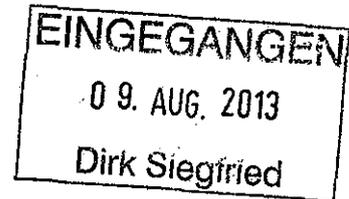


Ausfertigung

Der Beschluss wurde am 2. August 2013
der Geschäftsstelle übergeben und damit
erlassen i. S. d. § 38 Abs. 3 FamFG.

Prewitz
Justizbeschäftigte als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle des Kammergerichts



Kammergericht

Beschluss

Geschäftsnummer: 19 UF 17/13
140 F 4500/11 Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg

30.07.2013

In der Familiensache

betreffend das minderjährige Kind
geboren am

weitere Beteiligten:

1. der Frau

Anzunehmende,

Verfahrensbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Dirk Siegfried,
Keithstraße 2 - 4, 10787 Berlin,

Annehmende und Beschwerdefüh-
rerin,

2. der Frau

Mutter der Anzunehmenden,

hat der 19. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin als Senat für Familiensachen durch die Vorsitzende Richterin am Kammergericht Tucholski und die Richter am Kammergericht Hartung und Dr. Zivier am 30.07.2013 **beschlossen**:

1. Die Beschwerde der Annehmenden gegen den Beschluss des Amtsgerichts Tempelhof-Kreuzberg vom 25.01.2013 – 140 F 4500/11 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.
3. Der Verfahrenswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 3.000 EUR festgesetzt.

Gründe

A. Die Annehmende ist die eingetragene Lebenspartnerin der Mutter der Anzunehmenden.

Die Zeugung der Anzunehmenden ist nach den übereinstimmenden Angaben der Annehmenden und der Mutter mithilfe einer privaten Samenspende erfolgt. Die Annehmende und die Mutter haben die Einwilligung des biologischen Vaters zur Annahme trotz einer entsprechenden Auflage des Familiengerichts vom 16.02.2011 nicht vorgelegt und seine Identität nicht aufgedeckt. Dazu haben sie vorgetragen, sie hätten dem Samenspender, der mit der Annahme einverstanden sei, auf dessen Wunsch zugesichert, ihn im Annahmeverfahren nicht zu benennen. Daran fühlten sie sich gebunden.

Das Familiengericht hat den Adoptionsantrag durch Beschluss vom 25.01.2013 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Einwilligung des leiblichen Vaters gemäß §§ 1747 Abs. 1, 1750 BGB nicht vorliege. Wegen der tatsächlichen Feststellungen und den Einzelheiten der Begründung wird auf den Beschluss Bezug genommen.

Die Annehmende hat gegen die ihr am 29.01.2013 zugestellte Entscheidung am 14.02.2013 Beschwerde eingelegt. Sie ist der Auffassung, der biologische Vater der Anzunehmenden sei nicht als zustimmungsberechtigter Vater im Sinne der §§ 1747 Abs. 1 Satz 2, 1600d Abs. 2 Satz 1 BGB anzusehen, weil er der Mutter nicht beigewohnt habe. Da der Begriff der Beiwohnung eindeutig sei, könnten diese Vorschriften mangels planwidriger Regelungslücke nicht analog angewendet werden. Auch die Gesetzesmaterialien zu § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB, in dem der Begriff der Bei-

ordnung ebenfalls enthalten sei, sprächen gegen eine entsprechende Anwendung. Die Weigerung der Annehmenden und der Mutter, die Identität des Samenspenders preiszugeben, sei zudem hinzunehmen. Neben der Dankbarkeit und dem Respekt gegenüber dem Samenspender erfolge diese insbesondere, um eine spätere Kontaktaufnahme des Kindes zum biologischen Vater nicht dadurch zu gefährden, dass dessen ausdrücklicher Wunsch auf Anonymität missachtet werde. Jedenfalls sei das Zustimmungserfordernis aufgrund der Weigerung der Mutter, die Identität zu nennen, gemäß § 1747 Abs. 4 BGB entfallen.

Die angefochtene Entscheidung verstoße im Übrigen gegen Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 GG, weil sie die Annehmende gegenüber einem Mann, der nicht biologischer Vater eines Kindes sei und dessen rechtliche Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 1 oder § 1592 Nr. 2 BGB erlangen könne, unangemessen benachteilige. Auch wenn es verfassungsrechtlich zulässig sei, die Beteiligten auf ein Adoptionsverfahren zu verweisen, dürfe das Verfahren der Stiefkindadoption eingetragener Lebenspartnerinnen jedenfalls nicht mit Hürden versehen werden, die bei verschiedengeschlechtlichen Partnern nicht bestünden. Darüber hinaus sei das Recht der Anzunehmenden aus Art. 6 Abs. 5 GG verletzt.

Schließlich folge aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.05.2013 - XII ZR 49/11 - nicht, dass der biologische Vater der Anzunehmenden der Annahme zustimmen müsse. Der Bundesgerichtshof stütze seine Entscheidung im Wesentlichen auf den Schutz des Rechts des leiblichen Vaters, die Stellung als Vater des Kindes einnehmen zu können. Im vorliegenden Fall wolle der Vater diese Rechtsstellung aber gerade nicht erlangen und nicht am Adoptionsverfahren beteiligt werden. Es liege im Gegensatz zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt auch kein Fall vor, in dem ein Dritter die Möglichkeit der Vaterschaftsanerkennung missbraucht habe. Die Zeugung mithilfe einer privaten Samenspende sei zudem als konsentrierte heterologe Insemination im Sinne des § 1600 Abs. 5 BGB anzusehen. Der einzige Unterschied bestehe darin, dass nicht „der Mann“ sondern die Lebensgefährtin der Annehmenden eingewilligt habe. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft und der Gleichbehandlung der Geschlechter könne dieser Unterschied aber nicht maßgeblich sein. Ferner habe der Bundesgerichtshof in der Entscheidung darauf hingewiesen, dass das dortige Verfahren keine Stiefkindadoption zum Gegenstand hatte. Dazu habe er ausgeführt, die Frage, ob der Samenspender mit der Adoption einverstanden sei, sei erst im Adoptionsverfahren im Rahmen der Kindeswohlprüfung zu erörtern. Auf das Erfordernis der Einwilligung nach § 1747 Abs. 1 BGB habe der Bundesgerichtshof demgegenüber nicht hingewiesen.

Der Senat hat die Annehmende und die Mutter am 23.05.2013 persönlich angehört. In dem Termin haben diese an Eides statt versichert, dass der Zeugung eine private Insemination in Anwe-

senheit der Annehmenden zugrunde gelegen habe. Zu den weiteren Einzelheiten der Anhörung wird auf den Anhörungsvermerk vom 23.05.2013 (Bl. 116 ff.) Bezug genommen.

B. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Die Voraussetzungen für die Annahme sind nicht gegeben, da die erforderliche Zustimmung des Vaters nach § 1747 Abs. 1 BGB nicht vorliegt. Ein gesetzlicher Vater im Sinne des § 1592 BGB existiert zwar nicht, jedoch ist der biologische Vater gemäß § 1747 Abs. 1 Satz 2 BGB als zustimmungsberechtigter Vater anzusehen. Nach dieser Rechtsvorschrift ist bei Fehlen eines gesetzlichen Vaters derjenige als Vater anzusehen, der die Voraussetzung des § 1600d Abs. 2 Satz 1 BGB glaubhaft macht. Danach wird im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens auf Feststellung der Vaterschaft als Vater vermutet, wer der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat. Da der Samenspender der Mutter nicht beigewohnt hat, greift § 1600d Abs. 2 Satz 1 BGB nach seinem Wortlaut nicht ein. Die Regelung ist aber entgegen der Auffassung der Annehmenden jedenfalls dann entsprechend anzuwenden, wenn das Kind durch eine Samenspende gezeugt worden ist und der Zeugung – wie hier - keine auf die Vaterschaft eines Dritten als Wunschvater gerichtete Vereinbarung im Sinne von § 1600 Abs. 5 BGB vorausgegangen ist.

I. Der Bundesgerichtshof hat durch Urteil vom 15.05.2013 – XII ZR 49/11 – (juris) entschieden, dass in einem solchen Fall der Samenspender zur Anfechtung der gesetzlichen Vaterschaft gemäß § 1600 Abs. 2 Nr. 2 BGB berechtigt sein kann, obwohl dem Wortlaut nach für die Zulässigkeit eines darauf gerichteten Antrags eine eidesstattliche Versicherung des anfechtenden Mannes, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit „beigewohnt“ zu haben, erforderlich ist. Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, der Begriff der Beiwohnung stehe einer Anfechtung der durch eine Samenspende entstandenen Vaterschaft nicht entgegen. Vielmehr folge aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die Vorschrift auch bei einer ohne Geschlechtsverkehr möglichen leiblichen Vaterschaft des Anfechtenden anzuwenden, wenn der Zeugung des Kindes keine Vereinbarung im Sinne des § 1600 Abs. 5 BGB vorausgegangen sei. Nur so könne der vom Bundesverfassungsgericht in den Entscheidungen vom 09.04.2003 - 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01 – (juris) und vom 13.10.2008 - 1 BvR 1548/03 – (juris) geforderte Zugang des biologischen Vaters zur rechtlichen Vaterschaft ermöglicht werden. Ein in den Gesetzesberatungen verhandelter Ausschluss des Samenspenders von der Anfechtung betreffe nur Fälle der sog. konsentierten heterologen Insemination gemäß § 1600 Abs. 5 BGB. Damit sei ein Gleichlauf der Anfechtungsrechte des biologischen Vaters und der rechtlichen Eltern gewährleistet. In diesem Sinne seien auch die Ausführungen in seinem Urteil vom 26.01.2005 - XII ZR 70/03 – (juris) zu verstehen; soweit diese einen darüber hinausgehenden Inhalt hätten, werde daran nicht festgehalten.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung muss die in der Literatur umstrittene Frage, ob § 1600d Abs. 2 Satz 1 BGB auf den Samenspender analog anzuwenden ist (dafür z. B. Wellenhofer in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 1600d Rn. 98, dagegen z. B. Rauscher in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 1600d Rn. 50 jeweils m.w.N.), für den Fall bejaht werden, dass der Samenspende und Zeugung des Kindes keine Vereinbarung im Sinne von § 1600 Abs. 5 BGB vorausgegangen ist. Die gleiche Auslegung des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB und des § 1600 d Abs. 2 Satz 1 BGB ist insbesondere geboten, weil beide Regelung im Rahmen eines Verfahrens zur Feststellung der Vaterschaft zur Anwendung kommen: Für § 1600d Abs. 2 Satz 1 BGB folgt dies unmittelbar aus der Stellung im Vaterschaftsfeststellungsverfahren; für § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB ergibt sich das aus § 182 Abs. 1 Satz 1 FamFG, wonach ein rechtskräftiger Beschluss, der das Nichtbestehen einer Vaterschaft nach § 1592 BGB infolge der Anfechtung nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB feststellt, zugleich die Feststellung der Vaterschaft des Anfechtenden enthält.

Die Vaterschaftsvermutung nach § 1600d Abs. 2 Satz 1 BGB ist somit auf den biologischen Vater der Anzuehmenden entsprechend anzuwenden. Entgegen der Auffassung der Annehmenden kann auch nicht angenommen werden, dass der vorliegende Fall mit einer konsentierten heterologen Insemination im Sinne des § 1600 Abs. 5 BGB gleichzusetzen ist, für die § 1600d Abs. 2 Satz 1 BGB möglicherweise nicht analog gilt. Auch wenn zwischen dem Vater, der Mutter und ihr eine Adoption des Kindes von vornherein vereinbart war, verbleibt ein maßgeblicher Unterschied deshalb, weil bei einer Vereinbarung im Sinne von § 1600 Abs. 5 BGB eine auf die ausschließliche Vaterschaft eines Dritten gerichtete Abrede besteht, nach der der Dritte, wenn er nicht schon gemäß § 1592 Nr. 1 BGB als Vater gilt, die Vaterschaft anerkennen soll (vgl. BGH, Urteil vom 15.05.2013 – XII ZR 49/11 – Rn. 13 ff., juris). Der Senat kann ohne Beteiligung des biologischen Vaters schon nicht überprüfen, ob es im Zusammenhang mit der privaten Insemination eine solche Vereinbarung gegeben hat; ausgehend hiervon argumentiert die Beschwerde im Sinne eines Zirkelschlusses.

II. Wird die Vaterschaftsvermutung in § 1600d Abs. 2 Satz 1 BGB auf den biologischen Vater der Anzuehmenden analog angewendet, so muss dies konsequenter Weise auch im Rahmen des Adoptionsverfahrens über die Verweisungsvorschrift des § 1747 Abs. 1 Satz 2 BGB gelten. Dementsprechend ist die Einwilligung des biologischen Vaters der Anzuehmenden gemäß § 1747 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlich.

Es ist auch nicht unter Billigkeitsgesichtspunkten geboten, auf das Zustimmungserfordernis zu verzichten. Auch wenn es nachvollziehbar erscheint, dass die Anzunehmende aufgrund einer Absprache mit dem Vater dessen Identität nicht preisgeben will, kann darin kein Grund gesehen werden, von dem gesetzlichen Zustimmungserfordernis abzusehen. Soweit die Mutter und die Annehmende vortragen, dass dadurch dem Kind die Möglichkeit erschwert werden könnte, später auf den Vater zuzugehen, kann dem nicht gefolgt werden. Denn es ist nicht als wahrscheinlich anzusehen, dass der Vater sich diesem Wunsch verschließen würde, bloß weil er im Annahmeverfahren angehört worden ist, zumal der minderjährigen Anzunehmenden bei vernünftiger Betrachtung keine Verantwortung für die adoptionsrechtlichen Regelungen zukommt. Diese Befürchtung stellt deshalb keinen hinreichenden Grund dar, um von dem Zustimmungserfordernis gemäß § 1747 Abs. 1 BGB, durch das das Recht des Vaters auf rechtliches Gehör abgesichert werden soll, abzusehen. Die Beteiligten sind im Übrigen mehrfach – zuletzt mit Schreiben vom 01.07.2013 – darauf hingewiesen worden, dass insbesondere im Hinblick auf die Inanspruchnahme auf Unterhalt eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Durchführung des Annahmeverfahrens auch im Interesse des biologischen Vaters liegen dürfte, da dadurch das Verwandtschaftsverhältnis zur Anzunehmenden gemäß § 1755 Abs. 1 BGB erlöschen würde.

Entgegen der Auffassung der Annehmenden lässt sich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15.05.2013 nicht ableiten, dass eine Adoption der Anzunehmenden ausschließlich am Maßstab des Kindeswohls zu prüfen wäre und § 1747 Abs. 1 BGB außer Betracht bleiben müsste. Vielmehr hat der Bundesgerichtshof die dort streitige Frage der vorherigen Zustimmung des biologischen Vaters zu einer Adoption durch die Lebenspartnerin der Prüfung im Adoptionsverfahren vorbehalten. Wenn darüber hinaus das Kindeswohl zu berücksichtigen ist, mag sich andeuten, dass im Falle der (nachträglichen) Verweigerung der Zustimmung das Kindeswohl die Durchführung der Adoption auch gegen den Willen des biologischen Vaters gebieten kann. Auch diese Prüfung kann jedoch nur stattfinden, wenn der biologische Vater bekannt ist und beteiligt werden kann.

Das Zustimmungserfordernis verstößt auch nicht gegen Art. 3 Abs. 2 oder Art. 3 Abs. 3 GG. Eine Benachteiligung gleichgeschlechtlicher gegenüber verschiedengeschlechtlicher Partnerschaften besteht nicht, da § 1747 Abs. 1 BGB auch eingreift, wenn der Ehemann oder unverheiratete Lebensgefährtin einer Frau deren Kind annehmen will. Dass in diesen Konstellationen auch die Möglichkeit bestehen kann, die rechtliche Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 1 bzw. § 1592 Nr. 2 BGB zu erlangen, stellt ebenfalls keine verfassungswidrige Benachteiligung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften dar. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 02.07.2010 - 1 BvR 666/10 – (juris) festgestellt, dass es nicht gegen Grund- oder Menschenrechte verstößt, § 1592 Nr. 1 BGB nicht auf die eingetragene Lebenspartnerin der Mutter eines Kindes anzuwen-

den. Insbesondere habe die Lebenspartnerin keinen Anspruch auf Gleichbehandlung, weil die dieser Rechtsvorschrift zugrunde liegende Vermutung auf der biologischen Herkunft des Kindes beruhe, die bei Lebenspartnern nicht begründet sei (BVerfG a.a.O. Rn. 30). Entsprechendes muss für die Anerkennung der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 2 BGB gelten. Auch diese Rechtsvorschrift beruht auf der Vermutung, dass der Mann, der die Vaterschaft anerkennt, in der überwiegenden Zahl der Fälle auch der biologische Vater sein wird, wobei im Einzelfall „unrichtige“ und unter den Voraussetzungen des § 1600 BGB anfechtbare Vaterschaften hingenommen werden. Für gleichgeschlechtliche Partnerschaften, bei denen eine biologische Elternschaft der Partnerin der Mutter von vornherein ausgeschlossen ist, kommt eine entsprechende gesetzliche Vermutung demgegenüber nicht in Betracht.

Durch das Zustimmungserfordernis wird das Adoptionsverfahren auch nicht mit unverhältnismäßigen formalen Hürden belastet. Vielmehr erscheint die Regelung erforderlich, um das Recht des biologischen Vaters auf Erlangung der rechtlichen Vaterschaft verfahrensrechtlich abzusichern und sicherzustellen, dass sein Verwandtschaftsverhältnis nicht ohne seine Beteiligung im Sinne von § 1755 Abs. 1 BGB erlischt. Eine gegen Art. 6 Abs. 5 GG verstoßende Benachteiligung nichtehelicher Kinder kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil § 1747 Abs. 1 BGB auch gilt, wenn ein Mann das Kind seiner Ehefrau adoptieren will.

Auch soweit die Annehmende der Auffassung ist, der biologische Vater habe auf sein Zustimmungsrecht wirksam verzichtet, kann dem nicht gefolgt werden. Der Senat hat keine sicheren Erkenntnisse über den behaupteten Verzicht, bevor er den biologischen Vater ordnungsgemäß beteiligt hat. Die Behauptung der übrigen Beteiligten, der Vater sei mit der Annahme einverstanden und wolle am Verfahren nicht beteiligt werden, reicht demgegenüber nicht aus. Denn dies würde dem Sinn und Zweck des § 1747 Abs. 1 Satz 1 BGB widersprechen, wonach die Einwilligung des Vaters nur durch diesen selbst im gerichtlichen Verfahren erklärt werden kann. Vor dem Hintergrund, dass der Zweck dieser Regelung auch darin besteht, das rechtliche Gehör der Eltern im Adoptionsverfahren sicherzustellen, kann nichts anderes für den Verzicht auf das Zustimmungsrecht gelten (anderer Auffassung OLG Dresden, Beschluss vom 28.10.2010 – 21 UF 0443/10, Ablichtung Bl. 95 ff. d. A.).

III. Schließlich ist der leibliche Vater zur Abgabe einer Erklärung nicht dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt, mit der Folge, dass seine Zustimmung gemäß § 1747 Abs. 4 BGB obsolet wäre. Das Familiengericht hat es zu Recht dahinstehen lassen, ob die Weigerung der Mutter, die Identität des Vaters anzugeben in analoger Anwendung dieser Vorschrift das Zustimmungserfordernis wegfallen lässt (so AG Tempelhof-Kreuzberg, Beschluss vom 31.03.2004 – 52 XVI 3/02 – FamRZ 2005, 302 f.). Denn jedenfalls ist auch der Annehmenden die Identität des

Vaters bekannt. Es wäre aber mit dem Recht des biologischen Vaters auf rechtliches Gehör unvereinbar, für die Frage der Kenntnis im Sinne des § 1747 Abs. 4 BGB nur auf das Wissen des Gerichts abzustellen und die Weigerung der Annehmenden, die ihr bekannte Identität zu nennen, hinzunehmen. Zudem hätten es dann die Beteiligten in der Hand, das Zustimmungserfordernis leerlaufen zu lassen (anderer Auffassung im Ergebnis OLG Dresden a.a.O.).

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Die Festsetzung des Verfahrenswertes für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 42 Abs. 3 FamFG.

Die Rechtsbeschwerde wird gemäß § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG zugelassen. Der Senat weicht von der Entscheidung des OLG Dresden vom 28.10.2010 (a.a.O.) ab. Für die Fortbildung des Rechts ist im Anschluss an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15.05.2013 eine höchstgerichtliche Entscheidung der Frage erforderlich, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine Adoption auch ohne Einwilligung des biologischen Vaters erfolgen kann, wenn das Kind im Wege der Samenspende gezeugt wurde und der Zeugung keine Vereinbarung im Sinne des § 1600 Abs. 5 BGB vorausgegangen ist.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten die Rechtsbeschwerde zu.

Diese ist binnen einer Frist von **einem Monat** nach schriftlicher Bekanntgabe des angefochtenen Beschlusses durch Einreichen einer unterschriebenen Rechtsbeschwerdeschrift beim Bundesgerichtshof in 76125 Karlsruhe einzulegen.

Die Beteiligten müssen sich dabei durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich auch durch eigene Beschäftigte und oder Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen, wenn diese Personen die Befähigung zum Richteramt haben.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss den Beschluss bezeichnen, gegen den sich die Rechtsbeschwerde richtet, und die Erklärung beinhalten, dass gegen diesen Beschluss Rechtsbeschwerde eingelegt wird.

Die Rechtsbeschwerde ist binnen **eines Monats** nach schriftlicher Bekanntgabe des angefochtenen Beschlusses zu begründen. Diese Frist kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Rechtsbeschwerdegericht verlängert werden.

Die Begründung muss einen bestimmten Antrag und die im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Rechtsbeschwerdegründe) enthalten. Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht.

Maßgebend für die Wahrung der vorstehend genannten Fristen ist der Eingang des jeweiligen Schriftstückes beim Bundesgerichtshof.

Tucholski

Hartung

Dr. Zivier

Ausgefertigt

Pohl
Pohlschneider
Justizbeschäftigte

