

# RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

*Rainer Balloff*

## Rechtsprechungsübersicht Familienrecht

In diesem Heft werden drei aktuelle obergerichtliche Entscheidungen vorgestellt, die für die Praxis der Rechtspsychologie besondere Relevanz besitzen. Zunächst ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Beachtung des Willens eines Kindes mit intersexuellen Wünschen, danach eine aktuelle OLG-Entscheidung zu familienrechtlichen Fragen, hier zum Entzug der elterlichen Sorge. Zum Abschluss wird eine strafrechtliche Entscheidung des OLG-Hamm vorgestellt, in der es um das mit Blick auf § 1631 d BGB auch in familienrechtlicher Hinsicht relevante und kontroverse Thema der Beschneidung aus religiösen Gründen, hier bezogen auf den Fall eines achtjährigen Jungen geht.

Für jede Entscheidung werden das Gericht, das Datum und das Aktenzeichen sowie in Klammern die Vorinstanz(en) mitgeteilt. Ferner wird eine Quelle angegeben, über die der Volltext komplett recherchierbar ist. Zur besseren Nachvollziehbarkeit werden neben Leitsätzen, soweit zum Verständnis erforderlich, auch Informationen über den jeweils zugrundeliegenden Lebenssachverhalt sowie die Entscheidung(en) der Vorinstanz(en) in zusammenfassender Form vorgestellt. Ferner wird in Auszügen im Wortlaut auf die Gründe der Entscheidung, vor allem deren zentrale rechtliche Begründung eingegangen. Im Anschluss erfolgt in ausgewählten Fällen auch eine Einordnung bzw. Kommentierung durch den Autor der Rechtsprechungsübersicht.

### *1. Erfordernis der Berücksichtigung des Kindeswohls bei Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil*

**BVerfG, Beschluss vom 7.12.2017 – 1 BvR 1914/17 (OLG Naumburg; AG Halle (Saale)),  
BeckRS 2017, 136507**

Leitsätze:

1. Wenn die Familiengerichte nach der Trennung der Eltern auf Antrag eines Elternteils über die künftige Wahrnehmung der elterlichen Sorge entschieden haben, beschränkt sich die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich darauf, zu

DOI: 10.5771/2365-1083-2018-2-269

prüfen, ob die Fachgerichte eine auf das Wohl des Kindes ausgerichtete Entscheidung getroffen und dabei die Tragweite der Grundrechte aller Beteiligten nicht grundlegend verkannt haben. (LS Red. Beck RS)

2. Zur Übertragung der Alleinsorge bei einer sog. Geschlechtsidentitätsstörung des Kindes, wenn es dem anderen Geschlecht angehören will. (LS Red. RPsych)
3. Die Instanzgerichte müssen Feststellungen dazu treffen, welche Entwicklung des Kindes angesichts einer Änderung einer Sorgerechtsregelung in naher Zukunft zu erwarten ist. Hierzu gehört auch, dass Sorgerechtsentscheidungen den Willen des Kindes einbeziehen müssen. Die Grundrechte des Kindes gebieten, bei der gerichtlichen Sorgerechtsregelung einen Willen des Kindes nicht nur festzustellen, sondern diesen auch zu berücksichtigen, soweit das mit seinem Wohl vereinbar ist. (LS Red. RPsych)

Informationen zum Sachverhalt:

*Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist eine Entscheidung zur Aufhebung der vormals gemeinsamen elterlichen Sorge und deren alleinige Übertragung auf einen Elternteil. Entsprechende Anträge lagen von Seiten beider Eltern vor. Seit der Trennung der Eltern im September 2012 wurde ein Wechselmodell praktiziert. Beide Eltern gaben an, im Falle ihrer Alleinsorge das Wechselmodell fortsetzen zu wollen.*

*Das betreffende Kind ist 2008 geboren und personenstandsrechtlich als Junge registriert. Dem Antrag der Mutter ist zu entnehmen, dass das Kind geäußert habe, lieber ein Mädchen sein zu wollen. Es bevorzuge Mädchenkleidung, was auf eine Geschlechtsidentitätsstörung hindeute. Der Vater ignoriere diese Neigung des Kindes und untersage ihm das Tragen von Mädchenkleidung, so dass die gemeinsame Ausübung des Sorgerechts nicht mehr möglich sei.*

*Kurz vor Einschulung des Kindes wurde per einstweiliger Anordnung des AG dem Kindesvater die Entscheidung übertragen, ob das Kind in mädchentypischer Kleidung an schulischen Veranstaltungen teilnehmen solle. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Kindesmutter blieb erfolglos.*

*Das AG holte ein Sachverständigengutachten zu der Frage ein, welcher Elternteil besser in der Lage sei, mit dem Verhalten des Kindes („zeitweises Tragen von Mädchenkleidung“) verantwortungsvoll und angemessen umzugehen und das Kind in seiner Persönlichkeitsentwicklung zu begleiten. Der Sachverständige stellte u.a. grundsätzlich sichere Bindungsmuster des Kindes in Bezug auf beide Eltern fest. Beim Vater erlebe das Kind jedoch Abweisung im Zusammenhang mit seinen mädchenorientierten Verhaltensintentionen und zeige insoweit Unsicherheiten im Bindungsmuster. Das Kind verleugne seinen Wunsch bezüglich des Tragens von mädchentypischer Bekleidung nicht und akzeptiere, dass der Vater diesbezüglich eine Zurückweisung praktiziere. Das Kind habe eindeutig und wiederholt erklärt, gleiche Kontakte zu beiden Eltern haben zu wollen, wobei die Fähigkeit zur autonomen Willensbildung altersgemäß ausgeprägt sei. Das Kind habe ein ausgeprägtes Verhalten gezeigt, einem anderen Geschlecht angehören zu wollen. Es sei eine seit mehr als sechs Monaten bestehende ausgeprägte Dis-*

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

krepanz zwischen dem gewünschten Geschlecht und dem Zuweisungsgeschlecht zu erkennen. Es bestehe der Verdacht auf Vorliegen einer Geschlechtsdysphorie bei Kindern (nach DSM-5) beziehungsweise einer Störung der Geschlechtsidentität des Kindesalters (nach ICD-10). Um die Konsequenzen für die weitere Entwicklung des Kindes im Sinne einer Persönlichkeitsentwicklung und entsprechend seiner Interessen und Entwicklungsbedürfnisse hinreichend sicher prognostizieren und strukturieren zu können, fehle es aber an einer Differenzialdiagnostik. Ohne diese könne keine sichere Aussage zu einer kindeswohlorientierten Erziehung des Kindes formuliert werden.

Eine von den Eltern daraufhin veranlasste Differenzialdiagnostik am Universitätsklinikum M kam zu dem Ergebnis, bei dem Kind liege eine Geschlechtsdysphorie vor. Vor diesem Hintergrund sei es für die kindliche Entwicklung essenziell, dass es mit seinen Gefühlen und Wünschen ernst genommen und Wege gefunden würden, dass es in seinem gefühlten Geschlecht in allen realen Bezügen zufrieden leben könne.

Die Kindesmutter ging dann in der Folgezeit dazu über, das Kind mit einem weiblichen Vornamen anzusprechen und kommunizierte dies auch in der Schule des Kindes.

Im Ergebnis übertrug das AG dem Kindesvater gemäß § 1671 BGB das alleinige Sorgerecht.

Zur Begründung dieser Entscheidung verwies das Amtsgericht darauf, dass eine der Empfehlung des gerichtlichen Sachverständigen entsprechende Diagnostik bisher nicht durchgeführt sei. Die Untersuchung der Universitätsklinik M. hätte sich auf halbstündige Gespräche mit den Eltern und dem Kind beschränkt, hormonelle oder endokrino- logische Untersuchungen hätten nicht stattgefunden. Gewichtiges Kriterium für die Entscheidung des AG sei deshalb, wie die Kindeseltern mit dem besonderen Verhalten des Kindes – dem zeitweisen Hang zu mädchenotypischer Kleidung, der zeitweisen Namenswahl sowie dem zum Teil geäußerten Wunsch, ein Mädchen sein zu wollen – umgingen und insbesondere deren beabsichtigte weitere Vorgehensweise vor dem Hintergrund der bisher durchgeföhrten Diagnostik. Dabei gehe die Kindesmutter von einer feststehenden Geschlechtsdysphorie aus und wolle ihre „Tochter“ in deren weiblichen sexuellen Identität stärken und fördern während der Kindesvater die diagnostische Feststellung einer Geschlechtsdysphorie – in Anerkennung der Symptome einer solchen – in Zweifel ziehe und insofern eine psychotherapeutische Begleitung des Kindes befürworte.

Prognostisch sei die von der Kindesmutter praktizierte Verfahrensweise – die Förderung eines frühzeitigen und vollständigen Geschlechterrollenwechsels im Kindesalter – nur gerechtfertigt, wenn von einem überwiegend wahrscheinlichen Fortbestehen der Geschlechtsidentitätsstörung bis in das Erwachsenenalter ausgegangen werden könnte, was nach der Datenlage aber nicht der Fall sei. Der alternative Erziehungsansatz hingegen, der allenfalls moderat lenkend das Risiko des Fortbestehens einer Geschlechtsidentitätsstörung mit nachfolgender transsexueller Entwicklung zu minimieren suche, erscheine vorzugswürdig. Allein der Vater gewährleiste einen solchen Erziehungsansatz.

Im Zuge der gegen diesen Beschluss beim OLG eingelegten Beschwerde der Kindes- mutter wurde eine ergänzende Stellungnahme des Universitätsklinikums M. vorgelegt,

die von einer gesicherten Diagnose einer Geschlechtsdysphorie ausgeht. Das Kind habe hierzu eindrücklich und ausführlich Auskunft gegeben. Bei dem Kind liege eine Diskrepanz zwischen dem bei Geburt zugewiesenen Geschlecht und der gefühlten Geschlechtsidentität vor. Daher habe man in dem Arztbrief geraten, dem Kind den Rollenwechsel und das Ausleben der gefühlten Geschlechtsidentität zu ermöglichen, um weitreichende psychische Folgen zu vermeiden. Da eine sichere Prognose nicht gestellt werden könne, sei eine Offenheit bezüglich des Entwicklungsverlaufes notwendig. Einen sozialen Geschlechterrollenwechsel vorzuenthalten, könne mit weitreichenden negativen Folgen für das Kind verbunden sein. Die Diagnostik einer Geschlechtsdysphorie erfolge nicht anhand endokrinologischer Parameter, sondern aufgrund einer psychologischen Diagnostik. Nach allgemeiner wissenschaftlicher Erkenntnis sei die Geschlechtsidentität nicht von außen zu steuern. Deshalb würden alle Ansätze, die darauf abzielten, die Geschlechtsidentität zu beeinflussen, als unethisch bewertet. Bei dem Kind sei deutlich geworden, wie sehr es bemüht sei, sich den jeweiligen Erwartungen der Eltern anzupassen.

Die Beschwerde der Kindesmutter blieb im Ergebnis erfolglos.

In der Begründung führte das OLG aus, dass die Einholung eines weiteren Gutachtens nicht notwendig gewesen sei, da sowohl das vorliegende Gutachten als auch die Stellungnahme des Universitätsklinikums M. ausgeführt hätten, dass es bei einer Vielzahl der Kinder im Jugendalter mit Beginn oder im Verlauf der Pubertät zu einem klinisch relevanten Rückgang des Geschlechtsdysphorieerlebens komme, so dass bei dem derzeit 8-jährigen Kind noch keine Vorhersage getroffen werden könne.

Das OLG schloss sich insoweit der Argumentation des AG an, wonach das Verhalten des Kindes nicht als eindeutig geschlechtsdysphorisch, sondern ambivalent anzusehen sei. Selbst wenn es sich anders verhielte, dürfe dem Kind nicht die Entscheidung überlassen werden, sich als Mädchen oder Junge zu kleiden, wie es das Kind bei seiner persönlichen Anhörung zum Ausdruck gebracht habe. Bereits die Auswahl der von ihm zu tragenden Kleidung dürfe nicht dem Kind überlassen werden. Auch hier müsse man sich gegen den Willen des Kindes durchsetzen, um das Kind in der Schule vor Hänsleien, Repressalien, Hohn und Spott zu schützen, zumal der Junge bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat geäußert habe, dass es für ihn nicht schlimm sei, wenn er in einer für einen Jungen typischen Bekleidung die Schule besuche.

Der subjektive Wille eines Kindes sei nach Auffassung des OLG nur zu berücksichtigen, soweit er objektiv mit dem Wohl des Kindes vereinbar sei. So stehe nach dem Willen des Gesetzgebers die Überwindung eines kindlichen Widerstands durch erzieherische Mittel der Eltern im Vordergrund und der Wille des Kindes trete zurück, und auch eine gerichtliche Entscheidung dürfe nicht allein vom subjektiven Willen des Kindes abhängig gemacht werden. Dies gelte erst recht bei Kindern, die erst bis zu zwölf Jahre alt seien und bei denen die Rechtsprechung davon ausgehe, dass der das Kind betreuende Elternteil „regelmäßig“ in der Lage sei, durch gezielte erzieherische Maßnahmen auf einen entgegenstehenden Kindeswillen einzuwirken.

Die gegen diesen Beschluss erhobene Anhörungsprüfung der Kindesmutter wies das OLG ebenfalls zurück. Im Rahmen der Verfassungsbeschwerde rügt die Kindesmutter eine

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

*Verletzung ihres Elternrechts aus Artikel 6 Abs. 2 Satz 1 GG und des Rechts auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG]*

Aus den Gründen:

... " Die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist nicht mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vereinbar. ...

Für den Fall, dass die Voraussetzungen für eine gemeinsame Wahrnehmung der Sorge fehlen, bedarf das Elternrecht der gesetzlichen Ausgestaltung (vgl. BVerfGE 92, 158, 178 f., 107, 150, 169, 173). Dabei hat der Staat aufgrund seines ihm durch Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG auferlegten Wächteramtes sicherzustellen, dass sich die Wahrnehmung des Elternrechts am Kindeswohl ausrichtet (grundlegend BVerfGE 55, S. 171, 178 f.; vgl. BVerfGE 127, 132, 146; ständige Rspr). Weil die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraussetzt und ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen ihnen erfordert, darf der Gesetzgeber einem Elternteil die Hauptverantwortung für das Kind für den Fall zuordnen, dass die Voraussetzungen für eine gemeinsame Wahrnehmung der Elternverantwortung fehlen (vgl. BVerfGE 107, 150, 169, 127, 132, 146 f.). ...

Die Aufhebung der gemeinsamen Sorge muss am Wohl des Kindes ausgerichtet sein (vgl. BVerfGE 55, 171, 179). Die Übertragung der alleinigen Sorge auf einen Elternteil setzt keine Kindeswohlgefährdung voraus, wie sie nach ständiger Rechtsprechung bei einer Trennung des Kindes von seinen Eltern nach Art. 6 Abs. 3 GG bestehen muss (zuletzt BVerfGE 136, 381, 391, Rn. 28; näher BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 – 1 BvR 2569/16 –, juris, Rn. 44; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 13. Juli 2017 – 1 BvR 1202/17 –, juris, Rn. 16 m.w.N.). Das Wohl des Kindes ist aber auch bei Aufhebung der gemeinsamen Sorge und der Übertragung des Sorgerechts auf nur einen Elternteil oberste Richtschnur. Das Kind ist als ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit unter den besonderen Schutz des Staates gestellt. Jede gerichtliche Lösung eines Konflikts zwischen Eltern, die sich auf die Zukunft des Kindes auswirkt, muss daher das Kind in seiner Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigen (grundlegend BVerfGE 55, 171, 179; ständige Rspr).

Sorgerechtsentscheidungen müssen danach den Willen des Kindes einbeziehen. Die Grundrechte des Kindes gebieten, bei der gerichtlichen Sorgerechtsregelung den Willen des Kindes zu berücksichtigen, soweit das mit seinem Wohl vereinbar ist (grundlegend BVerfGE 55, 171, 182; vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Mai 2009 – 1 BvR 142/09 –, juris, Rn. 19; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22. September 2014 – 1 BvR 2102/14 –, juris, Rn. 13). Mit der Kundgabe seines Willens macht das Kind von seinem Recht zur Selbstbestimmung Gebrauch. Hat der Kindeswille bei einem Kleinkind noch eher geringes Gewicht, so kommt ihm im zunehmenden Alter des Kindes vermehrt Bedeutung zu. Nur wenn die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständiger verantwortungsvollem Handeln berücksichtigt werden, kann das Ziel erreicht werden, das Kind darin

zu unterstützen, zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu werden (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Mai 2009 – 1 BvR 142/09 –, juris, Rn. 19).

Wenn die Familiengerichte nach der Trennung der Eltern auf Antrag eines Elternteils über die künftige Wahrnehmung der elterlichen Sorge zu entscheiden haben, bleibt es in erster Linie ihnen vorbehalten, zu beurteilen, inwieweit die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf einen Elternteil dem Wohl des Kindes entsprechen. Die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts beschränkt sich hier grundsätzlich darauf, zu prüfen, ob die Fachgerichte eine auf das Wohl des Kindes ausgerichtete Entscheidung getroffen und dabei die Tragweite der Grundrechte aller Beteiligten nicht grundlegend verkannt....

Die vom Oberlandesgericht getroffene Sorgerechtsentscheidung genügt den Anforderungen des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auch unter Berücksichtigung des zurückgenommenen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs nicht. ... Jedenfalls werden die zur Begründung des Alleinsorgerechts des Vaters getroffenen Feststellungen des Oberlandesgerichts der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Kindeswohls für die Sorgerechtsentscheidung nicht gerecht. ...

Diese Feststellungen des Oberlandesgerichts bieten keine verfassungsrechtlich ausreichende Grundlage für eine am konkreten Wohl des Kindes im Einzelfall orientierte Entscheidung. Mit den wesentlichen Fragen des Kindeswohls, die sich hier aufdrängen, hat sich das Gericht nicht auseinandergesetzt.

Im Ausgangspunkt tragfähig mag die Annahme des Gerichts sein, das Kind benötige im Hinblick auf die künftige Entwicklung der Geschlechtsidentität ein „möglichst ergebnisoffenes, akzeptierendes und unterstützendes Vorgehen“. Ausgehend von den Darlegungen des Gerichts ist jedoch schon nicht nachvollziehbar, wie es zu der Einschätzung gelangt, der Vater, nicht aber die Mutter gewährte ein solches Vorgehen. Dem widersprechen bereits die gerichtliche Erwartung, dass sich gerade der Vater „gegen den Willen des Kindes durchsetzen“ werde, die Feststellungen der Sachverständigen, wonach das Kind beim Vater eine Abweisung im Zusammenhang mit seinen mädchenorientierten Verhaltensintentionen erlebe und insoweit eine Unsicherheit im Bindungsmuster zum Vater zeige wie auch der Umstand, dass der Vater in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes beantragt hat, die Mutter zu verpflichten, den gemeinsamen Sohn „seinem Geschlecht entsprechend zu kleiden und es zu unterlassen, ihn in mädchenartiger Kleidung in die Öffentlichkeit gehen zu lassen“.

Vor allem trifft das Gericht keine Feststellungen zur aktuellen Kindeswohlsituation und deren aufgrund der Sorgerechtsregelung zu prognostizierenden Entwicklung in der nächsten Zukunft. In der Entscheidung des Oberlandesgerichts finden sich keine Feststellungen zur aktuellen Bedürfnislage des Kindes und dazu, welche Faktoren diese Bedürfnislage hier bestimmen. Das Gericht hat insbesondere nicht danach gefragt, welche Auswirkungen es kurz- und mittelfristig auf das Kind und seine Persönlichkeitsentwicklung hat, wenn der Vater, wie es das Gericht im Falle seiner Alleinsorge erwartet, dem Wunsch des Kindes, (zeitweise) Mädchenkleidung zu tragen, nicht entgegenkommt. Hierzu hätten schon deswegen Feststellungen getroffen werden müssen,

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

weil es nach den Einschätzungen des gerichtlichen Gutachters und des Universitätsklinikums M. mit weitreichenden negativen Folgen für das Kind verbunden sein kann, wenn ihm ein gewünschter (zeitweiser) sozialer Geschlechterrollenwechsel vorenthalten wird. Die fachärztliche Stellungnahme hat insoweit das Risiko schwerer reaktiver Symptome und weitreichender psychischer Folgen genannt, womit sich das Oberlandesgericht nicht auseinandersetzt hat. Unabhängig davon, ob die Diagnose einer Geschlechtsdysphorie im klinischen Sinn als gesichert anzusehen ist oder nicht und unabhängig davon, wie wahrscheinlich es ist, dass sich eine Geschlechtsdysphorie zurückbilden könnte, wäre hier zu fragen gewesen, wie es sich auswirkt, wenn das Kind aktuell daran gehindert wird, seinem Wunsch gemäß (zeitweise) als Mädchen aufzutreten. Auch die Entscheidung des Amtsgerichts verstößt gegen Art. 6 Abs. 2 GG, weil auch sie keine verfassungsrechtlich hinreichenden Feststellungen zum Kindeswohl trifft, sondern ebenfalls ausschließlich auf eine mögliche „Auflösung der Geschlechtsidentitätsstörung“ in der Zukunft abstellt, ohne sich mit der aktuellen Bedürfnislage des Kindes im konkreten Fall zu befassen.“

Anmerkungen und Kommentar des Verfassers:

*Ganz sicher wird das Thema Geschlechtsidentität und vor allem Geschlechtsumwandlung des Kindes, hierzu Wunsch und Wille des Kindes und medizinische sowie psychologische Diagnostik und Behandlung, weiterhin ein wichtiges Thema zum Wohl des Kindes sein. Offenbar stehen nach wie vor elterliches Erziehungsrecht, Persönlichkeitsrecht des Kindes, medizinische Behandlungsmaßnahmen und Sorgerechtseingriffe durch das Familiengericht noch längst nicht im Einklang.*

*Hier liegt der Fall noch relativ einfach, weil offenbar drohende medizinische und körperliche Eingriffe noch nicht geplant sind. Der Junge wünscht sich, in Mädchenkleidern in die Schule zu gehen, was der Vater nicht erlauben will.*

*Anders der Fall eines 16 Jahre alten Mädchens, bei dem auf Betreiben der Mutter, der die Gesundheitssorge für ihre Tochter entzogen wurde, weil eine gegengeschlechtliche Hormontherapie eingeleitet werden sollte, bevor über den bereits gestellten Antrag auf Geschlechtsumwandlung des Kindes nach dem Transsexuellengesetz entschieden worden ist (OLG Dresden, FamRZ 2018, 65 (1), 32-35).*

*Das Verbot des Vaters im hier angeführten Fall des achtjährigen Jungen erinnert fatal an die frühere Misere homosexueller männlicher Kinder, Jugendlicher oder junger Erwachsener<sup>1</sup> und deren coming-out, was die Eltern oft nicht wahrhaben wollten, ignorierten, in Abrede stellten oder sogar verboten haben.*

*Hier hat das Bundesverfassungsgericht in begrüßenswerter Weise nochmals nachdrücklich auf die Persönlichkeitsrechte von Kindern sowie das Erfordernis einer differenzierteren Bestimmung des Kindeswohls im Einzelfall hingewiesen.*

1 Der § 175 StGB existierte vom 1. Januar 1872 (Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches) bis zum 11. Juni 1994. Er stellte allerdings nur sexuelle Handlungen zwischen Personen männlichen Geschlechts unter Strafe.

Weiterführende Literatur:

Balloff, R. (2017). Intersexualität. *Rechtspsychologie*, 3 (3), 324-331.

Barth, E., Böttger, B., Ghattas, D.C. & Schneider, I. (Hrsg.) (2013). *Inter. Erfahrungen intergeschlechtlicher Menschen in der Welt der zwei Geschlechter. Lebensgeschichten aus über zehn Ländern*. Berlin: NoNo-Verlag.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (2016). *Situation von trans- und intersexuellen Menschen im Fokus. Sachstandsinformation des BMFSFJ. Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 5*. Berlin: Referat für Öffentlichkeitsarbeit.

Deutscher Ethikrat (2011). *Statement der IVIM / OII-Deutschland zur Frage der Medizinische Behandlung – Indikation – Einwilligung*, vom 9.6.2011.

Ghettas, D.C. (2013). *Menschenrechte zwischen den Geschlechtern. Vorstudie zur Lebenssituation von Inter\*Personen. Band 34 der Reihe Demokratie*, 2. Fassung. Im Auftrag und herausgegeben von der Heinrich-Böll-Stiftung: Berlin.

Klöppel, U. (2016). *Zur Aktualität kosmetischer Operationen „uneindeutiger“ Genitalien im Kindesalter*. Berlin: Humboldt-Universität zu Berlin: Download: [www.gender.hu-berlin.de/forschung/publikationen/gender-bulletins](http://www.gender.hu-berlin.de/forschung/publikationen/gender-bulletins)

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. (2016). S2k – Leitlinienvarianten der Geschlechtsentwicklung, aktueller Stand 07/2016.

Tönsmeyer, B. (2012). *Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern – de lege lata und de lege ferenda*. Baden-Baden: Nomos.

## 2. Entzug der elterlichen Sorge trotz Vollmachtserteilung der Eltern an das Jugendamt

**OLG Bremen, Beschluss vom 4.1.2018 – 4 UF 137/17, (AG Bremen)**  
BeckRS 2018, 97

Leitsätze:

1. Eltern können das Jugendamt zur Ausübung der elterlichen Sorge bzw. von Teilbereichen der elterlichen Sorge bevollmächtigen, wodurch sich Maßnahmen nach § 1666 Abs. 3 BGB erübrigen können.
2. Durch eine Vollmachtserteilung an das Jugendamt werden die Eltern als Inhaber der rechtlichen Sorge für ihr Kind nicht aus ihrer Elternverantwortung entlassen. Sie sind daher zur fortdauernden Kommunikation und Kooperation mit dem bevollmächtigten Jugendamt verpflichtet, um eine dem Kindeswohl entsprechende Sorgerechtsausübung zu gewährleisten.

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

3. Erfüllen die Eltern die Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit dem bevollmächtigten Jugendamt nicht, kommen – trotz Vollmachtteilung – Maßnahmen nach § 1666 Abs. 3 BGB in Betracht.

Informationen zum Sachverhalt:

*Der für seine – aktuell 6-jährige – Tochter X allein sorgeberechtigte Kindesvater legte Beschwerde gegen eine Entscheidung des Familiengerichts ein, wonach ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das Recht zur Gesundheitsfürsorge und das Recht zur Beantragung öffentlicher Hilfen für seine Tochter entzogen wurden.*

*Der Kindergarten, den X seit Sommer 2014 besuchte, meldete dem Jugendamt eine Kindeswohlgefährdung, in der er auf massive Entwicklungsverzögerungen, insbesondere im sprachlichen Bereich hinwies. Daraufhin wurde im Dezember 2014 vom Jugendamt ein Krisendienst installiert. Dieser konstatierte, dass die Kindeseltern die Hilfe ablehnten und überwiegend keinen Handlungsbedarf bezüglich der damals dreijährigen X sahen. Eine anschließend begonnene sozialpädagogische Familienhilfe wurde Ende Februar 2016 aufgrund der massiven Ablehnung durch die Kindeseltern beendet.*

*Auf Antrag der Kindesmutter – die sich zwischenzeitlich vom Kindesvater getrennt, ihm das Kind überlassen und seitdem keinen Kontakt mehr zu X aufgenommen hatte – wurde im Mai 2016 durch das AG Bremen dem Kindesvater die Alleinsorge für X übertragen.*

*Der Kindesvater lehnte weiterhin die Zusammenarbeit mit dem Jugendamt ab und war über mehrere Monate für das Jugendamt nicht erreichbar. X fiel im Kindergarten weiterhin durch Entwicklungsverzögerungen und aggressives Verhalten auf. Der Kindergarten äußerte auch einen Verdacht auf Medikamenten- oder Drogenmissbrauch des Kindesvaters. Zu Gesprächen mit der Einrichtung sei der Kindesvater nicht bereit.*

*Im November 2016 verlor der Kindesvater auf Grund einer Zwangsräumung seine Wohnung und übernachtete seitdem bei seinen Eltern. Seine Mutter äußerte gegenüber dem Kindergarten Sorge hinsichtlich seines Gesundheitszustandes; ihr Sohn müsse starke Medikamente nehmen und werde dadurch zunehmend aggressiv.*

*Im November 2016 beantragte das Jugendamt im Wege der einstweiligen Anordnung, dem Kindesvater die elterliche Sorge gemäß § 1666 BGB zu entziehen. Im Rahmen der mündlichen Anhörung räumte der Kindesvater ein, etwa einmal wöchentlich, „Gras“ zu rauchen und erklärte sich mit der Durchführung einer Haaranalyse, der wöchentlichen Abgabe einer Urinprobe und der Zusammenarbeit mit der Familienhilfe einverstanden, woraufhin das einstweilige Anordnungsverfahren für erledigt erklärt wurde. Nach der Abgabe der Haarprobe räumte der Kindesvater gegenüber dem Jugendamt weiter ein, dass er vor der Geburt des Kindes heroinabhängig gewesen sei und seit fünf Jahren mit Polamidon substituiert werde. Die Haaranalyse ergab auch den von ihm bereits eingeräumten Cannabisbeigebrauch.*

*Während einer im Februar 2017 durchgeföhrten mündlichen Anhörung, erklärte der Kindesvater seine Zustimmung zur Unterbringung seiner Tochter im H.-Haus. Er erklärte, mit dem Jugendamt zusammenzuarbeiten, Umgänge im H.-Haus regelmäßig*

wahrzunehmen und dem Jugendamt Vollmachten hinsichtlich der Gesundheitsfürsorge und des Rechtes, öffentliche Anträge zu stellen, zu erteilen, was auch so protokolliert wurde. Daraufhin beendete das AG das Hauptsacheverfahren mit dem Beschluss, von Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a BGB abzusehen.

Der Kindesvater nahm Umgangskontakte zu seiner Tochter im H.-Haus wahr, trat gegenüber dortigen Betreuern aber häufig aggressiv auf und äußerte in Gegenwart des Kindes lautstark Kritik. Trotz der erteilten Vollmachten lies der Kindesvater es nicht zu, dass die Bezugsbetreuerin von X bei Gesprächen und an der Untersuchung des Kindes teilnimmt. Er war nicht bereit, dem Jugendamt eine Schweigepflichtentbindung auszustellen. Der Kindesvater entzog den Mitarbeitern im H.-Haus die Krankenkassenkarte der X, so dass keine Arztbesuche mehr durch das H.-Haus bzw. das Jugendamt mit X durchgeführt werden konnten. Termine zu Gesprächen mit dem Jugendamt konnten mit dem Kindesvater nicht vereinbart werden. Es kam zur Bedrohung der zuständigen Casemanagerin. Im April 2017 gab der Kindesvater die Krankenkassenkarte der X wieder heraus. Schließlich erklärte der Kindesvater gegenüber Mitarbeitern des Jugendamtes und des H.-Hauses, er sei mit einer weiteren Unterbringung seines Kindes im Heim oder in einer Pflegefamilie nicht einverstanden.

Auf Antrag des Jugendamtes entzog das AG Bremen im Juni 2017 dem Kindesvater vorläufig das Aufenthaltsbestimmungsrecht für X.

Im August 2017 beantragte das Jugendamt Bremen, dem Kindesvater das Recht zur Gesundheitsfürsorge und das Recht zur Beantragung öffentlicher Hilfen für X zu entziehen. Zur Begründung gab das Jugendamt an, dass es trotz der erteilten Vollmachten nicht handlungsfähig sei, da der Kindesvater weiterhin die Zusammenarbeit verweigere und die Maßnahmen zur Gesundheitsfürsorge für X durch nicht abgesprochenes Verhalten torpediere. Der Kindesvater trete aggressiv und bedrohlich auf. Auch gebe er dem H.-Haus Ärzte und Arzttermine für seine Tochter vor, was für das Kinderheim nur schwer umzusetzen sei. Im Ergebnis entzog das AG Bremen dem Kindesvater das Aufenthaltsbestimmungsrecht, die Gesundheitsfürsorge und das Recht, Anträge auf öffentliche Leistungen zu stellen und bestellte das Jugendamt Bremen zum Pfleger.

Gegen diesen Beschluss legte der Kindesvater im Oktober 2017 beim AG Bremen Beschwerde ein. Er beantragt, den angefochtenen Beschluss aufzuheben, da es angesichts der Vollmachtseitelung keine Veranlassung gebe, ihm die elterliche Sorge zu entziehen.]

Aus den Gründen:

"Die statthafte (§ 58 FamFG), form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde des Kindesvaters ist zulässig, aber unbegründet. ....

Nur durch die Fremdunterbringung der sechsjährigen X. kann die ihr durch einen Verbleib bei dem Kindesvater sonst drohende Kindeswohlgefährdung abgewendet werden. Da sich der Kindesvater nicht mit einer Fremdunterbringung seines Kindes in einer Pflegeeinrichtung einverstanden erklären konnte, hat das Amtsgericht – Fami-

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

liengericht – Bremen ihm zu Recht das Aufenthaltsbestimmungsrecht für seine Tochter entzogen.

Eine Trennung des Kindes von seinen Eltern kommt nur im Ausnahmefall in Betracht, wenn die Kindeseltern nicht in der Lage sind, eine dem Kind drohende Gefährdung abzuwenden. Gemäß §§ 1666, 1666a BGB kann das Familiengericht immer, wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden und dieser Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann, Maßnahmen bis hin zur Entziehung der Personensorge treffen. Hierbei muss es sich um eine gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr handeln, dass sich voraussagen lässt, dass bei unveränderter Weiterentwicklung der Verhältnisse bei dem Kind mit ziemlicher Sicherheit eine erhebliche Schädigung eintritt. Wegen des elterlichen Erziehungsvorrangs muss das Kindeswohl nachhaltig und schwerwiegend gefährdet sein (Palandt/Götz, BGB, 77. Aufl., § 1666 Rn. 8).

Soweit es um die Trennung des Kindes von seinen Eltern als dem stärksten Eingriff in das Elternrecht geht, ist dieser allein unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 GG zulässig. Danach dürfen Kinder gegen den Willen des Sorgeberechtigten nur aufgrund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosten drohen. Nicht jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit der Eltern berechtigt den Staat auf der Grundlage seines ihm nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zukommenden Wächteramtes, die Eltern von der Pflege und Erziehung ihres Kindes auszuschalten oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen. Das elterliche Fehlverhalten muss vielmehr ein solches Ausmaß erreichen, dass das Kind bei einem Verbleiben in der Familie in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist (vgl. BVerfG, FamRZ 2015, 112). Für derartige Maßnahmen gelten daher besonders hohe Anforderungen. Zudem darf Eltern das Sorgerecht für ihre Kinder nur unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit entzogen werden. Deshalb muss der Staat nach Möglichkeit versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der leiblichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen (BVerfG, FamRZ 2012, 1127). Erforderlich ist eine Maßnahme nur dann, wenn aus den zur Erreichung des Zwecks gleich gut geeigneten Mitteln das mildeste, also das die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigende Mittel gewählt wird. Dabei ist auch zu beachten, dass ein Eingriff in das Elternrecht regelmäßig durch eine Unterbringung des Kindes bei Verwandten abgemildert werden kann (BVerfG, FamRZ 2015, S. 208, Rn. 18f.).

Gemessen an diesen strengen verfassungsrechtlichen Maßstäben hat das Familiengericht dem Kindesvater zu Recht und mit zutreffender Begründung das Aufenthaltsbestimmungsrecht für X. entzogen und dem Jugendamt Bremen als Pfleger übertragen.

Der seit dem 4.5.2016 allein sorgeberechtigte Kindesvater ist nicht in der Lage, für seine mittlerweile sechsjährige Tochter eine ihrem Wohl entsprechende Unterbringung und Versorgung zu gewährleisten. Es fehlt bereits an einer geeigneten Unterkunft für das Kind. ... Stattdessen kam es in der Vergangenheit zu ständig wechselnden Aufent-

halten des Kindesvaters und der Tochter im Haushalt der Mutter bzw. des Vaters des Kindesvaters. Bei den beiden Wohnungen der Großeltern handelt es sich nicht um kindgerechte Unterkünfte, da bereits die Anzahl der Räume für die Anzahl der Personen zu gering ist. ...

Einem Verbleib des Kindes beim Kindesvater steht auch entgegen, dass der Kindesvater weiterhin erheblich gesundheitlich beeinträchtigt zu sein scheint. ... Im Sommer 2017 hat er gegenüber dem Verfahrensbeistand geäußert, dass sein Arzt die Substitutionsdosis in Kürze auf null herabsetzen werde. Ob dies geschehen ist, ist nicht vorgebragen worden. Dies bedarf allerdings auch keiner weiteren Aufklärung. Denn es ist unstrittig, dass der Kindesvater neben der Substitution mit Polamidon weitere Drogen konsumiert. ...

Gegen einen Verbleib des Kindes beim Kindesvater spricht zudem, dass der Kindesvater ein sehr aggressives Verhalten gegenüber verschiedenen Personen an den Tag legt. ... So wurde er häufig gegenüber den Betreuern und Mitarbeitern der unterschiedlichen Einrichtungen beleidigend und ausfallend und hat zudem die zuvor für ihn zuständige Casemanagerin beim Jugendamt bedroht, so dass ein Austausch der Casemanagerin veranlasst war...

Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das Kind aufgrund seines erheblichen Entwicklungsrückstandes an die betreuende Person auch besondere Anforderungen stellt, die der Kindesvater zumindest bisher nicht erfüllen kann; er war in der Vergangenheit immer auf die umfangreiche Unterstützung durch seine Mutter angewiesen, nachdem die Kindesmutter Anfang 2016 die Familie verlassen hatte. Eine professionelle Betreuung des Kindes in der Pflegeeinrichtung, in der es sich nach Auskunft des Verfahrensbeistandes bereits gut eingelebt hat, ist hier erforderlich.

Mildere Maßnahmen als der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechtes sind ebenfalls nicht ersichtlich. ...

Das Amtsgericht – Familiengericht – Bremen hat zudem zu Recht die Gesundheitsfürsorge und das Recht zur Beantragung öffentlicher Hilfen für X dem Kindesvater entzogen und auf das Jugendamt Bremen als Pfleger übertragen. Auch hier würde bei einem Verbleib dieser Sorgerechtsanteile beim Kindesvater eine Kindeswohlgefährdung eintreten bzw. fortbestehen (§§ 1666, 1666a BGB).

Der Kindesvater hat insbesondere im Hinblick auf diese beiden Sorgerechtsanteile in seiner Beschwerdebegründung ausgeführt, dass es für den Entzug dieser Sorgerechtsanteile keine Veranlassung gäbe, da er am 9.2.2017 dem Jugendamt insofern Vollmachten erteilt habe, die er auch nicht widerrufen habe. ...

Grundsätzlich ist anerkannt, dass die Erteilung einer Sorgerechtvollmacht einen Eingriff in die elterliche Sorge gemäß § 1666 Abs. 3 BGB erübrigen kann. ...

So kann sich eine von den Eltern dem Jugendamt erteilte Sorgerechtvollmacht als milderes Mittel darstellen, wenn die Eltern nicht nur zu deren Erteilung, sondern auch zur fortdauernden Kommunikation und Kooperation mit dem Jugendamt bereit sind. Bei fehlender Dauerhaftigkeit einer Kooperation, also einem voraussehbaren baldigen Widerruf, fehlt schon die „Eignung“ dieser Lösung (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 1.2.2013, Az. 5 UF 315/12 – juris)....

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Durch eine derartige Auftrags- und Vollmachtseteilung werden die Eltern aber nicht aus ihrer Elternverantwortung entlassen. Vielmehr bleiben sie Inhaber der rechtlichen Sorge und müssen den Sorgerechtsbevollmächtigten sorgfältig auswählen, informieren und kontrollieren (DIJuF-Rechtsgutachten, a.a.O.). ...

Aufgrund der Regelung des § 1666 BGB kann das Jugendamt somit verpflichtet sein, eine bereits erteilte Sorgerechtswollmacht niederzulegen und ein familiengerichtliches Verfahren mit dem Ziel des Sorgerechtsentzugs gemäß §§ 1666, 1666a BGB anzuregen, wenn die Ausübung von elterlicher Sorge im Rahmen einer Sorgerechtswollmacht das Wohl des Kindes gefährdet (vgl. Hoffmann, JAmt 2015, S. 6). ...

Der Kindesvater hat dem Jugendamt in dem Termin am 9.2.2017 auch Vollmachten hinsichtlich der Gesundheitsfürsorge und des Rechtes zur Beantragung öffentlicher Hilfen für seine Tochter X. erteilt. Diese Vollmachten hat er bisher nicht widerrufen. Allerdings hat er mit dem „Auftragnehmer“, dem Jugendamt, nicht – wie ebenfalls am 9.2.2017 versprochen – zusammengearbeitet. ...

...  
Ebenso verhält es sich mit dem Recht auf Beantragung öffentlicher Hilfen für X. Auch diesbezüglich hat der Kindesvater dem Jugendamt am 9.2.2017 einen Auftrag erteilt und das Jugendamt dementsprechend auch bevollmächtigt. Dies bedeutet allerdings ... dass der Kindesvater weiterhin in der elterlichen Sorgeverantwortung stand und die zu beantragenden Maßnahmen für seine Tochter mit dem Jugendamt absprechen musste. Derartige Absprachen hat der Kindesvater durchgängig verweigert...

Da dem Kindesvater somit seit über drei Jahren die Einsicht in die Notwendigkeit einer Zusammenarbeit mit dem Jugendamt fehlt, kam und kommt hier nur der Entzug der Sorgerechtsanteile Gesundheitsfürsorge und Recht zur Beantragung öffentlicher Hilfen in Betracht; die Vollmachtseteilung stellt mangels Kooperationsfähigkeit des Kindesvaters kein geeignetes milderendes Mittel dar.

### *3. Beschneidung eines Kindes, Strafzumessung, Körperverletzung*

**OLG Hamm, Urteil vom 21.11.2017 – Aktenzeichen 5 RVs 125/17 (AG Essen; LG Essen)**

**BeckRS 2017, 139015**

Leitsatz:

Wird ein Angeklagter nach einer rechtswidrigen Beschneidung eines Kindes wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurteilt, hat das Tatericht im Rahmen der Strafzumessung regelmäßig das Ausmaß der konkreten Verletzung und die Auswirkungen der Tat auf das geschädigte Kind aufzuklären.

## Informationen zum Sachverhalt:

Die Kinder W und L verbrachten die Sommerferien 2015 bei ihrem Vater, dem Angeklagten. An einem zuvor vereinbarten Termin fuhren der Angeklagte, beide Kinder, die Lebensgefährtin des Angeklagten sowie weitere Verwandte des Angeklagten nach F, zum dortigen Beschneidungszentrum D. Dort wurden in der Praxis D die Vorhaut des 8-jährigen Kindes W beschnitten.

Der ärztliche Eingriff geschah ohne Einwilligung der allein sorgeberechtigten Mutter. Diese wurde im Vorfeld auch nicht über das Ereignis informiert und war auch nicht zugegen. Der Angeklagte unterzeichnete eine Erklärung über die Einwilligung zur ambulanten Beschneidung des W und versicherte, dass ihm das Sorgerecht allein zustehe bzw. dass soweit eine weitere Person sorgeberechtigt sein sollte, diese mit dem Eingriff einverstanden sei. Zur Tatzeit bestand keine erhebliche Gefahr für Leib oder Leben des W, die durch den Eingriff abgewendet werden musste.

Das Schöffengericht Essen hat den Angeklagten am 01. September 2016 wegen Körperverletzung schuldig gesprochen und gegen ihn eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten verhängt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Gegen das Urteil legten die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte Berufung ein; beide Berufungen wurden auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt.

Das Landgericht verwarf die Berufung des Angeklagten als unbegründet. Auf die Berufung der Staatsanwaltschaft hin verurteilte das Landgericht den Angeklagten wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr, die zur Bewährung ausgesetzt wurde.

In seiner Begründung verwies das Landgericht zu Gunsten des Angeklagten auf das zwischenzeitlich erfolgte Geständnis, was beiden Kindern eine für sie belastende Aussage vor Gericht erspart hat. Weiter wurde sein bisher strafloses Vorleben angeführt und der Umstand, dass er nicht beabsichtigte, seinen Sohn zu verletzen und ihm Schmerzen zuzufügen, sondern es ihm allein darum ging, einen in der islamischen Gesellschaft üblichen Ritus durchzuführen.

Strafschärfend berücksichtigte das Landgericht, dass der Angeklagte sich rücksichtslos über die Meinung der allein sorgeberechtigten Mutter hinweggesetzt hat und die Zeit, in der sein Sohn seine Sommerferien bei ihm verbrachte, hierzu ausgenutzt hat. Des Weiteren wurde strafschärfend gewertet, dass W mit 8 Jahren bereits relativ alt war und er trotz seines Alters keine Möglichkeit hatte, an der Entscheidung über die Beschneidung mitzuwirken.

Gegen diese Entscheidung legte die Staatsanwaltschaft Revision ein.

## Aus den Gründen:

"Die zulässige Revision hat in der Sache Erfolg. ... Die Staatsanwaltschaft rügt zu Recht, dass die Strafzumessung gemäß § 46 StGB durch das Landgericht lückenhaft und damit fehlerhaft ist. ...

Bei einer Körperverletzung ist das Maß des Erfolgsunwertes wichtiges Strafzumsungskriterium, namentlich das Maß der Verletzung der körperlichen Integrität und

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Gesundheit, sowie das Alter eines Geschädigten und letztlich die zu erwartende Dauer des zugefügten Leids (Schäfer/Sander/Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Auflage 2017, Teil 5, Rn. 1649, 1180; BGH, Beschluss vom 26. April 2017 – 5 StR 90/17; BGH, Beschluss vom 11. November 2010 – 4 StR 489/10; BGH, NStZ-RR 2009, 203). Unter Zugrundelegung dieser Begründungsanforderungen des § 267 Abs. 3 S. 1 StPO sind die für die Strafzumessung maßgeblichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil lückenhaft und unvollständig, denn zu dem eigentlichen Tathergang wird lediglich ausgeführt: „[...] Wie von Anfang an geplant, wurde an dem Freitag, dem 14.8.2015, in der Praxis C. die Vorhaut des B. beschnitten [...].“ Weitere ergänzende Feststellungen hierzu hat das Landgericht – was auch bei einer Berufungsbeschränkung zulässig ist und hier erforderlich gewesen wäre – nicht getroffen.

Es ergibt sich an keiner Stelle, wie der eigentliche „Beschneidungsvorgang“ abgelaufen ist und in welchem Ausmaß der Geschädigte bei der Operation, die regelmäßig mit Schmerzen verbunden sein dürfte, psychischen und physischen Belastungen ausgesetzt war. Ebenso wenig finden sich Feststellungen dazu, ob und welche Auswirkungen die Tat auf die spätere Entwicklung des Geschädigten in körperlicher, aber auch psychischer Hinsicht im Sinne sogenannter nachhaltiger Tatfolgen haben kann.

Ein Anlass zu derartigen Ausführungen ergibt sich auch aus der Regelung des § 1631d BGB, wonach der oder die sorgeberechtigten Elternteil(e) den beabsichtigten Eingriff mit dem Kind in einer seinem Alter und seinem Entwicklungsstand entsprechenden Art und Weise zu besprechen hat/haben. Es ist in kindgerechter Weise zu versuchen, mit ihm Einvernehmen herzustellen (OLG Hamm, Beschluss vom 30. August 2013, II-3 UF 133/13). Auch wenn dem Angeklagten zu keiner Zeit das Sorgerecht zustand, hätte er doch ein solches Gespräch mit seinem Kind vor der Durchführung der Beschneidung führen müssen. Ob und wenn, inwieweit ein solches Gespräch stattgefunden hat, lässt sich den Ausführungen der Strafkammer nicht entnehmen. Bei der Strafzumessung ist insoweit auch die Frage eines kindgerechten Umgangs mit dem Geschädigten zu erörtern. Auch dazu finden sich keine tragfähigen Ausführungen in dem angefochtenen Urteil, denn es heißt dort lediglich, dass W „trotz seines Alters keine Möglichkeit hatte, an der Entscheidung über die Beschneidung mitzuwirken“....

Anmerkungen und Kommentar des Verfassers:

*Erfreulich ist, dass der Strafsenat ausdrücklich auf § 1631d BGB<sup>2</sup> zur Frage der Beschneidung von Jungen verweist, eine seit mehr als vier Jahren umstrittene Vorschrift.*

## 2 § 1631d BGB Beschneidung des männlichen Kindes

(1) Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn

*Im vorliegenden Fall war in der Tat der nicht sorgeberechtigte Vater aus mehreren Gründen nicht berechtigt, eine Beschneidung der Kinder durchzuführen:*

1. *Er handelte offenbar ohne Zustimmung der sorgeberechtigten Mutter.*
2. *Er hat mit dem acht Jahre alten Kind die Beschneidung, den medizinischen Eingriff und dessen Folgen augenscheinlich nicht besprochen und die Einwilligung des Jungen nicht eingeholt.*

*Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die grundrechtliche Problematik der Eltern-Kind-Beziehung durch die drei Pole umfassende Beziehung „Kind-Eltern-Staat“ gekennzeichnet ist. In diesem Rechtsverhältnis haben die Eltern das Recht und die Pflicht, ihr Kind zu betreuen, zu versorgen, zu pflegen und zu erziehen (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Soweit die Eltern ihr Kind nicht gefährden, haben sie sogar ein Abwehrrecht gegen den Staat, der sich aus dem Eltern-Kind-Verhältnis solange heraushalten muss, solange keine Kindeswohlgefährdung erkennbar ist bzw. bekannt wird. Der Staat hat nur dann ein Wächteramt wahrzunehmen, wenn eine Kindeswohlgefährdung durch die Eltern vorliegt. Erst dann sind staatliche Maßnahmen erforderlich, was sich in einer staatlichen Schutzpflicht gegenüber dem Kind nach Art 6 Abs. 2 S. 2 GG zeigt.*

*Insbesondere von Juristen wird betont, dass mit der ausdrücklichen gesetzlichen Erlaubnis des Beschneidungsaktes nach § 1631d BGB der Staat seine Schutzpflicht für das Kind ignoriert und missachtet. Es handele sich um eine Norm, die nichts im Familienrecht zu suchen habe und gegen Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG sowie das Gewaltverbot nach § 1631 Abs. 2 BGB verstöße. Das Kindeswohl wird nach dieser Sicht durch die elterlich veranlasste Beschneidung nicht nur gefährdet, sondern verletzt. Dagegen müsse der Staat einschreiten und dürfe eine Beschneidung nicht bejahend gestatten.*

*Hierzu ist anzumerken, dass der Gesetzgeber mit dem Gebot des § 1631d BGB, die "Regeln der ärztlichen Kunst" einzuhalten, eine zwar einengende Regelung getroffen hat, die dennoch das Persönlichkeitsrecht des Kindes, dessen körperliche Integrität und auch dessen negative Religionsfreiheit in einem erheblichen Ausmaß berührt.*

*Dem § 1631d Abs. 1 S. 1 BGB ist aber wenigstens zu entnehmen, dass Beschneidungen ausnahmslos nur mit einer wirksamen Betäubung erfolgen dürfen. Ist eine Anästhesie nicht möglich, muss der Eingriff aufgeschoben werden. Nach wie vor sollten bei einer Beschneidung folgende Bedingungen beachtet und eingehalten werden:*

1. *die alters- und reifeangemessene Beteiligung des Jungen an der Entscheidung,*
2. *die umfassende Aufklärung und Zustimmung der Eltern entsprechend der Regeln des Informed Consent (Einwilligung oder Einverständnis nur nach Aufklärung),*
3. *die Einführung eines zweitägigen Moratoriums zwischen Aufklärung bzw. Zustimmung und Eingriff,*

*sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.*

*Vorschrift eingefügt durch das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012 (BGBl. I S. 2749), in Kraft getreten am 28.12.2012.*

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

4. die Durchführung der Beschneidung nach den Regeln der ärztlichen Kunst einschließlich einer effektiven Schmerzbehandlung,
5. die psychologische Begleitung des Jungen während des Eingriffs, in der Regel durch Anwesenheit einer dem Kind vertrauten Person.

Die überaus kontroversen Diskussionen zur Frage der Beschneidung männlicher Kinder werden nun nach dem neuen strafrechtlichen Urteil wieder aufflammen. Der Gesetzgeber hat nach wie vor die Aufgabe, den bestmöglichen Kinderschutz zu sichern und darf sich nicht weiterhin vor klaren Aussagen zum Schutz der Jungen bei Beschneidungen von Jungen drücken.

Neuesten Meldungen zufolge diskutiert und plant beispielsweise Island ein Verbot religiös begründeter Zirkumzisionen bei Jungen. Über 400 isländische Mediziner sollen eine Erklärung unterzeichnet haben, mit der sie eine Gesetzesvorlage zum Verbot der Beschneidung von Jungen unterstützen. Diese umstrittene Vorlage liegt derzeit im Parlament zur Debatte vor. Sie sieht eine Gefängnisstrafe von bis zu sechs Jahren für jeden vor, der aus nichtmedizinischen Gründen eine Beschneidung bei einem Kind vornimmt. Ob ein solches Verbot aber die Lage von Jungen, die aus religiösen Gründen beschneidten werden sollen, faktisch verbessert, ist durchaus zweifelhaft.

#### Weiterführende Literatur

Bahls, C. (2014). Genitale Autonomie und das Recht des Kindes auf eine offene Zukunft. *Frühe Kindheit, die ersten sechs Jahre*, 17 (2), 36 – 39.

Balloff, R. (2014). Beschneidung ein Zwischenruf. *Praxis der Rechtspsychologie* 24 (2), 449 – 456.

Balloff, R. (2018). *Kinder vor dem Familiengericht. Praxishandbuch zum Schutz des Kindeswohls unter rechtlichen, psychologischen und pädagogischen Aspekten* (S. 234 – 237). 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos.

Czerner, F. (2012). Staatlich legalisierte Kindeswohlgefährdung durch Zulassung ritueller Beschneidung zugunsten elterlicher Glaubensfreiheit (Teil 1). *Zeitschrift für Kindchaftsrecht und Jugendhilfe*, (10), 374 – 436.

Czerner, F. (2012). Staatlich legalisierte Kindeswohlgefährdung durch Zulassung ritueller Beschneidung zugunsten elterlicher Glaubensfreiheit (Teil 2). *Zeitschrift für Kindchaftsrecht und Jugendhilfe*, (11), 433 – 384.

Deutsche Liga für das Kind in Familie und Gesellschaft e.V. (2014). *Positionspapier: Kinderrechte stärken am Beispiel der medizinisch nicht erforderlichen Genitalbeschneidung des männlichen Kindes* (Beilage zu Heft 2: Beteiligung von Kindern an medizinischen Entscheidungen).

Eichholz, R. (2014). Die Beschneidung von Jungen. *Frühe Kindheit, die ersten sechs Jahre*, 17 (2), 29 – 35.

Franz, M. (Hrsg.). (2014). *Die Beschneidung von Jungen: Ein trauriges Vermächtnis*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Lack, K. (2012). Rechtliche Überlegungen zur religiös motivierten Beschneidung von Jungen im Kindesalter. *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe*, (9), 336 – 343.

Mandla, C (2013). Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes. *Familie, Partnerschaft, Recht*, 19 (6), 244 – 250.

Manok, A. (2015). *Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes. Rechtslage vor und nach Inkrafttreten des § 1631d BGB unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot.

Peschel-Gutzeit, L.M. (2013). Die neue Regelung zur Beschneidung des männlichen Kindes. *Neue Juristische Wochenschrift*, 66, 3615 – 3620.

Rogalla, V. (2013). Elterliche Einwilligung in eine medizinisch nicht indizierte Beschneidung des selbst noch nicht einwilligungsfähigen männlichen Kindes gem. § 1631 d BGB. *Familienrecht und Familienverfahrensrecht*, 5 (21), 483 – 484.

Schmidbauer, W. (2012). Der Schnitt – Trauma und Beschneidung. *Psychologie Heute*, 39 (11), 30 – 34.

Schröder, F.-C. (2014). Familienrecht und Strafrecht. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 61, 1745 – 1750.

Spickhoff, A. (2013). Grund, Voraussetzungen und Grenzen des Sorgerechts bei Beschneidung männlicher Kinder. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 60, 337–343.