

Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden
zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte

Band 96

Kinder im Recht

Kinderrechte
im Spiegel der Kindesentwicklung

Herausgegeben von

Arnd Uhle



Duncker & Humblot · Berlin

ARND UHLE (Hrsg.)

Kinder im Recht

Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden
zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte

Band 96

Kinder im Recht

Kinderrechte
im Spiegel der Kindesentwicklung

Herausgegeben von

Arnd Uhle



Duncker & Humblot · Berlin

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.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Printed in Germany

ISSN 0935-5200

ISBN 978-3-428-15682-5 (Print)

ISBN 978-3-428-55682-3 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85682-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Der Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 dokumentiert den politischen Willen der Koalitionsparteien CDU, CSU und SPD, besondere Kinderrechte in das Grundgesetz aufzunehmen.¹ Beabsichtigt ist namentlich, ein neu zu schaffendes Kindergrundrecht in die Verfassung einzufügen, dessen Formulierung Bund und Länder in einer gemeinsamen Arbeitsgruppe bis Ende 2019 erarbeiten sollen. Der Koalitionsvertrag führt hierzu aus, dass Kinder Grundrechtsträger seien, deren Rechte aus Sicht der Koalitionsparteien Verfassungsrang einnehmen.²

Die koalitionsvertragliche Begründung wie auch das Vorhaben einer Verfassungsänderung als solches sind nicht allein Anlass für eine Vergewisserung darüber, ob und wie bereits bislang die Grundrechtsträgerschaft sowie die Würde der Kinder durch das Grundgesetz anerkannt und gewährleistet werden.³ Vielmehr geben sie auch Anstoß zur Prüfung der darüber hinausgreifenden Frage, wie es der bestehenden Rechtslage zufolge gegenwärtig in Deutschland um die Sicherung des Kindeswohls und den Schutz der Kinderrechte bestellt ist. Zu diesem Zweck ist der gegenwärtige Stand dieses Schutzes im Spiegel der Kindesentwicklung nachzuzeichnen – vom Schutz des Lebensrechts noch ungeborener Kinder über die Sicherung kindlicher Bedürfnisse

¹ Siehe hierzu: Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD (19. Legislaturperiode), S. 11 (Zeile 322 f.) und S. 21 (Zeile 801 ff.) im Internet abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>.

² Ebd., S. 21 (Zeile 802 f.).

³ Siehe hierzu aus der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur BVerfGE 24, 119 (Leitsatz 4 und 144); 45, 400 (417); 121, 69 (92 f.).

und Rechte im Kleinkind- und im Schulalter bis hin zum Schutz der Interessen junger Menschen an einer generationengerechten Politikgestaltung und einem nachhaltigen Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen.

Angesichts dessen gilt es, sich zunächst mit der Frage auseinanderzusetzen, wie es gegenwärtig um den Schutz des Rechts auf Leben gerade bei den schutzbedürftigsten, noch nicht geborenen Kindern steht und wie das Recht auf Geburt, das nicht weniger als das entscheidende Basis- und Trägerrecht für alle in späteren Lebensphasen in Betracht zu ziehenden Kinderrechte ist, geschützt wird. Anzuknüpfen ist hierbei an die Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch, in deren Lichte insbesondere zu prüfen ist, ob die Diskussion um eine Reform bzw. Abschaffung von § 219a StGB, der seinerseits einen integralen Bestandteil des staatlichen Schutzkonzepts darstellt, die bundesverfassungsgerichtlich unterstrichenen Anforderungen an einen wirksamen Lebensschutz in ausreichendem Maße berücksichtigt.

Ebenso bedeutsam erscheint der Schutz der Rechte von Kindern in der frühen Kindheit. Hier sind zunächst die aktuellen Erkenntnisse der Bindungsforschung über die Bindungsbedürfnisse von Kleinkindern in den Blick zu nehmen. Von ihnen aus ist aus der Sicht der Bindungstheorie nach dem Recht des Kindes auf die Entwicklung sicherer emotionaler Bindungen an verlässliche Bezugspersonen zu fragen, damit sich das Kleinkind insbesondere in den ersten drei Lebensjahren während der entscheidenden Reifungs- und Vernetzungsprozesse seines Gehirns gesund entwickeln kann. Zugleich gilt es, sich zu vergewissern, ob das staatliche Handeln, das in den vergangenen Jahren zunehmend die Fremdbetreuung in seinen Fokus gestellt hat, diesen Erkenntnissen und den aus ihnen resultierenden Anforderungen an die Kleinkindbetreuung hinreichend Rechnung trägt.

Im Lichte der zu beobachtenden Gegenwartstendenz, staatlich einseitig die Vorzüge frühkindlicher Fremdbetreuung gegenüber denen der familiären Eigenbetreuung zu akzentuieren, erhebt sich aus rechtswissenschaftlicher Perspektive die Frage nach den Grenzen des Rechts, denen die staatliche Einflussnahme auf die

Ausgestaltung der Kleinkindbetreuung zu genügen hat. Das gilt insbesondere, soweit diese Einflussnahme dem Konzept des sog. Nudging folgt. Ein derartiges „Anstupsen“ kann sich an Eltern wie an Kinder richten. Soweit Nudgingadressaten die Eltern sind, erscheint vor allem klärungsbedürftig, ob eine staatliche Beeinflussung der elterlichen Betreuungsentscheidung, die auf die Ausnutzung menschlicher Verhaltensmuster zielt, einen ebenso rechtfertigungsbedürftigen wie -fähigen Grundrechtseingriff darstellt. Soweit demgegenüber Nudgingadressaten die Kinder selbst sind, finden weitere verfassungsrechtliche Schranken namentlich dort Aktualisierung, wo sie in öffentlichen Kindergärten und Kindertagesstätten einer Einflussnahme im Sinne des Konzepts der sog. „Sexualität der Vielfalt“ ausgesetzt werden sollen.

Grundsatzfragen stellen sich für die Verwirklichung von Kinderrechten indes nicht nur in der Lebensphase vor der Geburt und in der frühen Kindheit, sondern auch dort, wo Kinder in das Schulalter hineinwachsen. Daher gilt es zunächst zu analysieren, welche Rechte ihnen in diesem Entwicklungsabschnitt nach der gegenwärtigen Rechtslage völkerrechtlich, europarechtlich, grundgesetzlich, landesverfassungsrechtlich sowie schulrechtlich verbürgt sind. Die Spannweite der hier zu erörternden Aspekte reicht vom Recht auf Bildung bis zum bundesverwaltungsgerichtlich vor einigen Jahren neu justierten Anspruch auf Unterrichtsbefreiung aus religiösen Gründen. Auf der Grundlage dieser Bestandsaufnahme können sodann die möglichen Folgen der grundgesetzlichen Positivierung eines Kindergrundrechts im Schulbereich vermessen werden. Hier gilt es insbesondere zu klären, wie sich ein Kindergrundrecht auf das Verhältnis von Elternrecht und staatlichen Erziehungsauftrag auswirken würde und inwiefern es den aktuellen Trend zur Zurückdrängung des Elternrechts im Schulbereich ggf. verstärken könnte.

Aus der Perspektive Jugendlicher und junger Erwachsener erhebt sich zudem die Frage, ob ein Kindergrundrecht dazu geeignet ist, Gefährdungen ihrer Lebenschancen zu begegnen, die daraus resultieren, dass politische Weichenstellungen eher an deren kurzfristigen Auswirkungen als an deren langfristigen

Konsequenzen ausgerichtet werden. Die Beispiele der Staatsverschuldung oder auch eine unzureichende Sicherung erworbener Rentenansprüche bzw. Rentenanwartschaften verdeutlichen die Brisanz derartiger Gefahren. Diesbezüglich ist zunächst klärungsbedürftig, welchen Schutz die bestehenden verfassungsrechtlichen Regelungen insofern vermitteln, um sodann der Frage nachzugehen, ob die Verbürgung eines Kindergrundrechts, ggf. auch einer Staatszielbestimmung „Generationengerechtigkeit“, effektiv dazu beitragen könnte, die angesprochenen Gefahren auszuschließen oder zu minimieren.

In vergleichbarer Weise ist ferner zu prüfen, ob ein Kindergrundrecht einen Beitrag zur Nachhaltigkeit beim Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Interesse künftiger Generationen zu leisten vermag. Im Anschluss an eine Analyse des völker- und europarechtlichen Status quo ist auch hier zunächst die normative Kraft geltender grundgesetzlicher und landesverfassungsrechtlicher Vorgaben zu erörtern. Vor dem Hintergrund dieser Prüfung lässt sich sodann die Frage nach Gestaltungsmöglichkeiten *de lege ferenda* und hier u. a. wiederum namentlich nach der Leistungsfähigkeit eines Kindergrundrechts beantworten.

Damit ist die Frage nach Erfordernis, Regelungsziel und Auswirkungen der Aufnahme eines Kindergrundrechts in das Grundgesetz berührt. Diesbezüglich sind zunächst die in Betracht zu ziehenden verschiedenen Regelungsstrukturen und -inhalte sowie die möglichen Adressaten einer entsprechenden Bestimmung zu erörtern. Sodann gilt es im Wege einer Bestandsaufnahme zu prüfen, welchen Grundrechtsschutz das Grundgesetz Kindern *de lege lata* verbürgt. Auf dieser Grundlage wird im Anschluss die Beantwortung zahlreicher Fragen möglich: Weist das geltende Verfassungsrecht hinsichtlich kinderspezifischer Schutzgehalte Regelungslücken auf, die einen verfassungspolitischen Handlungsbedarf auslösen? Ist mit der Normierung eines Kindergrundrechts die Gefahr einer Abkehr von einem einheitlichen grundgesetzlichen Grundrechtsschutz und damit die Gefahr grundrechtssystematischer Brüche verbunden? Resultieren aus der Normierung eines Kindergrundrechts Verände-

rungen von Art. 6 Abs. 2 GG, in deren Konsequenz eine Intensivierung der staatlichen Einflussnahme auf die Kindererziehung liegt, der ihrerseits ein Freiheitsverlust von Eltern und Familien korrespondiert?

In engem sachlichen Zusammenhang mit den aufgeworfenen Fragestellungen steht schließlich das Erfordernis einer Prüfung, wie sich die Einbindung Deutschlands in das Netz international und supranational gewährleisteter Kinderrechte auf das Erfordernis eines grundgesetzlichen Kindergrundrechts auswirkt. Welche Gewährleistungen enthält zunächst namentlich die UN-Kinderrechtskonvention? Wie wirkt sich ihre Gewährleistung des Vorrangs des Kindeswohls bei allen Maßnahmen legislativer, exekutiver oder judikativer Art aus, die in ihrem Art. 3 Abs. 1 festgeschrieben ist? Welche Relevanz entfalten zudem die in Art. 24 der Europäischen Grundrechtecharta positivierten Kinderrechte? Und schließlich: Ist angesichts der internationalen und supranationalen Verbürgungen von Kinderrechten eher von einer ohnehin umfassenden Sicherung der Rechtsstellung des Kindes auszugehen, die eine zusätzliche grundgesetzliche Verbürgung obsolet erscheinen lässt oder sind umgekehrt grundgesetzliche Kinderrechte erforderlich, um bestehenden internationalen und supranationalen Verbürgungen Deutschlands zu entsprechen?

Die nachfolgend abgedruckten Beiträge möchten zur Diskussion der aufgeworfenen Fragestellungen einladen und zu deren Beantwortung beitragen. Hervorgegangen sind sie aus Vorträgen, die am 28. und 29. September 2018 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Sektion der Görres-Gesellschaft zur Pflege der Wissenschaft auf deren Generalversammlung in Bamberg gehalten worden sind.⁴ Für die Publikation wurden sie überarbeitet sowie mit Anmerkungen versehen.

⁴ Tagungsbericht bei *Jürgen Liminski*, Tönerne Füße. „Kinder im Recht“: Eine Tagung der Görres-Gesellschaft betont das Recht auf Leben und warnt vor zu frühen staatlichen Eingriffen in die Kindeserziehung, in: Die Tagespost vom 4. Oktober 2018, Nr. 40, S. 26.

Vielfältigen Dank für die Unterstützung bei der Durchführung der Sektionssitzung wie auch bei der redaktionellen Bearbeitung der hier veröffentlichten Abhandlungen schulde ich den Mitarbeitern meines Lehrstuhls, namentlich Herrn *Hendrik Tietz* und Herrn *Pascal Sonntag* LL.B. Für die Durchsicht der Druckfahnen bin ich Frau *Sabine Dorn* im Lehrstuhlsekretariat verbunden. Dem Geschäftsführer des Verlages Duncker & Humblot, Herrn *Dr. Florian Simon* LL.M., danke ich herzlich für die freundliche Aufnahme des Bandes in die renommierte Reihe der „Wissenschaftlichen Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte“, für die angenehme Zusammenarbeit und für die hervorragende verlegerische Betreuung.

Leipzig, im Januar 2019

Arnd Uhle

Inhaltsverzeichnis

Das Recht auf Geburt. Aktuelle Fragen des Kinderschutzes am Lebensbeginn Von Dr. <i>Barbara Rox</i> , Braunschweig	13
Die Bedürfnisse der frühen Kindheit. Fremdbetreuung im Spiegel der aktuellen Erkenntnisse der Bindungsforschung Von Professor Dr. <i>Karl Heinz Brisch</i> , München/Salzburg	51
Die Bedürfnisse der frühen Kindheit. Staatliches Nudging bei der Kleinkindbetreuung und die Grenzen des Rechts Von Professor Dr. <i>Christian Winterhoff</i> , Hamburg/Göttingen	103
Die Rechte der Schüler. Vom Recht auf Bildung bis zum Anspruch auf Unterrichtsbefreiung aus religiösen Gründen Von Professor Dr. <i>Jörg Ennuschat</i> , Bochum	129
Kinderrechte und Generationengerechtigkeit. Nullzinspolitik, Staatsverschuldung und die soziale Sicherheit kommender Generationen Von Professor Dr. <i>Rainer Wernsmann</i> , Passau	175
Kinderrechte und Nachhaltigkeit. Künftige Generationen und der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen Von PD Dr. <i>Andrea Edenharter</i> , Regensburg	199
Kinderrechte in die Verfassung? Zur Aufnahme eines Kinder- grundrechts in das Grundgesetz Von Professor Dr. <i>Florian Becker</i> , Kiel	251
Kinderrechte auf internationaler und supranationaler Ebene. Bestandsaufnahme und Ausblick Von Professor Dr. <i>Hans-Georg Dederer</i> , Passau	287
Autoren und Herausgeber	327

Das Recht auf Geburt. Aktuelle Fragen des Kinderschutzes am Lebensbeginn

Von *Barbara Rox*

I.	Einführung	14
II.	Grundlegung: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „Recht auf Geburt“	16
III.	Das strafrechtliche Verbot der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch nach § 219a StGB im Lichte des verfassungsrechtlich garantierten vorgeburtlichen Lebensschutzes	19
	1. Der Stein des Anstoßes: Die Verurteilung einer Ärztin nach § 219a StGB durch das Amtsgericht Gießen	19
	2. Der verfassungsrechtliche Horizont: § 219a StGB im Lichte von „Tabu“ und grundrechtlicher Freiheit	22
	3. Gesetzentwürfe als Reaktion auf die Gießener Entscheidung	24
	a) Argumente der Gesetzentwürfe zur Aufhebung des § 219a StGB (SPD, Die Linke, Bündnis 90/Die Grünen)	25
	b) Gesetzentwurf zur Änderung des § 219a StGB (FDP)	26
	4. Kritische Würdigung der Argumente der Reformdiskussion	26
	a) Wertungswidersprüche durch Genese und weiten Anwendungsbereich des Werbeverbots?	27
	b) Zugang zu sachlichen Informationen über den Schwangerschaftsabbruch und ihr Stellenwert unter der Geltung der Beratungslösung	30
	c) Rechtfertigungsfähiger Eingriff in die Berufsfreiheit der Ärzte?	36
	5. § 219a StGB als Mittel für gesellschaftlichen Klimaschutz?	40
	a) Von Mehrheitsansichten unabhängiger Zuschnitt grundrechtlicher Schutzgüter	41
	b) Wie mittelbar darf der Schutz durch Strafrecht sein? ..	42
IV.	Zusammenfassung: Immunisierung gegen den Zeitgeist	49

I. Einführung

Werbung für den Schwangerschaftsabbruch ist strafbar. Das wird offenbar gemeinhin als Zumutung empfunden. So jedenfalls liest sich die Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes anlässlich einer Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages:

Entgegen der Entscheidung des demokratischen Gesetzgebers, Schwangerschaftsabbrüche unter bestimmten Bedingungen als tatbestandslos oder rechtmäßig anzusehen, würden mit Hilfe der Strafnorm Staatsanwaltschaften und Gerichte dazu missbraucht, „eine Rechtswirklichkeit durchzusetzen, für die man keine Mehrheiten hat“.¹

Das Zitat bezieht sich auf die als misslich empfundene Situation, dass Abtreibungsgegner unter Berufung auf das Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche nach § 219a StGB Strafanzeigen gegen Ärzte² erstatten, die Abtreibungen vornehmen und dies auch öffentlich zu erkennen geben.

Das Werbeverbot wird hier als atavistische Vorschrift im einsamen, schon auf verlorenen Posten gesehenen Kampf gegen die normative Kraft des Faktischen akzentuiert. Man möge doch

¹ *Maria Wersig/Ulrike Lembke*, Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes e.V. (djb) für eine öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 27. Juni 2018 zu den Gesetzentwürfen zur Änderung des Strafgesetzbuches – Einschränkung bzw. Aufhebung des § 219a StGB – BT-Drucks. 19/820 (Gesetzentwurf der Fraktion der FDP), BT-Drucks. 19/93 (Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke) und BT-Drucks. 19/630 (Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen), S. 19, im Internet abrufbar unter: https://www.bundestag.de/blob/561796/424295eac3f0e125e1aeda4dcdf99e6c/lembke_djb-data.pdf. Vgl. auch *Hasso Suliak*, Reform des § 219a StGB steht still – Kommt Merckels Machtwort?, Legal Tribune Online vom 07.09.2018, im Internet abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/219a-stgb-schwangerschaftsabbruch-werbung-verbot-reform-koalition/>.

² Sofern im Folgenden nur von „Ärzten“ die Rede ist, sind damit stets auch Ärztinnen umfasst.

bitte endlich die gesellschaftliche Realität akzeptieren und das Recht dementsprechend anpassen.

Wer den Kontakt zur Realität verloren hat, wer scheinbar „aus der Zeit gefallen“ ist, muss gehen?

Diametral zu dieser Position steht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: „[D]er verfassungsrechtliche Rang des Rechtsguts des ungeborenen menschlichen Lebens muß dem allgemeinen Rechtsbewusstsein weiterhin gegenwärtig bleiben (sog. positive Generalprävention).“³

Damit ist das Spannungsfeld angedeutet, welches im Folgenden eingehender vermessen wird. In einem ersten Schritt erfolgt dazu die kurze Rekapitulation der Kernaussagen zum Schutz des ungeborenen Lebens der beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch. Dieser Vergewisserung bedarf es zwingend, um die Strafnorm des § 219a StGB einordnen zu können. Im zweiten Schritt werden sodann Ausgestaltung und Anwendung des Werbeverbots in den Blick genommen. Anschließend sollen die Argumente der aktuellen politischen Diskussion für eine Abschaffung oder Reformierung des Werbeverbots einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

Die aus diesen Vorüberlegungen zu entwickelnde These dieses Beitrages lautet: Das Werbeverbot ist im Zusammenhang mit den Wertungen des gesamten Schwangerschaftsabbruchsrechts (§§ 218ff. StGB) zu sehen. In diesem Lichte ist es im Umfeld des sogenannten Beratungskonzeptes stimmig. Nachdenken könnte man über die Rolle von Ärzten. Eine ersatzlose Streichung der Norm hingegen schüttet das Kind mit dem Bade aus.

³ BVerfGE 88, 203 (272, ferner 278).