

Elterliche Züchtigung und Strafrecht

Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel

Das elterliche Züchtigungsrecht als gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungsgrund gehört angesichts der heutigen Fassung des § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB der Vergangenheit an. Dennoch stellt sich nach wie vor die Frage, ob tatsächlich jede aus erzieherischen Gründen verabreichte Ohrfeige zur Bestrafung des Erziehungsberechtigten wegen Körperverletzung führen muss. Während dies einerseits noch immer überwiegend verneint wird, vermag andererseits keine der bislang dafür angeführten Begründungen zu überzeugen. Ein den gesetzgeberischen Intentionen einer „Ächtung der Gewalt in der Erziehung ohne Kriminalisierung der Familie“ entsprechender Ausweg aus dem Dilemma könnte sich aus einer Anwendung des § 34 StGB auf bestimmte Fälle elterlicher „Züchtigung“ ergeben.

I. Einführung

Zu Beginn zwei Fälle:

Fall 1: „Der damals im 16. Lebensjahr stehenden Tochter“ – so die Schilderung des BGH¹ – wurden von ihren Eltern „zu Zwecken der Erziehung [...] in einem Falle [...] ‚zweieinhalb‘ Mahlzeiten entzogen, weil sie wahrheitswidrig in Abrede gestellt hatte, in Abwesenheit der Eltern vom Fenster aus mit Jungen sich verständigt zu haben. Sie erhielt kein Mittag- und kein Abendessen und am nächsten Tag zum Frühstück [nur] ein Stück trockenes Brot und Kaffee. In einem anderen Falle band die Angekl. das Mädchen an einem Stuhl fest, ehe sie für etwa 2 Stunden zum Zwecke von Besorgungen das Haus verließ. Ferner band der Angekl. das Mädchen zweimal die Nacht über im Bett um Leib und Beine über der Decke fest. In einem weiteren Falle schnitt die Angekl. dem Mädchen das Kopfhaar in so unregelmäßiger Weise kurz, daß es sich auf der Straße nicht sehen lassen konnte“.

Fall 2: „Dem zwölfjährigen Sohn wurde vom Vater aus erzieherischen Gründen eine nicht allzu heftige Ohrfeige auf die linke Wange verabreicht, weil das Kind – nach eigener Einlassung – ‚nur so aus Spaß‘ beim Nachbarn eine Fensterscheibe eingeworfen hatte“.

Der erste Fall stand im Jahr 1952 beim BGH zur Entscheidung an. Der zweite Fall – nun, er ist (ungeachtet seiner durchaus zu vermutenden Alltagsrelevanz) in concreto frei erfunden; er könnte aber jederzeit in dieser oder vergleichbarer Form unsere Gerichte beschäftigen. In beiden Fällen geht es dabei gleichermaßen um die Frage, ob die Eltern bzw. der Vater sich wegen Körperverletzung (im ersten Fall auch wegen Freiheitsberaubung und Nötigung) strafbar gemacht haben oder ob ihr Verhalten jeweils – etwa aufgrund elterlichen Züchtigungsrechtes – gerechtfertigt war.

In *Fall 1* verneinte der BGH, ohne dabei auch nur im entferntesten Zweifel erkennen zu lassen, eine Strafbarkeit der Eltern: „Zuchtmittel, die einem ungehorsamen Kinde gegenüber angewendet werden, bestehen ihrem Wesen und ihrem

Zwecke nach in der Zufügung körperlichen oder seelischen Schmerzes. Dadurch soll auf die Gesinnung und den Willen des Kindes eingewirkt werden. [...] Art und Maß der Züchtigung muß sich nach der körperlichen Beschaffenheit des Kindes, nach seinem Alter, nach der Größe seiner Verfehlung und nach seiner allgemeinen sittlichen Verdorbenheit richten. Rechtfertigen diese Umstände die Anwendung solcher Züchtigungsmittel, die eine nachhaltige und schmerzhaft wirkung hervorrufen, so wird regelmäßig anzunehmen sein, dass damit die Grenzen einer vernünftigen Züchtigung nicht überschritten sind“².

In *Fall 2* wäre es demgegenüber nun, im Jahre 2011, durchaus denkbar, dass es zu einer Verurteilung des Vaters wegen strafbarer Körperverletzung kommt. Denn – anders als zu Zeiten der geschilderten BGH-Entscheidung – findet sich heute (um genau zu sein: bereits seit dem Jahr 2000³) in der insoweit auch für das Strafrecht maßgeblichen Gesetzesnorm des § 1631 Abs. 2 BGB folgende Formulierung: „Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig“.

II. Befund

Zwischen den beiden geschilderten Fällen – dem Fall des BGH von 1952 und dem fiktiven des Jahres 2011 – liegen nahezu 60 Jahre. Doch mehr noch: Betrachtet man den Wandel der Auffassungen zum elterlichen Züchtigungsrecht, so liegen Welten zwischen ihnen. Was damals – zumindest vom BGH – noch als ganz legitim angesehen wurde („Eltern, die ihre 16-jährige sittlich verdorbene Tochter durch Kurzschneiden der Haare und Festbinden an Bett und Stuhl bestrafen, überschreiten nicht das elterliche Züchtigungsrecht“⁴), erscheint uns heute als probates Erziehungsmittel völlig undenkbar. Was damals wohl noch nicht einmal ein missbilligendes Stirnrunzeln hervorgerufen hätte (die Ohrfeige), mag so manchem heute – und augenscheinlich ja gerade auch dem Gesetzgeber – als unzweifelhaft strafwürdiges kriminelles Verhalten erscheinen.

Dabei ist es freilich keineswegs so, dass das im Gesetz – wie soeben gesehen – seit nunmehr bereits über zehn Jahren verankerte „Recht auf gewaltfreie Erziehung“⁵ bereits seit langem verinnerlichtes Allgemeingut in unserer Gesellschaft wäre. Gewiss, eine in den letzten Jahrzehnten des zwanzigsten Jahrhunderts auf breiter Front vonstattengegangene Abkehr von einer Befürwortung allzu drastischer Züchtigungsmaßnahmen ist durchaus zu verzeichnen – nicht nur im Ge-

² BGH NJW 1953, 1440.

³ Die am 8.11.2000 in Kraft getretene Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB erfolgte durch das Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung v. 2.11.2000, BGBl. I 2000, S. 1479.

⁴ So der Leitsatz von BGH NJW 1953, 1440.

⁵ Vgl. nur *Kargl*, NJ 2003, 57: „Mit der Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber Kindern ein Recht auf gewaltfreie Erziehung eingeräumt.“

¹ BGH NJW 1953, 1440.

setz, sondern ebenso in der strafgerichtlichen Rechtsprechung und im strafrechtlichen Schrifttum sowie insbesondere auch im Rechtsgefühl des Großteils der Bevölkerung. Entscheidungen wie die eingangs geschilderte des BGH würden längst schon von keinem Gericht mehr auch nur ernsthaft in Erwägung gezogen werden, könnten auf keinerlei Zustimmung in der Strafrechtslehre mehr hoffen und dürften auch bei der Allgemeinheit kaum noch auf nennenswerte Akzeptanz stoßen. Dasselbe gilt auch hinsichtlich der bekannten „Wasserschlauch-Entscheidung“ des BGH aus dem Jahre 1986, in welcher das Gericht es (im Gegensatz zu dem insofern bereits wesentlich fortschrittlicher judizierenden erstinstanzlichen LG Siegen) nicht – *noch* nicht – beanstandet hatte, dass ein Vater seine 8jährige Tochter zum Zwecke der Züchtigung mehrmals mit einem „1,4 cm starken und in sich stabilen Wasserschlauch“ auf das Gesäß und die Oberschenkel schlug, „wobei jeweils rote Striemen entstanden“⁶. Die Befürwortung oder auch nur Tolerierung derartiger „erzieherischer“ Auswüchse gehört gottlob seit Jahren der Vergangenheit an. Insofern also stand der um die Beförderung gewaltfreier Erziehung besorgte Gesetzgeber des Jahres 2000 auf sicherem Boden.

Im Bereich der milderen körperlichen Bestrafung hingegen – ich denke hier vor allem an die Ohrfeige als den unbestrittenen „Klassiker“ körperlicher Züchtigung – ließ sich jedenfalls 2000 allenthalben noch ein ganz anderes Bild zeichnen: Nach einer damals durchaus noch aktuellen, 1995 von *Bussmann* vorgestellten Studie⁷, im Zuge deren im Herbst 1992 annähernd 2.400 Jugendliche aus Ost- und Westdeutschland im Alter zwischen 13 und 16 Jahren interviewt worden waren,⁸ ergibt sich ein eindeutiges Bild: Neben verschiedenen anderen Körperstrafen und einer ganzen Reihe sonstiger Sanktionen (wie Fernseh- bzw. Ausgehverbot, Kürzung des Taschengeldes, Schweigen und Niederbrüllen) „stellt die Ohrfeige mit 81,5 % weiterhin die häufigste und am meisten verbreitete Sanktion dar und deftige Ohrfeigen haben immerhin 43,5 % [der Befragten ...] erfahren“⁹. Ganz entsprechend und letztlich unverändert ist in einer Pressemitteilung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) vom 21.3.2000 die Rede davon, dass „etwa 80 % der Kinder und Jugendlichen in Deutschland in unterschiedlichem Ausmaß Gewalt in der Erziehung [...] erfahren“¹⁰, wobei gerade der Ohrfeige hier eine zentrale Rolle zukommen dürfte. Diesem tatsächlich praktizierten Erziehungsverhalten entsprach es denn auch, wenn aktuelle Umfragen seinerzeit ergaben, dass die Mehrheit der Deutschen die Ohrfeige immer noch für ein angemessenes Erzie-

hungsmittel hielt und nur 25 % unserer Mitbürger dafür eintraten, jede Form körperlicher Züchtigung, also auch Ohrfeigen, gesetzlich zu verbieten, während doch 70 % dies ablehnten.¹¹ Ob sich an dieser gesellschaftlichen Grundjustierung in den vergangenen zehn Jahren Wesentliches geändert hat, mag zu bezweifeln sein.

Aber wie auch immer, zur Zeit der Neufassung des § 1631 Abs. 2 StGB im Jahr 2000 trat hier jedenfalls ganz unverschleiert ein Widerspruch zutage zwischen dem vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Idealbild einer nunmehr vollkommen gewaltfreien Erziehung auf der einen und der offenkundig mit der gesetzlichen Entwicklung längst nicht Schritt haltenden Rechtswirklichkeit auf der anderen Seite. Und dieser Dissens spiegelte sich letztlich auch wieder in der durchaus zwiespältigen Haltung des einschlägigen Schrifttums zur geänderten Situation des elterlichen Züchtigungsrechts. Von den einen wurde die „Ächtung der Gewalt in der Erziehung“¹² durch den neuen § 1631 Abs. 2 BGB uneingeschränkt begrüßt; so hieß es etwa in einer Stellungnahme der Bundeskonferenz für Erziehungsberatung: „Kinder sind heute nicht bloße Objekte von Erziehungsbemühungen; Kinder werden selbst als Subjekte gesehen. Das hat seinen Niederschlag auch in der schrittweisen Formulierung der Rechte von Kindern gefunden. Das Recht auf gewaltfreie Erziehung zieht eine notwendige Konsequenz aus dieser Entwicklung“¹³. Im selben Sinne sprach etwa *Mathilde Diederich* in ihrem „Plädoyer für ein Ende häuslicher Gewalt“¹⁴ bereits im Vorfeld der Gesetzesänderung von der „Notwendigkeit des Gesetzesvorhabens“¹⁵ und führte dazu ergänzend aus:¹⁶ „Eine gewalttätige Atmosphäre in der Familie hat [...] über die unmittelbaren Verletzungen physischer und psychischer Art hinaus auch mittelbare Auswirkungen dadurch, dass Kinder, die Gewalt gegen sich [...] erleben mussten, später deutlich häufiger selbst durch Gewaltdelikte auffallen als Kinder, denen es vergönnt war, in gewaltfreier Umgebung aufzuwachsen“.

Demgegenüber fand sich bei anderen Autoren eine mehr oder minder deutlich zum Ausdruck gebrachte Ablehnungshaltung gegenüber der vom Gesetzgeber verordneten „gewaltfreien Erziehung“. So etwa, wenn *Roellecke* mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG („Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“) dartat: „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

⁶ BGH NSStZ 1987, 173.

⁷ *Bussmann*, in: Gerhardt/Hradil/Lucke/Nauck (Hrsg.), *Familie der Zukunft*, 1995, S. 261.

⁸ *Bussmann* (Fn. 7), S. 261.

⁹ *Bussmann* (Fn. 7), S. 261.

¹⁰ Pressemitteilung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend v. 21.3.2000 anlässlich der Fachtagung „Gewaltfreies Erziehen in Familien – Schritte der Veränderung“ in Berlin, zitiert nach *Diederich*, NJ 2000, 225 (229).

¹¹ Vgl. *Schwind*, *Kriminologie*, 10. Aufl. 2000, § 10 Rn. 46.

¹² So der Titel des Aufsatzes von *Baltz*, *ZfJ* 2000, 210.

¹³ Bundeskonferenz für Erziehungsberatung e.V., *ZfJ* 2001, 20.

¹⁴ So der Titel des Aufsatzes von *Diederich*, NJ 2000, 225.

¹⁵ *Diederich*, NJ 2000, 225 (230).

¹⁶ *Diederich*, NJ 2000, 225 (230), sich dabei explizit auf die „neue wissenschaftliche Untersuchung von *Pfeiffer/Wetzels* von November 1999“ beziehend (*Pfeiffer/Wetzels*, *Innerfamiliäre Gewalt gegen Kinder und Jugendliche und ihre Auswirkungen*, 1999).

Erwägung rechtfertigen, gewalttätige Erziehung sei eben falsch¹⁷.

Hier soll nun aber nicht im Einzelnen auf die eben angeklungenen prinzipiellen Argumente für und gegen eine im eigentlichen Sinne gewaltfreie Erziehung eingegangen werden. Auch soll insbesondere nicht die grundsätzliche „Richtigkeit“ oder „Unrichtigkeit“ des nun einmal in der Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB Gesetz gewordenen – um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: mir selbst äußert sympathischen! – Bekenntnisses zu gewaltfreier Erziehung einer näheren Untersuchung unterzogen werden. Im Folgenden soll vielmehr nur der strafrechtsdogmatischen Frage nachgegangen werden, welche Bedeutung diese nun einmal vorgenommene Änderung des BGB für die strafrechtliche Beurteilung einschlägiger „Züchtigungs“-Fälle hat. Auch nahezu elf Jahre nach jener Änderung ist die Antwort auf diese Frage alles andere als einfach.¹⁸

III. Zur Geschichte des Züchtigungsrechts

Um zunächst kurz den bisherigen Stand der strafrechtlichen „Lehre vom Züchtigungsrecht“ zu referieren: Noch bis vor wenigen Jahrzehnten kannte man gleich mehrere Arten von Züchtigungsrechten: das elterliche Züchtigungsrecht, das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern sowie das Züchtigungsrecht des Lehrers gegenüber seinen Schülern. Bei ihnen allen handelt bzw. handelte es sich um gewohnheitsrechtliche Rechtfertigungsgründe.

Das Züchtigungsrecht des Lehrers fand noch bis in die Mitte der 1970er Jahre hinein Anerkennung in Rechtsprechung und Lehre – bei freilich immer weiter zunehmender Ablehnung vor allem im strafrechtlichen Schrifttum. Heute jedenfalls steht der Annahme eines derartigen Gewohnheitsrechts die inzwischen „auch schon gefestigte Rechtsüberzeugung entgegen, dass die Ausübung der Züchtigung in diesem Rahmen nicht mehr dem geltenden Recht entspricht“¹⁹ und ist man sich demgemäß darüber einig, „dass ein Züchtigungsrecht des Lehrers gegenüber den Schülern nicht [mehr] besteht“²⁰. Ganz entsprechend verhält es sich hinsichtlich des ehemals durchaus anerkannten²¹ Züchtigungsrechts gegenüber fremden Kindern: Nach heutigem Verständnis „haben beliebige Dritte, im Verhältnis zu *fremden* Kindern, keinerlei

Befugnis zu körperlicher Züchtigung“²². Denn längst schon hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass das Züchtigungsrecht, so es denn überhaupt anzuerkennen ist, eine *höchstpersönliche* Befugnis des Erziehungsberechtigten darstellt²³ und es deshalb „nicht angeht, sie gegen dessen Willen aufgrund eines angeblichen öffentlichen Interesses ‚entsprechend § 679 BGB‘ [d.h. entsprechend den zivilrechtlichen Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, M.H.] gewähren zu wollen“²⁴.

Übrig geblieben war somit gegen Ende des vergangenen Jahrhunderts nur noch das innerfamiliäre Züchtigungsrecht, das sich zumindest bis zur jüngsten Änderung des § 1631 Abs. 2 BGB im Jahr 2000 noch weitestgehend hat behaupten können, obwohl auch diese Form des Züchtigungsrechts schon bis dahin immer mehr an Boden verloren hatte und zuletzt auch immer häufiger per se in Frage gestellt worden war.²⁵ Über viele Jahrzehnte hinweg aber entsprach es der herrschenden Meinung, dass „eine Züchtigung im familiären Bereich gegenüber minderjährigen Kindern aus erzieherischen Gründen zulässig ist“²⁶. Dabei wurde das Züchtigungsrecht für *Eltern* – und nur von diesem wird, der Einfachheit halber,²⁷ „als pars pro toto für das Recht *aller* Erziehungsberechtigten“²⁸ nachfolgend die Rede sein – eben aus § 1631 BGB, also aus dem allgemeinen Erziehungsrecht, hergeleitet, für die Mutter eines nichtehelichen Kindes, für Adoptiveltern und für den Vormund aus derselben Vorschrift jeweils i.V.m. §§ 1705, 1754 bzw. 1800 BGB.²⁹

Dabei konnte man sich bis in die zweite Hälfte des vergangenen Jahrhunderts hinein gar noch auf die positivrechtliche Regelung des damaligen § 1631 Abs. 2 BGB berufen, in der es hieß: „Der Vater kann kraft des Erziehungsrechts angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden“ – der Vater wohl gemerkt, die Mutter nicht; sie musste damals wohl schon froh sein, nicht selbst Objekt des Züchtigungsrechts des pater familias zu sein. Im Ergebnis nicht anders wurde es aber auch dann noch gesehen, als mit dem am 1.7.1958 in Kraft getretenen Gleichberechtigungsgesetz³⁰ (aufgrund vollständiger Streichung des § 1631 Abs. 2 BGB) die positive gesetzliche Ermächtigung zu Zuchtmitteln entfiel, ging doch

¹⁷ Roellecke, NJW 1999, 338.

¹⁸ Vgl. nur etwa Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 17 Rn. 32: „Ein elterliches Züchtigungsrecht als Rechtfertigungsgrund für Körperverletzungen existiert jedenfalls in der früher anerkannten Form heute nicht mehr. Ob und ggf. in welchen Fällen eine Strafbarkeit nach § 223 bei gleichwohl erfolgenden Züchtigungen entfallen kann, ist Gegenstand lebhaften Streitens.“

¹⁹ Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 8 Rn. 151.

²⁰ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 82; ebenso statt vieler etwa Roxin (Fn. 18), § 17 Rn. 52; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 141.

²¹ Vgl. zuletzt nur Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, § 14 V a.E.

²² Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 20), § 9 Rn. 141 (*Hervorhebung* auch im Original); ebenso etwa Kühl (Fn. 20), § 9 Rn. 56; Mitsch, JuS 1992, 289 (290).

²³ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 1997, § 17 Rn. 37; ebenso Roxin (Fn. 18), § 17 Rn. 56.

²⁴ Roxin (Fn. 23), § 17 Rn. 37; im selben Sinne Roxin (Fn. 18), § 17 Rn. 56.

²⁵ Vgl. den nachfolgenden Abriss der Geschichte des § 1631 Abs. 2 BGB.

²⁶ Roxin (Fn. 23), § 17 Rn. 33, der dies damals explizit als „die h.M.“ bezeichnete.

²⁷ ... und insoweit auch bewusst dem Beispiel *Beulkes*, in: Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 539 (S. 540) folgend ...

²⁸ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 540).

²⁹ Näher hierzu Roxin (Fn. 23), § 17 Rn. 33.

³⁰ Gesetz v. 18.6.1958, BGBl. I 1958, S. 609 (S. 624 f.).

die allgemeine Meinung nunmehr davon aus, dass das elterliche Züchtigungsrecht – jetzt natürlich für Vater *und* Mutter – als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund gewohnheitsrechtlich fortbestehe.

Obwohl sich gegen diese Aufrechterhaltung des Züchtigungsrechts von Seiten progressiver Pädagogen erheblicher Protest regte, wurde mittels des Sorgerechtsgesetzes³¹, das am 1.1.1980 in Kraft trat, lediglich – aber immerhin! – nun erstmals negativ ausgrenzend das Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen in § 1631 Abs. 2 BGB aufgenommen: „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen sind unzulässig.“ Zumindest seit diesem Zeitpunkt entsprach es denn auch der ganz h.M., dass eine Züchtigung der eigenen Kinder aus erzieherischen Gründen dann, aber auch nur dann, „zwar tatbestandsmäßig, aber gerechtfertigt“ sei, „solange sie keine Gesundheitsbeschädigung [heute würde man sagen: Gesundheitsschädigung] hervorruft und nicht in entwürdigender Art und Weise erfolgt“³². Soviel also stand nunmehr fest: „Tolerabel“ sei das innerfamiliäre Züchtigungsrecht „nur, wenn die Zufügung von blutenden Wunden, Blutergüssen und ähnlichem als Mißbrauch des Erziehungsrechtes ebenso [...] bestraft wird, wie die nach § 1631 Abs. 2 BGB ausdrücklich verbotene entwürdigende Züchtigung (z.B. durch Fußtritte oder entstellendes Abschneiden der Haare, Schläge nach einer Fesselung oder unter dem Zwang, sich völlig nackt auszukleiden)“³³.

Gänzlich problematisch für die Annahme eines – wie auch immer bereits zurückgeschränkten – elterlichen Züchtigungsrechtes wurde es dann allerdings, als im Anschluss unter anderem an den im Jahre 1990 die Einführung eines „Züchtigungsverbots“ vorschlagenden Bericht³⁴ der von der Bundesregierung 1987 eingesetzten „Gewaltkommission“ und weiterer zumindest eine deutliche Einschränkung des Züchtigungsrechtes fordernder Verlautbarungen³⁵ im Rahmen des Kindschaftsreformgesetzes eine zum 1.7.1998 in Kraft getretene Ergänzung des seit 1980 unverändert gebliebenen § 1631 Abs. 2 BGB vorgenommen wurde³⁶. Hieß es in dieser Norm bis dahin schlicht: „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen sind unzulässig“, wurde dies nun näher erläutert: „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen, insbesondere körperliche und seelische Mißhandlungen, sind unzulässig“. Ging es bis dahin darum, die Grenze zur „entwürdigenden Erziehungsmaßnahme“ – unter selbstaufgelegtem völligem Ausschluss von vornherein der Fälle der „Gesundheitsbeschädigung“ – nach mehr oder minder freiem Dafürhalten irgendwo durch die Fälle der „körperlichen Misshandlung“ des § 223 Abs. 1 StGB hindurchzulegen, war dies jetzt nicht

länger möglich: Der Gesetzestext erklärte nunmehr eben ausnahmslos eine jede „körperliche Misshandlung“ zur per se „entwürdigenden Erziehungsmaßnahme“.

Damit stellte sich ganz entschieden die Frage, welche Konsequenzen für das elterliche Züchtigungsrecht aus der damaligen Gesetzesergänzung zu ziehen seien, ja mehr noch die Frage, ob es denn ein elterliches Züchtigungsrecht überhaupt noch gab. Im Ergebnis war man sich allerdings weitestgehend einig: Zwar bleibe nach der Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB durch das Kindschaftsreformgesetz für ein familienrechtliches Züchtigungsrecht „kaum noch Raum“³⁷, ob dies „freilich zwingend zur Strafbarkeit jeglicher körperlicher Erziehungsmaßnahmen führen sollte“, erscheine „zweifelhaft“³⁸, denn: „So wenig einerseits das Züchtigungsrecht als Deckmantel für Kindesmisshandlungen missbraucht werden darf, so wenig wäre andererseits die Strafjustiz ein adäquates Instrument, um im ‚familiären Kleinkrieg‘ pädagogisch verunsicherte Eltern schon bei jedem [noch so geringen, M.H.] körperlichen Übergriff durch kriminalisierende Sanktionen in die Schranken zu weisen“³⁹. Diese Sicht der Dinge entsprach übrigens auch durchaus dem Willen des Gesetzgebers, der mit der Neufassung zwar eine Klarstellung dessen erreichen wollte, was unter einer „entwürdigenden Erziehungsmaßnahme“ zu verstehen ist, aber erklärtermaßen eine verstärkte Kriminalisierung züchtigender Eltern nicht im Auge hatte. Wie schon in der Begründung zum damaligen Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu lesen steht:⁴⁰ „Durch die vorgeschlagene Präzisierung des § 1631 Abs. 2 BGB soll die Strafverfolgung gegen Eltern nicht ausgeweitet werden. [...] Durch die vorgesehene Änderung wird die geltende Regelung nicht verschärft, sondern präzisiert. [...] Es ist nicht Absicht des Entwurfs, [...] die bereits gegenwärtig bestehenden Strafdrohungen auszudehnen“.

Insbesondere *Beulke* versuchte nun, mit diesem Ergebnis vor Augen, eine auch dogmatisch befriedigende Antwort auf die sich aus der neuen Gesetzeslage ergebenden Fragen zu finden. Soweit er dabei im Einklang mit dem übrigen Schrifttum, aber eben durchaus auch mit dem Gesetzgeber selbst, zu der Anfangserkenntnis gelangte, dass einerseits „die Neuregelung des § 1631 Abs. 2 BGB auch Auswirkungen auf das Strafrecht haben“ müsse,⁴¹ es andererseits aber nicht angehe, selbst „die pädagogisch motivierte Backpfeife“⁴² in Zukunft als strafbare Körperverletzung einzustufen,⁴³ so soll diese (im

³¹ Gesetz v. 18.7.1979, BGBl. I 1979, S. 1061 (S. 1062).

³² *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 33.

³³ *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 35.

³⁴ Endgutachten der Gewaltkommission, in: Schwind u.a. (Hrsg.), Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt, Bd. 1, 1990, S. 157 f., 183, 280 f.

³⁵ Vgl. nur etwa *Schneider*, Körperliche Gewaltanwendung in der Familie, 1988, S. 210 ff.

³⁶ Gesetz v. 16.12.1997, BGBl. I 1997, S. 2942 (S. 2946), in Kraft seit 1.7.1998.

³⁷ *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 223 Rn. 20.

³⁸ *Eser* (Fn. 37), § 223 Rn. 20.

³⁹ *Eser* (Fn. 37), § 223 Rn. 20.

⁴⁰ BT-Drs. 12/6343, S. 9, 11, 12.

⁴¹ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 541).

⁴² *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 541).

⁴³ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 542): „Bei leichten Schlägen im Sinne einer spontanen Reaktion auf ein von den Eltern ausdrücklich untersagtes Verhalten (z. B. Backpfeife nach Beleidigung der Eltern) dürfte in der Bevölkerung keine Einigung darüber zu erzielen sein, dass dies einer sinnvollen Erziehung zuwiderlaufe“.

Ergebnis richtige) Grundjustierung hier zunächst einmal nicht näher hinterfragt werden – es wird später noch darauf zurückzukommen sein. Einer näheren Betrachtung bedarf jedoch *Beulkes* eigentlicher Lösungsansatz.

Den (damaligen) neuen Gesetzeswortlaut ernstnehmend – man erinnere sich: „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen, insbesondere körperliche und seelische Mißhandlungen, sind unzulässig“ – legte er seinen weiteren Überlegungen das Eingeständnis zugrunde, dass eine jede „körperliche Misshandlung“ i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB ohne Wenn und Aber eine „entwürdigende Erziehungsmaßnahme“ darstelle und somit unzulässig sei.⁴⁴ Der unentrinnbar erscheinenden Folgerung hieraus, dass damit auch jede über eine – von vornherein als unerhebliche Beeinträchtigung einzustufende – leichte Ohrfeige oder den – mangels Erheblichkeit ebenfalls nicht tatbestandsmäßigen⁴⁵ – leichten Klaps auf den Po hinausgehende Handgreiflichkeit eine am Ende strafbare Körperverletzung sei, wollte er dann freilich durch eine einschränkende Uminterpretation des Begriffs der „körperlichen Misshandlung“ entgehen: „Da uns durch § 1631 Abs. 2 BGB vorgegeben ist, dass jede ‚körperliche Mißhandlung‘ des Kindes ausnahmslos als unzulässig angesehen werden muss, selbst wenn sie Erziehungszwecken dient, wird damit die genaue Definition des Tatbestandsmerkmals ‚körperliche Mißhandlung‘ zur Schicksalsfrage“⁴⁶. Im Ergebnis plädierte *Beulke* nun dafür, eine „körperliche Mißhandlung“ schon tatbestandlich – und damit eine Strafbarkeit nach § 223 Abs. 1 StGB – hinsichtlich aller der Fallgruppen zu verneinen, die „früher durch den Rechtfertigungsgrund des elterlichen Züchtigungsrechts abgedeckt wurden“⁴⁷, also etwa für den Fall eines „kräftigen Schlags auf das Gesäß“ oder des „Ziehens an den Haaren oder Ohren als Reaktion auf einen Gelddiebstahl aus dem Portemonnaie der Mutter“⁴⁸. Denn als körperliche „Miss“-handlung lasse sich stets nur eine *unangemessene* Behandlung begreifen; es sei aber „eine erzieherisch sinnvolle Maßnahme [...] nicht von vornherein ‚unangemessen‘, sondern könne ‚im Einzelfall als Ausfluß des durch Art. 6 GG abgesicherten und in den §§ 1626 ff. BGB näher geregelten Erziehungsrechts eingestuft werden“.⁴⁹

Dieser Ansatz *Beulkes* zu einer Neuorientierung im Hinblick auf die Problematik elterlichen Züchtigens hat seinerzeit viel Anklang im Schrifttum gefunden.⁵⁰ Vermutlich hätte

sich diese – übrigens schon vom Gesetzgeber in seiner Entwurfsbegründung selbst als Möglichkeit in den Raum gestellte⁵¹ – „Tatbestandslösung“⁵² bei weiterhin unveränderter Gesetzeslage als herrschende Auffassung etablieren können. Eine solche Lösung der Züchtigungsproblematik über eine Einschränkung des Begriffs der „körperlichen Mißhandlung“ scheint mir jedoch – unabhängig von der dann bald nachfolgenden neuerlichen Gesetzesänderung des Jahres 2000 – schon damals nicht überzeugend gewesen zu sein. Zum einen hatte es der bis dahin absolut h.M.⁵³ entsprochen, dass „die Ansicht, eine zu erzieherischen Zwecken erfolgende körperliche Züchtigung [sei] keine Mißhandlung und daher schon nicht tatbestandsmäßig i.S.d. § 223 StGB, [...] keinen Beifall“ verdiene.⁵⁴ Denn § 223 StGB schütze das körperliche Wohlbefinden. Da dieses aber „durch eine Züchtigung gerade beeinträchtigt werden soll“, sei „der Deliktstypus durch sie verwirklicht und der Tatbestand erfüllt; ob eine solche Schmerzzufügung wegen des damit verfolgten Zweckes gestattet ist“, sei „allein eine Frage der Rechtfertigung“.⁵⁵ Warum sollte dies jetzt plötzlich nicht mehr gelten?

Zum anderen aber entspräche es letztlich einem Zirkelschluss, zunächst mittels Inbezugnahme des in § 223 StGB anzutreffenden Begriffs der „körperlichen Misshandlung“ zwischen den in § 1631 Abs. 2 BGB genannten „entwürdigenden“ und den daneben verbleibenden „nicht entwürdigenden“ Erziehungsmaßnahmen zu unterscheiden, dann aber diesen zu diesem Zweck in Bezug genommenen Begriff der „körperlichen Misshandlung“ inhaltlich an dem – so ja ausdrücklich *Beulke*⁵⁶ – „in den §§ 1626 ff. BGB näher geregelten Erziehungsrecht“ und damit gerade auch wieder an § 1631 Abs. 2 BGB zu bemessen. Hier schwimmt der Goldfisch im Kreis: Was eine nach § 1631 Abs. 2 BGB „entwürdigende Erziehungsmaßnahme“ ist, bestimme sich anhand des Begriffs der „körperlichen Misshandlung“ des § 223 StGB; eine „körperliche Misshandlung“ sei aber nur in einer „unangemessenen“ Erziehungsmaßnahme zu erblicken – und eine solche wiederum gerade dann gegeben, wenn sie „entwürdigend“ im Sinne des § 1631 Abs. 2 BGB ist.

Als letztes schließlich ist gegen die von *Beulke* ehemals entwickelte Züchtigungslehre vorzubringen, dass für ihn die „Tatbestandslösung“ nur im Hinblick auf „körperliche Misshandlungen“ gelten sollte, nicht aber für die in § 1631 Abs. 2 BGB ja nicht eigens genannten „Gesundheitsschädigungen“ des § 223 StGB und erst recht nicht für Freiheitsberaubungen, Nötigungen und Beleidigungen.⁵⁷ Erschien *Beulke* „eine

⁴⁴ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545): „durch § 1631 Abs. 2 BGB vorgegeben [...], dass jede ‚körperliche Mißhandlung‘ des Kindes ausnahmslos als unzulässig angesehen werden muß“.

⁴⁵ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 546): „Mangels ‚Erheblichkeit‘ können wir also [...] die ganz leichten Klapse etc., also die eindeutigen Bagatellen, aus dem Tatbestand ausscheiden, die selbst das kleine Kind nur peripher wahrnimmt und die deshalb unstreitig als straflos angesehen werden“; ebenso *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 35.

⁴⁶ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545).

⁴⁷ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 546).

⁴⁸ Beispiele von *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 546).

⁴⁹ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 546).

⁵⁰ So auch der Befund bei *Roxin* (Fn. 18), § 17 Fn. 52.

⁵¹ Zur Möglichkeit einschränkender Auslegung des Merkmals „körperliche Misshandlung“ in § 223 Abs. 1 StGB vgl. BT-Drs. 13/8511, S. 65 sowie schon BT-Drs. 12/6343, S. 15; näher zu diesem Aspekt der Entwurfsbegründung *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 541).

⁵² So die von *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 547) und passim selbst verwendete Bezeichnung.

⁵³ So explizit *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 34 Fn. 49 m.w.N.

⁵⁴ *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 34.

⁵⁵ *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 34.

⁵⁶ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 546).

⁵⁷ So explizit auch *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 548) selbst.

generelle Tatbestandslösung für alle Fallgruppen elterlicher Erziehungsmaßnahmen nicht möglich“, weil er im Rahmen der genannten Tatbestände „keinen Auslegungsspielraum für die Berücksichtigung erzieherischer Gesichtspunkte zu entdecken“ vermochte,⁵⁸ so heißt dies nichts anderes, als dass es jenseits der „körperlichen Misshandlung“ bei der bisherigen Konstruktion einer Rechtfertigung aus elterlichem Erziehungsrecht bleiben sollte.⁵⁹ Wenn *Beulke* nun in vager Diktion beschwichtigt, dass „diese Differenzierung [...] bei Lichte betrachtet so dramatisch nun auch wiederum nicht“ sei,⁶⁰ bleibt doch kritisch festzuhalten, dass damit eine dogmatisch höchst eigenartige Situation entsteht: Bei einer Züchtigungsmaßnahme, die einerseits Schmerzen, andererseits aber etwa auch Blutergüsse hervorruft (man denke beispielsweise an einen heftigen Schlag oder eine Tracht Prügel), bemisst sich nach diesem dualistischen Ansatz die Strafbarkeit im Hinblick auf den ersten Aspekt (die Schmerzen) danach, ob es sich angesichts der erzieherischen Zielsetzung um ein „unangemessenes“ Verhalten und damit überhaupt tatbestandlich um eine „körperliche Misshandlung“ handelt; demgegenüber wäre hinsichtlich des zweiten Aspekts (der Blutergüsse) zwar ohne weiteres eine „Gesundheitsschädigung“ zu konstatieren, die Zulässigkeit der Züchtigungsmaßnahme insoweit aber erst über die Frage nach dem Vorliegen eines aus dem elterlichen Erziehungsrecht resultierenden Rechtfertigungsgrundes zu ermitteln.

IV. Die heutige Rechtslage

Aber wie auch immer – selbst wenn man davon auszugehen bereit wäre, dass die von *Beulke* entwickelte „Tatbestandslösung“ der damaligen Fassung des § 1631 Abs. 2 BGB noch gerecht zu werden vermochte, ist damit für die Klärung unserer heutigen Situation nicht viel gewonnen. Denn wie bereits mehrfach erwähnt wurde diese Vorschrift erneut geändert⁶¹ und die seit dem 8.11.2000 geltende Gesetzesfassung lautet nunmehr: „Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.“ Da ist nicht mehr die Rede von „körperlicher Misshandlung“, da findet sich keine Formulierung mehr, an die sich die „Tatbestandslösung“ anknüpfen ließe.⁶² Kristallklar – und gerade darum ging es dem Gesetzgeber erklärtermaßen⁶³ – findet

sich nunmehr (insbesondere durch das Wort „andere“⁶⁴) zum Ausdruck gebracht, dass schlechterdings eine jede körperliche Bestrafung eine entwürdigende Maßnahme darstellt und als solche unzulässig ist – womit von vornherein einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung⁶⁵ entgegenzutreten ist, es könne auch körperliche Bestrafungen ohne „entwürdigenden“ Charakter geben, so dass man folglich nicht alle körperlichen Bestrafungen als unzulässig und damit als strafbare Körperverletzungen anzusehen habe.

Doch selbst in den Gesetzesmaterialien auch zu dieser jüngsten Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB liest man wieder, wie schon in der Begründung zum Kindschaftsreformgesetz von 1997,⁶⁶ dass die Strafbarkeit elterlicher Gewaltausübung durch das neue Gesetz nicht ausgeweitet werden, sondern im bisherigen Umfang unverändert bestehen bleiben solle.⁶⁷ Ziel der Änderung sei vielmehr „die Ächtung der Gewalt in der Erziehung ohne Kriminalisierung der Familie“.⁶⁸ Nimmt man insofern den Gesetzgeber beim Wort und geht demgemäß davon aus, dass sowohl bei der Gesetzesänderung von 1997, wie auch bei derjenigen von 2000 die Strafbarkeit züchtigender Eltern im Ergebnis nicht oder zumindest nicht wesentlich erweitert werden sollte, so heißt das letztlich nichts anderes, als dass in der überwiegenden Zahl der Fälle, in denen man in den Jahren zuvor eine gewohnheitsrechtliche Rechtfertigung aufgrund elterlichen Züchtigungsrechts angenommen hatte, auch jetzt keine unbedingte Bestrafung des innerhalb jener Grenzen Züchtigenden stattfinden soll.⁶⁹

Man mag die Frage stellen, warum der Gesetzgeber einerseits den Gesetzeswortlaut des § 1631 Abs. 2 BGB so restriktiv fasst, dass prima vista jegliche körperliche Beeinträchtigung die sichere Folge der Strafbarkeit nach sich zu ziehen scheint, andererseits aber doch in den Einlassungen ebendieses Gesetzgebers in den Gesetzesmaterialien klar zum Ausdruck gelangt, dass offenbar eine flächendeckende tatsächliche Bestrafung am Ende gar nicht gewollt ist. Die Antwort hierauf ist freilich im Grunde recht einfach: Auf der einen

⁵⁸ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 548).

⁵⁹ So ausdrücklich *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 548).

⁶⁰ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 549).

⁶¹ [...] durch das Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung v. 2.11.2000, BGBl. I 2000, S. 1479.

⁶² Anders freilich u.a. *Beulke*, in: Amelung u.a. (Hrsg.), *Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie*, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2003, S. 29 (S. 37 ff., insbes. S. 39 f.). Die von ihm dazu angestellten linguistischen Betrachtungen des Gesetzestextes des § 1631 Abs. 2 BGB vermögen mich aber nicht zu überzeugen; in diesem Sinne auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 39.

⁶³ BT-Drs. 14/1247, S. 8; vgl. hierzu auch *Otto* (Fn. 19), § 8 Rn. 150.

⁶⁴ Sehr aufschlussreich hierzu *Hoyer*, *FamRZ* 2001, 521 (522).

⁶⁵ Vgl. insb. *Beulke* (Fn. 62), S. 29 (S. 37 ff., insb. S. 39 f.); *Kühl* (Fn. 20), § 9 Rn. 77b; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 223 Rn. 11; *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 2008, Vor §§ 32-35 Rn. 24 sowie *Krey*, in: *Krey/Heinrich*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, Rn. 312; dagegen insb. *Hoyer*, *FamRZ* 2001, 521 (522) sowie *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 39.

⁶⁶ Vgl. bereits oben bei Fn. 40.

⁶⁷ BT-Drs. 14/1247, S. 3, 6.

⁶⁸ BT-Drs. 14/1247, S. 5.

⁶⁹ Dementsprechend setzt denn auch die Begründung des Gesetzesentwurfes ganz zentral auf die Lösung „Hilfe statt Strafe“ (BT-Drs. 14/1247, S. 5) und formuliert: „Nicht die Strafverfolgung oder der Entzug der elterlichen Sorge dürfen deshalb in Konfliktlagen im Vordergrund stehen, sondern Hilfen für die betroffenen Kinder, Jugendlichen und Eltern“ (BT-Drs. 14/1247, S. 5 f.).

Seite soll mit der immer stärker und nunmehr völlig konzeptionslos herausgestellten Ächtung jeglicher Gewalt, insbesondere jeglicher körperlicher Bestrafung, auf das Bewusstsein der Allgemeinheit in ebendieser Richtung eingewirkt, soll letztlich der Kreislauf der Gewalt in unserer Gesellschaft durchbrochen werden.⁷⁰ § 1631 Abs. 2 BGB kommt somit in erster Linie eine dezidierte Appellfunktion zu. Auf der anderen Seite aber soll ersichtlich⁷¹ nicht mittels einer strikten Bestrafungspraxis von außen in die Familien hineingegriffen werden in einer Weise, die den Familienfrieden in noch erheblich stärkerem Maße als die zugrundeliegende Züchtigungsmaßnahme beeinflussen, stören oder gar zerstören würde.

Doch auch einmal ganz ungeachtet dieser aus dem Miteinander von Gesetzestext und Gesetzesmaterialien herausleuchtenden Intentionen des Gesetzgebers und der damit einhergehenden offenkundigen Relativierung der vordergründig dem Gesetz inhärenten Bestrafungsnotwendigkeit erschiene eine umfassende Sanktionierung jeder in die Körperintegrität des Kindes eingreifender Erziehungsmaßnahme auch tatsächlich in der Sache nicht oder doch nur schwer akzeptabel. Zum einen wäre eine solche strikte Durchsetzung des Ideals einer „gewaltfreien Erziehung“ unter dem Aspekt des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zumindest bedenklich,⁷² heißt es doch dort: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“. Denn zwar ist angesichts der „Wächterklausel“ des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG („Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft“) nichts dagegen einzuwenden, kraft Gesetzes das elterliche Züchtigungsrecht einzuschränken;⁷³ es aber auf diese Weise *gänzlich* auszuschließen, mag die Grenzen einfachgesetzlicher Rechtsetzungskompetenz überschreiten⁷⁴ – wenigstens dann, wenn der Züchtigungsverzicht

nicht nur als bloßer Appell im Gesetz steht, sondern ein Zuwiderhandeln auch tatsächlich strafrechtlich geahndet würde. In diesem Sinne heißt es denn auch im Grundgesetz-Kommentar von v. Mangoldt/Klein/Starck zur Frage gesetzlicher Reglementierung des Eltern-Kind-Verhältnisses: „Der Staat soll sich bis zur Grenze des Missbrauchs (Wächteramt: Art. 6 Abs. 2 S. 2) nicht in dieses Verhältnis einmischen. Daraus resultiert die Duldung elterlicher Züchtigungsmaßnahmen, wenn sie nicht einen Missbrauch des elterlichen Erziehungsrechts darstellen. Ohrfeigen, ein ‚Klaps‘, aber auch eine die Gesundheit nicht beeinträchtigende Tracht Prügel aus gegebenem Anlass sind vom verfassungsrechtlich garantierten Erziehungsrecht der Eltern gedeckt und dürfen vom Staat nicht verboten werden. An dieser Analyse der Rechtslage kann man auch nicht vorbei, wenn man ein Gegner des elterlichen Züchtigungsrechts ist“⁷⁵. Gewiss, dies ist auch im verfassungsrechtlichen Schrifttum nicht unumstritten.⁷⁶ Jedenfalls aber wäre es im Dienste einer nicht bereits per se grenzwertigen Interpretation des in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingeräumten elterlichen Erziehungsrechts wünschenswert, einer allzu strikten Umsetzung des in § 1631 Abs. 2 BGB Gesetz gewordenen Appells zu gewaltfreier Erziehung – dessen Verfassungsmäßigkeit hier trotz nicht unerheblicher Bedenken einmal zugrunde gelegt werden soll – entgegenzutreten.

Aber auch in familien- und kriminalpolitischer Hinsicht wäre es verfehlt, jeder auch noch so geringen Züchtigungsmaßnahme die Strafe auf den Fuß folgen zu lassen. Dabei wäre es, worauf schon *Beulke* hinweist, „schon deshalb wenig opportun, [...] den strafrechtlichen Bannstrahl über jede noch so leichte, gewaltsame Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens zu verhängen, [...] weil ein solches Staatsziel der antiautoritären Erziehung auch in unserer libe-

⁷⁰ So explizit BT-Drs. 14/1247, S. 3: Es gehe darum, „diesen ‚Kreislauf‘ der Gewalt zu durchbrechen und eindeutig klarzustellen, dass Gewalt kein geeignetes Erziehungsmittel ist“.

⁷¹ Nur so kann es zu verstehen sein, wenn es in BT-Drs. 14/1247, S. 5 heißt, es gehe dem Gesetzentwurf um die Ächtung der Gewalt in der Erziehung „ohne Kriminalisierung der Familie“. Nur so ist auch zu verstehen, dass es dem Gesetzgeber erklärtermaßen im Wesentlichen um „Hilfe statt Strafe“ zu tun ist (BT-Drs. 14/1247, S. 5; vgl. bereits oben Fn. 69).

⁷² Teile der Literatur erblicken denn auch in der jetzigen Fassung des § 1631 Abs. 2 BGB einen klaren Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und halten die Vorschrift von daher für nichtig; vgl. etwa *Noak*, JR 2002, 402 m.w.N. und *Roellecke*, NJW 1999, 337.

⁷³ Insoweit ist denn auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 37 durchaus zuzustimmen, wenn er mit Blick gerade auf Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG darlegt: „Es ist nicht so, dass die Eltern ohne staatliche Kontrolle die Grenzen ihres Erziehungsrechts selbstständig festsetzen können.“

⁷⁴ Insoweit anders jedoch die wohl h.M.; vgl. nur etwa *Roxin*, (Fn. 18), § 17 Rn. 37: „Wenn [...] eine körperliche Bestrafung von Kindern nach der heute durchaus herrschenden pädagogischen Auffassung erzieherisch schlechthin nicht

mehr legitimierbar ist, kann sie auch vom Erziehungsrecht nicht erfasst sein, so dass ihr Verbot dem Grundgesetz nicht widerspricht.“ In diesem Sinne auch bereits BT-Drs. 14/1247, S. 5: „Wo [...] das Wohl des Kindes gefährdet ist, kommt das Wächteramt des Staates zum Tragen.“

⁷⁵ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Abs. 2 Rn. 239; in diesem Sinne auch *Robbers*, in: Mangoldt/Klein/Starck (a.a.O.), Art. 6 Abs. 2 Rn. 154: „Das Grundgesetz entscheidet sich nicht für eine konkrete pädagogische Theorie, die es verpflichtend an die Eltern herantragen würde. Zu den zulässigen Erziehungsmitteln gehören Lob wie Tadel, Anreiz wie Strafe. Auch die körperliche Züchtigung ist nicht von vornherein verfassungsrechtlich unzulässig.“ Mit dieser Auffassung zumindest sympathisierend auch *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (522).

⁷⁶ Vgl. nur *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 6 Rn. 65: „Gesicherte Erkenntnisse über die schädlichen Wirkungen körperlicher Strafen würden sogar ein Verbot körperlicher Züchtigung [...] verfassungsrechtlich zulassen“; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 46: „Das Wächteramt rechtfertigt ein Verbot körperlicher Züchtigung.“

ralen Gesellschaft nicht konsensfähig sein dürfte⁷⁷. Auch wäre es – bei aller Sympathie für eine tatsächlich vollkommen gewaltfreie Erziehung – wohl doch „lebensfremd anzunehmen, daß unter den gegebenen sozialen und psychologischen Bedingungen alle Eltern ganz ohne handgreifliche Belehrungen auskommen könnten“⁷⁸. Vor allem aber würde eine uneingeschränkte Pönalisierung in diesem innersten Bereich des sozialen Miteinanders zu erheblichen, nicht hinnehmbaren Verwerfungen führen, würde in die Familie als der Kernzelle unserer Gesellschaft ein Konfliktpotential hineingetragen, das weit friedensbedrohender zu wirken geeignet wäre als leichte körperliche Züchtigungen als solche es jemals sein könnten. Um es mit *Roxin* zu formulieren: „Wenn man [...] wegen jeder durch schwere Unarten ausgelösten Ohrfeige das Strafrecht mobilisieren wollte, würde man mehr Familien zerstören als befrieden“⁷⁹. Stellen wir uns nur einmal den *Ausgangsfall 2* in concreto vor: Der Vater ohrfeigt aus erzieherischen Gründen bei gegebenem Anlass seinen Sohn, dieser zeigt ihm an, der Vater wird wegen Körperverletzung verurteilt. Dass hier ein weit tieferer Graben durch die Familie gezogen wird, als es im Falle einer Strafflosigkeit dieser – ja keineswegs nicht nachvollziehbar willkürlichen – Ohrfeige der Fall wäre, braucht wohl nicht näher dargelegt zu werden.

Nachdem – wie gesagt – aber auch der Gesetzgeber selbst die Dinge letztlich in dieser Weise sieht, wird man auch für die Zukunft davon ausgehen können und müssen, dass im Ergebnis – insoweit nicht anders, als dies auch schon nach der bisherigen Rechtslage der Fall war – keinesfalls eine jede körperliche Bestrafung *durch den Erziehenden* auch zu einer tatsächlichen Bestrafung *des Erziehenden* führen muss.

V. Die heute gängigen Lösungen

Die Frage kann mithin nur lauten: Wie lässt sich angesichts der jetzigen Gesetzeslage ein solches Ergebnis gesetzeskonform bewirken und strafrechtsdogmatisch schlüssig begründen? Nun – Lösungsvorschläge gibt es hierzu gleich einige. Nur vermag letztlich keiner von Ihnen zu überzeugen.

1. Da ist zunächst einmal die Idee, das überlieferte gewohnheitsrechtlich begründete strafrechtliche Züchtigungsrecht der Eltern aus erzieherischen Gründen bestünde ungeachtet der Regelung des § 1631 Abs. 2 BGB weiter, da das Strafrecht insoweit als eigenständige Rechtsmaterie dem Zivilrecht nicht zwingend in der konkreten Beantwortung einer jeden zur Beurteilung anstehenden rechtlichen Frage zu folgen habe.⁸⁰

Doch auch wenn man einer solchen partiellen Losgelöstheit des Strafrechts vom Zivilrecht prinzipiell zustimmen bereit ist, wird man dennoch nicht einer Beibehaltung des

bislang anerkannten Rechtfertigungsgrundes des elterlichen Züchtigungsrechts das Wort reden können: Denn dieser Rechtfertigungsgrund wurde über die Jahrzehnte hinweg ja explizit gerade auf das elterliche Erziehungsrecht gestützt, wie es im BGB und dort insbesondere im § 1631 Abs. 2 zum Ausdruck gebracht war. Hier lehnte sich das Strafrecht seit ehedem ganz bewusst an das Zivilrecht an. Wenn nunmehr ebendort die Zulässigkeit körperlicher Bestrafung verneint wird, kann man sich nicht urplötzlich aus dieser letztlich selbstauferlegten Anbindung lösen.⁸¹

Man wird damit schlechterdings nicht umhin kommen, die betreffende zivilrechtliche Änderung auch im Strafrecht zur Kenntnis zu nehmen und daraus die Konsequenz zu ziehen, dass damit die Grundlage jenes Rechtfertigungsgrundes des „elterlichen Züchtigungsrechtes“ zur Gänze entfallen ist.⁸²

2. In Richtung einer teilweisen Losgelöstheit des Strafrechts vom Zivilrecht geht auch der von *Günther* stammende⁸³ und schon seit Jahren immer wieder in die Diskussion geworfene Vorschlag, von vornherein „zwischen zivil- und strafrechtlicher Rechtswidrigkeit einer Erziehungsmaßnahme zu differenzieren und letztlich für elterliche Züchtigungen einen speziellen Strafunrechtsausschluß zu entwickeln“⁸⁴. Nicht der aus dem im BGB näher umgrenzten elterlichen Erziehungsrecht hergeleitete Rechtfertigungsgrund des elterlichen Züchtigungsrechts sei damit sedes materiae, sondern ein auf den Binnenbereich des Strafrechts beschränkter und vom Zivilrecht unabhängiger Erlaubnissatz, eben ein sog. „Strafunrechtsausschließungsgrund“⁸⁵, der es ermögliche, die gem. § 1631 Abs. 2 BGB als Unrecht einzustufende „körperliche Bestrafung“ als „schlichtes“, aber nicht strafbares Unrecht zu begreifen.⁸⁶

Dagegen ist freilich mit der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum⁸⁷ einzuwenden, dass es doch „Aufgabe des Tatbestandes [ist] festzulegen, welches Verhalten strafbar sein soll, und diese Entscheidung des Gesetzgebers [...] nicht durch einen ungeschriebenen, von der Wertung des Richters abhängigen Unrechtsausschließungsgrund umgangen werden [...] darf. Man zwänge sonst den Gesetzgeber geradezu dazu, neben der Tatbestandsmäßigkeit zusätzlich zu bestimmen, in

⁸¹ In diesem Sinne auch *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 541 f.).

⁸² In diesem Sinne auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 32, 46.

⁸³ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, S. 352 ff.; *ders.*, in: Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, 1992, S. 891; *ders.*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Lfg., Stand: Mai 1998, Vor § 32 Rn. 63.

⁸⁴ So die zusammenfassende Beschreibung des *Güntherschen* Ansatzes bei *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (523 m.w.N. in Fn. 38).

⁸⁵ Vgl. nur *Günther* (Fn. 83 – SK-StGB), Vor § 32 Rn. 63.

⁸⁶ Näher hierzu *Günther* (Fn. 83 – SK-StGB), Vor § 32 Rn. 63.

⁸⁷ Vgl. (speziell zur Problematik des Züchtigungsrechts) statt vieler nur *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 543 ff.); *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (523 f.); *Roxin*, JuS 1988, 425 (431); *ders.* (Fn. 18), § 17 Rn. 40 f.

⁷⁷ *Beulke* (Fn. 27), S. 537 (S. 542); er fügt hinzu – und dem schließe ich mich an – dass damit „natürlich kein Plädoyer zugunsten drakonischer Leibesstrafen nach ‚guter alter Väter-sitte‘ gehalten werden soll“.

⁷⁸ So noch *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 34.

⁷⁹ *Roxin* (Fn. 23), § 17 Rn. 34.

⁸⁰ Zu der prinzipiellen Frage nach einem Gleichlauf von Zivil- und Strafrecht vgl. *Roxin* (Fn. 18), § 14 Rn. 31 ff.

welchen Einzelfällen das Strafunrecht durch den Rechtsanwender als nicht ausgeschlossen angesehen werden dürfe. Die Grenze zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem wäre bei Anerkennung eines ungeschriebenen Strafunrechtsausschlussgrundes kaum noch klar zu ziehen.⁸⁸ Im Übrigen hätte die Auffassung, dass die Züchtigungshandlung zwar rechtswidrig und nur nicht strafwürdig sei, zur Folge, dass der Gezüchtigte Notwehr bzw. ein Dritter Nothilfe gegenüber dem Züchtigenden üben dürfte.⁸⁹ Daraus aber entstünde, da der Züchtigende unter dem Schutz des Strafunrechtsausschlussgrundes stünde und der Gezüchtigte bzw. sein Verteidiger unter dem der Notwehr – zugespitzt formuliert – „eine vom Strafrecht akzeptierte Schlägerei“.⁹⁰ Das kann nicht sein.

3. Ein weiterer, heute wohl überwiegend präferierter⁹¹ Vorschlag geht dahin, das Problem auf prozessualen Wege zu lösen, nämlich über eine Einstellung des Verfahrens wegen Körperverletzung nach §§ 153 ff. StPO – jedenfalls für den in Nr. 235 Abs. 3 RiStBV vorgezeichneten Fall, dass sozialpädagogische, familientherapeutische oder andere unterstützende Maßnahmen eingeleitet worden sind und diese erfolversprechend erscheinen.⁹² Diese verfahrensrechtliche Notbremse scheint auch der Gesetzgeber selbst ins Auge gefasst zu haben, spricht er doch – in durchaus befürwortender Weise – davon, dass „Maßnahmen wegen elterlicher Mißhandlungen gegenüber ihren Kindern häufig gar nicht ergriffen werden, sondern Verfahrenseinstellungen erfolgen“.⁹³

Eine solche Lösung vermag jedoch nicht zu befriedigen,⁹⁴ „setzt“ doch „jede Einstellung eines Strafverfahrens nach § 153 StPO zunächst eine Einleitung durch Maßnahmen der Strafverfolgung voraus (Bejahung eines Anfangsverdachts, Aufnahme polizeilicher Ermittlungen, Befragung der Eltern, Kinder, Nachbarn) und bildet daher schon für sich einen erheblich belastenden staatlichen Eingriff“⁹⁵ und führt damit gerade zu jener empfindlichen Störung des Familienfriedens, die es gerade zu verhindern gilt.⁹⁶ Und überhaupt: „Wenn

wir“ – wie es der Gesetzgeber ja auch selbst ganz offenkundig tut – „meinen, die Eltern sollten auch in Zukunft ihre Kinder [in dem Sinne, M.H.] frei erziehen dürfen, [dass sie keiner verstärkten Kriminalisierung unterworfen werden, M.H.], und zwar unter Einsatz auch von uns vielleicht nicht gewünschter, aber immerhin doch noch geduldeter Erziehungsmethoden, so sollten wir das Schicksal der Eltern nicht dem Beurteilungsspielraum des Staatsanwalts anheim geben“⁹⁷ – ist doch, wie *Beulke* ganz richtig anschließt⁹⁸ – die Vorstellung, dass „die Staatsanwaltschaft [...] [hier, M.H.] in den Erziehungsvorgang durch intensive Kontrolle und u.U. lenkende Maßnahmen (§ 153a StPO) hineinregieren dürfte, [...] sicherlich keine verlockende Zukunftsperspektive“. Und schließlich, um insoweit mit *Hoyer* zu sprechen: „Jedenfalls kann die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung keinesfalls eine Legitimation für eine etwaige materiell-rechtliche Überkriminalisierung abgeben“⁹⁹.

4. Als letztes schließlich hat *Hoyer* einen zwar höchst interessanten, aber im Ergebnis ebenfalls nicht überzeugenden¹⁰⁰ Ansatz dargetan. Er geht davon aus, dass § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB dem Kind lediglich ein Recht auf gewaltfreie „Erziehung“ gewähre, während doch die gesamte elterliche Sorge nach § 1631 Abs. 1 BGB das Recht umfasse, das Kind „zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen“. Es scheine sich also „das Gewaltverbot des § 1631 II S. 1 BGB auf Pflege, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung gar nicht zu beziehen“¹⁰¹ und wegen der Wechselwirkung mit § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB würde das auch für Satz 2 dieser Vorschrift gelten. Nur für Maßnahmen im Bereiche der „Erziehung“ solle das Züchtigungsverbot des § 1631 Abs. 2 S. 2 BGB mithin von Bedeutung sein, nicht hingegen für Maßnahmen im Bereich von „Pflege, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung“. Man müsse also zwischen diesen verschiedenen Segmenten der elterlichen Sorge fein säuberlich unterscheiden.

Ob dies aber nun tatsächlich überhaupt möglich ist, darf bezweifelt werden.¹⁰² Wenn *Hoyer* etwa in dem Fall, dass „eine elterliche Züchtigungsmaßnahme [...] darauf abzielt, das Kind von selbstschädigendem oder -gefährdendem Verhalten abzuhalten“¹⁰³, ohne weiteres davon ausgehen möchte, dass „diese Züchtigung also gar keine Erziehungszwecke [...] verfolgt, [...] sondern [...] zur Pflege und Beaufsichtigung [...] zählt“, scheint mir diese Einstufung doch durchaus fragwürdig zu sein. Man denke nur an das von *Beulke* in die Diskussion eingeführte Beispiel der „verantwortungsbewusst den-

dem staatlichen Vorgehen „für den Familienfrieden und die weitere Entwicklung des Kindes resultierende Schaden kann weit größer sein, als wenn nach einer – obgleich unzulässigen – Ohrfeige alles wieder gut ist“.

⁹⁷ So ganz richtig *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545).

⁹⁸ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545).

⁹⁹ *Hoyer*, FamRZ 2001, 521.

¹⁰⁰ So auch *Beulke* (Fn. 62), S. 29 (S. 38); *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 43; *Salgo*, RdJB 2001, 283 (289).

¹⁰¹ Hier und nachfolgend *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524).

¹⁰² In diesem Sinne auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 43.

¹⁰³ Hier und nachfolgend *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524).

⁸⁸ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 544).

⁸⁹ So ganz richtig der weitere Einwand von *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 544).

⁹⁰ *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 544); in diesem Sinne und näher hierzu (freilich zum Fall des züchtigenden Lehrers) bereits *Roxin*, JuS 1988, 425 (431).

⁹¹ Vgl. statt vieler nur etwa *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 46.

⁹² Jedenfalls in diesen Fällen kann – und soll – auch nach Auffassung des Gesetzgebers des § 1631 Abs. 2 BGB „ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung entfallen“, vgl. BT-Drs. 12/6343, S. 12.

⁹³ BT-Drs. 14/1247, S. 3; vgl. auch bereits bei und in Fn. 92.

⁹⁴ So auch *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545): „Aber auch der Vorschlag, das Problem auf dem prozessualen Wege zu lösen, verbreitet wenig Glanz“, sowie *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 und letztlich auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 47, 48.

⁹⁵ *Hoyer*, FamRZ 2001, 521; in diesem Sinne auch *Beulke* (Fn. 27), S. 539 (S. 545).

⁹⁶ Dies erkennt, trotz prinzipieller Befürwortung der prozessualen Lösung, auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 48, 49: Der aus

kenden Mutter“¹⁰⁴, die sich angesichts der in concreto vermutlich nur geringen Überzeugungskraft eines „harmlosen Klapses“ dazu „durchringt“, ihrem unvorsichtig auf die Straße gelaufenen und beinahe von einem Auto angefahren vierjährigen Sohn „eine maßvolle, aber dennoch deutlich spürbare und schmerzhaft, also die Erheblichkeitsschwelle des § 223 StGB überschreitende Ohrfeige bzw. einen entsprechenden Schlag auf das Gesäß zu geben“, um für „ein andermal sein Verhalten zu beeinflussen und es für die Gefahren des Straßenverkehrs zu sensibilisieren“. Lässt sich hier wirklich behaupten, diese Ohrfeige oder dieser Schlag auf das Gesäß – zweifelsfrei darauf abzielend, „das Kind von [künftigem, M.H.] selbstschädigendem oder -gefährdendem Verhalten abzuhalten“ – diene nicht auch oder gar in erster Linie erzieherischen Zwecken?¹⁰⁵

Ganz Entsprechendes ist einzuwenden, wenn *Hoyer* des Weiteren anführt:¹⁰⁶ „Verhängen die Eltern Hausarrest gegen ihr Kind, um es von Gesetzesbrüchen abzuhalten, so nehmen sie mit dieser Aufenthaltsbestimmung (auch) auf zulässige Weise ihre Aufsichtsbefugnisse wahr. Wird derselbe Hausarrest verhängt, um das Kind zu Fleiß, unbedingten Gehorsam oder Höflichkeit anzuhalten, so dient die Aufenthaltsbestimmung allein Erziehungszwecken und ist demgemäß wegen § 1631 II BGB verboten“. Ob es hinsichtlich der Zulässigkeit derartiger Maßnahmen wirklich einen Unterschied machen kann, ob das Kind von Gesetzesbrüchen ab- oder zu Höflichkeit angehalten werden soll, erscheint mir höchst zweifelhaft, geht es doch beide Male letztlich darum, das Kind *erziehend* auf ein mit den sozialen Spielregeln konformes künftiges Leben einzuschwören.

Vor allem aber geht es doch in § 1631 Abs. 2 S. 2 BGB ganz allgemein um das Verbot „körperlicher Bestrafung“, ohne dass hier danach unterschieden würde, zu welchem konkreten Zweck die Bestrafung vorgenommen wird – als Ansporn zu künftigem Legalverhalten (damit für *Hoyer* ohne weiteres zulässig) oder bloß zur „Förderung der persönlichen Erziehungsziele der Eltern“¹⁰⁷ (dann nach seiner Auffassung unzulässig). Der Hinweis *Hoyers* auf die nur die Erziehungskomponente heraushebende Formulierung des § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB¹⁰⁸ überzeugt hier angesichts des m.E. klaren Wortlautes der Vorschrift nicht.¹⁰⁹ Ganz abgesehen davon müsste man aber, wollte man denn tatsächlich im *Hoyerschen* Sinne differenzieren, dann – *Hoyers* Darlegungen zufolge – ganz offenkundig zwischen zwei verschiedenen Arten von Erziehungszielen unterscheiden: einerseits den weniger schüt-

zenswerten¹¹⁰ „persönlichen Erziehungszielen“ und andererseits den offenbar schützenswerteren sonstigen (überpersönlichen?) Erziehungszielen. Ebendies scheint *Hoyer* denn auch vorzuschweben, wenn er zum einen dartut, es handele sich (nicht um ein persönliches Erziehungsziel der Eltern, sondern) „um ein allgemein gebilligtes, rechtlich gebotenes Einwirkungsziel [...], wenn die Eltern ihr Kind zu Legalverhalten veranlassen wollen“, und er zum anderen zu den (zu Pflege und Beaufsichtigung zu zählenden) dem Kinderschutz dienenden Maßnahmen anfügt, dass „es eben einen Unterschied [...] bedeutet [...], ob Eltern ihr Kind mit Gewalt zum Tennisstar dressieren wollen oder ob sie ihm den Verzehr giftiger Stoffe abzugewöhnen versuchen“. Im Grunde scheint es also letztlich darum zu gehen, zwischen höher- und minderwertigeren Einwirkungszielen zu unterscheiden und nur letzteren die Beschränkung des § 1631 Abs. 2 BGB aufzuerlegen.¹¹¹ Jedoch stellt sich hier nicht nur wiederum die Frage, ob eine solche Differenzierung überhaupt möglich ist (für die meisten Eltern dürfte etwa der „Ansporn zu künftigem Legalverhalten“ ebenso wie „der Versuch, dem Kind den Verzehr giftiger Stoffe abzugewöhnen“, durchaus auch ein „persönliches Erziehungsziel“ darstellen) bzw. anhand welcher Kriterien eine solche Sortierung erfolgen sollte. Vielmehr tun sich hier auch zwei sehr grundsätzliche, dem Ansatz vollends die Überzeugungskraft nehmende, Probleme auf: zum einen, ob es denn – gerade Angesichts des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG – überhaupt angehen kann, ein ja letztlich tief in das elterliche Erziehungsrecht einschneidendes, dergestalt abschichtendes Zwei-Klassen-System elterlicher Einwirkungsziele zu postulieren; zum anderen, ob mit einer solchen an der Dignität der Einwirkungsziele orientierten Vorgehensweise nicht der in § 1631 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gebrachte, (jedenfalls nach der Intention des Gesetzgebers) als absolut konzipierte, unbedingte Anspruch auf gewaltfreie Erziehung von vornherein relativiert, ja desavouiert wird.

VI. Die eigene Lösung

Was also dann? Natürlich wäre de lege ferenda daran zu denken, „einen persönlichen Strafausschlussgrund für den Fall zu schaffen, dass ein Sorgeberechtigter ‚im Einzelfall aus erzieherischen Gründen ein schwerwiegendes Fehlverhalten des Kindes oder Jugendlichen mit einer maßvollen Züchtigung ahndet“¹¹². Ob sich freilich der Gesetzgeber,

¹⁰⁴ *Beulke* (Fn. 62), S. 29 f.

¹⁰⁵ So aber *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524), daraus folgernd: „Zielt eine elterliche Züchtigung darauf ab, Rechtsgüter des Kindes [...] zu schützen, so ist § 1631 Abs. 2 BGB [...] gar nicht einschlägig – z. B. wenn das Kind dazu motiviert werden soll, nicht auf der Straße bzw. mit dem Feuer zu spielen“.

¹⁰⁶ *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524).

¹⁰⁷ *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524).

¹⁰⁸ Vgl. oben bei Fn. 101.

¹⁰⁹ In diesem Sinne mit ausführlicher Begründung auch *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 43.

¹¹⁰ „Um ihre persönlichen Erziehungsziele zu fördern, müssen sich Eltern künftig darauf beschränken zu überzeugen, vorbildhaft zu wirken oder eventuelle Vergünstigungen zu entziehen“, *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524).

¹¹¹ In diesem Sinne auch *Hoyer*, FamRZ 2001, 521 (524) selbst: „Daß den Eltern zur Wahrung der objektiven Kindesinteressen rechtlich mehr an Befugnissen zugestanden wird als zur Durchsetzung lediglich des subjektiven Elternwillens, vermag auch im Ergebnis einzuleuchten: Je dringender und eindeutiger der Rechtsgemeinschaft an der Erreichung bestimmter Einwirkungsziele gelegen ist, desto umfangreicher werden auch die Eingriffsbefugnisse sein, die sie zwecks Verfolgung dieser Ziele zur Verfügung zu stellen bereit ist.“

¹¹² So der Vorschlag von *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 50.

dem es doch ersichtlich um eine rigorose – und damit vermutlich auch kompromisslose – Ächtung einer jeden Form von innerfamiliärer Gewalt zu tun ist, darauf einlassen wird, halte ich für mehr als fraglich.

Jedoch scheint mir eine demgegenüber bereits *de lege lata* gegebene Lösungsmöglichkeit, die ich bereits vor einigen Jahren in die Diskussion eingebracht habe,¹¹³ einen Ausweg zu bieten aus dem Dilemma, einerseits nunmehr ohne den bisher gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrund des elterlichen Züchtigungsrechts auskommen zu müssen, andererseits aber – durchaus im Einklang mit den Vorstellungen des Gesetzgebers – eine überbordende Kriminalisierung elterlichen Erziehungsverhaltens zu vermeiden. Gemeint ist eine Rechtfertigung bestimmter Formen gemäßigten elterlichen Züchtigungsverhaltens über die Regelung des rechtfertigenden Notstandes gem. § 34 StGB.

1. Der wesentliche Gedanke ist – grob gesagt – der, dass jedenfalls in zwei Fallgruppen¹¹⁴ eine Rechtfertigung über § 34 StGB in Betracht kommt: Zum einen dann, wenn das Kind so „verstockt“ ist – nennen wir es einmal so, ungeachtet aller nur denkbaren Vorbehalte gegen dieses Wort¹¹⁵ –, dass (objektiv) mit gewaltfreiem Vorgehen eine erzieherische Einwirkung durch die Eltern nicht mehr möglich erscheint. Zum anderen aber auch dann – und dies mag durchaus der bedeutsamere Fall sein – wenn der Erziehende (subjektiv) sich nicht mehr imstande sieht, gewaltfrei zu erziehen. In beiden Fällen besteht für das Kind die Gefahr, gewissermaßen in einen erzieherischen Leerraum hineinzugeraten und aufgrund des Fehlens auch nur irgendwelchen (und sei es auch nur weniger geeigneten) erzieherischen Wirkens der Eltern in seiner Entwicklung größeren Schaden zu nehmen, als dies durch (gemäßigte) körperliche Züchtigung – so suboptimal diese auch sein mag – der Fall wäre. Und in beiden Fällen besteht auch für den Erziehenden die Gefahr, aller ihm realiter zu Gebote stehender Erziehungsmittel verlustig zu gehen, jeglicher ihm persönlich zugänglicher Einwirkungsmöglichkeit auf sein Kind beraubt zu sein und damit *de facto* aus seiner verfassungsmäßig garantierten Rolle als für Wohl und Wehe des Kindes verantwortlicher Primär-Erziehender hinausgedrängt zu sein.

Ist die als Eingangsvoraussetzung für § 34 StGB genügende Gefahr einer Fehlentwicklung des Kindes durch völliges Ausbleiben elterlichen Erziehungswirkens somit in diesen Fällen „nicht anders abwendbar“, so bleiben natürlich noch die Interessen abzuwägen zwischen dem (wie ich meine

eben schutzwürdigen) Anspruch des Kindes darauf, nicht im erzieherischen Vakuum alleingelassen zu werden, einerseits und seinem Recht auf körperliche Unversehrtheit andererseits. In gewissem Rahmen wird es für das Kind mitunter besser sein, mit der (vergleichsweise nur minder tauglichen) körperlichen Züchtigung eine – wenn auch gewiss hinsichtlich des Mittels nicht optimale, so doch immerhin überhaupt eine jedenfalls in ihrer Zielsetzung akzeptable – elterliche Erziehung zu genießen. Dass dabei freilich auch bei noch so „verstockten“ bzw. „schwer erziehbaren“ Kindern und ebenso bei auch noch so unfähigen Erziehenden nicht jede körperliche Gewalt zulässig sein kann, versteht sich von selbst; die Grenze des „wesentlichen Überwiegens“ dürfte in etwa dort liegen, wo auch bisher schon die Grenzen des elterlichen Züchtigungsrechtes gezogen wurden.

2. Im Einzelnen nun einige Worte zu den – teilweise eben schon vorwegnehmend angesprochenen – konkreten Voraussetzungen einer Rechtfertigung elterlichen Züchtigungsverhaltens gem. § 34 StGB:

a) Die Eingangsvoraussetzung des rechtfertigenden Notstandes ist das Bestehen einer „nicht anders abwendbaren“ Gefahr für das geschützte Rechtsgut bzw. das rechtlich geschützte Interesse, hier: das Recht des Kindes auf elterliche Erziehung. Wenn zuvor davon die Rede war, dass diesem Erfordernis dann genüge getan wäre, wenn eine auch nur irgend taugliche erzieherische Einwirkung seitens der Eltern mittels gewaltfreier Erziehungsmaßnahmen nicht mehr möglich erscheint, so mag man versucht sein einzuwenden, dass der Gesetzgeber in § 1631 Abs. 2 BGB doch unmissverständlich kundtut, die Anwendung von Gewalt in der Erziehung sei letztlich *immer* verzichtbar.

Mit der Verankerung der Zielvorgabe gewaltfreier Erziehung im Gesetz ist aber – und dies ist der Faktizität des Tatsächlichen geschuldet – noch längst nicht der empirische Beweis erbracht, dass es nicht doch Situationen bei der Erziehung eines Kindes geben kann, in der ausnahmsweise einmal der Einsatz einer – leichten – körperlichen Züchtigungsmaßnahme zur erzieherischen Einwirkung auf das Kind erforderlich ist oder zumindest erscheint – man denke nur einmal an den weiter oben¹¹⁶ bereits referierten *Beulkeschen* Fall der „verantwortungsbewusst denkenden Mutter“, die ihrem gerade fast vor ein Auto gelaufenen Sohn eine Ohrfeige verabreicht, um ihm klar vor Augen zu führen, in Zukunft im Straßenverkehr achtsamer zu sein. Dass nicht ist, was nicht sein soll, ist nicht überzeugungskräftiger als der Glaube an den Weihnachtsmann. Diese simple Erkenntnis darf nicht unbeachtet bleiben, will man nicht dem Trugschluss verfallen, der Gesetzgeber könne mit einem Federstrich nicht nur die rechtliche Bewertung des Tatsächlichen, sondern auch das Tatsächliche selbst, die der rechtlichen Wertung zugrundeliegende Lebenswirklichkeit, verändern. Jedenfalls aber wird sich – ungeachtet aller vermeintlichen oder tatsächlichen erziehungswissenschaftlichen Erkenntnisse – nicht bestreiten lassen, dass gewiss nicht jeder Erziehende dem Idealbild des vollkommen souveränen, in jeder auch noch so schwierigen Situation ohne die berühmte Ohrfeige auskommenden Erzie-

¹¹³ Im Rahmen meines am 31.5.2001 gehaltenen Münchener Habilitationsvortrages; vgl. zu dieser Lösung bereits *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 44 f.

¹¹⁴ An eine dritte Fallgruppe wäre etwa zu denken in Fällen wie dem von *Beulke* in die Diskussion eingeführten Fall der „verantwortungsbewusst denkenden Mutter“, die ihrem gerade fast vor ein Auto gelaufenen Sohn eine Ohrfeige verabreicht, um ihm klar vor Augen zu führen, in Zukunft im Straßenverkehr achtsamer zu sein, *Beulke* (Fn. 62) S. 29 f. (vgl. bereits oben bei und in Fn. 104).

¹¹⁵ *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 44 zieht es denn auch vor, von „schwer erziehbar“ zu sprechen.

¹¹⁶ Bei Fn. 104

henden gerecht zu werden vermag. Für viele Erziehende wird es in der Praxis einfach hin und wieder so sein, dass sie „mit ihrem Latein am Ende“ sind und die einzige Rettung für sie (und im Hinblick auf den Anspruch des Kindes auf Erziehung letztlich auch für dieses) in der – mäßigen – körperlichen Züchtigung ihres Sprösslings liegt.

Hieran ändert auch der von *Roxin* gegen den hier vertretenen Ansatz ins Feld geführte Umstand¹¹⁷ nichts, dass doch „der Gesetzgeber im SGB VIII umfangreiche Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe vorgesehen“ hat und es somit „also einen vom Gesetzgeber vorgezeichneten Weg zur Verhinderung des von *M. Heinrich* befürchteten ‚erzieherischen Leerraums‘ [...] gibt [...], so dass die Anwendung des § 34 schon daran scheitert, dass es an einer ‚nicht anders abwendbaren Gefahr‘ fehlt“. Denn die Idee, den Erziehenden in der die Ohrfeige auslösenden „kritischen Situation“ auf die im SGB VIII ins Auge gefassten Maßnahmen zu verweisen, erscheint kaum minder akademisch als das in § 1631 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gelangende Postulat, jeder Erziehende sei in jeder Situation ohne weiteres in der Lage, seinen erzieherischen Aufgaben in eben jener vom Gesetzgeber als Leitbild idealer Erziehung ins Auge gefassten Weise gerecht zu werden. Wenn *Roxin* in diesem Zusammenhang im Übrigen darauf hinweist, es böten sich doch „variantenreiche Möglichkeiten für die Strafverfolgungsbehörden zur Kooperation mit freien und öffentlichen Trägern der Kinder- und Jugendhilfe an, die im Rahmen einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO zur Weiterentwicklung von Diversionen genutzt werden könnten“¹¹⁸, so betrifft das doch nur den Fall des bereits aufgrund der erfolgten Züchtigungsmaßnahme wegen Körperverletzung strafbar Gewordenen, eröffnet aber keine Verhaltensalternativen für den gerade zu einer Ohrfeige ansetzenden Erziehungsberechtigten.

b) Als weiteres Problem mag erscheinen, dass doch in aller Regel in den Notstandsfällen des § 34 StGB die Rechtsgüter zweier verschiedener Rechtsgutsträger im Konflikt miteinander stehen und gegeneinander abgewogen werden müssen,¹¹⁹ in den Züchtigungsfällen jedoch ein und dasselbe Rechtssubjekt, nämlich das zu erziehende Kind, Träger sowohl des geschützten wie auch des beeinträchtigten Interesses ist. Bei genauerem Hinsehen lassen sich jedoch hieraus keine durchgreifenden Bedenken gegen die hier vorgetragene Lösung ableiten. Denn zwar ist es sicher richtig, dass Erhaltung- und Eingriffsgut in den Fällen des § 34 StGB für gewöhnlich verschiedenen Rechtsgutsträgern zustehen und dass in den Fällen einer insoweit bestehenden Personenidentität im Normalfall die zugrundeliegenden Sachverhalte nach den Regeln der mutmaßlichen Einwilligung zu behandeln sind.¹²⁰ Anders aber verhält es sich immer dann, wenn – so liest man etwa im Lehrbuch von *Roxin* – „der Rechtsgutsträger einwilligungsunfähig ist oder über das gefährdete Individualrechts-

gut nicht verfügen kann“.¹²¹ Dieser Grundsatz muss auch hier gelten. Denn so sehr es bei einer jeden Erziehung zentral um den zu Erziehenden geht und auch gehen muss heißt dies doch noch lange nicht, dass der zu Erziehende verbindlich über die konkrete Art und Weise der auf ihn anzuwendenden Erziehungsmaßnahmen zu bestimmen hätte. So ist es also für die prinzipielle Anwendbarkeit des § 34 StGB unschädlich, dass bei der erforderlichen Interessenabwägung auf beiden Seiten der Waagschale ein rechtlich geschütztes Interesse gerade des zu Erziehenden zur Abwägung gelangt.

c) Als Drittes sei noch kurz auf die Frage eingegangen, innerhalb welcher Grenzen elterlichen Züchtigungsverhaltens von einem wesentlichen Überwiegen des die Züchtigungsmaßnahme dann im Ergebnis rechtfertigenden Kindesinteresses am Weiterbestehen einer – trotz gelegentlicher Wahl des falschen Mittels – seiner Gesamtentwicklung förderlichen konsistenten elterlichen Erziehung gesprochen werden kann. Hier eine scharfe Trennlinie zwischen den unter diesem Gesichtspunkt noch und den nicht mehr zulässigen Züchtigungsmaßnahmen zu ziehen, ist naturgemäß nur schwer möglich. Doch mit diesem „Schmerz der Grenze“ hat man – wie vielfach auch sonst im Strafrecht – im Hinblick auf die Frage nach der Eingrenzung noch hinnehmbarer Züchtigungsmaßnahmen immer schon leben müssen und man kann vernünftigerweise nicht erwarten, nunmehr eine kristallklare Antwort auf diese im Kern noch immer unveränderte Sachfrage geben zu können.

Vertretbar und richtig scheint mir zu sein, die Interessenabwägung immer dann zugunsten einer Rechtfertigung ausfallen zu lassen, wenn sich die konkrete Zwangsmaßnahme im Rahmen dessen bewegt, was nach überkommener Auffassung als vom Rechtfertigungsgrund des elterlichen Züchtigungsrechts umfasst gegolten hat. In concreto bedeutet dies, dass – letztlich nicht anders als bisher – etwa die (durchaus auch heftigere) Ohrfeige ebenso straflos bleiben kann, wie der kräftige Schlag auf das Gesäß. Nicht zu rechtfertigen wären hingegen weiterhin – und dies halte ich für unabdingbar! – die Zufügung von blutenden Wunden, Blutergrissen und ähnlichem, Fußtritte, das entstellende Abschneiden der Haare, Schläge nach einer Fesselung oder unter dem Zwang, sich zu entblößen.

d) Als letztes schließlich zu dem von *Roxin* gegen die hier vorgetragene Lösung erhobenen Einwand,¹²² dass doch „der Gesetzgeber jede körperliche Bestrafung, ‚auch wenn sie nicht die Intensität der Misshandlung erreicht‘, für eine unzulässige ‚Demütigung‘ hält“, was zur Folge habe, dass „eine darüber hinausgehende Misshandlung [...] also nach Einschätzung des Gesetzgebers die Menschenwürde des Kindes [...] tangiert“, was wiederum einen Verstoß gegen die Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB bedeute.

Selbst wenn man zugesteht, dass jene Angemessenheitsklausel tatsächlich als Auffangbecken für Menschenwürdeverletzungen fungiert,¹²³ ist doch kaum hinreichend belegbar, dass etwa die aus erzieherischen Gründen verabreichte Ohr-

¹¹⁷ *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 45.

¹¹⁸ *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 45 im Anschluss an *Salgo*, RdJB 2001, 283 (290).

¹¹⁹ Näher zu dieser Problematik *Roxin* (Fn. 18), § 16 Rn. 101.

¹²⁰ So ganz richtig *Roxin* (Fn. 18), § 16 Rn. 101.

¹²¹ *Roxin* (Fn. 18), § 16 Rn. 102.

¹²² Vgl. *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 45.

¹²³ So durchaus überzeugend *Roxin* (Fn. 18), § 16 Rn. 95 ff.

feige eine Menschenwürdeverletzung darstellt! Auch nach Auffassung des Gesetzgebers durchaus erziehungstaugliche Alternativsanktionen wie Fernseh- oder Ausgehverbot, Schweigen, Anbrüllen oder Taschengeldkürzung sind – muss das Kind sich doch hier ebenfalls hilflos und zähneknirschend der Erziehungsmacht der Eltern beugen – nicht bar eines demütigenden Charakters und ließen sich von daher mit ebensoviel Fug und Recht zu einer Menschenwürdeverletzung hochstilisieren. Zum einen sollte man mit der Annahme von Menschenwürdebeeinträchtigungen sehr zurückhaltend umgehen, um einem inflationären Gebrauch des unbestritten höchstrangigen Menschenwürdekriteriums vorzubeugen, zum anderen stellt sich die Frage, ob die bloße Äußerung in der Begründung zu einem Gesetzesentwurf bereits ohne weiteres dazu führen kann, ein vom Gesetzgeber als unzulässig erachtetes Verhalten als menschenwürdeverletzend zu stigmatisieren – mit entsprechend weitreichenden Folgen etwa im Hinblick auf § 34 StGB. Im Übrigen, sollte es sich bei der hier beispielhaft zu nennenden Ohrfeige tatsächlich um eine Menschenwürdebeeinträchtigung handeln, wäre auch die von *Roxin* de lege ferenda ins Auge gefasste Möglichkeit der Einräumung eines persönlichen Strafausschließungsgrundes für den gegen das Bestrafungsverbot des § 1631 Abs. 2 BGB Verstoßenden¹²⁴ kaum vorstellbar; eine solche Privilegierung eines Straftäters erschiene mit der Annahme eines Menschenwürdeverstoßes nicht vereinbar.

Demgemäß wird man nach meinem Dafürhalten der hier vorgetragenen Lösung der Züchtigungsproblematik über die in geeigneten Fällen erfolgende Annahme eines rechtfertigenden Notstandes nicht mit auch nur irgend hinreichender Überzeugungskraft ein die Rechtfertigung hinderndes Eingreifen der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB entgegenhalten können.

3. Alles in allem – so die zusammenfassende Bewertung – wäre mit einer solchen Lösung über eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB sichergestellt, dass auf der einen Seite die körperliche Züchtigung auch aus dem Blickwinkel des Strafrechts heraus keine reguläre Erziehungsmaßnahme darstellt, damit aber auf der anderen Seite dem Umstand Rechnung getragen, dass die gesetzgeberische Idealvorstellung einer vollkommen gewaltfreien Erziehung wohl kaum in allen – ja vielleicht noch nicht einmal in den meisten – Fällen ohne jede Einschränkung umsetzbar sein wird – schon allein deswegen nicht, weil gewiss nicht alle Eltern dem Idealbild des optimal Erziehenden genügen können. Entwicklungsbezogene Schäden für das Kind, die gerade dadurch entstehen könnten, dass dem betreffenden Erziehenden die im Einzelfall doch einmal erforderliche oder ihm zumindest als erforderlich erscheinende körperliche Züchtigung vollständig unmöglich gemacht würde, könnten auf diese Weise vermieden werden, während demgegenüber der Appellcharakter des § 1631 Abs. 2 BGB nicht unterlaufen würde. Die Vorschrift des § 1631 Abs. 2 BGB könnte ihrer zentralen Zielsetzung der Bewusstseinsbildung hin zu einer immer stärker von der Gesellschaft verinnerlichten Abstandnahme von Gewalt in der Erziehung gerecht werden, ohne dass dies mit einer geradezu kontrapro-

duktiven Überkriminalisierung der Familie erkaufte wäre. Auch für das Strafrecht wäre klar ersichtlich, dass die gegebenenfalls gem. § 34 StGB zu rechtfertigenden mäßigen körperlichen Bestrafungen zwar alles andere als wünschenswert sind und keinesfalls per se zulässige Erziehungsmittel darstellen, sie aber doch zur Vermeidung schwerer wiegender Schäden für die Gesamterziehung innerhalb gewisser Grenzen im Sinne des kleineren von zwei Übeln akzeptabel erscheinen.

Dass dieses Konzept noch einer näheren Ausarbeitung im Einzelnen bedarf, sollte den Ansatz nicht von vornherein desavouieren, sondern stattdessen Anlass dazu geben, über das Problem „elterliche Züchtigung und Strafrecht“ weiter nachzusinnen, um auf diese Weise zu einer Lösung zu gelangen, mit der es möglich wird, das Idealbild des Gesetzgebers von elterlicher Erziehung mit den Gegebenheiten der Rechtswirklichkeit in Einklang zu bringen.

¹²⁴ *Roxin* (Fn. 18), § 17 Rn. 50; vgl. bereits oben bei Fn. 112.