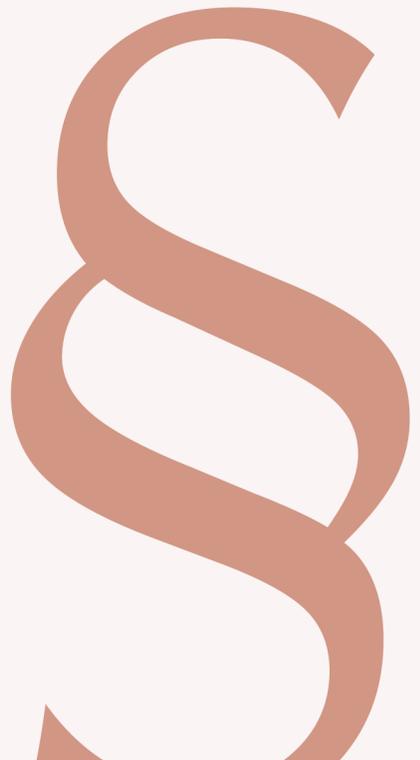


Johannes Peters

Kindheit im Strafrecht

Eine Untersuchung des materiellen Strafrechts
mit besonderem Schwerpunkt auf dem Kind
als Opfer und Täter



Johannes Peters

Kindheit im Strafrecht

Eine Untersuchung des materiellen Strafrechts mit
besonderem Schwerpunkt auf dem Kind als Opfer und Täter

Herbert Utz Verlag · München 2014

Neue Juristische Beiträge
Band 102

EBook-Ausgabe:

ISBN 978-3-8316-7096-3 Version: 1 vom 12.01.2015

Copyright© Herbert Utz Verlag 2014

Alternative Ausgabe: Softcover

ISBN 978-3-8316-4391-2

Copyright© Herbert Utz Verlag 2014

Johannes Peters

Kindheit im Strafrecht

Eine Untersuchung des materiellen Strafrechts
mit besonderem Schwerpunkt auf dem Kind
als Opfer und Täter



Herbert Utz Verlag · München

Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)

Prof. Dr. Thomas Küffner (Fachhochschule Landshut)

Prof. Dr. Georg Steinberg (EBS Universität für Wirtschaft und Recht Wiesbaden)

Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 102



Zugl.: Diss., Jena, Univ., 2014

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2014

ISBN 978-3-8316-4391-2

Printed in EC

Herbert Utz Verlag GmbH, München

089-277791-00 · www.utzverlag.de

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena im Wintersemester 2013/14 als Dissertation angenommen. Herzlich danke ich Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Günter Jerouschek für die Betreuung und Unterstützung sowie dafür, dass ich mehrere Jahre lang an seinem Lehrstuhl als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig sein konnte. Er hat mich während meines akademischen Werdeganges maßgeblich begleitet und mir die Erstellung dieser Arbeit auch dadurch ermöglicht, dass er mir die notwendigen Freiräume hierfür großzügig gewährte. Herrn Prof. Dr. Udo Ebert danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Bei der Fertigstellung des Manuskriptes haben mir einige Personen geholfen, denen ich an diesem Ort ebenfalls danken möchte. Zuvörderst gilt mein Dank Dr. Sebastian Kaufmann und Dipl.-Ing. Christian Reinhard. Ihre Hilfe bei der Erstellung der Druckvorlage war von unschätzbarem Wert. Ferner ist Dr. Joachim Peters und Dr. Elisabeth Schellnack für ihre lektorierende und kritische Durchsicht des Manuskripts und Maximilian Dehnert für die Überprüfung der Zitate und Literaturhinweise zu danken. Bedanken möchte ich mich schließlich bei meinen Eltern für ihre fortwährende Unterstützung und bei meinem Sohn Julius und Nassiba Errouihi für ihre liebevolle Gegenwart; ihnen ist das Buch gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| Einleitung | 1 |
| 1 Die allgemeine Rechtsstellung des Kindes | 5 |
| A. Verfassungsrechtliche Stellung | 5 |
| I. Recht auf Leben – Lebensschutz – Lebensbeginn | 6 |
| II. Recht auf körperliche Unversehrtheit | 6 |
| III. Die Menschenwürde des Kindes | 8 |
| IV. Elternrecht und Wächteramt des Staates gem. Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 GG | 9 |
| 1 Historie der Gewährleistung | 9 |
| 2 Geltendes Verfassungsrecht | 11 |
| 3 Inhalt und Grenzen der Elternverantwortung | 12 |
| V. Ausblick und kritische Würdigung | 15 |
| B. Zivilrechtliche Stellung des Kindes | 16 |
| I. Rechtsfähigkeit | 16 |
| II. Geschäftsfähigkeit | 16 |
| III. Deliktsfähigkeit | 17 |
| 2 Vorschriften und Rechtsinstitute des Allgemeinen Teils des StGB | 25 |
| A. Das Kind als Angehöriger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, b StGB | 25 |
| B. Schuldunfähigkeit des Kindes, § 19 StGB | 26 |
| I. Grundlagen | 26 |
| II. Die historische Entwicklung der gesetzlichen Lage | 27 |
| III. Reformdiskussion | 31 |
| 1 <i>De lege lata</i> – Die Altersgrenze bei 14 Jahren | 32 |
| 2 Absenkung der Altersgrenze | 32 |
| 3 Beibehaltung der Altersgrenze bei 14 Jahren | 33 |
| 4 Stellungnahme | 34 |
| 5 Fazit | 37 |
| C. Das Kind als Tatwerkzeug i. S. v. § 25 Abs. 1, 2. Alt. StGB | 38 |
| D. Notwehr gegenüber Angriffen des Kindes § 32 StGB | 40 |
| E. Züchtigungsrecht der Eltern vs. § 1631 Abs. 2 BGB | 42 |
| I. Gesetzliche Entwicklung | 42 |
| II. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung | 44 |
| III. Zusammenfassung und Stellungnahme | 52 |

| | | |
|-----|---|-----|
| F. | Rechtfertigende Einwilligung bei Beschneidung und kosmetischen Operationen | 54 |
| I. | Beschneidung bei Jungen als rechtlich relevantes Problem | 56 |
| | 1 Beschneidung als tatbestandliche gefährliche Körperverletzung | 60 |
| | 2 Tatbestandslosigkeit der Beschneidung wegen Sozialadäquanz? | 61 |
| | 3 Rechtfertigungsgründe | 66 |
| | a) Rechtfertigungsgrund: Einwilligung zum „Wohl des Kindes“ | 67 |
| | b) Grundrechtliche Rechtfertigung – Religionsfreiheit und Erziehungsrecht der Eltern vs. körperliche Unversehrtheit und Persönlichkeitsrecht des Kindes | 73 |
| | c) Betroffene Grundrechte des Kindes | 75 |
| | d) Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes | 86 |
| | e) Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes - § 1631d BGB | 86 |
| | f) Schlussfolgerungen aus den Mängeln der gesetzlichen Regelung | 91 |
| | g) Zusammenfassung | 92 |
| | h) Strafrechtliche Konsequenz | 93 |
| II. | Kosmetische Operationen – Einwilligungsfähigkeit | 93 |
| | 1 Kosmetische Operationen – Wunscherfüllende Medizin, Einordnung und Begriffe | 96 |
| | 2 Allgemeine Einwilligungsvoraussetzungen | 98 |
| | 3 Abgrenzung der Einwilligungsfähigkeit zur Schuld- und Geschäftsfähigkeit | 98 |
| | 4 Spezialgesetzliche Regelungen zur Einwilligungsfähigkeit | 100 |
| | 5 Die Ansicht der Rechtsprechung zur Einwilligungsfähigkeit | 101 |
| | 6 Ansichten in der Literatur zur Einwilligungsfähigkeit | 103 |
| | 7 Ansichten in der Literatur zur Einwilligungsfähigkeit in kosmetische Eingriffe im Besonderen | 106 |
| | 8 Elterliche Einwilligung in eine kosmetische Operation | 109 |
| | 9 Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen | 110 |
| | 10 Zusammenfassung und eigener Lösungsvorschlag | 110 |
| | 11 Körperliche Eingriffe durch Nichtärzte, insb. Tätowierungen, Piercing u. ä. | 112 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 3 | Vorschriften des Besonderen Teils des StGB | 115 |
| A. | Delikte des 12. Abschnitts | 115 |
| I. | Personenstandsfälchung § 169 StGB | 115 |
| 1 | Geschützte Rechtsgüter | 116 |
| 2 | Tatbestand | 116 |
| a) | Personenstand | 116 |
| b) | Unterschieben | 116 |
| c) | Irreführung der Behörde | 117 |
| 3 | Rechts- und kriminalpolitische Würdigung | 124 |
| 4 | Gesetz der Bundesregierung zur Neuregelung der sog. „vertraulichen Geburt“ | 129 |
| II. | Verletzung der Unterhaltspflicht § 170 Abs. 1 StGB | 131 |
| 1 | Geschützte Rechtsgüter | 131 |
| 2 | Tatbestandsvoraussetzungen | 131 |
| a) | Unterhaltspflicht | 131 |
| b) | Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners | 132 |
| c) | Tathandlung: Sichentziehen | 132 |
| d) | Taterfolg | 134 |
| e) | Subjektiver Tatbestand | 136 |
| f) | Irrtümer | 137 |
| g) | Strafbarkeit von Nutzung der „Babyklappe“ oder anonymer Geburt | 137 |
| h) | Kriminalpolitische Erwägungen | 138 |
| III. | Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht, § 171 StGB | 141 |
| 1 | Geschützes Rechtsgut | 142 |
| 2 | Täter | 143 |
| 3 | Fürsorge- und Erziehungspflicht | 144 |
| 4 | Tathandlung | 145 |
| a) | Verletzung der Fürsorge- und Erziehungs- pflicht | 145 |
| b) | „Gröbliche“ Verletzung | 146 |
| 5 | Taterfolg | 147 |
| a) | Gefahr erheblicher körperlicher oder psychi- scher Entwicklungsschäden | 147 |
| b) | Gefahr des Führens eines kriminellen Lebens- wandels | 148 |
| c) | Prostitution | 149 |
| 6 | Subjektiver Tatbestand | 151 |
| 7 | Praktische Relevanz | 151 |
| 8 | Kriminalpolitische Bedeutung und kritische Würdigung | 152 |
| B. | Sexueller Missbrauch von Kindern §§ 176 StGB | 154 |
| I. | Schutzgut und Normzweck | 156 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|---|-----|
| II. | Geschützter Personenkreis | 158 |
| III. | Täter | 159 |
| IV. | Tathandlungen | 159 |
| V. | Subjektiver Tatbestand | 160 |
| VI. | Lösungsmöglichkeiten für problematische Fälle | 161 |
| VII. | Eigener Lösungsvorschlag | 163 |
| C. | Delikte gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit | 165 |
| I. | Tötungsdelikte §§ 211, 212 StGB | 165 |
| 1 | Kriminalstatistische Daten/Viktimologie | 165 |
| 2 | Kindstötungen als Mord §§ 211/212 StGB | 167 |
| a) | Sexuell motivierte Tötungen | 167 |
| b) | Tötung durch Misshandlung und Verwahrlo- sung und Neonatizid | 170 |
| 3 | Kindstötungen als Totschlag §§ 212/213 StGB und als Körperverletzung mit Todesfolge §§ 223, 227 StGB | 188 |
| a) | Totschlag, Abgrenzung zur Körperverletzung mit Todesfolge | 188 |
| b) | Totschlag im minder schweren Fall, § 213 StGB | 191 |
| 4 | Aussetzung, § 221 StGB | 194 |
| a) | Geschützte Rechtsgüter | 194 |
| b) | Tathandlungen | 194 |
| c) | Gefährdungserfolg | 200 |
| d) | Qualifikationen gem. § 221 Abs. 2, 3 StGB | 200 |
| e) | Kritische Würdigung | 203 |
| 5 | Zusammenfassende Würdigung der Tötungsdelikte | 204 |
| II. | Körperverletzungsdelikte, §§ 223, 225 StGB | 206 |
| 1 | Körperverletzung, § 223 StGB | 206 |
| a) | Geschütztes Rechtsgut und Tatbestandsmä- ßigkeit | 206 |
| b) | Tathandlungen | 209 |
| 2 | Misshandlung von Schutzbefohlenen, § 225 StGB | 210 |
| a) | Geschütztes Rechtsgut und Deliktsnatur | 210 |
| b) | Besonderes Verhältnis zwischen Täter und Opfer | 211 |
| c) | Tathandlungen | 212 |
| d) | Qualifikationen gem. § 225 Abs. 3 StGB | 215 |
| 3 | Zusammenfassende Würdigung der Körperverletzungs- delikte | 216 |
| D. | Entziehung Minderjähriger, § 235 StGB | 216 |
| I. | Geschütztes Rechtsgut | 217 |
| II. | Tatopfer | 218 |

| | | |
|-------|---|-----|
| III. | Täter | 218 |
| IV. | Geschützter Personenkreis | 218 |
| | 1 Personensorgeberechtigte | 218 |
| | a) Eltern | 219 |
| | b) Elternteil | 219 |
| | c) Vormund | 219 |
| | d) Pfleger | 220 |
| | 2 Nichtpersonensorgeberechtigte | 220 |
| V. | Tathandlungen | 220 |
| | 1 Absatz 1 | 220 |
| | a) Entziehen | 220 |
| | b) Vorenthalten | 221 |
| | 2 Tatmittel des § 235 Abs. 1 Nr. 1 StGB | 222 |
| | a) Gewalt | 222 |
| | b) Drohung mit einem empfindlichen Übel | 222 |
| | c) List | 223 |
| | 3 § 235 Abs. 1 Nr. 2 StGB | 224 |
| VI. | Taten mit Auslandsbezug nach § 235 Abs. 2 StGB | 224 |
| | 1 § 235 Abs. 2 Nr. 1 StGB | 224 |
| | 2 § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB | 225 |
| VII. | Qualifikationstatbestände | 225 |
| | 1 Tatopfer | 226 |
| | 2 Gefahr einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung | 226 |
| | 3 Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheits- schädigung | 228 |
| | 4 Handeln gegen Entgelt oder in Bereicherungsabsicht | 228 |
| | 5 Verursachung des Todes beim Tatopfer gem. § 235 Abs. 5 StGB | 229 |
| VIII. | Subjektiver Tatbestand | 229 |
| IX. | Rechtswidrigkeit | 229 |
| X. | Zusammenfassende Würdigung | 230 |
| E. | Kinderhandel, § 236 StGB | 232 |
| | I. Geschütztes Rechtsgut | 232 |
| | II. Geschützte Personen | 233 |
| | III. Taten nach § 236 Abs. 1 StGB | 233 |
| | 1 „Verkäufertatbestand“ § 236 Abs. 1 Satz 1 StGB | 233 |
| | a) Täterkreis | 233 |
| | b) Tathandlung | 233 |
| | c) Handeln gegen Entgelt oder in Bereicherungs- absicht | 236 |
| | 2 „Käufertatbestand“ § 236 Abs. 1 Satz 2 StGB | 236 |

| | | | |
|----------|----|---|------------|
| | a) | Täter | 236 |
| | b) | Tathandlung | 236 |
| | c) | Gewähren von Entgelt | 237 |
| IV. | | Taten nach § 236 Abs. 2 StGB sog. „Vermittlertatbestand“ | 237 |
| | 1 | Adoptionsvermittlung, § 236 Abs. 2 Nr. 1 StGB | 238 |
| | 2 | Aufnahmevermittlung, § 236 Abs. 2 Nr. 2 StGB | 238 |
| | 3 | Unbefugt | 238 |
| | 4 | „Erkaufen“ der für die Adoption erforderlichen Zustimmung, § 236 Abs. 2 S. 2 StGB | 238 |
| | 5 | Grenzüberschreitende Vermittlung, § 236 Abs. 2 S. 3 StGB | 239 |
| | 6 | Handeln gegen Entgelt oder in der Absicht sich oder einen Dritten zu bereichern | 239 |
| V. | | Qualifikationen und Absehen von Strafe nach § 236 Abs. 4, 5 StGB | 239 |
| | 1 | Qualifikationen, Abs. 4 | 239 |
| | 2 | Absehen von Strafe, Abs. 5 | 240 |
| VI. | | Subjektiver Tatbestand | 240 |
| VII. | | Zusammenfassende Würdigung | 240 |
| 4 | | Zusammenfassung und Ausblick | 241 |
| | A. | Einzelergebnisse | 241 |
| | B. | Gesamtschau und -tendenzen | 243 |
| | | Literaturverzeichnis | 245 |

Einleitung

Der liebe Gott sieht alles.
Man spart für den Fall eines Falles.
Die werden nichts, die nichts taugen.
Schmökern ist schlecht für die Augen.
Kohlentragen stärkt die Glieder.
Die schöne Kinderzeit, die kommt nicht wieder.
Man lacht nicht über ein Gebrechen.
Du sollst Erwachsenen nicht widersprechen.
Man greift nicht zuerst in die Schüssel bei Tisch.
Sonntagsspaziergang macht frisch.
Zum Alter ist man ehrerbötig.
Süßigkeiten sind für den Körper nicht nötig.
Kartoffeln sind gesund.
Ein Kind hält den Mund.¹

Als Kindheit wird allgemein der Zeitraum zwischen der Geburt und dem Beginn der Adoleszenz bezeichnet. Sie ist der erste Lebensabschnitt eines jeden Menschen und gleichzeitig ein besonders wichtiger. So werden während der Kindheit die elementarsten Entwicklungsschritte eines Menschen in physischer, psychischer und sozialer Hinsicht vollzogen. Das Kind erwirbt in dieser Zeit mit Hilfe seiner Eltern und seiner weiteren sozialen Umgebung zentrale Fähigkeiten und erhält grundlegende Werte vermittelt. Um diese Entwicklung erfolgreich und vor allem gefahrlos zu durchlaufen, benötigt ein Kind besonderen Schutz, zuvörderst von seinen Eltern und allen anderen Personen, in deren Obhut es sich befindet. Es ist jedoch nicht nur die Aufgabe der Eltern oder sonstiger Betreuungspersonen, Kinder zu schützen, sondern auch die des Staates und somit des Rechts.

Die Rechte von Kindern haben erst in den letzten Jahrzehnten eine nennenswerte Steigerung ihres Stellenwertes erfahren, sowohl in der gesellschaftlichen Wahrnehmung als auch in der Gesetzgebung und Jurisprudenz. Diese verhältnismäßig junge Entwicklung beendet damit eine buchstäblich Jahrtausende währende Zeitspanne, in der Kinder so gut wie gar keine Rechte hatten: Kinder galten als Eigentum des Vaters; dieser konnte mit ihnen nach seinem Belieben verfahren, ja selbst über Leben und Tod entscheiden (*patria potestas*). In der Moderne änderte sich dies zwar stetig, aber langsam. So war bspw. das Züchtigungsrecht des Vaters gegenüber seinen Kindern noch bis 1958 in § 1631 BGB gesetzlich normiert. Aber auch nach dessen Streichung sollte es noch bis 1980 dauern, dass entwürdigende Maßnahmen in der Erziehung verboten wurden. Von einem Recht auf gewaltfreie Erziehung war zu diesem Zeitpunkt jedoch noch nicht die Rede. Es sollten noch

¹Bertolt Brecht: Was ein Kind gesagt bekommt. In: Ders.: Gesammelte Werke in 20 Bänden. Hrsg. von Elisabeth Hauptmann. Frankfurt a. M. 1967. Band 9 [Gedichte 2], S. 585.

einmal 20 Jahre vergehen, bis der Gesetzgeber Kindern dieses Recht verbrieft. Ebenso wurde die Ungleichbehandlung von unehelichen und ehelichen Kindern nur schrittweise abgebaut, bspw. durch das Nichtehelichesgesetz im Erb- und Familienrecht, aber auch im Strafrecht, dort zum Teil sogar erst mit dem 6. StRG 1998. Ein wegweisender Schritt auf dem Weg, Kindern die gleichen Rechte wie Erwachsenen einzuräumen, ist die auf internationalen Bemühungen beruhende UN-Kinderrechtskonvention, die Deutschland im Jahr 1992 ratifiziert hat. Diese Konvention stellt insbesondere im Hinblick auf den Schutz von Kindern vor Gewalt einen Meilenstein dieser Entwicklung dar. Der damit eingegangenen Verpflichtung ist Deutschland mit der Reform des § 1631 BGB im Jahr 2000 durch die Abschaffung des Züchtigungsrechts der Eltern zum Teil nachgekommen.

Bereits diese kurze Darstellung lässt erkennen, dass sich erst in der jüngsten Vergangenheit die Wahrnehmung von Kindern als (Rechts-)Subjekten entwickelt hat. Der damit eingeleitete Prozess, Kinder mit den gleichen Rechten auszustatten wie Erwachsene, ist aber noch längst nicht abgeschlossen. Dass es auch heute noch, trotz plakativer Bekenntnisse zum Kinderschutz, um diesen nicht besonders gut bestellt ist, zeigt die aktuelle Diskussion und Gesetzgebung zur Legitimität von medizinisch nicht notwendigen Beschneidungen bei Jungen. Zwar bekennen sich alle Fraktionen des Bundestages zum Kinderschutz, jedoch stimmte eine fraktionsübergreifende Mehrheit im Bundestag für das Gesetz, das die Beschneidung gesetzlich zu legitimieren versucht und somit, nach Ansicht des Verfassers, die Rechte von Jungen verletzt. Darin zeigt sich deutlich, wie es um die Verwirklichung der Rechte von Kindern steht, zumindest dann, wenn wie im Falle der Beschneidung, Erwachsene in ihren Rechten zugunsten von Kindern eingeschränkt zu werden drohen. Es ist demnach eine Entwicklung der Rechte von Kindern zu beobachten, die immer wieder auf Widerstände stößt und vonseiten ihrer Verfechter zu behaupten und zu fördern ist, wenn diese Entwicklung nicht zum Erliegen kommen soll.

Es ist daher erstens ein Anliegen der vorliegenden Arbeit zu untersuchen, inwieweit diese Entwicklung auch im Strafrecht begonnen bzw. sich vollzogen hat und bei welchen Rechtsinstituten und Tatbeständen dies augenscheinlich der Fall ist bzw. wo noch Reformbedarf besteht.

Zweitens ist zu untersuchen, ob und inwieweit das Strafrecht Kindern besonderen und ausreichenden Schutz gewährt, aber auch ob und inwieweit Kinder vor dem Strafrecht zu schützen sind. Dabei soll der Leitgedanke des Strafrechts, nämlich der Rechtsgüterschutz, ebenso wie der *ultima-ratio*-Charakter des Strafrechts, bei der Frage nach Legitimität, kriminalpolitischem Nutzen und Vereinbarkeit mit dem Kinderschutzgedanken einzelner Normen und Rechtsinstitute besondere Berücksichtigung finden.

Kinder werden – leider viel zu häufig – Opfer von Straftaten. Kinder werden misshandelt, sie werden vernachlässigt, sie werden missbraucht und geschlagen; sie werden getötet. Kinder werden nach der Geburt ausgesetzt oder anonym ‚weggegeben‘. Sie werden zum Objekt von Streitigkeiten nach gescheiterten Beziehungen, ebenso wie auch zum Objekt von kriminellen ‚Adoptionsvermittlern‘.

Manchmal werden Kinder aber auch zu Tätern, sei es aus kindlichem Unverstand oder Leichtsinns, sei es, weil Erwachsene sie zu ihren kriminellen Zwecken instrumentalisieren.

Drittens ist es deshalb ein weiteres zentrales Anliegen der vorliegenden Arbeit, Antworten und Lösungsvorschläge auf die im Titel anklingenden und im Folgenden zu präzisierenden Fragestellungen zu finden. Welche Tatbestände und Rechtsinstitute des materiellen (Kern-)Strafrechts werden erfüllt oder angewendet, wenn Kinder Opfer oder Täter von Straftaten geworden sind? Finden die Besonderheiten der Kindheit bzw. des Kindseins (ausreichende) Berücksichtigung in Gesetzgebung und Rechtsanwendung? Und wie wirkt sich das Kindsein des Opfers, als dessen besondere Eigenschaft, auf die Strafbarkeit des Täters aus? Es sollen daher diejenigen Rechtsinstitute und Vorschriften sowohl des Allgemeinen als auch des Besonderen Teils des StGB untersucht werden, die im Hinblick auf Kinder als Opfer oder Täter von Straftaten eine besondere Relevanz besitzen.

Als solche erscheinen dem Verfasser innerhalb des Allgemeinen Teils des StGB von besonderem Interesse: die Schuldunfähigkeit des Kindes § 19 StGB, insbesondere die Problematik, ob die Altersgrenze von 14 Jahren in § 19 StGB noch zeitgemäß erscheint; die Beurteilung von schuldunfähigen Kindern als Täter (Tatmittler i. S. v. § 25 StGB oder Haupttäter einer Anstiftung § 26 StGB) einer durch einen schuldfähigen Täter veranlassenen Straftat; die Notwendigkeit von Notwehrein-schränkungen gegenüber Angriffen durch Kinder; die Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechtes; die stellvertretende rechtfertigende Einwilligung der Eltern bei Knabenbeschneidungen und die Einwilligungsfähigkeit von Kindern und Jugendlichen in eine medizinisch nicht indizierte Operation.

Aus dem Besonderen Teil des StGB sollen diejenigen Tatbestände im Fokus der Untersuchung stehen, denen Kinder in besonderem Maße zum Opfer fallen, sowie diejenigen, bei denen aus Sicht des Verfassers besonderer Reformbedarf im Hinblick auf den Schutz von Kindern durch das Strafrecht, aber auch vor demselben besteht. Untersucht werden daher die Delikte gegen das Leben und gegen die körperliche Unversehrtheit. Aus dem 12. Abschnitt des StGB (Delikte gegen den Personenstand, Ehe und Familie) sind in Bezug auf Kinder die Tatbestände §§ 169, 170, 171 StGB besonders interessant. Dabei wird die Strafbarkeit gem. § 169 StGB im Zusammenhang mit der Benutzung von sog. Babyklappen Gegenstand der Betrachtung sein. Bei den §§ 170, 171 StGB sind Legitimität und Schutzzweck der Normen kritisch zu hinterfragen. Mit Blick auf § 176 StGB soll untersucht werden, ob der Tatbestand, entgegen seinem Schutzzweck, auch zu einer ungewollten Kriminalisierung von Kindern und Jugendlichen führen kann bzw. wie dies zu vermeiden wäre. Zuletzt sollen unter den o. g. Prämissen der durch das 6. StRG reformierte § 235 StGB und der neu eingeführte § 236 StGB betrachtet werden.

1 Die allgemeine Rechtsstellung des Kindes

Zur Einführung in die Thematik richtet das erste Kapitel zunächst den Blick auf die allgemeine Rechtsstellung des Kindes, insbesondere auf die verfassungsrechtliche Stellung sowie die zivilrechtliche Stellung des Kindes. Zunächst werden die wichtigsten Grundrechte, die Kinder unmittelbar betreffen, kurz erläutert, wobei Inhalt und Grenzen der jeweiligen Grundrechte auch im Hinblick darauf betrachtet werden, ob diese Kindern ausreichenden Schutz gewähren. Im Anschluss daran werden kurz die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln zum Schutz von Kindern untersucht, namentlich die Rechts-, Geschäfts- und Deliktsfähigkeit des Kindes.

A. Verfassungsrechtliche Stellung

Zur Verdeutlichung des besonderen Schutzauftrages des Staates im Hinblick auf die Menschenwürde und die Grundrechte des Kindes hat das BVerfG in einer Entscheidung ausgeführt:

„Das Kind hat eigene Würde und eigene Rechte. Als Grundrechtsträger hat es Anspruch auf den Schutz des Staates und die Gewährleistung seiner grundrechtlich verbürgten Rechte. Eine Verfassung, die die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertesystems stellt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemandem Rechte an der Person eines anderen einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind und die Menschenwürde des anderen respektieren. Dies gilt auch für die Beziehung zwischen einem Elternteil und seinem Kind. Das Elternrecht dem Kind gegenüber findet seine Rechtfertigung darin, dass das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, damit es sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln kann, wie sie dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht (vgl. BVerfGE 24, 119, 144). Dieses Recht ist deshalb untrennbar mit der Pflicht der Eltern verbunden, dem Kind diesen Schutz und diese Hilfe zu seinem Wohl angedeihen zu lassen. Dabei bezieht sich diese Pflicht nicht lediglich auf das Kind, sie besteht auch gegenüber dem Kind. Denn das Kind ist nicht Gegenstand elterlicher Rechtsausübung, es ist Rechtssubjekt und Grundrechtsträger, dem die Eltern schulden, ihr Handeln an seinem Wohl auszurichten.“²

²BVerfGE 121, 69, 92 f.

I. Recht auf Leben – Lebensschutz – Lebensbeginn

Nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hat jeder Mensch das Recht auf Leben. Dieses natürliche – und nach Art. 1 Abs. 2 GG unverletzliche und unveräußerliche – Menschenrecht schützt jede natürliche Person, unabhängig von Alter, Geschlecht, ethnischer Herkunft, Weltanschauung oder sexueller Identität.³ Es schützt das körperliche Dasein, die biologisch-physische Existenz.⁴ Der Lebensschutz durch Art. 2 Abs. 2 GG beginnt bereits im Mutterleib. Dabei ist jedoch umstritten, ob bereits die Befruchtung der Eizelle⁵ oder erst deren Nidation⁶ maßgeblich ist. Verwirklicht wird dieser Schutz etwa in strafrechtlichen Normen durch den sechzehnten Abschnitt des StGB.⁷ Hinsichtlich der für das Strafrecht wichtigen Abgrenzung zwischen Schwangerschaftsabbruch und vorsätzlichen Tötungsdelikten gelten leicht modifizierte Kriterien. Maßgeblicher Zeitpunkt für die §§ 218 ff. StGB ist der Abschluss der Nidation.⁸ Der Anwendungsbereich der §§ 218 ff. StGB endet mit dem Einsetzen der Eröffnungswehen⁹; ab diesem Zeitpunkt sind die §§ 211, 212 StGB einschlägig.

Einen Eingriff in das Recht auf Leben stellt jede rechtliche oder faktische Maßnahme eines Grundrechtsadressaten dar, welche den Tod eines Menschen bewirkt.¹⁰ Als Beispiel für Eingriffe wird immer wieder der Todesschuss eines Polizisten oder Soldaten angeführt oder auch die Auslieferung einer Person an ein Land, in dem ihr der sichere Tod droht.¹¹

Mit dem Tod endet der Schutz durch Art. 2 Abs. 2 GG. Dieser tritt mit dem Erlöschen der Hirnströme, messbar durch das Elektroenzephalogramm, ein.¹²

II. Recht auf körperliche Unversehrtheit

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG schützt die menschliche Gesundheit im biologisch-physischen Sinne.¹³ Eingriffe eines Grundrechtsadressaten sind demnach z.B.: Menschenversuche, Zwangssterilisationen und -kastrationen, körperliche Strafen und Züchtigungen, Impfzwang, aber auch strafprozessuale Zwangsmaßnah-

³Jarras/Pieroth, GG Art. 2 Rn. 84.

⁴Jarras/Pieroth, GG Art. 2 Rn. 81.

⁵So etwa Schulze-Fielitz, Dreier GG, Bd.1 Art 2. Rn. 29; Lorenz, HdStR, Bd. VI, Art. 2. Rn. 8.

⁶Di Fabio, Maunz/Dürig, GG Art. 2. Rn. 24 f.; Murswiek, Sachs, GG Art. 2. Rn. 145a.

⁷Die amtliche Überschrift des 16. Abschnitts lautet: „Die Straftaten gegen das Leben“. Dieser umfasst: die vorsätzlichen Tötungsdelikte, wie Mord § 211 und Totschlag §§ 212/213, die Tötung auf Verlangen § 216, den Schwangerschaftsabbruch §§ 218 – 219b, die fahrlässige Tötung § 222 sowie die Aussetzung § 221 als konkretes (Lebens-)Gefährungsdelikt.

⁸§ 218 Abs. 1 StGB (Auszug): „Handlungen, deren Wirkung vor Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, gelten nicht als Schwangerschaftsabbruch“.

⁹Sch/Sch/Eser, Vor § 211 Rn. 12 ff. m.w.N.

¹⁰Jarras/Pieroth, GG Art. 2 Rn. 86.

¹¹Siehe hierzu Di Fabio, Maunz/Dürig, GG Art. 2 Rn. 33.

¹²H. M. sh. Di Fabio, Maunz/Dürig, GG Art 2. Rn. 21; Schulze-Fielitz, Dreier GG Art. 2. Rn. 16.

¹³Jarras/Pieroth, GG Art. 2 Rn. 83.

men wie die Blut- oder Liquorentnahme.¹⁴ Darüber hinaus wird das psychische Wohlbefinden geschützt, wenn es sich um Eingriffe einer mit körperlichen Schmerzen vergleichbarer Erheblichkeit, etwa im Sinne einer psychopathologischen Beeinträchtigung, handelt.¹⁵ Des Weiteren schützt Art. 2 Abs. 2 GG die körperliche Integrität als solche, das heißt ebenfalls vor solchen Eingriffen, welche nicht mit Schmerzen verbunden sind¹⁶, so auch vor ärztlichen Heileingriffen und Operationen.¹⁷ Als strafrechtliche Schutznormen sind daher vorrangig die Vorschriften des siebzehnten Abschnitts des StGB anzusehen.¹⁸ Bei der verfassungskonformen Anwendung und Auslegung dieser Normen kommt es mitunter zu Kollisionen mit anderen Grundrechtspositionen. Welche Grundrechte hier den Vorrang genießen, ist bspw. im Falle der Knabenbeschneidung¹⁹ äußerst umstritten.²⁰

Um den Verfassungsauftrag zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit speziell von Kindern zu erfüllen, ist der Gesetzgeber im Jahr 2001 auf zivil- bzw. familienrechtlichem Gebiet tätig geworden, und zwar mit dem „Gesetz zur Ächtung von Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts“.²¹ Dieses Gesetz, das auch der Um-

¹⁴Jarras/Pieroth, Art. 2 Rn. 87.

¹⁵BVerfGE 56, 54, 75; Schulze-Fielitz, Dreier GG Art. 2 Rn. 35.

¹⁶Di Fabio, Maunz/Dürig, GG Art. 2 Rn. 55.

¹⁷BVerfGE abw. M. . 52, 131, 174 f.; Kunig, v. Münch/Kunig GG Art. 2 Rn. 62; Schulze-Fielitz, Dreier GG Art. 2 Rn. 38.

¹⁸Die amtliche Überschrift des 17. Abschnitts lautet „Straftaten gegen körperliche Unversehrtheit“. Diese umfassen die §§ 223 – 231 StGB.

¹⁹Hier ist eine Abwägung zwischen dem Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 GG und seiner Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG einerseits und der Religionsfreiheit der Eltern Art. 4 GG sowie deren Erziehungsrechtes aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 GG andererseits vorzunehmen. Siehe hierzu LG Köln NJW 2012, 2128 f.; Bartsch, StV 2012, 604 ff.; Beulke/Dießner, ZIS 2012, 338 ff.; Czerner, ZKJ 2012, 374 ff. u. 433 ff.; Eschelbach/BeckOK StGB, § 223 Rn. 9 ff.; Fischer, StGB § 223 Rn. 43 ff.; Germann, FS G. Fischer, 2010, S. 35 ff.; ders./BeckOK GG, Art. 4 Rn. 50.1; Hassemer, ZRP 2012, 179 ff.; Putzke, MedR 2012, 621 ff.; ders. MedR 2012, 229 ff.; ders. FS Herzberg 2008, S. 660 ff.; ders. NJW 2008, 1568 ff.; ders. MedR 2008, 268 ff.; Exner, Sozialadäquanz im Strafrecht, Zur Knabenbeschneidung, Berlin 2011; Fateh-Moghadam, RW 2010, 115 ff.; Herzberg, MedR 2012, 169 ff.; ders. JZ 2009, 332 ff.; ders. ZIS 2010, 471 ff.; Jahn, JuS 2012, 850 f.; Jerouschek, FS Dencker, 2012, S. 171 ff.; ders. NStZ 2008, 313 ff.; Kempf, JR 2012, 434 ff.; Krüper, ZJS 2012, 547 ff.; Muckel, JA 2012, 636 ff.; NK-Paeffgen, § 228 Rn. 18; Peglau, jurisPR-StrafR 15/2012 Anm. 2; Rox, JZ 2012, 806 f.; Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor. § 32 Rn. 41; Schneider, Die männliche Beschneidung als verfassungs- und sozialrechtliches Problem, Berlin 2008; Schlehofer/MüKo StGB, 2. Aufl. Vor. § 32 Rn. 143; Schramm, Ehe und Familie im Strafrecht, S. 221 ff.; Schwarz, JZ 2008, 1125 ff.; Stehr/Putzke/Dietz, Deutsches Ärzteblatt 2008, A 1778 ff.; Valerius, Kultur und Strafrecht, 2011, S. 152 ff.; ders. JA 2010, 481 ff.; Walter, JZ 2012, 1110 ff.; Zähle, AöR 134 (2009), 434 ff.

²⁰Für einen „deutlichen Vorrang“ der Rechte des Kindes LG Köln NJW 2012, 2128 ff.; Eschelbach/BeckOK StGB, § 223 Rn. 9 ff.; Jerouschek, in Haedrich (Hrsg.), Muslime im säkularen Staat, S. 113, 124; ders. NStZ 2008, 313, 319; ders. FS Dencker 2012, S. 171 ff.; Herzberg, JZ 2009, 338; NK-Paeffgen, § 228 Rn. 18; Hassemer, ZRP 2012, 179 ff.; Putzke, MedR 2012, 621 ff.; ders. MedR 2012, 229 ff.; vgl. auch BVerfGE 121, 69, 92 f.

²¹BGBI. 2000, 1479.

1 Die allgemeine Rechtsstellung des Kindes

setzung der UN-Kinderrechtskonvention dient, gibt Kindern erstmals²² einen Anspruch auf eine gewaltfreie Erziehung.²³

III. Die Menschenwürde des Kindes

Die Würde des Menschen ist unantastbar.²⁴ Das Grundgesetz stellt die Menschenwürde an die Spitze der Verfassung. Alle Grundrechte sind im Lichte des Art. 1 Abs. 1 GG auszulegen;²⁵ die Menschenwürdegarantie bildet die „Wurzel aller Grundrechte“.²⁶ Das oberste Verfassungsgebot, die Würde des Menschen zu achten, wird verletzt, wenn die aus der Menschenwürde fließende Subjektqualität des Menschen missachtet wird, indem ein Mensch zum bloßen Objekt des Staates gemacht, seine Subjektqualität also prinzipiell in Frage gestellt wird.²⁷ Dies wäre der Fall z.B. bei Erniedrigung, Brandmarkung, Ächtung, Folter, Sklaverei, Leibeigenschaft oder Stigmatisierung.²⁸

Besonders heftig diskutiert wurde in jüngerer Vergangenheit die Frage der Abwägbarkeit der Menschenwürde zweier Grundrechtsträger gegeneinander. Auslöser und Brennpunkt der Debatte war der sog. Fall Daschner,²⁹ dabei ging es um die Frage, ob zur Rettung eines Kindes, dem mutmaßlichen Entführer desselben Folter angedroht werden darf, damit er das Versteck des Kindes preisgibt. Dabei waren es zunächst die sog. „ticking bomb“-Fälle³⁰, bei denen die Problematik der sog. Gefahrenabwendungsfolter diskutiert wurde.³¹ Mit der juristischen Bewertung der Anordnung des Frankfurter Vizepolizeichefs Daschner, dem Entführer des Frankfurter Bankierssohnes Jakob von Metzler,³² Folter an-

²²Das seit 1900 geltende in § 1631 BGB a. F. normierte Züchtigungsrecht des Vaters (Abs. 1 : „Der Vater kann kraft des Erziehungsrechts angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden.“ Abs. 2: „Auf seinen Antrag hat das Vormundschaftsgericht ihn durch Anwendung geeigneter Zuchtmittel zu unterstützen.“) wurde erst 1958 aufgehoben. Erstmals jedoch mit Gesetz vom 8.11. 2000 (s. Fn. 19.), in Kraft getreten am 1.1.2002, wurde Kindern ein Recht auf gewaltfreie Erziehung gesetzlich verbrieft.

²³§ 1631 Abs. 2 BGB lautet: „Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.“

²⁴Art.1 Satz 1 GG.

²⁵Jarras/Pieroth, GG Art. 2 Rn. 2, 5.

²⁶BVerfGE 93, 266.

²⁷BVerfGE 87, 209, 228; BVerfGE 96, 375, 399; BVerfGE 109, 133, 150; BVerfGE 109, 279, 312.

²⁸Jarras/Pieroth, GG Art. 1 Rn. 11; Jerouschek sieht in der Beschneidung von Jungen im Säuglingsalter eine solche die Menschenwürde tangierende „Brandmarkung“, s. Fn. 18.

²⁹Siehe hierzu Jerouschek, JuS 2005, 296, zugleich Besprechung v. LG Frankfurt a.M., Urt. v. 20.12. 2004 – 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04); Jerouschek/Kölbl, JZ 2003, 613; zu einer Abwägung zugunsten der Menschenwürde des Entführungsoffers kommt Götz, NJW 2005, 953.

³⁰Gemeint sind Fälle, in denen das Leben einer Vielzahl von Menschen z.B. durch eine versteckte Bombe bedroht ist, der Terrorist jedoch das Versteck nicht preisgeben will.

³¹Brugger, JZ 2000, 164; Herdegen, Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 45 ff.; Roxin, FS Eser 2005, Hamm, NJW 2003, 946; Hilgendorf, JZ 2004, 331; Hecker, 2003, 210; Greco, GA 2007, 628.

³²LG Frankfurt, NJW 2005, 692.

zudrohen, kam es jedoch zum Schwur.³³ Dementsprechend heftig umstritten³⁴ war auch das Urteil der Frankfurter Richter.³⁵ Schließlich ging es um nicht weniger als um die Frage, ob es in irgendeiner Art und Weise zu rechtfertigen sei, einen Menschen zu foltern oder ihm Folter anzudrohen, sei es auch nur um ein anderes Menschenleben zu schützen. Sowohl das LG Frankfurt³⁶ als auch der BGH³⁷ und das BVerfG³⁸ haben – mehr oder weniger klar – zum Ausdruck gebracht, dass wie im entschiedenen Fall bereits die Androhung von Folter die Menschenwürde verletzt und keiner Abwägung zugänglich ist. Der von einigen befürchtete „Sündenfall“ ist somit ausgeblieben; die „Büchse der Pandora“³⁹ bleibt geschlossen. Vielleicht ist die Würdekollision des Täters und des Opfers in einem der Menschenwürde absolut verpflichteten Rechtsstaat eben nicht anders – jedenfalls nicht ohne die Gefahr, deren absoluten Schutz zu verwirken – auflösbar.⁴⁰

IV. Elternrecht und Wächteramt des Staates gem. Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 GG

1 Historie der Gewährleistung

Während die Paulskirchenverfassung⁴¹ – welche zwar nie in Kraft trat⁴² – lediglich Regelungen in Bezug auf die Zivilehe⁴³ und die Religionsverschiedenheit des Brautpaares

³³Götz sieht in der Frankfurter Entscheidung jedoch allein die Menschenwürde des Täters berücksichtigt, es ließe die Würde des Opfers „völlig unerwähnt“, NJW 2005, 953.

³⁴Götz, NJW 2005, 953; Erb, NStZ 2005, 593; Scheller, NJW 2009, 705; Jerouschek, JuS 2005, 296.

³⁵Vgl. Fn. 31.

³⁶Vgl. Fn. 31.

³⁷BGH AZ: 2 Str 35/04.

³⁸BVerfG, NJW 2005, 656.

³⁹Hofmann, NJW 2010, 217.

⁴⁰Greco kommt zu eben diesem Ergebnis, da er jede Ausnahme als Erweiterung der Regeln betrachtet, somit die Ausnahme Teil der Regel würde, was den Staat zu nichts anderem als zu einer „Augustinischen Räuberbande“ machen würde. Greco, GA 2007, 628.

⁴¹Erste demokratische deutsche Verfassung verkündet am 28. März 1849; benannt nach dem Ort der Tagung der Nationalversammlung in der Frankfurter Paulskirche. Die Paulskirchenverfassung „war die erste vollentwickelte Konzeption einer Gesamtstaatsverfassung national-bürgerlicher Prägung“, Huber, Verfassungsgeschichte Band II S. 821.

⁴²Der preußische König lehnte die ihm von der Nationalversammlung angetragene Kaiserwahl als „Reif aus Dreck und Letten“ (zitiert nach Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 345.) und damit auch die Verfassung ab. Am 28. April 1849 wurde der Reichszentralgewalt die Ablehnung der Verfassung durch Preußen mitgeteilt. Ebenso wie Preußen war in den meisten anderen großen Ländern die Verfassung nie veröffentlicht worden, daher nie in Kraft getreten. Lediglich 28 kleinere Staaten verkündeten die Verfassung, was jedoch aufgrund der darauf folgenden Entwicklung ohne Auswirkungen blieb. Frotscher/Pieroth Verfassungsgeschichte, Rn. 47.

⁴³§ 150 Paulskirchenverfassung (1849): „Die bürgerliche Gültigkeit der Ehe ist nur von der Vollziehung des Civilactes abhängig; die kirchliche Trauung kann nur nach der Vollziehung des Civilactes stattfinden.“

1 Die allgemeine Rechtsstellung des Kindes

traf⁴⁴, ebenso wie die Preußische Verfassung⁴⁵ von 1850, ging die Weimarer Reichsverfassung⁴⁶ bereits deutlich weiter.⁴⁷ Hier finden sich bereits die Grundzüge dessen, was den Kern des heute geltenden Verfassungsrechts ausmacht. Namentlich wurde im Art. 119 Abs. 1 WRV⁴⁸ die Ehe unter den besonderen Schutz der Verfassung gestellt. Art. 119 Abs. 2 und 3 WRV⁴⁹ stellten die Familie und die Mutterschaft unter die besondere Fürsorge des Staates. Auch wurde mit Art. 120 WRV⁵⁰ bereits ein Recht der Eltern auf die Erziehung ihrer Kinder statuiert, das der Pflicht zu derselben korrelierte, und über welche die staatliche Gemeinschaft zu wachen habe. Art. 121 WRV⁵¹ stellte die unehelichen Kinder den ehelichen gleich. Schließlich statuierte Art. 122 WRV⁵² eine Schutzpflicht des Staates für die Jugend. Vergleicht man nun die Regelungen der Weimarer Reichsverfassung mit denen des Grundgesetzes, kann man in jenen unschwer das Vorbild der heutigen Verfassung erblicken. So sind die wesentlichen Grundrechte und Schutzaufgaben wie Schutz von Ehe und Familie, Schutz der Mutterschaft, Elternrecht und Wächteramt des Staates, Gleichstellung der unehelichen und der ehelichen Kinder bereits Bestandteil der WRV.

⁴⁴ § 150 Abs. 2 Paulskirchenverfassung (1849): „Die Religionsverschiedenheit ist kein bürgerliches Ehehinderniß.“

⁴⁵ Preußische Verfassung vom 31. Januar 1850, Art. 19: „Die Einführung der Zivilehe erfolgt nach Maßgabe eines besonderen Gesetzes, was auch die Führung des Zivilstandsregister regelt.“

⁴⁶ Die am 31.7.1918 durch die Nationalversammlung angenommene Weimarer Reichsverfassung (offiziell: Verfassung des Deutschen Reichs; im folgenden WRV) trat am 14.8.1919 in Kraft. Die WRV war die erste demokratische Verfassung für das deutsche Reich; sie enthielt bereits einen umfangreichen Grundrechtskatalog. Siehe hierzu Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 364 f.

⁴⁷ Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 1.

⁴⁸ Art. 119 Abs. 1 WRV: „Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Diese beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter.“

⁴⁹ Art. 119 Abs. 2, WRV: „Die Reinerhaltung, Gesundung und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe der Staats und der Gemeinden. Kinderreiche Familien haben Anspruch auf ausgleichende Fürsorge.“ Art. 119 Abs. 3 WRV: „Die Mutterschaft hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staats.“

⁵⁰ Art. 120 WRV: „Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht.“

⁵¹ Art. 121 WRV: „Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern.“

⁵² Art. 122 WRV: „Die Jugend ist gegen Ausbeutung sowie gegen sittliche, geistige oder körperliche Verwahrlosung zu schützen. Staat und Gemeinde haben die erforderlichen Einrichtungen zu treffen. Fürsorgemaßregeln im Wege des Zwanges können nur auf Grund des Gesetzes angeordnet werden.“

2 Geltendes Verfassungsrecht

Art. 6 GG stellt die speziellste und zugleich umfassendste Verfassungsnorm zum Verhältnis des Staates zu Ehe, Familie, Eltern und Kindern dar.⁵³ Dabei erfüllt Art. 6 GG verschiedene grundrechtliche Funktionen.⁵⁴ Zunächst enthalten die Abs. 1 und 2 klassische Abwehrrechte.⁵⁵ Namentlich schützen sie die Gemeinschaft und den Lebensbereich der Ehe und der Familie vor staatlichen Eingriffen; sie sind somit Freiheitsgrundrechte.⁵⁶ Die Abs. 2 und 3 schützen das sog. Elternrecht.⁵⁷ Abs. 2 S. 2 stellt demgegenüber einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt dar, Abs. 3 eine Schranken-Schranke.⁵⁸ Der Abs. 4 wiederum enthält ein Schutzrecht speziell für Mütter.⁵⁹ Schließlich stellt Abs. 5 ein Gleichbehandlungsgebot für uneheliche Kinder auf.⁶⁰ Darüber hinaus beinhaltet Abs. 1 Institutsgarantien für die Ehe und die Familie, schränkt somit den Gesetzgeber in seinem Gestaltungsspielraum bei der Legislatur zu Regelungen zur Ehe und Familie weiter ein.⁶¹

Besonderes Interesse liegt in dieser Untersuchung auf Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 GG. Gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist die Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern. Mit diesem Recht verbunden ist auch die Pflicht, dieses Recht wahrzunehmen und es zum Wohle des Kindes auszuüben.⁶² Die staatliche Gemeinschaft wacht über die Betätigung der Eltern bei der Pflege und Erziehung ihrer Kinder.⁶³ Das Eltern-

⁵³Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 633.

⁵⁴Pieroth/Schlink, a.a.O., Rn. 634.

⁵⁵So auch Pieroth/Schlink, a.a.O., Rn. 634; so wie hier für das Elternrecht aus Abs. 2 und 3. auch Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 95.

⁵⁶Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 32.

⁵⁷Gröschner bezeichnet das Elternrecht als „Grundrecht im traditionellen Sinne eines Abwehrrechts“, Dreier GG, Art. 6 Rn. 95.

⁵⁸Nach Pieroth werde der Gesetzesvorbehalt dadurch qualifiziert, da das Wächteramt nur zum Wohle des Kindes ausgeübt werden dürfe, Jarras/Pieroth, GG Art 6 Rn. 4; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 652. Gröschner dagegen hält die „gängige Bezeichnung des Wächteramtes als Schranke“ für dogmatisch falsch, er plädiert für die nach dem Institutsmode treffendere Bezeichnung „Grenzen [...] des Garantiebereiches“; Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn 118.

⁵⁹Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 634.

⁶⁰Jarras/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 53.

⁶¹Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 634; Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 31; Jarras/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 1.

⁶²Der Verfassungsgeber habe mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG den Eltern „eine echte, gegenüber der Gemeinschaft bestehende Grundpflicht auferlegt“ Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 100; Sh. auch Coester-Waltjen, v. Münch/Kunig GG, Art. 6 Rn. 83; Das BVerfG spricht davon, dass Recht und Pflicht in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG „von vornherein unlöslich miteinander verbunden“ sind, BVerfGE 24, 119, 143.

⁶³Aus dem Wächteramt resultiert eine Schutzpflicht des Staates, Robbers, v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Rn. 241; Jedoch besteht das Wächteramt nur zum Wohle des Kindes, wird also durch dieses legitimiert und limitiert, Coester-Waltjen, v. Münch/Kunig GG, Art. 6 Rn. 93; Völlig zu Recht kritisiert Gröschner die Transformation des Art. 120 WRV in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 in grammatikalischer Hinsicht. Die „Transformation eines Nebensatzes aus Art. 120 WRV („über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht“) in einen Hauptsatz“ sei deshalb missglückt, weil „ihre“ Betätigung in keiner Beziehung zu Satz 1 stehe; es bleibe somit unklar worauf sich „ihre“ beziehe

1 Die allgemeine Rechtsstellung des Kindes

recht ist somit zunächst einmal ein Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen in den Primat der elterlichen Erziehung.⁶⁴ Mit diesem Recht korrespondiert jedoch die Pflicht, eben dieses Recht auch auszufüllen. Deshalb kann auch von Elternverantwortung – um einen beide Aspekte einschließenden Begriff zu verwenden – gesprochen werden.⁶⁵ Nur dort, wo die Eltern dieser Pflicht nicht nachzukommen vermögen oder das Kind schädigen, ist der Staat dazu berufen, quasi als Wächter des Kindeswohls in die Eltern-Kind-Beziehung, oder besser: in die Pflege und Erziehung des Kindes, einzugreifen.⁶⁶ Dazu bedarf es, insbesondere im Falle der Trennung des Kindes von den Eltern, aufgrund des qualifizierten Vorbehaltes, eines formellen Gesetzes.⁶⁷ Indem der Verfassungsgeber den Eltern die Fürsorge- und Erziehungspflicht auferlegt und über deren Ausübung wacht, erfüllt er seine aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG resultierende Pflicht, die Würde des Kindes zu schützen.⁶⁸

3 Inhalt und Grenzen der Elternverantwortung

Den Inhalt der Elternverantwortung umschreibt der Verfassungstext mit „Pflege und Erziehung“ der Kinder. Dabei meint Pflege die Sorge für das körperliche Wohl des Kindes,⁶⁹ der Begriff der Erziehung dagegen die Sorge für die seelisch-geistige Entwicklung des Kindes.⁷⁰ Die Pflege umfasst darüber hinaus auch die Vermögenssorge sowie die Sorge für den Unterhalt des Kindes.⁷¹ Bei der Pflege der Kinder ist die Grenze der elterlichen Freiheit dort erreicht, wo Gefahren für das körperliche Wohl des Kindes bestehen,⁷² et-

(möglicherweise „auf die Eltern, die Pflicht und Recht im Plural, Pflege und Erziehung gemeinsam?“); ebenso sei nicht klar „wer die staatlich Gemeinschaft sei und wie sie sich verhalte wenn sie wacht?“ Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 116.

⁶⁴So bereits BVerfGE 4, 52, 57; BVerfGE 7, 320, 323; Unzweifelhaft BVerfGE 61, 358, 371: „Das Elternrecht ist Freiheitsrecht im Verhältnis zum Staat“.

⁶⁵Gröschner hält diesen Begriff für die treffendere Bezeichnung, Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 98; siehe auch BVerfGE 24, 119, 143, welche sich auf Stein beruft, Stein, Die rechtsphilosophischen und positiv-rechtlichen Grundlagen des Elternrechts, in Stein-Joest-Dombois, Elternrecht, 1958, S. 5 ff. [S. 10].

⁶⁶Eingriffe in das Elternrecht werden z. T. durch die §§ 1666, 1667, 1673-1678, sowie § 1696 BGB geregelt. Diese Vorschriften finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG; Coester-Waltjen, v. Münch/Kunig GG, Art. 6 Rn. 93.

⁶⁷Gröschner, Dreier, Art. 6 Rn. 117; Robbers, v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Rn. 255.

⁶⁸Gröschner, Dreier, Art. 6 Rn. 100.

⁶⁹Coester-Waltjen, v. Münch/Kunig, Art. 6 Rn. 63.

⁷⁰Coester-Waltjen, ebenda; dafür das „Pflege und Erziehung“ als einheitlicher Begriff zu verstehen sei, sprechen sich Coester-Waltjen, v. Münch/Kunig, Art. 6 Rn. 63, Maunz, Maunz/Dürig, Art. 6 Rn. 24, Jestaedt, Bonner Kommentar, Art. 6 Rn. 102, Robbers, v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Rn. 143, Uhle/ BeckOK GG, Art. 6 Rn. 49, aus. Gröschner hingegen differenziert zu Recht zwischen Pflege und Erziehung, da im Bereich der Pflege der Staat leichter in das Elternrecht eingreifen können müsse, da hier mit einem objektiven Maßstab Kindeswohlgefährdungen festgestellt und kompensiert werden können, Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 109.

⁷¹Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 109.

⁷²Ebenso Uhle/BeckOK GG, Art. 6 Rn. 54.

wa bei Verwahrlosung, Mangelernährung, mangelbedingten Krankheiten und den daraus resultierenden Gefahren. In diesen Fällen bewegen sich Eltern von vornherein außerhalb des Schutzbereiches von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.⁷³ Bestehen o. g. Risiken für das Kindeswohl durch eine Pflichtverletzungen in der Elternverantwortung, so gebietet Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG das Eingreifen des staatlichen „Wächters“.⁷⁴ Dies geschieht zunächst durch das Jugendamt, das in erster „Instanz“ dazu berufen ist, bei Kindeswohlgefährdungen einzugreifen.⁷⁵ So statuiert § 8a SGB VIII einen Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung für das Jugendamt.⁷⁶ Das Jugendamt hat in eigener Einschätzung das Gefährdungsrisiko zu prognostizieren und entsprechende Maßnahmen zu ergreifen.⁷⁷ Inwieweit dem Jugendamt, genauer seinen Mitarbeitern, aus der Kenntnis von Gefährdungslagen und dem Schutzauftrag von § 8a SGB VIII eine Garantenstellung gemäß § 13 StGB erwächst, wurde zuletzt von Beulke/Swoboda erörtert.⁷⁸

Bei der Wahl der Erziehungsziele und der Erziehungsmittel sind die Eltern grundsätzlich frei.⁷⁹ Das Grundgesetz gibt den Eltern keine materiellen Erziehungsziele vor.⁸⁰ Genauso wenig schränken die durch Landesverfassungen vorgegebenen Erziehungsziele die Eltern in ihrer Freiheit ein.⁸¹ Somit müssen sich die Erziehungsziele zunächst an einer menschenwürdigen⁸² Erziehung messen lassen; mit anderen Worten: Die Erziehung

⁷³Uhle/BeckOK GG, Art. 6 Rn. 55.

⁷⁴Wann der Staat in Ausübung seines Wächteramtes einzugreifen hat, wird bspw. durch § 1666 BGB konkretisiert, wo es in Abs. 1 heißt: „Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Familiengericht die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind.“ oder durch § 8a SGB VIII wo es in Abs. 3 Satz 2 heißt: „Besteht eine dringende Gefahr und kann die Entscheidung des Gerichts nicht abgewartet werden, so ist das Jugendamt verpflichtet, das Kind oder den Jugendlichen in Obhut zu nehmen.“

⁷⁵„Hält das Jugendamt das Tätigwerden des Familiengerichts für erforderlich, so hat es das Gericht anzurufen“; § 8a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII.

⁷⁶Die amtliche Überschrift von § 8a SGB VIII lautet: Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung. Konkret verpflichtet die Norm das Jugendamt zur Gefahrenermittlung und zur Einleitung entsprechender Maßnahmen bis hin zur Inobhutnahme. Siehe auch § 8a Abs. 3 Satz 2 SGB VIII (Fn. 73).

⁷⁷Siehe § 8a Abs. 1 Satz 1 SGB VIII: Werden dem Jugendamt gewichtige Anhaltspunkte für die Gefährdung des Wohls eines Kindes oder Jugendlichen bekannt, so hat es das Gefährdungsrisiko im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte abzuschätzen.

⁷⁸Beulke/Swoboda, Beschützergarant Jugendamt. Zur Strafbarkeit von Mitarbeiter des Jugendamtes bei Kindeswohlgefährdung, Kindesmisshandlung oder –missbrauch innerhalb der betreuten Familie, in FS für Gössel, 2002.

⁷⁹Robbers, v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Rn. 152.

⁸⁰Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 112.

⁸¹Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 112; Jestaedt, Bonner Kommentar, Art. 6 Rn. 108; Uhle/BeckOK GG, Art. 6 Rn. 51.

⁸²„Das Kind ist ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertsystems stellt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemandem Rechte an der Person eines anderen

1 Die allgemeine Rechtsstellung des Kindes

wird durch das Kindeswohl beschränkt.⁸³ Bei der Wahl der Erziehungsmethoden muss jedoch der Aspekt des sog. Züchtigungsrechtes⁸⁴ genauer untersucht werden. Hier scheint sich die verfassungsrechtliche Literatur darin einig zu sein, dass körperliche Züchtigung nicht von vornherein verfassungsrechtlich unzulässig sein könne.⁸⁵ Betrachtet man nun die gesetzlichen Änderungen der vergangenen Jahre, dann zeigen sich einige dem zuvor Gesagten scheinbar widersprechende Tatsachen. Zuerst wäre die Annahme und Unterzeichnung der UN-Kinderechtskonvention durch die Bundesrepublik Deutschland zu nennen⁸⁶ und weiterhin das Gesetz zur Ächtung von Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts.⁸⁷ Es änderte § 1631 BGB und gab dessen Abs. 2 die folgende Fassung: „Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig“. Schließlich erscheint es höchst zweifelhaft, warum innerhalb der Familie körperliche Züchtigung und damit Gewalt als Erziehungsmittel zulässig sein sollen, während dies in allen anderen Bereichen der Gesellschaft unzulässig ist.⁸⁸ Hier ist die Menschenwürde des Kindes berührt – genauso wie die des wegen einer Entführung Beschuldigten, dem

einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind und die Menschenwürde des anderen respektieren.“ BVerfGE 24, 119, 144.

⁸³ Vgl. BVerfGE 60, 79, 88; Coester-Waltjen, v. Münch/Kunig GG, Art. 6 Rn. 61; Uhle/BeckOK GG, Art. 6 Rn. 53.

⁸⁴ Das seit 1900 geltende in § 1631 Abs. 2 BGB a. F. normierte Züchtigungsrecht des Vaters (Abs. 1: „Der Vater kann kraft des Erziehungsrechts angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden.“ Abs. 2: „Auf seinen Antrag hat das Vormundschaftsgericht ihn durch Anwendung geeigneter Zuchtmittel zu unterstützen.“) wurde erst 1958 aufgehoben. Nach allg. Ansicht galt das Züchtigungsrecht jedoch auch nach seiner Streichung aus dem Gesetzestext gewohnheitsrechtlich fort, Holzhauser, JZ 2001, 1078.

⁸⁵ Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 114: Die Züchtigung sei „verfassungsrechtlich nicht generell, sondern nur von Fall zu Fall zu rechtfertigen [...]“; Robbers, v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Rn. 154: Das völlige Verbot der Züchtigung „wäre verfassungswidrig, soweit, die notwendig an ihre Stelle tretende psychische Einflussnahme schädigendere Folgen für das Kind besitzen kann.“; v. Münch, v. Münch/Kunig GG, Art. 6 Rn. 27.

⁸⁶ Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes wurde am 20.11.1989 von der Vollversammlung der UN verabschiedet, am 26. Januar 1990 von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet (Zustimmung von Bundestag und Bundesrat durch Gesetz vom 17. Februar 1992 – BGBl. II S. 121) und trat am 5. April 1992 für Deutschland in Kraft (Bekanntmachung vom 10. Juli 1992 – BGBl. II S. 990). In Art. 19 heißt es: (1) „Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, Sozial- und Bildungsmaßnahmen, um das Kind vor jeder Form körperlicher oder geistiger Gewaltanwendung, Schadenzufügung oder Misshandlung, vor Verwahrlosung oder Vernachlässigung, vor schlechter Behandlung oder Ausbeutung einschließlich des sexuellen Missbrauchs zu schützen, solange es sich in der Obhut der Eltern oder eines Elternteils, eines Vormunds oder anderen gesetzlichen Vertreters oder einer anderen Person befindet, die das Kind betreut.“

⁸⁷ BGBl. 2000, 1479. Pieroth sieht im Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen völlig zu Recht keinen Eingriff in das Elternrecht, § 1631 Abs. 2 BGB enthalte vielmehr eine Definition der Begriffe „Pflege und Erziehung“, Jarras/Pieroth GG, Art. 6 Rn. 45.

⁸⁸ Der siebzehnte Abschnitt des StGB Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit schützt jeden Menschen vor Gewalt. Auch gibt es ansonsten keinerlei körperliche Strafen in Deutschland, weder im Strafvollzug noch im Maßregelvollzug.

keine Gewalt angedroht werden darf. Wenn die Erziehung des Kindes vor allem durch Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG beschränkt ist, so hat es einen Anspruch auf eine gewaltfreie Erziehung.⁸⁹ Dem Einwand von Robbers⁹⁰, körperliche Züchtigungen dürften deshalb nicht per se unzulässig sein, da die „an ihre Stelle tretende psychische Einflussnahme schädigender“⁹¹ sein könne, sei entgegengehalten, dass gem. § 1631 Abs. 2 BGB auch seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen unzulässig sind. Hier sollte den Eltern zugetraut werden, das Fehlverhalten ihrer Kinder mit Sanktionen belegen zu können, die weder körperlich noch seelisch verletzend wirken. Somit sind körperliche Züchtigungen als von Verfassungs wegen unzulässige Erziehungsmittel anzusehen.⁹²

V. Ausblick und kritische Würdigung

Es gibt noch kein eigenes Kindergrundrecht. Anhand der Diskussion, ob einfachgesetzliche Normen wie § 1631 Abs. 2 BGB dem Kind auch tatsächlich einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf eine gewaltfreie Erziehung geben, zeigen dieses Defizit deutlich auf. Die für Kinder selbstverständlich geltenden Art. 1 GG und Art. 2 GG und Art. 6 GG vermögen hier keinen eindeutigen und ausreichenden Schutz zu gewährleisten. Die verfassungsrechtliche Stellung des Kindes sollte durch ein eigenes (Kinder-)Grundrecht hervorgehoben und die besondere Schutz- und Fürsorgepflicht des Staates und der Gesellschaft gegenüber Kindern dadurch verdeutlicht werden.

⁸⁹Gröschner sieht in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG einerseits das Fundament des Elternrechts, „weil Würde [...] die fundamentale Voraussetzung der Freiheitsrechte ist“ und andererseits als immanente Schranke (Gröschner spricht von Bindung und Beschränkung in der Ausübung des Rechts durch Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG) des sonst unbeschränkten Elternrechts. Gröschner, Dreier GG, Art. 6 Rn. 113, 114.

⁹⁰Fn. 84.

⁹¹Robbers, v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6. 154.

⁹²Ebenso Pieroth, Jarras/Pieroth GG, Art. 6 Rn. 39, „das Elternrecht gibt keinen Anspruch auf körperliche Züchtigungen...“; a.A. Robbers, v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 6 Rn. 154.

B. Zivilrechtliche Stellung des Kindes

I. Rechtsfähigkeit

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt, gemäß § 1 BGB. Dabei ist Rechtsfähigkeit die Fähigkeit eines Menschen, selbstständiger Träger von Rechten und Pflichten zu sein.⁹³ Die Geburt ist vollendet, wenn das Kind den Mutterleib verlassen hat.⁹⁴ Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Nabelschnur bereits durchtrennt wurde.⁹⁵ Das Kind muss jedoch wenigstens einen Augenblick gelebt haben.⁹⁶ Dies ist nach § 31 der Verordnung zur Ausführung des Personenstandgesetzes⁹⁷ dann der Fall, wenn „bei einem Kind nach der Scheidung vom Mutterleib entweder das Herz geschlagen oder die Nabelschnur pulsiert oder die natürliche Lungenatmung eingesetzt hat.“⁹⁸ Darüber hinaus wird auch der Nachweis von Hirnströmen für genügend angesehen, um die Annahme einer Lebendgeburt zu begründen.⁹⁹

II. Geschäftsfähigkeit

Die Geschäftsfähigkeit eines Menschen bedeutet dagegen, allgemein zulässige Rechtsgeschäfte voll wirksam vornehmen zu können.¹⁰⁰ Kinder bis zum vollendeten 7. Lebensjahr sind gemäß § 104 BGB nicht geschäftsfähig. Ab dem vollendeten 7. Lebensjahr bis zum Erreichen der Volljährigkeit¹⁰¹ sind Kinder in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt gem. § 106 BGB. Das bedeutet, dass die Eltern einem zukünftigen Rechtsgeschäft zustimmen müssen gem. §§ 107, 182 BGB, bei einem bereits vorgenommenen Rechtsgeschäft bedarf es der nachträglichen Genehmigung gem. §§ 107, 108, 183 BGB. Der Gesetzgeber hat damit dem Prinzip der Privatautonomie Rechnung getragen, welches von eigenverantwortlich und selbstbestimmt handelnden Individuen ausgeht.¹⁰² Diese Individuen sind im vom Gesetz vorausgesetzten Normalfall voll geschäftsfähig. Da diese Geschäftsfähigkeit bei Kindern und Jugendlichen, die sich noch in der Entwicklung ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit befinden, noch nicht voll ausgeprägt bzw. genauso wie bei psychisch Kranken

⁹³ So u. a. Erman/Westermann, Vor § 1 Rn. 1; Palandt/Heinrichs, Vor § 1 Rn. 1; Soergel/Schultze-v. Lasaulx, Vor § 1 Rn. 8; Staudinger/Habermann/Weick, § 1 Rn. 1; siehe auch HKK/Duve, § 1 Rn. 28.

⁹⁴ Hahn, Erziehungsrecht, Rn. 6.

⁹⁵ Motive I, S. 28.

⁹⁶ Hahn, Erziehungsrecht, Rn. 6.

⁹⁷ Personenstandsverordnung vom 22. November 2008 (BGBl. I S. 2263) in folgenden als PStV abgekürzt.

⁹⁸ § 31 Abs. 1 PStV; Liegt keines dieser Merkmale vor und beträgt das Gewicht über 500 Gramm, liegt eine Totgeburt vor, gem. § 31 Abs. 2 PStV; Liegt das Gewicht unter 500 Gramm und es liegt keine Mehrlingsgeburt vor, handelt es sich um eine Fehlgeburt, gemäß § 31 Abs. 3 PStV.

⁹⁹ Staudinger/Habermann/Weick, § 1 Rn. 7.

¹⁰⁰ Schmitt/MüKo BGB, § 1 Rn. 8; ders./MüKo BGB, § 104 Rn. 1.

¹⁰¹ Die Volljährigkeit tritt mit dem vollendeten 18. Lebensjahr ein, § 2 BGB.

¹⁰² Staudinger/Jickeli/Stieper, Vorb. zu §§ 104 -115 Rn. 19.

unter Umständen nicht vorhanden ist, trägt das Gesetz durch die besonderen Schutzvorschriften¹⁰³ Vorsorge. Fraglich erscheint indes, ob diese Schutzvorschriften dem heute später reifenden Jugendlichen und den allgegenwärtigen Verlockungen der Konsumwelt ausreichend Rechnung tragen.¹⁰⁴ Wo im Strafrecht noch bis zum vollendeten 21. Lebensjahr mit reifebedingter Rücksichtnahme verfahren wird, endet diese im Zivilrecht schon mit dem vollendeten 18. Lebensjahr. Hier erscheint es angebracht, über neue Schutzmechanismen nachzudenken, ohne zu den paternalistischen Regelungen des BGB a. F. zurückkehren zu wollen.¹⁰⁵

III. Deliktsfähigkeit

Entsteht ein ersatzfähiger Schaden, so ist zu klären, ob der Verursacher auch dafür haftbar gemacht werden kann. Dies ist im Hinblick auf Kinder problematisch, sind sie doch noch in der Entwicklung eines Verantwortungs- und Gefahrenbewusstseins begriffen. Wenn ein Kind¹⁰⁶ einen anderen Menschen schädigt, stellt sich die Frage, ob und inwieweit es für den entstandenen Schaden einzustehen hat. Es handelt sich dabei um die Frage der Zurechnung, bzw. der Zurechenbarkeit. Im Zivilrecht werden dafür unterschiedliche Begriffe verwendet,¹⁰⁷ welche jedoch stets dasselbe Rechtsinstitut, nämlich die Deliktsfähigkeit meinen. Unter dem Begriff der Deliktsfähigkeit wird im Zivilrecht die Zurechnungsfähigkeit einer Person zu von ihr verursachten Schäden verstanden.¹⁰⁸ Das Zivilrecht, insbesondere das Bürgerliche Gesetzbuch enthält daher verschiedene Normen, welche die Frage der Zurechnungsfähigkeit von Kindern regeln. Voraussetzung für den Anwendungsbereich dieser Vorschriften ist zunächst die Erfüllung eines Haftungstatbestandes; beispielhaft sei § 823 Abs. 1 BGB genannt. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, ist die Verschuldensfrage zu klären. Hier ist § 828 BGB die zentrale Vorschrift. Nach zutreffender Terminologie regelt § 828 BGB die Verschuldensunfähigkeit¹⁰⁹ des Kindes. Nach § 828 Abs. 1 BGB sind Kinder unter 7 Jahren für einen Schaden den sie einem Anderen zugefügt haben, nicht verantwortlich.¹¹⁰ Zwischen dem vollendeten 7. und 18.

¹⁰³Bspw. §§ 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110 BGB.

¹⁰⁴Zur verzögerten Adoleszenz siehe unter Kapitel 2 A. III. 3.

¹⁰⁵Vor 1975 galt nach § 2 BGB a. F. als volljährig, wer das 21. Lebensjahr vollendet hatte.

¹⁰⁶Hier wird der Begriff des Kindes verwendet, um die gesamte Gruppe der unter 18-Jährigen (1 bis 17-Jährige) zu bezeichnen, da in der zivilistischen Literatur die Begriffe: Kind, Jugendlicher und Minderjähriger uneinheitlich verwendet werden.

¹⁰⁷So wird teilweise von Zurechnungsfähigkeit, Wagner/MüKo BGB, § 828 Rn. 1; Haftungsfähigkeit, Schmitt/MüKo BGB § 1 Rn. 10, Verantwortlichkeit, Spindler, Bamberger/Roth BGB, § 828 Rn. 1; und Deliktsfähigkeit, Wagner/MüKo BGB, § 828 Rn. 1, gesprochen.

¹⁰⁸Bamberger, Bamberger/Roth BGB, § 2 Rn. 10.

¹⁰⁹Wie hier zutreffend Teichmann, Jauernig BGB, § 828 Rn. 1; die Terminologie ist jedoch uneinheitlich: Von Zurechnungsfähigkeit spricht Wagner/MüKo BGB, § 828 Rn. 1; Oechler/Staudinger, § 828 Rn. 10, hingegen spricht von Verantwortlichkeit, Schuldunfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit.

¹¹⁰Eine Ausnahme bildet freilich die Billigkeitshaftung nach § 829 BGB, welcher u. U. auch unter 7-Jährige unterfallen; Teichmann, Jauernig BGB, § 828 Rn. 1.

1 Die allgemeine Rechtsstellung des Kindes

Lebensjahr haftet ein Kind grundsätzlich nur dann, wenn es die zur Erkenntnis der Verantwortung erforderliche Einsicht besaß, § 828 Abs. 3 BGB.¹¹¹ Eine Ausnahme von der letztgenannten Regel gilt namentlich für Schäden, die bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienen- oder Schwebebahn entstehen. Bei solchen Schäden ist die Verantwortlichkeit bis zum vollendeten 10. Lebensjahr ausgeschlossen.¹¹² Die gemäß § 828 Abs. 3 BGB zur Erkenntnis der Verantwortung erforderliche Einsicht soll nach der Rspr. des BGH dann vorliegen, wenn die „Erkenntnis einer allgemeinen Gefahr und eines allgemeinen Schadens“ bzw. „das allgemeine Verständnis dafür, dass das Verhalten in irgendeiner Weise Verantwortung begründen kann“, gegeben ist.¹¹³ In praktischer Hinsicht hat dies jedoch zur Konsequenz, dass die Voraussetzungen (des Verantwortungsausschlusses) von § 828 Abs. 3 BGB nur schwer zu erfüllen sind.¹¹⁴ So hat der BGH bislang in keiner Entscheidung diese Voraussetzungen als gegeben gesehen.¹¹⁵ Dies liegt zum einen am Wortlaut, viel mehr jedoch an der Auslegung durch die h. M.¹¹⁶ Demnach verfügt so gut wie jeder 7-Jährige über die geforderte Einsichtsfähigkeit.¹¹⁷ Im Gegensatz zum Strafrecht wird hier nicht auf Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, sondern allein auf die intellektuelle Einsichtsfähigkeit abgestellt.¹¹⁸ Die verminderte Steuerungsfähigkeit wird allenfalls innerhalb der Fahrlässigkeitsprüfung bei der Bemessung der Sorgfaltspflicht berücksichtigt.¹¹⁹ So setze Fahrlässigkeit nicht nur das Kennenmüssen oder die Kenntnis der Gefährlichkeit einer Handlung voraus, sondern auch die Fähigkeit, entsprechend dieser Einsicht zu handeln.¹²⁰ Somit kommt es zu einer Verschiebung der Haftungsprüfung von § 828 Abs. 3 BGB zu § 276 BGB.¹²¹ Dies führt nach Ansicht von Teilen der Literatur jedoch zu „Haftungsverschärfungen zulasten der Jugendlichen“.¹²² So werde über

¹¹¹ § 828 Abs. 3 BGB: „Wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist, sofern seine Verantwortlichkeit nicht nach Absatz 1 oder 2 ausgeschlossen ist, für den Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat.“ Selbstverständlich gilt auch hier der Ausnahmetatbestand des § 829 BGB, Sh. Fn. zuvor.

¹¹² Diese Regelung wurde erst 2002 vom Gesetzgeber in § 828 Abs. 2 BGB eingefügt, durch Gesetz vom 9. 7. 2002 (BGBl. I S. 2674).

¹¹³ BGH NJW-RR 2005, 327, ständige Rspr. des BGH.

¹¹⁴ Staudinger/Oechsler, § 828 Rn. 26.

¹¹⁵ Staudinger/Oechsler, a. a. O.

¹¹⁶ Staudinger/Oechsler, a. a. O.

¹¹⁷ Staudinger/Oechsler, a. a. O.

¹¹⁸ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 458.

¹¹⁹ Wagner/MüKo BGB, § 828 Rn. 8; Staudinger/Oechsler, § 828 Rn. 24.

¹²⁰ BGHZ 161, 181, 188; dies führt jedoch nicht, wie man leicht annehmen könnte, zu einer Prüfung der Steuerungsfähigkeit des Täters, da im Rahmen von § 276 BGB nicht die individuelle Steuerungsfähigkeit, sondern die objektiv-gruppentypische Steuerungsfähigkeit Berücksichtigung findet.

¹²¹ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 459 ff.; Teichmann, Jauernig BGB, § 828 Rn. 2 f.; Staudinger/Oechsler, § 828 Rn. 25.

¹²² Staudinger/Oechsler, § 828 Rn. 27.