

【論文】

両親や教師には、正当化事由としての懲戒権があるのか？

マーティン・ベーゼ〔中村邦義 訳〕

マーティン・ベーゼ

ボン大学法学部 教授 (ドイツ)

訳者 中村邦義

社会安全・警察学研究所 所員

京都産業大学法学部 准教授

訳者まえがき

平成28年11月24日に、科学振興機構の社会技術研究開発センター (RISTEX) 公募プロジェクト「親密圏内事案への警察の介入過程の見える化による多機関連携の推進」の調査・研究活動の一環として、社会安全・警察学研究所の第14回研究会が開催された。当研究会では、ドイツのボン大学法学部のマーティン・ベーゼ教授を招聘し、「両親や教師には、正当化事由としての懲戒権があるのか？」というテーマで講演いただいた。当日は、刑事法や家族法をはじめとする研究者のほか、警察、児童相談所、子ども相談センター、少年鑑別所などの各方面の実務家も参加し、大変有益な議論が交わされた。本論文は、ベーゼ教授が当研究会での議論を踏まえつつ、講演内容に一部加筆し、そこに脚注を付したものを中村が翻訳したものである。

両親や教師の懲戒行為が正当化されるかについては、従来わが国の裁判実務において問題とされてきたものの（教師の懲戒行為を正当化した数少ないケースとして、旭川地判昭和32年7月27日判時125号28頁、東京高判昭和56年4月1日判時1007号133頁などがある）、本格的にはほとんど研究されてきていない。ドイツでは、1977年にハイケ・ユングがその教授資格請求論文で『教師の懲戒権』について研究をし（*H. Jung, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977.*）、そして本論文に示される立法の動向や判例および学説状況からもわかるように、その後も議論の一定の集積がなされてきている。他方で、わが国では、1978年に齊藤博士によってユングの研究がいち早く紹介されたものの（齊藤誠二「教師の体罰と暴行罪」判例時報897号（1978年）3頁以下）、その後のドイツの議論などは誰によってもフォローされないまま今日に至っている。

しかし、親密空間における警察等の介入や多機関連携を考える上でも、そもそもどこからが教師による体罰として犯罪になるか、両親による子ども虐待になるかの線引きによって、対応の仕方も変わってくるので、どこまでが教育上の措置として許されるのかを議論しておくことが規範的な研究として重要であり、ベーゼ教授による本論文は、わが国のこの問題を検討する上でも大変参考になるものと思われる。

I. はじめに

「子どもの養育と教育は、両親の自然権であり、最も優先して両親が専念すべき義務である」。この文言によって、ドイツ憲法、すなわち基本法の第6条第2項第1文は、両親にその子どもを教育する権利を与えており、この権利は、両親の監護権に関する家族法の規定の中でより詳しく具体化されている（民法典の第1626条以下）。しかし、この両親の権利は、冒頭で述べた引用句の次の文においてすでに明確に規定されているように、特権の授与ではない。次の文によれば、国家共同体は、両親の教育権の行使について注視している（基本法第6条第2項第2文）。それゆえ、国家は、監督者としての職務（Wächteramt）を有し、両親の監護権の濫用から子どもたちを保護することになる¹。身体的な不可侵性と健康であることについての子どもの基本権を保護すること（基本法第2条第2項）は、その際、次第に重要性が高まってきており、それによって、両親の教育権が身体的な懲戒も含んでいるのかどうか、それはどの程度なのかということが疑わしいものになってきている。これと類似の問題は、自分の生徒たちに対する国家による人格形成の任務を引き受け、そしてその際には教育上の措置をする権限なしには決して上手くやっていくことができないであろう、教師に関しても提起される。以下で、わたくしは、教育上の措置の許容されるものと許容されないものの限界がどこにあるのかという問題を追求したい。

その際には、刑法上の観点によれば、両親または教師は彼らの行為を正当化する懲戒権を行使できるのかどうか、そしてそれはどの程度なのかという問題が重要である。ある少年非行（Verfehlung）を制裁する教育目的での行為が前提とされるということによって、懲戒権は正当化事由として特徴づけられる²。それゆえ、以下では、たとえば、校庭での殴り合いを阻止する場合、あるいは子どもが他人の所有物を損壊することを阻止する場合のように、子どもたちを原因とする第三者に対する危険を（あるいはもしかするとその子ども自身に対しての危険をも）回避するために子どもたちに対してなされる措置の正当化を問題として取り上げるわけではない。この種の行為は、——特別な規定を留保条件として——場合によっては緊急救助（刑法第32条）としても正当化することができる³。これは、たとえば、別の生徒のすぐ前で泥んこの水たまりに飛び込み、それによって服を汚そうとすることを阻止するために、女性教師がある生徒の腕をしっかりと掴んで、脇に引っ張る場合に考えられる⁴。

さらにいえば、「懲戒権」という概念によって、その措置の目的が言い表されるだけでなく、その行為も自ずから言い表されることになる：すなわち、それは身体的な懲戒である⁵。これと相応して、懲戒権をめぐる議論の中心には、身体傷害罪（刑法第223条）の構成要件を充足する行為の正当化の問題がある。本稿においても、身体的な懲戒が中心となるが、もちろん例として他の関連する構成要件（たとえば刑法第239条の監禁罪など）にも触れることにする。それゆえ、以下で説明する対象は、その輪郭が十分に明確になった。第1部は、教師の懲戒権について論ずる。

II. 教師の懲戒権

教師の懲戒権は、(1) 一方で国家の教育の任務から直接に導かれ、(2) 他方で両親の懲戒権の委託から導かれる。

¹ 国家の監督者としての職務については、Badura, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar (Stand 77. Ergänzungslieferung, Juli 2016), Art. 6 Rn. 139を参照。

² Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 46. Aufl., 2016, Rn. 594のみ参照。

³ Roxin, Strafrecht AT, Band I. 4. Aufl. 2006, §17 Rn. 57.

⁴ AG Augsburg, Urteil vom 4.2.2010—15 C 259/09 [juris]; Häbel, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2016, 204 (208, 209).

⁵ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 592.

1. 国家の教育の任務に基づく懲戒権

19世紀には、教師がその公務に基づいて、彼が教える生徒たちを懲戒する権利があるということが一般に承認されていた。これに相応する規定は、すでに1794年のプロイセン王国の一般ラント法⁶に見られ、それに続いて、1845年12月11日のプロイセン地方の小学校の校則などにも見られた⁷。ライヒ裁判所は、生徒の身体的な懲戒はたしかに身体傷害罪の構成要件を充足するが、懲戒権の行使に関する法律上の規定の基準によれば正当化されるということを出発点とした⁸。しかし、その後の時代には、ライヒ裁判所は、ラント法が懲戒権に関する規定を定めていない場合でさえ正当化を認めるようになった。なぜなら、——ライヒ裁判所がそう考えたように——このような権利がその生徒の教育に対する教師の権利と義務から導かれることはまったく自明のことだったからである⁹。それゆえ、懲戒権は、国家の教育の任務から直接的に導かれ¹⁰、さらに時代が進むにつれて慣習法上の正当化事由であることが濃厚となった¹¹。

20世紀には、生徒たちに対する身体的な懲戒への疑念が高まった。1920年代にはすでに、教師の懲戒権がいくつかの州で否定されたものの、もっともその後すぐに再び認められた。第二次大戦後になってようやく、教師の懲戒権の行使は、政府の行政規定によって廃止されるか、著しく制限された。それゆえ、ドイツ連邦通常裁判所は、1954年にすでに、この点ではまだ慣習法上の正当化事由を出発点とすることができるのかどうかについて重大な疑念を表明していた¹²。この疑念は、一方では、殴打の刑 (Prügelstrafe) はその侮辱的な性格を理由として、刑法と軍刑法の国家的な制裁としてのみならず、(雇用主の、船長の、夫の) 私法上の懲戒手段としても廃止されたという事情に基づいている¹³。しかし、他方では、この疑念は、生徒たちの教育のために身体的な暴力を用いることはふつう必要ではないし、それどころか教師には生徒たちの模範となる役割があることを理由として身体的な暴力を用いることは生徒たちの道徳的な成長に有害な影響を及ぼするという洞察によっても支えられている¹⁴。

しかし、懲戒権が引き続き妥当性を持っているのかどうかという問題は、さしあたり未解決のままにされ¹⁵、数年後にドイツ連邦通常裁判所の別の刑事部が、慣習法上の正当化事由は法律によっても慣習法によっても廃止されていないので、今後も出発点とすることができるという結論に到達した¹⁶。生徒たちに対する身体的な懲戒が省令によって禁止されたということは、この命令は行政の内部でのみ拘束力があるのであって、市民との対外的関係で妥当する法規範 (実質的な意味での法律) では拘束力がないということを何ら変更するものではないとした¹⁷。裁判所は、さもなければ、省令に基づいて (すなわち法律の改正をすることなしに) 正当化事由としての懲戒権を否定することによって教師の可罰性を基礎づけることができってしまうということを指摘することで¹⁸、その実体によれば、この疑念を「法律なければ犯罪なく、法律なければ刑罰なし」(基本法第103条第2項) という罪刑法定主義の原則に関連づけた¹⁹。

⁶ Teil II Titel 20 §557 ALR; しかし、その限界については、Teil II Titel 12 §50 を参照。

⁷ これに関しては、BGHSt 11, 241 (247), OLG Schleswig NJW 1956, 1002; Bruns, JZ 1957, 410 (414) を参照。

⁸ RGSt 15, 367 (377).

⁹ RGSt 35, 182 (183); 40, 432 (433).

¹⁰ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, S. 288 (in Fußn. 8).

¹¹ これに関しては、BGHSt 11, 241 (247), OLG Schleswig NJW 1956, 1002; Bruns, JZ 1957, 410 (414) を参照。

¹² BGHSt 6, 263 (265).

¹³ BGHSt 6, 263 (266 f.).

¹⁴ BGHSt 6, 263 (269).

¹⁵ BGHSt 6, 263 (269); 同様に、回避不可能な禁止の錯誤の想定の下で、BGH NJW 1976, 1949 (1950).

¹⁶ BGHSt 11, 241 (247); 同様に、BayObLG NJW 1979, 1371 (1372).

¹⁷ BGHSt 11, 241 (251 ff.).

¹⁸ BGHSt 11, 241 (254).

¹⁹ H. Jung, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977, S. 57.

この疑念は、まったく実感として理解できるが、しかし、それによって生徒たちの基本権が今後ますます顧慮されないままとなる²⁰。教師による懲戒は、——ある程度の強さを前提として——身体的な不可侵性についての生徒の基本権（基本法第2条第2項）を侵害しているので、この懲戒は法律上の根拠を必要とする²¹。この点では慣習法上の権限も考慮に値するというドイツ連邦通常裁判所によって主張された見解は、基本権の制限は法律に依拠しなければならないという原理（ratio des Gesetzesvorbehalts）と矛盾する²²。この原理によれば、議会の立法者が自ら学校運営の本質的な重要案件のすべてを規定しなければならない²³。これは、個々の州の学校法に明文をもって規定されている場合にのみ教師の懲戒権が存在するという公法（学校行政法）にとつての当然の帰結となる。実際に規定されていないならば、教師の相応の処分権は否定される²⁴。

それゆえ、刑法上の正当化の根拠ももはや認められないであろう。学説においては、この結論は、部分的には基本法第103条第2項の観点に基づいて受け入れられなかった。——すでに述べたように——正当化事由の否定は、刑罰を基礎づける効果があり、それゆえ、いずれにしても議会による立法を必要とするからである²⁵。結局のところ、この問題は未決定にすることができる。なぜなら、生徒に対する身体的な懲戒は、そうこうするうちにほとんどすべての学校法において、明文をもって禁止されたからである²⁶。ノルトライン＝ヴェストファーレン州では、これに相応する規定が1977年に導入されたが²⁷、2005年の学校法の新しい規定ではもはや継受されることはなかった²⁸。というのも、明文をもった禁止が明らかに不必要であると見られたからである²⁹。これに相応して、近時の判例も、生徒の身体的な虐待が、もはや教師に権限がある懲戒権によって正当化されることはなく、それゆえ、身体傷害罪（刑法第223条）を理由とする教師の可罰性を基礎づけることができるということを出発点とした³⁰。

これは、教師がその生徒に対して教育上の措置をする権限が何もないということまでを意味しない。そのため、ノルトライン＝ヴェストファーレン州の学校法第53条第2項は³¹、教師らに対して、以下のような教育上の作用を与えている。すなわち、進行中の授業時間から締め出すこと、監督の下での居残り勉強をさせること、（たとえば携帯電話などの）対象物を一時的に取り上げることである。しかし、これらの措置は、原則として刑法上重要ではない。というのは、これらの措置は、刑罰構成要件を実現していないからである。これらが例外的に刑罰構成要件を実現する（たとえば監禁としての「居残り勉強」）ならば、ここに挙げられた権限はもちろん刑法上の正当化事由として考えられる。

²⁰ 基本法第1条第1項（人間の尊厳）と基本法第2条第2項（身体の不可侵性）について、BGHSt 11, 241 (248 ff.) を参照。

²¹ Jung (FuBn. 18), S. 55 ; この点については、BGH NJW 1976, 1949 (1950) も参照。

²² BGHSt 11, 241 (250).

²³ 詳細についてはすでに、Jung (FuBn. 18), S. 47 ff.

²⁴ Di Fabio, in: Maunz/Dürig (FuBn. 1), Art. 2 Rn. 75; Jung (FuBn. 18), S. 55.

²⁵ 詳細については、Jung (FuBn. 18), S. 56 ff., 65.

²⁶ バーデン＝ヴュルテンブルク州の学校法第90条第3項、バイエルン州の学校法第86条第3項第1号、ベルリンの学校法第63条第2項、ブランデンブルク州の学校法第63条第1項、ハンブルク州の学校法第49条第1項、ヘッセン州の学校法第82条第3項、メクレンブルク＝フォアポンメルン州の学校法第60条第4項、ラインラント＝プファルツ州の学校法第53条第2項、ザールラント州の学校法第32条第3項、ザクセン州の学校法第39条第2項、シュレーズヴィヒ＝ホルシュタイン州の学校法第25条第3項、チューリンゲン州の学校法第51条第5項。

²⁷ ノルトライン＝ヴェストファーレン州の学校行政法第26条a第3項、この条項は1977年7月5日の法律によって導入された（Gesetz und Verordnungsblatt S. 284）。

²⁸ 2005年2月15日のノルトライン＝ヴェストファーレン州の学校法第53条（Gesetz und Verordnungsblatt S. 102）を参照。

²⁹ この点では、2002年に州憲法で採用された暴力のない教育を受ける子どもの基本権（第6条第2項）を参照。

³⁰ BGH NSTZ 1993, 591 ; 同様に、Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, §223 Rn. 29; Schlehofer, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2011, Vor §32 Rn. 122.

³¹ 前掲註28を参照。

2. 両親の懲戒権の委託

個々の学校法に基づいて予定される教師の処分権限は、この法によれば限界がある。もっとも、その限界を超えた教師の懲戒権は、両親が自分たちに権限がある懲戒権の行使を教師に委託することから導かれうるであろう。

支配的な見解によれば、両親の教育権の行使は、第三者（たとえば子守り、家庭教師）に委託することができる³²。この委託の可能性を教師に対しても承認しようとするならば、しかし、これは、ある同一の学級の生徒たちに対して個々に異なる教育方針が適用されてしまうことになるだけでなく、立法者が正当な理由で学校運営から締め出した制裁の機会を教師に与えることにもなってしまう³³。この理由から、ドイツ連邦通常裁判所は、教師がその本来的な任務を越えて両親の教育義務を負うことを委託されている場合には（たとえば全寮制学校の領域では）せいぜいのところ、両親の懲戒権を代理行使することが許容されるにすぎないものと考えた³⁴。この場合には、しかし、教師は学校の育成ないし教育契約の範囲ではもはや活動していない。それゆえ、この状況はここでは考慮の外に置いたままになる³⁵。

さらにいえば、ここで導かれた懲戒権は、両親もその子どもに対して懲戒権を有しているといえる限度でのみ認められることになるであろう。このような権利が認められるのか否か、認められるとしてもいかなる範囲で認められるのかということ、いまや第2の主要部分で検討しなければならない。

III. 両親の懲戒権

1. 両親の懲戒権から暴力のない教育を受ける子どもの権利へ

両親の（またはかつては父親の）懲戒権は、少なくとも教師の懲戒権と同じくらいに長い伝統を誇ると言ってもよいものである。それは、同様にすでにプロイセン王国の一般ラント法において予定され³⁶、両親の監護権と教育権によって支えられた（基本法第6条第2項、民法第1626条、第1631条）³⁷。そのため、民法第1631条第2項は1958年まで、次のように規定していた³⁸。すなわち、「父親は、教育権に基づいて子どもに対して適切な懲戒手段を用いることができる。」

男女平等法によってこの法文が削除された後に³⁹、さらに両親の懲戒権が出发点とされた。教師の懲戒権とは違って、両親の懲戒権は、基本権から導かれ（基本法第6条第2項）、それゆえ、明文をもった法律上の根拠を必要としなかった⁴⁰。両親はその子どもに対して国家高権の担い手（Hoheitsträger）として行動するのではなく、彼らに憲法上保障された監護権を行使するので、そのかぎりでは法律上の制限は、適用されない。むしろ両親の個人的な監護は、——場合によっては身体的な懲戒の方法においても——子どもを教育する権利をも含んでいるということが十分であった（民法第1631条第1項）。

教育の手段として身体的な暴力を用いることの正当性をめぐる法政策的な議論は、たしかに両親の懲戒権も否定すること

³² BGHSt 12, 62 (67); Paeffgen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, §223 Rn. 32 を参照。そしてその見解のさらなる典拠はこの論文とその脚注を参照のこと。

³³ BGHSt 12, 62 (69 f.).

³⁴ BGHSt 12, 62 (70 f., 72).

³⁵ Jung (Fußn. 18), S. 72 も参照。

³⁶ Teil II, Titel 20, §557 ALR.

³⁷ 歴史的な展開の概観については、Gebhardt, Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart, 1994, S. 224 ff.; 近時の立法の展開については、Priester, Das Ende des Züchtigungsrechts, 1999, S. 55 ff. を参照。

³⁸ 1896年8月18日の民法（RGBl. IS. 195）。

³⁹ 1957年6月18日の市民の権利の領域での男女平等に関する法律（RGBl. IS. 609）。

⁴⁰ Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Fußn. 1), Art. 2 Rn. 72. を参照。そしてその見解のさらなる典拠はこの論文とその脚注を参照のこと。

はできなかった。立法者が1980年に尊厳を傷つけるような教育的な措置は許容されないと説明した後に⁴¹、1998年に身体的虐待と精神的虐待が明文をもって禁止された⁴²。2000年以来、民法第1631条第2項の規定は、次のように定めている⁴³。すなわち、「子どもは暴力のない教育を受ける権利がある。体罰、精神的な侵害、その他の尊厳を傷つける措置は許容されない。」

立法者によって予定された「教育における暴力の排斥」（法律のタイトルがそうになっている）によって、暴力のない教育を受ける子どもの権利が、両親の懲戒権に代わって付け加えられた。それゆえ、身体傷害罪の構成要件を充足する懲戒は、もはや両親の懲戒権によって正当化することはできない。したがって、新しい規定が施行されて以降の裁判所の判断は、その懲戒の正当化を否定し、身体傷害罪を理由とする可罰性を肯定している⁴⁴。そのため、たとえば、何度も注意したにもかかわらず、誕生日会においてレモネードをテーブルの上に吐いた自分の2歳の娘に平手打ちを食らわせた母親には、財産刑が言い渡された⁴⁵。

2. 懲戒権を維持するためのアプローチ

しかし、法律の明確な文言と近時の判例によれば、両親は自分の子どもの身体的な懲戒についてもはや権限がないという見方も、大部分の学説からは疑われていた⁴⁶。この懸念は、特に次のことによって支えられる。すなわち、両親を犯罪者として処罰すること、そしてその結果として子どもの行儀の悪い態度によって誘発されたあらゆる平手打ちを理由として刑事訴追することが、家庭を平和にすることに寄与するというよりは、むしろ家庭を破滅させることに寄与するということである⁴⁷。この懸念は、民法第1631条第2項の新規定の立法理由においても反響を呼んだ。もっとも、そこでは、新規定によって可罰性を拡大することになるという危惧は退けられている⁴⁸。——学説の観点によれば——過度の両親の犯罪化を阻止するために、さまざまなアプローチが展開された。これらを以下で概観し、批判的に検討する。

a) 民法第1631条第2項の違憲性

そのかぎりでは確実に最も広く行き渡ったのは、体罰の禁止がその子どもの教育についての両親の本来的に有する基本権に違反するという見解である⁴⁹。暴力の絶対的な禁止は、身体的な懲戒の軽度な形式でも禁止するという方法で、両親の教育権を過度に制限するものであるという⁵⁰。子どもの教育についてのイデオロギーの理想を貫徹することは国家の任務ではなく、教育目標と教育の手段を決めるのは、むしろ両親の本来的に有する権利であるという⁵¹。これによれば、民法第1631

⁴¹ 1979年7月18日の両親の監護権の新しい規定に関する法律（BGBl. IS. 1061）。

⁴² 1997年12月16日の親族法の改正法（BGBl. IS. 2942）。

⁴³ 2000年11月2日の教育における暴力の排斥と子どもの養育権の変更についての法律（BGBl. IS. 1479）。

⁴⁴ LG Berlin, Urt. v. 30. 5. 2005—(509) 7 Ju Js 2606/04 KLS (5/05) [juris] Rn. 49; さらなる事例等については、Riemer, FPR 2006, 387 (390) も、両親の監護権に関する別の判決については、Peschel-Gutzeit, FPR 2012, 195 (198) を参照。

⁴⁵ AG Burgwedel, Urteil vom 10. 11. 2004—64 Ds 3643 Js 8475/04 (20/04) [juris]。

⁴⁶ 以下の節で紹介するので参照のこと。これに対して、刑法第223条に基づく両親の懲戒の違法性ないし可罰性については、Eschelbach, in: BeckOK-StGB, §223 Rn. 7; Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, §223 Rn. 40; Frister, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2015, S. 174 f.; Momsen/Momsen-Pflanz, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), 3. Aufl. 2016, §223 Rn. 68; Rönnau, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2006, Vor §32 Rn. 306; Roxin (Fußn. 3), §17 Rn. 46. を参照。

⁴⁷ Roxin (Fußn. 3), §17 Rn. 36. もそのようにいう。

⁴⁸ BT-Drucks. 12/6343, S. 11, 15; BT-Drucks. 14/1247, S. 6, は、子どもに対する身体的な懲戒は、現行法に基づいてすでに許容されないという理由づけを用いている。この点については、BT-Drucks. 13/8511 も、そしてこれに関しては、Schramm, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011, S. 189 f. も参照。

⁴⁹ Murmann, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 153; Noak, JR 2002, 402 (406, 408); Roellecke, NJW 1999, 337 (338)。

⁵⁰ Noak, JR 2002, 402 (406)。

⁵¹ Murmann, Grundkurs Strafrecht, Rn. 153.

条第2項は違憲であるか、少なくとも合憲的な限定解釈をしなければならないであろう⁵²。

体罰を禁止することによって基本法上保護された両親の教育権が干渉されることは、争うことができない。しかし、この干渉は、国家的に定義された教育理念の貫徹を目標にしているのではなく、子どもの保護を目的としている⁵³。体罰は、子どもにはとりわけ尊厳を傷つけるものとして受け止められるのみならず、子どもの発育に対する長期にわたる危険も孕んでいる。体罰は、家庭における暴力の利用をエスカレートさせることにつながり、子どもは暴力の経験によって心理社会的に変質した状態（心配性または対人恐怖症）に発育する、あるいはみずからも攻撃的な態度を取る傾向をもち、葛藤を解決する手段として暴力を「習得する」ことにつながりうる⁵⁴。この危険は、1回きりの平手打ちの場合には確実に認められるわけではないが、しかし、すでに日常的に軽い懲戒措置をしていた場合には大いに考えられることである。いずれにしても、立法者が子どもの幸福という観点から体罰のあらゆる形式を禁止している場合、立法者は彼に権限がある評価の自由裁量を逸脱しているとはいえない⁵⁵。ここには、両親の教育権の過度の制限も存在しない。なぜなら、両親には別の教育上の措置ないし罰（たとえば、外出を禁止する、テレビを見るのを禁止する、お小遣いを中止するなど）が与えられたままだからである⁵⁶。もっとも、これらの措置を遂行するために、必要であれば、身体的な強制も用いることが許される（たとえば、自分の部屋に行くようにという両親の要求に応じることが子どもが頑なに拒否している場合）⁵⁷。それゆえ、民法第1631条第2項は、基本法第6条第2項に違反しない。

b) 民法第1631条第2項を、尊厳を傷つける措置に限定する

民法第1631条第2項が合憲であることが出発点とされるならば、とりわけ上述した憲法上の理由から提案されるように、この規定に含まれる懲戒の禁止を限定的に解釈する可能性が残されている。民法第1631条第2項第2文における体罰とその他の尊厳を傷つける措置とを同一視することに基づいて、ここにいう懲戒の禁止は同時に尊厳を傷つけることにもなる体罰のみを捕捉するものであるという推論が導かれた⁵⁸。しかし、これは、適度の体罰（たとえば1回の平手打ち）の場合には、禁止される場合ではないという。

この解釈は、尊厳を傷つける性格が個々の場合に確認されることなしに体罰を禁止している民法第1631条第2項第2文の文言に反している。「その他の尊厳を傷つける措置」という受け皿構成要件から明らかに理解できることは、体罰は自ずから尊厳を傷つけるものであると立法者が考えていたということなのである⁵⁹。この解釈に賛成するために、暴力のない教育の権利（民法第1631条第2項第1文）との関連づけも述べられた。この暴力のない教育の権利は、両親の側面から体罰の禁止によって具体化されるが、適度な懲戒を許容することによってかなり相対化されてしまうであろう。さらに、このような解釈による制限は、子どもの教育において暴力を用いることを排斥する立法者の目的にまったく反していると思われる（上述の1を参照）。体罰の禁止の限定解釈は、憲法上の根拠に基づいても必要ではないので（上述のaを参照）、従来の見解のままである。これによれば、自分の子どもに対する身体的な懲戒についての両親の権利は、民法第1631条第2項によって取り去られたのである。

⁵² Noak, JR 2002, 402 (406 f.).

⁵³ Peschel-Gutzeit, FPR 2012, 195 (196).

⁵⁴ 包括的には、Bussmann, FPR 2002, 289. を参照。そしてその見解のさらなる典拠はこの論文とその脚注を参照のこと。

⁵⁵ Schlehofer, in: MüKo-StGB, Vor §§32 ff. Rn. 118.

⁵⁶ Schlehofer, in: MüKo-StGB, Vor §§32 ff. Rn. 118, 119.

⁵⁷ Berger/Mansel, in: Jauerling, BGB, 15. Aufl. 2014, Anmerkungen zu §§1631-1633 Rn. 3 ; これに対して、無条件の暴力の禁止（民法第1631条第2項第1文）に賛成するために、Häbel, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2016, 168 (172) を参照。

⁵⁸ Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, §9 Rn. 77b; Schramm (Fußn. 48), S. 203; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 593.

⁵⁹ Fischer, §223 Rn. 41; Häbel, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2016, 204 (205); Schlehofer, in: MüKo-StGB, Vor §§32 ff. Rn. 117.

c) 構成要件不該当とする

両親の懲戒権がもはや正当化事由として認められるものではないならば、せいぜいのところそれが身体傷害罪の構成要件を充足しないという理由でのみ、身体的な懲戒の軽い現象形態の場合に身体傷害罪を理由とする両親の可罰性が否定されうるにすぎないと思われる⁶⁰。

そのようにして、取るに足らない限界点ないし重大性の限界点を下回った場合に刑法第223条の構成要件が介入しないということは一般に承認されている（たとえば地下鉄での割り込み乗車）。構成要件不該当となる取るに足らない不法の限界線が厳密にどこに引かれるのかということは（「平手打ち」、「尻をたたく」）⁶¹、もっとも子どもに対する懲戒の許容性の問題とは無関係に判断しなければならない。具体的には、大人に食らわせた平手打ちが身体傷害罪の構成要件を充足するならば、このことは子どもが同様に懲らしめられたという場合にも妥当しなければならない⁶²。それゆえ、刑法第223条の一般的な構成要件の限界を超えて、両親の懲戒権を維持することはできない。

取るに足らない限界点を「わずかに」超えた「適度の」身体的な懲戒も、構成要件から除外されるという方法で、両親の懲戒権の行使のために、構成要件不該当の態度と構成要件に該当する態度の間の限界線がずらされる場合にだけ何か別のことが妥当しうるとされる⁶³。それゆえ、このアプローチによって、両親の懲戒権の前提要件の検討は、正当化のレベルから構成要件のレベルに移される⁶⁴。立法者によって廃止された懲戒権は、構成要件不該当事由として、再び頭をもたげている。この策略が、立法者によって議決された子どもの教育の領域から体罰を排斥するという真に向から反することは明白である。従来の懲戒権に立ち戻ることが回避され、構成要件に不該当となる抛り所が一般の基準（適応性、社会的相当性）に求められるならば⁶⁵、不法を基礎づけること（構成要件）と不法を阻却すること（正当化）の異なるレベルがもはや互いに明確に区別されず、不可罰性の規範的な根拠が不明確なままにされる。どのような場合に、懲戒がなお「適度」または「適切」であるのかという問題は、もはや明確に答えることはできない。それどころか教師による懲戒でさえも——状況によっては——もはや不適切なものとは見なされず、それゆえ可罰性から除外されるということが考えられる⁶⁶。それゆえ、この結論も考えてみると、両親の懲戒権は、構成要件不該当事由としても維持することはできない。

d) 刑罰不法を阻却する理論

構成要件による解決と類似する出発点をもつのは、刑罰不法を阻却する理論である。この理論は、民法第1631条第2項の効果を家族法に限定するが、しかし、さらに子どもに対する身体的な懲戒が可罰的な不法を示していないことをも出発点とする⁶⁷。

刑罰不法を阻却する理論は、民法上違法と評価することができる態度が、当然に同時に刑罰不法をも基礎づけるわけではないということを認めることができる。しかし、禁止された態度によって、刑法上保護された法益（この場合には、身体の不可侵性）が侵害されたならば、この点には原則として当罰的な不法も存在する。身体的な懲戒の場合、子どもに対

⁶⁰ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 593 ; 詳細には、*Beulke*, in: Hanack-FS, 1999, S. 539 (545 ff.).

⁶¹ この点では、*Beulke*, in: Hanack-FS, 1999, S. 539 (551 : 構成要件不該当) を参照。

⁶² *Frister*, Strafrecht AT, S. 174 f.; *H.-L. Günther*, in: Lange-FS, 1992, S. 877 (889).

⁶³ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 593.

⁶⁴ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 593.

⁶⁵ *Beulke*, in: Hanack-FS, 1999, S. 539 (546, 547).

⁶⁶ そのように教育上の積極的な効果の観点から、*Redelberger*, NJW 1952, 1158 (1161) ; これに反対して（そして治療行為とのパラレルに反対して）、*Bruns*, JZ 1957, 410 (412) ; 詳しくは、*Jung* (Fußn. 18), S. 19 ff. を参照。

⁶⁷ *H.-L. Günther*, in: Lange-FS, 1992, S. 877 (891 ff., 895 f.); *Reichert-Hammer*, JZ 1988, 617 (618 f.) ; 刑罰阻却事由の支持者に近いのは、*Eser*, in: Schönke/Schröder, §223 Rn. 23; *Scheffler*, Jahrbuch für Recht und Ethik 10 (2002), 287 (300 f.).

するのと同様に大人に対しても当罰的な不法の限界点は、刑法第223条の構成要件によってのみ決定される⁶⁸。これに相応して、立法者は、懲戒権を廃止する場合に、これが家族法においてのみ効果をもつものであるということを出発点としておらず、むしろ身体的な暴力の排斥の本質的な構成部分⁶⁹は刑法上の結論なのである⁶⁹。それゆえ、子どもに対する身体的な懲戒は、刑法第223条に基づいて可罰的な不法を基礎づける。

e) 正当化事由としての緊急避難（刑法第34条）

身体傷害罪を理由とする両親の可罰性を回避するために、最終的には、正当化事由としての緊急避難（刑法第34条）の適用が提案される⁷⁰。両親が暴力のない教育をすることができず、それゆえ教育の空白状態となる危険が迫っているというかぎり、個々の場合にこの危険を防止するために、身体的な懲戒も許容しなければならないという。子どもの利益の衡量（一方で欠如する教育のための損害の防止、他方でその身体的な不可侵性の維持の利益）は、両親の懲戒権の従来の限界づけに関連づけることができるという⁷¹。

——廃止された——懲戒権との明確な関連づけにおいて示されたように、このアプローチも両親の懲戒権を再び導入することを目的としている。そのような理由ですでに、刑法34条に立ち戻ることは納得することができない。なぜなら、緊急避難行為が当該の衝突状況のために特別に創設された法規範の評価に抵触する場合には、緊急避難行為は適切ではないからである（刑法第34条第2文）⁷²。さらに「教育の緊急避難」という想定は、不十分にしか基礎づけられていない。長い期間にわたって継続する教育の空白期間の効果が指摘されないかぎり⁷³、児童や少年の保護補導の領域では、あまり深刻ではない措置をとることが認められる⁷⁴。これに対して、ある少年非行に対する即座の対応が問題となるならば⁷⁵、個々の教育的な効果が生じないということから子どもの発育に対する危険を導くことは決してできない。特に両親にはそのかぎりでも他の（すなわち暴力のない）教育措置をとることも認められるのであるからなおさらである。いずれにせよ、身体的な懲戒によって追求された利益の本質的な優越は否定されなければならない。一方では、このような教育的な効果の結果は不確実であり、他方では、これは子どもの側では身体的な不可侵性が著しく損なわれることに至るだけではなく、子どもの発育の重大な危険にも至る（家庭における暴力のエスカレートなど）。それゆえ、刑法第34条に基づく身体的な懲戒の正当化は、同様に否定される。

IV. 結 論

したがって、まとめとして、教師と両親は教育的な措置をする権限があるということは維持しなければならない。この権利は、教師の場合には、個々の学校法に定められた権限の基準に基づいて認められ、両親の場合には、憲法上保護された監護権の範囲で認められる。それゆえ、このような教育的な措置が刑罰構成要件を実現するかぎり（たとえば、外出禁止の場合の監禁）、このことは正当化される。これに対して、教師も両親も懲戒権をもたない。したがって、生徒またはみずからの子どもに対する身体的な懲戒は、身体傷害罪（刑法第223条）として可罰的である。両親の可罰性を制限す

⁶⁸ Häbel, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2016, 204 (208); Schlehofer, in: MüKo-StGB, Vor §§32 ff. Rn. 119.

⁶⁹ この点に関しては、BT-Drucks. 12/6343, S. 15; BT-Drucks. 14/1247, S. 6を参照。

⁷⁰ M. Heinrich, ZIS 2011, 431 (441 ff.).

⁷¹ M. Heinrich, ZIS 2011, 431 (441).

⁷² Roxin, Strafrecht AT, §16 Rn. 93.

⁷³ M. Heinrich, ZIS 2011, 431 (441).

⁷⁴ Roxin, Strafrecht AT, §17 Rn. 45.

⁷⁵ M. Heinrich, ZIS 2011, 431 (442).

るための実体法上のアプローチは、支持することのできないものであることが証明された。このことは、家庭の中に刑法上干渉すること（「子ども部屋における検察官」⁷⁶）が利益であるよりもむしろ有害でありうるという懸念にも妥当する⁷⁷。たいていの場合、告発（Anzeige）がなされなかった刑事訴追は失敗することになりうる。単純な身体傷害罪（刑法第223条）の場合、親告罪（刑法第230条第1項第1文）が問題になる、すなわち、刑事訴追は、犯行に関与していない親の告訴または裁判所によって選任された補充的な保護人（Ergänzungspfleger）（民法第1909条を参照）の告訴を前提とする（刑法第77条第3項）ということが付け加わる⁷⁸。もっとも検察官が刑事訴追に対して特別に公的な関心を認めている場合には、刑事告訴は必要ではない（刑法第230条第1項第1文後段）。しかしながら、このことは、児童虐待の場合の刑事手続と過料手続のためのガイドラインによれば、通常は是認されるべきである（刑事手続と過料手続のためのガイドライン第235号第2項）⁷⁹。さらには、刑事訴訟法は、行為者と被害者の家庭環境を考慮し、これを顧慮することによって刑事訴追を見合わせる十分な機会を提供している（刑事訴訟法第153条、第153条aを参照）⁸⁰。刑事訴追が家庭に影響を及ぼすかもしれないということが、特に保護を必要としている子どもに対する刑法上の保護を失わせる動機として利用されることは、不幸な結果をもたらすであろう。そのうえ、子どもに対する体罰の禁止を制限することは、許容される懲戒措置と禁止される懲戒措置との明確な限界線の線引きがもはやできなくなるということにつながるであろう。両親の懲戒権の廃止を出発点とし⁸¹、すでにドイツ全国民の明白な意識の変化につながった明確なメッセージは⁸²、疑わしい解釈論上の構成によって水を差されるべきではない。

⁷⁶ Scheffler, Jahrbuch für Recht und Ethik 10 (2002), 279 ff. の論文のタイトルがそうになっている。

⁷⁷ スウェーデンでのこのような経験を指摘するものとして、Bussmann, FPR 2002, 289 (291).

⁷⁸ F.C. Schroeder, FMRZ 2014, 1745 (1748); より詳しくは、Paeffgen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fußn. 32), §230 Rn. 21.

⁷⁹ しかし、立法者の考えによれば、このガイドラインは、子どもに対して犯されたすべての身体傷害罪を説明するものではなく、重大な事案のみを説明するものである（Bundestag-Drucks. 12/6343, S.12）；批判的なのは、Scheffler, Jahrbuch für Recht und Ethik 10 (2002), 279 (287 f.) である。

⁸⁰ そのため、脚注45ではブルクヴェーデル区裁判所は、母親に対して訴訟中止を提案していた。

⁸¹ 両親に対する態度をコントロールする影響については、Bussmann, Verbot familialer Gewalt gegen Kinder, 2000, S. 218 ff. を参照。

⁸² Peschel-Gutzeit, FPR 2012, 195 (197, 198 f.); すでに、Bussmann, FPR 2002, 289 (292 f.) において1996年と2001年の両親のアンケート結果が示されているので、参照のこと。

本研究は、国立研究開発法人科学技術振興機構 戦略的創造研究推進事業（社会技術研究開発）「安全な暮らしをつくる新しい公／私空間の構築」研究開発領域による研究成果の一部である。

【論 文】原語

Das Züchtigungsrecht von Eltern und Lehrern als Rechtfertigungsgrund?

Prof. Dr. Martin Böse

I. Einführung

„Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“ Mit diesen Worten weist Art. 6 Abs. 2 S. 1 der deutschen Verfassung, des Grundgesetzes, den Eltern das Recht zur Erziehung ihrer Kinder zu, das in den familienrechtlichen Regelungen über das elterliche Sorgerecht näher konkretisiert wird (§§1626 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Dieses Recht der Eltern ist jedoch kein Freibrief, wie bereits im Nachsatz zu dem eingangs erwähnten Zitat klargestellt wird, wonach die staatliche Gemeinschaft über die Betätigung des elterlichen Erziehungsrechts wacht (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG). Der Staat hat also ein Wächteramt und soll die Kinder vor einem Missbrauch des elterlichen Sorgerechts schützen¹. Der Schutz der Grundrechte des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG) hat dabei zunehmend an Bedeutung gewonnen und Zweifel daran aufkommen lassen, ob und inwieweit das Erziehungsrecht der Eltern auch die körperliche Züchtigung einschließt. Ähnliche Fragen stellen sich in Bezug auf den Lehrer, der gegenüber seinen Schülern einen staatlichen Bildungsauftrag wahrnimmt und dabei ohne die Befugnis zur Verhängung erzieherischer Maßnahmen kaum auskommen dürfte. Der folgende Beitrag soll der Frage nachgehen, wo die Grenze zwischen erlaubten und unerlaubten Erziehungsmaßnahmen verläuft.

Aus strafrechtlicher Perspektive geht es dabei um die Frage, ob und inwieweit die Eltern bzw. Lehrer über ein Züchtigungsrecht verfügen, das ihr Handeln rechtfertigt. Das Züchtigungsrecht zeichnet sich als Rechtfertigungsgrund dadurch aus, dass es ein Handeln zur Erzieherischen Zwecken voraussetzt, mit dem eine Verfehlung sanktioniert wird². Es geht also im Folgenden nicht um eine Rechtfertigung von Maßnahmen gegenüber Kindern, um von diesen ausgehende Gefahren für Dritte (oder ggf. auch das Kind selbst) abzuwenden, z.B. wenn eine Prügelei auf dem Schulhof unterbunden oder das Kind an der Beschädigung fremden Eigentums gehindert wird. Derartige Handlungen können – vorbehaltlich besonderer Regelungen – ggf. auch als Nothilfe (§32 StGB) gerechtfertigt sein³. Dies wurde etwa in einem Fall angenommen, in dem die Lehrerin einen Schüler fest am Oberarm packte und beiseite zog, um diesen daran zu hindern, unmittelbar vor anderen Schülern in matschige Pflützen zu springen und dadurch deren Kleidung zu beschmutzen⁴.

Mit dem Begriff „Züchtigungsrecht“ wird zudem nicht nur der Zweck der Maßnahme, sondern auch die Handlung selbst beschrieben: die körperliche Züchtigung⁵. Im Mittelpunkt der Diskussion um das Züchtigungsrecht steht dementsprechend die Frage nach der Rechtfertigung einer Handlung, die den Tatbestand der Körperverletzung (§223 StGB) erfüllt. Die körperliche Züchtigung wird auch in diesem Beitrag im Vordergrund stehen, allerdings wird beispielhaft auch auf andere einschlägige Tatbestände (etwa der Freiheitsberaubung, §239 StGB) einzugehen sein. Der Gegenstand der folgenden Ausführungen ist damit hinreichend klar umrissen. Der erste Teil ist dem Züchtigungsrecht des Lehrers gewidmet.

¹ S. zum staatlichen Wächteramt *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar (Stand 77. Ergänzungslieferung, Juli 2016), Art. 6 Rn. 139.

² S. nur *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 46. Aufl. 2016, Rn. 594.

³ *Roxin*, Strafrecht AT, Band I. 4. Aufl. 2006, §17 Rn. 57.

⁴ AG Augsburg, Urteil vom 4.2.2010 - 15 C 259/09 [juris]; *Häbel*, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2016, 204 (208, 209).

⁵ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 592.

II. Das Züchtigungsrecht des Lehrers

Das Züchtigungsrecht des Lehrers kann einerseits unmittelbar aus dem staatlichen Erziehungsauftrag (1.), andererseits aus der Übertragung eines entsprechenden Rechts der Eltern abgeleitet werden (2.).

1. Züchtigungsrecht aufgrund des staatlichen Erziehungsauftrags

Im 19. Jahrhundert war es allgemein anerkannt, dass der Lehrer kraft seines öffentlichen Amtes berechtigt war, die von ihm unterrichteten Schüler zu züchtigen: Eine entsprechende Regelung findet sich bereits im Allgemeinen Landrecht der Preußischen Staaten von 1794⁶ und anschließend u.a. in der Schulordnung für die Elementarschulen der Provinz Preußen vom 11. Dezember 1845⁷. Das Reichsgericht ging dementsprechend davon aus, dass die körperliche Züchtigung eines Schülers zwar den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, aber nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften über die Ausübung des Züchtigungsrechts gerechtfertigt ist⁸. In der Folgezeit nahm das Reichsgericht aber selbst dann eine Rechtfertigung an, wenn das Landesrecht keine Vorschriften über ein Züchtigungsrecht des Lehrers enthielt, denn – so das Reichsgericht – ein solches Recht folge aus dem Recht und der Pflicht des Lehrers zur Erziehung seiner Schüler ganz von selbst⁹. Das Züchtigungsrecht wurde damit unmittelbar aus dem staatlichen Erziehungsauftrag abgeleitet¹⁰ und verdichtete sich im weiteren Verlauf zu einem gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrund¹¹.

Im 20. Jahrhundert kamen zunehmend Bedenken gegen die körperliche Züchtigung von Schülern auf. Bereits in den zwanziger Jahren wurde das Züchtigungsrecht des Lehrers in einigen Ländern beseitigt, allerdings kurz darauf wieder eingeführt. Erst nach dem 2. Weltkrieg wurde seine Ausübung durch ministerielle Verwaltungsvorschriften abgeschafft bzw. massiv eingeschränkt. Der Bundesgerichtshof äußerte daher bereits im Jahr 1954 massive Zweifel, ob insoweit noch von einem gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrund ausgegangen werden könne¹². Diese Zweifel beruhten einerseits auf dem Umstand, dass die Prügelstrafe aufgrund ihres entwürdigenden Charakters nicht nur als staatliche Sanktion im Kriminal- und Militärstrafrecht, sondern auch als privatrechtliches Züchtigungsinstrument (des Dienstherrn, des Kapitäns, des Ehemanns) abgeschafft worden war¹³. Sie waren andererseits aber auch von der Einsicht getragen, dass die Anwendung körperlicher Gewalt zur Erziehung der Schüler in aller Regel nicht erforderlich sei, ja sogar aufgrund der Vorbildfunktion des Lehrers schädliche Auswirkungen auf die sittliche Entwicklung der Schüler haben könnte¹⁴.

Die Frage nach der Fortgeltung des Züchtigungsrechts wurde aber zunächst offen gelassen¹⁵, und wenige Jahre später kam ein anderer Strafsenat des Bundesgerichtshofes zu dem Ergebnis, dass weiterhin von einem gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrund auszugehen sei, da dieser weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht aufgehoben worden sei¹⁶. Dass die körperliche Züchtigung von Schülern durch einen Ministerialerlass untersagt worden war, ändere daran nichts, da der Erlass nur innerhalb der Verwaltung verbindlich, aber keine im Außenverhältnis zum Bürger geltende Rechtsnorm (Gesetz im materiellen Sinne) sei¹⁷. Mit diesen Bedenken nimmt das Gericht der Sache nach auf den Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ (Art. 103 Abs. 2 GG) Bezug¹⁸, indem es darauf hinweist, dass anderenfalls durch Beseitigung des Züchtigungsrechts als Rechtfertigungsgrund qua Ministerialerlass (d.h. ohne Gesetzesänderung) eine

⁶ Teil II Titel 20 §557 ALR; s. aber zu den Grenzen Teil II Titel 12 §50.

⁷ S. insoweit RGSt 15, 376 (377).

⁸ RGSt 15, 376 (377).

⁹ RGSt 35, 182 (183); 40, 432 (433).

¹⁰ *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, S. 288 (in Fußn. 8).

¹¹ S. insoweit BGHSt 11, 241 (247), OLG Schleswig NJW 1956, 1002; *Bruns*, JZ 1957, 410 (414).

¹² BGHSt 6, 263 (265).

¹³ BGHSt 6, 263 (266 f.).

¹⁴ BGHSt 6, 263 (269).

¹⁵ BGHSt 6, 263 (269); ebenso unter Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums: BGH NJW 1976, 1949 (1950).

¹⁶ BGHSt 11, 241 (247); ebenso BayObLG NJW 1979, 1371 (1372).

¹⁷ BGHSt 11, 241 (251 ff.).

¹⁸ *H. Jung*, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977, S. 57.

Strafbarkeit des Lehrers begründet würde¹⁹.

Diese Bedenken sind durchaus nachvollziehbar, lassen jedoch die Grundrechte der Schüler weitgehend unberücksichtigt²⁰. Da die Züchtigung durch den Lehrer – eine gewisse Intensität vorausgesetzt – in das Grundrecht des Schülers auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) eingreift, bedarf sie einer gesetzlichen Grundlage²¹; die vom Bundesgerichtshof vertretene Ansicht, insoweit komme auch eine gewohnheitsrechtliche Befugnis in Betracht²², ist mit der ratio des Gesetzesvorbehalts nicht vereinbar, wonach der parlamentarische Gesetzgeber alle wesentlichen Angelegenheiten des Schulbetriebs selbst regeln muss²³. Dies führt zu der für das öffentliche Recht (Schulverwaltungsrecht) zwingenden Konsequenz, dass ein Züchtigungsrecht des Lehrers nur dann besteht, wenn es in dem Schulgesetz des jeweiligen Landes ausdrücklich vorgesehen ist; ist dies nicht der Fall, ist eine entsprechende Befugnis des Lehrers ausgeschlossen²⁴.

Damit entfele auch die Grundlage für eine strafrechtliche Rechtfertigung. Im Schrifttum wurde diese Konsequenz zum Teil mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG abgelehnt, da – wie bereits erwähnt – die Beseitigung eines Rechtfertigungsgrundes strafbegründend wirke und damit ebenfalls ein Parlamentsgesetz erfordere²⁵. Letzten Endes kann diese Frage heute dahinstehen, da die körperliche Züchtigung von Schülern inzwischen in nahezu allen Schulgesetzen ausdrücklich untersagt wird²⁶. In Nordrhein-Westfalen wurde eine entsprechende Regelung 1977 eingeführt²⁷, bei der Neufassung des Schulgesetzes im Jahr 2005 aber nicht mehr übernommen²⁸, da man ein ausdrückliches Verbot offenbar als entbehrlich ansah²⁹. Dementsprechend geht auch die neuere Rechtsprechung davon aus, dass die körperliche Misshandlung eines Schülers nicht mehr durch ein dem Lehrer zustehendes Züchtigungsrecht gerechtfertigt werden und somit eine Strafbarkeit des Lehrers wegen Körperverletzung (§223 StGB) begründen kann³⁰.

Dies bedeutet nicht, dass der Lehrer gegenüber seinen Schülern zu keinerlei Erziehungsmaßnahmen befugt ist. So ermächtigt §53 Abs. 2 des nordrhein-westfälischen Schulgesetzes³¹ den Lehrer u.a. zu folgenden erzieherischen Einwirkungen: Ausschluss von der laufenden Unterrichtsstunde, Nacharbeit unter Aufsicht, zeitweise Wegnahme von Gegenständen (z.B. Mobiltelefonen). Diese Maßnahmen sind jedoch in der Regel nicht strafrechtlich relevant, da sie keinen Straftatbestand verwirklichen; soweit dies ausnahmsweise der Fall ist (z.B. „Nachsitzen“ als Freiheitsberaubung), kommt die angegebene Befugnis indes als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund in Betracht.

2. Übertragung des elterlichen Züchtigungsrechts

Die nach dem jeweiligen Schulgesetz vorgesehenen Befugnisse des Lehrers sind demnach begrenzt. Ein darüber hinausgehendes Züchtigungsrecht des Lehrers könnte allerdings daraus abgeleitet werden, dass die Eltern dem Lehrer die Ausübung des ihnen zustehenden Züchtigungsrechts übertragen.

Nach h.M. kann die Ausübung des elterlichen Erziehungsrechts auf Dritte (z.B. Kindermädchen, Hauslehrer) übertragen werden³². Wollte man diese Möglichkeit auch für den Lehrer anerkennen, so führte dies indes nicht nur dazu, dass für Schüler ein- und derselben Schulklasse ein unterschiedliches Erziehungsregime gälte, sondern eröffnete dem Lehrer Sanktionsmöglichkeiten, die der Gesetzgeber

¹⁹ BGHSt 11, 241 (254).

²⁰ S. zu Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) und Art. 2 Abs. 2 GG (körperliche Unversehrtheit) BGHSt 11, 241 (248 ff.).

²¹ *Jung* (Fußn. 18), S. 55; vgl. insoweit auch BGH NJW 1976, 1949 (1950).

²² BGHSt 11, 241 (250).

²³ Eingehend bereits *Jung* (Fußn. 18), S. 47 ff.

²⁴ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fußn. 1), Art. 2 Rn. 75; *Jung* (Fußn. 18), S. 55.

²⁵ Eingehend *Jung* (Fußn. 18), S. 56 ff., 65.

²⁶ §90 Abs. 3 Schulgesetz Baden-Württemberg, Art. 86 Abs. 3 Nr. 1 Schulgesetz Bayern, §63 Abs. 2 SchulG Berlin, §63 Abs. 1 Schulgesetz Brandenburg, §49 Abs. 1 Schulgesetz Hamburg, §82 Abs. 3 Schulgesetz Hessen, §60 Abs. 4 Schulgesetz Mecklenburg-Vorpommern, §53 Abs. 2 Schulgesetz Rheinland-Pfalz, §32 Abs. 3 Schulgesetz Saarland, §39 Abs. 2 Schulgesetz Sachsen, §25 Abs. 3 Schulgesetz Schleswig-Holstein, §51 Abs. 5 Schulgesetz Thüringen.

²⁷ §26a Abs. 3 Schulverwaltungsgesetz Nordrhein-Westfalen, eingefügt durch Gesetz vom 5.7.1977 (Gesetz- und Verordnungsblatt S. 284).

²⁸ Vgl. §53 Schulgesetz Nordrhein-Westfalen vom 15.2.2005 (Gesetz- und Verordnungsblatt S. 102).

²⁹ S. insoweit das im Jahr 2002 in die Landesverfassung aufgenommene Grundrecht von Kindern auf gewaltfreie Erziehung (Art. 6 Abs. 2).

³⁰ BGH NSTZ 1993, 591; ebenso *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, §223 Rn. 29; *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2011, Vor §32 Rn. 122.

³¹ S.o. Fußn. 28.

³² BGHSt 12, 62 (67); *Paeffgen/Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, §223 Rn. 32 m.w.N.

mit gutem Grund aus dem Schulbetrieb verbannt hat³³. Aus diesem Grund hat der Bundesgerichtshof eine stellvertretende Ausübung des elterlichen Züchtigungsrechts allenfalls dann als zulässig angesehen, wenn der Lehrer über seine eigentlichen Aufgaben hinaus mit der Wahrnehmung elterlicher Erziehungsaufgaben betraut wird (z.B. im Rahmen eines Internats)³⁴. In diesem Fall wird er jedoch nicht mehr im Rahmen des schulischen Bildungs- und Erziehungsauftrags tätig, weshalb diese Konstellationen hier außer Betracht bleiben sollen³⁵.

Darüber hinaus bestünde ein abgeleitetes Züchtigungsrecht nur in den Grenzen, in denen auch den Eltern gegenüber ihrem Kind ein Züchtigungsrecht zusteht; ob und inwieweit ein solches Recht besteht, ist nunmehr im zweiten Hauptteil zu untersuchen.

III. Das Züchtigungsrecht der Eltern

1. Vom elterlichen Züchtigungsrecht zum Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung

Das elterliche (oder vormals väterliche) Züchtigungsrecht kann eine mindestens ebenso lange Tradition vorweisen wie dasjenige des Lehrers. Es war ebenfalls bereits im preußischen Allgemeinen Landrecht vorgesehen³⁶ und ist Ausfluss des elterlichen Sorge- und Erziehungsrechts (vgl. Art. 6 Abs. 2 GG, §§1626, 1631 BGB)³⁷. So lautete §1631 Abs. 2 BGB in seiner ursprünglichen Fassung³⁸: „Der Vater kann kraft des Erziehungsrechts angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden.“

Nachdem dieser Satz durch das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Jahr 1958 gestrichen worden war³⁹, ging man weiterhin von einem Züchtigungsrecht beider Elternteile aus. Im Unterschied zum Züchtigungsrecht des Lehrers wird dasjenige der Eltern auf ein Grundrecht zurückgeführt (Art. 6 Abs. 2 GG) und bedarf daher keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage⁴⁰. Da die Eltern gegenüber ihrem Kind nicht als Hoheitsträger agieren, sondern das ihnen verfassungsrechtlich garantierte Sorgerecht ausüben, findet der Gesetzesvorbehalt insoweit keine Anwendung. Es ist vielmehr ausreichend, dass die Personensorge der Eltern auch das Recht umfasst, das Kind – ggf. auch im Wege der körperlichen Züchtigung – zu erziehen (§1631 Abs. 1 BGB).

Der rechtspolitischen Diskussion um die Legitimation körperlicher Gewalt als Mittel der Erziehung konnte sich allerdings auch das elterliche Züchtigungsrecht nicht entziehen. Nachdem der Gesetzgeber im Jahr 1980 entwürdigende Erziehungsmaßnahmen für unzulässig erklärt hatte⁴¹, wurden körperliche und seelische Misshandlungen im Jahr 1998 ausdrücklich verboten⁴². Seit dem Jahr 2000 lautet die Fassung des §1631 Abs. 2 BGB folgendermaßen:⁴³ „Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.“

Mit dieser vom Gesetzgeber vorgenommenen „Ächtung der Gewalt in der Erziehung“ (so der Titel des Gesetzes) trat das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung an die Stelle des Züchtigungsrechts der Eltern. Eine Züchtigung, die den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, kann daher nicht mehr über das elterliche Züchtigungsrecht gerechtfertigt werden. Die Gerichtsentscheidungen, die seit dem Inkrafttreten der neuen Regelung ergangen sind, haben daher eine Rechtfertigung verneint und eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung bejaht⁴⁴. So wurde etwa eine Mutter zu einer Geldstrafe verurteilt, die ihre zweijährige Tochter geohrfeigt hatte, nachdem diese trotz mehrfacher Ermahnung bei einer Geburtstagsfeier Limonade auf den Tisch gespuckt hatte⁴⁵.

³³ BGHSt 12, 62 (69 f.).

³⁴ BGHSt 12, 62 (70 f., 72).

³⁵ Vgl. auch *Jung* (Fußn. 18), S. 72.

³⁶ Teil II, Titel 20, §557 ALR.

³⁷ S. zu einem Überblick über die historische Entwicklung *Gebhardt*, Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart, 1994, S. 224 ff.; zur Entwicklung der neueren Gesetzgebung: *Priester*, Das Ende des Züchtigungsrechts, 1999, S. 55 ff.

³⁸ BGB vom 18.8.1896 (RGBl. I S. 195).

³⁹ Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 18.6.1957 (BGBl. I S. 609).

⁴⁰ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fußn. 1), Art. 2 Rn. 72 m.w.N.

⁴¹ Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.7.1979 (BGBl. I S. 1061).

⁴² Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997 (BGBl. I S. 2942).

⁴³ Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts vom 2.11.2000 (BGBl. I S. 1479).

⁴⁴ LG Berlin, Urt. v. 30.5.2005 – (509) 7 Ju Js 2606/04 KLS (5/05) [juris] Rn. 49; s. auch die weiteren Beispiele bei *Riemer*, FPR 2006, 387 (390); zu weiteren Entscheidungen zum elterlichen Sorgerecht: *Peschel-Gutzeit*, FPR 2012, 195 (198).

⁴⁵ AG Burgwedel, Urteil vom 10.11.2004 - 64 Ds 3643 Js 8475/04 (20/04) [juris].

2. Ansätze zur Aufrechterhaltung des Züchtigungsrechts

Der Befund, dass Eltern nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der neueren Rechtsprechung nicht mehr zur körperlichen Züchtigung ihrer Kinder berechtigt sind, ist jedoch von Teilen des Schrifttums in Zweifel gezogen worden⁴⁶. Diese Zweifel stützen sich vor allem auf die Sorge, dass eine Kriminalisierung der Eltern und eine daraus resultierende Strafverfolgung wegen jeder Ohrfeige, die durch ungezogenes Betragen der Kinder ausgelöst worden sei, eher zur Zerstörung als zur Befriedung der Familie beitragen dürfte⁴⁷. Diese Sorge findet auch in der Gesetzesbegründung zu §1631 Abs. 2 BGB n.F. Widerhall; allerdings wird dort die Befürchtung zurückgewiesen, dass es durch die Neuregelung zu einer Ausweitung der Strafbarkeit kommen werde⁴⁸. Um eine – aus der Sicht des Schrifttums – übermäßige Kriminalisierung der Eltern zu verhindern, sind unterschiedliche Ansätze entwickelt worden, die im Folgenden vorgestellt und kritisch gewürdigt werden sollen.

a) Verfassungswidrigkeit des §1631 Abs. 2 BGB

Am weitesten geht insoweit sicherlich die Auffassung, wonach das Verbot körperlicher Bestrafung gegen das natürliche Grundrecht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder verstößt⁴⁹. Das absolute Gewaltverbot schränke dieses Recht übermäßig ein, indem es auch leichte Formen der körperlichen Züchtigung verbiete⁵⁰. Es sei nicht Aufgabe des Staates, weltanschauliche Idealvorstellungen über die Kindeserziehung durchzusetzen, sondern die Bestimmung der Erziehungsziele und –mittel sei vielmehr natürliches Recht der Eltern⁵¹. §1631 Abs. 2 BGB wäre danach verfassungswidrig oder zumindest verfassungskonform, d.h. einschränkend, auszulegen⁵².

Dass mit dem Verbot körperlicher Bestrafung in das grundrechtlich geschützte Erziehungsrecht der Eltern eingegriffen wird, ist nicht zu bestreiten. Dieser Eingriff zielt jedoch nicht auf die Durchsetzung eines staatlich definierten Erziehungsideals, sondern auf den Schutz des Kindes⁵³. Körperliche Bestrafungen werden von Kindern nicht nur als besonders entwürdigend empfunden, sondern bergen auch langfristige Gefahren für die Entwicklung der Kinder: So können körperliche Strafen dazu führen, dass die Gewaltanwendung in der Familie eskaliert, das Kind infolge der Gewalterfahrung psychosoziale Auffälligkeiten entwickelt (Ängstlichkeit oder Kontaktarmut) oder selbst zu aggressivem Verhalten neigt und Gewalt als Mittel der Konfliktlösung „erlernt“⁵⁴. Diese Gefahren bestehen sicherlich nicht bei einer einmaligen Ohrfeige, sind aber bereits bei regelmäßigen leichten Züchtigungsmaßnahmen nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen. Jedenfalls überschreitet der Gesetzgeber nicht den ihm zustehenden Einschätzungsspielraum, wenn er mit Blick auf das Kindeswohl jedwede Form körperlicher Bestrafungen verbietet⁵⁵. Darin liegt auch keine unverhältnismäßige Beschränkung des elterlichen Erziehungsrechts, denn den Eltern bleiben andere Erziehungsmaßnahmen bzw. Strafen (z.B. Stubenarrest, Fernsehverbot, Entzug von Taschengeld o.ä.) erhalten⁵⁶. Um diese Maßnahmen durchzusetzen, darf aber erforderlichenfalls auch körperlicher Zwang angewandt werden (z.B. wenn sich das Kind weigert, der elterlichen Aufforderung nachzukommen, sich in sein Zimmer zu begeben)⁵⁷. §1631 Abs. 2 BGB verstößt daher nicht gegen Art. 6 Abs. 2 GG.

⁴⁶ S. die Nachweise in den folgenden Abschnitten; s. dagegen für eine Rechtswidrigkeit bzw. Strafbarkeit der elterlichen Züchtigung nach §223 StGB: *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, §223 Rn. 7; *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, §223 Rn. 40; *Frister*, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2015, S. 174 f.; *Momsen/Momsen-Pflanz*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), 3. Aufl. 2016, §223 Rn. 68; *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2006, Vor §32 Rn. 306; *Roxin* (Fußn. 3), §17 Rn. 46.

⁴⁷ So *Roxin* (Fußn. 3), §17 Rn. 36.

⁴⁸ BT-Drucks. 12/6343, S. 11, 15; BT-Drucks. 14/1247, S. 6, mit der Begründung, dass eine körperliche Züchtigung von Kindern bereits nach geltendem Recht unzulässig sei; s. insoweit auch BT-Drucks. 13/8511 und dazu *Schramm*, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011, S. 189 f.

⁴⁹ *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 153; *Noak*, JR 2002, 402 (406, 408); *Roellecke*, NJW 1999, 337 (338).

⁵⁰ *Noak*, JR 2002, 402 (406).

⁵¹ *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, Rn. 153.

⁵² *Noak*, JR 2002, 402 (406 f.).

⁵³ *Peschel-Gutzeit*, FPR 2012, 195 (196).

⁵⁴ Zusammenfassend *Bussmann*, FPR 2002, 289 m.w.N.

⁵⁵ *Schlehofer*, in: MüKo-StGB, Vor §§32 ff. Rn. 118.

⁵⁶ *Schlehofer*, in: MüKo-StGB, Vor §§32 ff. Rn. 118, 119.

⁵⁷ *Berger/Mansel*, in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, Anmerkungen zu §§1631-1633 Rn. 3; s. dagegen für ein uneingeschränktes Gewaltverbot (§1631 Abs. 2 S. 1 BGB): *Häbel*, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2016, 168 (172).

b) Einschränkung des §1631 Abs. 2 BGB auf entwürdigende Maßnahmen

Geht man von der Verfassungsmäßigkeit des §1631 Abs. 2 BGB aus, so bleibt die Möglichkeit einer restriktiven Auslegung des darin enthaltenen Züchtigungsverbots, wie sie insbesondere aus den o.g. verfassungsrechtlichen Gründen vorgeschlagen wird. So wird aus der Gleichsetzung von körperlichen Bestrafungen und anderen entwürdigenden Maßnahmen in §1631 Abs. 2 S. 2 BGB die Schlussfolgerung gezogen, dass das Verbot nur körperliche Bestrafungen erfasse, die zugleich entwürdigend seien⁵⁸. Dies sei aber bei der maßvollen körperlichen Züchtigung (z.B. einer Ohrfeige) nicht der Fall.

Diese Auslegung widerspricht dem Wortlaut des §1631 Abs. 2 S. 2 BGB, der körperliche Bestrafungen verbietet, ohne dass deren entwürdigender Charakter im Einzelfall festgestellt wird; die Auffangklausel („andere entwürdigende Maßnahmen“) lässt deutlich erkennen, dass der Gesetzgeber körperliche Bestrafungen per se als entwürdigend ansieht⁵⁹. Für diese Auslegung spricht auch der Zusammenhang mit dem Recht auf gewaltfreie Erziehung (§1631 Abs. 2 S. 1 BGB), das auf Seiten der Eltern durch das Verbot körperlicher Bestrafungen konkretisiert wird und durch eine Zulassung maßvoller Züchtigungen erheblich relativiert würde. Eine solche Einschränkung stünde zudem auch in direktem Gegensatz zu dem Ziel des Gesetzgebers, die Anwendung von Gewalt in der Kindeserziehung zu ächten (s.o. 1.). Da eine restriktive Auslegung des Verbots körperlicher Bestrafungen auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist [s.o.a)], bleibt es bei dem bisherigen Befund, wonach dem Recht der Eltern zur körperlichen Züchtigung ihrer Kinder mit §1631 Abs. 2 BGB die Grundlage entzogen wurde.

c) Tatbestandsausschluss

Steht das elterliche Züchtigungsrecht nicht mehr als Rechtfertigungsgrund zur Verfügung, könnte eine Strafbarkeit der Eltern wegen Körperverletzung bei leichten Erscheinungsformen der körperlichen Züchtigung gleichwohl deshalb verneint werden, weil sie nicht den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen⁶⁰.

So ist allgemein anerkannt, dass der Tatbestand des §223 StGB unterhalb einer Bagatell- bzw. Erheblichkeitsschwelle nicht eingreift (z.B. dem Drängeln in der Metro). Wo genau die Grenze zum tatbestandslosen Bagatellunrecht verläuft („Backpfeife“, „Klaps auf den Po“) ⁶¹, ist allerdings unabhängig von der Frage nach der Zulässigkeit der Züchtigung von Kindern zu beurteilen. Konkret: Erfüllt die einem Erwachsenen verabreichte Backpfeife den Tatbestand der Körperverletzung, so muss dies auch dann gelten, wenn ein Kind auf diese Weise gezüchtigt wird⁶². Über die allgemeinen tatbestandlichen Grenzen des §223 StGB lässt sich das elterliche Züchtigungsrecht daher nicht aufrechterhalten.

Etwas Anderes könnte nur dann gelten, wenn man für die Ausübung des elterlichen Züchtigungsrechts die Grenze zwischen tatbestandslosem und tatbestandsmäßigem Verhalten verschiebt, indem man auch die „maßvolle“ körperliche Züchtigung, welche die Bagatellgrenze „nur unwesentlich“ überschreitet, vom Tatbestand ausnimmt⁶³. Mit diesem Ansatz wird also die Prüfung der Voraussetzungen des elterlichen Züchtigungsrechts von der Rechtfertigungs- auf die Tatbestandsebene verlagert⁶⁴. Das vom Gesetzgeber abgeschaffte Züchtigungsrecht feiert als Tatbestandsausschlussgrund fröhliche Urständ. Dass dieser Kunstgriff der vom Gesetzgeber beschlossenen Ächtung körperlicher Strafen im Rahmen der Kindeserziehung diametral zuwiderläuft, liegt auf der Hand. Wenn man aber den Rekurs auf das bisherige Züchtigungsrecht vermeidet und den Tatbestandsausschluss auf allgemeine Kriterien (Angemessenheit, Sozialadäquanz) stützt⁶⁵, so werden die unterschiedlichen Ebenen der Unrechtsbegründung (Tatbestand) und des Unrechtsausschlusses (Rechtfertigung) nicht mehr klar voneinander getrennt und die normativen Gründe für eine Straflosigkeit bleiben unbestimmt. Die Frage, wann eine Züchtigung noch „maßvoll“ bzw. „angemessen“ ist, lässt sich dann nicht mehr klar beantworten, es wäre sogar denkbar, auch die Züchtigung durch einen Lehrer – je nach Situation – nicht mehr als unangemessen anzusehen und damit von der Strafbarkeit

⁵⁸ Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, §9 Rn. 77b; Schramm (Fußn. 48), S. 203; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 593.

⁵⁹ Fischer, §223 Rn. 41; Häbel, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2016, 204 (205); Schlehofer, in: MüKo-StGB, Vor §§32 ff. Rn. 117.

⁶⁰ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 593; eingehend Beulke, in: Hanack-FS, 1999, S. 539 (545 ff.).

⁶¹ S. insoweit Beulke, in: Hanack-FS, 1999, S. 539 (551: tatbestandslos).

⁶² Frister, Strafrecht AT, S. 174 f.; H.-L. Günther, in: Lange-FS, 1992, S. 877 (889).

⁶³ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 593.

⁶⁴ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 593

⁶⁵ Beulke, in: Hanack-FS, 1999, S. 539 (546, 547).

auszunehmen⁶⁶. Mit Blick auf diese Konsequenzen lässt sich das elterliche Züchtigungsrecht daher auch nicht als Tatbestandsausschlussgrund aufrechterhalten.

d) Lehre vom Strafunrechtsausschluss

Einen der Tatbestandslösung ähnlichen Ausgangspunkt hat die Lehre vom Strafunrechtsausschluss, welche die Auswirkungen des §1631 Abs. 2 BGB auf das Familienrecht beschränkt, aber weiterhin davon ausgeht, dass die körperliche Züchtigung von Kindern kein strafwürdiges Unrecht darstellt⁶⁷.

Der Lehre vom Strafunrechtsausschluss ist einzuräumen, dass ein Verhalten, das zivilrechtlich als rechtswidrig zu bewerten ist, nicht per se zugleich Strafunrecht begründet. Wird durch das verbotene Verhalten jedoch ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut verletzt (in diesem Fall die körperliche Unversehrtheit), so liegt darin grundsätzlich auch strafwürdiges Unrecht. Bei der körperlichen Züchtigung wird die Schwelle zum strafwürdigem Unrecht für Erwachsene wie für Kinder gleichermaßen allein durch den Tatbestand des §223 StGB festgelegt⁶⁸. Dementsprechend ging der Gesetzgeber bei der Abschaffung des Züchtigungsrechts nicht davon aus, dass sich dies nur im Familienrecht auswirken würde, sondern die strafrechtlichen Konsequenzen waren vielmehr elementarer Bestandteil der Ächtung körperlicher Gewalt⁶⁹. Die körperliche Züchtigung von Kindern begründet daher nach §223 StGB strafbares Unrecht.

e) Rechtfertigender Notstand (§34 StGB)

Um eine Strafbarkeit der Eltern wegen Körperverletzung zu vermeiden, wird schließlich eine Anwendung des rechtfertigenden Notstands (§34 StGB) vorgeschlagen⁷⁰. Soweit die Eltern zu einer gewaltfreien Erziehung nicht imstande seien und damit die Gefahr eines erzieherischen Vakuums drohe, müsse zur Abwendung dieser Gefahr im Einzelfall auch eine körperliche Züchtigung zulässig sein; die Abwägung der Kindesinteressen (Abwendung von Schäden infolge mangelnder Erziehung auf der einen, Interesse an der Wahrung seiner körperlichen Unversehrtheit auf der anderen Seite) könne sich an den bisherigen Grenzen des elterlichen Züchtigungsrechts orientieren⁷¹.

Wie sich in der ausdrücklichen Bezugnahme auf das – abgeschaffte – Züchtigungsrecht zeigt, läuft auch dieser Ansatz auf eine Wiedereinführung des elterlichen Züchtigungsrechts hinaus. Schon deshalb vermag der Rückgriff auf §34 StGB nicht zu überzeugen, denn eine Notstandshandlung ist nicht angemessen (§34 S. 2 StGB), wenn sie den Wertungen spezieller, für die betreffende Konfliktsituation geschaffener Rechtsnormen widerspricht⁷². Darüber hinaus wird die Annahme eines „Erziehungsnotstandes“ nur unzureichend begründet: Soweit auf die Folgen eines über längere Zeit andauernden erzieherischen Leerraums verwiesen wird⁷³, so bestehen im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe weniger einschneidende Maßnahmen zur Verfügung⁷⁴. Geht es hingegen um die sofortige Reaktion auf eine Verfehlung⁷⁵, so lässt sich aus dem Unterbleiben einer einzelnen erzieherischen Einwirkung kaum eine Gefahr für die Entwicklung des Kindes ableiten, zumal den Eltern auch insoweit andere (d.h. gewaltfreie) Erziehungsmaßnahmen zur Verfügung stehen. Jedenfalls ist ein wesentliches Überwiegen der mit der körperlichen Züchtigung verfolgten Interessen zu verneinen: Auf der einen Seite ist der Erfolg einer solchen erzieherischen Einwirkung unsicher, auf der anderen Seite führt diese auf Seiten des Kindes nicht nur zu einer spürbaren Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit, sondern auch zu erheblichen Gefahren für die Entwicklung des Kindes (Eskalation der Gewalt in der Familie etc.). Eine Rechtfertigung körperlicher Züchtigungen nach §34 StGB ist daher ebenfalls ausgeschlossen.

⁶⁶ So mit Blick auf die positiven erzieherischen Wirkung noch *Redelberger*, NJW 1952, 1158 (1161); s. dagegen (und gegen die Parallele zur Heilbehandlung) *Bruns*, JZ 1957, 410 (412); eingehend *Jung* (Fußn. 18), S. 19 ff.

⁶⁷ *H.-L. Günther*, in: Lange-FS, 1992, S. 877 (891 ff., 895 f.); *Reichert-Hammer*, JZ 1988, 617 (618 f.); ähnlich die Befürworter eines Strafausschlussgrundes: *Eser*, in: Schönke/Schröder, §223 Rn. 23; *Scheffler*, Jahrbuch für Recht und Ethik 10 (2002), 287 (300 f.).

⁶⁸ *Häbel*, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2016, 204 (208); s. auch *Schlehofer*, in: MüKo-StGB, Vor §§32 ff. Rn. 119.

⁶⁹ S. insoweit BT-Drucks. 12/6343, S. 15; s. auch BT-Drucks. 14/1247, S. 6.

⁷⁰ *M. Heinrich*, ZIS 2011, 431 (441 ff.).

⁷¹ *M. Heinrich*, ZIS 2011, 431 (441).

⁷² *Roxin*, Strafrecht AT, §16 Rn. 93.

⁷³ *M. Heinrich*, ZIS 2011, 431 (441).

⁷⁴ *Roxin*, Strafrecht AT, §17 Rn. 45.

⁷⁵ *M. Heinrich*, ZIS 2011, 431 (442).

IV. Fazit

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass Lehrer und Eltern zur Verhängung von Erziehungsmaßnahmen berechtigt sind. Dieses Recht besteht bei Lehrern nach Maßgabe der in dem jeweiligen Schulgesetz vorgesehenen Befugnisse, bei Eltern im Rahmen des verfassungsrechtlich geschützten Sorgerechts. Soweit solche Erziehungsmaßnahmen Straftatbestände verwirklichen (z.B. Freiheitsberaubung bei Stubenarrest oder Ausgehverboten) können diese daher gerechtfertigt werden. Dagegen steht weder Lehrern noch Eltern ein Züchtigungsrecht zu; die körperliche Züchtigung von Schülern bzw. eigenen Kindern ist daher als Körperverletzung (§223 StGB) strafbar. Materiell-rechtliche Ansätze zu einer Einschränkung der Strafbarkeit der Eltern haben sich als nicht tragfähig erwiesen. Dies gilt auch für die Sorge, dass eine strafrechtliche Intervention in die Familie („Der Staatsanwalt im Kinderzimmer“⁷⁶) eher schaden als nützen dürfte. In den meisten Fällen dürfte eine Strafverfolgung an der unterbliebenen Anzeige scheitern⁷⁷. Hinzu kommt, dass es sich bei der einfachen Körperverletzung (§223 StGB) um ein Antragsdelikt handelt (§230 Abs. 1 S. 1 StGB), d.h. die Strafverfolgung setzt einen Antrag des nicht an der Tat beteiligten Elternteils oder eines vom Gericht bestellten Ergänzungspflegers (vgl. §1909 BGB) voraus (§77 Abs. 3 StGB)⁷⁸. Eines Strafantrags bedarf es jedoch nicht, wenn die Staatsanwaltschaft ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht (§230 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 StGB); dies soll jedoch nach den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren bei einer Kindesmisshandlung regelmäßig anzunehmen sein (Nr. 235 Abs. 2 RiStBV)⁷⁹. Darüber hinaus bietet das Strafprozessrecht genügend Möglichkeiten, die familiäre Situation von Täter und Opfer zu berücksichtigen und mit Rücksicht darauf von einer Strafverfolgung abzusehen (vgl. §§153, 153a StPO)⁸⁰. Es wäre fatal, die möglichen Auswirkungen einer Strafverfolgung auf die Familie zum Anlass zu nehmen, den strafrechtlichen Schutz von Kindern zu verkürzen, die dieses Schutzes in besonderer Weise bedürfen. Eine Einschränkung des Verbots körperlicher Bestrafungen von Kindern würde überdies dazu führen, dass eine klare Grenze zwischen erlaubten und verbotenen Züchtigungsmaßnahmen nicht mehr gezogen werden könnte. Die klare Botschaft, die von der Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts ausgeht⁸¹ und bereits zu einem sichtbaren Bewusstseinswandel in der deutschen Bevölkerung geführt hat⁸², sollte nicht durch zweifelhafte dogmatische Konstruktionen verwässert werden.

⁷⁶ So der Titel des Aufsatzes von *Scheffler*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 10 (2002), 279 ff.

⁷⁷ S. unter Hinweis auf entsprechende Erfahrungen in Schweden: *Bussmann*, FPR 2002, 289 (291).

⁷⁸ *F.C. Schroeder*, FMRZ 2014, 1745 (1748); näher *Paeffgen/Böse*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fußn. 32), §230 Rn. 21.

⁷⁹ Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll dies jedoch nicht jede an Kindern begangene Körperverletzung, sondern nur schwere Fälle erfassen (Bundestags-Drucks. 12/6343, S. 12); kritisch *Scheffler*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 10 (2002), 279 (287 f.).

⁸⁰ So hatte das AG Burgwedel (Fußn. 45) der Mutter eine Einstellung des Verfahrens angeboten.

⁸¹ S. zur verhaltenssteuernden Wirkung auf die Eltern eingehend *Bussmann*, *Verbot familialer Gewalt gegen Kinder*, 2000, S. 218 ff.

⁸² *Peschel-Gutzeit*, FPR 2012, 195 (197, 198 f.); s. bereits die Ergebnisse einer Elternbefragung in den Jahren 1996 und 2001 bei *Bussmann*, FPR 2002, 289 (292 f.).