname“ ist *kein* Bestandteil des Familiennamens.

Ehegatten, die keinen Ehe Namen wählen, führen den Familiennamen weiter, den sie bei der Eheschließung geführt haben (§ 1355 I 2 BGB).

Für den Lebenspartnerschafts Namen enthält § 3 LPartG eine identische Regelung.

Wenn ein Kind geboren wird, können seine Eltern also

- einen gemeinsamen Ehe Namen führen, oder
- jeder seinen eigenen Familiennamen, der entweder sein Geburtsname ist oder der Ehe Name aus der Ehe mit einem Dritten oder schließlich ein Lebenspartnerschaftsname. Eventuelle Begleitnamen werden für die Bestimmung des Geburtsnamens des Kindes ignoriert.

B. Geburtsname des Kindes

Das Kind erhält mit seiner Geburt einen bestimmten Familiennamen als Geburtsnamen. Der Geburtsname kann nicht frei gewählt werden, sondern knüpft an einen Namen an. Es ist, um die späteren Änderungsmöglichkeiten zu durchschauen, besonders wichtig, diese **Anknüpfung** zu kennen. Denn je nachdem, an welchen Namen sich der des Kindes anknüpft, sind spätere Änderungen der familienrechtlichen Verhältnisse von Bedeutung oder nicht. Insgesamt gibt es vier verschiedene Anknüpfungen, nämlich an:

1. den (gemeinsamen) **Ehe Namen der Eltern**,
2. den **Familiennamen der Mutter**,
3. den **Familiennamen des Vaters** und
4. in bestimmten, besonders gelagerten Fällen auch den Namen einer inzwischen für das Kind **fremden Person**. Ich nenne das einen **freischwebenden Geburtsnamen**.

Ich werde nun nacheinander erläutern, welchen Geburtsnamen das Kind bei seiner Geburt erhält und wie er sich nachher wieder ändern kann.

1. Originärer Geburtsname

Vier Situationen sind zu unterscheiden:

a) Situation des § 1616 BGB

Führen die Eltern einen **gemeinsamen Ehe Namen**, so wird dieser Ehe Name Geburtsname des Kindes (§ 1616 BGB).

b) Situation des § 1617 BGB

Führen die Eltern **keinen gemeinsamen Ehe Namen**, steht ihnen aber **die elterliche Sorge gemeinsam** zu, so *bestimmen* sie gemeinsam den Geburtsnamen des Kindes. Sie können hierbei zwischen dem Familiennamen des Vaters und dem der Mutter wählen (§ 1617 I 1 BGB).

§ 1617 II BGB regelt, was geschieht, wenn die Eltern die Bestimmung - aus welchem Grunde auch immer - nicht vornehmen. Geschieht das deshalb nicht, weil sie sich nicht einigen

können, kann im übrigen auch jeder von ihnen nach § 1628 BGB das Familiengericht anrufen.

Die einmal getroffene Wahl bindet die Eltern für ihre **weiteren gemeinsamen Kinder**, soweit bei deren Geburt überhaupt das Wahlrecht des § 1617 I 1 BGB greift (§ 1617 I 3 BGB). Führen sie inzwischen einen gemeinsamen Ehenamen, gilt dagegen für diese Kinder § 1616 BGB. Fehlt es für dies Kinder an der gemeinsamen elterlichen Sorge, gilt § 1617a I BGB.

Es spielt für § 1617 BGB wie für § 1617a I BGB keine Rolle, wenn die elterliche Sorge *ruht*. Das bedeutet nur, daß sie nicht ausgeübt werden kann, nicht jedoch, daß sie nicht prinzipiell bestünde. Allerdings steht das Wahlrecht aus § 1617 I 1 BGB nur demjenigen zu, der mindestens zur *tatsächlichen Personensorge* berufen ist. Ruht die elterliche Sorge bei beiden Eltern vollständig, kann es der Vormund des Kindes ausüben, nicht der gesetzliche Vertreter der Eltern.

c) Situation des § 1617a I BGB

Führen die Eltern **keinen gemeinsamen Ehenamen** und steht auch **die elterliche Sorge nur einem von ihnen** zu, so erhält das Kind den Familiennamen des sorgeberechtigten Elternteils (§ 1617a I BGB). Das wird fast immer nach § 1626a II BGB die Mutter sein. Dem Vater kann die elterliche Sorge allein zustehen, wenn sie der Mutter schon vor der Geburt entzogen wurde oder wenn die Mutter noch vor der Vollendung der Geburt gestorben ist.

d) Andere Situationen

Das Gesetz regelt nicht, was geschieht, wenn die Eltern **keinen gemeinsamen Ehenamen** führen und **die elterliche Sorge** schon bei der Geburt des Kindes **keinem von ihnen** zusteht, z.B. beiden schon vorher entzogen worden ist. In einem solchen Fall dürfte § 1617 BGB am ehesten passen, wobei das Wahlrecht dann dem Vormund des Kindes zusteht. Eventuell gilt § 1617a I BGB entsprechend, wenn die Mutter alleinsorgeberechtigte wäre, falls sie noch leben würde oder ihr die elterliche Sorge nicht entzogen wäre. Das ist aber umstritten.

Bei einem **Findelkind** bestimmt nach §§ 25 II 1, 26 PStG die untere Verwaltungsbehörde den Familiennamen. Geändert werden kann dies wiederum nur auf Anweisung der unteren Verwaltungsbehörde (§ 27 PStG).

2. Spätere Änderungen

Die vom Gesetz eröffneten späteren Änderungsmöglichkeiten des Geburtsnamens lassen sich in vier Kategorien einteilen:

1. Die **Abstammung** des Kindes kann sich ändern.
2. Die **Anknüpfung** kann geändert werden.
3. Der **Name**, an den angeknüpft wird, kann sich ändern.
4. Unter bestimmten Voraussetzungen kann dem Kind ein anderer Name durch Willenserklärung erteilt werden. Das nennt man **Einbenennung**.

a) Abstammung

Die Abstammung des Kindes kann sich dadurch ändern, daß

- die Vaterschaft durch Anerkennung oder gerichtliche Feststellung überhaupt erst *begründet*,
- eine bestehende Vaterschaft durch Anfechtung (oder Wiederaufnahme des Vaterschaftsfeststellungsverfahrens) *beseitigt*, oder

- das Kind *adoptiert* wird.

Hier gilt zunächst der Grundsatz der **Rückwirkung von Statusänderungen**: Es ist gedanklich die Geburtssituation erneut unter den geänderten Prämissen durchzuspielen.

Die **Feststellung** oder **Anerkennung der Vaterschaft** wird dabei als solche in der Regel nichts ändern, denn das vorher vaterlose Kind bleibt unehelich geboren, so daß weiterhin vom Alleinsorgerecht der Mutter bei seiner Geburt (§ 1626a II BGB) und damit von der Geltung des § 1617a I BGB auszugehen sein wird. Daran ändert es auch nichts, wenn die Mutter den Vater inzwischen geheiratet hat, denn sie war es ja zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes noch nicht. Freilich ist dann zusätzlich zu prüfen, ob sich der Name des Kindes nicht *durch* die Eheschließung wieder geändert hat (oder noch ändern kann).

Die **Anfechtung der Vaterschaft** wirkt ebenfalls auf den Zeitpunkt der Geburt zurück. Das Kind ist (jedenfalls jetzt) unehelich geboren, die Mutter wird rückwirkend als alleinsorgeberechtigt angesehen (§ 1626a II BGB) und das Kind leitet seinen Namen nun von ihr ab (§ 1617a I BGB). Das führt zu einer Änderung der Anknüpfung, meist aber nicht des Namens.

Zu einer Änderung des Namens könnte es nur kommen, wenn das Kind - durch Ausübung des Wahlrechts aus § 1617 I BGB - den Familiennamen des Mannes erhalten hatte, der bisher als sein Vater galt. Diesen Fall regelt § 1617b II BGB jedoch anders:

- a) Ist das Kind noch nicht fünf Jahre alt, erhält das Kind auf seinen (freilich vom gesetzlichen Vertreter zu stellenden) oder auf den Antrag des Scheinvaters hin den Namen, den die Mutter zur Zeit seiner Geburt geführt hat.
- b) Ist das Kind schon fünf Jahre alt, kann nur noch das Kind diesen Antrag stellen.
- c) So lange kein solcher Antrag gestellt wird, behält das Kind den bisherigen Namen. Da es zu dem Mann, von dem der Name einmal hergeleitet wurde, aber keinerlei Rechtsbeziehungen mehr hat, fehlt diesem Namen nun die Anknüpfung. Es ist ein freischwebender Name entstanden.

Seinem Wortlaut nach gilt § 1617b II BGB nur für den Fall, daß die Vaterschaft durch Anfechtungsurteil beseitigt wird. Für die **scheidungsakzessorische Anerkennung** müßte es demnach bei der Grundregel bleiben, daß die Statusänderung auf den Zeitpunkt der Geburt zurückwirkt und das Kind folglich ohne weiteres den sich aus § 1617a I BGB ergebenden Namen erhält. Das dürfte aber mit dem legitimen Interesse des Kindes an Namenskontinuität kaum vereinbar sein, so daß § 1617b II BGB auch in diesen Fällen **entsprechend angewendet** werden muß.

Schließlich können sich die Eltern-Kind-Beziehungen durch Adoption ändern. Hierfür bestimmt § 1757 BGB folgendes:

- a) Bei der Adoption durch eine Einzelperson erhält das Kind dessen Familiennamen (§ 1757 I BGB).
- b) Bei der Adoption durch ein Ehepaar und bei der ergänzenden Einzeladoption erhält das Kind den Ehenamen seiner - künftigen - Eltern als Geburtsnamen.

Führen sie keinen Ehenamen, so haben sie die Option des § 1617 I 1 BGB, die sie allerdings noch *vor Ausspruch der Adoption* ausüben müssen (§ 1757 II BGB). Ist das Kind schon fünf Jahre alt, ist die Wahl nur wirksam, wenn sich das Kind ihr anschließt. Merkwürdig ist, daß das Kind den *bisherigen* Namen behält, wenn keine wirksame Namenswahl zustandekommt (z.B. weil das Kind nicht zustimmt). Da ja aber gleichzeitig die Rechtsbeziehungen zu seinen Eltern enden, ist auch das ein freischwebender Name.

- c) Das Vormundschaftsgericht kann außerdem auf Antrag der Annehmenden und mit

Einwilligung des Kindes den bisherigen Familiennamen des Kindes dem neuen voranzustellen oder anhängen (§ 1757 IV 1 Nr. 2 BGB), aber nur, wenn das aus schwerwiegenden Gründen für das Wohl des Kindes erforderlich ist. Für die Einwilligung des Kindes gelten dieselben Vorschriften wie für seine Einwilligung in die Adoption.

b) Anknüpfung

Für Änderungen in der *Anknüpfung als solcher* gilt das Prinzip, daß die §§ 1616, 1617 und 1617a BGB ein Rangverhältnis bilden, in dem eine Änderung von der „schlechteren“ zur „besseren“ Anknüpfung erfolgt, nicht aber umgekehrt. Deswegen ist es ohne Einfluß auf den Namen des Kindes, wenn

- das Kind den Namen an den Ehenamen der Eltern anknüpft und einer von ihnen oder gar beide den Ehenamen aufgeben, oder
- das Kind seinen Namen aufgrund einer Wahl nach § 1617 BGB von einem Elternteil ableitet und dieser Elternteil die elterliche Sorge später verliert.

(i) Spätere Wahl eines gemeinsamen Ehenamens

Begründen die Eltern eines Kindes, das seinen Namen vom Vater oder der Mutter ableitet, später einen gemeinsamen Ehenamen (sei es, daß sie dann erst heiraten, sei es, daß sie ihn dann erst bestimmen), so erstreckt sich das nach § 1617c I 1 BGB ohne weiteres auf den Geburtsnamen des Kindes, wenn es noch nicht fünf Jahre alt ist.

Danach kann das Kind sich der Namensänderung durch eine eigene Erklärung anschließen. Nach § 1617c I 2 BGB ist der gesetzliche Vertreter des Kindes für diese **Anschlußerklärung** zuständig, wenn das Kind noch nicht 14 Jahre alt ist. Danach kann nur noch das Kind selbst die Anschlußerklärung abgeben. Soweit es noch nicht volljährig ist, benötigt es dazu die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.

§ 1617c I 2 BGB gilt - durch Verweisung - auch für die **anderen namensrechtlichen Erklärungen** von Kindern (vgl. §§ 1617a II 4, 1617b I 4, II 3, 1617c II, 1618 S. 5 BGB).

Fehlt es an der erforderlichen Anschlußerklärung des Kindes, so ändert sich *weder* sein Name *noch* dessen Anknüpfung.

(ii) Spätere Begründung gemeinsamer elterlicher Sorge

Wird die gemeinsame elterliche Sorge für ein Kind, das den Namen nach § 1617a I BGB von nur einem Elternteil ableitet, nachträglich begründet, so können die Eltern nach § 1617b I 1 BGB innerhalb einer dreimonatigen Frist das Wahlrecht des § 1617 I BGB ausüben, ihm also den Namen des *anderen* Elternteils erteilen. Ist das Kind schon fünf Jahre alt, ist eine Anschlußerklärung des Kindes erforderlich.

Auch hier ist das Wahlrecht im Sinne der Namensgleichheit unter vollbürtigen Geschwistern eingeschränkt (§§ 1617b I 4, 1617 I 3 BGB). Die Eltern können dies freilich durch *Nichtausüben* des nachträglichen Wahlrechts unterlaufen. Haben sie für das kurz *nach* ihrer Eheschließung geborene Kind den Familiennamen des Vaters gewählt, kann das *vor* der Ehe geborene gemeinsame Kind weiterhin wie die Mutter heißen. Wählen sie für das zweite Kind dagegen den Namen der Mutter, muß auch das erste Kind weiterhin so heißen, selbst wenn die Dreimonatsfrist des § 1617b I BGB noch nicht abgelaufen sein sollte.

c) Änderung des Namens, an den angeknüpft wird

Der Geburtsname des Kindes kann sich schließlich ändern, wenn sich der Name ändert, an den er anknüpft. Deswegen muß auch immer sorgfältig unterschieden werden, ob das Kind seinen

Namen vom *Ehenamen* oder von dem Namen nur *eines Elternteils* ableitet. Im Einzelnen gilt hier folgendes:

Ändert sich später der **Ehename der Eltern**, so erstreckt sich das auf das Kind ohne weiteres, wenn es noch nicht fünf Jahre alt ist, sonst, wenn es sich der Namensänderung anschließt (§ 1617c II Nr. 1 BGB).

Änderungen des Ehenamens sind allerdings ausgesprochen selten. Sie kommen fast nur in Betracht, wenn sich der zum Ehenamen bestimmte Geburtsname eines Ehegatten *seinerseits* ändert und auch dann nur, wenn der andere Ehegatte sich dieser Namensänderung anschließt. Das ist der schwer zu durchschauende Fall des § 1617c III BGB.

Ändert dagegen nur ein Ehegatte seinen Namen oder tun dies auch beide, weil z.B. der eine seinen Geburtsnamen wieder annimmt (§ 1355 V 2 BGB) und der andere erneut heiratet, so berührt das *den Ehenamen als solchen* nicht und wirkt sich auch nicht auf das Kind aus.

Leitet das Kind seinen Geburtsnamen **von einem Elternteil** ab, so gilt nach § 1617c II Nr. 2 BGB:

- Änderungen durch *Eheschließung mit einem Dritten* haben keine Folgen. (Die Eheschließung mit dem anderen Elternteil fällt unter § 1617c I BGB).
- Änderungen durch *andere Ereignisse* (z.B. die Ausübung der Option nach § 1355 V 2 BGB) erstrecken sich dagegen auf den Geburtsnamen des Kindes ohne weiteres, wenn es noch nicht fünf Jahre alt ist, sonst, wenn es sich der Namensänderung anschließt.

Führt das Kind einen **freischwebenden Namen**, so ändert sich an diesem Namen nichts mehr. Freischwebende Namen entstehen, weil das Gesetz das Interesse des Kindes an der Kontinuität seines Namens höher bewertet als das Interesse an der Namenseinheit innerhalb der Familie. Dann ist es aber auch nicht sinnvoll, das Kind an Namensänderungen einer Person teilhaben zu lassen, mit der es nichts mehr verbindet.

d) Einbenennung

Schließlich eröffnet das Gesetz noch zwei Möglichkeiten, den Geburtsnamen des Kindes durch Willenserklärungen zu ändern, nämlich:

(i) Einbenennung nach dem anderen Elternteil

Wenn der Geburtsname des Kindes nach § 1617a I BGB an den eines Elternteils (meist: der Mutter) anknüpft, kann ihm dieser durch Erklärung den Namen des anderen Elternteils (meist: des Vaters) erteilen (§ 1617a II 1 BGB). Die Zustimmung des anderen Elternteils ist erforderlich, außerdem die des Kindes, wenn es schon fünf Jahre alt ist (§ 1617a II 2 BGB).

Voraussetzung ist, daß der *namenserteilende* Elternteil die **alleinige Sorge** für das Kind hat. Ist sie ihm entzogen worden, besteht keine Möglichkeit, das Kind nach dem anderen Teil einzubenennen, nicht einmal, wenn sie dem anderen Elternteil übertragen wurde, denn § 1617a II 1 BGB läßt es nur zu, das Kind nach dem *nicht-sorgeberechtigten* Elternteil einzubenennen.

Die Einbenennung bewirkt zwar, daß sich die Anknüpfung des Namens ändert. *Grundlage* der Anknüpfung ist aber immer noch § 1617a BGB, so daß der neue Name erneut zur Disposition steht, wenn die Eltern später die elterliche Sorge gemeinsam erwerben oder einen Ehenamen wählen. Dann kann nach wie vor ein Wechsel zur besseren Anknüpfung über § 1617c I BGB oder § 1617b I BGB erfolgen.

(ii) Einbenennung in die Stieffamilie

Ist ein Elternteil mit einer anderen Person als dem anderen Elternteil verheiratet und führt mit dieser einen gemeinsamen Ehenamen, so können er und sein Ehegatte gemeinsam

- a) dem Kind diesen Ehenamen als Geburtsnamen erteilen (§ 1618 S. 1 BGB),
- b) diesen Ehenamen dem Geburtsnamen des Kindes anfügen oder voranstellen (§ 1618 S. 2 BGB).

Voraussetzung ist, daß der namenserteilende Elternteil sorgeberechtigt ist und daß er und sein Ehegatte das Kind in ihren Haushalt aufgenommen haben. Dieselben Möglichkeiten bestehen für einen **Lebenspartnerschaftsnahmen** (§ 9 Abs. 5 LPartG).

Die **Zustimmung des Kindes** ist erforderlich, wenn es schon fünf Jahre alt ist.

Die **Zustimmung des andern Elternteils** ist erforderlich, wenn dieser ebenfalls sorgeberechtigt ist oder das Kind bis jetzt seinen Namen führt. Nach dem Sinn der Vorschrift kommt es hier *nicht* auf die Anknüpfung, sondern nur auf *Namensgleichheit* an. Die Zustimmung des anderen Elternteils ist also auch erforderlich, wenn das Kind seinen Namen vom *Ehenamen seiner Eltern* ableitet und der andere Elternteil diesen Ehenamen noch führt. Sie kann aber vom Familiengericht ersetzt werden, wenn die Herbeiführung der Namenseinheit in der Stieffamilie für das Wohl des Kindes erforderlich ist (§ 1618 S. 4 BGB).

Für die Einbenennung in die Stieffamilie ist es im übrigen gleichgültig, woran der *bisherige* Geburtsname des Kindes angeknüpft war, also ob es sich um den Ehenamen seiner Eltern, den Namen seines anderen Elternteils, des einbenennenden Elternteils oder gar einen freischwebenden Namen gehandelt hat. *Nach* der Einbenennung ist Anknüpfungsmerkmal nicht etwa - wie der Wortlaut der Vorschrift nahelegt - der Ehe-name, sondern der **Familienname des einbenennenden Elternteils**, was einstweilen zwar keinen Unterschied macht, aber für spätere Änderungen bedeutsam werden kann. (Es gilt der Abs. 2, nicht der Abs. 1 von § 1617c BGB.)

C. Vornamensrecht

Das Recht der Vornamensgebung ist gesetzlich nicht geregelt. Es handelt sich um reines Gewohnheitsrecht. Das bedeutet, daß die hier dargestellten Grundsätze immer dann nicht gelten, wenn für einen bestimmten Ort oder eine bestimmte Region abweichende Gebräuche belegt sind. Selbst Familiengebräuche sind beachtlich. Ansonsten lassen sich aus der vielfältigen Rechtsprechung folgend allgemeine Prinzipien ableiten:

1. Akt der tatsächlichen Personensorge

Die Bestimmung des Vornamens ist ein Akt der elterlichen Sorge. Sie steht daher demjenigen zu, der die elterliche Sorge hat, ggf. dem Vormund. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge bestimmen die Eltern den Vornamen gemeinsam. Können sie sich nicht einigen, kann jeder von ihnen einen Antrag nach § 1628 BGB stellen.

Die **Frist** für die Bestimmung des Vornamens beträgt nach § 22 PStG einen Monat. Ungeklärt ist, was geschieht, wenn die Eltern diese Frist verstreichen lassen. Im äußersten Fall muß das Familiengericht nach § 1666 I BGB eingreifen und entweder den Namen bestimmen oder den Eltern das Bestimmungsrecht entziehen und einen Pfleger bestellen. Das geht aber erst, wenn durch den fehlenden Namen das Kindeswohl gefährdet ist, was nicht möglich ist, so lange das Kind nicht alt genug ist, um die Bedeutung eines Namens zu erfassen.

Die Namensbestimmung gilt als ein Akt der *tatsächlichen* Personensorge. Auch der minderjäh-

rige Elternteil kann daher an ihr teilnehmen (§ 1673 II 2 BGB).

2. Zahl der Vornamen

Die Eltern brauchen sich nicht auf einen Vornamen zu beschränken. Die Obergrenze dürfte bei **vier bis fünf Vornamen** liegen. Dahin zumindest geht die veröffentlichte Rechtsprechung überwiegend. Es sind aber auch schon mehr eingetragen worden. Verbundene Namen (Eva-Katharina) gelten als nur ein Name.

3. Unzulässige Vornamen

Ganz unzulässig sind Namen, die dem Kindeswohl zuwiderlaufen, weil sie

- als Herabwürdigung verstanden werden können („Satan“, „Judas“),
- das Kind lächerlich machen können („Ogino“, „Verleihnix“, „Störenfried“),
- eine politische Aussage enthalten („Che“, „Atomfried“).

Das Standesbeamte ist auch ohne Entscheidung des Familiengerichts berechtigt, die Eintragung eines dem Kindeswohl zuwiderlaufenden Namens abzulehnen.

4. Namenserfindungsrecht

Früher ist davon ausgegangen worden, daß nur Namen als Vornamen gegeben werden dürfen, die eine entsprechende Tradition haben. Vornamen auch fernliegendster Länder („Winnetou“, „Malaika“) sind jedoch zugelassen worden. Inzwischen dürfte auch ein Recht der Eltern anzunehmen sein, einen frei erfundenen Namen zu erteilen, so lange er wenigstens wie ein Vorname klingt. Daher ist z.B. „Monja“ zulässig. Vornamen wie „Traktoria“ oder „Dynamo“ sind es nicht.

5. Familiennamen als Vornamen

Im allgemeinen ist dagegen die Verwendung von Familiennamen als Vornamen - und zwar auch als zusätzliche Vornamen - unzulässig. Zugelassen wurde das ausnahmsweise schon bei Kindern mit einem ausländischen Elternteil, wenn in dessen Heimatland eine entsprechende Tradition bestand.

6. Geschlechtsspezifität

Zum Geschlecht gibt es zwei Regeln: **Geschlechtseindeutige** Namen dürfen keinem Kind des anderen Geschlechts, und **geschlechtsneutrale** Namen dürfen nicht ohne einen weiteren, eindeutigen Namen gegeben werden. „Maria“ ist - katholischer Tradition entsprechend - als *letzter* Vorname für Jungen zulässig.

Die Frage, *ob* ein Name das Geschlecht erkennen läßt, ist nach der **Verkehrssitte** zu beantworten. Dafür kann zunächst der reine Klang eine Rolle spielen. Bei an literarische Vorbilder angelehnten Namen kann es auf den Bekanntheitsgrad ankommen. So dürften verschiedene Namen aus dem „Herrn der Ringe“ (Arwen, Eowyn, Gandalf, Galadriel) heute - anders als vielleicht vor 25 Jahren - als geschlechtseindeutig gelten können.

Auch die Frage, **welches Geschlecht** durch einen Namen bezeichnet wird, bestimmt sich durch die Verkehrssitte, die regional abweichend ausfallen kann. So ist z.B. „Heike“ in Süddeutschland ohne weiteres als einziger Name für ein Mädchen möglich. Im äußersten Norden dagegen dürfen womöglich überhaupt nur Jungen so heißen.

Auch wo die Verkehrsauffassung eigentlich „falsch“ ist, gilt sie dennoch: „Winnetou“ ist eigentlich ein indianischer Frauenname. Da die Verkehrsauffassung aber von Karl May geprägt ist, dürfen wohl nur Jungen so heißen. (Trotzdem hieß die Tochter von Carl Zuckmayr so.) Ein

Zweifelsfall dürfte der alte biblische Männername „Elisa“ sein, mit dem kaum noch jemand den Nachfolger des Elia identifiziert.

Die **ausländische Herkunft** kann zu berücksichtigen sein, wenn sie - z.B. am Familiennamen oder an weiteren Vornamen - erkennbar ist. Im Zusammenhang mit einem (weiteren) italienischen Namen sind Andrea, Simone oder Nicola daher als Männernamen eintragungsfähig. Sonst sind sie es nicht.

7. Spätere Änderungen

Ist der Vorname **einmal wirksam erteilt**, bleibt es bei ihm, auch wenn sich später am Sorgerecht etwas ändert.

Eine Ausnahme sieht § 1757 IV 1 Nr. 1 BGB für den Fall der Adoption vor. Auf Antrag der Adoptiveltern kann das Vormundschaftsgericht mit dem Ausspruch der Adoption dem Kind andere oder zusätzliche Vornamen geben, wenn dies dem Kindeswohl entspricht. Die Einwilligung des Kindes ist erforderlich, wenn es schon fünf Jahre alt ist.

D. Namensänderung durch Verwaltungsakt

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß sich Namen, und zwar sowohl Vor- als auch Familiennamen, auch nach Vorschriften des öffentlichen Rechts ändern können.

Nach §§ 1, 3 I NamÄndG kann der *Familiennamen*, nach § 11 NamÄndG unter den gleichen Voraussetzungen auch der *Vorname* durch die **untere Verwaltungsbehörde** geändert werden, wenn ein **wichtiger Grund** die Änderung rechtfertigt. Als wichtiger Grund werden vor allem Lächerlichkeit des Namens oder mangelnde Unterscheidbarkeit anerkannt.

Früher war es außerdem unter § 3 I NamÄndG subsumiert worden, wenn es für das Kindeswohl „förderlich“ war, die Namensgleichheit mit der Stieffamilie herzustellen, was bei ehelichen Kindern nicht durch Einbenennung ging. Da § 1618 BGB aber jetzt für alle Kinder die Einbenennung in die Stieffamilie zuläßt, dürfte diese Rechtsprechung hinfällig sein, obwohl die Voraussetzungen ihr gegenüber damit letztlich erschwert worden sind, wenn der andere Elternteil nicht einverstanden ist, denn „Förderlichkeit“ verlangt weniger als „Erforderlichkeit“ (§ 1618 S. 4 BGB). Das NamÄndG darf aber nicht dazu verwendet werden, die gesetzgeberischen Entscheidungen auf dem Gebiet des Familienrechts zu unterlaufen.

Aus dem gleichen Grund lehnt es die Verwaltungspraxis auch durchgehend ab, bei Eltern mit unterschiedlichen Namen einen Doppelnamen des Kindes zu bilden.

Personen mit dem Status von **Heimatvertriebenen** können ihren Familiennamen durch einfache Erklärung „eindeutschen“ (§ 94 BVFG).

Umgekehrt haben Angehöriger der in Deutschland heimischen **Sprachminderheiten** (Sorben, Friesen, Dänen) das Recht, ihren in früherer Zeit eingedeutschten Namen in eine Fassung abzuändern, die ihrer Muttersprache entspricht.

Der *Vorname* kann sich außerdem nach einer **Geschlechtsumwandlung** ändern (§ 1 TSG).

V. Elterliche Sorge

A. Allgemeines

Die elterliche Sorge ist ein eigentümliches Recht. Einerseits wird es als absolutes Recht begriffen, das den Eltern zusteht. Andererseits sehen die meisten Autoren darin ausschließlich oder jedenfalls überwiegend ein „Pflichtrecht“, das den Eltern nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse des Kindes zusteht und das sie ausschließlich zu dessen Wohl auszuüben haben, wobei sie dieses Wohl teilweise selbst definieren dürfen.

Richtigerweise ist ein solcher Gegensatz zwischen Elternrecht und Kindeswohl gar nicht wirklich vorhanden. Vielmehr besteht das Kindeswohl - normalerweise - genau darin, daß sie bei ihren Eltern aufwachsen und von ihnen ihren Lebensvorstellungen entsprechend erzogen werden. Freilich hat diese Parallelität Grenzen, die erreicht werden, wenn das Ziel jeder Erziehung, nämlich die schließliche Verselbständigung des Kindes und seine Integration in die Gesellschaft in Frage gestellt sind.

Die Rechte des Kindes sind folglich keine Schranke des Elternrechts, vielmehr nimmt das Kind sie durch die Eltern wahr. Die elterliche Sorge ist das Medium dieser Rechtswahrnehmung.

§ 1626 I 2 BGB teilt die elterliche Sorge in zwei große Bereiche ein, nämlich

- die Personensorge und
- die Vermögenssorge.

In jedem dieser Bereiche sind die Eltern außerdem dazu berufen, das Kind gesetzlich zu vertreten (§ 1629 I 1 BGB). Man teilt das Handeln der Eltern im Rahmen der elterlichen Sorge daher oft in vier Quadranten ein:

- Akte der *tatsächlichen Personensorge* (Eltern verbieten dem Kind, abends wegzugehen),
- der *Vertretung in persönlichen Angelegenheiten* (Eltern stimmen namens des Kindes einer Operation zu),
- der *tatsächlichen Vermögenssorge* (Eltern legen Wertgegenstände des Kindes in ihren Safe) und
- der *Vertretung in Vermögensangelegenheiten* (Eltern eröffnen auf den Namen des Kindes ein Bankkonto).

B. Inhaber der elterlichen Sorge

Die elterliche Sorge steht gemäß §§ 1626 I 1, 1627 BGB *grundsätzlich* den Eltern gemeinsam zu. Wer das ist, bestimmt sich nach §§ 1591 ff. BGB, so daß es auf die biologische Abstammung nicht ankommt. Auch durch Adoption entsteht *elterliche* Sorge.

Fehlt es ganz an jemandem, dem die elterliche Sorge zustünde oder ist keiner der sorgeberechtigten Elternteile berechtigt, das Kind zu vertreten oder ist unbekannt, wer die Eltern sind, ist nach § 1773 BGB für das Kind ein Vormund zu bestellen, dem die Personen- und Vermögenssorge im gleichen Umfang wie den Eltern zusteht (vgl. § 1793 BGB), von *elterliche* Sorge kann dann jedoch nicht gesprochen werden.

Daß die Eltern im allgemeinen gemeinsam sorgeberechtigt sein sollen, folgt schon aus Art. 6 II 1 GG. Der Staat greift in das Elternrecht ein, wenn er einem Elternteil die elterliche Sorge vorenthält. Dieser Eingriff muß durch die Schranke des Art. 6 II 2 GG gedeckt sein.

Kein Eingriff des Staates stellt der Umstand dar, daß die elterliche Sorge eines Elternteils jeweils durch die elterliche Sorge des anderen Elternteils eingeschränkt wird. Das liegt vielmehr in der Natur der Sache. Die Staatsorgane haben daher auch das Recht, aus sachgerechten Gründen Konflikte zwischen den Eltern über die Verteilung der elterlichen Sorge zu entscheiden. Sie dürfen sie allerdings nicht in einer Weise lösen, die dem *gemeinsamen Willen der*

Eltern widerspricht, wenn *dies* nicht notwendig ist, um eine Gefahr für das Kind abzuwenden.

Bestimmungen, durch die ein Elternteil das alleinige Sorgerecht erhält, muß man demnach in zwei unterschiedliche Kategorien einteilen:

Vorschriften die einem Elternteil das Sorgerecht nur deshalb vorenthalten, *weil* der andere es hat, beinhalten kein Unwerturteil über den nicht sorgeberechtigten Elternteil. Er hat daher einen (grundrechtlich verbürgten) Anspruch darauf, die elterliche Sorge zu erhalten, sobald die Gründe dafür, sie dem anderen vorzubehalten, wegfallen. Man nennt das die **latente elterliche Sorge**.

Vorschriften, die einen Elternteil vom Sorgerecht ausschließen, weil *er* sich dafür disqualifiziert hat, entziehen ihm auch diese latente elterliche Sorge. Sie bedürfen allerdings der Rechtfertigung aus Art. 6 II 2 GG, weswegen sie stets eine - mehr oder minder akute - Gefahr für das Kind voraussetzen.

1. Verteilung der elterlichen Sorge unter den Eltern

a) *eheliche/uneheliche Geburt*

Wird das Kind ehelich geboren, steht den Eltern die elterliche Sorge von Geburt an **gemeinsam** zu.

Auch bei einem unehelich geborenen Kind können die Eltern nach § 1626a I Nr. 1 BGB dasselbe Ergebnis erzielen, indem sie die Sorgeerklärung schon vor der Geburt des Kindes abgeben, was nach § 1626b II BGB möglich ist. Freilich setzt das voraus, daß auch die Anerkennung der Vaterschaft schon vor der Geburt wirksam erklärt wird, andernfalls geht die Sorgeerklärung ins Leere, da sie nur *Eltern* abgeben können.

Sonst steht die elterliche Sorge beim unehelich geborenen Kind nach § 1626a II BGB zunächst **der Mutter alleine** zu. Das gilt auch, wenn die Mutter bei der Geburt verheiratet ist, die Vaterschaft aber später erfolgreich angefochten wird. Die Anfechtung wirkt auf den Zeitpunkt der Geburt zurück. Die Mutter erhält durch die Anfechtung also *rückwirkend* die alleinige elterliche Sorge nach § 1626a II BGB.

Die direkt auf § 1626a II BGB gegründete alleinige elterliche Sorge der Mutter wird in mancher Hinsicht anders behandelt als andere Fälle der alleinigen elterlichen Sorge. Ich nenne sie zur Unterscheidung - wo das notwendig ist - **originäre Alleinsorge**.

b) *Sorgeerklärung (§ 1626b BGB)*

Auch wenn die elterliche Sorge zunächst der Mutter nach § 1626a II BGB allein zusteht, geht diese ohne weiteres in die gemeinsame elterliche Sorge über, wenn

- die Eltern später eine Sorgeerklärung abgeben (§ 1626a I Nr. 1 BGB) oder
- einander heiraten (§ 1626a I Nr. 2 BGB).

§ 1626a I Nr. 2 BGB setzt voraus, daß die Mutter den *Vater* heiratet, nicht etwa nur den *Erzeuger* des Kindes. Heirat nach der Geburt erspart den Eltern also nur die Sorgeerklärung, nicht die Prozedur der Vaterschaftsanerkennung oder -feststellung.

Die Sorgeerklärung ist die von beiden Eltern gemeinsam abgegebene, **nicht empfangsbedürftige Willenserklärung**, die elterliche Sorge gemeinsam ausüben zu wollen. Die Einzelheiten sind in §§ 1626b bis 1626e BGB geregelt:

- Die Erklärung muß höchstpersönlich abgegeben werden (§ 1626c I BGB). Bei einem beschränkt geschäftsfähigen Elternteil ist die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters notwendig (§ 1626c II BGB).
- Alle notwendigen Erklärungen müssen öffentlich beurkundet werden (§ 1626d I BGB).

- Das kann beim Notar oder beim Jugendamt (§ 59 I Nr. 8 SGB VIII) geschehen.
- Sie ist bedingungsfeindlich (§ 1626b I BGB), kann aber schon vor der Geburt des Kindes abgegeben werden (§ 1626b II BGB).
 - Alle notwendigen Erklärungen sind, wenn sie formgerecht abgegeben wurden, ohne Rücksicht auf etwaige Willensmängel wirksam (§ 1626e BGB). Wer durch Drohung oder arglistige Täuschung dazu gebracht wurde, eine Sorgeerklärung abzugeben, kann also nur über einen Antrag nach § 1671 I BGB die alleinige Sorge wieder zurückerhalten. Trotz § 1626e BGB wird man allerdings annehmen müssen, daß die Sorgeerklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig ist.
 - Die Sorgeerklärung ist vom Bestand der Vaterschaft abhängig, denn sie kann nur von Vater und Mutter gemeinsam abgegeben werden. Wird die Vaterschaft wirksam angefochten, geht die Sorgeerklärung wegen der Rückwirkung der Anfechtung ins Leere und die Mutter erhält das alleinige Sorgerecht nach § 1626a II BGB - ebenfalls rückwirkend - zurück.

§ 1626a II BGB findet seine Rechtfertigung in dem Umstand, daß uneheliche Kinder in der Regel nur bei ihren Müttern aufwachsen, er daher keine *sachwidrige* Differenzierung nach dem Geschlecht enthält. Das *BVerfG* hat allerdings klargestellt, daß das nur gilt, wenn die Eltern in der Praxis auch tatsächlich vernünftigen Gebrauch von der in § 1626a I Nr. 1 BGB gegebenen Möglichkeit machen, die gemeinsame elterliche Sorge einzurichten, nämlich immer dann, wenn das uneheliche Kind - gegen die Regel - von beiden Eltern gemeinsam erzogen wird. Der Gesetzgeber hat das zu beobachten und, wenn sich herausstellen sollte, daß das nicht der Fall ist, das Gesetz zu ändern. Er muß dann die - bisher nicht vorgesehene - Möglichkeit schaffen, die Einrichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge auch gegen den Willen der Mutter anzuordnen.

c) Übertragung der elterlichen Sorge bei Getrenntleben

Wenn und so lange Eltern - ob nun verheiratet oder nicht - getrennt leben, kann jeder von ihnen beantragen, daß das Familiengericht die elterliche Sorge auf ihn allein überträgt. Hierbei sind zwei unterschiedliche Konstellationen zu unterscheiden: § 1671 I BGB läßt die Übertragung von **beiden Eltern** auf einen Elternteil zu, § 1672 I BGB die Übertragung von der **originär allein-sorgeberechtigten Mutter** auf den Vater.

Seit wann die Eltern **getrennt leben**, ist ohne Bedeutung. Anträge nach §§ 1671, 1672 I BGB können jederzeit gestellt werden, auch wenn die Eltern nie zusammengelebt haben. Es kann ihnen nicht mehr stattgegeben werden, wenn sie die Trennung beenden. Ist die Übertragung erst einmal erfolgt, ändert eine *danach* erfolgte Aufhebung der Trennung an ihr aber nichts mehr.

(i) Übertragung der gemeinsamen Sorge auf einen Elternteil (§ 1671 BGB)

Die Übertragung nach § 1671 I BGB setzt voraus, daß ihr *entweder* der andere Elternteil zustimmt (§ 1672 II Nr. 1 BGB) *oder* daß sie dem Kindeswohl am besten entspricht (§ 1672 II Nr. 2 BGB). Nur wenn das schon 14 Jahre alte Kind ihr widerspricht, genügt die Zustimmung des Antragsgegners nicht. Dann *muß* die Übertragung dem Kindeswohl am besten entsprechen.

Die **Zustimmung** des anderen Elternteils ist an keine Form gebunden. Das Gericht muß allerdings aufklären, ob sie erklärt wurde und dem freien Willen des Elternteils entspricht. Sie kann bis zur Entscheidung des Gerichts widerrufen werden. Ist die Zustimmung erteilt, prüft das Gericht Kindeswohlgesichtspunkte grundsätzlich nicht mehr. Aus § 1671 III BGB folgt allerdings, daß es zur Prüfung, ob eine *Gefährdung* des Kindeswohls vorliegt - und daher eine Maßnahme nach § 1666 I BGB in Betracht kommt - auch innerhalb eines solchen Verfahrens

berechtigt ist.

Was dem **Wohl des Kindes** „am besten entspricht“ (eine Formel, die nur in § 1671 II Nr. 2 BGB vorkommt), ist wenig klar. Eine gesetzliche Vermutung dafür, daß das in der Regel die gemeinsame Sorge ist, soll es angeblich nicht geben. Die Aufklärungslast liegt aber jedenfalls beim Antragsteller. Gemeinhin wird das Wohl des Kindes unter Abwägung aller konkreten Umstände des Einzelfalles ermittelt. Drei Faktoren spielen dabei die Hauptrolle, nämlich

- das Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung gewohnter Beziehungen (§ 1626 III BGB) und Lebensverhältnisse (Kontinuitätsinteresse),
- das Interesse des Kindes an möglichst effektiver Förderung seiner Anlagen (Förderprinzip) und
- die (autonomen) Wünsche und Vorstellungen des Kindes.

Was das Kind selbst gerne möchte, ist daher in jeder Altersphase zu berücksichtigen, gewinnt um so größere Bedeutung, je älter das Kind ist, ist aber niemals allein ausschlaggebend. Zum Kontinuitätsinteresse gehört auch die Förderung der Umgangskontakte des Kindes zum jeweils *anderen* Elternteil. Es kann daher gegen die Übertragung der alleinigen Sorge sprechen, wenn der Antragsteller dem anderen Elternteil Umgangskontakte verweigert.

Im übrigen verlangt § 1671 II Nr. 2 BGB eine gedanklich **zweigeteilte Prüfung**: Zuerst muß feststehen, daß die alleinige Sorge eines Elternteils gegenüber der gemeinsamen Sorge beider Eltern die *eindeutig bessere* Lösung ist. Steht dies fest, ist im zweiten Schritt zu prüfen, ob der Antragsteller das Kindeswohl besser gewährleistet als der Antragsgegner.

Da § 1671 I BGB auch eine nur **teilweise Übertragung** der elterlichen Sorge auf einen Elternteil zuläßt (was auch schon so beantragt werden kann), muß sich die Prüfung auch darauf erstrecken, ob nicht *dies* dem Kindeswohl am besten entspricht. Die Praxis der Obergerichte zielt ziemlich eindeutig dahin, die Übertragung der gesamten Sorge auf nur einen Elternteil ohne dessen Zustimmung als seltenen Ausnahmefall zu behandeln, der nur in Frage kommt, wenn zwischen den Eltern ein erhebliches Konfliktpotential besteht, das auch durch teilweise Übertragung (z.B. nur des Aufenthaltsbestimmungsrechtes) nicht entschärft werden kann.

§ 1671 I BGB läßt im übrigen auch die seltsame Konstruktion einer **wechselseitigen Teilübertragung** (demnach der *Aufteilung* der elterlichen Sorge unter den Eltern) zu. Das wird zwar kaum je dem Kindeswohl am besten entsprechen, ist als *einvernehmliche* Lösung aber denkbar. (Jeder Elternteil stimmt dem Antrag des anderen auf Teilübertragung zu.)

(ii) *Übertragung der originären Alleinsorge von der Mutter auf den Vater (§ 1672 I BGB)*

Die Übertragung nach § 1672 I BGB setzt voraus, daß die Mutter ihr zustimmt *und* daß sie dem Kindeswohl *dient*.

Der **Zustimmung** der Mutter bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn sie einer Adoption des Kindes durch Dritte zugestimmt hat (§ 1751 I 6 BGB). Das bedeutet gleichzeitig, daß ein Ruhen der elterlichen Sorge der Mutter einer Übertragung nach § 1672 I BGB nicht entgegensteht.

Die Frage, was dem Kindeswohl dient, ist hier anders zu beurteilen, als das sonst geschieht, denn die Norm bedarf der *verfassungskonformen Auslegung*. Auch dem unehelichen Vater darf die elterliche Sorge nur vorenthalten werden, wenn dies zur Wahrung des Wächteramtes aus Art. 6 II 2 GG notwendig ist. Daraus folgt:

- Hat die Mutter wirksam zugestimmt, darf das Gericht nur prüfen, ob die Übertragung auf den Vater das Kindeswohl gefährden könnte. Andernfalls muß es davon ausgehen, daß sie dem Kindeswohl dienen wird.
- Braucht die Mutter wegen § 1751 I 6 BGB nicht zuzustimmen, muß das Gericht beach-

ten, daß die Adoption, in die die Mutter eingewilligt hat, ja nur erfolgen kann, wenn zugleich die Einwilligung des Vaters nach § 1748 III BGB ersetzt wird. Das ist aber wederum nur möglich, wenn die Interessen des Kindes am Zustandekommen der Adoption diejenigen des Vaters am Erhalt der Vaterschaft *weit überwiegen*. Soll das Kind dann überhaupt bei einem Elternteil aufwachsen, bleibt nur die Wahl zwischen der Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater (nach § 1672 I BGB) oder der Rückübertragung auf die Mutter (nach § 1751 III BGB). Die Mutter hat indessen ihr Desinteresse an der Erziehung des Kindes schon durch die Einwilligung in die Adoption bekundet. Auch in diesem Fall ist folglich die Übertragung auf den Vater geboten, wenn keine konkreten Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß das Kindeswohl gefährden würde. Will die Mutter diese Situation vermeiden, darf sie in die Adoption nicht einwilligen, wenn nicht vorher schon der Vater eingewilligt und unwiderruflich auf das Antragsrecht aus § 1672 I BGB verzichtet hat (vgl. § 1747 III BGB).

Gefährdet die Mutter durch Verweigerung der Zustimmung das Kindeswohl, bleibt dem Familiengericht die Möglichkeit, ihr die elterliche Sorge zu entziehen (§ 1666 I BGB) und sie dann nach § 1680 III, II 2 BGB auf den Vater zu übertragen. Die Voraussetzungen hierfür liegen allerdings selten vor.

(iii) Abänderung der Übertragung (§ 1696 I BGB)

Nach § 1696 I BGB kann das Familiengericht jede Sorgerechtsentscheidung später - also auch nach Rechtskraft - wieder ändern, soweit dies aus triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründen erforderlich ist.

Damit kann jede Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil später ganz oder teilweise rückgängig gemacht werden und zwar **von Amts wegen**. Ein erneuter Antrag eines Elternteils ist hierfür *nicht* erforderlich.

Nach der Formel von den „triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründen“ kommt die Abänderung in Betracht, wenn die bestehende Situation für das Kind nicht mehr erträglich ist. Meist sind das Fälle, in denen sich die tatsächlichen Verhältnisse von der Entscheidung „wegentwickelt“ haben und diese Entwicklung auch entsprechend gefestigt ist. Wenn zum Beispiel das Kind zunächst nach der Trennung bei der Mutter gelebt hat (und dieser mit Zustimmung des Vaters die elterliche Sorge übertragen wurde), und das Kind nunmehr schon längere Zeit beim Vater lebt, ohne daß es eine Tendenz erkennen läßt, zur Mutter zurückkehren zu wollen, kann die Aufhebung der Übertragung angezeigt sein.

Eine Abänderung der Übertragung ist nicht nur als ihre völlige, sondern auch als ihre nur teilweise Aufhebung möglich. Das Ergebnis ist dann dasselbe, als wäre vorher nur eine teilweise Übertragung erfolgt. Was § 1696 I BGB allerdings nicht zuläßt, ist die Herbeiführung einer Lage, die vorher *nicht* bestand.

Die Abänderung der Übertragung nach § 1671 I BGB besteht daher immer in der völligen oder teilweisen Wiederherstellung der *gemeinsamen* elterlichen Sorge. Alleinsorge des *anderen* Elternteils kann aus ihr selbst nicht folgen. Sie ist aber möglich, wenn die Abänderung mit einer - erneuten - Entscheidung nach § 1671 I BGB kombiniert wird.

Umgekehrt kann die Abänderung einer Entscheidung nach § 1672 I BGB nur zur Wiederherstellung der alleinigen Sorge der Mutter - nicht zur gemeinsamen Sorge führen.

Auch die Abänderungsentscheidung nach § 1696 I BGB ist eine gerichtliche Entscheidung zur elterlichen Sorge, die ihrerseits wieder nach § 1696 I BGB **abgeändert** werden kann, wenn dies

aus triftigen Gründen erforderlich ist.

(iv) Folgeübertragung nach § 1672 II BGB

Ist die elterliche Sorge nach § 1672 I BGB auf den Vater übertragen worden, kann das Familiengericht auf Antrag eines jeden Elternteils mit Zustimmung des anderen die elterliche Sorge auf beide Eltern gemeinsam übertragen, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht (§ 1672 II 1 BGB). Ob die Eltern noch getrennt leben, spielt keine Rolle. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, ob die Übertragung noch besteht oder ob sie ganz oder teilweise nach § 1696 I BGB wieder rückgängig gemacht wurde.

§ 1672 II BGB schließt eine Gesetzeslücke. Denn - wie oben ausgeführt - kann über § 1696 I BGB die gemeinsame Sorge nicht herbeigeführt werden, wenn eine Übertragung nach § 1672 I BGB stattgefunden hat. Der Weg über die Sorgeerklärung ist aber gleichfalls verbaut, denn Sorgeerklärungen setzen voraus, daß die Mutter ihre elterliche Sorge *direkt aus dem Gesetz* ableitet. Sie sind nicht zulässig, wenn die alleinige Sorge der Mutter auf einer Gerichtsentcheidung - und sei es auch einer nach § 1696 I BGB - beruht.

Dem Kindeswohl **widerspricht** eine Entscheidung dann nicht, wenn es keine konkreten Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls gibt.

2. Ruhen der elterlichen Sorge

Wenn die elterliche Sorge eines Elternteils ruht, verliert er sie damit nicht. Er verliert nach § 1675 BGB nur das Recht, sie *auszuüben*.

a) Wirkungen

Ruht die **gemeinsame Sorge** beider Eltern, kann *niemand* sie mehr ausüben. Das Kind benötigt dann nach § 1773 I BGB einen **Vormund**.

Ruht dagegen nur die gemeinsame Sorge *eines* Elternteils, ist der andere ohne weiteres berechtigt, sie alleine ausüben (§ 1678 I Hs. 1 Alt. 2 BGB). Er kann das Kind dann auch ohne weiteres allein vertreten (§ 1629 I 3 Alt. 1 BGB). Einer gerichtlichen Entscheidung bedarf es nicht.

Ruht die **originäre Alleinsorge** der Mutter, kann das Familiengericht die elterliche Sorge nach § 1678 II BGB auf den Vater übertragen. Das setzt allerdings zweierlei voraus:

- Die elterliche Sorge der Mutter muß voraussichtlich auf Dauer (nämlich: bis zum Eintritt der Volljährigkeit) ruhen.
- Die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater muß dem Kindeswohl dienen.

Für die Frage, was dem Kindeswohl dient, ist auch hier wieder das Grundrecht des Vaters aus Art. 6 II 1 GG zu berücksichtigen. Verlangt der Vater die Übertragung der elterlichen Sorge, darf sie ihm nur dann nicht übertragen werden, wenn Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls bestehen. Ist er mit der Übertragung nicht einverstanden, wird sie dagegen dem Kindeswohl kaum dienen können. Steht er dazu indifferent, sind die Lebenschancen des Kindes abzuwägen.

Kommt die Übertragung auf den Vater nach § 1678 II BGB nicht in Frage, erhält das Kind wieder einen **Vormund**. Ist das nur deshalb nicht der Fall, weil die elterliche Sorge der Mutter nicht auf Dauer ruht, muß das Vormundschaftsgericht prüfen, ob nicht der Vater des Kindes ein Anrecht auf Bestellung zum Vormund hat. § 1779 II 2 BGB schreibt vor, daß bei der Auswahl des Vormunds die Bindungen des Kindes zu berücksichtigen sind. Die Bindungen zum Vater haben wegen Art. 6 II 1 GG besonderes Gewicht. (*Daß* Vater oder Mutter Vormund des eigenen Kindes sein können, folgt übrigens aus § 1845 BGB.)

Ruht die **akute Alleinsorge** eines Elternteils, muß das Familiengericht prüfen, ob dies einen triftigen Grund zur Abänderung der Sorgerechtsübertragung nach § 1696 I BGB darstellt. Ist das nicht der Fall, ist wiederum ein Vormund zu bestellen.

b) Beendigung des Ruhens der elterlichen Sorge

Ruht die elterliche Sorge nicht mehr, fällt das Ausübungshindernis aus § 1675 BGB weg. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der betreffende Elternteil die elterliche Sorge nun sofort wieder uneingeschränkt ausüben kann. Das hängt vielmehr von den weiteren Konsequenzen ab, die das Ruhen der elterlichen Sorge gehabt hat:

Führte das Ruhen der elterlichen Sorge nur zur **Alleinausübung durch den anderen Elternteil** (§ 1678 I Hs. 1 Alt. 2 BGB), so fällt diese Wirkung ohne weiteres weg. Die Eltern können die elterliche Sorge nun (mit den üblichen Ausnahmen) wieder nur gemeinsam ausüben.

Ist ein **Vormund** bestellt worden, entfällt dessen Amt kraft Gesetzes (§ 1882 BGB). Das Vormundschaftsgericht stellt dies in der Regel durch einen Beschluß fest, der aber keine konstitutive Bedeutung hat.

Ist die elterliche Sorge nach § 1678 II BGB **auf den Vater übertragen** worden, bleibt es hierbei, es sei denn, es liegen triftige Gründe für eine Abänderung dieser Entscheidung nach § 1696 I BGB vor.

Ist das Ruhen der elterlichen Sorge zum Anlaß genommen worden, eine frühere Sorgerechtsentscheidung nach § 1696 I BGB **abzuändern**, so bleibt auch das so, wenn nicht triftige Gründe i.S.v. § 1696 I BGB für die erneute Abänderung der Entscheidung bestehen.

c) die einzelnen Gründe für das Ruhen der elterlichen Sorge

(i) Geschäftsunfähigkeit

Die elterliche Sorge eines geschäftsunfähigen Elternteils ruht (§ 1673 I BGB). Geschäftsunfähig ist nach § 104 Nr. 2 BGB, wer sich in einem die freie Willensbestimmung dauernd ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet. Ist der Zustand dagegen nur vorübergehender Natur, besteht allenfalls eine tatsächliche Verhinderung des betroffenen Elternteils, seine elterliche Sorge ruht aber noch nicht.

Die Feststellung der Voraussetzungen des § 1673 I BGB obliegt dem **Vormundschaftsgericht** im Verfahren zu Bestellung eines Vormunds. Die Vormundschaftsgerichte scheuen sich, sie zu treffen, deswegen sind Vormundbestellungen aufgrund von § 1673 I BGB in der Praxis eine seltene Ausnahme. Wird durch die psychische Krankheit oder geistige Behinderung der Eltern das Kindeswohl erheblich gefährdet, kommt - unabhängig von § 1673 I BGB - auch eine Entziehung der elterlichen Sorge nach § 1666 I BGB in Frage. Das schafft auch insofern mehr Rechtssicherheit, als der Ruhensgrund des § 1673 I BGB ja jederzeit wegfallen kann, wenn der Elternteil die Geschäftsfähigkeit wiedererlangt.

(ii) Minderjährigkeit

Die elterliche Sorge ruht nach § 1673 II 1 BGB auch bei einem beschränkt geschäftsfähigen, also noch nicht volljährigen, Elternteil. Das gilt uneingeschränkt aber nur für die Vermögenssorge. Zur *tatsächlichen* Personensorge bleibt er berechtigt, kann das Kind freilich auch insofern nicht vertreten (§ 1673 II 2 BGB).

Für Volljährige, die unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt stehen (§§ 1896, 1903 BGB), gilt § 1673 II BGB nicht. Denn der Einwilligungsvorbehalt *bewirkt* keine beschränkte Geschäftsfähigkeit, sondern wird nur in vielerlei Hinsicht *entsprechend* behandelt. Wird das Kindeswohl oder das Kindesvermögen durch einen solchen Elternteil gefährdet, muß

das Familiengericht nach § 1666 I BGB eingreifen.

(iii) gerichtlich festgestellte tatsächliche Verhinderung

Ist ein Elternteil an der Ausübung der elterlichen Sorge nur *tatsächlich* verhindert, so berührt *das allein* seine elterliche Sorge noch nicht. Dennoch ist es nicht ohne Rechtsfolgen.

Bei gemeinsamer elterlicher Sorge führt die tatsächliche Verhinderung eines Elternteils dazu, daß der andere inzwischen die elterliche Sorge **allein ausüben** kann (§ 1678 I Hs. 1 Alt. 1 BGB) inklusive des Rechts, das Kind allein zu vertreten.

Betrifft die Verhinderung beide Eltern oder den allein sorgeberechtigten Elternteil, kann das **Familiengericht** unaufschiebbare Entscheidungen anstelle der Eltern selbst treffen (§ 1693 BGB). Das **Vormundschaftsgericht** kann einen Ergänzungspfleger nach § 1909 I 1 BGB bestellen.

Endet die Verhinderung, übt der verhinderte Elternteil die elterliche Sorge ohne weiteres wieder aus. Ein eventuell bestellter Pfleger ist zu entlassen (§ 1919 BGB).

Ist die Verhinderung eines Elternteils von voraussichtlich längerer Dauer, muß das Familiengericht sie **durch Beschluß feststellen** (§ 1674 I BGB). Es handelt sich um eine reine Feststellung, einen Ermessensspielraum hat das Gericht nicht. Der Beschluß nach § 1674 I BGB führt dann zum Ruhen der elterlichen Sorge. Das *tatsächliche* verwandelt sich in ein *rechtliches* Hindernis.

Eine **länger dauernde Verhinderung** kann es zum Beispiel darstellen, wenn

- ein Elternteil sich an einem unbekanntem Ort im Ausland aufhält,
- sein Aufenthaltsort zwar bekannt ist, die Kommunikationsmöglichkeiten aber stark eingeschränkt sind,
- ein Elternteil längere Zeit bei eingeschränkten Kommunikationsmöglichkeiten in Strafhaft oder in geschlossener Unterbringung verbringt oder
- eine Krankheit oder Behinderung die Ausübung der elterlichen Sorge verhindert.

Auch die Abschiebung der Eltern bzw. das Verbot, ins Inland einzureisen, kann für das sich im Inland aufhaltende Kind eine dauernde Verhinderung der Eltern begründen.

§ 1674 I BGB gibt aber **keine Handhabe für einen Eingriff** des Staates in die elterliche Sorge. Der Beschluß soll lediglich für klare Verhältnisse sorgen. Daher ist er niemals *gegen* die Eltern anwendbar, denen das Kind *tatsächlich vorenthalten* wird, die sich aber um seine Wiedererlangung bemühen. Die Herausgabe nach § 1632 I BGB darf nur über § 1632 IV BGB oder § 1666 I BGB unter den dortigen Voraussetzungen „ausgebremst“ werden, nicht auf „kaltem Weg“ durch die Feststellung, daß die Eltern ja die elterliche Sorge nicht ausüben können, wenn das Kind nicht herausgegeben wird. Auch der unbekanntem Aufenthalt des *Kindes* ist daher kein Fall von § 1674 I BGB, weil den Eltern die Möglichkeit bleibt, das Kind von der Kriminalpolizei suchen zu lassen. (Auch das ist Ausübung der Personensorge).

Endet die durch Beschluß festgestellte Verhinderung des Elternteils, so bedeutet *dies allein* noch nicht die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes. Denn das Ruhen der elterlichen Sorge endet damit noch nicht. Erst wenn das Familiengericht durch einen **neuerlichen Beschluß** (§ 1674 II BGB) das Ende der Verhinderung *feststellt*, ruht die elterliche Sorge nicht mehr. Auch hier gibt es aber kein Entscheidungsermessen des Gerichts. Allenfalls kann das Familiengericht eine durch die wieder aufgetauchten Eltern drohende Gefährdung des Kindeswohls durch eine gleichzeitige Maßnahme nach § 1666 I BGB abwenden.

(iv) *Einwilligung in die Fremdadoption*

Schließlich ruht die elterliche Sorge des Elternteils, der in eine Adoption des Kindes eingewilligt hat oder dessen Einwilligung in die Adoption nach § 1748 BGB ersetzt worden ist (§ 1751 I 1 BGB). Das gilt natürlich für die ergänzende Adoption nicht (§ 1751 II BGB).

Kein Ruhen der elterlichen Sorge tritt ein, wenn die Einwilligung in die Adoption unwirksam ist, obwohl die dennoch ausgesprochene Adoption in ihrer Wirksamkeit hiervon unberührt bleibt.

Kommt die **Adoption nicht zustande**, bedeutet das noch nicht, daß das Ruhen der elterlichen Sorge enden würde. Vielmehr entscheidet, wenn die Einwilligung wirkungslos geworden ist, das Vormundschaftsgericht darüber, ob die elterliche Sorge auf den Elternteil, dessen Sorge ruht, zurückübertragen werden soll (§ 1751 III BGB). Das geschieht nur, wenn keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls erkennbar sind. Durch die Rückübertragung wird das Ruhen beendet. Wird nicht zurückübertragen, ruht die elterliche Sorge *dauernd*.

Mit dem **Ausspruch der Adoption** geht die elterliche Sorge auf die Adoptiveltern über, denn die Beziehungen zu den leiblichen Eltern erlöschen ja vollständig.

Wird die **Adoption später aufgehoben**, leben die Beziehungen zu den leiblichen Eltern zwar wieder auf. Die elterliche Sorge *bleibt jedoch beendet*. Auch hier entscheidet das Vormundschaftsgericht über die Rückübertragung auf die Eltern (§ 1764 IV BGB).

Ganz endgültig ist die Nichtrückübertragung durch das Vormundschaftsgericht allerdings auch nicht. Es handelt sich um eine Sorgerechtsentscheidung, die der **Abänderung** nach § 1696 I BGB zugänglich ist.

3. Ende der elterlichen Sorge

Die elterliche Sorge endet ganz, wenn **das Kind volljährig wird** oder **stirbt**. Die tatsächliche Personensorge endet, wenn das Kind **heiratet** (§ 1633 BGB). Die Vermögenssorge und das Recht, das Kind in allen - auch persönlichen - Angelegenheiten gesetzlich zu vertreten, überdauert seine Eheschließung.

Die elterliche Sorge *eines Elternteils* endet, wenn dieser **stirbt** oder **für tot erklärt** wird (§ 1677 BGB). Da in diesem Fall das Fürsorgebedürfnis für das Kind fortbesteht, muß das Gesetz Regelungen treffen, wem die elterliche Sorge für das Kind danach zusteht. Auch hier kommt es wieder auf die Ausgangssituation an:

Bei **gemeinsamer Sorge** führt der Tod des einen Elternteils nach § 1680 I BGB direkt kraft Gesetzes zur (schlichten) Alleinsorge des anderen.

Endet die **akute Alleinsorge** eines Elternteils durch seinen Tod, überträgt das Familiengericht die elterliche Sorge auf den anderen Elternteil, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht (§ 1680 II 1 BGB), also wenn keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß das Kindeswohl hierdurch gefährdet wäre.

Endet die **originäre Alleinsorge** der Mutter durch ihren Tod, überträgt das Familiengericht die elterliche Sorge auf den Vater, wenn dies dem Kindeswohl dient (§ 1680 II 2 BGB). Das erfordert im Prinzip den Vergleich der Lebenschancen des Kindes mit und ohne Sorgerecht des Vaters. Freilich ist auch hier wieder das Grundrecht des Vaters aus Art. 6 II 1 GG zu berücksichtigen: *Will* er für das Kind sorgen, darf ihm das nur verwehrt werden, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß das Kindeswohl hierdurch gefährdet wäre.

Kommt nach diesen Vorschriften keine *elterliche* Sorge mehr in Frage, muß das Vormundschaftsgericht nach §§ 1773 I, 1774 BGB Vormundschaft anordnen und einen **Vormund** bestellen.

Auch die elterliche Sorge eines (zu Unrecht) **für tot erklärten** Elternteils endet mit denselben Konsequenzen, die sein Tod gehabt hätte (§§ 1677, 1681 I BGB). Die elterliche Sorge wird ihm nur zurückübertragen, wenn er dies *beantragt* und die Rückübertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht (§ 1681 II BGB).

Durch eine Rückübertragung nach § 1681 II BGB wird jedoch nur die Beendigung der elterlichen Sorge wieder beseitigt. Eine nach § 1680 II BGB erfolgte Übertragung auf den anderen Elternteil bleibt *bestehen*, wenn nicht triftige Gründe für ihre Abänderung nach § 1696 I BGB bestehen.

Der **Entzug der elterlichen Sorge** durch das Familiengericht wird ebenfalls als ein Fall begriffen, in dem sie endet. Die Rechtsfolgen sind jedoch nicht mit denen beim Tod eines Elternteils identisch. Ich werde sie im Zusammenhang mit den Maßnahmen nach §§ 1666 - 1667 BGB behandeln.

4. Übertragung der elterlichen Sorge auf Dritte

a) Übertragung zur Ausübung

Die elterliche Sorge kann nicht durch Rechtsgeschäft auf Dritte übertragen werden. Sie braucht von den Eltern aber auch nicht ständig in allen Aspekten selbst ausgeübt zu werden. Die rechtsgeschäftliche Übertragung einzelner oder auch aller aus der elterlichen Sorge folgender Befugnisse nur *zur Ausübung* ist unter folgenden Einschränkungen zulässig:

- Alle essentiellen Entscheidungen verbleiben bei den Eltern.
- Die Übertragung ist - gleichgültig was vereinbart wurde - frei widerruflich.

Zwischen den Eltern und den Ausübenden kann ein zivilrechtlicher Vertrag (Dienstvertrag oder Auftrag) oder auch nur ein Gefälligkeitsverhältnis ohne Rechtsbindung bestehen (Nachbarin paßt auf das Kind auf).

Eine solche Übertragung zur Ausübung liegt insbesondere auch dann vor, wenn Eltern ihr Kind in **Pflege** geben. § 1688 I BGB schränkt - wie sich aus Abs. 3 ohne weiteres ergibt - die Rechte der Eltern nicht ein. Anders ist das erst, wenn das Familiengericht nach § 1632 IV BGB oder § 1682 BGB den Verbleib des Kindes in einer anderen Familie *angeordnet* hat (siehe § 1688 IV BGB).

Auch Institutionen der Kinderbetreuung wie Kindergarten, Hort, Tagesmutter, Erholungsheim, Pfadfindergruppe, Privatschule leiten ihre Erziehungsbefugnisse von einem solchen Vertrag mit den Eltern ab. Die Eltern können daher die Befugnisse dieser Institutionen nach ihrem Belieben definieren und einschränken. Die genannten Institutionen sind darauf verwiesen, notfalls die Aufnahme des Kindes abzulehnen (oder den Vertrag ganz zu kündigen), wenn sie damit nicht einverstanden sind.

Etwas anders gilt nur für die öffentliche Schule, denn die hat einen ihr vom Staat direkt übertragenen eigenen Erziehungsauftrag, den sie - soweit die Schulpflicht reicht - auch gegen den Willen der Eltern durchsetzen kann. Außerhalb der Schulpflicht können die Eltern im Extremfall den Schulbesuch beenden. Die Schule muß jedoch in der Ausübung ihres Erziehungsauftrags ihrerseits Rücksicht auf die Eltern üben, sie z.B. an allen wesentlichen Entscheidungen beteiligen.

b) Übertragung von Teilen der elterlichen Sorge auf Pflegeeltern

§ 1630 III BGB erlaubt es bei einem Kind, das längere Zeit in Familienpflege lebt, den Pflegeeltern Teile der elterlichen Sorge nicht nur zur Ausübung zu überlassen, sondern ganz zu übertragen. Das bedarf aber einer Entscheidung des Familiengerichts. Sie kann sowohl von den Eltern als auch von Pflegepersonen beantragt werden, darf jedoch jedenfalls nur mit Zustimmung der Eltern erfolgen. Ist die Übertragung einmal erfolgt, erhalten die Pflegeeltern die Rechtsstellung eines Pflegers (§ 1630 III 3 BGB). Sie schließen daher nach § 1630 I BGB innerhalb ihres Wirkungskreises die Eltern aus.

Endet das Pflegeverhältnis, muß das Familiengericht entsprechend § 1919 BGB die Übertragung aufheben.

c) kleines Sorgerecht

Nach § 1687b BGB und § 9 I LPartG erwächst dem Ehegatten oder Lebenspartner eines allein-sorgeberechtigten Elternteils ein „Mitentscheidungsrecht in Angelegenheiten des täglichen Lebens“. Das Gesetz läßt offen, was geschieht, wenn sich der Elternteil und der Mitentscheidungs-berechtigte nicht einigen. Vermutlich dürfte dann die Entscheidung des Elternteils vorgehen (Recht zum Stichentscheid). Eine Anrufung des Familiengerichts entsprechend § 1628 S. 1 BGB scheitert jedenfalls daran, daß das kleine Sorgerecht ja ohnehin nur für unwesentliche Angelegenheiten gilt.

Bedeutung gewinnt das kleine Sorgerecht vor allem dadurch, daß der Mitentscheidungs-befugte allein entscheiden und handeln kann, wenn Gefahr im Verzug ist (§ 1687b II BGB, § 9 II LPartG).

C. Personensorge

Die Personensorge umfaßt nach § 1631 I BGB vor allem Pflege, Erziehung, Aufsicht und Aufenthaltsbestimmung. Das Wort „insbesondere“ stellt klar, daß prinzipiell auch alle anderen persönlichen Angelegenheiten zur Personensorge gehören. Nur wo sich jede Vertretung von vornherein verbietet (oder durch Gesetz ausgeschlossen wird), endet auch die Personensorge der Eltern. Man kann dann (und eigentlich auch nur dann) von einer „höchstpersönlichen“ Angelegenheit sprechen. Die Konsequenz ist dann freilich oft, daß Kinder an solchen Angelegenheiten gar nicht teilhaben. (Das Wahlrecht ist dafür ein gutes Beispiel.)

1. Pflege

Unter Pflege versteht man die Versorgung des Kindes mit dem unmittelbar Notwendigen, Nahrung, Kleidung, aber z.B. auch die medizinische Versorgung, auf die hier kurz etwas näher eingegangen werden soll:

Jede medizinische Behandlung (außer einer ganz oberflächlichen Untersuchung) ist Eingriff in die körperliche Integrität und bedarf der Rechtfertigung, um nicht Schadensersatzansprüche (§§ 823 I, 253 II BGB) oder gar Strafbarkeit (§ 223 StGB) auszulösen. Theoretisch kommen für den Arzt verschiedene Rechtfertigungsgründe in Betracht. Praktisch bedeutsam sind zwei: die wirksame **Einwilligung** des Patienten in die Behandlung und die sog. **mutmaßlichen Einwilligung** eines Patienten, dessen Einwilligung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann.

Außerdem schließt der Patient mit dem Arzt üblicherweise einen **Dienstvertrag** (§ 611 BGB) ab, der den Arzt zur kunstgerechten Untersuchung, Beratung und Behandlung des Patienten, den Patienten zur Zahlung des Honorars verpflichtet. Ohne einen wirksamen Vertrag stellt die Behandlung des Patienten **Geschäftsführung ohne Auftrag** (§ 677 BGB) dar, die unter den Voraussetzungen des § 683 BGB als sog. berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

dem Arzt wiederum einen Anspruch auf Honorar gibt. Die Voraussetzungen der berechtigten GoA und der mutmaßlichen Einwilligung sind im wesentlichen deckungsgleich.

Im Eltern-Kind-Verhältnis gilt folgendes:

Eine wirksame Einwilligung in die medizinische Behandlung setzt die sog. **Einwilligungsfähigkeit** voraus. Das ist die Fähigkeit, die Chancen, Risiken und Nebenwirkungen der anstehenden Behandlung zu erkennen und aufgrund dieser Erkenntnis eine vernünftige Entscheidung über die Behandlung zu treffen. (Nur auf die Fähigkeit zum vernünftigen Handeln kommt es an. Ob der dazu Fähige tatsächlich vernünftig handelt, ist irrelevant.) Diese Einwilligungsfähigkeit ist bei Kindern vom individuellen Reifegrad abhängig. Mit dem 18. Geburtstag besitzt man kraft gesetzlicher Definition die Reife eines Erwachsenen. Danach kann sie (jedenfalls wegen fehlender Reife) nicht mehr bestritten werden. Vorher kann sie aber auch schon vorhanden sein. Sie ist anhand der konkret anstehenden Behandlung zu prüfen. Für einfache und ungefährliche Behandlungen ohne Auswirkungen auf die fernere Zukunft kann sie früher gegeben sein als für andere. Eine Altersgrenze, auch nur Faustregeln, gibt es dafür nicht.

Ist das Kind **einwilligungsfähig**, darf keine Behandlung mehr *ohne* seine Einwilligung stattfinden. Die Eltern können dann nicht an seiner Stelle wirksam einwilligen. Ein von ihnen dennoch abgeschlossener Arztvertrag ist auf ein verbotenes Tun gerichtet und nach § 134 BGB nichtig. Das einwilligungsfähige Kind kann die Einwilligung aus jedem ihm einleuchtenden Grund verweigern.

Will das *einwilligungsfähige* Kind einer Behandlung zustimmen, **widersetzen sich aber die Eltern** der Behandlung, so ist jedenfalls klar, daß zwischen Arzt und Kind kein wirksamer Dienstvertrag zustandekommen kann. Ob die Einwilligung trotzdem wirksam ist, ist umstritten. M.E. ist sie es. Außerdem handelt es sich in diesem Fall für den Arzt um berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag zugunsten des Kindes, denn im Rahmen des § 683 BGB geht der *freie* Wille des Kindes dem der Eltern vor.

Ist das Kind **nicht einwilligungsfähig**, kommt es *ausschließlich* auf die Einwilligung der Eltern an. Diese sind in ihrer Entscheidung aber nicht frei. Vielmehr müssen sie sich im Rahmen der durch § 1666 I BGB gesteckten Grenze bewegen. Ihre Entscheidung darf also das Wohl des Kindes nicht erheblich gefährden. Manche Autoren wollen die Elternentscheidung noch engeren Grenzen unterwerfen. Das ist aber nicht sinnvoll, da es die Handlungsmöglichkeiten insgesamt zu sehr einschränkt. Wer z.B. verlangt, daß eine Behandlung medizinisch indiziert sein muß, damit die Eltern ihr zustimmen dürfen, verbaut den Weg zu sinnvollen, aber nicht notwendigen Impfungen. Willigen die Eltern ein, schließen sie zugleich mit dem Arzt den Dienstvertrag ab.

Erkennt der Arzt, daß die Eltern des einwilligungsunfähigen Kindes die Einwilligung in die Behandlung **pflichtwidrig verweigern**, muß er sich grundsätzlich an das Familiengericht wenden. Ist das Familiengericht aber nicht rechtzeitig erreichbar, darf er das Kind gegen den Willen der Eltern behandeln. Auch das ist berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag. Zwar kommt es im Rahmen des § 683 BGB auf Willensäußerungen der Eltern an, wenn das Kind *keinen* freien Willen bilden kann, aber die erkennbar das Kindeswohl gefährdende Willensäußerung der Eltern stellt einen offenkundigen Mißbrauch ihrerer Vertretungsmacht dar und ist deshalb unwirksam. Rechtlich ist die Situation also dieselbe, als ob sich die Eltern gar nicht äußern könnten und auch dann darf der Arzt eine medizinisch notwendige Behandlung am Kind durchführen.

Im Prinzip gilt das für alle medizinischen Behandlungen. Einige wollen den **Schwangerschafts-**

abbruch anders behandeln. Dafür besteht jedoch kein Anlaß, denn im Eltern-Kind-Verhältnis erschöpft sich auch dessen Bedeutung in dem Eingriff in den Körper der Schwangeren. Die Rechte des ungeborenen Kindes der Schwangeren werden durch den Gesetzgeber, nicht durch die Eltern der Schwangeren wahrgenommen.

Unter welchen Voraussetzungen an einer Minderjährigen ein medizinisch oder kriminologisch indizierter Schwangerschaftsabbruch vorgenommen werden darf, bestimmt sich daher nach den auch sonst für medizinische Behandlungen geltenden Regeln.

Ein Schwangerschaftsabbruch nach der Beratungslösung kommt m.E. nur in Betracht, wenn die Schwangere einwilligungsfähig ist. Denn nur die Schwangere kann sich in dem Gewissenskonflikt befinden, den das Gesetz zum Anlaß nimmt, die Tötung des Kindes ohne Indikation trotz Rechtswidrigkeit straffrei zu lassen. Eine Beratung der Eltern kommt folglich nicht in Betracht, denn sie ginge an den falschen Adressaten. Die Eltern der Schwangeren können mangels des vom Gesetz vorausgesetzten Konfliktes nicht wirksam einwilligen, die Schwangere kann es nicht, weil sie einwilligungsunfähig ist. Dann genießt das Lebensrecht des ungeborenen Kindes den Vorrang. (Es wird bei noch sehr jungen Schwangeren freilich meistens eine medizinische oder kriminologische Indikation vorliegen.)

Vollkommen verboten ist nach § 1631c BGB die **Sterilisation** Minderjähriger.

2. Erziehung

Unter Erziehung versteht man die Sorge für die sittliche, geistige und körperliche Entwicklung des Kindes. Da die Erziehung nach Art. 6 II 1 GG „natürliches“ Recht der Eltern ist, hat sich das Gesetz lange Zeit mit näheren Bestimmungen sehr zurückgehalten. Zwei Vorschriften existieren heute über die nähere Ausgestaltung der Erziehung:

§ 1626 II BGB schreibt den Eltern vor, bei der Erziehung die wachsende Selbständigkeit des Kindes zu berücksichtigen und wichtige Angelegenheiten mit ihm zu besprechen. § 1631 II BGB verbietet „entwürdigende“ Erziehungsmaßnahmen und schreibt außerdem vor, daß die Erziehung „gewaltfrei“ zu sein habe.

Die familienrechtliche Reichweite dieser Normen ist allerdings begrenzt. Denn so lange das Wohl des Kindes nicht in dem in § 1666 I BGB beschriebenen Maß gefährdet wird, ist ein Eingreifen des Familiengerichts gegen das elterliche Handeln auch dann nicht möglich, wenn die Eltern sich nicht an §§ 1626 II, 1631 II BGB halten.

Sehr fraglich ist allerdings geworden, ob den Eltern nicht strafrechtliche Sanktionen drohen, wenn sie gegen § 1631 II BGB verstoßen. Zumindest war es das erklärte Ziel der Neufassung dieser Vorschrift, das „Züchtigungsrecht“ der Eltern, das als Rechtfertigungsgrund dem Verstoß gegen bestimmte Strafnormen die Rechtswidrigkeit nahm, abzuschaffen. Sollte das in der Tat so sein, wären sehr viele allgemein übliche elterliche Erziehungsmaßnahmen strafbare Handlungen. Das betrifft nicht etwa nur Schläge, die dann Körperverletzung (§ 223 StGB) wären, sondern z.B. auch das Festhalten des Kindes in der Wohnung, so lange es seine Hausaufgaben nicht gemacht hat (§ 239 StGB).

M.E. sollte zumindest bei nachvollziehbaren Erziehungsmaßnahmen auch weiterhin davon ausgegangen werden, daß Eltern sich hierbei nicht strafbar machen können. Ggf. muß auf den Rechtsgedanken der Wahrnehmung berechtigter Interessen zurückgegriffen werden.

Wenn die Eltern mit der Erziehung ihrer Kinder nicht zurechtkommen, können sie staatliche Hilfe in Anspruch nehmen, und zwar sowohl des Jugendamtes (§§ 27 ff. SGB VIII) als auch des Familiengerichtes (§ 1631 III BGB). Das Familiengericht hat die Möglichkeit, eine **Anordnung gegen das Kind** zu erlassen, die es mit den Zwangsmitteln des § 33 FG durchsetzen kann.

Kommt das Kind z.B. gegen die Anordnung seiner Eltern nicht nach Hause, kann das Gericht seine Heimkehr und nach § 33 II FGG zugleich die Anwendung von unmittelbarem Zwang anordnen. Der Gerichtsvollzieher darf das Kind dann - ggf. mit Hilfe der Polizei - gewaltsam nach Hause bringen.

Die Anordnung von unmittelbarem Zwang gegen das Kind ist unzulässig, wenn es lediglich um die Durchsetzung eines Besuchsrechts geht (§ 33 II 2 FGG). Außerdem ist sie nach der Rechtsprechung unzulässig, wenn das Kind die erforderliche Verstandesreife hat, um seinen Aufenthalt selbst bestimmen zu können. Das wird bei Jugendlichen ab etwa 15 Jahren angenommen.

3. Aufsicht

Die Eltern sind außerdem kraft Gesetzes zur Aufsicht über ihre Kinder verpflichtet. § 832 BGB droht ihnen mit zivilrechtlicher Haftung für den Fall, daß sie die erforderliche Aufsicht nicht nachweisbar ausgeübt haben und das Kind einen Schaden verursacht.

Die Aufsicht erfordert jedoch die Einhaltung eines gesunden Mittelmaßes. Denn § 1626 II BGB gebietet den Eltern ja andererseits, die wachsende Eigenverantwortlichkeit des Kindes zu fördern, außerdem würde eine lückenlose Beaufsichtigung auch sonst Unmögliches von den Eltern verlangen.

Das Maß der gebotenen Aufsicht ist im Einzelfall von vielen verschiedenen Faktoren abhängig, wie dem Alter des Kindes, seiner individuellen Reife, seinen praktischen Fähigkeiten, seiner Neigung zu gefährlichem Tun usw. Je „ungezogener“ das Kind sich in der Vergangenheit schon erwiesen hat, desto strenger ist die Rechtsprechung. Gar keine Aufsicht schulden die Eltern allerdings mehr, wenn ein Punkt erreicht ist, an dem weitere Erziehungsmaßnahmen sinnlos geworden sind, weil feststeht, daß sie das Kind nicht mehr erreichen können.

Die Aufsichtspflicht als solche ist nicht übertragbar. Die Eltern können sie jedoch auch dadurch erfüllen, daß sie sorgfältig ausgewählten, zuverlässigen Dritten die Beaufsichtigung überlassen. Dann trifft ggf. diesen Dritten direkt die Haftung für eine Vernachlässigung der Aufsicht (§ 832 II BGB). Das gilt insbesondere für Pflegeeltern und Heimpersonal.

4. Aufenthaltsbestimmung

Schließlich gehört zur elterlichen Sorge das Recht, den Aufenthalt und den Umgang des Kindes zu bestimmen (§ 1632 II BGB).

Hält sich das Kind ohne Einverständnis der Eltern bei einem Dritten auf, so haben sie einen gerichtlich durchsetzbaren **Herausgabeanspruch** gegen diesen Dritten (§ 1632 I BGB). Das Familiengericht hat auf Antrag der Eltern den Dritten zur Herausgabe zu verpflichten (§ 1632 III BGB). Dem Dritten droht nach § 33 I 1 FGG Zwangsgeld, schlimmstenfalls die Anwendung von unmittelbarem Zwang (§ 33 II FGG) und die Verhängung von Zwangshaft (§ 33 I 2 FGG). Bei der Anordnung von Zwangsmitteln hat das Gericht einen Ermessensspielraum. Die Herausgabe als solche muß es anordnen.

§ 1632 IV BGB und § 1682 BGB schränken den Herausgabeanspruch zugunsten von bestimmten Personen ein, bei denen das Kind längere Zeit gelebt hat, wenn die Herausgabe das Wohl des Kindes gefährden würde. So lange das nicht feststeht, müssen aber auch Pflege- und Stiefeltern das Kind herausgeben. Im übrigen kann das Familiengericht auch sonst den Herausgabeantrag ablehnen, wenn das Kind durch die Herausgabe gefährdet würde, denn § 1666 I BGB kann nicht nur als Grundlage für aktive Maßnahmen, sondern auch für ihre Ablehnung dienen.

Das Recht aus § 1632 II BGB, den **Umgang** des Kindes zu bestimmen, gilt nur gegenüber

Personen, denen nicht das Gesetz kein *Umgangsrecht* einräumt (§§ 1684, 1685 BGB).

Zur Aufenthaltsbestimmung gehört auch das Recht, das Kind in einer **geschlossenen Anstalt unterzubringen**. Hierfür verlangt § 1631b BGB zusätzlich eine familiengerichtliche Genehmigung. Das Verfahren richtet sich nach den § 70 ff. FGG. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung sind nicht die gleichen wie bei Erwachsenen (dort § 1906 I BGB). Die Unterbringung muß nur *für das Kindeswohl erforderlich* sein. Sie ist also grundsätzlich auch aus erzieherischen Gründen, nicht nur bei Lebens- oder Gesundheitsgefahren zulässig.

Freiheitsentziehung ist im übrigen nur, was die Freiheit stärker beschränkt als alltäglich üblich ist. Der Laufstall für ein eineinhalbjähriges Kind ist auch im Kinderheim nicht nach § 1631b BGB genehmigungspflichtig. Auch das nächtliche Abschließen des Internats fällt nicht unter § 1631b BGB. Denn auch zuhause pflegen Kleinkinder in einen Laufstall eingeschlossen zu werden, wenn sie gerade unbeaufsichtigt sind und ist das nächtliche Abschließen der Haustüre üblich.

Außerdem ist nur eine Freiheitsentziehung mit Unterbringung genehmigungspflichtig. Was von den Eltern zuhause an freiheitsentziehenden Maßnahmen erfolgt, fällt nicht unter § 1631b BGB.

5. Andere Teile der Personensorge

Die Aufzählung in § 1631 I BGB ist - wie schon gesagt - nicht abschließend. Auch andere persönliche Angelegenheiten gehören zur Personensorge, z.B. die Wahrnehmung von Opferrechten im Strafverfahren (vgl. dazu auch § 77 III StGB).

Besonderheiten gelten für die Bestimmung der **Religion** des Kindes. Zwar steht auch dieses Recht den Eltern nach § 1 RKEG zu, jedoch nur bis das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat (§ 5 S. 1 RKEG). Außerdem kann ab Vollendung des 12. Lebensjahrs sein Bekenntnis nicht mehr gegen seinen Willen geändert werden (§ 5 S. 2 RKEG).

D. Handlungsfähigkeit des Kindes und gesetzliche Vertretung

Minderjährige können im rechtsgeschäftlichen Bereich nur eingeschränkt wirksam handeln. Sie sollen dadurch vor den Folgen ihrer eigenen Unreife geschützt werden. Für den Bereich des nicht rechtsgeschäftlichen Handelns nimmt § 828 BGB eine ähnliche Einschränkung vor. So sind Minderjährige nur unter den dort genannten Voraussetzungen für Vorgänge verantwortlich, die sie *verschuldet* haben. Das befreit sie allerdings nicht von Ansprüchen, die auch ohne ein Verschulden durch nicht rechtsgeschäftliches Handeln entstehen können (z.B. aus §§ 861, 1004 BGB).

1. Geschäftsunfähigkeit

Nach § 105 I BGB sind Rechtsgeschäfte nichtig, wenn sie von Geschäftsunfähigen vorgenommen werden. Geschäftsunfähig sind nach § 104 Nr. 1 BGB Kinder, die noch nicht sieben Jahre alt sind. Sie können überhaupt nicht wirksam handeln.

Wenn ein Sechsjähriger etwas „einkauft“, ist das demnach kein Kaufvertrag, den er selbst schließt. Falls er von der Mutter zum Einkaufen geschickt wurde, sieht man das als einen Fall der Willenserklärung unter Abwesenden an, bei der das Kind als Bote der Mutter fungiert, also lediglich eine Erklärung der Mutter überbringt. Da das wiederum nur ein tatsächliches Handeln ist - er gibt keine Willenserklärung ab, sondern er gibt nur sein Wissen weiter - steht § 105 I BGB nicht im Wege. Falschübermittlungen gehen zu Lasten der Mutter, weil sie sich des Kindes als Boten bedient hat.

Wer geschäftsunfähig ist, scheidet nach § 131 I BGB auch als **Empfänger** von Willenserklärungen aus. Dem geschäftsunfähigen Mieter gegenüber kann eine Kündigung daher nicht wirksam ausgesprochen werden, bevor sie nicht seinem gesetzlichen Vertreter zugeht. Ggf. muß zuerst einer bestellt werden. Als Bote kann der Geschäftsunfähige aber freilich auch beim Empfang fungieren.

2. Beschränkte Geschäftsfähigkeit

Nach § 106 BGB sind Minderjährige vom 7. Geburtstag an in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Das bedeutet, daß sie im Grundsatz rechtsgeschäftlich handeln können. Zum Schutz ihres Vermögens vor Schäden durch ihre Unreife sind ihre Rechtsgeschäfte jedoch in der Wirksamkeit von der **Einwilligung des gesetzlichen Vertreters** abhängig. Ausnahmen werden immer da gemacht, wo der Schutz des Minderjährigen diese Einwilligung nicht erfordert, weil sein Vermögen nicht einmal theoretisch durch seine Handlungen Schaden nehmen kann, oder wo - sozusagen - von einer pauschalen Einwilligung auszugehen ist.

a) Wirksamkeit ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters

Nach § 107 BGB auch ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wirksam sind Geschäfte, die für den Minderjährigen lediglich rechtlich **vorteilhaft** sind; rechtlich, nicht wirtschaftlich! Es kommen nur solche Geschäfte in Betracht, die die Rechtsposition des Minderjährigen *ausschließlich* verbessern, ohne sie zugleich in anderen Aspekten zu verschlechtern.

Kauft der Minderjährige für € 3.000 ein Gemälde, das in Wirklichkeit € 12.000 wert ist, so bedarf der Vertrag der Einwilligung. Denn der Minderjährige verpflichtet sich dadurch ja, € 3.000 zu zahlen. Dies ist ein Rechtsnachteil.

Auch ein Leihvertrag ist nicht nach § 107 BGB ohne Einwilligung gültig, denn der Minderjährige wird durch den Leihvertrag verpflichtet, die Sache an den Entleiher zurückzugeben (§ 604 I BGB). Auch das ist ein Rechtsnachteil.

Vor allem kommen daher **Schenkungen** in Betracht (oder andere endgültige unentgeltliche Zuwendungen wie z.B. eine Ausstattung i.S.v. § 1624 BGB). Hierbei ist allerdings auf den geschenkten Gegenstand abzustellen. Wird der Minderjährige durch die Annahme der Schenkung persönlich zu Leistungen verpflichtet, die ihn über den Verlust des geschenkten Gegenstandes hinaus binden, ist sogar eine Schenkung mit Rechtsnachteilen verbunden.

Weil sein eigenes Vermögen davon nicht betroffen ist, kann der Minderjährige wirksam als Vertreter für einen Dritten handeln (§ 165 BGB). Der Dritte weiß ja, was er tut, wenn er einen Minderjährigen mit seiner Vertretung betraut.

Verfügungsgeschäfte sind - wie sonst - auch hier abstrakt zu betrachten. Als Erwerber kann ein Minderjähriger die Übereignung einer Sache ohne Einwilligung der Eltern vornehmen, denn er *erwirbt* dadurch nur etwas, gibt jedoch nichts auf. Daß er nach § 812 I 1 BGB zur Rückübereignung verpflichtet sein kann, ist eine *indirekte* Folge der Übereignung und zählt nicht. *Veräußern* kann ein Minderjähriger aber seine Sachen wirksam nicht, wenn nicht § 110 BGB greift. (Sehr merkwürdig ist, daß er aber sehr wohl u.U. nach §§ 929, 932 BGB Sachen wirksam veräußern kann, von denen der Erwerber nur *annimmt*, daß sie ihm gehören.)

§ 107 BGB ist teleologisch zu reduzieren: Auch Geschäfte, die dem Minderjährigen *weder* einen Vorteil *noch* einen Nachteil bringen, kann er ohne seine Eltern wirksam vornehmen, denn auch solche **rechtlich neutralen Geschäfte** gefährden ihn nicht. Deshalb kann das minderjährige Vereinsmitglied (wenn es die Satzung nicht anders bestimmt) an Abstimmungen ohne Zustimmung der Eltern selbst teilnehmen.

Nach § 110 BGB sind alle Verträge wirksam, die der Minderjährige mit Mitteln erfüllt, die ihm von seinem gesetzlichen Vertreter **zur freien Verwendung** übergeben worden sind. Zu beachten ist, daß solche Verträge erst mit der Erfüllung wirksam werden. Sie sind es nicht etwa schon deshalb, weil der Minderjährige die *Absicht* hat, sie mit solchen Mitteln zu erfüllen. Niemals kann aus einem solchen Vertrag gegen den Minderjährigen auf Erfüllung geklagt werden.

Kauft ein Minderjähriger sich also z.B. einen Computer auf Raten, die er von seinem Taschengeld abstottern will, so ist der Kaufvertrag nach § 110 BGB erst wirksam, wenn der Minderjährige die letzte Rate bezahlt hat.

§ 107 BGB findet seine Entsprechung in § 131 II 2 Alt. 1 BGB für die Frage des Empfangs von Erklärungen durch den Minderjährigen.

b) Wirksamkeit durch Einwilligung

Rechtsgeschäfte des Minderjährigen sind mit der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wirksam. Die Einwilligung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann nach § 182 I BGB an den Minderjährigen selbst (Inneneinwilligung) oder an den anderen am Rechtsgeschäft Beteiligten gerichtet werden (Außeneinwilligung).

Grundsätzlich ist die Einwilligung im Vorhinein notwendig. Wird ein Rechtsgeschäft ohne die notwendige Einwilligung vorgenommen, so gilt:

Verträge, die ohne sie geschlossen werden, sind nach § 108 I BGB **schwebend unwirksam**. Sie werden (rückwirkend, siehe § 184 I BGB) wirksam, wenn die Genehmigung (so nennt man eine nachträgliche Einwilligung) des gesetzlichen Vertreters rechtzeitig erteilt wird. Sie werden endgültig nichtig, wenn

- der gesetzliche Vertreter erklärt, daß er sie nicht genehmigt,
- der gesetzliche Vertreter auf eine Aufforderung des Vertragspartners hin nicht innerhalb von zwei Wochen die Genehmigung ausspricht (§ 108 II BGB), oder
- der Vertragspartner den Vertrag nach § 109 I BGB widerruft. Das Widerrufsrecht besteht nur, wenn der Vertragspartner entweder an die Volljährigkeit des Minderjährigen oder an das Vorliegen einer Einwilligung geglaubt hat (§ 109 II BGB).

Zu beachten ist, daß eine Aufforderung i.S.v. § 108 II 1 BGB die Innengenehmigung ausschließt und sogar eine bereits erteilte Innengenehmigung unwirksam macht.

Einseitige Rechtsgeschäfte des Minderjährigen sind **nichtig** (§ 111 S. 1 BGB). Sie können nicht nachträglich genehmigt werden. Hat der Minderjährige nur eine Inneneinwilligung, die er nicht schriftlich vorweisen kann, ist das Geschäft **trotz dieser Einwilligung nichtig**, wenn der Gegner es zurückweist (§ 111 S. 2 BGB). Das gilt aber nur, wenn eine solche Einwilligung *existiert*. Fehlt sie ganz, *braucht es keine Zurückweisung*. Ist eine Außeneinwilligung erteilt, ist die Rechtslage für den Geschäftsgegner klar. Deshalb hat er dann auch kein Zurückweisungsrecht. Dasselbe gilt, wenn der Geschäftsgegner vom gesetzlichen Vertreter über die Inneneinwilligung in Kenntnis gesetzt worden ist (§ 111 S. 3 BGB).

Einseitige Rechtsgeschäfte gegenüber dem Minderjährigen sind stets wirksam, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugehen (§ 131 II 1 BGB). Ein Zugang an den Minderjährigen ist wirksam, wenn die Eltern in das Geschäft eingewilligt haben (§ 131 II 2 Alt. 2 BGB).

2. Gesetzliche Vertretung

Damit ein Minderjähriger überhaupt am Rechtsverkehr vollständig teilnehmen kann, muß er

stets vertreten werden können. Deshalb braucht er immer einen gesetzlichen Vertreter. Das sind die Eltern, soweit ihnen die elterliche Sorge zusteht (§ 1629 I 1 BGB). Andernfalls benötigt das Kind einen Vormund oder Pfleger, der es entsprechend vertreten kann.

§ 164 I BGB bestimmt, daß die Geschäfte, die ein Vertreter im Namen des Vertretenen vornimmt, direkt dem Vertretenen zugerechnet werden. Es wird fingiert, daß dieser selbst gehandelt habe. Nur so kann das geschäftsunfähige Kind seine Rechte und Pflichten auch gestalten. Wirksames Vertretungshandeln setzt zweierlei voraus:

- Offenlegung der Vertretung und
- Vertretungsmacht.

Fehlt es an einer Offenlegung, muß der Vertreter sich so behandeln lassen, als habe er das Geschäft als eigenes gewollt (§ 164 II BGB). Er ist also selbst daran gebunden. Fehlt es an der Vertretungsmacht, bestimmen sich die Folgen nach §§ 177 bis 179 BGB. Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen kann man daher niemals offenlassen, ob die Offenlegung erfolgt ist, nur weil jedenfalls die Vertretungsmacht gefehlt hat. Das nicht offengelegte Vertretergeschäft ist gar keines. Ist eines offengelegt, ist es auch eines, schlimmstenfalls das eines Vertreters ohne Vertretungsmacht (*falsus procurator*).

a) Aktive Gesamtvertretung

Für die Vornahme von Rechtsgeschäften steht den Eltern normalerweise Vertretungsmacht nur zum gemeinsamen Handeln zu (§ 1629 I 2 Hs. 1 BGB). Das gilt auch für geschäftsähnliche Handlungen, soweit die Eltern dafür zuständig sind (z.B. die Einwilligung in medizinische Behandlungen).

Die Folgen des nicht erlaubten Handelns eines einzelnen Elternteils *im Namen* des Kindes richten sich nach den Regeln über das Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht (§ 177 ff. BGB): Einseitige Geschäfte sind nichtig. Die Wirksamkeit eines Vertrages hängt von der Genehmigung des *anderen* Elternteils ab. Wird sie erteilt, wird das Kind berechtigt und verpflichtet, andernfalls kann der Geschäftspartner den handelnden Elternteil nach seiner Wahl auf Erfüllung oder Schadensersatz in Anspruch nehmen (§ 179 I BGB) oder - wenn er an die Vertretungsmacht geglaubt hat - den Vertrag widerrufen (§ 178 BGB).

Die §§ 177 ff. BGB gelten jedoch nicht für Eltern, die ohne die erforderliche Genehmigung des *Familiengerichts* handeln. Hierfür gelten die §§ 1828 bis 1831 BGB. Der Unterschied besteht vor allem darin, daß sie keine Haftung nach § 179 BGB trifft. Gerichtliche Genehmigungserfordernisse sind *Wirksamkeitsvoraussetzungen* eigener Art, sie schränken nicht die Vertretungsmacht ein.

Allein kann ein Elternteil wirksam handeln:

- soweit er die elterliche Sorge in der konkreten Angelegenheit allein ausübt (§ 1629 I 3 BGB), was aus §§ 1678 I, 1680 I BGB oder einer gerichtlichen Entscheidung nach §§ 1628, 1671 BGB folgen kann
- er vom anderen zum alleinigen Handeln *ermächtigt* wurde,
- bei „Gefahr im Verzug“, also wenn dem Kind ein Schaden droht, wenn nicht gehandelt wird, bevor der andere Elternteil erreichbar ist (§ 1629 I 4 BGB).

b) Passive Alleinvertretung

Ist ein einseitiges Geschäft dem Kind gegenüber vorzunehmen, so vertritt jeder Elternteil das Kind allein (§ 1629 I 2 Hs. 2 BGB). Es genügt also, wenn z.B. eine Kündigung an die Mutter adressiert wird, obwohl beide Eltern das Sorgerecht haben.

Von passiver Alleinvertretung wird auch ausgegangen, wenn es um *Wissenszurechnung* geht. Nach § 166 I BGB gilt nämlich das Wissen des Vertreters als Wissen des Vertretenen, soweit ein Rechtsgeschäft in Rede steht, das der Vertreter vorgenommen hat oder vornehmen hätte müssen. In entsprechender Anwendung von § 1629 I 2 Hs. 2 BGB wird dem Kind das Wissen *jedes* Elternteils zugerechnet, auch wenn der andere dieses Wissen nicht hat. Die Frist des § 1600b I 1 BGB beginnt deshalb für das minderjährige Kind, wenn auch nur *ein* (sorgeberechtigter) Elternteil Verdachtsgründe hat.

c) Vertretungsverbote

§ 181 BGB verbietet jedem Stellvertreter sogenannte **Insichgeschäfte**, das ist die Vertretung gegenüber sich selbst oder einem Dritten, den der Vertreter ebenfalls vertritt. Das gilt auch für die Vertretung von Kindern durch ihre Eltern (siehe §§ 1629 II 1, 1795 II BGB). Schon § 181 BGB schließt es z.B. aus, daß die Eltern eine Erbeauseinandersetzungvereinbarung *mit* dem Kind oder *zwischen* ihren minderjährigen Kindern wirksam abschließen.

Durch die Verweisung auf § 1795 BGB in § 1629 II 1 BGB wird dieses Vertretungsverbot erweitert. Es verbietet auch die Vertretung des Kindes bei Geschäfte gegenüber einem **nahen Angehörigen** der Eltern (Verwandte in gerader Linie, Ehegatten).

Wegen §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 BGB können Eltern auch nicht im Namen ihres minderjährigen Kindes einen Erbeauseinandersetzungsvertrag mit einem schon volljährigen Kind schließen, denn das volljährige Kind ist ja ein Verwandte der Eltern in gerade Linie.

Die Vertretungsverbote gelten auch auch für die **Einwilligung** in ein von dem beschränkt geschäftsfähigen Kind selbst vorgenommenes Geschäft. Das dient weniger - wie oft behauptet wird - der Vermeidung von Umgehungen, denn immerhin wäre ja die Mitwirkung des Kindes dazu erforderlich. Es ist eher als Konkretisierung des Rechtsprinzips zu sehen, daß niemand mehr Rechtsmacht verleihen kann, als er selbst hat - demnach als Rechtsanalogie. Wegen genau dieses Prinzips können die Eltern auch keinem Dritten Vollmacht zur Vornahme eines solchen Geschäftes erteilen.

Die Vertretungsverbote kennen allerdings auch **Ausnahmen**:

Reine Erfüllungsgeschäfte sind schon nach dem Wortlaut der §§ 181, 1795 I Nr. 1 BGB erlaubt. Darunter versteht man Geschäfte, die allein dem Zweck dienen, einen schon *bestehenden* Anspruch zu erfüllen. *Nachdem* ein wirksamer Grundstückskaufvertrag zwischen Eltern und Kind geschlossen wurde, können die Eltern das Kind daher bei der Übereignung des Grundstücks (nach §§ 873 I, 925 BGB) wieder vertreten.

Die §§ 181, 1795 I BGB werden von der Rechtsprechung außerdem dahin teleologisch reduziert, daß Geschäfte, die dem Kind **lediglich rechtlichen Vorteil** bringen, ebenfalls erlaubt sein sollen. Die Reichweite dieser Ausnahme ist dieselbe wie in § 107 BGB. Es ist also auch hier notwendig und hinreichend, daß das Kind durch das Geschäft in keinem seiner Rechtsgüter einen unmittelbaren Nachteil erleidete und keinerlei unmittelbare Verpflichtungen übernimmt.

Anstandsschenkungen (zur Definition siehe § 594 BGB) sind insofern ein Sonderfall, als sie nach § 814 Alt. 2 BGB auch durch einen *nichtigen* Schenkungsvertrag bestandskräftig vorgenommen werden können. Das Kind kann das Weihnachtsgeschenk, das es seinen Eltern gemacht hat, also nicht deshalb zurückfordern, weil die Eltern es hierbei nicht wirksam vertreten konnten.

Bei der Geltendmachung von **Unterhaltsansprüchen** kann nach § 1629 II 2 BGB der Elternteil, der das Kind überwiegend betreut, es gegenüber dem anderen Elternteil vertreten,

wenn er mit diesem *nicht* (mehr) verheiratet ist. *Wenn* er mit ihm verheiratet ist, kann er diese Ansprüche stattdessen nach § 1629 III BGB *im eigenen Namen* geltendmachen. Man nennt das eine gesetzliche Prozeßstandschaft. Sie ist kein Fall der Stellvertretung.

Die **Auswirkungen** der Vertretungsverbote sind:

Es fehlt den Eltern die **Vertretungsmacht** und zwar - wenn sie gemeinsam sorgeberechtigt sind - *beiden*, auch wenn nur in der Person *eines* von ihnen das Hindernis vorliegt. Das folgt einerseits daraus, daß § 1629 II 1 BGB „Vater und Mutter“ als von der Vertretung ausgeschlossen bezeichnet, andererseits aber auch daraus, daß § 1678 I Hs. 1 BGB den Fall der schlichten rechtlichen Verhinderung ausklammert. (Nur *tatsächliche* Verhinderung und *Ruhen* der elterlichen Sorge führen zur alleinigen Ausübung des Sorgerechts). Ist ein Elternteil allein-sorgeberechtigt, so ist auch nur seine Person für die Vertretungshindernisse ausschlaggebend. Es spielt dann keine Rolle, ob in der Person des anderen Elternteils eines vorliegt.

Eltern, die den Vertretungsverböten zuwiderhandeln, sind demnach **Vertreter ohne Vertretungsmacht**. Verträge, die sie entgegen §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 BGB oder § 181 BGB schließen, sind gemäß § 177 I BGB schwebend unwirksam. Das Kind kann ihnen durch Genehmigung zur Wirksamkeit verhelfen. So lange es minderjährig ist, braucht es dafür freilich einen *anderen* gesetzlichen Vertreter als die Eltern. Für einseitige Geschäfte gilt § 180 BGB.

Soll eine solche Rechtshandlung wirksam vorgenommen werden, muß das Kind anderweitig vertreten sein. Das geht nur, indem ein **Ergänzungspfleger** nach § 1909 I 1 BGB bestellt wird. Die Bestellung nimmt das Vormundschaftsgericht von Amts wegen vor. Die Entscheidung, ob ein solches Geschäft überhaupt vorgenommen werden soll, wird allerdings trotzdem von der elterlichen Sorge umfaßt. Daher darf ein Ergänzungspfleger *gegen* den Willen der Eltern nur bestellt werden, wenn das Kindeswohl im Sinne Von § 1666 I BGB gefährdet ist.

§§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 3 BGB und § 181 BGB werden oft bei **Anfechtung der Vaterschaft** praktisch. Denn hier ist ja ein Prozeß zwischen Vater und Kind zu führen, so daß der Vater das Kind nach § 181 BGB nicht vertreten kann. Die Mutter kann das Kind auch nicht vertreten, so lange sie mit dem Vater verheiratet ist (§§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 3 BGB) oder mit ihm die elterliche Sorge teilt. Nicht immer, aber sehr häufig ist deshalb für eine Anfechtung der Vaterschaft zuerst die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig.

Es ändert übrigens hieran auch nichts, wenn die Mutter die Klage gegen den Vater erhebt, denn in diesem Prozeß ist das Kind nach § 640e I 1 ZPO beizuladen, wobei es wieder von keiner der Prozeßparteien vertreten werden kann.

E. Vermögenssorge

1. Allgemeines

Die elterliche Sorge umfaßt nach § 1626 I 2 BGB auch die Vermögenssorge. Diese beinhaltet grundsätzlich die Verwaltung des gesamten dem Kind zustehenden Vermögens mit folgenden Ausnahmen:

1. Das Kind selbst kann (wegen § 104 Nr. 1 BGB allerdings erst ab dem Alter von sieben Jahren) Teile seines Vermögens selbst verwalten, dessen Verwaltung die Eltern ihm überlassen haben (§§ 110, 112, 113 BGB). Die Eltern haben allerdings das Recht, die Verwaltung wieder an sich zu ziehen. Nur im Fall des § 112 bedürfen sie hierzu der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts.
2. Wer dem Kind etwas vererbt oder schenkt, kann nach § 1638 I BGB die Eltern von der Verwaltung ausschließen. Das gilt dann auch für Surrogate des zugewandten Gegen-

standes (§ 1638 II BGB). Insoweit muß dem Kind nach § 1909 I 2 BGB ein Pfleger bestellt werden. Es ist nach § 1638 III BGB auch zulässig, nur einen Elternteil von der Verwaltung ausschließen. Das hat dann den Effekt, daß dem anderen die Vermögenssorge insoweit allein zusteht.

2. Vermögensverwaltung durch das Kind

Die Eltern können dem Kind nicht beliebig Vermögen zur Selbstverwaltung überlassen. § 1644 BGB macht die Überlassung von Gegenständen, zu deren Veräußerung die Genehmigung des Familiengerichts notwendig wäre, von eben dieser Genehmigung abhängig. Das gilt insbesondere für Grundstücke (§§ 1643 I, 1821 BGB).

Außerdem erklärt § 110 BGB auch nur Bargeschäfte für wirksam. Zu allen anderen Rechtsgeschäften braucht das Kind auch dann die Genehmigung der Eltern, wenn es sie aus dem selbstverwalteten Vermögen heraus erfüllen will.

Gefährlicher ist schon die Führung eines **eigenen Erwerbsgeschäfts** durch das Kind. Deshalb ist hierfür nach § 112 I BGB auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts notwendig. Führt das Kind ein selbständiges Erwerbsgeschäft mit dieser Genehmigung, kann es alle hiermit regelmäßig verbundenen Geschäfte ohne die Eltern vornehmen (§ 112 I 1 BGB), ausgenommen nur die, für die die Eltern ihrerseits eine Genehmigung des Familiengerichts benötigen würden (§ 112 I 2 BGB).

Wollen *die Eltern* dagegen im Namen des Kindes ein Erwerbsgeschäft führen, so sollen sie hierfür auch die Genehmigung des Familiengerichts einholen (§ 1645 BGB). Da das aber nur eine Sollvorschrift ist, ist eine Geschäftseröffnung ohne diese Genehmigung voll wirksam. Außerdem gilt es nur für die Neueröffnung. Die Fortführung eines Erwerbsgeschäfts, das das Kind geerbt hat, fällt nicht unter § 1645 BGB.

Das Kind ist im übrigen bei der Verwaltung seines eigenen Vermögens so frei wie ein Volljähriger. Es darf auch unvernünftig handeln. Auch die Eltern müssen gegen selbstschädigende Geschäfte des Kindes nicht einschreiten, falls sie das aus erzieherischen Gründen nicht für sinnvoll halten.

3. Vermögensverwaltung durch die Eltern

Wenn das Kind ein größeres Vermögen (Grenze € 15.000) erbt oder geschenkt bekommt, haben die Eltern nach § 1640 BGB ein **Vermögensverzeichnis** anzulegen und es dem Familiengericht einzureichen. Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, kann das Familiengericht hiermit entweder eine Behörde beauftragen (§ 1640 III BGB), oder nach § 1666 II BGB andere Anordnungen treffen.

Auch wenn kein Verzeichnis nach § 1640 BGB notwendig ist, kann das Familiengericht die Eltern anweisen, eines anzulegen (§ 1667 I BGB), falls das Kindesvermögen andernfalls gefährdet wäre.

In der Verwaltung sind die Eltern nach § 1642 BGB nur zur **Wirtschaftlichkeit** verpflichtet. Konkretere Vorgaben macht das Gesetz nicht.

Im übrigen haften die Eltern gemäß § 1664 I BGB dem Kind für die sogenannte *diligentia quam in suis*. Das bedeutet, daß sie mit dem Kindesvermögen bis an die Grenze der groben Fahrlässigkeit (§ 277 BGB) nur ebenso sorgfältig verfahren müssen wie mit ihrem eigenen. Erst wenn sie hiergegen verstoßen, schulden sie dem Kind Schadensersatz.

Hat das Familiengericht Anhaltspunkte dafür, daß die Eltern das **Kindesvermögen**

gefährden, kann es ihnen allerdings eine bestimmte Anlageform vorschreiben (§ 1667 II 1 BGB), sie einer strengeren Kontrolle unterwerfen (§ 1667 II 2 BGB) oder sogar eine Sicherheitsleistung von ihnen verlangen (§ 1667 III BGB). Reichen auch diese Maßnahmen nicht aus, um das Kindesvermögen zu schützen, kann es den Eltern die Vermögenssorge auch ganz oder teilweise entziehen (§ 1666 I BGB).

Nach § 1641 S. 1 BGB sind den Eltern **Schenkungen** aus dem Kindesvermögen verboten. Die nach § 1641 S. 2 BGB hiervon ausgenommenen Gelegenheitsgeschenke sind die Krawatte zu Opas Geburtstag und ähnliches. Größere Beträge kommen in der Regel nicht in Betracht. Eine Ausnahme nimmt die Literatur für Fälle an, in denen jemand für etwas belohnt werden soll, was er dem Kind Gutes getan hat. So sollen Eltern dem Lebensretter des Kindes eine Belohnung auch aus dem Kindesvermögen zubilligen können. Umstritten ist, ob dies unter die Ausnahme in § 1641 S. 2 BGB fällt, oder ob es sich schon gar nicht um eine Schenkung handelt, weil das gar keine unentgeltliche Leistung ist (vgl. die Definition der Schenkung in § 516 I BGB).

§ 1643 BGB schreibt außerdem vor, daß die Eltern bestimmte Geschäfte nur mit **Genehmigung des Familiengerichts** vornehmen können. Ohne diese Genehmigung sind solche Geschäfte schwebend unwirksam und werden bei Verweigerung der Genehmigung nichtig (§ 1643 III BGB i.V.m. §§ 1828 - 1831 BGB). Darunter fallen:

- die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses und der Verzicht auf den Pflichtteil (§ 1643 II BGB),
- die meisten Immobiliengeschäfte (§§ 1643 I, 1821 BGB),
- Geschäfte über das Vermögen im Ganzen oder einen (bereits angefallenen) Erb- oder Pflichtteils (§§ 1643 I, 1822 Nr. 1 BGB),
- der Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts (§§ 1643 I, 1822 Nr. 3 BGB),
- Verträge, die das Kind länger an eine regelmäßige Leistungspflicht binden als bis zu seinem 19. Geburtstag (§§ 1643 I, 1822 Nr. 5 BGB),
- jede Kreditaufnahme (§§ 1643 I, 1822 Nr. 8 BGB), z.B. auch die Kontoüberziehung,
- die Ausstellung eines Schecks, eines Wechsels, oder einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 1643 I, 1822 Nr. 9 BGB),
- eine Bürgschaft oder Schuldübernahme (§§ 1643 I, 1822 Nr. 10 BGB),
- die Erteilung von Prokura i.S.v. §§ 48 ff. HGB (§§ 1643 I, 1822 Nr. 11 BGB).

Nimmt **das Kind** eines dieser Geschäfte selbst vor, und wollen die Eltern ihre Zustimmung hierzu nach § 107 BGB erteilen, so bedarf auch diese Zustimmung der Genehmigung des Familiengerichts. Das führt dann zu einer doppelten Genehmigungspflicht, nämlich durch die Eltern *und* das Gericht:

Eröffnet z.B. das Kind ein Girokonto und vereinbart mit der Bank einen Dispo-Kredit, so ist diese Kreditvereinbarung (mitsamt dem Girovertrag) zunächst wegen fehlender Genehmigung der Eltern nach § 108 I BGB schwebend unwirksam. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Eltern die Kreditvereinbarung genehmigen. Denn weil die Genehmigung der Eltern ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, ist sie ohne Genehmigung des Familiengerichts nach §§ 1643 III, 1831 S. 1 BGB nichtig. Nur wenn die Genehmigungserklärung der Eltern *vorher* vom Familiengericht genehmigt wurde, konvalesziert auch die Kreditvereinbarung.

Kommt der unwirksam vereinbarte Kredit zur Auszahlung (weil das Kind oder auch seine Eltern das Konto überziehen), so ist dies rechtlich unwirksam. Die Bank muß den Betrag wieder gutschreiben. Sie kann den ausgezahlten Betrag nur nach den Vorschriften über die Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen (§ 812 I 1 Alt. 1 BGB). Zinsen fallen frühestens an, wenn das Kind hierzu aufgefordert worden ist.

Zu beachten ist aber, daß das Kind, wenn es erst einmal volljährig geworden ist, die unwirksame Vereinbarung selbst genehmigen kann (§ 108 III BGB) - dann natürlich auch ohne Mitwirkung des Familiengerichts. Nimmt es den Dispokredit *nach* seinem 18. Geburtstag in Anspruch, wird darin eine konkludente Genehmigung der Vereinbarung zu sehen sein, so daß das Kind dann auch die *vor* seinem 18. Geburtstag aufgenommenen Beträge voll und mit Zinsen zurückzahlen muß (§ 184 I BGB).

4. Verwendung der Einkünfte

Es ist zwar selten, aber ein Kind kann zweierlei Arten von Einkünften haben, nämlich

- aus seinem Vermögen = Vermögenserträge,
- aus seiner Arbeitskraft = Erwerbseinkommen.

§ 1649 BGB bestimmt folgende Reihenfolge, wozu die **Vermögenserträge** des Kindes zu verwenden sind:

- zunächst für den Vermögensverwaltungsaufwand,
- dann für den Unterhalt des Kindes,
- dann für den Unterhalt der Eltern oder Geschwister, falls das der Billigkeit entspricht,
- dann zur Vermögensvermehrung.

Erwerbseinkommen ist einzusetzen:

- zunächst für den Unterhalt des Kindes,
- dann zur Vermögensvermehrung.

Erwerbseinkommen des Kindes soll niemals den Eltern oder Geschwistern zugute kommen. Eben deshalb sind für den Unterhalt des Kindes auch *zuerst* die Vermögenserträge und *dann* erst das Erwerbseinkommen zu verwenden (§ 1649 I 2 BGB). Diese Reihenfolge entspricht nicht dem, was sonst üblich ist. Wäre es aber umgekehrt, könnten die Eltern und Geschwister indirekt auch vom Erwerbseinkommen des Kindes profitieren.

Hat das Kind eigenes Einkommen, steht den Eltern außerdem wegen der Aufwendungen, die sie für das Kind haben, ein Ersatzanspruch (Kostgeld) zu (§ 1648 BGB).

5. Minderjährigenhaftungsbegrenzung

All die schon erwähnten Normen haben in Einzelfällen nicht verhindert, daß Eltern durch ihr Handeln für eine Überschuldung ihrer Kind noch während deren Minderjährigkeit gesorgt haben. Der „kritischste“ Fall dieser Art ist die Fortführung einer Personenhandelsgesellschaft an der das Kind beteiligt ist, auch in dessen Namen (wofür keine familiengerichtliche Genehmigung notwendig ist), weil das Kind dadurch für alle bestehenden und künftigen Forderungen persönlich voll haftet. Das *BVerfG* hat darin einen Verstoß gegen das Recht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 I GG) gesehen und dem Gesetzgeber aufgegeben, Abhilfe zu schaffen.

Deswegen bestimmt nun § 1629a BGB, daß ein volljährig gewordene Kind seine **Haftung** für Schulden, die die Eltern im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht verursacht haben, auf das Vermögen **beschränken** kann, das es im Zeitpunkt der Volljährigkeit hat. Es kann dann folglich sein finanzielles selbständiges Leben bei Null beginnen. Die Formalien der Haftungsbeschränkung sind an die beschränkte Erbenhaftung angelehnt und komplex. Schon deshalb hat die Norm keine große praktische Bedeutung.

§ 1629a BGB gilt *nicht* für Geschäfte, die das Kind ohne Einwilligung seiner Eltern wirksam vorgenommen hat. § 110 BGB spielt in diesem Zusammenhang (weil er nur *erfüllte* Geschäfte erfaßt) keine Rolle. Vor allem ist § 112 BGB gefährlich: Die Erlaubnis, selbständig

ein Handelsgeschäft zu führen schließt demnach diejenige ein, sich selbständig erheblich zu verschulden.

Die Haftung aus **unerlaubter Handlung** (§§ 823 ff. BGB) wird von § 1629a BGB ebenfalls nicht erfaßt. Auch für solche Schulden verlangt das *BVerfG* inzwischen, daß die Haftung von Kindern für nur leicht fahrlässig oder schuldlos verursachte Schäden in irgendeiner Weise eingeschränkt werden muß. Zu weiteren Konsequenzen hat das bis jetzt nicht geführt. In dem damals zu entscheidenden Fall gab es eine andere Lösungsmöglichkeit.

F. Konflikte zwischen den Eltern

Nach § 1627 BGB üben die Eltern die elterliche Sorge in gegenseitigem Einvernehmen aus und sollen sich bei Meinungsverschiedenheiten einigen. Das ist aber nicht immer gewährleistet. Das Gesetz sieht folgende Konfliktlösungsinstrumente vor:

Leben die Eltern **zusammen**, so gilt ausschließlich § 1628 BGB, nämlich:

- In *wesentlichen* Angelegenheiten kann jeder Elternteil das Familiengericht anrufen. Dieses entscheidet dann nicht etwa in der Sache, sondern überträgt die Entscheidungsbefugnis einem Elternteil.
- In *unwesentlichen* Angelegenheiten dagegen verhindert die Meinungsverschiedenheit das Elternhandeln. Jeder Elternteil hat sozusagen ein Vetorecht.

Von wesentlicher Bedeutung sind z.B.: die Bestimmung des Aufenthalts, der Berufsausbildung oder die Anlage einer größeren Geldsumme.

Ungeeignet ist § 1628 BGB zur Lösung eines grundsätzlichen Erziehungskonflikts (unterschiedliche Erziehungsziele oder unterschiedliche Vorstellungen über Erziehungsmethoden). Wirkt sich der Konflikt auf eine einzelne bedeutsame Entscheidung aus, greift insoweit zwar § 1628 BGB. Im übrigen muß er aber hingenommen werden, denn jeder Elternteil hat ein zwar durch das des anderen eingeschränktes, im übrigen aber unabhängiges Erziehungsrecht. Erst wenn der Konflikt das Kind erheblich gefährdet, kann § 1666 I BGB ein Eingreifen gebieten, z.B. dadurch, daß einem oder gar beiden Eltern die elterliche Sorge entzogen wird.

Leben die Eltern **getrennt**, gibt das Gesetz dagegen jedem Elternteil von vornherein gewisse Alleinentscheidungsrechte. Andernfalls müßten die Eltern sich ja auch dann noch ständig über alles mögliche verständigen. Das würde die gemeinsame elterliche Sorge zu stark belasten. Hier gilt:

- Der Elternteil, bei dem sich das Kind *gewöhnlich* aufhält, kann nach § 1687 I 2 BGB in allen *Angelegenheiten des täglichen Lebens* allein entscheiden. Welche das sind, ist § 1687 I 3 BGB zu entnehmen: solche, die häufig vorkommen und keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf das Leben des Kindes haben.
- Der Elternteil, bei dem sich das Kind *tatsächlich* aufhält, kann nach § 1687 I 4 BGB in allen *Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung* allein entscheiden. Das sind nur solche, die keine weitergehenden Auswirkungen auf das Kind haben als für eben die Zeit, da es sich bei diesem Elternteil aufhält.
- Sonst gilt § 1628 BGB: In wesentlichen Angelegenheiten hat also jeder Elternteil das dort genannte Antragsrecht.

Umstritten ist, inwieweit die Eltern an eine einmal zwischen ihnen getroffene Einigung gebunden sind. Nur für den Bereich der **religiösen Erziehung** ist dies gesetzlich geregelt. Grundsätzlich sind bindende Verträge unwirksam (§ 4 RelKErzG). Ein Religionswechsel ist aber bei

bestehender Ehe (gemeint: bestehender gemeinsamer elterlicher Sorge) nur mit Zustimmung beider Eltern zulässig (§ 2 II RKEG).

Auch sonst dürfte die richtige Lösung ähnlich aussehen: *Grundsätzlich* besteht **keine Bindung** an eine einmal getroffene Einigung, aber bei auf Dauer angelegten Entscheidungen ist zu ihrer *Aufhebung* eine neue Einigung erforderlich, es sei denn, die Entscheidung wird nach § 1628 BGB einem Elternteil übertragen.

Besucht das Kind z.B. die freie Waldorfschule und ist die Mutter hiermit nicht mehr einverstanden, bleibt die gemeinsam getroffene Entscheidung für diese Schule dennoch wirksam, so lange der Vater an ihr festhält und das Familiengericht die Entscheidungsbefugnis nicht nach § 1628 BGB auf die Mutter übertragen hat.

Eigentlich gilt dies auch für den Fall, daß ein Elternteil beabsichtigt, sich vom anderen zu trennen. Ohne eine Einigung darauf, wo die Kinder künftig wohnen sollen, bleibt es bei der bestehenden Regelung und sie müssen bei demjenigen belassen werden, der in der Wohnung bleibt, jedenfalls so lange den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht gemeinsam zusteht und auch keiner von ihnen nach § 1628 BGB gerichtlich ermächtigt wurde, hierüber allein zu entscheiden. Rein faktisch aber kann der Elternteil, der allein zurückgelassen wird, nichts unternehmen. § 1632 I BGB ist nach absolut herrschender Meinung auf das Verhältnis zwischen gemeinsam sorgeberechtigten Eltern nicht anzuwenden. Der Regelverstoß bleibt damit ohne Sanktion.

Ganz merkwürdig geworden ist das freilich dadurch, daß es nur noch im Inland gilt. Verzieht ein Elternteil mit dem Kind ungefragt ins Ausland, so greift das Haager Kindesentführungsabkommen, denn das sieht die sofortige Rückführung gerade auch als Instrument für die Wiederherstellung des *status quo ante* im Konflikt zwischen gemeinsam sorgeberechtigten Eltern an. Verläßt die Mutter daher die gemeinsame Wohnung in Bad Reichenhall und zieht mit den Kindern nach Salzburg, kann der - davon überraschte - Vater die sofortige Rückführung nach dem KindEntÜbk erreichen. Zieht sie aber nach Hamburg, ist er dagegen (wenigstens vorläufig) machtlos.

G. Eingriffe in die elterliche Sorge bei Gefährdung des Kindeswohls

Die §§ 1666 bis 1667 BGB sehen Eingriffe des Familiengerichts in die elterliche Sorge vor, wenn das Wohl des Kindes oder sein Vermögen in qualifizierter Weise gefährdet ist.

Die Eingriffsbefugnis liegt also beim **Familiengericht**. Das **Jugendamt** hat zur Sicherstellung des Wohls des Kindes aber auch eine Reihe Aufgaben:

1. Es unterstützt die Eltern (vgl. v.a. §§ 27 ff. SGB VIII) in dem Bemühen, einen Eingriff nicht notwendig zu machen. Es bietet vor allem die öffentlichen Hilfen an, die nach § 1666a I 1 BGB jeder Trennung des Kindes von den Eltern vorgehen.
2. Es macht das Gericht auf ein notwendiges Eingreifen aufmerksam (§ 8a III SGB VIII), wenn eine Gefahr für das Kind ohne das Gericht nicht abgewendet werden kann.
3. Es trifft Eilmaßnahmen, wenn das Gericht nicht rechtzeitig eingeschaltet werden kann (§ 42 I 1 Nr. 2 b SGB, 2 Hs. 2 SGB VIII).
4. Es unterstützt das Gericht durch Aufklärung des Sachverhalts und Beisteuerung seines pädagogischen Fachwissens, bevor das Gericht eine Entscheidung trifft (§ 50 I, II SGB VIII, § 49a I Nr. 8 FGG).

1. Eingriffsvoraussetzungen - Übersicht

Der Tatbestand des § 1666 I BGB ist komplex. Eine Maßnahme des Familiengerichts kann auf ihn gestützt werden, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

1. Es muß eine **Gefahr** für das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder

aber für sein Vermögen vorliegen.

2. Diese Gefahr muß ihre **Ursache** haben in:
 - a) einem Mißbrauch der elterlichen Sorge,
 - b) der Vernachlässigung des Kindes,
 - c) einem unverschuldetes Versagen der Eltern oder
 - d) dem Verhalten eines Dritten.

Es ist schwer zu sehen, wann eine Gefahr nicht zumindest auf *irgendeinem* dieser Gründe beruhen sollte. Dennoch empfiehlt es sich, die Fallgruppen zu unterscheiden, schon, um nicht zu leichtfertig eine Gefahr angenommen zu haben.

3. Die Eltern dürfen entweder nicht willens oder nicht in der Lage sein, die Gefahr **selbst abzuwenden**.
4. Das Eingreifen des Familiengerichts muß dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** entsprechen.

2. Gefahrenlage

Eine **Gefahr für das Wohl des Kindes** liegt nicht schon vor, wenn die Erziehung nicht den pädagogischen Erkenntnissen über eine gute Erziehung entspricht. Familie ist Schicksal. Zunächst muß jeder mit den Eltern leben, die er hat. Daß diese nicht vollkommen sind, nimmt die Rechtsordnung bewußt in Kauf.

Der *BGH* legt den Gefährdungsbegriff des § 1666 I BGB recht eng aus. Er verlangt, daß „eine gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr (besteht), daß sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen läßt.“ Das Familiengericht muß daher dreierlei feststellen, um eine Gefahr für das Kindeswohl annehmen zu können:

- Es muß ein Umstand, der für das Kind eine **konkrete Beeinträchtigung** darstellt, schon vorliegen oder sein Eintritt unmittelbar bevorstehen (nämlich „gegenwärtig“ sein).
- Ohne das Eingreifen des Gerichts muß aufgrund dieses Umstands beim Kind ein **erheblicher Schaden** eintreten können.
- Der Schadenseintritt muß **hochgradig wahrscheinlich** sein („ziemliche Sicherheit“). Ist der drohende Schaden nicht erheblich oder ist sein Eintritt nicht hochgradig wahrscheinlich, scheiden Maßnahmen nach § 1666 I BGB ebenso aus, wie wenn der gefährdende Umstand noch gar nicht akut ist. Freilich braucht nicht abgewartet zu werden, bis ein Schaden *eingetreten* ist.

Eine **Gefahr für das Vermögen des Kindes** ist grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen anzunehmen. Auch dort kommt es folglich darauf an, ob dem Kind mit ziemlicher Sicherheit ein erheblicher Vermögensschaden droht. Allerdings wird dies unter den in § 1666 II BGB genannten Voraussetzungen **vermutet**. Ein Elternteil, der

- seine Unterhaltspflicht oder
 - die mit der Vermögenssorge zusammenhängenden Pflichten (z.B. zur Errichtung eines Vermögensverzeichnisses nach § 1640 BGB) verletzt, oder
 - Anordnungen des Gerichts, die die Vermögenssorge betreffen, mißachtet,
- muß daher *nachweisen*, daß er das Kindesvermögen *nicht* gefährdet, um Maßnahmen nach §§ 1666 - 1667 BGB abzuwenden.

3. Ursache der Gefahrenlage

Mißbrauch der elterlichen Sorge ist die bewußte Ausnutzung der mit ihr verbundenen Rechte und Möglichkeiten zum Nachteil des Kindes. Wer sein Kind zum Abreagieren von negativen Gefühlen bestraft, mißbraucht z.B. die elterliche Sorge. Wer dagegen davon ausgeht, die Strafe

sei zur Erziehung des Kindes notwendig oder auch nur sinnvoll, tut dies nicht.

Vernachlässigung ist ein qualifiziertes Sich-Nicht-Kümmern um das Kind. Sie kann seelischer oder körperlicher Art sein. Die Eltern vernachlässigen ihr Kind, wenn sie seine *elementaren* Bedürfnisse nach Nahrung, Kleidung, Gesundheitsfürsorge oder auch nach Zuwendung und Erziehung in einem *erheblichen Maße* nicht erfüllen. Vernachlässigung setzt aber voraus, daß die Eltern jedenfalls in der Lage gewesen wären, ihren Pflichten nachzukommen. Wer sich z.B. wegen einer schweren Depression um sein Kind gar nicht kümmern *kann*, vernachlässigt es nicht.

Wo weder Mißbrauch noch Vernachlässigung vorliegt, das Verhalten der Eltern aber dennoch zu einer Gefahrenlage führt, wird in der Regel von **unverschuldetem Versagen** der Eltern ausgegangen werden können. Wie sich schon aus dem Begriff selbst ergibt, ist mit dieser Annahme (im Unterschied zu den vorigen) ein Vorwurf an die Eltern nicht verbunden. Es genügt, daß sie *objektiv* ihren Pflichten nicht nachkommen, wobei ein „Versagen“ allerdings nur bei einem *schwerwiegenden objektiven Pflichtverstoß* vorliegt.

Schließlich genügt es auch, wenn die Gefahr durch **das Verhalten eines Dritten** hervorgerufen wird, dem die Eltern nicht in ausreichendem Umfang selbst begegnen können. Auch dabei genügt die *objektive* Herbeiführung der Gefahr durch den Dritten, ohne daß das Verhalten vorwerfbar zu sein braucht. Diese Alternative ist im Zusammenhang damit zu sehen, daß § 1666 IV BGB es dem Familiengericht gestattet, seine Schutzmaßnahmen auch *direkt gegen Dritte* zu richten.

4. Abwehrprimat der Eltern

Maßnahmen nach § 1666 I BGB kommen nicht in Frage, soweit die Eltern bereit und in der Lage sind, die Gefahr selbst abzuwenden.

Soweit eine Trennung des Kindes von den Eltern in Frage käme, wird dieser Abwehrprimat der Eltern durch § 1666a I 1 BGB dahin verstärkt, daß Eingriffe in die elterliche Sorge schon dann nicht in Betracht kommen, wenn die Gefahr durch öffentliche Hilfen (namentlich Hilfe zur Erziehung nach § 27 ff. SGB VIII) abgewendet werden kann. Freilich bleibt die Maßnahme zulässig, wenn die Eltern zur *Annahme* solcher öffentlicher Hilfen nicht bereit sind. § 1666a I 2 BGB stellt klar, daß das Prinzip **Hilfe vor Trennung** nicht nur für die Herausnahme des Kindes aus der Familie sondern auch für die Wegweisung eines Elternteils aus ihr gilt. Damit ist zugleich klargestellt, daß eine solche Wegweisung auf § 1666 I BGB gestützt werden kann. (Das Gewaltschutzgesetz gilt wegen § 3 I GewSchG dagegen nicht.)

5. Verhältnismäßigkeit

Schließlich muß das Vormundschaftsgericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten, der drei Komponenten hat, nämlich die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit der zu ergreifenden Maßnahme beinhaltet.

Geeignet sind nur Maßnahmen, die die Gefahrenlage mit hoher Wahrscheinlichkeit *beseitigen*. Eine Maßnahme, die man „halt mal probieren“ will, von der man sich aber keinen Erfolg verspricht, ist ungeeignet und darf auch nicht ergriffen werden.

Erforderlich ist von mehreren geeigneten Maßnahmen diejenige, die den *geringfügigsten* Eingriff in die elterliche Sorge (bzw. im Falle des § 1666 IV BGB in die Rechte des Dritten) darstellt. So darf die elterliche Sorge nicht ganz entzogen werden, wenn schon ein teilweiser Entzug die Gefahrenlage beseitigt. Sie darf gar nicht entzogen werden, wenn das Gericht schon durch das Ersetzen einer Erklärung (§ 1666 III BGB) die Gefahrenlage beseitigen kann, und nicht einmal das ist zulässig, wenn die Gefahrenlage schon durch Weisungen oder Auflagen beseitigt werden kann.

Angemessen ist die geeignete und erforderliche Maßnahme nur, wenn sie mehr Schaden verhütet als sie anrichtet. Das gilt nicht nur, aber vor allem für das Kind. Denn nicht selten wird im Überschwang des Maßnahmeeifers „das Kind mit dem Bad ausgeschüttet“. So hängen z.B. Kinder auch an Eltern, die sie schlagen oder sonst unangemessen bestrafen. Weigern sich die Eltern, ihr Verhalten zu ändern, wäre nur ein Entzug der elterlichen Sorge - zumindest der Personensorge - *geeignet*, die durch diese Erziehung drohenden Schäden abzuwenden. Trotzdem hat dieser zu unterbleiben, wenn zu befürchten ist, daß das Kind durch die Trennung von den Eltern einen ebensogroßen oder gar größeren seelischen Schaden erleiden würde. Das kann von vielem abhängen, z.B. dem Alter des Kindes, dem Schweregrad der Mißhandlungen und der Enge der Bindung zu dem mißhandelnden Elternteil.

Ist die geeignete und erforderliche Maßnahme *nicht* angemessen, unterbleibt nicht nur diese Maßnahme, sondern jede Maßnahme. Es ist nicht zulässig, statt dessen auf eine mildere, aber ungeeignete Maßnahme auszuweichen.

6. Einzelne Maßnahmen

§ 1666 I BGB beschreibt die einzelnen in Frage kommenden Maßnahmen nicht näher. Klar ist - wegen §§ 1666a II und 1680 III BGB - lediglich, daß sie bis zum vollständigen Entzug der gesamten elterlichen Sorge reichen können.

Wegen des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 III GG) darf das Gericht aber keine Maßnahmen frei erfinden, sondern hat sich dabei an die zu § 1666 I BGB seit seinem Inkrafttreten entwickelten typischen Fallgruppen zu halten. Im einzelnen kommt folgendes in Betracht:

a) Weisungen und Auflagen

Das Gericht kann zunächst durch Auflagen und Weisungen den Eltern oder dem das Kind gefährdenden Dritten ein bestimmtes Verhalten vorschreiben oder verbieten.

Es muß sich dabei aber um ein auf das Kind bezogenes Verhalten handeln. Keinesfalls kann das Gericht den Beteiligten ihre allgemeine Lebensführung vorschreiben. So wäre es zum Beispiel nicht zulässig, den Eltern das Rauchen zu verbieten, weil das Passivrauchen für das Kind gesundheitsschädlich ist.

Für zulässig gehalten wird allerdings ein Verbot, sich überhaupt in der Nähe des Kindes oder seiner Wohnung aufzuhalten („Stay-Off-Order“). § 1666a I 2 BGB stellt nunmehr klar, daß sich ein solches Verbot auch gegen einen Elternteil richten kann.

§ 1666 BGB darf im übrigen auch nicht zum Anlaß genommen werden, die politische Entscheidung für oder gegen die Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens abzuändern.

Es ist Sache der Straßenverkehrsbehörde, in einer Straße eine Tempo-30-Zone oder einen verkehrsberuhigten Bereich einzurichten. Das Familiengericht kann den Autofahrern daher selbst dann das Langsamfahren in einer bestimmten Straße nicht verordnen, wenn dort Kinder gefährdet werden.

Aus einem ähnlichen Grund kann das Familiengericht nicht die Vornahme einer Abtreibung verbieten, für die die gesetzlichen Voraussetzungen des § 218a StGB vorliegen.

Schließlich kann das Familiengericht anderen staatlichen Behörden keine Weisungen erteilen („Dritter“ i.S.v. § 1666 IV BGB ist der private Dritte). Daher kann es die Eltern zwar anweisen, eine bestimmte Leistung des Jugendamtes *anzunehmen*, nicht jedoch das Jugendamt, sie den Eltern *anzubieten*. Das ist durch § 36a I 1 Hs. 2 SGB VIII neuerdings im Gesetz klargestellt.

Das Jugendamt wird allerdings darauf zu achten haben, daß es keinen Kompetenzkampf

auf dem Rücken des Kindes provoziert. Weist das Familiengericht z.B. die Eltern an, eine sozialpädagogische Familienhilfe anzunehmen, weil es diese für geeignet und erforderlich hält, die Gefahr abzuwenden, lehnt das Jugendamt die Hilfe in dieser Form aber ab, droht die Gefahr bestehenszubleiben. Das Gericht darf ja wegen § 1666a I 1 BGB keine schärferen Maßnahmen ergreifen, wenn es der Meinung ist, daß die Gefahr durch öffentliche Hilfen abgewendet werden kann.

Zur Durchsetzung seiner Auflagen und Weisungen steht dem Familiengericht das Instrument des **Zwangsgeldes** nach § 33 I 1 FGG zur Verfügung. Unter Umständen kann es nach § 33 II 1 FGG ferner die Anwendung von **Unmittelbarem Zwang** anordnen. Wo das alles erkennbar zur effektiven Durchsetzung nicht ausreichen wird, ist das Mittel der Auflagen und Weisungen zur Abwehr der Gefährdung nicht geeignet.

b) Ersetzen von Erklärungen

Nach § 1666 III BGB kann das Gericht einzelne Erklärungen der Eltern ersetzen. Das kann u.U. zur Beseitigung von Gefahren für das Vermögen ausreichen. Ein anderer Anwendungsbereich ist die Einwilligung in eine medizinische Behandlung. Freilich reicht das Ersetzen dieser Einwilligung nur aus, wenn nicht eine stationäre Behandlung erforderlich ist, der die Eltern ihr Kind ja auch durch Ausübung ihres Aufenthaltsbestimmungsrechtes entziehen können.

c) Entzug einzelner Teile der elterlichen Sorge

Das Familiengericht kann die elterliche Sorge einem Elternteil oder beiden Eltern teilweise entziehen.

Häufig ist die Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, damit eine für das Kind notwendige stationäre Hilfe eingeleitet werden kann. Da jedoch jede Hilfestellung die Zusammenarbeit des Sorgeberechtigten mit dem Jugendamt voraussetzt, wird das oft nur eine Übergangslösung sein können, denn wenn die Eltern diese Zusammenarbeit verweigern, muß die elterliche Sorge schließlich vollständig entzogen werden können, andernfalls die unsichere Situation das Kindeswohl auf Dauer gefährden wird.

d) Entzug der gesamten elterlichen Sorge

Schließlich kann das Familiengericht die elterliche Sorge den Eltern oder einem Elternteil auch ganz entziehen.

Der Entzug der gesamten elterlichen Sorge setzt nach § 1666a II BGB voraus, daß andere Maßnahmen erfolglos *geblieben* sind oder *anzunehmen* ist, daß sie nicht ausreichen. Das Gesetz stellt damit keine zusätzlichen Anforderungen auf, sondern konkretisiert nur die zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gehörenden Voraussetzungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit der gewählten Maßnahme. Auch § 1666a II BGB verlangt vom Familiengericht kein „Herumprobieren“, nur darf es eben auch nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen.

e) Besonderheiten für die Vermögenssorge

Wenn das Vermögen des Kindes gefährdet ist, gelten folgende Besonderheiten:

Maßnahmen gegen Dritte sind zum Schutz des Kindesvermögens *nicht* zulässig (vgl. § 1666 IV BGB).

§ 1667 BGB nennt einige besondere Maßnahmen, die das Familiengericht zum Schutz des Kindesvermögens ergreifen kann, beispielhaft, nämlich:

- Das Familiengericht kann den Eltern Pflicht auferlegen, ein **Verzeichnis des Kindesvermögens** einzureichen und regelmäßig **Rechnung zu legen** (§ 1667 I BGB).
- Das Familiengericht kann den Eltern die **Anlageform** vorschreiben und sie - wie einen Vormund - zur versperrten Anlegung oder Hinterlegung verpflichten (§ 1667 II BGB).
- Das Familiengericht kann anordnen, daß die Eltern dem Kind **Sicherheit** leisten.

7. Weitere Folgen einer Entscheidung nach § 1666 BGB

a) Pflicht zur Aufhebung der Maßnahme

Manche Maßnahmen erledigen sich von selbst. Wird z.B. eine Erklärung der Eltern nach § 1666 III BGB ersetzt, so hat es damit sein Bewenden. Auch Auflagen oder Weisungen können sich durch Zeitablauf erledigt haben, entweder, weil das Gericht sie von vornherein befristet hat, weil die Eltern dem Gebot nachgekommen sind oder die Zuwiderhandlung gegen ein Verbot nicht mehr möglich ist.

Bei allen Maßnahmen, die sich nicht auf diese Weise erledigen, schreibt § 1696 II BGB vor, daß das Gericht sie aufhebt, sobald **die Gefahrenlage nicht mehr besteht** und auch nicht etwa durch die Aufhebung der Maßnahme sofort neu entstehen würde.

Die h.M. läßt die Aufhebung der Maßnahme auch dann nicht zu, wenn die *ursprüngliche* Gefahrenlage zwar beseitigt ist, durch ihre Aufhebung aber eine neue, *andersartige* Gefahr herbeigeführt würde. Das ist m.E. so nicht stichhaltig, da es den Weg zu einer Lösung versperren kann, die die Eltern nicht in gleichem Maße stigmatisiert. Ist z.B. die elterliche Sorge den Eltern wegen einer durch Alkoholismus bedingten Vernachlässigung entzogen und das Kind vom Vormund bei Pflegeeltern untergebracht worden, so kann es ja sein, daß die Eltern nach Jahren ihren Alkoholismus besiegt haben und das Kind bei ihnen nicht mehr gefährdet wäre, daß es nunmehr aber durch die Trennung von ihren Pflegeeltern einen erheblichen Schaden erleiden würde. In solchen Fällen lehnt die h.M. eine Aufhebung des Sorgerechtsentzugs nach § 1696 II BGB ab. M.E. würde man der Sachlage besser gerecht, wenn man den Sorgerechtsentzug aufhobe und das Kind durch eine Verbleibensanordnung nach § 1632 IV BGB vor den neuen Gefahren für sein Wohl schützen würde.

Bei „längerdauernden“ Maßnahmen muß das Gericht nach § 1696 III BGB **regelmäßig von Amts** wegen prüfen, ob sie aufzuheben sind.

b) Folgen des Sorgerechtsentzugs

Wird einem Elternteil die elterliche Sorge ganz entzogen, endet sie; wird sie teilweise entzogen, endet sie hinsichtlich der entzogenen Teile. Was dann weiter zu geschehen hat, hängt von der Ausgangslage ab:

Wird die **gemeinsame Sorge** nur *einem* Elternteil ganz oder teilweise entzogen, steht sie dem anderen nach § 1680 III, I BGB insoweit ohne weiteres alleine zu. Das Gericht braucht keine weitere Entscheidung zu treffen. Meistens kann man durch einen solchen Entzug bei nur einem Elternteil die Gefahrenlage aber nicht abwenden.

Wird die gemeinsame Sorge *beiden* Eltern ganz oder teilweise entzogen, kommt es darauf an, worauf sich der Entzug erstreckt. Erfasst er zumindest das gesamte Vertretungsrecht, ist nach § 1773 I BGB ein **Vormund** zu bestellen. Reicht er weniger weit, muß nach § 1909 I 1 BGB ein **Pfleger** bestellt werden, dessen Aufgabenkreis die den Eltern entzogenen Befugnisse umfaßt. Die Anordnung der Pflegschaft oder Vormundschaft und die Auswahl des Vormundes oder Pflegers kann hier vom Familiengericht mitübernommen werden (§ 1697 BGB). Das Familiengericht kann dies aber auch dem Vormundschaftsgericht überlassen.

Wird der Mutter die **originäre Alleinsorge** ganz oder teilweise entzogen, überträgt das Familiengericht die elterliche Sorge insoweit auf den Vater, wenn das dem Kindeswohl dient (§ 1680 III, II 2 BGB).

Hier spielt für die Abwägung der Interessen des Kindes auch die Überlegung eine Rolle, wie wahrscheinlich die Wiederaufhebung der Maßnahme ist. Denn nur wenn die Übertragung auf den Vater unterbleibt, erhält die Mutter durch Aufhebung des Entzugs die elterliche Sorge zurück. Liegt es im Interesse des Kindes, ihr diese Chance zu lassen, kann die Übertragung auf den Vater *auch deshalb* unterbleiben. Freilich ist dann zu prüfen, ob der Vater nicht zum Vormund (bzw. Pfleger) des Kindes bestellt werden muß.

Ansonsten ist auch hier wieder das Grundrecht des Vaters aus Art. 6 II 1 GG zu beachten. *Will* er sich um das Kind kümmern, ist ohne konkrete Anhaltspunkte für das Gegenteil davon auszugehen, daß die Übertragung der elterlichen Sorge auf ihn dem Kindeswohl dient.

Kommt es nicht zu einer Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater, ist ein Vormund oder Pfleger zu bestellen.

Wird einem Elternteil die **akute Alleinsorge** ganz oder teilweise entzogen, ist zu prüfen, ob die Gründe hierfür nicht zugleich triftige Gründe für eine Abänderung der früheren Sorgerechtsübertragung auf diesen Elternteil sind. Dann ist diese nach § 1696 I BGB abzuändern. Andernfalls wird auch hier ein Vormund oder Pfleger bestellt.

c) Aufhebung des Sorgerechtsentzugs

Auch für den teilweisen oder vollständigen Entzug der elterlichen Sorge nach §§ 1666 I, 1666a II BGB gilt § 1696 II BGB, nicht § 1696 I BGB mit seinen sehr viel engeren Voraussetzungen. Der Entzug ist also aufzuheben, wenn die Gefahrenlage nicht mehr besteht und durch den Entzug auch nicht neu entstehen würde.

Wird der Entzug der elterlichen Sorge nach § 1696 II BGB aufgehoben, stellt das die elterliche Sorge wieder her. Aus der auf §§ 1680 III, I BGB beruhenden Alleinsorge wird ohne weiteres wieder die gemeinsame. Allerdings gelten für alle mit dem Entzug verbundenen sonstigen Entscheidungen die jeweils für solche Entscheidungen geltenden Regeln. Das bedeutet:

- Hat das Gericht einen **Vormund** bestellt, verliert dieser sein Amt nun ohne weiteres wieder, da ja der Grund seiner Bestellung entfallen ist (§ 1882 BGB).
- Hat das Gericht einen **Pfleger** bestellt, behält dieser sein Amt zunächst. Das Vormundschaftsgericht ist jedoch ohne weitere Prüfung verpflichtet, den Pfleger abzurufen (§ 1919 BGB).
- Hat das Gericht die elterliche Sorge nach § 1680 III, II 2 BGB auf den anderen Elternteil **übertragen**, bleibt es dabei, wenn das Gericht nicht auch diese Entscheidung abändert. Das darf es nur, wenn die Voraussetzungen des § 1696 I BGB vorliegen. Liegen nur diejenigen von § 1696 II BGB vor, nicht auch die von § 1696 I BGB, wird der Entzug der elterlichen Sorge zwar aufgehoben, es bleibt aber bei der Übertragung auf den anderen Elternteil, so daß der ursprünglich sorgeberechtigte Elternteil durch die Aufhebung der Maßnahme nur die „latente“ elterliche Sorge zurückbekommt.
- Hat das Gericht den Entzug zum Anlaß genommen, eine frühere Sorgerechtsentscheidung nach § 1696 I BGB **abzuändern**, bleibt es hierbei, wenn nicht die Voraussetzungen für eine *erneute* Abänderung (also wieder diejenigen des § 1696 I BGB) vorliegen. Das kann bedeuten, daß auch hier nur die „latente“ elterliche Sorge wiederauflebt. Es kann aber auch dazu führen, daß die elterlichen Sorge den Eltern nunmehr gemeinsam zusteht.

8. Zeitliche Grenzen des Eingreifens

Klar ist, daß eine Maßnahme des Familiengerichts nach § 1666 I BGB nicht *mehr* in Frage kommt, nachdem das Kind volljährig geworden ist. Klar ist auch, daß eine Maßnahme *vor* der Zeugung des Kindes mangels eines bestehenden Schutzgutes unzulässig ist. Umstritten ist, ob das bereits gezeugte, aber noch nicht geborene Kind durch Maßnahmen des Familiengerichts nach § 1666 I BGB geschützt werden kann. Das wird in der Literatur zumindest grundsätzlich für möglich gehalten, weil nämlich § 1912 II BGB die elterliche Fürsorge auf diesen Zeitpunkt vorverlagert, soweit schon künftige Rechte des ungeborenen Kindes betroffen sein können. Wenn die Eltern also schon Sorgerechtsbefugnisse haben, sind auch deren Grenzen - einschließlich der §§ 1666 - 1667 BGB - schon zu beachten.

Ein strafloser Schwangerschaftsabbruch kann aber jedenfalls nicht durch eine Maßnahme nach § 1666 I BGB unterbunden werden. Zwar gefährdet er immer das Kindeswohl. Der Gesetz hat aber in Kenntnis dieser Gefährdung die Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs abschließend geregelt und die Entscheidung unter bestimmten Voraussetzungen der Schwangeren überlassen. Diese gesetzgeberische Entscheidung bindet auch das Familiengericht.

Anders liegen dagegen die Fälle der „schwangeren Toten“ (Aufrechterhalten der Körperfunktionen zum Zwecke der Rettung des ungeborenen Kindes bei hirntoten Schwangeren). Hier steht nur das postmortale Persönlichkeitsrecht der Schwangeren auf der einen, das - schwerer wiegende - Lebensrecht des Kindes aber auf der anderen Seite. Sollte das Familiengericht mit einem solchen Fall befaßt werden, müßte es daher m.E. die Weiterführung der medizintechnischen Maßnahmen selbst gegen den Willen der Angehörigen der Toten anordnen.

H. Verfahren in Sorgerechtsangelegenheiten

Alle die elterliche Sorge betreffenden Verfahren sind Familiensachen nach § 621 I Nr. 1 ZPO. Zuständig ist immer das Familiengericht. Sonst muß unterschieden werden:

- So lange zwischen den Eltern *eine Ehesache anhängig* ist, gehört das Sorgerechtsverfahren mit vor das Familiengericht, das diese Ehesache entscheidet (*Verbundverfahren*). Das gilt selbst für den Fall, daß es sich gar nicht um ein Antragsverfahren (z.B. nach § 1671 BGB) sondern ein Amtsverfahren (z.B. nach § 1666 BGB) handelt. Entschieden werden muß regelmäßig zusammen mit dem Scheidungsurteil, nur ausnahmsweise kann die Entscheidung über die elterliche Sorge vorweggenommen oder nachgeholt werden.
- Ist zwischen den Eltern dagegen keine Ehesache anhängig, wird die Sorgerechtsangelegenheit in einem eigenständigen Verfahren erledigt.

Immer gelten die Verfahrensvorschriften der §§ 35b ff. FGG. Das bedeutet, daß folgende Personen und Stellen **angehört** werden müssen:

- das Jugendamt (§ 49a I FGG),
- die Eltern, und zwar im Verfahren nach § 1666 BGB persönlich (§ 50a I FGG), grundsätzlich auch der Elternteil, dem die elterliche Sorge nicht zusteht, es sei denn, daß von ihm keine Aufklärung erwartet werden kann (§ 50a II FGG),
- das schon 14 Jahre alte Kind stets persönlich (§ 50b II FGG), andere Kinder, wenn deren Neigungen, Bindungen oder Wille von Bedeutung ist oder es zur Aufklärung des Sachverhalts angebracht erscheint (§ 50b I FGG).

Das Gericht muß nach § 50 I FGG dem Kind außerdem einen **Verfahrenspfleger** bestellen, wenn dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist. § 50 II FGG enthält Beispiele dafür, wann dies regelmäßig der Fall sein soll.

Das Gericht muß den Sachverhalt im übrigen von Amts wegen aufklären (§ 12 FGG). Das wird oft ein psychologisches Gutachten notwendig machen. Die Aufklärung geht jedoch nur so weit, wie sie für die Entscheidung erforderlich ist. Wenn ein Antrag nach §§ 1671 I, II Nr. 1 BGB gestellt ist und keine konkreten Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls bestehen (§ 1671 III BGB), ist daher Sachaufklärung nicht geboten, ja eigentlich noch nicht einmal die Anhörung des Kindes, wenn es noch nicht 14 Jahre alt ist.

Das Gericht kann Sorgerechtsangelegenheiten durch **einstweilige Anordnung** nach § 620 ff. ZPO vorläufig regeln (nach § 621g ZPO auch, wenn noch keine Ehesache anhängig ist).

Solche Eilentscheidungen sind insbesondere immer dann notwendig, wenn eine Regelung getroffen werden muß, bevor die vorgeschriebenen Anhörungen durchgeführt werden können oder etwa ein nötiges Sachverständigengutachten vorliegt. Das *BVerfG* mahnt jedoch zur Zurückhaltung, wenn es darum geht, Kinder im Eilverfahren von ihren Eltern zu trennen. Das dürfe regelmäßig nicht ohne vorherige Anhörung der Eltern und ohne sorgfältige Prüfung zumindest der rasch zugänglichen Beweise geschehen.

VI. Umgang mit dem Kind

Unter Umgang versteht man den Kontakt mit dem Kind und zwar in jeder Form, also schriftlich, telefonisch, persönlich oder unter Ausnutzung anderer moderner Medien. Umgang ist jedoch nur der *unmittelbare* Kontakt. Informationsaustausch *über* das Kind ist kein Umgang mit diesem (sondern Auskunft - siehe dazu den letzten Unterabschnitt).

Die §§ 1626 III, 1632 II, 1684 und 1685 BGB beschäftigen sich mit dem Umgang. Sie schaffen ein System wechselseitiger Rechte und Pflichten auf diesem Gebiet, dessen Einzelheiten sogleich unten erörtert werden. Die Grundsätze sind:

- Dem *Kind* steht ein Recht auf Umgang mit *beiden Eltern* zu (§ 1684 I 1 BGB).
- *Jedem Elternteil* steht ein Recht auf Umgang mit *dem Kind* zu (§ 1684 I 2 BGB).
- *Anderen Bezugspersonen des Kindes* steht ein Recht auf Umgang mit *dem Kind* zu, wenn dieser Umgang dem Kindeswohl dient (§ 1685 BGB). Dagegen steht dem *Kind* ein Recht auf Umgang mit diesem Personenkreis *nicht* zu.
- Soweit *keine Umgangsrechte* bestehen, gehört es zur Personensorge, zu bestimmen, ob, wie, wann, wie oft und mit wem das Kind Umgang haben darf (Umgangsbestimmungsrecht - § 1632 II BGB).
- § 1626 III BGB enthält eine Teildefinition des Kindeswohls: kontinuierlicher Umgang mit Bezugspersonen *dient in der Regel* dem Wohl des Kindes. Das ist vor allem bei der Auslegung von § 1685 BGB von Bedeutung.

A. Rechtsnatur und Bedeutung des Umgangsrechts

1. Umgangsrecht der Eltern (§ 1684 I 2 BGB)

Das Umgangsrecht der Eltern gehört wie die elterliche Sorge zu dem von Art. 6 II 1 GG geschützten Bereich. Auch hier sind Eingriffe nur erlaubt, wenn sie aus der Schranke des Art. 6 II 2 GG heraus gerechtfertigt sind.

Genau wie die elterliche Sorge ist auch das Umgangsrecht der Eltern ein „Pflichtrecht“. Es gibt daher eine korrespondierende Pflicht der Eltern zum persönlichen Umgang mit dem

Kind. Außerdem ist das Recht inhaltlich so auszuüben, wie es dem Kindeswohl entspricht. Aber genau wie bei der elterlichen Sorge genügt es für Einschränkungen des Umgangsrechtes nicht, daß der Umgang dem Kind irgendwie nicht gut tut. Erst wenn das Kindeswohl *gefährdet* ist, sind Eingriffe gestattet.

Und genau wie die elterliche Sorge ist auch das Umgangsrecht ein *absolutes Recht*, das gegen jedermann durchsetzbar ist, der es beeinträchtigt. Deshalb kann das Familiengericht Anordnungen, die den Umgang betreffen, auch mit Wirkung für Dritte erlassen (§ 1684 III 1 BGB), z.B. anordnen, daß die neue Partnerin des Vaters nicht anwesend sein darf, wenn das Kind ihn besucht. Außerdem können ungerechtfertigte Eingriffe in das Umgangsrecht Schadensersatzansprüche nach § 823 I BGB auslösen.

Das Umgangsrecht steht beiden Eltern unabhängig voneinander und unabhängig von der elterlichen Sorge zu. Ohne Bedeutung ist es für einen Elternteil, dem die elterliche Sorge unbeschränkt allein zusteht, denn sein Recht auf Zugang zu dem Kind folgt in wesentlich umfassenderer Weise schon aus seiner elterlichen Sorge (vgl. § 1632 I BGB). Aus rein tatsächlichen Gründen ist das Umgangsrecht für jemandem, der mit dem Kind ständig zusammenlebt, ohne Bedeutung. Hier fehlt es an einem Bedürfnis für zusätzlichen Kontakt.

Im übrigen aber kann das Umgangsrecht durchaus auch neben dem Sorgerecht wichtig sein, z.B. für einen Elternteil, dem die elterliche Sorge nur neben dem anderen Elternteil zusteht und für Eltern, denen das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen worden ist.

2. Umgangsrecht anderer Bezugspersonen des Kindes (§ 1685 BGB)

Auch anderen Bezugspersonen des Kindes kann ein Umgangsrecht zustehen. Das Gesetz unterscheidet:

Großeltern und **Geschwistern** steht nach § 1685 I BGB ein Umgangsrecht zu, wenn der Umgang dem Kindeswohl dient. Bei ihnen ist nicht erforderlich, daß ein Kontakt bereits in der Vergangenheit bestanden hat.

Der Umgang dient dem Kindeswohl, wenn er sich günstig auf seine Lebenschancen auswirkt. Das wird indessen wegen § 1626 III 2 BGB vermutet, wenn schon eine Beziehung dieser Personen zum Kind *besteht*. Nur wenn der Umgang zur *ersten* Kontaktaufnahme dienen soll, muß diese Voraussetzung demnach besonders festgestellt werden. Andernfalls kann man davon ausgehen, daß der Umgang dem Kindeswohl dient, falls keine Anhaltspunkte für das Gegenteil vorhanden sind.

Anderen Personen steht nach § 1685 II BGB ein Umgangsrecht zu, wenn zwischen ihnen und dem Kind eine **sozial-familiäre Beziehung** besteht *und* der Umgang dem Kindeswohl dient.

Das Bestehen einer sozial-familiäre Beziehung wird vermutet, wenn das Kind mit der Person längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat. Sie kann aber auch ohne ein Zusammenleben bestehen, z.B. aufgrund des biologischen Bandes zwischen dem Kind und seinem Erzeuger.

Wenn eine sozial-familiäre Beziehung besteht, werden in der Regel auch Bindungen vorhanden sein, so daß der Umgang dem Kindeswohl schon wegen § 1626 III 2 BGB dient, falls keine Anhaltspunkte für das Gegenteil vorhanden sind.

3. Umgangsrecht des Kindes (§ 1684 I 1 BGB)

Dem Kind steht auch ein Recht zum Umgang mit den Eltern zu. Entlehnt ist dieses Recht Art. 9 UN-KiRK. Dieses Recht auf Umgang teilt indessen die Schwäche aller Rechte, die

Kindern gegen ihre Eltern zustehen. Sie können sie nicht selbst gegen ihre Eltern durchsetzen, so lange diesen das Sorgerecht zusteht. Gegen einen sorgeberechtigten Elternteil kann das Kind sein Recht nicht gerichtlich verfolgen. Erst wenn der fehlende Umgang das Kindeswohl *gefährdet*, kann gegen den Willen des widerstrebenden Elternteils ein Ergänzungspfleger (§ 1909 I 1 BGB) zur Verfolgung des Umgangsrechts eingesetzt werden.

Möglich ist die Durchsetzung des Umgangsrechts dagegen in den Fällen, in denen der zum Umgang verpflichtete Elternteil die elterliche Sorge nicht hat. Dann kann der andere Elternteil (oder sonstige gesetzliche Vertreter) namens des Kindes einen Antrag auf Verpflichtung zum Umgang stellen. Ob ein solcher gerichtlich erzwungener Umgang viel Sinn ergibt, ist freilich eine andere Frage.

Zum Umgang verpflichtet ist *das Kind* nicht. Der *Sorgeberechtigte* ist aber nach § 1684 II BGB zu „umgangsfreundlichem“ Verhalten verpflichtet, wozu es gehört, auf das Kind dahin einzuwirken, daß es den Umgang zuläßt. Sich „neutral“ zu verhalten genügt nicht.

B. Ausgestaltung und Grenzen des Umgangs

1. Fehlen einer Regelung

Gesetzlich ist das Umgangsrecht nicht näher geregelt. In den Bereichen, in denen es nicht mit anderen absoluten Rechten kollidiert, kann der Umgangsberechtigte es *nach seinem Belieben* gestalten. Der Sorgeberechtigte hat deshalb z.B. kein Recht, Briefe, die ein Umgangsberechtigter an das Kind adressiert, anzuhalten oder gar zu öffnen, während ihm dieses Recht im Verhältnis zu Dritten nach § 1632 II BGB zusteht.

Sonst, insbesondere beim persönlichen Umgang, bei dem ja das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Sorgeberechtigten betroffen ist, entscheidet die **freie Einigung** mit dem Träger dieses Rechts.

Immer jedoch ist § 1684 II BGB zu beachten. Umgangsrecht und Sorgerecht verlangen **gegenseitige Rücksichtnahme**. Weder darf der Sorgeberechtigte den Umgang beeinträchtigen, noch der Umgangsberechtigte die Erziehung. § 1684 II BGB läßt zwischen Umgangs- und Sorgerechtigtem eine schuldrechtsähnliche Sonderbeziehung entstehen. Für einen (materiellen) Schaden, der aus schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten eines der Beteiligten dem anderen entsteht, muß jener haften.

Das Rücksichtnahmegebot geht jedoch nicht so weit, daß der Sorgeberechtigte seine autonomen Lebensentscheidungen einschränken müßte. Er darf daher auch an einen weit entfernten Ort ziehen, was den persönlichen Umgang illusorisch machen kann. Dergleichen kann u.U. einmal ein triftiger Grund für die Abänderung einer Sorgerechtsentscheidung nach § 1696 I BGB sein, sonst bleibt es sanktionslos. Ins *Ausland* verbringen darf der Sorgeberechtigte das Kind aber nicht, wenn dadurch das Umgangsrecht des anderen Elternteils verletzt wird. Denn auch dies fällt unter das Haager Kindesentführungsabkommen.

Im übrigen ist der Umgang eine **Holschuld**. Der Umgangsberechtigte trägt alle anfallenden Kosten. Er ist verpflichtet, das Kind von dessen Wohnort abzuholen und es dorthin zurückzubringen. Aus dem Rücksichtnahmegebot (§ 1684 II BGB) kann eine Mitwirkungspflicht des Sorgeberechtigten folgen (z.B. das Kind zum Bahnhof oder Flughafen zu bringen).

2. Einvernehmliche und gerichtliche Regelung

Die Beteiligten können den Umgang durch eine **förmliche Vereinbarung** näher regeln. Eine solche Vereinbarung bindet die Beteiligten.

Treffen sie keine Vereinbarung, kann das Familiengericht nach § 1684 III BGB Umfang

und Ausübung des Umgangsrechts und auch die sich aus dem Rücksichtnahmegebot ergebenden Pflichten näher bestimmen. Eine solche gerichtliche Entscheidung kann *sowohl auf Antrag als auch von Amts wegen* ergehen. Ist der Umgang zwischen den Eltern streitig und ist zwischen ihnen ein Scheidungsverfahren anhängig, muß die Umgangsregelung mit der Ehescheidung zusammen erfolgen. Im Scheidungsverfahren müssen Eltern daher dem Gericht mitteilen, ob zwischen ihnen eine Umgangsregelung getroffen worden ist, andernfalls das Gericht dies von Amts wegen tun kann. Aus diesem Grund sind Eltern verpflichtet, dem Gericht mit dem Scheidungsantrag mitzuteilen, ob sie gemeinsame minderjährige Kinder haben (§ 622 II Nr. 1 ZPO).

Üblicherweise werden zugunsten von Elternteilen Regelungen getroffen, die regelmäßige, meist 14tägige oder vierwöchige Wochenendbesuche vorsehen und zusätzlich eine Regelung für die „großen“ Feiertage enthalten. Auch Ferienaufenthalte kommen häufig vor. Übernachtungen werden jedoch selten gerichtlich angeordnet, wenn der Sorgeberechtigte sie vehement ablehnt.

Anderen Umgangsberechtigten wird meist nur ein zeitlich wesentlich enger begrenztes Umgangsrecht eingeräumt, Großeltern z.B. oft nur zwei Stunden im Monat.

Die Befugnis nach § 1684 III BGB erlaubt dem Gericht jedoch nur die *nähere Ausgestaltung* des *inhaltlich uneingeschränkten* Umgangsrechtes. Echte Einschränkungen (wie z.B. ein Telefonverbot oder die Anordnung begleiteten Umgangs) kommen nur unter den Voraussetzungen des § 1684 IV BGB in Frage.

Leitlinie der Entscheidung ist das Kindeswohl (§ 1697a BGB). Zum Kindeswohl gehört aber definitionsgemäß regelmäßig der Umgang mit beiden Eltern und mit anderen Bezugspersonen (§ 1626 III BGB), so daß er *im Zweifel* sicherzustellen ist.

Das **gerichtliche Vermittlungsverfahren** nach § 52a FGG setzt eine vollstreckbare gerichtliche Anordnung über den Umgang schon voraus. Es ist nicht für Fälle gedacht, in denen es an einer Regelung noch überhaupt fehlt.

3. Durchsetzung und Grenzen des Umgangsrechts

Seine Grenzen findet das Umgangsrecht in der Praxis häufig, wenn es gegen Widerstände durchgesetzt werden muß. Hier sitzt derjenige, bei dem sich das Kind ständig aufhält, letzten Endes am längeren Hebel. Erst in allerjüngster Zeit lassen die Gerichte Tendenzen erkennen, die „Umgangsfreundlichkeit“ schon bei der Entscheidung über die elterliche Sorge zu berücksichtigen, so daß im Streitfall *ceteris paribus* demjenigen Elternteil die Sorge übertragen wird, von dem eine reibungslose Gewährleistung des Umgangs eher zu erwarten ist.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Regelung in § 52a III 2 FGG, wonach das Familiengericht offenbar sogar die Drohung mit einer Maßnahme nach §§ 1666, 1666a BGB zur Förderung des Umgangs verwenden soll. Scheitert ein gerichtliche Vermittlungsverfahren, muß das Familiengericht nach § 52a V 2 FGG solche Maßnahmen „prüfen“. Ob hier eine echte Trendwende der Rechtsprechung bevorsteht, bleibt abzuwarten. In anderen Ländern sind Entscheidungen, durch die umgangsblockierenden Elternteilen die Sorge entzogen wird, durchaus nicht unüblich.

Gerichtliche Entscheidungen über die Ausgestaltung des Umgangsrechts sind im Prinzip vollstreckbar, wobei vor der Vollstreckung zunächst ein Vermittlungsverfahren nach § 52a FGG stattfindet.

Das Gericht erläßt nach § 33 I FGG **Zwangsgeld** gegen eine Person, die sich einer aus der Entscheidung folgenden Verpflichtung widersetzt. Auch kann das Gericht im Extremfall die

Herausgabe des Kindes an den Umgangsberechtigten anordnen, zu deren Durchsetzung es außer dem Zwangsgeld auch **Zwangshaft** und die Anwendung von **Unmittelbarem Zwang** (§ 33 II 1 FGG) anordnen kann. Im Unterschied zur Vollstreckung an sich steht allerdings die Gewaltanwendung immer im *Ermessen* des Gerichts. Gewaltanwendung gegen das Kind darf nicht angeordnet werden (§ 33 II 2 FGG).

Die Haltung der Gerichte geht allerdings dahin, von den Möglichkeit des § 33 II 1 FGG zur Durchsetzung „nur“ des Umgangs in der Regel gar keinen Gebrauch machen. Aber auch ohne die Anwendung von § 33 II FGG kann die fortwährende Anwendung von Zwangsmitteln gegen den widerstrebenden Elternteil das Kindeswohl beeinträchtigen. Früher konnte das Gericht dem nur durch Entziehung des Umgangsrechts begegnen. Diese Regelung wurde als ungerecht empfunden, denn so wurde oft der eine Teil mit dem Entzug eines Rechts dafür „bestraft“, daß der andere Teil sich rechtswidrig verhalten (nämlich gegen das Rücksichtnahmegebot verstoßen) hatte.

Heute läßt § 1684 IV 1 BGB eine Zwischenlösung zu: Das Gericht kann, wenn das Kindeswohl es erfordert, den *Vollzug* einer früheren gerichtlichen Entscheidung aussetzen oder einschränken, auch ohne die Entscheidung als solche aufzuheben und damit das Umgangsrecht zu entziehen. Das wird solchen Situation eher gerecht.

Das *Umgangsrecht selbst* kann nach § 1684 IV 1 BGB ebenfalls **eingeschränkt oder ausgeschlossen** werden, wenn das Kindeswohl es erfordert. Daher muß genau unterschieden werden:

- Ist es der *Umgang*, der das Kindeswohl beeinträchtigt, muß *dieser* ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.
- Sind es dagegen nur die *Vollzugsmaßnahmen* gegen den Elternteil, bei dem das Kind lebt, die das Kindeswohl beeinträchtigen, so darf auch *nur der Vollzug* der früheren Entscheidung eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.

§ 1684 IV 2 BGB stellt eine **zusätzliche Grenze** auf: Das Umgangsrecht darf *auf längere Zeit* oder gar *dauernd* nur ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, wenn der Umgang das Kindeswohl gefährdet. Das ist anhand der zu § 1666 I BGB entwickelten Formel zu prüfen. Diese Voraussetzungen werden selten vorliegen, auf § 1684 IV 1 BGB gestützte Maßnahmen müssen also in der Regel zeitlich eng befristet werden.

All das gilt dem Gesetzeswortlaut nach kraft Verweisung in § 1685 III BGB auch für den Umgang mit **anderen Umgangsberechtigten** als den Eltern. Das ist allerdings mißverständlich. Denn deren Umgangsrecht hängt ja schon *in seinem Bestand* davon ab, daß es dem Kindeswohl dient. Es *fällt ersatzlos weg*, wenn das Kindeswohl dem Umgang entgegensteht. Für einen Ausschluß oder die Einschränkung des *Umgangsrechts* nach §§ 1685 III, 1684 IV 1 BGB dürfte daneben kein Raum sein.

Denkbar ist aber die Einschränkung oder der Ausschluß des *Vollzugs* einer Umgangsentscheidung nach §§ 1685 III, 1684 IV 1 BGB, wenn der Umgang an sich dem Kindeswohl dienen, Vollstreckungsmaßnahmen es aber beeinträchtigen würden.

An eine endgültige Grenze stößt das Umgangsrecht aber immer, wenn das *Kind* den Umgang ernsthaft und eindeutig ablehnt. Zwar muß der Elternteil, bei dem es lebt, nach § 1684 II BGB auf das Kind dahin erzieherisch einwirken, daß es den Umgang zuläßt. Mehr als solche Bemühungen - die ggf. nach § 1684 III BGB vollstreckbar angeordnet werden können - schuldet er aber nicht.

Das Kind selbst darf zum Umgang weder mit Gewalt (so jetzt ausdrücklich § 33 II

2 FGG) noch mit anderen Zwangsmitteln gezwungen werden, weil es zum Umgang nur berechtigt, nicht verpflichtet ist.

VII. Auskunft

Auch das Recht, Auskunft über das Kind zu verlangen, gehört zu den durch Art. 6 II 1 GG geschützten Rechten. Es handelt sich dabei um einen besonders wichtigen, *allerinnersten Kernbereich* des Elternrechts. Denn nichts ist für Eltern schlimmer als völlige Ungewißheit über das Schicksal ihrer Kinder.

Die gesetzliche Regelung des Auskunftsrechts trägt dem nicht ausreichend Rechnung. Sie ist daher verfassungskonform zu erweitern.

A. Auskunft vom anderen Elternteil

Nach § 1686 S. 1 BGB hat jeder Elternteil **Anspruch auf Auskunft** über die persönlichen Verhältnisse des Kindes gegen den anderen Elternteil. Verweigert dieser die Auskunft, kann sie beim Familiengericht geltend gemacht werden (§ 1686 S. 2 BGB). Das Familiengericht ordnet dann die Auskunftserteilung an und vollstreckt seine Anordnung durch Festsetzung von Zwangsgeld (§ 33 I FGG).

Der Anspruch auf Auskunft setzt ein **berechtigtes Interesse** voraus. Der Auskunft verlangende Elternteil braucht ein solches berechtigtes Interesse aber nicht besonders darzulegen, da es sich in der Regel schon aus dem Eltern-Kind-Verhältnis ergibt. Es muß vielmehr begründet werden, warum es im Einzelfall fehlt. Das kann der Fall sein, wenn

- sich die gewünschte Auskunft auf absolute Banalitäten bezieht,
- die sinnlose Wiederholung schon gegebener Informationen verlangt wird,
- der Elternteil sich die Informationen ohne Mühe anderweitig beschaffen kann, oder
- ein echtes Interesse am Kind nicht besteht und das Auskunftsverlangen nur zur Schikanie des anderen Elternteiles eingesetzt wird.

Sonst darf die Auskunft nur verweigert werden, wenn sie dem Wohl des Kindes widerspricht. Das ist im Lichte von Art. 6 II 1 GG so auszulegen, daß es eine **Gefährdung des Kindeswohls** im Sinne der zu § 1666 I BGB entwickelten Formel voraussetzt.

Der Anspruch scheidet freilich immer dann, wenn dem anderen Elternteil die gewünschten Informationen nicht zur Verfügung stehen (*impossibilium nul est obligatio* - siehe auch § 275 I BGB). Er scheidet aber nicht schon daran, daß das Kind in einem Heim oder in einer Pflegefamilie lebt, soweit sich der Sorgeberechtigte kraft seines Sorgerechts von diesen Stellen die gewünschten Informationen beschaffen kann.

B. Auskunft von anderen Personen

Nach dem Wortlaut des Gesetzes besteht für die Eltern keine Möglichkeit, andere Personen als sich gegenseitig auf Auskunft über das Kind in Anspruch zu nehmen. Das kann entscheidend zu kurz greifen.

Vor dem KindRG stand das Auskunftsrecht jedem Elternteil **gegen den Sorgeberechtigten** zu. Es ist nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber mit dem KindRG die Rechtsposition von Eltern gegenüber Vormündern und Pflegern wirklich schwächen wollte. Deshalb ist davon auszugehen, daß hier eine unbeabsichtigte Gesetzeslücke vorliegt. § 1686 BGB gilt daher im Verhältnis der Eltern zu anderen Sorgeberechtigten analog, und zwar mit den gleichen Ein-

schränkungen wie gegen einem Elternteil.