

- Dr. Stephan Beichel-Benedetti -
weiterer aufsichtsführender Richter am Amtsgericht
Abteilungsleiter des Familiengerichts Heidelberg

Kurfürstenanlage 15

69115 Heidelberg

Tel: 06221/59-0

**Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung
des Rechtsausschusses
des Deutschen Bundestages
am 24. April 2013**

Die vorliegenden Entwürfe eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Strafbarkeit der Verstümmelung weiblicher Genitalien (BT-Drucksachen 17/1217, 17/12374 und 17/4759) sollen nachfolgend mit Blick auf die ausweisungsrechtlichen (**nachfolgend unter I.**) sowie die familienrechtlichen Folgen (**nachfolgend unter II.**) betrachtet werden. Spezifisch strafrechtliche und rechtspolitische Fragestellungen sollen dabei ausgeklammert werden. Sie kehren wieder in den anschließenden Fragen an den Gesetzgeber (**nachfolgend unter III.**)

I. Ausweisungsrechtliche Folgen

Der Vorschlag der SPD-Fraktion (BT-Drucksache 17/12374) wendet mit Blick auf die Regelungen des Ausweisungsrechts ein, die hohe Mindest-Strafdrohung von zwei bzw. drei Jahren Freiheitsstrafe führe zu unhaltbaren ausweisungsrechtlichen Folgen, da dann eine zwingende Ausweisung (§ 53 AufenthG) automatisch bzw. sehr schnell erreicht sei.

Die damit implizierten rechtspolitischen Fragestellungen einmal ausgeklammert (Sinn und Zweck hoher Mindeststrafen, Lenkungswirkung von Strafnormen, Grund und Grenze der Strafbarkeit auch von Auslandstaaten, praktische Handhabbarkeit), bleibt zunächst die Frage, ob die damit einhergehende Interpretation der Ausweisungsvorschriften trägt.

Eine genauere Analyse der Rechtspraxis zeigt, dass der angenommene Automatismus „Hohe Strafe = zwingende Ausweisung“ schon seit einigen Jahren nicht mehr besteht, zumindest in den allermeisten Fällen, in denen familiäre und persönliche engere Bindungen im Bundesgebiet existieren. Die Lektüre der Ausweisungsvorschriften erleichtert die Rechtsfindung zwischenzeitlich nicht mehr.

Das Ausweisungsrecht befindet sich einigen Jahren in einem grundlegenden Wandel. Die im Gesetz angelegte Ausweisungssystematik der Ist-, Regel- und Ermessensausweisung (§§ 53 ff. AufenthG) ließ sich noch bis Mitte 2007 wie folgt darstellen:

Beichel-Benedetti, in: Huber, AufenthG, München, 1. Aufl. 2010, Vorb. §§ 53-56 AufenthG, Rdnr. 1:

„In den §§ 53 bis 56 AufenthG ist geregelt, unter welchen Voraussetzungen ein Ausländer aus dem Bundesgebiet ausgewiesen werden kann.

Die die Ausweisungstatbestände enthaltenden Vorschriften sind nach ihrer Rechtsfolgenanordnung gegliedert: § 53 AufenthG enthält die zwingenden Ausweisungstatbestände, § 54 AufenthG diejenigen, bei denen eine Ausweisung im Regelfall erfolgt und § 55 AufenthG schließlich diejenigen Tatbestände, bei denen eine Ermessensausweisung vorgesehen ist.

Diese Vorschriften stellen dabei – entsprechend der Striktheit der Rechtsfolgenanordnung – ein wertendes Stufensystem dar, wobei die ordnungsrechtliche Bedeutung in den vertypten Ausweisungstatbeständen zum Ausdruck kommen soll.

In § 56 AufenthG sind weiterhin diejenigen Umstände geregelt, die zu einem besonderen Ausweisungsschutz führen können. Tatbestandlich wird dabei zumeist an persönliche Belange des Ausländers angeknüpft, die diesen schutzwürdig erscheinen lassen. Liegen solche Umstände vor, kann dies zu einer Herabstufung einer Zwingenden zur Regel- und der Regel- zur Ermessensausweisung oder – in sehr seltenen Fällen – auch zu einem gesetzlich angeordneten Verbot der Ausweisung führen.

In § 54 a AufenthG wird flankierend die Überwachung ausgewiesener Ausländer aus Gründen der inneren Sicherheit – für bestimmte Ausweisungsgründe – geregelt.

Die komplexe Binnenstruktur, die im europäischen Vergleich einzigartige Stufung der Rechtsfolgenregelungen (Ausweisungspflicht!), aber auch der durch allzu große Detailtiefe begründete fragmentarische Charakter des § 56 AufenthG sowie die durch die Ausweisung ausgelösten weit reichenden Rechtsfolgen (vgl. Vorb §§ 53 ff. Rdnr. 2) verleihen dem System eine ganz spezifische Schärfe.

Hinzu kommen zahlreiche definitorische Binnenverweise, durch die das Ausweisungsrecht eine deutlich selbstreferentielle Prägung erhält, die es lange Zeit gegen von außen kommende rechtliche Einflüsse immunisiert hat.

Der Gesetzgeber hatte mit diesem weitgehend mit Typisierungen arbeitenden Regelungsmodell die Hoffnung verbunden, die Ausweisung für die Ausländerbehörden zu vereinfachen und damit Rechtssicherheit zu schaffen.

Diese Hoffnung hat sich nicht erfüllt; das Modell erweist sich angesichts der Vielschichtigkeit der zu beurteilenden Lebenssachverhalte als zu unflexibel, um unverhältnismäßige Ergebnisse sicher identifizieren und vermeiden zu können. Dementsprechend sind grundlegende Abweichungen von der gesetzlich vorgesehenen Systematik und den im Gesetz angelegten schematischen Lösungsmodellen und Typisierungen unausweichlich geworden (Vorb §§ 53 ff. Rdnr. 19 ff.).“

Zwischenzeitlich haben die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) sowie des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) dieses System weitgehend aufgelöst.

Rechtsprechung des EuGH

Beichel-Benedetti, a.a.O., Rdnr. 12:

„Das deutsche Ausweisungsrecht hat vor dem EuGH insgesamt keine Gnade gefunden. In seiner Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit verlangt der EuGH zur Rechtfertigung einer Ausweisung eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (*EuGH NJW 1978, 479 [480] – Bouchereau*). Eine Ausweisung aus generalpräventiven Gründen ist europarechtlich ebenso unzulässig (*EuGH NJW 1975, 1096 – Bonsignore*) wie eine alleine an eine strafgerichtliche Verurteilung anknüpfende zwingende Rechtsfolge der Ausweisung (*EuGH EuZW 1999, 345 [346] – Calfa*).

Auch ist stets auf das persönliche Verhalten des betroffenen Ausländers abzustellen, aus dem sich gerade die hinreichend schwere Gefährdung ergeben muss (*EuGH EuZW 1999, 345 [346] – Calfa*), so dass auch eine Gefahrenindizierung europarechtlich unzulässig ist.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausweisungsentscheidung ist derjenige der letzten gerichtlichen Entscheidung (*EuGH NVwZ 2004, 1999 [1101] – Orfanopoulos u. Olivieri; unverständlich daher: EuGH NVwZ 2008, 59 [60] Rdnr. 26 f. – Polat: hier scheint die Kammer die Frage des maßgeblichen Zeitpunkts schlicht übersehen zu haben*).

Der Gesetzgeber hat aus diesen klaren Vorgaben die Konsequenz gezogen und für EU-Bürger und deren Familienangehörige mit dem FreizügG eigenständige Regelungen erlassen, die auch diesen Vorgaben zur Aufenthaltsbeendigung gerecht werden sollen.

Inkonsequenterweise hat er dabei allerdings die unter das Assoziierungsabkommen Türkei-EWG (ARB 1/80) fallenden – nicht notwendigerweise nur türkischen – Ausländer, deren Rechtsstatus – gerade in Bezug auf die Ausweisung – weitgehend dem von Unionsbürgern angeglichen ist (*EuGH EuZW 2000, 219 [222] – Nazli, mwN; BVerwGE 121, 315 [320 f.] = NVwZ 2005, 224; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2007, 488 [490]; Eckertz-Höfer in: Barwig u. a. (Hrsg.) Perspektivwechsel im Aus-*

länderrecht?, Baden-Baden 2007, S. 105 ff.), weiterhin dem Rechtsregime des AufenthG überlassen (Vorb §§ 53 ff. AufenthG Rdnr. 3).

Den Ausweisungsvorschriften des AufenthG kommt in diesen Fällen aufgrund der grundlegenden materiellen Differenzen zwischen dem nationalen Ausweisungsrecht und dem europäischen Recht der Freizügigkeit nurmehr die Rolle von Platzhaltern zu; die Ausweisung von assoziationsrechtlich freizügigkeitsberechtigten (türkischen) Staatsangehörigen beurteilt sich inhaltlich alleine nach europarechtlichen Maßstäben. Eine eingehende Ermessensausübung unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe auf der Grundlage des § 55 Abs. 1 AufenthG ist daher zwingend erforderlich.“

Rechtsprechung des EGMR

Beichel-Benedetti, a.a.O., Rdnr. 13 ff.:

„Die Rechtsprechung des EGMR, insbesondere zur für Ausweisungsfälle bedeutsamen Vorschrift des Art. 8 Abs. 1 EMRK, hat wesentliche Impulse für die nationale Rechtsordnung gegeben. Der EGMR geht zunächst davon aus, dass die Vertragsstaaten bei Erfüllung ihres Auftrags, die öffentliche Ordnung zu gewährleisten, berechtigt sind, einen Ausländer, der straffällig geworden ist, auszuweisen. Soweit sie dabei in ein durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschütztes Recht eingreifen, muss dies jedoch in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein, d. h. gerechtfertigt durch ein dringendes soziales Bedürfnis und insbesondere verhältnismäßig zum verfolgten berechtigten Ziel (*EGMR NVwZ 2007, 1279 [1280] – Üner, m. w. N.*).

Der EGMR befasst sich dabei nicht nur mit dem **Recht auf Achtung des Familienlebens**, sondern – und das ist insbesondere für die deutsche Rechtsordnung ein Novum – mit dem ebenfalls in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerten **Recht auf Achtung des Privatlebens**, das er für Teile der unter dem Schlagwort der „**faktischen Inländer**“ zusammengefassten Personen fruchtbar gemacht hat (*Hoppe ZAR 2008, 251 [256]*).

...

Zum Recht auf Achtung des Familienlebens existiert eine **umfangreiche, aber auch stark kasuistisch geprägte Rechtsprechung** (*Hoppe ZAR 2008, 251 [253]*), die zunächst verdeutlicht, dass der EGMR eine **umfassende Abwägung zwischen den familiären Belangen und dem Interesse an der Aufenthaltsbeendigung** verlangt.

Die Einzelfallgerechtigkeit steht im Mittelpunkt dieser Rechtsprechung. Der EGMR stellt dabei auf die Art und Schwere der Straftat, die Dauer des Aufenthalts im Land, aus dem der Betroffene ausgewiesen werden soll, die seit Begehen der Straftat vergangene Zeit und das Verhalten des Betroffenen seit der Tat, die Staatsangehörigkeit aller Beteiligten, die familiäre Situation, gegebenenfalls die Dauer der Ehe sowie andere Umstände, die auf ein tatsächliches Familienleben eines Paares hinweisen und darauf, ob der Partner bei Begründung der familiären Beziehung Kenntnis von der Straftat hatte und ob der Verbindung Kinder entstammen, und in diesem Fall deren Alter sowie auf den Grund für die Schwierigkeiten, die der Partner in dem Land haben kann, in das der Betroffene ausgewiesen werden soll, ab (*EGMR NVwZ 2007, 1279 [1281] – Üner; InfAuslR 2001, 476 – Boultif*).“

...

Unter **Privatleben** im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK versteht der EGMR das **Netz an persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beziehungen, die für das Privatleben eines jeden Menschen schlechthin konstitutiv sind** (*EGMR EuGRZ 2006, 560 [561] – Slivenko*). Diesen Beziehungen kommt bei fortschreitender Dauer des Aufenthalts wachsende Bedeutung zu (*so BVerfG NVwZ 2007, 946 [947]; Thym EuGRZ 2006, 541 [544]; Hoppe ZAR 2006, 125 [130]*). Daraus ergibt sich auch bei Ausländern, die über keine schützenswerten familiären Bindungen im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 6 GG verfügen, bei der Ausweisungsentscheidung eine Verpflichtung zur einfallbezogenen Abwägung unter angemessener Berücksichtigung dieser das Recht auf Privatleben konstituierenden Bindungen, wobei der **Dauer des Aufenthalts** besonderes Gewicht zukommen dürfte. Gleichwohl lässt sich bislang aus der Rechtsprechung des EGMR hierzu keine ab-

solute zeitliche Grenze für die Zulässigkeit der Ausweisung von faktischen Inländern herleiten (*Hoppe ZAR 2008, 251 [256] m. w. N.*).

Wichtig für das Verständnis der Rechtsprechung des EGMR in dem hier in Frage stehenden Kontext dürfte sein, dass der Gerichtshof in seinen zahlreichen Judikaten niemals auf nur einen der genannten Gesichtspunkte abstellt und auch keiner dieser Gesichtspunkte für sich allein genommen ausschlaggebend im Sinne einer ganz überwiegenden Gewichtung war und ist. So existieren Entscheidungen, die im Lande geborene und aufgewachsene Ausländer betreffen, bei denen die Kenntnis der Sprache des Herkunftslandes sehr fraglich war – es also zu einer Entwurzelung dort gekommen ist – und bei denen der Gerichtshof die Ausweisung mit Blick auf das Gewicht der strafrechtlichen Verfehlungen dennoch bestätigt hat.

Rechtsprechung des BVerfG

Beichel-Benedetti, a.a.O., Rdnr. 16 ff.:

„Ausgangspunkt der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Ausweisungsentscheidungen ist die Frage der Verletzung von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten (*Hoppe ZAR 2008, 251 [252]*). Dabei kommt dem **Schutz der Familie aus Art. 6 GG** besondere Bedeutung zu.

Daneben ist nunmehr auch dem **Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG** gestiegene Bedeutung für die rechtliche Beurteilung von Ausweisungsentscheidungen beigemessen worden (*BVerfG NVwZ 2007, 1300*).

Anlass ist die zuvor geschilderte Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK. Die **Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes** erfordert es, dass es regelmäßig nicht so ausgelegt wird, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland entsteht. **Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind daher auch Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK in Betracht zu ziehen. Insoweit**

dient auch die Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes (BVerfG NVwZ 2004, 852 [853]).

...

Dabei ist grundsätzlich eine Betrachtung des Einzelfalles geboten, bei der auf der einen Seite die familiären Bindungen zu berücksichtigen sind, auf der anderen Seite aber auch die sonstigen Umstände des Einzelfalles (so BVerfG NVwZ 2006, 682 f.).

Dabei misst das BVerfG dem mit der **Reform des Kindschaftsrechts** vom 16. 12. 1997 (BGBl. I S. 2942) gewandelten Verständnis der Elternrolle (gemeinsames Sorgerecht als Regelfall) und dem betonten Recht des Kindes auf Umgang mit beiden Eltern besondere Bedeutung für Frage des Gewichts der Erziehungsbeiträge der Eltern bei. Daher ist maßgeblich auch auf das Kindeswohl abzustellen und im Einzelfall zu untersuchen, ob tatsächlich eine persönliche Verbundenheit besteht, auf deren Aufrechterhaltung das Kind zu seinem Wohl angewiesen ist. **Die Belange der Eltern und des Kindes sind im Einzelfall und umfassend zu berücksichtigen (BVerfG NVwZ 2006, 682 [683]).**

Das hat zur Folge, dass auch ein Elternteil, der „nur“ über ein Umgangsrecht zu seinem Kind verfügt, dieses aber entsprechend den gegebenen Rahmenbedingungen im Rahmen des Üblichen und zum Wohle des Kindes (Zahlung des Unterhalts!) ausübt, sich auf Art. 6 GG berufen kann. In solchen Fällen spricht eine Vermutung für das Vorliegen einer schützenswerten familiären Gemeinschaft (*ausf. Schuler-Harms in: Barwig u. a. (Hrsg.) Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, S. 192 [198 f.]*). **Darauf, ob von einem Familienmitglied tatsächlich erbrachte Lebenshilfe auch von anderen Personen erbracht werden könnte, kommt es für deren Schutzwürdigkeit nicht an (BVerfG NVwZ 2000, 59; unter Verweis auf NVwZ 1989, 855 L, NVwZ 1997, 479).**

Bei einer Vater-Kind-Beziehung kommt hinzu, dass der spezifische Erziehungsbeitrag des Vaters nicht durch die Betreuung des Kindes durch die Mutter entbehrlich wird (*BVerfG NVwZ 2000, 59*). Auch ist zu beachten, dass insbesondere bei kleinen Kindern schon kurzzeitige Trennungen unverhältnismäßige Folgen haben können (*BVerfG NVwZ 2006, 682 [683]*).

Kann die Lebensgemeinschaft zwischen einem Ausländer und einem von ihm als Vater anerkannten deutschen Kind nur in der Bundesrepublik Deutschland stattfinden, weil dem deutschen Kind wegen dessen Beziehung zu seiner Mutter das Verlassen der Bundesrepublik nicht zumutbar ist, so drängt die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, regelmäßig einwanderungspolitische Belange zurück (vgl. *BVerfG NJW 1988, 626; NVwZ 1989, 855 L; InFAusIR 1993, 10 f.; BVerfG, NJW 1994, 3155*).

Das macht deutlich, dass eine Bewertung der familiären Beziehungen alleine anhand der rechtlichen Stellung der Familienmitglieder zueinander (Sorge/Umgangsrecht) oder danach, ob ein gemeinsamer Wohnort besteht, sich ebenso verbieten wie eine schematische Differenzierung nach (schützenswerter) Lebens- oder Beistandsgemeinschaft einerseits und (weniger schutzwürdigen) Begegnungsgemeinschaft andererseits (*Schuler-Harms in: Barwig u. a. (Hrsg.), Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, S. 192 [200]*).

...

Das BVerfG hat in einer neueren Entscheidung, in der es um die generalpräventiv begründete Ausweisung eines seit über 25 Jahren in Deutschland lebenden Ausländers ging, darauf abgestellt, dass es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, die Dauer des Aufenthalts im Bundesgebiet, die Integration in die deutsche Gesellschaft, auch soweit sie keinen familiären Bezug hat, und das Fehlen tatsächlicher Bindungen an den Staat seiner Staatsangehörigkeit angemessen zu gewichten (*BVerfG NVwZ 2007, 1300 [1301]; dazu auch Hoppe ZAR 2008, 251 [256 f.]*). **Dass diese Betonung der Verwurzelungsaspekte im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfolgte, macht deutlich, dass sich das BVerfG anschickt, der Rechtsprechung des**

EGMR zum Recht auf Achtung des Privatlebens auch Art. 8 Abs. 1 EMRK auch in dogmatischer Hinsicht zu folgen.“

Folgen für das Ausweisungsrecht

Eine schematisierende Auslegung der einfachrechtlichen Ausweisungsvorschriften stehen die skizzierten Rechtsprechungslinien entgegen. **Es bedarf stets einer individuellen und nicht den Typisierungen der Ausweisungsgründe verhafteten Gefahrenprognose und einer konkreten Ermittlung der persönlichen Belange des von der Ausweisung betroffenen Ausländers und seiner Familie.**

Durch eine Kindeswohlzentrierte Auslegung von Art. 6 GG ist der Blick für die jeweils individuelle Situation der betroffenen Familien geschärft worden. Die Anerkennung der menschenrechtlichen Dimension eines langjährigen (rechtmäßigen) Aufenthalts stärkt zudem die Stellung von so genannten „faktischen Inländern“.

Die Entwicklung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zwingt daher nunmehr zu einem **teilweise weitgehenden Bruch mit den Strukturen des Ausweisungsrechts**, der besonders deutlich bei der nunmehr in vielen Fällen erforderlichen **Pflicht zur Ausübung eines Ermessens** wird, unabhängig davon, ob dies nach der Systematik vorgesehen ist oder nicht (*vgl. dazu ausführlich: Mayer, VerwArchiv 2010, S. 482 ff.*).

In verfahrensmäßiger und prozessualer Hinsicht haben sich die folgenden Veränderungen ergeben:

Der **maßgebliche Zeitpunkt der Beurteilung von Sach- und Rechtslage** ist nunmehr derjenige der letzten mündlichen Verhandlung (*BVerwG, NVwZ 2008, 434*).

Weiterhin hat die **Abkehr von einer schematisierenden Falllösung** zur **Betonung der Aufklärungspflichten in Bezug auf die nunmehr konkret zu ermittelnden und zu gewichtenden Umstände des Ausweisungsanlasses, des öffentlichen Interesses an der Aufenthaltsbeendigung und der entgegenstehenden persönlichen und familiären Belange des betroffenen Ausländers und seiner Familie** geführt (*ausführlich hierzu Panzer ZAR 2008, 369 [372 ff.]; BVerfG NVwZ 2007, 946 [947]*).

In **Eilverfahren** kommt die **Wiederentdeckung des vorläufigen Charakters der gerichtlichen Eilentscheidung** hinzu (*BVerfG NVwZ 2007, 948 [950]; Schoch, in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 24. ErgLieferung 2012, § 80 Rdnr.226*), mit der einer Praxis Einhalt geboten wurde, bei der durch eine regelmäßige Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der Ausweisungsverfügung und deren Durchführung vollendete Tatsachen geschaffen wurden, indem für den Aufenthaltsstatus wesentliche Beziehungen (Arbeitsplatz) unwiederbringlich zerstört wurden (*BVerfG NVwZ 2007, 946 [947]; Panzer, ZAR 2008, 369 [377]; Thym, ZAR 2007, 243 [245]*).

Für die vorliegende Fragestellung bleibt danach die mit einer Strafverschärfung sicherlich verbundene **Erhöhung des Gewichts des Ausweisungsanlasses**, der bei der regelmäßig notwendigen Abwägung aller den konkreten Fall prägenden Umstände zu berücksichtigen ist. In welche Richtung sich eine ausweisungsrechtliche Praxis bei Genitalverstümmelung entwickeln würde, lässt sich naturgemäß heute nicht sinnvoll prognostizieren.

Schwierigkeiten bei der Rechtsfolgenabschätzung bezüglich einer Verschärfung der Strafvorschriften bei weiblicher Genitalverstümmelung

dürfte allerdings ein ganz **grundsätzlicher Zielkonflikt** sein: Die Strafvorschrift betrifft den familiären Nahbereich, der über die ausländerrechtlichen Bestimmungen ebenfalls miteinander verbunden ist. Die Ausweisung von Eltern (Täter) kann dazu führen, dass ein Aufenthaltsrecht des Kindes (Opfer) prekär wird.

Mit anderen Worten: Wenn der Gesetzgeber der Auffassung ist, dass hier aus Gründen des Schutzes des Opfers der/die Täter mit hohen Haftstrafen belegt werden müssen, muss sich daraus konsequenterweise etwas für den Schutz des Opfers vor den Folgen einer solchen staatlichen Sanktion ergeben, wenn man nicht davon ausgehen will, dass das Opfer sodann mit den Tätern ausreisepflichtig wird.

II. Familienrechtliche Folgen

Im ebenfalls berührten familienrechtlichen Kontext führt die belastbare Gefahr einer Genitalverstümmelung bei getrennt lebenden Eltern regelmäßig jedenfalls zur Einschränkung des Umgangsrechts des Elternteils, der Umgang begehrt und von dem die Gefahr ausgeht (*begleiteter Umgang*; vgl. etwa: OLG Karlsruhe, B. v. 05.05.2008 - 16 UF 3/08 -, NJW-RR 2008, 1174 ff.).

Leben die Eltern nicht getrennt, werden Familiengerichte eher selten mit diesem Problem befasst, da es dann häufig an der Erkennbarkeit der Gefahr fehlt. Sofern allerdings das Jugendamt Kenntnis erlangt, etwa wenn Kinder sich dort offenbaren, muss dies zu einer Gefährdungsmeldung an das Familiengericht nach § 8a SGB VIII führen, mit der Folge, dass ein Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls eingeleitet wird; § 1666 BGB.

In einem solchen Verfahren kommt die teilweise oder vollständige Entziehung des Sorgerechts der Eltern /des Elternteils in Betracht, von dem die Gefahr ausgeht (vgl. *BGH; B. v. 15.12.2004 - XII ZB 166/03 -*, *NJW 2005, 672*; *OLG Karlsruhe, B. v. 25.05.2009 – 5 UF 224/08 -*, *NJW 2009, 3521*). Zugleich kann die Gefahr etwa durch eine Grenzsperrre eingeschränkt werden.

Stets gilt es in Kindschaftssachen und in Verfahren wegen des Verdachts der Gefährdung des Kindeswohls, die Gesamtsituation der Familie unter dem Blickwinkel des Kindeswohls zu berücksichtigen. Dabei ist allen Familienrichtern klar, dass man nur die Eltern zur Verfügung hat, die die Kinder eben haben. Ideallösungen lassen sich daher eher selten realisieren. Schematismen helfen bei der Suche nach erträglichen Lösungen für die Kinder kaum.

III. Fragen an den Gesetzgeber

Die rechtliche und familiäre Situation beschreibt *Wüstenberg (FPR 2012, 452)* plastisch wie folgt:

„Die strafrechtliche Würdigung des Geschehens ist eindeutig. Die Tat der weiblichen Genitalverstümmelung ist eine Körperverletzung, welche typischerweise eine gefährliche i. S. der §§ 223I, 224 StGB, keine schwere i. S. der §§ 223I, 226I Nr. 2 StGB ist. Denn das Tatopfer verliert mit der Klitoris nicht ein wichtiges Glied, sondern ein wichtiges Organ. Ein Glied i. S. des § 226 StGB setzt ein Gelenk voraus, die Klitoris aber hat bekanntlich keines. Zum anderen ist die Tat regelmäßig auch eine Straftat nach § 225 StGB und/oder § 171 StGB; die Eltern oder anderen Erziehungsberechtigten gehören grundsätzlich zum Täter- oder Teilnehmerkreis. Die Tat ist durch nichts zu rechtfertigen – weder durch eine Einwilligung des Tatopfers als einfachgesetzlicher Rechtfertigungsgrund (§ 228 StGB) noch durch die Religionsfreiheit des Tatopfers oder die Erziehungsfreiheit der Eltern als unmittelbare verfassungsrechtliche Rechtfertigungsgründe (Art. 4II GG bzw. Art. 6II 1 GG). Die elterliche Einwilligung ist unwirksam nach § 1631II 2 BGB.“

Damit kann die Betrachtung jedoch nicht enden: Wegen der familiären Verbundenheit muss sich der Gesetzgeber darüber im Klaren sein, dass nicht in allen Fällen der gewollte Opferschutz im Einzelfall erreicht werden kann, ohne dass dies in ausländer- und/oder familienrechtlicher Hinsicht zu Folgefragen führt.

- Wirkt die Strafverschärfung abschreckend?
- Wenn nicht, welche Folgen hat dies für die betroffenen Kinder?

- Soll die erfolgte Genitalverstümmelung stets/ regelmäßig/ manchmal zum Verlust des Aufenthaltsrechts der Eltern als Täter führen?
- Wenn ja, was soll mit den Kindern in diesen Fällen geschehen?

- Wird mit dem Gesetzesvorhaben der Gesichtspunkt des Kindeswohls ausreichend beachtet?

- Sind Alternativen denkbar, die die Prävention stärker im Blick haben?

Dr. Beichel-Benedetti

Heidelberg, den 22. April 2013