

## GUTACHTEN

**Dokumentnummer:** 14190  
**letzte Aktualisierung:** 25.11.2004

### **Art. 22, 23 EGBGB**

#### **Rumänien: Minderjährigenadoption; Stiefkindadoption**

## **I. Sachverhalt**

Ein deutscher Staatsangehöriger möchte den minderjährigen Sohn (rumänischer Staatsangehörigkeit) seiner Ehefrau (rumänische Staatsangehörige) als Kind annehmen. Geheiratet haben die Eheleute in Deutschland, wo sie auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Die Mutter ist die alleinige Sorgeberechtigte. Der leibliche Vater ist rumänischer Staatsangehöriger und hat dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt.

## **II. Fragen**

1. Ist für die Adoption, einschließlich der Zustimmung des leiblichen Vaters ausschließlich deutsches Recht anwendbar?
2. Sollte nicht ausschließlich deutsches Recht anwendbar sein: Ist eine Minderjährigenadoption zulässig und wenn ja, ist eine von den deutschen Gesetzen abweichende Erklärung bzw. Zustimmung erforderlich?

## **III. Zur Rechtslage**

### **1. Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte (§ 43b FGG)**

Die deutschen Gerichte sind für eine Adoption nach Maßgabe des § 43b Abs. 1 FGG in all den Fällen international zuständig, in denen der Annehmende, einer der annehmenden Ehegatten oder der Anzunehmende die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Gegen die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte bestehen vorliegend demnach keine Bedenken.

### **2. Das auf die Adoption anwendbare Recht**

Die Frage des anwendbaren Rechts beurteilt sich aus deutscher Sicht nach Art. 22, 23 EGBGB.

### a) Adoptionsstatut (Art. 22 EGBGB)

Art. 22 Abs. 1 S. 2 EGBGB beruft für die Adoption durch ein Ehepaar das Recht des Staates, das nach Art. 14 Abs. 1 EGBGB für die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe anwendbar ist. Für die Voraussetzung, insbesondere Altersgrenzen, Probezeit und ähnliches, die Art und Weise des Zustandekommens (Mitwirkungsrechte, Einwilligung, usw.) und teilweise auch die Wirkungen der Adoption gilt demnach vorliegend gem. Art. 22 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB deutsches Recht als das Recht des Staates, in dem die gemischt-nationalen Eheleute ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Damit gelten insbesondere auch die Einwilligungserfordernisse der §§ 1746 ff. BGB bzw. die Ersetzungsmöglichkeit nach § 1748 BGB.

### b) Zustimmungsstatut (Art. 23 EGBGB)

Art. 23 EGBGB bestimmt darüber hinaus, dass die Erforderlichkeit der Zustimmung des Kindes sowie der Person, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht, sich zusätzlich (kumulativ) nach dem Recht des Staates richtet, dem das Kind bzw. der/die Anzunehmende angehört, vorliegend also nach rumänischem Recht. Strittig ist, ob es sich bei der Verweisung durch Art. 23 EGBGB um eine Gesamtverweisung im Sinne vom Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB handelt. (Jayme, Kindesrecht und Rückverweisung im internationalen Adoptionsrecht, IPRax 1989, 157) oder ob es sich um eine Sachnormverweisung handelt (so wohl die h. M., vgl. Palandt/Heldrich, 63. Aufl. 2004, Art. 23 EGBGB Rn. 2; BayObLG FamRZ 1988, 868 =b NJW-RR 1988, 1352; LG Bielefeld FamRZ 1989, 1337, 1938; OLG Stuttgart FamRZ 1990, 559 = IPRax 1990, 332 = NJW-RR 1990, 138). Ungeachtet dieser Streitfrage käme man aber auch bei Beachtung der Kollisionsregeln des rumänischen Rechts zur Anwendbarkeit rumänischen Sachrechts, da Art. 30 rum. IPRG die Voraussetzungen für die Adoption sowohl dem Recht des Annehmenden als auch des Anzunehmenden unterstellt:

#### Art. 30.

Condițiile de fond cerute pentru încheierea adopției sînt stabilite de legea națională a adoptatorului și a celui ce urmează să fie adoptat. Aceștia trebuie să îndeplinească și condițiile care sînt obligatorii pentru ambii, stabilite de fiecare dintre cele două legi naționale arătate.

Condițiile de fond cerute soților care adoptă împreună sînt cele stabilite de legea care cîrmuiește, potrivit art. 20, efectele căsătoriei lor. Aceeași lege se aplică și dacă unul dintre soți adoptă copilul celuilalt.

#### Art. 30

Die Voraussetzungen für die Adoption werden durch das Heimatrecht des Annehmenden und des Anzunehmenden festgelegt. Diese haben die für beide Seiten verbindlichen Voraussetzungen zu erfüllen, so wie sie durch jede der beiden Heimatrechte festgelegt sind.

Die Voraussetzungen für die gemeinsame Adoption durch beide Ehegatten werden durch das Recht festgelegt, das nach Artikel 20 die Wirkungen ihrer Ehe regelt. Dieses Recht wird auch dann angewandt, wenn einer der Ehegatten das Kind des anderen annimmt.

**Art. 31.**

Efectele adopției, precum și relațiile dintre adoptator și adoptat sînt cîrmuite de legea națională a adoptatorului, iar în cazul adopției consimțite de soți este aplicabilă legea prevăzută de art. 20. Aceeași lege cîrmuiește și desfacerea adopției.

**Art. 32.**

Forma adopției este supusă legii statului pe teritoriului căruia ea se încheie.

**Art. 33.**

Nulitatea adopției este supusă, pentru condițiile de fond, legilor prevăzute la art. 30, iar pentru nerespectarea condițiilor de formă, legii prevăzute la art. 32.

**Art. 31**

Die Rechtsfolgen der Adoption sowie das Rechtsverhältnis zwischen Annehmenden und Anzunehmenden unterliegen dem Heimatrecht des Annehmenden; im Fall einer einvernehmlichen Adoption durch die Ehegatten wird das Recht nach Artikel 20 angewendet. Diesem Recht unterliegt auch die Aufhebung der Adoption.

**Art. 32**

Die Form der Adoption unterliegt dem Recht des Staates, in dessen Hoheitsgebiet sie vorgenommen wird.

**Art. 33**

Die Nichtigkeit der Adoption unterliegt bezüglich ihrer Voraussetzungen dem Recht nach Artikel 30; die Nichtbeachtung der Formerfordernisse unterliegt dem Recht nach Artikel 32.

(Übersetzung aus: Riering, IPR-Gesetze in Europa, 1997, S. 142 ff.)

### **3. Zustimmungserfordernisse nach rumänischem Recht**

#### **a) Zustimmung durch leibliche Eltern und anzunehmendes, mindestens 10-jähriges Kind**

Die Adoption ist durch Dringlichkeitsanordnung der Regierung Nr. 25 vom 9.6.1997 neu geregelt worden; das diesbezügliche Kapitel des FamGB wurde damit aufgehoben (Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Rumänien, Stand: 30.1.1999, S. 9). Welche Zustimmungen zu einer Adoption erforderlich sind, regelt Art. 7 der DringAO v. 9.6.1997:

**Art. 7**

(1) Für die Genehmigung der Adoption sind erforderlich:

- a) die in öffentlich beurkundeter Form erteilte Einwilligung der Eltern oder ggf. des Elternteils zur Adoption des Kindes durch eine von dem Ausschuss für den Schutz des Kindes vorgeschlagene Person oder Familie;
- b) die befürwortende Stellungnahme des Ausschusses für den Schutz des Kindes am Wohnsitz des Kindes;
- c) die Einwilligung des Kindes, das das zehnte Lebensjahr vollendet hat;
- d) die Einwilligung der adoptierenden Person oder Familie.

(2) Die in Abs. 1 lit. a vorgesehene Einwilligung ist nicht erforderlich, wenn den Eltern die elterlichen Rechte entzogen, wenn sie entmündigt, wenn sie gerichtlich für tot erklärt worden sind, wenn sie unbekannt oder aus irgendeinem Grund nicht in der Lage sind, ihren Willen zu erklären oder wenn das Verlassen des Kindes durch rechtskräftige Gerichtsentscheidung festgestellt worden ist.

(3) Sind einem Elternteil die elterlichen Rechte entzogen worden oder ist ein Elternteil tot, unbekannt, entmündigt, gerichtlich für tot erklärt worden oder verschollen, so genügt die Einwilligung des anderen Elternteils.

In die Adoption müssen also grundsätzlich die **Eltern des Kindes** und das **Kind selbst** einwilligen, sofern es das zehnte Lebensjahr vollendet hat. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der rumän. Verfassungsgerichtshof mit Entscheidung vom 9.10.2001 Art. 7 Abs. 1 DringAO insoweit für verfassungswidrig erklärt hat, als nach dieser Vorschrift die Einwilligung der leiblichen Eltern zur Adoption auch dann erforderlich ist, wenn das Kind voll geschäftsfähig ist (vgl. Leonhardt, in: Bergmann/Ferid, Rumänien, S. 20 k mit Fn. 42). Insofern besteht ein Zustimmungserfordernis der leiblichen Eltern nur für die Minderjährigenadoption. Die Volljährigkeit tritt nach dem auch aus deutscher Sicht maßgeblichen rumänischen Heimatrecht (das rumänische Recht nimmt gem. Art. 11 ff. IRGG die Verweisung des deutschen Rechts in Art. 7 Abs. 1 S. 1 EGBGB an) mit Vollendung des 18. Lebensjahres ein (vgl. Süß, RpfL 2003, S. 53, 55). Da das Kind vorliegend noch nicht 18 Jahre alt ist, greift also grundsätzlich das Zustimmungserfordernis der leiblichen Eltern ein.

#### **b) Zustimmungserfordernis abhängig von elterlicher Sorge?**

Fraglich ist, ob der leibliche Vater der Adoption auch dann zustimmen muss, wenn ihm – wie hier – das elterliche Sorgerecht nicht mehr zusteht oder ob hier ein Fall des Art. 7 Abs. 3 DringAO vorliegt. Nach Art. 43 des rumänischen ZGB übt der geschiedene Elternteil, dem das Kind anvertraut ist, die elterliche Gewalt über dasselbe aus. Der geschiedene Elternteil, dem das Kind nicht anvertraut ist, behält aber das Recht, mit demselben in persönlicher Verbindung zu stehen und über seinen Unterhalt, seine Erziehung, seinen Unterricht und seine Berufsausbildung zu wachen. Es werden ihm also die elterlichen Rechte nicht insgesamt entzogen. Dies ist vielmehr gem. Art. 109 rum. ZGB nur dann der Fall, wenn die Gesundheit oder körperliche Entwicklung des Kindes durch die Art der Ausübung der elterlichen Rechte oder durch Missbrauch oder schwere Nachlässigkeit in der Erfüllung der elterlichen Pflichten gefährdet ist oder die Erziehung, der Unterricht oder die Berufsausbildung nicht im Geist der vollen Ergebenheit für die Rumänische Republik erfolgt. Geht man davon aus, dass die Zustimmung eines Elternteils nur dann entbehrlich i. S. v. Art. 7 Abs. 3 DringAO ist, wenn ihm sämtliche elterlichen Rechte entzogen worden sind, so wäre die Zustimmung des leiblichen, nicht sorgeberechtigten Vaters nach rumänischem Recht weiterhin erforderlich. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass auch bei einer Entziehung der elterlichen Rechte gem. Art. 109 rumän. ZGB die Vormundschaftsbehörde den ihrer Rechte enthobenen Eltern weiterhin die Aufrechterhaltung ihrer persönlichen Beziehungen zu dem Kind gestatten muss, es sei denn, dass diese Beziehung die Entwicklung, die Erziehung, den Unterricht oder die Berufsausbildung des Kindes gefährden (Art. 111 rumän. ZGB). Insofern ähnelt die Situation von Eltern, die ihrer elterlichen Rechte enthoben wurden, derjenigen eines Elternteils, dem das Kind nach Scheidung nicht anvertraut wurde. Denn in beiden Fällen verbleibt den Eltern bzw. dem Elternteil

ein gewisses Recht auf persönlichen Umgang mit dem Kind. Dies könnte dafür sprechen, dass es für die Entbehrlichkeit der Zustimmung des leiblichen Elternteils gem. Art. 7 Abs. 3 in erster Linie auf das Sorgerecht des betreffenden Elternteils ankommt. Allerdings konnten wir für keine der denkbaren Auslegungsmöglichkeiten zuverlässige Anhaltspunkte in der uns zugänglichen Literatur finden. Von Leonhardt (in: Bergmann/Ferid, Rumänien, S. 20 k mit Fn. 42) wird zwar die Entscheidung des rumän. Verfassungsgerichtshofs vom 12.11.2002 angesprochen, wonach Art. 7 Abs. 1 DringAO insoweit verfassungswidrig ist, als er kein (subsidiäres) Zustimmungserfordernis für diejenigen Personen oder Einrichtungen enthält, die (anstelle der Eltern) die elterlichen Rechte ausüben. Aufgrund dieser Entscheidung sei deshalb für die Adoption, „wenn Eltern nicht vorhanden sind“, subsidiär die Einwilligung derer erforderlich, denen die elterliche Sorge zustehe (Leonhardt, a.a.O.). Diese Ausführungen lassen aber keinen eindeutigen Schluß zu, ob es letztlich für die Frage der Zustimmung vorrangig auf die sorgeberechtigte Person oder stets – soweit nur die Eltern i.S.v. Art. 7 Abs. 2 DringAO vorhanden und handlungsfähig und ihnen die elterlichen Rechte nicht insgesamt entzogen worden sind – (auch) auf die Zustimmung der leiblichen Eltern ankommt. Sicherheitshalber sollte nach u.A. davon ausgegangen werden, dass die Entbehrlichkeitsvorschrift in Art. 7 Abs. 3 DringAO restriktiv auszulegen ist und nicht bereits bei fehlendem Sorgerecht des leiblichen Vaters eingreift, sondern erst dann, wenn ihm die elterlichen Rechte vollständig gem. Art. 109 rumän. ZGB entzogen worden sind. Letztlich kann die Frage an dieser Stelle aber noch offen bleiben. Denn unabhängig davon, ob im vorliegenden Fall die Zustimmung des leiblichen Vaters auch nach rumänischem Recht erforderlich ist, ergibt sich das Zustimmungserfordernis des leiblichen Vaters – sofern nicht ein Ausnahmefall (des deutschen Rechts) vorliegt – bereits aus dem gem. Art. 22 Abs. 1 S. 2 EGBGB als Adoptionsstatut anzuwendenden deutschen Recht.

### **c) Form der Zustimmung**

Sofern der leibliche Vater der Adoption durch entsprechende Erklärung in Rumänien zustimmen will, wirft das Zustimmungserfordernis ohnehin keine rechtlichen Schwierigkeiten auf. Als Ortsform (vgl. Art. 11 Abs. 1 EGBGB) sieht Art. 7 Abs. 1a DringAO die öffentliche Beurkundung der Zustimmungserklärung des leiblichen Vaters vor. Zum Nachweis der Echtheit einer in Rumänien öffentlich beurkundeten Zustimmungserklärung genügt die Anbringung einer Apostille, da für Rumänien seit dem 16.3.2001 das Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation gilt (BGBl II 2001, 801). Gem. Art. 8 Abs. 2 DringAO kann ein Elternteil seine Einwilligung binnen einer Frist von 30 Tagen ab dem Datum der öffentlichen Urkunde, in der er seine Einwilligung erteilt hat, widerrufen. Nach Ablauf dieser Frist ist die Einwilligung unwiderruflich (Art. 8 Abs. 3 DringAO).

### **d) Ersetzung der fehlenden Zustimmung**

Probleme können sich – sofern man davon ausgeht, dass das rumänische Recht die Zustimmung des leiblichen Vaters i.v.F. verlangt – allerdings dann ergeben, wenn der leibliche Vater die Zustimmung verweigert oder zur Abgabe der Einwilligung außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist. Die letztgenannten Fälle der Entbehrlichkeit der elterlichen Zustimmung (vgl. § 1747 Abs. 4 BGB) enthält in vergleichbarer Weise auch Art. 7 Abs. 2 DringAO, so dass in diesen Fällen weder nach deutschem noch nach rumänischen das Zustimmungserfordernis erforderlich

wäre. Allerdings fehlt – soweit ersichtlich – im rumänischen Recht eine dem deutschen Recht (§1748 BGB) vergleichbare Regelung über die Möglichkeit, eine verweigerte Einwilligung zu ersetzen. In diesen Fällen kann jedoch u.U. Art. 23 S. 2 EGBGB eingreifen. Danach kann zum Wohl des Kindes insoweit statt des rumänischen Rechts das deutsche Recht Anwendung gebracht werden, so dass eine Ersetzung der elterliche Einwilligung nach § 1748 BGB erfolgen kann. Voraussetzung für die Anwendung der einschlägigen deutschen Vorschriften ist es aber, dass dies zum Wohl des Kindes unbedingt erforderlich ist, also zur Abwendung ernsthafter Nachteile, insbesondere um ihm die Eingliederung in eine Pflegefamilie zu ermöglichen, in deren Obhut es sich bereits befindet (Palandt/Heldrich, Art. 23 EGBGB Rn. 6 m. w. N. aus der Rspr.). Bei der Prüfung des Vorliegens dieser Voraussetzungen sind strenge Maßstäbe anzulegen; Art. 23 S. 2 EGBGB ist eine Ausnahmegvorschrift, die eng auszulegen ist (MünchKomm-Klinkhardt, Art. 23 EGBGB Rn. 41; vgl. zur Ausnahmegvorschrift des Art. 23 S. 2 EGBGB vgl. auch BayObLG IPRax 1989, 172). Inwieweit diese Vorschrift hier zum Zuge kommen kann, muss anhand der uns nicht im einzelnen bekannten Sachverhaltsumstände im einzelnen geklärt werden.

**e) Behördliche Mitwirkung**

Darüber, ob für die Adoption eine behördliche Mitwirkung oder weitere Verfahrenshandlungen notwendig sind, entscheidet das Adoptionsstatut (Staudinger/Henrich, Art. 22 EGBGB Rn. 34; Baumann, Verfahren und anwendbares Recht bei Adoptionen mit Auslandsberührung, 1992, S. 40; MünchKomm-Klinkhardt, Art. 22 EGBGB Rn. 20). Insoweit ist hier also das deutsche Recht berufen, so dass Art. 7 Abs. 1b und Art. 11 Abs. 2 und 3 der DringAO aus der Sicht des deutschen Rechts unbeachtet bleiben können. Sofern für die Beteiligten eine Anerkennung der Adoption in Rumänien ohne Bedeutung ist, müssen für die vorliegend gewünschte Adoption rumänische Behörden nicht eingeschaltet werden.