

Hannelore Häbel

# Das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung und seine Bedeutung für die Zulässigkeit körperlichen Zwangs in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe – Teil 2

## Rechtsgutachten

Fortsetzung von Teil 1, ZKJ 2016, S. 168 ff.

### 5.2.2 Vereinbarkeit mit den Gewaltformen des § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB?

Wird davon ausgegangen, dass sich – entgegen hier vertretener Auffassung – der Gewaltbegriff des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB lediglich auf die Gewaltformen des Satzes 2 bezieht und nicht auf jegliche Gewaltanwendung in der Erziehung (vgl. Pkt. 4.2.2), stellt sich die Frage der Vereinbarkeit der körperlichen Zwangsmaßnahmen mit den in Satz 2 mit ausdrücklichem Verbot belegten Handlungsweisen der körperlichen Bestrafung, seelischen Verletzung und Anwendung anderer entwürdigender Maßnahmen. Im Folgenden soll hilfsweise geprüft werden, ob die hier infrage stehenden körperlichen Einwirkungen auf das Kind in Satz 2 für unzulässig erklärte Gewaltformen darstellen.

#### 5.2.2.1 Verbot körperlicher Bestrafungen

Körperliche Bestrafungen – jenseits gesetzlicher Terminologie z.T. nach wie vor auch als (körperliche) Züchtigung bezeichnet – sind körperliche Einwirkungen auf das Kind als Sanktion auf ein Fehlverhalten.<sup>1</sup> Sie beinhalten Schmerzen, zumindest aber Unwohlsein und beabsichtigen, das missbilligte Verhalten nicht nur zu sanktionieren, sondern in der Regel auch zukünftig zu steuern.<sup>2</sup> Die hier infrage stehenden Zwangsmaßnahmen sind in den Begriffen der Lerntheorie negative Sanktionen, die eingesetzt werden, um das Kind/den Jugendlichen durch Schmerz- zuzufügung bzw. Erzeugung von Unwohlsein zur Verhaltensanpassung zu bewegen.<sup>3</sup>

Die Autorin, Frau Prof. em. Hannelore Häbel, war mit den Arbeitsschwerpunkten Jugendhilfe- und Familienrecht an der Ev. Hochschule Ludwigsburg tätig. Das Rechtsgutachten wurde erstellt für das Aktionsbündnis gegen Geschlossene Unterbringung, Hamburg.

Unter dem Gesetzesbegriff der körperlichen Bestrafungen, der ganz gezielt den Begriff der körperlichen Misshandlungen der Vorgängernorm des § 1631 Abs. 2 BGB abgelöst hat, ist bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes „jegliche Art von körperlichen Bestrafungen“ zu verstehen.<sup>4</sup> Das Gesetz formuliert keine Einschränkung bezogen auf das Verbot körperlicher Bestrafungen. Mit dem Austausch des Begriffs der Misshandlung im Gesetz sollte nach Zielsetzung des Gesetzgebers klargestellt werden, dass nicht nur strafrechtlich relevante körperliche Bestrafungen des Kindes unzulässig sind, sondern auch alle körperlichen Strafen, die unterhalb der Strafbarkeitsschwelle liegen, d.h. die Tatbestandsmerkmale der körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung des § 223 StGB (noch) nicht erfüllen, da jede körperliche Bestrafung eine Demütigung für das Kind bedeutet.<sup>5</sup>

Nach Wortlaut und Zielsetzung des Gesetzes kann es damit im Rahmen des § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB keine „Geringfügigkeitsgrenze“ bei körperlichen Bestrafungen geben.<sup>6</sup> Auf die Art und Intensität der körperlichen Bestrafung kommt es ebenso wenig an<sup>7</sup> wie auf die Häufigkeit der körperlichen Einwirkung.<sup>8</sup> Auch der Anlass der körperlichen Bestrafung ist für die Begriffsbestimmung ohne

1 Ehrhardt-Rauch, ZfJ 2004, S. 60; Huber, in: Münchener Kommentar, § 1631 Rn. 22.

2 Knödler, ZKJ 2007, S. 59; Schwab, § 55 Rn. 649.

3 S. Pkt. 5.2; vgl. auch Salgo, in: Staudinger, § 1631 Rn. 86, der Fesseln wie das Festgurten im Rahmen sogenannter Festhaltetherapien zu Recht der körperlichen Bestrafung zuordnet.

4 BT-Drucks. 14/1247, S. 7.

5 BT-Drucks. 14/1247, S. 7, 8.

6 Vgl. u.a. Huber, in: Münchener Kommentar, § 1631 Rn. 23; Schmidt, 2013, Rn. 476.

7 BT-Drucks. 14/1247, S. 8.

8 Vgl. Knödler, ZKJ 2007, S. 59.

## INHALT

### 1. Einführung

1.1 Hintergrund

1.2 Eingrenzung der Problemstellung

### 2. Fragestellung

3. Zur Beachtung des Rechts des Kindes auf gewaltfreie Erziehung in Heimeinrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe

4. Inhalt und Umfang des in § 1631 Abs. 2 BGB verankerten Rechts des Kindes auf gewaltfreie Erziehung

4.1 Der Begriff der Erziehung in § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB

4.2 Der Gewaltbegriff des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB

4.3 Fazit: Uneingeschränktes Gewaltverbot des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB

### 5. Zur Zulässigkeit körperlicher Zwangsmaßnahmen

5.1 Einordnung des Zwangsbegriffs

5.2 Körperliche Zwangsmaßnahmen zu Erziehungszwecken

5.2.1 Maßstab des uneingeschränkten Gewaltverbots des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB

5.2.2 Vereinbarkeit mit den Gewaltformen des § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB?

5.2.2.1 Verbot körperlicher Bestrafungen

5.2.2.2 Verbot seelischer Verletzungen/Verbot anderer entwürdigender Maßnahmen

5.3 Körperliche Zwangsmaßnahmen zu Aufsichtszwecken

5.3.1 Einheit von Erziehung und Aufsicht

5.3.2 Akute Gefahrenabwehr

### 6. Relevanz des § 1631 Abs. 2 BGB für Fragen der Strafbarkeit körperlicher Zwangsmaßnahmen

### 7. Ergebnisse

Bedeutung. So werden vom Verbot der körperlichen Bestrafung u.a. umfasst: „der leichte Klaps sowie darüberhinaus das feste Zureifen am Oberarm, leichte oder starke Ohrfeigen und schwere Schläge“.<sup>9</sup> Auch „angstauslösendes Bedrängen“ kann dazu gehören.<sup>10</sup>

Nicht nachvollziehbar sind daher z.T. in der Literatur vorfindliche Formulierungen, körperliche Bestrafungen unterhalb der Strafbarkeitsschwelle und der Eingriffsschwelle des § 1666 BGB seien, wenn auch nicht au-

9 Ehrhardt-Rauch, ZfJ 2004, S. 60; vgl. auch Göbel, 2005, S. 61 f.

10 Götz, in: Palandt, § 1631 Rn. 7.

tomatisch zulässig, so doch „geduldet“<sup>11</sup> oder gar „erlaubt“.<sup>12</sup> Die Hinweise sind irreführend und erwecken den Anschein, es gäbe legale körperliche Bestrafungen des Kindes. Vergleichbar irreführend ist der Hinweis in der Literatur: „Nur vereinzelt vorkommende Bestrafungen ... werden (auch wenn sie dem JA oder FamG bekannt sind) – wie früher auch – grundsätzlich staatlicherseits ohne Reaktionen bleiben.“<sup>13</sup> Auf die Häufigkeit der körperlichen Bestrafungen soll es nach Gesetzeswortlaut und Gesetzesbegründung im Rahmen des § 1631 Abs. 2 BGB gerade nicht ankommen. Die Aufstellung einer Art von Regelmäßigkeit in diesem Sinne verbietet sich im Übrigen auch im Hinblick auf den Kinderschutz auftrag des Jugendamtes nach § 8a SGB VIII und die Eingriffsschwelle des § 1666 BGB. Auch Jugendamt und Familiengericht haben zu berücksichtigen, dass es sich in § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB um ein *uneingeschränktes* Verbot körperlicher Bestrafungen handelt.

Gegenmeinungen gegen die wohl als h.M.<sup>14</sup> einzustufende Auffassung vom absoluten Verbot körperlicher Bestrafungen finden sich im Wesentlichen in der Familien- und Strafrechtswissenschaft, in Letzterer dabei am deutlichsten ausgeprägt.<sup>15</sup> Während in der Familienrechtswissenschaft eher allgemein die Auffassung vertreten wird, dass etwa „leichte“ oder „geringfügige“ Bestrafungen zulässig seien – dabei z.T. ohne Angabe von Begründungen<sup>16</sup> –, wird in der Strafrechtswissenschaft differenzierter argumentiert, strafende Schmerzzufügungen in gewissem Maße, sozusagen als „Ultima Ratio“<sup>17</sup> müssten den Eltern zur Ausübung ihres Elternrechts zugestanden sein. Angenommen wird das z.T. auch für die Fälle, die die Erheblichkeitsschwelle des § 223 StGB „geringfügig“ überschreiten.<sup>18</sup> Zum Teil wird dahingehend argumentiert (Hinweis darauf bereits unter Pkt. 4.2.2), dass nur die körperlichen Bestrafungen als unzulässig anzusehen seien, die gleichzeitig auch als entwürdigend einzustufen sind.<sup>19</sup> Zum Teil wird die Position vertreten, dass sich das Verbot der körperlichen Bestrafungen lediglich auf den Bereich der *Erziehung* beziehe und die anderen Bereiche der Personensorge, wie etwa Pflege, Aufsicht und Aufenthaltsbestimmung, von den Verboten des § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB folglich nicht erfasst würden.<sup>20</sup>

Die Versuche, mit bestimmten Rechtskonstruktionen das Fortgelten eines „Züchtigungsrechts“ zu sichern, können nicht überzeugen. Der Gesetzesbegriff „andere entwürdigende Maßnahmen“ ist nicht als Hinweis auf ein zusätzliches Prüfkriterium zu verstehen mit dem Ergebnis, dass körperliche Bestrafungen und seelische Verletzungen immer nur dann unzulässig sind, wenn sie zusätzlich auch als entwürdigend einzustufen sind. Nicht erst durch die Heranziehung der Gesetzesbegründung, die zweifelsfrei feststellt, dass *jegliche* körperliche Bestrafung unzulässig ist, sondern bereits

bei semantischer Betrachtung von Satz 2, der das Wort „und“ in Beziehung zum Wort „andere“ setzt, wird deutlich, dass es sich um drei *nebeneinander* bestehende Handlungsbereiche handelt.<sup>21</sup> Der Bereich der *anderen* entwürdigenden Maßnahmen ist dabei als „Oberbegriff“ bzw. „Auffangtatbestand“ zu verstehen<sup>22</sup>, bei gleichzeitiger Verdeutlichung, dass körperliche Bestrafungen und seelische Verletzungen an sich schon entwürdigend sind. Auch der Versuch, bei der Interpretation von Satz 2 einen „Mittelweg“ zu gehen und körperliche Bestrafungen nicht schlechthin als entwürdigend anzusehen, sondern nur „im Regelfall“, neben dem gewisse Ausnahmen möglich seien,<sup>23</sup> überzeugt nicht. Die These der „Regelfalllösung“, einer „maßvollen, die Bagatelgrenze nur unwesentlich überschreitenden und im konkreten Fall angemessenen Züchtigung der eigenen Kinder fehl(e) der ‚entwürdigende Charakter‘, sodass sie im Einklang mit § 1632 II BGB steht“,<sup>24</sup> kann angesichts der Eindeutigkeit des Gesetzeswortlautes und der Gesetzesbegründung keinen Bestand haben.

Hinsichtlich der Argumentation, das Verbot körperlicher Bestrafungen beziehe sich ausschließlich auf den Bereich der Erziehung, nicht auch auf andere Bereiche der Personensorge, kann an die Ausführungen zum Erziehungsbegriff des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB unter Pkt. 4.1 angeknüpft werden. Die mit der h.M. hier vertretene Auffassung, dass es sich bei dem Erziehungsbegriff des § 1631 Abs. 2 Satz 1 um einen ganzheitlichen, alle Bereiche der Personensorge umfassenden Begriff handelt und letztlich Satz 2 auch vom Wortlaut her keine Einschränkung auf Erziehung vornimmt, lässt keine Separierung elterlichen Handelns in den Bereich „bloßer“ Erziehung und anderer „erziehungsfreier“ Bereiche wie Pflege, Aufsicht und Aufenthaltsbestimmung zu. Daraus folgt, dass auch im Kontext etwa von Aufsichtsausübung körperliche Bestrafung unzulässig ist. So ist etwa eine „vorsorglich“ verabreichte Ohrfeige, um das Kind daran zu hindern, bei Rot über die Straße zu laufen, rechtswidrig.<sup>25</sup> Für „spontane Züchtigungen“ oder auch „situationsbezogene Züchtigungen“ zur Unterbindung „gefährlicher“ Verhaltensweisen ist kein Raum<sup>26</sup> (näher zur Frage körperlicher Einwirkung zur Gefahrenabwehr Pkt. 5.3).

Die hier infrage stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen, wie Festhalten, Niederlegen und Fixieren am Boden, als Reaktion auf missbilligtes, regelwidriges Verhalten des Kindes bzw. Jugendlichen unterliegen damit dem ausdrücklichen Verbot der körperlichen Bestrafungen des § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB. Da es weder auf Art und Intensität noch auf Häufigkeit der körperlichen Einwirkung ankommt, kann bereits ein einmaliges Festhalten in dem genannten Kontext als körperliche Bestrafung zu werten sein. Da weder die Art

des Anlasses für die körperliche Sanktionierung noch die erklärte Motivlage der handelnden Person entscheidend sind, sind etwaige Einwendungen, es handle sich bei den körperlichen Einwirkungen nicht oder nur nachrangig um Strafe, sondern um die Initiierung positiver Entwicklungsschritte, unerheblich.<sup>27</sup> Es ist gerade nicht diese auf körperliche Gewalt setzende Pädagogik, die der Gesetzgeber mit § 1631 Abs. 2 BGB verankern wollte, sondern ausdrücklich eine Pädagogik, die in Achtung der Menschenwürde des Kindes Gewalt, insbesondere körperliche Gewalt, als Erziehungsmethode ablehnt.

#### 5.2.2.2 Verbot seelischer Verletzungen/Verbot anderer entwürdigender Maßnahmen

§ 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB umfasst neben dem Verbot körperlicher Bestrafungen ein ausdrückliches Verbot seelischer Verletzungen sowie den Auffangtatbestand des Verbots „andere“ entwürdigender Maßnahmen. Da die hier infrage stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen als körperliche Bestrafungen einzustufen sind und körperliche Bestrafungen bereits per se entwürdigend sind (vgl. Pkt. 4.2.2 und 5.2.2), erübrigt sich hier die Prüfung der Frage, ob bzw. inwieweit die Maßnahmen unter den Auffangtatbestand fallen würden.

Festzuhalten bleibt aber, dass körperliche Bestrafungen grundsätzlich auch seelische Verletzungen im Sinne des Satzes 2 darstellen. Sie sind nach Wortlaut und Begründung des Gesetzes – wie körperliche Bestrafungen – immer auch als entwürdigend einzustufen

11 So Hamdan, in: jurisPK-BGB, § 1631 Rn. 27.

12 So Schmidt, 2013, Rn. 477.

13 So Schleicher, 2014, S. 284; Hervorhebung im Original.

14 So Wessels/Beulke/Sazger, § 12 I 1, Rn. 592 mit entsprechenden Nachweisen.

15 Übersicht z.B. bei Knödler, ZKJ 2007.

16 Siehe Schwab, 2012, § 55 Rn. 649.

17 So Wessels/Beulke/Sazger, § 12 I 1, Rn. 594.

18 Übersicht und Auseinandersetzung mit den verschiedenen Positionen Roxin, § 17 D Rn. 37 ff.

19 Kühl, 2012, § 9 Rn. 77b; Wessels/Beulke/Sazger, § 12 Abs. 1 Satz 1, Rn. 593; so wohl auch Kindhäuser, vor §§ 32–35, Rn. 61; a.A. Roxin, § 17 D Rn. 46.

20 So Hoyer, FamRZ 2001, S. 524.

21 So auch z.B. Knödler, ZKJ 2007, S. 64.

22 Salgo, in: Staudinger, § 1631 Rn. 89; Rakete-Dombek, in: NK-BGB, § 1631 Rn. 14.

23 So Wessels/Beulke/Sazger, § 12 I 1, Rn. 593.

24 Wessels/Beulke/Sazger, a.a.O.

25 So auch Ehrhardt-Rauch, FfJ 2004, S. 60; Huber/Scherer, FamRZ 2001, S. 799; Knödler, ZKJ 2007, S. 60.

26 Als „sinnvolle“ Erziehungsmaßnahmen zulassend Wessels/Beulke/Sazger, § 12 I 1, Rn. 593.

27 Zur Verschleierung des Strafaspekts von Zwangseinwirkungen durch Umdefinition von Zielsetzungen und Begrifflichkeiten am Beispiel der Isolierung in sogenannten Time-out-Räumen Häbel, 2014.

(vgl. Argumentation unter Pkt. 4.2.2 und 5.2.2), da sie das Ehr- und Selbstwertgefühl des Kindes verletzen.<sup>28</sup>

Das Verbot seelischer Verletzungen umfasst „jegliche Art ... seelischer Verletzungen“,<sup>29</sup> sodass ebenso wie bei körperlichen Bestrafungen keine Geringfügigkeitsgrenze besteht (vgl. Pkt. 5.2.2.1). Durch den Rechtsbegriff der „Verletzung“, mit dem auch im Kontext seelischer Gewalt der hochschwellige Begriff der „Misshandlung“ der Vorgängernorm abgeleitet wurde,<sup>30</sup> will der Gesetzgeber „vor allem kränkende und herabsetzende Verhaltensweisen“ erfasst sehen.<sup>31</sup> Sie können in verbalen Äußerungen bestehen, aber auch körperliche Zwangsmaßnahmen, wie körperliche Bestrafungen sein. Der Tatbestand der seelischen Verletzungen kann im Ergebnis als Auffangtatbestand für seelische Verletzungen ohne Körpereinwirkung verstanden werden. Während der Begriff der körperlichen Bestrafung auf die Handlung abstellt, setzt der Begriff der seelischen Verletzung am „Erfolg“ an.<sup>32</sup> Dieser sogenannte „Verletzungserfolg“<sup>33</sup> darf allerdings nicht als eine notwendig diagnostisch abzusichernde Verletzung bzw. Beschädigung des seelischen Wohlergehens des Kindes missverstanden werden. Darum kann es – u.a. auch angesichts durchaus auch erst später einsetzender bzw. wirkender psychischer Folgen entwürdigender Behandlung – im Rahmen des § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht gehen. Ausreichend ist, wenn die kränkenden und herabsetzenden Verhaltensweisen dem Kind gegenüber erfolgen und es aufgrund seines Alters und seiner Lebenslage fähig ist, sie wahrzunehmen.<sup>34</sup> Das wird bei den hier infrage stehenden als körperliche Bestrafungen eingestuft Zwangsmaßnahmen in aller Regel anzunehmen sein.

### 5.3 Körperliche Zwangsmaßnahmen zu Aufsichtszwecken

Die unter Pkt. 1.2 dargestellten körperlichen Zwangsmaßnahmen unterliegen wie oben ausgeführt dem aus § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB abgeleiteten uneingeschränkten Gewaltverbot in der Erziehung (Pkt. 5.2.1). Sie sind konkret der Gewaltform der körperlichen Bestrafung zuzuordnen (Pkt. 5.2.2.1) und erfüllen in der Regel den Tatbestand der seelischen Verletzung (Pkt. 5.2.2.2). Sie können nicht als „Schutzmaßnahmen“ im Sinne von Aufsichtsmaßnahmen zur Erfüllung einer etwa nicht unter das Gewaltverbot des § 1631 Abs. 2 BGB fallenden Aufsichtspflicht (um-)interpretiert werden. Zum einen ist Aufsichtspflicht zugleich grundsätzlich auch Erziehungsaufgabe und unterliegt damit dem Gewaltverbot des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB (Pkt. 4.1), zum anderen würde es sowohl an der hierfür notwendigen gefährdenden Situation als auch an der Verhältnismäßigkeit der Mittel fehlen (dazu Pkt. 5.3.1). Die hier infra-

ge stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen dienen insbesondere auch nicht der akuten Gefahrenabwehr (näher dazu Pkt. 5.3.2).

Personen, die im Rahmen von Heimerziehung (§ 34 SGB VIII) die Erziehung und Betreuung eines Kindes übernommen haben, obliegt eine gesetzliche Aufsichtspflicht (§ 1688 Abs. 2 i.V.m. § 1688 Abs. 1 BGB). Auch wenn in § 1688 Abs. 1 BGB die Aufsichtsführung nicht ausdrücklich erwähnt ist, folgt ihre Übertragung aus dem den Erziehern und Betreuern mit § 1688 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eingeräumtem Recht, Angelegenheiten des täglichen Lebens zu entscheiden.<sup>35</sup> Wird bereits der Bereich der Erziehung (für das Alltagsgeschehen) von der Zuweisung des Entscheidungsrechts als mit umfasst angesehen (vgl. Pkt. 3), muss das auch für die mit der Erziehung verknüpfte Aufsichtspflicht gelten. Andernfalls wäre von einer durch die Eltern zur Ausübung übertragenen vertraglichen Aufsichtspflicht auszugehen.

Die Aufsichtspflicht zielt anerkanntermaßen auf Schutz des Kindes vor Selbst- und Fremdgefährdung.<sup>36</sup> Inhalt der Aufsichtspflicht ist es, das Kind vor „Schäden jeglicher Art (d.h. vor körperlichen, seelischen, geistigen sowie Sachschäden)“ zu bewahren, die es sich selbst zufügen oder die ihm von anderen zugefügt werden könnten.<sup>37</sup> Zum anderen gilt es zu verhindern, dass das Kind Dritte schädigt.

#### 5.3.1 Einheit von Erziehung und Aufsicht

Vor allem die Verpflichtung, das Kind vor seelischen und geistigen Beschädigungen zu bewahren, macht deutlich, dass die Aufsichtspflicht gegenüber minderjährigen Kindern grundlegender und umfassender ist als das, was etwa über zivilrechtliche Haftungsansprüche wegen Aufsichtspflichtverletzungen abwickelbar ist.<sup>38</sup> Sie ist, wie unter Pkt. 4.1 dargestellt, zugleich Erziehungsaufgabe. In dem Sinne wird sie z.T. als „negativ-verbietende Komplementärfunktion zur positiv-anleitenden Erziehung“ verstanden.<sup>39</sup> Erziehung als Auftrag, die körperliche, geistige und seelische Entwicklung des Kindes zu fördern und zu sichern, ist idealiter grundsätzlich so zu gestalten, dass (selbst-)gefährdende bzw. schädigende Situationen möglichst gar nicht erst eintreten.

Ignoriert ein Kind Erziehungsmittel und -methoden seiner Eltern oder Erzieher/innen im Heim, kann darin allein noch nicht automatisch eine Gefährdung des Kindes etwa im Sinne einer Selbstgefährdung gesehen werden. Der bloßen Nichtbeachtung von z.B. als Erziehungsmittel eingesetzten Regelwerken und Hausordnungen oder auch individuellen Verhaltensaufgaben in Heimeinrichtungen wird grundsätzlich kein in diesem Sinne gefährdendes Potenzial zugeschrieben werden können. Das Nichtbeachten von Erziehungsmitteln und -methoden müsste in einem Verursachungs-

zusammenhang mit einer prognostizierbaren, benennbaren Gefahr stehen. Die Frage, ob bzw. inwiefern das bei Nichtbeachtung von Regeln hier vor allem für die geistige und seelische Entwicklung des Kindes der Fall sein könnte, wird sich bereits angesichts der Vielzahl von Einflussfaktoren auf die Entwicklung eines Kindes im konkreten Fall nicht eindeutig beantworten lassen. Selbst wenn das möglich wäre, wäre kaum vorstellbar, dass von z.B. nur einmaligen oder nur phasenweise vorkommenden Regelverstößen bereits eine gravierende und damit entwicklungsgefährdende Wirkung ausgeht.

Im Übrigen müsste die Pflicht zur Einhaltung z.B. von Regelwerken und Hausordnungen, wollte man bei Nichteinhaltung Ursächlichkeit für eine Selbstgefährdung im Sinne von Entwicklungsgefährdung annehmen, ein für die Entwicklung des Kindes geeignetes Erziehungsmittel sein. Das wäre u.a. zu beurteilen nach Art und Inhalt der Regeln, deren Zustandekommen und der Sanktionierung bei Regelverstoß. In der pädagogischen Fachwelt hoch umstritten sind disziplinierende, einseitig von den Heimeinrichtungen festgelegte und ohne Bezug zum konkreten pädagogischen Bedarf des einzelnen Kindes bzw. Jugendlichen vorgegebene Regeln und Regelwerke.<sup>40</sup> Hier geht es um Unterwerfung, um die Einübung in die Akzeptanz fremdgesetzter Grenzen.<sup>41</sup>

Institutionalisierte Regelwerke – wie unter Pkt. 5.2 dargestellt – mit Auflagen wie (mehrfaches) Abschreiben von Hausordnungen, dem Gebot, die Erzieher/innen nur in einer ganz bestimmten Form anzusprechen, Kommunikationsverboten mit den anderen Kindern und Jugendlichen der Heimgruppe, Redeverboten über bestimmte Themen, werden dieser Kategorie von Regeln zugeordnet werden können. Selbst wenn die Einrichtung damit unter Bezugnahme auf verhaltenspsychologische Grundannahmen als Lerneffekt die Befähigung des Kindes bzw.

28 Vgl. Ehrhardt-Rauch, ZfJ 2004, S. 60; Huber/Scheerer, FamRZ 2001, S. 799.

29 BT-Drucks. 14/1247, S. 7.

30 Vgl. Gesetzestext § 1631 Abs. 2 BGB a.F. unter Teil 1 Fn. 45.

31 BT-Drucks. 14/1247, S. 8.

32 BT-Drucks. a.a.O.

33 Huber, in: Münchener Kommentar, § 1631 Rn. 25; Knödler, ZfJ 2007, S. 60.

34 Vgl. auch Knödler, a.a.O.

35 Vgl. u.a. Salgo, in: Staudinger, § 1631 Rn. 16, 31.

36 Vgl. u.a. Salgo, in: Staudinger, § 1631 Rn. 31.

37 U.a. Schleicher, 2014, S. 9; Hervorhebung im Original.

38 Vgl. auch Salgo zur Abgrenzung von elterlicher Aufsichtspflicht und deliktischer Haftung nach § 832 BGB, in: Staudinger, § 1631 Rn. 35.

39 Huber, in: Münchener Kommentar, § 1631 Rn. 7.

40 Zum Diskussionsstand u.a. Wigger, 2014.

41 Wigger, 2014, S. 154.

Jugendlichen zur Selbststeuerung anstrebt,<sup>42</sup> müssen sich diese Regeln im Rahmen des rechtlich Zulässigen bewegen. Sie widersprechen nicht nur aufgrund ihrer Inhalte, sondern auch wegen des fehlenden Austauschprozesses zwischen Kindern/Jugendlichen und Erziehern dem in § 1 Abs. 1 SGB VIII verankerten Ziel der Erziehung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit und dem diesem Ziel immanenten Auftrag zu einer partizipativen Pädagogik (s.a. §§ 8 Abs. 1 und 9 Nr. 2 SGB VIII). Bereits in der Verpflichtung zur Einhaltung von Regeln oben skizzierter Art, vor allem verbunden mit der Androhung körperlicher Zwangsmaßnahmen als Sanktion bei Regelverletzung, dürfte ein Verstoß gegen die Verbotsnorm des § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB zu sehen sein. Die den Kindern/Jugendlichen in dem Kontext auferlegte Pflicht wirkt mit dem Ziel blinder Einübung von Akzeptanz fremdgesetzter Grenzen repressiv und herabsetzend und dürfte den Tatbestand der „entwürdigenden Maßnahmen“ erfüllen (vgl. Pkt. 5.2.2.2).

Verstoßen Kinder/Jugendliche gegen Regelwerke und Hausordnungen, sind pädagogische Reaktionen gefragt. Sie könnten aufgrund der Einheit von Erziehung und Aufsicht zugleich als „Aufsichtswahrnehmung“ bezeichnet werden, sind aber nicht identisch mit den Aufsichtsmaßnahmen zur Abwehr einer Selbst- und Fremdgefährdung (s.o.). Selbst wenn das Nichteinhalten oben skizzierter Regeln als selbstgefährdend eingeschätzt und Aufsichtsmaßnahmen zum Schutz des Kindes für notwendig erachtet würden, wäre hier der Einsatz körperlicher Zwangsmaßnahmen als unverhältnismäßig und damit unzulässig anzusehen.

Art und Umfang der Aufsichtsführung bestimmen sich nach den besonderen Umständen des Einzelfalls. Zu berücksichtigen sind u.a. Alter, Entwicklungsstand des Kindes/Jugendlichen, Art der Tätigkeit und örtliche Gegebenheiten.<sup>43</sup> Entscheidend ist nach der Rechtsprechung, was *verständige* Aufsichtspflichtige nach *vernünftigen* Anforderungen im konkreten Fall unternehmen müssen, um Fremd- und Selbstgefährdung zu verhindern.<sup>44</sup> Zu beachten ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, d.h. der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Mittel. Danach sind die möglichen Aufsichtsmaßnahmen in einem Stufenverhältnis zu sehen.<sup>45</sup> Sie reichen vom Informieren und Belehren über das Überwachen und Kontrollieren, über Ge- und Verbote bis hin zum schärfsten Mittel, dem Eingreifen und Unmöglichmachen einer Handlung bzw. Verhindern eines Verhaltens.<sup>46</sup>

Bei dem Einsatz körperlicher Zwangsmaßnahmen, wie Festhalten, zu Boden ringen etc., als Aufsichtsmaßnahmen dürfte es hier bereits an

dem Erfordernis der Geeignetheit fehlen. Nach dem Erfordernis der Geeignetheit sind nur die Maßnahmen zulässig, die geeignet sind, den angestrebten Zweck zu erreichen. Selbst in ihrer Eigenschaft als wohl schärfste Mittel im Stufensystem der Aufsichtsmaßnahmen wären die körperlichen Zwangsmaßnahmen nicht geeignet, die Einhaltung der oben dargestellten Regeln in der konkreten Situation oder auch zukünftig zu sichern. Auch dann nicht, wenn den Kindern und Jugendlichen in der Zwangssituation etwa abverlangt würde, zu beteuern, die Regeln zukünftig einzuhalten. Auch konzeptionelle Ansätze, die körperliche Zwangsmaßnahmen als „Aufsichts- bzw. Schutzmaßnahmen“ aus lerntheoretischen, verhaltenstherapeutischen Grundannahmen (s. Pkt. 5.2.) herleiten, müssen sich im Rahmen des Aufsichtsrechts am Erfordernis der Geeignetheit messen lassen. Sind Aufsichtsmaßnahmen nicht geeignet zur Schadensabwehr, erübrigt sich die Prüfung der Erforderlichkeit und Angemessenheit.

Würde die Geeignetheit der körperlichen Zwangsmaßnahmen angenommen, dürfte deren Zulässigkeit an den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Angemessenheit scheitern. Gibt es verschiedene geeignete Möglichkeiten, ist nach dem Gebot der Erforderlichkeit die Maßnahme zu wählen, die die Betroffenen am wenigsten beeinträchtigt (sogenanntes Übermaßverbot). Zur Durchsetzung der Einhaltung von Regeln der hier genannten Art könnte bereits die pädagogisch ausgerichtete Maßnahme des Informierens und Belehrens als geeignete Maßnahme eingesetzt werden.

Nach dem Prinzip der Angemessenheit darf der Nachteil, der durch eine an sich geeignete und erforderliche Maßnahme entstünde, nicht im Missverhältnis zum angestrebten Erfolg stehen. Selbst wenn man in diesem Sinne keinen Nachteil für die Entwicklung des Kindes annehmen und die hier infrage stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen – entgegen hier vorgetragener rechtlicher Einwände – als verhältnismäßige Aufsichtsmaßnahmen konstruieren würde, wären sie als entwürdigende Maßnahmen im Sinne des § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB unzulässig. Sie sind als herabsetzend und demütigend einzustufen. Selbst wenn man – entgegen hier vertretenen Auffassung (s. Pkt. 4.1) – Aufsicht als einen von Erziehung trennbaren Bereich und damit als nicht vom Gewaltverbot des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB erfasst ansehen würde, würde der Auffangtatbestand des Verbots entwürdigender Maßnahmen greifen (vgl. Pkt. 5.2.2.1). Das Tatbestandsmerkmal der entwürdigenden Maßnahmen des Satzes 2 bezieht sich nicht nur auf das Erziehungsverhalten, sondern auf *alle* Maßnahmen, die Erziehungsberechtigte in Bezug auf das ihnen anvertraute Kind vornehmen. Das Gesetz spricht lediglich von *Maßnahmen*, nicht von

*Erziehungsmaßnahmen*. Die Begründung des Gesetzes formuliert dazu unmissverständlich, dass „entwürdigende Maßnahmen auch dann unzulässig sind, wenn sie nicht zum Zweck der Erziehung von den Eltern eingesetzt werden“.<sup>47</sup>

### 5.3.2 Akute Gefahrenabwehr

Körperliche Zwangsmaßnahmen wären als Aufsichtsmaßnahmen grundsätzlich nur dann zulässig, wenn sie zur unmittelbaren, akuten Gefahrenabwehr, d.h. zur Abwendung einer „überraschenden, plötzlichen Notsituation“ erforderlich sind.<sup>48</sup> Sie sind, da sie auf Unmöglichmachen einer Handlung zielen, der höchsten Stufe der Aufsichtsführung zuzuordnen (vgl. Pkt. 5.3.1). Auch hier ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren (zu den zu beachtenden Faktoren ebenfalls Pkt. 5.3.1). Nicht jede Art und Intensität körperlicher Einwirkung ist danach per se erlaubt. Davon auszugehen ist, dass grundsätzlich nur „passive“ Präventionsmaßnahmen, wie Festhalten bzw. Zurückhalten oder das Wegziehen, verhältnismäßig und damit zulässig sind,<sup>49</sup> auf keinen Fall aber z.B. eine „vorsorglich“ verabreichte Ohrfeige, um das Kind daran zu hindern, bei Rot über die Ampel zu gehen.<sup>50</sup> Werden gravierende körperliche Zwangsmaßnahmen eingesetzt, wie festes Zupacken, zu Boden ringen und mit Arm- und Beinhebeln am Boden fixieren, muss das durch besondere Gegebenheiten der akuten Notsituation gerechtfertigt sein. Denkbar wäre eine akute, nicht anders abwendbare Gefahr für Leib und Leben des Kindes oder Dritter etwa bei suizidalen Handlungen oder tätlichen Angriffen des Kindes auf Erzieher/innen oder Mitbewohner/innen des Heimes. Um derartige Fallsituationen handelt es sich bei den hier zu beurteilenden Regelverstößen jedoch nicht. Hier fehlt es an dem Erfordernis der akuten Notsituation. Die hier infrage stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen können damit auch nicht aus Gründen der akuten Gefahrenabwehr gerechtfertigt sein.

So ist auch der Einsatz körperlicher Zwangsmaßnahmen mangels akuter Notsituation unzulässig, wenn ein Kind/Jugendlicher sich „aufbrausend“ verhält und damit gegen die Regel der Einrichtung verstößt, sich stets ruhig zu betragen. Die Maßnahmen wären darüber hinaus auch als unangemessen anzuse-

42 Vgl. Wigger, 2014, S. 153.

43 Vgl. u.a. Trenczek/Tammen, 2014, S. 742.

44 So st. Rspr. des BGH, u.a. BGH NJW 1993, S. 1003; BGH NJW 1996, S. 1404.

45 Vgl. u.a. Salgo, in: Staudinger, § 1631 Rn. 48; Trenczek/Tammen, 2014, S. 743.

46 Vgl. Salgo, a.a.O.; Trenczek/Tammen, a.a.O.

47 BT-Drucks. 14/1247, S. 8.

48 Knödler, ZKJ 2007, S. 65.

49 Huber, in: Münchener Kommentar, § 1631 Rn. 24.

50 Vgl. Ehrhardt-Rauch, ZfJ 2004, S. 60; Huber/Scheerer, FamRZ 2001, S. 799; Knödler, ZKJ 2007, S. 60.

hen. Ebenso wenig ist es zulässig, ein Kind durch die hier infrage stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen zu bewegen, seine Medikamente einzunehmen. Selbst wenn eine akute Notsituation vorliegen würde, d.h. eine Situation, in der es umgehend der Versorgung des Kindes mit den Medikamenten bedarf, könnte der Notsituation damit nicht wirkungsvoll begegnet werden, wären es mithin ungeeignete und damit unzulässige Maßnahmen. Verhält sich ein Kind/Jugendlicher „beleidigend“ gegenüber Erziehern, mag u.U. eine akute Fremdgefährdung (Verstoß gegen den Straftatbestand der Beleidigung (§ 185 StGB)) vorliegen. Der Einsatz körperlicher Zwangsmittel wird hier aber grundsätzlich nur dann in Betracht kommen, wenn die Beleidigung „mittels einer Tätlichkeit“ im Sinne des § 185 StGB erfolgt; dies aber auch dann nur, wenn die Maßnahme angemessen ist.

In überraschenden, plötzlichen Notsituationen zur akuten Gefahrenabwehr gebotene körperliche Zwangsmaßnahmen unterliegen nicht dem Gewaltverbot des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB (Pkt. 4.2.3). Das macht auch die Gesetzesbegründung deutlich, wenn sie darauf hinweist, dass beispielsweise körperliche Einwirkungen, wie das „Festhalten des Babys auf dem Wickeltisch oder des Kindes vor der roten Ampel“ nicht vom Gewaltverbot erfasst sein sollen.<sup>51</sup> Die Berechtigung bzw. Pflicht zum Einsatz der körperlichen Zwangsmaßnahmen ergibt sich hier nicht aus dem Elternrecht, sondern wie für jede andere Person auch aus den Abwägungen eines rechtfertigenden Notstandes im Sinne des § 34 StGB oder der Notwehr bzw. Nothilfe im Sinne des § 32 StGB.<sup>52</sup> Für Eltern und andere Erziehungsberechtigte bzw. Aufsichtspflichtige besteht hier zwar eine Schnittstelle zur Aufsichtspflicht, ist die Pflicht zu handeln gleichzeitig Bestandteil der Aufsichtsführung. Handlungsleitend ist hier jedoch die akute Gefahrenabwehr, nicht die erzieherische Einwirkung, die dem uneingeschränkten Gewaltverbot unterliegt.

## ■ 6. Relevanz des § 1631 Abs. 2 BGB für Fragen der Strafbarkeit körperlicher Zwangsmaßnahmen

Nach h.M. ist spätestens mit der Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB (in Kraft seit 3.11.2000) das früher gewohnheitsrechtlich anerkannte, auf das Recht der Personensorge (§§ 1626 Abs. 1, 1631 BGB) gestützte „Züchtigungsrecht“ der Eltern als Rechtfertigungsgrund entfallen.<sup>53</sup> Er beseitigte die Rechtswidrigkeit der durch körperliche Bestrafungen des Kindes tatbestandlich verursachten Körperverletzung unter der Voraussetzung, dass es sich um eine „maßvolle“ Züchtigung handelte.<sup>54</sup> Das uneingeschränkte Gewaltverbot (mit uneingeschränktem Verbot körperlicher Bestrafungen) des § 1631 Abs. 2 BGB n.F. lässt keinen Raum mehr für die strafrechtliche Rechtfertigung körperlicher

Züchtigungen. Damit können die hier infrage stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen, die körperliche Bestrafungen darstellen (Pkt. 5.2.2.1), bei Erreichen der Strafbarkeitsschwelle einschlägiger Straftatbestände nicht mit Hinweis auf ein aus dem Erziehungsrecht abgeleitetes „Züchtigungsrecht“ gerechtfertigt und so der strafrechtlichen Verantwortung entzogen werden. Das gilt für Eltern und ebenso für die Personen (und damit auch für Erzieher- und Betreuer/innen in Heimen), denen die Befugnis zur Erziehung zur Ausübung überlassen wurde.

In der Strafrechtswissenschaft finden sich demgegenüber verschiedene Mindermeinungen, die – bei Anerkennen der Abschaffung des früher geltenden „Züchtigungsrechts“ – unter bestimmten Voraussetzungen bzw. Heranziehung bestimmter Rechtskonstruktionen, insbesondere mit Blick auf Körperverletzungen gem. §§ 223 ff. StGB, dennoch Straffreiheit der Handelnden als gegeben ansehen.<sup>56</sup> Sie stützen sich dabei auf die Aussage des Gesetzgebers, mit der Neufassung von § 1631 Abs. 2 BGB sei keine „Ausweitung der Strafbarkeit“<sup>57</sup> bzw. keine „Kriminalisierung der Familie“<sup>58</sup> bezweckt.

Zum Teil wird auf die Konstruktion eines *Strafunrechtsausschlussgrundes* zurückgegriffen, der bei angenommenem Fehlen der Strafwürdigkeit einer Tat das strafrechtliche Unrecht beseitigt.<sup>59</sup> Der Strafunrechtsausschluss ist gesetzlich nicht geregelt und steht neben den gesetzlich verankerten Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und Strafausschlussgründen. Ob er im konkreten Fall gegeben ist, müsste vom Richter im jeweiligen Strafverfahren festgestellt werden.<sup>60</sup> Unabhängig von der allgemeinen Frage, ob außergesetzliche Strafunrechtsausschlussgründe (wegen Nichteinhaltung des Grundsatzes der gesetzlichen Bestimmtheit der Strafe) rechtlich überhaupt zulässig sein können,<sup>61</sup> muss die Annahme eines Strafunrechtsausschlusses z.B. im Fall von Körperverletzungen durch körperliche Bestrafungen von Kindern letztlich an § 1631 Abs. 2 BGB scheitern. Er würde die Zielsetzung von § 1631 Abs. 2 BGB unterlaufen und wäre ein unzulässiger Eingriff in das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit, das gerade durch § 1631 Abs. 2 BGB geschützt werden soll. Es wäre nicht nachvollziehbar, warum eine Handlung, die den Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht, zwar Erwachsenen gegenüber Unrecht sein soll, aber Kindern gegenüber nicht. Auch Eltern setzt das Strafrecht zulässigerweise Grenzen.<sup>62</sup>

Zum Teil werden sogenannte „Tatbestandslösungen“ entwickelt, die unter bestimmten Voraussetzungen körperliche Bestrafungen bei Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle nicht als Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff. StGB definiert sehen.<sup>63</sup> Hier wird die Frage der Zulässigkeit von Körperverletzungen von der Rechtfertigungs- auf die Tatbestandsebene vorverlagert.

Eine Argumentationslinie geht davon aus, körperliche Bestrafungen seien nach § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB nur dann verboten, wenn sie zugleich entwürdigend sind, was allerdings „im Regelfall“ anzunehmen sei.<sup>64</sup> „Einer maßvollen, die Bagatellgrenze nur unwesentlich überschreitenden, im konkreten Fall angemessenen körperlichen Züchtigung der eigenen Kinder fehl[e] der 'entwürdigende' Charakter“ und stehe somit im Einklang mit § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB (vgl. Ausführungen unter Pkt. 5.2.2.1). Entsprechend sei die so eingesetzte Erziehungsmaßnahme keine „üble unangemessene Behandlung“ und erfülle damit nicht den Tatbestand der körperlichen Misshandlung des § 223 StGB.<sup>65</sup> Dieser These liegt eine Fehlinterpretation des § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB zugrunde, auf die bereits unter Pkt. 5.2.2.1 ausführlich eingegangen wurde. Der Gesetzgeber verbietet mit § 1631 Abs. 2 BGB jede Form von Gewalt, insbesondere jede Form körperlicher Bestrafungen. Entsprechend können auch „angemessene“, „maßvolle“ strafende Schmerzzufügungen nicht zulässig sein<sup>66</sup> und bei Überschreiten der Erheblichkeitsgrenze des § 223 StGB nicht straffrei gestellt werden.<sup>67</sup> Es ist nicht nachvollziehbar, warum dieselbe Handlung, die nach früherem Recht bei Bestehen

51 BT-Drucks. 14/1247, S. 8.

52 So auch Göbel, 2005, S. 223 ff.; Knödler, ZKJ 2007, S. 65 f.

53 Vgl. u.a. Knödler, ZKJ 2007, S. 63 und Roxin, § 17 D, Rn. 32 m.w.N.; a.A. z.B. Köhl, in: Lackner, § 223 Rn. 11, der das Züchtigungsrecht als Rechtfertigungsgrund nur insoweit abgeschafft sieht, als es um körperliche Bestrafungen geht, die zugleich entwürdigende Maßnahmen darstellen.

54 Der Gesetzgeber sieht die Abschaffung des Rechtfertigungsgrundes bereits durch die Vorgängernorm von 1998 als gegeben an (BT-Drucks. 14/1247, S. 5). Kritisch dazu u.a. von Bock, 2011, S. 131 ff.

55 Vgl. Wessels/Beulke/Sazger, § 12 I 1, Rn. 592.

56 Übersichten über die Argumentationslinien bei Knödler, ZKJ 2007; Riemer, ZJJ 2005; Roxin, § 17 D, Rn. 37 ff.

57 BT-Drucks. 14/1247, S. 6.

58 BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

59 Vgl. Knödler, ZKJ 2007, S. 63.

60 Knödler, ZKJ 2007, S. 64; Roxin, § 17 D, Rn. 41.

61 Vgl. Roxin, § 17 D, Rn. 41.

62 Vgl. auch Knödler, ZKJ 2007, S. 64.

63 So, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, Hoyer, FamRZ 2001, S. 524; Wessels/Beulke/Sazger, § 12 I 1, Rn. 593 f.

64 So Wessels/Beulke/Sazger, a.a.O.

65 Wessels/Beulke/Sazger, § 12 I 1, Rn. 593.

66 So auch z.B. Knödler, ZKJ 2007, S. 64; Roxin, § 17 D, Rn. 39.

67 Riemer, ZJJ 2005, S. 405 f., weist daraufhin, dass in der Literatur z.T. bereits die „Erheblichkeitsschwelle“ des § 223 StGB genutzt wird, um körperliche Bestrafungen, die in der Vergangenheit durchaus als körperliche Misshandlungen interpretiert wurden, aus dem Anwendungsbereich des § 223 StGB herauszuhalten. Er stellt überzeugend dar, dass auch der „Klaps“ bereits den Tatbestand des § 223 StGB erfüllt.

des rechtfertigenden „Züchtigungsrechts“ tatbestandsmäßig gewesen ist, es nach neuem Recht nicht mehr sein sollte.

Eine andere Argumentationslinie, die auf eine Tatbestandslösung zielt, differenziert nach „Erziehung“ und „sonstigen Bereichen der Personensorge“. Aus der Tatsache, dass der Wortlaut von § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB lediglich den Begriff *Erziehung* nennt, wird geschlossen, körperliche Bestrafungen seien nur dann unzulässig, wenn sie zu erzieherischen Zwecken vorgenommen werden, nicht aber im Rahmen anderer von der Personensorge umfasster Bereiche.<sup>68</sup> Diese Auffassung verkennt die Ganzheitlichkeit des Erziehungsbegriffs, der im Rahmen des § 1631 Abs. 2 BGB als ein die gesamte Personensorge umfassender Begriff zu verstehen ist. Hier kann auf die Ausführungen unter Pkt. 4.1 und speziell zum Verhältnis Erziehung und Aufsicht auf die Ausführungen unter Pkt. 5.3.1 verwiesen werden. Es ist kein Grund ersichtlich, warum eine körperliche Bestrafung im Rahmen von etwa Pflege und Aufsicht weniger demütigend und weniger schädlich für die Entwicklung eines Kindes sein sollte als eine aus erzieherischen Gründen eingesetzte.<sup>69</sup>

Zum Teil wird angenommen, aus der in Art. 6 Abs. 2 GG grundgesetzlich verankerten Elternverantwortung sei ein „*verfassungsummittelbarer Rechtfertigungsgrund*“ im Sinne eines „elterlichen Rechts auf körperlichen Zugriff“ ableitbar.<sup>70</sup> Der Rechtfertigungsgrund gelte für einen „schmale[n] Grenzbereich, der den Bereich des Einsatzes rein erzieherisch lenkender Kraft der Eltern 'gerade eben' überschreitet und diese Kraft mit einer Gewalt kombiniert, die den Bereich der Erheblichkeitsschwelle zur Körperverletzung nur 'gerade eben' und in geringem Maße überschreitet“.<sup>71</sup> Als Prüfungsmaßstab wird auf die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zum früheren Rechtfertigungsgrund des „Züchtigungsrechts“ verwiesen mit der Ergänzung, dass das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung mit einzubeziehen und gegenüber der Elternverantwortung abzuwägen sei.<sup>72</sup> Auch diese Argumentation lässt Begründungszusammenhang und Zielsetzung des § 1631 Abs. 2 BGB außer Betracht. Das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung ist nicht „nachträglich“ mit der elterlichen Verantwortung abzuwägen. Es ist bereits „Ergebnis“ einer Abwägung des Grundrechts des Kindes auf körperliche Unversehrtheit mit dem grundgesetzlich verankerten Elternrecht.<sup>73</sup> Der Gesetzgeber hat bereits mit Erlass der Rechtsnorm des § 1631 Abs. 2 BGB in seiner aktuell geltenden Fassung das Elternrecht zum Schutz der Kinder beschränkt bzw. klargestellt, dass Gewaltausübung vom Elternrecht nicht umfasst ist.

Als Fazit ist festzuhalten, dass oben dargestellte Versuche, Eltern trotz Verwirklichung des Tatbestandes der Körperverletzung bei „nicht entwürdigenden“, „geringfügigen“ oder vermeintlich nicht dem Erziehungsbereich zuzuordnenden körperlichen Bestrafungen straffrei zu stellen, mit dem uneingeschränkten Gewaltverbot des § 1631 Abs. 2 BGB und insbesondere mit dem Verbot körperlicher Bestrafungen nicht vereinbar sind. Die hinter den Versuchen, erzieherische Gewalt unter bestimmten Voraussetzungen von Strafbarkeit auszunehmen, stehende Annahme, Eltern müssten in bestimmten „Überforderungssituationen“ des Alltags nach wie vor legitimiert sein, Gewalt anzuwenden, widerspricht eindeutig dem Willen des Gesetzgebers, der nicht nur die strafrechtlich relevante Gewalt, sondern sogar bereits die unterhalb dieser Schwelle stattfindende erzieherische Gewalt in der Familie, gleichgültig aus welchem Anlass sie geschieht, ächten wollte. Bei Überforderung der Eltern setzt der Gesetzgeber vor allem auf das Leistungsangebot der Jugendhilfe, das zusammen mit der Einführung des § 1631 Abs. 2 BGB n.F. um den Auftrag ergänzt wurde, im Rahmen von Leistungen zur allgemeinen Förderung der Erziehung in der Familie auch Wege aufzuzeigen, wie Konfliktsituationen in der Familie gewaltfrei gelöst werden können (§ 16 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII).<sup>74</sup> Im Übrigen kann das Argument der „Überforderung“ noch weniger für pädagogisch ausgebildetes Fachpersonal in Einrichtungen der Jugendhilfe gelten. Kinder und Jugendliche befinden sich ja häufig gerade deshalb dort, weil ihre Eltern mit der Erziehung „überfordert“ sind und kompensierende professionelle Hilfe notwendig wurde.

Deutlich wird, dass auch für einen aus dem Erziehungsrecht abgeleiteten „Rest-Rechtfertigungsgrund“ für nur „geringfügige“ Gewalt spätestens seit Inkrafttreten des § 1631 Abs. 2 BGB kein Raum verbleibt. Alle Versuche, tatbestandverwirklichendes rechtswidriges Verhalten durch „Kunstgriffe“<sup>75</sup> in straffreies verantwortliches Erziehungsverhalten umzudeuten, gehen an den Intentionen des § 1631 Abs. 2 BGB n.F. vorbei und stehen im Widerspruch zur geltenden Rechtslage.<sup>76</sup> Allenfalls in Fällen akuter Gefahrenabwehr (vgl. Pkt. 5.3.2) könnte das Handeln gerechtfertigt sein. Der Rückgriff auf das Erziehungsrecht erübrigt sich hier jedoch, da diese Situationen sich nicht anders darstellen als die Fälle des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) und der Notwehr bzw. Nothilfe nach § 32 StGB. Zur Argumentation kann auch hier auf Pkt. 5.3.2 verwiesen werden.

Zur „Entkriminalisierung“ bleibt nach Abschaffung des rechtfertigenden „Züchtigungsrechts“ mit der h.M. bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen u.a. die Nutzung der Möglichkeiten zur Einstellung des Strafverfahrens (§§ 153, 153a StPO) oder auch die Möglichkeit zur Strafmilderung.<sup>77</sup>

## 7. Ergebnisse

1. Die hier infrage stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen, wie etwa (gemeinschaftliches) Festhalten, festes Zupacken, zu Boden zwingen und im Extremfall dort (längere Zeit) Fixieren, als Reaktionsformen auf Regelverstöße bzw. „Fehlverhalten“ von Kindern und Jugendlichen verstoßen gegen das aus dem (uneingeschränkten) Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung resultierende uneingeschränkte Gewaltverbot des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB (Pkt. 4.2.2 und 5.2.1).

2. Das uneingeschränkte Gewaltverbot in der Erziehung – im BGB bezogen auf das Eltern-Kind-Verhältnis formuliert – gilt über § 1688 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BGB auch für die in der Heimerziehung (§ 34 SGB VIII) tätigen Erzieher- und Betreuer/innen. Ihnen ist das Recht auf Erziehung nur zur Ausübung überlassen. Ihnen stehen nicht mehr Rechte zu als den Eltern (Pkt. 3).

3. Der Begriff der Gewalt, auf den sich § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB bezieht, stellt einen Gewaltbegriff eigener Prägung dar. Er umfasst physische und psychische Gewalt. Er knüpft nicht an einen strafrechtlichen Begriff an und ist auch nicht auf die in Satz 2 vom Gesetzgeber ausdrücklich für unzulässig erklärten Gewaltformen begrenzt (Pkt. 4.2).

4. Der in der pädagogischen Praxis und Literatur verwendete Begriff des Zwangs und die darauf bezogenen Begriffe, wie Zwangsmaßnahmen, Zwangselemente oder Zwangsmomente, sind keine Rechtsbegriffe der das familienrechtliche Eltern-Kind-Verhältnis gestaltenden Rechtsnormen des BGB. Mit § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB ist lediglich der Begriff der Gewalt bzw. Gewaltfreiheit eingeführt. Da Zwang und Gewalt immer auch miteinander verbunden sind, müssen sich alle zur Erziehung eingesetzten Handlungen und Konzepte, die auf Zwang setzen, gleichgültig wie sie tituliert sind, an dem uneingeschränkten Gewaltverbot des § 1631 Abs. 2 BGB messen lassen (Pkt. 5.1).

5. Die hier infrage stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen – institutionalisiert und eingebettet in verhaltenstherapeutische, lerntheoretische Behandlungsprogramme – zielen auf Verhaltensänderung durch Sanktionierung von unerwünschtem Verhalten (Pkt. 5.2). Sie

68 So Hoyer, FamRZ 2001, S. 524.

69 Vgl. auch Roxin, § 17 D, Rn. 43.

70 von Bock, 2011, S. 149 f.

71 von Bock, 2011, S. 150.

72 von Bock, 2011, S. 149, 160.

73 BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

74 Vgl. BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

75 Göbel, 2005, S. 233.

76 Zur Problematik der Umgehung des Gewaltverbots vgl. z.B. auch Peschel-Gutzeit, FPR 2012, S. 198.

77 Vgl. Roxin, § 17 D, Rn. 46; Wessels/Beulke/Sazger, § 12 I 1, Rn. 592.

erfüllen den Tatbestand der vom Gesetz in Satz 2 ausdrücklich für unzulässig erklärten Gewaltform der körperlichen Bestrafung (Pkt. 5.2.2.1).

6. Bei dem Verbot der körperlichen Bestrafung handelt es sich um ein uneingeschränktes Verbot. Es gibt keine „Geringfügigkeitsgrenze“. Außerdem sind körperliche Bestrafungen nicht etwa nur dann unzulässig, wenn sie zugleich entwürdigend sind (Pkt. 5.2.2.1). Körperliche Bestrafungen sind nach Wortlaut und Zielsetzung des Gesetzes per se entwürdigend. Sie stellen in der Regel zugleich seelische Verletzungen dar (Pkt. 5.2.2.2).

7. Die hier infrage stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen – hier eingestuft als körperliche Bestrafungen – können nicht in zulässige „Aufsichtsmaßnahmen“ umgedeutet werden, die etwa nicht unter den Erziehungsbegriff des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB fallen und damit als nicht vom Gewaltverbot umfasst betrachtet werden könnten. Der weit zu verstehende Erziehungsbegriff des Satzes 1 steht für die gesamte Personensorge, sodass auch die Aufsichtsführung vom Gewaltverbot mit umfasst ist (Pkt. 4.1). Erziehung und Aufsicht stellen grundsätzlich eine Einheit dar (Pkt. 5.3.1).

8. Im Übrigen würde es bei dem Einsatz der hier infrage stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen schon an einer Aufsichtssituation fehlen. Das Nichteinhalten hier infrage stehender, als Erziehungsmittel eingesetzter Regeln und Regelwerke kann nicht als Gefährdung des Kindes etwa im Sinne von Selbstgefährdung gesehen werden. Dafür müssten u.a. die einzuhaltenden Regeln geeignete Erziehungsmittel sein, wovon bei disziplinierenden, von Einrichtungen einseitig und ohne Bezug zum konkreten pädagogischen Bedarf eines Kindes festgelegten Regeln nicht ausgegangen werden kann (Pkt. 5.3.1). Im Gegenteil dürfte bereits die Verpflichtung zur Einhaltung der Regeln als entwürdigende Maßnahme im Sinne des § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB einzustufen sein.

9. Würde das Vorliegen einer Aufsichtssituation angenommen, müsste der Einsatz der hier infrage stehenden körperlichen Zwangsmaßnahmen wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als unzulässig eingestuft werden. Es läge u.a. ein Verstoß gegen das Prinzip der Erforderlichkeit der Mittel (sogenanntes Übermaßverbot) vor (Pkt. 5.3.1).

10. Körperliche Zwangsmaßnahmen sind als Aufsichtsmaßnahmen – entsprechend den zu den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen der Notwehr, der Nothilfe und des Notstandes entwickelten Kriterien – grundsätzlich nur dann zulässig, wenn sie zur unmittelbaren, akuten Gefahrenabwehr, d.h. zur Abwendung einer „überraschenden, plötzlichen Notsituation“ erforderlich sind. Das wird bei

den hier infrage stehenden Maßnahmen kaum der Fall sein. Auch hier wäre der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anzuwenden.

11. Spätestens mit der aktuell gültigen Fassung des § 1631 Abs. 2 BGB ist nach h.M. das früher gewohnheitsrechtlich anerkannte, auf das Recht der Personensorge gestützte „Züchtigungsrecht“ der Eltern als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht abgeschafft. Auch Personen, denen die Erziehung zur Ausübung überlassen ist, können sich nicht mehr auf einen aus dem Erziehungsrecht abgeleiteten Rechtfertigungsgrund für die Erheblichkeitsschwelle des § 223 StGB übersteigende Körperverletzungen, verursacht durch körperliche Bestrafung, berufen. Mindermeinungen, die unter Zuhilfenahme bestimmter Rechtskonstruktionen, unter bestimmten Voraussetzungen dennoch Straffreiheit der Handelnden erzielen möchten, stehen im Widerspruch zu § 1631 Abs. 2 BGB, umgehen Zielsetzung und Anliegen des Gesetzes (Pkt. 6).

## Literatur

*AG der IGfH* (2013): Argumente gegen Geschlossene Unterbringung und Zwang in den Hilfen zur Erziehung. Für eine Erziehung in Freiheit. Frankfurt a.M.

*Berger, Christian/Mansel, Heinz-Peter* (2014): Anmerkungen zu den §§ 1631–1633, in: *Jauernig, Othmar/Stürmer, Rolf* (Hrsg.), a.a.O.

*Bock, Tamara von* (2011): Das elterliche Recht auf körperlichen Zugriff, Frankfurt a.M.

*Brockhaus* (2006): Enzyklopädie. 21. Aufl., Leipzig/Mannheim.

*Brumlik, Micha* (2013): Pädagogik des Strafens, in: *ZJ – Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, Heft 3, S. 244–247.

*Brumlik, Micha* (Hrsg.) (2007): Vom Missbrauch der Disziplin: Antworten der Wissenschaft auf Bernhard Bueb, 4. Aufl., Weinheim.

*Bueb, Bernhard* (2006): Lob der Disziplin. Eine Streitschrift, Berlin.

*Bussmann, Kai-D.* (2002): Das Recht auf gewaltfreie Erziehung aus juristischer und empirischer Sicht, in: *FPR – Familie, Partnerschaft, Recht*, Heft 7, S. 289–293.

*Creifelds, Carl/Weber, Klaus* (2014): Rechtswörterbuch, 21. Aufl., München.

*Dollinger, Bernd/Schmidt-Semisch, Henning* (Hrsg.) (2011): Gerechte Ausgrenzung? Wohlfahrtsproduktion und die neue Lust am Strafen, Wiesbaden.

*Düring, Diana u.a.* (Hrsg.) (2014): Kritisches Glossar Hilfen zur Erziehung, Frankfurt a.M.

*Ehrhardt-Rauch, Andrea* (2004): Das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung und seine Auswirkungen auf die soziale Arbeit, in: *ZfJ – Zentralblatt für Jugendrecht*, Heft 2, S. 59–63.

*Eser, Albin/Eisele, Jörg* (2010): Rn. 6 ff. vor § 234, in: *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch*, 28. neu bearb. Aufl., München.

*Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar* (2010): Familienrecht, 6. Aufl., München.

*Göbel, Andreas* (2005): Vom elterlichen Züchtigungsrecht zum Gewaltverbot. Verfassungs-, straf- und fa-

milienrechtliche Untersuchung zum § 1631 Abs. 2 BGB, Hamburg.

*Götz, Isabell* (2015): § 1631, in: *Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 74. Aufl., München.

*Grummt, René/Schruth, Peter/Simon, Titus* (2010): Neue Fesseln der Jugendhilfe: Repressive Pädagogik, Baltmannsweiler.

*Günder, Richard/Müller-Schlotmann, Richard/Reidegeld, Eckart* (2009): Reaktionen auf unerwünschtes Verhalten in der stationären Erziehungshilfe, in: *unsere jugend*, Heft 1, S. 14–25.

*Häbel, Hannelore* (2013): Rechtliche Argumente gegen Geschlossene Unterbringung, in: *AG der IGfH*, a.a.O., S. 73–87.

*Häbel, Hannelore* (2014): Time-out, in: *Düring, Diana u.a.* (Hrsg.), a.a.O., S. 361–367.

*Hamdan, Binke* (2015): § 1631, in: *Viefhus, Wolfram* (Hrsg.): *JurisPraxisKommentar BGB*, Bd. 4 Familienrecht, 7. Aufl., Saarbrücken.

*Heger, Matthias/Schomburg, Gerhard* (2000): Das Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhalts, in: *Kind-Prax – Kind-schaftsrechtliche Praxis*, Heft 6, S. 171–175.

*Henkel, Joachim/Schnapka, Markus/Schraper, Christian* (Hrsg.) (2002): Was tun mit schwierigen Kindern?, Münster.

*Heuer, Sven/Kessl, Fabian* (2014): Von der funktionalistischen Umformung von Erziehung auf Menschentraining, in: *Sozial Extra*, Heft 5, S. 46–49.

*Höhler, Carsten* (2009): Zwangselemente in der Heimerziehung und ihre Bewertung durch die Kinder und Jugendlichen, in: *Widersprüche*, Heft 113, S. 89–102.

*Hoyer, Andreas* (2001): Im Strafrecht nicht Neues? Zur strafrechtlichen Bedeutung der Neufassung des § 1631 II BGB, in: *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Heft 9, S. 521–525.

*Huber, Günter L.* (2015): Lernen, in: *Otto, Hans-Uwe/Thiersch, Hans* (Hrsg.), a.a.O., S. 971–983.

*Huber, Peter* (2012): § 1631, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 3, Familienrecht II, 6. Aufl., München.

*Huber, Peter/Scherer, Holger* (2001): Die Neuregelung zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung, in: *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Heft 13, S. 797–801.

*Hoops, Sabrina/Permien, Hanna* (2006): „Mildere Maßnahmen sind nicht möglich!“ Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1631 b BGB in Jugendhilfe und Jugendpsychiatrie, München.

*Jauernig, Othmar/Stürmer, Rolf* (Hrsg.) (2014): *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 15. Aufl., München.

*Kindhäuser, Urs* (2010): Vor §§ 32–35 StGB, in: *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden.

*Knödler, Christoph* (2007): „Das hat noch keinem geschadet“ – Vom Mythos der zulässigen elterlichen Gewalt gegenüber Kindern, in: *ZfJ – Zeitschrift für Kind-schaftsrecht und Jugendhilfe*, Heft 2, S. 58–67.

*Köbler, Gerhard* (2012): *Juristisches Wörterbuch für Studium und Ausbildung*, 15. Aufl., München.

*Kühl, Kristian* (2012): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. neu bearb. Aufl., München.