

# RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

*Rainer Balloff*

## Rechtsprechungsübersicht Familienrecht

Diesmal wurden drei Entscheidungen ausgesucht, und zwar zur Frage der Gefährdung und Weisungen des Familiengerichts im Fall einer Kindeswohlgefährdung durch den Lebenspartner der Mutter und zur Frage der Befangenheit eines vom Gericht bestellten Sachverständigen, der über den Beweisbeschluss hinausgeht und in eigner Regie den im Beschluss nicht zur Debatte stehenden Umgang ausgestaltet. Der dritte Fall beschäftigt sich ausführlich mit der Aufhebung der Gemeinsamen elterlichen Sorge nach einer Elterntrennung.

Alle drei Fälle wurden leicht gekürzt.

### 1. *BGH, Beschluss vom 23.11.2016 – BGH Aktz.: XII ZB 149/16*

Maßnahmen wegen Kindeswohlgefährdung

Art. 6 GG, § 166 BGB, § 26 FamFG

Fundstellen: NZFam 2017, 84-85 = BeckRS 2016, 21100.

Weitere Fundstellen: FamRZ 2017, 285; FamRZ 2017, 212; FuR 2017, 148.

Leitsätze:

1. Eine Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn eine gegenwärtige, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr festgestellt wird, dass bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. An die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sind dabei umso geringere Anforderungen zu stellen, je schwerer der drohende Schaden wiegt. (amtlicher Leitsatz)
2. Die Aufzählung der Auflagen (Ge- und Verbote) in § 1666 Abs. 3 BGB ist nicht abschließend, so dass auch andere zur Abwendung der Gefahr geeignete Weisungen in Betracht kommen. Soweit diese einen erheblichen Eingriff in Grundrechte der Betroffenen bedeuten, ist die Regelung in § 1666 Abs. 1 u. 3 BGB nur dann eine

ausreichende Grundlage, wenn es sich um die in § 1666 Abs. 3 BGB ausdrücklich benannten oder diesen vergleichbare Maßnahmen handelt. (amtlicher Leitsatz)

3. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer gerichtlichen Maßnahme nach § 1666 BGB ist auch das Verhältnis zwischen der Schwere des Eingriffs in die elterliche Sorge und dem Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für das Kind zu beachten. Die – auch teilweise – Entziehung der elterlichen Sorge ist daher nur bei einer erhöhten Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, nämlich ziemlicher Sicherheit, verhältnismäßig (Fortführung von Senatsbeschluss vom 26. Oktober 2011 – BGH Aktz. XII ZB 247/11 – FamRZ 2012, S. 99. (amtlicher Leitsatz)

Tenor:

Die Rechtsbeschwerde der weiteren Beteiligten zu 2 gegen den Beschluss des 20. Zivilsenats – Senat für Familiensachen – des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 19.2.2016 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens tragen die weitere Beteiligte zu 2 und der weitere Beteiligte zu 5 je zur Hälfte, mit Ausnahme ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten, die sie jeweils selbst tragen. Wert: 3.000 €

Gründe:

#### I. Gegenstand des Verfahrens sind Maßnahmen wegen Gefährdung des Kindeswohls.

Die Beteiligte zu 2 (im Folgenden: Mutter) ist die allein sorgeberechtigte Mutter der am 12. Februar 2008 geborenen M.-C. (im Folgenden: Kind). Im Juni 2015 zog sie mit dem Kind und ihrem am 16. Juni 2003 geborenen Sohn in den Haushalt ihres Lebensgefährten, des Beteiligten zu 5 (im Folgenden: Lebensgefährte), ein. Dieser war im Jahr 2000 wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten, die zur Bewährung ausgesetzt worden war, und im Jahr 2004 wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes in vier tatemehrheitlichen Fällen, in einem davon in Tateinheit mit Vergewaltigung, und wegen versuchten sexuellen Missbrauchs eines Kindes zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten rechtskräftig verurteilt worden. Nach vollständiger Vollstreckung dieser Freiheitsstrafe bis Dezember 2009 wurde Führungsaufsicht angeordnet, die im Februar 2016 endete.

Im Rahmen dieser Führungsaufsicht war ihm mit Beschluss vom 16. April 2015 verboten worden, zu Kindern und Jugendlichen weiblichen Geschlechts Kontakt aufzunehmen, außer in Begleitung und unter Aufsicht eines Sorgeberechtigten. Ferner war er im Jahr 2012 wegen Besitzes von kinder- und jugendpornographischen Schriften und im Jahr 2013 wegen Nachstellung rechtskräftig verurteilt worden.

Das Amtsgericht hat auf Anregung des Jugendamts der Mutter das Recht zur Aufenthaltsbestimmung, zur Regelung der ärztlichen Versorgung, zur Zuführung zur medizinischen Behandlung und zur Beantragung von Jugendhilfemaßnahmen entzogen, insoweit Ergänzungspflegschaft angeordnet und das Jugendamt als Ergänzungspfleger

#### RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

bestellt. Daraufhin hat das Kind auf Veranlassung des Jugendamts zunächst bei einer befreundeten Familie und dann in einem Kinderhaus gewohnt.

Auf die Beschwerde der Mutter hat das Oberlandesgericht die Wirksamkeit des amtsgerichtlichen Beschlusses durch vorläufige Anordnung vom 14. September 2015 ausgesetzt und der Mutter sowie dem Lebensgefährten Weisungen erteilt.

Der Mutter hat es untersagt, das Kind ohne ihre gleichzeitige Anwesenheit mit dem Lebensgefährten verkehren zu lassen und zwischen 22 Uhr und 8 Uhr den Aufenthalt des Kindes in derselben Wohnung wie der Lebensgefährte zuzulassen. Gegen den Lebensgefährten hat es entsprechende Verbote ausgesprochen. Ferner hat es der Mutter aufgegeben, jederzeit unangekündigte Besuche des Jugendamts oder vom Jugendamt hiermit beauftragter Personen zu gestatten.

Das Kind ist daraufhin in den Haushalt der Mutter zurückgekehrt. Mit dem angegriffenen Beschluss hat das Oberlandesgericht dann die Entscheidung des Amtsgerichts abgeändert und die in der einstweiligen Anordnung enthaltenen Weisungen wiederholt sowie der Mutter aufgegeben, die bereits eingerichtete Familienhilfe weiterhin in Anspruch zu nehmen und die hierzu erforderlichen Anträge zu stellen.

Hiergegen haben die Mutter und der Lebensgefährte die zugelassenen Rechtsbeschwerden eingelegt.

Die Mutter wendet sich gegen die Weisungen, soweit sie nicht die Fortsetzung der Familienhilfe betreffen.

Die Rechtsbeschwerde des Lebensgefährten hat der Senat mangels fristgerechter Rechtsbeschwerdebegründung bereits mit Beschluss vom 29. Juni 2016 verworfen.

II. Die Rechtsbeschwerde der Mutter ist auch insoweit zulässig, als sie sich gegen die dem Lebensgefährten erteilten Weisungen richtet. Denn diese lassen sich im vorliegenden Fall inhaltlich nicht von den "spiegelbildlich" an die Mutter gerichteten Weisungen trennen. Die Rechtsbeschwerde bleibt in der Sache aber ohne Erfolg.

1. Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Die Voraussetzungen einer teilweisen Entziehung der elterlichen Sorge der Mutter lägen nicht vor. Ihr und dem Lebensgefährten seien jedoch gemäß § 1666 Abs. 3 u. 4 BGB Weisungen zu erteilen.

Ein Eingriff in das Sorgerecht der Mutter setze eine gegenwärtige oder zumindest unmittelbar bevorstehende Gefährdung des Kindeswohls voraus. An den Grad der Wahrscheinlichkeit der Gefährdung des Kindeswohls seien umso geringere Anforderungen zu stellen, je größer und gewichtiger der drohende Schaden sei. Hier bestehe die konkrete – wenn auch nicht überwiegend wahrscheinliche – Gefahr, dass der Lebensgefährte erneut Kinder in ähnlicher Weise wie in den seinen Verurteilungen grundeliegenden Fällen sexuell missbrauche. In besonderer Weise bestehe diese Gefährdung für in seinem Haushalt lebende Mädchen und damit für das betroffene Kind. In Übereinstimmung mit den Ausführungen der gerichtlich bestellten Sachverständigen sei die Gefahr eines Rückfalls mit einer Wahrscheinlichkeit von 30 % anzunehmen. Angesichts der Schwere des dem Kind schon bei einem erstmaligen Missbrauch drohenden Schadens seien bei einer Gefahr dieser Größenordnung Maßnahmen zum Schutz des Kindes erforderlich. Die angeordneten Ge- und Verbote seien zur Abwen-

dung der Gefahr geboten, aber auch ausreichend. Bei den eingerichteten Kontrollmechanismen sei damit zu rechnen, dass der Lebensgefährte das Risiko eines Übergriffs auf das Kind nicht eingehe. Eine Entziehung der elterlichen Sorge sei deshalb derzeit nicht erforderlich.

2. Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand. Das Oberlandesgericht hat die Weisungen zu Recht erteilt.

a) Gemäß § 1666 Abs. 1 BGB hat das Familiengericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden. Bei der Auslegung und Anwendung dieser Norm ist der besondere Schutz zu beachten, unter dem die Familie nach Art. 6 Abs. 1 u. 2 GG steht. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung. Die Erziehung des Kindes ist damit primär in ihre Verantwortung gelegt, wobei dieses "natürliche Recht" den Eltern nicht vom Staat verliehen worden ist, sondern von diesem als vorgegebenes, mit der Geburt des Kindes einhergehendes Recht anerkannt wird. Die Eltern können grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen. In der Beziehung zum Kind muss aber das Kindeswohl die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung sein.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts ist Voraussetzung einer (teilweisen) Entziehung der elterlichen Sorge – gerade im Zusammenhang mit der Trennung des Kindes von seinen Eltern – eine gegenwärtige, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr, dass sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt (Senatsbeschlüsse vom 6. Juli 2016 – FamRZ 2016, S. 1752 Rn. 28 und vom 26. Oktober 2011 – FamRZ 2012, S. 99 Rn. 25 mwN; BVerfG FamRZ 2016, S. 22 Rn. 17 mwN).

b) Die Voraussetzungen, unter denen nach § 1666 BGB andere Maßnahmen als die Entziehung der elterlichen Sorge getroffen werden können, waren bislang nur in Teilbereichen Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BVerfG FamRZ 2011, S. 179).

aa) Generell ist für Maßnahmen nach § 1666 BGB erforderlich, dass eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls vorliegt, zu deren Abwendung die sorgeberechtigten Personen nicht gewillt oder in der Lage sind. Eine solche besteht bei einer gegenwärtigen, in einem solchen Maß vorhandenen Gefahr, dass bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

Dabei kann das erforderliche Maß der Gefahr nicht abstrakt generell festgelegt werden. Denn der Begriff der Kindeswohlgefährdung erfasst eine Vielzahl von möglichen, sehr unterschiedlichen Fallkonstellationen. Erforderlich ist daher seine Konkretisierung mittels Abwägung der Umstände des Einzelfalls durch den mit dem Fall befasssten Tatrichter (vgl. BeckOK BGB/Veit [Stand: 1. November 2011] § 1666 Rn. 7; Coes-

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

ter JAmt 2008, 1, 3f.; Gernhuber/ Coester-Waltjen Familienrecht 6. Aufl. § 57 IX Rn. 106).

An die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sind dabei umso geringere Anforderungen zu stellen, je schwerer der drohende Schaden wiegt (OLG Karlsruhe FamRZ 2009, S. 1599; BeckOGK BGB/Burghart [Stand: 1. Juli 2016] § 1666 Rn. 85 f.; BeckOK BGB/Veit [Stand: 1. November 2011] § 1666 Rn. 11; Erman/Döll BGB 14. Aufl. § 1666 Rn. 6c; MünchKommBGB/Olzen 6. Aufl. § 1666 Rn. 48; Prütting/Wegen/ Weinreich/ Ziegler BGB 11. Aufl. § 1666 Rn. 2; Staudinger/Coester BGB [2016] § 1666 Rn. 91; Weinreich/Klein/Ziegler Fachanwaltskommentar Familienrecht 5. Aufl. § 1666 Rn. 3).

Für die Frage, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, kann das Gewicht der zur Beseitigung dieser Gefährdung zu treffenden Maßnahme nach § 1666 BGB hingegen keine Bedeutung erlangen. Erst wenn eine Kindeswohlgefährdung feststeht, stellt sich die Frage nach der erforderlichen und geeigneten Maßnahme und nach deren Verhältnismäßigkeit (BeckOK BGB/Veit [Stand: 1. November 2011] § 1666 Rn. 12; Staudinger/Coester BGB [2016] § 1666 Rn. 92; a.A. BeckOGK BGB/Burghart [Stand: 1. Juli 2016] § 1666 Rn. 86; Gernhuber/Coester-Waltjen Familienrecht 6. Aufl. § 57 IX Rn. 106).

Die Annahme einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit muss in jedem Fall auf konkreten Verdachtsmomenten beruhen. Eine nur abstrakte Gefährdung genügt nicht (OLG Karlsruhe FamRZ 2009, S. 1599; MünchKommBGB/Olzen 6. Aufl. § 1666 Rn. 48; Prütting/Wegen/Weinreich/Ziegler BGB 11. Aufl. § 1666 Rn. 2; Weinreich/ Klein/Ziegler Fachanwaltskommentar Familienrecht 5. Aufl. § 1666 Rn. 3). Schließlich muss der drohende Schaden für das Kind erheblich sein. Selbst bei hoher Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines nicht erheblichen Schadens sind Maßnahmen nach § 1666 BGB nicht gerechtfertigt. In solchen Fällen ist dem elterlichen Erziehungs- und Gefahrabwendungsprimat der Vorrang zu geben (BeckOK BGB/Veit [Stand: 1. November 2011] § 1666 Rn. 11; Staudinger/Coester BGB [2016] § 1666 Rn. 91).

bb) Ist eine Kindeswohlgefährdung in diesem Sinne festgestellt, hat der Tatsächter regelmäßig aus einer Vielzahl grundsätzlich möglicher Maßnahmen nach seinem Ermessens eine Auswahl zu treffen. Das Rechtsbeschwerdegericht hat zu prüfen, ob der Tatsächter von seinem Auswahlermessen hinsichtlich der zur Wahl stehenden Maßnahmen fehlerfreien Gebrauch gemacht hat und ob die konkret getroffene Maßnahme auch im Übrigen rechtmäßig ist, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.

c) Nach diesen Maßstäben hat das Oberlandesgericht zu Recht eine Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 Abs. 1 Abs. BGB bejaht. Es hat mit sachverständiger Hilfe eine zwar nicht überwiegende, aber durchaus erhebliche Gefahr festgestellt, dass der Lebensgefährte gegenüber dem Kind in ähnlicher Weise übergriffig wird wie in den Fällen, die seinen Verurteilungen wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern zugrunde liegen. Die darauf fußende Annahme des Oberlandesgerichts, im Hinblick auf den dem Kind drohenden schwerwiegenden Schaden, der mit einem sexuellen Missbrauch ver-

bunden wäre, bestehে eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine erhebliche Schädigung, begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

Entgegen den von der Rechtsbeschwerde erhobenen Einwänden hat das Oberlandesgericht hierbei keine durch den Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG gebotenen Ermittlungen unterlassen. Insbesondere waren weitere Ermittlungen nicht deshalb veranlasst, weil die den Urteilen aus den Jahren 2000 und 2004 zugrunde liegenden Taten vor über 20 Jahren begangen wurden. Insofern hat das Oberlandesgericht im Einklang mit dem Sachverständigengutachten angenommen, dass beim Lebensgefährten zwar keine Kernpädophilie vorliegt, er aber sexuelles Interesse an Mädchen im Alter des betroffenen Kindes hat und dass mit den Verurteilungen zunächst ein innerer und äußerer Kontrollmechanismus geschaffen wurde, der aber mit dem zeitlichen Ablauf an Wirkung verliert. Der große zeitliche Abstand stellt somit die Gefahr gerade nicht in Frage. Ebenso hat die Sachverständige – vom Oberlandesgericht in Bezug genommen – hinreichend ausgeführt, warum eine von der Mutter behauptete erfüllte sexuelle Beziehung zwischen ihr und ihrem Lebensgefährten das Risiko eines Übergriffs auf das Kind nicht berührt.

Es sind auch keine weiteren Ermittlungen zu der Frage geboten, ob die Mutter gewillt und in der Lage ist, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Aus ihrer Aussage, sie habe keine Anzeichen für ein besonderes Interesse des Lebensgefährten an ihrer Tochter festgestellt, ergibt sich gerade nicht, dass sie die Situation hinreichend beobachtet und zum Einschreiten bereit ist. Durch den Einzug mit dem Kind beim Lebensgefährten hat sie eine Situation geschaffen, in der ohne die gerichtlichen Weisungen wiederholt Gelegenheiten für einen unbeobachteten Übergriff des Lebensgefährten auf das Kind entstehen können, etwa weil die Mutter gerade abwesend ist oder schläft. Vorkehrungen zur Abwehr dieser konkret vorhandenen Gefahrensituation hält sie aber nicht für erforderlich, sondern ist im Gegenteil der Auffassung, dass ihr Lebensgefährte zu Unrecht strafrechtlich belangt worden ist.

d) Die vom Oberlandesgericht zur Abwehr der Kindeswohlgefährdung getroffenen Maßnahmen sind rechtlich nicht zu beanstanden.

aa) Sie stellen nach § 1666 BGB grundsätzlich zulässige Maßnahmen dar.

(1) § 1666 Abs. 3 BGB stellt exemplarisch klar, welche Maßnahmen auch unterhalb der Schwelle der Sorgerechtsentziehung möglich sind (BVerfG FamRZ 2011, S. 179, 180).

Die Aufzählung, insbesondere der Ge- und Verbote, ist allerdings nicht abschließend, so dass auch andere zur Abwendung der Gefahr geeignete Weisungen in Betracht kommen. Soweit diese Maßnahmen einen erheblichen Eingriff in Grundrechte der Betroffenen bedeuten, ist hierfür jedoch eine gesetzliche Grundlage erforderlich, aus der sich auch der Umfang der Beschränkung der Grundrechte klar und erkennbar ergibt.

Für solche Maßnahmen ist die Regelung nach § 1666 Abs. 1 u. 3 BGB daher nur eine ausreichende Grundlage, wenn es sich um die in § 1666 Abs. 3 BGB ausdrücklich benannten oder diesen vergleichbare Maßnahmen handelt (vgl. BVerfG FamRZ 2011,

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

S. 179; BeckOGK BGB/Burghart [Stand: 1. Juli 2016] § 1666 Rn. 91; Fröschle Sorge und Umgang Rn. 973).

(2) Die Weisungen an den Lebensgefährten werden von § 1666 Abs. 3 Nr. 3 u. § 1666 Abs. 3 Nr. 4 i.V.m. § 1666 Abs. 4 BGB gedeckt, wonach das Familiengericht einem Dritten unter anderem verbieten kann, Orte aufzusuchen, an denen sich das Kind regelmäßig aufhält, und Verbindung zum Kind aufzunehmen oder ein Zusammentreffen mit dem Kind herbeizuführen. Entsprechende Verbote hat das Oberlandesgericht dem Lebensgefährten – lediglich in zeitlicher oder situativer Hinsicht eingeschränkt – erteilt.

Auch die der Mutter erteilten Weisungen sind grundsätzlich nach § 1666 BGB zulässige Maßnahmen. Die Anordnungen, den Kontakt des Kindes zum Lebensgefährten entsprechend der diesem erteilten Verbote nicht zuzulassen, sind den Verboten vergleichbare Maßnahmen und dienen zum einen der Durchsetzung des Kontaktverbots und zum anderen dazu, die Mutter zur Einhaltung ihrer Schutzpflichten für das Kind anzuhalten. Das Gebot, unangemeldete Besuche des Jugendamts oder hierzu beauftragter Personen zu gestatten, schafft erst eine hinreichende Möglichkeit, die Einhaltung der Weisungen zu überprüfen und gegebenenfalls auch durchzusetzen. Aufgrund dieses engen Zusammenhangs mit dem Kontaktverbot und des Umstands, dass derartige Besuche auch Bestandteile von Jugendhilfemaßnahmen sein können, deren Inanspruchnahme nach § 1666 Abs. 3 u. Abs. 3 Nr. 1 BGB auferlegt werden kann, ist eine dahingehende Weisung rechtlich ebenfalls möglich.

Soweit dadurch die Unverletzlichkeit der Wohnung der Mutter und ihres Lebensgefährten betroffen ist, nimmt das Oberlandesgericht zu Recht an, dass Art. 13 Abs. 7 GG einen solchen Eingriff ermöglicht.

Schließlich ist die von der Mutter nicht angegriffene Weisung, die Familienhilfe weiter in Anspruch zu nehmen, in § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB ausdrücklich geregelt.

bb) Die erteilten Weisungen genügen auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

(1) Jeder Eingriff in das Elternrecht muss dem – für den Fall der Trennung des Kindes von der elterlichen Familie in § 1666 a BGB ausdrücklich geregelten – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

Er gebietet, dass Art und Ausmaß des staatlichen Eingriffs sich nach dem Grund des Versagens der Eltern und danach bestimmen müssen, was im Interesse des Kindes geboten ist. Die anzuordnende Maßnahme muss zur Abwehr der Kindeswohlgefährdung geeignet, erforderlich und auch im engeren Sinne verhältnismäßig sein. Die Erforderlichkeit beinhaltet dabei das Gebot, aus den zur Erreichung des Zwecks gleich gut geeigneten Mitteln das mildeste, die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigende Mittel zu wählen. Der Staat muss daher vorrangig versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen (Senatsbeschluss vom 6. Juli 2016 – FamRZ 2016, S. 1752 Rn. 22 mwN). Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist gegeben, wenn der Eingriff unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zumutbar ist. Hierbei ist insbesondere auch das Verhältnis zwischen der Schwere des Eingriffs und seiner Folgen, dem Gewicht des dem Kind dro-

henden Schadens und dem Grad der Gefahr zu berücksichtigen. Die – auch teilweise – Entziehung der elterlichen Sorge als besonders schwerer Eingriff kann daher nur bei einer nachhaltigen Gefährdung des Kindes mit einer höheren – einer ebenfalls im Einzelfall durch Abwägung aller Umstände zu bestimmenden ziemlichen – Sicherheit eines Schadenseintritts verhältnismäßig sein. Die Anordnung weniger einschneidender Maßnahmen kann dagegen bereits bei geringerer Wahrscheinlichkeit verhältnismäßig sein.

(2) Diesen Maßgaben entsprechen die vom Oberlandesgericht ausgesprochenen Weisungen.

Sie sind geeignet, die Gefahr eines Übergriffs des Lebensgefährten auf das Kind zu verhindern. Nach den – von der Rechtsbeschwerde insoweit nicht angegriffenen – Feststellungen des Oberlandesgerichts stellen diese Weisungen und die Überwachung durch das Jugendamt für den Lebensgefährten einen äußeren Kontrollmechanismus dar, aufgrund dessen anzunehmen ist, dass er keinen Übergriff riskieren wird. Dadurch und insbesondere auch im Hinblick darauf, dass bei Einhaltung der Weisungen keine Gelegenheit für einen unbeobachteten Übergriff besteht, wird die Gefahr in erheblicher Weise gemindert.

Die Weisungen sind auch erforderlich, denn ein milderer, gleich geeignetes Mittel ist nicht gegeben. Entgegen der von der Rechtsbeschwerde erhobenen Rüge musste das Oberlandesgericht nicht in Betracht ziehen, die gleichzeitige Anwesenheit anderer Personen als der Mutter als ausreichend anzusehen. Hierfür in Frage kommende Erwachsene teilt die Rechtsbeschwerde weder mit noch sind sie anderweitig ersichtlich. Dem von der Rechtsbeschwerde angeführten Bruder des betroffenen Kindes, der selbst noch ein Kind ist, kann eine solche Schutzaufgabe nicht zugemutet werden. Der weitere Einwand der Rechtsbeschwerde, schon durch moderne technische Maßnahmen wie eine akustische Überwachung des Kinderzimmers mittels eines Babyphones oder eines Signals beim Öffnen der Tür zum Kinderzimmer könne eine hinreichende Sicherung erreicht werden, überzeugt ebenfalls nicht. Diese Maßnahmen wären erheblich weniger effektiv als die ausgesprochenen Weisungen, denn es ist neben nicht zu verhindern der technischer Umgehungsmöglichkeiten weder sicher zu erwarten, dass das Kind sich überhaupt gegen einen Übergriff in der notwendigen Lautstärke wehrt, noch dass die Mutter entsprechende akustische Signale – etwa im Schlaf – rechtzeitig wahrnimmt.

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist ebenfalls gewahrt. Angesichts der schweren möglichen Folgen eines nur einmaligen Missbrauchs sind die getroffenen Maßnahmen auch im Hinblick auf die erhebliche Beeinträchtigung der Lebensführung der Mutter, des Kindes und des Lebensgefährten und auf den festgestellten Grad der Rückfallgefahr zumutbar.

cc) Ohne Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde, das Oberlandesgericht habe die Maßnahmen wegen § 1666 a Abs. 1 Satz 3 BGB befristen müssen.

Nach dieser Vorschrift ist bei der Bemessung der Dauer einer Maßnahme unter anderem auch zu berücksichtigen, dass der Elternteil oder der Dritte Mieter der Wohnung ist, wenn einem Elternteil oder einem Dritten die Nutzung der vom Kind mitbewohnten Wohnung untersagt wird. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers wird ge-

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

genüber dem dinglich an der Wohnung Berechtigten grundsätzlich nur eine vorübergehende Wegweisung verhältnismäßig sein (BT-Drucks. 14/8131 S. 9), so dass dann regelmäßig eine Befristung vorzunehmen sein wird (Staudinger/Coester BGB [2016] § 1666 a Rn. 30).

Denn mit der Wegweisung wird aus Gründen des Kindeswohls in die durch Art. 14 GG geschützte Eigentumsposition des Weggewiesenen eingegriffen. Jedenfalls mittel oder langfristig wird in der Regel auch bei Fortbestehen der Gefährdungssituation ein Umzug für das Kind zumutbar sein (vgl. MünchKommBGB/Olzen 6. Aufl. § 1666 a Rn. 22; Staudinger/Coester BGB [2016] § 1666 a Rn. 30).

Entgegen der von der Rechtsbeschwerde vertretenen Ansicht hat das Oberlandesgericht dem Lebensgefährten die Benutzung "seiner" Wohnung weder ausdrücklich noch faktisch untersagt, ohne dass es – bislang nicht erfolgter -Feststellungen zur Rechtsnatur des Nutzungsverhältnisses des Lebensgefährten an der Wohnung bedarf. Die auf die Abend- und Nachtstunden bezogene Weisung kann ohne weiteres auch dadurch eingehalten werden, dass die Mutter entweder mit den Kindern in eine andere Wohnung zieht oder aber dort jedenfalls die fraglichen Stunden verbringt. Eine Wegweisung im Sinne des § 1666 a BGB liegt mithin nicht vor (vgl. auch BT-Drucks. 14/8131 S. 9). Unabhängig davon hat das Gericht die Maßnahmen nach § 166 a Abs. 2 FamFG regelmäßig zu überprüfen und die Weisungen gegebenenfalls nach § 1696 Abs. 2 BGB aufzuheben, wenn eine Gefahr für das Wohl des Kindes nicht mehr besteht oder die Erforderlichkeit der Maßnahme entfallen ist.

dd) Schließlich weist auch die Ausübung des Auswahlermessens durch das Oberlandesgericht keinen Rechtsfehler auf.

Aus den zur Verfügung stehenden Abwehrmaßnahmen hat der Tatrichter eine seinem Ermessen unterliegende Auswahl zu treffen (Senatsbeschluss vom 15. Dezember 2004 – FamRZ 2005, S. 344, 347; BayObLG FamRZ 1999, S. 318, 319; MünchKommBGB/Olzen 6. Aufl. § 1666 Rn. 152; Staudinger/Coester BGB [2016] § 1666 Rn. 206). Diese Auswahl ist vom Rechtsbeschwerdegericht nur eingeschränkt und insbesondere darauf zu überprüfen, ob alle maßgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt worden sind. Das ist hier der Fall. Insbesondere musste das Oberlandesgericht die von der Rechtsbeschwerde benannten Alternativen wegen deren geringerer Effektivität nicht berücksichtigen.

Andererseits ist es rechtsbeschwerderechtlich auch nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht von einer teilweisen Entziehung der elterlichen Sorge mit dem Ziel der Unterbringung des Kindes in einem anderen Haushalt abgesehen hat, was hier aufgrund des im Rechtsbeschwerdeverfahren für Maßnahmen nach § 1666 BGB nicht geltenden Verschlechterungsverbots (vgl. Senatsbeschlüsse vom 6. Juli 2016 – FamRZ 2016, S. 1752 Rn. 52 und vom 17. Oktober 2007 – FamRZ 2008, S. 45 Rn. 24; MünchKommFamFG/Fischer 6. Aufl. § 74 FamFG Rn. 3; Prütting/ Helms/Abramenko FamFG 3. Aufl. § 74 Rn. 6 und § 65 Rn. 18; Unger/ Roßmann in Schulte-Bunert/Weinreich FamFG 5. Aufl. § 74 Rn. 5 und § 69 Rn. 35; a.A. Keidel/Meyer-Holz FamFG 18. Aufl. § 74 Rn. 79) ebenfalls zu prüfen ist. Dabei muss nicht entschieden werden, ob angesichts des festgestellten Grades der Wahrscheinlichkeit eines Übergriffs die für

diese Maßnahmen erforderliche ziemliche Sicherheit eines Schadenseintritts angenommen werden kann. Selbst dies unterstellt hat das Oberlandesgericht auf der Grundlage seiner tatrichterlichen Feststellungen zu Recht angenommen, dass eine Entziehung der elterlichen Sorge derzeit nicht erforderlich ist, weil mit den Weisungen Mittel zur Verfügung stehen, die ohne Herausnahme des Kindes aus dem Haushalt der Mutter eine hinreichende Gefahrenabwehr ermöglichen. 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 (§ 1666 a Abs. 1 S. 1 Satz 1 BGB).

Soweit das Jugendamt demgegenüber in seiner Stellungnahme zur Rechtsbeschwerde darauf hinweist, dass auch durch Kontrollen kein vollständiger Schutz vor Übergriffen gewährleistet werden kann, könnte zwar die Unterbringung des Kindes in einem anderen Haushalt eine höhere Sicherheit bieten. Das Oberlandesgericht hat jedoch festgestellt, dass bereits mittels der vorliegenden Weisungen ein hinreichend effektiver äußerer Kontrollmechanismus erreicht wird, so dass diese vorrangig sind. Im Übrigen wird der Sachverhalt, wie das Oberlandesgericht zu Recht ausführt, bei Verstößen gegen die Weisungen neu zu bewerten sein.

3. Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen (§ 74 Abs. 7 FamFG).

#### Kommentar:

Welche im Gesetz nicht ausdrücklich genannten (milderer) Maßnahmen überhaupt auf § 1666 BGB gestützt und somit in die Prüfung einbezogen werden können, ist gesetzlich nicht geregelt:

##### § 1666 (3) BGB

Zu den gerichtlichen Maßnahmen nach Absatz 1 gehören insbesondere

1. Gebote, öffentliche Hilfen wie zum Beispiel Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Gesundheitsfürsorge in Anspruch zu nehmen,
2. Gebote, für die Einhaltung der Schulpflicht zu sorgen,
3. Verbote, vorübergehend oder auf unbestimmte Zeit die Familienwohnung oder eine andere Wohnung zu nutzen, sich in einem bestimmten Umkreis der Wohnung aufzuhalten oder zu bestimmende andere Orte aufzusuchen, an denen sich das Kind regelmäßig aufhält,
4. Verbote, Verbindung zum Kind aufzunehmen oder ein Zusammentreffen mit dem Kind herbeizuführen,
5. die Ersetzung von Erklärungen des Inhabers der elterlichen Sorge,
6. die teilweise oder vollständige Entziehung der elterlichen Sorge.

#### RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Wenn also das Familiengericht prüfen muss, ob ein Kind von den Eltern bzw. einem Elternteil – hier die Mutter – getrennt wird, muss unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bedacht werden, ob gegebenenfalls mildere Maßnahmen ausreichen, wie im vorliegenden Fall das OLG Karlsruhe und der BGH meinen, dass sich der Lebensgefährte zwischen 22:00 Uhr und 8:00 Uhr morgens nicht in der Wohnung der Mutter und des Kindes aufhalten darf, während die Mutter unangekündigte Besuche des Jugendamtes zuzulassen und weiterhin eine Familienhilfe in Anspruch zu nehmen hat.

Ob diese Maßnahmen (Auflagen bzw. Weisungen des Familiengerichts) allerdings weitere denkbare sexuelle Übergriffe des Lebenspartners der Mutter, diesmal zu Lasten des nunmehr neunjährigen Mädchens, sicher verhindern werden, muss aus psychologischer Sicht bezweifelt werden.

## 2. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 10.3.2016 – 7 WF 15/16

Befangenheit des Sachverständigen im Umgangsverfahren

§§ 30 Abs. 1, 6 Abs. 1 FamFG, § 1684 BGB

NJW-RR 2016, 710.

Parallelfundstellen: BeckRS 2016, 07350; FuR 2016, 663; LSK 2016, 180443.

1. Ein Sachverständiger ist nicht berechtigt, Umgangskontakte auszustalten.
2. Bearbeitet ein Gutachter Fragen, welche nicht durch den Beweisbeschluss umfasst sind, so ist seine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit begründet.
3. Soweit ein Sachverständiger eine Festlegung und Regelung des Umgangs für das Kind für notwendig erachtet, hat er das Gericht über eine bloße Mitteilung zu informieren.

Zum Sachverhalt

Im Umgangsverfahren hat das *FamG Bad Hersfeld* (Beschl. v. 6.1.2016 – 61 F 490/15) das Ablehnungsgesuch des Ag. gegen den Sachverständigen zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde des Ag. hatte Erfolg.

Aus den Gründen

Gemäß § 30 Abs. 1 FamFG iVm § 406 Abs. 1 ZPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters führen können, wegen Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen (§ 6 Abs. 1 FamFG iVm § 42 Abs. 2 ZPO).

In Betracht kommen dabei nur objektive Gründe, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Sachverständige stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber; rein subjektive, unvernünftige Vorstellungen des Ablehnenden scheiden aus. Nicht erforderlich ist, dass der Sachverständige tatsächlich befangen ist; unerheblich ist auch, ob er sich für befangen hält. Entscheidend ist allein, ob aus der Sicht des Ablehnenden objektive Gründe vorliegen, die nach der Meinung eines ruhig und vernünftig denkenden Verfahrensbeteiligten Anlass geben, an der Unvoreingenommenheit des Sachverständigen zu zweifeln (OLG Brandenburg, FamRZ 2015, S. 68 = BeckRS 2015, Rdnr 4 mwN).

Die Befürchtung fehlender Unparteilichkeit kann berechtigt sein, wenn der Sachverständige den Gutachterauftrag in einer Weise erledigt, die als Ausdruck einer unsachlichen Grundhaltung gegenüber einer Partei gedeutet werden kann. Eine solche unsachliche Grundhaltung kann sich daraus ergeben, dass der Sachverständige Maßnahmen ergreift, die von seinem Gutachterauftrag nicht gedeckt sind (BGH, NJW-RR 2013, S. 851 = NZBau 2013, S. 569 = DS 2013, S. 228 Rn. 11), indem er etwa dem Gericht vorbehaltene Aufgaben wahrnimmt (OLG Köln, NJW-RR 1987, 1198, 1199); OLG Celle, NJW-RR 2003, S. 135; OLG Jena, FamRZ 2008, S. 284 = BeckRS 2007, 15324; OLG Dresden, Beschl. v. 26.5.2015 – Aktenz.: 0 W 130/15, BeckRS 2016, 09669 Rn. 7; BeckOK ZPO/Scheuch, § 406 Rn. 24.3).

So liegen die Dinge hier:

Der Sachverständige hat, wie sich aus seiner Stellungnahme vom 30.11.2015 und dem Schreiben der Diplom-Sozialpädagogin *M* vom 19.11.2015 ergibt, den Mitarbeitern des zuständigen Jugendamts empfohlen, die Dauer der Umgangskontakte zwischen dem betroffenen Kind und dem Ag. zu verkürzen, weil ansonsten eine Überforderung des Kindes zu befürchten sei.

Das Jugendamt ist dieser Empfehlung gefolgt und hat den zeitlichen Umfang der wöchentlichen begleiteten Umgangskontakte von drei auf zwei Stunden herabgesetzt.

Mit diesem Verhalten hat der Sachverständige die ihm durch den Gutachterauftrag gezogenen Grenzen offenkundig überschritten. Er hat sich nicht, wie es seine Aufgabe gewesen wäre, darauf beschränkt, die an ihn gerichteten Beweisfragen, die vornehmlich die Erziehungsfähigkeit der Eltern betrafen, zu beantworten. Vielmehr ist er in Bezug auf den Umgang zwischen Vater und Tochter gestaltend tätig geworden und hat sich Befugnisse angemaßt, die gem. § 1684 BGB allein dem mit der Regelung des Umgangs befassten Richter zustehen.

Dabei ist es unerheblich, dass der Sachverständige in dem ethisch durchaus billigenswerten Bestreben gehandelt hat, das betroffene Kind vor weiterem Schaden zu bewahren. Dieses Ziel hätte er dadurch verfolgen können und müssen, dass er das *FamG* über seine Bedenken informierte. Diesem hätte es dann von Amts wegen (OLG Zweibrücken, FamRZ 2004, S. 1589 = BeckRS 2004, 05295; OLG Saarbrücken, NJW 2012, S. 163 mwN) obliegen, nach Anhörung der Bet. eine Umgangsregelung gem. § 1684 Abs. 3 BGB zu treffen, wenn es dies für erforderlich gehalten hätte. Dass der Sachverständige stattdessen die Dinge selbst in die Hand genommen hat, beruht, wie seine

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Stellungnahme vom 30.11.2015 zeigt, auf einem grundlegenden Missverständnis der Funktion eines gerichtlich bestellten Sachverständigen. Dessen Aufgabe ist es keineswegs, für eine dem Kind zumutbare Durchführung von Umgangskontakten Sorge zu tragen. Ihm obliegt auch nicht die Entscheidung darüber, was dem Kindeswohl am besten entspricht. Seine Aufgabe ist es lediglich, dem Gericht – als dessen Gehilfe – die für dessen Entscheidung notwendige Sachkunde zu vermitteln (BGHZ 168, S. 380 = NJW 2006, S. 3214 = DS 2006, S. 354 = NZBau 2006).

Dadurch, dass der Sachverständige die seiner Tätigkeit gezogenen Grenzen zum Nachteil des Ag. überschritten hat, hat er diesem berechtigten Anlass gegeben, an seiner Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit zu zweifeln. Das rechtfertigt die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit.

### 3. OLG Stuttgart, Beschluss vom 24.8.2016 – Akz.: 17 UF 40/16

Alleinsorge, Kommunikationsfähigkeit, Kindeswohl, gemeinsame elterliche Sorge

NZFam 2016, 1204

§ 1671 Abs. 1 BGB

Leitsatz

Sind in der Vergangenheit sämtliche Vermittlungsversuche unter Inanspruchnahme professioneller Hilfe ergebnislos gescheitert, kann eine gemeinsame elterliche Sorge von Eltern, denen es an jeglicher Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit fehlt, nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, dass eine Pflicht der Eltern zur Konsensfindung besteht, da dies dem Kindeswohl nicht entspricht. (amtlicher Leitsatz)

1. Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Göppingen vom 7.1.2016, Az. 4 F 149/14, in Ziff. 2 der Entscheidungsformel abgeändert.
2. Die alleinige elterliche Sorge für die Kinder E..., geb. am 13.1.2004, und M..., geb. am 24.1.2007, wird auf den Antragsgegner übertragen.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
4. Der Verfahrenswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 3.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

I. Die Antragstellerin und der Antragsgegner sind die Eltern der Kinder E..., geb. am 13.1.2004, und M..., geb. am 24.1.2007. Die Ehe der Eltern ist geschieden. Beide Kin-

der leben zusammen mit den beiden volljährigen Kindern der Beteiligten im Haushalt des Vaters.

Mit Beschluss vom 8.7.2013, Aktz.: 15 UF 117/13, hat das Oberlandesgericht Stuttgart das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder E... und M... auf den Kindesvater übertragen.

...

Das Amtsgericht hat die Eltern, die Kinder E..., M... und L..., den Verfahrensbeistand und das Jugendamt Göppingen angehört. Darüber hinaus hat das Amtsgericht ein schriftliches Sachverständigungsgutachten eingeholt. Auf das Gutachten der Sachverständigen Dr. C... vom 4.11.2015 wird Bezug genommen.

Mit Beschluss vom 23.6.2014 hatte das Amtsgericht Göppingen bereits die alleinige elterliche Sorge für das Kind L... auf den Antragsgegner übertragen. ... Bezüglich des Antrags des Antragsgegners ging das Amtsgericht zwar davon aus, dass zwischen den Eltern ein hohes Konfliktpotential bestehe, dass es aber am ehesten dem Kindeswohl entspreche, dass die Eltern unter Zuhilfenahme von Beratung bei anstehenden Entscheidungen Lösungen erarbeiten müssten, so dass eine von den Kindern abgelehnte „Gewinner-Verlierer“-Stellung in Bezug auf dieses Verfahren vermieden werden könne. Das Amtsgericht schloss sich hierbei der Empfehlung der Sachverständigen Dr. C... und auch des Verfahrensbeistands an, die sich beide gegen die Übertragung einer alleinigen elterlichen Sorge auf den Vater aussprachen.

Der Antragsgegner hat gegen den ihm am 18.1.2016 zugestellten Beschluss mit am 17.2.2016 beim Amtsgericht Göppingen eingegangenem Schriftsatz Beschwerde eingelegt, soweit sein „Widerantrag“ in Ziff. 2 des angegriffenen Beschlusses zurückgewiesen wurde. Er strebt nach wie vor die alleinige elterliche Sorge für die Kinder E... und M... an, da angesichts der fehlenden Kommunikation zwischen den Eltern ein Elternteil alleine in der Lage sein müsse, die Entscheidungen für die Kinder treffen zu dürfen, um eine weitere Belastung des Kindeswohls zu vermeiden.

...

Der Verfahrensbeistand hält an seiner bereits im ersten Rechtszug geäußerten Auffassung fest, dass im Fokus stehe, dass trennungsbetroffenen Kindern das Bewusstsein, dass die Eltern für sie weiterhin Verantwortung tragen, nur dann genommen werden könne, wenn die Auflösung der gemeinsamen elterlichen Sorge ihrem Wohl entspreche. Letzteres sei hier nicht der Fall.

...

1. Gemäß § 1671 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 2 BGB ist auf Antrag die gemeinsame elterliche Sorge aufzuheben und auf einen Elternteil zu übertragen, wenn die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf einen Elternteil dem Wohl eines Kindes am besten entspricht.

Vor diesem Hintergrund ist eine doppelte Kindeswohlprüfung durchzuführen, die zunächst dahin geht, festzustellen, ob die Aufhebung der gemeinsamen Sorge dem

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Kindeswohl am besten entspricht. Bejahendenfalls ist zu prüfen, ob die Übertragung gerade auf den Antrag stellenden Elternteil dem Kindeswohl am besten entspricht.

Hierbei ist zu beachten, dass kein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der gemeinsamen Sorge in dem Sinne besteht, dass die Alleinsorge eines Elternteils nur ausnahmsweise als „ultima ratio“ in Betracht kommen soll. Es besteht auch keine Vermutung dergestalt, dass die gemeinsame Sorge nach der Trennung der Eltern im Zweifel die für das Kind beste Form der Wahrnehmung elterlicher Verantwortung sei (BVerfG, FamRZ 2004, S. 354).

Die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung setzt eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraus und erfordert daher ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen ihnen (BVerfG a. a. O.). Fehlt es an der Kooperationsfähigkeit und der Kooperationsbereitschaft der Eltern und ist dies – prognostisch – auch für die Zukunft nicht zu erwarten, ist die gemeinsame elterliche Sorge aufzulösen und demjenigen Elternteil zuzuweisen, bei dem das Wohl des Kindes am besten gewahrt zu werden verspricht (OLG Köln, MDR 2012, S. 1346).

2. Die Voraussetzungen für die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge liegen vor.

a) Der Senat hat keinerlei Zweifel daran, dass es schon an einem Mindestmaß an Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit beider Eltern fehlt.

Daran kann schon deshalb kein Zweifel bestehen, weil beide Eltern selbst keinerlei Zweifel hieran haben. So hat die Kindesmutter gegenüber der Sachverständigen Dr. C... angegeben, ein Gespräch zwischen den Eltern sei „nicht mehr möglich“. Dass ein „vernünftiges Gespräch“ zwischen den Eltern nicht mehr möglich sei, äußerte die Kindesmutter auch gegenüber dem Verfahrensbeistand. Der Kindsvater gab gegenüber der Sachverständigen an, seit dem 5.7.2012 sei eine Kommunikation zwischen ihnen „überhaupt nicht möglich.“

Die eigene Einschätzung der Eltern, wonach es ihnen an jeglicher Fähigkeit fehlt, miteinander nur zu sprechen, geschweige denn zielgerecht zu kooperieren, teilen auch die Sachverständige, der Verfahrensbeistand und das Jugendamt.

Die Sachverständige Dr. C... stellte in ihrem Gutachten „das hohe Konfliktpotenzial zwischen den Eltern und ihre Unfähigkeit, miteinander zu kommunizieren“ fest. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Eltern persönlich in einem Gespräch potenziell anstehende Konflikte lösen können. Der Verfahrensbeistand wies in seinem Bericht vom 10.5.2016 auf eine „heillose Zerstrittenheit“ der Eltern hin. Der Vertreter des Jugendamts Göppingen hatte bereits in der mündlichen Verhandlung vom 6.6.2014 mitgeteilt, „der Elternkonflikt überlagert alles.“

b) Zwischen beiden Eltern besteht ganz offensichtlich keinerlei gemeinsame Basis, auf der gemeinsam ein Sorgerecht für Kinder ausgeübt werden könnte.

Die von beiden Seiten geschilderten massiven Kommunikationsdefizite äußern sich in gegenseitigen Vorbehalten, Vorwürfen, Forderungen und Misstrauen.

Die Mutter spricht dem Vater jegliche Erziehungseignung ab. Sie wirft ihm einen „seelischen Kindesmissbrauch“ vor. In einem persönlichen Schreiben vom 24.11.2014 an ihren Verfahrensbevollmächtigten weist die Mutter darauf hin, dass der Vater „mit

allen Kindern im Haus komplett überfordert“ sei. Dem Vater gehe es nicht um das Wohl der Kinder, sondern einzig allein darum, ihr weh zu tun, koste es was es wolle.

Der Kindesvater greift zwar die Mutter als Person nicht so scharf und abwertend an, wie umgekehrt die Kindesmutter den Kindesvater. So äußerte er gegenüber der Sachverständigen Dr. C..., er habe niemals behauptet, dass die Mutter aufgrund ihrer Persönlichkeit „nicht grundsätzlich erziehungsfähig sei.“ Insgesamt lässt aber auch er erkennen, dass seines Erachtens von der Kindesmutter, der er eine „emotionale Instabilität“ bescheinigt, eine negative Einwirkung auf die Kinder, denen sie Schuldgefühle einrede, ausgehe.

...

Es ist damit unschwer festzustellen, dass das Verhältnis der Eltern wechselseitig von einer derart negativen Einstellung zueinander geprägt ist, dass von einer tragfähigen sozialen Beziehung, die nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unbedingte Voraussetzung für die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge ist, keine Rede sein kann.

c) Wie gestört die Kommunikation zwischen den Eltern von Grund auf ist, zeigt sich daran, dass nach dem Vortrag der Eltern diese sich nicht persönlich, sondern nur schriftlich per Mail über die Belange der Kinder austauschen (können).

Die beiden volljährigen, bei dem Vater lebenden gemeinsamen Töchter L... und N... haben ausweislich des Berichts des Jugendamts Göppingen vom 9.5.2016 angegeben, dass zwischen den Eltern Mails geschrieben werden; im Übrigen würden die jüngeren Geschwister von der Mutter Handzettel bekommen, die sie an den Kindesvater weiterleiten sollen.

Die Vielzahl der zwischen den Eltern geführten, gerade auch kindschaftsrechtlichen Verfahren als solche belegt schon die Zerstrittenheit der Eltern (KG, FamRZ 2014, S. 1375), unabhängig davon, wer die Einleitung der Verfahren veranlasst hat. Beide Eltern sind nicht einmal in der Lage, den Umgang der Antragstellerin mit den Kindern einvernehmlich zu regeln; die Zerstrittenheit der Eltern und deren von Grund auf fehlende Fähigkeit, außergerichtliche Kompromisse zu schließen, führte hier dazu, dass die Kinder mehrere gerichtliche Anhörungen über sich ergehen lassen mussten. Dass sich die Unfähigkeit der Eltern, miteinander zu kommunizieren, u. a. aus den „bisherigen hochstrittigen Familienrechtsverfahren“ ableiten lässt, betonte auch die Sachverständige Dr. C... in ihrem Gutachten.

Dass die Eltern nicht nur nicht miteinander reden können, sondern so zerstritten sind, dass sie sich nicht einmal begegnen können und dürfen, wird in aller Deutlichkeit belegt durch das zwischen ihnen bestehende „Näherungsverbot“, auf das beide Eltern hingewiesen haben und das auf ein zwischen ihnen im Jahr 2013 geführtes Gewaltschutzverfahren zurückgeht.

d) Dass in der Vergangenheit die beiden Eltern in Angelegenheiten, gleich welcher Art, insbesondere auch solchen, die Kindesbelange betreffen, nicht nach Gemeinsamkeiten suchten und nicht das Wohl ihrer Kinder vorrangig im Blick hatten, sondern ihren persönlichen Streit auslebten und die Behauptung der eigenen Position in den

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Vordergrund stellten, erscheint angesichts all des Vorstehenden als eine gleichsam zwangsläufige Folge.

Die Kindesmutter hat bereits mit ihrer Antragsschrift vom 19.2.2014 darauf hingewiesen, dass aus ihrer Sicht die Gesundheitssorge für das Kind M... seitens des Kindesvaters nicht einvernehmlich und im Interesse des Kindes, sondern zum Zwecke der Ausforschung zum Nachteil der Mutter, z. B. im Wege der Einholung von Befunden von Ärzten, ausgeübt werde.

Ebenfalls waren sich die Eltern im Jahr 2014 nicht einig, als es um den Übertritt des Kindes E...i in eine weiterführende Schule ging. Während die Mutter die Realschule präferierte, sprach sich der Vater für das Gymnasium aus. Letztlich durchbrach der Vater dieses sorgerechtliche „Patt“ eigenmächtig unter Umgehung des (gemeinsamen) Sorgerechts der Mutter, indem er Fakten schuf und das Kind E... in einem Gymnasium anmeldete, was die Kindesmutter dann letztlich akzeptierte.

Aus dem Umstand, dass der Kindesvater sich für ein Gymnasium aussprach, auf dem das Kind im Übrigen nach eigenem Bekunden gut zurecht kommt, leitete die Kindesmutter ausweislich des Berichts des Verfahrensbeistands vom 25.3.2014 ab, dass der Vater „nicht mehr normal denken“ könne.

Im Jahr 2015 waren die Eltern sich ausweislich des Berichts des Jugendamts Göppingen vom 9.5.2016 auch bezüglich des Kindes M... in schulischen Angelegenheiten nicht einig. Während die Kindesmutter der Meinung war, dass M... in der derzeitigen Schule überfordert sei, weshalb das Kind das Schuljahr wiederholen solle, „versagte“ dies der Vater, der die schulische Situation grundlegend anders einschätzt.

3. a) Dass der Senat sich der Einschätzung der Sachverständigen Dr. C... hinsichtlich des hohen Konfliktpotentials zwischen den Eltern und deren Unfähigkeit, miteinander zu kommunizieren, sowie, dass die Eltern nicht in der Lage sein werden, persönlich in einem Gespräch anstehende Konflikte zu lösen, volumnäßig anschließt, wurde bereits ausgeführt.

Der Senat schließt sich allerdings nicht dem Schluss an, den die Sachverständige aus der vorliegenden Sachlage zieht, wenn sie trotz dieses hohen Konfliktpotentials die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge für E... und M... empfiehlt.

Die Sachverständige stützt dies darauf, dass die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge für die Kinder bedeuten würde, dass ihrem Wunsch auf Befriedung in dem Elternkonflikt nicht Rechnung getragen wird. Da die Eltern persönlich Konflikte nicht lösen können, sei es ihnen zumutbar, dass sie bei anstehenden planbaren Fragestellungen, die die gemeinsame elterliche Sorge betreffen, Beratungen in Anspruch nehmen, um eine Lösung zu erarbeiten.

b) Der Schluss der Sachverständigen, dass es unter den hiesigen Umständen dem Kindeswohl entspricht, wenn die Eltern das Sorgerecht weiterhin gemeinsam ausüben, insbesondere, dass es ihnen zumutbar sei, zukünftige Fragen, die sie auch nach Auffassung der Sachverständigen nicht gemeinsam lösen können, mit Hilfe von sachkundiger

Beratung zu regeln, entspricht nicht dem (rechtlichen) Schluss, den die höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung bei derartigen Fallgestaltungen zieht.

Zwar schließt nicht jede Spannung oder Streitigkeit zwischen den Eltern die gemeinsame Wahrnehmung des Sorgerechts aus; vielmehr kommt es darauf an, welche Auswirkungen eine fehlende Einigung bei einer Gesamtbeurteilung der Verhältnisse auf die Entwicklung und das Wohl des Kindes haben wird. So besteht kein Anlass, die gemeinsame Sorge aufzuheben, wenn unbeschadet bestehender Meinungsverschiedenheiten eine Kooperation auf der Elternebene noch möglich ist. Allein die Ablehnung einer gemeinsamen elterlichen Sorge durch den Vater der Kinder E... und M... begründet auch noch nicht die Annahme, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht.

Im Ausgangspunkt entspricht es vielmehr grundsätzlich dem Kindeswohl, wenn ein Kind in dem Bewusstsein lebt, dass beide Eltern für es Verantwortung tragen, und wenn es seine Eltern in wichtigen Entscheidungen für sein Leben als gleichberechtigt erlebt. Gerade hierauf hat auch der Verfahrensbeistand seine Empfehlung für eine Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge gestützt.

Der Beibehaltung einer gemeinsamen elterlichen Sorge ist jedoch nicht uneingeschränkt der Vorzug zu gewähren; sie ist vielmehr aufzuheben, wenn deren Aufrechterhaltung dem Wohl der Kinder nicht mehr dient.

Das OLG Brandenburg (Beschluss vom 15. Februar 2016 – 10 UF 216/14 -, juris), dessen Einschätzung und rechtlicher Bewertung sich der Senat anschließt, hat hierzu folgendes ausgeführt:

„Wenn angesichts der Entwicklungen in der Vergangenheit die begründete Besorgnis besteht, dass die Eltern auch in Zukunft nicht in der Lage sein werden, ihre Streitigkeiten in wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge konstruktiv und ohne gerichtliche Auseinandersetzungen beizulegen, ist die erzwungene Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge dem Kindeswohl nicht zuträglich. Dies gilt unabhängig davon, welcher Elternteil für die fehlende Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit (überwiegend) verantwortlich ist.“

Das OLG Brandenburg hat weiter betont:

„Kooperationsfähigkeit und Kooperationsbereitschaft sind unabdingbare Voraussetzung für ein elterliches Zusammenwirken in der Wahrnehmung der Verantwortung für die Kinder. Fehlt es hieran, weil die Eltern zur Kooperation weder bereit noch in der Lage sind und einander ablehnen, kann dies einer gedeihlichen gemeinsamen Sorge im Interesse des Kindes unzuträglich sein, weil nicht gewährleistet ist, dass die Ausübung gemeinsamer elterlicher Sorge hinreichend konfliktfrei verläuft. Tragen die Eltern ihre Uneinigkeit und ihren Zwist auf dem Rücken des Kindes aus, kann das Kind in seiner

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Beziehungsfähigkeit beeinträchtigt und unter Umständen sogar in seiner Entwicklung gefährdet werden (vgl. BVerfGE 127, S. 132).“

Eine Pflicht der Eltern zur Konsensfindung kann letztlich nicht erzwungen werden, weshalb der Senat den Ansatz der Sachverständigen, die Eltern müssten zukünftige Fragen mit Hilfe von sachkundiger Beratung regeln, für nicht realisierbar hält.

Beide Eltern haben übereinstimmend geschildert, dass in der Vergangenheit sämtliche Vermittlungsversuche unter Inanspruchnahme professioneller Beratung ergebnislos gescheitert bzw. von vorneherein nicht angenommen worden sind. Das Jugendamt Göppingen teilte in seinem Bericht vom 9.5.2016 mit, dass seit 2012 kein gemeinsames Gespräch beim Kreisjugendamt möglich gewesen sei, was eine Einschränkung der Vermittlungsangebote darstelle.

Von keinem der beiden Elternteile wurde die Bereitschaft geäußert, zukünftig im Rahmen von Beratungsgesprächen es nochmals zu versuchen, zu gemeinsamen Lösungen zu gelangen. Von einer derartigen Entwicklung kann angesichts des lang andauern den, chronifizierten Elternkonflikts, der sich in erbitterten Auseinandersetzungen der Eltern entlädt, auch nicht ausgegangen werden.

Die bloße grundsätzliche Pflicht von Eltern zur Konsensfindung vermag eine tatsächlich nicht bestehende Verständigungsmöglichkeit nicht zu ersetzen. Denn nicht schon das Bestehen der Pflicht allein ist dem Kindeswohl dienlich, sondern erst die tatsächliche Pflichterfüllung, die sich in der Realität nicht verordnen lässt (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 11.5.2015, Aktz.: 6 UF 18/15 – juris; OLG Brandenburg, a. a. O.)

Eine Prognose, dass die Eltern in der Lage sein werden, bei einem Dissens – gegebenenfalls mit Hilfe Dritter – in Sachfragen gemeinsam am Kindeswohl orientierte Entscheidungen zu treffen, worauf die Sachverständige Dr. C... abgestellt hat, kann damit aus Sicht des Senats nicht getroffen werden.

Dass der Zeitfaktor keinerlei Entspannung gebracht hat, hat auch der Verfahrensbe stand in seinem Bericht vom 10.5.2016 festgestellt.

Die in dem angegriffenen Beschluss des Amtsgerichts, das das vorliegende Verfahren mit großer Sorgfalt betrieben hat, zum Ausdruck gebrachte Erwartung, dass „die Ergebnisse des vorliegenden Verfahrens“ dazu beitragen, dass die bisherige „prozessuale Eskalation“ im Hinblick auf Kindschaftsangelegenheiten zurückgefahrt werden wird, findet aus Sicht des Senats in dem hiesigen Verfahren keine Grundlage.

Der Senat teilt auch nicht die Einschätzung des Amtsgerichts, dass prognostisch davon ausgegangen werden könne, dass die Kindesmutter kurz- bzw. mittelfristig den Umstand akzeptiert, dass die Kinder ihren Aufenthalt bei dem Vater haben und dass dieser Umstand positiven Einfluss auf die gegenseitige Kommunikationsfähigkeit und – Bereitschaft der Eltern haben könnte. Auch hierfür liegen keinerlei Anhalts punkte vor.

Der Übertragung der Alleinsorge auf den Vater stünde nicht entgegen, wenn konkrete, die Alltagskompetenz nach § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB überschreitende Entscheidungen in Kindesbelangen derzeit nicht anstehen. Die Eltern streiten sich allerdings schon wieder auch um Entscheidungen, die nicht in die Alltagskompetenz fallen. So steht zwischen den Eltern ausweislich des Berichts des Jugendamts Göppingen vom

9.5.2016 eine Mutter-Kind-Kur, d. h. eine Angelegenheit, die die Gesundheitssorge für die Kinder betrifft, im Streit. Während die Mutter eine solche wünscht, da dies auch dem Wohl der Kinder entspreche, lehnt der Vater eine solche Kur ab, da er hierin keinen Nutzen und Bedarf für die Kinder sieht.

Ausweislich des Jugendamtsberichts vom 9.5.2016 stehen Einzelheiten der Ausübung des Umgangs (wieder) im Streit, die Einschätzung der schulischen Situation M... wird zwischen den Eltern auch (nach wie vor) streitig ohne jegliche Einsicht in die Sicht des jeweils anderen und ohne die Bereitschaft, gemeinsame Lösungen überhaupt erzielen zu wollen, erörtert.

Dass der Vater eine Weiterbehandlung des Kindes M... bei der vormaligen Sachverständigen Frau H... strikt ablehnt, hindert offensichtlich die Kindesmutter nicht daran, das Kind M... bei Frau H... zur Behandlung vorzustellen, was in besonderem Maße wiederum belegt, dass – soweit es den Eltern möglich ist – diese ihre eigenen Vorstellungen über das Wohl der Kinder durchzusetzen versuchen, ohne den anderen Elternteil einzubeziehen.

Das Kind E... hatte dem Mitarbeiter des Jugendamts bei einem Hausbesuch geäußert, dass sie es nicht gut finde, dass die „Eltern immer noch streiten.“ Das erst 12-jährige Kind hat auch zutreffend auf den Punkt gebracht, „dass es jetzt ja darum gehe, dass die Eltern Entscheidungen treffen sollen, aber eigentlich immer im Streit miteinander stünden.“ Bei einer solchen von einem Kind wahrgenommenen Zerstrittenheit der Eltern gefährdet es das Kindeswohl, wenn das Kind immer wieder vergegenwärtigen muss, dass es für die Eltern mit seinen Belangen als „Zankapfel“ herhalten muss (OLG Köln, MDR 2012, S. 1346). Es kann der ungestörten Entwicklung und damit dem Wohl eines Kindes auch nicht dienlich sein, für jeden künftig auftretenden Entscheidungsbedarf das Erfordernis eines gerichtlichen Verfahrens vor Augen haben zu müssen (OLG Hamm, Beschluss vom 24.11.2015, Aktz.: 14 UF 156/15 -, juris).

Die Eltern befinden sich, soweit es hierzu Gelegenheit gibt, weiterhin im Streit. Eine lösungsorientierte Herangehensweise unter Inanspruchnahme professioneller Beratung, wie von der Sachverständigen als den Eltern „zumutbar“ bezeichnet, wird nicht in Anspruch genommen.

...

4. Unter Berücksichtigung aller Umstände, ist eine Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge – auch nur in Teilbereichen – nicht kindeswohldienlich. In Fällen, in denen – wie hier – die gemeinsame elterliche Sorge praktisch nicht "funktionierte" und es den Eltern aufgrund ihrer insgesamt gestörten Kommunikationsbasis nicht gelingt, gemeinsam Entscheidungen im Interesse der Kinder zu erarbeiten, ist der Alleinsorge eines Elternteils gegenüber dem Fortbestand der gemeinsamen Sorge der Vorzug zu geben, um Belastungen für die Kinder zu vermeiden, die mit deren Wohl nicht vereinbar sind (BGH, FamRZ 2005, S. 1167).

Angesichts der eigenen Einschätzungen der Eltern über ihr Verhältnis zueinander und insbesondere aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit dem Umgang der Eltern miteinander, ist nicht annähernd zu erwarten, dass die Eltern sich bei einer gemeinsa-

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

men elterlichen Sorge über die in Zukunft sorgerechtlich relevanten Fragen sachgerecht, konfliktfrei und erforderlichenfalls zeitnah verständigen können.

Das Risiko, dass – wie hier – Kinder durch eine gemeinsame elterliche Sorge einem fortdauernden Konflikt der Eltern ausgesetzt sind, steht regelmäßig der Annahme einer Kindeswohldienlichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegen (OLG Frankfurt, NJW 2014, S. 2201).

Der Senat verkennt hierbei nicht, dass Gefahren für Kinder, die im Elternkonflikt zerrieben werden, von einem unnachgiebig feindlichen und offensiv gegeneinander gerichteten Verhalten der Eltern ausgehen, das den Kindern – unabhängig von der Regelung der elterlichen Sorge – auch künftig nicht verborgen bleiben wird. Wenn die Eltern in den wesentlichen Kindesbelangen kein Einvernehmen mehr erzielen müssen, sind aber zumindest diese Bereiche einem Streit entzogen, was die Kinder entlasten kann, weshalb sich die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Ergebnis zu deren Wohl auswirkt.

...

5. Nach Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge ist die alleinige elterliche Sorge auf den Kindesvater zu übertragen, da zu erwarten ist, dass dies dem Wohl der Kinder am besten entspricht. Die Kinder E... und M... leben im Haushalt des Vaters, dieser ist zu deren Hauptbezugsperson geworden. Der Vater ist in den Alltag der Kinder eingebunden und hat daher Kenntnis über die Lebensverhältnisse der Kinder und auch über die Umstände, die für die Entscheidung in sorgerechtlichen Angelegenheiten von Bedeutung sind.

Die individuelle Erziehungs- und Förderungsfähigkeit des Kindesvaters wurde weder von der Sachverständigen Dr. C... in Zweifel gezogen, noch durch den Verfahrensbeistand oder das Jugendamt. Das Jugendamt stellte auch fest, dass die Kinder E... und M... sich im Haushalt des Vaters wohl fühlen. Dies entspricht auch deren gegenüber der Sachverständigen Dr. C... gemachten Äußerungen.

III. Der Senat entscheidet gemäß § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG ohne mündliche Verhandlung, da eine solche bereits im ersten Rechtszug stattgefunden hat und ausweislich der Stellungnahmen im Beschwerdeverfahren von einer erneuten Vornahme keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind. Der Senat ist in der Lage, sich anhand der Aktenlage ein Bild von dem Verfahren und von Art und Inhalt des Konflikts zu machen. Der Senat geht von den Feststellungen der Sachverständigen, des Verfahrensbeistands und des Jugendamts aus, zieht allerdings bei der vorzunehmenden (rechtlichen) Bewertung des Sachverhalts einen anderen Schluss als die Sachverständige und der Verfahrensbeistand. Dass der Senat sich hierbei auf die Rechtsprechung des BVerfG, des BGH und der Oberlandesgerichte stützt, wurde ausgeführt. Es sind auch keine Verfahrensfehler des Familiengerichts ersichtlich, die eine erneute mündliche Anhörung erforderlich machen könnten.

Anlass für die Zulassung einer weiteren Rechtsbeschwerde besteht nicht, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.

Stefanie Kemme

## Rechtsprechungsübersicht Strafrecht

Für diese Rechtsprechungsübersicht wurden die vom 1.1.2017 bis zum 31.3.2017 veröffentlichten, rechtspychologisch relevanten Entscheidungen der Gerichte in Strafsachen gesichtet. Zur Konkretisierung der Leitsätze werden ggfs. ausgewählte Auszüge aus den Gründen der Entscheidungen aufgeführt. Falls erforderlich werden auch kurze Angaben zum betreffenden Sachverhalt gemacht. Anmerkungen, die der Verständlichkeit dienen, wurden in [...] gesetzt. Für jede Entscheidung wird eine Quelle angegeben, über die der Volltext recherchierbar ist.

### *I. Schulpflichtigkeit*

#### 1 Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung der Schulpflichtigkeit

*BGH, Beschl. v. 28.9.2016 – 2 StR 223/16 (LG Wiesbaden); NStZ-RR 2017, 37 = BeckRS 2016, 20608*

1. Die Frage, ob eine Beeinträchtigung des Steuerungsvermögens bei Vorliegen eines Eingangsmerkmals erheblich ist, ist nicht empirisch sondern normativ zu beantworten, über sie hat das Gericht und nicht der Sachverständige zu befinden.
2. Ist das Vorliegen eines Eingangsmerkmals i. S. der §§ 20, 21 StGB festgestellt, liegt regelmäßig zumindest die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit nahe. Die Feststellung einer nicht erheblichen Minderung der Steuerungsfähigkeit bedarf in einem solchen Falle einer besonderen Begründung, die auch erkennen lassen muss, dass sich der Tatrichter bewusst war, eine vom Regelfall abweichende Entscheidung zu treffen.
3. Eine erhebliche Einschränkung der Steuerungsfähigkeit kommt nicht nur bei Impulstaten in Betracht.

Zum Sachverhalt:

Das LG verurteilte den Angekl. wegen versuchter Freiheitsberaubung sowie erpresserischen Menschenraubs in Tateinheit mit räuberischer Erpressung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 6 Jahren. Die Revision des Angekl. führte zu einer Schuldspruchberichtigung und zur Aufhebung des Strafausspruches.

DOI: 10.5771/2365-1083-2017-2-244

## Aus den Gründen:

... 2. Der Strafausspruch hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Annahme, der Angekl. habe im Zustand nicht erheblich verminderter Schuldfähigkeit gehandelt, hat das LG nicht tragfähig begründet. Die StrK ist, sachverständig beraten, davon ausgegangen, dass bei dem Angekl. eine dissoziale Persönlichkeitsstörung mit psychopathischen Charaktereigenschaften gegeben sei, die wegen des extremen Ausmaßes als schwere andere seelische Abartigkeit einzustufen sei. Trotz des Vorliegens des Eingangsmerkmals i. S. der §§ 20, 21 StGB sei die Einsichts- und auch die Steuerungsfähigkeit des Angekl. zur Tatzeit nicht beeinträchtigt gewesen. Dies begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

a) Ob eine Beeinträchtigung des Steuerungsvermögens bei Vorliegen eines Eingangsmerkmals erheblich ist, ist eine nicht empirisch, sondern normativ zu beantwortende Frage, über die nach st. Rspr. das Gericht und nicht der Sachverständige zu befinden hat (BGH, Urt. v. 21.1.2004 – 1 StR 346/03 = BGHSt 49, 45 [53] = NJW 2004, 1810 = NStZ 2004, 437; mwN; Fischer, StGB, 63. Aufl., § 21 Rn 7). Vorliegend referiert die StrK die Einschätzung des Sachverständigen, die „Steuerungsfähigkeit sei unter Zugrundelegung der von der Expertenkommission beim BGH entwickelten Richtlinien zur Tatzeit sowohl am 29.6.2015 wie auch am 30.6.2015 erhalten gewesen“. Eigene Erwägungen, die erkennen ließen, dass sich die StrK mit der ihr obliegenden Prüfung einer erheblichen Steuerungsfähigkeit eigenverantwortlich befasst hat, sind den Urteilsgründen nicht zu entnehmen. Dies lässt besorgen, dass eine eigenständige Prüfung durch das LG nicht stattgefunden hat.

b) Ist das Vorliegen eines Eingangsmerkmals i. S. der §§ 20, 21 StGB, wie hier der schweren seelischen Abartigkeit, festgestellt, liegt regelmäßig zumindest die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit nahe (vgl. zuletzt Senat, Urt. v. 25.3.2015 – 2 StR 409/14 = NStZ 2015, 588). Die Feststellung einer nicht erheblichen Minderung der Steuerungsfähigkeit bedarf danach einer besonderen Begründung (vgl. dazu Fischer, § 21 Rn 8), die auch erkennen lassen muss, dass sich der Tatrichter bewusst war, eine vom Regelfall abweichende Entscheidung zu treffen. Daran fehlt es hier. Die vom LG wiedergegebenen Ausführungen der Sachverständigen lassen besorgen, dass dies bei der Würdigung aus dem Blick geraten sein könnte („Zusammenfassend führt die Sachverständige aus, dass es bei den gegen eine Einschränkung der Steuerungsfähigkeit sprechenden Umständen nicht um eine Liste von Kriterien handele, bei der eine gewisse Anzahl von nicht erfüllten Kriterien im Sinne eines cut-off-Wertes zur Annahme verminderter Schuldfähigkeit führe. Vielmehr seien die erfüllten Kriterien Anhaltspunkte, die auf den Einzelfall zu diskutieren seien“).

c) Zudem stützt sich die Würdigung auf Erwägungen, die bezogen auf den zu Grunde liegenden Sachverhalt keine oder wenig Aussagekraft besitzen.

Soweit ausgeführt wird, die vorgeworfenen Taten seien Ausdruck der dissozialen und psychopathischen Persönlichkeit des Angekl., seiner Rücksichtslosigkeit, der Allmachtsphantasien und seines Empathiemangels gegenüber Eltern und Großmutter, der Angekl. habe Geld gebraucht und habe sich dieses – wie schon früher – bei Eltern und

Großmutter beschaffen wollen, erschließt sich nicht, warum „vor diesem Hintergrund“ nicht von einer erheblich verminderten oder aufgehobenen Steuerungsfähigkeit ausgegangen werden könne. Dass eine Tat Ausdruck der festgestellten Störung ist, sagt nichts über den Schweregrad der Störung und enthält – weder positiv noch negativ – einen Hinweis auf den Grad der Einschränkung der Steuerungsfähigkeit.

Auch die weiter angeführten Umstände, das Vorgehen des Angekl. sei geplant und vorbereitet gewesen, es habe sich auch nicht um Impulstaten gehandelt, verhält sich nicht zu der Frage, ob das Hemmungsvermögen des Angekl. mehr als nur unerheblich beeinträchtigt ist. Die Planung und Vorbereitung einer Tat, die jedenfalls im Hinblick auf das Vorgehen am 30.6.2015 wenig professionell erscheint und angesichts ihrer Durchführung in der Öffentlichkeit eine große Gefahr der Entdeckung birgt, lassen ohne nähere Erkenntnisse, wann der Angekl. sich zur Tat entschlossen und welche Anstrengungen er zu ihrer Durchführung unternommen hat, keinen vernünftigen Rücksluss auf den Grad der Einschränkung der Steuerungsfähigkeit zum Tatzeitpunkt zu. Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass eine erhebliche Einschränkung der Steuerungsfähigkeit nicht nur bei „Impulstaten“ in Betracht kommt. ...

## 2 Symptomatischer Zusammenhang zwischen festgestellter psychischer Störung und Tat

*BGH, Beschl. v. 12.10.2016 – 4 StR 78/16 (LG Krefeld); NStZ-RR 2017, 74 = BeckRS 2016, 19426*

1. Die Diagnose einer Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis führt für sich genommen nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten erheblichen Beeinträchtigung der Schulpflichtigkeit. Erforderlich ist vielmehr stets die konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich die bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (Anschluss an BGH NStZ-RR 2014, 305 (306)).
2. Die Erwägung, wonach es für psychisch erkrankte Personen typisch sei, wütend zu werden, wenn sie sich ungerecht behandelt fühlen, ist nicht geeignet, eine Beeinflussung der vom Angeklagten begangenen Taten durch dessen psychotische Erkrankung tragfähig zu belegen.
3. Soweit sich das Tatgericht der gutachterlichen Einschätzung des psychiatrischen Sachverständigen „anschließt“, lässt dies die gebotene, für ein Verständnis des Gutachtens und die Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderliche Wiedergabe der wesentlichen Anknüpfungspunkte und Darlegungen des Sachverständigen vermissen.
4. Wird die Anordnung einer Maßregel nach § 63 StGB aufgehoben, so kann mit Blick auf die Vorschrift des § 358 Abs. 2 S. 2 StPO auch der Freispruch des Angeklagten aufgehoben werden (Anschluss an BGH BeckRS 2014, 18560). Eine Beschränkung der Revision auf die Maßregelanordnung ist insoweit wegen des un-

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

trennbaren Zusammenhang zwischen der Entscheidung über die Unterbringung nach § 63 StGB und dem auf § 20 StGB gestützten Freispruch unwirksam.

### 3 Symptomatischer Zusammenhang und Unterbringung bei Vorliegen einer bipolaren Störung

*BGH, Urt. v. 23.11.2016 – 2 StR 108/16 (LG Darmstadt); NStZ-RR 2017, 76 = BeckRS 2016, 21429*

1. Im Fall der Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus muss vom Tatgericht im Einzelnen dargelegt werden, wie sich die festgestellte, einem Merkmal von §§ 20, 21 StGB unterfallende Erkrankung in der jeweiligen Tatsituation auf die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat und warum die Anlasstaten auf den entsprechenden psychischen Zustand zurückzuführen sind.
2. Dass sich die vollständige Aufhebung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten „nicht ausschließen“ lässt, besagt noch nicht, dass für die Anordnung der Unterbringung gem. § 63 StGB die Voraussetzungen zumindest des § 21 StGB zum Zeitpunkt der Anlasstat zweifelsfrei festgestellt sind.
3. Führt erst das Zusammenwirken einer psychischen Störung mit einer ebenfalls bestehenden akuten Alkoholintoxikation zu einer vollständigen Aufhebung der Steuerungsfähigkeit, so gelten besondere Voraussetzungen für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. In einem solchen Fall kommt auch die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) in Betracht und ist von der Strafkammer in den Blick zu nehmen.
4. Im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose ist es als wichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten anzusehen, dass ein Täter trotz bestehenden Defekts über Jahre hinweg keine erheblichen Straftaten begangen hat. Der Umstand, dass die letzte Verurteilung des Angeklagten etwa vier Jahre zurückliegt, hätte daher im Rahmen der individuellen Gefährlichkeitsprognose Berücksichtigung finden müssen; das bloße Abstellen auf das statistische Rückfallrisiko bei Unterbleiben einer Behandlung genügt nicht (Anschluss an BGH NStZ-RR 2015, 72 (73)).

## II. Maßregelvollzug

### 4 Fehlende Entscheidung über die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

*BGH, Beschl. v. 3.8.2016 – 4 StR 290/16 (LG Halle); NStZ-RR 2017, 7 = BeckRS 2016, 15570*

Konsumiert ein wegen mehrfachen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und weiterer Drogendelikte verurteilter Angeklagter seit 2 Jahren Chrystal, bezeichnet sich selbst als drogensüchtig, wollte seinen Drogenkonsum durch die Taten finanzieren und wird nach zwischenzeitlicher Entlassung aus der Untersuchungshaft erneut mit Chrystal aufgegriffen, liegt es nahe, dass sowohl ein Hang als auch Anlassstatten i. S. des § 64 StGB gegeben sein können.

### 5 Unterbringung in einer Entziehungsanstalt – langjähriger, stetig gestiegener Rauschmittelkonsum

*BGH, Beschl. v. 14.6.2016 – 1 StR 219/16 (LG Würzburg); NStZ-RR 2017, 7 = BeckRS 2016, 13017*

1. Der für die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB vorausgesetzte Hang, Rauschmittel im Übermaß zu konsumieren, kann bei einem Angeklagten, der über einen langen Zeitraum in stetig gestiegenem Maße regelmäßig Betäubungsmittel konsumiert hat, nicht allein unter Verweis darauf verneint werden, dass er in der Lage war, seinen Rauschmittelkonsum kurzzeitig zu verringern oder einzustellen
2. In den Gründen einer überwiegend auf Wertungen eines Sachverständigen gestützten Entscheidung über die Anordnung bzw. Nichtanordnung einer Unterbringungsmaßregel nach § 64 StGB müssen die den gutachterlichen Wertungen zugrunde liegenden Anknüpfungstatsachen nachvollziehbar dargestellt werden.

### 6 Erledigung der Unterbringung nach 10 Jahren

*KG, Beschl. v. 5.10.2016 – 5 Ws 116/16; NStZ-RR 2017, 8 = LSK 2016, 109589*

1. Mit dem am 1.8.2016 in Kraft getretenen „Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 des Strafgesetzbuches und zur Änderung anderer Vorschriften“ (BGBl. I 2016, 1610) sind – u. a. – die materiell-rechtlichen Maßstäbe, nach denen über die Erledigung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zu entscheiden ist, konkretisiert worden; insbesondere bei lang andauernden Unterbringungen ist eine Gefährlichkeitsprognose maßgeblich.

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

2. Im Falle einer bereits 10 Jahre vollzogenen Unterbringung beschränkt die Neuregelung den Kreis der prognoserelevanten Taten auf erhebliche Taten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Die Erledigung der Maßregel ist zudem nicht von einer insoweit positiven Prognose abhängig, sondern vielmehr die Fortsetzung der Unterbringung von einer negativen Prognose (Regelerledigung).
  3. Prognosedefizite wegen einer noch fehlenden Erprobung des Untergebrachten in externen Einrichtungen müssen sich angesichts der Regelerledigung zu dessen Gunsten auswirken.
  4. In formeller Hinsicht hat die Gesetzesänderung bereits jetzt zur Folge, dass die StVK vor einer Fortdauerentscheidung nach § 67 e StGB zwingend eine gutachterliche Stellungnahme der Maßregelvollzugseinrichtung einzuholen hat, in der der Verurteilte untergebracht ist (§ 463 IV 1 StPO n. F.).
- 7 Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach neuem Recht

*OLG Rostock, Beschl. v. 21.9.2016 – 20 Ws 234/16; NStZ-RR 2017, 31 = BeckRS 2016, 17939*

1. § 67 d VI StGB n. F. ist seit dem 1.8.2016 als – den Täter überdies besserstellende – Verfahrensvorschrift ist ohne Übergangsfrist ab dem 1.8.2016 auch auf „Altfälle“ anzuwenden.
  2. Nach einer Vollstreckungsdauer von 6 Jahren muss, um die Regelvermutung der Unverhältnismäßigkeit zu widerlegen, konkret festgestellt werden, dass der Untergebrachte eine ungünstige Prognose i. S. des § 67 d VI 2 StGB hat. Die bloße nicht hinreichende Feststellbarkeit einer günstigen Prognose reicht nicht aus.
  3. Die Gefahr der künftigen Begehung einfacher Brandstiftungsdelikte (§ 306 StGB) vermag die Fortdauer einer Unterbringung nach 6 Jahren Vollzugsdauer nicht mehr zu rechtfertigen.
- 8 Sicherungsverwahrung – Auswahl der Behandlungsmaßnahmen im vorangehenden Strafvollzug

*OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8.7.2016 – 1 Ws 14/16; NStZ-RR 2017, 60 = BeckRS 2016, 12997*

1. Bestehen im Hinblick auf die Frage, welches gebotene therapeutische Angebot einem Gefangenen im Rahmen einer Behandlungsmaßnahme nach § 119 a StVollzG zu unterbreiten ist, unterschiedliche Beurteilungsmöglichkeiten oder drängen sich solche auf, so gebietet der Grundsatz der bestmöglichen Sachaufklärung die Einholung einer gutachterlichen Expertise. Gleichermaßen muss gelten, wenn ernsthafte Zweifel

an der Behandlungsfähigkeit eines Gefangenen bestehen, denn es ist nicht Aufgabe des Strafvollzuges, seine ohnehin knappen Ressourcen an geeigneten Behandlungsplätzen auf Gefangene zu konzentrieren, bei welchen von einer absoluten Therapie- und Behandlungsunfähigkeit ausgegangen werden muss und bei denen deshalb auch jeder Ansatzpunkt für eine erfolgsversprechende Therapievorbereitende Motivationsarbeit fehlt.

2. Dem Verurteilten darf erst dann eine weniger risikomindernde Therapiemaßnahme als Alternative angeboten werden, wenn sich die aus objektiver Sicht wirklich geeignete und effektive therapeutische Maßnahme trotz intensiver Bemühungen nicht umsetzen lässt.

## 9 Unterbringung nach § 63 StGB – Defektzustand und Gefährlichkeit

*BGH, Beschl. v. 21.12.2016 – 1 StR 594/16 (LG Würzburg); NStZ-RR 2017, 76 = BeckRS 2016, 112923*

1. Hat sich das Krankheitsbild des Täters im Verlauf der Erkrankung bis zur Tat verändert und haben die Ärzte wechselnden Diagnosen gestellt, bedarf es besonders detaillierter Darlegungen zu den Voraussetzungen des § 63 StGB im Urteil, namentlich zum Defektzustand und seinen Auswirkungen auf die Schuldfähigkeit.
2. In die Gefährlichkeitsprognose sind die konkrete Krankheits- und Kriminalitätsentwicklung sowie die auf die Person des Beschuldigten und seine konkrete Lebenssituation bezogenen Risikofaktoren einzubeziehen, die eine individuelle krankheitsbedingte Disposition zur Begehung von Straftaten jenseits der Anlassaten belegen können.
3. Zwar kann bei einer Schizophrenie der Tatrichter auch in Bezug auf einen Täter, der zuvor noch nicht oder kaum mit Gewaltdelikten aufgefallen ist, die Überzeugung gewinnen, dieser werde mit einer Wahrscheinlichkeit höheren Grades zukünftig erhebliche Straftaten, wie etwa Körperverletzungsdelikte, begehen. Dazu bedarf es aber gerade der sorgfältigen Darlegung derjenigen Umstände, die die entsprechende tatrichterliche Überzeugung tragen.

## III. Kindeswohlgefährdung, Vernachlässigung, Misshandlung

- 10 Streicheln des Gesäßes eines pubertierenden Kindes und dessen Umarmung als sexuelle Handlungen

*BGH, Urt. v. 21.9.2016 – 2 StR 558/15 (LG Aachen); NStZ-RR 2017, 43 = BeckRS 2016, 20610*

1. Als erheblich i. S. des § 184 h Nr. 1 StGB sind solche sexualbezogenen Handlungen zu werten, die nach Art, Intensität und Dauer eine sozial nicht mehr hinnehmbare

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Beeinträchtigung des im jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts besorgen lassen. Dazu bedarf es einer Gesamtbetrachtung aller Umstände im Hinblick auf die Gefährlichkeit der Handlung für das jeweils betroffene Rechtsgut; unter diesem Gesichtspunkt belanglose Handlungen scheiden aus. Die Anforderungen bei einem dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von Kindern dienenden Tatbestand sind entsprechend seinem Schutzzweck dabei geringer anzusetzen als bei Delikten gegen Erwachsene.

2. Abhängig von der Einwirkungsintensität im Einzelfall können auch sexuell motivierte Berührungen an anderen Körperregionen als den Geschlechtsorganen die Schwelle der Erheblichkeit überschreiten. Als maßgebliche Umstände für die zunehmende Bewertung kommen neben der Intensität und Dauer des Kontakts auch etwaige begleitende Handlungen, wie Berührungen des Körpers, das Verhältnis zwischen Täter und Opfer und die konkrete Tatsituation in Betracht.
3. Die Erheblichkeitsschwelle kann durch – sexuell motiviertes und nicht nur kurzeitiges – Streicheln des nackten Gesäßes eines schlafenden 13-jährigen Mädchens und durch dessen Hochheben unter Umfassen seines nackten Gesäßes unterhalb der Bikinihose überschritten sein. Anders liegt Fall bei der sexuell motivierten bloßen Umarmung des Mädchens in situationsadäquater Badebekleidung, da sich die kurze Berührung unbekleideter Körperteile noch im Rahmen des Üblichen hält.

Zum Sachverhalt:

... Im Sommerurlaub 2007 äußerte sich der Angekl. der Gesch. gegenüber wiederholt dahin, dass sie den Körper einer Frau habe und sich gar nicht bewusst sei, welche Reize sie aussende. Dabei fasste er ihr ans Gesäß oder an die Brust. Als das Mädchen daraufhin ihren Vater anrief und vergeblich darum bat, abgeholt zu werden, bestand der Angekl. auf einer „Versöhnung“, wobei die Gesch. sich auf seinen Schoß setzen musste. Bei einem nachfolgenden Schwimmbadbesuch umarmte der nur mit einer Badehose bekleidete Angekl. die mit einem Bikini bekleidete Gesch., um sich durch den dadurch entstehenden Kontakt sexuell zu erregen. Er umfasste ihre Taille und zog sie so nah an sich, „dass entsprechend seiner Absicht direkter Kontakt zwischen ihren unbekleideten und bekleideten Körperpartien zu seinen nackten Oberschenkeln und seinem nackten Oberkörper und insbesondere an ihrem Unterleib der unmittelbare und deutlich spürbare Kontakt zu seinem Penis entstand“ (Fall 2).

In den Osterferien 2008 fuhr die zur Tatzeit 13 Jahre alte S, die ebenfalls mit der Tochter des Angekl. befreundet war, mit der Familie des Angekl. in den Skiurlaub. Während eines gemeinsamen Schwimmbadbesuchs griff der Angekl. in sexuell motivierter Absicht von hinten in die Badehose des Mädchens und berührte ihr nacktes Gesäß. Zur Intensivierung der Berührung hob er sie, ihr nacktes Gesäß umfassend, in die Höhe (Fall 3).

Bei einer weiteren Gelegenheit während des Osterurlaubs trat der Angekl. in der Nacht an das schlafende Mädchen heran, führte seine Hand unterhalb des Hosenbeins

in ihre Schlafanzughose ein und streichelte ihr nacktes Gesäß. Als die Gesch. erwachte, veränderte sie – während der Angekl. sie weiterhin am Gesäß streichelte – scheinbar schlafend die Körperposition, so dass der Angekl. von ihr abließ (Fall 4). ...

Das LG hat den Angekl. wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in 6 Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Widerstandsunfähigen, sowie wegen Besitzes kinderpornografischer Schriften in Tateinheit mit Besitz jugendpornografischer Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Mit seiner auf die Sachrügen gestützten Revision wendete sich der Angekl. gegen seine Verurteilung in den Fällen 2, 3 und 4 der Urteilsgründe sowie gegen die Einzelstrafaussprüche und die verhängte Gesamtstrafe. Sein Rechtsmittel hatte einen geringen Teilerfolg.

Aus den Gründen:

II. Auf die Sachbeschwerde ist die im Fall 2 der Urteilsgründe erfolgte Verurteilung aufzuheben und der Angekl. insoweit freizusprechen. Im Übrigen hat die materiell-rechtliche Überprüfung des Urteils weder in Hinblick auf die Schultersprüche in den Fällen 3 und 4 der Urteilsgründe noch auf die Einzelstrafaussprüche oder die verhängte Gesamtstrafe Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. ergeben.

Der näheren Erörterung bedürfen lediglich die Schultersprüche wegen sexuellen Missbrauchs in den Fällen 2, 3 und 4 der Urteilsgründe und zwar dahingehend, inwiefern es sich bei den von dem Angekl. an den Gesch. mit Körperkontakt vorgenommenen Handlungen um sexuelle i. S. von § 184 f Nr. 1 StGB aF (nunmehr: § 184 h Nr. 1 StGB) handelt.

1. Der dafür erforderliche sexuelle Bezug liegt in allen Fällen vor. Dies ist nach st. Rspr. zunächst bei solchen Handlungen der Fall, die bereits objektiv, also allein gemesen an ihrem äußeren Erscheinungsbild die Sexualbezogenheit erkennen lassen (vgl. BGH, Urt. v. 10.3.2016 – 3 StR 437/15 = NJW 2016, 2049 mwN). Daneben können auch sog. ambivalente Tätigkeiten, die für sich betrachtet nicht ohne Weiteres einen sexuellen Charakter aufweisen, tatbestandsmäßig sein; insoweit ist auf das Urteil eines objektiven Betrachters abzustellen, der alle Umstände des Einzelfalles kennt (BGH, Urt. v. 6.2.2002 – 1 StR 506/01 = NStZ 2002, 431 [432]). Hierbei ist auch einzustellen, ob der Angekl. von sexuellen Absichten geleitet war (BGH, Beschl. v. 5.10.2004 – 3 StR 256/04 = NStZ-RR 2005, 361 [367] bei Pfister; Urt. v. 20.12.2007 – 4 StR 459/07 = NStZ-RR 2008, 339 [340]; Hörnle, in: Müko-StGB, 2. Aufl., § 184 g Rn 3 f.; Eisele in: Schönke/ Schröder, StGB, 29. Aufl., § 184 g Rn 9 mwN zur Gegenansicht).

Ungeachtet dessen, ob die jeweils ohne einen besonderen situativ bedingten Anlass vorgenommenen Handlungen des Angekl. in den Fällen 2 („Umarmung“) sowie 3 und 4 der Urteilsgründe (Streicheln des nackten Gesäßes) bereits von ihrem äußeren Erscheinungsbild ihre Sexualbezogenheit erkennen ließen (vgl. zum Legen eines Blasen- und Analkatheters BGH, Urt. v. 14.3.2012 – 2 StR 561/11 = NStZ-RR 2013, 10 [12]), ergibt sich deren Sexualbezug vorliegend jedenfalls aus der den Angekl. leitenden

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Motivation, seine sexuellen Bedürfnisse zu befriedigen (vgl. insoweit BGH, Urt. v. 10.3.2016 – 3 StR 437/15 = NJW 2016, 2049 mwN).

2. Die Handlungen überschritten indes nur in den Fällen 3 und 4 der Urteilsgründe auch die Erheblichkeitsschwelle des § 184f Nr. 1 StGB a. F. Als erheblich in diesem Sinne sind solche sexualbezogenen Handlungen zu werten, die nach Art, Intensität und Dauer eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des im jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts besorgen lassen (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urt. v. 24.9.1980 – 3 StR 255/80 = BGHSt 29, 336 [338] = NJW 1981, 250 m. Anm. Hassemer, JuS 1981, 383; v. 24.9.1991 – 5 StR 364/91 = NJW 1992, 324; v. 1.12.2011 – 5 StR 417/11 = NStZ 2012, 269, 270). Dazu bedarf es einer Gesamtbetrachtung aller Umstände im Hinblick auf die Gefährlichkeit der Handlung für das jeweils betroffene Rechtsgut; unter diesem Gesichtspunkt belanglose Handlungen scheiden aus (BGH, Urt. v. 3.4.1991 – 2 StR 582/90 = BGHR StGB § 184c Nr. 1 Erheblichkeit 4; v. 24.9.1991 – 5 StR 364/91 = NJW 1992, 324 [325]; v. 1.12.2011 – 5 StR 417/11 = NStZ 2012, 269 [270]; Lackner/Kühl/Heger, 28. Aufl., § 184g Rn 5; Matt/Renzikowski/Eschelbach, StGB, § 184g Rn 7; differenzierend Wolters, in: SSW-StGB, 2. Aufl., § 184g Rn 9f.).

Die sexuelle Selbstbestimmung ist am ehesten bei Kontakt an Geschlechtsorganen verletzt. Abhängig von der Einwirkungsintensität im Einzelfall können aber auch Berührungen an anderen Körperregionen die Schwelle der Erheblichkeit überschreiten. Als maßgebliche Umstände für die zunehmende Bewertung kommen neben der Intensität und Dauer des Kontakts auch etwaige begleitende Handlungen, wie Berührungen des Körpers, das Verhältnis zwischen Täter und Opfer und die konkrete Tat-situation in Betracht (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.10.2009 – 1 Ss 70/09 = NStZ-RR 2010, 45 [46]). Zu berücksichtigen ist auch, dass bei einem dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von Kindern dienenden Tatbestand, die Anforderungen geringer sein können. Das Erheblichkeitsmerkmal ist entsprechend i. S. des § 176 StGB auszulegen, der dem Ziel dient, Kinder vor einer Beeinträchtigung ihrer Gesamtentwicklung durch sexuelle Handlungen zu schützen (BGH, Urt. v. 24.9.1980 – 3 StR 255/80 = BGHSt 29, 336 [340] = NJW 1981, 250; Senat, Beschl. v. 6.7.1983 – 2 StR 350/83 = StV 1983, 415; BGH, Beschl. v. 13.7.1983 – 3 StR 255/83 = NStZ 1983, 553). Letztlich sind aber auch bei diesem Tatbestand nicht sämtliche sexualbezogenen Handlungen, die sexuell motiviert sind, tatbestandsmäßig. Auszuscheiden sind vielmehr kurze oder aus anderen Gründen unbedeutende Berührungen (BGH, Beschl. v. 13.7.1983 – 3 StR 255/83, NStZ 1983, 553).

a) Gemessen an diesen Grundsätzen waren die von dem Angekl. an der Gesch. S. vorgenommenen Handlungen in den Fällen 3 und 4 der Urteilsgründe erheblich im vorstehenden Sinne. Sie bestanden nicht nur in flüchtigen oder „zufälligen“ Berührungen bekleideter Körperregionen. Vielmehr handelte es sich in beiden Fällen um gezielte körperliche Berührungen des Mädchens in Badebekleidung bzw. im Schlafanzug. Zwar stellt das Gesäß weder ein primäres noch sekundäres Geschlechtsmerkmal dar. Wie aber auch das Berühren der nackten weiblichen Brust wird das Streicheln des nackten Gesäßes aber gemeinhin jedenfalls dann nicht als sozialübliche Berührung wahrgenommen.

nommen, wenn es von einem erwachsenen Mann gegenüber einem 13 Jahre alten Mädchen erfolgt. Das nicht nur kurzzeitige Streicheln des entblößten Gesäßes durch Einführen der Hand in die Kleidung des erst 13-jährigen Mädchens lässt daher unter Berücksichtigung der beschriebenen allgemeinen Tatsituation eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung des Mädchens besorgen und stellt daher auch eine erhebliche sexuelle Handlung i. S. des § 184 f Nr. 1 StGB dar.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das fortschreitende Alter eines Kindes keineswegs stets zu einer Reduzierung der Erheblichkeit bestimmter Handlungen führt. So werden Handlungen wie das Incremen am ganzen Körper oder das Streicheln an Brust oder Gesäß bei kleinen Kindern oft keine beeinträchtigende Wirkung haben; bei denselben Handlungen an einem pubertierenden 13-jährigen Kind wird eine Beeinträchtigung regelmäßig naheliegen.

b) Die Feststellungen tragen indes nicht die Annahme der Erheblichkeit der „Umarmung“ im Fall 2 der Urteilgründe. Zwar wurden entblößte Körperteile der Gesch. an den Angekl. gedrückt; zudem bestand ein spürbarer Kontakt zum Penis des Angekl. Das reicht aber für sich genommen nicht aus, denn zum einen konnten weder zur Dauer und Intensität der Handlung Feststellungen getroffen werden, zum anderen hält sich eine Berührung unbekleideter Körperteile bei einer kurzen Umarmung in situationsadäquater Badebekleidung im Rahmen des Üblichen. ...

## 11 Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

*BGH, Beschl. v. 8.12.2015 – 2 StR 200/15 (LG Aachen); NStZ 2017, 155 = BeckRS 2016, 08250*

1. Das Zusammenleben in einer häuslichen Gemeinschaft allein erfüllt die Voraussetzung des Anvertrautseins iSd § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht, sondern es ist ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne eines Unter- und Überordnungsverhältnisses, das den persönlichen, allgemeinen und menschlichen Bereich umfasst, erforderlich. Es kann dabei genügen, dass sich ein Jugendlicher selbst einem Erwachsenen zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut.
2. Im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose gem. § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB kann die Erwägung, dass „bei Sexualdelinquenz mehrjährige Latenzen bis zum Auftreten einer neuen Straftat der üblichen Rückfallgeschwindigkeit entsprechen“ allein den prognostisch günstigen Umstand, dass die letzte einschlägige Straftat bereits mehrere Jahre zurück liegt, nicht relativieren.

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

#### IV. Stellung des Sachverständigen sowie Verfahrensfragen

##### 12 Beweiswürdigung – Bedeutung von Aussageeinkonstanzen

*BGH, Urt. v. 6.12.2016 – 5 StR 179/16 (LG Saarbrücken); NStZ-RR 2017, 52 = BeckRS 2016, 110753*

1. Hat eine zur Tatzeit 7-jährige Nebenklägerin zum Kerngeschehen wegen des Vorwurfs des sexuellen Kindesmissbrauchs teilweise unterschiedliche Schilderungen im Ermittlungsverfahren, bei der Exploration durch den Sachverständigen und in der Hauptverhandlung abgegeben, darf dies nicht ohne Weiteres als inkonstant und deshalb nicht hinreichend zuverlässig angesehen werden.
2. Nicht jede Inkonsistenz begründet einen Hinweis auf mangelnde Glaubhaftigkeit insgesamt. Vielmehr können Gedächtnisunsicherheiten eine hinreichende Erklärung für festgestellte Abweichungen darstellen. Dies gilt umso mehr angesichts des langen Zeitraums zwischen der Tat und den einzelnen Befragungen einer zur Tatzeit 7-jährigen Nebenklägerin.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vergewaltigung seiner Ehefrau unter Strafauersetzung zur Bewährung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt. Hingegen hat es ihn vom Vorwurf, 213 Sexualdelikte zum Nachteil seiner Stieftochter begangen zu haben, aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Die gegen die Freispruchsfälle gerichtete und mit der Sachrige geführte Revision der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird, hat Erfolg. ....

II. 1. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg, denn die Beweiswürdigung des Landgerichts (§ 261 StPO) hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand.

a) Das Revisionsgericht muss es zwar grundsätzlich hinnehmen, wenn das Tatgericht einen Angeklagten freispricht, weil es Zweifel an der Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts; die revisionsrechtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob ihm Rechtsfehler unterlaufen sind, weil die Beweiswürdigung lückenhaft, in sich widersprüchlich oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit übertriebene Anforderungen gestellt worden sind (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 6. November 1998 – 2 StR 636/97, BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 16).

b) Das angefochtene Urteil weist bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Angaben der Nebenklägerin eine maßgebliche Lücke auf.

Das Landgericht hat hinsichtlich des Vorwurfs betreffend den 22. Februar 2004 (Fall 1) rechtsfehlerhaft nicht in seine Überlegungen eingestellt, dass die Mutter der Nebenklägerin deren Angaben im Wesentlichen bestätigt hat. Es hat vielmehr lediglich darauf verwiesen, dass die Zeugin eine sexuelle Handlung des Angeklagten an der Nebenklägerin nicht gesehen hat. Dabei lässt die Strafkammer außer Betracht, dass die Zeugin

bekundet hat, dass sie – als sie ins Schlafzimmer gekommen sei – ihre Tochter nicht gesehen habe. Der Angeklagte habe im Bett gelegen und geschlafen, sie habe die Decke hochgehoben und gesehen, dass die Unterhose des Angeklagten heruntergezogen gewesen sei. Ihre Tochter habe mit dem Kopf neben seinem Penis gelegen (UA S. 31). Der Umstand, dass die Mutter der Nebenklägerin ihre Tochter „lediglich neben dem entblößten Penis hat liegen sehen, und nicht gesehen hat, dass sie den Penis des Angeklagten auch im Mund hatte“ (UA S. 43) ist nicht geeignet, Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussage der Nebenklägerin zu begründen. Das Landgericht lässt insoweit unberücksichtigt, dass die Nebenklägerin, nachdem sie von ihrer Mutter zum Verlassen des Schlafzimmers aufgefordert worden war, durchaus der Meinung gewesen sein könnte, ihre Mutter habe diesen Teil des Kerngeschehens noch mitbekommen. Im Übrigen stellt allein die Beobachtung der Mutter bei lebensnaher Betrachtung ein schwerwiegendes Indiz dafür dar, dass es zuvor zu einem sexuellen Übergriff auf die Nebenklägerin gekommen ist.

c) Soweit das Landgericht die Angaben der Nebenklägerin zum Kerngeschehen wegen teilweise unterschiedlicher Schilderungen des Vorwurfs im Ermittlungsverfahren, bei der Exploration durch den Sachverständigen und in der Hauptverhandlung als inkonstant und deshalb nicht hinreichend zuverlässig angesehen hat (UA S. 42), lässt dies besorgen, dass das Landgericht verkannt hat, dass nicht jede Inkonsistenz einen Hinweis auf mangelnde Glaubhaftigkeit insgesamt begründet. Vielmehr können Gedächtnisunsicherheiten eine hinreichende Erklärung für festgestellte Abweichungen darstellen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 1999 – 1 StR 618/98, BGHSt 45, 164, 172). Dies gilt umso mehr angesichts des langen Zeitraums zwischen der Tat und den einzelnen Befragungen der zur Tatzeit 7-jährigen Nebenklägerin.

Entgegen der Wertung des Landgerichts ist es auch nicht als „grobe“ Inkonsistenz anzusehen, dass die Nebenklägerin einerseits bei ihrer polizeilichen Vernehmung die Frage, ob der Angeklagte ihren Kopf unter die Decke gedrückt habe, ausdrücklich verneint, andererseits gegenüber dem Sachverständigen und in der Hauptverhandlung bekundet hat, dass der Angeklagte ihren Kopf zu seinem Penis gedrückt habe. Gleiches gilt für ihre Aussage, dass sie den Penis des Angeklagten in den Mund genommen und daran gelutscht habe (polizeiliche Vernehmung), sie den Penis lediglich in den Mund genommen habe (Exploration) bzw. daran habe lutschen sollen (Hauptverhandlung).

2. Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Urteils, soweit der Angeklagte freigesprochen wurde. Die Frage der Glaubhaftigkeit der Aussage der Nebenklägerin ist insgesamt von der fehlerhaften Bewertung betroffen. Der Senat vermag nicht auszuschließen, dass die Strafkammer, sofern sie sich im Fall 1 von einer Straftat des Angeklagten überzeugt hätte, auch in den anderen Fällen zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre. Die Sache bedarf daher, naheliegend unter Heranziehung eines neuen Sachverständigen, neuer Verhandlung und Entscheidung.

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

### 13 Revisionserfolg wegen mangelhafter Auseinandersetzung mit aussagepsychologischem Sachverständigengutachten

*BGH, Beschl. v. 29.9.2016 – 2 StR 63/16 (LG Marburg); NStZ-RR 2017, 88 = BeckRS 2016, 20611*

1. Beantwortet das Tatgericht eine Frage anders als der hierzu beauftragte Sachverständige in einem aussagepsychologischen Gutachten, muss es dessen Überlegungen mitteilen und seine Gegenansicht unter Auseinandersetzung mit dem Gutachten so begründen, dass sein besseres Fachwissen ersichtlich wird (stRspr, zB BGH NStZ-RR 2015, 82; NStZ 2013, 55).
2. Ob es suggestive oder autosuggestive Einflüsse auf eine Zeugenaussage gab oder nicht, ist sachverständiger Prüfung zugänglich.
3. Dass Erkenntnisse eines aussagepsychologischen Gutachtens nicht zwingend sind, führt weder zu dessen Unbrauchbarkeit noch dazu, dass die vom Gutachten abweichende richterliche Würdigung die bessere Erkenntnisquelle darstellt.
4. Das Fehlen von Vorstrafen ist in den Urteilsgründen ausdrücklich strafmildernd zu berücksichtigen.

Zum Sachverhalt:

Das LG verurteilte den Angekl. wegen schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes, wegen Besitzes von kinderpornographischen Schriften, wegen exhibitionistischer Handlung in 3 Fällen und vorsätzlichen Besitzes von Munition zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten und traf Einziehungsentscheidungen. Die Revision des Angekl. hatte einen Teilerfolg.

Aus den Gründen:

1. Der Schulterspruch im Fall II. 1 der Urteilsgründe begegnet – im Gegensatz zu den Taten II. 2 – 5 der Urteilsgründe – durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Beweiswürdigung des LG hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Das LG ist der Einlassung des Angekl., die es als „verquastes Gerede von der Erziehungsaufgabe eines Vaters, die Tochter in die erwachsene Sexualität einzuführen“, ansieht, nicht gefolgt und hat seine Überzeugung auf die Angaben des Tatopfers gestützt. Es hat hierzu ein aussagepsychologisches Sachverständigengutachten eingeholt, nachdem die Zeugin in der Hauptverhandlung erstmals bekundet hatte, sie habe Bilder im Kopf und sehe kleine filmartige Szenen des Missbrauchsgeschehens. Anlass war insoweit die Frage, ob sich dahinter dissoziative Zustände verbergen könnten, deren Aufdeckung und Beurteilung dem Sachverständigen der StrK nicht mehr hinreichend zugänglich seien.

Die Sachverständige hat das Vorliegen eines dissoziativen Zustands verneint, ist weiterhin davon ausgegangen, dass die sogenannte Nullhypothese nicht zuverlässig zurückgewiesen werden könne, da die Ausbildung von Pseudoerinnerungen sehr wahrscheinlich sei. Dies hat sie auf verschiedene Erwägungen gestützt, etwa auf den Umstand, dass die Tat lange zurückliege und die Zeugin zeitweise keinen bewussten Erinnerungszugang gehabt habe, auf das Vorliegen einer kognitiven Mangelsituation zur Zeit der Entstehung der Aussage, indem sie Erinnerungen aus Träumen entwickelt habe, auf das Gegebensein einer affektiven Mangelsituation und auch darauf, dass sich übergenaue Erinnerung an Einzelheiten fänden, die gedächtnispsychologisch nicht zu erwarten seien.

Die StrK ist dem Gutachten nicht gefolgt, weil es keine gesicherten aussagepsychologischen Erkenntnisse gebe, auf deren Grundlage sich der Wahrheitsgehalt einer Aussage in Fällen wie dem vorliegenden zweifelsfrei bestimmen lasse, und das noch viel weniger möglich sei, wenn suggestive Einflüsse in Rede stünden. Damit werde der Beweiswert des Gutachtens und die Bindungswirkung für das Gericht an das Ergebnis des Gutachtens schwerwiegend beeinträchtigt. Die einzelnen Einwendungen des Gerichts hätten von der Sachverständigen nicht zur Überzeugung des Gerichts wiederlegt werden können.

Diese Beweiswürdigung begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Es ist einem TatGer. nicht verwehrt, vom Gutachten eines Sachverständigen abzuweichen. Wenn das TatGer. aber eine Frage, für die es geglaubt hat, des Rates eines Sachverständigen zu bedürfen, im Widerspruch zu dem Gutachten lösen will, muss es die maßgeblichen Überlegungen des Sachverständigen wiedergeben und seine Gegenansicht unter Auseinandersetzung mit diesen begründen, damit ersichtlich wird, dass es mit Recht das bessere Fachwissen für sich in Anspruch nimmt (vgl. Senat, NStZ 2009, 571; ferner BGH, NStZ-RR 2015, 82 – st. Rspr.). Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil nicht gerecht.

a) Die StrK legt ihrer Entscheidung im Ausgangspunkt eine gutachtenkritische Sichtweise zu Grunde, die zu einer schwerwiegenden Einschränkung des Beweiswerts des Gutachtens führen soll. Dies wird zum einen etwa damit belegt, dass es einen über Wissenschaftsgenerationen hinweg erworbenen und gesicherten Stand der Erkenntnisse nicht gebe. Zum anderen gäbe es ein grundsätzliches Problem der Aussagepsychologie: Zwar dürften die statistischen Methoden als wissenschaftlich gesichert angesehen werden, die für eine qualitative Bewertung eines solcherart gefundenen Ergebnisses entscheidende Frage sei aber, welche Aussagekraft dem Ergebnis zukomme. Dies sei letztlich nur auf Grund einer wertenden Gesamtbetrachtung möglich, die sich jedoch gerade nicht wissenschaftlich zwingend ableiten lasse und auch sonst in einer justizialen Weise kaum erkennbar sei. Dies gelte etwa auch so für den von der Sachverständigen als Beleg für die angenommene irrtümliche Erinnerung angeführten Umstand erwarteter Gedächtnisleistungen, dabei handele es sich nicht um zwingende, in einem wissenschaftlichen Sinn auf jeden Einzelfall übertragbare Erkenntnisse.

Diese Ausführungen des LG lassen besorgen, dass die StrK den möglichen Erkenntnisgewinn aussagepsychologischer Gutachten für das Strafverfahren grundsätzlich in

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Frage stellt, jedenfalls dann, wenn – wie hier – der Grund für die Einholung des Gutachtens – das mögliche Vorliegen dissoziativer Zustände – in Wegfall geraten ist. Dies wird der Bedeutung aussagepsychologischer Begutachtung im Strafverfahren nicht gerecht. Ob es (auto-)suggestive Einflüsse auf eine Aussage gegeben hat oder nicht, ist grundsätzlich sachverständiger Prüfung zugänglich (vgl. Greuel, in: Egg, Psychologisch-psychiatrische Begutachtung in der Strafjustiz, 2012, S. 33 [49]). Dass mögliche Erkenntnisse aus einer sachverständigen Erörterung nicht zwingend sind, machen weder das daraus folgende Ergebnis unbrauchbar noch führt dies dazu, dass damit eigene richterliche Würdigungen ohne weiteres zu einer gegenüber der sachverständigen Einschätzung besseren Erkenntnisquelle werden. Dies gilt auch für eine StrK, die aus sehr langer Tätigkeit weiß, dass „Ergebnisse der Forschung nicht ohne Weiteres für die gerichtliche Entscheidung nutzbar“ seien, sondern „stets genauer Betrachtung im Einzelfall bedürften“. Die genaue richterliche Betrachtung im Einzelfall belegt nicht besseres Fachwissen gegenüber (vom LG als nicht aussagekräftig empfundene) sachverständigen Würdigungen. Schon dieser skeptische Zugriff auf das aussagepsychologische Gutachten macht die Beweiswürdigung mangelhaft; es ist nicht auszuschließen, dass sich bei der gebotenen offenen Würdigung des Gutachtens deren Ergebnisse als tragfähig erwiesen hätten.

b) Ungeachtet dessen erweisen sich auch einzelne konkrete Erwägungen der StrK, die sie der sachverständigen Einschätzung einer Ausbildung von Pseudoerinnerungen entgegensetzt, als nicht rechtsfehlerfrei. Dies gilt zunächst hinsichtlich des Arguments, die Zeugin habe keinen bewussten Erinnerungszugang gehabt, als sie von dem Missbrauch einer Mitschülerin gehört habe. Diese Erwägung wird – wissenschaftlich nicht zwingend – vom LG entkräftet, indem es als mögliche Ursache hierfür eine Art emphatischen „Schock“ anführt, in dem ihr ihre ohnehin verdrängten – nicht vergessenen – Erlebnisse nicht in den Sinn gekommen seien. Konkrete Anhaltspunkte für eine solche Alternativerklärung hat die StrK aber nicht vorgebracht.

Gleiches gilt mit Blick auf die sehr detaillierte Schilderung des Tatgeschehens durch die Nebenkl., die nach Aussage der Sachverständigen nach so langer Zeit gedächtnispsychologisch nicht zu erwarten seien. Dies entkräftet die StrK zum einen damit, die Sachverständige habe es aber auch nicht ausgeschlossen, dass es solche detailgenauen Erinnerungen geben könne, auch wenn sie nicht zu erwarten seien. Zum anderen überformt sie diese Aussage der Sachverständigen mit gerichtlichen Alltags erfahrungen, wonach es Zeugen gebe, die bei ihrer Aussage bereits vieles vergessen hätten, es aber auch immer wieder vorkäme, dass Aussagepersonen sich nachgewiesenermaßen noch erstaunlich gut erinnern könnten. Soweit die StrK „ein natürliches Bedürfnis“ eines Zeugen anerkennt, Erinnerungen zu vervollständigen, will sie es nicht ausschließen, dass die Zeugin (nicht relevante) Einzelheiten konfabuliert hat; soweit sie es aber für ausgeschlossen hält, dass sie den zentralen Umstand der Anklage, den Oralverkehr, hinzu erfun den hat, bleibt sie jegliche Begründung hierfür schuldig.

Schließlich erweisen sich die Erwägungen der StrK, mit denen sie die Annahme der Sachverständigen, es habe eine kognitive Mangelsituation vorgelegen, indem die Zeugin Erinnerungen aus Träumen entwickelt habe, entkräften will, als nicht nachvollziehbar.

bar. Soweit sich aus den Angaben in der Exploration – in Abweichung zu der Aussage in der Hauptverhandlung, nach der die aufkommenden Bilder und die späteren Träume in ihrer Intensität und Häufigkeit vornehmlich das Jahr 2012 und die Zeit nach der Erstangabe gegenüber der Zeugin L betrafen – der Anschein ergeben soll, als habe die Zeugin auf Grund von Bildern begonnen, eine ihr plausible Geschichte darum zu rekapitulieren, gibt das LG zu bedenken, dass die Angaben dort „von erheblichem Widerwillen gedrängt“ gewesen seien. Die Zeugin habe das Geschehen nicht schon wieder jemand Fremden erzählen wollen, was geeignet sei, die Genauigkeit der Angaben zu beeinträchtigen. Sodann habe die Zeugin an mehreren Stellen der Exploration in ihren Antworten spontane, ersichtlich dem Redefluss geschuldete zeitliche Sprünge nach vorn und zurück vorgenommen. Schließlich habe sie sich zu diesem Zeitpunkt in einer Therapie befunden, so dass auch von daher Einflüsse, welche die Zeugin zu plausiblen Abfolgen verführten, nicht auszuschließen und eher wahrscheinlich seien. Nicht zuletzt beruft sich die StrK darauf, es gebe keinen wissenschaftlichen Lehrsatz, dass etwas, von dem man träume, nicht wahr sein könne.

Diese wenigen Sätze versetzen den Senat nicht in die Lage nachzuvollziehen, warum das LG anders als die Sachverständige den Träumen der Zeugin, die immerhin auch der Anlass waren, ein Gutachten einzuholen, keine Bedeutung für den Wahrheitsgehalt ihrer Angaben (i. S. einer Ausbildung von Pseudoerinnerungen) beigemessen hat. Dies gilt ohne weiteres, als sie hierfür die Angaben der Zeugin in der Hauptverhandlung bzw. in der Exploration in Bezug nimmt. Ohne nähere Kenntnis dieser Angaben im Einzelnen vermag der Senat nicht in die Prüfung einzutreten, ob die von der Sachverständigen angenommene Scheinerinnerung so entstanden sein kann oder ob angesichts gegenteiliger Angaben in der Hauptverhandlung eine solche Verfremdung der Aussage eher auszuschließen ist. Dabei hätte das LG darlegen müssen, ob und wie die Zeugin ihre damaligen Angaben verstanden wissen wollte. An all diesen Mitteilungen fehlt es, so dass die Widerlegung der sachverständigen Einschätzung durch die Kammer schon aus diesem Grund rechtlichen Bedenken unterliegt.

Aber auch die weiteren Erwägungen der StrK erweisen sich nicht als tragfähig. Widerwillen oder zeitliche Sprünge in der Aussage mögen zu Ungenauigkeiten in den Angaben führen können; maßgeblich ist, ob dies tatsächlich so geschehen ist, was sich aus den diesbezüglichen Ausführungen der Kammer nicht ergibt. Schließlich beantwortet der Satz, man könne auch träumen, was wahr sei, nicht die Frage, ob – wie die Sachverständige in diesem Fall vorgebracht hat – aus Bildern (in Träumen) eine ihnen entsprechend plausible Geschichte geformt worden ist. Dies gilt umso mehr, als dem Urteil weiter zu entnehmen ist, dass die Zeugin von weiteren Missbräuchen durch den Vater träumt, mit denen sie aber keine konkreten Erinnerungen an wahre Erlebnisse verbindet.

Die Sache bedarf insoweit neuer Verhandlung und Entscheidung, wobei auf die Träume der Zeugin und deren Einfluss auf den Wahrheitsgehalt der Angaben der Zeugin besonderes Augenmerk zu richten sein wird.

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

II. Die Aufhebung des Schuldspruchs im Fall der Urteilsgründe führt zum Wegfall des Strafausspruchs in diesem Fall sowie im Gesamtstrafenausspruch. Darüber hinaus waren auch die übrigen Strafaussprüche aufzuheben. ...

#### 14 Anforderungen an die Qualifikation des Sachverständigen in Unterbringungssachen

*OLG Rostock, Beschl. v. 16.1.2017 – 20 Ws 173/16; NStZ-RR 2017, 95 = BeckRS 2017, 100581*

Ist ein Sachverständiger zur gerichtlichen Überzeugung geeignet und erfahren, um (Einweisungs-) Gutachten zu Fragen der Schuldfähigkeit nach §§ 20, 21 StGB, zu einer hang- bzw. zustandsbedingten Wiederholungsgefahr nach §§ 63, 64, 66 I 1 Nr. 4 StGB oder für in Betracht kommende Therapieweisung nach § 153 a StPO, §§ 56 c, 59 II 1 Nr. 4, § 68 b II 2 StGB zu erstellen, verfügt er auch ohne Zertifizierung oder klinischen Tätigkeit über die in § 463 IV 5 StPO geforderte Qualifikation eines forensisch-psychiatrischen Sachverständigen.

#### V. Zeugenpsychologie

#### 15 Wiedererkennen des Angeklagten durch einen Tatzeugen

*BGH, Beschl. v. 29.11.2016 – 2 StR 472/16 (LG Aachen); NStZ-RR 2017, 90 = BeckRS 2016, 112260*

1. Die Urteilsgründe müssen eine genaue Wiedergabe der Bekundungen des Tatzeugen zur Begründung seiner Wiedererkennung enthalten. Der Tatrichter ist zudem regelmäßig verpflichtet, die Angaben des Zeugen zur Täterbeschreibung zumindest in gedrängter Form wiederzugeben und diese Täterbeschreibung zum Äußersten und zum Erscheinungsbild des Angeklagten in der Hauptverhandlung in Beziehung zu setzen. Ferner sind die Gesichtspunkte darzulegen, die für die Folgerung des Gerichts maßgebend waren, es liege diesbezüglich tatsächlich eine Übereinstimmung vor.
2. Darüber hinaus ist der Tatrichter zur Wiedergabe der Umstände verpflichtet, die zur Identifizierung des Angeklagten durch den Zeugen geführt haben. Hierzu gehören auch Ausführungen dazu, ob das – erste – Wiedererkennen auf einer Einzellichtbildvorlage oder einer Wahllichtbildvorlage beruht.
3. Mit der nahe liegenden Möglichkeit, dass die originäre Erinnerung einer Zeugin an den Täter durch ein einzelnes, kurz nach der Tat in einer Zeitung veröffentlichte Foto des Angeklagten „überschrieben“ worden sein kann, muss sich der Tatrichter kritisch auseinandersetzen.

## Aus den Gründen:

... Die Beweiswürdigung hält sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Zwar ist die Beweiswürdigung Sache des Tatrichters. Ihm allein obliegt es, die Ergebnisse der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen (BGH, Urt. v. 30.3.2004 – 1 StR 354/03 = NStZ-RR 2004, 238 – st. Rspr.). Die revisionsgerichtliche Überprüfung ist auf die Frage beschränkt, ob dem Tatrichter dabei Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht u. a. der Fall, wenn die Beweiswürdigung gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt, oder die in den Urteilsgründen niedergelegten Beweiserwägungen lückenhaft oder unklar sind.

Besondere Darlegungsanforderungen bestehen in schwierigen Beweislagen, zu denen auch Konstellationen zählen, in denen der Tatnachweis im Wesentlichen auf einem Wiedererkennen des Angekl. durch einen Tatzeugen beruht. Auf Grund der Komplexität und Fehlerträchtigkeit bei der Überführung eines Angekl. auf Grund der Aussage und des Wiedererkennens einer einzelnen Beweisperson ist der Tatrichter grundsätzlich verpflichtet, die Bekundungen des Zeugen wiederzugeben, auf denen dessen Wertung beruht, dass er den Angekl. als den Täter wiedererkenne. Der Tatrichter ist aus sachlich-rechtlichen Gründen regelmäßig verpflichtet, die Angaben des Zeugen zur Täterbeschreibung zumindest in gedrängter Form wiederzugeben und diese Täterbeschreibung des Zeugen zum Äußeren und zum Erscheinungsbild des Angekl. in der Hauptverhandlung in Beziehung zu setzen (BGH, Beschl. v. 17.2.2016 – 4 StR 412/15 = StraFo 2016, 154 [155]). Darüber hinaus sind in den Urteilsgründen auch diejenigen Gesichtspunkte darzulegen, auf denen die Folgerung des Tatrichters beruht, dass insoweit tatsächlich Übereinstimmung besteht (BGH, Beschl. v. 17.2.2016 – 4 StR 412/15 = StraFo 2016, 154 [155]).

Darüber hinaus ist der Tatrichter zur Wiedergabe der Umstände verpflichtet, die zur Identifizierung des Angekl. durch den Zeugen geführt haben. Hierzu gehören auch Ausführungen dazu, ob das – erste – Wiedererkennen auf einer Einzellichtbildvorlage oder einer Wahllichtbildvorlage beruht; wegen der damit verbundenen erheblichen suggestiven Wirkung kommt dem Wiedererkennen auf Grund einer Einzellichtbildvorlage ein deutlich geringerer Beweiswert zu (vgl. BGH, Beschl. v. 30.3.2016 – 4 StR 102/16 = BeckRS 2016, 09236 = NStZ-RR 2016, 223 [Ls]; v. 13.2.2003 – 3 StR 430/02 = NStZ 2003, 493 [494]; v. 25.9.2012 – 5 StR 372/12 = NStZ-RR 2012, 381 [382]: „äußerst geringer Beweiswert“; vgl. dazu Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl., Rn 1402 c). Bei einer – erneuten – Identifizierung des Angekl. durch den Zeugen in einer Hauptverhandlung ist außerdem zu beachten, dass insoweit eine verstärkte Suggestibilität der Identifizierungssituation besteht (BGH, Beschl. v. 25.9.2012 – 5 StR 372/12 = NStZ-RR 2012, 381 [382]).

2. Das LG hat seine Überzeugung von der Täterschaft des Angekl. maßgeblich auf die Angaben der Zeugin A gestützt. Die insoweit in den Urteilsgründen niedergelegten Beweiserwägungen sind jedoch lückenhaft. Sie sind im Wesentlichen auf die Mitteilung

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

beschränkt, dass die Zeugin den Angekl. „in der Hauptverhandlung [...] sicher wiedererkannt“ habe. Dies genügt den insoweit bestehenden Darlegungsanforderungen nicht.

a) Den Urteilsgründen kann schon nicht entnommen werden, auf Grund welcher konkreten äußereren Merkmale die Zeugin A den Angekl. als einen der drei Täter wiedererkannt hat.

b) Darüber hinaus fehlen Erörterungen dazu, ob die konkrete Wahrnehmungssituation ein Wiedererkennen des Angekl. durch die Opfer-Zeugin überhaupt ermöglichte. Ausweislich der Feststellungen lag die Zeugin A zum Tatzeitpunkt im Bett und schlief. Sie wurde wach und schreckte hoch, nachdem einer der Täter die Türe zu ihrem Schlafzimmer geöffnet hatte. Nachdem die drei Täter kurze Zeit später in das Schlafzimmer gestürmt waren, wurde die Zeugin von einem der männlichen Täter mit einem Stock bedroht und von der Mittäterin „durch Blicke in Schach“ gehalten. Den dritten Täter, der während des Tatgeschehens zweimal das Schlafzimmer verließ und bei dem es sich ausweislich der Angaben der Zeugin um den Angekl. gehandelt haben soll, hat die Zeugin (nur) von der Seite gesehen. Darüber hinaus hatte dieser Täter „den unteren Teil seines Gesichts“ zeitweise mit seinem Pullover bedeckt. Vor diesem Hintergrund hätte es näherer Erörterungen bedurft, ob die konkrete Beobachtungssituation und die Verfassung der Zeugin im Tatzeitpunkt eine verlässliche Identifizierung des dritten Täters überhaupt ermöglichte.

c) Darüber hinaus hat die StrK sich nicht – wie geboten – kritisch mit dem Umstand auseinander gesetzt, dass die Zeugin A den Angekl. einige Stunden nach der Tat auf einem in einer Zeitung („G“) veröffentlichten Bild wiedererkannt hat. Zwar ist in den Urteilsgründen dargelegt, dass die Zeugin „bemüht“ gewesen sei, „deutlich zu machen, dass die im ‚G‘ veröffentlichten Fahndungsfotos ... keine Suggestivwirkung auf sie ausgeübt hatten, sondern es sich um ein ‚echtes Wiedererkennen‘ gehandelt habe“. Ungeachtet des Umstands, dass die diesbezüglichen Bekundungen der Zeugin in den Urteilsgründen nicht wiedergegeben werden, verkennt die StrK, dass es sich bei der in Rede stehenden Suggestivwirkung um einen Erfahrungssatz handelt, der nicht durch etwaige dies in Abrede stellende Bekundungen eines Zeugen widerlegt werden kann. Der Ablauf der Identifizierung eröffnete die nahe liegende Möglichkeit, dass die originäre Erinnerung der Zeugin an den Täter durch das einzelne, in einer Zeitung veröffentlichte Foto des Angekl. „überschrieben“ worden sein kann (vgl. BGH, Beschl. v. 19.3.2013 – 5 StR 79/13 = NStZ 2013, 725). Dies gilt in besonderem Maße, wenn auf einem anderen der 4 Bilder, die der Zeugin unmittelbar nach der Tat gezeigt worden sind, die gesondert verfolgte Mittäterin V M abgebildet sein sollte, welche die Zeugin dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nach sicherer wiedererkannt hatte als den Angekl. Mit diesen Gesichtspunkten hätte sich die StrK im Rahmen ihrer Beweiswürdigung kritisch auseinander setzen müssen.

d) Schließlich hat die StrK nicht erkennbar bedacht, dass dem – wiederholten – Wiedererkennen des Angekl. in der Hauptverhandlung durch die Opferzeugin ein allenfalls geringer Beweiswert zukam. ...

Martin Menne

## Regelung des Umgangs

13. *Zivilsenat des Kammergerichts – Senat für Familiensachen – durch den Richter am Kammergericht Dr. Menne als Einzelrichter am 1. Februar 2017 wegen Regelung des Umgangs*

Kammergericht: 13 UF 163/16 – 163 F 13683/16 Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg

Informationen zur Entscheidung:

1. In Anbetracht des gewandelten Urlaubsverständnisses der Bevölkerung handelt es sich bei der Entscheidung darüber, ob ein Kind im Rahmen eines zwischen den Eltern einvernehmlich vereinbarten Ferienumgangs eine Urlaubsfernreise in ein Baderesort in Thailand antritt, regelmäßig um eine Alltagsentscheidung, über die der umgangsberechtigte Elternteil in der Regel allein entscheiden kann.
2. Die Entscheidung über den Antritt einer Urlaubsfernreise kann jedoch eine Sorgeangelegenheit – über die im gegenseitigen Einvernehmen beider Eltern zu entscheiden ist – darstellen, wenn die geplante Fernreise in ein politisches Krisengebiet führen soll oder wenn für den Zielort der Reise Reisewarnungen des Auswärtigen Amtes vorliegen.
3. Zum nachträglichen Widerruf der von dem Obhutselternteil ursprünglich erteilten Zustimmung zu einer Urlaubsfernreise des Kindes mit dem anderen Elternteil im Rahmen des vereinbarten Umgangs.
4. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass die Entscheidung des Gerichts des ersten Rechtszugs, nachdem sich dessen Entscheidung in der Hauptsache erledigt hat, den beschwerdeführenden Elternteil in dessen Rechten verletzt, liegt nicht schon dann vor, weil der Obhutselternteil die von ihm ursprünglich erteilte Zustimmung zu einer Urlaubsfernreise kurzfristig vor dem geplanten Reisebeginn widerrufen hat und das Gericht des ersten Rechtszugs den Widerruf für im Ergebnis unbeachtlich erachtet. Auch der Umstand, dass der umgangsberechtigte Elternteil von dem Obhutselternteil Ersatz des Schadens fordert, der ihm aufgrund des Widerrufs der Zustimmung zu der Urlaubsreise entstanden ist, rechtfertigt noch nicht die Annahme eines berechtigten Interesses des Obhutselternteils an der Feststellung, dass die erstinstanzliche Entscheidung ihn in seinen Rechten verletzt hat.

**Beschluss:**

Die Beschwerde der Mutter gegen den am 3. November 2016 im Wege der einstweiligen Anordnung erlassenen Beschluss des Amtsgerichts Tempelhof-Kreuzberg – 163 F 13683/16 – wird auf ihre Kosten nach einem Beschwerdewert von 1.500 € als unzulässig verworfen.

Der Antrag der Mutter vom 16. November 2016, ihr Verfahrenskostenhilfe zur Rechtsverfolgung im zweiten Rechtszug zu gewähren, wird zurückgewiesen.

**Gründe:**

**I.** Die Mutter wendet sich mit ihrem Rechtsmittel gegen den vom Familiengericht im Wege der einstweiligen Anordnung – nach mündlicher Erörterung der Sache – gefassten Beschluss vom 3. November 2016, mit dem der familiengerichtliche Beschluss vom 18. August 2016 aufrechterhalten wurde. Mit dem Beschluss vom 18. August 2016 wurde festgestellt, dass der Vater berechtigt ist, mit den beiden gemeinsamen Kindern während der Berliner Sommerferien in der Zeit vom 16. August 2016 bis zum 4. September 2016 eine Urlaubsreise nach Jomtien Beach in der Nähe von Pattaya/Thailand zu unternehmen.

Die getroffene Entscheidung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Eltern, geschiedene Ehegatten, über die Wirksamkeit einer von der Mutter zunächst erteilten Zustimmung streiten, ob die beiden in ihrem Haushalt lebenden Kinder in den Sommerferien 2016 in einer unstreitig dem Vater zustehenden Umgangszeit mit diesem und dessen Ehefrau sowie deren beiden Kindern eine gemeinsame Urlaubsreise in ein Baderesort in Jomtien Beach in der Nähe von Pattaya/Thailand unternehmen dürfen. Nachdem die Mutter Mitte April 2016 der Urlaubsreise zugestimmt hatte, hat sie ihre Zustimmung, nachdem es am 11./12. August 2016 in Thailand an unterschiedlichen Orten zu insgesamt vier Bombenanschlägen gekommen war, wenige Tage vor dem geplanten Abflug der Kinder in den Urlaub widerrufen. Zur Begründung dafür, dass der Vater berechtigt sei, die geplante Urlaubsreise mit den Kindern vom 16. August 2016 bis zum 4. September 2016 nach Thailand zu unternehmen, hat das Familiengericht darauf verwiesen, dass die Mutter der Reise zugestimmt habe; an die erteilte Zustimmung sei sie gebunden. Ein gegenseitiges Einvernehmen der Eltern im Sinne des § 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB sei für die Urlaubsreise nicht erforderlich, weil vor dem Hintergrund des geänderten Urlaubsverhaltens in der Bevölkerung keine Rede davon sein könne, dass die Reise schwer zu ändernde Auswirkungen auf die Entwicklung der Kinder habe. Besondere Belastungen oder Gefährdungen der Kinder infolge der Reise seien ebenfalls nicht ersichtlich und zwar auch nicht im Hinblick auf die Bombenanschläge vom 11./12. August 2016: Im Zeitraum von April 2016, als die Mutter der Reise zugestimmt habe, bis August 2016 habe sich die Sicherheitslage in Thailand nicht wesentlich verändert; insbesondere habe das Auswärtige Amt auch nach den Bombenanschlägen von August 2016 nicht allgemein von Reisen nach Thailand abgeraten, sondern lediglich vor dem Aufsuchen bestimmter, im einzelnen genannten Provinzen und

Regionen – die hier nicht berührt seien und von denen der Urlaubsort Jomtien Beach weit entfernt sei – gewarnt sowie allgemein empfohlen, Menschenansammlungen zu meiden. Daher sei der Widerruf der Mutter letztlich unbeachtlich. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die familiengerichtlichen Beschlüsse vom 18. August 2016 und vom 3. November 2016 Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich die Mutter. Sie meint, die Sicherheitshinweise des Auswärtigen Amtes hätten sich sehr wohl geändert; nach den Bombenanschlägen von August 2016 habe das Auswärtige Amt nicht nur die Meidung politischer Ansammlungen empfohlen, sondern weitergehend die Meidung von öffentlichen Plätzen und Menschenansammlungen. Das zeige, dass die Sorge der Mutter begründet gewesen sei, zumal es in der Zeit, zu dem die Kinder sich in Thailand aufgehalten hätten, im Land zu einem weiteren Bombenanschlag gekommen sei. Sie bestreitet, dass die Sache sich durch Zeitablauf – die Kinder sind aus Thailand wohlbehalten und pünktlich zurückgekehrt – erledigt habe; sie meint, es sei damit zu rechnen, dass der Vater auch in Zukunft Reisen in Krisengebiete unternehmen werde. Hinzukomme, dass der Vater von ihr Ersatz des ihm entstandenen Schadens in Höhe von über 9.000 € fordere. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschwerdeschrift vom 16. November 2016 sowie die Schriftsätze vom 31. Dezember 2016 und vom 27. Januar 2017 Bezug genommen.

Der Vater verteidigt den familiengerichtlichen Beschluss unter Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 20. Dezember 2016 verwiesen.

Das Jugendamt, das Gelegenheit zur Stellungnahme erhielt, hat sich nicht geäußert.

Der Senat hat das Verfahren mit Beschluss vom 12. Januar 2017 auf den Berichterstatter als Einzelrichter übertragen. Weiter hat der Senat die Beteiligten mit Schreiben vom gleichen Tag unter Darlegung der Sach- und Rechtslage auf Bedenken im Hinblick auf die Statthaftigkeit des Rechtsmittels der Mutter hingewiesen und darauf, dass eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren beabsichtigt sei; der Hinweis mündete in die Empfehlung an die Mutter, die Beschwerde mangels Erfolgsaussicht zurückzunehmen. Wegen der Einzelheiten wird hierauf Bezug genommen.

**II. 1.** Die Beschwerde wurde zwar fristgerecht beim Familiengericht angebracht (§§ 63 Abs. 2 Nr. 1, 64, 65 FamFG). Aber sie ist, worauf der Senat die Beteiligten hingewiesen hat, in mehrfacher Hinsicht unstatthaft und deshalb zu verwerfen (§ 68 Abs. 2 Satz 2 FamFG):

a) Die Beschwerde ist unstatthaft, weil Entscheidungen, die vom Familiengericht wie hier im Wege der einstweiligen Anordnung erlassen wurden, nicht anfechtbar sind (§ 57 Satz 1 FamFG). Dazu gehören insbesondere auch Entscheidungen wie die hier vorliegende einstweilige Anordnung zum Umgang (vgl. Senat, Beschluss vom 1. August 2016 – 13 UF 106/16, FamRZ 2016, 2111 [bei juris Rz. 14ff.] sowie Keidel/Giers, FamFG [19. Aufl. 2017] § 57 Rn. 6).

(aa) Die Umgangsangelegenheit wird nicht deshalb zu einer Sorgesache, die nach § 57 Satz 2 Nr. 1 FamFG der Kontrolle des Beschwerdegerichts unterliegt, weil es sich bei der Entscheidung über den Antritt der Urlaubsreise um eine Angelegenheit von er-

heblicher Bedeutung für die Kinder im Sinne von §§ 1687 Abs. 1 Satz 1, 1628 Satz 1 BGB handeln würde. Das ist nicht der Fall:

Konstellationen, wonach die Urlaubsreise nach Thailand schon deshalb eine Angelegenheit von besonderer Bedeutung für die Kinder sein sollen (und deshalb sorgerechtlich zu qualifizieren wären mit der Folge, dass die Beschwerde eröffnet ist), weil es dabei um eine weite Auslandsreise, einen mehrstündigen Flug oder einen Aufenthalt in einem dem Kind nicht vertrauten Kulturreis ginge (vgl. die bei Palandt/Götz, BGB [76. Aufl. 2017], § 1628 Rn. 7 aufgezählten Fallgestaltungen), sind vorliegend von vornherein nicht einschlägig bzw. kommen nicht in Betracht, weil die Mutter der Urlaubsreise nach Thailand zugestimmt hat. Ihre Zustimmung hat sie auch nicht aus derartigen Gründen zurückgezogen, sondern allein aufgrund von Bedenken, die ihr gekommen sind, nachdem sich in Thailand wenige Tage vor dem geplanten Abflug mehrere Bombenattentate ereignet haben. Die einem Elternteil im Nachhinein, nach einmal erteilter Zustimmung, gekommenen Bedenken führen jedoch nicht dazu, dass die in Rede stehende Angelegenheit rückwirkend zu einer Angelegenheit von erheblicher Bedeutung für das Kind und damit zu einer Sorgesache wird.

In Betracht kommen kann das, der veröffentlichten Rechtsprechung zufolge, nur dann, wenn es sich um eine Reise in Kriegs- oder Krisengebiete handelt:

- So hat etwa das Oberlandesgericht Frankfurt/M. (Beschluss vom 21. Juli 2016 – 5 UF 206/16, FamRZ 2016, 1595 [bei juris LS, Rz. 12, 16]) entschieden, dass der Bereich der Alleinentscheidungsbefugnis nach § 1687 Abs. 1 BGB verlassen sei – also eine Sorgesache vorliege –, wenn im Zielland (Türkei; Frühsommer 2016) der Ausnahmezustand ausgerufen wurde, der Zielort (Antalya) in der letzten Zeit bereits wiederholt Ziel terroristischer Anschläge war und extremistische Gruppen mit weiteren Anschlägen in Touristenregionen gedroht haben. Dass hier eine vergleichbare Fallkonstellation vorliegt, ist nicht ersichtlich: In Thailand wurde nicht der Ausnahmezustand ausgerufen; der Urlaubsort – Jomtien Beach – war weder Ziel von Anschlägen noch sind diesbezügliche Drohungen bekannt geworden. Die Ziele der Anschläge von August 2016 lagen vielmehr mehrere Hundert Kilometer Luftlinie von Pattaya entfernt.
- Auch das Oberlandesgericht Karlsruhe (Beschluss vom 5. August 2014 – 5 WF 115/14, FamRZ 2015, 150 [bei juris LS, Rz. 22]) hat klargestellt, dass eine Alltagsentscheidung über eine Fernreise aufgrund von Sicherheitsbedenken nur dann zu einer sorgerechtlich zu qualifizierenden Angelegenheit von erheblicher Bedeutung wird, wenn eine Reise in ein Krisengebiet geplant ist, in dem wie etwa Mitte 2014 in der Ostukraine Kriegshandlungen stattfanden, ein Passagierflugzeug abgeschossen wurde und zudem eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes vorlag. Auch diese Konstellation liegt nicht vor; Thailand befindet sich weder im Kriegszustand noch liegt eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes für das Reiseziel vor.
- Auch der Senat (Beschluss vom 1. August 2016 – 13 UF 106/16, FamRZ 2016, 2111 [bei juris LS 1a, Rz. 17]) hat bereits entschieden, dass die Entscheidung über eine Urlaubsreise des Kindes nur dann als Sorgeangelegenheit anzusehen ist, wenn es

sich um eine Fahrt in politische Krisengebiete handelt oder für die zu besuchende Region Reisewarnungen des Auswärtigen Amtes vorliegen. Beides ist vorliegend nicht der Fall.

Damit verbleibt es dabei, dass die Auslandsreise der beiden Kinder nicht Zustimmungspflichtig im Sinne von §§ 1687 Abs. 1, 1628 Satz 1 BGB war (ebenso OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29. Mai 2007 – 16 WF 83/07, FamRZ 2008, 1368 [bei juris LS 2, Rz. 16]). Hierauf hat das Familiengericht in dem angegriffenen Beschluss auch zu Recht hingewiesen; dort heißt es ausdrücklich, im Hinblick auf die Reise bedürfe es keines gegenseitigen Einvernehmens der Eltern. Diese Auffassung wird vom Senat geteilt. Dabei ist dem Senat sehr wohl bewusst, dass es eine absolute Sicherheit nicht gibt und dass die Empfehlungen und Hinweise des Auswärtigen Amtes nur auf Prognosen und Einschätzungen beruhen, über die ein besonders besorgter Elternteil wie die Mutter durchaus auch hinausgehen und von einer fest gebuchten Auslandsreise bereits dann Abstand nehmen kann, wenn noch keine ausdrückliche Reisewarnung des Auswärtigen Amtes ausgesprochen wurde. Aber die zu treffende Entscheidung kann nicht an der persönlichen Einschätzung einer einzelnen Person festgemacht werden, sondern ist an allgemeinen, stärker objektivierenden Maßstäben auszurichten und dieser Gedanke rechtfertigt es, die Reisewarnungen des Auswärtigen Amtes als Richtschnur heranzuziehen, weil diese allgemein Anerkennung, beispielsweise im Reiserecht (vgl. LG Frankfurt/M., Urteil vom 8. Dezember 2014 – 2-24 S 46/14, RRa 2015, 8 [bei juris Rz. 13] sowie Palandt/Sprau, BGB [76. Aufl. 2017], § 651j Rn. 3), gefunden haben.

(bb) Auch der Umstand, dass die Mutter die bereits erteilte Zustimmung zur Reise nachträglich widerrufen hat, führt ebenfalls nicht dazu, dass eine Sorgesache vorläge:

Zwar wird man wohl annehmen müssen, dass die Zustimmung jedenfalls dann widerrufen werden kann, wenn sich die Umstände, die der Zustimmung zugrunde gelegt wurden, in der Folgezeit so schwerwiegend verändert haben und die Mutter, wenn sie dies vorausgesehen hätte, der geplanten Reise nicht zugestimmt hätte (§ 313 Abs. 1, 3 BGB). Eine derartig schwerwiegende Veränderung wäre zu bejahen, wenn im Zeitraum zwischen der Zustimmung und dem geplanten Reisedatum beispielsweise vom Auswärtigen Amt eine Reisewarnung für das konkrete Urlaubsziel ausgegeben worden wäre (vgl. LG Frankfurt/M., Urteil vom 8. Dezember 2014 – 2-24 S 46/14, RRa 2015, 8 [bei juris Rz. 13: Stornierung einer Pauschalreise nach Hurghada/Ägypten nach Erlass einer Reisewarnung für ganz Ägypten]; AG Pankow/Weißensee, Beschluss vom 8. April 2003 – 16 F 2025/03, Kind-Prax 2004, 196 [bei juris Rz. 17: Segeltörn in der westtürkischen Mittelmeerregion Marmaris, Reisewarnung jedoch nur für ostanatolische Gebiete östlich der Linie Adana/Kayseri/Sivas/Giresun]) oder wenn über das Reiseland der Ausnahmezustand verhängt wurde, der Urlaubsort bereits Ziel terroristischer Anschläge war und weitere, ernstzunehmende Drohungen für die Region vorliegen (vgl. OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 21. Juli 2016 – 5 UF 206/16, a.a.O.).

Dass sich die Situation in Thailand oder im Urlaubsort Jomtien Beach zwischen Erteilung der Zustimmung und dem Reisedatum jedoch derartig gravierend verschlechtert hätte, ist nicht ersichtlich: Dass eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes vor-

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

liegt, wird von der Mutter nicht behauptet. Vielmehr heißt es in dem vom Vater vorgelegten Beschluss des Amtsgerichts Brandenburg an der Havel (Beschluss vom 15. August 2016 – 42 F 163/16 [nicht veröffentlicht]: Soweit ersichtlich, ging es in dieser Sache um eine praktisch identische Fragestellung; nämlich ob die beiden Kinder der Ehefrau des Vaters die Reise nach Jomtien Beach antreten dürfen; das wurde bejaht), dass sich die Sicherheitshinweise des Auswärtigen Amtes in der fraglichen Zeit nicht geändert hätten. Trotz der Bombenanschläge werde lediglich davor gewarnt, öffentliche Plätze und Menschenansammlungen zu meiden; eine Reisewarnung bestünde nur für die unter Notstandsrecht stehenden, südlichen Provinzen Thailands und die Grenzregion zu Kambodscha, die von Jomtien Beach und Pattaya sehr weit entfernt seien. Anderes trägt auch die Mutter im Schriftsatz vom 31. Dezember 2016 (dort S. 1; Bl. 93) nicht vor: Ein qualitativer Unterschied zwischen den beiden, von ihr mitgeteilten Formulierungen – Ausdrücke der betreffenden Internet-Site werden von ihr nicht vorgelegt –, nämlich am 1. August 2016: Empfehlung, politische Ansammlungen zu meiden und am 12. August 2016: Empfehlung, öffentliche Plätze und Menschenansammlungen zu meiden, ist nicht ersichtlich. Nach einer am 9. Januar 2017 durchgeführten Abfrage der Sicherheitshinweise auf der Homepage des Auswärtigen Amtes (<http://www.auswaertiges-amt.de>) bestand für Thailand weder eine Reise- noch eine Teilreisewarnung; in den länderspezifischen Sicherheitshinweisen zu Thailand heißt es lediglich, dass „Meinungs- und Versammlungsfreiheit sind allerdings, nach wie vor, erheblich eingeschränkt. Es wird daher empfohlen, Demonstrationen und Menschenansammlungen zu meiden, da gewaltsame Auseinandersetzungen zwischen Demonstranten und Sicherheitskräften nicht auszuschließen sind.“ Vor dem Hintergrund der auf der Homepage beschriebenen weiteren Anschlägen, etwa dem Bombenanschlag am Abend des 17. August 2015 in einem bei Touristen beliebten Gebiet von Bangkok und der nicht auszuschließenden Gefahr von weiteren Anschlägen heißt es dort weiter nur, dass „Reisenden wird daher empfohlen, besonders vorsichtig zu sein und auch die aktuelle Medienberichterstattung zu verfolgen.“ Das allein ist nach dem Dafürhalten des Senats noch nicht so schwerwiegend, dass deshalb von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage auszugehen wäre; das Festhalten der Mutter an der Zusage führt nicht zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB [76. Aufl. 2017], § 313 Rn. 24). Vielmehr ist dem angegriffenen Beschluss des Familiengerichts beizupflichten, dass der Widerruf der Zustimmung letztendlich unbeachtlich ist.

(cc) Schließlich kann der Mutter auch nicht darin gefolgt werden (Schriftsatz vom 27. Januar 2017, dort S. 2; Bl. 107), die Beschwerde sei eröffnet, weil das Familiengericht über eine Sorgesache entschieden habe: Das ist nicht der Fall. Das Familiengericht hebt vielmehr – zu Recht – hervor, dass es eines gegenseitigen Einvernehmens der Eltern im Sinne von § 1687 Abs. 1 BGB überhaupt nicht bedürfe. Die in den Entscheidungsgründen gewählte Formulierung bringt deutlich zum Ausdruck, dass das Familiengericht gerade nicht von einer Sorgeangelegenheit ausgeht, sondern von einer Alltagsentscheidung gemäß § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB (ebenso bereits OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29. Mai 2007 – 16 WF 83/07, FamRZ 2008, 1368 [bei juris Rz. 16]). Die

Zusammenschau mit den vom Vater im familiengerichtlichen Verfahren gestellten Anträgen ergibt nichts anders: Der Tenor des angegriffenen Beschlusses (“Es wird festgestellt, dass der Vater berechtigt ist ... Urlaubsreise zu unternehmen”) deckt sich gerade nicht mit den vom Vater gestellten Anträgen; das Familiengericht hat diese offensichtlich nur als Anregung aufgefasst, in dem von ihm umrisseinen Bereich rechtsfürsorgend tätig zu werden (vgl. Keidel/Sernal, FamFG [19. Aufl. 2017] § 23 Rn. 5).

b) Die Beschwerde erweist sich weiter aber auch deshalb als unzulässig, weil der Senat aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr in der Lage ist, über den streitigen Verfahrensgegenstand – die Durchführung bzw. den Ort des Ferienumgangs des Vaters mit den beiden gemeinsamen Kindern – zu entscheiden: Nach dem die Kinder aus dem Sommerurlaub 2016 in Thailand zurückgekehrt sind, ist der Verfahrensgegenstand endgültig entfallen; eine Sachentscheidung über die Frage, wo die Kinder den Sommerurlaub 2016 verbringen bzw. ob sie mit dem Vater nach Thailand fliegen dürfen, kann nicht mehr ergehen (vgl. Keidel/Budde, FamFG [19. Aufl. 2017] § 62 Rn. 1). Für ein besonderes, berechtigtes Interesse der Mutter an der Feststellung, dass die familiengerichtliche Entscheidung sie in ihren Rechten verletzt hat (§ 62 Abs. 1 FamFG), ist weder etwas ersichtlich noch wurden von der Mutter die Voraussetzungen hierfür dargetan:

(aa) Im Hinblick auf das erste Regelbeispiel, wonach die Beschwerde gegen die in der Hauptsache erledigte Sache statthaft ist, wenn die angegriffene Entscheidung den Beschwerdeführer schwerwiegend in seinen Grundrechten verletzt hat (§ 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG), macht die Mutter lediglich pauschal geltend, die Entscheidung des Familiengerichts greife schwerwiegend in ihr Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG ein, weil sie ihre Zustimmung zu der Urlaubsreise widerrufen habe (Schriftsatz vom 27. Januar 2017, dort S. 2; Bl. 107) sowie weiter, dass der Vater, gestützt auf die familiengerichtliche Entscheidung, sie inzwischen mit einer Schadensersatzforderung von über 9.000 € überziehe (Schriftsatz vom 26. Oktober 2016, dort S. 3, als Anlage zur Beschwerdeschrift; Bl. 81).

Das ist indessen nicht geeignet, das besondere rechtliche Interesse der Mutter zu rechtfertigen. Nach dem Gesetz (§ 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG) kann das Feststellungsinteresse nur bei einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff angenommen werden. Dazu zählen u.a. unberechtigte Freiheitsentziehungen oder Wohnungsdurchsuchungen oder ärztliche Behandlungen ohne Einwilligung bzw. gegen den Willen des Betroffenen (vgl. Keidel/Budde, FamFG [19. Aufl. 2017] § 62 Rn. 16f.; Zöller/Feskorn, ZPO [31. Aufl. 2016], § 62 FamFG Rn. 7) oder, in Sorgesachen, bei einer unberechtigten Inobhutnahme des Kindes (vgl. MünchKommFamFG/A. Fischer [2. Aufl. 2013], § 62 Rn. 33). Von einem rechtswidrigen Ausschluss des Umgangsrechts einmal abgesehen, der zur Anwendbarkeit des § 62 FamFG führen soll (vgl. Schulte-Bunert/Weinreich-Unger, Rossmann, FamFG [5. Aufl. 2016], § 62 Rn. 13), soll der Anwendungsbereich des § 62 FamFG in Umgangssachen kaum in Betracht kommen (vgl. MünchKomm-FamFG/A. Fischer [2. Aufl. 2013], § 62 Rn. 33). Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Mutter nicht Umgangsberechtigte ist, sondern derjenige Elternteil, der verpflichtet ist, den Umgang zu gewähren und zu ermöglichen (vgl. Zöller/Feskorn, ZPO [31. Aufl. 2016], § 62 FamFG Rn. 7).

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Tatsächlich ist eine besondere Betroffenheit der Mutter in einer grundrechtlich geschützten Position in schwerwiegenden Weise nicht ersichtlich: Vielmehr hat das Familiengericht bei der getroffenen Entscheidung die wechselseitigen Grundrechtspositionen, namentlich also den Anspruch der Kinder auf Umgang mit ihrem Vater (§§ 1684 Abs. 1, 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB), das Umgangsrecht des Vaters und dessen Befugnis, im Rahmen des ihm zustehenden Umgangs unter Berücksichtigung des Kindeswohls über den Ort des Umgangs zu entscheiden (§§ 1684 Abs. 1, 1697a BGB), dem Recht der Mutter, die Kinder zu pflegen und zu erziehen (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG), aber auch dem Interesse beider Eltern, eine ungestörte, gesunde Entwicklung und Erziehung der Kinder zu gewährleisten, unter Berücksichtigung der wechselseitigen Loyalitätspflichten beider Eltern bei der Ausübung bzw. Gewährung des Umgangs (§ 1684 Abs. 2 BGB) untereinander und gegeneinander abgewogen und zu einem angemessenen Ausgleich gebracht. Hierbei hat es besonders berücksichtigt, dass die Mutter dem Umgang ursprünglich zugestimmt hat, aber auch, dass sich die Sicherheitslage in Thailand in der Zeit zwischen Zustimmung und Reisebeginn letztlich nicht maßgeblich veränderte. Wenn jetzt noch berücksichtigt wird, dass es sich nur um einen einmaligen Vorgang handelt, kann von einem ungerechtfertigten Grundrechtseingriff, zumal einem schwerwiegenden, nicht gesprochen werden.

Der Umstand, dass die Mutter sich als Folge ihres Handelns Schadensersatzansprüchen des Vaters ausgesetzt sieht, reicht als bloßer, aus der angegriffenen Entscheidung sich ergebender wirtschaftlicher Nachteil ebenfalls nicht aus, um ein Feststellungsinteresse zu bejahen (vgl. Keidel/Budde, FamFG [19. Aufl. 2017] § 62 Rn. 19).

(bb) In Bezug auf § 62 Abs. 2 Nr. 2 FamFG, der Wiederholungsgefahr, meint die Mutter, diese bestünde, weil „auch in Zukunft mit Reiseplänen [des Vaters] in Krisengebiete zu rechnen“ sei (Schriftsatz vom 26. Oktober 2016, dort S. 3, als Anlage zur Beschwerdeschrift; Bl. 81). Das genügt jedoch nicht, um eine Wiederholungsgefahr darzutun. Diese muss konkret gegeben sein und zudem auf eine Beeinträchtigung durch künftig zu erwartende gleichartige Entscheidungen des Familiengerichts gerichtet sein (vgl. Keidel/Budde, FamFG [19. Aufl. 2017] § 62 Rn. 21; MünchKommFamFG/A. Fischer [2. Aufl. 2013], § 62 Rn. 35). Hierfür ist nichts ersichtlich.

Im Ergebnis ist die Beschwerde daher als unstatthaft zu verwerfen (§ 68 Abs. 2 Satz 2 FamFG).

**2.** Eine erneute Anhörung der Beteiligten in der Beschwerdeinstanz erscheint dem Senat nicht geboten (§ 68 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 FamFG); die Eltern wurden hierauf mit Schreiben vom 9. Januar 2017 hierauf ausdrücklich hingewiesen. Die Kostenentscheidung findet ihre Grundlage in § 84 FamFG; nachdem sich das Rechtsmittel der Mutter als unstatthaft erweist, hat sie die hierdurch verursachten Kosten zu tragen. Die Wertfestsetzung beruht auf §§ 45, 40, 41 FamGKG; es war der Regelwert von 1.500 € anzusetzen. Eine Rechtsbeschwerde findet nicht statt (§ 70 Abs. 4 FamFG).

**3.** Der Antrag der Mutter vom 16. November 2016, ihr für die Rechtsverfolgung in der Beschwerdeinstanz Verfahrenskostenhilfe zu gewähren, war zurückzuweisen, weil er aus den dargestellten Gründen keine Erfolgsaussichten bietet (§§ 76 Abs. 1 FamFG, 114, 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Martin Menne

## Regelung des Umgangs und Anordnung von Ordnungsgeld

13. *Zivilsenat des Kammergerichts – Senat für Familiensachen – durch den Richter am Kammergericht Dr. Menne als Einzelrichter am 3. März 2017 wegen Regelung des Umgangs und Anordnung von Ordnungsgeld*

Kammergericht: 13 WS 39/17 – 120 F 16086/16 Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg

Informationen zur Entscheidung:

Die Eltern streiten sich darüber, ob die Mutter den Kindern zum Umgang mit dem Vater Wechselwäsche und Bekleidung mitzugeben hat. Auch wenn die Frage eigentlich alles andere als neu ist, gibt es in der Rechtsprechung hierzu (soweit ersichtlich) bislang nur eine einzige, ältere Entscheidung eines Amtsgerichts. Eine aktuelle Klarstellung, zumal vor dem Hintergrund des heute zumeist praktizierten erweiterten Umgangs, könnte von daher für die Praxis interessant sein.

Die Familie ist den Lesern der RPsych bereits bekannt – es ist die gleiche, die bereits Anlass zu der Entscheidung über die Tennissachen in RPsych 2016, 534 gegeben hat.

Bis zur Grenze eines paritätischen Wechselmodells, bei dem beide Eltern für den Barunterhalt des Kindes einzustehen haben, folgt aus der umgangsrechtlichen Loyalitäts- und Wohlverhaltenspflicht des betreuenden Elternteils, dass grundsätzlich dieser das Kind mit der für den Umgang erforderlichen Bekleidung und Wechselwäsche sowie anderen, für den persönlichen Bedarf des Kindes notwendigen Gegenständen auszustatten hat. Von dieser Verpflichtung kann im Einzelfall jedoch spezifisches, besonders teures oder besonders umfangreiches Sport- oder Freizeitgerät ausgenommen sein, soweit dieses vom Kind beim Umgang entweder nicht täglich benötigt wird oder soweit dessen Vorhaltung dem anderen, umgangsberechtigten Elternteil – etwa aufgrund entsprechend guter finanzieller Verhältnisse – zugemutet werden kann.

(Siehe auch den Kommentar von Dr. Harald Vogel zu dieser Entscheidung, die Redaktion)

**Beschluss:**

Die sofortige Beschwerde der Mutter gegen den am 24. Januar 2017 erlassenen Ordnungsgeldbeschluss des Amtsgerichts Tempelhof-Kreuzberg – 120 F 16086/16 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

**Gründe:**

**I.** Die Mutter wendet sich mit ihrem Rechtsmittel gegen den Ordnungsgeldbeschluss des Familiengerichts vom 24. Januar 2017, mit dem gegen sie wegen einer in der letzten Oktoberwoche 2016 begangenen Zu widerhandlung gegen die gerichtlich gebilligte Umgangsvereinbarung vom 3. Dezember 2015 ein Ordnungsgeld in Höhe von 500 €, ersatzweise Ordnungshaft festgesetzt wurde, wobei an die Stelle von jeweils 100 € Ordnungsgeld ein Tag Ordnungshaft treten soll. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den familiengerichtlichen Beschluss vom 24. Januar 2017 Bezug genommen.

Mutter und Vater waren miteinander verheiratet; sie leben seit März 2015 getrennt voneinander und sind seit November 2016 geschieden. Aus ihrer Ehe sind die beiden vom Verfahren betroffenen Kinder, M. und F, hervorgegangen. Die Sorge für die beiden heute neun bzw. sieben Jahre alten Söhne, die im Haushalt der Mutter leben, steht beiden Eltern gemeinsam zu. Die Elternbeziehung zueinander ist äußerst angespannt; sie überziehen sich wechselseitig mit zahlreichen zivil- und strafrechtlichen Verfahren.

Am 3. Juli 2015 haben die Eltern in einem Verfahren vor dem Amtsgericht Schöneberg (85 F 157/15) eine umfangreiche Regelung des Umgangs zwischen dem Vater und seinen beiden Söhnen getroffen, die vom Familiengericht gebilligt wurde.

Dem Vater steht danach ein erweiterter Umgang zu. Wenige Monate später, am 3. Dezember 2015, haben die Eltern die Abrede vom 3. Juli 2015 in einem Umgangsverfahren (Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg 130 F 18249/15) näher konkretisiert und in einer zweiten, ebenfalls sehr umfangreichen, vom Familiengericht gebilligten und mit einer Ordnungsgeldandrohung versehenen Umgangsvereinbarung u.a. festgelegt, dass die Mutter die Kindern zu den Umgängen mit einer bis in die Einzelheiten beschriebenen, aus sechs großen, vollgepackten Rucksäcken bestehenden Tennisausstattung auszustatten hat. In der Vereinbarung wurde weiter festgelegt, welche Kleidung und welches Schuhwerk von der Mutter den Kindern bei den Umgangsterminen zu den verschiedenen Jahreszeiten in welcher Anzahl mitzugeben ist. Es wurde geregelt, dass die Mutter den Kindern in jedem Quartal eine Tasche mit Wechselbekleidung packt und diese Tasche jeweils zum Quartalsende in der Zahnarztpraxis des Vaters abgibt. Die betreffenden Passagen der familiengerichtlich gebilligten Vereinbarung lauten wie folgt:

*“Die Kindesmutter ist verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass eine Tasche mit Wechselbekleidung zu Beginn der Wintersaison mit Winterkleidung, zu Beginn der Frühjahrssaison mit Frühlingsbekleidung und zu Beginn der Sommersaison mit Sommer-*

*kleidung jedes Jahr in der Zahnarztpraxis des Kindesvaters abgegeben wird. Der Kindesvater kann diese Bekleidung für die gesamte Saison behalten.*

[...]

*Die Bekleidung für die Frühlingssaison wird immer in der letzten Märzwoche in der Zahnarztpraxis abgegeben. Die Bekleidung in der Sommersaison wird immer in der letzten Maiwoche in der Zahnarztpraxis abgegeben. Die Bekleidung für die Herbstsaison wird in der letzten Augustwoche in der Zahnarztpraxis abgegeben. Die Bekleidung für die Wintersaison ist ab 2016 in der letzten Oktoberwoche in der Zahnarztpraxis abzugeben.*

*Die jeweilige Tasche soll vier Hosen, vier Oberteile, vier T-Shirts, fünfmal Unterwäsche und Strümpfe je Kind beinhalten. Die Bekleidung soll saisonentsprechend sein.*

*Sofern der Kindesvater mit den Kindern zu einem besonderen Anlass oder zu einer anderen Örtlichkeit gehen möchte und insoweit entsprechendes Schuhwerk benötigt, hat er dieses per Mail der Kindesmutter frühzeitig mitzuteilen. Die Kindesmutter wird dieses Schuhwerk den Kindern für das Wochenende mitgeben. Der Kindesvater verpflichtet sich, dieses Schuhwerk den Kindern wieder mitzugeben.*

*Die Tasche ist für die Wintersaison mit einer Mütze, einem Schal und Handschuhen pro Kind zu bestücken.*

[...]"

Wegen der in der Elternvereinbarung vom 3. Dezember 2015 ebenfalls enthaltenen – hier nicht wiedergegebenen – Verpflichtung der Mutter, die Kinder zu den einzelnen Umgangsterminen zusätzlich mit einer kompletten Tennisausstattung auszustatten, hat der Vater aufgrund von diesbezüglichen Verstößen, die die Mutter ab dem 9. Dezember 2015 – also bereits eine Woche nach Abschluss der konkretisierenden Vereinbarung vom 3. Dezember 2015 – begangen haben soll, zahlreiche Ordnungsgeldanträge beim Familiengericht angebracht. Verfahrensgegenständlich waren wiederholte Zu widerhandlungen, die die Mutter in der Zeit vom 9. Dezember 2015 bis zum 11. Mai 2016 begangen haben soll; sie soll es jeweils – dem Vortrag des Vaters zufolge – unterlassen haben, den Söhnen zum Umgang die Tennisausstattung mitzugeben. Auf die Beschwerden beider Eltern hat der Senat mit Beschluss vom 17. August 2016 (13 WF 116/16, FamRB 2017, 92 [Giers] = RPsych 2016, 521 m. Anm. Vogel, RPsych 2016, 534f.) die vom Familiengericht gegen die Mutter verhängten Ordnungsgelder aufgehoben und das vom Vater mit dem Ziel angebrachte Rechtsmittel, gegen die Mutter weitere Ordnungsgelder verhängen zu lassen, zurückgewiesen. Zur Begründung hat der Senat u.a. dargelegt, dass der Mutter an den vom Vater benannten Tagen ein schuldhafter, vorwerfbarer Verstoß gegen die Verpflichtung, die Kinder zum Umgang mit einer Tennisausstattung auszustatten, nicht gemacht werden könne, weil sie davon ausgehen durfte, dass an den in Rede stehenden Umgangstagen Tennis nicht gespielt werden sollte. Weiter hat der Senat darauf verwiesen, dass das Beharren des Vaters, die Kinder seien ohne Rücksicht darauf, ob überhaupt Tennis gespielt werden soll, von der Mutter mit einer Tennisausstattung zu versehen, schikanös sei; dies insbesondere vor dem Hintergrund der großzügigen finanziellen Verhältnisse beider Eltern. Letztlich sei

#### RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

die Vereinbarung, die Kinder beim Umgang mit Sportgepäck auszustatten, daher aufgrund verschiedener Umständen gescheitert, zu denen u.a. neben wechselseitigen Missverständnissen auch die Unfähigkeit der Eltern gehöre, konfliktfrei und geregt miteinander zu kommunizieren. Deshalb hat der Senat in jenem Beschluss den Eltern die Prüfung nahegelegt, ob nicht in Anbetracht ihrer gehobenen wirtschaftlichen Verhältnissen eine zweite, im Haushalt des Vaters verbleibende Tennisausstattung ange schafft und die Vereinbarung zur Ausstattung der Kinder mit dem Sportgerät einvernehmlich abgeändert werden könne. Für den Fall, dass eine einvernehmliche Abänderung scheitern sollte, wurden die Eltern auf das Abänderungsverfahren verwiesen.

Den Senatsbeschluss vom 17. August 2016 hat die Mutter zum Anlass genommen, den Vater mit Anwaltsschreiben vom 27. September 2016 darauf hinzuweisen, dass sie den gemeinsamen Kindern zu den Umgangsterminen künftig weder Sportausstattung noch die für das jeweilige Quartal vereinbarte Wechselwäsche mitgeben werde. Bereits kurze Zeit zuvor, Ende Juli 2016, hatte die Mutter beim Familiengericht (Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg 120 F 12262/16) beantragt, die Umgangsvereinbarung in der Weise abzuändern, dass die konkretisierende, zweite Umgangsvereinbarung vom 3. Dezember 2015 und die dort enthaltenen Vorgaben zur Wechselwäsche und zur Sportausrüstung ersatzlos aufgehoben wird. Als Reaktion auf das Anwaltsschreiben vom 27. September 2016 forderte der Vater die Mutter mit Anwaltsschreiben vom 28. September 2016 auf, sich an die getroffene Umgangsvereinbarung zu halten. Er verwies darauf, dass die Elternvereinbarung zum Umgang nicht abgeändert worden sei, sondern unverändert Gültigkeit habe. Die Ausführungen im Senatsbeschluss vom 17. August 2016 seien lediglich eine Empfehlung an die Eltern und beträfen auch nur die Tennisausstattung, nicht aber die vereinbarte quartalsweise Bereitstellung von Wechselwäsche. Nachdem die Mutter den für die letzte Oktoberwoche vereinbarten Termin hat streichen lassen, in der Zahnarztpraxis des Vaters für die Kinder eine Tasche mit Wechselwäsche für das Winterquartal abzugeben, machte der Vater geltend, die Kinder verfügten über keine warmen Jacken, keine Winterschuhe, keine Handschuhe, Schals und Mützen, keine dicken Pullover und machte einen entsprechenden Ordnungsgeldantrag anhängig.

Mit dem angegriffenen Beschluss verhängte das Familiengericht gegen die Mutter ein Ordnungsgeld in Höhe von 500 €. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, die Mutter habe der übernommenen Verpflichtung zuwidergehandelt, die Kinder in der letzten Oktoberwoche mit der notwendigen Wechselbekleidung für die Wintersaison zu versehen. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Mutter in einem Parallelverfahren (Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg 120 F 12262/16) die Abänderung – vollständige Aufhebung – der konkretisierenden Umgangsvereinbarung vom 3. Dezember 2015 betreibe, sei sie nicht berechtigt, die bestehende Vereinbarung bereits vor einer Entscheidung über ihr Abänderungsgesuch einseitig auszusetzen.

Hiergegen wendet sich die Mutter mit ihrer sofortigen Beschwerde. Sie meint, ihr Verstoß gegen die Verpflichtung, Winterbekleidung bereitzustellen, sei ohne Schuld erfolgt, weil die getroffene Regelung, die Kinder mit Saisonbekleidung auszustatten, praktisch gescheitert sei. Die Regelung habe zu erheblichen Konfrontationen und Be-

lastungen geführt, die sich auf die Kinder übertragen hätten. Zum Schutz, aber auch zum Wohl der Kinder habe sie daher (auch) die quartalsweise Übergabe der Saisonbekleidung einstellen dürfen. Es sei zu berücksichtigen, dass die Elternbeziehung hochgradig belastet sei. Der Vater nutze die Termine zur Übergabe der Kinderbekleidung aus, um das nach wie vor bestehende, vergleichsweise vereinbarte Näherungsverbot vom 31. März 2015 (Amtsgericht Schöneberg 85 F 77/15) zu umgehen.

Am 31. Mai 2016, anlässlich der Übergabe der Wechselwäsche der Kinder für das Sommerquartal, habe sich der Vater ihr abredewidrig genähert, um sodann behaupten zu können, sie – die Mutter – habe versucht, ihn mit ihrem Auto zu verletzen bzw. anzufahren. Der Vorfall vom 31. Mai 2016 sei Gegenstand eines auf Betreiben des Vaters eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens und der Vater habe dies zum Anlass genommen, gegen sie Antrag auf Erlass einer familiengerichtlichen Gewaltschutzanordnung zu stellen. Zu berücksichtigen sei schließlich auch, dass der Vater die ihm übergebene Kinderkleidung gar nicht einsetze, weil es ihm nicht auf die Kleidung ankomme, sondern nur darauf, die Mutter zu schikanieren. Es sei daher geboten, die Be rührungs punkte der Eltern auf das unvermeidbare Mindestmaß zu reduzieren und damit habe die Mutter nicht schuldhaft gehandelt. Schließlich sei der Vater aufgrund seiner gehobenen Einkommens- und Vermögensverhältnisse auf die Saisonbekleidung für die Kinder nicht angewiesen. Vielmehr könne erwartet werden, dass er sie sich selbst verschafft, da die Ausgestaltung des Umgangs, insbesondere wenn keine beengten Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorlägen, Sache des Umgangsberechtigten sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschwerdeschrift vom 7. Februar 2017 und die Schriftsätze vom 14. sowie vom 17. Februar 2017 Bezug genommen.

Der Vater verteidigt die familiengerichtliche Entscheidung. Wegen der Einzelheiten wird auf die beiden Schriftsätze vom 2. März 2017 Bezug genommen.

Zu Informationszwecken hat der Senat die Akte des von der Mutter im Juli 2016 eingeleiteten Verfahrens zur Abänderung der konkretisierenden Umgangsvereinbarung vom 3. Dezember 2015 (Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg 120 F 12262/16) beigezogen. In jenem Verfahren hat das Familiengericht am 23. Januar 2017 entschieden, dass zwar die Regelung zur Ausstattung der Kinder mit der Sportausstattung ersatzlos entfällt, nicht aber die Bestimmung, wonach es an der Mutter ist, die Kinder quartalsweise mit Wechselkleidung zu versorgen. Die von der Mutter hiergegen eingelegte Beschwerde ist beim Senat anhängig (13 UF 38/17).

**II.** Die sofortige Beschwerde der Mutter gegen den familiengerichtlichen Ordnungsgeldbeschluss vom 24. Januar 2017 ist zwar zulässig, insbesondere fristgerecht angebracht worden (§§ 87 Abs. 4 FamFG, 567ff. ZPO), jedoch nicht begründet. Gegen die Festsetzung von Ordnungsgeld gibt es nichts zu erinnern; vielmehr schließt sich der Senat – nach Prüfung – den Ausführungen des Familiengerichts im Beschluss vom 24. Januar 2017 und den in dieser Sache ergangenen Nichtabhilfebeschluss vom 15. Februar 2017 ausdrücklich an und macht sich diese zu eigen.

**1. a)** Die Eltern haben in der konkretisierenden Umgangsabrede vom 3. Dezember 2015, die das Familiengericht als dem Kindeswohl nicht widersprechend gebilligt hat, gemeinsam bestimmt, dass die Mutter den Kindern einmal im Quartal eine Tasche mit

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

Wechselwäsche zur Verfügung stellt, die in der Zahnarztpraxis des Vaters an einem bestimmten, näher geregelten Termin abgegeben wird. Dieser Verpflichtung ist sie in Bezug auf die Bereitstellung der Bekleidung für das Winterquartal 2016 bis zum Ende der letzten Oktoberwoche 2016 – dem festgesetzten Termin – nicht nachgekommen; auch später hat sie keine Winterbekleidung in der Zahnarztpraxis abgegeben oder abgeben lassen. Damit hat sie das angedrohte Ordnungsgeld verwirkt.

b) (aa) Die Zu widerhandlung ist von der Mutter auch zu vertreten; sie hat schuldhaft gegen die übernommene Verpflichtung verstößen: Aus ihrer Ankündigung im Anwaltsschreiben vom 27. September 2016 (I/8) ergibt sich deutlich, dass sie sich in Kenntnis ihrer Verpflichtungen von der Umgangsvereinbarung vom 3. Dezember 2015 losgesagt hat. Sie hat erkannt, dass ihre Untätigkeit zum Eintritt des pflichtwidrigen Erfolges führen wird und hat das in ihr Wissen aufgenommen mit der Folge, dass sie vorsätzlich gegen die Vereinbarung verstößen hat (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB [76. Aufl. 2017], § 276 Rn. 10).

(bb) Ein wie auch immer gearteter Irrtum der Mutter ist ausgeschlossen: Allgemein bekannt ist, dass eine Partei sich nicht durch einseitige Erklärung von den Bindungen an eine abgeschlossene Vereinbarung – und hierzu gehört auch eine gerichtlich gebilligte Umgangsvereinbarung (§ 156 Abs. 2 FamFG) – lösen kann (vgl. allgemein nur Palandt/Ellenberger, BGB [76. Aufl. 2017], Vor § 145 Rn. 4a sowie speziell für Umgangsregelungen Völker/Clausius, Sorge- und Umgangsrecht [6. Aufl. 2014], § 6 Rn. 25). Wenn eine einvernehmliche Abänderung der Vereinbarung aufgrund einer übereinstimmenden Entscheidung beider Elternteile nicht in Betracht kommt, ist vielmehr ein Abänderungsverfahren einzuleiten (§§ 166 Abs. 1 FamFG, 1696 Abs. 1 BGB). Die ursprüngliche Regelung – die Umgangsvereinbarung vom 3. Dezember 2015 – bleibt jedoch bis zum Erlass der gerichtlichen Abänderungsentscheidung unverändert wirksam: Das ergibt sich – möglicherweise entgegen der Auffassung der Mutter – aus der Regelung des § 93 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 FamFG. Wenn das Gericht dort ermächtigt wird, die Vollstreckung einstweilen einzustellen, sobald die Abänderung der zu vollstreckenden Entscheidung – und dazu gehören auch gerichtlich gebilligte Umgangsvereinbarungen (§ 86 Abs. 1 Nr. 2 FamFG) – beantragt wird, dann folgt daraus im Umkehrschluss, dass die Entscheidung trotz anhängigem Abänderungsantrag weiter bis zur Entscheidung darüber unverändert vollstreckbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 2012 – XII ZB 188/11, FamRZ 2012, 533 [bei juris Rz. 23] sowie Völker/Clausius, Sorge- und Umgangsrecht [6. Aufl. 2014], § 6 Rn. 25). Ein Einstellungsantrag ist von der Mutter denn auch nicht gestellt worden.

(cc) Letztlich kommt es darauf aber noch nicht einmal an. Denn der Vater hat mit Anwaltsschreiben vom 28. September 2016 (I/10) deutlich darauf hingewiesen, dass die Umgangsvereinbarung vom 3. Dezember 2015 die Eltern unverändert binde, bestandskräftig und vollstreckbar sei; weder der Beschluss des Senats vom 17. August 2016 – 13 WF 16/16 noch der von der Mutter anhängig gemachte Abänderungsantrag änderten daran etwas. Das ist zutreffend.

2. Die einzelnen, von der Mutter zu ihrer Entlastung (§ 89 Abs. 4 Satz 1 FamFG) vorgebrachten Gesichtspunkte gehen allesamt fehl: Dass sie die Zu widerhandlung

nicht zu vertreten hat, vermochte sie gerade nicht darzulegen und deshalb kommt ein Absehen von der Festsetzung von Ordnungsmitteln nicht in Betracht (§ 89 Abs. 4 Satz 1 FamFG sowie Keidel/Giers, FamFG [19. Aufl. 2017] § 89 Rn. 9). Im Einzelnen:

a) Entgegen der Auffassung der Mutter ist nicht ersichtlich, weshalb die getroffene Vereinbarung, die Kinder vor jedem Quartal mit einer Tasche saisonangemessener Wechselkleidung auszustatten, gescheitert sein sollte: Die Kinder benötigen, wenn sie sich entsprechend der Umgangsvereinbarung vom 3. Juli 2015 in den ungeraden Wochen von Donnerstagnachmittag bis Montagmorgen und in den geraden Wochen von Mittwochnachmittag bis zum nächsten Morgen im Haushalt des Vaters aufzuhalten, mehrere Sätze an Bekleidung sowie Wechselwäsche und ggf. auch Sport- und Freizeitkleidung und zwar je nach Jahreszeit unterschiedlich. Es ist weder ersichtlich noch von der Mutter näher dargelegt, weshalb es mittlerweile, nachdem die Eltern ihre Vereinbarung etwa ein dreiviertel Jahr praktiziert haben, nicht mehr möglich sein soll, die notwendige Kleidung den Kindern mitzugeben bzw. ihnen quartalsweise zur Verfügung zu stellen.

Die Situation hinsichtlich der Bekleidung der Kinder ist eine gänzlich andere als diejenige, die dem Senatsbeschluss vom 17. August 2016 – 13 WF 116/16 (FamRB 2017, 92 = RPsych 2016, 521) in Bezug auf die Tennisausstattung zugrunde lag: Beide Gestaltungen sind nicht miteinander vergleichbar. Das Sportgerät wird lediglich an bestimmten, einzelnen Tagen und auch nur dann benötigt, wenn ein Tennisspiel ansteht; es wird stets die gleiche Ausrüstung gebraucht. Die Bekleidung wird dagegen jeden Tag in unterschiedlichem Maß benötigt; nämlich je nachdem, ob die Kinder die Schule besuchen oder ihre Freizeit gestalten etc. Den Jahreszeiten entsprechend ist zudem jeweils unterschiedliche Kleidung – warme Kleidung im Winter, leichte Sachen im Sommer etc. – erforderlich. Gescheitert ist die Vereinbarung, die Kinder zum Umgang mit Tennissachen auszurüsten, deshalb, weil der Vater darauf bestanden hat, dass die Kinder zu jedem Umgang die Tennissachen mitführen sollten, obwohl Tennis von ihm nur an bestimmten, einzelnen Tagen mit den Kindern gespielt wurde und er auf die Mailanfragen der Mutter, ob Tennis künftig auch an anderen Tagen gespielt werden solle, nicht reagiert hat. Gescheitert ist die Vereinbarung schließlich aber auch schlicht aufgrund des Umfangs der Sportausstattung – sechs große Rucksäcke – und den Schwierigkeiten für die Kinder, diese an jedem einzelnen Umgangstag zu transportieren – der Wechsel der Kinder von der Mutter zum Vater findet jeweils in der Schule statt – und das Gepäck während des Schulunterrichts „im Auge zu behalten“. Die von den Kindern benötigte Wechselkleidung soll demgegenüber nicht bei jedem einzelnen Umgangstag mitgeführt werden, sondern nur einmal im Quartal vom Haushalt der Mutter in denjenigen des Vaters gebracht werden; auch sollen damit nicht die Kinder belastet werden, sondern die Mutter hat sich in der Vereinbarung verpflichtet, dafür zu sorgen, die Tasche in der Zahnarztpraxis des Vaters zu deponieren (zu lassen). Die Ausführungen, die der Senat im Beschluss vom 17. August 2016 in Bezug auf das Sportgerät gemacht hat, können daher – entgegen der Meinung der Mutter – nicht auf die Ausstattung der Kinder mit Ersatzbekleidung übertragen werden.

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

b) Das Argument, die getroffene Regelung habe zu Konfrontationen und Belastungen geführt und der Vater benutze sie, um auf diese Weise das bestehende Näherungsverbot zu unterlaufen, trägt ebenfalls nicht. Richtig ist zwar, dass es am 31. Mai 2016 anlässlich der Übergabe der Sommerkleidung zu einem Zusammentreffen der Eltern kam, in dessen Folge der Vater Strafanzeige gegen die Mutter gestellt und Maßnahmen nach dem Gewaltschutzgesetz gegen sie beantragt hat. Aber die Vorfälle vom 31. Mai 2016 werden von beiden Eltern völlig konträr geschildert und das vom Vater eingeleitete Gewaltschutzverfahren wurde, wie die Mutter vorträgt, schließlich vergleichsweise beendet.

Entscheidend erscheint vielmehr ein anderer Aspekt: Im Verfahren Amtsgericht Schöneberg 85 F 77/15 haben die Eltern ausdrücklich vereinbart, dass der Vater Haus und Wohngrundstück der Mutter nicht betritt – unter der im Vergleich genannten Anschrift lebt die Mutter inzwischen freilich nicht mehr – sowie weiter, dass sie beide Abstand voneinander halten; bei einem Zusammentreffen sprechen sie sich nicht an und bei einem zufälligen Zusammentreffen verlässt derjenige Elternteil den Ort wieder, der dort zuletzt eingetroffen ist. Eine entsprechende Regelung findet sich auch in der streitgegenständlichen Vereinbarung vom 3. Dezember 2015; die Eltern haben auch hier verabredet, dass der Vater Haus und Grundstück der Mutter unter ihrer heutigen Anschrift nicht betritt, wohingegen die Mutter sich dem Wagen des Vaters nicht nähern wird. Die getroffene Regelung zur Übergabe der Ersatzkleidung baut hierauf auf; sie sieht ausdrücklich vor, dass die Kleidung in der Zahnarztpraxis des Vaters abgegeben wird. Die betreffende Verpflichtung ist von der Mutter nicht persönlich zu erfüllen, sondern sie kann die Tasche auch in die Praxis befördern lassen. Die von ihr befürchteten Konfrontationen ließen sich dadurch unschwer vermeiden und aus diesem Grund, aber auch, weil die Eltern gerade ausgeschlossen haben, dass der Vater das Grundstück der Mutter betritt oder sich ihr nähert, erscheint es auch nicht unzumutbar, von der Mutter die Erfüllung der vereinbarten Regelung zu erwarten: Die von ihr eingeforderte Reduzierung der elterlichen Berührungspunkte auf das unvermeidbare Mindestmaß (Beschwerdeschrift vom 14. Februar 2017, dort S. 8; I/157) wird nicht dadurch erreicht, dass sie eigenmächtig einer getroffenen Vereinbarung zuwiderhandelt, sondern dass sie die in der Vereinbarung angelegten Möglichkeiten nutzt und beispielsweise Dritte mit der Übergabe der Tasche beauftragt.

c) Für den Vortrag der Mutter, der Vater benötige die Wechselkleidung nicht wirklich, sondern benutze die getroffene Regelung nur, um sie zu schikanieren, ist letztlich ebenfalls nichts ersichtlich: Anders als die Sportausrüstung, die nur beim Spiel zum Einsatz kommt, wird die Wechselbekleidung kontinuierlich benötigt.

Allein der Umstand, dass das Kind F. bei Rückkehr von einem (zeitlich nicht näher bezeichneten) Umgang vom Vater die gleichen gelblichen Socken trug, die er bereits bei Umgangsbeginn getragen hatte (Schriftsatz der Mutter vom 17. November 2016, dort S. 4 und Anlage 4; I/37, 67) oder dass die Kinder von Umgängen gelegentlich mit Unterwäsche oder T-Shirts des Sohnes der Lebenspartnerin des Vaters zurückkommen (Antragsschrift der Mutter vom 18. Juli 2016 im Abänderungsverfahren 120 F 12262/16, dort S. 4), dürfte kaum ein hinreichender Beleg dafür sein, dass der Va-

ter auf Wechselkleidung nicht angewiesen wäre: Dem steht bereits der Vortrag des Vaters in seinem Ordnungsgeldantrag vom 1. Dezember 2016 (dort S. 2; I/90) entgegen, mit dem er geltend macht, den Kindern fehle warme Winterkleidung und sie hätten trotz Minustemperaturen nur Herbstsachen zur Verfügung. Unabhängig hiervon ist auch zu bedenken, dass Kinder im Alter der beiden Jungen – diese sind neun bzw. sieben Jahre alt – rasch wachsen und entsprechend häufig neue Kleidung benötigen: Vom Vater wird man nicht erwarten können, dass er für die Kinder einen kompletten Bekleidungssatz für alle Jahreszeiten bereithält und diesen regelmäßig ergänzt. Ein weiterer Gesichtspunkt kommt hinzu: Es liegt auf der Hand, dass beide Söhne im Haushalt des Vaters diejenige Kleidung tragen wollen bzw. dürfen, die sie auch im Haushalt der Mutter benutzen: Auch ein Kind hat persönliche Präferenzen bei der Kleidung oder verfügt über Lieblingsstücke, an denen es besonders hängt und die es deshalb auch beim jeweils anderen Elternteil tragen will oder dem anderen Elternteil zeigen möchte. Anders als bei der Tennisausstattung, die Gegenstand des Senatsbeschlusses vom 17. August 2016 war und deren Übergabe vom Vater auch an Tagen gefordert wurde, an denen überhaupt kein Tennis gespielt wurde (Beschluss S. 7ff.) oder die – der dort erhobenen Forderung des Vaters zufolge – in den Winterurlaub hätte mitgegeben werden sollen, obwohl weder in dem vom Vater gebuchten Hotel noch im besuchten Ort oder in seiner Umgebung die Möglichkeit bestand, im Winter überhaupt Tennis zu spielen (Beschluss, S. 11f.), ist bei der Wechselbekleidung nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nichts dafür ersichtlich, dass es dem Vater insoweit nur um die Einforderung eines formal bestehenden Rechtes ginge, ohne dass für dessen Ausübung ein schutzwürdiges Eigeninteresse vorläge: Dass Entsprechendes auch für die täglich benötigte Kinderbekleidung gelten würde, vermochte die Mutter gerade nicht darzutun.

d) Soweit die Mutter meint, die Zuwiderhandlung gegen die getroffene Vereinbarung entspräche dem Wohl der beiden Jungen, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden: Zwar ist es richtig, dass das Kindeswohl stets zu berücksichtigen ist. Aber in der Regel kann im Vollstreckungsverfahren auf die Prüfung des Kindeswohls im Erkenntnisverfahren vertraut werden, da das Vollstreckungsverfahren lediglich der effektiven Durchsetzung der im Erkenntnisverfahren mit den dortigen, besseren Möglichkeiten gefundenen gerichtlichen Entscheidung dient; einer erneuten Rechtmäßigkeitsprüfung bedarf es daher nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 2012 – XII ZB 188/11, FamRZ 2012, 533 [bei juris Rz. 21ff.] sowie Völker/Claudius, Sorge- und Umgangsrecht [6. Aufl. 2014], § 6 Rn. 24). Aus dem Senatsbeschluss vom 17. August 2016 ergibt sich insoweit – möglicherweise entgegen der Auffassung der Mutter – nichts anderes.

e) Schließlich irrt die Mutter, wenn sie meint, die Ausstattung der Kinder beim Umgang mit Wechselbekleidung jedenfalls in Fällen, in denen keine beengten Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorlägen, sei Sache des Umgangsberechtigten (Beschwerdeschrift vom 14. Februar 2017, dort S. 10; I/159) und dem Vater sei aufgrund seiner gehobenen wirtschaftlichen Verhältnisse zuzumuten, dass er sich mit Kinderbekleidung für die Umgangstage ausstatten (Schriftsatz vom 17. November 2016, dort S. 4; I/37). Das ist nicht zutreffend.

(aa) Diese Auffassung ergibt sich – entgegen der Vortrag der Mutter (Beschwerdeschrift vom 14. Februar 2017, dort S. 10; I/159) – nicht aus dem Senatsbeschluss vom

## RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

17. August 2016: Dort hat der Senat lediglich ausgeführt, dass er sich dem in jenem Verfahren vom Vater bemühten Argument, es sei Sache der umgangsverpflichteten Mutter, sämtliche für die Versorgung der Kinder notwendige Kleidung und sonstige Sachen zu den Umgangsterminen mitzugeben, in dieser Allgemeinheit und im Hinblick auf spezifisches Sport- und Freizeitgerät nicht uneingeschränkt anschließen könne. Vielmehr hat er dargelegt, dass Sport- oder Freizeitgerät, das vom Umgangsberechtigten für die Ausgestaltung des Umgangs für erforderlich erachtet wird, ähnlich wie Kosten für Unternehmungen im Rahmen des Umgangs zu behandeln und daher ebenfalls vom Umgangsberechtigten zu tragen seien. Das gelte umso mehr, wenn der Umgangsberechtigte aufgrund seiner guten wirtschaftlichen Lage hierzu unschwer in der Lage sei: Es liegt auf der Hand, dass diese Überlegungen für die allgemeine Bekleidung oder die Wechselwäsche, die ein Kind im Rahmen des Umgangs benötigt, nicht gelten kann. Für spezifisches Sport- und Freizeitgerät können, wie auch schon das Familiengericht im angegriffenen Beschluss zu Recht hervorgehoben hat, andere Regeln gelten als für die Alltagskleidung des Kindes beim Umgang.

(bb) Tatsächlich entspricht es denn auch ganz allgemeiner Auffassung in der Rechtsprechung (vgl. AG Monschau, Beschluss vom 31. März 2003 – 6 F 107/02, FamRZ 2004, 287 [bei juris Leitsatz, Rz. 9f.]) und Literatur (vgl. MünchKomm/Hennemann, BGB [7. Aufl. 2017], § 1684 Rn. 36; Erman/Döll, BGB [14. Aufl. 2014], § 1684 Rn. 27; Heilmann/Gottschalk, Praxiskommentar Kindschaftsrecht [1. Aufl. 2015], § 1684 BGB Rn. 55; Völker/Clausius, Sorge- und Umgangsrecht [6. Aufl. 2014], § 2 Rn. 92; Palandt/Götz, BGB [76. Aufl. 2017], § 1684 Rn. 5), dass aus der umgangsrechtlichen Loyalitäts- und Wohlverhaltenspflicht der Eltern nach § 1684 Abs. 2 BGB dem betreuenden Elternteil die Verpflichtung erwächst, das Kind mit der für den Umgang erforderlichen Bekleidung auszustatten. Diese Rechtslage haben die Eltern mit ihrer Vereinbarung vom 3. Dezember 2012 nachgezeichnet und ausgestaltet. Richtig ist zwar, dass der Umgangsberechtigte seinerseits aufgrund der auch ihn treffenden Wohlverhaltenspflicht gehalten sein kann, für das Kind Ersatzkleidung bereitzuhalten (vgl. MünchKomm/ Hennemann, BGB [7. Aufl. 2017], § 1684 Rn. 36 [am Ende]). Grundsätzlich dürften daher insbesondere in Fällen, in denen die Eltern einen erweiterten Umgang praktizieren, insoweit an den umgangsberechtigten Elternteil in dem Maße, in dem der Umgang erweitert wird, erhöhte Anforderungen zu stellen sein. Aber das ändert nichts daran, dass es bis zur Grenze eines paritätischen Wechselmodells, in dem beide Elternteile für den Barunterhalt des Kindes einzustehen haben (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 2017 – XII ZB 601/15 [bislang erst bei juris veröffentlicht; dort Rz. 19]; BGH, Beschluss vom 11. Januar 2017 – XII ZB 565/15, [bislang erst bei juris veröffentlicht; dort LS 1]) dem betreuenden Elternteil obliegt, das Kind zum Umgang mit Kleidung und Wechselwäsche auszustatten: Denn die Bekleidung des Kindes ist ein Bestandteil seines Unterhaltsanspruchs. Die Verantwortung hierfür obliegt beiden Eltern gemeinsam. Solange die Familie intakt ist, wird der Unterhalt – und damit auch die Bekleidung – in der Regel von beiden Elternteilen durch Naturalleistung gewährt. Nach Trennung der Eltern spaltet sich der Unterhaltsanspruch des minderjährigen Kindes in einen Bar- und einen Betreuungsunterhaltsanspruch auf (§ 1606 Abs. 3 Satz 2

BGB). Vom Fall des paritätischen Wechselmodells abgesehen, wird im Regelfall der Pflege- und Erziehungsanteil des kindlichen Elementarbedarfs vom betreuenden Elternteil gedeckt, wohingegen der andere Elternteil den Barbedarf im Elementarbedarf durch Unterhaltszahlung erfüllt (vgl. Eschenbruch/Schürmann/Menne-Schmidt, Kohne, Der Unterhaltsprozess [6. Aufl. 2013], Kap. 2 Rn. 165, 215). Da diese Zahlungen gerade auch dazu bestimmt sind, um für das Kind Bekleidung etc. anzuschaffen, würde dem barunterhaltspflichtigen, umgangsberechtigten Elternteil ein nicht gerechtfertigtes Sonderopfer abverlangt, wenn er zusätzlich zum Barunterhalt noch das Kind beim Umgang mit dem Nötigsten ausstatten müsste (vgl. AG Monschau, Beschluss vom 31. März 2003 – 6 F 107/02, FamRZ 2004, 287 [bei juris Rz. 9]).

Vor diesem Hintergrund kann daher davon, dass es Sache des Vaters sei, seine beiden Söhne beim Umgang mit der erforderlichen Kleidung auszustatten, keine Rede sein. Dies obliegt vielmehr grundsätzlich der Mutter, wobei dadurch nicht ausgeschlossen ist, dass das eine oder andere Stück auch einmal vom Vater beigesteuert wird (so zutreffend MünchKomm/Hennemann, BGB [7. Aufl. 2017], § 1684 Rn. 36).

3. Die weiteren Voraussetzungen für die Festsetzung eines Ordnungsmittels liegen vor. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass das verhängte Ordnungsgeld der Höhe nach unverhältnismäßig wäre; von der Mutter wird das auch nicht gerügt. Vielmehr hat das Familiengericht alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigt, namentlich dass die Zuwidderhandlung sich nicht gegen die Umgangsgewährung an und für sich richtete, aber auch, dass die Mutter vorsätzlich gehandelt hat.

Dass der Mutter die Kosten des Ordnungsgeldverfahrens aufzuerlegen waren, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (§ 92 Abs. 2 FamFG). Im Ergebnis ist deshalb die Beschwerde der Mutter zurückzuweisen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 87 Abs. 5, 84 FamFG; da das Rechtsmittel erfolglos bleibt, fallen die Kosten der Mutter zur Last. Eine Wertfestsetzung ist entbehrlich, weil eine Festgebühr gilt (Nr. 1912 KV FamGKG; vgl. Zöller/Feskorn, ZPO [31. Aufl. 2016], § 87 FamFG Rn. 11).

#### Anmerkung zu dem Beschluss des KG vom 3. 3. 2017 – 13 WF 39/17

Das Drama im Ordnungsgeldverfahren der stark zerstrittenen Familie nach den §§ 89ff FamFG nimmt seinen weiteren Verlauf: Hatte zunächst der **Vater** der beiden aus der Ehe der getrennt lebenden Eltern hervorgegangenen Söhne ein Ordnungsgeldverfahren gegen deren mit sorgeberechtigte Mutter eingeleitet mit dem Ziel, dass diese entsprechend der familiengerichtlich gebilligten Vereinbarung zu **allen** Umgangsterminen stets Tennissachen – diese bestehen aus insgesamt sechs vollbepackten, großen Rucksäcken mitzugeben – mitgibt, mithin auch an den Tagen, an denen überhaupt **kein** Tennis gespielt wird, so wurde der Vater durch das KG<sup>1</sup> klar und unmissverständlich darauf hingewiesen, dass „die zwischen den Eltern getroffene Vereinbarung, den Kindern

1 RPsych 2016, 521 m. Anm. Vogel = FamRB 2017, 92, besprochen von Giers = FamRZ 2017, 457.

zum Umgang die Sportausrüstung mitzugeben, kein Selbstzweck ist, sondern dass mit dieser Vereinbarung lediglich der Ausdruck der beiden Eltern im Verhältnis zueinander obliegenden Loyalitätspflicht ist. Konkret heißt das, dass das Sportgepäck dann nicht mitgegeben werden muss, wenn absehbar ist, dass kein Sport betrieben wird. Dieses Ergebnis findet eine weitere Bestätigung, wenn berücksichtigt wird, dass das Umgangsrecht wie das Familienrecht insgesamt Bestandteil des Privatrechts ist und der Gesetzgeber das Familienrecht des BGB nicht abschließend geregelt hat, sondern die einzelnen familienrechtlichen Verhältnisse grundsätzlich durch die allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen ergänzt bzw. ausgestaltet werden. Danach sind die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB), insbesondere in der Ausprägung, wonach die Ausübung eines formal bestehenden Rechts missbräuchlich sein kann, wenn ein schutzwürdiges Eigeninteresse fehlt, aber auch das Schikaneverbot des § 226 BGB als allgemeines, die gesamte Rechtsordnung bestimmendes Prinzip bei der Auslegung der wechselseitigen Pflichten der am Umgangsverhältnis Beteiligten zu berücksichtigen.“

Seit November 2016 ist die Ehe der Eltern der Kinder nunmehr geschieden. Die Eltern sind gemeinsam sorgeberechtigt. Die beiden Söhne leben bei der Mutter. Das Verhältnis beider Eltern zueinander ist weiterhin äußerst gespannt. Sie überziehen sich wechselseitig mit zahlreichen zivil- und strafrechtlichen Verfahren. Die Hochkonflikthaftigkeit<sup>2</sup> besteht mithin fort.

Nunmehr wendet sich die **Mutter** erneut gegen die Ordnungsmittelanträge des Vaters. Unter Bezugnahme auf den Beschluss des KG vom 17. 8. 2016 – 13 WF 116/16 – weist sie darauf hin, dass sie zukünftig den gemeinsamen Kindern zu den Umgangsterminen weder Sportausrüstung noch die für das jeweilige Quartal vereinbarte Wechselwäsche mitgeben werde. Sie löst sich mithin **einseitig** von ihren eingegangenen und gerichtlich bestätigten Vereinbarungspflichten. Das ist aber aus mehreren Gründen nicht zulässig:

1. Zunächst weist das KG zutreffend darauf hin, dass kein Beteiligter sich durch **einseitige** Erklärung von den Bindungen einer abgeschlossenen Vereinbarung lösen kann. Wenn keine einvernehmliche Abänderung der Vereinbarung aufgrund einer übereinstimmenden Entscheidung beider Elternteile zustande kommt, dann **muss** ein Abänderungsverfahren<sup>3</sup>, mithin ein Erkenntnisverfahren eingeleitet werden. Erst nach erfolgreichem Abschluss des bestandskräftigen Erkenntnisverfahrens darf die Mutter die Übergabe von Bekleidungsstücken einstellen. Vorher hat sie die freiwillig zugestimmte und gerichtlich vereinbarte Verpflichtung weiterhin zu erfüllen, was sich aus dem Umkehrschluss zu § 93 I 1 Nr. 4 FamFG ergibt. Das Abänderungsverfahren nach § 1696 I BGB setzt aber voraus, dass ein Umgangsvergleich nur aus triftigen, das Wohl der Kinder nachhaltig berührenden Gründen abgeändert werden kann. Schon aus dem Wortlaut der genannten Vorschrift ergibt sich, dass

2 Salzgeber, Familienpsychologische Gutachten, 6. Aufl. 2011, Rn. 1172; Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2. Aufl. 2015, S. 146ff; Dettenborn/Walter, Familienrechtspychologie, 2. Aufl., 2015, S. 143ff; Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, 4. Aufl. 2014, 133, 138.

3 BGH, NJW-RR 2012, 324, 326.

ausschließlich **das Wohl der Kinder** maßgebend ist und daher die Änderung **nicht** mit dem Interesse eines beteiligten Elternteils begründet werden kann. Deshalb hat auch das AmtsG Detmold<sup>4</sup> zu Recht die Ansicht vertreten, dass sich die Mutter **nicht** darauf berufen kann, die von ihr im Vergleich übernommenen Bringdienste nicht mehr durchführen zu können, weil sie keinen PKW mehr habe. Dieser Umstand liegt **allein** in ihrer Sphäre und hat mit dem Wohl der Kinder nichts zu tun. Denn sie kann die Kinder auch mit dem Zug zum Vater bringen oder auch die Fahrten durch Dritte durchführen lassen. Diese vom AmtsG Detmold angestellten Rechtsüberlegungen, mithin die Analyse der Gründe für das Abänderungsverlangen treffen auch auf den hiesigen Fall zu. Zwischen den Beteiligten bestehen jahrelange Streitigkeiten über den Umgang. Die vor den Amtsgerichten Schöneberg und Tempelhof-Kreuzberg getroffenen und gerichtlich bestätigten Umgangsvereinbarungen, jeweils versehen mit einer Ordnungsgeldandrohung, sollten zur Beruhigung der Beteiligten beitragen. Die detaillierte Regelung der Übergabe der saisonalen Bekleidung diente allein dem Interesse der Eltern und nicht dem der Kinder, weil das Streitpotenzial unter den Eltern reduziert werden sollte.<sup>5</sup> Die Befriedungswirkung der Umgangsvereinbarung lag allein im Interesse der Erziehungsberechtigten.

Unabhängig hiervon hat Hammer<sup>6</sup> bei der Frage nach der rechtlichen Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen überzeugend dargelegt, dass „sich kein Elternteil von gerichtlich bestätigten Elternvereinbarungen **einseitig** lossagen kann.“ Er führt hierzu weiter aus:

„Die ordnende Wirkung der gerichtlichen Entscheidung wäre obsolet, wenn jeder Elternteil seine eigene Bewertung an die Stelle der gerichtlichen Würdigung setzen könnte. Beide Elternteile sind vielmehr darauf angewiesen, entweder ein Rechtsmittel gegen die gerichtliche Entscheidung einzulegen oder einen Änderungsantrag nach § 1696 zu stellen und bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache gegebenenfalls eine einstweilige Anordnung zu beantragen.“<sup>7</sup>

Diese Rechtsausführungen zeigen mit aller Deutlichkeit, dass die Mutter sich **nicht** einseitig von der gerichtlich bestätigten Vereinbarung der Beteiligten lösen kann.

2. Im Übrigen dient das Vollstreckungsverfahren allein der effektiven Durchsetzung der gerichtlichen Entscheidung, die im Erkenntnisverfahren unter umfassender Prüfung der Sach- und Rechtslage, mithin auch des Kindeswohls, getroffen wurde<sup>8</sup>. Eine erneute Prüfung der Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung findet im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich **nicht** statt. Entsprechende Einwände sind daher grds. unbedeutlich<sup>9</sup>.

4 FF 2017, 35, 36.

5 Hammer, Elternvereinbarungen im Sorge- und Umgangsrecht, 2004, 171.

6 Hammer, Elternvereinbarungen im Sorge- und Umgangsrecht, 2004, 218.

7 Hammer, Elternvereinbarungen im Sorge- und Umgangsrecht, 2004, 218.

8 OLG Schleswig, FamRZ 2012, 151.

9 BGH, ZKJ 2012, 190, 191.