

gebilligt und geschichtlich üblich und daher dem formellen Strafbarkeitsverdikt entzogen sein.

[12] Nach richtiger Auffassung kommt der Sozialadäquanz neben dem Erfordernis tatbestandspezifischer Verhaltensmissbilligung keine selbstständige Bedeutung zu. Die Sozialadäquanz eines Verhaltens ist vielmehr lediglich die Kehrseite dessen, dass ein rechtliches Missbilligungsurteil nicht gefällt werden kann. Ihr kommt nicht die Funktion zu, ein vorhandenes Missbilligungsurteil aufzuheben (vgl. *Freund*, in: MünchKomm-StGB, 2. Aufl., Vorb. § 13 Rdnr. 159; i. Erg. ebenso *Fischer*, StGB, 59. Aufl., § 223 Rdnr. 6 c [anders noch bis zur 55. Aufl., § 223 Rdnr. 6 b]; wie hier ferner *Herzberg*, JZ 2009, 332; *ders.*, MedR 2012, 169; *Putzke*, NJW 2008, 1568; *Jerouschek*, NStZ 2008, 313; a.A. auch *Rohe*, JZ 2007, 801 [802]; *Schwarz*, JZ 2008, 1125).

[13] Die Handlung des Angekl. war auch nicht durch Einwilligung gerechtfertigt. Eine Einwilligung des seinerzeit vierjährigen Kindes lag nicht vor und kam mangels hinreichender Verstandesreife auch nicht in Betracht. Eine Einwilligung der Eltern lag vor, vermochte indes die tatbestandsmäßige Körperverletzung nicht zu rechtfertigen.

[14] Gemäß § 1627 S. 1 BGB sind vom Sorgerecht nur Erziehungsmaßnahmen gedeckt, die dem Wohl des Kindes dienen. Nach wohl herrschender Auffassung in der Literatur (vgl. *Schlehofer*, in: MünchKomm-StGB, Vorb. § 32 Rdnr. 43; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl., Vorb. § 32 Rdnr. 41; *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 [319]; wohl auch *Exner*, S. 189 f.; *Herzberg*, JZ 2009, 332; *ders.*, MedR 2012, 169; *Putzke*, NJW 2008, 1568) entspricht die Beschneidung des nicht einwilligungsfähigen Knaben weder unter dem Blickwinkel der Vermeidung einer Ausgrenzung innerhalb des jeweiligen religiös gesellschaftlichen Umfelds noch unter dem des elterlichen Erziehungsrechts dem Wohl des Kindes. Die Grundrechte der Eltern aus Art. 4 I, 6 II GG werden ihrerseits durch das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung gem. Art. 2 I und II 1 GG begrenzt. Das Ergebnis folgt möglicherweise bereits aus Art. 140 GG i. V. mit Art. 136 I WRV, wonach die staatsbürgerlichen Rechte durch die Ausübung der Religionsfreiheit nicht beschränkt werden (so *Herzberg*, JZ 2009, 332 [337]; *ders.*, MedR 2012, 169 [173]). Jedenfalls zieht Art. 2 II 1 GG selbst den Grundrechten der Eltern eine verfassungsimmanente Grenze. Bei der Abstimmung der betroffenen Grundrechte ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Die in der Beschneidung zur religiösen Erziehung liegende Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist, wenn sie denn erforderlich sein sollte, jedenfalls unangemessen. Das folgt aus der Wertung des § 1631 II 1 BGB. Zudem wird der Körper des Kindes

durch die Beschneidung dauerhaft und irreparabel verändert. Diese Veränderung läuft dem Interesse des Kindes, später selbst über seine Religionszugehörigkeit entscheiden zu können, zuwider. Umgekehrt wird das Erziehungsrecht der Eltern nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie gehalten sind abzuwarten, ob sich der Knabe später, wenn er mündig ist, selbst für die Beschneidung als sichtbares Zeichen der Zugehörigkeit zum Islam entscheidet (zu den Einzelheiten vgl. *Schlehofer*, in: MünchKomm-StGB, Vorb. § 32 Rdnr. 43; a.A. i. Erg. *Fischer*, § 223 Rdnr. 6 c; inzident wohl auch *OLG Frankfurt a. M.*, NJW 2007, 3580; *OVG Lüneburg*, NJW 2003, 3290; *LG Frankenthal*, MedR 2005, 243 [244]; ferner *Rohe*, JZ 2007, 801 [802]; jew. ohne nähere Erörterung der Frage). *Schwarz* (JZ 2008, 1125 [1128]) bewertet die Einwilligung unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Kriterien als rechtfertigend, er geht jedoch nur auf die Elternrechte aus Art. 4 und 6 GG, nicht hingegen – was notwendig wäre – auf die eigenen Rechte des Kindes aus Art. 2 GG ein. Seine Auffassung kann schon aus diesem Grunde nicht überzeugen.

[15] Der Angekl. handelte jedoch in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum und damit ohne Schuld (§ 17 S. 1 StGB).

[16] Der Angekl. hat, das hat er in der Hauptverhandlung glaubhaft geschildert, subjektiv guten Gewissens gehandelt. Er ging fest davon aus, als frommem Muslim und fachkundigem Arzt sei ihm die Beschneidung des Knaben auf Wunsch der Eltern aus religiösen Gründen gestattet. Er nahm auch sicher an, sein Handeln sei rechtmäßig.

[17] Der Verbotsirrtum des Angekl. war unvermeidbar. Zwar hat sich der Angekl. nicht nach der Rechtslage erkundigt, das kann ihm hier indes nicht zum Nachteil gereichen. Die Einholung kundigen Rechtsrats hätte nämlich zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum wird bei ungeklärten Rechtsfragen angenommen, die in der Literatur nicht einheitlich beantwortet werden, insbesondere wenn die Rechtslage insgesamt sehr unklar ist (vgl. *Joecks*, in: MünchKomm-StGB, § 17 Rdnr. 58; *Vogel*, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 17 Rdnr. 75; *BGH*, NJW 1976, 1949 [1950], zum gewohnheitsrechtlichen Züchtigungsrecht des Lehrers bezogen auf den Zeitraum 1971/72). So liegt der Fall hier. Die Frage der Rechtmäßigkeit von Knabenbeschneidungen auf Grund Einwilligung der Eltern wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. Es liegen, wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, Gerichtsentscheidungen vor, die, wenn auch ohne nähere Erörterung der wesentlichen Fragen, inzident von der Zulässigkeit fachgerechter, von einem Arzt ausgeführter Beschneidungen ausgehen, ferner Literaturstimmen, die sicher nicht unvertretbar die Frage anders als die *Kammer* beantworten. ■

## Literaturempfehlung

**Grundlagen des Unterhaltsrechts. Überlegungen für eine Harmonisierung des Verwandten-, Betreuungs- und Geschiedenenunterhalts.** Schriften zum Familien- und Erbrecht, Band 3. Von *Cornelia Kraus*. – Nomos Baden-Baden 2011, 311 S. brosch. Euro 79,-. ISBN: 978-3-8329-6648-5.

Trotz der großen praktischen Bedeutung und der vielfältigen – auch rechtspolitischen – Grundsatzfragen, die sich im Unterhaltsrecht stellen, zählt dieses eher weniger zu den Rechtsgebiete-

ten, denen im Rahmen von Promotionsvorhaben verstärkt Aufmerksamkeit zu Teil wird. Daher ist es umso begrüßenswerter, dass sich *Cornelia Kraus* diesem Thema mit der vorliegenden, von Professorin *Eva Schumann*, Inhaberin des Lehrstuhls für deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Georg-August-Universität Göttingen betreuten Untersuchung auf besonders engagierte Weise angenommen und zu höchst bemerkenswerten, zum Nachdenken anregenden Schlussfolgerungen gelangt ist:

Angangspunkt der Arbeit ist die – zutreffende – Feststellung, dass der Gesetzgeber das Unterhaltsrecht in den letzten Jahrzehnten zwar auf vielfältige Weise fortentwickelt und sich – bisweilen gegen starke Beharrungskräfte – stets mit Augenmaß für dessen interessengerechte Anpassung an geänderte gesamtgesellschaftliche und familiäre Rahmenbedingungen eingesetzt hat und weiter einsetzt. Aber die keineswegs geringe Zahl an „großen“ Reformen, Fortentwicklungen, Anpassungen, Folgeänderungen oder „Nachjustierungen“, die das Unterhaltsrecht immer wieder sieht, birgt die Gefahr, dass vor dem Hintergrund konträrer gesellschaftspolitischer Grundüberzeugungen oder parteipolitischen Kalkül, dem Streit um Einzelregelungen oder sonstigen „Sachzwängen“ die „großen Linien“ des Unterhaltsrechts, dessen zivilrechtliche Grundlagen und auch die – unter anderem vom Deutschen Bundestag (vgl. die Entschließung vom 6. 7. 2000, BT-Dr 14/3781, S. 3) – immer wieder eingeforderte verbesserte Abstimmung mit dem Sozial- und Steuerrecht an den Rand gedrängt oder gar völlig aus den Augen geraten. Hier setzt das sehr verdienstvolle, aus gutem Grund mit „*summa cum laude*“ bewertete Werk an und untersucht die Grundlagen und Wechselwirkungen von drei, aktuell im Zentrum sowohl der rechtspolitischen als auch der forensischen Auseinandersetzung stehenden Bereichen des Unterhaltsrechts, nämlich des Verwandtenunterhalts in Gestalt des Elternunterhalts und des Unterhalts für volljährige Kinder, des Betreuungsunterhalts sowie des nachhelichen Unterhalts, soweit dieser nicht auf Pflege und Erziehung gemeinsamer, aus der Ehe hervorgegangener Kinder gestützt wird.

Da das Unterhaltsrecht stets ein Spiegel der gesellschaftlichen und familiären Wirklichkeit ist, werden, quasi als Hintergrund, vor dem die Untersuchung ausgeführt wird, zunächst die Rechts-tatsachen sehr ausführlich anhand einer Vielzahl von Daten und Fakten zusammengetragen. Maßgebliche Stichpunkte sind hierbei – nicht weiter verwunderlich – der demografische Wandel, die Verlängerung der Ausbildungszeiten einerseits und das rapide steigende Risiko der Pflegebedürftigkeit im Alter, die beide zusammen dazu geführt haben, dass sich die Unterhaltszahlungen – erst für die eigenen Kinder, dann für die alt gewordenen Eltern – mehr und mehr auf eine „Sandwichgeneration“ konzentrieren und schließlich die bunte Vielfalt an Lebens-(abschnitts-)entwürfen, der es gilt, gerecht zu werden. Dieser Teil der Untersuchung mündet in die Feststellung, dass der Unterhaltsgesetzgeber verfassungsrechtlich über ein großes Maß an Gestaltungsfreiheit verfügt (S. 47 f.).

Von den drei großen, im Einzelnen untersuchten „Problem-bereichen“ ist natürlich der Betreuungsunterhalt von besonderem Interesse, was sich beispielsweise auch daran zeigt, dass der 20. Deutsche Familiengerichtstag diesem Fragenkreis im September 2013 (erneut) mehrere Arbeitskreise widmet: Bemerkenswert ist dabei zunächst einmal das Maß an Selbstverständlichkeit, mit der die Autorin die Vergleichbarkeit der beiden gesetzestech-nisch durchaus strikt zu unterscheidenden Betreuungsunterhalts-ansprüche – dem eherechtlichen des § 1570 BGB und den im Verwandtenunterhaltsrecht verorteten Anspruch der nichtver-heirateten Mutter bzw. des nichtverheirateten Vaters aus Anlass der Geburt eines gemeinsamen Kindes (§ 1615 I BGB) – betont, die nicht nur aus der funktional identischen Ausgangslage – die Betreuungsbedürftigkeit des gemeinsamen Kindes – resultiert, sondern zunehmend auch aus der Drittbezogenheit des An-spruchs – der elterlichen Verantwortung gegenüber dem gemein-samen Kind – und, worauf zuletzt das *BVerfG* (Beschl. v. 28. 2. 2007 – 1 BvL 9/04 = *BVerfGE* 118, 45 = *NJW* 2007, 1735) eindringlich hingewiesen hat, dem Kindeswohl, hergeleitet wird. Nach einem historischen Abriss zur Entstehungs- und Entwick-lungsgeschichte des Anspruchs aus § 1615 I BGB und des den Anspruch nach § 1570 BGB lange Zeit bestimmenden „Alters-phasenmodells“ werden ausführlich die Gemeinsamkeiten der beiden Ansprüche, aber auch die nach der Unterhaltsrechts-reform 2008 noch verbliebenen, letzten Unterschiede zwischen

ihnen analysiert. Das – höchst interessante, zum Nachdenken Anlass gebende – Ergebnis der Untersuchung ist, dass die über die Jahre hinweg andauernden Angleichungs- und zuletzt Gleich-stellungstendenzen zwischen beiden Betreuungsunterhalts-ansprüchen schließlich dazu geführt haben, dass sich beide An-sprüche mehr und mehr von ihrer ursprünglichen Gesetzesver-ortung emanzipiert und zu einer eigenständigen Unterhaltsgrup-pe entwickelt haben (S. 168). Eine bemerkenswerte, gewichtige Feststellung, die künftig sicher nicht ohne Konsequenzen bleiben wird!

Ein besonderes Verdienst der Arbeit, das sie deshalb auch so interessant macht, ist, dass die Verfasserin von diesem Befund ausgehend die sich mehr und mehr verbreitende Tendenz in der unterhaltsrechtlichen Literatur nach der so genannten „großen Lösung“, der Herauslösung des Unterhalts wegen Betreuung des gemeinsamen, außerhalb der Ehe der Eltern geborenen Kindes aus dem Recht des Verwandtenunterhalts zugunsten einer eigen-ständigen Regelung (vgl. die Nachweise bei *Menne*, *FamRB* 2008, 110 [113]) aufgreift und erstmals konsequent und syste-matisch die Eckpunkte eines statusunabhängigen Unterhalts-anspruchs des betreuenden Elternteils wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes skizziert (S. 169 f., 170 ff., 256 ff., 276 ff.): In der Tat könnte es sich hierbei um einen viel-versprechenden Ansatz handeln, mit dem sich möglicherweise die nach wie vor bestehenden Friktionen, Widersprüchlichkeiten und Unstimmigkeiten zwischen den beiden Regelungskomplexen lösen lassen und mit dem darüber hinaus auch der Anschluss an moderne Entwicklungen im supranationalen Bereich wie etwa dem Model Family Code (vgl. *Schwenzer/Dimsey*, Model Family Code. From a global perspective, 2006, S. 167 ff.) oder diesbe-zügliche aktuelle Reformbestrebungen in deutschen Nachbar-staaten wie beispielsweise der Schweiz (vgl. *Rumo-Jungo/Hotz*, *FamPra.ch* 2013, 1; *Menne*, *FF* 2012, 487 [491]) erreicht werden könnte.

Dieser durchaus innovative Ansatz muss keineswegs zu einer unangemessenen Gleichsetzung der Ehe mit der gemeinsamen Elternschaft eines nicht verheirateten Paares führen: Die Autorin arbeitet zutreffend heraus, dass sehr wohl Unterschiede bestehen zwischen Eltern, die verheiratet waren oder über längere Zeit hinweg als nichteheliche Lebensgemeinschaft zusammen gelebt haben und Eltern, die weder mit dem Kind noch als Paar zu-sammen gelebt haben und dass deshalb, auch wenn die Eltern-pflicht in beiden Fällen nur nach einheitlichen Maßstäben be-stimmt werden kann, gleichwohl gewichtige Unterschiede blei-ben, die daher auch den erforderlichen Raum für die notwendi-gen unterhaltsrechtlichen Differenzierungen lassen wie beispielsweise beim Unterhaltsmaß oder den Verwirkungsgrün-den (S. 246 f., 259 f., 262 ff.).

Alles in allem – eine beeindruckende, lesenswerte Arbeit, die Anlass gibt, eingefahrene Bahnen neu zu durchdenken und mög-licherweise auch, sie an der einen oder anderen Stelle neu aus-zutarieren. Dabei ist freilich ein Vorbehalt zu machen: Zwar werden die rechtshistorischen Grundlagen und die rechtstatsäch-liche Datenlage ausführlich berücksichtigt, wohingegen jedoch der rechtsvergleichende Aspekt in der gesamten Untersuchung leider völlig außen vor bleibt. Das ist schade. Denn der Blick über nationale Grenzen hinweg, die Orientierung an gemein-samen, europäischen Standards erlangt gerade im Familienrecht mehr und mehr Bedeutung und es wäre voraussichtlich auch höchst aufschlussreich, beispielsweise die deutschen Auffassun-gen zum Betreuungsunterhalt mit den funktional entsprechenden Ansätzen in anderen europäischen Rechtsordnungen abzuglei-chen. Allerdings – eine derartige Untersuchung hätte mit ziemli-cher Sicherheit den Rahmen der vorliegenden Untersuchung ge-sprengt und muss daher weiteren Forschungen vorbehalten blei-ben.

Richter am Kammergericht Dr. Martin Menne, Berlin