

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1741, 1766a; AdVermiG § 9a Stiefkindadoption eines minderjährigen Kindes; zwingende vorherige Beratung der Beteiligten durch die Adoptionsvermittlungsstelle

I. Sachverhalt

M und F sind verheiratet. Für F ist es die zweite Ehe. Aus erster Ehe hat F das minderjährige Kind K, das nunmehr im Wege der Stiefkindadoption von M als Kind angenommen werden soll (vgl. §§ 1741 ff. BGB).

Der Adoptionsantrag und alle erforderlichen Einwilligungen wurden notariell beurkundet. Der Notar schickt die Unterlagen an das für die Adoption zuständige Familiengericht. Wenige Tage später werden die Unterlagen vom Gericht zurückgesandt mit der Bemerkung, die Beteiligten müssten zwingend vor der Beurkundung zur Adoptionsvermittlungsstelle, um sich dort beraten zu lassen.

II. Fragen

1. Besteht eine Beratungspflicht der Beteiligten?
2. Wenn ja, können die Adoptionsunterlagen nach der Beratung erneut beim Gericht eingereicht werden, oder sind sie neu zu beurkunden?
3. Wie wäre die Rechtslage,
 - a) wenn es sich um eine Stiefkindadoption innerhalb einer gleichgeschlechtlichen Ehe/Lebenspartnerschaft handeln würde?
 - b) wenn das anzunehmende Kind bereits volljährig wäre?
 - c) wenn die „Stiefkindadoption“ des minderjährigen Kindes durch M erst nach dem Tod der leiblichen Mutter F erfolgen würde?

III. Zur Rechtslage

1. Erforderlichkeit einer vorherigen Beratung der Beteiligten im Falle einer Stiefkindadoption

a) Rechtsgrundlage

Zum 1.4.2021 ist das **Adoptionshilfe-Gesetz** („Gesetz zur Verbesserung der Hilfen für Familien bei Adoption“) in Kraft getreten (BGBl. I, 2021, S. 226). Ziel des Gesetzes ist es, das Gelingen von Adoptionen im Interesse

der beteiligten Personen zu fördern und damit zuvörderst dem Kindeswohl zu dienen (BR-Drucks. 575/19, S. 23). Zur Erreichung dieses Ziels wurde die Beratung im Vorfeld von Adoptionen gestärkt. Betroffen hiervon sind auch Stiefkindadoptionen: Das Gesetz hat in **§ 9a Abs. 1 Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG)** eine **Verpflichtung der Beteiligten** eingeführt, sich vor Abgabe ihrer notwendigen Erklärungen und Anträge für eine Stiefkindadoption eines Minderjährigen bei einer Adoptionsvermittlungsstelle **beraten zu lassen** (eingehend hierzu Bernauer, notar 2021, 79 ff.).

Gesetzgeberischer Hintergrund ist, dass Stiefkindadoptionen – obwohl in der Praxis überaus zahlreich – oftmals nicht unproblematisch sind. Denn diese erfolgen in nicht wenigen Fällen dem Ehepartner zuliebe, die Pflicht zur Übernahme lebenslanger elterlicher Verantwortung für das Kind wird häufig nicht realisiert (Müller-Engels, in: Müller-Engels/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2020, Rn. 78; Frank, StAZ 2010, 324, 325 f.). Durch die Einführung der Beratungspflicht soll nun sichergestellt werden, dass die Beteiligten schon vor der Stellung des Adoptionsantrags eine **bewusste und reflektierte Entscheidung** auf der Grundlage aller relevanten Informationen treffen können (vgl. Reinhardt, Adoptionsvermittlungsgesetz, 9. Online-Auflage 2021, § 9a Rn. 2).

Die zwingende vorherige Beratung der Beteiligten im Rahmen einer Stiefkindadoption hat bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zahlreiche **Kritik** ausgelöst, u. a. von Seiten der Lesben- und Schwulenverbände (vgl. dazu noch unten 3.a). Aus notarieller Sicht lässt sich v. a. kritisieren, dass das Gesetz durch die Verpflichtung zur **notariellen Beurkundung** der im Rahmen des Adoptionsverfahrens erforderlichen Anträge und Einwilligungserklärungen bereits *de lege lata* eine Beratung vorsieht, wobei sich die Beratungen durch Notar und Adoptionsvermittlungsstelle auch noch zumindest partiell inhaltlich decken (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 80). Nicht unkritisch ist auch der Zeitpunkt, zu dem die Beratung erfolgen muss (vgl. dazu noch unten 2).

b) Personenkreis

Der **Personenkreis**, der der Beratungspflicht unterworfen ist, ergibt sich aus § 9a Abs. 1 AdVermiG: Beratungspflichtig sind der abgebende, der annehmende Elternteil und der Ehegatte des annehmenden Elternteils (bzw. im Falle des § 1766a BGB der nichteheliche Lebensgefährte, vgl. § 9a Abs. 5 AdVermiG) sowie das Kind gem. § 8 SGB VIII.

Beratungspflichtig ist wohl auch ein Vaterschaftsprätendent, also eine Person, die noch nicht als Vater fest-

gestellt ist, aber eine Vaterschaft geltend macht, wohl nicht aber ein anonym Samenspender (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 81 f.).

c) Ausnahmefälle

Abs. 3 der Vorschrift normiert **Ausnahmefälle**, in denen eine Beratung entbehrlich ist. Die in Abs. 3 geregelten Fälle beziehen sich – zusammengefasst – auf den abgebenden Elternteil. Nach dieser Bestimmung ist die Beratung eines Elternteils **nicht** erforderlich, wenn

- er zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande ist,
- sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist,
- seine Einwilligung nach § 1748 BGB ersetzt wird oder
- es sich um den abgebenden Elternteil handelt und dieser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat.

d) Inhalt der Beratung

Der Inhalt der vorzunehmenden Beratung ist beispielhaft in § 9 AdVermiG beschrieben und umfasst v. a. die **psychosozialen Auswirkungen der Adoption**, die Aufklärung über die Bedeutung der Kenntnis des Kindes von seiner Herkunft, die Information über Hilfsangebote, den Ablauf des Adoptionsverfahrens und dessen Rechtsfolgen (Bernauer, notar 2021, 79, 82). Der Beratungsinhalt wird in der Praxis eher **individuell** am Beratungsbedarf der jeweiligen Beteiligten auszurichten sein.

In Bezug auf die Adoptionsbeteiligten bleibt zu bemerken, dass sich die gesetzliche Verpflichtung auf die Inanspruchnahme der Beratung beschränkt. Es besteht keine aktive Mitwirkungsverpflichtung, d. h. die Beteiligten können den Beratungstermin auch einfach „über sich ergehen lassen“. Die beratende Adoptionsvermittlungsstelle kann jedoch das Verhalten der Beteiligten und auch ein etwaiges Desinteresse im Rahmen der von ihr zu erstellenden fachlichen Äußerung nach § 189 Abs. 2 FamFG würdigen (Bernauer, notar 2021, 79, 82). Hierdurch können solche Umstände zur Kenntnis des Familiengerichts gebracht werden, das anschließend über die Begründetheit des Adoptionsantrages entscheidet.

e) Nachweis der Beratung

Die Adoptionsvermittlungsstelle hat nach § 9a Abs. 2 AdVermiG über die erfolgte Beratung eine **Bescheinigung** auszustellen. Hierbei wird es sich in der Regel um eine schriftliche Bescheinigung handeln. Eine bestimmte Form ist allerdings hierfür nicht vorgeschrieben; ggf. könnte diese auch nur per Fax oder elektronisch erteilt werden (vgl. § 9 SGB X; Reinhardt, § 9a Rn. 17).

Die Beratungsbescheinigung muss **dem Familiengericht gem. § 196a FamFG vorgelegt** werden; andern-

falls ist der Adoptionsantrag als **unbegründet** zurückzuweisen.

f) Ergebnis

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt handelt es sich hier um die Stiefkindadoption eines minderjährigen Kindes der Ehefrau. Für eine Stiefkindadoption eines Minderjährigen gilt seit dem 1.4.2021 § 9a Abs. 1 AdVermiG, so dass sich die Beteiligten (Stiefvater, Mutter, leiblicher Vater, Kind) vor Beurkundung des Adoptionsantrags und der Einwilligungen von der Adoptionsvermittlungsstelle beraten lassen müssen.

2. Nachholung der Beratung

Der Gesetzeswortlaut ist, was den Zeitpunkt der Beratung anbelangt, auf den ersten Blick eindeutig. Die verpflichtende Beratung hat nach § 9a Abs. 1 AdVermiG **vor Abgabe der notwendigen Erklärungen und Anträge zur Adoption** zu erfolgen.

Der Gesetzeswortlaut wird in der bislang **vorliegenden Literatur** einhellig dahin gehend verstanden, dass die Beratung **vor der notariellen Beurkundung** des **Antrags** bzw. der **Einwilligungen** zu erfolgen habe (Reinhardt, § 9a Rn. 11; Bernauer, notar 2021, 79, 80; BeckOGK-BGB/Löhnig, Stand: 1.4.2021, § 9a AdVermiG Rn. 9; vgl. auch Botthof, NJW 2021, 1127, 1129).

Ein Teil der Literatur hält dies auch für **zwingend** (vgl. Raude, notar 2021, 351, 359; BeckOGK-AdVermiG/Löhnig, § 9a Rn. 9). So führt etwa *Löhnig* aus, die Beratung habe vor Abgabe der Einwilligung von Kind und Eltern des Kindes sowie des Adoptionsantrags stattzufinden, weil sie ansonsten zur **bloßen Formalität** würden. Auch die **Familiengerichte** gehen – soweit uns bislang bekannt wurde – davon aus, dass Beratungsbescheinigungen nicht nachgereicht werden können, wenn die Beratung erst nachträglich erfolgt.

Es gibt aber auch Stimmen in der Literatur, die eine Nachholung der Beratung und Nachreichung des Beratungsnachweises für zulässig halten. So führt beispielsweise *Reinhardt* (§ 9a Rn. 17) aus, dass der Umstand, dass die Beratung erst **nach der Abgabe** der notariellen Einwilligung bzw. der Stellung des notariellen Adoptionsantrags stattgefunden habe, ebenso wenig ein Adoptionshindernis darstelle wie die Beratung durch eine örtlich unzuständige Vermittlungsstelle. Aus seiner Sicht sei daher auch nicht erforderlich, das Beratungsdatum in die Bescheinigung aufzunehmen (Reinhardt, § 9a Rn. 17).

Auch *Bernauer* (notar 2021, 79, 80, 83) hält ein **Nachreichen der Beratungsbescheinigung** für zulässig. Er begründet dies damit, dass sich mit einer nach der Beurkundung erfolgenden Beratung der Beteiligten das gesetzgeberische Ziel ebenso gut erreichen lasse und die Beratung nicht Voraussetzung für Zulässigkeit des Antrags, sondern für dessen Begründetheit darstelle, wofür die Umstände zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts maßgeblich seien (vgl. § 196a FamFG). Hierfür lässt sich ferner anführen, dass die gesetzgeberische Entscheidung, eine Beratungspflicht vor der notariellen Beurkundung festzuschreiben, ohnehin kritisch gesehen werden müsse, da dies Probleme namentlich in zeitkritischen Fällen, etwa dem eines Adoptionsantrags „am Sterbebett“ (vgl. § 1753 Abs. 2 BGB), verursache (Bernauer, notar 2021, 79, 80).

Aus unserer Sicht dürfte dem Schutzzweck der Norm zumindest dann Genüge getan sein, wenn die Beratung zwar nach Beurkundung der Erklärungen, aber **vor Einreichung des Antrages bzw. der Einwilligungen beim Familiengericht** erfolgt. Denn auch dadurch wäre sichergestellt, dass die Beteiligten vor der Stellung des Adoptionsantrags eine **bewusste und reflektierte Entscheidung** auf der Grundlage aller relevanten Informationen treffen können (vgl. dazu oben 1.a). Auch der Wortlaut der Norm steht einer solchen Auslegung u. E. nicht entgegen. Denn letztlich sind die Erklärungen erst zu diesem Zeitpunkt **gegenüber dem Familiengericht** als dem maßgeblichen Erklärungsempfänger „**abgegeben**“ (vgl. zum Charakter des Antrags als „amtsempfangsbedürftiger Willenserklärung“ BeckOGK-BGB/Löhnig, Std.: 1.1.2022, § 1752 Rn. 5). Eine solche Auslegung der Norm würde es zumindest ermöglichen, in einem Fall wie dem hier vorliegenden den betreffenden Antrag bzw. die Einwilligungen (erneut) einzureichen, nachdem die Beratung erfolgt ist und damit eine etwaige Neubeurkundung entbehrlich machen, ohne dass der Schutzzweck der Norm umgangen wäre.

Zusammenfassend betrachtet ist die Rechtslage aber, was die Nachholung der Beratung anbelangt, unsicher, zumal Rechtsprechung noch nicht vorliegt. Daher empfiehlt es sich in der notariellen Praxis, die vom Gesetz vorgezeichneten Abläufe einzuhalten und die Beteiligten sicherheitshalber bereits **vor der Beurkundung des Antrags bzw. der Einwilligungen** zur (vorherigen) Beratung bei der Adoptionsvermittlungsstelle zu schicken.

In diesem Zusammenhang kommt es immer auf **den jeweiligen Beteiligten** an, der seine Erklärung notariell beurkunden lassen will (Bernauer, notar 2021, 79, 83). Sofern es zur getrennten Beurkundung von Adoptions-

antrag und Einwilligungserklärungen kommt, müssen folglich nicht bei der ersten Beurkundung bereits die Beratungen sämtlicher weiterer Personen erfolgt sein (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 83).

Was den **Nachweis** der vorherigen Beratung anbelangt, so wird sich der Notar regelmäßig den Beratungsschein nach § 9a Abs. 2 AdVermiG vorlegen lassen und diesen bei Gericht einreichen; der Notar kann sich aber auch von den Beteiligten versichern lassen, eine Beratung in Anspruch genommen zu haben (Bernauer, notar 2021, 79, 82 mit Formulierungsmuster). Der Umstand, dass die Beratung durch die Adoptionsvermittlungsstelle tatsächlich stattgefunden hat, ist dagegen vom Gericht, nicht vom Notar, zu prüfen.

3. Rechtslage bei den Fallalternativen

a) Beratungspflicht bei gleichgeschlechtlichen Ehen/Lebenspartnerschaften

Die Einführung einer zwingenden Beratungspflicht der Beteiligten im Rahmen einer geplanten Stiefkindadoption war im Gesetzgebungsverfahren äußerst umstritten. Kritik an der Regelung kam v. a. von Seiten der Lesben- und Schwulenverbände, die eine diskriminierende Verschärfung der Anforderungen an die Stiefkindadoption insbesondere bei **lesbischen Paaren** reklamierten (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 80 m. w. N.). Denn nach derzeitiger Rechtslage haben lesbische Paare nur die Möglichkeit, eine „Mit-Mutterschaft“ der Partnerin durch Stiefkindadoption zu begründen, nachdem eine statusrechtliche Zuordnung entsprechend § 1592 Nr. 1 BGB (BGH NJW 2019, 153 = DNotI-Report 2018, 166) oder durch „Mutterschaftsanerkennung“ ausscheidet.

So wurde am Ende des Gesetzgebungsverfahrens durch den **Vermittlungsausschuss** die Beratungspflicht eingeschränkt (vgl. BT-Drucks. 19/25163). Es wurde in den Paragraphen § 9a AdVermiG dessen Abs. 4 S. 1 neu aufgenommen, wonach eine Beratungspflicht nach Abs. 1 nicht besteht, wenn der annehmende Elternteil **zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit dem Elternteil des Kindes verheiratet** ist. Entsprechendes gilt nach Abs. 5 der Vorschrift in den Fällen des § 1766a BGB, d. h. bei nichtehelichen Lebensgefährten unter den dort niedergelegten Voraussetzungen. Eine Beratungspflicht besteht daher im Ergebnis nicht bei allen Stiefkind-Adoptionen, bei denen der Elternteil und der annehmende Elternteil im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet sind bzw. in einer verfestigten Lebensgemeinschaft i. S. v. § 1766a BGB leben.

Eine Ausnahme gilt in den vorgenannten Fällen nach S. 2 der Vorschrift für den annehmenden und den ver-

bleibenden Elternteil allerdings, wenn das Kind im Ausland geboren wurde und der abgebende Elternteil seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat.

b) Volljährigenadoption

Für die notarielle Praxis ist besonders wichtig, dass eine Beratungspflicht nur bei Stiefkindadoptionen von Minderjährigen, **nie bei Volljährigenadoptionen** i. S. d. §§ 1767 ff. BGB besteht (Bernauer, notar 2021, 79, 81). Dies gilt selbst dann, wenn die Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption (vgl. § 1772 BGB) erfolgen soll. Dies folgt daraus, dass sich der Anwendungsbereich des **Adoptionsvermittlungsgesetzes** auf die **Adoption Minderjähriger** beschränkt, wie sich auch aus § 1 S. 1 AdVermiG ergibt (Bernauer, notar 2021, 79, 81; Keuter, NZFam 2021, 49, 50).

c) „Stiefkindadoption“ nach dem Tod des leiblichen Elternteils

Ob der in Frage 3.c) genannte Fall des **Vorversterbens** der Ehefrau (die zugleich Mutter des minderjährigen anzunehmenden Kindes ist) auch einen Ausnahmefall darstellt, bei dem eine Beratungspflicht des Annehmenden entfällt, ist zweifelhaft. Eine ausdrückliche Stellungnahme in Rspr. oder Lit. liegt hierzu bislang leider nicht vor.

Aus unserer Sicht dürfte § 9a Abs. 1 AdVermiG bereits deswegen keine Anwendung finden, da nach dem Tod der Kindesmutter **kein echter Fall einer Stiefkindadoption** (Annahme des Kindes des Ehegatten) mehr vorliegt. Denn das Gesetz definiert die Stiefkindadoption als Annahme des Kindes des Ehegatten (vgl. § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB). Ist der Ehegatte bereits verstorben, ist hierdurch die **Ehe aufgelöst**. Es liegt also streng genommen keine Stiefkindadoption mehr vor, sondern eine Einzelannahme nach § 1741 Abs. 2 S. 1 BGB (BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1741 Rn. 79; vgl. auch MünchKommBGB/Maurer, 8. Aufl. 2020, § 1741 Rn. 23: „Die Stiefkindadoption, bei der ein Ehegatte das Kind des anderen Ehegatten annimmt, setzt eine wirksame Ehe zwischen dem Elternteil des Kindes und dem Annehmenden voraus [Abs. 2 S. 3].“).

Im Hinblick darauf, dass die Nichtdurchführung einer erforderlichen Beratung ein **Adoptionshindernis** darstellt (vgl. Reinhardt, § 9a AdVermiG Rn. 17), könnte es sich angesichts des Fehlens ausdrücklicher Rechtsprechung und Literatur empfehlen, in einem solchen Fall mit der Adoptionsvermittlungsstelle bzw. dem Familiengericht Rücksprache zu halten.