

Der Staatsanwalt im Kinderzimmer?

Zu den Einschränkungen des elterlichen Erziehungsrechts aus der Sicht eines Strafrechtlers

Uwe Scheffler

Nach mehrfachen Änderungen von § 1631 Abs. 2 BGB, der die Grenzen des Erziehungsrechts der Eltern umschreibt, hat die Strafrechtsdogmatik ihre Mühe: Offenbar soll nunmehr zwecks „Bewußtseinsänderung“ von Prügeleltern jegliche Gewalt aus der Kindererziehung verbannt werden, ohne aber die Kriminalisierung der Eltern auszuweiten. Wie dies gleichzeitig erreicht werden soll, läßt der Gesetzgeber im Nebulösen. Solche appellative Gesetzgebung läßt der Strafrechtsdogmatik nur die Wahl zwischen verschiedenen zweifelhaften dogmatischen Verrenkungen oder aber fragwürdigen Ergebnissen -- ein hoher Preis.

I. Ist das elterliche Züchtigungsrecht abgeschafft?

An den Kragen gehen sollte es bei diesen Änderungen dem elterlichen Züchtigungsrecht als einem gesetzlich nicht geregelten Rechtfertigungsgrund, der im allgemeinen aus dem Sorge- und Erziehungsrecht der Eltern gem. § 1631 BGB abgeleitet wird. Danach sollen die Eltern (bzw. sonst Erziehungsberechtigten) dem Kind gegenüber dann ausnahmsweise nicht rechtswidrig handeln, wenn für die Züchtigung des Kindes ein Anlaß (kindliches Fehlverhalten) besteht und die so motivierte Züchtigungshandlung „maßvoll“ bleibt, wobei den Eltern bei dieser Beurteilung ein gewisser Spielraum bleibt. Schon ob und inwieweit die Abschaffung dem Gesetzgeber durch seine Neufassungen gelungen ist, wird nicht ganz klar.

1. § 1631 Abs. 2 BGB`00

Seit dem 8. November 2000 ist durch das „Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung“ das letzte Mal in kurzer Zeit eine Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB in Kraft getreten. Die Norm lautet nunmehr:

„Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.“

Die Begründung dieses Gesetzentwurfes, initiiert von den Bundestagsfraktionen SPD und Bündnis 90 / Die Grünen in Umsetzung der entsprechenden Koalitionsvereinbarung¹, betont, daß mit dieser gewählten Formulierung unmißverständlich körperliche Züchtigungen selbst nur geringer Intensität verboten sein sollen:

„Die gewählte Formulierung der ‚körperlichen Bestrafung‘ stellt klar, daß jegliche Art der körperlichen Bestrafung unzulässig ist.“²

Dieser Satz spielt hier auf die Begründung der vorherigen Fassung der Norm an, die noch betonte, daß man „nicht jeden Klaps verbieten“ wollte³. Damit sei darüber hinaus auch kein Raum mehr für ein strafrechtlich rechtfertigendes Züchtigungsrecht, was freilich schon für die bisherige Fassung von § 1631 Abs. 2 BGB gegolten habe:

„Der früher gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgrund des elterlichen Züchtigungsrechts ist durch die in der vergangenen Legislaturperiode vorgenommene Änderung des § 1631 Abs. 2 BGB entfallen, so daß die Strafbarkeit elterlicher Gewaltausübung durch die vorgeschlagene Änderung nicht ausgeweitet wird, sondern unverändert besteht.“⁴

Und ferner:

„Die vorangegangene Bundesregierung hat diese Auffassung in ihrer Stellungnahme zum Zehnten Kinder- und Jugendbericht ausdrücklich bestätigt.“⁵

2. § 1631 Abs. 2 BGB`98

Schaut man nun aber auf die vorherige Fassung des § 1631 Abs. 2 BGB durch das „Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts“ vom 1. August 1998 -- die „Halbwertzeit“ von Gesetzen ist inzwischen gelegentlich so kurz, daß kaum noch Zeit bleibt, sie in die gängigen Gesetzessammlungen aufzunehmen⁶ -, scheint sich auf den ersten Blick die Aussage des aktuellen Gesetzgebers zu bestätigen. Denn dort war für gut zwei Jahre apodiktisch ausgeführt:

„Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen, insbesondere körperliche und seelische Mißhandlungen, sind unzulässig.“

Der Terminus „körperliche Mißhandlungen“ findet sich bekanntlich auch in §223 StGB. Der Schulterschuß zwischen Familien- und Strafrecht, der keinen

¹ Abgedruckt in Zeitschrift für Rechtspolitik 1998, 485 (496).

² Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 8.

³ Rechtsausschuß in Bundestags-Drucksache 13 / 8511, S. 65.

⁴ Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 3.

⁵ Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 6.

⁶ Vgl. Nelles in Dencker / Struensee / Nelles / Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, S. 72.

Raum für einen Rechtfertigungsgrund mehr beläßt, scheint also in der Tat schon bestanden zu haben. Doch auf den zweiten Blick verliert sich diese Eindeutigkeit. Der Rechtsausschuß des Bundestages, der diese Formulierung damals bildete, führte nämlich aus:

„Dieser Mißhandlungsbegriff ist flexibel und ermöglicht es, bei der Überprüfung der Unangemessenheit von elterlichen Maßnahmen auch Anlaß und Motive der körperlichen Einwirkung zu berücksichtigen ...“⁷

Anders, als es der Gesetzgeber der jetzigen Legislaturperiode meint, hatte also sein Vorgänger doch nicht einfach und eindeutig jegliche Art der körperlichen Mißhandlung i.S.v. § 223 StGB als unzulässig angesehen. Und auch die damalige Bundesregierung hatte diese Auffassung in ihrer Stellungnahme zum Kinder- und Jugendbericht nicht so ohne weiteres „ausdrücklich bestätigt“. An der in Bezug genommenen Stelle liest man vielmehr:

„Anders als bei einem absoluten Gewaltverbot bietet der Begriff der körperlichen Mißhandlung aber Auslegungsspielräume, die auch Raum für die Berücksichtigung von Anlaß und Motiven der Erziehungsmaßnahme geben.“⁸

Diese vagen Ausführungen lassen sich wohl nicht anders verstehen, als daß eine körperliche Mißhandlung i.S.v. § 1631 Abs. 2 BGB nur dann eine solche i.S.v. § 223 StGB sein sollte, wenn nicht „Anlaß und Motive“ dem entgegenstünden. Anders formuliert: Wenn ein Züchtigungsgrund (Anlaß) und entsprechender Erziehungswille (Motiv) vorliegen, war auch bei körperlichen Mißhandlungen offenbar nicht unbedingt ein Verstoß gegen § 1631 Abs. 2 BGB gegeben. Nichts anderes besagt im Grundsatz das „klassische“ Züchtigungsrecht! Dementsprechend meint auch von Seiten des Strafrechts Gössel, der Gesetzgeber habe sich erst mit der nun aktuellen Fassung von § 1631 Abs. 2 BGB zur Abschaffung des Züchtigungsrechts „aufgerafft“⁹, während Eser nur etwas zurückhaltender meint, bis dato habe für ein Züchtigungsrecht zwar „kaum“ - - aber eben doch „noch Raum“ bestanden¹⁰, nämlich, wie Kindhäuser konkretisiert, für „leichtere körperliche Beeinträchtigungen“¹¹.

Im übrigen ist die Formulierung in der Gesetzesbegründung, das rechtfertigende Züchtigungsrecht sei 1998 „entfallen“, ohnehin ungenau. Geltung kann diese Behauptung sowieso nur für den Bereich der Körperverletzung haben. Dementsprechend formulierte der Rechtsausschuß damals, es solle nicht „eine strafbare Freiheitsberaubung in Betracht gezogen werden, wenn Eltern ihr Kind daran hindern, die Wohnung zu verlassen, damit es zunächst seine Hausaufgaben erledigt“.¹²

⁷ Rechtsausschuß in Bundestags-Drucksache 13 / 8511, S. 65.

⁸ Bundesregierung in Bundestags-Drucksache 13 / 11368, S. XXI.

⁹ Gössel, Strafrecht -- Fälle und Lösungen, 8. Aufl. 2001, S. 121.

¹⁰ Eser in Schönke / Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 223 Rn. 20 (vgl. Rn. 21 f.!).

¹¹ Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2000, Frage 28.11.

¹² Rechtsausschuß in Bundestags-Drucksache 13 / 8511, S. 65.

Auch der Gesetzgeber dieser Legislaturperiode hat betont, das „Festhalten ... des Kindes vor der roten Ampel“ werde „von dem Verbot nicht erfaßt“.¹³

Neben Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) und Nötigung (§ 240 StGB) kann auch an Beleidigung (§ 185 StGB) des Kindes¹⁴ oder Verletzung des Briefgeheimnisses¹⁵ (§ 202 StGB) als tatbestandlich verwirklichte, aber gerechtfertigte Delikte im Rahmen der Kindeserziehung gedacht werden. Klarstellend sollte freilich insoweit nicht vom Züchtigungs-, sondern vom „Erziehungsrecht“ gesprochen werden¹⁶, das jedenfalls außerhalb der körperlichen Bestrafung nach wie vor als Rechtfertigungsgrund etwa für §§ 239, 240, 185, 202 StGB existiert.

3. § 1631 Abs. 2 BGB`79

Schaut man noch genauer hin, vergrößern sich die Zweifel daran, der Gesetzgeber habe das elterliche Züchtigungsrecht selbst nur im Bereich der Körperverletzung schon 1998 abgeschafft. Werfen wir einen Blick zurück auf die vorvorige Fassung des § 1631 Abs. 2 BGB durch das „Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge“ von 1979, der seitdem als Grundlage des elterlichen Züchtigungsrechts in Betracht kam. Die Norm lautete schlicht:

„Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen sind unzulässig.“

Unter dieser Norm war ein Züchtigungsrecht nach (fast) „allgemeiner Meinung“¹⁷ anerkannt; besonders deutlich, vielleicht auch sehr weitgehend, formulierte dies Diedrichsen im „Palandt“:

„Die körperliche Züchtigung ist nicht schon als solche entwürdigend: der Klaps auf die Hand und selbst eine wohlerrwogene ... (verdiente) Tracht Prügel bleiben nach der Gesetz gewordenen Fassung der Bestimmung zulässige Erziehungsmaßnahmen.“¹⁸

¹³ Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 8; siehe aber Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 521.

¹⁴ Beulke, Festschrift für Hanack, 1999, S. 541; 543; Bohnert, Jura 1999, 535; Günther, Festschrift für H. Lange, 1992, S. 900; Reichert-Hammer, Juristenzeitung 1988, 620 f.

¹⁵ Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil-1, 4. Aufl. 2000, § 9 Rn. 136; Günther, Festschrift für H. Lange, S. 900; Eisenberg, Minderjährige in der Gesellschaft, 1980, S. 24 Fn. 115.

¹⁶ Maurach / Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil-1, 8. Aufl. 1992, § 28 Rn. 27; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2001, § 6 Rn. 112 ff.; Beulke, Festschrift für Hanack, S. 548; ausführlich Priester, Das Ende des Züchtigungsrechts, S. 130 ff.

¹⁷ Holzhauser, Juristenzeitung 2000, 1078; a...A. etwa Peschel-Gutzeit, Familie, Partnerschaft, Recht 2000, 231.

¹⁸ Diedrichsen in Palandt, BGB, 57. Aufl. 1998, § 1631 Rn. 9; (auch Neue Juristische Wochenschrift 1980, 3); ähnlich etwa Michalski in Erman, BGB, 9. Aufl. 1993, § 1631 Rn. 8 (anders aber in der 10. Aufl. 2000 a. a. O.); Kunz, Zentralblatt für Jugendrecht 77 (1990), 53; wohl auch Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 196.

Es war diese „wohlerwogene Tracht Prügel“¹⁹, vor allem aber die „Gartenschlauch-Entscheidung“²⁰, in der der BGH 1986 die Verwendung eines solchen Schlaginstruments guthieß²¹, die es sowohl die damalige Bundesregierung als auch die SPD-Bundestagsfraktion schon in der 12. Legislaturperiode unternehmen ließen, nach Formulierungen zu suchen, die sich nicht nur pauschal auf das Verbot „entwürdigender Erziehungsmaßnahmen“ beschränken. Inwieweit das mit der schließlich in der 13. Legislaturperiode 1998 Gesetz gewordenen Fassung glückte, mag zweifelhaft sein; immerhin wurden die körperlichen Mißhandlungen nur als Unterbegriff der ohnehin unzulässigen „entwürdigenden Erziehungsmaßnahmen“ genannt. „Der Nutzen dieser unklaren Regelung bleibt undurchsichtig“, formulierte dementsprechend Roxin in seinem Strafrechtslehrbuch.²² Der Standpunkt ist nämlich durchaus vertretbar, zu sagen, durch die Fassung von 1998 habe sich durch die nur beispielhafte Nennung der körperlichen Mißhandlungen überhaupt nichts gegenüber der Rechtslage von 1979 geändert, es habe sich um eine „bloße Klarstellung“ gehandelt, wie Bussmann aus rechtssoziologischer Sicht formuliert.²³

Dieser Auffassung war offenbar auch die Bundestagsfraktion Bündnis 90 / Die Grünen:

„Eine Neuregelung, die lediglich das Merkmal der (unzulässigen) entwürdigenden Maßnahmen konkretisiert, indem sie als einzige Neuerung bestimmte entwürdigende Maßnahmen benennt, läßt die Rechtfertigung von Körperverletzungen und anderen verletzenden Maßnahmen unberührt.“²⁴

Auch Michalski hebt im „Erman“ im Hinblick auf die `98er Fassung hervor, „daß der Gesetzgeber keineswegs den Versuch unternommen hat, jegliche körperliche Züchtigung des Kindes durch die Eltern zu verbieten oder als Körperverletzung zu bezeichnen.“²⁵

Schließlich meint aus Sicht des Strafrechts Otto, der Umstand, daß der Gesetzgeber bei der Fassung des § 1631 Abs. 2 BGB von 1998 davon ausging, nicht die Strafbarkeit der Eltern zu erweitern, eröffne die Interpretation,

„daß Eingriffe in die körperliche Integrität im Rahmen des Züchtigungsrechts nicht als ‚entwürdigende Erziehungsmaßnahmen‘ und damit als körperliche Mißhandlungen im Sinne des § 1631 Abs. 2 BGB anzusehen sind.“²⁶

¹⁹ Vgl. Stellungnahme Bundesrat, Anlage 2 zu Bundestags-Drucksache 12 / 6343; Finger, Juristische Arbeitsblätter 1981, 642 f.

²⁰ Vgl. Begründung Bundestags-Drucksache 12 / 6343, S. 4 f.; Begründung Bundestags-Drucksache 12 / 6783, S. 4.

²¹ BGH, Strafverteidiger 1988, 62.

²² Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil-1, 3. Aufl. 1997, § 17 Rn. 36.

²³ Bussmann, Verbot familiärer Gewalt gegen Kinder, 2000, S. 4.

²⁴ Begründung Bundestags-Drucksache 13 / 3341.

²⁵ Michalski in Erman, 10. Aufl., § 1631 Rn. 9.

²⁶ Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2000, § 8 Rn. 150.

Nun wird letztere Auffassung allerdings im Bericht des Rechtsausschusses nicht deutlich. Zwar war in der Begründung des mit der späteren Gesetzesfassung fast gleichlautenden Regierungsentwurfs der 12. Legislaturperiode („Körperliche und seelische Mißhandlungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig“) ausdrücklich formuliert worden, es sei nicht beabsichtigt, „die bereits gegenwärtig bestehenden Strafdrohungen auszuweiten“²⁷; man wollte „eine Ausdehnung der Strafverfolgung vermeiden“²⁸. Der Rechtsausschuß in der 13. Legislaturperiode äußerte dagegen nur etwas vage die Auffassung, die neugeschaffene Formulierung würde die alte Gesetzesfassung „präzisieren“²⁹. Diedrichsen meinte dementsprechend etwas zurückhaltender:

„Körperliche Erziehungsmaßnahmen sind nicht schon als solche entwürdigend und bleiben ... nach wie vor, wenn auch nach der Intention des Gesetzgebers eingeschränkt, pädagogisch mögliche Erziehungsreaktionen.“³⁰

Dennoch hat es nach alledem den Anschein, als habe der Gesetzgeber mit der nunmehr aktuellen Fassung von § 1631 Abs. 2 BGB zwei zu hinterfragende Vorstellungen gehabt: Zum einen die, daß seine Formulierung nunmehr jegliche körperliche Bestrafung vom kleinsten „Klaps“ aufwärts verbietet, zum andern aber jene, daß an der bestehenden strafrechtlichen Rechtslage nichts geändert würde, weil das elterliche Züchtigungsrecht schon gar nicht mehr existiert hätte, oder, anders formuliert, jede körperliche Mißhandlung i.S.v. § 1631 Abs. 2 BGB i.d.F. von 1998 auch eine solche nach § 223 StGB gewesen sei.

Wie dem auch sei: Jedenfalls durch die aktuelle Neufassung ist von der Vorstellung des Gesetzgebers auszugehen, daß nunmehr das elterliche Züchtigungsrecht im Bereich der körperlichen Mißhandlung nicht mehr existiert.

II. Ist nunmehr jede Züchtigung strafbare Körperverletzung?

Diese Vorstellung des Gesetzgebers wirft aus strafrechtlicher Sicht nur Probleme auf. Denn daraus folgt eigentlich, daß jegliche über den berühmten, nach allgemeiner Ansicht noch nicht strafatbestandlichen „Klaps“³¹ -- „was auch immer man darunter verstehen mag!“³² -- hinausgehende elterliche Züchtigung eine Körperverletzung

²⁷ Begründung Bundestags-Drucksache 12 / 6343, S. 12; ähnlich S. 9.

²⁸ Begründung Bundestags-Drucksache 12 / 6343, S. 5.

²⁹ Rechtsausschuß in Bundestags-Drucksache 13 / 8511, S. 65; so aber auch schon Begründung Bundestags-Drucksache 12 / 6343, S. 9.

³⁰ Diedrichsen in Palandt, 58. Aufl. 1999, 59. Aufl. 2000, § 1631 Rn. 9.

³¹ Vgl. Tröndle / Fischer, StGB, 50. Aufl. 2001, § 223 Rn. 10; Arzt / Weber, Strafrecht Besonderer Teil, 2000, § 6 Rn. 10; Bussmann, Verbot familiärer Gewalt, S. 23; U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung in der Familie, 1987, S. 226 Fn. 88; Hillenkamp, Juristische Schulung 2001, 164; Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 522 f.; Thomas, Zeitschrift für Rechtspolitik 1977, 184.

³² Reichert-Hammer, Juristenzeitung 1978, 618 Fn. 11.

gemäß § 223 StGB ist und mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht wäre. Werden dann aber vom Gesetzgeber selbst Untersuchungen zitiert, wonach über 4 / 5 aller Kinder zumindest Ohrfeigen -- regelmäßig schon Körperverletzungen i.S.v. § 223 StGB³³ -- erhalten würden³⁴, taucht natürlich die Frage auf, ob nunmehr ein Großteil der Eltern vor den Strafrichter gezerrt werden könnte. Denn immerhin ist selbst die Vorstellung einer „Anzeigenflut“ etwa durch engagierte „Kinderschützer“ oder die „netten“ Nachbarn nicht völlig abwegig³⁵. Der Gesetzgeber will dies offenbar nicht:

„Ziel des Gesetzentwurfs ist die Ächtung der Gewalt in der Erziehung ohne Kriminalisierung.“³⁶

Somit entsteht der Eindruck, „das Gesetz wünsche sich etwas, ohne die Folgen ebenfalls auszuhalten“³⁷.

Wie dem auch sei: Uneingeschränkte Zustimmung zum Gesetzgeber insoweit aus Sicht des Strafrechts. Roxin formuliert dies in aller Deutlichkeit:

„[Es ist] pädagogisch wünschenswert, daß auf die körperliche Züchtigung als Mittel familiärer Erziehung verzichtet wird. Doch wäre es lebensfremd anzunehmen, daß unter den gegebenen sozialen und psychologischen Bedingungen alle Eltern ganz ohne handgreifliche Belehrungen auskommen könnten. Wenn man hier wegen jeder durch schwere Unarten ausgelösten Ohrfeige das Strafrecht mobilisieren wollte, würde man mehr Familien zerstören als befrieden.“³⁸

1. „Helfende Reaktion“ des Strafrechts? Die sanktionenrechtliche Lösung

Insbesondere sind für einen Strafrechtsdogmatiker aber auch, kurz eingeschoben, Vorstellungen höchst problematisch wie die, die Ursula Schneider vor rund 15 Jahren in ihrer Dissertation entwickelte³⁹ und die selbst die Gewaltkommission der Bundesregierung beeinflussten⁴⁰. Es war der Gedanke, im Bereich der elterlichen

³³ BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1990, 3156 (3157); OLG Köln, Strafverteidiger 1985, 17; Mitsch, Juristische Schulung 1992, 289; Bussmann, Verbot familiärer Gewalt, S. 23: „... klassischer Fall einer strafbaren Körperverletzung“; anders wohl Lilie in Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl. 2001, § 223 Rn. 10.

³⁴ Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 4; näher Bussmann, Verbot familiärer Gewalt, S. 41 ff.

³⁵ Vgl. Baumann, Zeitschrift für Rechtspolitik 1990, 106.

³⁶ Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 5.

³⁷ Bohnert, Jura 1999, 534.

³⁸ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil-1, § 17 Rn. 34.

³⁹ U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung; siehe auch Priester, Das Ende des Züchtigungsrechts, S. 294 ff.

⁴⁰ Siehe Schwind / Baumann / Schneider / Winter in Schwind / Baumann u. a. (Hrsg.), Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt, Bd. 1, 1989, S. 168 ff.

Züchtigungen nicht das Strafrecht an sich zurückzuschrauben, sondern stattdessen „bei strafrechtlichen Reaktionen auf Verbotsverstöße größtmögliche Sorgfalt und Schonung“ walten zu lassen⁴¹. Schneider erhob die Forderung nach einer „helfenden Reaktion des Strafrechts“ bei familiärer Gewaltanwendung⁴²:

„Dem Strafrecht und dem Strafverfahren wird damit eine aktive sozialpolitische Aufgabe bei der Vorbeugung gegenüber familiärer Gewaltanwendung zugewiesen.“⁴³

Schneider stellte sich hierzu vor allem die Durchführung erst noch zu konzipierender diversionsartiger Verfahren vor:

„Die Betroffenen sollen in einem außergerichtlichen Schlichtungsverfahren die Gelegenheit erhalten, sich in einer Atmosphäre des Vertrauens auszusprechen, ihre Konflikte und Probleme darzulegen und nach Lösungen zu suchen.“⁴⁴ -- „Über die Schutzbedürfnisse des mißhandelten Kindes wacht im Diversionsverfahren der Kinderschutzanwalt.“⁴⁵

Dem hat schon bald Reichert-Hammer treffend entgegengehalten:

„Die Interessen der Beteiligten im Strafverfahren und in der Erziehungsberatung stehen einander diametral gegenüber. Im Strafprozeß verteidigen sich die angeklagten Eltern gegen den Vorwurf, leugnen ihn, versuchen den Nachweis zu erschweren, machen von ihrem Schweigerecht Gebrauch. Erfolgreiche Erziehungsberatung setzt dagegen auf Offenheit und Vertrauen, nicht auf Repression. Das Strafprozeßrecht kann nicht zugunsten therapeutischer Ansätze auf rechtsstaatliche Garantien verzichten.“⁴⁶

Fazit, gesprochen mit dem Tübinger Strafrechtslehrer Günther:

„U. Schneider weist dem Strafverfahren Aufgaben zu, die ihm nicht zukommen, sondern die das Sozial-, Familien- und Jugendwohlfahrtsrecht zu leisten haben.“⁴⁷

2. Kein öffentliches Interesse? Die strafprozessuale Lösung

Nun wird aus der Gesetzesbegründung allerdings nirgends klar, wie der Gesetzgeber die weitergehende Kriminalisierung der Eltern verhindern will. Ein früherer Entwurf der SPD-Bundestagsfraktion aus der 12. Legislaturperiode, der mit der heutigen Gesetzesfassung fast übereinstimmte⁴⁸ („Kinder sind gewaltlos zu erziehen. Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen, insbesondere körperliche und seelisch verletzende Strafen, sind unzulässig“), machte noch recht naiv glauben, es genüge,

⁴¹ U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 235.

⁴² U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 304.

⁴³ U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 8.

⁴⁴ U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 247.

⁴⁵ U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 283.

⁴⁶ Reichert-Hammer, Juristenzeitung 1988, 621.

⁴⁷ Günther, Festschrift für H. Lange, S. 887.

⁴⁸ So auch Schwab, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1999, 1323: „nicht haltbar“.

wenn „eine Verschärfung strafrechtlicher Vorschriften ... vermieden“ würde⁴⁹. Es wurde übersehen, daß diese „Verschärfung“ automatisch geschehen würde.

Nunmehr formuliert der Gesetzgeber nebulös, man solle bei der Einleitung von Ermittlungs- und Strafverfahren die Kinder- und Jugendhilfe „im Blick behalten“⁵⁰. Er spielt hier offenbar auf die Überlegungen in der Begründung zu dem nicht Gesetz gewordenen Regierungsentwurf aus der 12. Wahlperiode an, wo unverhohlen darauf hingewiesen wurde,

„daß eine Verfolgung durch Erhebung der öffentlichen Klage durch die Staatsanwaltschaft davon abhängig ist, daß die Staatsanwaltschaft ein öffentliches Interesse oder, wenn kein Strafantrag gestellt wird, ein besonderes öffentliches Interesse bejaht.“⁵¹

Und weiter zu Nr. 235 Abs. 2 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV)⁵², der die Voraussetzungen für die Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung für die Staatsanwaltschaft festschreibt:

„Der Begriff der ‚Kindesmißhandlung‘ soll dabei den Anwendungsbereich von Nummer 235 RiStBV auf schwere Fälle begrenzen, so daß nicht bereits jede Körperverletzung von Kindern die Bejahung eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft zur Folge hätte.“⁵³

Das Konzept, das sich demnach jetzt der Gesetzgeber offenbar vorstellt, sieht also ungefähr wie folgt aus:

- bloße körperliche Bestrafung („Klaps“)
-> familienrechtlich verboten, aber nicht strafbar
- „einfache“ körperliche Mißhandlung („Ohrfeige“)
-> strafbar gemäß § 223 StGB, aber als unechtes Antragsdelikt mangels Strafantrages und mangels öffentlichen Interesses regelmäßig nicht verfolgbar
- „Kindesmißhandlung“ i.S.v. Nr. 235 RiStGB („Tracht Prügel“)
-> strafbar gemäß § 223 StGB und als unechtes Antragsdelikt auch ohne Strafantrag infolge öffentlichen Interesses regelmäßig verfolgbar
- Mißhandlung mittels gefährlichen Werkzeuges i.S.v. § 224 StGB („Gartenschlauch“)
-> als Officialdelikt strafbar (bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe)
- „rohe Mißhandlung“ i.S.v. § 225 StGB („Bullen-Peitsche“)
-> als Officialdelikt strafbar (bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe)

Diese prozessuale Lösung ist im Bereich der „einfachen“ körperlichen Mißhandlung nicht nur dogmatisch zweifelhaft, sondern entbehrt auch nicht „eines gewissen

⁴⁹ Bundestags-Drucksache 12 / 6783, S. 2.

⁵⁰ Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 6.

⁵¹ Begründung Bundestags-Drucksache 12 / 6343, S. 12.

⁵² Nr. 235 Abs. 2 S. 1 RiStBV: „Bei einer Kindesmißhandlung ist das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung ... grundsätzlich angezeigt.“

⁵³ Begründung Bundestags-Drucksache 12 / 6343, S. 12.

Zynismus⁵⁴: Wir verbieten alle körperlichen Bestrafungen und erklären jegliche körperliche Mißhandlung durch die Eltern selbst zu erzieherischen Zwecken zu Straftaten, verweisen jedoch dann darauf, daß die Kinder, eigentlich vertreten durch ihre Eltern (§ 77 Abs. 3 StGB), Strafantrag stellen müßten, um die Verfolgung zu erzwingen, und bejahen erst bei erheblicheren Körperverletzungen -- „Kindesmißhandlungen“ i.S.v. Nr. 235 RiStBV -- das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung. Dogmatisch zweifelhaft ist die Vorgehensweise insofern, als daß es erst zu einem dringenden gesetzgeberischen Bedürfnis erklärt wird, zwecks „Bewußtseinsänderung“⁵⁵ jegliche körperliche Bestrafung für unzulässig zu erklären, um dann aber selbst bei körperlichen Mißhandlungen u.U. ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung zu verneinen. Hierdurch kann sich zudem leicht der Gedanke noch breiter machen, es handele sich bei elterlichen Züchtigungen im Regelfall um bloßes Bagatellunrecht⁵⁶.

Dazu kommt folgendes: Bei jeder Strafanzeige, die den Anfangsverdacht einer auch nur „einfachen“ körperlichen Mißhandlung hervorruft, hätte die Staatsanwaltschaft zunächst ein Ermittlungsverfahren einzuleiten, ein „schon für sich ... erheblich belastender Eingriff“⁵⁷. In einigen, zugegebenermaßen wenigen Fällen löst schon die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens Mitteilungspflichten nach der Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (MiStra) aus. Selbst wenn das gesamte Ermittlungsverfahren nur daraus besteht, das besondere öffentliche Interesse zu verneinen und sodann das Verfahren wegen dieses Prozeßhindernisses gleich wieder einzustellen, kann für regelmäßig drei Jahre zum Zwecke künftiger Strafverfahren gemäß § 484 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 489 Abs. 4 Nr. 3 StPO gespeichert werden, daß der Betroffene schon einmal wegen einer Körperverletzung beschuldigt worden ist, weil das Verfahren „nur“ wegen eines Verfahrenshindernisses eingestellt wurde. Zudem wäre, wie der Passauer Strafrechtslehrer Beulke es formuliert, „das Schicksal der Eltern ... dem Beurteilungsspielraum des Staatsanwalts anheim gegeben“⁵⁸, der ja auch die „beliebte Verfahrensabschlußstrategie“⁵⁹ der Einstellung gemäß § 153 ff. StPO wählen kann, in dem er das dort genannte „öffentliche Interesse“ verneint. Beulke sieht es zu Recht als „keine verlockende Zukunftsperspektive“ an, daß dann die Staatsanwaltschaft „in den Erziehungsvorgang durch intensive Kontrolle und u.U. lenkende Maßnahmen (§ 153a StPO) hineinregieren dürfe“⁶⁰.

⁵⁴ Bussmann, Verbot familiärer Gewalt, S. 427.

⁵⁵ Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 7; 8; Peschel-Gutzeit, Familie, Partnerschaft, Recht 2000, 232.

⁵⁶ Vgl. Otto / Krey / Kühl in Schwind / Baumann u. a. (Hrsg.), Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt, Bd. 2, 1990, S. 939; Priester, Das Ende des Züchtigungsrechts, S. 98; Vormbaum, Recht der Jugend und des Bildungswesens 1977, 377.

⁵⁷ Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 521.

⁵⁸ Beulke, Festschrift für Hanack, S. 545.

⁵⁹ Beulke, Festschrift für Hanack, S. 545; vgl. dazu Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 521.

⁶⁰ Beulke, Festschrift für Hanack, S. 545; siehe auch Lilie in Leipziger Kommentar, § 223 Rn. 10: „... wenig systematisch ... Rechtssicherheit gefährdet ...“

Ferner wäre bei dieser prozessualen Lösung zu beachten: Jeder „kleine Klaps“, erst recht jede „Ohrfeige“ wäre ein „rechtswidriger Angriff“ i. S. d. Notwehrrechts und würde nicht nur dem Kind das Recht eröffnen, sich zu wehren, sondern auch jedem Dritten erlauben, gegebenenfalls sogar körperlich gegen den schlagenden Elternteil vorzugehen. Der andere Elternteil, vielleicht auch die Großeltern und älteren Geschwister, könnten aufgrund ihrer Garantenstellung gegenüber dem Kind dazu sogar bei Strafdrohung verpflichtet sein!⁶¹ Diese Konsequenzen mögen weitgehend nur theoretische Relevanz haben, zeigen damit aber dennoch die Fragwürdigkeit der prozessualen Lösung auf. Auch Beulke betont, die „Vision“ vom „Notwehrrecht im Kinderzimmer“ würde ihn „erschrecken“⁶². U. Schneider schlägt deshalb vor, daß

„mit einem Züchtigungsverbot Regelungen verbunden werden, die das Recht der Notwehr und Nothilfe gegenüber der körperlichen Bestrafung von Kindern beschränken ... Der Grundsatz, daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht, kann hier nicht gelten.“⁶³

Ein weitreichender Eingriff in das strafrechtliche Gefüge!

Halten wir aber zunächst einmal das als unproblematisch Erkannte fest: Kindliche Bestrafungen mittels Schlaggegenständen sind entweder sogar „rohe Mißhandlungen“ i.S.v. § 225 StGB („Bullen-Peitsche“⁶⁴) oder wenigstens Körperverletzungen mittels eines „gefährlichen Werkzeugs“ i.S.v. § 224 StGB („Gummiknüppel“⁶⁵), damit als Offizialdelikte dem Verfolgungszwang der Staatsanwaltschaft unterliegend und auch nach alter Rechtslage in keinem Fall vom elterlichen Züchtigungsrecht gedeckt.⁶⁶ Letzterem mag zwar auf den ersten Blick das vereinzelt gebliebene⁶⁷ „Gartenschlauch-Urteil“ des BGH entgegenstehen.⁶⁸ Diese in der Literatur zu Recht heftig kritisierte Entscheidung⁶⁹ hat jedoch, was manchmal übersehen wird, lediglich die Klassifizierung des Wasserschlauchs als gefährliches Werkzeug im Sinne von § 224 (damals noch § 223a) StGB verneint, was allerdings höchst fragwürdig ist.⁷⁰

⁶¹ U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 232.

⁶² Beulke, Festschrift für Hanack, S. 550.

⁶³ U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 233.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 16. 5. 1994 -- 3 StR 39 / 94 -- (zu § 223b StGB a.F.): „...daß der Junge 47 Striemen auf dem Rücken hatte, wovon 8 bis 10 als Narben zurückgeblieben sind ...“

⁶⁵ BGHSt 3, 105 (109).

⁶⁶ Bussmann, Verbot familiärer Gewalt, S. 22 f.; Priester, Das Ende des Züchtigungsrechts, S. 109; U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 50; Günther, Festschrift für H. Lange, S. 883 Fn. 19; Reichert-Hammer, Juristenzeitung 1988, 621 (s. aber auch S. 620); Rolinski, Strafverteidiger 1988, 63.

⁶⁷ Siehe aber noch BGHSt 3, 105 (109).

⁶⁸ BGH, Strafverteidiger 1988, 62.

⁶⁹ Reichert-Hammer, Juristenzeitung 1988, 617; Rolinski, Strafverteidiger 1988, 63.

⁷⁰ Vgl. Reichert-Hammer, Juristenzeitung 1988, 621; Rolinski, Strafverteidiger 1988, 63; Priester, Das Ende des Züchtigungsrechts, S. 109; Günther, Festschrift für H. Lange, S. 883 Fn. 19.

Unproblematisch dürfte ferner sein, daß bei schwereren körperlichen Mißhandlungen („Tracht Prügel“) -- Nr. 235 RiStBV spricht hier vage von „Kindesmißhandlungen“ -- auch dann, wenn sie sich noch im Rahmen von § 223 StGB halten, das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gemäß § 230 Abs. 1 StGB zu bejahen ist. Keine Sorgen bereitet dem Strafrechtler auch, daß die einfache körperliche Bestrafung („Klaps“) allenfalls zivilrechtlich sanktioniert werden kann. (Allerdings geht an die Familienrechtler die Frage, ob die Konsequenz richtig ist, daß dem Kind für jeden „Klaps“ theoretisch Schmerzensgeldansprüche gemäß § 847 BGB wegen der Verletzung von § 823 Abs. 1 -- Persönlichkeitsrecht -- und § 823 Abs. 2 i.V.m. § 1631 Abs. 2 BGB zustehen könnten.) Fragwürdig für den Strafrechtler bleibt aber die Behandlung der „einfachen“ körperlichen Mißhandlung („Ohrfeige“), also der zwischen dem bloßen „Klaps“ und der Kindesmißhandlung i.S.v. Nr. 235 RiStBV („Tracht Prügel“). Hier kann die vom Gesetzgeber offenbar ins Auge gefaßte prozessuale Lösung nicht befriedigen. Sie müßte als „Kapitulation der Strafrechtsdogmatik“ verstanden werden.⁷¹

3. Nicht jegliche körperliche Bestrafung? Die familienrechtliche Lösung

Der Strafrechtler würde das Dilemma, in das ihn die Neufassungen von § 1631 Abs. 2 BGB gebracht haben, am liebsten an das Familienrecht zurückgeben und diese Norm so auslegen, daß ihm das Ergebnis „paßt“, mit anderen Worten so, daß bis in das Strafrecht möglichst wenig durchschlägt⁷². Und in der Tat ist die Norm so ungeschickt formuliert, daß hier im Rahmen einer diesbezüglichen systematischen Auslegung einige Argumentationsstränge möglich erscheinen. Sie seien in aller Kürze skizziert.

a) Entwürdigende Maßnahmen

Eine solche Lösung bestünde etwa darin, auf den nach wie vor in § 1631 Abs. 2 BGB bestehenden Oberbegriff der „entwürdigenden Maßnahmen“ zurückzugreifen und zu betonen, daß die körperliche Bestrafung schon familienrechtlich nur dann unzulässig ist, wenn sie sich gleichzeitig als Entwürdigung darstellt. So sieht dies Diedrichsen heute:

„Doch sind ... sicher nicht alle körperlichen Erziehungsmaßnahmen geächtet, wohl aber alle, die zugleich für das Kind entwürdigend sind, die also das Kind dem Gespött oder der Verachtung anderer Personen aussetzen oder auf andere Art seine Selbstachtung und sein Ehrgefühl in unverhältnismäßiger Weise verletzen.“⁷³

⁷¹ Günther, Festschrift für H. Lange, S. 899.

⁷² Vgl. Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 524.

⁷³ Diedrichsen in Palandt, 60. Aufl., § 1631 Rn. 11; ähnlich Kühl in Lackner, StGB, 24. Aufl. 2001, § 223 Rn. 11; Kunz, Zentralblatt für Jugendrecht 77 (1990), 53; dagegen ausdrücklich Peschel-Gutzeit, Familie, Partnerschaft, Recht 2000, 231; Kellner, Neue Juristische Wochenschrift 2001, 797.

Nun wird von verschiedenen Autoren dagegen betont, schon jeder „Klaps“⁷⁴, jedenfalls aber jede „Ohrfeige“⁷⁵ sei eine entwürdigende Bestrafung. Auch in der Gesetzesbegründung wird offenbar diese Auffassung vertreten, wenn betont wird, daß in Pädagogik und Kinderpsychologie seit langem anerkannt sei,

„daß körperliche Bestrafungen, auch wenn sie nicht die Intensität der Mißhandlung erreichen, für das Kind eine Demütigung bedeuten“.⁷⁶

Lassen wir außer Betracht, ob diese „Demütigung“, als „Entwürdigung“ verstanden⁷⁷, nicht jeder Bestrafung, also auch etwa dem „Stubenarrest“, wie Michalski betont⁷⁸, immanent ist, und begnügen wir uns mit dem Hinweis, daß fast zeitgleich mit dem Inkrafttreten von § 1631 Abs. 2 BGB die gleiche Bundesregierung in ihrem „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts“ die Verankerung des Fahrverbots im Jugendstrafrecht deshalb befürwortete, weil hierdurch zeitweilig ein „hohes Gut“ mit häufig „hohem Prestigewert in der Gleichaltrigengruppe“ entzogen werde, was „einschneidend“ empfunden werde⁷⁹ und gerade deshalb den Reiz dieser neuen -- damit demütigenden? -- Sanktion ausmachen soll.

Wie dem auch sei: Nimmt man die Gesetzesbegründung beim Wort, dann existierte schon (zumindest) seit 1979 ein absolutes Verbot körperlicher Strafen⁸⁰: Seitdem bezeichnet § 1631 Abs. 2 BGB „entwürdigende Erziehungsmaßnahmen“ als unzulässig! Aber weiter: Soll dann bei jedem -- weil entwürdigenden -- „Klaps“ an eine Strafbarkeit der Eltern wegen tätlicher Beleidigung (§ 185 Alt. 2 StGB) gedacht werden müssen⁸¹?

b) Körperliche Bestrafungen

Ein weiterer Auslegungsversuch könnte von der Nebeneinanderstellung der vom Gesetz hervorgehobenen (Erziehungs-)Maßnahmen ausgehen: Die aktuelle Gesetzesfassung

⁷⁴ Moritz, Juristische Arbeitsblätter 1998, 709: „unbestreitbar“; a...A. ausdrücklich Michalski in Erman, 10. Aufl., § 1631 Rn. 8.

⁷⁵ Reichert-Hammer, Juristenzeitung 1988, 619.

⁷⁶ Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 5; 8; ähnlich Peschel-Gutzeit, Familie, Partnerschaft, Recht 2000, 231.

⁷⁷ So auch Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 522.

⁷⁸ Michalski in Erman, 10. Aufl., § 1631 Rn. 8.

⁷⁹ Insoweit abgedruckt in Blutalkohol 38 (2001), 109 ff. m. Bem. Scheffler.

⁸⁰ So wohl auch Peschel-Gutzeit, Familie, Partnerschaft, Recht 2000, 231.

⁸¹ Vgl. Bussmann, Verbot familiärer Gewalt, S. 395 Fn. 51; Priester, Das Ende des Züchtigungsrechts, S. 124; Bohnert, Jura 1999, 35.

stellt gleichstufig neben die „körperlichen Bestrafungen“ die „seelischen Verletzungen“. Die Gesetzesbegründung erklärt hierzu folgendes:

„Der vorliegende Entwurf stellt vor diesem Hintergrund auf die seelische `Verletzung` ab, wodurch vor allem kränkende und herabsetzende Verhaltensweisen von Eltern, etwa das Bloßstellen vor den Freunden oder in der Schulklasse, erfaßt werden. Auch extreme Kälte im Umgang mit dem Kind kann solche seelischen Verletzungen verursachen. Die Weite der möglichen Verhaltensweisen, die zu einer seelischen Verletzung des Kindes führen können, sprechen dafür, hier nicht wie bei der Bestrafung an der Handlung, sondern am Erfolg anzusetzen.“⁸²

Selbst wenn also jeder „Klaps“ eine Entwürdigung bedeuten sollte, ist er ja nun mal gerade noch keine körperliche Mißhandlung, keine (Körper-),„Verletzung“. Ist eine Auslegung abwegig, die beide Alternativen harmonisiert, indem auch für körperliche „Bestrafungen“ ein den beschriebenen seelischen Verletzungen entsprechender Verletzungserfolg vorausgesetzt wird? Und könnte man sich hier „auf das wesentlich engere Sprachverständnis der Umgangssprache“ beziehen, „das -- unter einer Verletzung des Körpers eine Verwundung, also ... eine Beschädigung der Substanz versteht“, wie Priester in seiner Dissertation überlegt⁸³? So sehen, jedenfalls mit Blick auf das österreichische Recht, Maresch und Schick die „Ohrfeige ... nicht unbedingt schon als Verletzung am Körper“ an⁸⁴. Ergänzend könnte darauf hingewiesen werden, daß „Klapse“, unter Umständen auch „Ohrfeigen“ regelmäßig nicht als „Bestrafung“, als (schmerzhafte) Übelszufügung verstanden werden, sondern mehr als Verwarnung, als Pflichtenappell, eher den Zuchtmitteln des Jugendgerichtsgesetzes (JGG) vergleichbar als der (Jugend-),„Strafe“. Argumentationshilfe könnte hier schließlich auch in den Ausführungen des Mannheimer Staatsrechtlers und Rechtsphilosophen Roellecke zu finden sein, die darauf hinauslaufen, selbst „Prügel seien humaner als Kommunikations- und Liebesentzug“⁸⁵, also als die in der Gesetzesbegründung genannte „extreme Kälte“ im Umgang mit dem Kind.

c) Gewaltfreiheit

Ein weiterer Ansatzpunkt: Neu ist Satz 1 des § 1631 Abs. 2 BGB, der dem Kind ein „Recht auf gewaltfreie Erziehung“ einräumt. Der Gesetzgeber führt hierzu aus:

„Der in Satz 1 verwendete Begriff der gewaltfreien Erziehung knüpft nicht an einen strafrechtlichen Gewaltbegriff an, sondern wird durch Satz 2 konkretisiert. Damit ist klargestellt, daß das Kind ein Recht auf eine Erziehung hat, die auf jegliche Art von körperlicher Bestrafung oder seelischer Verletzung verzichtet.“⁸⁶

⁸² Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 8.

⁸³ Priester, Das Ende des Züchtigungsrechts, S. 90 Fn. 57.

⁸⁴ Maresch / Schick, Forensia 1988, 213 f.

⁸⁵ Roellecke, Neue Juristische Wochenschrift 1999, 338.

⁸⁶ Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 7.

Der Gesetzgeber meint also zunächst einmal, sich für das Familienrecht einen neuen Gewaltbegriff „stricken“ zu müssen, weil sonst auch nach der einschränkenden „Sitzblockaden-Entscheidung“ des BVerfG⁸⁷ die oben erwähnten Beispiele des Stubenarrests zwecks Hausaufgaben fertigen oder das Festhalten zum Schutz im Straßenverkehr untersagt wären⁸⁸. Der Rechtsausschuß des Bundestages hatte deshalb eine solche Formulierung in der letzten Legislaturperiode noch abgelehnt:

„Ein absolutes Gewaltverbot würde ... dazu führen, daß das Erziehungsrecht der Eltern zu sehr eingegrenzt würde und die Strafbarkeit von Eltern ausgeweitet werde. Beispielsweise müßte eine strafbare Freiheitsberaubung in Betracht gezogen werden, wenn Eltern ihr Kind daran hindern, die Wohnung zu verlassen, damit es zunächst seine Hausaufgaben erledigt. In solchen Fällen würde ein absolutes Gewaltverbot zu möglicherweise auch verfassungsrechtlich bedenklichen Ergebnissen führen.“⁸⁹

Kreiert der Gesetzgeber nun aber schon einen neuen Gewaltbegriff, liegt es nahe, sich der Umgangssprache zu nähern, die, wie der Rechtsausschuß ausführte, ihn „anders interpretiert als in der Rechtsprache“⁹⁰, nämlich enger⁹¹: Laut dem Bedeutungswörterbuch des Dudens ist unter Gewalt „körperliche Kraft; Anwendung physischer Stärke“ zu verstehen. Hierunter dürfte zumindest der „Klaps“⁹², vielleicht auch die „Ohrfeige“ noch nicht zu subsumieren sein. In diese Richtung argumentiert Bussmann:

„Niemand würde ... einen Klaps als Gewalt bezeichnen, weil bereits der Begriff des Klapses im Unterschied zum Gewaltbegriff eine verniedlichende Konnotation enthält. Gerade die Verklammerung des Verbots von Körperstrafen mit dem Gewaltverbot verhindert letztlich eine derartige extensive Interpretation.“⁹³

d) Erziehung

Der Regensburger Strafrechtslehrer Hoyer hat vor kurzem vorgeschlagen, restriktiv zur Lösung der Problematik den Begriff der Erziehung in § 1631 Abs. 2 BGB auszulegen. Hoyer verweist auf das Nebeneinander der Begriffe „Erziehung“ und „Pflege“ in § 1631 Abs. 1 BGB und Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG⁹⁴. Der Unterschied soll darin bestehen, daß der Begriff Pflege „mehr das Statische, das auf Erhaltung Bezügliche“ zeichne, während Erziehung demgegenüber „mehr die dynamische Entwicklung, das auf Fortschritt Bezügliche“ umfasse. So beinhalte das Züchtigungsverbot

⁸⁷ BVerfGE 92, 1.

⁸⁸ Begründung Bundestags-Drucksache 12 / 6343, S. 13; siehe dazu Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 523.

⁸⁹ Rechtsausschuß in Bundestags-Drucksache 13 / 8511, S. 65.

⁹⁰ Rechtsausschuß in Bundestags-Drucksache 13 / 8511, S. 65.

⁹¹ Vgl. aber auch Schwab, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1999, 1323.

⁹² So auch U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 39 f.; 234.

⁹³ Bussmann, Verbot familiärer Gewalt, S. 395.

⁹⁴ Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 524.

in § 1631 Abs. 2 BGB nur das Verbot für die Eltern, mit körperlichen Bestrafungen das Kind in Richtung „auf allein subjektiv gewillkürte, ihnen von der Rechtsordnung aber nicht verbindlich aufgegebenen Ziele zu formen“⁹⁵, etwa die „Dressur zum Tennisstar“⁹⁶. Soweit die „elterliche Züchtigungsmaßnahme aber beispielsweise darauf abziele, das Kind von selbstschädigendem oder -gefährdendem Verhalten abzuhalten, so verfolge diese Züchtigung gar keine Erziehungszwecke, sondern zähle zur Pflege“⁹⁷.

Hoyer konstatiert selbst, daß sich mit dieser Auslegung „nicht alle Hoffnungen erfüllen lassen, die mit diesem Gesetzesvorstoß verbunden worden sind“⁹⁸.

e) Unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 GG?

Damit legt Hoyer aber den Finger in die Wunde: All diese mehr oder weniger überzeugenden Auslegungskunststücke sind nämlich methodisch höchst fragwürdig. Der Gesetzgeber hat nämlich, und zwar erst vor wenigen Monaten, unmißverständlich erklärt, welche Auslegung er der neuen Norm geben will, was nicht einfach ignoriert werden kann. Pawlowski beispielsweise formuliert zur Relevanz des Willens des Gesetzgebers, wie er in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommt:

„Der Rechtsanwender -- insbesondere der Richter -- ist also von Rechts wegen gehalten, die Gesetze ... auch dann in dem durch diese Materialien näher bestimmten Sinn anzuwenden, wenn er selbst eine andere -- und nach dem Wortlaut der Gesetze ebenfalls mögliche -- Auslegung für besser hält -- für richtiger und damit gerechter.“⁹⁹

Auch Larenz betont, daß die Auslegung sich über die erkennbare Regelungsabsicht und die vom Gesetzgeber bewußt getroffenen Wertentscheidungen nicht hinwegsetzen darf, allerdings mit dem Zusatz,

„es sei denn, sie stünden im Widerspruch zu ... Verfassungsgrundsätzen oder anerkannten Rechtsprinzipien“.¹⁰⁰

Nun ist die Auffassung, ein (absolutes) Züchtigungsverbot sei mit dem Grundgesetz unvereinbar, nicht unbedingt abwegig, wird sie doch selbst noch in den letzten Jahren von einigen Verfassungs-, Familien- und Strafrechtlern vertreten¹⁰¹.

⁹⁵ Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 525.

⁹⁶ Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 524.

⁹⁷ Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 524.

⁹⁸ Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 524.

⁹⁹ Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 622 (Hervorhebungen dort); ähnlich Rn. 440.

¹⁰⁰ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 318.

¹⁰¹ Näher zur etwas älteren Literatur U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 204 ff.; Vormbaum, Recht der Jugend und des Bildungswesens 1977, 374 f. (jeweils m. w. N.).

Beginnen wir eine kleine Zitatensammlung mit dem „v. Mangoldt / Klein/Starck“¹⁰²

„Zu den zulässigen Erziehungsmitteln gehören Lob wie Tadel, Anreiz wie Strafe. Auch die körperliche Züchtigung ist nicht von vornherein verfassungsrechtlich unzulässig. Ihr völliges Verbot durch das einfache Recht wäre verfassungswidrig ...“

In diesem Sinne meint auch Roellecke, der Gesetzgeber könne nach dem Grundgesetz selbst „Prügel“ nicht einfach „zu Unrecht machen“:

„Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht` (Art. 6 II GG). Das Erziehungsrecht der Eltern schließt ein rechtliches Urteil über ‚falsch oder richtig?‘ der Erziehung grundsätzlich aus. Deshalb kann man ein gesetzliches Verbot von ‚Gewalt als Erziehungsmittel` nicht mit der Erwägung rechtfertigen, gewalttätige Erziehung sei eben falsch ... Und viele Eltern meinen eben, Prügel gefährde ihre Kinder nicht nur nicht, sie festigt sogar ihren Charakter. Damit ist zugleich die Frage des Kindeswohls beantwortet. Ob Prügeln dem Wohl der Kinder dient oder nicht, kann man nicht wissen. Dogmatisch gehört die Entscheidung darüber zum Erziehungsrecht der Eltern.“¹⁰³

Die „sicherlich radikalste Ansicht“¹⁰⁴ hat Michalski formuliert:

„Richtiger Ansicht nach ist das Recht, ein Kind notfalls zu züchtigen, mit der Erziehungsaufgabe der Eltern untrennbar verbunden. Ist das Elternrecht aber naturgebunden, ein elementares, vorstaatrechtliches Recht, so bedarf es keiner Rechtfertigung durch das Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht und ist darüber hinaus sogar für den staatlichen Gesetzgeber unantastbar ...“¹⁰⁵

Im Ergebnis sieht es von Seiten des Strafrechts offenbar Köhler ähnlich. Er meint, ein vollständiges gesetzliches Verbot jeder körperlichen Züchtigung gehe „zu weit“:

„Dies würde die relative Autonomie (Selbstverantwortlichkeit) des familiären Erziehungsverhältnisses verletzen. Daher ist die ‚Verhältnismäßigkeit` einer solchen Regelung unter dem Aspekt des Grundrechts nach Artikel 6 GG zu bestreiten, insofern der Staat punktuell in ein autonomes Interpersonalitätsverhältnis eingreife, ohne vollständig dafür die Verantwortung übernehmen zu können. Systematisch entsprechend gilt vielmehr die Mißbrauchsschranke (§ 1666 BGB).“¹⁰⁶

Schließlich dürfte auch Jakobs so zu verstehen sein:

„Ein Züchtigungsrecht der Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern fällt in den rechtlich nur rahmenmäßig geregelten Bereich des familiären Innenverhältnisses, das Art. 6 Abs. 2 GG als ‚natürlich` beläßt ...“¹⁰⁷

¹⁰² Robbers in v. Mangoldt / Klein / Starck, GG, 4. Aufl. 1999, Art. 6 Abs. 2 Rn. 154.

¹⁰³ Roellecke, Neue Juristische Wochenschrift 1999, 338.

¹⁰⁴ Bussmann, Verbot familiärer Gewalt, S. 6.

¹⁰⁵ Michalski in Erman, 9. Aufl., § 1631 Rn. 8 (in der 10. Aufl. a. a. O. fehlt der zweite Satz); ähnlich Martin, Anm. zu BGH Lindenmaier / Möhring Nr. 2 zu § 340 StGB.

¹⁰⁶ Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 302.

¹⁰⁷ Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 16. Abschn. Rn. 33.

Der Gesetzgeber ist einer solchen Argumentation, kaum verwunderlich, deutlich entgegengetreten:

„... körperliche Bestrafungen [sind] keine vertretbaren Erziehungsmittel, die der Staat aufgrund des Elternrechts hinzunehmen hätte.“¹⁰⁸

Nun dürfte diese Auffassung zumindest für die körperliche Bestrafung durch „Klapse“ kaum hinnehmbar sein¹⁰⁹, weil dann die durch Art. 6 Abs. 2 GG privilegierten Erziehungsberechtigten weniger dürften als Dritte, für die jedenfalls ein ausdrückliches Verbot körperlicher Einwirkung erst ab der Erheblichkeitsschwelle einer Körperverletzung i.S.v. § 223 StGB besteht.¹¹⁰

Jedenfalls: Wenn überhaupt, so würde man wohl erst über eine konkrete Normenkontrolle oder eine Verfassungsbeschwerde einer entsprechenden Interpretation zur allgemeinen Durchsetzung verhelfen können. Das Strafrecht bleibt also aufgerufen, das Dilemma selbst zu lösen.

4. Keine „Mißhandlung“? Die „alte“ Tatbestandslösung

Vor rund 25 Jahren prognostizierte Vormbaum, daß für den Fall der Abschaffung des Rechtfertigungsgrunds Züchtigungsrecht im Strafrecht „mit einiger Wahrscheinlichkeit ... die in diesem Bereich schon totgesagte Rechtsfigur der tatbestandsausschließenden `Sozialadäquanz` wieder zum Leben erweckt werden“ würde¹¹¹. Nach dieser Lehre¹¹² müsse der „soziale Sinn“ der körperlichen Einwirkung berücksichtigt werden; „erzieherische Behandlung“ sei keine „Mißhandlung“¹¹³. Ohne auf die allgemeinen Probleme der Lehre von der Sozialadäquanz hier eingehen zu wollen, sei jedenfalls festgestellt, daß durch die apodiktische Ablehnung jeglichen Züchtigungsrechts durch § 163 Abs. 2 StGB ihre Voraussetzungen nicht (mehr) vorliegen: Wie der BGH es einmal formulierte, können nach der Lehre von der Sozialadäquanz allenfalls

„übliche, von der Allgemeinheit gebilligte und daher in strafrechtlicher Hinsicht im sozialen Leben gänzlich unverdächtige, weil im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit liegende Handlungen nicht tatbestandsmäßig ... sein ... Darin liegt ein allgemeines Prinzip, dessen Bedeutung sich nicht auf das Strafrecht beschränkt, sondern die ganze Rechtsordnung erfaßt.“¹¹⁴

¹⁰⁸ Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 5.

¹⁰⁹ So wohl auch U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 205.

¹¹⁰ Vgl. Bussmann, Verbot familiärer Gewalt, S. 395.

¹¹¹ Vormbaum, Recht der Jugend und des Bildungswesens 1977, 377.

¹¹² Würtenberger, Deutsche Rechts-Zeitschrift 1948, 291; Eb. Schmidt, Juristenzeitung 1959, 519; Kienapfel, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 1961, S. 87 ff.; siehe auch Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1998, 4. Teil, § 4, 7, d.

¹¹³ Siehe schon Kahl, Der Arzt im Strafrecht, 1909, S. 20.

¹¹⁴ BGHSt 23, 226 (228).

5. Keine „unangemessene“ Behandlung? Die „neue“ Tatbestandslösung

Noch unter Geltung des § 1631 Abs. 2 BGB von 1998 hat sich Beulke ausdrücklich der Auffassung Roelleckes, daß die Neufassung des Gesetzes das durch Art. 6 GG abgesicherte Erziehungsrecht der Eltern nicht beseitigen könne, angeschlossen¹¹⁵ und die Tatbestandslösung „unter anderer Flagge wiederbelebt“¹¹⁶ und insoweit Vormbaums Prognose bestätigt. Beulke versucht eine „verfassungskonforme Auslegung des § 223 [StGB]“ -- und wohl auch von § 1631 Abs. 2 BGB -- wie folgt zu erreichen: Der Terminus „körperliche Mißhandlung“ werde, zumindest im Strafrecht, zurückgehend auf von Olshausen,¹¹⁷ regelmäßig mit der Definition von der „üblen, unangemessenen Behandlung“ umschrieben. Beulke schlägt nun vor, diese Operationalisierung zugrunde zu legen. Körperliche Züchtigungen seien dann, wenn sie einen hinreichenden Anlaß haben, geboten und angemessen sowie vom Erziehungsgedanken beherrscht sind, nicht als „unangemessen“ zu klassifizieren.¹¹⁸ Beulke kann sich für diese Idee auf die schon oben wiedergegebenen Formulierungen des Rechtsausschusses des Bundestages in der 13. Wahlperiode beziehen, der den Mißhandlungsbegriff als „flexibel“ ansah und meinte, für die „Überprüfung der Unangemessenheit“ elterlicher Maßnahmen können auch „Anlaß und Motive der körperlichen Einwirkung“ berücksichtigt werden¹¹⁹. Beulke sieht, daß hier trickreich „das Problem des elterlichen Erziehungsrechts ... partiell von der Rechtfertigungs- auf die Tatbestandsebene verlagert wird“¹²⁰. Demzufolge bezeichnet er seinen Lösungsansatz auch nur als „geringstes Übel“¹²¹.

Beulkes StrafrechtKollegen Hillenkamp sowie Hoyer haben vor kurzem ausgeführt, der Auffassung Beulkes sei durch die Neufassung von § 1631 Abs. 2 BGB im Jahr 2000 der Boden entzogen worden¹²². Dem ist wohl nicht zuzustimmen. Leitet Beulke seine Auffassung aus Art. 6 Abs. 2 GG ab, so hat sich für ihn nur die Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung von § 1631 Abs. 2 BGB wegen der Ausweitung auf den „Klaps“ vergrößert.¹²³

Die Idee Beulkes bietet allerdings noch eine andere Chance, das vom Gesetzgeber wie von der Strafrechtswissenschaft gewünschte Ergebnis, die Änderungen

¹¹⁵ Wessels / Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 31. Aufl. 2001, Rn. 387.

¹¹⁶ Hillenkamp, Juristische Schulung 2001, 164.

¹¹⁷ Wohl zuerst in v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 1892, § 223 Anm. 4 („Mißhandeln bezeichnet ... ein unangemessenes, schlimmes, übles Behandeln ...“).

¹¹⁸ Wessels / Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 388.

¹¹⁹ Rechtsausschuß in Bundestags-Drucksache 13 / 8511, S. 65.

¹²⁰ Wessels / Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 387.

¹²¹ Beulke, Festschrift für Hanack, S. 552.

¹²² Hillenkamp, Juristische Schulung 2000, 165; Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 523.

¹²³ Vgl. U. Schneider, Körperliche Gewaltanwendung, S. 205.

des Familienrechts nicht auf das Strafrecht durchschlagen zu lassen, zu erreichen: Wenn man nicht Art. 6 GG bemüht, sondern nur den Begriff der körperlichen Mißhandlung in § 223 StGB nach Beulkes Vorstellungen auslegt, würde man erreichen, daß zwar „Klaps“ wie „Ohrfeige“ aus Sicht des Familienrechts verbotene körperliche Bestrafungen, wie vom Gesetzgeber gewollt, bleiben, aber auch die erzieherisch motivierte „Ohrfeige“ strafatbestandsmäßig noch keine „körperliche Mißhandlung“ und mithin nicht gemäß § 223 StGB strafbar ist. Anders als die vorhergegangenen Überlegungen, das gewollte Ergebnis der Straflosigkeit durch Auslegungskunststücke an § 1631 Abs. 2 BGB zu erreichen, könnte diese Norm also den Intentionen des Gesetzgebers entsprechend verstanden werden, ohne gleichzeitig die entsprechenden Verhaltensweisen zu kriminalisieren.

Das Problem liegt für den Strafrechtler woanders: Er würde dadurch, daß er Fragen von der Rechtfertigungsebene nun in den Tatbestand verschiebt, das Straftatsystem mit weitreichenden Konsequenzen belasten. So wäre etwa, bleiben wir beim Bereich der Körperverletzung, zu fragen, ob dann nicht auch Körperverletzungen aus Notwehr wirklich erst auf Rechtfertigungsebene oder etwa kompensatorische Körperverletzungen (vgl. § 233 StGB bis 1998) erst auf Strafbarkeitsebene ausscheiden und nicht infolge Angemessenheit schon als nicht tatbestandlich einzuordnen sein sollten. Insbesondere das Problem des ärztlichen Heileingriffs, für die Rechtsprechung seit RGSt 25, 375 tatbestandsmäßige Körperverletzung, müßte dann wohl ebenfalls über die „Angemessenheit“ gelöst werden, was bisher nur von einem Teil der Literatur vergeblich gefordert wird.¹²⁴ Aber selbst dann, wenn man solche Weiterungen strikt ablehnt, sind die denkbaren Konsequenzen allein für das Züchtigungsrecht weitgehend. Bohnert problematisiert:

„Mit dem Argument der Angemessenheit im Tatbestand des § 223 [StGB] könnte man z. B. auch die früher zulässige körperliche Züchtigung von Schülern, Lehrlingen oder -- noch früher -- von Soldaten oder Gefangenen wieder in Frage stellen.“¹²⁵

6. Strafunrechtsausschluß? Die Lösung auf Unrechtsebene

Vor allem Günther und Horn haben -- ebenfalls noch zur Rechtslage von 1998 -- eine andere materiellrechtliche Lösung entwickelt, die das Problem durch einen „strafrechtsdogmatischen Kunstgriff“¹²⁶ auf Rechtfertigungsebene halten würde¹²⁷. Horn faßt dies im „Systematischen Kommentar“ kurz zusammen:

¹²⁴ Siehe nur Hirsch in Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1981, vor § 223 Rn. 3; § 223 Rn. 17.

¹²⁵ Bohnert, Jura 1999, 534 Fn. 31.

¹²⁶ Bussmann, Verbot familiärer Gewalt, S. 397.

¹²⁷ Günther, Festschrift für H. Lange, S. 877 f.; Horn, Systematischer Kommentar StGB, 7. Aufl. 1998, § 223 Rn. 13; siehe auch Krey, Strafrecht Besonderer Teil-1, 11. Aufl. 1998, Rn. 654; Reichert-Hammer, Juristenzeitung 1988, 618 ff.

„Auch ein etwa bestehendes ‚familienrechtliches Züchtigungsverbot‘, das die rechtliche Erlaubnis zur Vornahme entsprechender Akte ausschliesse, kann dem Strafrecht nicht die Kompetenz nehmen, aus spezifisch kriminalpolitischen Gründen einen speziellen, seinen Aufgaben und Rechtsfolgen entsprechenden Strafunrechtsausschluß zu bilden, dessen Wirkungen sich dann auf den Binnenbereich des Strafrechts beschränkt.“¹²⁸

Günther präzisiert:

„Für § 1631 Abs. 2 BGB ist zu entscheiden, ob die körperliche Züchtigung eines Kindes durch seine Eltern eine geeignete, erforderliche und angemessene Erziehungsmethode darstellt. Für die Beurteilung der strafrechtlichen Mißbilligung einer Körperverletzung des Kindes durch seine Eltern kommt es hingegen darauf an, ob die Kriminalisierung der Eltern als eine geeignete, erforderliche und angemessene staatliche Reaktion auf pädagogische Fehler erscheint. Die jeweils zu berücksichtigenden und kollidierenden Interessen sind nicht deckungsgleich.“¹²⁹

Grundlage für diese Betrachtungsweise ist die von Günther in seiner Habilitationsschrift entwickelte Lehre, es gebe spezielle Strafunrechtsausschließungsgründe, die rechtfertigend ausschließlich für das Strafrecht wirken würden.¹³⁰ Die Lehre ist weitgehend abgelehnt worden namentlich mit der Begründung, Günther gebe die „Einheit der Rechtsordnung“ auf¹³¹. Ob dieses Argument wirklich trägt, dies sei hier am Rande kurz bemerkt, erscheint mir zweifelhaft; letztendlich handelt es sich nur um das Spiegelbild auf Rechtfertigungsebene eines Aspekts, den wir auf Tatbestandsebene kennen: Niemand spricht davon, die Einheit der Rechtsordnung sei dadurch verletzt, daß etwa Verzug, Sachentziehung oder fahrlässige Sachbeschädigung -- oder unser „Klaps!“ -- zivilrechtliches, aber nicht strafrechtliches Unrecht darstellen.

Ohne dies näher vertiefen zu wollen, sei jedenfalls festgestellt, daß entgegen Hillenkamp auch insoweit die neuerliche Reform von § 1631 Abs. 2 BGB es nicht erforderlich macht, dieser Lehre „die Gefolgschaft zu versagen“¹³². Denn der nunmehr Gesetz gewordene Wille, auch jeglichen „Klaps“ familienrechtlich für unzulässig zu erklären, berührt das Strafrecht, folgt man der Konzeption Günthers, allenfalls indirekt insofern, als das Urteil der „Strafrechtswidrigkeit“ zwar zunächst an „die Wertungen der nichtstrafrechtlichen Rechtsgebiete anknüpft“, um dann aber das „strafwürdige (Straf-)Unrecht auszusondern“.¹³³

Das Problem liegt auch hier wieder woanders: Soll das Strafrecht sich gezwungen sehen, zur Lösung einer einzelnen, vom Gesetzgeber nicht zu Ende überlegten

¹²⁸ Horn, Systematischer Kommentar StGB, § 223 Rn. 13.

¹²⁹ Günther Festschrift für H. Lange, S. 893 (Hervorhebungen dort).

¹³⁰ Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983.

¹³¹ Siehe etwa Hirsch, Festschrift für Rechtswiss. Fakultät Köln, 1988, S. 413 f.; Bussmann, Verbot familiärer Gewalt, S. 404 ff.

¹³² Hillenkamp, Juristische Schulung 2001, 165.

¹³³ Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, S. 393.

Entscheidung in einem Randbereich eine noch nicht ausdiskutierte, mit weitreichenden Konsequenzen für die Gesamtrechtsordnung verbundene Lehre anzunehmen?

*7. Ungeschriebener Strafausschließungsgrund?
Ein neuer Lösungsansatz*

Dieser Überlegung könnte man vielleicht auch eine andere Idee entgegenhalten, die zunächst einmal von der Lehre vom Strafunrechtsausschluß ausgeht:

Nach (fast) allgemeiner Ansicht galt seit der Streichung der ursprünglichen Fassung des § 1631 Abs. 2 BGB durch das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 das Züchtigungsrecht gewohnheitsrechtlich sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht. Der Gesetzgeber hat es nun durch die Neufassung von § 1631 Abs. 2 BGB im Zivilrecht ausdrücklich derogiert, gleichzeitig aber betont, daß sich im Strafrecht nichts ändern soll. Kann man argumentieren, daß im Strafrecht mithin das gewohnheitsrechtliche Züchtigungsrecht weiter Bestand hat?

Insoweit stellte sich diese Idee eines „gespaltenen Gewohnheitsrechts“ allerdings nur als Variante zur Lehre vom Strafunrechtsausschluß Günthers und Horns dar. Auch durch einen gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrund nur noch für das Strafrecht bliebe ein unterschiedliches Rechtswidrigkeitsurteil bestehen.

Wenn man nun aber bedenkt, daß der ungeschriebene Satz im Strafrecht nicht unbedingt auf Rechtfertigungsebene (weiter) angesiedelt zu bleiben braucht, ergibt sich anderes: Wäre es denkbar, auch im Bereich von § 223 StGB ein tatbestandsausschließendes Erzieherprivileg anzunehmen, wie vor allem § 131 Abs. 4 und § 184 Abs. 4 StGB [vgl. auch § 180 Abs. 1 S. 2 StGB und § 21 Abs. 4 des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (GjS)] formulieren, wonach der Tatbestand keine Anwendung findet, „wenn der zur Sorge für die Person Berechtigte handelt“.

Die (familienrechtliche) Rechtswidrigkeit bleibt dort allgemeiner Ansicht zufolge unberührt; trotz Straffreiheit kann dem Verhalten der Eltern mit Maßnahmen gemäß § 1666 StGB begegnet werden¹³⁴. Schönheitsfehler: Eine besondere pädagogische Motivation setzen diese Tatbestandsausschlüsse nicht voraus¹³⁵; ihre Intention geht zudem dahin, die nicht von vornherein erzieherisch verfehlte Konfrontation des Minderjährigen mit Gewalt- oder Sexualdarstellungen nicht „bereits unter dem Gesichtspunkt abstrakter Gefährdung durch ein strafrechtliches Verbot einzuschränken“¹³⁶. Die Züchtigung ist dagegen aber durch § 1631 Abs. 2 BGB in jedem Fall geächtet; ein Weg zur Nichtbestrafung wird nur für erzieherisch motivierte „Ohrfeigen“ gesucht.

¹³⁴ Siehe etwa Bubnoff in Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1978, § 131 Rn. 27; Laufhütte in Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1984, § 184 Rn. 22.

¹³⁵ Bubnoff in Leipziger Kommentar, § 131 Rn. 27.

¹³⁶ Lenckner / Perron in Schönke / Schröder, § 184 Rn. 9b.

Das Erzieherprivileg i.S.v. §§ 131 Abs. 4; 184 Abs. 4 StGB paßt also nicht.

Ist dagegen Grund für die gesuchte Strafflosigkeit der Gedanke, mittels des Strafrechts möglichst nicht in die Intimsphäre der Familie einzugreifen, kommt die Annahme eines Strafausschließungsgrundes in Betracht¹³⁷. Kann es also sein, daß die elterliche Züchtigung nunmehr als (ungeschriebener) Strafausschließungsgrund zu betrachten ist? Dann wäre der Derogation des Züchtigungsrechts als Gewohnheitsrecht Rechnung getragen, indem die Züchtigung auch im strafrechtlichen Sinne rechtswidrig bliebe. Gleichzeitig würde aber der Wille des Gesetzgebers und der überwiegenden Ansicht in der Literatur, daß bestimmte Züchtigungen nicht gleich bestraft werden sollen, beachtet.

Für diesen Gedanken spricht, daß es dem Gesetzgeber wohl nicht verwehrt wäre, einen Strafausschließungsgrund auch in Ansehung der neuen Fassungen von § 1631 Abs. 2 BGB in das StGB aufzunehmen, der dann wie folgt lauten könnte:

„Ist die Körperverletzung von Erziehungsberechtigten in der Absicht begangen worden, dem Fehlverhalten eines Kindes oder Jugendlichen einen angemessenen Tadel zu erteilen, so bleibt sie straflos.“¹³⁸

Ein solcher Strafausschließungsgrund wäre durchaus strukturell vergleichbar mit dem Angehörigenprivileg in § 258 Abs. 6 StGB oder § 247 Abs. 2 StGB i.d.F. bis 1975 („Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, welche von Verwandten aufsteigender Linie ... begangen worden ist, bleibt straflos“).

Denkbar ist, daß ein solcher Strafausschließungsgrund schon heute ungeschrieben existiert. Immerhin wäre die Bejahung eines ungeschriebenen Strafausschließungsgrundes dem deutschen Recht nicht fremd; diese Konstruktion ist vor allem nach dem 2. Weltkrieg für den übergesetzlichen Notstand diskutiert worden¹³⁹. Auch ist die konzeptionelle Verwandtschaft von Rechtsfertigungsgrund und Strafausschließungsgrund daran zu erkennen, daß etwa bei § 37 StGB, der Strafflosigkeit parlamentarischer Berichte, oder bei § 139 Abs. 3 S. 2 StGB, der Strafflosigkeit der Nichtanzeige geplanter Straftaten durch Rechtsanwalt, Verteidiger oder Arzt, umstritten ist, ob es sich hierbei um Rechtsfertigungsgründe oder aber um Strafausschließungsgründe handelt¹⁴⁰.

Ich breche ab -- diese Lösungsidee und ihre Konsequenzen sind bisher nicht diskutiert worden.

¹³⁷ Lenckner / Perron in Schönke / Schröder, § 184 Rn. 9b.

¹³⁸ Vgl. Priester, Das Ende des Züchtigungsrechts, S. 301; siehe auch Günther, Festschrift für H. Lange, S. 901.

¹³⁹ Siehe OGHSt 1, 321; 2, 117; Peters, Juristische Rundschau 1949, 496 ff.; Juristische Rundschau 1950, 742 ff.; Oehler, Juristische Rundschau 1951, 489 ff.

¹⁴⁰ Näher Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil-1, § 23 Rn. 14 f.

III. Folgerungen

Fassen wir zusammen: Das vom Gesetzgeber -- und auch weitgehend von Seiten des Familienrechts -- gewollte Ergebnis, in § 1631 Abs. 2 BGB jegliche körperliche Bestrafung zu verbieten, stürzt die Strafrechtswissenschaft in Schwierigkeiten, soll sie doch das allgemein gewünschte gleichzeitige Ergebnis, nicht jegliche körperliche Mißhandlung zu bestrafen, dogmatisch begründen.

Jeder Lösungsversuch dieses Dilemmas greift tief in das strafrechtliche System ein, droht, das Kind mit dem Bade auszuschütten:

- Die Konzeption von der „helfenden Reaktion“ des Strafrechts übersieht, daß „Strafverfolgung ... keine Therapie“ ist¹⁴¹.
- Die „strafprozessuale Lösung“ kann zu Recht als „Kapitulation der Strafrechtsdogmatik“ bezeichnet werden¹⁴².
- Die Idee, bisher auf Rechtswidrigkeitsebene eingeordnete Probleme nunmehr auf Tatbestandsebene zu verlagern, muß sich selbst von ihrem Initiator als „Übel“, wenn auch als „geringstes“, als die „Konstruktion mit den wenigsten dogmatischen Verwerfungen“ bewerten lassen¹⁴³.
- Die Fruchtbarmachung der Lehre vom Strafunrechtsausschluß für den Bereich des elterlichen Züchtigungsrechts läuft, so manche Kritiker, „auf eine Sprengung des Deliktssystems“ hinaus¹⁴⁴.
- Der hier ins Gespräch gebrachte Strafausschließungsgrund ist bisher nicht näher geprüft worden.
-

Nun kann das Strafrecht grundsätzlich mit einer solchen Situation leben. Probleme, die die Dogmatik nicht gleich befriedigend lösen kann, treiben die Entwicklung vorwärts. „Das Beispiel der unerwünschten ‚Kriminalisierungsautomatik‘ eines familiären Züchtigungsrechts in § 1631 Abs. 2 BGB widerlegt diejenigen“, so argumentiert etwa Günther, die „strafrechtsspezifische Regeln des Unrechtsausschlusses für überflüssig“ halten¹⁴⁵.

Allerdings wäre dieser Satz nur dann richtig, wenn das Familienrecht wirklich ernsthaft den „Klaps“, die „Ohrfeige“ als wenigstens zivilrechtliches Unrecht mit allen Implikationen einordnen wollte. Ein solcher Verstoß gegen § 1631 Abs. 2 BGB bleibt jedoch familienrechtlich sanktionslos. Die Norm soll nichts weiter als der generellen „Bewußtseinsänderung“ dienen¹⁴⁶, § 1631 Abs. 2 BGB soll als „gesetzliches Leitbild“ fungieren¹⁴⁷, es ist ein „symbolisches Gesetz“¹⁴⁸, beabsichtigt ist

¹⁴¹ Reichert-Hammer, Juristenzeitung 1988, 622.

¹⁴² Günther, Festschrift für H. Lange, S. 899.

¹⁴³ Beulke, Festschrift für Hanack, S. 552.

¹⁴⁴ Hirsch, Festschrift für Rechtswiss. Fakultät Köln, S. 414.

¹⁴⁵ Günther, Festschrift für H. Lange, S. 899.

¹⁴⁶ Begründung Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 7; 8; Peschel-Gutzeit, Familie, Partnerschaft, Recht 2000, 232.

¹⁴⁷ So schon Holtgrave, Juristenzeitung 1979, 666; Diederichsen, Neue Juristische Wochenschrift 1980, 3.

¹⁴⁸ Roellecke, Neue Juristische Wochenschrift 1999, 338; näher schon Vormbaum, Recht der Jugend und des Bildungswesens 1977, 378 f.

„atmosphärische Wirkung“¹⁴⁹, ein „Appell“¹⁵⁰. Fast allen Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren läßt sich entnehmen, in den meisten Beiträgen in der familienrechtlichen Literatur ist nachzulesen, daß es an sich ausschließlich um die Prävention von Kindesmißhandlungen im eigentlichen Sinn geht. Das Verbot darunterliegender Verhaltensweisen soll nur als Vorfeldmaßnahme greifen. In der Begründung zu der aktuellen Gesetzesfassung wird dies kaschiert, indem mit zwei unterschiedlichen Gewaltbegriffen gearbeitet wird:

„A. Problem: Die Anwendung körperlicher Gewalt ist innerhalb von Familien in Deutschland leider immer noch weit verbreitet. Dabei belegen Untersuchungen, daß Opfer elterlicher Gewalt später selbst Gewalt vermehrt anwenden.

B. Lösung: Im Rahmen der Vorschriften über die Personensorge wird dem Kind ein Recht auf gewaltfreie Erziehung eingeräumt. Körperliche Bestrafungen ... werden für unzulässig erklärt.“¹⁵¹

Nun ist eine solche Gesetzgebung aus verschiedenen Gründen höchst problematisch:

Das Strafrecht kann zunächst einmal auf Normen, die keine rechtlichen Konsequenzen auslösen sollen, sondern lediglich pädagogische Intentionen haben, nur im Rahmen seiner Prinzipien reagieren; es ist für bloß programmatische Absichten blind. Die -- meiner Ansicht nach allerdings gut lösbaren -- Probleme mit § 90a BGB¹⁵², einer „gefühligen Deklamation ohne wirklichen rechtlichen Inhalt“¹⁵³ in Bezug auf das strafrechtliche Analogieverbot sind noch in guter Erinnerung¹⁵⁴.

Aber auch unter rechtssoziologischen bzw. kriminologischen Gesichtspunkten ist die Strategie, die Akzeptanz von Verboten sozial unerträglichen Verhaltens dadurch zu steigern zu versuchen, daß das Verbot weit in das Vorfeld ausgedehnt wird, nicht unzweifelhaft. Zur Illustration und in Anknüpfung an entsprechende Überlegungen Vormbaums¹⁵⁵: Dies mag zwar auf den ersten Blick etwa im Verkehrsrecht funktionieren bei Geschwindigkeitsbeschränkungen, da viele Autofahrer bewußt ihr Tempo konstant auf „erlaubte Geschwindigkeit + X“ ausrichten,

¹⁴⁹ Vormbaum, Recht der Jugend und des Bildungswesens 1977, 378 f.

¹⁵⁰ Kunz, Zentralblatt für Jugendrecht 77 (1990), 52.

¹⁵¹ Bundestags-Drucksache 14 / 1247, S. 1.

¹⁵² § 90a BGB: „Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.“

¹⁵³ Heinrichs in Palandt, 60. Aufl., § 90a Rn. 1; ähnlich Michalski in Erman, 10. Aufl., § 90a Rn. 1.

¹⁵⁴ Siehe etwa Küper, Juristenzeitung 1993, 435 ff.

¹⁵⁵ Vormbaum, Recht der Jugend und des Bildungswesens 1977, 377 f.

so daß schon durch ein -- an sich zu weitgehendes -- „Tempo 40“-Schild erreicht werden kann, die Geschwindigkeit auf die eigentlich gewollten 60 km / h oder 80 km / h abzusenken. Dies geschieht allerdings weniger infolge von „Bewußtseinsbildung“, sondern aufgrund der verbreiteten Kenntnis des Bußgeldkatalogs und seiner Rechtsfolgen. Ob aber dagegen durch eine radikale Herabsenkung der Promillegrenze erreicht werden könnte, daß sich weniger Fahruntüchtige, also stark Alkoholisierte hinter das Steuer setzen, erscheint schon zweifelhaft¹⁵⁶. Der Gesetzgeber überschätzte, glaubt er hier bewußtseinsverändernd wirken zu können, eher wohl sich und seine Autorität in Zeiten zunehmender Politikverdrossenheit.

Es drohte vielleicht statt dessen sogar Umgekehrtes: Geht der Gesetzgeber mit seinen Verboten zu weit, kann die Akzeptanz des gesamten Verbotes in Frage gestellt werden: Überzogene Tempolimits könnten dazu führen, die Einsicht in alle Geschwindigkeitsbeschränkungen zu mindern; der Umstand, schon mit einem Schluck Bier den Führerschein zu riskieren, könnte das Trinken über ein bisherige, akzeptierte Grenze hinaus fördern. Ein Verbot „aller möglichen Formen falschen Erziehungsverhaltens“ als Gewalt ist, so der Familienrechtler Dieter Schwab, „eher geeignet ... etwas zu entdramatisieren, was ... in seiner vollen Dramatik begriffen werden muß“¹⁵⁷.

Weiter konkret zum Züchtigungsrecht: Soweit ich -- allerdings in keiner Weise repräsentativ -- im Bekanntenkreis die übrigens regelmäßig nicht bekannte Rechtslage -- Verbot jeglichen „Klapses“, Strafbarkeit jeder „Ohrfeige“ -- vorgestellt habe, ist die Reaktion ausnahmslos in dem Spektrum zwischen Unverständnis („Haben die keine anderen Sorgen?“) und Ablehnung („Was geht die das an?“) angesiedelt gewesen -- auch bei Eltern, die selbst absolut „gewaltfrei“ erziehen.

Es kommt noch etwas hinzu: Mit dem Normappell, keine „Klapse“ oder „Ohrfeigen“ auszuteilen, wird das potentielle Verhalten einer anderen Klientel verboten -- das der mehr oder weniger ohnehin schon „gewaltfrei“ erziehenden Eltern -- als wir eigentlich treffen wollen, nämlich das der „Prügeleltern“. Woher nehmen wir den Glauben, Kindesmißhandlungen durch die gesetzliche Stigmatisierung von Verhaltensweisen eindämmen zu können, deren „Richtigkeit“ „von der Mehrzahl der Beteiligten ... gar nicht problematisiert“ wird?¹⁵⁸ Soll ein „Züchtigungsverbot“ wirksam sein, meint Vormbaum,

„so darf der Gesetzgeber [nicht] den sozialen Realitäten ... so weit vorausseilen, daß er den Kontakt mit ihnen verliert“¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Näher dazu Scheffler, Viel hilft viel? -- Bemerkungen zur Gesetzgebung am Beispiel von § 24a StVG (erscheint 2002 in Blutalkohol -- Alcohol, Drugs and Behavior).

¹⁵⁷ Schwab, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1999, 1323.

¹⁵⁸ Vormbaum, Recht der Jugend und des Bildungswesens 1977, 378; ähnlich Hoyer, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2001, 522.

¹⁵⁹ Vormbaum, Recht der Jugend und des Bildungswesens 1977, 375.

Ich will hierzu nicht abschließend Stellung beziehen. Aber nicht zuletzt in Ansehung dieser nicht endgültig geklärten Fragen der Wirksamkeit der neuen Normen ist der Preis, den die Strafrechtsdogmatik für die Gesetzesänderungen im Familienrecht zu zahlen hat, wohl zu hoch.