

# RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

*Rainer Balloff*

## Rechtsprechungsübersicht Familienrecht

In diesem Heft werden aktuelle familienrechtlich relevante Entscheidungen zu den Themen Intersexualität, Umgangsrecht, Verfahrensbeistand und Kindeswohlgefährdung aufgegriffen:

Zu einzelnen Entscheidungen werden – neben Leitsätzen – auch ausgewählte Informationen zum zugrundeliegenden Sachverhalt bzw. zur Entscheidung einer Vorinstanz gegeben. Zudem werden ausgewählte Judize auch zusätzlich knapp kommentiert sowie mit Literaturhinweisen für die weitere Einschätzung versehen.

### *1. Verfassungsrechtlicher Schutz der geschlechtlichen Identität; Intersexualität*

BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 (BGH, Beschl.v. 22.06.2016, XII ZB 52/15; OLG Celle, Beschl. v. 21.01.2015, 17 W 28/14; AG Hannover, Beschl. v. 13.10.2014, 85 III 105/14)

(BeckRS 2017, 130176)

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) schützt die geschlechtliche Identität. Es schützt auch die geschlechtliche Identität derjenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen.
2. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt auch Menschen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts.
3. Personen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, werden in beiden Grundrechten verletzt, wenn das Personenstandsrecht dazu zwingt, das Geschlecht zu registrieren, aber keinen anderen positiven Geschlechtseintrag als weiblich oder männlich zulässt.

....

**Zum Sachverhalt:**

Die beschwerdeführende Person wurde bei der Geburt dem weiblichen Geschlecht zugeordnet und als Mädchen in das Geburtenregister eingetragen. Sie verfügt über einen atypischen Chromosomensatz (sog. Turner-Syndrom) und fühlt sich dauerhaft weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugehörig. Sie beantragte die positive Eintragung der Geschlechtsangabe „inter/divers“, hilfsweise „divers“ in das Geburtenregister. Das zuständige Standesamt lehnte dies ab, weil §§ 21 Absatz 1 Nummer 3, 22 Absatz III PStG eine solche Eintragung nicht zuließen. Die beschwerdeführende Person hält die Regelungen für verfassungswidrig.

**Aus den Gründen:****I.****1.**

a) Nach der Geburt eines Kindes ist nach deutschem Personenstandsrecht im Geburtenregister auch dessen Geschlecht zu beurkunden. Das Kind ist entweder dem weiblichen oder dem männlichen Geschlecht zuzuordnen. Wenn dies nicht möglich ist, wird das Geschlecht nicht eingetragen. ...

b) § 22 Abs. 3 PStG wurde mit der Reform des Personenstandsrechts im Jahr 2013 eingeführt. Zuvor hatte es seit 1875 keine gesetzliche Regelung zu Personen gegeben, deren Geschlecht nicht eindeutig weiblich oder männlich ist. Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 (ALR) hatte noch Regelungen zur geschlechtlichen Einordnung von Zwittern enthalten: ...Mit der Einführung der Standesämter und der Führung von Geburtenregistern durch das „Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung“ vom 6. Februar 1875 (RGBI I S. 23) war diese Regelung ersatzlos entfallen. Dadurch entstand eine Regelungslücke, die letztlich bis zur Reform des Personenstandsrechts im Jahr 2013 fortbestand ...

c) Der Neuregelung in § 22 Abs. 3 PStG vorausgegangen sind die Abschließenden Bemerkungen des Ausschusses der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau vom 10. Februar 2009, in denen der Ausschuss die Bundesrepublik Deutschland aufforderte, „... in einen Dialog mit Nichtregierungsorganisationen von intersexuellen und transsexuellen Menschen einzutreten, um ein besseres Verständnis für deren Anliegen zu erlangen und wirksame Maßnahmen zum Schutz ihrer Menschenrechte zu ergreifen“ (CEDAW/C/DEU/ CO/6 Nr. 62).

Im Jahr 2010 erteilten das Bundesministerium für Bildung und Forschung und das Bundesministerium für Gesundheit dem Deutschen Ethikrat den Auftrag, im Dialog mit den von Intersexualität betroffenen Menschen eine Stellungnahme zur Situation intergeschlechtlicher Personen in Deutschland zu verfassen. Im Februar 2012 legte der Deutsche Ethikrat seine Stellungnahme vor: Dort heißt es zusammenfassend (BT-Drucks 17/9088, S. 59):

„Der Deutsche Ethikrat ist der Auffassung, dass ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht und das Recht auf Gleichbehandlung vorliegt, wenn Menschen, die sich aufgrund ihrer körperlichen Konstitution weder dem Geschlecht weib-

**RECHTSPRECHUNGSHINWEISE**

lich noch männlich zuordnen können, rechtlich gezwungen werden, sich im Personenstandsregister einer dieser Kategorien zuzuordnen.

1. Es sollte geregelt werden, dass bei Personen, deren Geschlecht nicht eindeutig feststellbar ist, neben der Eintragung als „weiblich“ oder „männlich“ auch „anderes“ gewählt werden kann.

2. Zusätzlich sollte geregelt werden, dass kein Eintrag erfolgen muss, bis die betroffene Person sich selbst entschieden hat. Der Gesetzgeber sollte ein Höchstalter der betroffenen Person festlegen, bis zu dem sie sich zu entscheiden hat.

3. Es sollte über die bestehende Möglichkeit der Änderung eines Eintrags nach § 47 Absatz 2 PStG hinaus geregelt werden, dass die Betroffenen eine Änderung des Eintrags verlangen können, wenn sich die bisherige Eintragung als unrichtig herausgestellt hat.

4. Als Grundlage für künftige Entscheidungen des Gesetzgebers sollten die Zwecke, die mit der Pflicht zur Eintragung nach derzeitigem Recht verfolgt werden, evaluiert werden. Es sollte geprüft werden, ob eine Eintragung des Geschlechts im Personenstandsregister überhaupt noch notwendig ist.“

d) Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG) vom 25. Mai 2012 griff die Empfehlung des Deutschen Ethikrats nicht auf (BRDrucks 304/12; BTDrucks 17/10489, S. 5 ff.). Der Bundesrat forderte die Bundesregierung mit Stellungnahme vom 6. Juli 2012 auf, die Empfehlungen des Deutschen Ethikrats zum Thema Intersexualität, die er teile, im Rahmen des Gesetzesentwurfs zu prüfen (BTDrucks 17/10489, S. 56). Die Bundesregierung bekundete in ihrer Gegenäußerung, die Probleme der Betroffenen und die Stellungnahme des Ethikrats sehr ernst zu nehmen. Eine Lösung der komplexen Probleme insbesondere unter Berücksichtigung medizinischer Aspekte könne in diesem schon weit fortgeschrittenen Gesetzgebungsverfahren nicht kurzfristig gefunden werden. Vor einer Neuregelung wären umfassende Anhörungen von Betroffenen und Sachverständigen durchzuführen. Dabei müsse auch geprüft werden, welche Änderungen in anderen Gesetzen erforderlich wären (BTDrucks 17/10489, S. 72; BT-Plenarprotokoll 17/219, S. 27222). Der Innenausschuss des Bundestags empfahl die Aufnahme des heutigen § 22 Abs. 3 PStG (BTDrucks 17/12192, S. 3, 11). In der zweiten und dritten Beratung wurde der Vorschlag in der Fassung des Ausschusses einstimmig angenommen (vgl. BT-Plenarprotokoll 17/219, S. 27217 ff.). Weitergehende Regelungen sollten zunächst weiteren Diskussionen durch die Fachgemeinden überlassen bleiben (vgl. BT-Plenarprotokoll 17/219, S. 27222).

e) Im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode vom 27. November 2013 verpflichteten sich die Koalitionsparteien zur Evaluierung und zum Ausbau der zwischenzeitlich erfolgten personenstandsrechtlichen Änderungen für intergeschlechtliche Menschen sowie dazu, „die besondere Situation von trans- und intersexuellen Menschen in den Fokus“ zu nehmen (vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 105). Zu diesem Zweck wurde im September 2014 eine interministerielle Arbeitsgruppe „Intersexualität/Transsexualität“ gegründet, deren Abschlussbericht im ersten Halbjahr 2017 vorgelegt werden sollte. Das ist bislang

nicht erfolgt (vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BTDrucks 18/7310, S. 14).

2. ...

3. Aus medizinischer Sicht wird an einer allein binären Geschlechtskonzeption nicht festgehalten. Die Bundesärztekammer hat im Jahr 2015 auf Empfehlung ihres Wissenschaftlichen Beirats die Stellungnahme „Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung (Disorders of Sex Development, DSD)“ abgegeben. Dort heißt es, Varianten der Geschlechtsentwicklung stellten eine heterogene Gruppe von Abweichungen der Geschlechtsdeterminierung oder -differenzierung dar. Unter Varianten der Geschlechtsentwicklung werden angeborene Variationen der genetischen, hormonalen, gonadalen und genitalen Anlagen eines Menschen mit der Folge verstanden, dass das Geschlecht einer Person nicht mehr eindeutig den biologischen Kategorien ‚männlich‘ oder ‚weiblich‘ entspreche. Eine Gleichsetzung mit Fehlbildung oder Krankheit sei nicht angemessen (vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt vom 30. Januar 2015, S. 1 <2>). Die im Jahr 2016 erstellte „Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Urologie (DGU) e.V., der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie (DGKCH) e.V., der Deutschen Gesellschaft für Kinderendokrinologie und -diabetologie (DGKED) e.V.“ stellt fest, angesichts der biologischen Zusammenhänge und der Erlebniswelt von Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung bedürfe es für die adäquate psychologisch-medizinische Begleitung oder Behandlung einer Revision des tradierten normativen Menschbildes von Frau und Mann. Varianten der Geschlechtsentwicklung seien keine Krankheit. ...

In den medizinischen und psycho-sozialen Wissenschaften besteht zudem weitgehend Einigkeit darüber, dass sich das Geschlecht nicht allein nach genetisch-anatomisch-chromosomal Merkmalen bestimmen oder gar herstellen lässt, sondern von sozialen und psychischen Faktoren mitbestimmt wird (z.B. Bundesärztekammer, a.a.O., S. 5, 7; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl. 2014, Stichwort: Geschlecht; Richter-Appelt, in: Irrsinnig weiblich – Psychische Krisen im Frauenleben, Aufl. 2016, S. 107 <116>).

4. Die Angaben zur Anzahl der Menschen in Deutschland mit Varianten der Geschlechtsentwicklung variieren je nachdem, welche Erscheinungsformen gezählt werden. So wird beispielsweise eine Häufigkeit von 1:500 Intersexuellen in der Bevölkerung angegeben (Pschyrembel, a.a.O., Stichwort: Intersexualität), was einer Anzahl von circa 160.000 Personen in Deutschland entspricht (weitere Zahlenangaben bei Schmidt am Busch, AÖR 2012, S. 441 <443>; Böcker/Denk u.a., Pathologie, 5. Aufl. 2012, S. 730; Johow/Voland, APuZ 2012, S. 9 <12 f.>; Helms, Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, 2015, S. 3 m.w.N.; Bundesärztekammer, a.a.O., S. 4; vgl. auch Althoff/Schabram/Follmar-Otto, Gutachten Geschlechtervielfalt im Recht – Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt, BMFSFJ (Hrsg.), 2017, S. 18 und Fn. 39).

II.

1. Unter Vorlage einer Chromosomenanalyse beantragte die beschwerdeführende Person die Berichtigung ihres Geburtseintrags beim zuständigen Standesamt dahingehend,

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

dass die bisherige Geschlechtsangabe „weiblich“ gestrichen und die Angabe „inter/divers“, hilfsweise nur „divers“, eingetragen werden solle. ....

Die Standesamtaufsicht wies in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass es nicht möglich sei, ein drittes Geschlecht in das Geburtenregister einzutragen. Der Gesetzgeber habe sich für eine binäre Geschlechterordnung entschieden und lediglich die Möglichkeit geschaffen, gar kein Geschlecht einzutragen. Die Region Hannover schloss sich dieser Stellungnahme an ....

2. Das Amtsgericht wies den Berichtigungsantrag zurück,...

3. Das Oberlandesgericht wies die hiergegen gerichtete Beschwerde zurück. ....

4. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde wies der Bundesgerichtshof zurück. ....

...

III. Mit der Verfassungsbeschwerde rügt die beschwerdeführende Person eine Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG sowie eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG.

...

#### IV.

Zum Verfahren haben die Landesregierung des Freistaats Thüringen, der Deutsche Ethikrat, die Bundesärztekammer, das Deutsche Institut für Menschenrechte e.V., der Bundesverband der Deutschen Standesbeamtinnen und Standesbeamten e.V. (BDS), die Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung e.V. (DGFS), der Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen e.V. (BDP), die Deutsche Gesellschaft für Psychologie e.V. (DGPs), die Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V. (dgti), der Intersexuelle Menschen e.V., der Lesben- und Schwulenverband in Deutschland (LSVD) e.V., das Zentralkomitee der deutschen Katholiken (ZdK), das Studienzentrum der EKD für Genderfragen in Kirche und Theologie, die Bundesvereinigung Trans\* e.V. (BVT\*), der Trans-InterQueer e.V. (TrIQ) sowie eigeninitiativ der Verband für lesbische, schwule, bisexuelle, trans\*, intersexuelle und queere Menschen in der Psychologie e.V. (VLSP) sowie der „freie Zusammenschluss von studentInnen-schaften (fzs) e.V.“ Stellung genommen.

...

#### B.

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet. § 21 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 22 Abs. 3 PStG ist insofern verfassungswidrig, als § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG zur personenstandsrechtlichen Eintragung des Geschlechts zwingt, § 22 Abs. 3 PStG aber Personen, deren Geschlechsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechsentwicklung Varianten aufweist und die sich selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, neben dem Geschlechtseintrag „weiblich“ oder „männlich“ keinen weiteren positiven Geschlechtseintrag ermöglicht. Die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen beruhen auf diesen Bestimmungen. Sie verletzen die beschwerdeführende Person in ihrem allgemei-

nen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und verstoßen gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG).

I. § 21 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 22 Abs. 3 PStG verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seiner Ausprägung als Schutz der geschlechtlichen Identität. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die geschlechtliche Identität auch jener Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind (1). In deren Grundrecht wird eingegriffen, weil das geltende Personenstandsrecht dazu zwingt, das Geschlecht zu registrieren, aber keinen anderen Geschlechtseintrag als weiblich oder männlich zulässt (2). Der Grundrechtseingriff ist nicht gerechtfertigt (3).

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die geschlechtliche Identität der beschwerdeführenden Person.

a) Art. 2 Abs. 1 GG gewährt jedem das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Dieses Grundrecht umfasst neben der allgemeinen Handlungsfreiheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Letzteres ergänzt als „unbenanntes“ Freiheitsrecht die speziellen („benannten“) Freiheitsrechte, die ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen (vgl. BVerfGE 54, 148 <153>). Eine der Aufgaben des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist es dabei, Grundbedingungen dafür zu sichern, dass die einzelne Person ihre Individualität selbstbestimmt entwickeln und wahren kann (vgl. BVerfGE 35, 202 <220>; 79, 256 <268>; 90, 263 <270>; 117, 202 <225>). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt indessen nur solche Elemente der Persönlichkeitsentfaltung, die – ohne bereits Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes zu sein – diesen in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen (vgl. BVerfGE 79, 256 <268>; 99, 185 <193>; 120, 274 <303>; stRspr). Es verbürgt also nicht Schutz gegen alles, was die selbstbestimmte Persönlichkeitsentwicklung auf irgendeine Weise beeinträchtigen könnte; ohnehin vermag kein Mensch seine Individualität unabhängig von äußerer Gegebenheiten und Zugehörigkeiten zu entwickeln. Der lückenschließende Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts greift aber dann, wenn die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit spezifisch gefährdet ist (BVerfGE 141, 186 <201 f. Rn. 32>).

b) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt danach auch die geschlechtliche Identität (vgl. BVerfGE 115, 1 <14 ff.>; 116, 243 <259 ff.>; 121, 175 <190 ff.>; 128, 109 <123 ff.>), die regelmäßig ein konstituierender Aspekt der eigenen Persönlichkeit ist. Der Zuordnung zu einem Geschlecht kommt für die individuelle Identität unter den gegebenen Bedingungen herausragende Bedeutung zu; sie nimmt typischerweise eine Schlüsselposition sowohl im Selbstverständnis einer Person als auch dabei ein, wie die betroffene Person von anderen wahrgenommen wird.

...

Geschützt ist auch die geschlechtliche Identität jener Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind. Diese Personen könnten ihre Persönlichkeit möglicherweise ungehinderter entfalten, wenn der geschlechtlichen Zuordnung generell geringere Bedeutung zukäme. Doch ist unter den gegebenen Bedin-

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

gungen die geschlechtliche Zuordnung ein besonders relevanter Aspekt der fremden Wahrnehmung wie auch des eigenen Verständnisses der Persönlichkeit. Auch die beschwerdeführende Person betont die praktische Bedeutung der geschlechtlichen Zuordnung und macht geltend, dass die geschlechtliche Identität unter diesen Umständen konstitutiver Bestandteil ihrer Persönlichkeit sei.

2. Die durch § 21 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 22 Abs. 3 PStG getroffene Regelung greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Schutz der geschlechtlichen Identität ein (a) und gefährdet spezifisch die Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit der beschwerdeführenden Person in ihrer geschlechtlichen Identität (b).

a) Die mittelbar angegriffenen Regelungen greifen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Schutz der geschlechtlichen Identität ein. Das Personenstandsrecht zwingt dazu, das Geschlecht zu registrieren, ermöglicht der beschwerdeführenden Person, deren Geschlechtsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist und die sich selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnet, aber keinen personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag, der ihrer Geschlechtsidentität entspräche (vgl. zum Eingriffscharakter bereits BVerfGE 49, 286 <298>; 60, 123 <132 ff.>; 116, 243 <259 ff.>; 121, 175 <190 ff.>; 128, 109 <124>). Nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG ist das Geschlecht einer Person im Geburtenregister personenstandsrechtlich zu beurkunden. Als positive Eintragungsmöglichkeiten stehen dafür nur das Geschlecht „weiblich“ und das Geschlecht „männlich“, nicht aber eine weitere Möglichkeit des Geschlechtseintrags zur Verfügung. Dies folgt aus § 22 Abs. 3 PStG („Fehlende Angaben“), wonach der Personenstandsfall ohne Angabe in das Geburtenregister einzutragen ist, wenn das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Eine positive Eintragung in das Geburtenregister kann nicht erfolgen. Infolgedessen muss die beschwerdeführende Person einen Eintrag hinnehmen, der ihrer grundrechtlich geschützten geschlechtlichen Identität nicht entspricht.

Zwar hat sie nach § 22 Abs. 3 PStG die Möglichkeit der Streichung ihres weiblichen Geschlechtseintrags im Geburtenregister. Das beseitigt den Grundrechtseingriff jedoch nicht: Die beschwerdeführende Person wäre nicht nur durch die fehlerhafte Zuordnung als Frau, sondern im Rahmen der derzeitigen Rechtslage auch durch die Wahl der gesetzlichen Variante „fehlende Angabe“ (§ 22 Abs. 3 PStG) in ihrer geschlechtlichen Identität beeinträchtigt. Durch den offenen Geschlechtseintrag würde nicht abgebildet, dass sie sich zwar nicht als Mann oder als Frau, aber auch nicht als geschlechtslos begreift, und nach eigenem Empfinden ein Geschlecht jenseits von männlich oder weiblich hat. Die „fehlende Angabe“ belässt es bei dem allein binären Grundmuster der Geschlechtszugehörigkeit und ruft den Eindruck hervor, dass die rechtliche Anerkennung einer weiteren Geschlechtsidentität nicht in Betracht kommt ... Der Eintrag bleibt aus ihrer Sicht unzutreffend, weil eine bloße Löschung eines binären Geschlechtseintrags den Eindruck fehlender Geschlechtlichkeit erweckt (vgl. Althoff/Scha-bram/Follmar-Otto, a.a.O., S. 24, 44; vgl. auch Vöneky/Wilms, Stellungnahme zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland im Deutschen Ethikrat,

2011, S. 3; Sieberichs, FamRZ 2013, S. 1180 <1181>; Gössl, NZFam 2016, 1122 <1123>).

b) Verlangt das Personenstandsrecht einen Geschlechtseintrag, verwehrt es einer Person aber zugleich die personenstandsrechtliche Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität, ist die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit dieser Person spezifisch gefährdet:

aa) Unter den gegebenen Umständen hat die personenstandsrechtliche Anerkennung des Geschlechts Identität stiftende und ausdrückende Wirkung. Der Personenstand ist keine Marginalie, sondern ist nach dem Gesetz die „Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung“ (§ 1 Abs. 1 Satz 1 PStG). ...

Spezifische Bedeutung für die geschlechtliche Identität erlangt der personenstandsrechtliche Eintrag für sich genommen zwar nur, weil das Personenstandsrecht überhaupt die Angabe der Geschlechtszugehörigkeit verlangt. Täte es dies nicht, gefährdete es auch die Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit nicht spezifisch, wenn die konkrete Geschlechtszugehörigkeit einer Person keinen personenstandsrechtlichen Niederschlag fände. Es handelte sich dann beim Geschlecht um keine Größe von personenstandsrechtlicher Relevanz. Ein von der konkreten Rechtslage losgelöster Anspruch auf personenstandsrechtliche Anerkennung beliebiger Identitätsmerkmale ergibt sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht.

Nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG umfasst der Personenstand indessen derzeit auch das Geschlecht. An einer Registrierung des Geschlechts als personenstandsrechtlichem Orderungsmerkmal hat der Gesetzgeber trotz mehrfacher Reformen des Personenstandsrechts festgehalten. Misst der Gesetzgeber dem Geschlecht so über das Personenstandsrecht erhebliche Bedeutung für die Beschreibung einer Person und ihrer Rechtsstellung bei, hat die personenstandsrechtliche Anerkennung der konkreten Geschlechtszugehörigkeit bereits für sich genommen eine Identität stiftende und ausdrückende Wirkung, ohne dass es noch darauf ankäme, welche materiell-rechtlichen Konsequenzen der Personenstandseintrag außerhalb des Personenstandsrechts hat (vgl. zur eigenständigen Grundrechtsrelevanz des Registereintrags für den Fall von Transsexualität bereits BVerfGE 49, 286 <297 f.>; s. auch zur Namensführung BVerfGE 104, 373 <385>; 109, 256 <266>; 115, 1 <14>). Findet unter diesen Voraussetzungen die geschlechtliche Identität einer Person personenstandsrechtlich keine Anerkennung, gefährdet dies die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit spezifisch.

bb) Insbesondere erschwert das personenstandsrechtliche Erfordernis des Geschlechtseintrags in Kombination mit den begrenzten Eintragungsmöglichkeiten den Betroffenen, sich in der Öffentlichkeit als die Person zu bewegen und von anderen als die Person gesehen zu werden, die sie in geschlechtlicher Hinsicht sind. Die Art und Weise, wie eine Person dargestellt und in der Öffentlichkeit und durch andere wahrgenommen wird, ist aber für die Möglichkeiten freier Entfaltung der Persönlichkeit von Bedeutung und kann spezifische Gefährdungen begründen (vgl. BVerfGE 99, 185 <193>; 114, 339 <346>; 119, 1 <24>; Kube, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 3. Aufl. 2009,

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

§ 148 Rn. 29, 43 ff., insbes. Rn. 46; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 166 ff. [Sept. 2016]; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 72 ff.).

...

3. Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt. Die den Gerichtsentscheidungen zugrunde liegende gesetzliche Regelung ist verfassungswidrig, weil der Zwang zum personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag in Kombination mit der Versagung einer weiteren positiven Eintragungsmöglichkeit jenseits von „weiblich“ oder „männlich“ von keinem legitimen Zweck getragen ist, den zu erreichen die Regelung geeignet, erforderlich und angemessen wäre.

a) Das Grundgesetz gebietet nicht, den Personenstand hinsichtlich des Geschlechts ausschließlich binär zu regeln. Es zwingt weder dazu, das Geschlecht als Teil des Personenstandes zu normieren, noch steht es der personenstandsrechtlichen Anerkennung einer weiteren geschlechtlichen Identität jenseits des weiblichen und männlichen Geschlechts entgegen. Zwar spricht Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG von „Männern“ und „Frauen“. Eine abschließende begriffliche Festlegung des Geschlechts allein auf Männer und Frauen ergibt sich daraus jedoch nicht. Aus dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG folgt, dass bestehende gesellschaftliche Nachteile zwischen Männern und Frauen beseitigt werden sollen. Stoßrichtung der Norm ist es vor allem, geschlechtsbezogene Diskriminierung zu Lasten von Frauen zu beseitigen ... nicht jedoch, eine geschlechtliche Zuordnung im Personenstandsrecht festzuschreiben oder eine weitere Geschlechtskategorie jenseits von „männlich“ und „weiblich“ auszuschließen. Soweit das Bundesverfassungsgericht früher formuliert hat, unsere Rechtsordnung und unser soziales Leben gingen von dem Prinzip aus, dass jeder Mensch entweder „männlichen“ oder „weiblichen“ Geschlechts sei (vgl. BVerfGE 49, 286 <298>), handelte es sich schon damals nicht um die Feststellung, eine Geschlechterbinarität sei von Verfassungs wegen vorgegeben, sondern um eine bloße Beschreibung des zum damaligen Zeitpunkt vorherrschenden gesellschaftlichen und rechtlichen Verständnisses der Geschlechtszugehörigkeit.

b) Dass § 22 Abs. 3 PStG keine dritte Möglichkeit bietet, ein Geschlecht positiv in das Geburtenregister eintragen zu lassen, lässt sich nicht mit Belangen Dritter rechtfertigen.

...

c) Dass keine Möglichkeit besteht, ein weiteres Geschlecht eintragen zu lassen, ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil mit der Einführung einer dritten positiven Eintragungsmöglichkeit in einer Übergangszeit ein bürokratischer und finanzieller Aufwand verbunden sein kann. ... Gegenüber der Grundrechtsbeeinträchtigung, die es bedeutet, in der eigenen geschlechtlichen Identität durch das Recht ignoriert zu werden, wäre der durch die Ermöglichung einer einheitlichen dritten Bezeichnung verursachte Mehraufwand aber hinzunehmen. ... Davon abgesehen steht es dem Gesetzgeber frei, in personenstandsrechtlichen Angelegenheiten ganz auf den Geschlechtseintrag zu verzichten.

d) Ordnungsinteressen des Staates vermögen die Verwehrung einer weiteren einheitlichen positiven Eintragungsmöglichkeit ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Sofern die

rechtliche Identifikation von Personen de lege lata anhand ihres Geschlechts erfolgt und einzelne rechtliche Pflichten und Ansprüche nach geltendem Recht anhand des Geschlechts zugeordnet sind, trägt die personenstandsrechtliche Registrierung des Geschlechts zwar dazu bei, dass diese Identifikation und Zuordnung sicher und eindeutig erfolgen kann (vgl. BVerfGE 128, 109 <129 f.>). Das rechtfertigt es jedoch nicht, dass nach § 22 Abs. 3 PStG kein anderes Geschlecht als das männliche oder das weibliche im Personenstandsregister eingetragen werden kann.

Durch die Ermöglichung des positiven Eintrags eines weiteren Geschlechts unter einer einheitlichen dritten Bezeichnung (vgl. zu Vorschlägen z.B. die Stellungnahme des Deutschen Ethikrats, BTDrucks 17/9088, S. 59) entstehen keine Zuordnungsprobleme, die sich nach geltendem Recht nicht ohnehin schon stellen. Unklarheiten könnten auftreten, wenn eine Regelung außerhalb des Personenstandsrechts an das Geschlecht anknüpft und voraussetzt, dass die Person entweder weiblichen oder männlichen Geschlechts ist. Wie eine Person zu behandeln wäre, die einem weiteren Geschlecht zugeordnet ist, wäre dann in der Tat unklar. Diese Schwierigkeit besteht jedoch bereits nach geltendem Recht in gleicher Weise, wenn der Geschlechtseintrag nach § 22 Abs. 3 PStG offenbleibt. ....

Auch die Dauerhaftigkeit des Personenstands wird durch die Option eines weiteren Geschlechtseintrags nicht beeinträchtigt, weil mit der bloßen Schaffung einer weiteren Eintragungsmöglichkeit zum Geschlecht keine Aussage zu den Voraussetzungen des Wechsels des Personenstands getroffen ist.

## II.

Soweit § 21 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 22 Abs. 3 PStG die Eintragung eines Geschlechts jenseits der Kategorien „männlich“ und „weiblich“ ausschließen, verstößt dies auch gegen das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Die mittelbar angegriffenen Regelungen benachteiligen Menschen, die nicht männlichen oder weiblichen Geschlechts sind und sich selbst dauerhaft einem weiteren Geschlecht zuordnen (1). Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt nicht nur Männer und Frauen, sondern auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts (2). Die Benachteiligung ist nicht gerechtfertigt (3).

### C.

I. Die Verfassungswidrigkeit einer mit der Verfassungsbeschwerde mittelbar angegriffenen gesetzlichen Vorschrift führt in der Regel zu ihrer Nichtigkeit (§ 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG). Hier kommt jedoch nur eine Unvereinbarkeitserklärung in Betracht, weil dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, die Benachteiligung der Betroffenen zu beseitigen (vgl. BVerfGE 133, 59 <99 Rn. 106>; stRspr). So könnte der Gesetzgeber auf einen personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag generell verzichten. Er kann aber stattdessen auch für die betroffenen Personen – zusätzlich zu der bestehenden Option keinen Geschlechtseintrag vorzunehmen (§ 22 Abs. 3 PStG) – die Möglichkeit schaffen, eine einheitliche positive Bezeichnung eines Geschlechts zu wählen, das nicht männlich oder weiblich ist. Die Option eines weiteren Geschlechtseintrags lässt sich gesetzlich auf unterschiedliche Weise ausgestalten. Insbesondere ist

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

der Gesetzgeber nicht auf die Wahl einer der von der antragstellenden Person im fachgerichtlichen Verfahren verfolgten Bezeichnungen beschränkt.

II. Gerichte und Verwaltungsbehörden dürfen die Normen im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit nicht mehr anwenden. Der Gesetzgeber muss bis zum 31. Dezember 2018 eine Neuregelung treffen. Verfahren, in denen eine Person mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, die sich zudem selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnet, die Eintragung einer anderen Geschlechtsbezeichnung als männlich oder weiblich begeht, sind bis zu einer Neuregelung auszusetzen.

#### Anmerkung der Redaktion:

Diese vom BVerfG, nach Einholung einer sehr großen Zahl von Stellungnahmen recht umfassend begründet Entscheidung hat eine enorme Resonanz erfahren (vgl. z.B. FamRZ 2017, S. 2046 mit Anm. von Prof. Dr. Helms; NZFam 2017, S. 1141 mit Anm. von Dr. Frie; NJW 2017, S. 3643, mit Anm. von Dr. Gössl). Die daraus resultierenden künftigen Änderungen im Personenstandsgesetz sind angesichts der eigentlich üblichen und selbstverständlichen, aber dennoch immer wieder neu zufordernden rechtlichen Gleichstellung von Menschen, die anders sind als andere, längst überfällig (vgl. hierzu auch Balloff, R. (2017). Intersexualität. Rechtspychologie, 3 (3), S. 324-331). Kurz vor diesem Beschluss des BVerfG mit deutlichen Schutzwirkungen für transsexuelle Personen hatte das OLG Dresden (Beschluss vom 2.6.2017 – UF 308/17 = FamRZ 2018, 65(1), 32-35) entschieden, dass ein einstweiliger Entzug des Sorgerechts gerechtfertigt ist, wenn die allein sorgeberechtigte Mutter bei ihrer im Jahr 2001 geborenen Tochter eine gegengeschlechtliche Hormontherapie einleiten will, bevor über den bereits gestellten Antrag auf Geschlechtsumwandlung des Kindes nach dem Transsexuellengesetz (§§ 1, 8 TSG) entschieden ist. Das OLG Dresden ging dabei zu Recht davon aus, dass im Rahmen der Folgenabwägung die mit einer einstweiligen AO verbundenen Nachteile weniger schwer wiegen als die mit einem Ausbleiben der einstweiligen AO verbundenen Nachteile. Bereits kurze Zeit später hat der Sächsische Verfassungsgerichtshof mit einer Entscheidung vom 28.7.2017 (Vf. 99-IV-17 (HS)) die Eilanträge der Mutter und des Kindes als unzulässig verworfen.

#### 2. Vaterschaft, Abstammungsuntersuchung, Abstammungsbegutachtung, Umgang

**OLG Oldenburg, Beschl. v. 14.02.2017 - 13 WF 14/17; (AG Emden, 16 F 114/16) (BeckRS 2017, 103855)**

1. Im Verfahren nach § 1686a BGB ist die Klärung der biologische Vaterschaft vor der Frage, ob der Umgang dem Kindeswohl dient, dann verhältnismäßig, wenn sowohl die Vaterschaft als auch die Kindeswohldienlichkeit bestritten werden, das Kind vom Verfahrensgegenstand keine Kenntnis hat und zu befürchten ist, dass eine Beweisaufnahme zur Frage des Kindeswohls eine deutlich größere Belastung des Fa-

milienlebens der Antragsgegner und des Kindes darstellt als die Duldung einer Abstammungsuntersuchung.

#### Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller begehrte auf Grundlage von § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB Umgang mit dem während der - weiterhin bestehenden - Ehe der Beteiligten zu 2. und 3. geborenen Kind ..., geb. ... 2015. Er hat eine eidesstattliche Versicherung dahingehend vorgelegt, der Beteiligten zu 2 während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben und trägt vor, auch in der Vergangenheit ernsthaftes Interesse an dem Kind gezeigt zu haben.

Die Beteiligten zu 2. und 3. als Antragsgegner bestreiten die biologische Vaterschaft sowie das Interesse des Antragstellers an [X]... und tragen vor, der Antragsteller habe im Jahre 2014 nur wenige Wochen im Hause der Antragsgegnerin gelebt. Auch sei es im Januar 2015 zu einem tätlichen Übergriff des Antragstellers auf die Antragsgegnerin gekommen, in dessen Verlauf dieser sich gewaltsam Zutritt zu ihrer Wohnung verschafft und ihren Freund zusammengeschlagen habe. [X] sei in ihre Ehe hineingeboren worden und erlebe in ihrer Familie ein geborgenes, fürsorgliches Aufwachsen. Einen Kontakt zum Antragsteller lehnen beide Antragsgegner auch in Bezug aufgrund seines vorgetragenen Verhaltens ab.

Mit Beweisbeschluss vom 12. Juli 2016 hat das Amtsgericht die Einholung eines DNA Abstammungsgutachtens über die Abstammung des Kindes ... unter Einbeziehung des Kindes, des Antragstellers sowie der Antragsgegnerin angeordnet. Nach durch Schriftsatz vom 27. Juli 2016 angekündigter Weigerung der Antragsgegnerin, an der Erstellung des Gutachtens mitzuwirken, hat das Amtsgericht nach entsprechendem Hinweis durch Beschluss vom 04. August 2016 die Vorführung der Antragsgegnerin sowie des Kindes durch den zuständigen Gerichtsvollzieher zwecks Entnahme von Wangenschleimhautabstrichen durch das Gesundheitsamt angeordnet. Diesen Beschluss hat das Amtsgericht am 09. September 2016 in Hinblick auf einen zwischenzeitlich gestellten Antrag der Antragsgegnerin auf Erlass einer Zwischenentscheidung ...aufgehoben. Durch Beschluss vom 20. Dezember 2016 hat das Amtsgericht im vorgenannten Zwischenverfahren festgestellt, dass die Weigerung der Antragsgegnerin zur Mitwirkung an der Abstammungsbegutachtung für das Kind ... zum gegenwärtigen Zeitpunkt rechtmäßig ist. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Umgang des Antragstellers diene, selbst wenn er ernsthaftes Interesse an dem Kind gezeigt habe, gegenwärtig nicht dessen Wohl.

Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner nach §§ 167a Abs. 3, 178 Abs. 2 Satz 1 FamFG, 387 Abs. 3 ZPO statthaften und auch im Übrigen zulässigen sofortigen Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

Gemäß § 167a Abs. 2 FamFG hat jede Person, soweit es in einem Verfahren betreffend das Umgangs- oder Auskunftsrecht nach § 1686a BGB zur Klärung der leiblichen Va-

#### RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

terschaft erforderlich ist, Untersuchungen, insbesondere die Entnahme von Blutproben, zu dulden, es sei denn, dass ihr die Untersuchung nicht zugemutet werden kann.

...

Dass [X]... vor einer Entscheidung über ein Umgangsrecht des Antragstellers nach § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB zwingend angehört werden müsse, die für die Sinnhaftigkeit einer derartigen Anhörung erforderliche Aufklärung über eine mögliche biologische Vaterschaft des Antragstellers aber erst zu „gegebener Zeit durch einen Dritten“ erfolgen könne, ergibt sich weder aus den hier einschlägigen Grundrechten der Beteiligten, insbesondere aus Art. 6 Abs. 1 GG, noch aus § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB oder § 167a FamFG und auch nicht aus den vom Bundesgerichtshof im Urteil vom 05. Oktober 2016 (XII ZB 280/15, FamRZ 2016, 2082-2087) formulierten Grundsätzen. ...

[X] ist ... erst eineinhalb Jahre alt. Insofern ist bereits zweifelhaft, ob ihre persönliche Anhörung zum jetzigen Zeitpunkt i. S.v. § 159 Abs. 2 FamFG angezeigt ist. Hiervon geht auch das Amtsgericht zutreffend aus. Die vom Amtsgericht beabsichtigte Verfahrensweise bedeutet aber im Ergebnis, die von ihm vor der Anhörung für erforderlich gehaltene Aufklärung des Kindes [X]... über eine mögliche biologische Vaterschaft des Antragstellers und damit auch die Entscheidung über den Antrag des Antragstellers auf einen noch ungewissen und von vielen Unwägbarkeiten abhängigen späteren Zeitpunkt „frühestens im Vorschulalter“ zu verschieben. Dies ließe jedoch ein eventuelles Umgangsrecht des Antragstellers zumindest für die Zeit vor einer Anhörung des Kindes, d. h. in den für den Aufbau einer Beziehung entscheidenden ersten Lebensjahren, faktisch leerlaufen.

Für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Weigerung der Antragsgegnerin ist eine Abwägung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich. Der durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährte Schutz der bestehenden Familie und des Familienlebens findet eine verfassungsimmanente Schranke im verfassungsrechtlich grundsätzlich anzuerkennenden Wunsch des leiblichen Vaters nach Umgang und nach Auskunft über das Kind.

In gesetzlicher Konkretisierung dieser verfassungsimmanenten Schranke ermächtigt § 167a FamFG die Gerichte zur Anordnung einer Abstammungsuntersuchung, sofern dies in Verfahren, die das Umgangs- und Auskunftsrecht des leiblichen Vaters nach § 1686a BGB betreffen, zur Klärung der leiblichen Vaterschaft erforderlich ist (vgl. BVerfG FamRZ 2015, 119-121).

### *3. Umgangsrecht, Dauer bei einem Kleinkind*

**OLG Koblenz, Beschl. v. 22.06.2017 - 13 UF 269/17 (AG Neuwied, 17 F 278/16) (juris; FamRZ 2017, 1844)**

1. Bei einem Kleinkind entspricht ein Umgang mit dem nichtbetreuenden Elternteil an einem Tag pro Woche in der Regel dem Kindeswohl.

2. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Vater, der regelmäßig mit dem Kind erst dann Kontakte hatte, als es ein Jahr alt war, das Kind jede Woche an einem Tag von 11 bis 17 Uhr sieht (sechs Stunden).
3. Die konkrete Dauer des Umgangs hat auch die Schlafgewohnheiten des Kindes zu berücksichtigen, damit dem Umgangsberechtigten noch genügend Zeit bleibt, sich mit dem Kind zu beschäftigen.

(Leitsatz der Redaktion)

*Weiterer Hinweis der Redaktion:*

Siehe zu dieser Frage auch: Balloff, R. & Vogel, H. (2017). Alter und Entwicklung des Kindes sowie Ausgestaltung des Umgangs. *forum familienrecht*, 21, (3), 98-106.

*4. Ordnungsmittel bei Kontaktaufnahme außerhalb der Umgangsregelung*

**OLG Frankfurt, Beschl. v. 13.9.2017 – 5 WF 63/16 (AG Wiesbaden, 536 F 267/15) (juris; BeckRS 2017, 124990)**

Ist in einer gerichtlichen Umgangsregelung ein Kontaktaufnahmeverbot zu dem Kind außerhalb der dort geregelten Umgangszeiten nicht enthalten, so können etwaige Kontaktaufnahmen des ansonsten Umgangsberechtigten nicht nach § 89 FamFG mit Ordnungsmitteln sanktioniert werden.

(Leitsatz der Redaktion)

Aus den Gründen:

...

Die Umgangsregelung im Vergleich der Beteiligten vom 05.02.2015 ist - so sie denn auch eine Kontaktaufnahme-, Nähungs- und Umgangsverbot außerhalb der geregelten Umgangszeiten beinhalten sollte, nicht hinreichend bestimmt und damit nicht mit Ordnungsmitteln nach § 89 FamFG vollstreckbar.

Zwar hat das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 13.02.2015 die Auffassung vertreten, dass eine gerichtliche Umgangsregelung, mit der der Umgang positiv geregelt wird stets auch das konkludente Gebot an den Umgangsberechtigten enthalte, sich außerhalb der festgelegten Umgangszeiten eines Kontaktes zum Kind zu enthalten; diese Verpflichtung sei mit Ordnungsmitteln durchsetzbar (KG FamRZ 2015, 940 ff). Entgegen dieser Auffassung geht das OLG Frankfurt (FamRZ 2017, 744 f) davon aus, dass ein derartiges konkludentes Gebot an den Umgangsberechtigten, sich außerhalb der festgelegten Umgangszeiten eines Kontaktes zum Kind zu enthalten regelmäßig nicht angenommen werden kann.

Der Umstand, dass in Umgangsregelungen bzw. Vergleichen jeweils ausdrücklich und konkret Umgangszeiten geregelt sind, lässt nicht den Schluss darauf zu, dass hiermit

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

generell ein Verbot der Kontaktaufnahme außerhalb der Umgangszeiten mit geregelt sein soll....

Soll dem Umgangsberechtigten die Kontaktaufnahme bzw. Näherung außerhalb der geregelten Zeiten untersagt werden, so wäre diese Untersagung ausdrücklich in die entsprechende Umgangsregelung bzw. Umgangsvereinbarung aufzunehmen. Die Aufnahme einer ausdrücklichen Unterlassungsanordnung im Sinne eines Umgangs – bzw. Kontaktaufnahmeverbotes ist, wenn sie vollstreckbar sein soll, im Hinblick auf das in Art. GG Artikel 103 Abs. GG Artikel 103 Absatz 2 GG verfassungsrechtlich normierte Bestimmtheitsgebot erforderlich....

Eine gerichtliche Regelung, die die Kontaktaufnahme außerhalb der angeordneten Umgangszeiten zum Kind beinhalten soll, muss auch deshalb eine ausdrückliche Bestimmung enthalten, denn dadurch wird in die Elternrechte des nicht betreuenden Elternteils durch das Verbot der Kontaktaufnahme außerhalb der Umgangsregelung intensiv eingegriffen. Besuche von Veranstaltungen, an denen das Kind ebenfalls zugegen ist oder Sportveranstaltungen, in denen das Kind Sport treibt, könnten vom nicht betreuenden Elternteil ansonsten nicht mehr wahrgenommen werden. Soll diese (erhebliche) Folge mit der Vereinbarung bzw. mit der gerichtlichen Umgangsregelung verbunden sein, so muss entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmtheit des gemäß § 89 Absatz 2 FamFG erforderlichen Hinweises auf die Folgen einer Zuwiderhandlung gegen eine Umgangsverpflichtung aus einem Vollstreckungstitel, dies ausdrücklich geregelt sein.

##### *5. Sorgerechtsentzug, milderes Mittel*

**OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.3.2017, 4 UF 3/17; (AG Gelnhausen, 61 F 178/16) (BeckRS 2017, 123029)**

Wird eine gerichtliche Umgangsregelung nur konfliktbeladen umgesetzt, kommt ein Teilentzug der Alleinsorge des betreuenden Elternteils frühestens dann in Betracht, wenn mildere Mittel (z.B. Umgangspfleger, Umgangsbegleiter) erfolglos blieben, ggf. Gefahren für das Kindeswohl abzuwenden.

##### *Zum Sachverhalt:*

Die Eltern verbindet ein am 16.4.2015 zu Az. 61 F 246/ UG des Familiengerichts geschlossener und von diesem mit Beschluss vom 29.6.2015 gebilligter Vergleich, wonach dem Vater der Umgang mit dem Kind ab 16.5.2015 samstags in der Zeit von 14:30 Uhr bis 18:30 Uhr zusteht.

Im Folgenden gab es Probleme bei der Umsetzung dieser Vereinbarung, insb. wenn die Beteiligten ohne Einschaltung Dritter bei der Übergabe des Kindes aufeinandertreffen mussten. Eine Vollstreckung der Vereinbarung scheiterte zunächst an der Herbeiführung der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzung, ...

Das Familiengericht nahm dies letztlich zum Anlass, mit Beschluss ... im Wege einstweiliger Anordnung der Mutter teilweise das Sorgerecht zu entziehen, insofern Ergänzungspflegschaft einzurichten und die auch hier beteiligte Pflegerin auszuwählen. Die dagegen gerichtete Beschwerde, ...erledigte sich durch den hier angegriffenen Beschluss des Familiengerichts in der Hauptsache,

Hintergrund ist, dass das Familiengericht nicht nur das benannte einstweilige Anordnungs-, sondern auch ein sorgerechtlicher Hauptsacheverfahren einleitete, in dem es nach persönlicher Anhörung der Eltern am 3.3.2016 und 10.11.2016 sowie Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens, auf das Bezug genommen wird, der Mutter mit dem angefochtenen Beschluss das Sorgerecht auch in der Hauptsache in den Teilbereichen Aufenthaltsbestimmung, Umgangsbestimmung und Antragstellung nach dem SGB VIII, soweit zur Durchführung des Umgangs des Vaters nötig, entzog, Ergänzungspflegschaft einrichtete und die im Rubrum genannte Pflegerin auswählte.

Nach Zustellung dieser Entscheidung an die Mutter am 5.12.2016 richtet sich hiergegen ihre am 29.12.2016 beim Familiengericht eingegangene Beschwerde, mit der sie eine Aufhebung des angefochtenen Beschlusses erstrebt. Sie machte geltend, dass regelmäßig Vater-Tochter-Umgänge stattfanden und nach ihrer Vorstellung auch künftig samstags von 10:00 Uhr bis 17:00 Uhr stattfinden sollen.

Mittlerweile hat das Familiengericht ein Verfahren zu (Neu-)Regelung der Vater-Tochter-Umgänge eingeleitet....

Die Pflegerin berichtete am 22.1.2017 über die von ihr begleiteten Übergaben des Kindes von Mutter zu Vater – und umgekehrt – und dabei beobachtete Probleme...

#### *Aus den Gründen:*

...

2. Die zulässige Beschwerde der Mutter ist begründet und führt zur Abänderung des familiengerichtlichen Beschlusses vom 10.11.2016, weil eine Gefährdung des Kindeswohls durch sie derzeit nicht in einem Maße ersichtlich ist, dass sich ein Eingreifen des Senats nach § 1666 BGB als verhältnismäßig rechtfertigen ließe.

Demgegenüber ist der – nicht näher begründete – Antrag des Vaters vom 6.1.2017, ihm Teile der elterlichen Sorge zu übertragen, § 1671 Abs. 2 BGB, unbegründet, da der Senat nicht zu erkennen vermag, dass die Übertragung der Sorge auf ihn dem Wohl des Kindes am besten diente.

...

[der] Antrag des Vaters ...ist deswegen unbegründet, weil der Vater keinen Sachverhalt geschildert hat bzw. ein solcher objektiv erkennbar wäre, der es rechtfertigte, ihm die elterliche Sorge, namentlich im Bereich der Aufenthaltsbestimmung, zu übertragen. ... das knapp drei Jahre alte Kind L. ist in den Haushalt der Mutter gut integriert; Arbeitssituation der Mutter und Betreuung des Kindes sind nach den Ausführungen des eingeholten Sachverständigengutachtens vom 9.8.2016 gut geregelt. Die Lebenssituation der Mutter wird als geordnet beschrieben (S. 55). Ausgehend hiervon attestiert der Sachverständige, dass das Kind eine enge und positive Bindung an die Mutter hat, auch

#### RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

wenn es wahrscheinlich sei, dass die Mutter in Konfliktsituationen Schwierigkeiten habe, das Kind adäquat zu steuern (S. 57). In Bezug auf den Vater führt der Sachverständige aus (S. 57), dass sich das Kind auf Kontakte zu ihm freue, die Beziehung zu ihm emotional positiv besetzt sei und dass sich „.... eine Bindung von ihr zu ihm entwickeln kann...“; eine Bindung zum Vater, „.... d.h. eine Beziehung, in der L. eine grundlegende Sicherheit und ein Basisvertrauen für ihr weiteres Leben vermittelt wird ...“, kann aber aufgrund der bisher sehr umgrenzten Kontakte noch nicht angenommen werden (S. 57).

Eine Veränderung des Lebensmittelpunktes des Kindes, wie er mit der vom Vater beantragten Sorgeübertragung verbunden wäre, führte damit unweigerlich zu einem Bindungsabbruch zur Mutter, zumindest aber zu einer erheblichen Bindungslockerung. Zugleich hat das Kind aber nicht das nötige „Urvertrauen“ zum Vater – und kann es nach dem bisherigen Verlauf der familiären Entwicklung auch gar nicht haben –, als dass von diesem hieran nahtlos angeknüpft werden könnte. In diesem Zusammenhang ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass langfristig eine Erziehung des Kindes durch den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht, so dass auch die mit dem Haushaltswechsel verbundenen Einschränkungen für das Kind hinnehmbar erschienen, allerdings zeigt der Vater im Sinne obiger Ausführungen nicht ansatzweise auf, was er für das Kind langfristig besser machen könnte als die Mutter, so dass ein jetziger Bindungsabbruch hinnehmbar wäre. Allein der Hinweis, zeitnah über gehörigen Wohnraum zu verfügen und das Kind in den bisherigen Kindergarten bringen zu können, genügt nicht. Hier hätte es detaillierter Darlegungen bedurft, dass er willig und in der Lage ist, schnell eine Bindung zu L. aufbauen zu können, die ihr dieses „Urvertrauen“ gibt. Auch hätte es umfangreichen Darlegungen bedurft, wie der Vater die mit dem Abbruch zur Mutter verbundenen Einschränkungen für das Kind aufzufangen gedenkt. Letztlich hätte es der Darlegungen bedurft, welche besseren Perspektiven in persönlicher, seelischer und letztlich auch wirtschaftlicher Hinsicht er L. langfristig in seinem Haushalt bieten könnte.

Im Hinblick hierauf und die Konflikthaftigkeit der Eltern, die zur Ablehnung der gemeinsamen Sorge durch das Familiengericht führte und die sich seither nicht veränderte, kann der Senat auch nicht erkennen, dass die Übertragung sonstiger Sorgerechtsteile – jenseits des Aufenthaltsbestimmungsrechts – auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspräche, wenn es gleichzeitig weiter seinen Aufenthalt bei der Mutter hat. Der Senat sieht aufgrund der vom Familiengericht festgestellten Tatsachen, die keiner ergänzenden Ermittlungen bedürfen, keine Handhabe, gemäß § 1666 BGB in das der Mutter allein zustehende Sorgerecht einzugreifen. Der angefochtene Beschluss kann daher keinen Bestand haben; vielmehr ist – als in Amtsverfahren gebotener Sachentscheidung – festzustellen, dass keine sorgerechtlichen Maßnahmen veranlasst sind.

Voraussetzung für die Ergreifung gerichtlicher Maßnahmen in Bezug auf die elterliche Sorge ist nach § 1666 Abs. 1 BGB, dass das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet sind und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden. Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, sind nach § 1666a Abs. 1 S. 1 BGB

nur zulässig, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann.

...Im Hinblick auf das durch Art. Abs. 2 S. 1 GG geschützte Elternrecht ist der Staat im Rahmen des ihm durch Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG übertragenen Wächteramts nicht dazu berufen, eine den Fähigkeiten und Interessen des Kindes optimal entsprechende Förderung sicherzustellen. Vielmehr kommt ein staatlicher Eingriff in das auch durch Art. 8 EMRK geschützte Familienleben nur dann in Betracht, wenn die weitere Entwicklung des Kindes unter Berücksichtigung der milieubedingten Gegebenheiten als nachhaltig gefährdet anzusehen ist. Die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebensverhältnisse der Eltern und deren Lebensführung rechnen dabei regelmäßig zum allgemeinen Lebensrisiko des Kindes; hieraus resultierende Fehlentwicklungen sind unterhalb der von Art. 6 Abs. 3 GG vorgegebenen Gefährdungsschwelle hinzunehmen (vgl. BVerfG, NJW 2010, 2333; FamRZ 2008, FamRZ 2008, 492; FamRZ 2005, 585; FamRZ 1982, 567).

Eine ein staatliches Eingreifen rechtfertigende Gefährdung des Kindeswohls ist daher erst dann gegeben, wenn bei weiterer unbeeinflusster Entwicklung der vorliegenden Umstände der Eintritt eines Schadens oder die Verfestigung eines bereits eingetretenen Schadens im Sinne einer Störung der Entwicklung des Kindes mit ziemlicher Sicherheit zu erwarten ist (vgl. die ständige Rspr. des BVerfG, zuletzt Kammerbeschluss vom 19.11.2014 – BVerfG Aktz. 1 BvR 1178/14 –, zitiert nach juris; außerdem BGH, FamRZ 1956, 350; OLG Hamm, FamRZ 2006, 359). Eine solche Störung ist dabei anzunehmen, wenn die Entwicklung des Kindes von seiner unter Beachtung der milieubedingten Gegebenheiten als normal zur erwartenden Entwicklung nachhaltig zum Nachteil des Kindes abweicht, insbesondere also bei körperlicher oder emotionaler Vernachlässigung oder Verwahrlosung des Kindes, bei wiederholten körperlichen Übergriffen gegen das Kind oder in Gegenwart des Kindes oder bei Verhaltensauffälligkeiten des Kindes, die Folge eines Erziehungsunvermögens der Eltern sind. Die bloße Möglichkeit des Eintritts entsprechender Entwicklungsstörungen im Falle eines nicht auszuschließenden Verhaltens der Eltern reicht für einen staatlichen Eingriff in die elterliche Sorge nicht aus. Vielmehr setzt ein solcher Eingriff das Bestehen einer konkreten, gegenwärtigen Gefährdungslage voraus, in welcher der Schadenseintritt – wie dargestellt – mit ziemlicher Sicherheit zu erwarten ist, wobei der heranzuziehende Prognosemaßstab großzügiger zu bemessen ist, je gravierender der zu befürchtende Schaden ist (vgl. BGH, FamRZ 1956, 350; BayObLG, Der Amtsvormund 1997, 509; OLG Brandenburg, FamRZ 2008, 1557).

Hinzukommen muss, dass die gewählten Eingriffe zur Abwendung der festgestellten Gefährdungen verhältnismäßig sind, also geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne.

Vorliegend hat das Familiengericht infolge des eingeholten Gutachtens festgestellt, dass der Mutter – jedenfalls in Bezug auf den Vater – die nötige Toleranz fehle, Bindungen zwischen diesem und dem Kind zuzulassen. Auch der Senat hat hieran nach den Darlegungen der in der Vergangenheit tätigen Pflegerin vom 22.1.2017 nicht den geringssten Zweifel. Dies beeinträchtigt, jedenfalls langfristig, mit ziemlicher Sicherheit die ge-

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

sunde Entwicklung L., zu der gehört, unbefangene Umgänge mit ihrem Vater zu pflegen und hierin von der Mutter unterstützt zu werden, umso die Möglichkeit zu erhalten, die Lebenswelt auch des Vaters kennenzulernen und aus dieser – neben den Erfahrungen aus dem Haushalt der Mutter – Schlüsse für die eigene Lebensgestaltung zu ziehen.

Diese Gefahren scheint die Mutter aktuell nicht vollständig selbst beseitigen zu können und/oder zu wollen. Sie gibt zwar auch am 13.2.2017 vor, einem künftigen Umgang von Vater und Tochter aufgeschlossen gegenüber zu stehen und sogar ausweiten zu wollen; der Senat hat aber infolge der Darlegungen des Sachverständigen Zweifel daran, dass ihr dies allein zeitnah gelingen wird.

Gleichwohl scheiden Sorgerechtseingriffe aktuell aus, da sie sich für die Abwendung der aktuellen Gefahr weder als geeignet noch erforderlich erweisen.

Denn die Beteiligten bindet ein – jedenfalls infolge der familiengerichtlichen Billigung vom 29.6.2015 – vollstreckbarer, §§ 87 ff. FamFG, Vergleich vom 16.4.2015, der den Umgang von Vater und Tochter für die Zeit ab 16.5.2015 konkret dahin regelt, dass dieser samstags von 14:30 Uhr bis 18:30 Uhr wahrzunehmen und zu ermöglichen ist. Insofern hat der Senat in seinem Beschluss vom 6.7.2016, Aktz.: 4 WF 102/16, die grundsätzliche Vollstreckungsfähigkeit dieser Regelung bejaht, jedenfalls nachdem die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen herbeigeführt worden waren. Eine spätere Vollstreckung wurde, aus welchem Grunde auch immer, nach Kenntnis des Senats nicht versucht; sie erscheint, da die Umgänge (unter Teilanwesenheit der bestellten vorläufigen Pflegerin) seither offenbar überwiegend stattfanden, auch nicht geboten. Es ist daher bereits nicht erkennbar, dass nicht schon die Vollstreckbarkeit dieser Regelung hinreichend sein sollte, die Umgänge zu ermöglichen.

Selbst wenn man dem nicht folgen wollte, wäre zunächst durch mildere Mittel zu prüfen, ob nicht eine Umgangspflegschaft nach § 1684 Abs. 3 BGB bzw. einer Umgangs- (übergaben-)begleitung im Sinne des § 1684 Abs. 4 S. 2 BGB hinreichend geeignet sind, die oben beschriebenen Gefahren abzuwehren. Da nach den Darlegungen der Beteiligten insbesondere das persönliche Aufeinandertreffen der Eltern zum Zwecke der Übergabe L.s konfliktbeladen ist, erscheinen derartige ohne Sorgerechtseingriff möglichen Maßnahmen hinreichend, zur Gefahrenabwehr erfolgversprechend beizutragen.

## 6. Privatgutachten sind kein Rechtsmittel im Sinne von §§ 839, 839a BGB

**BGH, Beschl. v. 12. 1. 2011 – IV ZR 190/08 (OLG Celle, 4 U 102/13)  
(BeckRS 2017, 120634)**

Die Einholung eines Privatgutachtens zählt nicht zu den "Rechtsmitteln" im Sinne von § 839a Abs. 2, § 839 Abs. 3 BGB.

### Aus den Gründen:

Der Kläger nimmt den Beklagten, einen Facharzt für Psychiatrie, unter dem Vorwurf der Erstattung eines fehlerhaften Gerichtsgutachtens gemäß § 839a BGB auf Schadensersatz in Anspruch....

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Nichtzulassungsbeschwerde.

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unbegründet, weil weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

1. Soweit das Berufungsgericht - jedenfalls - ein grobes Verschulden des Beklagten im Sinne von § 839a Abs. 1 BGB verneint hat, lässt dies einen Grund zur Zulassung der Revision nicht erkennen.

2. Vor diesem Hintergrund kommt es auf die - vom Berufungsgericht offen gelassene - Frage, ob die Haftung des Beklagten wegen schuldhaften Nichtgebrauchs eines Rechtsmittels nach § 839a Abs. 2, § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist, nicht entscheidungserheblich an. Ein Revisionszulassungsgrund ist insoweit nicht gegeben. Allerdings sieht der erkennende Senat Anlass für den Hinweis, dass die Auffassung des Berufungsgerichts (dessen Entscheidung unter anderem in MDR 2016, 1203 veröffentlicht worden ist), wonach die Einholung eines Privatgutachtens als „Rechtsmittel“ im Sinne dieses Haftungsausschlusses anzusehen sei, von Rechtsfehlern beeinflusst ist.

a) Als „Rechtsmittel“ kommen zwar auch solche Behelfe in Betracht, die sich unmittelbar gegen das fehlerhafte Gutachten selbst richten und die bestimmt und geeignet sind, eine auf das Gutachten gestützte instanzbeendende gerichtliche Entscheidung zu verhindern. Zu denken ist insoweit etwa an Gegenvorstellungen und Hinweise auf die Unrichtigkeit des Gutachtens (vgl. § 411 Abs. 4 ZPO), an Anträge, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, oder an formelle Beweisanträge auf Einholung eines neuen (Ober-)Gutachtens gemäß § 412 Abs. 1 ZPO (Senat, Beschluss vom 28. Juli 2006 - III ZB 14/06, NJW-RR 2006, 1454, 1455 Rn. 11 und Urteil vom 5. Juli 2007 - III ZR 240/06, BGHZ 173, 98, 100 f Rn. 8).

b) Nicht unter die „Rechtsmittel“ im Sinne von § 839a Abs. 2, § 839 Abs. 3 BGB fällt indessen die Einholung eines Privatgutachtens, um Einwände gegen ein beanstandetes gerichtliches Sachverständigengutachten zu substantiiieren (so auch BeckOGK/Dörr, BGB, § 839a Rn. 67 [Stand: 1. April 2017]; Staudinger/Wöstmann, BGB [2013], § 839a Rn. 27 mwN aus dem Schrifttum; wohl auch MükoBGB/Wagner, 7. Aufl., § 839a Rn. 40; a.A. OLG Celle, DS 2012, 82, 83; LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 15. Oktober 2012 - 3 O 3620/12, BeckRS 2014, 15746). Zwar mag die Einholung und Vorlage eines Privatgutachtens die Aussicht dafür erhöhen, dass das Prozessgericht einem Antrag auf Einholung eines neuen (Ober-)Gutachtens Folge leistet (OLG Celle aaO S. 83 f; LG Nürnberg-Fürth aaO). Eine nicht sachkundige Partei ist jedoch generell nicht verpflichtet, zur Substantiierung ihrer Einwendungen gegen ein gerichtliches

### RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Sachverständigengutachten einen Privatgutachter zu konsultieren (BGH, Urteile vom 19. Februar 2003 - IV ZR 321/02, NJW 2003, 1400 f; vom 18. Oktober 2005 - VI ZR 270/04, NJW 2006, 152, 154 Rn. 15 und vom 8. Juli 2008 - VI ZR 259/06, NJW 2008, 2846, 2849 Rn. 27; s. auch Dörr aaO; Wagner aaO). Dementsprechend kann es ihr nicht im Sinne von § 839a Abs. 2, § 839 Abs. 3 BGB anspruchsausschließend zur Last fallen, wenn sie dies unterlassen hat.

## 7. Verfahrensbeistand für das ungeborene Kind

### AG Bad Iburg, Beschl. v. 18.7.2017 – 5 F 379/17 SO (BeckRS 2017, 117746)

Im Rahmen von § 1666 BGB können Schutzmaßnahmen auch für das noch nicht geborene Kind angeordnet werden (hier: Bestellung eines Verfahrensbeistands).

#### Zum Sachverhalt:

Das Jugendamt regt familienrichterliche Maßnahmen nach § 1666 BGB an, weil die unter umfassender Betreuung stehende werdende Mutter trotz Senkwehen im siebten Schwangerschaftsmonat gegen ärztlichen Rat das Krankenhaus verlassen hat und zu befürchten sei, dass das Kind als Frühgeburt zur Welt komme, was entsprechende Gefahren für Leib und Leben des Embryos bedeute.

Das FamG bestellte für das ungeborene Kind einen Verfahrensbeistand.

#### Aus den Gründen:

In der juristischen Literatur ist umstritten, ob über § 1666 BGB der schwangeren Frau Verhaltensweisen untersagt werden können, die nicht auf Tötung des Embryos abzielen, wohl aber zu schweren gesundheitlichen Schäden oder auch zu seinem Tod führen können (s. zum Problem *Staudinger/Coester*, BGB, Neubearb. 2015, § 1666 Rn. 25; MüKoBGB/Olzen, 7. Aufl. 2017, § 1666 Rn. 428).

Während teilweise die direkte oder analoge Anwendung von § 1666 BGB grundsätzlich abgelehnt wird (*Czerner*, ZKJ 2010, 220; DIJuF, JAmt 202, 248), hält die überwiegende Meinung das grundsätzliche Schutzsystem der §§ 1666 ff. BGB auch schon für das noch ungeborene Kind für anwendbar (*Staudinger/Coester*, § 1666 Rn. 25 mwN).

Das Gericht schließt sich dieser überzeugenden Auffassung an, weil das *BVerfG* zu Recht mehrfach die Schutzwürdigkeit des ungeborenen Lebens betont hat (ua *BVerfG*, NJW 1993, NJW Jahr 1993 S. 1751 [NJW Jahr 1993, 1753]; *BVerfGE* 39, BVERFGE Jahr 39 S. 1 = NJW 1975, NJW Jahr 1975 Seite 573). Zudem schließt der Wortlaut des § 1666 BGB (Wohl des „Kindes“) es nach Auffassung des Gerichts nicht vollständig aus, hierunter auch das noch ungeborene Kind zu erfassen.

Wenn aber im Rahmen von § 1666 BGB Schutzmaßnahmen zugunsten des noch ungeborenen Kindes zu prüfen sind, müssen dessen Rechte auch im Rahmen des § 158 FamFG gewahrt werden. Dass der Gesetzgeber hier vom „minderjährigen Kind“

spricht, steht der Erstreckung auf die Beiordnung für ein noch ungebogenes Kind nach Auffassung des Gerichts nicht entgegen. Denn der Begriff „Kind“ ist innerhalb des Schutzsystems, zu welchem auch die Verfahrensgarantien gehören, einheitlich auszulegen. Was für § 1666 BGB gilt, muss insoweit auch für § 158 FamFG gelten.

Der Zusatz „minderjährig“ schließt lediglich die Beiordnung für ein volljähriges Kind aus. Zwar kann der Verfahrensbeistand sicher nicht das Kind gem. § 158 Abs. 4 S. 2 FamFG „über Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens informieren“. Das kann er aber auch nicht bei einem Säugling. Ohnehin beinhaltet § 158 Abs. 4 S. 2 FamFG ja nur einen Ausschnitt aus dem grundsätzlichen Aufgabenkreis des Verfahrensbestands, dessen Hauptaufgabe es ist, „das Interesse des Kindes festzustellen und im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen“, § 158 Abs. 4 S. 1 FamFG.

Gerade dann, wenn sich möglicherweise schädigende Verhaltensweisen einer werdenenden Mutter massiv auf Leib oder Leben des ungeborenen Kindes auswirken können, bedarf es eines Interessenvertreters des ungeborenen Kindes, um dessen Schutzbedürftigkeit im notwendigen Abwägungsprozess Kinderschutz gegen Lebensgestaltungsfreiheit der Schwangeren ausreichend zur Geltung zu bringen.

#### Hinweise der Redaktion:

Zum Verfahrensbeistand siehe auch Vogel, FPR 2010, 43 und Balloff/Koritz, *Praxis-handbuch für Verfahrensbeistände*, 2. Auflage, 2016.

#### *8. Kindeswohlgefährdung bei psychischer Belastung der Mutter und Gefahr der Parentifizierung des Kindes*

**OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.10.2017 – 18 UF 123/16; (AG Freiburg, 46 F 834/16)**  
**(NZFam 2017, 1132)**

1. Zum Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung bei psychischer Belastung der Mutter und Gefahr der Parentifizierung des Kindes.
2. Zu den Anforderungen an die Feststellung einer Kindeswohlgefährdung bei verbleibenden Verdachtsmomenten hinsichtlich einer Verletzung der körperlichen Integrität des Kindes und Fehlen weiterer Aufklärungsmöglichkeiten.

#### *Zum Sachverhalt:*

Mit der Beschwerde wendet sich die Mutter [A]... gegen die Entziehung wesentlicher Teile der Personensorge für ihr neuntes Kind, die am ... geborene [X]..., durch Beschluss des AG ....

1. [A]... konvertierte im Alter von ca. 16 oder 17 Jahren zum Islam. In den Jahren 1996 und 1997 erfolgte die religiöse bzw. standesamtliche Trauung mit ..., in den Jahren 1997 bis 2002 die Geburt der vier gemeinsamen Kinder ... Im Jahr 2003 wurde den El-

#### RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

tern das Sorgerecht für diese vier Kinder entzogen, die Kinder wurden in einem Heim untergebracht.

In den Jahren 2003 bis 2007 wurden die Kinder ... geboren. Im Jahr 2007 trennten sich die Eheleute ..., die Scheidung erfolgte 2010.

Im Jahr 2009 lernte [A]in ...[E] kennen, den späteren Vater von [X]... Als erstes gemeinsames Kind wurde am ... der Sohn ... geboren. 2011 heirateten [A]... und [E]..., Letzterer zog nach ... Nach Gewalttätigkeiten innerhalb der Beziehung trennten sich die Eheleute, die Scheidung erfolgte im Oktober 2013.

Am 8.5.2013 nahm das Jugendamt die Kinder ... in Obhut. Nachdem die drei älteren Kindern Misshandlungen geschildert hatten, wurde ein Ermittlungsverfahren eingeleitet ...; im Rahmen dessen befand sich [A]... zeitweise in Untersuchungshaft. Mit Urteil des *LG Freiburg* vom 22.9.2014 (Aktz.: 14 Ns 110 Js 10737/13, rechtskräftig seit 30.9.2014) wurde [A] wegen Verletzung der Fürsorge- und Erziehungs pflicht in 26 Fällen ua zum Nachteil der vier am 8.5.2013 in Obhut genommenen Kinder zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Der Verurteilung lag zugrunde, dass [A] ihre Kinder zur Bestrafung mit Bettgitterstäben auf Hände und Füße geschlagen, ihnen Brennneseln in die Unterhosen gesteckt, ihre Münder mit Chilischoten eingerieben und sie zum Stehen mit abgewinkelten Armen gezwungen hatte. Das *LG* stellte ferner fest, dass die Wohnung sich in einem vermüllten Zustand befunden habe; die Kinder hätten vergammelte Lebensmittel essen müssen. Gestützt auf ein psychiatrisches Gutachten des Sachverständigen ... vom 8.11.2013 ging das *LG* davon aus, dass bei [A]... eine akzentuierte Persönlichkeitsstruktur vorlag, die jedoch nicht zu Beeinträchtigungen der Schuldfähigkeit führte.

Am 1.6.2017 beantragte die *StA Freiburg* mit Blick u.a. auf die aktuellen Entwicklungen im vorliegenden Verfahren, die Strafaussetzung zur Bewährung zu widerrufen. Das *AG Freiburg* lehnte den Antrag mit Beschluss vom 11.9.2017 (22 BWL 36/14) ab, die Beschwerde der *StA* wurde durch Beschluss des *LG Freiburg* vom 2.10.2017, 6 Qs 36/17) zurückgewiesen.

2. Nach der Geburt ... am ... richtete das Jugendamt der Stadt ... unter dem 15.7.2014 eine Mitteilung nach § 1666 BGB an das *AG* und regte die Einrichtung einer Vormundschaft oder Ergänzungspflegschaft an. Seit der Inobhutnahme der vier Kinder am 8.5.2013 habe Frau [A] nur in sehr geringem Maße Einsicht und Veränderungsbereitschaft gezeigt. Die Kooperation mit dem Jugendamt gestalte sich äußerst schwierig.

Im September 2014 nahm eine sozialpädagogische Familienhilfe (SPFH), Frau ..., ihre Tätigkeit im Haushalt von Frau [A] auf. Das *AG* beschloss nach Durchführung eines Termins im Oktober 2014, ein Gutachten der Sachverständigen ... ua zur Erziehungs fähigkeit der Mutter und zum Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung bei [X]... einzuholen (46 F 1870/14). Einen Antrag, der Mutter in der Zwischenzeit das Sorgerecht im Wege der einstweiligen Anordnung zu entziehen, lehnte das *AG* mit Beschluss vom 17.10.2014 ab (46 F 2683/14). Für den Säugling ... sei einstweilen ein hinreichendes Schutzkonzept vorhanden.

Nachdem die Sachverständige in ihrem Gutachten vom 28.4.2015 eine Kindeswohlgefährdung bezüglich [X] nicht festgestellt und die Erziehungsfähigkeit der Mutter insoweit für ausreichend erachtet hatte, stellte das AG mit Beschluss vom 11.6.2015 im Einvernehmen mit dem Jugendamt fest, dass kein Anlass bestehe, weitere Maßnahmen bezüglich ... zu ergreifen. Die Mutter kooperiere in ausreichendem Maße.

Unter dem 19.8.2015 wandte sich das Jugendamt erneut an das AG. Die Mutter kooperiere nicht bei der Erstellung eines neuen Schutzkonzepts. In dem daraufhin eingeleiteten Verfahren (46 F 2502/15) beschloss das AG am 1.10.2015 umfassende Auflagen zum Schutz von ... Die Auflagen umfassten ua

- die Verpflichtung, die Wohnsituation so zu gestalten, dass ... ausreichend Raum und Möglichkeit für die gefahrlose Erkundung ihrer Umgebung erhielt,
- die Verpflichtung, ... altersentsprechendes Spielzeug zur Verfügung zu stellen,
- sowie die Verpflichtung, ab Herbst 2015 einmal wöchentlich mit ... eine Spielgruppe zu besuchen, um ihr in diesem Rahmen Erfahrungen im sozialen Umgang mit gleichaltrigen Kindern zu ermöglichen.

Nachdem die SPFH ... von einem unerträglich verschmutzten und unaufgeräumten Zustand der Wohnung berichtet hatte, entschied das Jugendamt, [X] am 19.11.2015 in Obhut zu nehmen. Dies scheiterte daran, dass [A] ihre Tochter versteckt hielt. Zum Zeitpunkt eines Gerichtstermins am 26.11.2015 befand sich die Wohnung in einem besseren Zustand. Der Mutter wurde mit Beschluss vom gleichen Tag ua auferlegt, weiterhin dreimal wöchentlich den Besuch der SPFH in ihrer Wohnung zu dulden und ihr Zugang zu allen Zimmern zu gewähren, mit [X] eine Mutter-Kind-Spielgruppe zu besuchen, die Durchführung unangekündigter Hausbesuche des Jugendamts zu dulden und [X] im Kinderschutzzentrum des Universitätsklinikums für eine psychosomatisch-pädiatrische bzw. somatische Anamnese vorzustellen. Das Jugendamt erklärte, angesichts dieser Auflagen bereit zu sein, die Anordnung der Inobhutnahme bis auf weiteres zurückzunehmen. Nach Durchführung eines weiteren Termins am 21.1.2016 lehnte das AG einen zwischenzeitlich von Seiten des Jugendamts gestellten Antrag, die Personensorge im Wege der einstweiligen Anordnung zu entziehen, mit Beschluss vom 25.1.2016 ab (46 F 3568/15). In dem Beschluss äußerte das Gericht die Erwartung, dass [A]... bis Ende März 2016 sowohl eine Vorstellung ... im Kinderschutzzentrum als auch den Besuch einer Mutter-Kind-Spielgruppe beim Sozialdienst katholischer Frauen (SkF) nachweisen werde. Sodann leitete das AG von Amts wegen das Hauptsacheverfahren 46 F 834/16 ein.

3. Unter dem 27.4.2016 berichtete das Universitätsklinikum dem Jugendamt über eine Untersuchung und Interaktionsbeobachtung. [X's] neurologisch-motorische Entwicklung sei regelgerecht. Der emotionale Ausdruck sowie das Interaktions- und Spielverhalten ... seien nicht alters- und entwicklungsgemäß. [X] wirke verarmt, reduziert und überangepasst. Das Interaktionsverhalten der Mutter sei nicht angemessen. Empfohlen wurden eine ausführliche psychiatrische Diagnostik der Mutter und eine heilpädagogische Entwicklungsdiagnostik bei [X]. Mit Schreiben vom 28.4.2016 beantragte das Jugendamt beim AG mit Blick auf diesen Bericht und die Nichterfüllung der Auflage be-

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

züglich einer Spielgruppe erneut den Entzug der Personensorge. Diesem Antrag gab das AG mit Beschluss vom 3.5.2016 im Wege der einstweiligen Anordnung teilweise statt .... Der Mutter wurden folgende Teilbereiche der elterlichen Sorge entzogen:

- Recht zur Zuführung des Kindes zu einer heilpädagogischen Entwicklungsdiagnostik,
- Recht zur Anmeldung des Kindes in einer/m Spielgruppe/Kindertagesstätte/Kindergarten,
- Recht zur Beantragung von Leistungen auf Hilfe zur Erziehung nach dem SGB VIII sowie
- das Recht zur Aufenthaltsbestimmung in Bezug auf die Durchführung der heilpädagogischen Entwicklungsdiagnostik des Kindes sowie in Bezug auf die Umsetzung eines regelmäßigen Besuchs des Kindes in einer/m Spielgruppe/Kindertagesstätte/Kindergarten.

Als Ergänzungspflegerin zur Wahrnehmung der entzogenen Rechte wurde ... eingesetzt.,

4. Ende Mai 2016 entschied das AG Freiburg, zur Kindeswohlgefährdung von ... und zur Erziehungsfähigkeit der Mutter ein ergänzendes Gutachten der Sachverständigen ... einzuholen ....

Am 7.9.2016 begann die Eingewöhnung [von A] im Kindergarten .... In diesem Zusammenhang lehnte [X] eine weitere Zusammenarbeit mit der SPFH ... ab. Am 19.9.2016 fand ein unangekündigter Hausbesuch des Jugendamts bei [X] statt. Unter dem 20.9.2016 stellte das Jugendamt einen weiteren Antrag, der Mutter die elterliche Sorge zu entziehen .... Begründet wurde dies mit der schlechten Kooperation mit der SPFH und dem Zustand der Wohnung.

5. Unter dem 12.10.2016 erstattete die Sachverständige ... ihre ergänzende gutachterliche Stellungnahme. Eine mündliche Erörterung im Hauptsacheverfahren 46 F 834/16 und parallel im einstweiligen Anordnungsverfahren 46 F 2948/16 fand vor dem AG am 20.10.2016 statt. Am 23.11.2016 legte die Kinderärztin ... das Ergebnis der Entwicklungsdiagnostik unter Berücksichtigung des heilpädagogischen Berichts vom 7.11.2016 vor. Am 30.11.2016 erfolgte ein weiterer unangekündigter Hausbesuch des Jugendamts ....

6. Am 8.12.2016 wurde [X] vom Jugendamt in Obhut genommen. Der Ablauf war im Einzelnen wie folgt:

„Bei einem Besuch in der Kita beobachtete die Ergänzungspflegerin ... blaue Flecken auf einer Wange ... Zudem fiel ihr ein „freezing“ des Kindes auf. Auf Antrag des Jugendamts erweiterte das AG sodann per einstweiliger Anordnung die Ergänzungspflegschaft um die Wirkungskreise „Zustimmung zur ärztlichen Untersuchung nach § 81 c StPO“ und „Ausübung des Untersuchungsverweigerungsrechts gemäß § 81 c StPO“ (Beschluss vom 8.12.2016, Az. 46 F 3623/16).“

Es erfolgte sodann ein weiterer unangekündigter Hausbesuch des Jugendamts. [A] war nicht zuhause. Die Wohnung wurde in Anwesenheit des Sohns ... und zweier Polizeibeamter begangen .... Der polizeiliche Bericht hält fest, die Wohnung sei komplett zu-

gestellt und nicht betretbar gewesen, zudem habe Uringestank geherrscht; für ein Kind sei die Umgebung nicht zumutbar ....

...

Die Untersuchung im Zentrum für Kinder- und Jugendmedizin ergab ein Hämatom an der Wange links (ca. 2x2 cm), das keiner typischen Unfallsituation entspreche. Es wurde die Diagnose Verdacht auf Misshandlung gestellt und die Inobhutnahme vorgeschlagen.

Das Jugendamt nahm [X] nach der ärztlichen Untersuchung in Obhut und übergab sie einer Bereitschaftspflegefamilie. Noch am gleichen Tag stellte die Mutter beim AG einen Antrag auf Herausgabe des Kindes.

Die *StA Freiburg* leitete in der Folge wegen des Verdachts der Körperverletzung ua zum Nachteil von [X]... ein Ermittlungsverfahren gegen [A] ein (512 Js 1655/17). Das Verfahren ist bislang nicht abgeschlossen.

7. Nachdem [X] in der Pflegefamilie nicht baden wollte und beim Wickeln weinte, ferner auf den Intimbereich gezeigt und gesagt hatte „da kommt Blut raus“ sowie „Ah, der Gurt ist weg“, wurde eine Untersuchung auf einen möglichen Missbrauch veranlasst, die einen unauffälligen Befund ergab.

Am 15.12.2016 fand eine Erörterung beim AG in Anwesenheit der Mutter und des Vaters statt. Mit Beschlüssen vom 16.12.2016 entzog das AG der Mutter per einstweiliger Anordnung ua das Aufenthaltsbestimmungsrecht für [X] .... Zugleich wies es den Herausgabebeantrag der Mutter ab ....

8. Ab Januar 2017 fanden begleitete Umgangskontakte ... mit ihrer Mutter im Kinder- und Familienzentrum ... statt. Der vorläufig letzte Umgangstermin erfolgte am 23.3.2017. Anschließend bestand das Jugendamt wegen des Verlaufs dieses Termins darauf, dass vor weiteren Umgangsterminen zunächst eine Nachbesprechung erfolgen müsse. Zu dieser Besprechung ist es sodann nicht gekommen; ...Zu Kontakten zwischen [X] und der Mutter kam es nur noch am 12.4., 20.4. und 17.5.2017, jeweils im Zusammenhang mit Interaktionsbeobachtungen durch die Kinderarztpraxis ....

Im Anhörungstermin vor dem *Senat* am 21.9.2017 haben die Mutter und das Jugendamt einen Besprechungstermin mit dem Ziel der Fortsetzung des Umgangs auf den 9.10.2017 vereinbart.

9. Bereits am 13.2.2017 wurde als zehntes Kind [der A] der Bruder oder Halbbruder [Y] geboren, der von Geburt an unter gesundheitlichen Beeinträchtigungen (u.a. Hydrocephalus) litt. Er wurde noch im Krankenhaus am 24.2.2017 in Obhut genommen. Mit Beschlüssen vom 4.5.2017 hat das AG *Freiburg* der Mutter wesentliche Teile der elterlichen Sorge, darunter das Aufenthaltsbestimmungsrecht, entzogen und den Herausgabebeantrag der Mutter zurückgewiesen .... Ihre Beschwerden gegen diese Beschlüsse hat [A] im Termin vom 21.9.2017 zurückgenommen ...

10. Mit Beschluss vom 21.6.2017 entzog das AG der Mutter ... das Aufenthaltsbestimmungsrecht, die Gesundheitssorge und das Recht zur Beantragung von Leistungen nach dem SGB VIII. Zur Ergänzungspflegerin wurde ... eingesetzt. Der Vater sei nicht

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

präsent, er komme als Sorgeberechtigter nicht in Betracht. Das Recht zur Umgangsbestimmung entzog das AG ausdrücklich nicht.

Gegen diesen Beschluss hat die Mutter ... zu Protokoll der Geschäftsstelle des AG am 26.6.2017 Beschwerde eingelegt. Sie trägt – zwischenzeitlich vertreten durch Rechtsanwalt ... – im Wesentlichen vor: Die Feststellungen des AG belegten eine nachhaltige Gefährdung des Kindeswohls nicht. Die Ausführungen des Jugendamts seien keiner hinreichenden richterlichen Kontrolle unterzogen worden. Es fehle auch seitens des Jugendamts eine dem Gesetz entsprechende dokumentierte Gefährdungseinschätzung (§ 8 a SGB VIII). Insofern wären emotionale Bedürfnisse darzustellen und mit den medizinischen und räumlichen Belangen abzuwagen gewesen. Die Ausführungen des Jugendamts seien substanzlos und falsch; zudem habe das Jugendamt eine einvernehmliche Einigung über Hilfsangebote nach den Ausführungen der Mutter zerstört. Entgegen § 30 FamFG sei u. a. Frau ... nicht als sachverständige Zeugin vernommen worden. Das AG habe auch eine sekundäre Kindeswohlgefährdung durch Inobhutnahme nicht thematisiert; auch das Gutachten befasse sich mit den Auswirkungen der heimlichen und überfallartigen Herausnahme des Kindes nicht. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung habe überhaupt nicht stattgefunden. Das AG sei unzutreffend von einer gebundenen Entscheidung ausgegangen; nicht einmal die Verfolgung eines legitimen Ziels lasse sich dem angefochtenen Beschluss entnehmen. Eine Gefahr für das Kind durch mangelnde Betreuung liege nicht vor.

Die Mutter beantragt, den angefochtenen Beschluss aufzuheben.

11. Das Jugendamt und die Ergänzungspflegerin treten der Beschwerde entgegen. Sie verteidigen den angefochtenen Beschluss.

#### Aus den Gründen:

II. Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Mutter gegen die teilweise Entziehung der Personensorge für ... hat in der Sache keinen Erfolg. Vielmehr ist über den Entscheidungsausspruch des AG hinaus der Mutter die Personensorge insgesamt zu entziehen. Die Voraussetzungen der §§ 1666, 1666a BGB sind insofern nach einer Gesamtabwägung aller zu berücksichtigenden Umstände sowie unter Berücksichtigung des Vorbringens der Mutter zu bejahen.

1. Nach § 1666 BGB kann das *FamG* den Sorgeberechtigten das Sorgerecht teilweise oder vollständig entziehen, wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet wird und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden. Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, sind nur zulässig, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann (§ 1666a Abs. 1 BGB).

Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB heißt, dass ein Schaden des Kindes bereits eingetreten ist oder eine gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr besteht, dass sich bei weiterer Entwicklung eine erhebliche Schädigung des geistigen

oder leiblichen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt (*BVerfG NJW* 2010, 2333 = *FamRZ* 2010, 713; *BGH NJW* 2017, 1032 = *FamRZ* 2017, 212 mwN; *Palandt/Götz*, BGB, 76. Auflage 2017, § 1666 Rn. 10). ... Die Annahme einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit muss in jedem Fall auf konkreten Verdachtsmomenten beruhen. Nach allgemeinen Grundsätzen der Gefahrenabwehr bestimmt sich die notwendige Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts in Relation zur Wertigkeit des bedrohten Rechtsguts und der zeitlichen Nähe. An die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sind umso geringere Anforderungen zu stellen, je schwerer der drohende Schaden wiegt (*BGH NJW* 2017, 1032 = *FamRZ* 2017, 212; *OLG Karlsruhe NJW* 2009, 3521 = *FamRZ* 2009, 1599; *Staudinger/Coester*, BGB, § 1666 Rn. 91; *MüKo-BGB/Olzen*, 7. Auflage 2017, § 1666 Rn. MUEKOBGB 7 BGB § 1666 Rdnr. 50). Schließlich muss der drohende Schaden für das Kind erheblich sein.

...

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass der Staat nach Möglichkeit versuchen muss, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der leiblichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen (vgl. nur *BVerfG NJW* 2010, 2333 = *FamRZ* 2010, 713 mwN).

Die Richtigkeit erstinstanzlicher Entscheidungen in Kindschaftssachen gemäß § 151 FamFG wird vom BeschwGer. ohne Bindung an das mit der Beschwerde verbundene Ziel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht von Amts wegen vollständig und unabhängig von den Rügen der Beteiligen geprüft. Maßstab der Entscheidung des *Senats* ist allein das Kindeswohl. Ein Bf. muss im Interesse des Kindeswohls sogar eine Schlechterstellung hinnehmen (vgl. *OLG Karlsruhe NJW-RR* 2017, 1286).

2. Nach diesen Maßstäben ist vorliegend zunächst eine Gefährdung des geistig-seelischen Kindeswohls festzustellen (dazu a), der derzeit nur mit der Entziehung der gesamten Personensorge hinreichend sicher begegnet werden kann (dazu b). Eine Übertragung auf den Vater kommt – weiterhin – nicht in Betracht (c).

a) Im Falle einer Rückkehr ... zu ihrer Mutter bestünde zur Überzeugung des *Senats* eine Gefahr für das geistig-seelische Wohl von [X]. Es droht – wie es das AG im angefochtenen Beschluss überzeugend ausgeführt hat – eine seelische Überforderung und emotionale Mangelversorgung des Kindes und letztlich eine erhebliche Beeinträchtigung seiner sozial-emotionalen Entwicklung mit der Gefahr langfristiger, mit psychischen Problemen verbundener Entwicklungsstörungen. Das ergibt sich in erster Linie aus den überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen ... (dazu aa). Diese können sich auf gut dokumentierte Beobachtungen sowie Einschätzungen weiterer Fachkräfte aus jüngster Zeit stützen (bb). Mit den in diesem und anderen Verfahren zu früheren Zeitpunkten dargelegten Einschätzungen der Sachverständigen sowie anderer Sachverständiger stehen die aktuellen Ausführungen nicht im Widerspruch; vielmehr ergibt sich ein stimmiges Gesamtbild, nach dem eine Kindeswohlgefährdung zum jetzigen Zeitpunkt – anders als früher – bejaht werden muss. Der *Senat* ist davon überzeugt, dass die von der Sachverständigen beschriebenen Defizite in der Betreuung ... durch die Mutter nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie auf die Belastungssituation in Folge der Inobhutnahme ..., der Geburt ... und dessen Inobhutnahme zurückge-

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

führt werden können; er kann daher auch nicht annehmen, dass die Gefährdungssituation zum heutigen Zeitpunkt, in dem diese – selbstverständlich stark belastenden – Ereignisse etwas zurückliegen, entfallen wäre (cc). Hinzu kommt, dass Umgangstermine zwischen Mutter und Kind seit Ende März 2017 nicht mehr stattgefunden haben (dd). Dass eine (feststellbare) Schädigung ... sich bislang noch nicht realisiert hat, steht dem Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung nicht entgegen (ee).

aa) Die Sachverständige ..., die dem *Senat* auch aus anderen Verfahren als erfahren und sachkundig bekannt ist, hat in ihrer schriftlichen gutachterlichen Äußerung vom 3.6.2017 (As. I 309 ff.) auf der Grundlage insbesondere der schriftlichen Berichte der Kinderarztpraxis ... (dazu unter bb) und ergänzender Telefonate mit Frau ... zusammenfassend im Wesentlichen ausgeführt:

Aufgrund der schwankenden und im Ergebnis zu wenig überzeugenden persönlichen Entwicklung von Frau [A] berge eine Rückführung zum aktuellen Zeitpunkt die Gefahr einer Kindeswohlgefährdung. Diese würde sich in einer seelischen Überforderung des Kindes manifestieren sowie in einer emotionalen Mangelversorgung. Erkennbar werde dies etwa darin, dass [X] sich Fremden gegenüber distanzlos zeige, sowie in der Parentifizierung des Kindes, welches sich im Kontakt mit der Mutter mehr um deren, als um seine eigenen Bedürfnisse kümmere. Es werde dem Gericht empfohlen, die weitere persönliche Entwicklung der Mutter abzuwarten und (derzeit) keine Rückführung von [X] zu ihrer Mutter zu beschließen. Die Mutter zeige mangelnde Präsenz für die emotionalen Bedürfnisse des Kindes. Diese Aussage werde in Kenntnis der vorhandenen positiven Bindung von [X] zu ihrer Mutter (... freue sich, ihre Mutter zu sehen) getroffen, da die depressive Erkrankung der Mutter ausdauernd sei und nicht zuletzt auch als Folge ihrer Lebensgestaltung gesehen werden müsse ....

Die persönliche Entwicklung der Mutter habe mit den vorhandenen Alltagsanforderungen in der Erziehung und Versorgung [der X] nicht Schritt gehalten. So habe sich ihre Fähigkeit in der Bewältigung des Alltags (Herstellen und Aufrechterhalten einer kindeswohldienlichen Ordnung in der Wohnung) nicht positiv entwickelt. Auch habe sie ihre Problemlösungsstrategien nicht weiterentwickeln können, was sich unter anderem in der Verheimlichung der Schwangerschaft mit ... und in der mangelnden Fähigkeit zur Kooperation mit der SPFH gezeigt habe. Entgegen ihrer Absichtserklärung habe sie es nicht vermocht, eine neue Familienhelferin zu organisieren...

In den Beobachtungen von Frau ... komme eine Parentifizierung von ... zum Ausdruck, die auch in den Beobachtungen der Umgangsbegleiterin Frau ... zu erkennen sei. Es komme zum Ausdruck, dass Frau [A] in der Bewältigung der vergangenen Traumatisierungen und in ihrer (seinerzeit nochmals verschlimmerten) depressiven Verstimmung nicht in der Lage sei, in einem ausreichenden Maß emotional für sich und somit auch nicht für ihre Tochter zu sorgen. Dies habe gravierende Auswirkungen und stelle die damals – zuletzt am 12.10.2016 – bestimmte (noch ausreichende) Erziehungsfähigkeit in Frage und leite in den Bereich der Kindeswohlgefährdung über.

Diese Feststellungen der Sachverständigen sind nachvollziehbar und ihre darauf abgeleitete Einschätzung, dass eine Kindeswohlgefährdung vorliege, plausibel. Dem *Senat* ist die Problematik der Parentifizierung, das heißt des Rollentauschs zwischen Eltern

und Kind, bei dem das Kind in nicht altersgerechter Weise Sorge und Verantwortung für einen Elternteil übernimmt und eigene Wünsche zurückstellt, um Eltern zufriedenzustellen, aus zahlreichen eigenen Verfahren sowie aus der aktuellen Rechtsprechung vertraut (vgl. nur *EGMR* Az. 34499/04 Rn. 35; *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 15.2.2016 – 10 UF 216/14 = *BeckRS* 2016, 03544 Rn. 81; *OLG Hamm*, Beschl. v. 27.6.2011 – 8 UF 63/11 = *BeckRS* 2012, 02315 Rn. 20; *Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags eV FamRZ* 2014, 1157, 1159). Sie wird in der Literatur als typische Folgeerscheinung psychischer Erkrankungen von Eltern oder Elternteilen beschrieben (vgl. *Lau/Lau FamRZ* 2011, 862 mwN).

Die Parentifizierung geht typischerweise einher mit Schuldgefühlen und führt zu einem negativen Selbstbild (vgl. hierzu etwa *EGMR* Az. 34499, Rn. 35). Als drohende (Langzeit-) Folgen für die betroffenen Kinder werden in der Literatur Depressionen, ein fragiles Selbstwertgefühl, Ablösungs- und Identitätsprobleme sowie suizidales Verhalten genannt (vgl. *Lau/Lau FamRZ* 2011, 862 mwN).

bb) Eine wesentliche Tatsachengrundlage findet die Einschätzung der Sachverständigen nachvollziehbar in den aktuellen entwicklungsdiagnostischen Berichten der Facharztpraxis für Kinderheilkunde und Jugendmedizin in ... (1) sowie in den Berichten der Umgangsbegleiterin Frau ...

... (2).

Ähnliche Feststellungen enthält der Bericht der Heilpädagogin Frau ... über die Interaktionsbeobachtungen vom 12.4. und 17.5.2017. ...

...

In Würdigung aller drei Beobachtungen kommt der Bericht vom 1.6.2017 (dort S. 2) zu dem Ergebnis, für [X] sei es langfristig wichtig, dass sie eine stabile, kindgerechte und gute Mutter-Kind Beziehung kennenlernen könne, eine Beziehung, die auch auf emotionaler Basis ihren Bedürfnissen gerecht werden könne. Diese emotionalen Bedürfnisse könne Frau ... zum jetzigen Zeitpunkt nicht erkennen und der Entwicklung des Kindes entsprechend befriedigen. Zum jetzigen Zeitpunkt sei eine Rückführung zur leiblichen Mutter daher nicht zu vertreten, da eine erhebliche Beeinträchtigung der sozial-emotionalen Entwicklung des Kindes zu befürchten sei und damit langfristig Entwicklungsstörungen mit psychischen Problemen. Frau ... benötige Unterstützung; sie müsse erst lernen, auf die Bedürfnisse eines kleinen Kindes einzugehen.

(2) Die Berichte der Umgangsbegleiterin von März 2017 zeigen in noch höherem Maße ein unemotionales, nicht kindgerechtes Verhalten der Mutter.

cc) In ihren früheren Stellungnahmen vom 28.4.2015 und 12.10.2016 hat die Sachverständige eine Kindeswohlgefährdung zwar noch nicht bejaht. Sie hat aber im Oktober 2016 bereits Risikofaktoren der weiteren Entwicklung benannt; es ist für den Senat nachvollziehbar und überzeugend, dass sich die Einschätzung schließlich geändert hat. Im Gutachten vom 28.4.2015 stellt die Sachverständige eine sichere Bindung ... an die Mutter fest. Es hätten keine Daten erhoben werden können, die auf eine Gefährdung des Kindeswohls hindeuteten, wenn sie weiterhin ganztags von Frau ... betreut werde.

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Frau ... sei mit der Versorgung ihrer Tochter nicht überfordert (Gutachten v. 28.4.2015, 156).

Im Gutachten vom 12.10.2016 findet sich bereits ein differenziertes Bild. Die Bindung zwischen [X] und ihrer Mutter wird nach wie vor als gut beschrieben .... Im Rahmen der Interaktionsbeobachtung wird allerdings schon seinerzeit festgestellt, dass Frau ... gegenüber mimisch zurückhaltend bis verarmt wirke und auch in ihrer Innigkeit sehr verarmt sei. Die Sachverständige stufte dies allerdings als „im Rahmen des Spektrums einer im normalen Rahmen liegenden Mutter-Kind-Interaktion“ liegend ein ... In ihrer ergänzenden mündlichen Anhörung äußerte die Sachverständige, dass sie „allenfalls eine mittelfristige bis langfristige Gefahr einer Schädigung des Kindes sehe, wenn sich nicht äußere Umstände der Mutter ändern würden“ ....

Diese seinerzeitige Einschätzung hat die Sachverständige in ihrem Gutachten vom 3.6.2017 aufgrund aktueller Erkenntnisse nachvollziehbar teilweise revidiert und ausgeführt, in der Gesamtschau der aktuellen Beobachtungen werde das seinerzeitige Bild zum jetzigen Zeitpunkt als Ausdruck einer die Interaktionsfähigkeit der Mutter einschränkenden depressiven Entwicklung gesehen ...

Gestützt wird diese Schlussfolgerung weiter dadurch, dass bereits der Sachverständige ... in seinem im Rahmen des Strafverfahrens erstellten Gutachten vom 8.11.2013 als psychische Auffälligkeit bei der Mutter u.a. deren „Beziehungsstörung ... iS erheblicher Schwierigkeiten bezüglich tiefergehenden emotionalen Bindungen, sei es zu Partnern, sei es zu ihren Kindern, aber auch hinsichtlich freundschaftlicher Beziehungen“ festgestellt hat; von verschiedener Seite sei die distanzierte und emotionsarme Interaktion mit ihren Kindern beschrieben worden.... Es handelt sich bei den beschriebenen Schwierigkeiten also durchaus um eine Konstante in der Biographie von Frau ..., unabhängig davon, dass die exakte diagnostische Einordnung nicht ganz einheitlich ist. Während die Sachverständige ... im Einklang mit der Therapeutin und Beistandin der Mutter, Frau ..., von einer depressiven Erkrankung ausgeht, kam der Sachverständige ... zu der Diagnose einer akzentuierten Persönlichkeitsstruktur, ....

Zwar hat ... im Termin vom 21.9.2017 nachvollziehbar und auch gestützt durch den Bericht ihrer Therapeutin Frau ... darauf hingewiesen, dass ihre psychische Verfassung besser sei als insbesondere im Februar/März 2017, als die Inobhutnahme ... noch nicht lange zurücklag und die zweifellos sehr belastende Erfahrung der bereits kurz nach der Geburt erfolgten Inobhutnahme ... noch ganz frisch war. Die offenbar über Jahre hinweg bestehende Kontinuität in der Schwierigkeit beim Aufbau emotionaler Bindungen spricht indes entscheidend dagegen, dass es sich bei der Einschätzung der Sachverständigen nur um eine ungünstige Momentaufnahme handelt.

dd) Eine zusätzliche Problematik ergibt sich daraus, dass es seit dem 23.3.2017 abgesehen von den Interaktionsbeobachtungen keinen weiteren Umgang der Mutter mit [X] mehr gegeben hat.

...

Unabhängig hiervon hält es der *Senat* nach dem durchaus problematischen Verlauf der letzten Kontakte zwischen Mutter und Kind und der aus sachverständiger Sicht darauf gestützten Schlüsse nicht für verantwortbar, eine Rückführung nach einer mehrmona-

tigen Unterbrechung jeglichen Kontakts in Betracht zu ziehen, ohne dass zuvor begleitete Umgangskontakte stattgefunden haben. Solche Kontakte müssten zudem durch ihren Verlauf auf eine substantielle Verbesserung des Interaktionsverhaltens der Mutter schließen lassen.

ee) Wenn eine nachhaltige Schädigung der seelischen Entwicklung ... bislang nicht eingetreten ist – wofür erfreulicherweise Einiges spricht –, kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass eine solche Schädigung auch in Zukunft nicht zu erwarten wäre. Das Gutachten der Sachverständigen vom 12.10.2016 hat zwar die Erziehungsfähigkeit der Mutter bereits als „eingeschränkt/schwankend“ bewertet, doch wurde eine Compensation durch Hilfsangebote als möglich angesehen. Ausdrücklich festgehalten wurde, dass eine Schädigung des Kindes in der Obhut der Mutter nicht eingetreten sei .... In der mündlichen Verhandlung vor dem AG am 20.10.2016 führte die Sachverständige aus, dass [X] offenkundig Schutzfaktoren entwickelt habe ....

Danach spricht aus Sicht des *Senats* zwar einiges dafür, dass [X] über eine hohe Resilienz verfügt, die sie bislang vor einer nachhaltigen Schädigung geschützt haben mag. Die Ergebnisse der aktuellen Interaktionsbeobachtungen (oben bb)(1)) zeigen jedoch deutlich, dass die vorhandenen Schutz- bzw. Resilienzfaktoren Verhaltensauffälligkeiten ... im Umgang mit ihrer Mutter und letztlich auch einer einsetzenden Parentifizierung nicht oder jedenfalls nicht mehr entgegenstehen. Die Sachverständige hat zuletzt ausgeführt, bei [X] handle es sich um ein emotional belastetes Kind, was sich an dem bei ihr durch KiTa und Ergänzungspflegerin beobachteten „Freezing“ bzw. Erstarren des Gesichts gezeigt habe.... .

b) Die Entziehung der gesamten Personensorge ist zur Abwendung der geschilderten Kindeswohlgefährdung erforderlich. Die Maßnahme ist geeignet (aa). Weniger einschneidende Mittel stehen derzeit nicht zur Verfügung (bb-cc).

aa) Die – seit Dezember 2016 bestehende – Fremdunterbringung ... ist geeignet, der Gefahr einer Schädigung ... durch eine nicht kindgerechten Betreuung seitens ihrer Mutter entgegenzuwirken.

Soweit die Beschwerde dies mit der Erwägung in Zweifel zieht, dass auch die Herausnahme des Kindes und die Fremdunterbringung Gefahren für das Kindeswohl mit sich brächten, ist zunächst festzuhalten, dass sowohl die Beobachtungen von Frau ... zum Umgang ... mit ihrer Pflegefamilie (oben a) ee), 4. Absatz) als auch der persönliche Eindruck, den der *Senat* von ... hat, gegen eine Traumatisierung oder sonstige Schädigung des Kindes durch die Inobhutnahme sprechen. Im Übrigen ist maßgebend für den *Senat* nicht die nachträgliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Inobhutnahme, sondern die Frage, ob aktuell im Falle der Fortdauer der Fremdunterbringung eine Gefährdung droht, die mindestens genauso schwer wiegt wie diejenige im Falle einer Rückführung zur Mutter. Dafür aber gibt es nach dem gegenwärtigen Sachstand keinerlei konkrete Anhaltspunkte.

Zur Aufrechterhaltung der bestehenden Fremdunterbringung ist angesichts der klaren Ablehnung dieser Maßnahme durch die Mutter und ihrer fehlenden Kooperation mit dem Jugendamt die Entziehung der gesamten Personensorge erforderlich. Soweit das AG im angefochtenen Beschluss nur Teile der Personensorge entzogen und der Bf. ins-

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

besondere das Umgangsbestimmungsrecht belassen hat, vermag der *Senat* dem nicht zu folgen. ...

bb) Eine Rückführung ... im Rahmen eines Schutzkonzepts, das die Kompensation der Betreuungsdefizite durch die Mutter zum Ziel haben müsste, setzt zunächst die Etablierung eines – funktionierenden, befriedigend verlaufenden – begleiteten Umgangs voraus. ...

cc) Auch die von der Mutter im Termin am 21.9.2017 themisierte und durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung untermauerte Möglichkeit einer betreuten gemeinsamen Unterbringung in einem Mutter-Kind-Heim nach § SGB 19 SGB VIII kann – soweit sie praktisch in Betracht kommt – zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht dazu führen, der Mutter die Personensorge ganz oder teilweise zu belassen.

(1) Ob der dem Jugendamt nunmehr erstmals vorliegende Antrag positiv beschieden werden kann, steht nach Rückfrage beim Jugendamt noch nicht fest. Es wird maßgeblich darauf ankommen, ob sich ein freier, geeigneter Platz in einer Einrichtung in ... oder an einem anderen Ort findet und ob die Bf. sich mit den noch im Einzelnen zu klärenden Rahmenbedingungen einverstanden erklären kann. Es ist jedenfalls – wie das Jugendamt bereits im Verhandlungstermin mitgeteilt hat – nicht von vornherein aufgrund des Alters der Bf., ihrer familiären Situation oä ausgeschlossen, dass die Maßnahme durchgeführt werden kann.....

(2) ...

...

...kann eine erfolgreiche Durchführung der von der Bf. beantragten betreuten gemeinsamen Unterbringung derzeit nicht annähernd sicher prognostiziert werden. ...

Eine (vollständige oder teilweise) Rückübertragung des Sorgerechts zum jetzigen Zeitpunkt wäre damit auch im Fall einer Verbindung mit der Auflage, die geplante betreute Unterbringung in Anspruch zu nehmen, aus Sicht des *Senats* verfrüht, da das Risiko eines Scheiterns zu hoch ist und durch die Rückübertragung des Sorgerechts noch vergrößert würde. Umgekehrt bestehen nach § 1696 Abs. 2 BGB keine Hinderungsgründe für die Mutter, im Falle positiver Entwicklungen jederzeit wieder die jetzt getroffene Entscheidung überprüfen zu lassen.

c) Eine Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater nach § 1680 BGB kommt weiterhin nicht in Betracht. ...Auch im Beschwerdeverfahren hat sich der Vater – abgesehen von einem Hinweis auf seine Verhinderung am Anhörungstermin vom 21.9.2017 und die damit verbundene knappe Äußerung, ... solle zu ihrer Mutter zurückgeführt werden, hilfsweise wolle er für seine Tochter sorgen – nicht beteiligt.

3. Angesichts der unter 2. getroffenen Feststellungen bedarf es derzeit keiner abschließenden Beurteilung, ob und inwieweit das Wohl ... auch darüber hinaus gefährdet ist. Denn die getroffenen Maßnahmen sind jedenfalls ausreichend, um etwaige weitere Gefahren mit abzuwenden. Der Vollständigkeit halber und mit Blick auf die Zukunft merkt der *Senat* an:

a) Die Gefahr einer körperlichen Misshandlung ... durch ihre Mutter darf nach gegenwärtiger Beurteilung durch den *Senat* nicht überbewertet werden. Sie kann aber auch nicht außer Betracht bleiben, sobald eine Rückführung ernsthaft im Raum steht.

Konkrete Hinweise darauf, dass es zu einer körperlichen Misshandlung ... durch ihre Mutter gekommen sein könnte, haben sich bislang lediglich einmal ergeben, nämlich im Zusammenhang mit der Inobhutnahme ... am 8.12.2016. Der – durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung ihres Sohnes ... im Termin vom 21.9.2017 bekräftigten – Angabe der Mutter, sie habe ... nicht geschlagen, stehen nach wie vor gewichtige gegenteilige Indizien gegenüber. ....

Eine strafrechtliche Verurteilung wird sich hierauf jedenfalls nach der im Bewährungswiderrufsverfahren 22 BWL 36/14 geäußerten Einschätzung des *AG und LG Freiburg* auch unter Berücksichtigung der Ermittlungsergebnisse im Verfahren 512 Js 1655/17 nicht stützen lassen.

Der das Strafverfahren prägende Grundsatz „*in dubio pro reo*“ gilt allerdings im Rahmen des Kinder- und Jugendschutzes nach Maßgabe von §§ 1666, 1666a BGB nicht (vgl. *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 16.10.2017 – Aktz.: 18 UF 154/17 = BeckRS 2017, 132301; MüKoBGB/Olzen, 7. Auflage 2017, § 1666 Rn. 64; *OLG Hamm* BeckRS 2010, 00237 = FamRZ 2010, 40, 42) mAnm *Heilmann*; ähnlich, wenn auch missverständlich *OLG Frankfurt a. M.* NJW-RR 1996, 649 = FamRZ 1995, 1432). Maßnahmen auf der Grundlage dieser Vorschriften setzen vielmehr – schon im Ansatz grundsätzlich unabhängig vom Nachweis in der Vergangenheit erfolgter Misshandlungen – lediglich eine gegenwärtige oder unmittelbar drohende Gefährdung des Kindes voraus (vgl. MüKoBGB/Olzen, § 1666 Rn. 50; Staudinger/Coester, BGB, § 1666 Rn. 91).

...

Angesichts dessen werden das Jugendamt und das *FamG* bzw. der *Senat* auch im Falle einer künftigen Rückführung durch Vereinbarung oder Auferlegung eines geeigneten Schutzkonzepts Sorge dafür tragen müssen, dass es unter keinen Umständen zu Misshandlungen der Kinder ... kommt. Insofern kann nicht ohne Weiteres darauf vertraut werden, bei der Betreuung lediglich eines – augenscheinlich auch eher „pflegeleichten“ – Kindes und der Abwesenheit eines problematisches Partners werde „schon nichts passieren“. Das gilt insbesondere angesichts der psychischen Auffälligkeiten ... (vgl. oben 2.a) cc),

#### Hinweise der Redaktion:

*Eingehend zu diesem Fall und der grundsätzlich in der Entscheidung angesprochenen Probleme des Beweismaßes bei Kindeswohlgefährdung im familiengerichtlichen Verfahren einerseits und im Strafverfahren wegen Misshandlung und Verletzung der Fürsorgepflicht andererseits siehe auch: Engelmann, (2017). NZFam, S. 1140-1141.*

#### RECHTSPRECHUNGSHINWEISE